



Uniwersytet
Wrocławski

PRAWO I POLITYKA W SFERZE PUBLICZNEJ

Perspektywa
wewnętrzna

Redakcja

Paweł Jabłoński, Jacek Kaczor, Maciej Pichlak

Wrocław 2017

100-LECIE
SĄDU
NAJWYŻSZEGO
I SĄDOWNICTWA
POWSZECHNEGO
1917 - 2017



Prawo i polityka w sferze publicznej

Perspektywa wewnętrzna

Prawo i polityka w sferze publicznej

Perspektywa wewnętrzna

Redakcja

Paweł Jabłoński

Uniwersytet Wrocławski

Jacek Kaczor

Uniwersytet Wrocławski

Maciej Pichlak

Uniwersytet Wrocławski

Wrocław 2017

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

mgr Bożena Górna – członek

mgr Tadeusz Juchniewicz – członek

Recenzent: dr. hab. Tomasz Bekrycht, prof. UŁ

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Korekta: Magdalena Wojcieszak

Projekt i wykonanie okładki: Andrzej Malenda

Skład i opracowanie techniczne: Magdalena Gad eBooki.com.pl

Druk: Drukarnia Beta-druk, www.betadruk.pl

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-65431-84-4 (druk)

ISBN 978-83-65431-85-1 (online)

Spis treści

WSTĘP.....	9
WYKŁADNIA PRAWA	
Maciej Pach SPECYFIKA WYKŁADNI KONSTYTUCJI W KONSTYTUCYJNYM PAŃSTWIE PRAWA NA PRZYKŁADZIE KONSTYTUCJI RP Z 2 KWIETNIA 1997 R.....	13
Milena Korycka-Zirk INTERPRETACYJNA ZMIANA KONSTYTUCJI.....	27
Justyna Holocher TOPICZNA TEORIA ARGUMENTACJI PRAWNICZEJ – MIĘDZY TRADYCYJNĄ A NEO- KONSTYTUCJONALNĄ KONCEPCJĄ PAŃSTWA PRAWA	39
Przemysław Charzewski ROLA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ W WYKŁADNII PRAWA W DOBIE MULTICENTRYZMU.....	53
STOSOWANIE PRAWA	
Anna Kalisz, Adam Szot MODELE KOMUNIKACYJNE W PROCESACH DECYDOWANIA PRAWNEGO	75
Anna Kociolek-Pęksa, Jerzy Menkes PROBLEMATYKA SANKCJI I <i>COUNTERMEASURES</i> W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM PUBLICZNYM – WYMIAR FILOZOFICZNOPRAWNY	87
Jarosław Niesiołowski RODZAJE BODŹCÓW POZYTYWNYCH W PRAWIE.....	105
Piotr Szczekocki PRAKTYKA PRECEDENSOWA W SĄDOWYM POSTĘPOWANIU EGZEKUCYJNYM	113
Tomasz Woś <i>IGNORANTIA IURIS</i> A STOSOWANIE PRAWA ADMINISTRACYJNEGO	125
SYSTEM PRAWA	
Maciej Berek ROLA NAJWYŻSZEJ IZBY KONTROLI W PROCESIE KONTROLI STOSOWANIA I W ZA- KRESIE INSPIROWANIA ZMIAN PRAWA	139
Błażej Kmiecik PRAWA PACJENTA: REFLEKSJE W STRONĘ ZMIAN	155
Wojciech Dziedziak ROZWAŻANIA O DOBREJ ADMINISTRACJI.....	171

Sławomir Piekarczyk

NOTARIUSZ JAKO NIEMY AUDYTOR ZINSTYTUCJONALIZOWANEGO DIALOGU PRAW- NEGO.....	181
---	-----

Dariusz Wasiak

PRAWO W PAŃSTWIE PRAWA. STUDIUM PRZYPADKU Z OBSZARU BEZPIECZEŃSTWA PUBLICZNEGO.....	197
--	-----

Wstęp

Problematyka związków prawa i polityki wyznacza rozległy obszar badawczy, poddający się wielorakiej tematykacji. Pomieszczone tu rozprawy nie mają roszczeń ani do kompleksowego ujęcia tego obszaru, ani nawet do jakiegoś całościowego przeglądu wchodzących w jego skład zagadnień. W tomie mamy raczej do czynienia ze zbiorem czternastu interesujących, dopełniających się prób teoretycznoprawnych, z których każda odsłania inny aspekt problematyki *Prawa i polityki w sferze publicznej*. Starając się uczynić zadość redaktorskiej powinności uporządkowania prezentowanych treści, podzieliliśmy książkę na trzy części, koncentrujące się kolejno wokół: wykładni, stosowania i systemu prawa. Dominującą w tomie perspektywę umownie określiliśmy mianem „wewnętrznej”, dla odróżnienia jej od podejścia wykorzystującego dorobek nauk pozaprawnych i w tym sensie „zewnętrznego” (por.: P. Jabłoński, J. Kaczor M. Pichlak (red.), *Prawo i polityka w sferze publicznej. Perspektywa zewnętrzna*, Wrocław, w przygotowaniu).

Oddawana do rąk Czytelnika książka jest jedną z kilku publikacji inspirowanych XXII Zjazdem Katedr Teorii i Filozofii Prawa, który pod hasłem *Prawo – polityka – sfera publiczna* odbył się w dniach 18–21 września 2016 r. we Wrocławiu. Ponieważ jednak zarówno lista publikujących w niniejszym tomie Autorów, jak i treść poszczególnych rozważań nie stanowią reprezentatywnego powtórzenia tego, co wydarzyło się na wrocławskim spotkaniu, wypada mówić o książce zasadniczo od Zjazdu niezależnej.

Redaktorzy

Wykładnia prawa

Specyfika wykładni konstytucji w konstytucyjnym państwie prawa na przykładzie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.¹

Abstrakt

W rozdziale omówiono, na przykładzie Konstytucji RP z 1997 r., zagadnienie wykładni konstytucji w konstytucyjnym państwie prawa. Zdaniem autora wykładnia ta posiada własną specyfikę, polegającą na konieczności odstąpienia od stosowania standardowych dyrektyw preferencji, przyznających pierwszeństwo rezultatom wykładni językowej. Zarazem jednak metoda wykładni konstytucji musi uwzględniać różne kategorie jej przepisów. Interpretacja przepisów wyrażających zasady konstytucyjne oraz przepisów ustanawiających prawa i wolności jednostki wymaga sięgania po wykładnię systemową i funkcjonalną. W przypadku przepisów normujących system rządów co do zasady należy zaś przyznawać pierwszeństwo rezultatom wykładni językowej, od czego dopuszczalne są pewne odstępstwa. Dzięki takim metodom wykładni konstytucji w największym stopniu będzie możliwa realizacja zasadniczych celów ustrojodawcy, tj. petryfikacja ustroju liberalno-demokratycznego i zapewnienie sprawności działania instytucji publicznych.

Pytanie [...] o to, jak interpretować samą konstytucję lub co szczególnego jest w tej interpretacji, jest pytaniem być może samo w sobie ciekawym, na które jednak spodziewana odpowiedź może być tylko zawiła i skomplikowana. Pytania tego typu zaliczyłbym do kręgu tych kwestii, w których przypadku warto polecić znaną maksymę L. Wittgensteina: „o czym nie można mówić, o tym trzeba milczeć”².

¹ Tekst powstał w ramach projektu badawczego pt. *Teoria argumentacji a rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa*, sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2015/17/B/HS5/00457. W tytule i w tekście posługuję się określeniem „państwo prawa”, a nie „państwo prawne”. To drugie występuje w art. 2 Konstytucji RP z 1997 r., ale stanowi niefortunne tłumaczenie niemieckiego *Rechtsstaat*, które to określenie lepiej tłumaczyć jako „państwo prawa”.

² A. Bator, *Prawo w konstytucji czy konstytucja prawa – w związku z art. 8 Konstytucji RP*, [w:] A. Bator (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, Wrocław 1999, s. 65.

1. Uwagi wstępne w kontekście teorii konstytucyjnego państwa prawa

Spór między zwolennikami uniwersalnego i partykularnego podejścia do wykładni konstytucji trwa już od wielu lat³. Przedstawicielem tego drugiego podejścia był m.in. Wojciech Sokolewicz. W *Dygresji o osobliwościach wykładni konstytucji* na marginesie uwag do art. 159 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁴ pisał: „W odniesieniu do konstytucji [...] pierwszeństwo wykładni językowo-logicznej (gramatycznej), wbrew szeroko rozpowszechnionym poglądom [...], nie jest tak bezsporne [...]. Potrzeba szerokiego i przynajmniej równorzędnego uwzględnienia innych rodzajów wykładni: historycznej, teleologicznej, funkcjonalnej czy systematycznej (systemowej) ma swoje źródło w paru okolicznościach. Pierwszą z nich jest język konstytucji, nie tak ścisły, jak aktów przynależnych do innych gałęzi prawa [...]. Drugą okoliczność stanowi tryb przygotowania i stanowienia konstytucji – [...] bardziej upolityczniony niż zwykłego ustawodawstwa. Prowadzi on do formułowania poszczególnych przepisów w drodze kompromisu [...]. W rezultacie są one niekiedy wystylizowane niezbyt precyzyjnie, co też utrudnia ich ścisłą językową interpretację”⁵.

Przytoczona wypowiedź wyraża zatem przekonanie, że w procesie interpretacji ustawy zasadniczej należy uczynić odstępstwo od stosowania dyrektyw preferencji, w myśl których interpretator „powinien się opierać na rezultatach wykładni językowej i dopiero gdy ta prowadzi do nie dających się usunąć wątpliwości korzystać z wykładni systemowej, jeśli natomiast również wykładnia systemowa nie doprowadziła do usunięcia wątpliwości interpretacyjnych, to wolno jest posłużyć się wykładnią funkcjonalną”⁶. Priorytet bowiem, zdaniem W. Sokolewicza, należy przyznać wykładni pozajęzykowej. Dla wyjaśnienia już w tym miejscu dodajmy, że zacytowaną dygresję jej autor wkomponował w wywód, który pozwolił mu zająć stanowisko, że „minister”, o którym stanowi art. 159 Konstytucji RP, to również inny niż minister członek Rady Ministrów, z wyjątkiem jej prezesa. Do tego przykładu przyjdzie nam jeszcze powrócić w dalszej części opracowania. Na razie wystarczy ograniczyć się do stwierdzenia, że choć interpretacja językowa słowa „minister” nie rodzi w świetle Konstytucji RP wątpliwości, to jednak

³ Na temat stanowisk stron tego sporu zob. M. Romanowicz, *Pomiędzy uniwersalnym a partykularnym wymiarem wykładni prawa. Wpływ teorii prawa i nauki prawa konstytucyjnego na wzorce wykładni konstytucji*, [w:] T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, s. 212 i n.

⁴ Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. (dalej: Konstytucja RP lub Konstytucja).

⁵ W. Sokolewicz, uwagi do art. 159, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, Warszawa 1999, s. 10. Zob. też idem, *O osobliwościach wykładni przepisów konstytucyjnych*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, s. 371-372 i 373.

⁶ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 74.

wspomniany komentator odstąpił (skądinąd słusznie, ale o tym również będzie mowa później) od rezultatów tej wykładni, przyjmując szerszą interpretację pojęcia ministra.

Z kolei Sławomira Wronkowska wyraziła następujący pogląd: „Formułując uwagi o interpretowaniu konstytucji, podkreśla się zazwyczaj – jako tej interpretacji cechę szczególną – przewagę wykładni pozajęzykowej nad językową. Z twierdzeniem tym można się zgodzić, jeśli owa «przewaga» oznacza nie to, że daje się pierwszeństwo wykładni pozajęzykowej, lecz to, że wykładając konstytucję, nie jest możliwe, by poprzestać na wykładni językowej, a to ze względu na jej zawodność lub ograniczone rezultaty, zatem że dokonywanie wykładni pozajęzykowej staje się nieodzowne i że to ona manifestuje się szczególnie silnie”⁷.

Cel niniejszego opracowania stanowi próba częściowej polemiki z przytoczonymi tezami W. Sokolewicz i S. Wronkowskiej. U jej źródeł leży rozróżnienie zasadniczych kategorii przepisów konstytucji, pozwalające uzależnić metodę wykładni od zakwalifikowania interpretowanego przepisu do określonej kategorii. Zróżnicowanie to jest uzasadnione aksjologią konstytucyjną, stanowiącą z perspektywy założeń neokonstytucjonalizmu fundamentalny argument w procesie wykładni prawa, spychający na dalszy plan argumenty językowe⁸. Należy jednak odnotować, że rozważania teoretyków konstytucyjnego państwa prawa koncentrują się na problemach wykładni prawa, w tym konstytucji, które bezpośrednio wiążą się ze statusem jednostki, rozumianej jako słabsza i wymagająca szczególnej ochrony strona relacji z władzą⁹. Przedmiotem zainteresowania teoretyków neokonstytucjonalizmu w szczególności staje się orzecznictwo sądów konstytucyjnych, których ranga w konstytucyjnym państwie prawa okazuje się znacznie wyższa, niż ma to miejsce w „klasycznym” państwie prawa, co skłania z kolei niektórych badaczy do określania konstytucyjnego państwa prawa mianem państwa sędziów¹⁰. W ramach zaś tego orzecznictwa, stanowiącego zazwyczaj rezultat kontroli aktów normatywnych, dominują judykaty bezpośrednio wpływające na zakres praw i wolności jednostki, a nie rozstrzygnięcia odnoszące się wyłącznie do relacji pomiędzy organami władzy publicznej. Jednak te drugie niekiedy co najmniej pośrednio rzutują na status jednostki. Dotyczy to np. orzeczeń, w których stwierdzono, że dana regulacja naruszyła zasadę podziału władzy. Zasada ta bowiem nie tylko wyznacza fundament ustroju politycznego państwa, ale też do dziś zachowuje – tak jak

⁷ S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, [w:] M. Smolak (red.), *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016, s. 27.

⁸ Zob. A. Grabowski, *Teoria konstytucyjnego państwa prawa i jej wpływ na argumentację prawniczą*, [w:] M. Aleksandrowicz, A. Jamróz, L. Jamróz (red.), *Demokratyczne państwo prawa. Zagadnienia wybrane*, Białystok 2014, s. 69.

⁹ Zob. *ibidem*.

¹⁰ Zob. *ibidem*, s. 61. Na temat ewolucji (czy nawet rewolucji) polegającej na przejściu od *Rechtsstaat* (państwa prawa) do *Richterstaat* (państwa sędziów) zob. np. B. Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen 2016.

i u swego zarania¹¹ – związek z ochroną wolności jednostki, zabezpieczając tę ostatnią przed zagrożeniami wynikającymi z powierzenia zbyt szerokiej władzy jednemu organowi¹². Należy ponadto wyróżnić sferę innych niż stanowienie prawa zachowań piastunów najważniejszych organów władzy publicznej. Z wyjątkiem (w praktyce rzadkich) przypadków rozstrzygania sporów kompetencyjnych nie mieści się ona w zakresie kognicji sądu konstytucyjnego. Tymczasem i te zachowania są determinowane przyjmowaniem określonej wykładni przepisów konstytucji i przynależą do rzeczywistości konstytucyjnej, pośrednio wpływając na sytuację prawną jednostki w państwie. Także z kluczowej dla neokonstytucjonalizmu perspektywy dążenia do ochrony jednostki przed państwem owa sfera powinna znaleźć się w obrębie zainteresowań tej teorii. Niezbędne zatem wydaje się wskazanie prawidłowych metod wykładni przepisów konstytucji w tym zakresie.

2. Główne kategorie przepisów konstytucji

Wewnętrzne zróżnicowanie przepisów konstytucji uzasadnia różnice w ich wykładni. W tym kontekście wypada rozróżnić trzy grupy przepisów: 1) przepisy wyrażające zasady konstytucyjne, 2) przepisy ustanawiające prawa i wolności jednostki, 3) przepisy regulujące system rządów (inne niż wyrażające zasady konstytucyjne¹³). Przez system rządów rozumie przy tym unormowania kształtujące organizację aparatu państwowego i określające relacje między naczelnymi organami władzy państwowej¹⁴. Doktryna prawa konstytucyjnego zwykle skupia się w tej mierze na zagadnieniach legislatywy i egzekutywy, a pomija władzę sądowniczą¹⁵. Ze względu jednak na znaczące oddziaływanie Trybunału Konstytucyjnego na

¹¹ Na temat jej genezy zob. np. A. Pułło, *O jedno rozumienie podziału władz w nauce prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 1983, z. 6, s. 30 i n. (zwłaszcza s. 39); idem, *Najstarsze konstytucje a idea podziału władzy*, „Prawo i Polityka” 2011, t. 3, s. 9 i n.; R.M. Małajny, *Trzy teorie podzielonej władzy*, Katowice 2003, *passim*.

¹² Zob. np. M. Pach, P. Tuleja, uwagi do art. 10, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016, s. 336 (Nb 1), 341 (Nb 25-26) i powoływaną tam literaturę.

¹³ Przepisem istotnie kształtującym system rządów jest bowiem również przepis statuujący zasadę podziału władzy, mieszczący się w pierwszej kategorii.

¹⁴ Por. tę definicję z definicją zaproponowaną w pracy: M. Grzybowski, *System rządów (Sejm – Prezydent – Rada Ministrów)*, [w:] M. Grzybowski (red.), *System rządów Rzeczypospolitej Polskiej. Założenia konstytucyjne a praktyka ustrojowa*, Warszawa 2006, s. 9, w której jako system rządów rozumie się wybór rozwiązań w zakresie ukształtowania „relacji organizacyjnych i funkcjonalnych między instytucjami władzy publicznej”, określający „sposób wykonywania władzy w państwie”.

¹⁵ Przykład stanowi powołane w poprzednim przypisie opracowanie M. Grzybowskiego, w którym brak nawiązań do relacji władzy ustawodawczej i wykonawczej z władzą sądowniczą. Jedyne dwa z dwunastu rozdziałów pracy zbiorowej, w której znalazło się to opracowanie, wykraczają poza analizę zagadnień w obrębie problematyki legislatywy i egzekutywy (są to rozdziały autorstwa P. Czarnego i B. Nalezińskiego, traktujące o interakcjach między Prezydentem RP a organami władzy sądowniczej). Takie podejście nie dziwi, bo to parlament i organy władzy wykonawczej odgrywają kluczową rolę w rządzeniu państwem. Z drugiej jednak strony możliwość dokonywania korekt decyzji ustawodawczych, którą dysponuje Trybunał Konstytucyjny, skłania do zastanowienia się nad włączeniem tego organu do rozważań o szeroko rozumianym systemie rządów.

władzę ustawodawczą¹⁶ wywody na temat wykładni przepisów regulujących system rządów zostaną poszerzone o uwagi poświęcone wykładni przepisów normujących ustrój tego organu władzy sądowniczej. Należy zastrzec, że niniejsze opracowanie nie zdradza aspiracji do kompleksowego omówienia tytułowej problematyki, a w tekście konstytucji, w tym również Konstytucji RP, odnajdziemy także i inne kategorie przepisów niż trzy wyżej wymienione, np. przepisy dotyczące systemu źródeł prawa czy przepisy kształtujące pozycję prawną organów nieprzypisanych do żadnej z trzech podstawowych władz, np. ombudsmana (Rzecznika Praw Obywatelskich). Niewątpliwie jednak wyróżnione trzy kategorie stanowią rdzeń normatywny ustawy zasadniczej, występujący w każdej, czy przynajmniej w zdecydowanej większości, konstytucji. Jednocześnie byłoby pożądanym ominięcie pułapki, o której wspomniał zacytowany na początku Andrzej Bator, czyli pułapki nadmiernej zawiłości i skomplikowania wypowiedzi. Ograniczmy się więc do zasygnalizowania, że poniższe uwagi mogą okazać się przydatne i przy interpretacji przepisów spoza omówionych trzech kategorii, o ile weźmie się pod uwagę ich związek z którąś z tych kategorii. Przykładowo więc przepisy dotyczące RPO mogłyby być wykładane z uwzględnieniem związku tej instytucji z ochroną praw i wolności jednostki, a zarazem z zasadami konstytucyjnymi (np. zasadą państwa prawa).

W dalszych rozważaniach skoncentrujemy się na ogólnym zagadnieniu dyrektyw preferencji stosowanych w procesie interpretacji ustawy zasadniczej. Z uwagi na ograniczenia objętości nie zostaną omówione inne kwestie, jak choćby istotny (i niezwykle ciekawy) problem opozycji między statyczną a dynamiczną wykładnią konstytucji¹⁷.

3. Założenia z zakresu filozofii politycznej a wykładnia konstytucji

Sformułowanie spójnego kanonu zasad wykładni konstytucji wydaje się możliwe, ale pod warunkiem porzucenia charakterystycznego dla doktryny kontynentalnej – róż-

¹⁶ Trybunał Konstytucyjny to „negatywny ustawodawca”. Dostrzeżono też jednak jego doniosłe znaczenie dla ochrony praw jednostki, zob. np. P. Tuleja, *Trybunał Konstytucyjny – negatywny ustawodawca czy strażnik konstytucji?*, [w:] J. Wawrzyniak, M. Laskowska (red.), *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana prof. Marii Kruk-Jarosz*, Warszawa 2009, s. 575.

¹⁷ Spór w tej sprawie od lat toczy się w doktrynie amerykańskiej, a ścierają się w nim propagujący wykładnię statyczną reprezentanci oryginalizmu i zwolennicy opowiadającego się za wykładnią dynamiczną nurtu określanego jako *living constitutionalism* („konstytucjonalizm żyjący”). Na ten temat w polskiej literaturze zob. np. G. Maroń, *Oryginalizm Antonina Scalia jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2010, nr 4, s. 23 i n.; T. Gizbert-Studnicki, *Oryginalizm i living constitutionalism a koncepcja państwa prawnego*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *op. cit.*, s. 147 i n.; M. Barczentewicz, *Oryginalizm w Polsce, czyli czy amerykańskie koncepcje wykładni konstytucji mogą nas czegoś nauczyć?*, [w:] A. Samonek (red.), *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, Kraków 2012, s. 11 i n.; *idem*, *Inspiracje amerykańskie w dyskusjach wokół interpretacji konstytucji*, [w:] T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *op. cit.*, s. 80 i n.

niącej się w tym zakresie znacząco od doktryny anglosaskiej – podejścia, usiłującego abstrahować od założeń ze sfery filozofii politycznej¹⁸. Podejście takie wypada uznać za przejaw nadmiernej ostrożności, wynikającej zapewne z obawy przed posądzeniem o nieprawniczą, a polityczną interpretację konstytucji. Wprawdzie polscy konstytucjonaliści nie odzégnują się od stwierdzeń o szczególnie aksjologicznym charakterze norm konstytucji¹⁹, rzadko jednak spotyka się wypowiedzi wyrażające przekonanie o tym, że dana konstytucja jako całość reprezentuje określoną filozofię polityczną. Problem wydaje się również mieć źródło w niewłaściwym spojrzeniu na zagadnienie prymatu prawa nad polityką, który to prymat uchodzi za jeden z filarów współczesnego systemu demokratycznego. Prymat ten – choć ze wszech miar pożądany – oznaczać powinien jedynie (lub aż) tyle, że politycznie uwarunkowane działania piastunów organów władzy publicznej doznają ograniczeń prawnych, wskutek czego zostają oni pozbawieni arbitralnej władzy dyskrecyjnej, bo krępują ich normy prawne różnej rangi. W Konstytucji RP takie rozumienie prymatu prawa nad polityką znajduje wyraz w art. 2 i w art. 7, ustanawiających zasady: demokratycznego państwa prawa i legalizmu. Zwróćmy jednak uwagę, że zasady te nie odzierają z „polityczności” procesu stanowienia prawa. Wprost przeciwnie, postępowanie legislacyjne stanowi przykład procesu *par excellence* politycznego. Uchwalaniu ustaw towarzyszy – w mniejszym lub większym stopniu – aksjologia, wyznawana mniej lub bardziej świadomie przez głosującą za nimi większość. W spory aksjologiczne szczególnie zaś są uwikłane prace konstytuanty, dążącej przecież do uchwalenia prawa fundamentalnego, z którym akty normatywne niższej rangi muszą być zgodne. Na pojawienie się takich sporów w pracach nad Konstytucją RP zwrócił uwagę Piotr Winczorek, dochodząc jednak do przekonania, że większość z nich udało się zakończyć kompromisem²⁰. Jego ocena wzmacnia przekonanie o możliwości stworzenia względnie spójnego i dającego się stosować w praktyce kanonu zasad wykładni obecnie obowiązującej polskiej ustawy zasadniczej²¹.

W przypadku Konstytucji RP m.in. takie elementy, jak obszerny katalog praw oraz wolności człowieka i obywatela (głównie – choć nie tylko – umiejscowionych w rozdziale II), gwarancje ich realizacji (np. w postaci skargi konstytucyjnej – art. 79) czy obecność zasad demokratycznego państwa prawa (art. 2), legalizmu (art. 7) oraz podziału władzy i równowagi władz (art. 10) pozwalają zakwalifikować ją do grupy konstytucji

¹⁸ Na temat tej różnicy zob. T. Gizbert-Studnicki, *Oryginalizm...*, s. 148–149.

¹⁹ Zob. np. P. Tuleja, *Interpretacja konstytucji*, [w:] J. Trzcinski, A. Jankiewicz (kom. red.), *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 484 i 487; P. Winczorek, *Konstytucja i wartości*, [w:] J. Trzcinski (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997, s. 53–56.

²⁰ Zob. P. Winczorek, *op. cit.*, s. 51–52.

²¹ I to mimo faktu, że P. Winczorek dostrzegł też niespójności aksjologiczne Konstytucji, zob. *ibidem*, s. 56–57.

liberalnych. Znamienne, że o ile miewają problem z przyznaniem tego prawnicy, o tyle bez trudu przyszło to etykowi Jackowi Hołówce w trakcie wykładu i dyskusji w Trybunale Konstytucyjnym na temat preambuły do Konstytucji RP²².

Liberalny charakter konstytucji – przez który rozumiem nie przyznanie przez nią uprzywilejowanej pozycji określonym stronnictwom politycznym²³, a swoisty program minimum, polegający na stworzeniu instytucjonalnych gwarancji ochrony jednostki przed zagrożeniami dla jej wolności – powinien rzutować na sposób odczytywania jej poszczególnych przepisów. Odczytanie to należy poprzedzić rekonstrukcją zasadniczych celów ustawy zasadniczej, czyli ustaleniem tego, po co została uchwalona konstytucja posiadająca taką treść normatywną. Wspomniane zasadnicze cele można odtworzyć w drodze analizy całokształtu przepisów Konstytucji RP i otwierającego ją wstępu (preambuły), w którym wprost wysłowiono cele ustrojodawcy²⁴. Dwa z nich mają zasadnicze znaczenie. Pierwszy polega na stworzeniu i zabezpieczeniu podstaw ustroju liberalnego, o czym świadczą wymienione wcześniej szczegółowe instytucje prawne uregulowane w tekście Konstytucji RP oraz fragment wstępu: „[...] pragnąc na zawsze zagwarantować prawa obywatelskie”. Drugi cel wypowiedziano bezpośrednio po pierwszym w preambule: „[...] a działaniu instytucji publicznych zapewnić rzetelność i sprawność”. Ma on do pewnego stopnia charakter wtórny względem pierwszego. Sprawność instytucjonalna państwa służy bowiem m.in. zapewnieniu pokoju społecznego i uniknięciu wybuchu nastrojów rewolucyjnych, mogącego doprowadzić nawet do obalenia liberalnego porządku²⁵. Wstęp zawiera też projekcję przesłanek aksjologicznych leżących u źródeł zakończonego w 1997 r. procesu ustrojodawczego, będących przesłankami ewidentnie liberalnymi. Ograniczone ramy tego opracowania uniemożliwiają szczegółową ich analizę. Należy jednak podkreślić, że cały czas chodzi o państwo liberalne rozumiane jako ustrój akceptujący wolność jednostki i pluralizm światopoglądowy, niezmuszający nikogo do wyznawania określonego systemu wartości, a stawiający tamę wyłącznie ideologiom dążącym do zburzenia ładu liberalnego (przejawem takiego podejścia jest art. 13 Konstytucji). Trudno racjonalnie oczekiwać od liberalnego

²² Jego uwaga nie napotkała oporu obecnych na sali konstytucjonalistów, co przyjął on z satysfakcją, zob. J. Hołówka, *Głos w dyskusji*, [w:] *Preambuła Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009, s. 65. Pozytywne zaskoczenie J. Hołówki wynikające z akceptacji tej uwagi przez audytorium potwierdzałoby też o dominacji zjawiska niechęci prawników do powoływania się na filozofię polityczną leżącą u źródeł konstytucji.

²³ Na nietrafność takiej interpretacji faktu uznania Konstytucji RP za konstytucję liberalną wyraźnie zwrócił uwagę J. Hołówka, podkreślając, że zaklasyfikowanie to wynika z czego innego, tj. z dostrzeżenia, że Konstytucja eksponuje wartość praw człowieka, zob. *ibidem*.

²⁴ Zresztą preambuła jest fragmentem konstytucji najbardziej właściwym dla deklarowania *expressis verbis* aksjologii przyświecającej jej twórcom (zob. P. Winczorek, *op. cit.*, s. 53).

²⁵ Na marginesie należy zastrzec, że szczegółowe przepisy Konstytucji RP nie zawsze dają asumpt do tezy o takim ukształtowaniu systemu organów władzy państwowej, które sprzyja sprawności instytucji publicznych. Zagadnienie to musi jednak pozostać poza zakresem prowadzonych tu rozważań.

państwa, aby bezradnie przyglądało się próbom jego unicestwienia, stąd też różne konstytucje, w tym polska, w mniejszym bądź większym zakresie zawierają unormowania świadczące o przyjęciu koncepcji „demokracji zdolnej do obrony” (ang. *militant democracy*, niem. *wehrhafte Demokratie* albo *streitbare Demokratie*)²⁶.

4. Uzasadnienie specyfiki wykładni konstytucji i jej przejawy

Warto w tym miejscu zastanowić się nad uzasadnieniem dla tworzenia odmiennych od powszechnie uznawanych w prawoznawstwie dyrektyw i metadyrektyw wykładni konstytucji. Po pierwsze, odmienną tę uzasadniają wspomniane już zasadnicze cele konstytucji. Ponownie mamy więc do czynienia z odpowiedzią z zakresu filozofii politycznej. Po drugie, możliwe jest też udzielenie odpowiedzi *stricte* prawniczej. Nie budzi bowiem kontrowersji stwierdzenie, że na tle innych aktów normatywnych konstytucja wyróżnia się szczególną treścią (określa suwerena i sposoby sprawowania przezeń władzy, podstawowe zasady organizacji aparatu państwowego oraz podstawowe prawa jednostki), szczególną formą (specjalna nazwa aktu oraz sposób jego uchwalenia i zmian – odmienny od ustaw zwykłych), szczególną mocą (konstytucja to akt ulokowany najwyżej w hierarchii aktów normatywnych) oraz tym, że „jest ona wyrazem woli suwerena i tylko suweren lub bezpośrednio legitymowane przez niego organy mogą doprowadzić do jej zmiany lub uchylenia”²⁷. Wszystkie te cechy wskazują na zasadniczą odmienną konstytucji od aktów normatywnych niższej rangi, a skoro jest to akt tak istotnie różniący się od pozostałych, to wymaga również odmiennych metod wykładni. Można przypuszczać, że odmienną ta sięga dalej niż różnice występujące pomiędzy wykładnią przepisów poszczególnych gałęzi prawa, np. wykładnią prawa cywilnego i prawa karnego. Nie chodzi bowiem jedynie, jak w tym drugim wypadku, o różnicę w kwestii dopuszczalności stosowania określonych wnioskowań prawniczych (na przykład, jak wiadomo, posługiwanie się analogią jest dozwolone na znacznie szerszą skalę w prawie cywilnym niż w karnym, w którym wyklucza się wszelkie analogie na niekorzyść oskarżonego²⁸). Odmienną ta ma głębszy charakter, bo pojawia się już na samym początku, tj. na poziomie założeń dotyczących stosowania określonych dyrektyw preferencji.

²⁶ Na temat tej koncepcji zob. zwłaszcza M. Thiel (red.), *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, Tübingen 2003. Zob. też A. Bień-Kacała, A. Jackiewicz, *Militant democracy – demokracja, która sama się broni (?)*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 8, s. 25 i n.; M. Pach, *Niemiecka koncepcja demokracji zdolnej do obrony (zarys problematyki)*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 2, s. 55 i n.

²⁷ P. Tuleja, *Źródła prawa*, [w:] P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014, s. 48.

²⁸ Na ten temat zob. np. L. Morawski, *op. cit.*, s. 224-225.

Specyfika wykładni konstytucji, wyróżniająca ten akt normatywny na tle innych, skłania do odstąpienia od sztywnego założenia, przyznającego priorytet rezultatom wykładni językowej. Należy jednak przyjąć, że odstępstwo to łatwiej może nastąpić w przypadku wykładni przepisów ustanawiających zasady konstytucyjne oraz prawa i wolności jednostki. Bardziej tradycyjnymi dyrektywami preferencji powinna zaś rządzić się wykładnia przepisów kształtujących system rządów. W moim przekonaniu właśnie takie zróżnicowanie metod interpretacji konstytucji najlepiej służyłoby realizacji podstawowego założenia konstytucjonalizmu, wskazującego na potrzebę uchwalenia konstytucji w imię ograniczenia władzy rządzących²⁹, które to założenie zostało rozwinięte przez neokonstytucjonalizm, podkreślający konieczność rozbudowy ochrony prawnej jednostki. Za takim zróżnicowaniem wydaje się także przemawiać odmienny charakter podmiotów interpretujących konstytucję w zależności od kategorii, do której dany przepis przynależy. Władczej interpretacji konstytucji w przypadku przepisów regulujących system rządów w obszarze niezwiązanym ze stanowieniem prawa dokonują decydenci polityczni i zazwyczaj nie podlega ona weryfikacji ze strony niezależnego, bezstronnego politycznie organu. W przypadku pozostałych dwóch kategorii przepisów jest inaczej. W proces interpretacji lub weryfikacji tej interpretacji włączono niezależne sądy i trybunały, niekierujące się własnym interesem politycznym, a tym samym w nieporównywalnie mniejszym stopniu zagrażające jednostce.

5. Wpływ przynależności przepisu do określonej kategorii przepisów konstytucji na jego wykładnię

W Konstytucji RP najwięcej przepisów zakwalifikowanych przeze mnie do pierwszych dwóch kategorii zawierają rozdziały I i II. To przede wszystkim tam odnajdujemy zasady konstytucyjne, m.in. zasady: demokratycznego państwa prawa, podziału władzy i równoważenia władz, społecznej gospodarki rynkowej, podstawowe zasady w relacjach państwo–jednostka (np. zasada równości, proporcjonalności), a także poszczególne prawa jednostki. Jak zauważa Piotr Tuleja, ograniczenie się do wykładni językowej przepisów wyrażających zasady niemal nigdy nie pozwoliłoby na odkodowanie z nich konkretnych norm konstytucyjnych, a to przede wszystkim z uwagi na ich językową ogólnikowość. Podzielam w pełni jego opinię, że zasady konstytucyjne trzeba traktować jako zasady w sensie przyjmowanym przez Ronalda Dworkina i Roberta Alexy’ego, odróżniając je od reguł. Funkcjonują one zatem jako „[...] nakaz optymalizacyjny, w myśl

²⁹ Pojęcie konstytucjonalizmu jest wprawdzie różnie rozumiane, jednak przytoczone tu rozumienie, jak się wydaje, ma podstawowe znaczenie, por. np. W.J. Wołpiuk, *Instytucja konstytucjonalizmu a prawo konstytucyjne*, [w:] J. Wawrzyniak, M. Laskowska (red.), *op. cit.*, s. 149-150.

którego jego adresat ma realizować nakaz w jak największym stopniu”; reguły zaś dają się spełnić wyłącznie całkowicie albo wcale. W razie kolizji zasad, jednej z nich musimy przyznać pierwszeństwo, ale nie sposób *in abstracto* określić – której³⁰. Taki charakter zasad zmusza do sięgania po wykładnię systemową i funkcjonalną. Zdaniem P. Tulei przywołaną tutaj charakterystykę zasad należy też odnieść do większości konstytucyjnych praw i wolności jednostki³¹.

Bardziej zniuansowanych rozważań wymaga natomiast proponowana przeze mnie metoda wykładni przepisów z zakresu systemu rządów, zawartych głównie w rozdziałach: IV, V i VI Konstytucji RP. Przy ich wykładni zasadniczo należy kierować się preferencją dla rezultatów wykładni językowej. Trzeba bowiem pamiętać, że w państwie prawa żadne kompetencje organów państwowych nie powinny być domniemywane, bo otwierałoby to drogę do łatwych nadużyć władzy. Nieco paradoksalnie, wykładnia celowościowa konstytucji jako całości uzasadnia w tym przypadku przyznawanie wyraźnego pierwszeństwa результатам wykładni językowej. W ten sposób unikniemy niebezpieczeństwa arbitralności działań osób sprawujących władzę, która to arbitralność zagrażałaby prawom jednostki. W przypadku omawianej kategorii przepisów wyjątkowo można – moim zdaniem – odstąpić od przypisania rozstrzygającego znaczenia wykładni językowej, ale za taką decyzją interpretacyjną muszą przemawiać szczególnie silne argumenty.

Po pierwsze, byłoby to dopuszczalne wtedy, gdy uzasadniałaby to określona konstytucyjna zasada ustrojowa, np. zasada odpowiedzialności parlamentarnej gabinetu, związana z zasadą podziału władzy i równoważenia władz. Mechanizmy odpowiedzialności politycznej gabinetu przed ustawodawcą to rdzeń systemu parlamentarno-gabinetowego, więc wolno w ramach wykładni art. 159 Konstytucji RP zastosować także dyrektywy wykładni systemowej oraz funkcjonalnej i rozciągnąć zakres desygnatów pojęcia „minister” z art. 159 także na innych niż minister „członków Rady Ministrów”, skoro wszyscy oni ponoszą indywidualną odpowiedzialność przed Sejmem (art. 157 ust. 2). Sprzyja to realizacji pierwszego z zasadniczych celów Konstytucji – utrwaleniu podstaw państwa liberalnego – do czego nie przyczyniałoby się wyłączenie indywidu-

³⁰ P. Tuleja, *Interpretacja...*, s. 483-484. Na temat zasad i reguł zob. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998; R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajądło, Warszawa 2010, a z opracowań polskich autorów np. T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 3, s. 16 i n.; *idem*, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, z. 1, s. 1 i n.; M. Korycka, *Teoria zasad prawnych Roberta Alexy’ego*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2010, nr 1, s. 48 i n. Na temat zasad prawa (w tym konstytucyjnych) zob. np. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974; M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretyczno-prawne*, Poznań 2012; M. Zieliński, *Konstytucyjne zasady prawa*, [w:] J. Trzcziński (red.), *op. cit.*, s. 58 i n. (należy jednak zastrzec, że problematyka zasad prawa ujmowana jest inaczej przez R. Dworkina i R. Alexy’ego, a inaczej przez poznańską szkołę teorii prawa).

³¹ P. Tuleja, *Interpretacja...*, s. 484.

alnej odpowiedzialności parlamentarnej któregośkolwiek z członków rządu, zwiększające ryzyko arbitralności jego działań³².

Po drugie, wykładnia przepisów regulujących system rządów powinna nawiązywać do modelu tego systemu przyjętego przez ustrojodawcę. W Polsce jest to model parlamentarno-gabinetowy, ze wzmocnioną pozycją ustrojową Rady Ministrów i jej prezesa oraz – co do zasady – ograniczoną pozycją ustrojową Prezydenta RP³³. Ewentualne odwoływanie się do pozajęzykowych dyrektyw wykładni musi uwzględniać ten fakt. I tak np. z przepisów określających funkcje i zadania Prezydenta nie wolno wyprowadzać w drodze swoiście pojmowanej wykładni funkcjonalnej kompetencji Prezydenta³⁴. Wykładnia systemowa i funkcjonalna przepisów dotyczących systemu rządów innych niż przepisy kompetencyjne jest do zaakceptowania, ale tylko wtedy, gdy pozostaje w zgodzie z istotą tego systemu. Umożliwi to realizację drugiego z zasadniczych celów Konstytucji, tj. sprawności działania instytucji publicznych, pozwalając np. uniknąć konfliktów wewnątrz egzekutywy. Warto jednak zauważyć, że z racji podstawowej roli zasady państwa prawa omawiany argument uzyskiwałby jedynie charakter pomocniczy, a nie zasadniczy. Łatwiej też wyobrazić sobie stosowanie go w celu „negatywnym” – po to, aby odeprzeć próby przyznawania pierwszeństwa pozajęzykowej wykładni podejmowane przez piastuna organu, który w ramach konstytucyjnego systemu rządów jest organem o słabszej pozycji ustrojowej. W podanym przykładzie argument z wykładni pozajęzykowej służyłby więc dodatkowemu wsparciu stanowiska rządu i jego szefa, a nie Prezydenta, stanowiąc przy tym reakcję na pozajęzykowe argumenty drugiej strony. Wydaje się, że byłby on przydatny zwłaszcza wtedy, gdy Konstytucja nie reguluje danego zagadnienia *expressis verbis* za pomocą przepisów kompetencyjnych³⁵.

Po trzecie, wydaje się, że przyznanie pierwszeństwa dyrektywom wykładni innej niż językowa w przypadku przepisów regulujących system rządów może nastąpić w imię dążenia do urzeczywistnienia drugiego ze wspomnianych zasadniczych celów ustrojodawcy, ale nie może tak się stać, jeżeli odbyłoby się to kosztem obniżenia poziomu realizacji pierwszego celu. Za przykład prawidłowej – w świetle prezentowanego tutaj stanowiska – wykładni zastosowanej w praktyce ustrojowej mogą posłużyć wydarzenia

³² Nie oznacza to, że piszący te słowa uznaje za trafne rozstrzygnięcie ustrojodawcy polegające na utrzymaniu możliwości egzekwowania przez Sejm indywidualnej odpowiedzialności politycznej członków rządu. Dostrzega jedynie cel takiego rozstrzygnięcia, poszerzającego zakres sprawowanej przez Sejm funkcji kontrolnej.

³³ Zob. np. J. Juchniewicz, M. Dąbrowski, *Kompetencyjny charakter art. 126 Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 2014, nr 4, s. 70.

³⁴ Dopuszczają to jednak – ale tylko na zasadzie wyjątków i po spełnieniu określonych warunków – autorzy powoływani w poprzednim przypisie, zob. J. Juchniewicz, M. Dąbrowski, *op. cit.*, s. 68 oraz s. 71-83.

³⁵ Tak jest np. z reprezentacją Polski na posiedzeniach Rady Europejskiej. Rozstrzygając spór w tej sprawie TK sięgnął również do argumentów systemowych i funkcjonalnych, zob. postanowienie TK z dnia 20 maja 2009 r., Kpt 2/08, OTK ZU 2009, nr 5A, poz. 78.

z 2010 r., gdy Marszałek Sejmu wykonywał obowiązki Prezydenta RP po katastrofie smoleńskiej nie tylko – jak nakazywałaby literalna interpretacja art. 131 ust. 2 Konstytucji – do czasu wyboru nowego Prezydenta, a do czasu jego zaprzysiężenia. Brzmienie powołanego przepisu ustawy zasadniczej słusznie uznano wtedy za niefortunne, bo prowadzące do sytuacji, w której przejściowo nikt nie wykonywałby obowiązków Prezydenta, co kłóciłoby się z zasadą ciągłości władzy, a więc i z zasadą sprawności działania instytucji publicznych. Zarazem nie sposób dostrzec w tamtej sytuacji zagrożenia dla urzeczywistniania pierwszego zasadniczego celu ustrojodawcy, jakim było zapewnienie funkcjonowania w Polsce demokracji liberalnej.

Przynajmniej zasygnalizowania wymaga również problem przepisów odnoszących się do organizacji wewnętrznej i trybu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym. Z jednej strony Konstytucja RP nie normuje wyczerpująco tych zagadnień, powierzając w art. 197 to zadanie ustawodawcy. Z tego względu długo przyjmowano, że choć art. 195 ust. 1 Konstytucji określa sędziów TK jako podlegających wyłącznie Konstytucji (a nie – jak czyni art. 178 ust. 1 w stosunku do sędziów sądów – Konstytucji i ustawom), to jednak mieliby oni być także związani innymi „aktami prawnymi normującymi funkcjonowanie omawianego organu, w szczególności ustawą o Trybunale Konstytucyjnym, ustawą o partiach politycznych oraz regulaminem Trybunału Konstytucyjnego”³⁶. Takie stanowisko wydaje się przyznawać pierwszeństwo rezultatom językowej wykładni art. 197 Konstytucji. Z drugiej strony należy podkreślić, że zostało ono sformułowane, podobnie jak i inne utrzymane w tym duchu wypowiedzi, przed wybuchem kryzysu konstytucyjnego, który rozgorzał w Polsce w 2015 r., a którego głównym przejawem były kolejne ustawy dotyczące TK, zmierzające do bardzo daleko posuniętego, graniczącego niekiedy z paraliżem, ograniczenia możliwości realizacji konstytucyjnych kompetencji tego organu. Postawiony przed faktem dokonany, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 9 marca 2016 r.³⁷ uznał wiele przepisów ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym³⁸ za naruszające m.in. wyrażoną w preambule do Konstytucji zasadę sprawności i rzetelności działania instytucji publicznych. Rozstrzygnięcie merytoryczne poprzedziło przyjęcie przez skład orzekający, że ma on prawo dokonać kontroli zaskarżonej ustawy z pominięciem jako podstawy prawnej owej kontroli tych przepisów, które same stanowiły przedmiot kontroli. Wydaje się, że w obliczu paradoksu, do którego doprowadził ustawodawca

³⁶ K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2013, s. 101. Zob. też M. Zubik, *Status prawny sędziego Trybunału Konstytucyjnego*, Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2011, s. 115-116 (w tym przypis nr 17).

³⁷ Wyrok TK z dnia 9 marca 2016 r., K 47/15, OTK ZU 2016, nr A, poz. 2 (usunięty ze zbioru urzędowego bez podstawy prawnej).

³⁸ Dz. U. poz. 2217 (dalej: nowela grudniowa).

zwykły³⁹, TK postąpił prawidłowo, nie przyznając preferencji rezultatowi wykładni językowej art. 197, tylko rezultatowi jego wykładni systemowej, biorącej pod uwagę unormowanie zawarte w art. 195 ust. 1 Konstytucji. Jakkolwiek konstytucyjne przepisy dotyczące TK mają charakter ustrojowy i można by co najmniej próbować uznać je za przepisy z zakresu szeroko rozumianego systemu rządów, to Trybunał sięgnął po tę metodę wykładni Konstytucji, którą piszący te słowa uznaje za adekwatną dla interpretacji przepisów wyrażających zasady konstytucyjne i prawa jednostki. Było to jednak trafne posunięcie, właśnie z uwagi na konieczność ochrony zasadniczych celów polskiego ustrojodawcy. Ochrona ta wymagała ochrony niezależności TK. Należy w tym kontekście zgodzić się z Wojciechem Brzozowskim, uznającym za niedopuszczalne „projektowanie ram proceduralnych funkcjonowania organu niezależnego w sposób, który co prawda formalnie nie uzależnia tego organu od woli innych podmiotów, lecz prowadzi do znacznego lub całkowitego ograniczenia jego sprawności działania”⁴⁰.

6. Konkluzje

Interpretacja konstytucji wymaga – w punkcie wyjścia – rekonstrukcji zasadniczych celów ustrojodawcy. W przypadku Konstytucji RP, ale w znacznej mierze i innych konstytucji szeroko rozumianej zachodniej kultury prawnej, cele te polegają na petryfikacji ustroju liberalno-demokratycznego i skonstruowaniu sprawnego mechanizmu rządzenia państwem. W konkluzji przeprowadzonych wywodów można pokusić się o stwierdzenie, że w przypadku przepisów formułujących zasady konstytucyjne oraz prawa i wolności jednostki, a także regulujących organizację wewnętrzną i tryb postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym wolno przyjąć domniemanie preferencji dla rezultatów wykładni pozajęzykowej⁴¹, natomiast w przypadku przepisów regulujących system rządów – domniemanie preferencji dla rezultatów wykładni językowej. W ten sposób w procesie wykładni konstytucji w najpełniejszym zakresie byłaby realizowana aksjologia ustawy zasadniczej charakterystyczna dla konstytucyjnego państwa prawa.

³⁹ Zob. A. Dyrda, M. Pach, *Paradoks trybunalski i koń trojański*, „Rzeczpospolita” z 23 marca 2016 r., *idem*, *Paradoks trybunalski: czy dało się go uniknąć?*, „Rzeczpospolita” z 20 kwietnia 2016 r. Wyrok spotkał się też jednak z krytyką, zob. np. R. Kmiecik, *Błąd Trybunału Konstytucyjnego*, „Rzeczpospolita” z 23 marca 2016 r. (wszystkie te artykuły ukazały się w dodatku „Rzecz o prawie”).

⁴⁰ W. Brzozowski, *Niezależność konstytucyjnego organu państwa i jej ochrona*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, s. 234. Autor ten wskazuje szereg przepisów noweli grudniowej wprowadzających tego rodzaju ograniczenia uderzające w zasadę niezależności TK (zob. *ibidem*, s. 235, przyp. 16).

⁴¹ Być może z tym zastrzeżeniem, że w przypadku TK wchodziłoby to w rachubę tylko w razie stworzonego przez ustawodawcę, a naruszającego zasadę równowagi władz, rażącego zagrożenia dla jego niezależności, co musiałoby podlegać ocenie *a casu ad casum*.

Interpretacyjna zmiana konstytucji

Abstrakt

Aktywizm interpretacyjny determinujący rezultat wykładni konstytucji ochroną praw jednostki jest doktryną interpretacji znajdującą uzasadnienie w rdzeniu założeń konstytucjonalizmu. Większościowe metody, traktowane jako wzór podstaw orzekania najlepiej oddający wymogi demokracji, podważają istotę sądownictwa konstytucyjnego opartego na realizacji istoty konstytucjonalizmu, jaką jest gwarancja autonomii jednostki w konfrontacji z rządzącą większością. Konstytucja w realizacji równej ochrony rozumianej jako zapewnienie współistnienia i posiadania równego głosu podmiotom nie-reprezentowanym w dyskursie większościowym typowym dla ciał legislacyjnych, stanowi forum dla gwarancji prawnej istotności pomijanych interesów jednostkowych. Jednocześnie interes jednostki i wola większości są kategoriami dynamicznymi poddawanych reinterpretacji, stanowiąc tym samym o zmienności pojęć konstytucyjnych (*living constitution*). Zmiana konstytucji poprzez wykładnię sądowniczą motywowaną zachowaniem istoty konstytucjonalizmu nie musi być postrzegana jako proces niezdeterminowany i tym samym kontestowany jako zagrożenie dla niezmienności tekstu konstytucji. Jednocześnie niezmiennosc rozumienia pojęć konstytucji nie zawsze stanowi gwarancje przed obroceniem się demokracji przeciwko sobie.

1. Wstęp

Konstytucja jako przedmiot interpretacji, poza wymogiem założenia wstępnego będącego odpowiedzią na pytanie, czym jest konstytucja, implikuje również przedanalizę i refleksję nad tym, czy konstytucja jest aktem żywym poddanym procesowi aktualizacji poprzez jej reinterpretację determinowaną zmianą warunków jej stosowania, czy jest to akt niezmienny interpretacyjnie. Te dwa podstawowe założenia mają istotny wymiar nie tylko z punktu widzenia metodologii wykładni normy konstytucyjnej, ale również z punktu widzenia filozoficzno-politycznych uzasadnień wyjątkowości tego rodzaju normy prawnej na tle norm innych aniżeli konstytucyjne. Istotną i pierwotną – w rozumieniu przedinterpretacyjną – analizą zmiany konstytucji poprzez interpretację jest więc odpowiedź na pytanie, czy norma konstytucyjna w sposób optymalny spełnia funkcję gwaranta równowagi pomiędzy jednostkowym prawem a roszczeniami większości do ustawowego regulowania stopnia możliwej realizacji konstytucyjnych gwarancji przez jednostkę, w sytuacji gdy metoda interpretacji tego typu normy oparta jest na założeniu otwartości na jej ewolucję znaczeniową, czy optymalność ta osiągnąta jest w sytuacji eliminacji

w procesie wykładni elementu nowatorstwa. Co więcej, przyjęcie ostatniego celu w ramach metodologii wykładni konstytucji wymaga refleksji nad rolą konstytucji jako aktu przede wszystkim umownego, w ramach którego stronami jest społeczeństwo ratyfikujące konstytucję oraz państwo. Wola historycznego twórcy konstytucji jako podstawowe źródło rozwiązywania wątpliwości interpretacyjnych, w założeniu spełniająca rolę statycznego, niezmiennego czynnika warunkującego wykładnię, wymaga jednak bliższego możliwego skonkretyzowania tego wyznacznika, a nadto wykazania, że ta metoda interpretacyjna jest w stanie efektywnie realizować istotę konstytucji, jaką jest jej rola gwarancji podmiotowości jednostki w konfrontacji z władzą publiczną. Aktywna postawa interpretacyjna w stosunku do tekstu konstytucji, skutkująca zmianą interpretacyjną w sposób nieunikniony wymaga skonfrontowania z opartym na podobnym celu interpretacyjnym, jakim jest podtrzymanie istoty konstytucji w dyskursie prawnym, a odmiennym metodologicznie stanowisku interpretacyjnym postrzegającym zmianę nie jako warunek umożliwiający zachowanie tej istoty, ale potencjalne jej zagrażający. Konsekwencją odmiennych metodologicznie stanowisk interpretacyjnych jest zasadniczo odmienna rola orzecznictwa dla kształtowania doktryn rozumienia pojęć konstytucyjnych. Odmienność ta skutkuje ponadto adekwatnością bądź brakiem adekwatności kryterium intencji twórców konstytucji dla wykładni treści i zakresu stosowania normy konstytucyjnej.

2. Formalna zmiana konstytucji

Pojęcie zmiany konstytucji w ramach demokratycznej struktury sprawowania władzy w sposób generalizacyjny łączone jest z działaniami władzy ustawodawczej z możliwym wsparciem konstytuującego ludu ujawniającym się w akcie ratyfikacji aktu konstytucyjnego czy poprawki do tego aktu. Wskazane ramy rozumienia istoty zmiany konstytucji konstytuują jej doktrynalnie kształtowaną sztywność formalną¹. Zabezpieczeniem zachowania konstytucyjnej determinacji aktów podkonstytucyjnych jest narzucany przez samą konstytucję, obostrzony w stosunku do zwykłych aktów ustawodawczych proces jej nowelizacji czy uchylecia. Wymóg kwalifikowanej większości w ramach ciał ustawodawczych ma stanowić swoistą gwarancję dla zachowania realizacji systemowej nadrzędnej roli tekstu konstytucji. Gwarantem zakładanej niezmienności konstytucji jest więc ustawodawca konstytucyjny, a jako wystarczające pozostawia się wymogi formalne utrudniające zmianę woli ustawodawcy konstytucyjnego. Przyjęcie jedynie formalnie

¹ L. Garlicki pojęciu formalnej sztywności konstytucji przeciwstawia pojęciu materialnej sztywności konstytucji łączonej przez autora z konstytucyjnym zapewnieniem niezmienności ducha konstytucji czy konkretnych jej postanowień adresowanym przede wszystkim do organów stanowiących również ustawodawcy konstytucyjnego. Szerzej zob. *idem*, *Normy konstytucyjne relewantnie niezmiennalne*, [w:] J. Trzcinski (red.), *Charakter i struktura norm konstytucyjnych*, Warszawa 1997, s. 137 i 140 (137-155).

uwarunkowanej zmiany konstytucji bazuje na założeniu zamykania konstytucji w jej tekście. Tekstualistyczna wizja konstytucji nie tylko implikuje zamknięcie woli konstytuującej w tekście, ale pociąga za sobą utożsamianie woli konstytuującej z wolą ciał parlamentarnych (z możliwym jednak uprawnieniem ludu poprzez akt ratyfikacji). Przede wszystkim oznacza jednak zamknięcie pojęć konstytucji w literze tekstu konstytucji i marginalizowanie ich otwartości na reinterpretację, a tym samym istotność współczesnego suwerena dla ustalania znaczenia konstytucji. Dynamizm tekstowi konstytucji w założeniu koncepcji konstytucji sztywnej jest w stanie zapewnić formalna poprawka konstytucji jako jedyne ogniwo mające łączyć jej tekst z wolą aktualnego suwerena.

Formalne uwarunkowanie zmiany konstytucji zagrożenia dla istoty konstytucji upatruje w zmianie jej tekstu, a podmiotami w sposób naturalny łączonymi z tym brakiem bezpieczeństwa tekstu konstytucji są podmioty ją stosujące, czyli przede wszystkim władza sądownicza. Koncepcja ta oczywiście łączy również potencjalne zagrożenie dla tekstu konstytucji z innymi podmiotami sprawowania władzy, niemniej jednak zamyka to zagrożenie w systemowo uwarunkowanej strukturze prawa, gdzie akty podkonstytucyjne z racji upoważnienia wynikającego z normy konstytucyjnej jako normy hierarchicznie niższej rangi normatywnie uzależnione są od dyspozycji tekstu konstytucji. Założenie normatywnej zależności normy podkonstytucyjnej od tekstu konstytucji uwarunkowane jest jednak założeniem realizacji wymogu hierarchicznej niesprzeczności realizowanej przez władzę stanowiącą prawo, czyli władzę ustawodawczą zdominowaną dyskursem większościowym i władzę wykonawczą. Doświadczenia historyczne związane z niekonstytucyjną zmianą konstytucji ujawnianą w działaniach obu tych typów władz dopełniły systemowo gwarantowaną wyższość normy konstytucyjnej strażnikiem tak założonej hierarchii w postaci podmiotu kontroli konstytucyjności. Ulokowanie gwaranta konstytucyjności w ramach władzy sądowniczej można uznać za swoistą reakcję kultury prawnej na ekscesy nadmiernej kumulacji władzy organów nie-sądowych niweczających istotę demokratycznej formy rządów szanujących podmiotowość każdej jednostki w konfrontacji z władzą publiczną. Jednocześnie silny wpływ interpretacyjnej doktryny ograniczenia (powściągliwości) sędziowskiej w realizacji funkcji kontroli konstytucyjności, zwłaszcza w stosunku do tekstu prawnego, pozwala sądzić, że z punktu widzenia innych ośrodków władzy aniżeli władza sądownicza, zagrożenie postrzegane jest dalej w niezdeterminowanej tekstem interpretacji konstytucji w ramach procesu stosowania konstytucji przez organy sądowe.

Jednocześnie jednak historyczne fakty obrazujące sytuację obracania się demokracji przeciwko sobie, jak określają to Amerykanie, czy samobójstwa demokracji² w terminologii europejskiej, główne źródła niekonstytucyjnej zmiany konstytucji łączą przede

² Określenie „samobójstwo demokracji” przywołuje L. Garlicki. Zob. *ibidem*, s. 145.

wszystkim z ekscesami władzy rządzącej większości, która, wykorzystując mechanizm większościowy demokratycznej formy sprawowania władzy, zaprzepaszcza istotę konstytucjonalizmu, jaką jest pozostawienie sfery autonomii jednostki chronionej konstytucyjnie poza dyspozycją państwa zapobiegając wizji człowieka jako podmiotu upaństwowionego. Koncepcje formalnej sztywności konstytucji pod wpływem wskazanych doświadczeń patologii większościowego dyskursu parlamentarnego wzbogacane są klauzulami materialnej niezmienności konstytucji. Substancjalna niezmiennosc istoty myśli konstytucyjnej zapewniana jest poprzez generalne uregulowanie niemożności zmiany istoty konstytucji łączonej z mechanizmami zapewnienia zrównoważonej relacji prawnej między większościowym dyskursem ustawowym i konstytucyjnie gwarantowaną nienaruszalnością sfery autonomii jednostki i form sprawowania władzy w sposób nie zagrażający tej równowadze. Inną formą formalnej gwarancji materialnej niezmienności aktu konstytucyjnego jest konstytucyjne zapewnienie niemożności uchylenia konkretnych postanowień konstytucji łączonych z wartościami wskazanymi już wcześniej, nie tylko w stanie nadzwyczajnym, ale również poprzez zmiany konstytucji w stanie „normalnym” funkcjonowania państwa³.

Adresatem konstytucyjnych klauzul limitacyjnych czy regulacji mających w założeniu zapewnić ciągłość demokratycznej formy rządów są organy stanowiące. Niemniej jednak standard realizacji istoty konstytucjonalizmu, jaką jest stworzenie konstytucyjnej bariery ochronnej przed pomijaniem jednostki w procesie sprawowania władzy, zapewnić może władza sądownicza. Jest ona w stanie przeciwdziałać wykorzystywaniu demokratycznego reżimu uchwalania ustaw z pomijaniem czy marginalizowaniem praw jednostkowych jako nieznajdujących wsparcia u rządzącej większości, a uwzględnianych właśnie w ramach dyskursu sądowego.

3. Uwarunkowania interpretacyjnej zmiany konstytucji

Gwarantem zapewnienia wyważonej relacji jednostka–władza publiczna, mającym zapobiec obróceniu się demokracji przeciwko sobie jest świadoma realizacja standardu konstytucyjności prawa w ramach procesu stosowania prawa. Nadmierna kumulacja władzy i wykorzystania przez rządzącą większość mechanizmów demokratycznych dla nieproporcjonalnej dominacji państwa wspartego uzasadnieniem większościowej elekcji nad nieznajdującą wsparcia w dyskursie ustawowym jednostką, w sposób niweczący

³ Taką klauzulą jest art. 79 ust. 3 Konstytucji dla Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r. („Dokonanie zmiany niniejszej Ustawy Zasadniczej, dotyczącej podziału Federacji na kraje związkowe, zasady współuczestnictwa krajów związkowych w postępowaniu ustawodawczym lub zasad określonych przepisami art. 1 i 20, jest niedozwolone.”), <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80205000.pdf> [dostęp: 30.11. 2016].

konstytucyjnie gwarantowaną sferę niezależności jednostki w strukturze władzy podaje w wątpliwość jej podmiotowość, tym samym prowadząc do patologii demokracji.

Świadomość zagrożenia tej podmiotowości można uznać za istotę myśli konstytucyjnej i podstawę relewancji ujęcia w tekście konstytucji regulacji gwarantującej tak rozumianą sferę autonomii. Niemniej jednak rozwijane dyskursywnie w ramach kultury prawnej metody interpretacji ustawy zasadniczej poddane refleksji o ograniczonej efektywności formalnej niezmienności konstytucji ujawniają z różnych perspektyw nieufność wobec przejawiającej się w większościowych mechanizmach rządzenia ustawowych przejawach realizacji woli przyszłych pokoleń. Założenie bowiem najwyższej władzy suwerennego ludu w sposób nieubłagany poddawane może być wykładni pojęcia suwerenności w sposób ograniczający ją do parlamentarnie uzewnętrznionej większości.

3.1. Intencjonalizm

Intencjonalizm jest tą formą interpretacji konstytucji, która gwarancje nienaruszalności jej postanowień łączy z założeniem preferencji dla woli suwerena historycznego reprezentowanego przez twórców konstytucji – tego, którego wola znalazła wyraz w dokumencie konstytucyjnym – jako szczególnie uprzywilejowanego dla determinacji istoty konstytucji z racji bycia stroną konkretnej umowy konstytucyjnej. Dla podmiotu interpretacyjnego intencjonalizm stwarza możliwe ramy nowatorstwa konstytucyjnego. Ma on miejsce jedynie w sytuacji istnienia historycznych dokumentów ujawniających wolę podmiotu konstytuującego umowę konstytucyjną lub ewentualnym przyjęciu dyspozycji dla takiej zmiany poprzez ujęcie w tekście konstytucji pojęć otwartych⁴. Wymaga to jednak przyjęcia określonej wersji intencjonalizmu opartego na założeniu, że semantyczna otwartość zasad konstytucji jest dyspozycją jej twórcy. Jednocześnie jednak ustalenie znaczenia językowego tekstu konstytucji, również jej pojęć niedookreślonych i nieostrych, z punktu widzenia konwencji językowych poddane jest historycznym regułom semantycznym. Źródła tych reguł łączone są z rozumieniem pojęć aktualnym dla suwerena historycznego jako tego, który w sposób najbardziej optymalny i w sposób umocowany wyrażonym w konstytucji umownym kompromisem społecznym oddaje gwarancje konstytucyjności prawa⁵.

Założenia interpretacyjne intencjonalizmu są więc zasadniczo redukcyjne w stosunku do potencjalnego aktywizmu sędziowskiego, niemniej jednak nie tyle wynikają one nieuf-

⁴ Na ograniczone możliwości uzasadnialności zmiany w koncepcjach oryginalistycznych wykładni konstytucji zwraca uwagę D.A. Strauss, *Do We Have a Living Constitution?*, „Drake Law Review” 2010-2011, vol. 59, issue 4, s. 977 (973-984).

⁵ Nieprzekonująca i podawana w wątpliwość jako nieoryginalistyczna jest koncepcja abstrakcyjnego oryginalizmu abstrahująca i generalizująca intencje suwerena historycznego reprezentowanego przez twórców konstytucji. Na temat tej koncepcji zob. L.G. Simon, *The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified?*, „California Law Review” 1985, vol. 73, issue 5, s. 1510 (1482-1539).

ności wobec władzy sędziowskiej w realizacji istoty konstytucjonalizmu, ile z niewiary w relewancję aktualnych ocen społecznych, współczesnej kultury prawnej i możliwej redefinicji relacji jednostka – władza publiczna. Dynamizm rozwoju myśli konstytucyjnej jest wyłączany jako potencjalnie mogący pójść w dwóch kierunkach, spośród których jeden jest zaprzepaszczeniem idei konstytucji jako tarczy ochronnej jednostki w relacji z rządzącą większością i jest to wystarczające niebezpieczeństwo dla wyłączenia nowatorstwa w ogóle. Ewolucja rozumienia konstytucji może jednak iść w kierunku zapewnienia aktualności standardu autonomii jednostki, ale wyłącza to oryginalizm jako metodę interpretacji z racji zagrożenia stworzenia furtki dla jakiegokolwiek możliwej zmiany interpretacyjnej i jednocześnie z racji podawania poprzez aktualizującą interpretację konstytucji w wątpliwość intencjonalnego jej wymiaru jako umowy konkretnych historycznych stron⁶.

Intencjonalizm, będąc jednak ślepy na zmiany dyskursu społecznego i prawnego ujawniające się chociażby w reinterpretacji i ewolucji doktryn rozumienia kluczowych pojęć konstytucyjnych takich, jak wolność, równość, sprawiedliwość, potencjalnie może poprzez związanie ich historycznym rozumieniem wypaczać standard konstytucyjny, zwłaszcza w obliczu jego konfrontacji z wolą aktualnego suwerena. Jest to o tyle istotna wątpliwość, o ile uwzględni się rozumienie suwerenności jako nie tyle hipotetycznej woli ludu rozumianego jako agregat, ale jako klasę równoprawnych jednostek tworzących suwerenny podmiot zbiorowy z powodu posiadania równie istotnych praw i wolności przez każdy element tak rozumianej suwerennej klasy podmiotów prawa. Intencjonalizm zagrożenie myśli konstytucyjnej upatruje bowiem w stworzeniu jakiegokolwiek ewentualności dla nowatorstwa nie tylko zwalczanego w konfrontacji wspartej wolą aktualnego prawodawcy aktu ustawowego z oryginalistycznie rozumianą konstytucją, ale również w sytuacji wyrażania poprzez kontrolę konstytucyjności przez władzę sądowniczą tak rozumianego suwerena. Sądownictwo konstytucyjne w realizacji standardu konstytucyjności prawa nie tyle więc ma być podmiotem reprezentującym aktualnego suwerena i chroniącym go przed wyparciem jego interesów w ustawowym dyskursie zdominowanym przez interesy głównie partii rządzącej i ewentualnie wyborczej większości, ile ma być strażnikiem woli suwerena historycznego. Wola aktualnego suwerena dla dyskursu konstytucyjnego jest relewantna o tyle, o ile znajdzie wyraz w formalnej poprawce do konstytucji.

Intencjonalne założenie interpretacyjne statuuje i tekst konstytucji, i jej interpretatorów jako poddanych martwej woli⁷ podmiotów odbieranych jako szczególnie prede-

⁶ R.N. Clinton zauważa, że sędzia jako podmiot stosujący tak rozumiany kontrakt ma być neutralnym wykonawcą umowy. Zob. *idem*, *Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of the Constitution*, „Iowa Law Review” 1986-1987, vol. 72, issue 5, s. 1182 (1177-1280).

⁷ Założeniu temu można przeciwstawić tzw. argument Jeffersona: „Ziemia jest dla żywych, nie umarłych”, „jedna generacja jest jak obcy naród dla drugiego narodu”, cyt. za: D.A. Strauss, *The Living Constitution*, New York 2010, s. 121.

stynowanych do uznania takiej preferencji interpretacyjnej. Wątpliwość rodzić w tym kontekście może jednak założenie, że wykluczenie interpretacyjnej zmiany konstytucji samo w sobie jest gwarancją wyważenia interesu jednostki i interesu rządzącej większości, tak aby wykluczyć zjawisko obrócenia się demokracji przeciwko sobie, czyli wypaczenia istoty supremacyjnego charakteru konstytucji w porządku prawnym. Wykluczenie zmiany i założenie statyczności pojęcia konstytucjonalizmu wyłącza relewancję zaktualizowanego prawa i wolności jednostki dla dyskursu konstytucyjnego, ograniczeniem bowiem władzy publicznej jest jednostka, ale standard jej autonomii konstytuowany jest przez znaczenia historyczne. Klasyczna myśl indywidualizmu i liberalizmu znajdująca wyraz w historycznie uwarunkowanym tekście konstytucji niewątpliwie jest opcją zachowania minimum standardu niezależności jednostki, nie realizuje jednak idei standardu optymalnego opartego na uwzględnieniu zmian społeczno-kulturowych determinujących myślenie jednostki o samej sobie i istotnym dla siebie wymiarze braku upaństwowienia własnej sfery prywatnej.

3.2. *Living constitution*

Koncepcja żywej konstytucji wychodzi naprzeciw obawom związanym z brakiem relewancji w dyskursie konstytucyjnym woli aktualnego suwerena, implikuje dynamizm rozumienia tekstu konstytucji, nie determinuje jednak jeszcze kierunku możliwej zmiany konstytucji poprzez interpretację. Sama bowiem idea *living constitution* opiera się jedynie na przekonaniu, że istota konstytucjonalizmu tkwi w identyfikacji współczesnego suwerena z tekstem konstytucji. Ogniwem pośrednim dla tak rozumianej łączności jest podmiot interpretacyjny, poprzez kontrolę konstytucyjności rozumiejący przede wszystkim identyfikację suwerena z konstytucją. Uprawomocnieniem supremacji konstytucji nie jest bowiem fakt historycznej umowy konstytucyjnej wyrażającej kompromis społeczny co do tego, jakie wartości winny być podstawą porządku prawnego, a wsparcie tych wartości jako istotnych dla współczesnych. Koncepcja *living constitution* nie postrzega aktualnego pokolenia jako potencjalnego zagrożenia dla istoty konstytucjonalizmu, niemniej jednak nie łączona z wyraźnym założeniem kontynuacji istoty konstytucjonalizmu w postaci gwarancji autonomii jednostki i takiej struktury sprawowania władzy, aby nie zagrozić tej niezależności, szczególnie przez jej przeciwników, może być manifestowana jako zmierzająca do tyranii sądowej. Nadmierna swoboda interpretacyjna łączona w realizacji tej koncepcji przede wszystkim z władzą sądowniczą prezentowana jest jednak nie tyle przez jednostkę jako zagrożoną dyskrejonizmem sędziowskim, ile pozostałe ośrodki władzy, co można z zewnętrznej perspektywy odebrać jako element gry politycznej w ramach realizacji *check and balances*.

Zasadniczo argumentacja podnoszona w ramach stanowiska eksponującego zagrożenie nadmiarem władzy w ramach struktury sądownictwa traci na relewancji w sytuacji wsparcia idei żywej konstytucji realizacją istoty konstytucji, i utożsamiania sądownictwa z rolą gwaranta i strażnika powszechności dyskursu konstytucyjnego. Poprzez to ostatnie określenie należy rozumieć sytuację uwzględniania w ramach zapewnienia standardu konstytucyjności prawa istotności konstytucyjnych praw jednostki marginalizowanych lub pomijanych w procedurach ustawodawczych z racji braku wsparcia rządzącej większości, niezależnie, czy partyjna większość ujawniająca swą wolę w tekście ustawy jest tylko jej interesem, czy reprezentacją większości społecznej, tak aby wykluczyć zjawisko tyranii większości.

Z punktu widzenia metodologii wykładni otwarte pojęcia konstytucyjne postrzegane są w koncepcji *living constitution* jako legitymizujące sądowniczą ewolucję tekstu konstytucji. W normatywnym wymiarze sprzyjają założeniu, że rozwijanie podstawowych wartości, uniwersalnych i immanentnych dla człowieczeństwa ujętych w otwarty sposób w momencie konstytuowania umowy konstytucyjnej, jest realizacją zasad założonych w konstytucji z uwzględnieniem zmian cywilizacyjnych, tak aby zachować ich relewancję w kontroli aktualnych działań władzy publicznej. Orzekanie, nazywane żywym konstytucjonalizmem, powinno więc polegać na traktowaniu postanowień konstytucji jako sugerujących ograniczenie rządzących w imię podstawowych praw jednostki⁸.

Stanowiskiem interpretacyjnym realizującym te założenia jest aktywizm normatywny będący jednocześnie selektywnym aktywizmem. Aktywizm jako metoda interpretacyjna łączony z substancjalnymi uwarunkowaniami rezultatu interpretacji jest aktywizmem normatywnym. Normatywnym aktywizmem jest aktywizm liberalny⁹, ale nie zawsze normatywnie zaangażowany aktywizm musi opierać się na idei *living constitution*¹⁰, zmianę ograniczyć bowiem można jedynie do pojęć otwartych i tu ujawnia się aktywizm, gdyż kryteria znaczenia wyznacza aktualny suweren, a pojęcia zamknięte rozumieć intencjonalnie czyli statycznie. Aktywizm normatywny łączony z aktywizmem selektywnym będącym aktywizmem liberalnym¹¹, z punktu widzenia analiz filozofii po-

⁸ T.C. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, „Stanford Law Review” 1975, vol. 27, issue 3, s. 709 (703-718).

⁹ R.J. Lipkin, *We Are All Judicial Activists Now*, „University of Cincinnati Law Review” 2008, vol. 77, issue 1, s. 204-205 (181-232). Autor jako normatywną traktuje na przykład koncepcję Williama Brennana (zob. s. 207-208) i zob. R. Brennan, *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, „Harvard Law Review” 1977, vol. 90, issue 3, s. 489-504.

¹⁰ Na przykład koncepcja R. Barnetta, zob. R.J. Lipkin, op. cit., s. 205 i R.E. Barnett, *An Oryginalism for Nonoryginalists*, „Loyola Law Review” 1999, no. 45, issue 4, s. 611-654.

¹¹ W odróżnieniu od aktywizmu konserwatywnego który pozbawiony jest substancjalnego uzasadnienia, istotą aktywnej roli sądu konserwatywnego jest realizacja idei *self-restraint*, chyba że *original meaning* pozwala im na aktywizm, tj. twórcy konstytucji pozostawili pojęcia otwartymi, stwarzając autorytet interpretatorom. *Conservative activism* jest wynikiem koncepcji sądowej supremacji jako skutku ustanowienia instytucji kontroli konstytucyjności i ulokowania jej we władzy sądniczej. G.R. Stone, *Citizens United*

lityki nazywany nowym aktywizmem, jest oparty na idei sądu konstytucyjnego jako gwaranta niesłyszalnej w dyskursie ustawowym mniejszości. Podstawą interpretacyjną liberalnego aktywizmu jest tekst – przy założeniu, że może być przedmiotem rozszerzającej interpretacji¹² – ale opartej na normatywnej podstawie, jaką są liberalizm i indywidualizm traktowane jako korzenie konstytucjonalizmu. Uwypuklanie potrzeby ograniczenia władzy w zakresie potencjalnych ingerencji w prawa mniejszości w ramach przeprowadzania kontroli konstytucyjności uzasadniają nazywanie takiej postawy interpretacyjnej selektywnym aktywizmem¹³. Selektywna konstytucyjna ochrona w ramach zapewniania standardu konstytucyjności prawa dopuszczana jest w sytuacji systematycznego pomijania interesów niereprezentatywnej grupy (np. kobiet, mniejszości etnicznych, religijnych, ludzi innej rasy) w regulacjach ustawowych lub gdy rządząca większość dąży do zachowania *status quo* i swojej władzy poprzez eliminację z dyskursu ustawowego niereprezentowanej jednostki¹⁴. Selektywność w tym rozumieniu oznacza wsparcie konstytucyjne, gwarancję ochrony konstytucyjnej. Wspierana selektywnie jednostka staje się istotnym elementem dyskursu polityczno-prawnego, tym samym nie dopuszczana jest interpretacja demokracji będąca w istocie demokracją wykluczającą. Nie oznacza to, że interes jednostkowy wypiera interesy rządzącej większości, ale wskazuje, że musi być wyważony w ramach kontroli konstytucyjności, uwzględniony jako konstytucyjnie chroniony.

Koncepcja żywej konstytucji realizowana w ramach aktywnej postawy sędownictwa w polityczno-prawnie uwarunkowanej funkcji wzajemnej kontroli statuuje organ kontroli konstytucyjności jako strażnika i gwaranta praw nie tyle aktualnej, posiadającej moc legitymizacyjną, większości społecznej, a przynajmniej niekoniecznie jej, lecz strażnika praw człowieka, które w założeniu mogą kolidować z postawami i preferencjami większości. Oparcie interpretacji na tym substancjalnym założeniu ma przeciwdziałać niszczeniu demokracji przez samą siebie¹⁵. Należy przez to rozumieć sytuację istnie-

and Conservative Judicial Activism, „University of Illinois Law Review” 2012, vol. 485, issue 2, s. 495 (485-500) i R.J. Lipkin, *op. cit.*, s. 191-192.

¹² Dziewiąta poprawka do konstytucji (*Wymienienie w konstytucji określonych praw nie oznacza zniesienia lub ograniczenia innych praw przysługujących ludowi*, cyt. za: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>, dostęp: 16.11.2016) była podstawą dla przyjęcia przez sąd Warrena prawnonaturalnego źródła praw człowieka (zob. R.N. Clinton, *Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of the Constitution*, „Iowa Law Review” 1986-1987, vol. 72, issue 5, s. 1252 (1177-1280). Dziewiąta poprawka do konstytucji amerykańskiej rozumiana jest nie tylko jako wyrażenie zasady federalizmu, lecz uprawnienie do maksymalizacji ochrony praw jednostki na szczeblu stanowym w konfrontacji z rozwiązaniami federalnymi (zob. T. Grey, *op. cit.*, s. 717).

¹³ G.R. Stone, *op. cit.*, s. 493.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A.L. Scanlan, *The Passing of Justice Murphy – The Non-Science of a Court*, „Notre Dame Law Review” 1949, vol. 25, issue 1, s. (7-39), [za:] K.D. Kmiec, *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*, „California Law Review” 2004, vol. 92, issue 5, s. 1450 (1441-1478).

nia w dyskursie konstytucyjnym niesłyszalnej mniejszości. Dominacja większościowej koncepcji polityki sądowej, czyli ograniczenia sądownictwa w zakresie ochrony praw jednostki w sytuacji konfrontacji z wolą większości wyrażoną w ustawach, oznacza wyłączenie sądowej ochrony mniejszości¹⁶.

Aktywizm liberalny skoncentrowany jest na istocie konstytucjonalizmu – ochronie jednostki, jednocześnie interpretacyjnie deklaruje, że na gruncie konstytucji nie ma „mechanicznej jurysprudencji”¹⁷. Tekst konstytucji i kontroli konstytucyjności nie powinny być rozumiane tak, aby ograniczać rolę sądownictwa konstytucyjnego jako gwaranta w rozszerzaniu podstawowych idei indywidualnej wolności, sprawiedliwego traktowania, nawet jeśli zawartość tych idei nie znajduje odzwierciedlenia w pisanej konstytucji¹⁸. Taka rola sądu jest jednak trudniejsza do uzasadnienia z racji realizacji funkcji określanej przez Thomasa Greya jako noninterpretatywistyczna¹⁹, podważającej paradygmat tekstualistycznej interpretacji, nawet jeśli jest to nieosiągalne w konfrontacji ze specyfiką normy konstytucyjnej. Ponadto jest to funkcja kontestowana przez pozostałe władze z powodu upatrywania w tej metodzie interpretacyjnej elementu sprawowania władzy. Jest to jednak trudne do zrozumienia z racji braku wymiernych konsekwencji jakie miałyby płynąć dla sądownictwa z tak rozumianej kumulacji władzy, poza samą efektywnością kontroli pozostałych władz.

Koncepcja *living constitution* oparta na normatywnych podstawach indywidualizmu postrzeganego jako istota konstytucjonalizmu może stanowić poprzez orzeczniczą zmianę konstytucji gwarancję minimalizowania negatywnych skutków formalnej niekonstytucyjnej zmiany konstytucji, tj. zmiany, która prowadziłaby do obrócenia się demokracji przeciwko sobie. Zmiana orzecznicza jako instytucja gwarancji konstytucyjności tworzonego prawa, również wprowadzanych nowelizacji konstytucji formalnie poprawnych, a materialnie burzących podstawy kulturowe nowożytnego konstytucjonalizmu, staje się więc elementem czy ostatnim ogniwem zachowania kanonu demokracji nie rozumianej jako bezrefleksyjna nadinterpretacja większościowej formy sprawowania rządów tak, że jednostka staje się obiektem nieograniczonej regulacji prawnej. Nie zawsze bowiem klauzule ograniczające czy wyłączające zmianę niektórych postanowień konstytucji, czy też jeszcze mniej zdeterminowana klauzula wyłączająca zmianę istoty konstytucji są w stanie wyeliminować patologiczne formalne zmiany tekstu konstytucji.

¹⁶ R.M. Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, „Yale Law Journal” 1982, vol. 91, issue 7, s. 1298 (1287-1316).

¹⁷ Tak określa koncepcję związania, ograniczenia sędziowskiego Thomas Grey. Zob. T.C. Grey, *op. cit.*, s. 706.

¹⁸ *Ibidem*, s. 706.

¹⁹ *Ibidem*.

4. Podsumowanie

Zmiana konstytucji w zależności od istoty nowości przez nią wprowadzanej może rodzić obawy bądź może mieć rolę gwarancyjną. Uwikłanie tekstu konstytucji w jego polityczno-prawne uzasadnienie łączone z pojęciem „konstytucjonalizm” pozwala uzewewnętrzniony przejaw tej idei, czyli formalną konstytucję, konfrontować z celem, któremu służy. Jednocześnie istotna staje się analiza dyskontynuacji istoty konstytucjonalizmu i metod zarówno formalnych, jak i przede wszystkim orzecznich, ujawnianych w metodach interpretacji konstytucji jako gwarancji realizacji jedynie konstytucyjnej zmiany konstytucji.

Topiczna teoria argumentacji prawniczej – między tradycyjną a neokonstytucjonalną koncepcją państwa prawa¹

Abstrakt

Topikthese zakładała, że myślenie prawnicze zawsze i wszędzie powinno mieć charakter topiczny, a topisy jako powszechnie znane i uznawane argumenty powinny być podstawą rozumowań prawniczych. Teza ta była wielokrotnie poddawana weryfikacji. Powodem kolejnego jej przywołania stał się neokonstytucjonalizm, zakładający argumentacyjną, a więc bliską topicie wizję prawa, właściwą dla współczesnego, konstytucyjnego państwa prawa. Wraz z przejściem od pozytywizmu prawnego i państwa prawa do neokonstytucjonalizmu i konstytucyjnego państwa prawa topika prawnicza, zwykle przeciwstawiana „tradycyjnym” koncepcjom państwa prawa, zyskała na znaczeniu. Jej pozycja stała się odzwierciedleniem różnic pomiędzy argumentacją w państwie prawa i konstytucyjnym państwie prawa, będących konsekwencją różnic pomiędzy samym pojęciem „państwa prawa” na gruncie tych koncepcji. Bez wątpienia topika prawnicza bliższa jest neokonstytucjonalizmowi, gdzie służy pogodzeniu argumentacyjnego charakteru prawa z wymogami pewności i bezpieczeństwa prawnego.

1. Wprowadzenie

Praca poświęcona jest problematyce obecności i znaczenia zasady państwa prawa w topicznej koncepcji argumentacji prawniczej² oraz możliwości zastosowania topik w uzasadnieniach rozstrzygnięć podejmowanych w państwie prawa i konstytucyjnym państwie prawa. Teorie argumentacji prawniczej zwykle się analizować i oceniać z perspektywy poprawności metodologicznej oraz kryteriów oceny argumentów, przeważnie dotyczących realizacji określonych wzorców racjonalnego uzasadniania rozstrzygnięć sądowych. Jest to perspektywa jak najbardziej uzasadniona, ale nie jedyna. Teorie argumentacji muszą dodatkowo „wpasować się” w przyjęte i akceptowane rozumienie pojęcia państwa prawa. Ma to związek z fundamentalnym oraz dwoistym (formalnym i materialnym) charakterem tej zasady i koniecznością jej urzeczywistniania w procesie stosowania prawa. W związku z tym, z jednej strony, oczywistym staje się postawienie

¹ Publikacja w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2015/17/B/HS5/00457.

² Koncepcja topiki prawniczej przedstawiona została przede wszystkim w oparciu o prace T. Viehwega, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zu rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Munich 1974 i Ch. Perelmana, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984.

pytania o obecność i znaczenie zasady państwa prawa w konkretnych teoriach argumentacji prawniczej. Z drugiej strony, takie ujęcie problemu uwzględnić musi konieczność weryfikacji teorii argumentacji z perspektywy wymogów stawianych przez koncepcje państwa prawa, które z różną intensywnością i na różne sposoby odnoszą się do teorii argumentacji prawniczej, w większym lub mniejszym stopniu przesądzając jej charakter. Zasadniczy problem dotyczy więc adekwatności i przystawalności teorii argumentacji do wymogów stawianych argumentacji w państwie prawa oraz znalezienia optymalnego, z punktu widzenia przyjętych założeń, istotnych dla całego systemu prawnego, paradygmatu argumentacyjnego. Rozwiązanie tego problemu musi oczywiście uwzględniać różnorodność koncepcji państwa prawa, a w szczególności różnorodność treści, zakładaną hierarchię oraz sposoby umotywowania zasad, w oparciu o które są one budowane.

Zasadniczy problem dotyczy więc ustalenia tego, czy argumentacja w państwie prawa i argumentacja w konstytucyjnym państwie prawa są tożsame czy odmienne, oraz co z zasady rządów prawa wynika dla teorii argumentacji prawniczej, a szerzej – dla teorii prawa? Punktem wyjścia rozważań jest tu naturalnie samo pojęcie państwa prawa, powszechnie uznawane za problematyczne. Problematyczność ta wynika z trudności natury definicyjnej (głównie aksjologicznej), jak i z przyczyn praktycznych, związanych z odgrywaniem przez nią doniosłej roli w wielu aspektach funkcjonowania współczesnego państwa³. Naszym celem nie jest jednak kompleksowe przedstawienie zagadnień dotyczących państwa prawa, lecz wskazanie kilku istotnych, podstawowych cech związanych z uświadamianym i postulowanym przez neokonstytucjonalistów przejściem od „państwa prawa” do „konstytucyjnego państwa prawa” oraz znaczeniem tej zmiany dla argumentacji prawniczej. Dotyczy to więc wymogów, które argumentacji prawniczej stawia koncepcja państwa prawa w ujęciu tradycyjnym oraz neokonstytucjonalnym. Pierwszorzędne pytanie brzmi, czy państwo prawa różni się w aspekcie argumentacji prawniczej od konstytucyjnego państwa prawa, a jeżeli tak, jaki charakter ma ta zmiana – czy jest ona zasadnicza, czy polega jedynie na innym rozłożeniu akcentów.

2. Tradycyjna (pozytywistyczna) koncepcja państwa prawa a teoria argumentacji prawniczej – uwagi wstępne

Istotę zarysowanego wyżej problemu wyrażają następujące pytania. Co jest istotne z punktu widzenia tradycyjnego pojęcia państwa prawa dla argumentacji prawniczej?

³ Chodzi o sam charakter art. 2 Konstytucji, który nosi cechy normy programowej, ponieważ nakazuje osiągnąć pewne stany rzeczy, oraz normy optymalizacyjnej, ponieważ nakazuje osiągnąć je w możliwie wysokim stopniu w danych okolicznościach (S. Wronkowska, *Charakter prawny klauzuli demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej)*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, Warszawa 2006, s. 112).

Inaczej rzecz ujmując, czy pośród prawniczych reguł interpretacyjnych i argumentacyjnych istnieją takie, które są szczególnie ściśle związane z zasadą państwa prawa, gwarantując jej realizację, czy raczej reguły te nie mają wpływu na jej urzeczywistnianie. Na oba pytania odpowiedzieć należy pozytywnie, zważywszy, że zasada państwa prawa powinna być urzeczywistniana także w stosowaniu prawa, a reguły interpretacyjne i argumentacyjne powinny mieć swoją doniosłość.

Kolejnym problemem jest wskazanie i uzasadnienie tych reguł. Punktem wyjścia jest ponownie samo pojęcie państwa prawa. Traktuje się je najczęściej jako zbiorczy wyraz wielu zasad i reguł szczegółowych, o materialnym bądź formalnym charakterze⁴, które po części zapisane są w Konstytucji, a po części z niej wynikają (w szczególności w płaszczyźnie aksjologicznej) w sposób pośredni lub są do niej przyporządkowywane⁵. Zasadniczymi i trwałymi komponentami państwa prawa są: wymóg niearbitralnego działania organów władzy publicznej i poszanowania praw jednostki⁶. Opierając się na dorobku orzecznictwa, można tu również wskazać bardziej szczegółowe zasady: proporcjonalności, wyłączności ustawy w regulacjach określonych kwestii, zaufania, określoności, sprawiedliwości materialnej oraz pewności prawa⁷. Zwłaszcza między tymi ostatnimi zasadami może dochodzić do konfliktów, prowadzących do tego, że dążenie do sprawiedliwości może osłabiać pewność prawa i odwrotnie⁸. Nie sposób ich uniknąć, ponieważ z jednej strony rządy prawa powinny oznaczać realizację zasady sprawiedliwości, z drugiej zaś gwarantować pewność prawa⁹.

Zasada państwa prawa, co szczególnie istotne dla analizowanego zagadnienia, sama w sobie pełni rolę wskazówki interpretacyjnej, dostarczając przesłanek do funkcjonalnej wykładni przepisów¹⁰. Zasada ta ukierunkowuje interpretację prawniczą, stanowiąc równocześnie kryterium jej oceny. Wyznacza również jej granice, którymi są normy zawarte w tekstach prawnych, z którymi wiązany jest obowiązek ich stosowania. Z zagadnieniem tym łączą się problemy tzw. prawa sędziowskiego, zakresu swobody sędziowskiej i ustalenia reguł wykładni, które powinniśmy zaakceptować w państwie prawa. Szczególne znaczenie odgrywa również wykładnia ustaw w zgodzie z Konstytucją¹¹, która określa

⁴ Mają one różny charakter, tak formalny, jak i materialny. Materialne posiadają formalny refleks, a formalne znajdują swoje uzasadnienie w materialnych wartościach, np. bezpieczeństwo prawne.

⁵ L. Garlicki., *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2014; wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 r., K 26/97, OTK 1997, Nr 5-6, poz. 64.

⁶ S. Wronkowska (red.), *op. cit.*, s. 6.

⁷ P. Tuleja, *Zastane pojęcie państwa prawnego*, [w:] S. Wronkowska (red.), *op. cit.*, s. 67; wyrok SN z dnia 5 marca 2002 r., I CKN 1079/00 – niepubl.; M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz Art. 1-86*, Warszawa 2016, s. 219-220.

⁸ P. Tuleja, *op. cit.*, s. 62.

⁹ *Ibidem*, s. 71.

¹⁰ S. Wronkowska (red.), *op. cit.*, s. 6

¹¹ P. Tuleja, *op. cit.*, s. 63; G. Biaggini, *Verfassung und Richterrecht*, Basel-Frankfurt am Main 1991, s. 32.

wymogi w zakresie reguł interpretacji prawa i oceny dowodów. Dodajmy, że kontrowersyjność wyboru tych reguł wypływają z trudności z utworzeniem ich katalogu oraz z konieczności często sytuacyjnej, kontekstowej interpretacji zasady państwa prawa¹². Zaś dylematy związane z oceną stopnia jej realizacji wynikają także z problemów z ustaleniem materialnego naruszenia praworządności¹³.

Tak więc w odniesieniu do reguł interpretacyjnych i argumentacyjnych, wynikających z tradycyjnej koncepcji państwa prawa, należy uznać, że współcześnie koncepcja ta nie wyznacza konkretnej teorii argumentacji jako jedynej właściwej. Wskazuje raczej na pewne cechy, które teoria argumentacji winna posiadać, aby można było powiedzieć, że spełnia ona wymogi państwa prawa zidentyfikowane w doktrynie i orzecznictwie. Wydaje się, że konstrukcji tej nie odpowiada jeden rodzaj argumentacji prawniczej czy dyrektyw wykładni prawa, chociaż można twierdzić, że dzięki części reguł interpretacyjnych i argumentacyjnych zasada państwa prawa jest urzeczywistniana¹⁴. Na przykład nie budzi wątpliwości, że wymogiem państwa prawa jest argumentacja, która będzie poprawna logicznie oraz funkcjonalnie i systemowo spójna. Jej metodologiczna poprawność służy bowiem realizacji zasady państwa prawa, gwarantując racjonalność, przewidywalność i weryfikowalność prawnych rozstrzygnięć i ich uzasadnień.

Tradycyjne pojęcie państwa prawa jest więc postrzegane jako pewien standard (mający charakter stopniowalny) i miernik wartości prawa jako porządku normatywnego i zasad jego stosowania, jako punkt wyjścia i punkt odniesienia wszelkich ocen prawnych. Na zagadnienie wymogów stawianych teorii argumentacji przez koncepcję państwa prawa należy spoglądać z perspektywy genezy tej koncepcji (a zwłaszcza jej związków z pozytywizmem prawniczym), jej ewolucji (towarzyszącej przemianom pozytywizmu) i jej aktualnego rozumienia. Konieczne jest również uwzględnianie celów, które państwo prawa ma realizować, pośród których najważniejsze jest bezpieczeństwo prawne, pewność, stabilność prawa i ochrona praw podstawowych, co wyznacza również granice interpretacji i argumentacji prawniczej. Dopóki zasady te nie zostaną naruszone, przyjmowane reguły argumentacji i interpretacji prawniczej będą akceptowane w państwie prawa.

¹² S. Wronkowska (red.), *op. cit.*, s. 6.

¹³ Z. Ziemiński, *Typologia naruszeń praworządności*, „Państwo i Prawo” 1982, z. 8.

¹⁴ O. Bogucki, A. Choduń, *Zasady techniki prawodawczej w orzecznictwie TK w odniesieniu do demokratycznego państwa prawa*, [w:] M. Aleksandrowicz, A. Jamróz, L. Jamróz (red.), *Demokratyczne państwo prawa*, Białystok 2014. W państwie prawa dopuszczalne są reguły (toposy) wykładni zarówno językowe, jak i pozajęzykowe.

3. Neokonstytucjonalna koncepcja państwa prawa a argumentacja prawnicza

Stanowisko neokonstytucjonalizmu jest o wiele bardziej wyraziste. Część założeń dotyczących adekwatnej teorii argumentacji prawniczej jest wyrażonych wprost, część natomiast wynika z neokonstytucjonalnej koncepcji państwa prawa. Ich przedstawienie wymaga poczynienia zastrzeżenia, że neokonstytucjonalizm nie jest stanowiskiem jednolitym, a prezentowane przez jego zwolenników poglądy należy traktować raczej jako zbiór tez niż w pełni rozwiniętą, metodologicznie poprawną teorię prawa¹⁵. Najogólniej rzecz ujmując, neokonstytucjonalizm jest stanowiskiem postpozytywistycznym, oferującym zmianę paradygmatu, którym staje się argumentacyjna wizja prawa, właściwa dla współczesnego, konstytucyjnego państwa prawa¹⁶. Nowy paradygmat wyrażają następujące szczegółowe tezy, istotne z analizowanego, argumentacyjnego punktu widzenia¹⁷: (I) prawo państwa konstytucyjnego jest zbiorem reguł i zasad, wśród których największą rolę odgrywają zasady konstytucyjne; (II) te reguły i zasady tworzą zupełny, niesprzeczny i aksjologicznie spójny system normatywny; (III) współczesne konstytucje inkorporują wartości moralne, co powoduje powstanie wprawdzie przygodnego, ale bardzo prawnie relewantnego związku między prawem i moralnością; (IV) inkorporacja ta pociąga za sobą to, że interpretatorzy przepisów konstytucji są zmuszeni do przeprowadzenia interpretacji moralnej konstytucji, która prowadzi do jej „rozwijania”, dzięki odkrywaniu licznych implicytnych norm prawnych; (V) każda norma jest podważalna, gdyż zawsze pojawić się mogą wyjątki, uzasadnione racjami moralnymi wynikającymi z zainkorporowanych do prawa zasad moralnych; (VI) stosowanie prawa musi być oparte na rozumowaniach ważeńiowych, a nie wyłącznie na subsumpcji; (VII) ukształtowana w ten sposób holistyczna interpretacja konstytucji i prawa ustawowego umożliwia sędziom rozstrzygnięcie każdego sporu, w sposób spójny i moralnie poprawny; (VIII) normy prawne nie mogą posiadać dowolnej treści, gdyż muszą być zgodne z zasadami konstytucyjnymi, a te z kolei muszą odpowiadać wartościom charakteryzującym daną moralność polityczną.

¹⁵ A. Grabowski, *Teoria konstytucyjnego państwa prawa, i jej wpływ na argumentację prawniczą*, [w:] M. Aleksandrowicz, A. Jamróz, L. Jamróz (red.), *op. cit.*, s. 57-66. Z postpozytywizmem i neokonstytucjonalizmem wiązani są następujący filozofowie prawa: R. Guastini, S. Pozzolo, M. Atienza, J. Ruiz Manero, P. Comanducci, J. Aguiló, L. Ferrajoli, A. Calsamiglia, G.B. Ratti.

¹⁶ *Ibidem*, s. 62-63.

¹⁷ Jedną z wielu propozycji oddających istotę neokonstytucjonalizmu jest zestawienie G.B. Rattiego *Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo*, „Ius Humani. Revista de Derecho” 2014, o 4, A. Grabowski, *Postpozytywizm prawniczy: teoria prawa między pozytywizmem a prawem natury*, [w:] T. Gizbert – Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 412.

Zasadniczą dla naszych rozważań kwestią jest ustalenie, co powyższe tezy oznaczają dla teorii argumentacji prawniczej?¹⁸ Centralnym punktem neokonstytucjonalizmu jest niewątpliwie odwołanie się do argumentacji ważeniowej, której ramy i treść wyznaczają zasady konstytucyjne, wyposażone w fundamentalność treściową i formalną. Zakłada się zatem, że stosowanie prawa polegać będzie na racjonalnej argumentacji zmierzającej do przyznania większej (warunkowej) wagi danej zasadzie w konkretnym przypadku. Wybór spośród jednakowo dobrych racji będzie konsekwencją przeprowadzonej argumentacji. Sama koncepcja ważenia zasad nie jest w teorii prawa ani koncepcją nową, ani jednolitą¹⁹. Nabiera jednak szczególnego znaczenia wobec konstytucjonalizacji prawa, oznaczającej pojawienie się nowych zasad (dla uznania danej zasady za konstytucyjną ma znaczenie jej związek z konstytucyjnym systemem wartości) oraz odpowiedni wzrost ich rangi²⁰.

Wobec tak zarysowanych argumentacyjnych cech państwa prawa i konstytucyjnego państwa prawa pojawia się, z jednej strony zasygnalizowany problem topiki (toposów) jako elementu wrażeniowej teorii argumentacji, a z drugiej strony, problem stanowiska zwolenników tej koncepcji wobec zasady państwa prawa w ujęciu tradycyjnym i neokonstytucjonalnym.

4. Topiczna teoria argumentacji prawniczej

Współczesną dyskusję nad rolą topik w rozumowaniach prawniczych zapoczątkowała praca twórcy szkoły mogunckiej Theodora Viehwega *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, opublikowana w 1953 roku²¹. U podstaw jego koncepcji leży rozumienie topiki jako umiejętności poszukiwania przesłanek (miejsc wspólnych), ich tworzenia oraz wykorzystywania w prawniczej argumentacji²². Topikę można bliżej scharakteryzować poprzez wskazanie jej pięciu zasadniczych cech.

¹⁸ Jest to tylko pewien aspekt problemu związanego z pytaniem, czy neokonstytucjonalizm wnosi coś nowego do teorii i filozofii prawa oraz konstytucjonalizmu? Krytycy neokonstytucjonalizmu zwracają uwagę, że rzekoma transformacja państwa prawa w konstytucyjne państwo prawa prowadzi do regresu cywilizacyjnego, gdyż – przede wszystkim z uwagi na inkorporację zasad moralnych do konstytucji – prawo przestaje być ogólne (bo stosowanie zasad konstytucyjnych jest zrelatywizowane do konkretnych spraw), jasne (bo stosowanie zasad ma charakter ważeniowy, a nie dedukcyjny) i spójne (bo zasady te są wzajemnie sprzeczne i nie można ustalić ich abstrakcyjnej, stabilnej hierarchii).

¹⁹ Można tu chociażby przywołać R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajądło, Warszawa 2010.

²⁰ M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit.*, s. 223.

²¹ T. Viehweg, *op. cit.*

²² K. Rehbock *Topik und Recht. Eine Standardanalyse unter besonderer Beruecksichtigung der aristotelischen Topik*, München 1974, s. 169.

Pierwszą jest pojęcie problemu, wokół którego zbudowana jest cała topiczna koncepcja prawa. Sam „problem” rozumiany jest jako wątpliwość lub pytanie, wymagające wszechstronnej analizy i dopuszczające więcej niż jedną odpowiedź. Ich rozwiązaniu, za sprawą toposów ogólnych i szczególnych, służyć miała właśnie topika prawnicza, określana jako wiedza o miejscach wspólnych i związany z tym sposób dowodzenia. *Topikthese* zakłada, że myślenie problemowe jest istotą rozumowania prawniczego, które zawsze i wszędzie powinno mieć charakter topiczny. Struktura jurysprudencki i rozumowania prawnicze mogą zostać określone jedynie w odniesieniu do problemów, a pojęcia prawnicze i normy prawne powinny być zawsze rozumiane i interpretowane z problemowego punktu widzenia²³. Punktem wyjścia jest rozumienie prawa jako sposobu organizacji sporów, prowadzącego do rozstrzygania problemów decyzyjnych. Tak więc przedmiotem analizy topicznej jest konkretna sytuacja sporu, z uwzględnieniem jednak wszystkich istotnych perspektyw.

Drugą właściwością topiki jest przypisanie zasadom prawnym – toposom ogólnym i szczególnym – zasadniczej roli w interpretacji i argumentacji prawniczej w sytuacjach konieczności wyboru alternatywy decyzyjnej. Toposy gwarantują wszechstronne rozpatrzenie sprawy, umożliwiają odrzucenie rozwiązania niesłusznego bądź nierozsądnego. Gwarantują również spójność systemu prawa, a jednocześnie jego uelastycznienie, oraz wskazują podstawowe wartości, które prawo chroni i wprowadza w życie, wpisując się w ogólną wizję prawa, zakładającą związek między ustawą a zasadą słuszności²⁴. Topiki nadają rzeczywiste znaczenie prawu, którego stosowanie nie może się ograniczać do przytaczania przepisów. Niektóre topiki to ogólne zasady prawa, inne stanowią maksymy lub sentencje wyrażone po łacinie, jeszcze inne wskazują na podstawowe wartości, które prawo chroni i wprowadza w życie²⁵. Ich podstawową cechą jest to, że nie można *a priori* ustalić ich hierarchii; pierwszeństwo jednych topik względem innych ustala się sytuacyjnie, w okolicznościach konkretnej sprawy. Chaim Perelman podkreśla, że żadna reguła prawna ani żadna wartość nie ma charakteru absolutnego. Bywają sytuacje, w których określona wartość ustąpić musi przed inną, popartą argumentami przeważającymi w danym wypadku. Nawet bowiem zgoda na ogólne twierdzenia nie przesądza zgody na ich stosowanie w poszczególnych wypadkach. Zgoda na *loci communes*, podobnie jak zgoda co do faktów i wartości, nie zapewnia zgody na sposoby ich stosowania, a co za tym idzie – na wnioski, które z nich wynikają²⁶.

²³ A. Launhardt, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie. Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs*, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, 2005, s. 79

²⁴ Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 129.

²⁵ *Ibidem*, s. 128-129.

²⁶ *Ibidem*, s. 161.

Trzecią cechą topiki jest antysystemowe, antyteoretyczne, antyformalistyczne i antypozytywistyczne podejście, odrzucające sylogistyczny model stosowania prawa. Założenie to bazuje na odróżnieniu i silnym przeciwstawieniu dedukcyjnego (subsumpcyjnego) i topicznego modelu stosowania prawa. Wedle zwolenników topiki prawo jest systemem otwartym, co oznacza, że w każdej chwili może pojawić się w nim nowa zasada/reguła, a istniejącej można nadać odmienną treść. Systemowość nie jest cechą definicyjną prawa, decydującą i wyróżniającą prawo jako porządek normatywny. Argumenty systemowe, jeżeli są powoływane, mogą być traktowane jako *topoi* na równi z innymi punktami widzenia²⁷.

Czwartym założeniem jest podkreślenie znaczenia konsensu dla wagi i znaczenia argumentu prawnego. Wedle zwolenników topiki konsens jest sposobem konstytuowania się toposów oraz podstawą ich mocy wiążącej (zgoda jako instancja kontrolna), opierającą się na domniemaniu słuszności i racjonalności²⁸ rozstrzygnięcia przyjętego przez większość. Topika przedstawia wersję argumentacji retorycznej, której rezultat rozstrzygnięcia i jego uzasadnienie odniesione są do audytorium, w ramach którego osiągnięta została zgoda.

Po piąte, osiągnięcie sprawiedliwego rozstrzygnięcia, sprowadzającego się do odpowiedzi na pytanie, co „tu i teraz jest sprawiedliwe” (tzw. *Einzelfallgerechtigkeit*), jest celem argumentacji prawniczej, zaś – idąc krok dalej – roszczenie do sprawiedliwości powinno charakteryzować każdy porządek prawny. Zdaniem zwolenników topiki to właśnie *Gerechtigkeitsfrage* nadaje strukturę prawu oraz determinuje sposób rozumienia i stosowania pojęć, będąc pytaniem zasadniczym dla całej jurysprudencji topicznej. Tak ujęty jej cel sprawia, że reguły stosowania prawa formułowane są (w oparciu o pojęcia nieostre) za każdym razem przy kolejnych rozstrzygnięciach. W konsekwencji rozumowania zyskują charakter bardziej kazuistyczny niż abstrakcyjny. Spory prawne, wynikające z konkretnych sytuacji, w sposób nieunikniony uwikłane są w wartości. Na pytanie o to, jakie wartości (i w jaki sposób) realizować mają decyzje stosowania prawa, Perelman w duchu topicznym odpowiada, że winny one być racjonalne, rozsądne i sprawiedliwe, podjęte dzięki użyciu różnorodnych argumentów²⁹.

²⁷ T. Viehweg, *op. cit.*, s. 53; N. Horn, *Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens*, „Neue Juristische Wissenschaft” 1967, s. 604.

²⁸ Zdaniem Ch. Perelmana uzasadnienie racjonalne polega na rozsądnej argumentacji, w oparciu o dostateczne racje. Racje nie są pewne, ponieważ ocena racji i argumentacji jest powiązana z sytuacją i filozofią każdej osoby. To uwikłanie koncepcji racjonalności w konkretne sytuacje i akceptowane filozofie sprawia, że nie ma nieformalnych kryteriów transcendentálnych wobec wszelkiej filozofii, z którymi rozsądna argumentacja winna być zgodna. Dlatego konieczna staje się relatywizacja racjonalności uzasadnienia. J. Wróblewski, *Logika prawnicza a teoria argumentacji Ch. Perelmana*, [w:] Ch. Perelman, *Logika...*, s. 15.

²⁹ Ch. Perelman, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, tłum. (M. Chomicz), Warszawa 2004, s. 42.

Podsumowując, topika prawnicza zakłada, że rozumowania prawnicze mają charakter problemowy. Tylko one są w stanie zrealizować ideę sprawiedliwości pojmowaną jako integralna część urzeczywistniania prawa. Oznacza to, że koncepcja ta łączy aspekt merytoryczny i sprawiedliwościowy, wpisując w koncepcję prawa elementy aksjologiczne. Uwzględnienie w procesie stosowania prawa wszystkich powyżej wskazanych elementów oznacza topicznie wypracowane i uzasadnione rozstrzygnięcie. Jako takie, zdaniem zwolenników topiki prawniczej, zyskuje ono dzięki temu przymiot akceptowalności i legalności.

5. Topika wobec tradycyjnej koncepcji państwa prawa

Współczesne koncepcje topiki prawniczej wyrosły jako wyraz braku akceptacji pozytywistycznego podejścia do prawa. Każde z przedstawionych powyżej założeń rozumowań topicznych stanowiło odejście od dominującej wówczas doktryny. Dla jej przedstawicieli antypozytywistyczne, antyformalistyczne i antysystemowe podejście topiki utożsamiane było z porzuceniem podstawowych wartości wypracowanych we współczesnych kulturach prawnych. W dyskusji filozoficznoprawnej nad znaczeniem topiki, tradycyjna koncepcja państwa prawa służyła jako punkt wyjścia i podstawa argumentacji deprecjonującej jej wartość heurystyczną i argumentacyjną. Tezy prezentowane przez zwolenników topiki naruszać miały wymogi bezpieczeństwa i pewności prawnej, wyrażające się właśnie najpełniej w pozytywistycznej koncepcji państwa prawa. Wynikało to z trudności w pogodzeniu topicznych założeń z kilkoma ważnymi postulatami, kluczowymi dla państwa prawa, takimi jak: zasadą trójpodziału władzy, wymogiem związania sędziego ustawą czy wspomnianą już zasadą pewności prawa, przewidywalnością rozstrzygnięć i bezpieczeństwem prawnym. Dotyczyło to więc kwestii podstawowych dla pojęcia prawa oraz wiązanych z nim założeń metodologicznych, prezentowanych odmiennie przez oba sposoby rozumowania – pozytywistyczny i topiczny.

Topika jako konieczny element, a zarazem cel prawa, dostrzegała jego aspekt sprawiedliwościowy, co zdaniem jej zwolenników było pomijane w koncepcjach pozytywistycznych. Te ostatnie zakładały, że celem argumentacji prawniczej nie jest ustalenie, co „tu i teraz” jest sprawiedliwe, ale to, co jest prawem obowiązującym. Podkreślano, że odpowiedź na pytanie o to, co jest sprawiedliwe, musi zostać udzielona w związku z obowiązującym prawem, co wedle topików nie musi stanowić o wartości rozumowania prawniczego. Ponadto gdyby nawet uwzględnić roszczenie do obecności idei sprawiedliwości w prawniczym rozumowaniu, to topiczne rozumienie sprawiedliwości ma charakter partykularny. Taka idea sprawiedliwości, definiowana na potrzeby konkretnego przypadku, nie gwarantuje realizacji zasad równości, przewidywalności i pewności

prawa, tym bardziej, że nie podaje żadnych kryteriów, które pozwalałyby określić, czy dane rozstrzygnięcie jest sprawiedliwe, czy nie. Zagrożenia tego nie minimalizuje ani topiczny wymóg wszechstronnego rozważenia problemu i przytoczenia wszelkich relevantnych racji, ani uwzględnienie zasady ochrony zaufania oraz zakazu przytaczania racji bezpodstawnych lub niedopuszczalnych (tzw. *Unzumutbarkeit*).

Istotnym dla ustalenia relacji topiki prawniczej do tradycyjnej koncepcji państwa prawa jest także kontekst metodologiczny. Zdaniem zwolenników topiki formalizm dotychczas postulowanych metod nie służył realizacji celów prawa. Z kolei w zarzutach wobec niej podnoszono, że topiki w ogóle nie można określić mianem metody, ponieważ nie jest ona rozumowaniem ścisłym, nie przebiega wedle schematów logicznych, nie wskazuje jakiegokolwiek związku między problemami występującymi w systemie prawa. Zakłada wyłączność lub przewagę myślenia problemowego także tam, gdzie szczególnie mocno akcentuje się wymóg systemowości i systematyki, gdzie ustalenia nie powinny być dokonywane na podstawie klauzul słusnościowych i sprawiedliwościowych. Krytykowano także ogólnikowość formuł, podlegających uszczegółowieniu i wykładni, w oparciu o zmienne reguły. Wskazywano na problem braku kryteriów wyboru przesłanek, brak podstaw ich obowiązywania, brak hierarchii toposów oraz podstaw jej ustalania, jak również brak instancji kontrolnej oraz kryteriów poprawności argumentacji, a więc brak ustalenia jasnych relacji między poprawnością a uzasadnialnością twierdzeń i hipotez interpretacyjnych. Wiązano to z nadmiernym dopuszczeniem dyskrecjonalności sędziowskiej oraz przyjęciem, ocenianego jako niesłuszne, założenia, że w przypadku, gdy dedukcja i definicje prowadziłyby do nieakceptowalnych wyników, topika prawnicza może dostarczyć dodatkowych przesłanek, które pozwoliłyby na uzyskanie sprawiedliwego i prawnie dopuszczalnego rozwiązania problemu. Tak więc to, co stanowiło o sensie topicznego rozumowania, zaprzeczało tradycyjnym, pozytywistycznie ugruntowanym koncepcjom państwa prawa.

Bez wątpienia samo pojęcie państwa prawa nie jest pojęciem topicznym i nie jest powoływane jako podstawa czy kryterium argumentacji. Wydaje się jednak, że może zostać zaakceptowane na gruncie topicznej koncepcji prawa, pod warunkiem, że zostanie odmiennie zdefiniowane, a mianowicie poprzez wymóg wszechstronnego rozważania wszelkich kwestii mających znaczenie prawne w rozwiązywanym problemie oraz poprzez cel w postaci osiągnięcia sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Istota prawa realizuje się właśnie za sprawą tych wymogów. To one przesądzają o jego wartości. Choć topika prawnicza wskazuje na inne kryteria akceptowalności rozstrzygnięć i bezpośrednio nie odnosi się do koncepcji państwa prawa, w pewnych aspektach i na wskazanych warunkach może ją wspierać. Inaczej rzecz ujmując, zgodne z topicznym rozumowaniem jest rozwiązywanie szczegółowych problemów orzecznich w odwołaniu do zasady pań-

stwa prawa. Dopuszczalne jest więc wykorzystywanie elementów państwa prawa w procesie stosowania prawa, dokonującym się wedle topicznych wyobrażeń.

6. Topika wobec neokonstytucjonalizmu

O ile stanowisko topiki prawniczej wobec tradycyjnej koncepcji państwa prawa, związanej z pozytywizmem prawniczym, było już często przedmiotem dyskusji, o tyle stanowisko topiki wobec neokonstytucjonalizmu jak dotąd nie zostało wprost wyrażone. Konieczne zatem będzie jego wypracowanie na podstawie analizy zasadniczych tez obu koncepcji. Uwzględniając definicyjne cechy topiki prawniczej, można powiedzieć, że na jej akceptację zasługują następujące tezy neokonstytucjonalizmu.

Pierwszą z nich jest twierdzenie, że prawo jest zbiorem reguł i zasad (I), co topika przyjmuje od dawna. Drugą (II) – teza głosząca, że istnieje prawnie relewantny związek między prawem i moralnością (III), co wymusza uwzględnienie aksjologii w trakcie interpretacji i argumentacji prawniczej (IV, V), powodując, że nierzadko zyskują one *par excellence* twórczy charakter. Pojawienie się i akceptacja wartości sprawia, że każda norma jest podważalna ze względu na wyjątki, uzasadnione racjami moralnymi, wynikającymi z zainkorporowanych do systemu prawa zasad moralnych. Również akceptowalne dla topicznej teorii argumentacji są tezy stanowiące, że stosowanie prawa musi być oparte na rozumowaniach ważeńiowych, a nie wyłącznie na subsumpcji, co umożliwia rozstrzygnięcie każdego sporu w sposób spójny i moralnie poprawny (VI, VII). Jest to właściwe miejsce dla stosowania topik argumentacyjnych. Tym samym ważenie argumentów może być traktowane jako przykład topicznego rozumowania. Wedle zwolenników topiki przedmiotem rozważanych interesów może być każda wartość prawna, również wtedy, gdy nie wyraża się ona w jakimś konkretnym dobru prawnym, a jedynie w jakichś ogólnych zasadach prawnych. Zakres przedmiotu analiz oraz okoliczności w takich sytuacjach nie jest ściśle określony³⁰. W rozumowaniach topicznych uwzględnia się wartość dóbr prawnych oraz inne okoliczności, mające znaczenie prawne. W ten sposób klauzula ważenia rozumiana jest szeroko³¹. Równie istotne jest to, że ważenia zasad nie dokonuje się *in abstracto*, a „tu i teraz”, w okolicznościach konkretnej sprawy, co nosi cechy topicznego rozumowania. Co więcej, topika, podobnie jak neokonstytucjonalizm, zakłada, że sytuacja sporu definiowana jest nie tylko poprzez określony konflikt interesów, ale obejmuje także sądy i idee wartościujące w całym systemie prawnym.

³⁰ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 29.

³¹ *Ibidem*, s. 30.

Natomiast na gruncie topiki prawniczej nie do zaakceptowania jest teza neokonstytucjonalistów zakładająca systemowość prawa. Zgodnie z nią reguły i zasady prawne tworzą zupełny, niesprzeczny i aksjologicznie spójny system normatywny (II, VIII). Topika przyjmuje zaś, że systemowość – jako taka – nie jest cechą definicyjną prawa; może zostać zaaprobowana tylko w wersji systemu otwartego, przyjmującego, że w każdej chwili może pojawić się w nim nowa zasada lub reguła, a normom już istniejącym można zawsze nadać, w drodze interpretacji, odmienną treść. Ponadto argumenty o charakterze systemowym, jeżeli są powoływane, mogą być traktowane co najwyżej jako równoważne topiki, obok innych punktów widzenia. Z systemowością wiąże się także zagadnienie hierarchiczności, zakładające, że pośród zasad i reguł obowiązujących w prawie państwa konstytucyjnego, największą rolę odgrywają zasady konstytucyjne, mające wpływ na treść norm prawnych. Przyjąć należy, że na gruncie topicznej koncepcji prawa taką hierarchię uznać należy za jedynie możliwą, a nie konieczną. Topika nie zakłada bowiem abstrakcyjnej hierarchii zasad i wartości, jest natomiast przyjmowana jako podstawa rozstrzygnięcia konkretnego sporu.

Podsumowując, topika prawnicza w określonych warunkach może być częścią argumentacji dokonującej się w granicach konstytucyjnego państwa prawa. Zasadnicze wymogi dotyczą związania treścią obowiązującego prawa oraz zapewnienia bezpieczeństwa państwa. Wymogi te wydają się być mniej rygorystyczne w koncepcjach neokonstytucjonalnych, które poprzez sam fakt oparcia stosowania prawa na koncepcjach argumentacyjnych w wersji ważeniowej, wydają się mniej restrykcyjne, a tym samym łatwiej akceptowalne z topicznego punktu widzenia. We wskazanych punktach myślenie topiczne spotyka się z założeniami neokonstytucjonalizmu. Można przyjąć więc, że topika prawnicza w znacznej części akceptuje neokonstytucjonalną wizję prawa i argumentacji prawniczej. Obie koncepcje zakładają bowiem celowość i elastyczność prawa, dopuszczając wpływ interpretacji na modyfikację (skorygowanie) prawa obowiązującego w sytuacji, gdy wymagać będą tego istotne prawnie okoliczności danej sprawy, w tym zapewnienie zgodności z konstytucją, albo elementarne wymogi racjonalności lub sprawiedliwości.

7. Zakończenie

Topikthese zakładała, że myślenie prawnicze zawsze i wszędzie może i powinno mieć charakter topiczny, zaś topika może być częścią, a nawet podstawą każdej możliwej teorii argumentacji prawniczej. Tezę tę można poddać weryfikacji na gruncie każdej teorii, odnosząc ją do różnych aspektów prawniczego rozumowania. W powyższej analizie została ona odniesiona do dwóch koncepcji państwa prawa – tradycyjnej (pozyty-

wistycznej) oraz konstytucyjnej (neokonstytucjonalnej), poprzez zbadanie ich argumentacyjnego aspektu.

Przedstawione rozważania wykazały, że *Topikthese* jest w różnym stopniu uzasadniona i akceptowalna na gruncie każdej z tych koncepcji. W przypadku państwa prawa, związanego genetycznie z pozytywizmem prawniczym, w mniejszym stopniu, natomiast w przypadku antypozytywistycznego neokonstytucjonalizmu w znacznej większej mierze. Zasadniczy problem, który wiąże się z topiką oraz państwem prawa i konstytucyjnym państwem prawa dotyczy relacji argumentacyjnego charakteru prawa (utożsamianego z niepewnością i nieprzewidywalnością) do pewności prawa i bezpieczeństwa prawnego. Zagadnienie to było już wielokrotnie poruszane w dyskusji filozoficznoprawnej. Nabrało jednak nowej mocy i znaczenia w związku z przełamującymi paradygmat pozytywistycznego myślenia, często postpozytywistycznymi koncepcjami neokonstytucjonalnymi. Dla tych koncepcji warunkiem koniecznym jest przyjęcie, z jednej strony, założenia o racjonalności dyskursu argumentacyjnego, a szerzej, tezy o dyskursywnym charakterze prawa, a z drugiej świadomość, że pewność prawa, chociaż podważalna, jest fundamentem rządów prawa. Tylko w ten sposób, zdaniem N. MacCormicka, można myśleć o pogodzeniu tych dwóch stanowisk, sprawiając, że niepewny, argumentacyjny charakter prawa nie stanie się antytezą dla rządów prawa, lecz jednym z jej komponentów³². Argumentacyjność jest więc ograniczana i kontrolowana przez racjonalność dotyczącą zarówno przebiegu argumentacji, jak i jej treści.

Argumentacja prawnicza w państwie prawa i argumentacja prawnicza w konstytucyjnym państwie prawa mają odmienne charaktery. Zjawisko to częściowo odzwierciedla twierdzenie, że nie wszystko, co jest dyskursywnie akceptowalne w konstytucyjnym państwie prawa, było i będzie dopuszczalne w państwie prawa. Wynika to przede wszystkim z formalizmu i rygoryzmu stanowiska pozytywistycznego. Ich konsekwencją jest przesądzenie ogólnego obrazu argumentacji (w konstytucyjnym państwie prawa ważne nie ma być wszechobecne, a w państwie prawa nie występujące w każdym przypadku) oraz wartości przypisywanych poszczególnym argumentom prawnym. W przypadku stanowisk i poglądów związanych z pozytywizmem prawniczym tematyka prawnicza i proponowana przez nią wizja argumentacji prawniczej utożsamiana była z zagrożeniem lub naruszeniem tychże wartości. Dopiero wraz ze „zmiękczeniem” stanowiska pozytywistycznego i częściowym otwarciem się pozytywizmu na obecność wartości w stosowaniu prawa, argumentacyjno-tematyczne zmniejszanie rozdzwiku między bezpieczeństwem prawnym a sprawiedliwością mogło uzyskać szerszą akceptację.

Neokonstytucjonalizm jako stanowisko z reguły antypozytywistyczne (postpozytywistyczne) w sposób naturalny uzasadnił postawienie tego problemu na nowo oraz zesta-

³² *Ibidem*, s. 31.

wienie topiki z prezentowanymi przez niego tezami. Zakładany przez neokonstytucjonalizm argumentacyjny charakter prawa w znacznej części odpowiada zasadom topicznego rozumowania. W obu przypadkach ów charakter postrzegany jest jako argumentacyjna gwarancja dla państwa prawa. Topiki stają się częścią argumentacji ważeniowej, co oznacza, że topika może być częścią neokonstytucjonalnej teorii orzekania. Neokonstytucjonalizm nie przesądza jednego sposobu uzasadniania i argumentacji, wydaje się, że dopuszcza wykładnię językową, systemową i celowościową. Oznacza to, że w równym stopniu dopuszczone i akceptowalne będą toposy (dyrektywy interpretacyjne) należące do powyżej wskazanych rodzajów wykładni, o ile służyć będą realizacji wymogu wykładni prokonstytucyjnej. „Wykorzystanie zasad jako instrumentu szczególnie przydatnego do rozstrzygania kolizji norm można dostrzegać w różnych konfiguracjach: po pierwsze – w wypadku kolizji norm konstytucyjnych wyrażających odmienne zasady, po drugie – w wypadku kolizji zwykłych norm prawnych, która nie może być usunięta w drodze typowych reguł rozwiązywania konfliktu typu *lex specialis...*, *lex superior...*, *lex posterior...*”³³.

Można więc powiedzieć, że topiki prawnicze są elementem racjonalności argumentacji, widzianej jako gwarancja bezpieczeństwa i pewności prawa. Racjonalność ta zasadza się na wersji standaryzacji kontekstu uzasadnienia, przyjmowanego przez topikę, a więc przywoływaniu takich argumentów, które są znane i powszechnie uznawane. Rola i znaczenie topiki prawniczej stanowią konsekwencję przejścia od pozytywizmu prawniczego i państwa prawa do neokonstytucjonalizmu i konstytucyjnego państwa prawa³⁴. Jej pozycja jest odzwierciedleniem różnic zachodzących między argumentacją w państwie prawa i konstytucyjnym państwie prawa, a tym samym różnic między samym pojęciem państwa prawa na gruncie tych różnych koncepcji. Jednakże w każdej z tych koncepcji topika ma swoje miejsce. Toposy jako dyrektywy wykładni – językowej, systemowej bądź funkcjonalnej – mogą wspierać, choć w różnym zakresie i z różną mocą, każdą z tych koncepcji. Bez wątpienia jednak topika prawnicza jako jedna z teorii argumentacji prawniczej bliższa jest neokonstytucjonalizmowi, stanowiąc w pełni uprawniony element konstytucyjnego państwa prawa.

³³ M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit.*, s. 79.

³⁴ A. Grabowski, *Postpozytywizm...*, s. 410; *idem*, *Teoria konstytucyjnego...*, s. 57-69.

Rola Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wykładni prawa w dobie multicentryzmu

Abstrakt

Na straży przestrzegania prawa unijnego stoi Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W zakres narzędzi, którymi się posługuje w tym celu, wchodzi m.in.: wykładnia językowa, celowościowa i funkcjonalna. Nie zawsze występują one w klasycznym wydaniu, zwłaszcza że w tym przypadku trzeba wziąć pod uwagę specyfikę prawa Unii Europejskiej. Proces dokonywania wykładni prawa staje się coraz bardziej utrudniony także z uwagi na: 1) konieczność współlistnienia porządków krajowych z unijnym, 2) odmienne tradycje i praktykę państw członkowskich, 3) swoistą „mieszankę” kultur prawnych, tj. zawieranie się w porządku unijnym elementów anglosaskiej i kontynentalnej kultury prawnej. Istotna jest też specyfika każdej gałęzi prawa, zmusza to bowiem potencjalnego interpretatora do dodatkowych wysiłków. Dodatkowym problemem nierozłącznie związanym z powyższym stał się zaś przybierający na sile multicentryzm, który przekłada się nie tylko na wielość ośrodków decyzyjnych, ale także na niejednokrotne zaburzanie tradycyjnej hierarchii źródeł prawa.

Celem niniejszego rozdziału będzie zatem scharakteryzowanie przedstawionych wyżej metod wykładni jako podstawowych narzędzi służących do dokonywania wykładni prawa na szczeblu unijnym oraz trudnego zadania, przed jakim staje w tym układzie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odpowiedzialny za ochronę unijnego porządku prawnego.

1. Wstęp

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE), a wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej ETS) jest jedyną w swoim rodzaju pozostałością po Wspólnotach Europejskich, która mimo zmian w regulacjach – działa nieprzerwanie od 23 lipca 1952 r.¹ W literaturze przedmiotu wskazuje się też na fakt, że rzadkie jest zainteresowanie jego ewolucją dyktowaną poszczególnymi traktatami, w tym na samym początku m.in. Traktatem o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali, Traktatem o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej zmienionym później na Traktat o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej, jak również Traktatem o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej, które to dały mu początek².

¹ J. Sozański, *Trybunał Sprawiedliwości*, Warszawa-Poznań 2010, s. 7.

² J. Plaňavová-Latanowicz, *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i ochrona praw podstawowych*, Warszawa 2000, s. 14-15; Traktat z dnia 18 marca 1951 r. o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali; Traktat z dnia 25 marca 1957 r. o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej (wcześniej Traktat

W wielu publikacjach przypisuje się TSUE prawotwórstwo sądowe, nazywane niekiedy precedensowym. J. Sozański poddaje tę tezę krytyce. Argumentuje on, że obok dokonywania wykładni Traktatów orzeczenia TSUE mogą stwierdzić istnienie lub też tworzyć ogólne zasady prawa UE, które obowiązują w niej samej i państwach członkowskich w roli norm prawnych – i tylko w tym sensie możemy mówić, że TSUE ma funkcję prawotwórczą³. Konfrontując zaś „prawotwórstwo” TSUE z systemem anglosaskim (*common law*), gdzie istotnie, w przeciwieństwie do systemu kontynentalnego, tj. prawa spisanego (*civil law*) występuje ono w czystej postaci, należy wskazać za A. Sulikowskim, że w *common law* tzw. precedensy prawotwórcze powodują ogólne istnienie pewnego poziomu związania u organów stosujących prawo⁴, a więc zakres właściwości sądów jest bez wątpienia o wiele, wiele szerszy w tej dziedzinie.

To, co z perspektywy tego tekstu zasługuje jednak na szczególną uwagę, to przede wszystkim wykładnia prawa dokonywana przez TSUE. W przypadku TSUE w świetle poruszanego problemu znaczenie ma art. 267 TFUE, stanowiący, że wspomniany Trybunał jest właściwym do orzekania w trybie prejudycjalnym w zakresie wykładni Traktatów, jak również w zakresie ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy czy jednostki organizacyjne Unii Europejskiej. Z artykułu tego wynika zarówno możliwość, jak też obowiązek zwrócenia się przez sąd krajowy z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału, przy czym ma to fakultatywny charakter, kiedy sąd krajowy uzna, że decyzja w tym zakresie ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia, lecz nie jest ono jeszcze niezaskarżalne. Obligatoryjność zadania pytania prejudycjalnego Trybunałowi zachodzi bowiem właśnie, gdy ewentualne rozstrzygnięcie sądu krajowego w zawisłej przed nim sprawie ma charakter niezaskarżalny. Ponadto TSUE jest zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na zadane pytanie w jak najkrótszym czasie, jeśli waga jest wolność osoby jej pozbawionej.

Żeby jednak prawidłowo dokonać wykładni, trzeba wiedzieć, jaka będzie dla danego przypadku najodpowiedniejsza. Rozeznanie w tym względzie jest zasadniczo utrudnione z dwójakiego powodu. Pierwszy to zupełnie nowy porządek prawny stworzony przez Unię Europejską, drugi to coraz częściej nagłaśniana multicentryczność systemu prawnego, wiążąca się z wielością, jak piszą niektórzy, „ośrodków decyzyjnych”, jak również z jednoczesnym brakiem jasnej hierarchii źródeł prawa, co przejawia się m.in. poprzez zasadę pierwszeństwa stosowania prawa unijnego i bezpośrednim skutkiem, co nie powoduje zaprzestania obowiązywania norm krajowych, a jedynie ich niestosowanie

o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej); Traktat z dnia 25 marca 1957 r. o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej.

³ *Ibidem*, s. 7-8.

⁴ A. Sulikowski, *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007, s. 30.

w zakresie niezgodnym z prawem Unii, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszego opracowania.

Zważyć w końcu trzeba, że są różne podziały wykładni w oparciu o rozmaite kryteria. W literaturze przedmiotu wyróżnia się m.in. podział ze względu na podmiot jej dokonujący i moc wiążącą, ze względu na racje wykładni i sposób jej dokonania, ze względu na wyniki, tj. zakres dokonanych ustaleń interpretacyjnych, w końcu ze względu na materiały wykorzystane w procesie interpretacji⁵. Z perspektywy niniejszego rozdziału – jak się potem okaże – ważną rolę odgrywać będzie kryterium drugie.

2. Metody wykładni prawa Unii Europejskiej

Jak pisze M. Zieliński, zarówno w nauce prawa, jak i w praktyce prawniczej terminy „wykładnia prawa” (wykładnia przepisów prawnych) i „interpretacja prawa” (interpretacja przepisów prawnych) używane są przez różne podmioty z niejednakową częstotliwością i przy różnych okazjach, przy równoczesnym ujawnianiu się rozmaitych preferencji w tym zakresie. Wskazuje także na istotne prawidłowości, jakie w świecie prawniczym da się zauważyć w kwestii używania obu pojęć: 1) prawnicy częściej niż językoznawcy czy literaturoznawcy posługują się pojęciem „wykładni”, podczas gdy tamci używają w swoim codziennym języku raczej terminu „interpretacja”, 2) prawnicy używają obu tych pojęć zamiennie, gdy chodzi o wykładnię *sensu stricto*, a więc rozumienie przepisów prawnych, 3) w momencie, gdy ktoś usiłuje zrozumieć przepis dla celów własnych, posługuje się raczej wyrażeniem „interpretacja”, kiedy natomiast pouczamy kogoś odnośnie do rozumienia, używamy wtedy raczej określenia „wykładnia”.

Ostatnim przypadkiem, który został przez wspomnianego autora omówiony, jest sytuacja, w której prawnicy używają terminu „wykładnia” z objaśniającym uzupełnieniem (wykładnia *sensu largo*), gdy chcą odnieść ten termin – niekiedy wyłącznie – do spraw związanych z zagadnieniami, które poza rozumieniem obejmują także wnioskowania prawnicze⁶.

Pojęcie metod wykładni wyjaśnia z kolei A. Gerloch, który sygnalizuje, że są to procedury postępowania wykorzystywane celem wyjaśnienia sensu interpretowanego tekstu, czy też, jak dodaje – innego obiektu wykładni. Ich praktycznego znaczenia zaś upatruje wspomniany uczony w klarowaniu działań interpretacyjnych dla konkretnego przypadku. Dzieli on te metody zresztą na dwie grupy. Pierwsza, jak wskazuje, obejmuje standardowe metody rozwijane od wieków, będące zarazem nieodłącznym elementem

⁵ Z. Pulka, *Kryteria podziału wykładni*, [w:] A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2008, s. 237.

⁶ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 52.

wykładni jakiegokolwiek tekstu i w tym miejscu wymienia m.in. wykładnię logiczną, językową i systemową. Druga grupa oparta jest na metodach – jak to ujął autor – „nadstandardowych”, tj. uzupełniających, przy których nie ma obowiązku każdorazowego wykorzystania. Do tych zaliczył uczony wykładnię historyczną, teleologiczną i komparatywną. Ciekawe są też jego uwagi dotyczące przekroczenia wykładni pojedynczego aktu prawnego czy też przepisu. Píše mianowicie, że jest to niemal zawsze powiązane z zastosowaniem jednej z metod uzupełniających i że w takim przypadku należy uważać, by nie doprowadzało to do sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym (przy uwzględnieniu wiążących umów międzynarodowych, jak również rezultatami metod standardowych)⁷.

W dalszej części należy zważyć na problemy, jakie napotyka się w przypadku prawa Unii Europejskiej. Na początku omówiony zostanie problem z pogranicza języka i wykładni językowej (przy uwzględnieniu wykładni porównawczej/komparatywnej), następnie opisane zostaną pod kątem unijnej specyfiki wykładnie systemowa, celowościowa i historyczna, jak również uwagi A. Gerlocha dotyczące zachowania ostrożności celem uniknięcia sprzeczności z porządkiem prawnym czy też metodami standardowymi, który to wątek poruszyła częściowo również E. Łętowska. W swoich rozważaniach pominę z kolei wykładnię logiczną, gdyż wydaje się ona zawierać w językowej – przynajmniej według niektórych przedstawicieli doktryny⁸.

Zarówno P. Justyńska⁹, jak i M. Górka¹⁰ wskazują na dominację języka francuskiego w trakcie postępowania. P. Justyńska stwierdza, że język francuski dominuje mimo bezwzględnej równowagi języków procesowych, co może mieć wpływ na decyzje sędziów, których językiem ojczystym francuski nie jest. Podnosi także, że istnieją opinie wyrażające niepokój dotyczący potencjalnego zagrożenia faworyzacji francuskich rozwiązań prawnych. Z kolei M. Górka wskazuje dodatkowo, że przebieg rozprawy jest tłumaczony symultanicznie na wszystkie możliwe języki państw członkowskich, natomiast narady sędziów odbywają się właśnie po francusku. Podkreśla również, że jest to język, którym sędziowie TSUE porozumiewają się na co dzień. Nie sposób jednak nie przytoczyć uwagi wspomianej wcześniej badaczki, że każdy język charakteryzuje się swoją specyfiką,

⁷ A. Gerloch, *Funkcje oraz metodologia wykładni prawa*, „Forum Prawnicze” 2014, t. 6, s. 14-15.

⁸ J. Kostrubiec, *Podstawy teorii prawa w legislacji administracyjnej*, [w:] M. Karpiniuk, J. Kostrubiec, M. Paździor, K. Popik-Choraży, K. Sikora (red.), *Legislacja administracyjna*, Warszawa 2013, s. 66.

⁹ P. Justyńska, *Rola Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w procesie interpretacji prawa wspólnotowego i prawa krajowego państw członkowskich*, [w:] L. Morawski (red.), *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, Toruń 2005, s. 103.

¹⁰ M. Górka, *Trybunał Sprawiedliwości UE*, [w:], J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska (red.), *Instytucje i prawo Unii Europejskiej. Podręcznik dla kierunków prawa, zarządzania i administracji*, Warszawa 2012, s. 168.

która jest pogłębiona przez kulturę prawną danego państwa. Konkluzja ze strony autorki jest też taka, że nie można się sugerować dosłownym brzmieniem norm.

Powyższą kwestię porusza także A. Kalisz, wskazując, że różnice w językach naturalnych przekładają się nie tylko na odmienności w kulturze prawnej, ale także praktyce prawniczej i sposobie rozumienia danego pojęcia. Trudności translacyjne – jak pisze – nakładają się ponadto na obowiązek publikacji aktów prawa UE w języku adresata. Przywoływana jest też występująca wielokrotnie potrzeba przeprowadzenia wykładni porównawczej, tj. takiej, która obejmuje kilka wersji językowych. Wykładnia taka jest postrzegana jako potrzebna, tym bardziej że obowiązek publikacji w językach narodowych nie dotyczy orzecznictwa TSUE, które stanowi istotne źródło uzupełniające dla rekonstrukcji normy prawnej. W razie napotkania różnic językowych między poszczególnymi wersjami rezultat powinien zostać ustalony na podstawie kilku, najlepiej wszystkich języków autentycznych¹¹. Szerzej opisuje ten proces A. Cieśliński – w kontekście wykładni porównawczej (komparatywnej). Uczony zaznacza, że wykładnia ta nabiera wielkiego znaczenia, jej sens zaś leży w rozpatrywaniu znaczenia jednego tekstu autentycznego bez oderwania od innych wymienionych w art. 55 TUE. Píše on: „teoretycznie wykładnia taka opiera się na założeniu jedności wielojęzycznego aktu prawnego, implikującym to samo znaczenie wszystkich tekstów, a w praktyce pozostają one w relacji współzależności i dopiero odczytane razem pozwalają na jego odkodowanie. W świetle dorobku orzeczniczego uwzględnienia wymagają również te wersje, które różnią się od pozostałych, nawet jeżeli danym językiem posługuje się niewielki odsetek obywateli Unii lub nie był on autentyczny w momencie konstruowania przepisu, gdy dane państwo nie zdążyło jeszcze przystąpić do Unii”¹². Poczynił on również kilka trafnych uwag – sygnalizuje m.in., że rola wykładni porównawczej rośnie wraz z tym, jak mnożą się różnice w poszczególnych wersjach językowych, co rodzi konieczność ograniczonego zaufania również do tekstu w swoim własnym języku. Zdaniem uczonego jest to sytuacja trudna zwłaszcza w przypadku sędziego czy urzędnika, który ma autorytatywnie stosować prawo, wydając na jego podstawie decyzję, gdy tymczasem nie ma pewności co do prawidłowości tłumaczenia danego tekstu prawnego. Sytuacja ta, jak podkreśla, jest trudna do zaakceptowania z perspektywy pewności prawa, jednak zarazem ciężka do uniknięcia, gdy weźmiemy pod uwagę wszystkie możliwe różnice nawet spoza natury *stricte* prawnej¹³.

¹¹ A. Kalisz, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, [w:] A. Kalisz, L. Leszczyński, B. Liżewski (red.), *Wykładnia prawa. Model ogólny a perspektywa Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i prawa Unii Europejskiej*, Lublin 2011, s. 198-199.

¹² A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Wrocław 2013, s. 143-144; Traktat o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7 czerwca 2016, s. 13).

¹³ *Ibidem*, s. 144.

Ciekawe z perspektywy powyższego problemu wydają się uwagi przytoczone przez Ł. Pikulę, który pisze, że multilingwistyczna natura prawa unijnego staje się przyczyną tego, że wykładnia językowa jest przez TSUE stosowana w sposób porównawczy, przy czym Trybunał określił kryteria stosowanych dyrektyw interpretacyjnych poprzez możliwości zastosowania pozostałych metod wykładni jedynie w przypadku, gdy wykładnia językowa okaże się niewystarczająca. Opowiada się też za twierdzeniem, że wykorzystanie podstawowych dyrektyw interpretacyjnych, tak jak używanie przez badającego definicji legalnych wprowadzonych przez ustawodawcę (czy nawet nadawanie potocznego znaczenia interpretowanym zwrotom), doprowadza często do wyjaśnienia znaczenia badanego tekstu, co z perspektywy całości procesu interpretacji myślowej, jaką jest wykładnia, oznacza zakończenie procesu interpretacji prawa na tym etapie, bez potrzeby odwoływania się do wykładni pozajęzykowej, tj. celowościowej, funkcjonalnej czy systemowej¹⁴.

Kwestia multijęzyczności nie stanowi końca problemów, jakie powstają na gruncie wykładni lingwistycznej (językowej) prawa unijnego. Wiele pojęć w tym prawie posiada walor czysto ekonomiczny, a przez to ich znaczenie determinowane jest nie tyle językami narodowymi, ile zmieniającą się praktyką i rozwojem gospodarczym na obszarze rynku wewnętrznego. Następnym problemem jest specyfika prawa unijnego i fakt, że poszczególne jego instytucje wywodzą się często z tradycji prawnej tylko kilku państw członkowskich, a niekiedy bywają zaczerpniętymi spoza Unii Europejskiej, tj. np. z USA. Ponadto nieustanna ekspansja rozwijającej się Unii i tworzonego przez nią prawa, które to ogarnia coraz nowe obszary ludzkiej aktywności, może powodować, że dla niektórych terminów użytych w tym prawie może braknąć stałego znaczenia językowego, pomijając, że niekiedy sam język komplikuje zrozumienie tekstów prawnych (mówi się nawet o specyficznym żargonie prawa Unii Europejskiej). Problem języka jest przyczyną powstawania pokłosa w postaci dążenia do zapewnienia efektywności prawa, które docelowo ma być stosowane w odmiennych porządkach i kulturach prawnych, jak również przy użyciu różnych języków prawnych¹⁵.

Wykładnia systemowa w wersji klasycznej opiera się na następujących regułach: 1) znaczenie tekstu prawnego (przepisu) ma być tak ustalane, by nie prowadziło do sprzeczności, a zwłaszcza niezgodności z hierarchicznie wyższymi elementami systemu. Dotyczy to zarówno niezgodności wewnątrz prawa krajowego, jak i zgodności z prawem międzynarodowym, w tym prawem UE; 2) przyjmować należy takie znaczenie, które jest najbardziej zgodne z hierarchicznie wyższymi elementami systemu; 3) interpretacja winna być przeprowadzona w taki sposób, by nie powstawały luki praw-

¹⁴ Ł. Pikula, *Aksjologia Unii Europejskiej w świetle źródeł, wykładni i instytucji*, Toruń 2015, s. 240-241.

¹⁵ M. Koszowski, *Dwa modele wykładni pro unijnej*, „*Studia Europejskie*” 2012, nr 3, s. 103-104.

ne; 4) należy brać pod uwagę poziome relacje w systemie prawa, tj. powiązania z innymi elementami systemu w ramach danej gałęzi prawa¹⁶.

Zasady wykładni systemowej (zwanej inaczej systematyczną) oparte są na systemie prawnym jako całości, na którą składa się zespół uporządkowanych norm i przepisów prawnych charakteryzujących się spójnością i hierarchicznością. W związku z tym umiejscowienie danego przepisu w systemie prawnym (ujęcie *sensu largo*) lub w danym akcie normatywnym (ujęcie *sensu stricto*) stanowi istotną wskazówkę dla podmiotu dokonującego wykładni. Wyznacznikiem są tu zasady i reguły będące odzwierciedleniem przyjętych w danym systemie prawnym lub akcie normatywnym wartości. Na tej podstawie zdaniem P. Justyńskiej należy przyjąć, że opisywana metoda wykładni wydaje się odgrywać istotną rolę w porządku unijnym. Stanowi bowiem dopełnienie wykładni językowej, wskazując, jak należy rozumieć dane przepisy czy normy prawne oparte na zasadach prawa UE, które to wyznaczają kierunek wykładni językowej i upewniają interpretatora o prawidłowym rozumieniu tekstu prawnego¹⁷.

Co do odwoływania się wykładni systemowej do więzi strukturalnych i aksjologicznych, trzeba wspomnieć za A. Kalisz, że koncentrują się one na strukturze pionowej i poziomej w ramach systemu, jak również na powiązaniach systematyzacyjnych w ramach aktów prawnych.

Zarówno w strukturze pionowej (hierarchia źródeł prawa i ich kategoryzacja według mocy prawnej), jak i o systematyce przepisów prawnych w ramach aktów normatywnych (numeracja przepisów i ich podział na jednostki systematyzacyjne) decyduje prawodawca (w przypadku UE będą to państwa członkowskie, gdy mowa o prawie pierwotnym, a także organy i instytucje, gdy mówimy o prawie pochodnym). W obu przypadkach duże znaczenie przypisuje się zmianom wprowadzonym przez Traktat lizboński¹⁸.

Poza tematyką więzi pionowych pozostaje istotne z perspektywy prawa UE orzecznictwo jako źródło o charakterze niewiążącym i komplementarnym. Ma ono jednak znaczenie dla aspektu systemowo-aksjologicznego, podobnie jak inne formalnie nieobowiązujące źródła prawa UE. Powoływanie się na orzecznictwo osłabia pozycję wykładni systemowej, bo oznacza sięganie poza system przepisów prawa. Trudno zresztą w przypadku UE mówić o klasycznej wersji wykładni systemowej, gdyż prawo UE nie jest klasycznym systemem prawa w rozumieniu teorii prawa odnoszącej się do prawa krajowego.

W kontekście wykładni systemowej (zwłaszcza przy współstosowaniu prawa unijnego i krajowego) mamy do czynienia ze zjawiskiem multicentryzmu i suwerenności podzielonej.

¹⁶ A. Sulikowski, *op. cit.*, s. 60-61.

¹⁷ P. Justyńska, *op. cit.*, s. 104-105.

¹⁸ A. Kalisz, *op. cit.*, s. 201.

Miejsce monocentrycznego i zhierarchizowanego systemu prawa zajmuje model multicentryczny, z wielością nie tylko ośrodków stanowienia prawa na potrzeby ustaleń walidacyjnych, ale też i określenia kierunków jego wykładni. W relacji między prawem krajowym a unijnym chodzi bowiem nie o hierarchiczne podporządkowanie, ale o wykonywanie dobrowolnych zobowiązań, współpracę i podział kompetencji. Harmonijne współistnienie prawa krajowego razem z przenikającym go prawem UE w dużej mierze opiera się na zasadzie (dyrektywie interpretacyjnej) dokonywania tzw. wykładni zgodnej¹⁹, która stanowi zobowiązanie dla sądu krajowego do powzięcia takiej decyzji interpretacyjnej w przedmiotowej sprawie, aby maksymalnie uczynić zadość wiążącym postanowieniom odpowiedniej dyrektywy (rozumianej jako akt prawny). Można to też nazwać zresztą rekonstrukcją uzyskanych w procesie interpretacji wzorców postępowania, gdzie pierwszy etap obejmuje prawo krajowe, a drugi – unijne²⁰. Interpretacja prawa unijnego wymaga bowiem – jak pisze M. Kisielowska – uwzględniania jego autonomicznego charakteru oraz zapewnienia pełnej efektywności, co przejawia się poprzez stosowanie przez organy krajowe właśnie odpowiednich metod wykładni, której odrębności widać w sferach stosowanych dyrektyw, semantyki interpretowanych pojęć czy nawet podmiotów, które wykładni dokonują²¹.

Pisząc nieco szerzej na temat problematyki multicentryczności, nie sposób nie nawiązać do problemu sygnalizowanego przez E. Łętowską. Sygnalizuje ona, że „zjawisko” multicentryzmu prowadzi do tego – jak już poniekąd zostało wcześniej wspomniane – że mamy do czynienia na terenie jednego państwa/terytorium w zakresie stanowienia, stosowania i interpretacji prawa także z ośrodkami zewnętrznymi, co ma naruszać nie tylko tradycyjną wizję porządku prawnego, ale wikła – jak zaznacza uczona – sprawę rozwiązywania kolizyjności w spory ideologiczne, zwłaszcza w kwestii suwerenności²². W tym kontekście godnymi przytoczenia są wnioski A. Kalisz, która pisze, że multicentryczność może skutkować „iskrzeniem” i kontrowersjami w tematyce pierwszeństwa stosowania prawa, co może jej zdaniem wynikać zarówno z podwójnego, jak i potrójnego w niektórych wypadkach charakteru przepisów, rozważając tutaj „zestawienie” krajowych z międzynarodowymi, a nawet tych ostatnich ze wspólnotowymi (obecnie unijnymi). Przytacza też przykład sporu orzeczniczego sprzed lat między ówczesnym ETS a polskim Trybunałem Konstytucyjnym (dalej TK)

¹⁹ *Ibidem*, s. 202-203.

²⁰ W. Rowiński, *Nakaz dokonywania wykładni pro unijnej jako dyrektywa wykładni systemowej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, t. 1, s. 106.

²¹ M. Kisielowska, *Multicentryczność systemu norm prawa administracyjnego*, „Samorząd Terytorialny” 2013, t.5, s. 80.

²² E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, t. 4, s. 4.

na tle nierównorzędności hierarchicznej ośrodków decyzyjnych, co przedstawiało się w swoim czasie jako coś nowego²³.

Celną uwagę stanowi także wskazanie, że przepisy zawarte w aktach prawa unijnego czyta się w kontekście ich całości (z uwzględnieniem artykułów i części nieartykułowanych – w tym preambuł) przy jednoczesnym, hierarchicznym odnoszeniu ich do siebie²⁴. Problem podstawowy jawi się jednak w tym, że wskutek wszechobecnego właściwie multicentryzmu, wykładnia systemowa jest znacznie zniekształcana z uwagi na nie tyle pośrednie podporządkowanie hierarchiczne źródeł prawa krajowego porządkowi ponadnarodowemu – co jest zresztą znacznie uproszczonym sformułowaniem, w rzeczywistości bowiem chodzi właśnie o brak podporządkowania – ale z uwagi na bezpośredni skutek prawa unijnego, pierwszeństwo stosowania prawa unijnego, konieczność dokonywania wcześniej wspomnianej wykładni zgodnej oraz podział kompetencji, który może być w prawdzie mniej albo bardziej równy, ale nie oznacza jeszcze podporządkowania.

Poczynając od końca – podział kompetencji został zasygnalizowany przede wszystkim przez E. Łętowską, która pisze następująco: „multicentryczność pojawiająca się na tle współlistnienia prawa wspólnotowego (obecnie unijnego) i prawa krajowego w rzeczywistości dotyczy podziału kompetencji *quad usum*, a nie hierarchicznego podporządkowania obu ośrodków. Okoliczność, że hasłem wywoławczym problemu jest kwestia supremacji prawa wspólnotowego (obecnie unijnego), nie ułatwia jednak trzeźwej refleksji, że w sporze nie idzie o to kto jest «wyżej», a kto «niżej», a więc że spór nie dotyczy miejsca w hierarchii monocentrycznej, lecz podziału kompetencji w ramach systemu multicentrycznego”²⁵. Za przykład praktyczny może tu posłużyć wykładnia art. 8 i 90 ust. 1 Konstytucji RP, którą przywołuje M. Stasiak. O ile pierwszy z przytaczanych przepisów mówi o najwyższej mocy prawnej, bezwzględnym prymacie i zasadzie bezpośredniego stosowania przepisów Konstytucji, o tyle ten drugi normuje możliwość przekazania przez Polskę organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach. Konstytucja nie określiła granic tego przekazania, ale przyjmuje się, że może ono nastąpić w zakresie, w jakim nie godzi to w fundamentalne zasady demokratycznego państwa prawnego, jakim w myśl Konstytucji jest Rzeczpospolita Polska²⁶.

²³ A. Kalisz, *Multicentryczność systemu prawa polskiego, a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, t. 4, s. 46-47.

²⁴ A. Kalisz, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej...*, s. 207.

²⁵ E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu ...*, s. 7.

²⁶ M. Stasiak, *Koncepcja multicentryczności, a wykładnia art. 8 i art. 90 ust. 1 Konstytucji*, „Studencie Zeszyty Naukowe” 2006, t. 13, s. 95-96; Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

W kontekście wykładni zgodnej zostało wspomniane wcześniej, że ma sprzyjać – mówiąc w pewnym uproszczeniu – realizacji postanowień poszczególnych dyrektyw przedmiotowych. Tymczasem warto tu zamieścić pewną uwagę poczynioną przez E. Łętowską w innej publikacji nawiązującej do multicentryczności. Mianowicie uczona postuluje, by najpierw starać się stosować wykładnię obopólnie przyjazną, tzn. starającą się maksymalnie zgodzić w danym przypadku oba porządki prawne bez uszczerbku dla któregośkolwiek z nich, co zdaniem autorki miałoby nawet sprzyjać zachowaniu większej integralności przez ten krajowy, zamiast czynić go – powiedzielibyśmy – „z góry zależnym”²⁷.

Pierwszeństwo stosowania dotyczy zaś sytuacji, w której dochodzi do kolizji między normą krajową a unijną. Bez względu zarówno na hierarchię w systemie źródeł prawa krajowego, jak i kolejność powstania, norma prawa krajowego nie może być stosowana, co jednak nie wpływa na jej ogólne obowiązywanie. Nie może być ona bowiem stosowana w zakresie, w jakim godziłaby w wiążące „postanowienia” prawa unijnego, co wynika z orzeczenia *Costa v. ENEL* (patrz niżej w pkt 3. *Zasady stosowania...*).

Na bezpośredni skutek składają się bezpośrednie obowiązywanie i bezpośrednie stosowanie. Bezpośrednie obowiązywanie oznacza tutaj, że porządek unijny jest częścią porządku krajowego, bezpośrednie stosowanie zaś, iż można wywodzić z niego prawa i obowiązki, co zostało zasygnalizowane z kolei w orzeczeniu dot. sprawy *Van Geld & Loos* (patrz niżej w pkt 3. *Zasady stosowania...*).

Wszystkie powyższe przykłady ilustrują zatem, że istotnie – multicentryczność jest bardziej podziałem kompetencji niż hierarchicznym podporządkowaniem, a ponadto obrazują częściowy chaos, który istotnie komplikuje poniekąd stosowanie w obecnych czasach wykładni systemowej.

Ostatnią z powszechnie stosowanych przez TSUE metod wykładni jest wykładnia celowościowa, zwana niekiedy inaczej teleologiczną. W ostatnim czasie jej znaczenie wzrosło z uwagi na procesy globalizacyjne wynikające z intensywnego rozwoju gospodarczego oraz instytucjonalizacji umów międzynarodowych. Jak pisze P. Justyńska – prężna wykładnia umożliwia względną stabilność systemów prawnych poprzez wyłączenie możliwości każdorazowej zmiany przepisów prawnych wobec zmieniających się warunków geopolitycznych, co dotyczy przede wszystkim klauzul generalnych oraz pojęć niedookreślonych charakteryzujących się dużą elastycznością. Jednocześnie wykładnia przepisów prawnych nie może doprowadzać do zmiany ich znaczenia.

²⁷ E. Łętowska, „Multicentryczność” systemu prawa i wykładnia jej przyjazna, [w:] L. Ogieglą, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1139-1140.

Zwłaszcza w wypadku luzów interpretacyjnych, wykładnia celowościowa pozwala na uwzględnienie poza językowym znaczeniem przepisów celu regulacji. Podkreśla się też, że ma ona duże znaczenie w obliczu procesów transformacyjnych. Cechą prawa unijnego jest bowiem ciągła ewolucja²⁸.

Wykładnia teleologiczna ma charakter dynamiczny, podążając za licznymi zmianami, które są związane z wypełnianiem procesu integracyjnego konkretnymi treściami i uwikłaniem przepisów w cały system. Godnym jest też odnotowania zjawisko związane z obecnym TSUE, przy którym, jak pisze ww. autorka, można się pokusić o stwierdzenie, że jest on motorem integracji i przez swoją linię orzeczniczą wyznacza jej kierunki. Trzeba jednak pamiętać, że w związku z zasadą proporcjonalności istnieje zakaz ograniczania praw i wolności obywatelskich²⁹. Powyższy wywód uzupełnia Ł. Pikuła, który zaznacza, że metoda celowościowa jest najczęściej używaną przez sędziów sądów europejskich, co ma wynikać ze swoistej konstrukcji traktatów i prawa pochodnego, w których to zawarte są często niedookreślone sformułowania³⁰. Zgadza się z tym również D. Fiedorow, dodając jednak zastrzeżenie, że sądy UE dużą wagę przykładają do porównawczej wykładni gramatyczno-językowej, uwzględniając wielojęzyczność tekstów autentycznych prawa unijnego. Metody językowa i celowościowa uzupełniają się i służą, jak pisze badaczka, potwierdzaniu rezultatów osiągniętych przez drugą z metod. Jak ponadto zauważa – w wielu sprawach sądy UE stosują wykładnię celowościową, gdyż ta pierwsza nie przynosi pożądanych rezultatów i na odwrót³¹.

Konieczność zastosowania metody celowościowej ze względu na wielojęzyczność prawa unijnego oraz różnice systemów prawnych państw członkowskich jest przez sądy UE skwapliwie wykorzystywana, co prowadzi do formułowania zarzutów, iż wykładnia ta służy im do wykraczania poza granice interpretowanego przepisu. Zarzuty dotyczą nie tylko przedkładania ponad literalne brzmienie przepisów, ale też pomijania intencji twórców interpretowanych tekstów prawnych. Mowa jest ponadto o faworyzowaniu interesów unijnych kosztem państw członkowskich, co sprawia, że nadmierna ufność w tę wykładnię może prowadzić do jej nadużywania, zaś lekceważenie brzmienia przepisów do wypaczenia postanowień tekstów prawa pierwotnego i wtórnego. Krytycy odstępstw od literalnego brzmienia podnoszą wręcz, że sądy UE przekraczają granice interpretacji tak daleko, że nie tyle dokonują wykładni obowiązującego prawa, co tworzą nowe normy prawne. Jest to niemniej jednak kwestia dyskusyjna, gdyż w doktrynie są także gło-

²⁸ P. Justyńska, *op. cit.*, s. 105-106.

²⁹ *Ibidem*, s. 107.

³⁰ Ł. Pikuła, *op. cit.*, s. 245-246.

³¹ D. Fiedorow, *Wykładnia celowościowa prawa wspólnotowego w orzecznictwie sądów Unii Europejskiej*, [w:] C. Mik (red.), *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, Toruń 2008, s. 68.

sy, zdaniem których sądy UE nie pomijają brzmienia przepisów, a dokonywana przez nie wykładnia celowościowa wcale nie jest nadużywana.

Faktem jest, że sądy UE, powołując się na wyinterpretowany cel regulacji, potrafią daleko odejść od wyników wykładni językowej, a czasem zupełnie ją odrzucić. Jako przykład tendencji prawotwórczych wskazuje się ogłaszanie zasad ogólnych prawa unijnego, w szczególności praw podstawowych, które nie są wpisane do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę (obecnie Unię) Europejską³².

Na omawianą wykładnię A. Kalisz spogląda przez pryzmat połączenia dwóch różnych aspektów, a mianowicie celowości z funkcjonalnością. W związku z tym przytacza dwa istotne typy reguł z nią związanych.

Reguły celowościowe odwołują się do kategorii celu, który przyświecał lub przyświeca ustawodawcy przy tworzeniu kompleksu normatywnego (np. aktu prawnego), który zawiera interpretowany przepis prawny. Wyróżniamy tu wersje statyczną i dynamiczną. Pierwsza odwołuje się do celu prawodawcy w momencie tworzenia regulacji, druga do przewidzenia tego celu, gdyby prawodawca dokonywał w danym momencie wykładni jakiejś regulacji. Obie wersje odwołują się do założenia o racjonalności prawodawcy i jego prac (zwłaszcza w kulturze prawa stanowionego). Inaczej analiza byłaby pozbawiona sensu. Najbardziej doniosłe są cele zawarte w aktach normatywnych (nie zawsze są wprost wskazane). Zwykle polega to na odkodowywaniu celu np. z przepisów odwołujących się do przedmiotu regulacji, ewentualnie z preambuły. Nie wyklucza to jednak możliwości identyfikacji celów z rzeczywistością pozanormatywną, jak np. uzasadnienia do projektów aktów, materiałów z prac legislacyjnych, a także innych „sygnałów”. Im bardziej bezpośrednie i sformalizowane źródło, tym mocniejsza rola reguł celowościowych w procesie wykładni. Zazwyczaj uzupełniają one albo weryfikują zakres normowania czy też zastosowania³³.

Odwołanie się do reguł funkcjonalnych jako argumentu interpretacyjnego, w przeciwieństwie do wykładni celowościowej, obejmuje jedynie element dynamiczny. Opiera się to na wcześniejszym ustaleniu elementów rzeczywistości społecznej, w jakiej norma ma działać oraz przewidzenie skutków, jakie działanie tej normy wywoła. Następuje nałożenie treści na przewidywane skutki i swojego rodzaju wybór tych najbardziej pożądanych. Wiąże się to z odejściem od procesu prawodawczego i następuje rozdział na tego, kto tekst prawny tworzy, i tego, kto go interpretuje. Reguły funkcjonalne co do zasady pełnią rolę uzupełniająco-weryfikacyjną, zarówno przy ustalaniu znaczeń terminów normatywnych i wyrażeń, jak i przy rekonstrukcji jednostkowej normy z danego źródła oraz rekonstrukcji pełnej, normatywnej podstawy decyzji.

³² *Ibidem*, s. 81-82.

³³ A. Kalisz, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej...*, s. 55-57.

Zwykle po zastosowaniu reguł semantycznych, syntaktycznych czy systemowych pojawia się potrzeba do odwołania do argumentu z funkcji, celem określenia funkcjonalnych aspektów wykładni językowej czy systemowej, ewentualnie weryfikacji/skorygowania wyników tej wykładni³⁴.

Drogą uzupełnienia pokrótce warto też nawiązać do wykładni historycznej. Przyjmuje się, że w jej świetle interpretator odwołuje się do materiałów historycznych dotyczących genezy i dyskusji toczących się wcześniej wokół konkretnych regulacji prawnych. Wiąże się to zresztą nierzadko z wykorzystywaniem materiałów przygotowawczych, takich jak sprawozdania z posiedzeń komisji legislacyjnych pracujących niegdyś nad projektami danego aktu, wiadomości związane z niegdyśniejszymi okolicznościami, jakie towarzyszyły np. obradom, wcześniejsze nowelizacje czy obowiązujące lata wstecz regulacje prawne pozwalające na określenie kierunku historycznego rozwoju³⁵.

3. Zasady stosowania prawa w świetle orzecznictwa TSUE

Z procesem dokonywania wykładni prawa związane są zasady stosowania tego prawa, a zaliczamy do nich m.in.³⁶:

- 1) zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego (obecnie unijnego) względem prawa wewnętrznego państw członkowskich,
- 2) zasadę bezpośredniego obowiązywania i stosowania prawa wspólnotowego (unijnego),
- 3) zasadę bezpośredniego skutku norm prawa wspólnotowego (unijnego),
- 4) zasadę efektywności prawa wspólnotowego (unijnego),
- 5) zasadę jednolitości (spójności),
- 6) zasadę lojalności,
- 7) zasadę solidarności,
- 8) zasadę odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego z tytułu niewypełnienia prawa wspólnotowego (unijnego),
- 9) zasadę przymusowej egzekucji aktów indywidualnych prawa wspólnotowego (unijnego) w państwach członkowskich.

Do zasady pierwszeństwa nawiązuje przede wszystkim wyrok w sprawie 6/64 *Costa v. ENEL*, w którym Trybunał potwierdził stanowisko zajęte przez prawnika Costę, że włoska ustawa, która wtedy nacjonalizowała wytwarzanie energii elektrycznej, tworząc

³⁴ *Ibidem*, s. 58.

³⁵ Z. Pulka, *Wykładnia historyczna*, [w:] A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka (red.), *op. cit.*, s. 250.

³⁶ M. Witkowska, *Zasady funkcjonowania Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 198-199.

jednocześnie spółkę ENEL – była niezgodna z ówczesnym prawem wspólnotowym, a same Włochy naruszyły dotkliwie prawo pierwotne. Potwierdzono też przy tym, że obowiązujący wtedy Traktat o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej podlega bezpośredniemu stosowaniu i ma charakter nadrzędny względem prawa krajowego³⁷.

Do drugiej z przytaczanych zasad (bezpośredniego obowiązywania i stosowania prawa UE) odnosi się zaś orzeczenie w sprawie 106/77 *Simmenthal*, w którym stwierdzono³⁸: „sąd krajowy, mający w ramach swoich kompetencji za zadanie zastosować przepisy prawa wspólnotowego, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych norm, nie stosując w razie konieczności, z mocy własnych uprawnień, wszelkich, nawet późniejszych, sprzecznych z nimi przepisów ustawodawstwa krajowego, i nie można przy tym wymagać od niego wnioskowania ani oczekiwania na zniesienie tych przepisów w drodze ustawodawczej lub w jakimkolwiek innym trybie konstytucyjnym”.

O trzeciej w kolejności – zasadzie bezpośredniego skutku oddziaływania norm – mówi orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej ETS, obecnie TSUE) w sprawie 26/62 *van Gend & Loos v. Holenderska Administracja Podatkowa*, w którym Trybunał uznał, że jednostka musi mieć możliwość powoływania się na Traktat o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej przed sądami krajowymi przy jednoczesnym nadaniu przez ten traktat jednostkom skutecznych praw przed nimi³⁹.

Problem czwartej zasady (efektywności) obrazuje uzasadnienie orzeczenia w sprawie 41/74 *van Duyn*⁴⁰: „[...] w szczególności w sytuacji, gdy w drodze dyrektywy instytucje wspólnotowe zobowiązały państwa członkowskie do określonego postępowania, brak możliwości powołania się przez podmioty prawa na ten akt przed sądem oraz brak możliwości uwzględniania go przez sądy krajowe jako elementu prawa wspólnotowego ograniczyłby jego skuteczność”.

Zasadę jednolitości wyjaśnia orzeczenie w sprawie C 143/88 i C 92/89 *Zuckerfabrik*⁴¹: „jednolite stosowanie jest bowiem podstawowym wymogiem wspólnotowego porządku prawnego; wynika z niego mianowicie, że zawieszenie wykonania aktów administracyjnych wydanych na podstawie rozporządzenia wspólnotowego, które chociaż podlega krajowym zasadom proceduralnym dotyczącym w szczególności wnoszenia

³⁷ Wyrok Trybunału z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 *Flaminio Costa v. Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL)*, Rec. 1964, s. 1141.

³⁸ Wyrok Trybunału z dnia 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, Rec. 1978, s. I-629.

³⁹ Wyrok Trybunału z dnia 5 lutego 1963 r. w sprawie 26/62 *N. V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Geld en Loos v. holenderska administracja podatkowa*, Rec. 163, s. 3.

⁴⁰ Wyrok Trybunału z dnia 4 grudnia 1974 r. w sprawie 41/74 *Yvonne van Duyn v. Home Office*, Rec. 1974, s. 1337.

⁴¹ Wyrok Trybunału z dnia 21 lutego 1991 r. w sprawach połączonych C-143/88 i C-92/89 *Zuckerfabrik Suderdithmarschen AG v. Hauptzollamt Itzehoe i Zuckerfabrik Soest GmbH v. Hauptzollamt Paderborn*, Rec. 1991, s. I-415.

i rozpoznawania wniosku, powinno we wszystkich państwach członkowskich spełniać przynajmniej przesłanki zastosowania zawieszenia, które byłyby jednolite [...]. Należy także dodać, że sąd krajowy, zobowiązany stosować w ramach swojej jurysdykcji przepisy prawa wspólnotowego, ma obowiązek zapewnić pełną skuteczność prawa wspólnotowego i w konsekwencji, w przypadku wątpliwości co do ważności rozporządzeń wspólnotowych, ma obowiązek uwzględnić interes, jaki ma Wspólnota w tym, by rozporządzenia takie nie były usuwane bez poważnych powodów”.

Uzasadnienie dla zasady solidarności (lojalności) wynika przykładowo z orzeczenia w sprawie C 213/89 *Factortame*⁴²: zgodnie z orzecznictwem ETS (obecnie TSUE) „zapewnienie podmiotom prawa ochrony prawnej wynikającej z bezpośredniej skuteczności przepisów prawa wspólnotowego jest na mocy zasady współpracy ustanowionej w art. 5 traktatu zadaniem sądów krajowych (zob. ostatnio wyroki z dnia 10 lipca 1980 r. w sprawach: 811/79 *Ariete*, Rec. str. 2545, i 826/79 *Mireco*, Rec. str. 2559). [...] Trybunał orzekł również, że sprzeczne z wymogami wynikającymi z samej natury prawa wspólnotowego byłyby wszelkie przepisy obowiązujące w krajowym porządku prawnym oraz wszelka praktyka legislacyjna, administracyjna lub sądowa, powodujące ograniczenie skuteczności tego prawa poprzez odmowę przyznania sądowi, w którego kompetencji leży jego zastosowanie, uprawnienia do uczynienia, w momencie stosowania tego prawa, wszystkiego, co niezbędne do pominięcia krajowych przepisów ustawowych stojących na przeszkodzie, nawet tymczasowo, pełnej skuteczności prawa wspólnotowego (ww. wyrok w sprawie *Simmenthal*, pkt 22 i 23). [...] Trzeba też dodać, że skuteczność prawa wspólnotowego zostałaby ograniczona także w przypadku, gdyby norma prawa krajowego mogła uniemożliwić sądowi rozpatrującemu spór podlegający prawu wspólnotowemu zarządzenie środków tymczasowych w celu zapewnienia w pełni skuteczności przyszłego orzeczenia sądowego w przedmiocie istnienia dochodzonych uprawnień wynikających z prawa wspólnotowego. Dlatego sąd, który w takich okolicznościach zarządziłby środki tymczasowe, gdyby nie stała temu na przeszkodzie norma prawa krajowego, zobowiązany jest nie zastosować tej normy”.

Przedostatnią w kolejności jest zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego. Nawiązuje do niej przedstawiona niżej sentencja wyroku Trybunału w sprawach połączonych C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland* (sprawa czystości piwa) oraz *The Queen v. Secretary of State for Transport ex parte: Factortame Ltd i in.* (sprawa armatorów statków hiszpańskich na wodach brytyjskich)⁴³:

⁴² Wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 1990 r. w sprawie C 213/89 *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. i in.*, Rec. 1990, s. I-2433.

⁴³ Wyrok Trybunału z dnia 5 marca 1996 r. w połączonych sprawach C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Niemcy i The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd i inni*, Rec. 1996, s. I-1029.

- „1. Zasada, zgodnie z którą państwa członkowskie zobowiązane są naprawić szkody wyrządzone jednostkom poprzez naruszenie prawa wspólnotowego, które można im przypisać, znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy zarzucane uchybienie przypisuje się krajowemu ustawodawcy.
2. W przypadku naruszenia przez państwo członkowskie prawa wspólnotowego, które można przypisać krajowemu ustawodawcy działającemu w dziedzinie, w której dysponuje on szerokim zakresem swobodnego uznania w dokonywaniu rozstrzygnięć prawodawczych, poszkodowanym jednostkom przysługuje prawo do odszkodowania, jeżeli naruszona norma prawa wspólnotowego ma na celu ustanowienie na ich korzyść uprawnień, postępowanie państwa wyczerpuje znamiona naruszenia prawa oraz istnieje bezpośredni związek przyczynowy między tym naruszeniem a szkodą wyrządzoną jednostce. Z tym zastrzeżeniem państwo winno naprawić skutki wyrządzonej szkody w ramach krajowego prawa zobowiązań, przy czym zasady odszkodowania określone w obowiązującym ustawodawstwie krajowym nie mogą być mniej korzystne niż w przypadku podobnych roszczeń o charakterze wewnętrznym i nie mogą być ustalone w sposób powodujący, że uzyskanie odszkodowania będzie praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione.
3. Sąd krajowy nie może w ramach obowiązującego ustawodawstwa krajowego uzależnić odszkodowania od stwierdzenia wykraczającej poza wyczerpanie znamion naruszenia prawa wspólnotowego winy umyślnej lub niedbalstwa organu państwa, któremu przypisuje się uchybienie.
4. Odszkodowanie, do którego zobowiązane są państwa członkowskie, za szkody wyrządzone przez nie jednostkom poprzez naruszenie prawa wspólnotowego, winno być współmierne do poniesionej szkody. W braku przepisów wspólnotowych w tej dziedzinie porządek prawny każdego z państw członkowskich ustalać powinien kryteria pozwalające określić zakres odszkodowania, przy czym nie mogą one być mniej korzystne niż w przypadku podobnych roszczeń o charakterze wewnętrznym i w żadnym wypadku nie mogą być ustalone w sposób powodujący, że uzyskanie odszkodowania będzie praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione. Przepisy krajowe ograniczające w sposób generalny podlegającą naprawieniu szkodę wyłącznie do szkód na określonych dobrach indywidualnych szczególnie chronionych, z wykluczeniem utraconych przez jednostkę korzyści, byłyby niezgodne z prawem wspólnotowym. Winna istnieć możliwość przyznania w ramach powództwa opartego na prawie wspólnotowym odszkodowania o charakterze szczególnym, tego rodzaju jak odszkodowanie «przykładowe» przewidziane w prawie angielskim, jeżeli może ono zostać przyznane w ramach podobnego powództwa opartego na prawie krajowym”. Wspomniane połączone sprawy są

zresztą o tyle istotne, że to również dzięki nim wypracowano kryteria odpowiedzialności odszkodowawczej, na które to składają się: 1) cel nadanie jednostce uprawnień przez normę, 2) istotne naruszenie i 3) związek przyczynowo-skutkowy między naruszeniem a szkodą⁴⁴.

Krótką charakterystykę ostatniej z zasad (zasady przymusowej egzekucji aktów indywidualnych prawa unijnego) przytacza M. Witkowska, która pisze: „na mocy generalnego upoważnienia z mocy art. 249 TWE Rada i Komisje mogą wydawać decyzje, w tym takie, które nakładają na podmioty inne niż państwa zobowiązania pieniężne. Z mocy art. 256 TWE wynika, że decyzje te są wykonalne, czyli stanowią tytuł egzekucyjny. Ich wykonanie podlega przepisom procedury cywilnej obowiązującym w państwie, w którym prowadzone jest postępowanie”. Na podobnych warunkach tytuł wykonawczy przysługuje orzeczeniom ETS i decyzjom Europejskiego Banku Centralnego⁴⁵. Obecnie zresztą oba cytowane za autorką artykułu są zastąpione przez art. 288 i 299 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej TFUE)⁴⁶.

4. Podsumowanie

Z perspektywy zarysowanych wyżej rozważań należy wskazać na następujące obserwacje.

1. Na kontynencie europejskim da się zauważyć wszechobecny multicentryzm systemów prawnych charakteryzujący się wielością ośrodków decyzyjnych, który powoduje zatarcie tradycyjnej hierarchii źródeł prawa na rzecz sygnalizowanego m.in. przez E. Łętowską tzw. „podziału kompetencji” między „konkurującymi” porządkami prawnymi, jak również wykładni zgodnej/prounijnej, którą zdaniem ww. uczzonej powinna poprzedzać wykładnia „obopólnie przyjazna”.
2. Z powodu zatarcia tradycyjnej hierarchii źródeł prawa przy jednoczesnej rezygnacji z zależności na rzecz „podziału kompetencji” jeszcze większej specyfiki nabiera wykładnia prawa Unii Europejskiej, co widać zwłaszcza na tle wykładni systemowej i językowej.
3. W przypadku wykładni systemowej jeszcze bardziej skomplikowanym stało się umieszczanie normy w systemie, którego hierarchia źródeł nie jest już taka pewna i w każdej chwili może być zachwiana przez „wtrącenie” ze strony porządku mającego prymat, a zarazem niekonkurującego w sensie dosłownym. Mam tu na myśli

⁴⁴ N. Półtorak, *Przesłanki odpowiedzialności państwa*, [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010, s. 947-948.

⁴⁵ M. Witkowska, *op. cit.*, s. 223.

⁴⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. UE C 202 z 7 czerwca 2016 r., s. 47; sprost. Dz. U. UE C 400 z 7 czerwca 2016 r., s. 11).

zwłaszcza znaczenie zasady pierwszeństwa stosowania prawa unijnego i zasadę bezpośredniego skutku, na który składa się bezpośrednio obowiązywanie i bezpośrednio stosowanie. Kiedy zaś mówimy o wykładni językowej, musimy dostrzec sygnalizowane w doktrynie rozbieżności znaczeniowe słów w poszczególnych językach, co następnie odbija się na różnej interpretacji „niby tych samych” aktów prawnych mających jedynie zgodnie z art. 55 TUE różne wersje językowe. Znaczenia tym samym nabiera wykładnia porównawcza, gdzie porównuje się różne wersje językowe tego samego aktu prawnego, choć, jak zasygnalizował m.in. A. Cieśliński – ciężko w praktyce zawodowej sędziego czy też urzędnika o czas na ciągłe porównywanie wersji językowych poszczególnych aktów prawnych mających stanowić podstawy dla decyzji stosowania prawa, na które to stosowanie w efekcie się przekłada. Upatruje się w tym zresztą również okazji do celowych „naginań” prawa celem „przeforsowania” znaczenia, które w danym języku jest korzystniejsze dla stosującego prawo.

4. Nie należy też zapominać o skutkach multicentryzmu dla wykładni celowościowej. Jak bowiem wiadomo, jako państwo członkowskie związani jesteśmy postanowieniami Traktatów. W razie niejasności sąd krajowy kieruje do TSUE pytanie prejudycjalne. Ten zaś jako strażnik Traktatów musi dokonać takiej wykładni danej normy, która odpowiadałaby postanowieniom, czy inaczej mówiąc – celom tych Traktatów, i wreszcie, co istotne z perspektywy porządku unijnego, to właśnie TSUE niejako odpowiada za to, by prawo Unii Europejskiej, a pośrednio zatem także wykładnia były zgodne z duchem Traktatów stanowiąc swoiste centrum, którego orzecznictwo następnie wyznacza, jak to zostało w niniejszym tekście ukazane, ramy stosowania prawa, przyczyniając się przy tym do swego rodzaju sprzężenia zwrotnego. Jest zatem w dobie współczesnego multicentryzmu niczym serce pompujące krew, od którego skuteczności pracy w coraz bardziej skomplikowanym systemie zależy przetrwanie całego nowego porządku prawnego, jaki nastął z powstaniem Unii Europejskiej. Trzeba jednakże również pamiętać, że pojęcie sądu w świetle prawa unijnego ma charakter szerszy niż w naszym porządku prawnym. Odpowiedzi zaś na pytanie, jakie kryteria powinien spełniać organ, aby zostać za takowy uznany, dostarcza przeważnie orzecznictwo⁴⁷, nie ma bowiem w Traktatach przepisu, który określałby jego definicję.

⁴⁷ W świetle orzecznictwa przyjęło się, że aby organ mógł zostać uznany za sąd w świetle prawa unijnego, muszą zostać zrealizowane następujące przesłanki: powołanie w oparciu o ustawę, działanie na podstawie procedur określonych w prawie, orzekanie na podstawie i w granicach prawa, wydawanie wiążących dla stron orzeczeń i rozstrzyganie sporów między nimi, bezstronność i niezawisłość. Temat ten poruszyła chociażby A. Wyrozumska, przywołując wyroki w sprawach 246/80 *C. Broekmeulen v. Huisarts Registratie Commissie* z 6 października 1981 r., C-385/09 *Nidera Handels Compagnie BV Valstybinė mokesčių inspekcija prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos* oraz sprawie C-497/08 *Amiraike Berlin GmbH*

5. W odniesieniu do suwerenności podkreślić dla porządku należy, że twórcy polskiej Konstytucji liczyli się z możliwością, a nawet koniecznością stworzenia ustawy zasadniczej odpowiadającej nowym realiom, gdy mówimy o porządku na świecie i szerzącym się multicentryzmie. Stąd sama Konstytucja, jak to wykazała M. Stasiak, stanowi, że najwyższym aktem prawa polskiego jest właśnie ona jako Ustawa Zasadnicza (art. 8). Jednak zgodnie z art. 90, nie ma przeciwwskazań ku temu, by przekazać w drodze umowy międzynarodowej pewne obszary władzy publicznej organizacji bądź też organowi międzynarodowemu. Tym samym sama Konstytucja obala z perspektywy prawa spekulacje na temat ewentualnej utraty przez Polskę suwerenności. Kwestie zaś dotyczące słuszności czy też irracjonalności takiego postępowania należą już do odpowiednich, powiedziałoby się – „ciał politycznych”, które są właściwe do podejmowania stosownych (i z założenia przemyślnych) kroków w tym zakresie. Dlatego też sprawy wchodzące w zakres regulacji art. 90 Konstytucji RP zawsze będą podlegały rozmaitym ocenom w zależności od obozu, który w danym momencie będzie sprawował rządy, jak również pośrednio ocenie jego i innych wyborców/zwolenników innych ugrupowań politycznych.
6. Na koniec w kontekście wspomnianego wcześniej podziału kompetencji można jeszcze wskazać, że pierwszeństwo stosowania prawa Unii Europejskiej nie oznacza, że norma prawa krajowego przestaje obowiązywać, ale, jak wynika też z przytaczanego orzecznictwa, nie jest stosowana w zakresie godzącym w postanowienia prawa unijnego. Bezpośrednie obowiązywanie oznacza, że porządek unijny jest naszym, a więc już zdecydowanie mniej – ponad nami. Bezpośrednie stosowanie znaczy mniej więcej tyle – że możemy z niego wywodzić prawa i obowiązki.

(A. Wyrozumska, *Odesłanie prejudycjalne*, [w:] J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska (red.), *Instytucje i prawo Unii Europejskiej. Podręcznik dla kierunków prawa, zarządzania i administracji*, s. 416); jak również J. Michalska (J. Michalska, *Pytania prejudycjalne sądów do TSUE*, [w:] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.) *Zasada pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej RP*, E-wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 2015, s. 255-256).

Stosowanie prawa

Anna Kalisz

Naczelny Sąd Administracyjny, Akademia im. Jana Długosza w Częstochowie

Adam Szot

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

Modele komunikacyjne w procesach decydowania prawnego¹

Abstrakt

Jednym ze sposobów ontologicznej analizy prawa jest ujęcie komunikacyjne, którego elementy dostrzec można zarówno na płaszczyźnie tworzenia, jak i stosowania prawa.

Celem rozdziału jest ukazanie (rosnącej) roli, jaką dyskurs i dialog oraz sposoby powstawania decyzji w formie konsensusu, kompromisu czy porozumienia odgrywają w klasycznych modelach stosowania prawa, tj. w decydowaniu o silnie władczym i jednostronnym charakterze (ujęcie monologiczne). Chodzi zatem o udział komunikacji zwrotnej w procesach decydowania prawnego. Dążąc do realizacji tak określonego przedsięwzięcia badawczego autorzy analizują złożoności rozumowań prowadzonych przez podmioty decyzyjne w typie sądowym i administracyjnym w ramach krajowego porządku prawnego i próbują uchwycić w nich elementy komunikacyjne.

W rozdziale dostrzeżono również ścierające się tendencje do „miękkiego” i „twardego” definiowania prawa oraz podejścia do procesu podejmowania wiążących prawnie decyzji.

1. Wprowadzenie

Istotę prawa oraz procesów zachodzących w prawie, jak i otaczającej je rzeczywistości można analizować z wielu perspektyw i w wielu ujęciach. Jednym z nich jest ujęcie komunikacyjne, którego elementy dostrzec można zarówno na płaszczyźnie tworzenia, jak również stosowania prawa. *Sensu largissimo* należy je uznać za sumę intencjonalnych procesów, w ramach których następuje przekazywanie i przetwarzanie informacji na temat okoliczności faktycznych oraz treści norm prawnych pomiędzy uczestnikami procesów decydowania prawnego. Procesy decyzyjne zawierają w sobie przy tym różne modele komunikacji – zarówno proste (jednostronny – monolog czy zwrotny – dialog), jak i złożone (dyskurs).

¹ W tekście zaprezentowano częściowe wyniki analiz prowadzonych w ramach projektu badawczego „Wpływ orzeczeń sądowych na dyskrejonalną władzę administracji publicznej w procesach stosowania prawa” (DEC-2013/11/N/HS5/04212) finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki, realizowanego przez jednego z autorów.

Celem rozdziału jest ukazanie roli, jaką dyskurs i dialog oraz sposoby powstawania decyzji w formie konsensusu, kompromisu czy porozumienia odgrywają w klasycznych modelach stosowania prawa, tj. w decydowaniu o silnie władczym i jednostronnym charakterze (ujęcie monologiczne). Chodzi zatem o udział komunikacji (nielinarnej) w procesach decydowania prawnego. Dążąc do realizacji tak określonego przedsięwzięcia badawczego, autorzy analizują złożoności rozumowań prowadzonych przez podmioty decyzyjne w typie sądowym i administracyjnym w ramach krajowego porządku prawnego i próbują uchwycić w nich elementy komunikacyjne. Dodatkowo w odniesieniu do decydowania sądowego postawiono pytanie o ewentualne odrębności w poszczególnych gałęziach prawa. Punktem wyjścia prowadzonych analiz jest decyzyjne ujęcie stosowania prawa². Na całość rozważań nałożony został mediacyjny model podejmowania wiążących decyzji prawnych. Z uwagi na złożoność i wielowątkowość podejmowanego problemu ustalenia poczynione w ramach niniejszej pracy należy traktować bardziej jako przyczynek do szerszej dyskusji niż kompleksowe i wyczerpujące opracowanie przedmiotowego zagadnienia.

2. Komunikacyjne ujęcie procesów decydowania prawnego

Rozważania na temat roli procesów komunikacyjnych w stosowaniu prawa należy poprzedzić zarysowaniem problematyki różnych form komunikacji w procesach decydowania prawnego.

Monolog jest sytuacją jednowektorowego nadania komunikatu. Komunikat wysyła nadawca, a jego efektu doświadcza osoba, do której jest on skierowany, czyli odbiorca. Ma on zatem charakter intencjonalny, a jego funkcja może być różna (np. informacyjna, ekspresyjna, perswazyjna, jak również mieszana). Komunikacja ma w takim przypadku charakter liniowy (wpisujący się w transmisyjną koncepcję komunikacji) i „sprowadza się do jednokierunkowego zarządzania odbiorcami przy pomocy wysyłanych wiadomości”³. Transmisyjna koncepcja komunikacji zakłada przy tym obiektywny charakter przekazu. Oznacza to, że choć może mieć on różne znaczenie dla różnych odbiorców, sam w sobie jest niezależny od ich interpretacji, jest realny i mierzalny⁴. Jednocześnie

² Szerzej: H. Groszyk, A. Korybski, *Podejście decyzyjne w prawoznawstwie – zarys problematyki*, [w:] W. Witkowski (red.), *W kręgu historii i współczesności polskiego prawa. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Arturowi Korobowiczowi*, Lublin 2008, *passim*.

³ W. Cyrul, *Wpływ procesów komunikacyjnych na praktykę tworzenia i stosowania prawa*, Warszawa 2012, s. 23.

⁴ *Ibidem*, s. 23-25. Założenie to wpisuje się nie tylko w rozumienie prawa jako „rozkazu” (nadawcy), ale również dworkinowską koncepcją *one right answer* (R. Dworkin, *Is There Really No Right Answer In Hard Cases*, [w:] R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge-London 2000, s. 119 i nast.). Warto zauważyć, że obie te koncepcje powstały na gruncie kultury *common law*.

mamy tu do czynienia z komunikacją niesymetryczną, gdy przekaz skierowany jest do adresata, który zajmuje wobec nadawcy pozycję istotnie różną (niższą, podrzędną w znaczeniu podporządkowaną), co z kolei obliguje do zapoznania się z komunikatem, podjęcia próby jego zrozumienia i zastosowania się do niego. Ten rodzaj komunikacji jest najlepiej widoczny na przykładzie procesów tworzenia prawa.

Komunikację zwrotną reprezentują natomiast dialog i dyskurs. Dialog polega na wymianie informacji, nadawca i odbiorca raz po raz „zamieniają się miejscami”. Każdy z nich wysyła (koduje) komunikat oraz dokonuje jego odczytania i interpretacji. Kwestią podstawową będzie tutaj odwołanie się przede wszystkim nie tyle do wspólnoty znaczeń, co „wspólnoty doświadczeń” oraz wspólnych płaszczyzn w zakresie potrzeb, wartości, interesów *etc.* W przypadku komunikacji zwrotnej istotna jest zatem nie tylko umiejętność nadawania, ale i odbierania komunikatów. Dialog można zatem łączyć z takimi pojęciami, jak konsensus, kompromis, negocjacje integracyjne, wzajemne uznanie, porozumienie. Znaczenie dialogu we wspólnocie jest istotne również dlatego, że współcześnie na gruncie nauk społecznych dominuje przekonanie, iż do prawdy czy racji dochodzi się nie tyle poprzez „sądy apodyktyczne”⁵, ile poprzez spór, dyskurs, dialog i porozumienie akceptowane przez wszystkich uczestników procesu komunikacyjnego.

Dotyczy to nie tylko sfery prywatnej, ale i publicznej⁶. Tym samym zjawiska składające się na sferę publiczną, jak np. prawo, są rezultatem komunikacji zwrotnej pomiędzy poszczególnymi podmiotami społecznymi, co z kolei zaciera tradycyjną granicę „między państwem a społeczeństwem cywilnym”⁷. Państwo bowiem przestaje być „nadawcą poleceń”, a staje się jednym z uczestników komunikacji społecznej. Kore-sponduje to z kantowską wizją równości, w której „społeczeństwo oparte na sile prawa pozytywnego jest społeczeństwem prowizorycznym”⁸.

W ramach zwrotnego stylu komunikacji, gdzie mamy do czynienia z komunikacją symetryczną (tj. z sytuacją, gdzie nadawca i odbiorca mają pozycję porównywalną i względnie równorzędną, a zatem są współtwórcami komunikacji), można rozróżnić

⁵ Kantowskie pojęcie „sądów apodyktycznych” oznacza ocenę opartą na założeniu konieczności zaistnienia danego stanu rzeczy – por. I. Kant, *Logika. Podręcznik do wykładów*, przeł. A. Banaszkiewicz, Gdańsk 2005, s. 130 i nast.

⁶ Tym samym nawiązując do oświeceniowej koncepcji „woli powszechnej” – por.: K. Kukuryk, *Kilka uwag o sposobie rozstrzygania dyskursu prawnego*, „Annales UMCS” 2012, vol. LIX, 1, s. 22 i podana tam literatura. Sfera publiczna zaś rozumiana jest – za J. Habermasem – jako otwarty dla wszystkich obywateli obszar życia społecznego, który ma zadanie pośredniczyć pomiędzy światem polityki i władzy a „światem życia” (tj. sferą prywatną, wspólnotową i intymną) i w ramach którego odbywa się wymiana poglądów na sprawy ważne zarówno dla jednostek, jak i całej zbiorowości. Jest zatem wypełniona przez komunikację o charakterze dialogicznym. Więcej na ten temat: J. Habermas, *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, Warszawa 2007, *passim*.

⁷ B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne*, Toruń 2009, s. 188.

⁸ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 46. Zob. również: M. Żelazny, *Idea równości w filozofii Kanta*, Toruń 1993, s. 193-194.

kilka – zwykle o węższym zakresie znaczeniowym – pojęć granicznych i bliskoznacznych. Przede wszystkim chodzi tu o wspomniane pojęcie dyskursu. W naukach prawnych bowiem częściej niż dialog pojawia się raczej pochodzące od łacińskiego *discursus* pojęcie dyskursu⁹, rozumianego jako ustrukturalizowana „wypowiedź, rozmowa, komunikowanie się”¹⁰ i zawierającego pewną przemyślaną argumentację mającą przekonać interlokutora¹¹. Dyskurs jest kwalifikowaną postacią komunikacji zwrotnej, zawiera bowiem elementy różnych modeli, w tym i monologu. Jednak w jego ramach najistotniejsza jest wymiana komunikatów, oparta na myśleniu logicznym oraz wykazywaniu za jego pomocą swoich argumentów i racji¹². Widoczny jest tu zatem po pierwsze, swoisty element „profesjonalny” (w sensie znajomości logiki, erystyki i prawa)¹³, a po drugie, wyraźny akcent nie tyle na relację stron, ile na dowiedzenie racji przez jedną z nich. Pojęcie dyskursu można więc wiązać z takimi terminami, jak: przekonywanie, udowadnianie, negocjacje pozycyjne oraz racjonalność. W dyskursie mogą zatem występować elementy niedialogiczne.

Na wstępie warto jeszcze wspomnieć o konwergencyjnej koncepcji komunikacji¹⁴. Koncepcja ta opiera się na modelu komunikacyjnym G. Gerbnera¹⁵, zakładającym – co nieco zbliża ją do hermeneutyki – że percepcja przekazu przez odbiorcę ma wymiar subiektywny i uzależniona jest od szerszego kontekstu, a często także od „intuicji” i preselekcji w zakresie wyboru znaczeń. Zatem rozumienie (a tym samym osiągnięcie bądź nieosiągnięcie porozumienia) zależeć może od „relacji [...], od przyjętego punktu widzenia, od komunikacyjnych kompetencji podmiotu, a także od szeroko rozumianego

⁹ Szersze ujmowanie dyskursu oraz przegląd prób jego zdefiniowania zob.: W. Cyrul, *op. cit.*, s. 116-117 i podana tam literatura.

¹⁰ Komunikacja ta jest przy tym rozumiana szeroko jako język werbalny i pozawerbalny (wizualny), o czym mówi nurt językoznawstwa zwany Krytyczną Analizą Dyskursu (*critical discourse analysis*). Vide: prace T. van Dijka, poczynawszy od *The Semantics and Pragmatics of Functional Coherence in Discourse*, [w:] J. Boyd, A. Ferrara, *Speech Act Theory: Ten years later*, Milano 1980, s. 49-65. W języku polskim: *idem* (red.), *Dyskurs jako struktura i proces*, Warszawa 2001, *passim*. Z autorów polskich: A. Duszak, *Tekst, dyskurs, komunikacja międzykulturowa*, Warszawa 1998, *passim* oraz A. Duszak, N. Fairclough, *Krytyczna analiza dyskursu. Interdyscyplinarne podejście do komunikacji społecznej*, Kraków 2008, *passim*.

¹¹ J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2007, s. 57-61 i podana tam literatura.

¹² Tak rozumiany dyskurs kojarzy się w społeczeństwie z tzw. debatą oksfordzką, czyli sztuką prowadzenia dyskusji, prezentowania argumentów, wypowiadania się i słownego pokonania przeciwnika, prezentującego stanowisko przeciwne. Jest oparta głównie na logicznej dyalektyce erystycznej – zob.: A. Schopenhauer, *Erystyka, czyli sztuka prowadzenia sporów*, Warszawa 1997, *passim*.

¹³ Dużą rolę odgrywa w nim retoryka – vide: Arystoteles, *Retoryka. Dzieła wszystkie*, t. 6, Warszawa 2001, a w odniesieniu do dyskursu prawniczego: M. Korolko, *Retoryka i erystyka dla prawników*, Warszawa 2001; J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Warszawa 2002 oraz J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003.

¹⁴ W. Cyrul, *op. cit.*, s. 29 i nast.

¹⁵ G. Gerbner, *Towards a General Model of Communication*, „AV Communication Review” 1956, nr 4, s. 171-199.

kontekstu społeczno-kulturowego”¹⁶. Model konwergencyjny zakłada komunikację zwrotną, w której każda kolejna wypowiedź i reakcja jest warunkowana wcześniejszymi wypowiedziami i reakcjami interlokutora¹⁷. Strony komunikacji wzajemnie więc na siebie oddziałują. Jest to zatem model nieliniarny, dynamiczny i zakładający możliwość istnienia nie tylko wielu punktów widzenia, ale także wielu perspektyw i możliwych rozwiązań danej sytuacji.

3. Komunikacja w procesie decyzyjnym w administracji

Rozważania dotyczące komunikacyjności w klasycznie wyodrębnianych modelach stosowania prawa rozpoczęte zostaną od typu administracyjnego, a następnie przy okazji charakterystyki decydowania sądowego omówiona zostanie również sądowa kontrola administracji publicznej. Zagadnienia związane z mediacją w poszczególnych gałęziach prawa poddane zostały analizie w dalszej części opracowania i zostaną pominięte przy okazji rozważań nad sądowym i administracyjnym typem stosowania prawa.

Cechą specyficzną stosowania prawa przez organy administracji publicznej jest, będąca naturalną konsekwencją charakteru stosunku prawnego łączącego organ i adresata decyzji, wydawanie decyzji administracyjnej w ramach posiadanego przez decydenta władztwa administracyjnego. Przejawia się to w możliwości władczego i jednostronnego kształtowania sytuacji prawnej adresata. Na pierwszy rzut oka może sugerować to brak miejsca na dyskurs oraz nacechowanie tego procesu decydowania prawnego elementami monologu. Nie jest to jednak trafna intuicja. O ile bowiem sama decyzja końcowa ma charakter jednostronnej wypowiedzi organu (monologu) – co jest charakterystyczne również dla orzeczenia sądowego – to w procesie dochodzenia do jej finalnego kształtu przyszły adresat (strona postępowania) ma liczne możliwości (prawnie zagwarantowane) nawiązania dyskursu z podmiotem decyzyjnym. Dyskurs ten jest naturalną konsekwencją przyjętych w demokratycznym państwie prawa wartości oraz szczegółowych preferencji (w tym aksjologicznych) prawodawcy.

Przenosząc te rozważania na grunt polskiego porządku prawnego należy wskazać kilka kwestii. Po pierwsze, już zasada czynnego udziału stron w postępowaniu¹⁸ zakłada

¹⁶ W. Cyrul, *op. cit.*, s. 32. Na temat komunikacji w kontekście różnych kultur zob. też: S. Ting-Toomey, *Communicating Across Cultures*, New York 1999, s. 16 i nast. oraz W.B. Gudykunst (ed.), *Cross-Cultural and Intercultural Communication*, Thousand Oaks-London-New Delhi 2003, *passim*.

¹⁷ Koresponduje to również z koncepcjami behawiorystycznymi, dotyczącymi związku języka z zachowaniem człowieka – *vide*: L. Bloomfield, *Language*, London 1953, *passim* oraz W. Quine, *Ontological Relativity*, [w:] *idem, Ontological Relativity and Other Essays*, New York 1969, s. 26-68.

¹⁸ Szerzej m.in. A. Matan, *Zasada czynnego udziału stron w postępowaniu administracyjnym w świetle orzecznictwa sądowego*, „Roczniki Administracji i Prawa: Teoria i Praktyka” 2005, s. 103-120. Zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2008 r., I SA/Wa 1812/07, LEX nr 510335. Do zasady ochrony za-

możliwość udziału strony w każdym stadium postępowania i możliwość wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Po drugie, szereg szczegółowych reguł prawnych czyni realizację ww. zasady, a tym samym dyskurs w procesie stosowania prawa, rzeczywistym. Dla przykładu tylko warto wskazać m.in. na: możliwość zgłaszania przez stronę żądania przeprowadzenia dowodu (art. 78 § 1 k.p.a.), prawo wzięcia udziału w przeprowadzeniu dowodu oraz możliwość zadawania pytania świadkom, biegłym i stronom oraz składania wyjaśnień (art. 79 § 2 k.p.a.), prawo złożenia przed rozprawą wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów oraz prawo do stawienia się na rozprawę osobiście lub przez przedstawicieli albo pełnomocników (art. 80 § 2 k.p.a.). Dodatkowo w świetle art. 81 k.p.a. uznanie za udowodnioną okoliczności faktycznej wymaga stworzenia stronie możliwości wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów. Strona ma również prawo wypowiedzenia się co do całości zebranych dowodów i materiałów oraz zgłaszania żądań przed wydaniem decyzji (art. 10 § 1 k.p.a.).

Oczywiście organ nie ma obowiązku pozytywnego rozpatrywania każdego wniosku i żądania strony, musi jednak zapoznać się z jej argumentami, a następnie odnieść się do nich, a w przypadku gdy się z nimi nie zgadza, swoją decyzję wnikliwie uzasadnić (zgodnie z zasadą przekonywania)¹⁹. W tym sensie organ administracji staje się *de facto* „gospodarzem dyskursu” i musi stale informować stronę o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego. Jest to próba wyrównania niedostatków związanych z brakiem odpowiedniej wiedzy strony postępowania, który mógłby ujemnie wpłynąć na skuteczność dyskursu.

Dyskurs pomiędzy organem a adresatem decyzji nie musi kończyć się w momencie wydania decyzji stosowania prawa. Wniesienie odwołania od decyzji I instancji otwiera nowe pole dyskursu, a strona niezadowolona z treści rozstrzygnięcia może dokonać uzewewnętrznienia swoich argumentów w treści odwołania. W ramach postępowania sądowo-administracyjnego wiąże się to również z obowiązkiem organu do przekazania do sądu, wraz z pełną dokumentacją sprawy, odpowiedzi na skargę strony (art. 54 § 2 u.p.s.a.). W ten sposób organ zostaje zobligowany do wypowiedzenia się (przedstawienia swojego stanowiska) na temat zasadności podnoszonych przez stronę zarzutów.

ufania odnosił się również w swoim orzecznictwie ETS. Por. wyrok z dnia 20 września 1990 r. w sprawie C-5/89 *Komisja v. Republice Federalnej Niemiec*, ECR 1990, s. 3437; wyrok z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-24/95 *Land Rheinland Pfalz v. Alcan Deutschland GmbH*, ECR 1997, s. 1591.

¹⁹ W wyroku NSA w Lublinie z dnia 20 listopada 2001 r. (II SA/Lu 629/00, LEX nr 55078) sąd wskazał, iż „[...] zasada przekonywania, aby mogła być zrealizowana, wymaga jasnego przekazania stronie uzasadnienia – staranność przekazywania adresatowi uzasadnienia własnych argumentów wykorzystanych przy formułowaniu treści decyzji jest istotnym elementem funkcji perswazyjnej uzasadnienia”. Zob. również wyrok NSA z dnia 6 listopada 2007 r., II OSK 1393/07, CBOSA.

4. Komunikacja w ramach sądowego modelu decyzyjnego

Modelowy przykład dyskursu prawniczego stanowi proces sądowy, głównie z uwagi na występowanie w nim (zwykle) stron sporu oraz ścieranie się ich uprawnień, racji i argumentów – co widoczne jest zwłaszcza w przymiocie kontradiktoryjności. W porównaniu z innymi rodzajami dyskursu praktycznego wykazuje on jednak szereg odmienności. W szczególności dyskurs ten musi – w ramach tzw. proceduralnego nakazu podjęcia decyzji²⁰ – zakończyć się jednoznacznym rozstrzygnięciem podjętym na podstawie norm prawnych. Rozstrzygnięcie to oparte jest na regułach zewnętrznych i niekoniecznie jest zaakceptowane przez wszystkich uczestników, choć argumenty każdego z nich są brane pod uwagę. Podmiotem (audytorium) oceniającym skuteczność (ale również racjonalność, legalność i etyczność) argumentów jest sąd. Ten rodzaj dyskursu jest zatem silnie ograniczony przez przepisy prawa zarówno procesowego, jak i materialnego. Niemniej jednak argumenty czysto prawne stanowią wystarczającą podstawę decyzji jedynie w sprawach relatywnie nieskomplikowanych, a więc takich, w których dostateczne jest odczytanie wzorów zachowań z przepisów prawa i gdzie nie występuje potrzeba dokonywania wyborów pomiędzy wartościami.

Wymiana komunikacyjna dotyczy niemal wszystkich etapów stosowania prawa: zarówno ustaleń dotyczących stanu faktycznego (w procesie cywilnym będzie to przede wszystkim kontradiktoryjna wymiana dowodów, w karnym – argumentacja oskarżyciela w połączeniu z prawem do obrony i zasadą domniemanie niewinności), jak i ustaleń co do stanu prawnego i jego interpretacji (gdzie najbardziej widoczna jest erystyka prawnicza) oraz – po dokonaniu przed sądem subsumpcji i ustalenia konsekwencji – w uzasadnieniu sądowym, którego adresatem jest nie tylko podsądny, ale ewentualnie sądy wyższej instancji oraz w pewnym sensie całe społeczeństwo. Wspomniana kontradiktoryjność w dyskursie stron, oparta na założeniu, że są one równe i przedstawiają dowody w swym interesie przed bezstronnym i biernym sądem, jest współcześnie dostrzegalna nie tylko w postępowaniu cywilnym²¹, ale i karnym – co zresztą stanowi przedmiot kontrowersji aksjologicznych²².

Proces sądowej kontroli decyzji administracyjnych w pełni odpowiada sformułowanym uprzednio konstatacjom dotyczącym sądowego stosowania prawa. Jednocześnie jeśli spojrzymy na procesy komunikacyjne pomiędzy sądem a organem administracji

²⁰ Więcej na temat proceduralnego nakazu podjęcia decyzji jako podstawy wykładni operatywnej, czyli wykładni dokonywanej w ramach konkretnego procesu stosowania prawa – *vide*: L. Leszczyński, *Wykładnia operatywna (podstawowe właściwości)*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6, s. 11-23.

²¹ Art. 3 i art. 187 kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. 1964 nr 43 poz. 296 z późn. zm.).

²² Por. zmiany wprowadzone nowelizacją z 2013 r. (ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw [Dz. U. 2013 poz. 1247], wchodząca w życie z dniem 1 lipca 2015 r.) i wycofane z dniem 15 kwietnia 2016 r.

(pomijając innych „słuchaczy” i potencjalnych odbiorców komunikatów), należy po prostu wskazać kilka prawidłowości.

Dyskurs pomiędzy sądem a administracją publiczną odbywa się przede wszystkim (lub wyłącznie) przez uzasadnienie. Natomiast komunikacja pomiędzy organem a sądem odbywa się w kilku możliwych wariantach: (1) jako odpowiedź na zarzuty strony (adresata decyzji administracyjnej) podniesione w skardze lub skardze kasacyjnej, (2) jako argumenty formułowane w skardze kasacyjnej do NSA w przypadku niezakceptowania przez organ rozstrzygnięcia WSA (w orzecznictwie podkreśla się, że dyskursywność jest warunkiem koniecznym skargi kasacyjnej²³), (3) jako polityka decydowania – organ wykonuje wyrok sądu (WSA, NSA) w danej sprawie i zaczyna w ten sam sposób „postępować” w innych sprawach o podobnych stanach faktycznych. W tym ostatnim przypadku dochodzi do sytuacji, w której argumenty sądu wpływają na kształtowanie się linii decyzyjnych w administracji.

Pole komunikacyjne (jego zakres i głębokości) dyskursu pomiędzy sądem a organem administracji publicznej zależy w dużej mierze od zakresu luzów decyzyjnych, jakie ten ostatni posiada w konkretnym procesie stosowania prawa. Im większy bowiem zakres swobody decyzyjnej, tym większa możliwość uwzględnienia różnych argumentów w dyskursie, ale jednocześnie większa odpowiedzialność organu administracji, który musi dokonać ich oceny i ewentualnego ważenia, a decyzję swoją uzasadnić w przekonujący sposób. Dyskurs ogranicza nie tyle swobodę decyzyjną organu administracji publicznej, co arbitralność podejmowanych decyzji i wymusza na nim wykazanie racji, które przemawiają za przyjęciem decyzji o takiej, a nie innej treści. W tym sensie komunikacja wymusza racjonalizację rozumowań podmiotu stosującego prawo, a użyte argumenty wpływają na racjonalizację treści decyzji.

Odwołując się do wskazanej na wstępie konwergencyjnej koncepcji komunikacji, należy zwrócić uwagę, iż na odbiór i „przyjęcie” argumentów sądowych przez organ oddziałują zróżnicowane uwarunkowania funkcjonowania administracji publicznej – czynniki polityczne, organizacyjne, społeczne itd. Tym samym motywy ewentualnego przyjęcia lub nie argumentów sądu przez organ wiążą się nie tylko z poprawnością i trafnością argumentacji sformułowanej w uzasadnieniu, a rozmowa sądu z administracją może być „zakłócona” przez inne komunikaty napływające z zewnątrz.

²³ Zob. m.in. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2008 r., II FSK 398/07, CBOSA; wyrok NSA z dnia 17 lutego 2010 r., II FSK 1525/08, CBOSA; wyrok NSA z dnia 5 listopada 2014 r., I FSK 571/13, CBOSA.

5. Mediacyjny model decyzyjny

W ramach modelu mediacyjnego procesu decyzyjnego²⁴ można przedstawić – w zestawieniu z procesem sądowym – następujące etapy: identyfikacja interesów i potrzeb stron (zastępująca ustalenia faktyczne); określenie tzw. potencjalnej przestrzeni porozumienia – mające na celu wykreowanie opcji rozwiązania sporu (i zawierające elementy walidacyjne oraz interpretacyjne); mediacyjna „subsumpcja”, czyli podciągnięcie potencjalnych konsekwencji (tj. wykreowanych opcji rozwiązania sporu pod mediacyjną „normę podstawową”); decyzja końcowa, tj. wybór określonych konsekwencji – ustalenie sprawiedliwego/słusznego rozwiązania; sporządzenie treści i zawarcie porozumienia²⁵. O ile zatem proces sądowy można – w uproszczeniu – uznać za dyskurs przechodzący w monolog, to w przypadku (udanej) mediacji dyskurs zamienia się w dialog. Wyłaniane tą drogą porozumienie (decyzja) jest akceptowane przez wszystkich uczestników procesu komunikacyjnego, co koresponduje z konsensualną koncepcją prawdy.

Elementy komunikacji przyjmującej postać dyskursu lub/i dialogu widać na każdym etapie mediacyjnego modelu procesu decyzyjnego. Identyfikacja interesów i potrzeb stron służy nie tylko celom poznawczym, ale ma zadanie zbudowanie podstaw (lub wykazanie, że jest to niemożliwe) wspólnych płaszczyzn w zakresie potrzeb, wartości, interesów itp. Istotna dla zbliżenia się do dyskursu integracyjnego jest już bowiem sama próba „uzgodnienia” wspólnego sposobu postrzegania faktów z uwzględnieniem punktu widzenia przeciwnika i uznaniem jego postrzegania sytuacji. Prezentacja stanowisk przez strony służy też gromadzeniu informacji przez mediatora – jej celem na tym etapie jest określenie interesów i wynikających z nich dążeń stron, a nie na retrospektywnym „poszukiwaniu racji” czy dowodzeniu faktów. Uzyskanie pozytywnych rezultatów określa potencjalną przestrzeń porozumienia, w ramach której uczestnicy mediacji wypracowują alternatywne opcje rozwiązania sporu. Wymiana propozycji i argumentów je podtrzymujących stanowi dyskurs kontradyktoryjny, z tym że jego strony stanowią zarazem audytorium, a celem jest rozwiązanie sporu przez nie same, a nie rozstrzygnięcie przez inny podmiot. Formułowanie treści decyzji zaczyna się właśnie od zakreslenia obopólnie akceptowalnych z punktu widzenia wybranej intersubiektywnej sprawiedliwości opcji rozwiązania sporu²⁶. Uгода mediacyjna jest ukierunkowana przede wszystkim na zawarcie porozumienia w oparciu o oczekiwania i potrzeby stron, a nie na wyciągnięcie

²⁴ Szerzej na temat modelu mediacyjnego stosowania prawa w ujęciu teoretycznoprawnym zob. M. Myślińska, *The Processes of Application of Law and the Decision Making in Mediation Process*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2015, nr 2, *passim*.

²⁵ Zob. A. Zienkiewicz, *op. cit.*, s. 243-245; A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *op. cit.*, s. 269-271.

²⁶ Następnie dochodzi (albo nie) do ustalenia, wypracowania, wyboru bądź potwierdzenia wspólnego rozwiązania i jego faktycznej oraz prawnej weryfikacji, to znaczy upewnienia się, czy jest ono zgodne z wolą stron i mieści się w granicach prawa.

konsekwencji z przeszłych działań. Ustalenie konsekwencji i przede wszystkim zgoda na nie mają w tym przypadku charakter autonomiczny, akceptacja pochodzi bowiem od stron sporu. Warte podkreślenia jest to, iż z uwagi na autonomiczność decyzji brak wymogu, a wręcz i potrzeby uzasadniania decyzji.

Należy podkreślić, że w przypadku poddania sporu pod mediację nie ma proceduralnego nakazu podjęcia decyzji, obecnego w przypadku poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu. Proces sądowy musi zakończyć się – choćby formalną – decyzją w przedmiocie sporu. Mediacja może się równie dobrze – w myśl zasad dobrowolności i autonomii konfliktu – zakończyć na każdym z wyodrębnionych etapów bez znalezienia rozwiązania sporu. Obniża to tym samym rangę wartości prakseologicznej, jaką jest skuteczność procesu decyzyjnego.

Warto też zauważyć, że w przypadku mediacji wplecionych w postępowanie sądowe można mówić o istnieniu swego rodzaju kontroli sądowej. W przypadku porozumienia osiągniętego w drodze mediacji w sprawach karnych (która jest obecnie możliwa na każdym etapie sporu wywołanego czynem zabronionym i to teoretycznie w każdej sprawie, niezależnie od jej „ciężaru gatunkowego”) sąd „bierze także pod uwagę pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę pomiędzy nimi”²⁷. Wynika stąd, iż mediacja co do zasady nie kończy procesu karnego²⁸, a jest jedynie jednym z wielu elementów i okoliczności branych pod uwagę przez sąd, który dokonuje ustalenia konsekwencji prawnych wedle swego uznania i w granicach przewidzianych przez ustawę karną. W uzasadnieniu decyzji zwykle przytacza postanowienie ugody między stronami mediacji²⁹, tym samym dokonując jednocześnie jej kontroli, jak i wkomponowania w orzeczenie. Podobnie jest w przypadku mediacji w sprawach nieletnich, nie może ona bowiem prowadzić do umorzenia postępowania wolą stron. Wyłącznie sąd ocenia jej rezultaty przy wydawaniu orzeczenia końcowego. Wynik mediacji może zatem determinować treść orzeczenia, ale sama ugoda stron go nie zastępuje i nie kończy postępowania sądowego.

Odmienne natomiast wygląda zagadnienie kontroli i mocy prawnej ugody będącej rezultatem mediacji w sprawach cywilnych (do której również może dojść na każdym etapie postępowania cywilnego i która prowadzi do preferowanego przez ustawodawcę ugodowego załatwiania spraw³⁰). Po pierwsze – zawarcie ugody przed mediatorem przekłada się bezpośrednio na zakończenie postępowania sądowego. Po drugie – wywiera również bezpośrednie skutki prawne. Aby ugoda stała się tytułem wykonawczym, musi jednak zostać poddana kontroli sądowej. Ugoda zatwierdzana jest na żądanie strony

²⁷ Art. 53 § 3. k.k. (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553).

²⁸ Wyjątkiem są sprawy z oskarżenia prywatnego – *vide*: art. 492 k.p.k.

²⁹ Zwykle nie są to przy tym strony procesowe w rozumieniu doktryny prawa karnego.

³⁰ Art. 10 k.p.c.

porozumienia. Sąd nie odnosi się merytorycznie do treści ugody, w przeciwieństwie do spraw karnych i nieletnich nie podejmuje bowiem orzeczenia na jej podstawie i tym samym nie wkomponowuje jej w inne argumenty decyzyjne. Dokonuje albo odmawia jej zatwierdzenia. Po zatwierdzeniu przez sąd ugoda zawarta przed mediatorem nabiera mocy ugody sądowej³¹, czyli zastępuje orzeczenie sądu³². Ugoda zatwierdzona przez nadanie klauzuli wykonalności staje się również tytułem wykonawczym, stanowi więc podstawę egzekucji³³.

Paradygmat mediacji sądowej nakłada się zatem na paradygmat sądowy.

6. Uwagi końcowe

Podsumowanie należy rozpocząć od ogólnego stwierdzenia, iż klasycznie wyodrębniane w teorii prawa modele decyzyjne stosowania prawa, które z natury rzeczy charakteryzują się silnie jednokierunkowym (monologowym) podejściem do procesu wydawania jednostkowych decyzji prawnych, wykazują równocześnie wiele elementów komunikacji zwrotnej, tj. dialogu i dyskursu. Obecność tych ostatnich determinowana jest z jednej strony obowiązującymi normami proceduralnymi, a z drugiej wartościami porządku prawnego wyrażonymi w zasadach prawa.

Jednocześnie zauważalna jest rosnąca w ostatnich latach rola dialogu i dyskursu w podejmowaniu decyzji prawnych, w tym decyzji stosowania prawa. Nie zmienia to w żaden sposób ich ostatecznie władczego i jednostronnego charakteru (co nie dotyczy oczywiście mediacyjnego modelu stosowania prawa). Modyfikacjom ulega natomiast sposób dochodzenia do treści finalnego rozstrzygnięcia. W tym zakresie można dostrzec swoiste „zegalitaryzowanie” relacji podmiotu decyzyjnego oraz strony/stron postępowania – tj. uczynienie ich nieco bardziej horyzontalnymi i partnerskimi. Mediacja wpisuje się również – jako osobny proces lub jako postępowanie wpadkowe – w dane zjawisko. Organy stosujące prawo (sądy, organy administracji) zachowują przy tym nadal swoją nadrzędną i władczą pozycję, natomiast sam sposób ustalania treści decyzji końcowej (wyroku, decyzji administracyjnej) wiąże się mocniej z koniecznością uwzględniania, konfrontowania i wważenia argumentów innych uczestników procesy stosowania prawa (uczestników procesów komunikacyjnych). A zatem – ze zwiększeniem elementów nie tylko dyskursu, ale i dialogu.

³¹ Art. 183¹⁵ § 1 zd. 1 k.p.c. Zob. np.: M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 271 i nast.

³² Szerzej na temat porównania skutków procesowych ugody zawartej przed mediatorem i ugody sądowej w postępowaniu cywilnym oraz na temat podwójnej – materialnej i procesowej – natury ugody zob.: M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 237-247 i podana tam literatura.

³³ Art. 183¹⁵ § 1 zd. 2 k.p.c.

Warto w tym miejscu zastanowić się, skąd wynikają tendencje zauważalnego rozwoju elementów dyskursywnych i dialogowych w prawie. Innymi słowy, co wzmacnia poziomą komunikację w procesach decydowania prawnego. Po pierwsze, jurydyzacja życia społecznego doprowadziła z jednej strony do przeciążania organów państwowych, z drugiej jednak strony zaowocowała motywacją do poszukania mechanizmów sprzyjających odciążaniu i usprawnieniu pracy owych organów poprzez wprowadzanie mniej formalnych procedur „obok” (w ramach) lub „zamiast” procedur sądowych. Po drugie, czynnikiem warunkującym ten rozwój jest świadomość społeczna i prawna w tym zakresie. Jak bowiem kilkakrotnie wspomniano, wzrost elementów komunikacji konwergencyjnej w prawie łączy się z demokracją, zwłaszcza w tzw. ujęciu deliberatywnym, oraz koncepcją społeczeństwa komunikacyjnego, zakładającą, iż relacje wewnątrzspołeczne (a zatem także rozwiązywanie sporów) są wynikiem dialogu pomiędzy podmiotami tworzącymi dane społeczeństwo. Taka koncepcja demokracji i społeczeństwa przewiduje bowiem więcej przestrzeni na pluralizm stanowisk (interesów, wartości *etc.*), dialog, uzgodnienia, akceptowalność. Można więc zaryzykować stwierdzenie, że rozwój mediacji jest jednym z „papierków lakmusowych” ukazujących zakorzenienie myślenia demokratycznego w danym społeczeństwie. Po trzecie, wiąże się to również z nieustannym rozwojem koncepcji funkcjonowania ludzi w zbiorowości społecznej. Dla przykładu jedynie można wskazać na ideę *good governance*³⁴ – jako ideę dobrego rządzenia, a więc podejmowania i wprowadzania w życie określonych decyzji, która współcześnie oznacza zaangażowanie wszystkich zainteresowanych stron, związek z praworządnością, przejrzystością, odpowiadaniem na potrzeby społeczne, dążeniem do konsensusu i uwzględnianiem głosów mniejszości. Innymi słowy, opiera się na paradygmacie komunikacji zwrotnej, na dyskursie i dialogu, co stanowi ewenement z perspektywy historii rozwoju prawa ustroju.

Komunikacyjne ujęcie prawa ma zatem – w sensie opisowym, jak i normatywnym – wpływ na podejmowanie decyzji w sporach prawnych. Rośnie bowiem udział komunikacji (nielinearnej) w procesach decydowania prawnego.

Warto na zakończenie zadać jednak pytanie, czy widoczne na świecie turbulencje dotyczące liberalnej demokracji, a związane z kryzysami ekonomicznymi i migracyjnymi oraz wzmożonymi tendencjami narodowościowymi, nie osłabią w dłuższej perspektywie czasu znaczenia dialogu i nie wzmocnią roli państwa postrzeganego jako *impe-rium*, a w konsekwencji nie doprowadzą do renesansu komunikacji w ramach prawa opartej przede wszystkim na aktach perswazyjnych o charakterze monologu.

³⁴ Pojęcie to należy wywieść z nauki o zarządzaniu – zob. m.in.: W. Rudolf, *Koncepcja governance i jej zastosowanie od instytucji międzynarodowych do niższych szczebli władzy*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Oeconomica” 2010, nr 245, s. 73 i nast.

Anna Kociołek-Pęksa
Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

Jerzy Menkes
Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

Problematyka sankcji i *countermeasures* w prawie międzynarodowym publicznym – wymiar filozoficznoprawny

Abstrakt

W artykule autorzy zaprezentowali wieloczynnikową analizę procesów przestrzegania, stosowania i egzekwowania norm prawa międzynarodowego publicznego (pmp). Zostały zaprezentowane uwarunkowania jakości procesu stosowania tego prawa. Jako novum na tle doczasowych analiz wskazano na przeciwny kierunek przebiegu procesu stosowania norm pmp w stosunku do tego procesu w prawie krajowym. Zidentyfikowane zjawisko autorzy określili mianem „odkrywania norm przez sankcje”. Główny wątek analizy dotyczy teoretycznoprawnych i filozoficznoprawnych (głównie aksjologicznych) złożań: odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw (podmiotów pierwotnych pmp) oraz stosowania środków przymusu w postaci sankcji i przeciwwsrodków (*countermeasures*) na gruncie pmp oraz w stosunkach międzynarodowych. Zidentyfikowano prawne i pozaprawne uwarunkowania obu procesów, w szczególności wskazano na społeczny – zdeterminowany aksjologicznie – wymiar funkcjonowania pmp. Sformułowano krytyczne zarzuty pod adresem aktualnej konstrukcji odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw (*state responsibility*). Zidentyfikowano także relację sprzężenia zwrotnego między pojęciem i konstrukcją sankcji a zasadą suwerenności państw. Stwierdzono również, że pmp nie ulega procesom homogenizacji (ujednolicania) ani globalizacji. Wskazano, że w pmp zachodzą procesy instytucjonalizacji i konstytucjonalizacji. Twierdzimy, że system pmp zagrożony jest skutkami *sui generis* auternalizacji norm prawnych przez aktorów pmp. Narażony jest także na skutki silnych tendencji nacjonalistycznych wśród aktorów pmp, a także w samej społeczności międzynarodowej. Sformułowano końcowy wniosek-zalecenie, że niedostatek analiz socjologiczno-prawnych prawa międzynarodowego publicznego jest niepożądany i szkodliwy dla tego prawa. Upośledza on proces instytucjonalizacji pmp oraz utrudnia proces jego uspołecznienia rozumianego *sensu largissimo*. Twierdzimy, że to negatywnie wpływa na efektywność na poziomie makrospołecznym, a przede wszystkim na poziomie ponadpaństwowym i między państwowym (międzyrządowym) efektywności norm prawnych prawa międzynarodowego publicznego.

1. Wprowadzenie

Prawo międzynarodowe publiczne (dalej pmp) można zdefiniować syntetycznie jako system norm (podporządkowanych aksjologii wyrażonej w Karcie Narodów Zjed-

noczonych) obowiązujących w stosunkach między jego podmiotami (uznającymi się za członków społeczności rządzonej pmp), wyrażający wartości oraz wolę tych podmiotów, a obwarowany przymusem stosowanym indywidualnie lub zbiorowo. W określeniu katalogu źródeł (formalnych) pmp powołać należy się pomocniczo na artykuł 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, który wymienia podstawy formalne orzekania, którymi są umowy międzynarodowe, zwyczaj międzynarodowy i zasady ogólne pmp; katalog art. 38 nie czyni katalogu źródeł formalnych zamkniętym – w jego zakres wchodzi bowiem m.in. akty jednostronne oraz uchwały organizacji międzynarodowych. W ramach tego opracowania nie będziemy odnosili się do sporu przedstawiceli doktryny na temat tego, czy wskazane powyżej źródła pmp to katalog zawierający wyliczenie przykładowe czy enumeratywne. Zaznaczyć musimy jednak, iż negatywna weryfikacja hipotezy mówiącej o *numerus clausus* ww. katalogu źródeł pmp opiera się m.in. na fakcie, że już po wejściu w życie Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości niekontestowanym stało się zaliczanie do istotnych źródeł pmp uchwał prawotwórczych organizacji międzynarodowych, zaś Komisja Prawa Międzynarodowego (dalej KPM) ONZ zakończyła prace nad aktami jednostronnymi.

Dla potrzeb niniejszego opracowania poczyniono kilka założeń teoretycznoprawnych. Po pierwsze opowiadamy się za koncepcją prawa, która uznaje prawo za aspekt wspólnego bytowania politycznego społeczności¹. Po drugie podzielamy stanowisko, zgodnie z którym pmp pomimo dość specyficznego i niehierarchicznego systemu źródeł (co nie oznacza braku hierarchii norm), specyficznego procesu stosowania i jeszcze bardziej specyficznego sposobu egzekwowania – bez zinstytucjonalizowanego aparatu przymusu – jest prawem. Po trzecie przyjęliśmy założenie, że pmp ma charakter systemowy, a takie jego elementy, jak duża ilość norm typu *lex imperfectae* czy brak instytucjonalnej systematyzacji reguł drugiego stopnia, bądź brak hierarchicznego i wyposażonego w uniwersalną jurysdykcję sądownictwa międzynarodowego nie stanowią wystarczających przesłanek do stwierdzenia asystemowego charakteru tego prawa. Po czwarte odpowiedzialność prawnomiędzynarodowa podmiotów pmp rozumiana *sensu largo* wskazuje na to, że działalność tych podmiotów objęta jest dyspozycjami norm systemu pmp w postaci tego, że ponoszą one odpowiedzialność za działania naruszające jakikolwiek z elementów tegoż systemu (ta odpowiedzialność za czyny zabronione pmp (na zasadzie *responsibility*) jest niezależna od odpowiedzialności na zasadzie *liability*, czyli za czyny niezabronione pmp. Oczywiście zaznaczyć należy, iż w teorii i doktrynie pmp pojawiały się i pojawiają poglądy przeciwne, które podawały w wątpliwość prawny charakter norm

¹ Takie rozumienie prawa przyjmował Arystoteles, według którego sztuka prawodawcza oraz sztuka sądowa jako rozumowania praktyczne stanowią rodzaj polityki. Szerzej zob. Arystoteles, *Etyka*, Księga VI, 1142a, Warszawa 2012.

pmp², a tym bardziej odmawiały i odmawiają zbiorowi tychże norm charakteru systemowego³. Przychylamy się do poglądu, że już sama potencia, czyli możliwość poniesienia przez podmiot pmp negatywnych konsekwencji z tytułu naruszenia norm pmp, jest jednym z powodów, dla którego pmp jest prawem w pełnym tego słowa znaczeniu⁴. Ponadto obserwujemy aktualnie zmianę charakterystyki norm pmp oraz całego systemu pmp, zarówno w warstwie jego budowy/struktury źródeł prawa, jak też w warstwie aksjologiczno-prakseologicznej poprzez redefinicję celów tego prawa i faktycznie pełnionych funkcji. Zmianie ulega także konstrukcja norm, które coraz częściej zawierają narzędzia ich egzekwowania. W tej pierwszej warstwie pmp niewątpliwie znajduje się w procesie konstytucjonalizacji (co można w skrócie scharakteryzować jako ewoluowanie od multicentrycznej struktury horyzontalnej do wypiętrzającej się struktury „quasi-hierarchicznej”). W warstwie drugiej (aksjologiczno-prakseologicznej) obserwujemy z kolei przełom określany przez niektórych autorów mianem „zwrotu kantowskiego, który w uproszczeniu scharakteryzować można jako przechodzenie w dziedzinie pmp od prawa państw do prawa państw i ludów [...], w którym prawo międzynarodowe staje się również instrumentem ochrony dóbr wspólnych całej społeczności międzynarodowej”⁵.

2. Stosowanie sankcji w aspekcie efektywności systemowej – odkrywanie norm przez sankcje

W pmp zastosowanie normy prawnej i powołanie na jej podstawie do odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej oraz zastosowanie przewidzianych w normach pmp negatywnych konsekwencji (bez przesądzania w tym miejscu, czy będą to *countermeasures*, sankcje, represalia, środki odwetowe, bojkot, zerwanie stosunków dyplomatycznych lub inne) pozwala na dokonanie procesu identyfikacji dóbr lub wartości prawnie chronionych. Mamy zatem do czynienia z konstrukcją, której mechanizm działania może przebiegać w odwrotnym kierunku, niż ma to miejsce w prawie krajowym. W pmp możliwa jest i miała miejsce zmodyfikowana procedura ustalania i wymierzania negatywnych konsekwencji, polegająca na tym, że do określenia, jakie dobra i wartości są prawnie chronione, a zarazem

² Tak np. J. Austin, dla którego prawo międzynarodowe to nie prawo w ścisłym tego słowa znaczeniu, ale co najwyżej tzw. pozytywna moralność. *Idem*, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of The Study of Jurisprudence*, London 1954, s. 126.

³ Tak np. A. Pellet, który formułuje te twierdzenia na gruncie zagadnienia odpowiedzialności pierwotnych podmiotu prawa międzynarodowego (państw). *Idem*, *The definition of responsibility in international law*, [w:] J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford 2010, s. 4 i n.

⁴ Tak np. B. Simma, *Self-contained regimes*, „Netherlands Yearbook of International Law” 1985, No 16, s. 135.

⁵ Tak L. Morawski, *Suwerenność i prawo międzynarodowe – od prawa państw do prawa ludów*, „Forum Prawnicze” 2001, nr 1(3), s. 13-14.

zostały naruszane, dochodzi dopiero w akcie stosowania prawa⁶. Sytuacja taka miała miejsce w procesie norymberskim, gdzie wyrok Trybunału poprzez określenie kary określił także – dopiero na etapie wyrokowania – dobra prawnie chronione⁷. A zatem istnieje normatywna i faktyczna zarazem możliwość przypisania podmiotowi/podmiotom pmp odpowiedzialności prawnej za naruszenie wartości i dóbr powszechnie uznanych przez członków społeczności międzynarodowej za wymagające ochrony poprzez działania, które nie były – do czasu naruszenia – objęte treścią regulującą obowiązujących norm pmp. Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której orzeczenia m.in. sądów i trybunałów międzynarodowych pełnią rolę pomocniczego środka ustalania (zarówno samego faktu istnienia, jak i treści) norm prawnych⁸, a dokładnie – naszym zdaniem – treści regulującej normy.

Konceptualizacja zjawiska odkrywania norm przez sankcje w ramach aktualnego procesu dywergencji systemów prawnych, podbudowywana jest umacnianiem się państw narodowych przy jednoczesnym kwestionowaniu – na poziomie państwowym – uniwersalnego i powszechnego międzypaństwowego, transpaństwowego i ponadpaństwowego porządku prawnego. Kwestionowanie tego porządku jako obiektywnego, wspólnego wyznacznika standardów prawnomiędzynarodowych dla wszystkich państw (a przede wszystkich tych, w odniesieniu do których jeszcze w XX wieku prawo narodów posługiwało się pojęciem „narodów cywilizowanych”) jest w nieustannym procesie stawania się a jego wyznacznikiem są partykularne cele aktorów pmp, które racjonalizują i optymalizują końcowe efekty jego przebiegu. Proces ten naszym zdaniem przebiega na jeszcze głębszym poziomie, albowiem dotyczy warstwy aksjologicznej (fundamentu norm) pmp. Mamy tutaj do czynienia zarówno z formalno-oficjalną normatywną determinacją aksjologiczną (DAP)⁹ (głównie w prawie traktatów, gdzie ilość uzasadnień aksjologicznych jest bardzo duża), jak też z faktyczną neutralizacją aksjologiczną (NAP)¹⁰ (zwłaszcza na etapie stosowania pmp przy uzasadnieniu posłużenia się *countermeasures* lub zastosowaniu sankcji). Procesy DAP i NAP stanowią rezultat antynomiczności war-

⁶ Dzięki takiemu rozwiązaniu możliwym stało się przyjęcie przez Komisję Prawa Międzynarodowego *Draft articles of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001*, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf [dostęp: 07.12.2017].

⁷ Tak M. Lachs, *Prawne gwarancje praw człowieka*, „Nowa Polska”, Londyn 1946, nr 4, cyt. [za:] T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo Norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa-Kraków 1948, s. 478, przyp. 44: „Wyrok norymberski będzie wielkim precedensem. Ustalając karę, ustali też dobra przez prawo chronione”.

⁸ Tak np. L. Damrosch, *Art. 56*, [w:] A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat (eds), *The Statue of the International Court of Justice. A Contemporary*, Oxford 2006, s. 1188-1189, w związku z treścią art. 38 ust 1 Statutu MTS.

⁹ „The axiological determination of law; precisely: value determination of law” – K. Pałeczki, *Neutralization of Values in Law – An Outline of the Concept*, [w:] K. Pałeczki (ed.), *Neutralization of Values in Law*, Warszawa 2013, s. 50.

¹⁰ „The neutralization of values in law is precisely that entire body of manipulations and its outcomes that make it difficult or impossible to establish a functional relationship between the content regulating any legal decisions whatsoever and the real axiological foundation for those decisions” – K. Pałeczki, *op. cit.*, s. 58.

tości składających się na trzon aksjologiczny, wokół którego powstał twór/ciało określane w pmp Społecznością międzynarodową¹¹ (dalej SM). SM to twór wtórny i heterogeniczny nie posiadający własnych (w rozumieniu pierwotnych/wrodzonych) wartości ani też wartości-celów. Społeczność ta nie jest także tworem holistycznym, lecz prostą sumą aktorów działających w jej ramach. Podmiotowość tegoż tworu jest również skomplikowana (zarówno w aspekcie metodologicznym oraz analitycznym) tak w wymiarze podmiotowym jak i przedmiotowym zarazem. Upodmiotowienie potencjalnych aktorów pmp wymaga bowiem uruchomienia pochodzących z wyższego poziomu normatywnego modelu procesów prawnych niż te, w ramach których funkcjonują jej podmioty składowe (aktorzy), czyli procesów z poziomu tzw. społeczności kreatywnej. SM nie wypracowała także zespołu instytucji i narzędzi umożliwiających faktyczne a nie głównie formalne zagwarantowanie spójności i jedności aksjologicznej, teleologicznej i prakseologicznej dla prawnie relewantnych dla pmp zachowań jej aktorów.

Wszystkie wyżej wymienione przesłanki stanowią wyznaczniki jakości procesu egzekwowania przestrzegania norm pmp, Jakość ta jest także determinowana rodzajem i stopniem dolegliwości możliwych (legalnych) do zastosowania sankcji. Jakość ta nie może zostać zdefiniowana ani nawet opisana *sui generis*, bowiem nie funkcjonuje ona w oderwaniu od fenomenu prawa oraz płaszczyzn jego urzeczywistniania się, lecz jest istotą permanentnego dynamicznego procesu jego „stawania się”, które nigdy nie jest procesem zakończonym, lecz swoistego rodzaju permanencją. Twierdzenie to jest zasadne także w odniesieniu do jakości innych płaszczyzn urzeczywistniania się pmp¹². Prawo musi być i jest powiązane z procesami, bowiem to one go racjonalizują (realizują celowość), strukturyzują, a także warunkują i dzięki nim może się ono „dziać” i kształtować swoją jakość. To właśnie ich szeroko rozumiany przebieg wyznacza poziom jakości prawa zarówno w przestrzeni prawnej państwowej, międzypaństwowej i ponadpaństwowej, jak też transpaństwowej. Uważamy ponadto, iż jakość tego procesu nie jest – jakby się mogło *prima facie* wydawać – determinowana charakterem norm pmp. Dokładnie chodzi o to, że o skuteczności normy czyli fakcie jej przestrzegania oraz sposobie jej wyegzekwowania nie przesądza fakt, że jest to *lex imperfecta*. Przychylamy się do tych stanowisk, które w odniesieniu do *leges imperfectae* mówią o czymś w rodzaju swoistej prawnej i faktycznej możliwości „sanowania” czy też uzupełniania braku sankcji, w dro-

¹¹ W nauce pmp toczy się spór na temat tego, czy mamy do czynienia ze społecznością, czy ze wspólnotą międzynarodową, i nie jest to spór o semantykę, lecz o sens i charakter wewnętrznej więzi, tożsamości oraz aksjologicznej charakterystyki tejże społeczności. To rozróżnienie odwołuje do koncepcji F. Tönniesa zawartej w jego podstawowej pracy *Gemeinschaft und Gesellschaft* z 1887 r. Współcześnie szerzej na temat możliwych kryteriów rozróżnienia tych pojęć i chaosu terminologicznego z tym związanego w pmp zob. J. Zajadło, *Społeczność czy wspólnota międzynarodowa?*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 9, s. 34-50.

¹² O jakości prawa w odniesieniu do procesu tworzenia prawa zob. S. Kaźmierczyk, *O trzech aspektach jakości prawa*, „Studia z Polityki Publicznej” 2015, nr 1(5), s. 81-93.

dze swoistego „zapożyczenia” jej z innych przepisów, które ową sankcję formułują, a łącznie ujmowane tworzą treść dekodowanej normy prawnej. Przyjmujemy, iż normy materialne są niejako „wtórne” (mamy na myśli to, że są dekodowane z treści przepisów prawa) i nawet jeżeli pojedynczy przepis nie posiada elementu sankcji, to już w połączeniu z innymi przepisami, z których została zdekodowana całość, stworzy normę prawną, która w ten sposób zyska brakującą pierwotnie w budowie tegoż przepisu sankcję¹³.

3. Sankcje jako wolicjonalny środek wywierania presji prawnomiędzynarodowej

Podstawą niniejszych rozważań jest tyleż zasadnicze, co oczywiste twierdzenie, iż pojęcia sankcji w pmp nie można utożsamiać z pojęciem sankcji w prawie krajowym, jak i stosować do jego wyjaśniania kategorii semantycznych utrwalonych w teorii prawa (krajowego)¹⁴. Tradycyjna koncepcja sankcji w pmp dowołuje się do podziału na: sankcje *sensu largo*¹⁵, *sensu stricto*¹⁶, a w oparciu o kryterium celu wprowadzania sankcji możemy je podzielić na sankcje represyjne oraz sankcje zapobiegawcze. J. Symonides i R. Bierzanek przyjęli z kolei kryterium precyzowania rodzaju i sposobu zastosowania sankcji w umowie międzynarodowej. W ich opinii sankcje są „negatywną reakcją społeczności międzynarodowej, z którą spotyka się państwo naruszające normy prawa międzynarodowego”¹⁷. W pmp pod pojęciem sankcji rozumiemy zatem szeroko pojmowaną reakcję podmiotów w ramach międzynarodowego porządku prawnego na naruszenie jakiegokolwiek normy należącej do tego porządku, której celem jest nie tyle ukaranie podmiotu dopuszczającego się naruszenia, lecz przede wszystkim przywrócenie zaburzonego przez naruszenie stanu przestrzegania prawa i zapewnienie efektywności zobowiązań międzynarodowych, a w konkretnym przypadku skłonienie sprawcy do ostatecznego wykonania naruszonego wcześniej zobowiązania (*facere*) albo powstrzymania się

¹³ Tak samo S.L. Paulson, *An Empowerment Theory of Legal Norm*, „Ratio Iuris” 1988, t. 1, s. 58-70.

¹⁴ Perspektywa naszych rozważań jest perspektywą zewnętrzną w stosunku do prawa międzynarodowego.

¹⁵ W tym znaczeniu sankcje przynależą do całego systemu pmp, a nie do poszczególnych jego norm, są więc – w rozumieniu zaproponowanym przez H. Harta – normami wtórnymi, czyli normami drugiego stopnia. Są to wszelkiego rodzaju mechanizmy gwarantujące przestrzeganie prawa międzynarodowego, m.in. presja opinii publicznej, nieważność umowy międzynarodowej, odpowiedzialność państw, *counter-mesasures*, środki odwetowe (retorsje oraz represalia), samoobrona, użycie siły, których źródło tkwić może immanentnie w pozaprawnych systemach normatywnych, w szczególności w moralności czy zwyczaju, z których to systemów pmp wyrosło i do których nieustannie się odwołuje. Szerzej zob. np. H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 277 i n oraz s. 281-283.

¹⁶ To środki represyjne stosowane w oparciu o kolektywną decyzję organu, wyposażonego w kompetencję do ich stosowania przez społeczność międzynarodową. Sankcje w tym znaczeniu muszą posiadać trzy cechy: mają charakter przymusowy, szkodliwy, a ich zastosowanie uzależnione jest od uprzedniego podjęcia kolektywnej decyzji.

¹⁷ R. Bierzanek, J. Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2003, s. 24.

od naruszania zobowiązania (*non facere*). Zatem zakres znaczeniowy pojęcia sankcji prawnomiędzynarodowej obejmuje różne prawne konsekwencje zaistniałego naruszenia porządku prawnego pmp, w szczególności konsekwencje zezwalające na legalne użycie środka przymusu wobec sprawcy naruszenia.

Sankcje określone zostały jako wolicjonalny środek wywierania presji¹⁸, ponieważ o ich zastosowaniu, każdorazowo, decydują pojedyncze państwa, grupy państw lub organizacje międzynarodowe. Sankcje w prawie międzynarodowym stanowią narzędzie przywracania ładu w stosunkach międzynarodowych. We współczesnym świecie sankcje międzynarodowe (polityczne, ekonomiczne¹⁹ stały się jedyną niekontestowaną prawnie formą wywierania nacisku na konkretne podmioty pmp (państwa lub organizacje międzynarodowe) w celu wymuszenia przestrzegania przez nie ustalonych norm międzynarodowych²⁰. Taką funkcję przypisano np. sankcjom wymierzonym wobec Federacji Rosyjskiej²¹ w reakcji na łamanie przez Rosję zasad i norm prawa międzynarodowego, czyli agresję zbrojną w stosunku do Ukrainy²², co spotkało się z odpowiedzią ze strony Federacji Rosyjskiej podjęciem działań retorsyjnych – kontrsankcji.

4. Sankcje i *countermeasures* w pmp

W języku prawnym pmp termin „sankcje” jest rzadko stosowany (substituują go terminy o treści synonimu), o czym decyduje niechęć państw do posługiwania się tym terminem. Termin „sankcje” został w języku prawnym (a w konsekwencji i prawniczym) zastąpiony (w Projekcie KPM artykułów dotyczących odpowiedzialności państw) synonimem w postaci *countermeasures* – ten substytucyjny charakter podkreślony został w Komentarzu „In the literature concerning countermeasures, reference is sometimes made to the application of a «sanction», or to a «reaction» to a prior internationally wrongful act; historically the more usual terminology was that of «legitimate reprisals» or, more generally, measures of «self-protection» or «self-help». ... At least since ... the

¹⁸ Takie stanowisko w polskiej nauce pmp prezentuje np. M. Nowicki. Szerzej zob. *idem*, *Sankcje jako wolicjonalny środek wywierania presji na państwa naruszające ład międzynarodowy*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2015, nr 406, s. 391-400.

¹⁹ Szerzej J. Menkes, *Prawne i polityczne determinanty sporu wokół Oświadczenia Rządu PRL z dnia 23 sierpnia 1953 roku w sprawie zrzeczenia się reparacji od Niemiec*, [w:] J. Menkes (red.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania*, Warszawa 2006, s. 403-422.

²⁰ R. Caruso, *The Impact of International Economic Sanctions on Trade. An Empirical Analysis*, Milan 2003, s. 2.

²¹ Szerzej zob. C. Cohen, J. Gabel, *Global Forecast 2015. Crisis and Opportunity*, <http://csis.org/files/publication/141110.pdf> [dostęp: 22.08.2016] oraz J. Zarate, *After the sanctions, prepare for the Russian counterattack*, „Financial Times” 2014, www.kyivpost.com/365903.html [dostęp: 22.08.2016].

²² J. Menkes, *Ex iniuria(?) ius non oritur(?) Ex factis ius oritur*, [w:] K. Karski (red.), *Kierunki rozwoju współczesnego prawa międzynarodowego*, Warszawa 2015, s. 12-37.

term «countermeasures» has been preferred, and it has been adopted for the purposes of the present articles»²³.

Komisja Praw Międzynarodowego przyjęła w 2001 r. Projekt artykułów o odpowiedzialności państw za akty sprzeczne z pmp (dalej: Projekt artykułów KPM)²⁴. Uregulowano w nich między innymi instytucję *countermeasures* – indywidualnych środków odwetowych, stosowanych w odpowiedzi na uprzednie naruszenie prawa, w celu skłonienia państwa – naruszcyciela do wykonywania ciążącego na nim zobowiązania, oraz określono warunki materialne i proceduralne ich stosowania. Zgodne z Projektem artykułów KPM konsekwencjami tymi są: utrzymanie w mocy naruszonego zobowiązania i obowiązku jego wykonania (*continued duty of performance*)²⁵, obowiązek zaprzestania naruszającego zachowania oraz udzielenia gwarancji, że się ono nie powtórzy (*cessation and non-repetition*)²⁶, różne formy reparacji (*reparation*), jak restytucja, odszkodowanie, satysfakcja (*restitution, compensation, satisfaction*)²⁷, wreszcie możliwość zastosowania wobec sprawcy pewnych środków przymusu, zwłaszcza tzw. środków odwetowych (*countermeasures*), tj. w celu wyegzekwowania przez same poszkodowane podmioty ich – wynikających z relacji odpowiedzialności – praw oraz przywrócenia zakłóconego naruszeniem prawnego stosunku pomiędzy ofiarą i sprawcą²⁸. Artykuł 42 Projektu artykułów KPM, który określa powoływanie odpowiedzialności przez państwo poszkodowane, przesądza o tym, że państwo, które jest bezpośrednio poszkodowane, jeżeli zastosuje *countermeasures*, uczyni to na własny koszt, bez względu na rodzaj zobowiązania, z którego wynika prawo zastosowania tej podgrupy sankcji, jaką stanowią *countermeasures*. Przeciwsrodki stanowią zatem jedynie podgrupę sankcji, a zakres znaczeniowy pojęcia *countermeasures* jest węższy od zakresu znaczeniowego pojęcia „sankcja”.

W literaturze przedmiotu bardzo często pojawiają się twierdzenia, że skuteczność sankcji w prawie międzynarodowym jest odwrotnie proporcjonalna do częstotliwości i powszechności ich stosowania. Niektórzy autorzy wprost i dobitnie piszą o tym, że sankcje są równie popularne, co nieskuteczne. Opinie takie znaleźć można m.in. w: raporcie brytyjskiej Izby Lordów *The Impact of Economics Sanctions. Volume 1: Report* z 2007 roku czy chociażby w pracach autorstwa P. Wallensteena²⁹. Wielu autorów zwraca

²³ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf [dostęp: 07.12.2017]. Tekst „Yearbook of the International Law Commission” 2001, vol. II (Part II). http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf [dostęp: 07.12.2017]

²⁴ „Yearbook of the International Law Commission” 2001 vol. II, part 2, pp. 20-143.

²⁵ *Ibidem*, zob. artykuł 29.

²⁶ Zob. artykuł. 30.

²⁷ Zob. art. 31 oraz 34-37.

²⁸ Zob. artykuły 49-54 o odpowiedzialności państw.

²⁹ P. Wallenstein, *A Century of Economic Sanctions: A Field Revisited*, „Uppsala Peace Research Papers” 2000, no. 1, s. 1.

ca uwagę na to, że sankcje nie tylko nie powstrzymują państwa łamiącego prawo międzynarodowe od dalszego naruszania tego prawa, ale również mają szereg niepożądanych skutków, m.in. społecznych. Stąd też trudno nie zgodzić się z opinią wyrażoną przez E. Heillebranda i J. Bervotesa, że mamy do czynienia z paradoksem: w literaturze od lat dyskutuje się nad nieskutecznością sankcji, decydenci polityczni zaś stosują sankcje bardzo ochoczo, gdy tylko dojdzie do jakichś naruszeń ładu międzynarodowego³⁰. Jako kontrfaktyczne należy uznać twierdzenie, zgodnie z którym „dolegliwość powodowana sankcjami u obywateli państw, na które zostały nałożone sankcje, będzie skutkować wywieraniem przez nich presji na krajowych decydentów politycznych do wprowadzenia zmian żądanych przez podmiot nakładający sankcje”³¹. Obserwacja stosunków politycznych i stosowania sankcji w pmp dobitnie pokazuje, że najczęściej były i nadal są one nakładane na państwa autorytarne, w których obywatele/mieszkańcy nie mieli ani normatywnej, ani faktycznej możliwości wywierania jakiegokolwiek wpływu na decydentów politycznych, a tym bardziej w sprawach działań państwa podejmowanych na arenie międzynarodowej.

5. Sprzężenie zwrotne: sankcje – zasada suwerenności państwa

Państwo jest organizacją suwerenną³², co zdaniem L. Ehrlicha oznacza jego samowładność i całowładność, czyli kompetencje do normowania wszystkich stosunków, ale wewnątrz państwa³³. „W piśmiennictwie – również w piśmiennictwie prawa międzynarodowego – występują nierzadko wyrażenia «zasada suwerenności» lub «zasada suwerenności państwowej». Wyrażenia te są szczególnie niewłaściwe na gruncie prawa międzynarodowego, gdyż mogłyby być traktowane jako poparcie dla tezy o podporządkowaniu suwerenności prawu międzynarodowemu”³⁴. Z pojęciem suwerenności

³⁰ E. Heillebrand, J. Bervotes, *Economic Sanctions and the Sanctions Paradox: A Post-Sample Validation of Daniel Drezner's Conflict Expectations Model*, http://www.uky.edu/~ehill2/dynpage_upload/files/Economic%20Sanctions%20and%20The%20Sanctions%20Paradox.pdf, s. 1 [dostęp: 07.12.2017].

³¹ M. Oechslim, *Targeting Autocrats: Economic Sanctions and Regime Change*, „NCCR Trade Working Paper” 2013, No 31, s. 1.

³² W kontekście faktycznego wykonywania suwerenności i wykonywania zobowiązań prawnomiędzynarodowych przez państwo pojawia się w nauce pmp nienormatywne pojęcie „państwa upadłego”. Szerzej na ten temat zob. J. Zajadło, *Prawo międzynarodowe wobec problemy państwa upadłego*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 2, s. 3-20.

³³ L. Ehrlich, *Prawo narodów*, Kraków 1947, s. 104-105. Zob. też T. Łoś-Nowak, *Wstęp do teorii stosunków międzynarodowych*, Poznań 1999, s. 127 i n.

³⁴ J. Tyranowski, *Suwerenna równość i interwencja w prawie humanitarnym*, [w:] C. Mik (red.), *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe. Zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin Profesora Janusza Gilasa*, Toruń 1997, s. 399.

państwa na gruncie pmp nierozdzielnie związane jest pojęcie immunitetu państwa³⁵. Jego mocą żadne państwo nie może wykonywać jurysdykcji wobec innego państwa, co przejawia się w tym, iż sądy jednego państwa nie mają władzy nad innym państwem. Zasada ta nawiązuje do paremii prawa rzymskiego: *Par in parem non habet imperium* („równy nie ma władzy nad równym”)³⁶.

W teorii prawa międzynarodowego publicznego spotykamy się z dualistyczną koncepcją immunitetu państwa³⁷ w podziale na immunitet pełny i ograniczony. W ramach immunitetu ograniczonego państwu przysługuje immunitet w odniesieniu do aktów typu *iure imperii* (prawem władzy; aktów władczych, autorytarnych, wynikających z suwerennych uprawnień państwa). Uważamy, że dopóki suwerenność stanowić będzie najważniejszą cechę państwa w prawie międzynarodowym, dopóty państwo mieć będzie „monopol” na określanie podstaw skuteczności norm międzynarodowych w swoim porządku wewnętrznym³⁸. Na szczęście zaobserwować można, że szczególnym przeobrażeniom ulegał i w dalszym ciągu ulega paradygmat samej suwerenności³⁹.

6. Casus odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw (opp)⁴⁰

Karta Narodów Zjednoczonych potwierdza, że państwami są suwerenne jednostki geopolityczne (mogące być podmiotem stosunków międzynarodowych)⁴¹. Przyjmujemy, że opp należy zaliczyć do kategorii ogólnych norm sankcjonujących w pmp, której

³⁵ Szerzej na ten temat zob. G.M. Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, Springer-Science + Bussines Media, Chapter II Inferences Regarding State Immunity, w szczególności s. 89-90.e-book <https://books.google.pl/books?id=Q1D6BwAAQBAJ&pg=PA89&dq=%22par+in+parem+non+habet+imperium%22&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwjA-4eNudLWahVDQpoKHDZDCtYQ6AEILjAB#v=onepage&q=%22par%20in%20parem%20non%20habet%20imperium%22&f=false> [dostęp 2.10.2017].

³⁶ X. Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge 2012, s. 54.

³⁷ Kryterium podziału stanowi zakres tegoż immunitetu. W oparciu o nie można analitycznie wyróżnić dwa rodzaje immunitetu państwa, tj. absolutny (o nieograniczonym zakresie) oraz względny (o ograniczonym zakresie). Ten pierwszy, zwany także i. pełnym, opiera się na recepcji tradycyjnej i konserwatywnej przywołanej już wcześniej zasady *par in parem non habet imperium*. Z kolei koncepcja immunitetu ograniczonego jest współcześnie najbardziej rozpowszechniona i uniwersalna, będąca jednocześnie dominującą zarówno w nauce pmp, nauce o polityce, jak i nauce o stosunkach międzynarodowych.

³⁸ R. Kwiecień, *Miejsce umów międzynarodowych w polskim porządku prawnym państwa polskiego*, Warszawa 2000, s. 50.

³⁹ Tak samo J. Zajadło, *Sluszna przyczyna jako przesłanka legitymizacyjna interwencji humanitarnej. Studium z filozofii prawa międzynarodowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, nr 1-2, s. 37.

⁴⁰ Przyjmujemy trójelementową definicję państwa sformułowaną przez G. Jelinka, ma ona dzisiaj duże znaczenie w prawie międzynarodowym, gdyż służy jako podstawa rozróżnienia państwa od innych organizacji uczestniczących w życiu społeczności międzynarodowej. Szerzej zob. G. Jelinek, *Ogólna nauka o państwie*, Warszawa 1921, s. 50.

⁴¹ Uzupełnieniem powyższego sposobu traktowania państwa są jego atrybuty określone w Międzynarodowej konwencji o prawach i obowiązkach państw z 26 grudnia 1933 r., wśród których wymienia się: ludność, określone terytorium, rząd, zdolność do utrzymywania stosunków z innymi państwami.

realizacja warunkowana jest (zasadza się na) podmiotowości prawnomiędzynarodowej pierwotnego aktora pmp. Nadto odpowiedzialność tę traktujemy jako atrybut i jednocześnie konsekwencję zasady równości suwerennych państw członków SM. Egzekwowanie opp utrudnia, a czasami uniemożliwia ciągle jeszcze ortodoksyjne funkcjonowanie zasady równości suwerennych państw-członków SM. Efektem jest stan, w którym powoływanie państwa do opp przed międzynarodowymi organami do tego powołanymi (sądami i trybunałami) ma charakter konsensualny, tzn. wymaga uprzedniej zgody⁴² poszczególnych państw, na które potencjalne zapadłe orzeczenie mogłoby nakładać konsekwencje prawne np. sankcje. Artykuł 36 Projektu artykułów KPM nie wskazuje ani na funkcję ukarania państwa, ani też na cel w postaci nałożenia konkretnych kar na państwa odpowiedzialne za naruszenie zobowiązania pmp. Koncepcja odpowiedzialności karnej państw nie cieszyła się i nie cieszy się nadal poparciem ani w praktyce funkcjonowania państw, ani w doktrynie pmp.

Opp (za czyny zabronione przez pmp) państw – zasada *state responsibility* – pełni w systemie pmp funkcję rudymენტarną: po pierwsze gwarancji przestrzegania i jednocześnie po drugie stosowania norm prawa międzynarodowego⁴³. *Responsibility* to nie tylko zasada, ale także *sui generis* instytucja pmp mająca charakter uniwersalny z uwagi na podmiotowy i przedmiotowy zakres stosowania oraz aksjologiczny fundament, w oparciu o który powstała i funkcjonuje w przestrzeni pmp. Z tym że zarówno na państwach, ale także na SM – w wymiarze stosowania tej zasady/instytucji – ciążą obowiązki pozytywne (*positive obligations*) wobec nich samych, innych aktorów pmp, a także, a może nawet przede wszystkim wobec państw. Państw, które poddając się regulacjom pmp *de iure* i *de facto*, ograniczają się w wykonywaniu suwerenności na rzecz realizacji – uznanych za uzgodnione wspólnie, międzypaństwowo – uniwersalnych i powszechnych wartości-celów. Obowiązki te dotyczą bezwyjątkowego respektowania norm pmp, bezwyjątkowego powstrzymywania się od jego naruszeń, niedopuszczania do zaniechań prawnych a także bezwyjątkowego jednolitego i spójnego sankcjonowania naruszeń tego prawa, a co najważniejsze, czynienia tego wszystkiego przy możliwie maksymalnym poszanowaniu tożsamości państwowej i odrębności prawn-aksjologiczno-teleologicznej funkcjonowania prawnomiędzynarodowego państw. Chodzi zasadniczo o obo-

⁴² Zgoda ta może zostać wyrażona na trzy sposoby: 1) poprzez zawarcie stosownej klauzuli w treści umowy międzynarodowej, do zawarcia której doszło jeszcze przed powstaniem sporu, który ma zostać rozstrzygnięty. 2. W drodze złożenia deklaracji o generalnym uznaniu jurysdykcji MTS na podstawie art. 36 ust. 2 statutu MTS. 3. W drodze zawarcia porozumienia o przekazaniu zaistniałego sporu MTS, czyli uznania jego jurysdykcji. Szerzej zob. C. Greenwood, *The Role of the International Court of Justice in the Global Community*, „University of California Davis Journal of International Law and Policy” 2010-2011, vol. 17, nr 2, pp. 243-245.

⁴³ Na temat możliwości przypisania określonego działania państwu jako przesłanki odpowiedzialności międzynarodowej zob. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*, Warszawa 2000, Nb. 502.

wiązek umożliwienia im efektywnego korzystania z przysługujących narodom praw i wolności w ramach prawa do samostanowienia. Określenie zakresu i stopnia realizacji obowiązków pozytywnych ma istotne znaczenie, stwierdzenie bowiem, że państwo ich nie wykonało, może spowodować uznanie, iż nastąpiło naruszenie norm traktatowych w danej sprawie⁴⁴, ma ono faktyczny wpływ na zakres opp. Termin „odpowiedzialność” przestał w pmp być rozumiany jednoznacznie, szczególnie odkąd w pracach KPM wyodrębniono jako osobny problem badawczy w postaci instytucji *state liability*, czyli opp za szkodliwe skutki działań podmiotów pmp, które to działania nie są objęte zakresem zakazów zwartych w normach pmp. Można przyjąć, że dochodzi do rozszerzania zakresu znaczeniowego, czy raczej do multiplikowania znaczeń pojęcia odpowiedzialności (ale znaczeń wzajemnie ze sobą powiązanych) w pmp, choć jego tradycyjne rozumienie pozostaje aktualne i jest uspołecznione.

Zgoda państwa, o której mowa, jest wymagana pomimo faktu, że stronami Statutu MTS są wszyscy członkowie ONZ. Schizofreniczna wydaje się konstrukcja prawna, która uzależnia możliwość egzekwowania prawa wobec jego adresata od zgody tego ostatniego⁴⁵. Przesłanka zgody państwa naruszającego normy prawa międzynarodowego na doprowadzanie do ustalenia jego odpowiedzialności z tego tytułu i poddania się określonym negatywnym następstwom tego zachowania, wskazanym przez sąd międzynarodowy – czyni w naszej opinii pmp w zakresie odpowiedzialności państw:

- prakseologicznie nieuzasadnialnymi,
- teleologicznie nieracjonalnymi, bo nie dają nam możliwości osiągnięcia przyjętych wartości celów poprzez faktyczne funkcjonowanie na zasadzie *iudex in causa sua*,
- jedynie iluzorycznymi a w konsekwencji nieskutecznymi, czyli stwarzającymi jedynie potencję do działania, a nie zapewniającymi faktycznej możliwości działania,
- niespójnymi z pozostałymi normami pmp,
- destabilizującymi system pmp, w konsekwencji czyniącymi go nieprzewidywalnym dla wszystkich podmiotów pmp, a nie tylko pierwotnych, o odpowiedzialności których mowa. Także dla wtórnych podmiotów pmp, których skutki (braku) opp bezpośrednio i pośrednio dotyczą, gdyż determinują ich istnienie oraz rzeczywisty sposób i zakres funkcjonowania.
- wreszcie, biorąc pod uwagę koniunktywnie ww. skutki opp, stwierdzić należy, iż stanowią bardzo mocny element asystemowy i patogenny systemu pmp.

⁴⁴ Tak np. C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, [w]: J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeżko-Durlak (red.), *Księga Jubileuszowa dra hab. Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 257.

⁴⁵ Widać to jeszcze lepiej na przykładzie jurysdykcji – poddania się Statutowi rzymskiemu MTK.

Twierdzimy, że brak redefinicji i adekwatnej do niej modyfikacji konstrukcji opp zakończy się ostatecznie apoptozą systemu pmp. Ten sposób tworzenia konstrukcji prawnych pmp oraz akceptowanie ich legalności i legitymizowanie rzeczywistego wadliwego i nieefektywnego sposobu funkcjonowania – doprowadzi w aspekcie diachronicznym do autodestrukcji systemu prawa międzynarodowego. Najpierw objawiającej się ubezskutecznieniem jego norm, następnie pojawieniem się *desuetudo* (coraz częstszym i upowszechniającym się aż po uniwersalizację niestosowania norm pmp), a w końcu zastępowaniem jego norm innymi alternatywnymi regulacjami tworzonymi przez grupy np. państw powiązanych społecznie, gospodarczo i politycznie, co dobitnie można określić właśnie jako apoptozę czyli zaprogramowaną „śmierć” jego konstrukcji i narzędzi, a ostatecznie niebyt systemu.

Nadzieję na ocalenie zarówno prawa międzynarodowego, jak i zapewnienie jego skuteczności wiążemy m.in. ze stopniowo i stale postępującą instytucjonalizacją⁴⁶ rozstrzygania sporów prawnomiędzynarodowych, dostrzegając fakt równoczesnego uzupełniania pmp i jego reżimu przez *governance* międzynarodowy, które to dwie tendencje współwystępują bez wzajemnego ograniczania się czy też hamowania. Instytucjonalizacja ma także tę zaletę, iż ogranicza skuteczne wykazywanie przez państwo tego, że norma godząca w szeroko rozumiane interesy tego państwa tak naprawdę swoją hipotezą nie obejmuje konkretnie tej sytuacji, w której znalazło się państwo (nie jest to w opinii państwa sytuacja prawnie relewantna) lub nie formułuje wprost i jednoznacznie zakazu (w swojej dyspozycji) tego właśnie zachowania, którego dopuściło się państwo lub nie przewiduje sankcji za określone zachowanie państwa (*lex imperfecta*). Jednak brak efektywności systemu instytucjonalnego rodzi ten skutek, że państwa stosują *countermeasures* i *collective countermeasures* na podstawie subiektywnej oceny stanu faktycznego, która bywa całkowicie nieadekwatna względem stanu rzeczywistego. Normy pmp mające za przedmiot opp, a dekodowane z artykułów KPM, jako adresata prawa wskazują państwa pokrzywdzone, państwa dopuszczające się naruszeń a także państwa trzecie (te ostatnie w sytuacji, gdy naruszone zostały normy typu *ius cogens*), wskazując jednocześnie na przesłankę wyłączającą możliwość odwołania się/zastosowania *countermeasures*. Przesłanką tą – zgodnie z art. 52 ust. 3 (b) Projektu artykułów KPM – jest skuteczne podanie sporu pod jurysdykcję sądu międzynarodowego, czyli doprowadzenie do stanu tzw. zawisłości sporu. Pozytywnym z kolei aspektem funkcjonowania pmp jest fakt przestrzegania jego norm przez znaczącą część jego podmiotów, a zatem podmioty te identyfikują, rozpoznają i stosują się do dyspozycji tychże norm. Mamy więc do czynienia

⁴⁶ Szerzej na temat procesu instytucjonalizacji sporów prawnomiędzynarodowych J.I Charney, *The Impact of the International Legal System of The Growth of International Courts and Tribunals*, „New York University Journal of International Law and Politics” 1998-1999, nr 31, s. 697-698.

nia zarówno z behawioralną, ale i równocześnie finistyczną skutecznością norm pmp⁴⁷. Jednocześnie normy pmp są przestrzegane w taki sposób, w jaki przestrzega się prawa, a nie np. norm politycznych, grzecznościowych, obyczajowych czy kurtuazyjnych⁴⁸.

7. PMP a procesy homogenizacji prawa

Aktualnie na gruncie pmp nieprawdziwa i kontrfaktyczna jest teza o globalizacji⁴⁹ wartości i konwergencji⁵⁰ norm i kultur prawnych, a także standardów prawno-politycznych stosowania i egzekwowania przez aktorów pmp jego norm. Aktualnie dominująca i eskalująca zarazem jest dywergencja norm i kultur prawnych zasadzająca się na jednoznacznie nacjonalistycznych separatyzmach aksjologicznych w interesującym nas podsystemie prawnym, w tym kreowaniu i utrwalaniu – dla jednych mitu, a dla innych dogmatu – absolutystycznie i uniwersalistycznie nadrzędnego systemu zasad i norm prawnych poszczególnych prawodawstw, ale już nie państwowych czy wspólnotowych (np. w oparciu o kryterium obywatelstwa), lecz *stricte* narodowych lub narodowo-religijnych.

Na dodatek znacząca grupa aktorów pmp nie godzi się na (twarde) zobowiązania, z uwagi na to, że nie mają dostatecznych gwarancji na to, że inni będą się do przyjętych zobowiązań stosowali; stąd atrakcyjność *commitments* (anarchicznego?) systemu KBWE/OBWE. A zatem związuąc się normami pmp, ograniczają się w wykonywaniu suwerenności, nie mogąc liczyć na faktyczną ekwiwalentność samoograniczenia innych aktorów. Inne państwa zgadzają się na związanie normami pmp, ale wywiązują się z ich stosowania jedynie w relacjach z innymi wybranymi państwami, a w odniesieniu do pozostałych dopuszczają się naruszeń lub zaniechań.

8. Pmp a społeczny wymiar prawa między/ponad/transpaństwowego

Przeprowadzona analiza nie mogła abstrahować od faktu, że porządek prawnomiędzynarodowy został wykreowany nie przez państwa, lecz właśnie przez narody, które cechuje tożsamość narodowa (państwo/państwa są twórcami i wytworem pmp). Owa

⁴⁷ Na temat skuteczności prawa zob. J. Wróblewski, *Skuteczność prawa i problemy jej badania*, „Studia Prawnicze” 1980, z. 1-2, s. 10-13.

⁴⁸ Tak np. W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe w zarysie*, Warszawa 2006, s. 145.

⁴⁹ Z. Bauman: „[...] jesteśmy globalizowani, a bycie globalizowanym oznacza to samo dla wszystkich, których ten proces dotyka”. *Idem*, *Globalizacja: i co z tego wynika dla ludzi*, przeł. E. Klekot, Warszawa 2000, s. 5. P. Sztompka globalizację traktuje jako „zbiór procesów, które czynią świat społeczny jednym”. *Idem*, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2002, s. 582.

⁵⁰ S. Brown sformułował twierdzenie, że komunikacja i gospodarka, które pokonują granice narodowe, mają homogenizujący wpływ na różnorodność kulturową. *Idem*, *New Forces: Old Forces and the Future of World Politics*, Boston 1988, s. 75-78.

tożsamość na gruncie stosunków międzynarodowych staje się narzędziem utrwalania tendencji do „samozachowania”. Nadto normy pmp będące normami heteronomicznymi i jednocześnie swoiście wtórnymi wobec norm krajowego porządku prawnego, traktowane są przez aktorów pmp jako rodzaj opresji, na którą najczęściej nie chcą się zgodzić, co przejawia się albo w nieratyfikowaniu traktatu, niezwiązaniu się daną umową, albo związaniu się nią, a następnie (w aspekcie diachronicznym) wypowiedzeniu jej. Mamy w następstwie tego trzy grupy państw: pierwszą, do której to grupy zalicza się państwo/państwa, które związały się normami pmp i ich przestrzegają, drugą, której uczestnicy odmówili związania się zobowiązaniami oraz trzecią, której uczestnik wyraził zgodę na związanie się normami pmp, jednak nigdy nie wiemy, czy zastosowuje się od ich dyspozycji, czy dopuści się zaniechania, naruszając tym samym porządek prawnomiędzynarodowy. W perspektywie socjologiczno-prawnej chodzi o to, czy będziemy mieli do czynienia z *sui generis* auternalizacją⁵¹ aksjologiczną, która w tej sytuacji polegałaby na akceptacji państwa dla istnienia konkretnego wzorca normatywnego (normy pmp) przy jednoczesnym uznaniu, że tylko inne państwa zobowiązane do jego realizowania. Ważne jest, aby mieć odpowiednią wizję pmp, w szczególności sankcji i *countermeasures* jako narzędzi egzekwowania tego prawa w przypadku jego naruszeń, wizję, która bierze pod uwagę charakter normatywny władzy politycznej nierozzerwalnie związanej z urzeczywistnianiem się norm tego prawa (we wszystkich pięciu płaszczyznach). Należy przy tym mieć na uwadze, iż rzeczywistość prawnomiędzynarodowa stanowi pełnię (apogeum) zróżnicowania społecznego, które odbywa się na poziomie międzypaństwowym w ramach SM, a wtórnice oddziałuje na zasadzie sprzężenia zwrotnego (także o negatywnych skutkach dla SM i samego pmp) na społeczności państwowe. Ta swoista interakcja – między aktorami pmp – ściśle determinuje istnienie, rodzaj i zakres społecznej legitymizacji dla posługiwania się przez państwo (decydentów politycznych) w stosunkach prawnomiędzynarodowych *countermeasure* lub sankcjami. W posługiwaniu się przez decydentów politycznych sprawujących w imieniu państwa immunitet i faktycznie wykonujących (w oparciu o przyznany zakres władzy politycznej) w imieniu narodu suwerenność – mamy do czynienia z oficjalnymi aksjologicznymi uzasadnieniami decyzji o użyciu *countermeasures* lub sankcji, czyli z pełną determinacją aksjologiczną aktu stosowania pmp oraz równoczesną faktyczną neutralizacją aksjologiczną, ponieważ desygnatami oficjalnie przywoływanych wartości są *de facto* interesy i cele, które jedynie w oparciu niczym nieskrępowane zasady fantazji, a nawet fantasmagorii można uznać za mieszczące się w zakresie znaczeniowym przywoływa-

⁵¹ Pojęcia społecznych preferencji aksjologicznych, internalizacji, auternalizacji, przyjmujemy w znaczeniu nadanym im przez K. Pałeckiego, *Prawoznawstwo. Zarys wykładu. Prawo w porządku społecznym*, Warszawa 2003, s. 58, 67-68, 81.

nych wartości. W efekcie występowania wyżej opisanych uwarunkowań –naszym zdaniem – mamy do czynienia we współczesnym pmp niewątpliwe z triadą równoległych procesów na trzech poziomach. Na poziomie wartości obserwujemy proces odrzucania uniwersalizmu i powszechnego charakteru wartości leżących u podstaw norm pmp. Na poziomie norm (poziom systemu praw) występuje reformizmem treści regulującej normy pmp. W końcu na poziomie wykonawczym dokonuje się okcydentalizacja⁵² sankcji i *countermeasures*, którymi posługują się aktorzy pmp w stosunkach międzynarodowych w następstwie naruszania norm pmp. Te procesy potwierdzają tezę o wykazanej przez nas zarówno egzo-, jak też endogennej niejednorodności pmp, która powinna być badana w ramach społecznego funkcjonowania tego prawa.

9. Wnioski

W naszej opinii zasada *par in parem non habet imperium*, zgodnie z którą jeden podmiot uprawniony z tytułu prawa do wykonywania suwerenności nie może wykonywać jurysdykcji nad innym suwerennym podmiotem, nie tylko jest podstawą doktryny immunitetu, lecz także materię sankcji sytuuje niebezpiecznie blisko styku z suwerennością państwa, skłaniając do nieuogólniania regulacji i refleksji nad „sankcjami”. To właśnie z przytoczonej zasady wynika doktryna *acta iure imperii* (*Act of state doctrine*) – norma prawa przedmiotowego stanowiąca podstawę immunitetu jako prawa przedmiotowego⁵³. Ta zasada przesądza o konieczności przyjęcia kolejnej, zgodnie z którą w prawie międzynarodowym niedopuszczalne jest domniemanie „sankcji” przy jednoczesnym uznaniu, że w pmp sankcje są stanowione i regulowane w każdym przypadku niezależnie od innych uregulowań i swoiście na nowo. To decyduje o braku uznanego wykładu w ramach doktryny pmp na temat sankcji w prawie międzynarodowym. I nawet jeśli przebiega proces redefinicji tej zasady⁵⁴ to jeszcze, jak się wydaje, daleko jest w prawie i doktrynie pmp do generalnej –

⁵² W rozumieniu zaproponowanym przez S.P. Huntingtona oksydentalizacja (dla której synonimem jest według niego „westernizacja”) to proces akceptacji i przejmowania wzorców kultury od państw cywilizacji zachodniej. S.P. Huntington, *Zderzenie cywilizacji*, Warszawa 2007, s. 105-115. W naszym rozumieniu proces ten nie przebiega w oparciu o kryterium cywilizacja zachodnia i cywilizacje niezachodnie (bo nie tylko wschodnie), lecz w oparciu o kryterium będące wypadkową czterech czynników: demokratyzacji życia publicznego poszczególnych państw, stopnia opresyjności wewnętrznego (krajowego) porządku prawnego, poziomu rozwoju gospodarczego oraz homo – lub heterogeniczności społeczeństwa.

⁵³ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 143 i 150. Zob. też Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa-Poznań 1978, s. 35-42 i 154-160.

⁵⁴ Patrz Projekt artykułów Konwencji Narodów Zjednoczonych w odniesieniu do immunitetów jurysdykcyjnych państw i ich własności oraz Konwencja europejska o immunitacie Państwa (Bazylea, 16 maja 1972). Ad 1 „Preambuła. Considering that the jurisdictional immunities of States and their property are generally accepted as a principle of customary international law”, art. 5 „State immunity. A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.”; ad 2 Preambuła „Zważywszy na fakt, że w prawie

w odniesieniu do całości systemu – regulacji „sankcji”. I nawet jeśli polska doktryna pmp jest w tym zakresie szczególnie archaiczna⁵⁵, to sam w sobie jest to problem szerszy. Tak więc na obecnym etapie rozwoju pmp i refleksji doktryny za poprawną naukowo można uznać jedynie rekonstrukcję sankcji w ramach poszczególnych regulacji pmp i jego podsystemów ze świadomością, że efektem końcowym nie będzie obraz kompletny, i że uogólnienia obserwacji przypadków muszą być nader ostrożne. Zarazem sposób postrzegania sankcji w pmp jest w tym samym współzależny ze sposobem definiowania stosunków regulowanych pmp jako stosunków międzynarodowych i prawa międzynarodowego jako (jednego z) instrumentu ich regulacji. Sama istota stosunków międzynarodowych ogranicza – często wbrew zwykłemu poczuciu sprawiedliwości – możliwość (ujmowaną w kategoriach racjonalności) posługiwania się sankcją jako instrumentem represji, kary za naruszenie prawa, przemawiając na rzecz sankcji jako instrumentu wymuszenia respektowania prawa (w przyszłości).

Wobec powyższego za konieczne uważamy zmianę paradygmatu badań teoretycznych i dogmatycznoprawnych w obszarze pmp. Niemożliwym i nieuzasadnionym byłaby próba uznania jednego spojrzenia rozumienia istoty i funkcjonowania pmp, a także zasad i mechanizmu stosowania *countermeasures* i sankcji. Trzeba na sankcje spojrzeć z dystansu i z perspektywy zewnętrznej pmp. Nawet nie po to, żeby uzgodnić jedno stanowisko metodologiczne i dogmatycznoprawne, ale po to, aby wskazać istnienie ich wielości i różnorodności. Niedostatek analiz socjologiczno-prawnych prawa międzynarodowego publicznego jest niepożądany i szkodliwy dla tego prawa. Upośledzony jest w jego następstwie proces instytucjonalizacji tego prawa oraz utrudniony znacząco proces jego uspołecznienia rozumianego *sensu largissimo*, co bezpośrednio rzutuje na jego efektywność makrospołeczną, a przede wszystkim ponadpaństwową i międzypaństwową (międzyrządową).

międzynarodowym istnieje tendencja do zawężania przypadków, w których Państwo może powoływać się na immunitet wobec obcych sądów” (jednak immunitet ten potwierdzają *a contrario* dyspozycje artykułów jej rozdz. I).

⁵⁵ Ocenę tę formułujemy mimo wypowiedzi w dyskursie naukowym m.in. J. Ryszki, *Sankcje gospodarcze wobec podmiotów zewnętrznych w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, Toruń 2008 i M. Menkes, *Stosowanie sankcji gospodarczych – analiza prawnomiędzynarodowa*, Toruń 2011, co znacząco zmienia stan tegoż dyskursu.

Rodzaje bodźców pozytywnych w prawie

Abstrakt

Przedmiotem pracy są bodźce pozytywne w prawie. Jest to tematyka, która dopiero w ostatnim okresie stała się przedmiotem bliższego zainteresowania nauki prawa, w szczególności teorii prawa. Bodźce pozytywne w prawie niewątpliwie mają związek z regulacjami prawnymi odwołującymi się do sankcji pozytywnych, jak również do gratyfikacji, znanych prawu gospodarczemu oraz prawu pracy. W pracy podano przykłady bodźców o charakterze materialnym, niematerialnym, mieszanym, do których odwołuje się prawo. Współczesne prawo w coraz większym zakresie uznawane jest za technikę stosującą coraz bardziej skomplikowane i wyrafinowane sposoby oddziaływania na adresatów, co znalazło swoje odzwierciedlenie w pracy.

Niewątpliwie rację miał Jeremy Bentham, prekursor utilitaryzmu, który pisał iż przykrość i przyjemność są podstawowymi motywami ludzkiego zachowania¹. Dlatego regulacje prawne i związana z nimi nauka prawa nie mogą skupiać się w zakresie regulowania określonego zachowania i badań z tym związanych na jednej stronie zjawiska, to jest przykrości, a pomijając drugą stronę zjawiska, to jest przyjemność. Na marginesie należy stwierdzić, iż historycznie rzecz biorąc, prawo stanowione przez władców było prawem przykrości, albowiem nakładało obowiązki na poddanych pod groźbą kary. Przywileje (przyjemność) dotyczyły nielicznych. Dopiero XX wiek kojarzony jest z rozwojem praw na rzecz obywateli, gwarantowanych w konstytucjach, a następnie w prawie międzynarodowym publicznym. Należy przy tym podkreślić, iż po drugiej wojnie światowej regulacje prawne w znacznej mierze rozszerzyły tak zwane prawa socjalne przyznane obywatelom, szczególnie w Europie.

Zagadnienie bodźców pozytywnych, sankcji pozytywnych, nagród prawnych nie było jak dotąd szerzej podejmowane w nauce prawa². Problem ten, aczkolwiek dostrze-

¹ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, tłum. B. Nawroczyński, Warszawa 1958, s. 150-153.

² Problem ten był przedmiotem zainteresowania autora niniejszego tekstu – patrz J. Niesiołowski, *Nagrody jako element systemów normatywnych*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 11; J. Niesiołowski, R. Paszkiewicz, *Zagadnienie przymusu w prawie*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 10, s. 59-60; J. Niesiołowski, *Nagrody w prawie*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2002, tom IX. Zagadnienie to dostrzega również L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa – prawo w toku przemian*, Warszawa 1999. Należy zwrócić także uwagę na obecne badania dotyczące sankcji pozytywnych prowadzone przez Pawła Chmielnickiego

gany zarówno przez teoretyków prawa, jak i przedstawicieli nauk dogmatyczno-prawnych³, jest albo ujmowany marginalnie, albo zagadnienie nagród w prawie jest sprowadzane pod względem swojej istoty do kar. Tak na przykład Z. Ziemiński trafnie dostrzega występowanie nagród na gruncie takich działów prawa, jak prawo gospodarcze czy prawo pracy, jednocześnie pisze o technice sankcjonowania poprzez odmawianie nagrody⁴. Takie podejście wydaje się niewłaściwe, gdyż poza zakresem badań pozostaje całe spektrum zagadnień związanych z występowaniem w prawie sankcji pozytywnych. Zagadnienie to w obecnych czasach zdaje się nabierać istotnego znaczenia.

Rozważania zawarte w niniejszej pracy zacząć wypada od kwestii terminologicznych. W niniejszym rozdziale operuję pojęciem „bodźce pozytywne”, co może sugerować ujęcie tematu w sposób psychologiczny, albowiem termin „bodziec” (ewentualnie „wzmocnienie”) jest podstawowym pojęciem z zakresu psychologii behawioralnej⁵. Psychologia ta w pewnym uproszczeniu uznaje, że zachowanie człowieka wyznaczone jest przez bodźce pozytywne – szeroko rozumiane nagrody, lub bodźce negatywne – szeroko rozumiane kary⁶. Wbrew tytułowi rozdział niniejszy nie ma na celu tworzenia behawioralnej koncepcji prawa, chociaż takie próby były podejmowane.

Nieco innym terminem jest posłużenie się nazwą nagrody w prawie. Zaproponowane rozwiązanie jest prowokacyjne, gdyż prawo w znaczeniu potocznym, jak również naukowym kojarzone jest z siłą, przymusem, karą. Wobec powyższego brak miejsca dla nagród w porządku normatywnym, jakim jest prawo. Te podane powyżej cechy mają między innymi odróżniać prawo od innych systemów normatywnych. Na pierwszy rzut oka nagrody nie mają nic wspólnego z prawem. W tym miejscu należy wyjaśnić, że prawo odnosi się w znakomitej większości przypadków do przeciętnych standardów ludzkich zachowań, natomiast nagrody kojarzone są w języku potocznym z zachowaniem „ponad przeciętnym”, którego konsekwencją jest szczególne wyróżnienie zwane nagrodą. Wobec powyższego posłużenie się terminem nagrody w prawie jest szczególną próbą wywołania problemu, który pozostaje poza zakresem badań znacznej części nauki prawa, która koncentruje swoje badania nad przymusem w prawie, ujmowanym jednostronnie przez pryzmat sankcji prawnych, rozumianych jako kary. Na marginesie można

i grupę młodych naukowców z nim związanych. Por. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki (red.), *Sankcje administracyjne*, Warszawa 2011; P. Chmielnicki (red.), *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, Warszawa 2014.

³ Por. M. Cieślak, *Środki przymusu na tle systemów bodźców prawnych w procesie karnym*, „Zeszyty Naukowe UJ” 1960, nr 7, s. 91; W. Masewicz, *Środki dyscyplinujące pracownika*, Warszawa 1981, s. 81-91.

⁴ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 442-443.

⁵ Należy zauważyć, iż Arthur S. Reber i Emily S. Reber w *Słowniku psychologii*, tłum. polskie wydanie pod redakcją I. Kurcz, K. Skarżyńska, Warszawa 2005, wymieniają 10 znaczeń terminu „wzmocnienie” który to termin utożsamiany jest z nazwą „bodziec”.

⁶ J. Kozielecki, *Koncepcje psychologiczne człowieka*, Warszawa 2000, s. 19-84.

zauważyć, iż współczesnemu prawu znane jest również prawo miękkie, w ramach którego mogą występować *leges imperfectae*.

Czasami można znaleźć literaturze termin „gratyfikacje prawne” na określenie korzyści przyznanych adresatom przez prawo w przypadku zachowań zgodnych z prawem. Tak na przykład L. Morawski pisze: „Aby więc skłonić adresatów normy do jej przestrzegania, normodawcy zwykle ustanawiają określone sankcje lub gratyfikacje. Sankcja jest to dolegliwość, którą poniesie adresat normy na wypadek gdyby nie zachował się zgodnie z normą, gratyfikacja to z kolei nagroda, którą otrzyma w sytuacji, gdy zachowa się zgodnie z normą”⁷. Należy zauważyć, iż termin „gratyfikacja” w Polsce jest terminem z zakresu języka prawnego, albowiem takim pojęciem posługuje się rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 18 marca 2014 r. w sprawie gratyfikacji urlopowej żołnierzy zawodowych⁸. Posłużenie się terminem „gratyfikacja” może być o tyle niefortunne, że termin ten kojarzony jest przede wszystkim z prawem pracy, a tym samym pole badań byłoby ograniczone tylko do wymienionej dyscypliny prawa.

Najbardziej właściwym terminem na określenie korzyści przyznanych przez prawo wydaje się nazwa „sankcje pozytywne”. Takim terminem posługuje się P. Chmielnicki, który badając tradycyjne rozumienie sankcji w teorii prawa, dochodzi do wniosku, iż analizowanie zagadnienia sankcji pozytywnych w prawie nie powinno budzić obaw. Sankcje pozytywne, rozumiane jako pewne korzyści przyznane przez prawo, są dla istoty oddziaływania za pomocą prawa równie naturalne i funkcjonalne, co sankcje negatywne. Sankcje pozytywne to takie same instrumenty upowszechniania i ochrony norm (reguł działania), co sankcje negatywne. Jedne i drugie sankcje są uruchamiane przez władzę zbiorowości (najczęściej państwową) i właśnie to odróżnia prawo i sankcje prawne od innych instytucji⁹. Za używaniem takiego terminu przemawiają co najmniej dwa argumenty. Po pierwsze nauki pozaprawne, takie jak nauki polityczne, socjologia, psychologia, etyka, na określenie skutków zachowań zgodnych z normami społecznymi będących przedmiotem zainteresowania tych nauk używają pojęcia „sankcje pozytywne”¹⁰. Tym samym nastąpiłoby ujednolicenie terminologii w ramach prawa i innych nauk społecznych. Po drugie użycie nazwy „sankcje” jest w jakimś mierze zgodne z dotychczasową terminologią wypracowaną w naukach prawnych, które powszechnie używają tego terminu. Należy jednak pamiętać, iż pojęcie „sankcja” w naukach prawnych niemal powszechnie kojarzone jest z zachowaniami niezgodnymi z prawem, które wywołują

⁷ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. VIII, Toruń 2004, s. 30.

⁸ Dz. U. 2014 poz. 411.

⁹ P. Chmielnicki, *Istota i rodzaje sankcji administracyjnych*, [w:] M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki (red.), *op. cit.*, s. 31-44.

¹⁰ Zob. J. Szczepański, *Elementarne pojęcia socjologii*, Warszawa 1970, s. 221-222, H. Jankowski, *Etyka*, Warszawa 1975, s. 13-14; J. Paśnik, [w:] P. Chmielnicki (red.), *op. cit.*

negatywne konsekwencje prawne. Nadto niektórzy etymologię słowa „sankcja” wywodzą od łacińskiego słowa *sanguis*, które w języku łacińskim oznacza między innymi krew, co kojarzone jest z bólem, cierpieniem i generalnie czymś nieprzyjemnym¹¹. Z powyższych względów może tu dochodzić do sporów i nieporozumień naukowych. Należy jednak zauważyć, że odwołanie się do terminu „sankcje pozytywne” zmienia perspektywę spojrzenia na prawo. Mianowicie z sankcjami negatywnymi mamy do czynienia, gdy prawo nie zadziałało skutecznie w stosunku do adresata. Natomiast sankcje pozytywne uruchamiane są w przypadku zachowań zgodnych z prawem.

W niniejszym rozdziale, dostrzegając pewne różnice terminologiczne, będę przemennie posługiwał się terminami „bodziec”, „nagroda” i „sankcje pozytywne”.

Nie ulega wątpliwości, iż współczesne prawo na poziomie krajowym i ponadkrajowym w zakresie swojej formy znacznie różni się od prawa, które występowało chociażby w XIX wieku. We współczesnej teorii prawa zwraca się uwagę na specyficzną koncepcję prawa traktującą prawo jako technikę¹². W koncepcji tej prawo uznawane jest za instrument celowego sterowania procesami społecznymi. Zwraca się przy tym uwagę, że ze względu na zmianę funkcji prawa staje się ono często instrumentem kompensacji i korekt, przywracania zagrożonej równowagi i stymulatorem rozwoju¹³. L. Morawski, pisząc o ujmowaniu prawa jako techniki, podkreśla, że współcześnie obok sterowania twardego, czyli przez nakazy lub zakazy, za których pośrednictwem prawodawca określa, do jakich celów powinniśmy dążyć lub za pomocą jakich środków je realizować, można wyróżnić też sterowanie miękkie. W tym ostatnim przypadku prawodawca nie mówi wprost, jak należy się zachować, ale stymuluje adresatów przez określone bodźce do podejmowania określonych działań. Przykładem tej formy sterowania może być stosowanie różnego rodzaju ulg, zwolnień, subwencji oraz nagród¹⁴. Dostrzeżenie nowych tendencji w prawie doprowadziło nawet do wniosku o przechodzeniu systemów prawa we współczesnych państwach demokratycznych od systemów represyjnych operujących głównie zakazami i sankcjami negatywnymi do systemów promocyjnych, w których główną rolę odgrywają nakazy i gratyfikacje¹⁵. Ujmowanie prawa jako techniki zmusza współczesnego prawodawcę do stosowania coraz bardziej wyrafinowanych metod prawnych oddziaływania na zachowania adresatów. Znajduje to swój wyraz w formie wypowiedzi prawodawcy, które w wielu wypadkach odstają od klasycznych norm prawnych przewidujących obowiązki w postaci nakazów i zakazów, jak również w sposobach za-

¹¹ K.M. Klein, *Słownik łacińsko-polski*, Warszawa 1956.

¹² L. Morawski, *op. cit.*, s. 39-77.

¹³ P. Ewald, *A Concept of Social Law*, [w:] *Dilemmas of Law*, European University Institute, Berlin 1985 [za:] L. Morawski, *op. cit.*, s. 48.

¹⁴ L. Morawski, *op. cit.*, s. 56.

¹⁵ N. Bobbio, *The Promotion of Action of Modern State*, [w:] G. Hughes (ed.), *Law Reason and Justice*, New York-London 1969, [za:] L. Morawski, *op. cit.*, s. 57.

bezpieczenia realizacji norm prawnych. Te „nieklasyczne normy” prawne niczego nie nakazują i nie zakazują, a stwarzają tylko możliwości prawne, które wykorzystane przez adresata wywołują skutek w postaci nagrody (szeroko rozumianej korzyści). Uważna analiza tekstów prawnych prowadzi do wniosku, że współczesny prawodawca coraz częściej odwołuje się do szeroko rozumianych korzyści celem skłonienia adresatów do zachowań zgodnych z zamiarem prawodawcy. W konsekwencji w prawie pojawiają się sankcje pozytywne stanowiące swoiste nagrody. Analiza takich działów prawa, jak szeroko rozumiane prawo gospodarcze, prawo administracyjne, prawo socjalne, prawo podatkowe, dostarcza licznych przykładów odwoływania się przez prawodawcę do bodźców pozytywnych i szeroko rozumianych nagród¹⁶.

Próba klasyfikacji sankcji pozytywnych w prawie w oparciu o materiał normatywny nie jest sprawą prostą, poniżej jednak w sposób wybiórczy postaram się dokonać pewnej klasyfikacji sankcji pozytywnych z teoretycznoprawnego punktu widzenia. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż na wstępie można wyróżnić tak zwane sankcje pozytywne wewnętrzne, pochodzące od samego adresata normy, przejawiające się w postaci dumy i zadowolenia w przypadku zachowań zgodnych z prawem oraz sankcje pozytywne zewnętrzne, pochodzące z innych źródeł niż adresat norm. Wydaje się, iż sankcje pozytywne wewnętrzne będą odgrywały istotną rolę dla adresatów norm przejawiających tak zwaną postawę legalistyczną względem prawa. Natomiast adresaci o postawie oportunistycznej względem prawa będą kalkulować swoje zachowanie w odniesieniu do norm prawnych, uwzględniając kwestię zysków i strat, przy czym kwestia zysku posiada istotny związek z nagrodami w prawie. Przedmiotem zainteresowań niniejszej pracy są sankcje zewnętrzne, to jest zapowiadane przez prawodawcę, albowiem badanie sankcji wewnętrznych wymaga pogłębionych badań psychologicznych.

Swoistą próbę opisu i klasyfikacji pozytywnych sankcji prawnych podjął J. Paśnik na podstawie trzech dziedzin prawa, mianowicie: prawa karnego, prawa administracyjnego i prawa cywilnego, formułując bardzo ciekawe wnioski w odniesieniu do sankcji pozytywnych występujących w wymienionych działach prawa¹⁷. Ze względu na charakter rozdziału nie sposób omówić ustaleń poczynionych przez autora, dlatego odsyłam do wskazanej literatury.

Z mojej strony chciałbym zaproponować bardzo prosty podział sankcji pozytywnych spotykanych w materiale normatywnym na sankcje o charakterze materialnym (majątkowym), sankcje o charakterze niematerialnym (niemajątkowym) i sankcje pozytywne o charakterze mieszanym. Jeżeli chodzi o sankcje pozytywne o charakterze ma-

¹⁶ Por. J. Niesiołowski, K. Zeidler, *Nagrody w prawie finansowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2007, tom XVI.

¹⁷ J. Paśnik, *op. cit.*, s. 164-169.

jątkowym, to chciałbym zwrócić uwagę, że szczególnie po transformacji ustrojowej, jaka miała miejsce w Polsce w roku 1989, polski prawodawca w zakresie szeroko rozumianego prawa gospodarczego często odwoływał się do szeroko rozumianych nagród prawnych. Należy tu zwrócić uwagę na regulacje prawne, które przewidywały dla inwestorów zagranicznych (spółek z ograniczoną odpowiedzialnością) ulgi w postaci braku konieczności zapłaty podatku dochodowego w okresie trzech lat. Polskie prawo po roku 1989 przewidywało również ulgę inwestycyjną dla inwestorów polskich oraz czasowe zwolnienie podatkowe dla podmiotów po raz pierwszy rozpoczynających działalność gospodarczą. Należy zwrócić uwagę, iż dużą rolę odegrała tak zwana duża ulga budowlana na budowę domu (odliczenie wydatków od podatku dochodowego) czy mała ulga budowlana na remont mieszkania (odliczenie wydatków na remont mieszkania). W Polsce aktualnie wyraźnie obserwujemy ograniczanie katalogu nagród (ulg) w prawie podatkowym. Najistotniejsze ograniczenia to właśnie zniesienie dużej i małej ulgi budowlanej, zniesienie ulgi inwestycyjnej, zniesienie zwolnień podatkowych dla osób rozpoczynających działalność gospodarczą. Przeciwnicy ulg zwykle wskazują na możliwość nadużyć, jak również naruszenie zasady równego traktowania obywateli (ulg dla bogatych). Wydaje się, że są to argumenty chybione. Bilans wynikający z pozytywnych skutków działania nagród w porównaniu z ewentualnymi nadużyciami może okazać się korzystny. Równe traktowanie obywateli nie może polegać na równaniu w dół. Stosowanie nagród pobudza procesy gospodarcze, stwarzając jednocześnie miejsca pracy i pomnażając dochód narodowy.

Ta kontestacja nie może prowadzić do wniosku, iż aktualnie obowiązujące prawo nie przewiduje sankcji pozytywnych (nagród). Tytułem przykładu można wskazać na regulacje prawne związane z programem 500+. Nawiązując do wcześniejszych wywodów należy wskazać, że regulacje te nie nakazują rodzicom posiadania dzieci, stwarzają jednak możliwość prawną w przypadku posiadania dzieci uzyskania nagrody w postaci świadczenia pieniężnego. Dużą rolę zdaje się odgrywać nagroda prawna w postaci dofinansowania wkładu własnego na mieszkanie dla młodych małżeństw i innych podmiotów spełniających warunki umożliwiające dofinansowanie. Cały katalog nagród prawnych przewidziany jest w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z dnia 12 stycznia 1991 r.¹⁸.

Nie sposób w niniejszym rozdziale omówić wszystkich nagród materialnych przewidzianych przez prawo, a podane przykłady stanowią tylko pewną próbę egemplifikacji.

Nagrody o charakterze niematerialnym spotykamy przede wszystkim w ustawie o orderach i odznaczeniach, która formułuje kryteria otrzymania określonego orderu lub odznaczenia. Należy przy tym zauważyć, iż spełnienie tych kryteriów nie powoduje

¹⁸ Patrz J. Niesiołowski, K. Zeidler, *op. cit.*

automatycznie uzyskania prawa do orderu lub odznaczenia, gdyż w podanym zakresie konieczny jest stosowny wniosek, który warunkuje podjęcie stosownej decyzji przez organ uprawniony do nadania odznaczenia, lecz decyzja organu ma charakter uznaniowy. Rozbudowany katalog nagród przewidziany jest w Kodeksie karnym wykonawczym w rozdziale ósmym.

Przykładem nagród o charakterze mieszanym mogą być stypendia wynikające z różnych regulacji prawnych, na przykład stypendia i nagrody przyznawane przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego. Uzyskanie stypendium lub nagrody ma z pewnością walor materialny, ale wiąże się również z prestiżem dla osoby, która uzyskała stosowne stypendium.

Konkludując, należy stwierdzić, iż badanie sankcji pozytywnych (nagród w prawie) ma istotny walor, albowiem wymusza spojrzenie na prawo z innej perspektywy badawczej. O ile nauki prawne koncentrują się na tak zwanej negatywnej stronie działania prawa (patologii prawa), kiedy to prawo nie zadziałało skutecznie, oraz patrzą na prawo przez pryzmat prawa jako środka rozstrzygania konfliktów (prawo sądowe), to rezultatem takich badań jest skupienie się na sankcjach negatywnych. Natomiast spojrzenie na prawo od strony nagród stwarza całkiem nową perspektywę badawczą. W tym miejscu należy jeszcze zaznaczyć, iż przedmiotem regulacji prawnych są zachowania ludzkie, które mogą przybierać postać działań lub zaniechań. Z całą pewnością nagrody prawne są lepszym środkiem stymulacji aktywności ludzkiej niż kary (co potwierdzają badania z zakresu psychologii i socjologii). Nadto należy zwrócić uwagę, iż nagrody prawne związane są z tak zwaną funkcją dystrybucyjną prawa, poprzez którą następuje podział określonych środków w ramach danej społeczności. Ta funkcja dystrybucyjna prawa w obecnych czasach zdaje się nabierać coraz większego znaczenia. Współczesne społeczeństwa europejskie są coraz bardziej roszczeniowe w stosunku do władzy politycznej, która musi w mniejszym lub większym zakresie te roszczenia uwzględnić, aby zapewnić sobie sukces wyborczy. Realizacja tych roszczeń następuje zazwyczaj w formie nagród i różnego rodzaju gratyfikacji.

Praktyka precedensowa w sądowym postępowaniu egzekucyjnym

Abstrakt

Założeniem opracowania jest w pierwszej kolejności charakterystyka sądowych orzeczeń w sprawach egzekucyjnych z perspektywy rozumowań – obecności reguły ogólnej – prezentowanych w uzasadnieniach orzeczeń Sądu Najwyższego, poprzedzona ustaleniami teoretycznoprawnymi na temat praktyki precedensowej w porządku prawa stanowionego.

Przyjęcie, iż w procesie stosowania prawa egzekucyjnego funkcjonuje model złożonej podstawy decyzji wskazujący na zastosowanie obok przepisów prawnych innych decyzji stosowania prawa jako elementu uzupełniającego argumentację z przepisów, znacząco rozszerza zakres czynności i rozumowań niezbędnych do określenia podstawy normy egzekucyjnej.

1. Ustalenia teoretycznoprawne

Funkcjonowanie praktyki precedensowej w procesie stosowania prawa¹ jest nieodłącznym elementem współczesnego dyskursu prawniczego i stanowi złożony problem badawczy wymagający wszechstronnej analizy na każdym etapie procesu decyzyjnego². Etap egzekucyjnego stosowania prawa jest dla tych rozważań niezwykle istotny, bo ostatecznie wpływa na efektywność procesu stosowania prawa i gwarantuje urzeczywistnienie norm prawa materialnego. Podstawowe właściwości charakteryzujące tytuł mojego opracowania wiąże z trzema zagadnieniami, których przedstawienie ma przybliżyć istotę rozumowania precedensowego w sądowym prawie egzekucyjnym oraz odpowiedzieć na pytanie o możliwość faktycznego jej oddziaływania na tym ostatnim etapie stosowania prawa.

Po pierwsze, celem wprowadzenia za konieczne uznałem przedstawienie definicji precedensu³ i funkcjonowanie tej praktyki w obszarze polskiego prawa egzekucyjnego

¹ Pojęcie procesu stosowania prawa utożsamiam na potrzeby tego rozdziału z tzw. „procesowym modelem stosowania prawa” prezentowanym przez J. Wróblewskiego, zob. J. Wróblewski, *Zarys procesowego modelu sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1985, z. 4, s. 3 i n.

² O etapach (fazach) procesu decyzyjnego zob. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 62 i n. Por. A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa. Elementy teorii*, Warszawa 2015, s. 134 i n.

³ Na temat różnych znaczeń terminu „precedens” zob. J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, [w:] M. Zirk-Sadowski (opr.), *Jerzy Wróblewski. Pisma wybrane*, Warszawa 2015, s. 393

z jednoczesnym podjęciem próby określenia miejsca postępowania egzekucyjnego w procesie stosowania prawa⁴.

Drugie zagadnienie dotyczy obecności rozumowania precedensowego w praktyce orzeczniczej Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących egzekucji sądowej w Polsce. Autorytet instytucji, waga spraw egzekucyjnych, jakie rozpoznaje Sąd Najwyższy, oraz możliwość ich przeglądu stanowią realne pole badawcze pozwalające ustalić obecność elementów precedensowości w sądowym prawie egzekucyjnym⁵.

Po trzecie, istotnym dla tej materii zagadnieniem jest proces interpretacji w sądowym postępowaniu egzekucyjnym, w tym w szczególności wykładni innych decyzji stosowania prawa egzekucyjnego. Za punkt wyjścia przyjmuję w pierwszej kolejności sposób uzasadniania wcześniejszych orzeczeń, który może stanowić podstawę pozwalającą zaobserwować stosowane reguły wykładni wskazujące na faktyczne funkcjonowanie rozumowania precedensowego w procesie stosowania prawa egzekucyjnego.

Próba definicji terminu „precedens” oraz uporządkowanie pojęć, jakie funkcjonują wokół tej instytucji, nie jest prostą sprawą, zwłaszcza jeżeli chcemy poznać stanowisko doktryny i praktyki w różnych gałęziach prawa. Uważam, iż takim modelowym podejściem do wyjaśnienia istoty precedensu są dotychczasowe ustalenia teoretycznoprawne⁶ oraz szczególnie użyteczne dla sądowego prawa egzekucyjnego koncepcje prezentowane przez przedstawicieli prawa prywatnego ze specjalnym uwzględnieniem prawa cywilnego⁷. Sygnalizacyjnie tylko wskażę, iż nie jest celem tego opracowania traktowanie praktyki precedensowej (innych decyzji stosowania prawa) oraz przedstawienie egzeku-

i n. Por. T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] A. Ślezińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010, s. 60 i n., <http://en.zpc.wpia.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2010/04/ZPC-WPiA-UW-precedens.pdf> [dostęp: 06.11.2016].

⁴ Z jednej strony można przedstawiać postępowanie egzekucyjne jako samodzielny proces decyzyjny, o czym świadczy między innymi występująca tu „etapowość” właściwa dla modelu decyzyjnego stosowania prawa. Zarówno obecność fazy przeddecyzyjnej (gdzie następuje ustalenie stanu faktycznego i prawnego), jak i czynności odnoszące się do fazy decyzyjnej stanowią nieodłączne elementy egzekucyjnego procesu stosowania. Z drugiej strony cele, którym postępowanie egzekucyjne służy, skłaniają mnie do potraktowania fazy egzekucyjnej jako kolejnego (już ostatniego) etapu modelu decyzyjnego stosowania prawa, w którym następuje przymusowe urzeczywistnienie norm prawa materialnego.

⁵ Zaproponowane ograniczenie podyktowane jest ramami tego opracowania, jednak dla pełnego poznania praktyki precedensowej wartościowe byłoby rozszerzenie tych obserwacji o orzecznictwo sądów niższych instancji oraz funkcjonowanie tej praktyki w pracy komorników sądowych i decyzjach podejmowanych w ramach ich działalności.

⁶ Zob. J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość...*, s. 398 i n.; T. Stawecki, *Precedens w polskim...*, s. 59 i n.; L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 301 i n.; *idem*, *Ujednolicanie orzecznictwa a precedens w sądowym stosowaniu prawa*, [w:] M. Sawczuk (red.), *Jednolitość prawa sądowego cywilnego a jego odrębności krajowe*, Lublin 1997, s. 233 i n.; M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” 1980, nr 6, s. 70 i n.; L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 10, s. 3 i n.; *idem*, *Czy precedens powinien być źródłem prawa?*, [w:] J. Malarczyk (red.), *W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa. Księga jubileuszowa w 70-lecie urodzin Profesora Henryka Groszyka*, Lublin 1996, s. 187 i n.

⁷ A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola sądów (w świetle orzecznictwa cywilnego)*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 4-5, s. 611 i n.; *idem*, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 434 i n.; M. Safjan,

cji sądowej w Polsce przez pryzmat orzecznictwa w swojej treści prezentującego problematykę „nowości normatywnej”⁸, jakkolwiek nie uniknie się obecności takiego orzecznictwa, to nie jest to argument świadczący o jego precedensowości. Założeniem mojego opracowania jest w pierwszej kolejności charakterystyka sądowych orzeczeń w sprawach egzekucyjnych z perspektywy rozumowań (obecności reguły ogólnej w precedensowym orzeczeniu) prezentowanych w uzasadnieniach orzeczeń Sądu Najwyższego.

Zaproponowane przez J. Wróblewskiego różne ujęcia precedensu⁹ (w zasadzie akceptowane przez innych przedstawicieli teorii prawa¹⁰) mogą stanowić punkt wyjścia dla badań nad znaczeniem tego terminu w sądowym postępowaniu egzekucyjnym. Za szczególnie użyteczne dla kultury prawa stanowionego przyjmuje szerokie (*sensu largo*) znaczenie precedensu¹¹. W tym ujęciu rozumowanie precedensowe w kulturze prawa stanowionego oznacza „normę ogólną zawartą w orzeczeniu sądowym, która w przyszłości będzie wpływała na inne decyzje sądowe”¹² lub, jak podkreśla L. Leszczyński, sprowadza się do zapożyczenia istniejącej już reguły z wcześniejszej decyzji¹³. Podobnie L. Morawski prezentuje pojęcie precedensu, modyfikując przy tym definicję zaproponowaną przez J. Wróblewskiego, dookreślając istotne elementy, które z perspektywy analizowanej instytucji są niezbędne¹⁴.

Jeżeli chodzi o doktrynę prawa prywatnego, to można zauważyć, iż praktyka precedensowa postrzegana jest tu z perspektywy źródeł prawa¹⁵. Wydaje się, iż takie założenie w polskim porządku prawnym wprowadza nieporozumienia w sposobie traktowania innych decyzji sądowych w rekonstrukcji podstawy decyzji. Nie ulega wątpliwości, iż stosowanie norm prawa prywatnego pozostaje pod dużym wpływem wcześniejszych decyzji sądowych w szczególności sądów najwyższych instancji¹⁶. Mówiąc o obecności

Rola orzecznictwa sądowego jako źródło prawa prywatnego, [w]: M. Safjan (red.), *System prawa prywatnego*, t. I. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 235 i n.

⁸ Dotyczących zagadnień prezentowanych po raz pierwszy na gruncie postępowania egzekucyjnego. Szerzej na temat terminu „nowość normatywna” zob. M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw....*, s. 75 i n.

⁹ Zob. J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość...*, s. 393 i n.

¹⁰ Zob. T. Stawecki, *op. cit.*, s. 60 i n.; L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 304 i n.; L. Morawski, *Precedens a...*, s. 3 i n.

¹¹ Zob. J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość...*, s. 393. Autor proponuje dla tego ujęcia następujące uzasadnienie „Decyzja D1 podjęta w warunkach w1 jest precedensem decyzji d2 w warunkach w2 (gdy w1 i w2 są różne), wówczas gdy[...] D2 daje się uzasadnić regułami R, którymi została uzasadniona d1, używając takich samych lub podobnych środków, za pomocą których uzasadniono d1 w warunkach w1[...]”.

¹² Zob. T. Stawecki, *Precedens w polskim...*, s. 60-61.

¹³ Zob. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 304.

¹⁴ Autor zwraca szczególną uwagę na fakt, iż „[...] precedensem nie jest cała decyzja sądu np. wyrok czy postanowienie, ale zawarta w sentencji lub uzasadnieniu tej decyzji norma ogólna, która staje się podstawą czy też wzorem przy rozstrzyganiu podobnych spraw w przyszłości”. Zob. L. Morawski, *Czy precedens...*, s. 187.

¹⁵ Zob. M. Safjan, *Rola orzecznictwa...*, s. 238 i n.; por. A. Stelmachowski, *Wstęp do...*, s. 434 i n.

¹⁶ Jak zauważa M. Safjan, „Prawo cywilne w największym stopniu, spośród wszystkich gałęzi prawa pozostawało zawsze pod silnym wpływem orzecznictwa, które często bardzo kreatywnie określało kierunki

argumentacji precedensowej w rekonstrukcji podstawy decyzji wprost należy powiedzieć, że nie jest ona obowiązkowa w kulturze prawa stanowionego¹⁷, stąd należy ją traktować w kategoriach dopełniających czy uzupełniających argumentację z przepisów, a nie w charakterze podstawowego źródła prawa.

Szczególne role postępowania egzekucyjnego w procesie stosowania prawa (ostatni etap procesu stosowania prawa¹⁸, przymusowo urzeczywistniający decyzje stosowania prawa) powoduje, iż procedura ta nie może funkcjonować w oderwaniu od orzecznictwa sądowego, w szczególności orzecznictwa SN, którego argumentacyjny charakter wspiera wykładnię w procesie stosowania prawa egzekucyjnego oraz uzasadnia wykorzystywanie orzecznictwa w sprawach egzekucyjnych jako argumentów walidacyjnych w rekonstrukcji normy egzekucyjnej¹⁹. Kilkuletnia praktyka zawodowa w stosowaniu przepisów prawa egzekucyjnego oraz teoretycznoprawne podejście do stosowania prawa egzekucyjnego pozwoliło mi z jednej strony traktować postępowanie egzekucyjne jako część procesu stosowania prawa, z drugiej jako odrębny proces decyzyjny²⁰. Niezależnie od tego, za którym z tych ujęć się opowiemy, obecność innych decyzji stosowania prawa będzie pożądanym i pożytecznym nośnikiem argumentacji w operatywnej wykładni na tym ostatnim etapie stosowania prawa.

2. Analiza orzecznictwa

Analizę orzecznictwa w sądowym postępowaniu egzekucyjnym ograniczyłem (na potrzeby tego tekstu) do orzeczeń Sądu Najwyższego, z uwagi na autorytet tej instytucji, jak również z powodu istnienia realnych mechanizmów ujednolicających stosowanie prawa egzekucyjnego w praktyce²¹. Za takie narzędzia uznałem instytucje uchwał roz-

wykładni, odnajdywało *de facto* nowe treści w przepisach poddawanych wykładni, wypełniało luki prawne przez racjonalne stosowanie prawa, pozwalało na adaptację starych i często anachronicznych rozwiązań do nowoczesnych wymagań współczesnego obrotu prawnego”. Zob. M. Safjan, *Rola orzecznictwa...*, s. 235. Por. A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola...*, s. 6. Por. M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw...*, s. 69.

¹⁷ Zob. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 303; *idem*, *Wykładnia prawa – model ogólny*, [w:] A. Kalisz, L. Leszczyński, B. Liżewski, *Wykładnia prawa. Model ogólny a perspektywa Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i prawa Unii Europejskiej*, Lublin 2011, s. 37.

¹⁸ Teza taka jest szczególnie uzasadniona, jeżeli mówimy o procesowym modelu stosowania prawa, który z perspektywy m.in. wartości skuteczności należy uzupełnić o tzw. etap egzekucyjny, aby można przedstawić kompletny model tego procesu, który kończy się wykonaniem decyzji stosowania prawa przez organy państwowe do tego powołane. Por. J. Wróblewski, *Zarys procesowego...*, s. 3 i n.

¹⁹ Zob. L. Leszczyński, *Wykładnia prawa...*, s. 33 i n.

²⁰ Również L. Leszczyński zwraca uwagę na możliwość takiego ujęcia postępowania egzekucyjnego w procesie stosowania prawa. Zob. A. Korybski, L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 147 i n.

²¹ Zob. M. Safjan, *Rola orzecznictwa...*, s. 246: „[...] nie można jednak tracić z pola widzenia swostych instrumentów prawnych, które wyrażają innego typu podejścia do roli i funkcji orzecznictwa kształtowanego przez najwyższy organ sądowy niż związane z podejmowaniem decyzji w konkretnych, indywi-

strzygających zagadnienie prawne²² i konstrukcję skargi kasacyjnej²³. Ta ostatnia zresztą stanowiła w większości przedmiot moich analiz.

Obserwacje praktyki orzeczniczej skoncentrowałem w obszarze dwóch okresów dwuletnich. Po pierwsze, poddałem analizie najnowsze orzecznictwo Izby Cywilnej Sądu Najwyższego dotyczące egzekucji sądowej w Polsce z lat 2014-2015, które następnie skonfrontowałem z orzeczeniami Sądu Najwyższego z pierwszych lat obowiązywania ustawy o komornikach sądowych i egzekucji²⁴ z okresu od 30.11.1997 r. do 30.11.1999 r. Z przedziału lat 2014-2015 wyselekcjonowałem 115 orzeczeń, których treść stanowi problematyka egzekucji sądowej. Analiza wybranych orzeczeń pod kątem obecności występowania elementów precedensowych objęła 47 decyzji Sądu Najwyższego, które w różnym stopniu prezentują argumentacyjność tego rozumowania. Z grupy tych orzeczeń najwięcej rozstrzygnięć dotyczy skargi kasacyjnej (27 orzeczeń) oraz odpowiedzi na przedstawione zagadnienie prawne (14 orzeczeń). W przypadku drugiego okresu badawczego sytuacja wygląda odmiennie. W przedziale od 30.11.1997 r. do 30.11.1999 r. wyszukałem 63 orzeczenia dotyczące postępowania egzekucyjnego. Z tej grupy jedynie 19 orzeczeń w minimalnym stopniu wskazuje na obecność argumentacji precedensowej (z innych decyzji sądowych). Podobnie jak w najnowszym orzecznictwie, również w tej grupie dominowały rozstrzygnięcia dotyczące skargi kasacyjnej (12 orzeczeń) oraz odpowiedzi na zagadnienia prawne (6 orzeczeń).

Już wstępne porównanie tych dwóch modułów dwuletnich pokazuje różnice w jakości argumentacji. Po pierwsze, sama liczba orzeczeń w tym przedziale czasu wskazuje na mniejsze zainteresowanie tym postępowaniem, co wiązałbym w pierwszej kolejności z liczbą spraw egzekucyjnych prowadzonych Polsce w tamtym czasie²⁵. Po drugie, uzasad-

dualnych sprawach. Ich celem jest zapewnienie jednolitości w zakresie wykładni i stosowania prawa, rozstrzyganie skomplikowanych kwestii prawnych budzących istotne wątpliwości”.

²² Szerzej B. Stępień-Załucka, *Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez Sąd Najwyższy w Polsce*, Warszawa 2016 r., Legalis [dostęp: 24.10.2016]. Autorka przedstawia instytucje uchwał rozstrzygających zagadnienia prawne jako „jedną z form działalności Sądu Najwyższego, ujednolicających orzecznictwo sądowe [...] Wykładnia prawa dokonywana przez Sąd Najwyższy w ramach udzielanych odpowiedzi na pytania kierowane do Sądu Najwyższego ma na celu zapewnienie jednolitości w rozumieniu prawa, a tym samym jednolitości orzecznictwa”.

²³ Szerzej L. Bagińska, *Skarga kasacyjna w postępowaniu cywilnym. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism procesowych i kasus*, Warszawa 2015, Legalis [dostęp: 24.10.2016]. *Ibidem*: „Przysługująca od prawomocnych orzeczeń skarga kasacyjna, jako nadzwyczajny środek zaskarżenia, ma na celu – w interesie publicznym – ujednolicanie orzecznictwa sądów powszechnych, rozstrzyganie spraw precedensowych oraz spraw o istotnym znaczeniu dla orzecznictwa sądowego i rozwoju prawa”.

²⁴ Zob. ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji, Dz. U. z 1997 r., Nr 133 poz. 882 ze zm., dalej u.k.s.e.

²⁵ W 1997 r. wpłynęło do kancelarii komorniczych 685 328 spraw, w roku 2015 komornicy sądowi przyjęli łącznie 7 958 864, co stanowi ponad dziesięciokrotny wzrost wpływu spraw w tym przedziale czasu. Zob. *Sprawozdania działalności komorników MS Kom 23 z 1997* oraz P. Ostaszewski, *Efektywność egzekucji komorniczej – obraz statystyczny*, Warszawa 2015, s. 4, https://www.iws.org.pl/pliki/files/IWS_Ostaszewski_P_Efektywność_egzekucji_komorniczej.pdf [dostęp: 10.09.2016].

nienia SN z pierwszych lat obowiązywania u.k.s.e. są związane (w sensie objętości tekstu, przedstawione w większości na jednej lub dwóch stronach), a odwołanie się w nich do innych decyzji stosowania prawa występuje punktowo. Jeżeli już argument z innej decyzji się pojawia, to występuje sygnalizacyjnie w postaci powołania sygnatury „precedensowego” orzeczenia lub grupy orzeczeń²⁶. Można również w tej grupie decyzji sądowych zaobserwować częściej praktykę w zakresie kontynuacji linii orzeczniczej²⁷ niż praktykę jej przełamania, co jest charakterystyczne dla drugiego okresu badawczego. W analizowanym orzecznictwie cytowanie fragmentów wcześniejszych orzeczeń praktycznie nie występuje. W tej grupie orzeczeń, podobnie jak w najnowszym orzecznictwie, zbliżone są problemy związane z wykładnią oraz stosowane reguły interpretacji. Zarówno obserwacja orzecznictwa z jednej, jak i drugiej grupy uzasadnia założenie o wzrastającym potencjale reguł funkcjonalnych, celowościowych i systemowych²⁸. W podobny sposób w obu grupach orzeczeń uzasadnia się stosowanie wykładni zwięzającej (argument za stosowaniem ścisłej wykładni) oraz role analogii w procesie stosowania prawa egzekucyjnego²⁹.

Podstawowe zagadnienie, które już na wstępie należało wyjaśnić, dotyczy odpowiedzi na pytanie, czy orzecznictwo sądowe w tym rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego może być traktowane jako źródło rekonstrukcji podstawy decyzji na tym ostatnim etapie stosowania prawa. Odpowiedź na tak postawione pytanie nie nasuwa większych wątpliwości, jeżeli funkcjonujemy w kulturze prawa stanowionego³⁰.

²⁶ Zob. np. wyrok SN z dnia 29 kwietnia 1998 r., I CKN 654/97, Legalis nr 44242; postanowienie SN z dnia 8 lipca 1998 r., III CZP 26/98, Legalis nr 43005; uchwała SN z dnia 26 stycznia 1999 r., III CZP 58/98, Legalis nr 43144. W tych przypadkach, gdzie pojawia się omówienie „precedensowego orzeczenia”, prezentowana argumentacja jest symboliczna.

²⁷ Jako przykłady warto odnotować m.in. uchwałę SN z dnia 22 grudnia 1997 r., III CZP 61/97, Legalis nr 32077; wyrok SN z dnia 10 lipca 1998 r., I CKN 803/97, Legalis nr 336077; postanowienie SN z dnia 25 lutego 1999 r., I CKN 1028/97, Legalis nr 327944.

²⁸ W grupie orzeczeń obejmujących lata 1997-1999 wykorzystywanie pozajęzykowych reguł wykładni wprawdzie pojawia się wyjątkowo, ale dostarcza argumentów w celu rzeczywistego (a nie pozornego) uzasadnienia rozumowania prowadzącego do wydania orzeczenia. Zob. uchwała SN z dnia 25 września 1998 r., III CZP 25/98, Legalis nr 32368; uchwała SN z dnia 26 stycznia 1999 r., III CZP 58/98, Legalis nr 43144; postanowienie SN z dnia 26 sierpnia 1999 r. III CA 4/99, Legalis nr 44654. W najnowszym orzecznictwie (2014-2015) reguły pozajęzykowe znajdują wielokrotnie zastosowanie dla uzasadnienia decyzji stosowania prawa. Zob. wyrok SN z dnia 30 kwietnia 2015 r., II CSK 349/14, Legalis 1274344.

²⁹ Warto jednak zaznaczyć, iż orzecznictwo z pierwszego okresu ostrożnie podchodzi do stosowania obu instytucji. Zob. wyrok SN z dnia 10 lipca 1998 r., I CKN 803/97, Legalis nr 336077; uchwała SN z dnia 25 czerwca 1998 r., III CZP 15/98, Legalis nr 43000; uchwała SN z dnia 26 stycznia 1999 r., III CZP 58/98, Legalis nr 43144; postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 1999 r., III CA 3/99, Legalis nr 43668; postanowienie SN z dnia 26 sierpnia 1999 r. III CA 4/99, Legalis nr 44654. Dopiero w grupie orzeczeń z okresu 2014-2015 uwidacznia się obecność rozbudowanej argumentacji za stosowaniem wykładni zwięzającej oraz analogi. Takich przykładów dostarcza m.in. uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 10 października 2014 r., III CZP 28/14, Legalis nr 1062154; uchwała SN z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 79/15, Legalis nr 1358781; postanowienie SN z dnia 2 grudnia 2015 r., IV CZ 56/15, Legalis 1396492.

³⁰ Jak starałem się wykazać w części I, korzystanie z precedensów (wcześniejszych decyzji stosowania prawa) należy traktować w kategoriach uzupełniających, dopełniających argumentację z przepisów. Z uwagi m. in. na „nasz” system prawny kategorii precedensów nie należy analizować przez pryzmat katalogu źródeł prawa.

Przyjmując, że praktyka precedensowa w sądowym postępowaniu egzekucyjnym polega na „zapożyczeniu” rozumowań z wcześniejszej decyzji stosowania prawa, które stanowią szczególnego rodzaju normę ogólną – regułę precedensową (w szerokim znaczeniu) dla rozpoznawanej sprawy – nie uniknie się odpowiedzi na pytanie o miejsce, gdzie ten precedens (wcześniejsza decyzja lub jej fragment) się uwidacznia. W orzeczeniach stanowiących przedmiot analizy w większości przypadków wcześniejsze (precedensowe) decyzje lokuje się na etapie uzasadnienia decyzji. Próba odkodowania obowiązującego w uzasadnieniu sposobu rozumowania przybliży czytelnika do rzeczywistych intencji, dlatego ta wcześniejsza decyzja jest wykorzystana jako decyzja precedensowa i w jakim zakresie³¹.

W działalności orzeczniczej SN powoływanie wcześniejszych orzeczeń z zakresu egzekucji sądowej można przedstawić co najmniej w czterech formach³², które występują z różnym natężeniem. Najczęściej wykorzystywane jest powoływanie się na sygnaturę pojedynczego orzeczenia lub grupy orzeczeń³³. Taka koncepcja jest o tyle użyteczna, ponieważ można odszukać takie orzeczenia i poznać uzasadnianie, co z pewnością może pomóc w ustaleniu elementów precedensowości. Jednakże powstaje realne zagrożenie, iż sfera argumentacyjności nie zostanie prawidłowo przez zainteresowany podmiot odkodowana i może prowadzić do błędnie formułowanych wniosków.

Najbardziej użyteczna z perspektywy argumentacji precedensowych jest forma zastosowania adaptacyjnego (wykorzystanie tezy wcześniejszego orzeczenia lub jego fragmentu), z której w analizowanych sprawach wielokrotnie SN korzysta³⁴. Przeprowadzenie rozbudowanej argumentacji uzasadnienia wcześniejszego orzeczenia lub całej linii orzeczniczej w celu zapożyczenia (zaadaptowania) precedensowej reguły wskazuje na rzeczywiste kierowanie się tym rozstrzygnięciem. Taka sytuacja ma miejsce m.in. w uchwale SN z dnia 6 czerwca 2014 r., III CZP 26/14 (Legalis nr 897446), w której SN kilkakrotnie powoływał się na wcześniejsze orzecznictwo w szczególności poprzez wykorzystanie tez z innych orzeczeń dla swojego stanu faktycznego (w celu określenia le-

³¹ Np. postanowienie SN z dnia 18 września 2014 r., V CSK 533/14, Legalis nr 1062224. Sąd Najwyższy precyzyjnie wyjaśnił w uzasadnieniu instytucję nabycia własności nieruchomości w trybie licytacji dla potencjalnego nabywcy nieruchomości oraz skutki z tym związane. Powołanie się na wcześniejsze orzecznictwo, w szczególności na fragment uzasadnienia uchwały SN z 22 listopada 2013 r., III CZP 69/13, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2013, nr 12, s. 12-13 doprowadziło do sformułowania tezy w orzeczeniu V CSK 533/14, która stanowiła fragment uzasadnienia precedensowego orzeczenia.

³² O różnych formach powoływania innych decyzji stosowania prawa zob. J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość...*, s. 399 i n.

³³ Np. postanowienie SN z dnia 9 stycznia 2014 r., V CZ 81/13, Legalis nr 787090; postanowienie SN z dnia 30 stycznia 2014 r., IV CNP 25/13, Legalis nr 787032; wyrok SN z dnia 30 kwietnia 2015 r., II CSK 349/14, Legalis nr 1274344.

³⁴ W badanych orzeczeniach forma adaptacji szczególnie pojawia się w najnowszym orzecznictwie, czego przykładem mogą być np. postanowienie SN z dnia 18 września 2015 r., I CSK 789/14, Legalis nr 1341794; uchwała SN z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 79/15, Legalis nr 1358781.

galności czynności podejmowanych przez aplikanta komorniczego). Rezultatem przeprowadzonego wnioskowania było sformułowanie tezy o braku podstawy prawnej do wydania przez aplikanta komorniczego postanowienia o ustaleniu kosztów egzekucji i zakończeniu egzekucji, a w przypadku jego wydania takie postanowienie podpisane przez aplikanta komorniczego jest nieistniejące³⁵.

Obok tych najczęściej wykorzystywanych form spotkać można wskazanie nieidentyfikacyjne, które jest najsłabszym argumentem, a wyraża się często w takich zwrotach jak: w judykaturze spotyka się, w orzecznictwie SN przeważa, nie ma w judykaturze wątpliwości, dzieląc tę linię orzecniczą³⁶ oraz powołanie się na cytat wcześniejszej decyzji, co w analizowanych orzeczeniach występuje jedynie incydentalnie. Przyjęcie założenia, że stosowaniu praktyki precedensowej w orzecznictwie SN sprzyja obecność tezy, można swobodnie obronić. Spośród wszystkich analizowanych orzeczeń tylko dwie decyzje nie były tezowane. Obecność tezy jest jednym z tych elementów orzeczenia, który wzmacnia potencjał praktyki precedensowej w procesie stosowania prawa. Dotyczy to również orzeczeń z zakresu egzekucji sądowej. W wielu z nich teza jest odzwierciedleniem stanowiska składu sędziowskiego na dany temat. W przypadku SN potencjał ten (tezy) jest na tyle doniosły, że w sądach niższego stopnia, w tym w praktyce wymiaru sprawiedliwości (również dla komorników sądowych), stanowi ona pewnego rodzaju „regulę precedensową” w procesie podejmowania decyzji³⁷.

³⁵ Jednym z głównych powodów, które doprowadziły do takiego rozstrzygnięcia a które SN wprost wskazał w uzasadnieniu, było odwołanie się do normy ogólnej wyrażonej w uchwale SN z dnia 26 września 2000 r., III CZP 26/00, OSNC 2001, nr 2 poz. 25, wskazującej „[...] że wyrok, którego sentencji skład sądu nie podpisał, nie istnieje w znaczeniu prawnoprocesowym, także wówczas gdy został ogłoszony. Sąd Najwyższy podkreślił, że pogląd ten dotyczy braku podpisów sędziów pod sentencją wyroku, [...]. Nie prowadzi jednak do odmiennej oceny sytuacja, w której orzeczenie podpisane zostało przez sędziego, który nie brał udziału w wydaniu orzeczenia [...], przez osobę nieposiadającą kompetencji do wydania orzeczenia, brak strony przeciwnej czy niespełnienie przez orzeczenie elementarnych składników, przewidzianych w ustawie”. Skład rozpoznający sprawę statusu aplikanta komorniczego uznał, że przedstawione reguły mają również zastosowanie do postanowień wydanych przez komornika jako organ egzekucyjny. Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie w następującym fragmencie „[...] postanowienie komornika podpisane przez aplikanta komorniczego nie spełnia bezwzględnych wymagań, pozwalających na uznanie go za dokument będący postanowieniem uprawnionego organu [...]”. Taka argumentacja odpowiada jednej z form wyróżnianych przez J. Wróblewskiego, a która wskazuje na „[...] powołanie się wraz z przytoczeniem fragmentów decyzji lub ich uzasadnień względnie określeniem stanu faktycznego [...]”. Zob. J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość...*, s. 399 i n.

³⁶ W analizowanych orzeczeniach z zakresu egzekucji sądowej takie formy powołania uzupełniane są wielokrotnie przykładami wcześniejszych decyzji, które SN powołuje na różnych etapach uzasadnienia, niekoniecznie ma to miejsce bezpośrednio przy zwrotach, o których mowa powyżej. Takich przykładów dostarcza m.in. wyrok SN z dnia 10 stycznia 2014 r., I CSK 183/13, Legalis nr 804289; uchwała SN z dnia 6 czerwca 2014 r., III CZP 26/14, Legalis nr 897446; postanowienie SN z dnia 25 lutego 2015 r., IV CSK 302/14, Legalis nr 1213126; wyrok SN z dnia 25 marca 2015 r., II CSK 402/14, Legalis nr 1263257.

³⁷ Dlatego jej zastosowanie – jako reguły precedensowej dla wzmocnienia argumentacji w późniejszych orzeczeniach – musi poprzedzać wnikliwa analiza stanów faktycznych, okresu, jaki minął od jej sformułowania, obowiązującego w danym momencie stanu prawnego oraz poziomów instancji. Bez

Obserwacja orzecznictwa dotyczącego egzekucji sądowej dostarcza dodatkowo ciekawych wniosków dotyczących zmiany (przełamania) dotychczasowej linii orzeczniczej wypracowanej przez Sąd Najwyższy. Analiza wybranych orzeczeń pozwala poznać wstępne motywacje SN uzasadniające odejście od dotychczas prezentowanego stanowiska w danej sprawie, jak np. zmiana stanu prawnego, inna wizja wykładni, zmiana społeczno-gospodarcza. I tak np. w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 10 października 2014 r. taki powód stanowiła zmiana stanu prawnego, co powoduje dezaktualizację dotychczasowego stanowiska³⁸. Kolejną okolicznością uzasadniającą odejście od dotychczasowej linii orzeczniczej była inna wizja wykładni, jak np. w wyroku SN z dnia 30 kwietnia 2015 r., w którego uzasadnieniu wprost wskazuje się argumenty związane z nowelizacją czy wykładnią autentyczną i funkcjonalną³⁹. Wartościową argumentacją posłużył się z kolei sąd w wyroku z 9 września 2015 r.⁴⁰, gdzie analizował na przestrzeni kilku lat różne poglądy Sądu Najwyższego w kontekście pojęcia i przesłanek bezprawności działania komornika. W tym celu posłużył się następującą argumentacją: „Wybór jednego z poglądów, zanim wątpliwości zostały usunięte uchwałą Sądu Najwyższego [...], nie może świadczyć o naruszeniu tego przepisu w aspekcie oceny przesłanki bezprawności. Jak wskazał Sąd Najwyższy [...], prospektywne działanie zastosowanej wykładni narzuca niekiedy sama praktyka sądowa, mimo braku jakiegokolwiek wzmianki w tym zakresie w orzeczeniu Sądu Najwyższego opartym na tej wykładni, radykalnie zmieniającej dotychczasową linię orzecznictwa”. Takie rozumowanie ostatecznie pozwoliło na sformułowanie istotnej dla całego postępowania egzekucyjnego tezy, zgodnie z którą: „Działanie komornika zgodnie z dominującym kierunkiem wykładni przepisu regulującego postępowanie egzekucyjne, lub w razie sprzeczności poglądów prawnych wybór jednego z nich nie uzasadnia przyjęcia przesłanki bezprawności działania w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji [...]”⁴¹.

W procesie stosowania orzeczeń z zakresu egzekucji sądowej jako argumentów walidacyjnych nie sposób przejść obojętnie obok ujawnionych reguł wykładni. Faza rekonstrukcji normy egzekucyjnej nie wyklucza wykorzystania obok przepisów prawnych (jako podstawowych argumentów walidacyjnych w operatywnej wykładni) innych decyzji stosowania prawa, w szczególności orzeczeń SN, których rola ma w większości

uwzględnienia tych minimalnych w mojej ocenie okoliczności powstaje niebezpieczeństwo dla prawidłowego wyniku rozstrzygnięcia a z pewnością dla prawidłowej argumentacji.

³⁸ Zob. uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 10 października 2014 r., III CZP 28/14, Legalis nr 1062154.

³⁹ Zob. wyrok SN z dnia 30 kwietnia 2015 r., II CSK 349/14, Legalis nr 1274344.

⁴⁰ Zob. wyrok SN z dnia 9 września 2015 r., IV CSK 659/14, Legalis nr 1360217.

⁴¹ *Ibidem*.

charakter dopełniający (uzupełniający) argumentację z przepisów⁴². Z uwagi na „nasz” typ kultury prawa (odmienny od typu kultury *common law*), argumentacja precedenso-
wa (z wcześniejszej decyzji sądowej) nie może stanowić samodzielnej podstawy decyz-
ji⁴³. Analizowane orzeczenia w sprawach z zakresu egzekucji sądowej wskazują na tzw.
złożoną podstawę decyzji, gdzie obok przepisów prawnych pojawia się argumentacja
precedensowa⁴⁴. Badane orzecznictwo dostarcza wielu przykładów, w których orzecz-
nia SN wspierają podstawową argumentację z przepisów. Jak np. w uchwale składu sied-
miu sędziów z 26.02.2015 r. III CZP 96/14, gdzie dla prawidłowego zastosowania art.
771 k.p.c. w przedmiocie ponoszenia kosztów postępowania zabezpieczającego SN wy-
korzystał i odwołał się do wcześniejszego orzecznictwa i zaprezentowanej tam argu-
mentacji dla uzasadnienia swojego rozstrzygnięcia.

W sądowym postępowaniu egzekucyjnym proces interpretacji innych decyzji sto-
sowania prawa dostarcza dodatkowo ciekawych wniosków w zakresie wykorzystywa-
nych reguł wykładni. W pierwszej kolejności odnoszę wrażenie, że realizacja zasady
clara non sunt interpretanda („jasne nie podlega interpretacji”) w sądowym postępowani-
u egzekucyjnym została przełamana regułą *omnia sunt interpretanda* („wszystko pod-
lega interpretacji”), która na tym etapie stosowania prawa wymaga użycia pełnego kano-
nu reguł wykładni. Szczególna jest przy tym rola dyrektyw wykładni systemowej
i funkcjonalnej, które wielokrotnie uzasadniały odejście od językowego znaczenia tek-
stu, tym samym stanowiąc nieprzecenione źródło argumentów weryfikacyjno-uzupeł-
niających wyniki wykładni językowej⁴⁵.

W analizowanych orzeczeniach obok ujawnionych dyrektyw wykładni SN zwracał
uwagę na szczególnie (wyjątkowy) charakter przepisów egzekucyjnych, posługując się
przy tym zasadą *exceptiones non sunt extendendae* („wyjątków nie należy interpretować
rozszerzająco”) odwoływał się do zakresu wykładni, używając interpretacji zwięzającej
(ściślej)⁴⁶. Nie bez znaczenia dla procesu wykładni w sądowym postępowaniu egzeku-

⁴² Zob. L. Leszczyński, *Wykładnia prawa...*, s. 37.

⁴³ Zob. L. Morawski, *Czy precedens...*, s. 189 i n. Por. L. Leszczyński, *Ujednolicanie orzecznictwa...*, s. 233 i n.

⁴⁴ Doskonały przykład może stanowić tu następujące rozumowanie sądu: „Akceptując stanowisko za-
prezentowane w powołanym orzeczeniu, Sąd Najwyższy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę na
podstawie [...] uchylił zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w T. do ponow-
nego rozpoznania”. Zob. postanowienie SN z dnia 28 lutego 2014 r., IV CSK 276/13, Legalis nr 993276 oraz
np. postanowienie SN z dnia 18 września 2015 r., I CSK 789/14, Legalis nr 1341794; wyrok SN z dnia
15 października 2015 r., II CSK 781/14, Legalis nr 1360062.

⁴⁵ Wskazują na to m.in. orzeczenia: uchwała SN z dnia 26 stycznia 1999 r., III CZP 58/98, Legalis
nr 43144; postanowienie SN z dnia 30 stycznia 2014 r., IV CSK 243/13, Legalis nr 787036; wyrok SN z dnia 30
kwietnia 2015 r., II CSK 349/14, Legalis nr 1274344; uchwała SN z dnia 27 sierpnia 2015 r., III CZP 42/15.

⁴⁶ Np. wyrok SN z dnia 10 lipca 1998 r., I CKN 803/97, Legalis nr 336077; postanowienie SN z dnia
26 sierpnia 1999 r., III CA 4/99, Legalis nr 44654; uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 10 paździer-
nika 2014 r., III CZP 28/14, Legalis nr 1062154; postanowienie SN z dnia 25 czerwca 2015 r., III CZP 39/15,
Legalis nr 1254492; uchwała SN z dnia 20 listopada 2015 r., III CZP 79/15, Legalis nr 135781.

cyjnym, w tym interpretacji innych decyzji, okazała się konstrukcja odpowiedniego stosowania przepisów w sądowym postępowaniu egzekucyjnym, w tym w szczególności przepisów procesu cywilnego⁴⁷. Stanowi to szczególny przypadek posługiwania się regułą *per analogiam*. Za odpowiednim stosowaniem innych decyzji przemawia z kolei m.in. podobieństwo w stanach faktycznych sprawy rozpoznawanej z wcześniejszą decyzją stosowania prawa, która w tym przypadku może stanowić podstawę do rekonstrukcji *quasi* reguły precedensowej.

3. Uwagi końcowe

Podsumowując, należy odpowiedzieć sobie na pytanie, o czym warto pamiętać, korzystając z argumentacji precedensowej w sądowym postępowaniu egzekucyjnym w Polsce. W tym celu pozwoliłem sobie wypunktować w mojej ocenie najważniejsze elementy, które przy stosowaniu argumentacji precedensowej w sądowym postępowaniu egzekucyjnym nie powinny schodzić z głównego pola widzenia w budowaniu ogólnego modelu funkcjonowania precedensu w postępowaniu egzekucyjnym. Za takie uważam:

1. Kulturę prawa stanowionego i jej odmienności od kultury *common law*.
2. Wymiar teoretycznoprawny tego zagadnienia a jego praktyczną realizację w polskim porządku prawnym.
3. Źródła prawa egzekucyjnego i rolę przepisów prawnych w rekonstrukcji normy egzekucyjnej.
4. Funkcje postępowania egzekucyjnego w procesie stosowania prawa.
5. Proces interpretacji w sądowym postępowaniu egzekucyjnym, w tym wykładnię innych decyzji stosowania prawa oraz stosowane reguły wykładni.
6. Ewolucję prawa i stosunków społecznych wraz z upływem lat.

⁴⁷ Np. uchwała SN z dnia 26 stycznia 1999 r., III CZP 58/98, Legalis nr 43144; uchwała SN z dnia 26 lutego 2014 r., III CZP 110/13, Legalis nr 761236; uchwała SN z dnia 26 czerwca 2014 r., III CZP 29/14, Legalis nr 950181; uchwała SN z dnia 11 grudnia 2015 r., III CZP 92/15, Legalis nr 1364698.

Ignorantia iuris a stosowanie prawa administracyjnego

Abstrakt

Rozdział dotyczy problematyki *ignorantia iuris* w stosowaniu prawa administracyjnego. Dopuszczalność stosowania prawa wobec podmiotów, które nie miały o nim odpowiedniej wiedzy, wywołuje liczne dyskusje, zarówno w teorii prawa, jak i w praktyce. Do problematyki nieznajomości prawa w szczególny sposób podchodzi prawo administracyjne. Jego stosowanie ma miejsce w dwóch typach decyzyjnych: administracyjnym oraz sądowym.

Tekst analizuje rolę nieznajomości prawa z perspektywy procesów decyzyjnych administracyjnego typu stosowania prawa oraz z perspektywy przedmiotu kontroli sądów administracyjnych przy wykorzystaniu wyników analizy ich orzeczeń zapadłych w okresie od 1 lipca 2015 roku do 30 czerwca 2016 roku.

Tekst przedstawia definicję i typy stosowania prawa oraz odrębności administracyjnego typu stosowania prawa. Omawia pojęcie znajomości prawa i czynniki wpływające na jej faktyczny poziom. Prezentuje rolę zasady *ignorantia iuris nocet* w zakresie ustalenia wpływu nieznajomości prawa na jego stosowanie. Szczególną uwagę poświęca zagadnieniu znajomości prawa w prawie administracyjnym. Podstawowe znaczenie w tym zakresie ma przepis art. 9 k.p.a. W celu ustalenia faktycznej roli *ignorantia iuris* w stosowaniu prawa administracyjnego w rozdziale dokonano analizy orzeczeń sądów administracyjnych zapadłych w ramach zewnętrznej sądowej kontroli administracji.

Przedstawione w tekście rozważania i wyniki badań prowadzą do wniosku, że *ignorantia iuris* odgrywa istotną rolę w stosowaniu prawa administracyjnego. Wbrew jednak niektórym opiniom wyrażanym w doktrynie, zasada *ignorantia iuris nocet* na gruncie prawa administracyjnego nie jest całkowicie uchylona, a podlega jedynie daleko idącym ograniczeniom.

1. Stosowanie prawa i jego typy

Stosowanie prawa jest to proces decyzyjny podejmowany przez kompetentny organ państwowy (lub inny podmiot wyraźnie upoważniony), prowadzący do wydania wiążącej decyzji o charakterze jednostkowym (tj. indywidualnej od strony podmiotowej i konkretnej od strony przedmiotowej)¹. Współcześnie w teorii prawa najczęściej wyróżnia się dwa zasadnicze² typy stosowania prawa, tj. sądowy oraz administracyjny³. Ni-

¹ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa: doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 15.

² W ramach typu sądowego stosowania prawa wyodrębnia się podtyp (subtyp) mediacyjny, zaś w ramach typu administracyjnego stosowania prawa podtyp (subtyp) kierowniczy.

³ A. Korybski, L. Leszczyński, *Stanowienie i stosowanie prawa*, Warszawa 2015, s. 115-117; T. Chauvin, T. Stawicki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2009, s. 193-197.

niejszy tekst poświęcam problematyce *ignoranti iuris* w stosowaniu prawa administracyjnego. Jego stosowanie, w odróżnieniu od na przykład prawa cywilnego czy karnego, ma miejsce w dwóch typach decyzyjnych: administracyjnym oraz sądowym. Od strony podmiotowej stosowanie prawa administracyjnego jest dokonywane zarówno poprzez podejmowanie decyzji przez organy administracji publicznej, jak i poprzez orzekanie mające za przedmiot kontrolę sądową decyzji administracyjnej i postępowania prowadzącego do jej wydania, dokonywaną przez sądy administracyjne⁴. Na omawiane zagadnienie spojrzę z dwóch perspektyw. Z perspektywy administracyjnego typu stosowania prawa i roli nieznanomości prawa w tym procesie oraz z perspektywy przedmiotu kontroli sądów administracyjnych przy wykorzystaniu wyników analizy orzeczeń sądów administracyjnych zapadłych w okresie od 1 lipca 2015 roku do 30 czerwca 2016 roku.

Paradygmatem administracyjnego typu stosowania prawa jest podejmowanie decyzji indywidualnych i konkretnych⁵ w trybie orzeczniczym pozasądowym⁶. Pomimo pewnych podobieństw do sądowego typu stosowania prawa typ administracyjny ma również liczne cechy charakterystyczne i istotne odrębności. Do jednej z najważniejszych należy niewątpliwie rodzaj podmiotu decyzyjnego. W typie administracyjnym podmiotami stosowania prawa są przede wszystkim organy administracyjne. Szczególnymi organami są również samorządowe kolegia odwoławcze a także inne organy, które mimo że nie mają wszystkich cech organów administracji publicznej, realizują jej zadania np. prokurator, policja, Zakład Ubezpieczeń Społecznych czy Państwowa Inspekcja Pracy⁷. W typie administracyjnym stosowania prawa usytuowanie podmiotu decyzyjnego w stosunku do innych podmiotów struktury powoduje, że podmioty działające w tym typie nie legitymują się niezawisłością. Jednocześnie usytuowanie podmiotu podejmującego decyzję w stosunku do jej adresata sprawia, że w przeciwieństwie do typu sądowego, w typie administracyjnym może występować stosunek służbowy „nadrzędności – podrzędności”, tj. podległość służbowa pomiędzy podmiotem decyzyjnym a adresatem decyzji⁸. Podstawą działań stosowania prawa przez podmioty w typie administracyjnym jest, podobnie jak w typie sądowym, norma kompetencyjna. Jednak kompetencja w typie administracyjnym stosowania prawa może polegać nie tylko na upoważnieniu szczegółowym, ale również na upoważnieniu ogólnym.

⁴ L. Leszczyński, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 4, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015, s. 4, 12-14.

⁵ Najważniejszym rodzajem decyzji podejmowanych w administracyjnym typie stosowania prawa są „decyzje administracyjne”. Formami rzadziej występującymi są „postanowienia” i „uchwały”.

⁶ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 455-456.

⁷ A. Korybski, L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 118.

⁸ L. Leszczyński, *Model decyzyjny sądowego stosowania prawa*, [w:] W. Dziedziak, B. Liżewski (red.), *Zagadnienia stosowania prawa. Perspektywa teoretyczna i dogmatyczna*, Lublin 2015, s. 51; A. Korybski, L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 121; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 196.

nym, co jest niedopuszczalne w typie sądowym⁹. Dwa zasadnicze typy stosowania prawa różnią się także odmienną proporcją pomiędzy inicjowaniem procesu decyzyjnego na wniosek i z urzędu. Należy podkreślić, że w typie administracyjnym nie jest zasadą wszczynanie postępowania na wniosek, ale ma miejsce równowaga między oboma faktami inicjującymi proces decyzyjny. W typie administracyjnym występuje również odmienna proporcja pomiędzy postępowaniami niespornymi a spornymi. W tym wypadku podstawowym trybem decydowania jest tryb niesporny. Typ administracyjny wyróżnia także inny charakter sporu. W praktyce jest to właściwie sytuacja *quasi*-sporu a jego rozstrzygnięcie nie odbywa się w warunkach pełnej kontryktywności¹⁰. Warto również zauważyć, że w procesach administracyjnego typu stosowania prawa występuje obecność celów politycznych i polityki stosowania prawa. Typ ten charakteryzuje się także szerszym zakresem kontroli decyzji stosowania prawa obejmującym obok kontroli instancyjnej i społecznej także kontrolę zewnętrzną sądową oraz kontrolę polityczną. Kontrola zewnętrzna sądowa jest dokonywana z punktu widzenia legalności, czyli zgodności z prawem, zaś kontrola polityczna dotyczy realizowania przez administrację publiczną określonych celów, zadań mających znaczenie polityczne np. realizujących interesy ogólnospołeczne. Jej wynikiem może być urzędywanie odpowiedzialności politycznej¹¹.

2. Znajomość prawa

Problematyka znajomości prawa, a zwłaszcza konieczność stosowania prawa wobec podmiotów, które nie miały o nim odpowiedniej wiedzy, stanowiła już od czasów rzymskich prawnie doniosły problem. Także obecnie, pomimo setek lat rozwoju systemów normatywnych, zagadnienia te są nadal aktualne. W literaturze uznaje się, że znajomość prawa oznacza, że adresat normy prawnej, dokonując wyboru określonego zachowania, zna wzór postępowania zalecany przez normę oraz zdaje sobie sprawę z charakteru tego zalecenia, to znaczy – wie, że ma ono charakter prawny, a nie wynika z pozaprawnych systemów normatywnych, np. norm moralnych, etycznych czy religijnych. Znajomość prawa jest kluczowym elementem świadomości prawnej, warunkującym występowanie pozostałych jej elementów (tj. oceny prawa, postaw wobec prawa

⁹ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 20-21; *idem*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *op. cit.*, s. 15.

¹⁰ L. Leszczyński, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *op. cit.*, s. 16-18; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 196; L. Leszczyński, *Model decyzyjny...*, s. 51.

¹¹ A. Korybski, L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 121-122, 131-132; L. Leszczyński, *Model decyzyjny...*, s. 51; *idem*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *op. cit.*, s. 14, 23-24.

i postulatów wobec prawa¹²⁾¹³. Poglądy doktryny formułowane w związku z ustaleniem zakresu społecznej wiedzy o prawie opierają się na dwóch podstawowych hipotezach. Pierwszą, określaną jako hipotezę optymalizacyjną społecznej znajomości prawa, sformułował F. Studnicki. Na podstawie analizy źródeł informacji o normach prawnych uznał, że optymalny stan „nasycenia” społeczeństwa wiadomościami o normach prawnych jest osiągnięty wtedy, gdy każda dorosła jednostka o normalnym poziomie umysłowym dysponuje trzema rodzajami informacji, tj. informacjami podstawowymi (czyli wiadomościami o normach wyznaczających ustrój państwa, o zasadach ważniejszych działów prawa, o podstawowych procedurach oraz o sposobach dotarcia do źródeł informacji szczegółowych), informacjami niezbędnymi z uwagi na wymagania określonych ról społecznych (tzw. informacje minimum rolowego) oraz informacjami potrzebnymi do bieżącego podejmowania decyzji. Informacje należące do dwóch pierwszych grup powinny być według F. Studnickiego obywatelom przekazane. Natomiast informacje należące do trzeciej grupy powinny być jedynie udostępnione, ale w taki sposób, by obywatele mogli łatwo do nich sięgnąć w przypadkach, w których okaże się to potrzebne¹⁴. Drugą hipotezę określaną jako minimalistyczną sformułował A. Podgórecki, który doszedł do wniosku, że społeczna wiedza o prawie sprowadza się do znajomości zasad prawnych. Literalna znajomość przepisów prawa u przeciętnych ludzi jest, zdaniem A. Podgóreckiego, na niskim poziomie, bowiem jest ona domeną prawników¹⁵. Według A. Gryniuk znajomość prawa laików jest uwarunkowana przez takie czynniki jak: sposoby funkcjonowania porządku prawnego, rodzaj gałęzi prawa i treści regulacji prawnej, sieć obiegu informacji o prawie oraz cechy społeczne i osobiste adresatów prawa, ich sytuację życiową i pełnione funkcje¹⁶.

Znajomość prawa zależy również od jego dostępności. We współczesnych państwach obowiązuje zasada, że norma prawna nie może być wiążąca, jeśli nie została oficjalnie ogłoszona. S. Wronkowska wyróżnia dwa aspekty dostępności prawa: formalny i faktyczny. Aspekt formalny przejawia się w oficjalnym, urzędowym ogłaszaniu aktów normatywnych (tj. publikacji prawa). Na aspekt faktyczny składa się zespół czynności zmierzających do zapewnienia, aby informacje o treści norm prawnych faktycznie

¹² W literaturze nie ma zgodności co do liczby i rodzajów elementów wchodzących w skład świadomości prawnej. Według M. Boruckiej-Arctowej i Z. Ziemińskiego na świadomość prawną składają się cztery elementy: wiedza o prawie (określana również jako znajomość prawa), ocena prawa, postawy wobec prawa i postulaty wobec prawa. Występują również koncepcje trójelementowe. Według A. Gryniuk na świadomość prawną składają się: wiedza o prawie, ocena prawa oraz postawy wobec prawa, zaś według A. Turkiewicz i A. Podgóreckiego wiedza o prawie, ocena prawa i postulaty wobec prawa.

¹³ A. Pieniążek, M. Stefaniuk, *Socjologia prawa. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 156, 167-168.

¹⁴ F. Studnicki, *Znajomość i nieznanie prawa*, „Państwo i Prawo” 1962, z. 4, s. 580-582; A. Gryniuk, *Świadomość prawna (studium teoretyczne)*, Toruń 1979, s. 15-16.

¹⁵ A. Gryniuk, *op. cit.*, s. 17-18; A. Pieniążek, M. Stefaniuk, *op. cit.*, s. 169.

¹⁶ A. Gryniuk, *op. cit.*, s. 35-36.

docierały do zainteresowanych. W praktyce niezwykle ważne jest więc odpowiednie zorganizowanie systemu udostępniania zainteresowanym tekstów aktów normatywnych, w tym zapewnienie fizycznej dostępności dzienników publikacyjnych oraz dostępności do publikacji aktów normatywnych w formie elektronicznej. W Polsce kwestie te szczegółowo reguluje ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych¹⁷. W świetle przepisu art. 26 tejże ustawy bardzo istotne obowiązki w tym zakresie spoczywają na terenowych organach administracji rządowej oraz organach samorządu terytorialnego. Duży wpływ na faktyczną dostępność prawa ma również zapewnienie dostatecznie długiego *vacatio legis*, tak by umożliwić zainteresowanym zapoznanie się z tekstami ustanowionych aktów normatywnych¹⁸.

Prawodawca, dążąc do zapewnienia znajomości prawa, powinien również dbać o jego jasność, komunikatywność i przejrzystość. Komunikatywne, a zarazem precyzyjne redagowanie tekstów prawnych jest warunkiem należytego porozumiewania się prawodawcy z adresatami stanowionych przez niego norm. Postulat przejrzystości prawa odnosi się zarówno do samego języka, w jakim prawodawca formułuje przepisy prawne, jak i do konstrukcji całych tekstów prawnych oraz całego systemu. Od języka prawnego wymaga się, by był precyzyjny, zwięzły, a zarazem komunikatywny (tj. uwzględniający możliwości percepcyjne adresatów). Jednocześnie należy pamiętać, że jego najważniejszą cechą, z której redaktorowi tekstu absolutnie nie wolno rezygnować, jest adekwatność do zamierzeń prawodawcy. W praktyce między zwięzłością, precyzją a komunikatywnością tekstu dla jak najszerszego grona adresatów może dochodzić do konfliktów. Sposób redagowania tekstu prawnego powinien więc wyznaczać sposób rozstrzygania tych konfliktów, bowiem przedkładanie cechy komunikatywności nad jednoznacznością tekstu stwarza niebezpieczeństwo dla pewności prawa. S. Wronkowska wyróżnia dwa aspekty przejrzystości i komunikatywności prawa. Pierwszy – tzw. aspekt „wyszukiwawczy” zakłada, że system prawa czy akt normatywny jest tym bardziej komunikatywny i przejrzysty, im łatwiej w ogromnym współcześnie zbiorze przepisów znaleźć przepisy aktualne. W świetle drugiego aspektu, tzw. interpretacyjnego tekst jest tym bardziej komunikatywny, im łatwiej bez zawiłych zabiegów wykładni wymagających wyrafinowanej wiedzy prawniczej można uzyskać na jego podstawie odpowiedzi na interesujące pytania prawne¹⁹.

Na tle przedstawionych w zarysie poglądów dotyczących znajomości prawa, społecznej wiedzy o prawie i czynników wpływających na jej faktyczny poziom, pojawia się

¹⁷ T. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 296 ze zm.

¹⁸ S. Wronkowska, *Kryteria oceny prawa*, [w:] E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa (lata 1989-1999)*, Toruń 2001, s. 42; S. Wronkowska, *Publikacja aktów normatywnych – przyczynek do dyskusji o państwie prawnym*, [w:] G. Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992, s. 337-338.

¹⁹ S. Wronkowska, *Kryteria oceny...*, s. 43-44; S. Wronkowska, *Postulat jasności prawa i niektóre metody jego realizacji*, „Państwo i Prawo” 1976, z. 10, s. 26.

zasadnicza kwestia, jak współcześnie wygląda możliwość stosowania prawa wobec podmiotów, które nie mają o nim odpowiedniej wiedzy. W doktrynie nieznajomość (nieświadomość) prawa bądź niewiedza o prawie utożsamiana jest najczęściej z tzw. *ignorantia iuris*²⁰. Podstawową rolę w zakresie ustalenia wpływu nieznajomości prawa na jego stosowanie odgrywa zasada *ignorantia iuris nocet*²¹. W tłumaczeniu stwierdza ona, iż nieznajomość prawa szkodzi. W praktyce sformułowanie to wskazuje, że w rezultacie tej niewiedzy powstaje skutek niekorzystny (szkoda) dla nieznanego prawa²². Zasada ta wywodzi się z porządku prawnego starożytnego Rzymu, w którym stanowiła jeden z podstawowych kanonów praktyki prawniczej²³. Jej rola również współcześnie jest bardzo istotna. Polski system prawa, tak jak inne systemy prawa, opiera się na tej zasadzie. We współczesnym demokratycznym państwie zasada *ignorantia iuris nocet* jest traktowana jako istotny element bezpieczeństwa prawnego i pewności obrotu prawnego²⁴. W literaturze zasadzie tej poświęca się wiele analiz i dyskusji²⁵. Szczególnie interesująca, biorąc pod uwagę tematykę niniejszego tekstu, jest dokonana przez W. Langa analiza relacji zachodzących między zasadą *ignorantia iuris nocet* a koncepcjami wykładni prawa²⁶. Fundamentalne znaczenie tej zasady znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego „podważenie zasady *ignorantia iuris nocet*, a więc przyjęcie, że nieznajomość prawa tłumaczyć może określone działania bądź zaniechania, prowadziłoby do negacji spójności i pewności prawa oraz do nieprzewidywalnych skutków w praktyce orzeczniczej”²⁷. Jednocześnie podkreśla się, iż zasada ta od wielu stuleci jest przyjęta w systemie prawnym każdego państwa z uwagi na warunek efektywności norm prawnych²⁸. W toku

²⁰ Z. Duniewska, *Ignorantia iuris w prawie administracyjnym*, Łódź 1998, s. 104.

²¹ W piśmiennictwie można spotkać także formuły pokrewne np. *ignorantia legis non excusat*, np. tak F. Studnicki, *Obecna rola zasady „nie można zasłaniać się nieznajomością prawa”*, „Studia Cywilistyczne” 1967, nr 10, s. 6.

²² We współczesnych systemach prawnych konsekwencje obowiązywania tej zasady mogą być w niektórych przypadkach łagodzone na mocy przepisów dopuszczających uwzględnienie przez organy państwa tzw. błędu co do prawa.

²³ Z. Duniewska, *op. cit.*, s. 112-113, 116.

²⁴ W. Wołodkiewicz, *Nieznajomość prawa szkodzi (u źródeł zasady ignorantia iuris nocet)*, [w:] G. Bałtrusajtys (red.), *Prawo wczoraj i dziś: studia dedykowane profesor Katarzynie Sójce-Zielińskiej*, Warszawa 2000, s. 398.

²⁵ Zob. na przykład D. Czerniak, *Granice obowiązywania zasady ignorantia iuris nocet w polskim procesie karnym*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2015, vol. 4, s. 201-218; F. Studnicki, *Obecna rola zasady...*, s. 3-25; M. Płachta, *Obowiązywanie reguły ignorantia iuris nocet w odniesieniu do cudzoziemców*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1986, z. 2, s. 51-68; J. Podczaszy, *Ignorantia iuris nocet. O powszechnej nieznajomości prawa*, „Roczniki Nauk Społecznych” 2015, nr 4, s. 33-42.

²⁶ W. Lang, *Zasada clara non sunt interpretanda w kontekście zasady ignorantia iuris nocet oraz zasady zaufania obywateli do prawa*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005, s. 169-183.

²⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 listopada 2009 r., SK 36/07, LEX nr 530231; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lutego 2015 r., Ts 140/14, LEX nr 1770603.

²⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 17 kwietnia 2008 r., I SA/Po 25/08, LEX nr 470509.

orzekania sądy, jak również inne organy rozstrzygające, powołują tę zasadę dość powszechnie w uzasadnieniach własnych orzeczeń w sposób, który sugeruje włączenie jej w normatywną podstawę rozstrzygnięcia.

Należy zauważyć, iż w kontekście zasady „nieznajomość prawa szkodzi”, w literaturze i orzecznictwie powszechnie funkcjonuje inna, posiadająca również wielowiekową tradycję, zasada „fikcji powszechnej znajomości prawa”. Na jej podstawie przyjmuje się, że akt normatywny należycie ogłoszony jest *ipso iure* powszechnie znany adresatom zawartych w nim norm²⁹. Zdaniem Sądu Najwyższego „przyjęcie fikcji powszechnej znajomości przepisów prawnych zamieszczonych w należycie ogłoszonych i obowiązujących aktach prawnych jest konieczne ze względu na pewność i bezpieczeństwo obrotu prawnego”³⁰. Wzajemne relacje tych dwóch zasad są przedmiotem dyskusji w doktrynie. Niektórzy, np. J. Jabłońska-Bonca i M. Zieliński, uważają, że zasady te są odmiennymi konstrukcjami, które powinny być przyjmowane alternatywnie dla osiągnięcia skuteczności prawa³¹. Z kolei A. Turska wskazuje, że zasada *ignorantia iuris nocet* powinna być traktowana jako tożsama znaczeniowo z fikcją powszechnej znajomości prawa. Obie zasady byłyby więc czymś na kształt dwóch stron (pozytywnej i negatywnej) tego samego zjawiska³². W doktrynie pojawiają się także głosy postulujące konieczność zastąpienia fikcji powszechnej znajomości prawa domniemaniem znajomości prawa, pozwalającym w konkretnym przypadku na przeprowadzenie dowodu przeciwnego, wskazującego na fałszywość wniosku domniemania³³.

3. Znajomość prawa w prawie administracyjnym

Do problematyki nieznajomości prawa w sposób szczególny podchodzi prawo administracyjne. Jego cechy, a zwłaszcza obszerność i skomplikowanie występujących w nim regulacji, zaowocowały umieszczeniem w kodeksie postępowania administracyjnego³⁴ przepisu art. 9, który w istotny sposób wpływa na funkcjonowanie zasady *ignorantia iuris nocet* w postępowaniu administracyjnym. W świetle tego przepisu „organy administracji publicznej są obowiązane do należytego i wyczerpującego informowania stron o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego. Orga-

²⁹ P. Winczorek, [w:] J. Kowalski, W. Lamentowicz, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 290.

³⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2006 r., I CK 233/05, LEX nr 176399.

³¹ J. Jabłońska-Bonca, M. Zieliński, *Aspekty jawności prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988, z. 3, s. 46.

³² A. Turska, *O fikcji powszechnej znajomości prawa*, „Państwo i Prawo” 1957, z. 9, s. 307.

³³ Z. Duniewska, *op. cit.*, s. 103.

³⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm. (dalej k.p.a.).

ny czuwają nad tym, aby strony i inne osoby uczestniczące w postępowaniu nie poniosły szkody z powodu nieznajomości prawa, i w tym celu udzielają im niezbędnych wyjaśnień i wskazówek”. Określona w tym przepisie zasada informowania stron i innych uczestników postępowania przez organ administracji publicznej kształtuje obowiązki z niej wynikające w sposób zróżnicowany, tzn. w zależności od podmiotu, wobec którego mają być wykonywane³⁵. W stosunku do stron postępowania organ jest obowiązany udzielać informacji o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na wynik sprawy. Organ prowadzący postępowanie musi dbać także o to, aby strony nie poniosły szkody z powodu nieznajomości prawa. W stosunku do pozostałych uczestników postępowania na organie administracyjnym spoczywa jedynie ten drugi obowiązek, tj. dbanie o nieponiesienie przez nich szkody z powodu nieznajomości prawa³⁶.

Realizacja przepisu art. 9 k.p.a. wpływa w znaczący sposób na realizację innych zasad ogólnych postępowania administracyjnego, w szczególności zasady praworządności, prawdy obiektywnej, ugodowego załatwienia spraw czy budzenia zaufania uczestników postępowania do władzy publicznej. Należy podkreślić, że przepis ten nie stawia jednak organu administracji w pozycji pełnomocnika strony, ponieważ uregulowany w tym przepisie obowiązek jest mimo wszystko ograniczony. Jego celem nie jest doprowadzenie do rozstrzygnięcia sprawy na korzyść obywatela, lecz jedynie doprowadzenie do swoistego „wyrównania szans” w postępowaniu – organ nie może bowiem wykorzystać braku wiedzy prawniczej strony postępowania. Przepis ten wprowadza w praktyce bezwzględny zakaz wykorzystywania przez organy administracji nieznajomości prawa przez obywateli lub przerzucania skutków nieznajomości prawa przez urzędników na obywateli³⁷. Obowiązek informowania stron ciąży na organach administracji zwłaszcza w sprawach, których okoliczności dają podstawę do wniosku, że strona pierwszy raz zetknęła się z takimi problemami faktycznymi i prawnymi, nie mając przygotowania pozwalającego na ich rozeznanie³⁸. Natomiast w stosunku do podmiotów profesjonalnych (adwokatów, radców prawnych, doradców podatkowych, rzeczników patentowych)

³⁵ A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz Lex*, Warszawa 2013, s. 165; R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 107; B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Warszawa 2015, s. 42-43.

³⁶ W. Chróścielewski, J.P. Tarno, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2016, s. 50.

³⁷ A. Wróbel, M. Jaśkowska, *op. cit.*, s. 166; K. Celińska-Grzegorzczak, *Zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa w orzecznictwie sądów administracyjnych*, [w:] J. Niczyporuk (red.), *Kodyfikacja postępowania administracyjnego: na 50-lecie K.P.A.*, Lublin 2010, s. 62; H. Knysiak-Molczyk, [w:] H. Knysiak-Molczyk (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 88.

³⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 grudnia 1984 roku, III SA 729/84, ONSA 1984, nr 2, poz. 117.

oraz w odniesieniu do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, zakres tego obowiązku jest w orzecznictwie sądowym interpretowany zwężająco³⁹.

Skutki przepisu art. 9 k.p.a. dla stosowania zasady *ignorantia iuris nocet* w prawie administracyjnym nie są jednoznacznie określone, zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie. Zdaniem wielu autorów przepis ten w ogóle wyłącza jakąkolwiek możliwość stosowania tej zasady w ramach postępowania administracyjnego⁴⁰. Niektórzy wręcz uważają, że omawiana regulacja stanowi odwrotność (przeciwieństwo) *paremii*, według której nieznajomość prawa szkodzi⁴¹. Według innych autorów zastosowanie tej zasady w kontekście art. 9 k.p.a. podlega daleko idącemu ograniczeniu⁴². Można spotkać się również ze stanowiskiem, że przepis ten w stosunku do stron w ogóle uchyla zasadę *ignorantia iuris nocet*, zaś w stosunku do uczestników postępowania zasadę tę ogranicza⁴³.

4. Znajomość prawa w stosowaniu prawa administracyjnego

W celu bliższego ustalenia faktycznej roli *ignorantia iuris* w administracyjnym typie stosowania prawa dokonałem analizy orzeczeń sądów administracyjnych zapadłych w ramach zewnętrznej sądowej kontroli administracji⁴⁴. Zakres czasowy badania obejmował orzeczenia zapadłe w okresie od 1 lipca 2015 roku do 30 czerwca 2016 roku. Analizę przeprowadziłem pod kątem występowania w orzeczeniach nie tylko formuły: *ignorantia iuris*⁴⁵ i jej polskiej odmiany tj. „nieznajomości prawa”, ale również pod kątem występowania formuły „znajomość prawa”. W badanym okresie sądy administracyjne wydały 26 orzeczeń, w treści których powołano się na *ignorantia iuris*, 792 orzeczenia, w treści których powołano się na „nieznajomość prawa” i 304 orzeczenia, w treści których powołano się na „znajomość prawa”. Analizę orzecznictwa przeprowadziłem z perspektywy roli, jaką pełnią badane formuły w procesie podejmowania decyzji przez organy administracyjne I i II instancji. Uwzględniłem, czy argumenty te zostały podniesione przez stro-

³⁹ H. Knysiak-Molczyk, *op. cit.*, s. 85-86.

⁴⁰ Z. Duniewska, *op. cit.*, s. 102; Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 33; M. Wierzbowska, A. Wiktorowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 69; R. Kędziora, *op. cit.*, s. 116; H. Knysiak-Molczyk, *op. cit.*, s. 80.

⁴¹ Z. Niewiadomski, [w:] A. Mudrecki (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2008, s. 40; K. Wojciechowska, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 54.

⁴² P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 64; W. Lang, *op. cit.*, s. 182.

⁴³ A. Wróbel, M. Jaśkowska, *op. cit.*, s. 166; K. Choraży, W. Taras, A. Wróbel, *Postępowanie administracyjne i postępowanie egzekucyjne w administracji*, Kraków 2002, s. 32.

⁴⁴ Badanie przeprowadziłem przy wykorzystaniu Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych dostępnej pod adresem: www.orzeczenia.nsa.gov.pl [dostęp: 1.07.2016].

⁴⁵ Ewentualnie *ignorantia iuris nocet*.

nę, czy przez organ z urzędu i czy miały wpływ na podejmowane decyzje. Dokonałem również analizy z perspektywy dokonującego kontroli administracji sądu administracyjnego I i II instancji. W tym zakresie także wziąłem pod uwagę, czy konkretny argument został podniesiony przez sąd z urzędu, czy na wniosek strony i czy miał wpływ na treść wydanego przez Wojewódzki Sąd Administracyjny (dalej: WSA) i Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) orzeczenia. W swoim badaniu przeanalizowałem również, jakich dziedzin prawa dotyczą sprawy, w których są podnoszone wyżej wymienione formuły.

Przechodząc do wyników mojej analizy na wstępie chciałbym zaznaczyć, że w przebadanej liczbie ponad 1000⁴⁶ orzeczeń znalazło się bardzo wiele takich, w których treści analizowane formuły zostały powołane tylko raz i nie podlegały dalszemu rozwinięciu. W związku z tym orzeczenia te okazały się nieprzydatne dla realizacji celów mojego badania. Jednocześnie w wielu orzeczeniach omawiane zwroty nie występują dosłownie, a są zastępowane przez określenia bliskoznaczne np. „nieznajomość prawa” niekiedy jest zastępowana przez określenia „brak wiedzy” czy „brak świadomości” o prawie.

W analizowanym zbiorze orzeczeń udało mi się odnaleźć tylko kilka, w treści których znalazła się informacja, że przed organami administracji I instancji została powołana jedna z trzech badanych formuł. W siedmiu orzeczeniach strona powołała się na nieznajomość prawa (w niektórych niedosłownie tak sformułowaną), a argument ten został przez organ we wszystkich sprawach oddalony, tzn. nie był brany pod uwagę przy podejmowaniu decyzji stosowania prawa. Z kolei w dwóch sprawach organ administracji I instancji podniósł z urzędu argument „znajomości prawa” i uwzględnił go w procesie decyzyjnym. Wśród analizowanych orzeczeń udało mi się znaleźć zdecydowanie więcej takich, które zawierają w swojej treści informacje o postępowaniu przed organami administracji II instancji. Okazało się, że na tym etapie postępowania były powoływane wszystkie trzy formuły. Najczęściej⁴⁷ była to „nieznajomość prawa”. Była ona podnoszona tylko przez strony, a argument ten był zawsze oddalany przez organy przy podejmowaniu decyzji stosowania prawa. *Ignorantia iuris* i „znajomość prawa” były z kolei podnoszone wyłącznie przez organy II instancji i w związku z tym były uwzględniane w procesie decyzyjnym.

W badanym zbiorze najwięcej orzeczeń zawiera w swojej treści informacje o powołaniu analizowanych formuł, w postępowaniu przed sprawującymi kontrolę administracji sądami administracyjnymi I i II instancji. Przed WSA najczęściej jest podnoszony i to zarówno przez strony, jak i przez sąd, z urzędu zarzut „nieznajomości prawa”. Gdy argument ten jest powoływany przez sąd, znajduje zawsze zastosowanie przy podjęciu decyzji, zaś gdy jest podnoszony przez stronę, to jedynie w około 30% spraw jest

⁴⁶ Dokładnie 1122 orzeczeń.

⁴⁷ W 32 sprawach.

uwzględniany. W pozostałych sprawach argument ten zostaje oddalony (w ok. 60% spraw), ewentualnie jest przez sąd pominięty (w ok. 10% spraw). Przed sądem administracyjnym I instancji formuły *ignorantia iuris* i „znajomość prawa” są powoływane zarówno przez WSA, jak i przez strony. W trakcie orzekania są brane pod uwagę przez sąd w podobnych proporcjach jak formuła „nieznajomość prawa”. Na etapie postępowania przed NSA spośród badanych formuł najchętniej wykorzystywaną jest także „nieznajomość prawa”. Częściej powołują się na nią strony niż sąd. Cechą charakterystyczną jest to, że w przypadku powołania się na nią przez stronę w wielu sprawach (w ok. 42%) NSA nie zajmuje w kwestii tego zarzutu stanowiska, pomijając go przy wydawaniu orzeczenia. „Znajomość prawa” została powołana w kilku sprawach zarówno przez sąd, jak i stronę. Najczęściej argument ten był oddalony przez NSA. Najrzadziej przed sądem administracyjnym II instancji jest wykorzystywana formuła *ignorantia iuris*. W badanym zbiorze była podnoszona jedynie przez sąd w trzech sprawach i zawsze miała wpływ na wydawane orzeczenia.

Analizując wyniki przeprowadzonego badania warto także zauważyć, iż omawiane formuły powoływane są nie sentencjach, lecz zawsze w uzasadnieniach orzeczeń sądów administracyjnych. Najczęściej występują w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych, prawa podatkowego, bezrobocia, pomocy społecznej i prawa budowlanego.

Podsumowując uważam, że *ignorantia iuris* odrywa istotną rolę w stosowaniu prawa administracyjnego. Analiza orzeczeń sądów administracyjnych zapadłych w ramach sądowej kontroli administracji prowadzi jednak do wniosku, iż pomimo obowiązywania przepisu art. 9 k.p.a. nie we wszystkich sprawach „nieznajomość prawa” jest uwzględniana przy podejmowaniu decyzji stosowania prawa. Oznacza to, że zasada *ignorantia iuris nocet* na gruncie prawa administracyjnego nie jest wyłączona w sposób bezwzględny. W praktyce administracyjnych organów rozstrzygających niejednokrotnie można dostrzec, iż podnoszony przez stronę zarzut „nieznajomości prawa” jest w myśl zasady *ignorantia iuris nocet* oddalany i tym samym nie ma wpływu na decyzję stosowania prawa. Przykładem tego typu działań jest decyzja Prezesa NFZ podjęta w sprawie ostatecznie rozstrzygniętej przez WSA w Warszawie 18 marca 2016 roku⁴⁸. W przedmiotowej sprawie organ I instancji, tj. Dyrektor Oddziału Wojewódzkiego NFZ w drodze decyzji ustalił, że Pani M.S. jest obowiązana do poniesienia kosztów refundacji leków. Osoba ta zawarła z Kasą Chorych umowę dobrowolnego ubezpieczenia zdrowotnego i za jeden miesiąc spóźniła się z wpłatą składki. Zdaniem organu I instancji nieopłacenie składki w terminie do 15 dnia następnego miesiąca spowodowało rozwiązanie umowy ze skutkiem natychmiastowym. Pomimo tego M.S. korzystała ze świadczeń opieki zdro-

⁴⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 marca 2016 r., VI SA/Wa 2980/15, www.orzeczenia.nsa.gov.pl [dostęp: 1.07.2016].

wotnej i jako osoba nieuprawniona według ww. organu miała refundowane leki. Strona wniosła odwołanie od tej decyzji, wskazując, że w jej przekonaniu była osobą ubezpieczoną, ponieważ uzupełniła zaległość i przez kolejne cztery lata opłacała składki. Jej zdaniem fakt tego nie kwestionował również NFZ, przyjmując składki pod tytułem realizacji umowy ubezpieczenia do końca okresu jej obowiązywania. Rozpatrując odwołanie organ II instancji, tj. Prezes NFZ wskazał, że zgodnie z jedną z naczelných zasad systemu prawnego – tj. *ignorantia iuris nocet*, nie można zasłaniać się nieznajomością normy prawnej. Zdaniem organu oznacza to, że nikt nie może podnosić, iż zachował się niezgodnie z normą dlatego, że nie wiedział o jej istnieniu. Powołując się na powyższe, stwierdził, że nie znajduje podstaw do zmiany decyzji. M.S. wniosła na tę decyzję skargę do WSA w Warszawie. Sąd ten orzekł, że w świetle przepisu art. 7, 8 i 9 k.p.a. nie może uznać, że cytowana przez organ naczelną zasadą systemu prawnego – *ignorantia iuris nocet*, może odnosić się do tego przypadku w powołanym rozumieniu. Podkreślił, że cytowana zasada obowiązuje obie strony postępowania, w tym także organ. Zdaniem sądu ignorowanie faktu opłacania składek przez okres 4 lat przy jednoczesnym uznawaniu skarżącej za osobę nieubezpieczoną rażąco naruszałoby zaufanie do państwa i jego jednostek organizacyjnych. Organy swym długoletnim i konsekwentnym zachowaniem wobec skarżącej uzewnętrzniały zamiar bycia związanym z nią umową zawartą w sposób dorozumiany.

Warto podkreślić, że w analizowanym zbiorze orzeczeń znalazły się również takie sprawy (najczęściej z zakresu prawa podatkowego), w których decyzja o nieuwzględnieniu przez organ administracji zgłoszonego przez stronę zarzutu „nieznajomości prawa” została następnie uznana za prawidłową w ramach sądowej kontroli administracji⁴⁹.

Brak pełnego dostępu do decyzji wydawanych w administracyjnym typie stosowania prawa powoduje, że w praktyce skala przypadków stosowania prawa wobec podmiotów, które nie mają o nim odpowiedniej wiedzy, jest trudna do oszacowania. Należy przypuszczać, że nie zawsze strona, która bezskutecznie powołała się na „nieznajomość prawa”, decyduje się na sądową kontrolę niekorzystnej dla siebie decyzji. Dlatego też analiza orzecznictwa sądów administracyjnych z pewnością nie pozwala na pełną ocenę tego zjawiska. Można jednak uznać, iż na gruncie prawa administracyjnego, wbrew niektórym opiniom wyrażanym w doktrynie, zasada *ignorantia iuris nocet* nie jest całkowicie uchylona, a podlega jedynie daleko idącym ograniczeniom.

⁴⁹ Na przykład wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 17 września 2015 r., I SA/Wr 1093/15, www.orzeczenia.nsa.gov.pl [dostęp: 1.07.2016].

System prawa

Rola Najwyższej Izby Kontroli w procesie kontroli stosowania i w zakresie inspirowania zmian prawa

Abstrakt

W toku każdej kontroli NIK stosuje kryterium legalności oznaczające badanie zgodności kontrolowanej działalności z przepisami prawa. Przygotowując kontrolę, NIK ustala więc treść norm prawnych wiążących kontrolowany podmiot, który jednak nie ma wiedzy na temat treści przyjętego w ten sposób przez NIK wyznacznika kontroli. Podmiot kontrolowany może złożyć zastrzeżenia do sporządzanego przez NIK wystąpienia pokontrolnego. Zastrzeżenia mogą dotyczyć także ustalonego przez NIK brzmienia obowiązujących norm. Zgodnie z przepisami, orzecnictwem sądów administracyjnych oraz międzynarodowymi standardami, ustalenia kontrolne NIK nie podlegają weryfikacji, poza procedurą rozpatrzenia przez wewnętrzne organy NIK zgłoszonych przez kontrolowanego zastrzeżeń. W tekście stawiane jest pytanie o zasadność objęcia *de lege ferenda* kognicją sądów administracyjnych weryfikacji poprawności treści norm prawnych, jakie NIK przyjął jako podstawę przeprowadzonej kontroli. Osobna część tekstu poświęcona jest prezentacji zakresu korzystania przez NIK ze szczególnie uregulowanego prawa do zgłaszania wniosków *de lege ferenda* oraz procedury ich rozpatrywania. Poziom realizacji tych wniosków wskazuje na brak należytego wykorzystania przez prawodawcę inspiracji legislacyjnej wynikającej z wiedzy pozyskiwanej przez NIK w toku realizowanych kontroli.

1. Wstęp

Najwyższa Izba Kontroli (nazywana dalej także „NIK” lub „Izbą”) jest konstytucyjnym naczelnym organem kontroli państwowej. Wykonywanie funkcji kontrolnej wiąże się m.in. z potrzebą ustalania – w toku przygotowywania i przeprowadzania każdej jednostkowej kontroli – stanu prawnego związanego z kontrolowanym obszarem. Obowiązujący sposób przygotowania kontroli – obejmujący ustalenie treści wyznaczników prawnych kontroli – oraz sposób przeprowadzania kontroli, w tym dopuszczalne tryby kwestionowania prawidłowości dokonanych przez NIK ustaleń, ma określone znaczenie prawne, także z punktu widzenia realizacji chronionych konstytucyjnie zasad demokratycznego państwa prawnego. Zagadnieniu temu poświęcona jest pierwsza część niniejszego opracowania.

Specyficzną kompetencją, przyznaną obok NIK także Rzecznikowi Praw Obywatelskich¹ oraz Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego², jest występowanie z wnioskami o zmianę prawa. Ustawa o Najwyższej Izbie Kontroli³ określa szczególny sposób postępowania z wnioskami, obejmujący prawny obowiązek Prezesa Rady Ministrów do przedstawienia Marszałkowi Sejmu stanowiska wobec wniosków *de lege ferenda* sformułowanych przez NIK. W drugiej części tekstu analizowane jest uprawnienie NIK do składania tych wniosków oraz ogólnego udziału w procesie legislacyjnym oraz związek tego uprawnienia z działalnością kontrolną. Przedmiotem wymagającym rozważenia jest wskazanie formalnego i faktycznego adresata wniosków *de lege ferenda* oraz znaczenie przedstawionego przez premiera stanowiska do tych wniosków dla zasadności i możliwości ich realizacji.

2. Status prawny Najwyższej Izby Kontroli

Status ustrojowy Najwyższej Izby Kontroli określony jest przez art. 202 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁴, zgodnie z którym NIK jest naczelnym organem kontroli państwowej⁵. Systematyka Konstytucji wyodrębniła organ kontroli państwowej oraz organy ochrony prawa w rozdziale IX – czyli poza rozdziałami dotyczącymi władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej, podkreślając tym samym, że literalnie organy te nie są objęte statuowaną w art. 10 ust. 1 Konstytucji zasadą podziału i równowagi się władz. Brzmienie przepisu art. 10 ust. 1 obejmuje właśnie władzę ustawodawczą, władzę wykonawczą i władzę sądowniczą, a NIK nie przynależy do żadnej z tych trzech władz. Wydaje się jednak uprawnione i uzasadnione, aby z zasady wynikającej z treści art. 10 ust. 1 wywodzić także pewne skutki dla działalności NIK, co zostanie omówione w dalszej części tekstu. Ustrojowe wyodrębnienie NIK jako konstytucyjnego organu nieprzynależącego do żadnej z trzech władz objętych zasadą podziału nie oznacza bowiem, że wykonywanie przez NIK ustrojowych i ustawowych zadań może odbywać się bez uwzględnienia konstytucyjnych zasad, w tym zasad określających reguły współdziałania konstytucyjnych organów państwa⁶.

¹ Zob.: art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2014 r. poz. 1648 ze zm.).

² Zob.: art. 5 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. z 2016 r. poz. 1254).

³ Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. z 2015 r., poz. 1096 ze zm.).

⁴ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁵ Co stanowi powtórzenie brzmienia art. 1 ust. 1 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli obowiązującej już w dacie uchwalania Konstytucji.

⁶ „[...] fakt wyodrębnienia NIK w Konstytucji RP nie oznacza, że Izba staje się organem «dryfującym» samodzielnie, bez jakiegokolwiek instytucjonalnego powiązania z innymi podmiotami w obrębie aparatu władzy. Tak rozumiana niezależność, czy to w odniesieniu do NIK, czy też do innego organu państwa, stała-

Przepis art. 202 ust. 2 wskazuje na podległość Najwyższej Izby Kontroli Sejmowi. Szczegółowe omówienie form, w jakich realizuje się ta podległość, wymagałoby odrębnego opracowania. Na potrzeby prowadzonego wywodu wskazać jedynie należy, że podległość ta obejmuje kilka obszarów, w których Sejm i jego organy władczo oddziałują na NIK w zakresie: organizacyjnym (określanie przez Marszałka Sejmu organizacji wewnętrznej NIK oraz wydawanie innych wiążących NIK zarządzeń), kreacyjnym (w szczególności powoływanie i odwoływanie prezesa i wiceprezesów NIK), funkcjonalnym (wpływ na kształtowanie planu pracy NIK, przedstawianie przez NIK Sejmowi i jego organom wyników przeprowadzonych kontroli)⁷. Sejm i jego organy mają też prawo zlecać NIK przeprowadzenie kontroli. Podkreślenia wymaga, że ani Sejm, ani jego organy nie mają natomiast wpływu na przebieg wykonywanych przez NIK kontroli. Nie jest też możliwe wpływanie przez te organy na treść ustaleń kontrolnych NIK, w szczególności dokonana np. w ramach posiedzenia komisji sejmowej ocena przedłożonych przez NIK dokumentów pokontrolnych nie wpływa w żaden sposób na ich treść i nie jest podstawą dokonania modyfikacji prezentowanych dokumentów. Dotyczy to oczywiście formalnych dokumentów pokontrolnych w postaciach określonych przez ustawę o Najwyższej Izbie Kontroli⁸. Całość uprawnień Sejmu i jego organów mieszcząca się w ustrojowej zasadzie podległości Sejmowi nie narusza istoty niezależnego wykonywania przez NIK funkcji kontrolnej.

3. Kontrola stosowania prawa przeprowadzana przez NIK

Zgodnie z art. 2 ust. 1-3⁹, NIK kontroluje działalność:

- organów administracji rządowej,
- Narodowego Banku Polskiego (nazywanego dalej „NBP”),
- państwowych osób prawnych,
- innych państwowych jednostek organizacyjnych

oraz może kontrolować działalność:

- organów samorządu terytorialnego,

by bowiem w sprzeczności z podstawowymi zasadami demokratycznego państwa prawnego.” – M. Stębel-ski, *Komentarz do art. 202*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. II, *Komentarz. Art. 87-243*, Warszawa 2016, s. 1367.

⁷ Szczegółowe omówienie tych zagadnień zob. np. P. Sarnecki, *Relacje Najwyższej Izby Kontroli z polskim parlamentem*, „Kontrola Państwowa” 2012, nr jubileuszowy, s. 93-111.

⁸ Zgodnie z art. 64 ust. 1 przywołanej ustawy, NIK opracowuje informacje o wynikach kontroli w celu przedłożenia ich m.in. Sejmowi. Podstawę do opracowania informacji o wynikach kontroli stanowią w szczególności wystąpienia pokontrolne i materiały dowodowe zgromadzone w aktach kontroli.

⁹ O ile nie zostanie to wskazane wyraźnie inaczej, przywoływane są przepisy ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli.

- samorządowych osób prawnych,
- innych samorządowych jednostek organizacyjnych,
- a także innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) – ale tych tylko po spełnieniu dodatkowych przesłanek.

Podmioty z ostatniej ze wskazanych grup mogą być przez NIK kontrolowane wyłącznie w zakresie, w jakim wykorzystują majątek lub środki państwowe lub komunalne (np. prowadząc działalność gospodarczą z wykorzystaniem takiego mienia, realizując zamówienia publiczne) oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa (w tym zobowiązań podatkowych).

Kryteria, według których dokonywana jest kontrola, są zróżnicowane, zależnie od cech prawnych kontrolowanego podmiotu. Podmioty państwowe oraz NBP kontrolowane są pod względem legalności, gospodarności, celowości i rzetelności, natomiast organy samorządu terytorialnego oraz podmioty samorządowe – pod względem legalności, gospodarności i rzetelności. W przypadku działalności podmiotów z ostatniej z wymienionych grup kontrola jest przeprowadzana pod względem legalności i gospodarności¹⁰. Zastosowanie w toku każdej kontroli interesującego nas kryterium legalności można uzasadniać tym, że z jednej strony wszystkie organy władzy publicznej obowiązane są do przestrzegania wynikającej z art. 7 Konstytucji zasady legalizmu oznaczającej działanie na podstawie i w granicach prawa, a z drugiej strony powszechny jest obowiązek przestrzegania prawa ustanowiony w art. 83 ustawy zasadniczej. Skoro każdy, a w szczególności organy publiczne, ma obowiązek przestrzegać prawa, to uzasadnione jest, aby kontrola państwowa obejmowała za każdym razem weryfikację realizacji tego obowiązku.

Ocena legalności działania oznacza ocenę zgodności kontrolowanej działalności z przepisami obowiązującego prawa, przy czym pojęcie to należy rozumieć szeroko – jako zgodność z aktami prawnymi powszechnie obowiązującymi, aktami prawnymi wewnętrznymi obowiązującymi, a nawet rozstrzygnięciami władczymi (orzeczeniami, decyzjami) stanowiącymi akty stosowania prawa¹¹ wiążącymi kontrolowany podmiot. Na potrzeby kontroli Izba ustala treść norm prawnych wynikających z obowiązujących w kontrolowanym „obszarze” przepisów. Ustalona w ten sposób treść norm stanowi wyznacznik do formułowanej w wyniku przeprowadzonej kontroli oceny działalności kontrolowanej jed-

¹⁰ Zob. uzasadnienie przyjęcia właśnie legalności oraz gospodarności jako kryteriów stosowanych przez NIK we wszystkich kontrolach zaprezentowane przez M. Niezgódkę-Medkovą, [w:] E. Jarzęcka-Siwik, T. Liszcz, M. Niezgódka-Medková, W. Robaczyński, *Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2000, s. 34-35.

¹¹ Por. E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2015, s. 49-50.

nostki oraz osób odpowiedzialnych za konkretne zadania realizowane przez tę jednostkę. Ustalenie treści tych norm odbywa się w sensie technicznym w ramach analizy prawnej poprzedzającej przeprowadzenie kontroli i stanowiącej element wewnętrznego dokumentu tzw. programu kontroli (względnie tzw. tematyki kontroli w przypadku kontroli doraźnej) objętego tajemnicą kontrolerską¹². Podmiot kontrolowany nie ma dostępu do programu kontroli, nie ma więc także możliwości ustalenia – na tym etapie – w jakim brzmieniu normy prawne przyjęte zostały przez NIK jako podstawa oceny kontrolowanej działalności. Uprawnienia kierownika kontrolowanej jednostki związane są dopiero z następnym etapem postępowania kontrolnego.

Zgodnie z art. 53 ust. 1, wyniki kontroli prezentowane są w wystąpieniu pokontrolnym, które zawiera m.in. zwięzły opis ustalonego stanu faktycznego i ocenę kontrolowanej działalności, w tym ustalone nieprawidłowości i ich przyczyny, zakres i skutki oraz osoby za nie odpowiedzialne. Ustalone nieprawidłowości muszą być odnoszone do zastosowanych w toku danej kontroli kryteriów kontroli, co oznacza, że w przypadku każdej kontroli nieprawidłowość może polegać w szczególności na zarzucie naruszenia prawa. Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego (art. 54 ust. 1). Zastrzeżenia wnosi się co do zasady do dyrektora jednostki NIK, która przeprowadzała kontrolę, z wyjątkiem obejmującym Prezesa NBP, kierowników naczelnych i centralnych organów administracji rządowej oraz kierowników podmiotów obsługujących najważniejsze organy państwowe¹³, którzy zgłaszają zastrzeżenia do Prezesa NIK. Określenie podmiotu, do którego należy skierować zastrzeżenia, jest istotne ze względu na organ, który następnie te zastrzeżenia rozpatruje. W przypadku „zwykłego” podmiotu kontrolowanego zastrzeżenia przekazywane są do jednostki organizacyjnej NIK właściwej w sprawach orzecznictwa¹⁴. Dyrektor tej jednostki przekazuje zastrzeżenia do komisji rozstrzygającej, wyznaczając jednocześnie zespół orzekający w celu rozpatrzenia tych zastrzeżeń (art. 56). Członków funkcjonującej w sposób stały komisji rozstrzygającej powołuje i odwołuje, na podstawie

¹² Zob. art. 28a, w szczególności ust. 3, zgodnie z którym program kontroli i tematyka kontroli są dokumentami chronionymi tajemnicą kontrolerską, udostępnianymi pracownikom NIK w związku z wykonywaniem zadań służbowych. Innym osobom program kontroli lub tematyka kontroli może zostać udostępniona w uzasadnionych przypadkach za zgodą Prezesa NIK.

¹³ Art. 4 ust. 1 wskazuje na osoby kierujące następującymi instytucjami: Kancelaria Sejmu, Kancelaria Senatu, Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny, Krajowa Rada Sądownictwa, Trybunał Konstytucyjny, Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Krajowe Biuro Wyborcze, Państwowa Inspekcja Pracy.

¹⁴ Zgodnie z § 18 pkt 1 zarządzenia nr 12/2011 Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z dnia 29 sierpnia 2011 r. w sprawie szczegółowej organizacji wewnętrznej oraz właściwości jednostek organizacyjnych Najwyższej Izby Kontroli (niepubl.) jest to Departament Prawny i Orzecznictwa Kontrolnego, w skład którego, zgodnie z § 29 ust. 1a pkt 2 przywołanego aktu, wchodzi Wydział Orzecznictwa.

art. 58, Prezes NIK spośród kontrolerów NIK. Do rozpatrzenia zgłoszonych zastrzeżeń wyznaczany jest zgodnie z art. 59 ust. 1 trzyosobowy zespół orzekający, wyłoniony spośród członków komisji rozstrzygającej. Przepis art. 59 ust. 2 wymaga, aby przewodniczącym zespołu orzekającego był kontroler posiadający wyższe wykształcenie prawnicze. Natomiast zastrzeżenia złożone Prezesowi NIK podlegają rozpatrzeniu przez Kolegium Najwyższej Izby Kontroli (art. 57). Kolegium jest organem Izby, w skład którego wchodzi: Prezes, wiceprezesi, dyrektor generalny NIK oraz 14 powoływanych przez Marszałka Sejmu na wniosek Prezesa NIK członków – 7 przedstawicieli nauk prawnych lub ekonomicznych oraz 7 dyrektorów kontrolnych jednostek organizacyjnych NIK lub osób zatrudnionych w NIK na stanowisku radcy Prezesa NIK (art. 22 ust. 1 i 2). Ze względu na ramy niniejszego tekstu poza zakresem rozważań postawić należy tryb procedowania przez każde z tych gremiów, obejmujący w szczególności uprawnienie składającego zastrzeżenia do udziału w części posiedzenia, na którym rozpatrywane są wniesione zastrzeżenia. Zarówno w przypadku rozstrzygnięć podejmowanych przez zespół orzekający komisji rozstrzygającej, jak i w przypadku rozstrzygnięć podejmowanych przez Kolegium, zgodnie z art. 61a ust. 5 i art. 57 możliwe jest uwzględnienie złożonych zastrzeżeń w całości lub w części (*a contrario* możliwe jest więc nieuwzględnienie zastrzeżeń w części lub całości), a podjęte rozstrzygnięcie ma charakter ostateczny. Na podstawie podjętego rozstrzygnięcia wprowadzane są zmiany do wystąpienia pokontrolnego (art. 61b ust. 1 i art. 57), a do tak skorygowanego wystąpienia nie jest już możliwe złożenie zastrzeżeń (art. 61b ust. 2 i art. 57).

Przesłanek dla przyjęcia ostateczności treści wystąpienia pokontrolnego po rozpatrzeniu w ustawowo określonym trybie zgłoszonych zastrzeżeń można poszukiwać w szczególnej ustrojowej pozycji Izby. Skoro NIK jest naczelnym organem kontroli, o najszerszym zakresie właściwości do przeprowadzania kontroli oraz organem konstytucyjnym podległym jedynie – i to w określonym zakresie – Sejmowi, to ustalenia dokonywane przez NIK w wykonywaniu przez Izbę jej funkcji kontrolnej powinny być traktowane jako ostateczne i niepodlegające dalszemu kwestionowaniu. Gwarantem prawidłowego ustalenia wyników kontroli ma być opisana powyżej procedura rozpatrywania wniesionych przez kontrolowanego zastrzeżeń, w której kluczowa rola przypada członkom komisji rozstrzygającej niezależnym, z mocy art. 60, w zakresie orzekania. Podobnie niezależną pozycję posiadają powoływani na 3-letnią kadencję członkowie Kolegium NIK. Silna i niezależna od jakiegokolwiek zewnętrznego oddziaływania pozycja NIK w dokonywaniu ustaleń pokontrolnych znajduje swoje umocowanie także w międzynarodowych standardach kontroli¹⁵. Ostateczność dokonanych przez NIK ustaleń kontrolnych oznacza także

¹⁵ Zob. np.: zasadę nr 6 Deklaracji INTOSAI (Międzynarodowej Organizacji Najwyższych Organów Kontroli) z Meksyku w sprawie niezależności najwyższych organów kontroli, zgodnie z którą

brak możliwości poddania ich prawidłowości weryfikacji sądowej. Brak takiej możliwości potwierdza utrwalone orzecznictwo sądów administracyjnych¹⁶. Sądy wskazują, że NIK nie jest ze swej istoty organem administracji publicznej w rozumieniu art. 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁷ oraz art. 1 § 1 ustawy Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁸ i w związku z tym działalność Izby nie podlega kognicji sądowoadministracyjnej, a wystąpienie pokontrolne ani uchwała komisji odwoławczej w sprawie zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego nie stanowią działań administracji publicznej, a jedynie etapy procesu kontrolnego¹⁹. Dodatkowo podnosi się, że NIK nie dysponuje środkami przymusu, które mogłyby doprowadzić do realizacji wniosków zwartych w wystąpieniu pokontrolnym i nie ma umocowania do stosowania w tym celu środków władczych, co niewątpliwie cechuje podmioty sprawujące obowiązki z zakresu administracji publicznej²⁰. *De lege lata* wobec sposobu określenia kognicji sądów administracyjnych nie budzi wątpliwości pozostawianie wyników kontroli NIK poza obszarem poddanym kontroli sądowoadministracyjnej.

Jak wcześniej wskazano, przedmiotem złożonych zastrzeżeń może być treść wystąpienia, a więc jako pierwszoplanowy i naturalny (z punktu widzenia celu złożenia zastrzeżeń) obszar, którego mogą dotyczyć uwagi zgłoszone przez kierownika jednostki kontrolowanej, wskazać należy na prawidłowość ustalenia przez kontrolerów stanu faktycznego oraz oparcie sformułowanych w wystąpieniu wniosków na ustalonym stanie faktycznym²¹. Wydaje się jednak uprawnione, aby zastrzeżenia dotyczyły także stanu prawnego, którego ustalenie przez NIK przed rozpoczęciem kontroli stanowi wyznacznik w dokonywanej przez NIK ocenie kontrolowanej działalności. O ile niezależność NIK i ostateczność jej ustaleń oraz wyciąganych wniosków nie powinna budzić wątpliwości, o tyle ewentualny spór co do treści prawa (a precyzyjniej treści normy prawnej wywodzonej z obowiązujących przepisów) ma zupełnie inny charakter. Wykładnia prawa w większości typowych sytuacji prowadzi do bezspornego ustalenia treści normy mającej zastosowanie w danej sytuacji (w omawianym przypadku normy stanowiącej podstawę oceny prowadzenia kontrolowanej działalności w sposób legalny). Rzeczą

naczelne organy kontroli mają swobodę decydowania o treści dokumentów pokontrolnych – <https://www.nik.gov.pl/kontrolle/standardy-kontroli-nik/> [dostęp: 25.11.2016].

¹⁶ Zob. np. wyrok NSA z dnia 13 stycznia 2011 r., II GSK 1050/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/1191BC666D> [dostęp: 25.11.2016], w którym NSA podkreśla, że nie budzi wątpliwości w orzecznictwie NSA oraz w bogatej doktrynie prawa administracyjnego i konstytucyjnego, że działania kontrolne NIK nie podlegają kognicji sądów administracyjnych.

¹⁷ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2016 r. poz. 718 ze zm.).

¹⁸ Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1066).

¹⁹ Postanowienie NSA z dnia 25 stycznia 2011 r., II GSK 1535/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/D67FAF949D> [dostęp: 25.11.2016].

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Tak też: E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *op. cit.*, s. 197.

oczywistą jest jednak, że niejednokrotnie ustalenie treści normy prawnej może być przedmiotem sporu. Jeżeli zaistnieje on pomiędzy podmiotami prawa prywatnego – jego rozstrzygnięcie należeć będzie do sądu powszechnego, jeżeli ma on natomiast miejsce w obszarze związanym z działalnością administracji publicznej – do sądów administracyjnych. Przyjęta w ustawie o Najwyższej Izbie Kontroli procedura oznacza, że w przypadku zaistnienia sporu co do treści prawa pomiędzy kontrolowanym a kontrolującym, o rozstrzygnięciu takiego sporu decydować będzie złożony z pracowników NIK trzyosobowy zespół orzekający komisji rozstrzygającej albo Kolegium będące organem Izby i to wyłącznie w ramach rozpatrywania zastrzeżeń, dla złożenia których zasadniczym celem jest zmodyfikowanie treści formułowane przez NIK oceny pokontrolnej.

Rozwiązanie takie może budzić wątpliwości co do zapewnienia obiektywnej weryfikacji prawidłowości ustalenia prawnego wyznacznika kontroli. Tymczasem ustalenie treści normy prawnej ma inny charakter niż dokonanie oceny przestrzegania tej normy. O ile ocena prawidłowości objętego kontrolą działania powinna być zastrzeżona dla naczelnego organu kontroli, o tyle brak jest ustrojowego uzasadnienia dla wykluczenia możliwości zapewnienia zobiektywizowanej weryfikacji ustalenia treści właściwej normy prawnej. Przyjęcie wyznacznika prawnika determinuje treść sporządzanego po kontroli wystąpienia. Wystąpienie pokontrolne to nie zawsze tylko ocena „przedmiotowa” odnosząca się do funkcjonowania kontrolowanej jednostki (za której działalność zawsze jest przecież odpowiedzialna określona osoba). Zgodnie z art. 53 ust. 2, w wystąpieniu pokontrolnym może być też wprost zawarta ocena wskazująca na niezasadność zajmowania stanowiska lub pełnienia funkcji przez osobę odpowiedzialną za stwierdzone nieprawidłowości w organach administracji rządowej, NBP, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostkach organizacyjnych, a także we wskazanych enumeratywnie jednostkach²². Wzmacnia to znaczenie obiektywizacji poprawności ustalenia treści wyznacznika prawnego w omawianym znaczeniu.

De lege ferenda uprawniony wydaje się więc wniosek o potrzebie poszerzenia kognicji sądów administracyjnych o rozstrzyganie sporu pomiędzy kontrolowanym a NIK co do treści prawa. Sformułowanie takiego wniosku należy jednak uzupełnić zastrzeżeniem o konieczności zachowania fundamentalnej dla funkcjonowania naczelnego organu kontroli, jakim jest NIK, zasady całkowitej niezależności w dokonywaniu ustaleń kontrolnych oraz formułowaniu na ich podstawie wniosków pokontrolnych. Oznaczałoby to więc konieczność zapewnienia właściwej kolejności podejmowania poszczególnych rozstrzygnięć tak, aby ostateczne ustalenie treści wystąpienia pokontrolnego następowało po rozstrzygnięciu ewentualnych wcześniejszych wątpliwości prawnych. Wprowadzenie takiego rozwiązania zdejmowałoby z Izby ryzyko nawet nieuprawnione-

²² Zob. wymienione w przypisie 13 podmioty wskazane w art. 4 ust. 1 ustawy.

go merytorycznie stawiania zarzutu braku zewnętrznej weryfikacji sposobu ustalenia treści normy prawnej mającej w danej sprawie zastosowanie. Przyjęcie, że nawet w przypadku działalności kontrolnej naczelnego organu kontroli zainteresowany może zażądać rozstrzygnięcia sporu co do treści prawa przez władzę sądowniczą, byłoby zgodne z duchem wzajemnego równoważenia się władz wynikającym z art. 10 ust. 1 Konstytucji. Fakt, że NIK pozostaje poza władzami, których dotyczy literalne brzmienie tego przepisu, nie znosi słuszności tezy, że każda władza w określonym zakresie powinna być równoważona działalnością innej władzy. Kontrola sprawowana przez NIK i niezależność jej realizowania jest wpisana w logikę koncepcji rozdzielania władz²³, wolą ustrojodawcy było bowiem uczynienie z kontroli państwowej istotnej gwarancji praworządności²⁴. Tym bardziej zasadne jest, aby realizowanie tej funkcji kontrolnej odbywało się także przy jasnym i należytym określeniu sposobu oddziaływania na Izbę pozostałych konstytucyjnych władz. O ile relacje pomiędzy NIK a Sejmem zostały precyzyjnie uregulowane, o tyle pozostawienie działalności kontrolnej NIK poza jakąkolwiek kontrolą sądową może budzić wątpliwości. Przyjęcie ograniczonego i precyzyjnie ustalonego zakresu takiej kontroli byłoby także zgodne z określonym w art. 45 ust. 1 Konstytucji prawem do sądu. Oczywiście kluczowe dla tego przepisu pojęcie „sprawy” odnosi się przede wszystkim do spraw, w których orzeczenie sądowe rozstrzyga o „istocie tej sprawy”, ale pojęcie to jest kształtowane zarówno przez przepisy, jak i orzecznictwo, a jego granice podlegają ciągłej modyfikacji²⁵. Wydaje się uzasadnione – zarówno nie tylko ze względu na wzmacnianie pozycji Izby, ale i należytą ochronę praw podmiotów kontrolowanych – aby pojęciem tym objąć w wyniku zmiany prawa także weryfikowanie prawidłowości przyjętego przez NIK wyznacznika kontroli legalności w objętym kontrolą obszarze. Niewątpliwie zagadnienie związku pomiędzy samodzielnością NIK w dokonywaniu ostatecznych ustaleń kontrolnych a faktem, że ustalenia te mogą być w poszczególnych sytuacjach dokonywane także na podstawie spornego stanu prawnego, warte jest prowadzenia pogłębionych badań.

4. Najwyższa Izba Kontroli a proces stanowienia prawa

Ustalenia dokonywane przez NIK w toku kontroli nie tylko służą ocenie skontrolowanej działalności i osób za to odpowiedzialnych, ale stanowią także unikalne źródło

²³ R. Hauser, M. Masternak-Kubiak, *Konstytucyjne podstawy kontroli działalności administracji publicznej*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 2, *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, Warszawa 2012, s. 393.

²⁴ *Ibidem*, s. 395.

²⁵ Zob. P. Grzegorzczak, K. Weitz, *Komentarz do art. 45*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. I, *Komentarz. Art. 1-86*, Warszawa 2016, s. 1106-1107.

wiedzy umożliwiające Izbie udział w korygowaniu podstaw prawnych funkcjonowania państwa w wielu obszarach jego działalności. Jedną z form tego uczestnictwa jest opiniowanie przez NIK projektów ustaw – czy to na wniosek Rady Ministrów przed skorzystaniem przez Radę Ministrów z prawa inicjatywy ustawodawczej, czy w toku prac komisji sejmowych. Włączanie się przez NIK w prace legislacyjnej w szczególności wynika właśnie z ustaleń kontrolnych NIK, jest też uzasadnione wtedy, gdy przedmiotem prac są projekty nowelizacji ustaw o podstawowym znaczeniu dla funkcjonowania sfery publicznej np. ustawy o finansach publicznych czy Prawa zamówień publicznych.

Ustalenia kontroli przeprowadzonych przez NIK stanowią jednak często podstawę do wystąpienia przez samą Izbę z wnioskiem o zmianę prawa. Ustawowe uprawnienie do występowania z takimi wnioskami ma ścisły związek z ograniczonym konstytucyjnie kręgiem podmiotów uprawnionych do wniesienia projektu ustawy. Inne niż uprawnione do inicjatywy ustawodawczej organy, których działalność umożliwia pozyskanie istotnej wiedzy na temat funkcjonowania państwa, mają szczególne prawo do wystąpienia z wnioskami wskazującymi na potrzebę zmiany obowiązującego prawa. Izba formułuje takie wnioski w informacjach o wynikach kontroli przedkładanych zgodnie z art. 64 ust. 1 Sejmowi, Prezydentowi i Prezesowi Rady Ministrów. Podstawę do opracowania informacji o wynikach kontroli stanowią przede wszystkim wystąpienia pokontrolne. Na uprawnienie przedkładania Sejmowi wniosków w zakresie zmiany prawa wskazuje art. 7 ust. 1 pkt 6a, zgodnie z którym NIK przedkłada Sejmowi analizę wykorzystania wynikających z kontroli wniosków dotyczących stanowienia lub stosowania prawa. Sposób procedowania przedstawianych przez NIK wniosków *de lege ferenda* został szczegółowo uregulowany począwszy od dnia 2 czerwca 2011 r., kiedy weszła w życie nowelizacja ustawy o NIK²⁶.

Zgodnie z art. 11a, Prezes NIK może wystąpić do Marszałka Sejmu o skierowanie do Prezesa Rady Ministrów wniosku o zajęcie stanowiska wobec wynikających z kontroli wniosków dotyczących stanowienia lub stosowania prawa. Stanowisko takie (wraz z uzasadnieniem) premier przedkłada Marszałkowi Sejmu w terminie 60 dni od dnia otrzymania wniosku. Jeżeli w stanowisku premier uzna za potrzebne dokonanie zmian w przepisach, obowiązany jest jednocześnie określić termin podjęcia stosownych prac legislacyjnych oraz organ odpowiedzialny za opracowanie projektu odpowiednich przepisów. Mechanizm ustanowiony w art. 11a przewiduje więc dwustopniowe określenia adresata wniosków Izby. Prezes NIK kieruje wniosek do Marszałka Sejmu, co ma uzasadnienie w opisanej powyżej relacji pomiędzy NIK a Sejmem. Marszałek Sejmu jest organem właściwym także dlatego, że to Sejm sprawuje – z mocy art. 95 ust. 2 Konstytucji – kontrolę nad działalnością Rady Ministrów. Przekazanie przez Marszałka Sejmu

²⁶ Zob. art. 1 pkt 11 ustawy z dnia 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. Nr 227, poz. 1482 ze zm.).

wniosku premierowi stanowi natomiast odzwierciedlenie faktu, że to właśnie Rada Ministrów jest w większości przypadku najbardziej właściwa do przedstawienia stanowiska wobec postulowanej inicjatywy oraz do opracowania ewentualnego projektu ustawy. Rada Ministrów jest więc faktycznym adresatem wniosków Izby. Rząd²⁷ jest bowiem podmiotem dominującym wśród tych, którym Konstytucja przyznała prawo inicjatywy ustawodawczej – zarówno w liczbie składanych projektów, jak i ich skuteczności²⁸. Istotna jest także wyjątkowo szeroko określona właściwość Rady Ministrów jako organu odpowiadającego za prowadzenie całości polityki wewnętrznej i zewnętrznej państwa, z wyłączeniem spraw zastrzeżonych wyraźnie dla samorządu terytorialnego albo innych organów państwa²⁹. Na pozytywną ocenę zasługuje także to rozstrzygnięcie ustawodawcy, zgodnie z którym premier swoją opinię przekazuje Marszałkowi Sejmu, a dopiero za jego pośrednictwem trafia ona do Prezesa NIK. Rozwiązanie odmienne, w którym Prezes Rady Ministrów przedstawiałby stanowisko bezpośrednio Prezesowi NIK, byłoby niezgodne z wzajemną ustrojową pozycją NIK i Rady Ministrów. NIK kontroluje działalność Rady Ministrów i jego członków, ale rząd nie jest organem podległym Izbie. Nie byłoby więc uzasadnione, aby Rada Ministrów lub członek Rady Ministrów przedstawiał bezpośrednio Izbie swoją opinię w sprawie przedstawionych przez NIK propozycji, o ile nie jest to bezpośrednio związane z realizacją wzajemnych uprawnień i obowiązków organu kontroli i jednostki kontrolowanej.

W ciągu ostatnich 6 lat NIK przedstawiała porównywalne liczby wniosków *de lege ferenda* (z wyjątkiem jednego roku), w kolejnych latach było to:

- w 2010 roku – 71 wniosków (61 wniosków dot. ustaw i 10 dot. rozporządzeń)³⁰,
- w 2011 roku – 33 wnioski (26 wniosków dot. ustaw i 7 dot. rozporządzeń)³¹,
- w 2012 roku – 65 wniosków (50 wniosków dot. ustaw i 15 dot. rozporządzeń)³²,
- w 2013 roku – 78 wniosków (61 wniosków dot. ustaw i 17 dot. rozporządzeń)³³,

²⁷ Na potrzeby tekstu traktuję pojęcia „Rada Ministrów” oraz „rząd” jako równoznaczne.

²⁸ Na temat liczb rządowych projektów ustaw na tle ogólnej liczby wnoszonych projektów oraz skuteczności wnoszonych inicjatyw rozumianej jako uchwalenie ustawy na podstawie wniesionego projektu – zob. M. Berek, *Założenia do projektów ustaw – proceduralne superfluum czy obowiązek demokratycznego projektodawcy?*, „Przegląd Legislacyjny” 2016, nr 3, s. 11-12 oraz przywołani tam Autorzy.

²⁹ Zob. art. 146 ust. 1 i 4 oraz domniemanie właściwości Rady Ministrów wynikające z art. 146 ust. 2 Konstytucji.

³⁰ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2010 roku, <https://www.nik.gov.pl/o-nik/sprawozdania-z-dzialalnosci-nik/> [dostęp: 25.11.2016], s. 111.

³¹ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2011 roku, <https://www.nik.gov.pl/o-nik/sprawozdania-z-dzialalnosci-nik/> [dostęp: 25.11.2016], s. 110.

³² Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2012 roku, <https://www.nik.gov.pl/o-nik/sprawozdania-z-dzialalnosci-nik/> [dostęp: 25.11.2016], s. 124.

³³ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2013 roku, <https://www.nik.gov.pl/o-nik/sprawozdania-z-dzialalnosci-nik/> [dostęp: 25.11.2016], s. 45.

- w 2014 roku – 75 wniosków (54 wnioski dot. ustaw i 21 dot. rozporządzeń)³⁴,
- w 2015 roku – 87 wniosków (68 wniosków dot. ustaw i 19 dot. rozporządzeń)³⁵,
- w 2016 roku – 125 wniosków (87 wniosków dot. ustaw i 38 dot. rozporządzeń)³⁶.

Istotniejszą od samej liczby złożonych wniosków jest informacja o ich skuteczności rozumianej jako zrealizowanie przez prawodawcę wniosku Izby w całości lub w części. W sprawozdaniu z działalności Izby za rok 2010 przedstawiono dane aktualne na dzień 24 stycznia 2011 r., zgodnie z którymi zrealizowanych zostało 8 wniosków (11%)³⁷. W sprawozdaniu z działalności Izby za rok 2011 przedstawiono dane na dzień 2 lutego 2012 r., zgodnie z którymi zrealizowane zostały 3 wnioski (9%), a także 19 spośród 71 wniosków zgłoszonych przez Izbę w 2010 roku (27%)³⁸. W sprawozdaniu z działalności Izby za rok 2012 przedstawiono dane aktualne na dzień 8 lutego 2013 r., zgodnie z którymi zrealizowanych zostało 8 wniosków (12%), a także 4 spośród 33 wniosków zgłoszonych przez Izbę w 2011 roku (12%)³⁹. W sprawozdaniu z działalności Izby za rok 2013 przedstawiono dane aktualne na dzień 1 marca 2014 r., zgodnie z którymi zrealizowanych zostało 7 wniosków (9%)⁴⁰. Według danych przedstawionych w sprawozdaniu za 2014 rok⁴¹ zrealizowanych było 21 na 75 wniosków złożonych w 2014 roku (28%) oraz 7 na 78 wniosków złożonych w 2013 roku (9%)⁴². Na dzień przedłożenia sprawozdania za 2015 rok⁴³ zrealizowanych było 15 na 87 złożonych wniosków (czyli 17%). Na ten sam dzień zrealizowanych było 40 na 71 wniosków złożonych w 2014 roku (56%) oraz 23 na 75 wniosków złożonych w 2013 roku (31%)⁴⁴. W sprawozdaniu za rok 2016 wskazano, że w roku 2016 zrealizowane zostały 33 wnioski spośród wniosków złożonych w latach 2005-2016⁴⁵. Jednocześnie wskazano, że według stanu na dzień 15 maja 2017 r. z 359⁴⁶ wniosków sformu-

³⁴ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2014 roku, <https://www.nik.gov.pl/o-nik/sprawozdania-z-dzialalnosci-nik/> [dostęp: 25.11.2016], s. 51.

³⁵ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2015 roku, <https://www.nik.gov.pl/o-nik/sprawozdania-z-dzialalnosci-nik/> [dostęp: 25.11.2016], s. 31.

³⁶ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2016 roku, <https://www.nik.gov.pl/o-nik/sprawozdania-z-dzialalnosci-nik/> [dostęp: 28.09.2017], s. 78.

³⁷ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2011 roku, *op. cit.*, s. 111-112.

³⁸ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2011 roku, *op. cit.*, s. 112.

³⁹ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2012 roku, *op. cit.*, s. 124-125.

⁴⁰ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2013 roku, *op. cit.*, s. 45.

⁴¹ Treść sprawozdania za 2014 rok została zatwierdzona przez Kolegium NIK w dniu 8 czerwca 2015 r., w sprawozdaniu nie wskazano daty aktualizacji prezentowanych danych.

⁴² Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2014 roku, *op. cit.*, s. 51

⁴³ Treść sprawozdania za 2015 rok została zatwierdzona przez Kolegium NIK w dniu 8 czerwca 2016 r., w sprawozdaniu nie wskazano daty aktualizacji prezentowanych danych.

⁴⁴ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2015 roku, *op. cit.*, s. 31.

⁴⁵ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2016 roku, *op. cit.*, s. 78.

⁴⁶ Liczba ta różni się od sumy liczb wskazanych w sprawozdaniach z działalności NIK za wskazane lata, co może być uzasadnione tym, że wewnętrzny system informatyczny, w którym NIK rejestruje wnioski, jest systemem umożliwiającym bieżące korygowanie zamieszczonych w nim danych – także poprzez dopisanie albo wykreślenie informacji, jeżeli jest ona obciążona jakąś nieścisłością.

łowanych w latach 2013-2016 zrealizowanych zostało 119 wniosków, a w trakcie prac legislacyjnych znajdowało się 28 wniosków⁴⁷.

Warto zauważyć, że w przypadku wniosków składanych w roku 2014 ich skuteczność mierzona w dniu składania sprawozdania za rok 2014 r. wynosiła 28%, natomiast w sprawozdaniu za rok 2015 wskazano, że zrealizowanych zostało już 56% wniosków z 2014 r. Najbardziej prawdopodobnym uzasadnieniem tak istotnej zmiany analizowanego wskaźnika jest długotrwałość samego postępowania legislacyjnego oraz czasochłonność etapu poprzedzającego podjęcie prac legislacyjnych. Wnioski Izby są przecież tylko jednym z licznych sformalizowanych i nieformalnych źródeł inspiracji legislacyjnej. Analiza wszystkich tych źródeł, weryfikacja potencjalnych skutków, w tym kosztów związanych z interwencją legislacyjną oraz element woli politycznej wspólnie warunkują podjęcie decyzji o uruchomieniu procedury prawodawczej. Niezależnie od tego zastrzeżenia dostrzegalne jest, że efektywność wniosków *de lege ferenda* jest dość niska i to także po upływie kolejnego roku po roku złożenia danego wniosku wynosi od ok. 10% do 30% w przywołanych wcześniej latach⁴⁸. Poglębiona analiza przyczyn tego stanu rzeczy wymagałaby zweryfikowania każdego z wniosków, jego adekwatności do stwierdzonej nieprawidłowości, poprawności prawno-legislacyjnej oraz innych uwarunkowań np. dyskontynuacji prac legislacyjnych dokonującej się w dniu zakończenia kadencji parlamentarnej. Uprawnione jest jednak generalne stwierdzenie, że tak niski wskaźnik realizacji wniosków przedkładanych przez Izbę świadczy o nieefektywnym funkcjonowaniu mechanizmu współdziałania w tym zakresie organu kontroli, władzy ustawodawczej i władzy wykonawczej. Przyczyną tej nieefektywności mogą być wady na etapie formułowania wniosków przez Izbę polegające np. na braku należytego uzasadnienia wniosku lub jego nieprecyzyjnym sformułowaniu. Braku precyzji nie należy w tym przypadku odnosić do wad zaproponowanych szczegółowych zapisów legislacyjnych – nie wydaje się bowiem, żeby rolą Izby było przedstawianie propozycji brzmienia konkretnych przepisów – ale do jednoznacznego i dostatecznie precyzyjnego brzmienia wniosku wskazującego na istotę postulowanej zmiany prawa. Dopiero bowiem w przypadku akceptacji istoty wniosku przez uprawniony podmiot jego zredagowania legislacyjnego dokonać powinni legislatorzy. Podnoszony postulat rozdzielania funkcji prawodawcy i legislatora rozumiany w ten sposób, że prawodawca powinien realizować swoją funkcję rozstrzygania o akceptacji przygotowanego projektu aktu prawnego, a nie zastę-

⁴⁷ Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2016 roku, *op. cit.*, s. 78.

⁴⁸ Zob. też wyliczenia oparte na wewnętrznych danych NIK wskazujące, że wnioski *de lege ferenda* złożone w latach 2010-2015 zostały zrealizowane (wg stanu na 31.12.2015 r.) w 35% – J. Mazur, *Wnioski de lege ferenda formułowane przez NIK*, „Kontrola Państwowa” 2016, nr 1, s. 49. Nieco inne liczby składanych w poszczególnych latach wniosków niż prezentowane w corocznych sprawozdaniach NIK wynikać mogą z faktu, że wewnętrzny elektroniczny rejestr wniosków prowadzony jest na bieżąco, co pozwala aktualizować i korygować dane zaprezentowane w złożonych już dokumentach.

pować fachowo przygotowanych legislatorów w redagowaniu projektu⁴⁹, można i należy odpowiednio odnieść do NIK w procesie formułowania wniosków *de lege ferenda*. Rolą NIK jest precyzyjne wskazanie istoty postulowanej zmiany w prawie, a nie redagowanie samego przepisu, już choćby z tej racji, że treść ostatecznego projektu wymaga zawsze uwzględnienia stanu prawnego aktualnego na dzień prowadzenia prac.

Przyczyną braku efektywnego wykorzystania wniosków może być też swoisty „brak zainteresowania” nimi po stronie sejmowych komisji. Istotną rolę w tym współdziałaniu pomiędzy NIK a organami Sejmu z pewnością odgrywa także stanowisko przedstawiane przez Prezesa Rady Ministrów w imieniu rządu (o ile jest ono przedstawiane). Formalnie opinia taka oczywiście nie wiąże ustawodawcy i nie musi wpływać na decyzję Sejmu co do zaakceptowania przedłożonego przez NIK wniosku. Praktyka konstytucyjna Polski oraz krajów o zbliżonych ustrojach konstytucyjnych wskazuje jednak na silne współdziałanie pomiędzy rządem a stanowiącą polityczne zaplecze rządu większością parlamentarną. Skoro bowiem to Rada Ministrów odpowiada za realizację ustaw, ale też za prowadzenie polityki w sposób zgodny z przedwyborczymi i późniejszymi deklaracjami politycznymi, to naturalne jest, że parlament skłonny jest uchylać takie ustawy, o których przyjęcie wnosi (lub które popiera) Rada Ministrów, a odrzucać (nie nadawać biegu, nie kończyć prac legislacyjnych w sprawie) projektów, co do których Rada Ministrów wyraża stanowisko negatywne. O ile stanowisko to zostanie wyrażone formalnie, na piśmie lub w trakcie posiedzenia komisji, Izba ma możliwość odnieść się do niego, przedstawiając swoje argumenty. Jeżeli jednak rząd korzysta z niesformalizowanego oddziaływania politycznego wynikającego np. z faktu, że premier jest liderem swojego ugrupowania politycznego i tym samym ma oczywisty wpływ na popierający rząd klub parlamentarny, to podjęcie formalnej dyskusji ze stanowiskiem rządu staje się oczywiście niemożliwe. Kolejną przyczyną, której znaczenie może być coraz większe, jest fakt, że w ostatnich latach w ramach administracji rządowej wzmocniono struktury odpowiedzialne za dokonywanie tzw. oceny wpływu projektowanej regulacji oraz dookreślono i ustandaryzowano zasady sporządzania tej oceny. Przedstawiane przez NIK wnioski z istoty nie są wsparte kompleksową oceną wpływu. Uzasadnieniem tych wniosków są ustalenia kontrolne NIK, co może powodować, że Izba, zgłaszając wniosek, nie uwzględnia innych, możliwych skutków postulowanych przepisów.

Uwarunkowania te nie zmieniają jednak oceny, że wypracowywane przez NIK wnioski powinny co do zasady spotykać się z rzetelniejszym odbiorem po stronie ustawodawcy. Jeśli jakiś wniosek nie jest – w ocenie np. komisji sejmowej – uzasadniony, to powinno to zostać jasno wyartykułowane i poprzedzone stosowną debatą. Specyficz-

⁴⁹ Zob.: M. Zubik, *Jak poprawić polską legislację?*, [w:] J. Szomburg (red.), *Jak poprawić rządzenie Polską w XXI wieku? V Kongres Obywatelski*, Gdańsk 2010, s. 14.

ne merytoryczne uzasadnienie wniosków przedstawianych przez NIK, wynikające z ich oparcia na ustaleniach pokontrolnych, powinno stanowić poważny argument dla ustawodawcy oraz współdziałającej z Sejmem w procesie legislacyjnym Rady Ministrów. Warto też podkreślić, że przysługujące NIK jako naczelnemu organowi kontroli uprawnienie do przedstawiania wniosków o zmianę prawa jest zgodne z międzynarodowymi standardami kontroli, a także z praktyką tego typu organów i innych krajach.

5. Wnioski

NIK jako naczelny organ kontroli państwowej przeprowadza kontrole w szeroko zdefiniowanym zakresie podmiotowym i przedmiotowym. Szczególna ustrojowa pozycja NIK skutkuje m.in. tym, że wszystkie zastrzeżenia zgłaszane przez podmioty kontrolowane są rozstrzygane przez ciała stanowiące organy Izby lub specjalnie powołane wewnętrzne struktury. Ważne jest oczywiście ustawowe zagwarantowanie niezależności osób zasiadających w tych gremiach oraz oparcie procedury rozpatrywania zastrzeżeń o zasadę kontradyktoryjności. *De lege ferenda* uprawnione wydaje się jednak poszukiwanie możliwości poddania – w precyzyjnie określonym zakresie – działalności orzeczniczej NIK kontroli sądów administracyjnych. Procedura sądownoadministracyjna nie mogłaby prowadzić do naruszenia zasady ostateczności ustaleń kontrolnych, mogłaby natomiast służyć ocenie poprawności stosowania lub interpretowania przez NIK prawa w czasie przeprowadzonej kontroli.

Każda kontrola realizowana przez NIK wiąże się z oceną zgodności kontrolowanej działalności z relewantnymi normami prawnymi. Oceny i ustalenia dokonywane w tym zakresie przez NIK predestynują Izbę do formułowania wniosków o potrzebie zmiany prawa. Szczególne merytoryczne uzasadnienie tych wniosków nie zawsze przekłada się w należyтым stopniu na uwzględnianie takich wniosków przez prawodawcę. Część wniosków nie znajduje odzwierciedlenia w przygotowywanych projektach nowelizacji i nowych aktów prawnych. Stwarza to ryzyko nieusunięcia luki lub innej wady systemu prawnego dostrzeżonej przez NIK w toku działalności kontrolnej. Ziszczenie się takiego ryzyka świadczyłoby o nieefektywnym współdziałaniu organów państwa, co może być nawet postrzegane jako naruszenie konstytucyjnej zasady współdziałania tych organów.

Prawa pacjenta: refleksje w stronę zmian¹

Abstrakt

Na początku grudnia krajowe media powiadomiły opinię publiczną o odwołaniu Rzecznika Praw Pacjenta przez Prezesa Rady Ministrów. Podobna informacja dla części ekspertów zajmujących się zagadnieniem praw pacjenta nie była zaskoczeniem. Urzędujący bowiem od ponad siedmiu lat Rzecznik Praw Pacjenta nie stał się niestety opiniotwórczym ośrodkiem, w którym podejmowane byłyby kluczowe dla społeczeństwa tematy prawno-medyczne. Prawdziwość podobnej opinii potwierdzają liczne głosy krytyczne kierowane w stronę omawianego urzędu zarówno przez środowisko pacjentów, jak i samorząd lekarski. W przywołanych w tym miejscu stanowiskach zwracano uwagę na liczne ustawowe wady funkcjonowania Rzecznika. Podkreślano, iż nie jest to w istocie ombudsman, a więc bezstronny, niezależny urzędnik broniący praw i wolności. Czy podobne opinie są uzasadnione? Być może nie tylko sposób funkcjonowania ww. urzędu, ale również kształt polskiej ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta stanowi istotny problem o prawno-społecznym charakterze? W obliczu krytyki przyjętego modelu oraz dotychczasowego funkcjonowania Rzecznika Praw Pacjenta warto zastanowić się, czy jest to *de facto* instytucja niezbędna. W proponowanym artykule podjęta zostanie próba udzielenia odpowiedzi na podobne pytania.

1. Uwagi wprowadzające

W ciągu ostatnich lat dostrzec można, iż coraz większą popularnością cieszą się w Polsce organy określane mianem „Rzecznika Praw Pacjenta” (dalej RPP). Omawiane w tym miejscu instytucje posiadają zróżnicowany charakter². W naszym kraju od ośmiu lat funkcjonuje Urząd Rzecznika Praw Pacjenta, podejmujący w skali całej Polski działania mające na celu ochronę praw osób korzystających z pomocy medycznej. Warto jednak dodać, że w ciągu ostatnich lat pojawiło się także kilku innych rzeczników, których działania – podejmowane także w skali mikro – powodują realne polepszenie się sytuacji konkretnych grup pacjentów. Mowa tu o m.in. rzecznikach praw: pacjenta z SM, pacjenta szpitala psychiatrycznego, rzeczniku praw osoby uzależnionej oraz rzeczniku osoby z autyzmem³.

¹ Prezentowany artykuł powstał w ramach realizacji tematu badawczego „Prawno-społeczne wyzwania ochrony zdrowia psychicznego”, finansowanego ze środków Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – nr 502-03/6-074-06/502-64-103.

² A. Turek, *Rola Rzecznika Pacjenta w świetle konstytucyjnej ochrony praw człowieka*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 21, <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=150> [dostęp: 04.04.2013].

³ Szerzej zob. J. Wygnańska, *Rzecznik Osób z Autyzmem Porozumienia Autyzm Polska przy Fundacji Synapsis*, [w:] A. Rojner, J. Wygnańska (red.), *Rzecznictwo – jak skutecznie zabiegać o realizację praw osób*

Zróźnicowanie w pracy medycznych ombudsmanów⁴ jest nie tylko bardzo wyraźne, ale stanowi ono również ważny element w sposób istotny ułatwiający walkę o prawa osób chorych. Nadmienić jednakże w tym miejscu należy, iż podobne organy najczęściej tworzone są w ramach określonej organizacji, instytucji lub stowarzyszenia. Ich aktywność posiada unikalne znaczenie dla pacjentów doświadczających określonych schorzeń. Najczęściej jednak wspomniani rzecznicy praw nie mają możliwości dokonania swoistej społecznej korekty, istotnych np. prawnych trudności, z jakimi zmagają się osoby korzystające z usług diagnostyczno-terapeutycznych⁵. To powołanie w 2008 r. ogólnopolskiego Rzecznika Praw Pacjenta miało na celu stworzenie jak najbardziej skutecznego organu, który miałby realną możliwość wsparcia danej osoby w szczególnej sytuacji, jaką jest uzyskiwanie pomocy w momencie doświadczania choroby. Konieczne jest jednak dodanie, iż stworzenie nowego rzeczniczego urzędu wiązało się z licznymi kontrowersjami. Powszechnie uważano bowiem, iż kompetencje nowego urzędu powinny zostać przeniesione do Biura Rzecznika Praw Obywatelskich, uznawanego za główny organ bezstronnej oraz niezależnej ochrony praw i wolności Polaków. W chwili obecnej z kolei, zarówno przedstawiciele doktryny, jak i osoby podejmujące działania na rzecz osób chorych wskazują, iż Urząd ten *de facto* nie spełnia swojej roli. Dodaje się, iż RPP jest instytucją całkowicie zależną od Prezesa Rady Ministrów⁶.

Bez względu na nasilenie oraz rodzaj powyższych sporów warto zauważyć, iż od ośmiu lat posiadamy w Polsce miejsce, do którego zgłosić się może w osoba doświadczająca problemów prawno-medycznych. Organ ten ponadto posiada wyraźne, silne kompetencje. Umożliwiają one: inicjowanie kontroli bez uprzedzenia, występowanie do najwyższych władz w sprawach pacjentów, podejmowanie inicjatywy, postulowanie

z autyzmem i innymi całościowymi zaburzeniami rozwojowymi, Warszawa 2004, s. 61-63.

⁴ W. Kopaliński, *Ombudsman*, [w:] *Słownik wyrazów obcych z almanachem*, Warszawa 2002, s. 360. Warto w tym miejscu odnotować, że zgodnie z nieprecyzyjną niestety definicją internetowej encyklopedii Wikipedia, w opisie słowa ombudsman zwraca się uwagę, iż jest to sformułowanie „określające niezależnego urzędnika, do którego można się odwoływać po wyczerpaniu możliwości prawnych. Urzędnik powołany przez rząd do badania, rozpatrywania skarg ludności przeciw rządowi, administracji lub organizacjom społecznym; rzecznik ludności, rzecznik praw obywatelskich” – *Ombudsman*, <http://pl.wikipedia.org/wiki/Ombudsman> [dostęp: 29.11.2016]. Wypada odnotować, iż rzecznik nie jest instytucją, do której odwołujemy się w sytuacji wyczerpania dostępnych możliwości prawnych. Z takim stanem rzeczy mamy do czynienia w przypadku zgłoszenia sprawy np. do rozpatrzenia przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Ombudsman jest *de facto* jedną z owych „możliwości prawnych”. Szerzej na ten temat zob. K. Motyka, *Prawa człowieka. Wybór źródeł*, Lublin 2004, s. 83. Zob. także J. Arcimowicz, *Rzecznik Praw Obywatelskich – aktor sceny publicznej*, Warszawa 2003, s. 36.

⁵ A. Sieniawska, J. Charmata, *Raport Rzecznika Praw Osób Uzależnionych 2010/2011*, Warszawa 2012, s. 5, oraz B. Kmiecik, *Rzecznicki system ochrony praw człowieka rozproszenie w działaniu, czy też różnorodność w dążeniu do wspólnego celu*, [w:] D. Podgórska-Jachnik (red.), *Problemy rzecznictwa i reprezentacji osób niepełnosprawnych*, Łódź 2009, s. 105-106.

⁶ A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 205 oraz E. Siedlecka, *Tajny konkurs na Rzecznika praw pacjenta*, http://wyborcza.pl/1,85996,6903400,Tajny_konkurs_na_rzecznika_praw_pacjenta.html [dostęp: 29.11.2016].

opracowania nowych aktów prawnych, występowanie w sprawach pacjentów przed sądem itd. Należy dostrzec ponadto, że Biuro Rzecznika Praw Pacjenta staje się kluczowym urzędem podejmującym starania dotyczące przestrzegania godności osób korzystających z usług medycznych⁷. Na terenie ww. urzędu funkcjonuje:

- komisja, do której można zgłosić sprzeciw wobec opinii lekarskiej,
- RPP powołuje obecnie 16 członków (jedna osoba do każdego województwa). Wojewódzkich komisji ds. orzekania o zdarzeniach medycznych (mowa o *quasi* sądowych organach, które od stycznia 2012 r. przyjmują pierwsze sprawy dotyczące zaistniałych np. w szpitalu zdarzeń negatywnych w skutkach dla pacjenta),
- Biuro RPP zatrudnia ponadto kilkudziesięciu Rzeczników Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego, którzy jako niezależni urzędnicy podejmują działania kontrolne, edukacyjne oraz wspierające wobec pacjentów leczonych w większości oddziałów psychiatrycznych znajdujących się na terenie naszego kraju⁸.

W tym miejscu należy jednakże powrócić do uwag dotyczących praktycznego funkcjonowania owego Urzędu. Rzecznik zgodnie z ustawą o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta posiada prawo do nałożenia kary finansowej w sytuacji stwierdzenia, iż naruszone zostały zbiorowe prawa pacjenta⁹. W historii omawianego urzędu kara taka została przyznana jedynie raz, w okolicy ósmej rocznicy istnienia omawianego organu¹⁰. Owo nałożenie kary finansowej w sposób kluczowy odróżnia RPP od np. wspomnianego Rzecznika Praw Obywatelskich. RPP nie jest organem kadencyjnym. Powoływany jest przez komisję wskazaną przez ministra zdrowia, a, co szczególnie istotne, jest w pełni zależny od premierów kolejnych rządów¹¹. Czy zatem RPP jest *de facto* Rzecznikiem? Czy jest on organem, który gwarantuje niezależne bezstronne przeanalizowanie sprawy? Czy ma realny wpływ na politykę zdrowotną rządu? Czy może wesprzeć pacjenta na wszystkich poziomach, na których potencjalnie może być naruszone prawo pacjenta? Czy pacjent tym samym posiada obecnie możliwość sprawnego upominania się o należne mu prawa? By odpowiedzieć na wspomniane pytania, zasadnym jest wpiętyw zatrzymać się na osobie pacjenta, do którego praw powołany został RPP.

⁷ M. Paszkowska, *Rzecznik Praw Pacjenta jako nowa instytucja systemu ochrony zdrowia*, „Przegląd Medyczny Uniwersytetu Rzeszowskiego i Narodowego Instytutu Leków w Warszawie” 2010, nr 4, s. 479.

⁸ B. Łoza, R. Wójcik, *Rzecznik praw pacjenta szpitala psychiatrycznego: nowe doświadczenia, stare błędy*, „Neuropsychiatria. Przegląd Kliniczny” 2010, nr 1, s. 38.

⁹ Rozdział 14 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 z późn. zm.).

¹⁰ *Decyzja Rzecznika Praw Pacjenta w sprawie Wojewódzkiego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Suchowoli (woj. lubelskie)*, Serwis Biura Rzecznika Praw Pacjenta, <http://www.bpp.gov.pl/aktualnosci/decyzja-rzecznika-praw-pacjenta-w-sprawie-wojewodzkiego-szpitala-dla-nerwowo-i-psychicznie-chorych-w-suchowoli-woj-lubelskie-369.html> [dostęp: 01.12.2016].

¹¹ U. Drozdowska, *Rzecznik Praw Pacjenta – nowy sposób ochrony praw pacjenta?*, „Administracja Publiczna. Studia Krajowe i Międzynarodowe” 2009, nr 1 (13), s. 10.

2. Pacjent

Uchwalona w 2008 r. ustawa o RPP w sposób wyraźny zdefiniowała osobę pacjenta. Jest nią zatem z jednej strony osoba, która zgłosiła się do eksperta medycznego z prośbą o udzielenie jej określonej pomocy: diagnostycznej, profilaktycznej, leczniczej lub rehabilitacyjnej. Jest to zatem postawa o charakterze czynnym: konkretna osoba zgłasza się do danego eksperta. Pacjentem jest jednak również osoba, która nie wykazuje podobnej aktywnej inicjatywy. Może się bowiem zdarzyć (i często się zdarza), że dana osoba znajduje się w pozycji biernej. Nie mając świadomości, uzyskuje określoną pomoc: jest nieprzytomna, nie ma rozeznania co do sytuacji itd.¹² Warto jednakże zwrócić również uwagę, iż polskie prawo medyczne w kilku miejscach wskazuje na konsumencki „charakter” pacjentów. Od dłuższego już czasu w naszym porządku prawnym funkcjonuje *ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych*¹³. Dokument ten, niezwykle istotny dla polskiego systemu ochrony zdrowia, nie posługuje się jednak pojęciem „pacjenta”. W zamian za to spotkać w nim można takie zwroty, jak świadczeniodawca (np. lekarz lub szpital) oraz świadczeniobiorca, a więc tytułowy pacjent. Jak powszechnie wiadomo, w Polsce dostęp do opieki zdrowotnej jest bezpłatny. Zupełnie inaczej sytuacja wygląda na terenie USA. Choć od kilku lat wprowadzany jest tam system powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, to jednak nadal dostrzec tam można wyraźną dysproporcję w dostępie do usług medycznych. Ich zakres, jak wskazuje m.in. Norman Goodman, uzależniony jest od możliwości finansowych danego pacjenta, który wykupuje określony „koszyk” gwarantowanych świadczeń¹⁴. W Polsce, zgodnie z art. 68 Konstytucji RP, każdemu zapewnia się darmowy dostęp do opieki zdrowotnej¹⁵. W praktyce jednak, kolokwialnie rzecz ujmując, za „każdym pacjentem idą pieniądze”. Z jednej strony płaci lekarzowi państwowy płatnik, który wcześniej uzyskał fundusze ze strony pacjenta opłacającego składki zdrowotne. Z drugiej jednak perspektywy, pomimo ustawowych gwarancji darmowej opieki medycznej, coraz więcej osób decyduje się pominąć

¹² Por. art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy o RPP.

¹³ *Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych* (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.).

¹⁴ N. Goodman, *Wstęp do socjologii*, Poznań 2001, s. 267. Zob. także w omawianych kontekstach: J. Żakowski, *ACTA ad acta. Co ma wspólnego internet z biblioteką* <http://krytykapolityczna.pl/kraj/zakowski-acta-ad-acta-czyli-co-ma-wspolnego-internet-z-biblioteka/> [dostęp: 18.11.2016]. Analizę nierówności praw do świadczeń opieki zdrowotnej jako zjawiska socjokulturowego odnaleźć można m.in. w: S. Królikowska, *Nierówności w stanie zdrowia między kobietami a mężczyznami w kontekście płci biologicznej oraz społeczno-kulturowej*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Sociologica” 2011, nr 39, s. 33-52; A. Ostrowska, *Psychospołeczne uwarunkowania nierówności w zdrowiu*, „Zdrowie Publiczne i Zarządzanie” 2011, t. 9, nr 2, s. 55-63 oraz T. Kaczmarek i in., *Nierówności społeczne w dostępie do zdrowia*, „Przegląd Higieniczny i Epidemiologiczny” 2007, nr 3, s. 259-260.

¹⁵ *Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

pośrednika w postaci Narodowego Funduszu Zdrowia. Tym samym bezpośrednio, „z własnej kieszeni” dane osoby decydują się opłacić leczenie. W tym miejscu warto zaznaczyć, iż za pacjentem „idą” nie tylko środki finansowe, ale również jego prawa zapisane w powszechnie obowiązujących aktach prawnych.

Jak wskazuje Antonina Doroszevska, idea praw pacjenta powiązana jest z kilkoma zjawiskami. Po pierwsze, od końca lat 60. oraz na początku lat 70. XX w. zaobserwować można dynamiczny postęp medycyny. To wówczas pojawiają się pierwsze informacje o coraz „śmielszych” zabiegach transplantacyjnych, wykorzystaniu respiratora oraz uzyskaniu coraz większej wiedzy na temat genetycznego wyposażenia ludzkiego organizmu. W tym czasie, głównie na terenie USA, rozwija się dynamicznie ruch swobód obywatelskich. W Stanach Zjednoczonych oraz na terenie państw bloku socjalistycznego na jaw wychodzą szokujące opinie publiczną informację dotyczące sposobu traktowania pacjentów doświadczających zaburzeń psychicznych. Ponadto w owych czasach zaczyna umacniać się koncepcja uprawnień konsumenckich¹⁶.

Polska ustawa o RPP – jak zaznaczono wcześniej – wskazuje, że owym pacjentem jest osoba, która sama zgłasza się z prośbą o pomoc bądź której udzielane są świadczenia zdrowotne, np. w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia. Co ciekawe jednak, ów pacjent w chwili, w której jest niezadowolony z szeroko rozumianych usług medycznych, może zgłosić skargę nie tylko do Rzecznika Praw Pacjenta, ale również do Rzecznika Konsumenta oraz Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta. Jeśli pacjent jest np. niezadowolony z usług laboratorium diagnostycznego, to z jednej strony doznaje on szkody jako osoba podejrzewająca u siebie określone schorzenie. Z drugiej jednak strony dany ośrodek mógł nie dotrzymać wszystkich postanowień umowy. Ciekawe jest, iż wspomniana ustawa o prawach pacjenta odwołuje się do koncepcji uprawnień konsumentów. W 2008 r. – uchwalając ustawę o RPP – wprowadzono koncepcję zbiorowych praw pacjenta, które odpowiadają w swym założeniu idei zbiorowych praw konsumenckich¹⁷.

Nie ulega wątpliwości, że w szeroko rozumianej biomedycynie częstokroć działania podejmowane są wobec osób, które nie są chore. Medycyna spersonalizowana pozwala dzisiaj spojrzeć „w przyszłość”. Dana osoba może powiedzieć „Dziś jestem zdrowy. Sprawdzę jednak, czy istnieje jakieś potencjalne niebezpieczeństwo, że nie zachoruję w przyszłości”. W podobnej sytuacji można podpisać umowę na świadczenie usług diagnostycznych. Klient zostawia materiał biologiczny i czeka na informacje.

¹⁶ A. Doroszevska, *Socjologiczne aspekty praw pacjenta – analiza wybranych problemów*, [w:] T. Mróz (red.), *Uwarunkowania prawne, ekonomiczne i socjologiczne funkcjonowania wybranych systemów ochrony zdrowia*, Białystok 2011, s. 122.

¹⁷ Zob. szerzej: E. Zielińska, *Ekspertyza na temat poselskiego projektu ustawy o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta* (Druk Sejmowy nr 283), Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2008.

Oplaca on konkretną czynność, oczekując rzetelnego działania. Bycie klientem daje możliwość stawiania wymagań, oczekiwań. Mamy kontrakt, który określa konkretne wzajemne zobowiązania. Z drugiej jednak strony to bycie pacjentem powoduje, iż ów kontrakt nabiera szczególnego charakteru, wprost dotyczącego drugiej osoby posiadającej określone prawa¹⁸. Czy jednak istnienie w Polsce zarówno ustawy o prawach pacjenta, jak i Urzędu Rzecznika Praw Pacjenta powoduje, iż owe prawa mogą być w sposób skuteczny oraz rzetelny chronione?

Z całą pewnością, by odpowiedzieć na powyżej postawione pytanie, należałoby przeprowadzić pogłębioną analizę opinii wskazujących na postawy, jakie np. lekarze oraz osoby przez nich leczone mają w stosunku do powyżej wskazanej ustawy. Analizując wyniki badań, z całą pewnością można dojść do wniosku, że termin „prawa pacjenta” może być wyjaśniony przez coraz większą grupę ekspertów medycznych oraz osób korzystających z ich usług¹⁹. W tym miejscu warto zastanowić się, czy obecność omawianego terminu w sposób istotny wpłynęło w ciągu ostatnich lat na poprawę sytuacji osób korzystających z pomocy lekarza lub pielęgniarki?

3. Prawo w działaniu

Nim w listopadzie 2008 r. weszła w życie ustawa o prawach pacjenta, przez szereg lat na terenie poradni oraz szpitali wywieszona była Karta Praw Pacjenta. Był to komunikat ministra zdrowia, będący wykazem kilkudziesięciu przepisów dotyczących praw przysługujących pacjentom. Przepisy te pochodziły z konkretnych ustaw (np. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, o ochronie zdrowia psychicznego, o zakładach opieki zdrowotnej). Karta – choć będąca dobrym drogowskazem dla pacjentów – nie była formalnie obowiązującym źródłem prawa. Pojawienie się ustawy wydawało się w tym miejscu naturalną konsekwencją szanującą również standardy konstytucyjne, zgodnie z którymi zagadnienia praw i wolności obywatelskich powinny być określane w społeczeństwie w drodze ustawy²⁰. Ciekawe jest jednak, że po ośmiu latach obowiązywania omawianego dokumentu coraz wyraźniej dostrzec można pewne niepokojące zjawiska. Pojawia się bowiem pytanie: czy podobny, coraz bardziej rozbudowany dokument odnoszący się do praw pacjenta jest w stanie skutecznie powiadomić osobę poddawaną terapii o przysługujących jej uprawnieniach?

¹⁸ J. Sobczak, *Godność pacjenta*, „Medyczna Wokanda” 2009, nr 1, s. 31-35.

¹⁹ TNS OBOP: dla pacjentów najważniejszy jest szybki dostęp do leczenia, <http://www.prawapacjenta.eu/index.php?pld=3121> [dostęp: 23.01.2013]; N. Hipsz (oprac.), *Polacy o państwowej i prywatnej opiece zdrowotnej*, Centrum Badania Opinii Społecznej, Warszawa 2012, s. 1-2. Zob. także: A. Łaska-Formejster, *Pacjent w sieci zależności. Społeczny kontekst praw i autonomii pacjenta*, Łódź 2015, s. 134.

²⁰ Zob. M. Dziewanowska, *Prawa pacjenta – prawno-zdrowotny poradnik dla kobiet*, Warszawa 2009, s. 5; Ł. Hajduk, M. Binkowska-Bury, A. Jacek, *op. cit.*, s. 2.

Ustawę o RPP można podzielić na kilka elementów. Po pierwsze zapisano w niej definicje kluczowych pojęć, szczególnie istotnych w trakcie analizowania relacji, jaka istnieje pomiędzy pacjentem a lekarzem lub pielęgniarz. Pojawiają się znane w prawie medycznym terminy, takie jak opiekun prawny oraz opiekun faktyczny. Są również nowe pojęcia. Wyjaśniono przede wszystkim, kim dla polskiego ustawodawcy jest „pacjent”. Do 2008 r. nie mieliśmy legalnej definicji pacjenta. Warto w tym miejscu przypomnieć, że w omawianej ustawie wyjaśniono również, kim jest osoba bliska (co szczególnie istotne było dla osób pozostających ze sobą w niesformalizowanych relacjach). Termin ten stał się kluczowy z perspektywy zmian w zakresie instytucji tajemnicy lekarskiej. Znowelizowane w 2016 r. przepisy ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry wprowadziły bowiem możliwość ujawnienia informacji klinicznych osobie bliskiej pacjentowi po jego śmierci.²¹ Kolejne rozdziały omawianego dokumentu stanowią *de facto* wyliczenie oraz wyjaśnienie znanych już z innych ustaw praw pacjenta. Do takich uprawnień, jak prawo do ochrony zdrowia czy też prawo do uzyskania zgody lub uzyskania informacji, dołączone zostały: prawo do informacji o prawach pacjenta, prawo do wniesienia sprzeciwu, prawo do zgłoszenia niepożądanego działania preparatu medycznego oraz zbiorowe prawa pacjenta.

Po drugie, w ustawie o prawach pacjenta wymienione zostały nie tylko uprawnienia, jakie przysługują danej osobie w trakcie diagnozy, leczenia lub rehabilitacji. Są w niej obecne również:

- informacje dotyczące Rzecznika Praw Pacjenta, trybu jego wyboru, zadań oraz uprawnień,
- informacje dotyczące działania Komisji Lekarskiej ds. sprzeciwów działającej przy Rzeczniku Praw Pacjenta,
- informacje dotyczące Wojewódzkich Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych.

Pojawienie się w omawianym dokumencie podobnych zagadnień według części autorów jest całkowicie zrozumiałe. Wspomniane instytucje zajmują się ochroną praw pacjenta. W tym kontekście wydaje się zrozumiałe dokładne wskazanie pacjentom nie tylko, kim jest Rzecznik Praw Pacjenta. Informacje dotyczące kompetencji wspomnianego urzędu oraz tryb jego powołania mogą mieć dla pacjentów szczególne znaczenie. Kierując skargę do danej instytucji, pacjent posiada prawo do wiedzy dotyczącej realnej możliwości podjęcia przez nią działań. Czytając jednak w całości ustawę o prawach pa-

²¹ Prezydent RP podpisał nowelizację: tajemnica lekarska ograniczona, <http://www.rynekzdrowia.pl/Prawo/Prezydent-RP-podpisał-nowelizacje-tajemnica-lekarska-ograniczona,163724,2.html> [dostęp: 01.12.2016].

cjenta, doświadczyć można, iż zapoznajemy się z dokumentem, który w niektórych miejscach posiada niezwykle skomplikowany charakter²².

W tym miejscu bowiem warto zastanowić się: jaki był cel uchwalenia omawianego dokumentu? Jak wcześniej zasygnalizowano dążono do wprowadzenia w życie przepisów, które na poziomie ustawy chroniłyby prawa człowieka w sytuacji, w której korzysta on ze świadczeń zdrowotnych. Realizacja tego celu jest możliwa szczególnie wówczas, gdy ustawa w sposób zrozumiały odpowiadać będzie pacjentowi na pytania: „Jakie mam prawa? Kto będzie bronić moich praw?”

Pierwsza wątpliwość niestety nie w pełni jest wyjaśniana w ustawie o RPP. Dużym plusem ustawy jest dokładne wyjaśnienie uprawnień pacjenta (np. prawo do dokumentacji, prawo do informacji). W ustawie pojawiają się też – zajmujące dużo miejsca – przepisy określające:

- administracyjny tryb działania Komisji Lekarskiej podejmującej decyzję ws. sprzeciwów wniesionych przez pacjentów,
- zasady, tryb wyboru oraz administracyjną procedurę, na podstawie której działają Wojewódzkie Komisje ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych.

W pierwszym przypadku pojawienie się podobnych proceduralnych informacji uznać należy za zrozumiałe. Pacjent ma konkretną wiedzę, jak wnieść sprzeciw od decyzji lekarza. Choć przykład ww. Wojewódzkich Komisji również odnosi się do konkretnego uprawnienia pacjenta, to trudno nie odnieść wrażenia, że zagadnienia związane z działaniem wspomnianego gremium przedstawione zostały w sposób niezwykle skomplikowany, wymagający posiadania przez osobę czytającą dużej wiedzy dotyczącej funkcjonowania administracji²³. Z całą pewnością w polskim systemie prawa dostrzec można wiele dokumentów, które operują niezrozumiałym dla pacjenta językiem. Uznać należy, iż ustawy dotyczące praw człowieka/pacjenta powinny być spisywane w formie, która umożliwia ich zrozumienie przez osobę nie posiadającą wykształcenia prawniczego.

4. Rzecznik, czyli problem?

Ustawa o RPP w znacznej mierze odnosi się do osoby Rzecznika Praw Pacjenta. Powołanie wspomnianego urzędu wiązało się z licznymi dyskusjami społeczno-politycznymi. Dużą grupę dyskutantów stanowili zwolennicy koncepcji powołania „medycznego

²² Tym samym zaobserwować można ciekawe zjawisko. Z jednej strony, zgodnie z art. 11 ustawy o RPP pacjent posiada pełne prawo do informacji o należnych mu prawach. Z drugiej jednak perspektywy skomplikowany charakter omawianej ustawy powodować może wystąpienie trudności z łatwym dostępem do zrozumiałych informacji o wspomnianych prawach.

²³ Podobna sytuacja może zakłócać proces informacyjny oraz motywacyjny działania prawa: A. Kojder, *Godność i siła prawa*, Warszawa 1995, s. 116.

ombudsmana”, a więc niezależnego, dostępnego dla wszystkich oraz wyposażonego w silne kompetencje urzędnika. Potencjalne pojawienie się omawianej w tym miejscu instytucji napotkało krytykę, którą wygłaszali m.in. byli Rzecznicy Praw Obywatelskich. W tym kontekście zwracano uwagę, że nie ma w Polsce potrzeby powołania nowego, specjalnego Rzecznika Praw. Dodawano, że w naszym kraju są już organy, które podejmują skuteczną walkę o prawa pacjentów²⁴. Inny pogląd ujawniała prawno-medyczna literatura przedmiotu. Zwracano uwagę, iż ochrona praw człowieka „występującego” w roli pacjenta ma szczególny charakter. Wskazywano, że spotkanie osoby chorej z lekarzem zawsze związane jest z wkroczeniem medycznego eksperta w intymną sferę życia danego człowieka. Dodawano, że pacjent najczęściej – w trakcie podobnego spotkania terapeutycznego – znajduje się na gorszej pozycji: nie zna on często fachowej terminologii (w praktyce istnieje zatem niebezpieczeństwo ograniczenia jego prawa do informacji), doświadcza bólu fizycznego lub psychicznego, nie wie, czy leczenie będzie skuteczne itd.²⁵ To właśnie z racji na podobną unikalność medycznej relacji zdecydowano się na powołanie Urzędu Rzecznika Praw Pacjenta. Instytucja ta zaczęła działać w 2008 r. na bazie wcześniej funkcjonującego Biura Praw Pacjenta przy Ministrze Zdrowia²⁶.

Rzecznik wyposażony został w szerokie kompetencje zarówno interwencyjne, kontrolne, jak i egzekucyjne. Zgodnie z ustawą o RPP może m.in.:

- kontrolować (także bez zgody) instytucje ochrony zdrowia,
- oczekiwać wyjaśnień od organów prowadzących postępowanie wyjaśniające,
- przystąpić do postępowania sądowego (cywilnego) na prawach przysługujących prokuratorowi. Może nałożyć kary finansowe, m.in. w chwili niepodjęcia przez daną placówkę działań mających na celu zaprzestanie praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjenta. Leszek Bosek oraz Urszula Drozdowska zwracają w swoich analizach uwagę, iż Rzecznik Praw Pacjenta nie w pełni odpowiada modelowi ombudsmana. Przede wszystkim nie jest to organ niezależny. Po pierwsze, omawianego wysokiego urzędnika wybiera komisja utworzona przez ministra zdrowia, od którego Rzecznik powinien być niezależny. W tym miejscu pojawia się również zależność od Premiera, który ostatecznie powołuje i odwołuje Rzecznika Praw Pacjenta. W dodatku dokładniejsza analiza omawianej usta-

²⁴ A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *op. cit.*, s. 9 oraz A. Turek, *op. cit.*

²⁵ D. Karkowska, *Komentarz do ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, Warszawa 2010, s. 18. Zob. także: R.K. Merton, *Paradygmat analizy funkcjonalnej w socjologii*, [w:] A. Jasińska-Kania [i in.] (wybór i oprac.), *Współczesne teorie socjologiczne*, Warszawa 2006, s. 367-375 oraz A. Niedźwiecka, M. Nowicki, M. Tkaczyk, *Oczekiwanie chorego dializowanego wobec zespołu pielęgniarstwa w stacji dializ*, „Polski Merkurys Lekarski” 2009, nr 26, s. 314.

²⁶ Działo ono najpierw na podstawie *Zarządzenia Ministra Zdrowia z dnia 28 grudnia 2001 r. w sprawie utworzenia Biura Praw Pacjenta* (Dz. Urz. MZ z 2001 r. Nr 13, poz. 83 z późn. zm.), a następnie *Zarządzenia Ministra Zdrowia z dnia 27 kwietnia 2006 roku w sprawie Biura Praw Pacjenta przy Ministrze Zdrowia* (Dz. Urz. MZ z 2006 r. Nr 7, poz. 29).

wy wskazuje, że Rzecznik nie ma prawa interweniować w sytuacji, w której dostrzeże np. łamanie praw pacjenta poprzez nie wprowadzenie przez NFZ określonej procedury (np. nieodpowiednie finansowanie określonych działań medycznych)²⁷. Tym samym trudno nie zgodzić się z opiniami wskazującymi, że Rzecznik posiada realne uprawnienia, ale wyłącznie w chwili interweniowania w stosunku do personelu medycznego. Należy jednak zaznaczyć, że naruszenie owych praw może nastąpić także na innych poziomach: mowa np. o ministerialnej decyzji bezpośrednio odnoszącej się do polityki zdrowotnej państwa²⁸.

5. W stronę zmian

Analiza działań podejmowanych przez RPP z całą pewnością skłaniać musi do pojawienia się podobnych do wcześniej przedstawionych refleksji krytycznych. Zatrzymanie się jedynie na poziomie wskazania ustawowych wad uznać należy za niewystarczające. Uzasadnione wydaje się przedstawienie konkretnych, potencjalnych rozwiązań o charakterze *de lege ferenda* odnoszących się do zasad działania Rzecznika Praw Pacjenta. W pierwszym rzędzie warto wskazać na problem powołania oraz odwołania RPP.

Jak wskazano w art. 44. 1 ustawy o RPP, „Rzecznik jest powoływany przez Prezesa Rady Ministrów spośród osób wyłonionych w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru”²⁹. W dalszej części ww. unormowania dodano, że : „Nabór na stanowisko Rzecznika przeprowadza zespół powołany przez ministra właściwego do spraw zdrowia, liczący co najmniej 3 osoby, których wiedza i doświadczenie dają rękojmię wyłonienia najlepszych kandydatów. W toku naboru ocenia się doświadczenie zawodowe kandydata, wiedzę niezbędną do wykonywania zadań na stanowisku, na które jest przeprowadzany nabór, oraz kompetencje kierownicze. [...] W toku naboru zespół wyłania nie więcej niż trzech kandydatów, których przedstawia Prezesowi Rady Ministrów” (art. 44 ust. 4 ustawy o RPP) W literaturze przedmiotu wskazano, że aktualnie dopiero kształtuje się w naszym kraju praktyka w zakresie powoływania danej osoby na stanowisko Rzecznika. Podkreśla się również, iż Prezes Rady Ministrów powołuje, a więc powierza funkcję danej osobie. Zwraca się także uwagę, że komisja znajdująca się w Ministerstwie Zdrowia winna dołożyć starań, by wyłonić więcej niż jednego kandydata. W innym przypadku, a więc wskazanie zaledwie jednej osoby, sugerowałoby Premierowi wybór wyłącznie określonej osoby. Co ciekawe, Prezes Rady Ministrów nie jest związany wyborem

²⁷ U. Drozdowska, *op. cit.*, s. 15.

²⁸ A. Łaska-Formejster, *op. cit.*, s. 327.

²⁹ Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 z późn. zm.).

wspomnianej Komisji³⁰. Oceniając podobne ustawowe rozstrzygnięcia, zasadne wydaje się podjęcie dyskusji dotyczącej zmiany funkcjonowania omawianego urzędu. Obecnie RPP nie posiada bowiem możliwości realnego wpływu na politykę zdrowotną państwa, której istotnym elementem jest zagadnienie ochrony praw pacjenta. Warto w tym miejscu dostrzec, iż nie tylko w doktrynie, ale również wśród przedstawicieli organizacji pacjenckich istnieje wyraźne przekonanie wskazujące na konieczność uniezależnienia RPP od środowiska politycznego. Zdaniem Doroty Karkowskiej „istnieje duże niebezpieczeństwo podporządkowania urzędu RPP władzy wykonawczej w Polsce. W bardzo trudnej finansowej sytuacji publicznej opieki zdrowotnej RPP może stać się obiektem niezwykle gwałtownych ataków, a brak gwarancji apolityczności i bezstronności urzędu czyni ten urząd bardzo podatnym na takie ataki, co w konsekwencji doprowadzić może do sparaliżowania wielu jego kompetencji. To może znacznie utrudnić Rzecznikowi Praw Pacjenta legalizm w obronie pacjentów, przeciw któremu zwracają się siły społeczne niezadowolone z ingerencji w system opieki zdrowotnej w Polsce”³¹. Karkowska dodaje, że silna podległość RPP w stosunku do Prezesa Rady Ministrów prowadzić może do stanu, w którym to, co robi Rzecznik, może być podyktowane nie tylko względami merytorycznymi, ale i pozamerytorycznymi³².

Na wspomniany problem zwróciły uwagę środowiska reprezentujące pacjentów. Jak zaznacza Piotr Piotrowski, moderator oraz lider Porozumienia 1 Czerwca, „Z naszej pacjenckiej perspektywy trudno mówić o autonomii urzędu Rzecznika Praw Pacjenta i spełnianiu przez niego wizji rozwoju przestrzegania Praw Pacjenta, misji edukacji społecznej w tym zakresie i praktyki budowania relacji ze środowiskiem pacjenckim. Widzimy raczej urząd skupiający się na własnym trwaniu i realizujący niezbędne minimum monitorowania zjawisk patologii w ochronie zdrowia, nie budujący relacji i nie wywierający wpływu rozwijającego i jednoczącego organizacje pacjenckie. [...] Trudno mówić, że urząd RPP reprezentuje organizacje pacjenckie wobec administracji rządowej”³³. Autor ten w cytowanym już liście do Rzecznika Praw Obywatelskich dodaje, iż zdaniem środowisk reprezentujących pacjentów, RPP nie posiada szerszej wizji oraz misji własnego działania³⁴. List został oficjalnie zaakceptowany przez 41 organizacji pozarządowych wspierających na co dzień osoby chore oraz niepełnosprawne³⁵. Jego wymowa

³⁰ A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *op. cit.*, s. 205; D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku Praw Pacjenta – komentarz*, Warszawa 2010, s. 406.

³¹ D. Karkowska, *op. cit.* s. 22.

³² *Ibidem*.

³³ P. Piotrowski, *List do Prof. I. Lipowicz, Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2013, s. 2, <http://www.1czerwca.pl/> [dostęp: 30.04.2013].

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Por.: L. Bosek, *News and Views Codification of Patients' Rights in Poland – The Patients' Rights Act 2008*, „European Journal of Health Law” 2010, No 17, s. 381.

posiada również inny, równie istotny charakter. Analiza społeczno-prawnego modelu funkcjonowania RPP wskazuje, iż organ ten w przestrzeni publicznej nadal kojarzony jest przede wszystkim z Ministerstwem Zdrowia. Więcej, uznawany jest za „Rzecznika przy Ministerstwie”, co powoduje, iż organ ten w przestrzeni publicznej nie występuje „jako niezależny aktor”³⁶.

Analizując obecnie obowiązujący stan prawny, zasadne jest zwrócenie uwagi na konkretne możliwości zmiany funkcjonowania Urzędu RPP. Mowa zwłaszcza o potrzebie rozbudowania działań, w sposób istotny uwzględniająca nie tylko perspektywę formalno-prawną, ale również powiązaną z nią płaszczyznę medyczną. Należy przypomnieć, że Urząd ten był powołany jako konsekwencja uznania, że pacjenci znajdują się w szczególnej sytuacji. Tym samym ich prawa posiadają „specyficzny” charakter. Obecnie – analizując coroczne sprawozdania RPP – dojść można do wniosku, że urząd ten skupił się przede wszystkim na zagadnieniach *stricto* formalnych, głównie kontrolnych. Niejednokrotnie uznać trzeba, że działania te nie uwzględniają perspektywy medycznej. Mowa zwłaszcza o praktycznych aspektach udzielania świadczeń zdrowotnych. Szczególnie istotne wydaje się zatem powołanie zastępcy rzecznika, posiadającego wykształcenie medyczne. Podejmowania pogłębionej analizy odnoszącej się do potencjalnego naruszenia praw pacjenta wymaga dostrzeżenia klinicznego kontekstu³⁷.

Podobne refleksje w żaden sposób nie umniejszają znaczenia działań formalnych, jakie podejmuje RPP. Kształt ustawy o RPP powoduje, iż rzecznik nie posiada realnych kompetencji, pozwalających mu na podjęcie interwencji w chwili, w której złożona zostanie skarga na publicznego płatnika świadczeń, a więc na NFZ. Rzecznik może wystąpienia formułować oficjalne wystąpienia, składać wnioski oraz prośby. Nie może jednak kierować żądań. Podobny stan faktyczny powoduje, iż urzędnik ten nie ma możliwości skutecznego interweniowania, gdy dostrzeże, iż administracyjne decyzje Funduszu naruszają prawa świadczeniodawców usług medycznych/pacjentów. We wcześniejszych refleksjach zwrócono uwagę, iż perspektywa pacjenta to zaledwie jedna z kilku płaszczyzn, na których w relacji zwłaszcza z lekarzem znajduje się osoba chora. Obecnie nie ulega wątpliwości, iż w celu możliwego skutecznego interweniowania RPP musi posiadać możliwość bezstronnego interweniowania w sytuacji dostrzeżenia, że prawa świadczeniobiorców usług medycznych mogą być naruszane poprzez np. ogłoszenie nieracjonalnych zarządzeń wprost ograniczających dostęp do świadczeń zdrowotnych.

³⁶ Informacja o Rzeczniku Praw Pacjenta przy Ministerstwie Zdrowia widnieje m.in. na terenie placówek ochrony zdrowia. Przykładem może być np. specjalistyczna przychodnia przy Szpitalu św. Rodziny w Łodzi. Także w literaturze przedmiotu poruszającej tematykę praw pacjenta spotkać się można z podobnymi stwierdzeniami. Wspomniana powyżej Alicja Łaska-Formejster, dokonując pogłębionej analizy skarg pacjentów, wskazuje na działania „rzecznika Praw Pacjenta przy Ministerstwie Zdrowia”, A. Łaska-Formejster, *op. cit.*, s. 228-243.

³⁷ B. Kmiecik, *Instytucje ochrony praw pacjenta w Polsce*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 2, s. 45-61.

6. Między nauką a społeczeństwem

Jak wskazuje w swoim nauczaniu Leon Petrażycki, „Prawo jest psychicznym czynnikiem życia społecznego i działa psychicznie. Jego działanie polega, po pierwsze, na wzbudzaniu lub tłumieniu pobudek do różnych działań i zaniechań (motywacyjne lub impulsyjne działanie prawa), po drugie, na wzmacnianiu i rozwijaniu jednych skłonności i cech charakteru ludzkiego, na osłabianiu i wyplenianiu innych”³⁸. Nie ulega zatem wątpliwości, iż przepisy prawne dotyczące medycyny w sposób bezpośredni odnoszą się do refleksji podejmowanych w omawianych kontekstach przez przedstawicieli środowiska medycznego oraz pacjenckiego. W tym ujęciu można powiedzieć, iż obserwujemy działanie „prawa żywego”. Jak zaznacza Zbigniew Cywiński, „Prawo żywe jest swoistą wypadkową wzajemnych relacji między trzema warstwami materiału prawnego realnie kształtującą zachowania jednostek i zbiorowości. Można je postrzegać jako wpływ prawa prawniczego i państwowego na prawo społeczne, ale też trzeba w nim widzieć wpływ prawa społecznego na orzecznictwo i stanowienie prawa”³⁹. Prawa pacjenta są zatem szczególnym elementem, który oddziałuje zarówno na poziomie społecznym, jak i jednostkowym.

W tym kontekście, analizując obecność RPP w zdrowotnej i prawno-człowieczej debacie, z przykrością należy stwierdzić, że podmiot ten nie stał się istotnym ani opiniotwórczym elementem systemu ochrony zdrowia. Pozycja, jaką zajmuje rzecznik, w pełni jednak pozwala być mu inicjatorem powyższych działań.

Negatywna ocena dotyczy również działań o charakterze naukowym. Opinie oraz wystąpienia rzecznika nie stały się elementem doktrynalnych dyskusji. Niestety RPP w żadnym istotnym elemencie nie włączył się do naukowej debaty prawno-medycznej. W przeciwieństwie do pozostałych rzeczników praw nie podjęto inicjatywy skierowanej np. do studentów w zakresie naukowych prac konkursowych dotyczących praw pacjenta i prawa medycznego. Brak również naukowych publikacji rzecznika lub jego pracowników. Nie zorganizowano komentowanych debat ani konferencji naukowych, które wynosiłby istotne elementy do dyskursu⁴⁰. Prawa pacjenta są szczególnie cennym elementem pojawiającym się w publikacjach medycznych oraz artykułach poruszających problematykę praw człowieka oraz prawa medycznego. Rzecznik Praw Pacjenta w sposób naturalny mógłby nie tylko dołączyć do podobnej debaty. Mógłby on być jednym z jej promotorów.

³⁸ L. Petrażycki, *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego*, [w:] idem, *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985, s. 157.

³⁹ Zob. Z. Cywiński, *Socjologia i polityka prawa – zamiast przewodnika dydaktycznego*, „Prace Instytutu Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji” 2011, tom 18, s. 201.

⁴⁰ B. Kmieciak, *Czy ktoś pamięta Rzecznika Praw Pacjenta*, <http://blog.gosc.pl/BlazejKmieciak/2016/04/26/czy-ktos-pamieta-rzecznika-praw-pacjenta> [dostęp: 23.11.2016].

Analizując w tym kontekście obecną debatę uprawnień pacjentów dostrzec można, iż często prezentowane są one w sposób niepełny. Niejednokrotnie m.in. media wskazują wyłącznie na określone prawa, nie odnosząc się jednak do konkretnego kontekstu. Rola Rzecznika Praw Pacjenta odnosi się również do działań edukacyjnych. Warto tym samym nie tylko podejmować działania o charakterze naukowym, ale i edukacyjnym. Mogą nimi być np. cykliczne spotkania w poszczególnych województwach. Z całą pewnością dobrym pomysłem są audycje radiowe udostępniane następnie na stronie rzecznika⁴¹. Trzeba zwrócić uwagę na potencjał mediów społecznościowych. Wydaje się ponadto, iż to sam RPP powinien być inicjatorem rzetelnych badań dotyczących świadomości praw pacjenta. Pod jego auspicjami mogłyby odbywać się spotkania z pełnomocnikami dyrektorów ds. praw pacjenta, których wiedza praktyczna mogłaby być niezwykle cenna w ramach budowania standardów poszanowania praw pacjenta⁴².

7. Podsumowanie

Analizując osiem lat funkcjonowania w polskim porządku prawnym ustawy o RPP, nasuwa się podstawowe pytanie: czy jej wprowadzenie w sposób istotny wpłynęło na sytuację pacjentów leczonych na terenie Polski? Odpowiedź na tę kluczową wątpliwość nie ma jednoznacznego charakteru. Z perspektywy subiektywnej refleksji pacjenci posiadać mogą bowiem diametralnie różną opinię na temat polskiego systemu ochrony praw pacjenta. Z całą pewnością podejście to będzie w znacznej mierze zależne od wcześniejszych doświadczeń związanych z przestrzeganiem praw i wolności w trakcie udzielania świadczeń zdrowotnych. Podejmując jednak próbę rozpoznania obecnej sytuacji prawno-społecznej w omawianych zakresach warto powrócić do przedstawionych we wstępie kluczowych pytań badawczych.

Analizując działanie RPP z przykrością należy uznać, iż osiem lat funkcjonowania owego urzędu uświadamia, że nie posiada on niestety cech klasycznego ombudsmana. Organ ten jest w pełni zależny od władzy wykonawczej, od której postawy zależy m.in. kształt działań (w tym działań legislacyjnych) dotyczących zdarzeń bezpośrednio odnoszących się do sytuacji, jaką doświadczają pacjenci. Nie tylko bowiem ustawy, ale również rozporządzenia w sposób decydujący wpływają na możliwość realizacji przez pacjentów poszczególnych praw. Rzecznik w praktyce może zatem wyłącznie wnioskować, apelować oraz prosić. Jego zbyt duża aktywność oraz zbyt zaangażowana postawa skut-

⁴¹ Podobne działania podejmuje Rzecznik Praw Obywatelskich.

⁴² Zob. np. informacje o stanowisku Pełnomocnika ds. Pacjenta na stronie www Szpitala Klinicznego im. Dzieciątka Jezus: Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus (b.r.) *Pełnomocnik ds. Pacjenta*, <http://www.lczermw-ca.pl/> [dostęp: 23.11.2016].

kować może wejściem w konflikt przede wszystkim z ministrem zdrowia odpowiadającym za politykę zdrowotną rządu, na czele którego stoi premier, posiadający swobodną możliwość zwolnienia RPP. Organ ten w relacji do władzy wykonawczej nie może przyjąć postawy bezstronnej oraz niezależnej. Warto jednak odnotować, że RPP jest niezależny w stosunku do szeroko rozumianego środowiska medycznego. Podobny fakt jest z całą pewnością istotny. Wymienione powyżej kompetencje RPP umożliwiają mu podjęcie niejednokrotnie natychmiastowej interwencji na terenie konkretnego szpitala, oddziału lub poradni. W relacji np. rzecznik–środowisko lekarskie trudno jednakże wskazać, iż RPP jest bezstronnym organem. Rzecznik powołany przez Prezesa Rady Ministrów w istocie stoi na czele urzędu, który określić można mianem „ministerstwa praw pacjenta”. Rozwiązanie sporu pomiędzy pacjentem a lekarzem winno odbywać się na całkowicie bezstronnej płaszczyźnie. Obecnie RPP nie jest w stanie jej zagwarantować w stopniu zbliżonym do charakteru postawy, jaką może przyjąć Rzecznik Praw Obywatelskich lub Rzecznik Praw Dziecka. Kluczowe wydaje się podjęcie debaty oraz działań zmierzających do uniezależnienia od władzy wykonawczej urzędu RPP. Tylko podobna forma aktywności sprawia, iż Rzecznik ten może być partnerem w trakcie kształtowania polityki zdrowotnej państwa. Więcej, wyłącznie w podobnym ujęciu (a więc ustawowo zagwarantowanej niezależności) urzędnik ten będzie miał możliwość pełnego zaangażowania w procesie wyjaśniania naruszenia praw pacjenta, naruszenia, które pojawić się może nie tylko na terenie konkretnej placówki ochrony zdrowia, ale również na terenie określonego ministerstwa, które podejmuje np. nieracjonalną decyzję utrudniającą dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej. Być może pewne pozytywne zmiany nastąpią w związku z objęciem Urzędu RPP przez Bartłomieja Chmielowca, który jako cel postawił sobie m. in. podjęcie działań mających przybliżyć społeczeństwu postać oraz kompetencje omawianego Rzecznika⁴³.

Pojawienie się ustawy o RPP wiązało się z licznymi nadziejami. Oczekiwano, iż dokument ten będzie przede wszystkim sprawnym narzędziem, który stanowić będzie realne wsparcie dla osób korzystających z usług medycznych. Istotne było również utrwalenie w polskim ustawodawstwie pojęcia „prawa pacjenta”, pojęcia, które w sposób nieuchronny odnosi się do unikalnej rzeczywistości.

Wydaje się, że istnienie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta gwarantuje jedno. Każdy pacjent ma szansę być rzecznikiem własnych praw i interesów.

⁴³ B. Chmielowiec, *Działania priorytetowe Rzecznika Praw Pacjenta – informacja prasowa*, Biuro Rzecznika Praw Pacjenta, Warszawa 2017, s. 1-2.

Rozważania o dobrej administracji

Abstrakt

W rozdziale podjęto zagadnienie dobrej administracji. Czym jest dobra administracja? Co jest jej celem? Już etymologia słowa „administracja” wskazuje na służbę. Administracja jest służbą. Służbą wobec kogo? Człowieka. Celem działania administracji ma być człowiek i jego dobro skorelowane z dobrem wspólnym. Bowiem to człowiek jest dobrem godziwym (*bonum honestum*), „dobrem samym w sobie”. Bez respektowania tego dobra (celu obiektywnego) nie ma dobra wspólnego społeczności zorganizowanej w państwo. Dlatego też wszelkie przejawy dyskrecjonalności administracji publicznej w procesach stosowania prawa (w tym uznanie administracyjne) nakierowane winny być właśnie na to dobro.

W tej perspektywie prawo do dobrej administracji nabiera innego czy też – jak się wydaje – głębszego, pełniejszego znaczenia. Prawo to na ogół formułowane jest normatywnie i analizowane jako prawo do dobrej procedury, w aspektach formalno-proceduralnych, w świetle prawa procesowego. Jednakże dobra administracja nie może być postrzegana tylko przez pryzmat aspektów proceduralnych. Sformalizowane procedury są ważne, jednak nie są w stanie zapewnić, zagwarantować materialnie-treściowo dobrego prawa ani dobrych decyzji w procesach stosowania prawa.

1. Zarysowany w tytule temat dobrej administracji obejmuje bardzo wiele zagadnień i generuje wiele szczegółowych problemów. Z konieczności trzeba wybrać to, co wydaje się najbardziej rudymenitarne, najistotniejsze.

Rozważania dotyczyć będą administracji publicznej, nie zaś prywatnej. I zasadniczo chodzić będzie o tę formę działania, jaką jest podejmowanie decyzji administracyjnych.

W literaturze podkreśla się, że dobra administracja to administracja sprawna¹, efektywna, skuteczna, przejrzysta (transparentna), niekiedy ekonomiczna – oszczędna (tania)², i oczywiście przestrzegająca prawa, praworządna, działająca legalnie. Na ogół napotykamy następujące miary dobrej administracji: praworządność działania, społeczna efektywność i sprawność organizacyjna. Dominują stanowiska, że dobra administracja to administracja przestrzegająca prawa, działająca legalnie, oraz że dobra administracja to przede wszystkim dobra procedura³.

¹ Sprawne działanie także w wielu wypowiedziach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej było utożsamiane z dobrą administracją.

² Tendencja do ekonomizacji działania (np. taniość) administracji publicznej nie może przesłaniać podstawowego celu jej działania.

³ J. Jendrośka podkreślił, że: „dobra administracja to przede wszystkim dobra procedura. Wyraził zadowolenie, że pogląd taki podzielali w zasadzie wszyscy dyskutanci”. J. Jendrośka, głos w dyskusji, [w:]

Czy to rzeczywiście są właściwe miary dobrej administracji?

Sprawnie, skutecznie, efektywnie, zgodnie z prawem, legalnie może działać administracja w państwie totalitarnym czy też różnego typu dyktaturach. Czy to będzie (ma być) dobra administracja? Sprawnie, skutecznie, legalnie można czynić zło.

2. Prowadząc rozważania o dobrej administracji, trzeba zapytać o cel, do którego ta ma zdążać. Co jest celem działań administracji? Zaczniemy od podstaw, od etymologii słowa „administracja”, a ta wskazuje na służbę⁴. Administracja jest służbą. Służbą wobec kogo? Wobec człowieka.

Administracja nie służy (nie ma służyć) panującemu, systemowi czy też takiemu, czy innemu ustrojowi ani partii, lecz człowiekowi. To jest miara właściwa.

Administracja ma być zwrócona ku człowiekowi, co wiąże się z tym, że ma ona iść z pomocą człowiekowi, ma go wspierać w rozwoju. Warto dodać, że słowo „służba” w jednym ze znaczeń to „zabieganie o czyjeś dobro”⁵.

Celem działania administracji ma być człowiek i jego dobro skorelowane z dobrem wspólnym. Bowiem to człowiek jest dobrem godziwym (*bonum honestum*), „dobrem samym w sobie”⁶. Człowiek jest zawsze dobrem godziwym, czyli takim dobrem, które jest celem obiektywnym, bezwzględny. Bez respektowania tego dobra nie ma dobra wspólnego społeczności zorganizowanej w państwo. W działaniu, postępowaniu podmioty tworzące prawo i je stosujące mają kierować się dobrem godziwym, podejmując decyzje należy wybierać właśnie to dobro. Ono jest miarą właściwą. Człowiek nie może zostać zredukowany do wymiaru dobra użytecznego (*bonum utile*) czy przyjemnego (*bonum delectabile*). Gdy tak się dzieje, człowiek tym samym zostaje zinstru-

Z. Niewiadomski, Z. Cieślak, (red.), *Prawo do dobrej administracji, Materiały ze Zjazdu Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego, Warszawa–Dębe 23–25 września 2002 r.*, Warszawa 2003, s. 105.

⁴ Słowo to ma co najmniej kilkanaście znaczeń, lecz niemal wszystkie pozostają w związku z jego źródłosłowem, tj. połączeniem łacińskiego *ministrare* – „służyć” z umacniającym element służebności czy charakteru wykonawczego przedrostkiem „ad”. Podkreślimy też, że słowo „minister” pochodzi od łacińskiego *minister* oznaczającego sługę (pomocnika, wykonawcę), zaś polskie słowo „ministerialny” czyli dotyczący urzędu pochodzi od *ministerium*, oznaczającego służbę, urząd, posługę. Por. J. Filek, *Co to jest dobra administracja?*, [w:] D. Bąk (red.), *Etos urzędnika*, Warszawa 2007, s. 18; *Słownik łacińsko-polski*, oprac. K. Kumaniecki, Warszawa 1979, s. 310; *Słownik łacińsko-polski*, red. M. Plezia, t. III, Warszawa 2007, s. 499.

⁵ A. Dylus, *Służba (publiczna): cnota zapomniana*, [w:] D. Bąk (red.), *op. cit.*, Warszawa 2007, s. 28.

⁶ Nawiązujemy tutaj do klasycznego w tradycji filozoficznej rozróżnienia (chodzi o wyróżnienie trzech wielkich dziedzin dobra), a podział ten ma już też charakter etyczny, zgodnie z którym pierwszym i podstawowym wymiarem dobra jest dobro godziwe (*bonum honestum*). I przyjmujemy, że jest nim człowiek. Dobro użyteczne (*bonum utile*) to dobro środka, środka do realizacji jakiegoś celu. *Bonum utile* – to byt pozaosobowy, będący środkiem do celu, którym jest byt osobowy (człowiek) – cel sam w sobie. Bycie środkiem do celu to bycie użytecznym dla podmiotu. Jeśli człowiek wybiera *bonum utile*, wówczas celem jest korzyść czerpana przez podmiot. Z kolei dobro przyjemne (*bonum delectabile*) to dobro celu osobistego. Ma ono na względzie samą funkcję pożądaną, jego celem jest sama funkcja działania.

mentalizowany, zreicyzowany. W działaniach administracji człowiek nie może być traktowany jako narzędzie, jako środek w celu uzyskania jakiejś korzyści, nie może być też traktowany jako środek do jakichś celów w działaniach społecznych. Człowiek, będąc dobrem godziwym, domaga się bezwarunkowej afirmacji. Człowiek jest dobrem ponadużytecznym. Jest celem sam w sobie. Dlatego też wszelkie przejawy dyskrecjonalności administracji publicznej w procesach stosowania prawa (w tym uznanie administracyjne) nakierowane winny być właśnie na to dobro. Dyskrecjonalność, swoboda decyzyjna organu administracyjnego⁷ wiąże się z wyborem⁸ i wybór ten ma być wyznaczony dobrem godziwym. Ono ukierunkowuje, ale i ogranicza możliwości decyzyjne organu.

Precyzując nieco, gdy mówimy o dobru, należy rozróżnić dobro – cel, a więc dobro samo w sobie – jak wiemy, jest nim człowiek – dobro godziwe (*bonum honestum*), od dobra człowieka, a więc od tego, co służy jego rozwojowi. Idzie o to, co służy wszechstronnemu, pełnemu rozwojowi człowieka (rozwojowi biologicznemu, psychicznemu i duchowemu)⁹. I właśnie administracja ma organizować, zapewniać warunki i środki, które przyporządkowane mają być pełnym możliwościom rozwoju człowieka. Oczywiście rozwój ten wiąże się m.in. ze zdrowiem, wiedzą, wykształceniem, pracą i godziwym za nią wynagrodzeniem, wolnością, własnością, bezpieczeństwem. Dobro człowieka warunkowane jest jego życiem (istnieniem) i wiąże się z rozwojem we wszystkich płaszczy-

⁷ Swoboda decyzyjna jest czymś nieuniknionym w procesach stosowania prawa. Uniwersalną cechą (właściwością) tych procesów jest istnienie luzów decyzyjnych (swobody decyzyjnej). Organ nie działa w sposób czysto mechaniczny, ma pewien, mniejszy lub większy, często ukryty zakres wolnej przestrzeni w wyborze decyzyjnym. Potwierdzają to następujące wypowiedzi: J. Zimmermann pisze: „nawet przy bardzo ścisłym rozumieniu praworządności, rządów prawa, legalności czy państwa prawa, w którym – wydawałoby się – nie może być żadnego odstępstwa od normy prawnej – immanentnymi cechami administracji publicznej są elastyczność jej działania i pewna swoboda rozstrzygania, zwłaszcza w zakresie [...] aktu administracyjnego”. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, wyd. 6, Warszawa 2014, s. 353; M. Oleś pisze: „Ostateczny byt i kształt działania organu administracji publicznej, podjętego w prawem przewidzianej formie, nie jest w pełni normatywnie zdeterminowany”. M. Oleś, *Działanie organu administracji publicznej jako złożony rezultat realizowania wartości*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Wartości w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015, s. 70; A. Błaś i J. Jendrośka piszą: „We wszystkich fazach stosowania prawa zderza się w sposób nieunikniony imperium organu ze sferą praw i wolności jednostki, wszystkie fazy stosowania prawa w istocie implikują jakiś zakres dyskrecjonalnej aktywności administracyjnej” [za:] M. Jaśkowska, *Uznanie administracyjne a inne formy władzy dyskrecjonalnej administracji publicznej*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Instytucje prawa administracyjnego*, t. 1, *System prawa administracyjnego*, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 266.

⁸ M. Zdyb stwierdza: „Każda decyzja człowieka, bez względu na to, czy będzie to decyzja dotycząca najdrobniejszych spraw życiowych, czy np. decyzje prawne podejmowane w zgodzie ze ściśle określoną, prawną procedurą działania i przy konieczności uwzględniania różnych uwarunkowań, będzie zawierać w sobie element wolnego wyboru, nawet jeżeli będzie to decyzja o tym, czy działać czy nie działać, czy wydać decyzję czy też nie, czy uznać, np. w sferze prawa, jakiś stan za wypełniający dyspozycję normy prawnej, czy też nie”. M. Zdyb, *Istota decyzji*, Lublin 2003, s. 9.

⁹ Rozwojowi temu służą rzecz jasna podstawowe prawa i wolności człowieka rozumiane integralnie, a więc także prawa ekonomiczne i socjalne.

znach materialno-duchowych. Chodzi o rozwój w stanie życia embrionalnego, następnie zaś po narodzeniu dalszy rozwój intelektualny, moralny, twórczy¹⁰.

3. Czy można nazwać dobrą administracją tę, która działa zgodnie z prawem, praworządnie, legalnie, ale prawo to jest niesprawiedliwe, niegodziwe, niesłuszne, choć ustanowione zgodnie z formalnymi wymogami legislacji (tj. przez odpowiedni organ, w odpowiednim trybie, w odpowiedniej formie, z zachowaniem zasad prawidłowej promulgacji)?

Dobra administracja ma być nastawiona na merytorycznie dobre rozstrzygnięcia.

Kwestią zasadniczą jest to, że można mówić o dobrej administracji, jeśli samo prawo będzie treściowo, substancjalnie dobre i gdy administracja działać będzie na podstawie takiego prawa, oczywiście z zachowaniem wymogów proceduralnych. Dobre prawo ma być nakierowane na dobro godziwe – dobro właściwe, rzeczywiste. Takie prawo powoduje, że łatwiej jest działać administracji jako dobrej administracji. Z pewnością łatwiej podjąć decyzję dobrą, gdy samo prawo jest treściowo dobre, a procedury jasne i uczciwe.

Przejdźmy do kwestii spornej, do rzeczywiście trudnych decyzji. Co wtedy, gdy przepisy prawne, które miałyby być podstawą decyzji, są amoralne, złe? I podjęta decyzja też taką byłaby? Czy należy podjąć niemoralną, złą decyzję? Czy poszukiwać trzeba decyzji dobrej, właściwej moralnie. Ale jak? Choćby poprzez wykładnię celowościową¹¹ i uwzględnianie *ratio legis*, jak i *ratio iuris*¹², poprzez reguły systemowo-aksjologiczne¹³, bardzo ważna jest wykładnia prokonstytucyjna (zgodność z konstytucyjną metaza-

¹⁰ Rozwój osobowy człowieka – ta kategoria nie jest wyrazem jakiegoś partykularnego myślenia właściwego dla pewnych nurtów filozofii, to nie jest jakaś abstrakcja. Mówią o tym regulacje normatywne z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka na czele. Szerzej W. Dziędziak, *O prawie słusznym (perspektywa systemu prawa stanowionego)*, Lublin 2015, s. 65–66.

¹¹ Ustalenie znaczenia przepisu (tekstu prawnego) zawsze powinno wiązać się z odwołaniem do reguł celowościowych. Prymat wykładni celowościowej w prawie administracyjnym akcentuje W. Jakimowicz w pracy *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006. Czyż działanie organu zgodne z literalnym brzmieniem przepisów, jeśli nie realizuje celów, dla których ustanowiono daną regulację, bądź też cel ten ewidentnie narusza, jest działaniem legalnym, czy będzie to decyzja zgodna z prawem? *Ratio legis est anima legis*. A cel ustawy jest przecież częścią większej całości – a więc celu prawa, którego w wykładni nie można ignorować. Na pełny sens, pełną treść, składa się też cel. I ważne jest to, by pamiętać, że niekiedy słowa niestety zaciemniają istotę rzeczy, słowa zasłaniają sens. Argumenty celowościowe mogą, rzecz jasna, korygować i weryfikować rezultaty wykładni językowej i zasadniczo właśnie o tę ich rolę tutaj chodzi.

¹² *Ratio iuris* całego systemu prawa jest człowiek. W prawie polskim wysłowiona w art. 1 Konstytucji RP zasada dobra wspólnego wskazuje, jak pisze M. Piechowiak, że: „integralny rozwój jednostek stanowi *ratio iuris* całego systemu prawnego”. M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, Warszawa 2012, s. 281. Ponadto cel ten można odczytać także z art. 30 Konstytucji RP.

¹³ Reguły systemowo-aksjologiczne odwołują się do aksjologii systemu prawa. Chodzi o wykorzystanie zasad prawa do wykładni, jak i wykorzystanie spójności aksjologicznej systemu prawa. Por. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2001, s. 129–130. Szerzej o regułach systemowych w wykładni prawa administracyjnego i ich roli weryfikującej oraz uzupełniająco-korygującej por. L. Leszczyński, *Wykładnia systemowa przepisów prawa administracyjnego*, [w:]

sadą prawa, zasadą dobra wspólnego¹⁴ z art. 1)¹⁵. Oczywiście poza wykładnią do dobrej decyzji prowadzić mogą wybory walidacyjne¹⁶ (decyzja walidacyjna)¹⁷, gdzie współpodstawą decyzji może być konstytucyjna metazasada dobra wspólnego (z art. 1 Konstytucji), zasady sprawiedliwości społecznej (z art. 2 Konstytucji) i zasada przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (z art. 30 Konstytucji)¹⁸. Istotną będzie właściwie rozumiana klauzula odsyłająca: słuszny interes obywateli (z art. 7 k.p.a.)¹⁹. Umieszczenie tej konstrukcji wśród zasad kodeksowych powoduje, że nakaz uwzględniania tego kryterium odnosi się do każdego aktu zastosowania materialnego i proceduralnego przepisu prawa administracyjnego²⁰. W ramach decyzji walidacyjnej mogą mieć znaczenie

R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Wykładnia w prawie administracyjnym*, t. 4, *System prawa administracyjnego*, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 231 i n.

¹⁴ O rozumieniu dobra wspólnego M. Piechowiak, *op. cit.*

¹⁵ Interpretacji dokonujemy w każdym przypadku stosowania prawa. W nauce prawa administracyjnego i orzecznictwie wywodzi się, że należy stosować wszystkie reguły (dyrektywy) wykładni, tj.: językowe, systemowe i celowościowe. Por. M. Zirk-Sadowski, *Problemy wykładni językowej w prawie administracyjnym*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *op. cit.*, t. 4, *System prawa administracyjnego*, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 227; por. także W. Jakimowicz, *Determinanty wykładni w prawie administracyjnym w aspekcie problematyki stosowania prawa miejscowego*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Wrocław 2009, s. 61.

¹⁶ Organ na tym etapie dokonuje selekcji przepisów i może wybrać właściwy, taki a nie inny przepis (przepisy). Podkreślić trzeba, że dla prawa administracyjnego charakterystyczne jest występowanie wielu rodzajów źródeł prawa o różnej mocy, o różnym zakresie szczegółowości, wydanych przez różne organy. Szerzej B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 10, Warszawa 2009, s. 46. Jak podkreśla L. Leszczyński: „do rzadkości należą procesy decyzyjne, w których decyzja stosowania prawa podjęta jest na podstawie rekonstrukcji normy z jednego tylko przepisu materialnego”. L. Leszczyński, *Wykładnia systemowa przepisów...*, s. 243. Regułą przy stanach faktycznych bardziej złożonych jest odwoływanie się do kilku przepisów podstawowych, w stosunku do których inne przepisy mogą pełnić rolę uzupełniającą, dopełniającą i korygującą. Por. *ibidem*, s. 243-244.

¹⁷ Może zdarzyć się tak, że okoliczności danego przypadku wywołają potrzebę rozciągnięcia bądź też zawężenia zakresu zastosowania, czy też normowania innej normy niż ta, która „rutynowo” była stosowana w podobnych, typowych sytuacjach.

¹⁸ Art. 30 Konstytucji RP nakłada na władze publiczne obowiązek poszanowania i ochrony godności człowieka. Także Preambuła „wzywa” wszystkich stosujących Konstytucję, „aby czynili to, dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka”, a poszanowanie jej mieli za jedną z niewzruszonych podstaw Rzeczypospolitej Polskiej, por. Wstęp do Konstytucji RP.

¹⁹ Nie ma wątpliwości, że konstrukcja ta może odnosić się do obywatela, choć w przepisie mowa jest o interesie obywateli. W art. 154 i 155 k.p.a. przy nadzwyczajnych sposobach wzruszania decyzji administracyjnych występuje „interes strony”. Odesłanie to, odniesione do danego stanu faktycznego, z uwagi na kryterium słuszności należałoby rozumieć nie jako odniesione do korzyści, użyteczności, lecz nakierowane na dobro człowieka (konkretne dobro człowieka). O rozumieniu słuszności i prawa słusznego: W. Dziński, *op. cit.*

²⁰ Por. L. Leszczyński, *Podstawa decyzji stosowania prawa administracyjnego. Ustalenia walidacyjne*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *op. cit.*, t. 4, *System prawa administracyjnego*, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 118; por. także A. Szot, *Słuszność a uznanie administracyjne*, „Studia Iuridica Lublinska” 2011, t. XV, s. 181. Ponadto gdy zmierzamy do decyzji dobrej, pomocą mogą być metaklauzule odsyłające: dobro wspólne (art. 1 Konstytucji), zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji). Te wykorzystane (zastosowane) jako konstytucyjne metaklauzule odsyłające, jak i klauzula słusznego interesu obywateli (art. 7 k.p.a.) nadają aksjologiczny wymiar decyzji i mogą być znakomitą drogą prowadzącą do decyzji dobrej.

inne wcześniejsze decyzje stosowania prawa (argument *per rationem decidendi*)²¹, a także źródła prawa międzynarodowego²² (również zwyczaj)²³, czy też odpowiednie normy prawa unijnego. Również luz związany z wyborem konsekwencji może być wykorzystany tak, by decyzja była dobra.

Oczywiście wymienione możliwości zostały jedynie zasygnalizowane.

Co jednak w przypadku, gdyby w prawie: w konstytucji, w aktach normatywnych, przepisach prawnych ani w aktach orzeczniczych nie było wyznaczników dających możliwość podjęcia decyzji dobrej? Dochodzimy do kwestii najtrudniejszej i najbardziej spornej. Wtedy decyzja także powinna być (ma być) dobra, oparta na wartościach niewyrażonych w prawodawstwie, ale istniejących jako wartości w takiej sytuacji zewnętrzne. Dobro godziwe – człowiek i jego przyrodzona (wrodzona) godność osobowa, nieutralna, niezniszczalna, od niego nieoddzielna, którą ma na mocy zaistnienia – i ona właśnie jest źródłem wolności i prawa człowieka – mają charakter przedprawny. Są one pierwotne wobec stanowionego prawa. Wówczas będą to kategorie spoza systemu prawa, wpływające z zewnątrz na ostateczny rezultat działania organu. Ale i tu, dodajmy, można mówić o elemencie legalności (zachowany jest element legalności) w postaci oparcia procesu decyzyjnego na obowiązujących przepisach prawnych (norma kompetencyjna i normy proceduralne).

4. Działalność administracyjna posiada również wymiar moralny. Nie jest neutralna wobec wartości i to wartości rozumianych substancjalnie. Stosowanie prawa wiąże się z koniecznością przestrzegania uniwersalnych, elementarnych wartości i norm moralnych. Trzeba pamiętać, że człowiek jest podmiotem moralnym i z odpowiedzialności tego rodzaju (tj. moralnej)²⁴ nie zwalnia go zasłona przepisów prawnych²⁵. Nie można

²¹ Chodzi zarówno o decyzje administracyjne, jak i decyzje (orzeczenia) sądowe: WSA, NSA, SN, TK, a także orzeczenia ETPC i TSUE.

²² Może chodzić o odwołanie się do zasad tego prawa, jak również zastosowanie przepisów prawa międzynarodowego dotyczących podstawowych praw i wolności człowieka.

²³ Por. L. Leszczyński, *Podstawa decyzji stosowania...*, s. 109.

²⁴ Dodajmy, że odpowiedzialność moralna określana jest często „etyką sumienia”. Por. T. Barankiewicz, *W poszukiwaniu modelu standardów etycznych administracji publicznej w Polsce*, Lublin 2013, s. 130. Ale pamiętać trzeba, że sumienie jest też terminem prawnym. Znaczenie odpowiedzialności moralnej, odpowiedzialności przed własnym sumieniem w odniesieniu do administracji publicznej akcentuje T. Barankiewicz. Autor ten podkreśla „pierwotne poczucie odpowiedzialności moralnej”, trafnie też zauważa, że: „jakikolwiek zastępowanie indywidualnej odpowiedzialności moralnej odpowiedzialnością zawodową czy prawną, w duchu kodyfikacji i legalizmu, byłoby niezgodne z powszechnym faktem pierwotnego doświadczenia odpowiedzialności moralnej”. *Ibidem*, s. 134. Píše również: „Posłuszeństwo wobec różnego rodzaju standardów odpowiedzialności nigdy nie zwalnia urzędnika od odpowiedzialności osobistej przed własnym sumieniem”. *Ibidem*, s. 134. Przytoczmy jeszcze jedną myśl T. Barankiewicza: „Profesję wykonuje konkretna osoba, która działając zawodowo, szczególnie zaś rozstrzygając zawodowe dylematy moralne, musi jednocześnie zawsze pytać: kim jestem? Jaki jest sens mojej pracy w kontekście całego życia? Jaki jest cel mojego zawodowego działania”. *Ibidem*, s. 187.

²⁵ Istotne jest też to, że człowiek nie żyje w próżni i jego decyzje podlegają osądom moralno-etycznym.

tej odpowiedzialności także komuś innemu przekazać. I można by tutaj mówić o odpowiedzialności za decyzję i wobec innych, jak i przed samym sobą. W tym kontekście warto przytoczyć także myśl Davida Lyonsa: „Przede wszystkim nie możemy zakładać, że dany urzędnik ma jakikolwiek obowiązek wierności prawu. Zależy to np. od tego, czy dobrowolnie podjął się on stosowania prawa. Jeśli urzędnik został zmuszony do służby przez opresywny reżim, który chce wykorzystać poważanie, jakim się on cieszy, to zapewne nie złożył ważnej moralnie obietnicy bycia wiernym prawu, nawet jeśli został zmuszony, by dać słowo. Z tego, że ktoś zajmuje urząd publiczny, nie można wnioskować, iż jest on moralnie zobowiązany do bycia wiernym prawu. Jeśli tak, to urzędnik, który ma wyegzekwować niesprawiedliwe prawo, może nie mieć żadnego dylematu moralnego. Może narazić się na ryzyko, jeśli zdecyduje się podważyć niesprawiedliwe prawo, lecz jego odejście od prawa nie naruszy automatycznie jakiejś zasady moralnej, w tym także zasady sprawiedliwości. [...] jeśli urzędnik ma ogólny obowiązek posłuszeństwa prawu, to możemy zakładać, że ma ono moralne granice. Jeżeli prawo, które ma on egzekwować, jest w dostatecznym stopniu niemoralne, to nie ma moralnych argumentów na rzecz tego, aby musiał go przestrzegać – nawet jeśli szczerze podjął się stosować prawo w jego istniejącym kształcie”²⁶.

5. Urzędnik musi poszukiwać dobrej decyzji. Ma być otwarty na człowieka. Ta otwartość jest istotnym wymogiem zawodowego profesjonalizmu. Praca w administracji powinna być rozumiana i traktowana jako służba drugiemu człowiekowi. I skoro administracja jest służbą, to jej działania nie mogą być tylko automatycznym, mechanicznym stosowaniem prawa²⁷. Urzędnik powinien realizować swoje powołanie życiowe, pracę traktować jako powierzoną misję i ma podejmować decyzje, które służą życiu i rozwojowi człowieka. Oczywiście podjęcie w trudnych sytuacjach decyzyjnych dobrej decyzji nie jest łatwe, wymaga wysiłku. Jednakże poprzez takie decyzje podejmujący je realizuje się, spełnia się jako człowiek.

Prowadząc rozważania o dobrej administracji, zwrócić trzeba uwagę na odpowiedni dobór osób do pełnienia funkcji urzędniczych, bardzo ważny jest również proces kształcenia kadr administracji²⁸. Urzędnik musi mieć wysokie kwalifikacje osobowo-

²⁶ D. Lyons, *Etyka i rzędy prawa*, przeł. P. Maciejko, Warszawa 2000, s. 81-82.

²⁷ J. Zimmermann pisze, że organ administracyjny: „nie jest automatem i zmuszony jest zawsze podjąć rozstrzygnięcie w jakiejś, nigdy niemogącej się powtórzyć sytuacji faktycznej i prawnej”. J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 353.

²⁸ Jak podkreślają H. Izdebski i M. Kulesza: „Sposób rekrutowania, kształcenia oraz status kadr urzędniczych należy do najistotniejszych problemów administracji publicznej. Jest bowiem rzeczą oczywistą, że najlepiej nawet zorganizowana administracja nie będzie zdolna do sprawnego działania, jeżeli stanowiska w niej nie zostaną obsadzone przez odpowiednio wykwalifikowane i umotywowane osoby, których status formalny i materialny odizoluje je, w miarę możliwości, od sfery bieżącej polityki, a jeszcze bardziej od

moralne. I tutaj trzeba nawiązać do odradzającej się etyki cnót²⁹. Urzędnik w podejmowaniu dobrych decyzji powinien być usprawniony pewnymi cnotami, zespołem cnót³⁰, przede wszystkim wskazać trzeba na cnotę roztropności. Cnota ta zgodnie z tradycją klasyczną jest sprawnością dotyczącą rozumu (poznawczą), jak i sprawnością dotyczącą woli. Roztropność jest cnotą intelektualną i moralną zarazem, usprawnia zarówno rozum, jak i wolę w ich współdziałaniu, którego efektem jest roztropna i uwzględniająca dobro decyzja³¹. Roztropność³² pozwala rozpoznać dobro i wybrać sposób jego osiągnięcia. Drugą zaś naczelną cechą osobowo-moralną urzędnika powinna być sprawiedliwość³³ nakazująca oddać każdemu to, co mu należy. Obie te cnoty są szczególnie ważne dla dobrego pełnienia zawodu urzędnika i dla podejmowania dobrych decyzji.

Administracja ma przedkładać dobro człowieka nad interes osobisty, jednostkowy, partykularny. Trzeba podkreślić, że w pracy urzędniczej bardzo niebezpieczna jest postawa relatywizmu moralnego, co, bywa, że wiąże się także z nadmiernym ekspozowaniem różnych interesów i ich konfliktów. To często przeciwstawianie osób, grup, a nie myślenie o dobru wspólnym. To widzenie prawa, państwa jako struktur konfliktów interesów.

Urzędnik ma podejmować dobre decyzje, a decyzja to akt wyboru, akt intelektu i woli. Decyzja ma służyć dobru człowieka. A skoro tak, to pozytywna relacja kosztów i korzyści nie jest najważniejsza, nie o to chodzi w działaniu administracji. Granica między decyzją dobrą a złą winna być wyraźna. Ale decyzja może niestety być zła. A kiedy jest decyzją złą? Gdy u podstaw jej podjęcia leży negacja dobra godziwego. Zanegowanie tego celu, wykluczenie dobra rzeczywistego.

Podmiot stosujący prawo (urzędnik), a w rzeczy samej człowiek (byt myślący) ma działać dla dobra człowieka i dobra wspólnego. Ma mieć na względzie dobro zainteresowanego podmiotu i uwzględniać jednocześnie dobro wspólne. Zatem naczelną zasadą wszelkiej aktywności organów administracji publicznej jest działanie dla dobra człowieka i jednocześnie dobra wspólnego. W istocie przecież nie są one kontardyktoryjne. Powoływanie się na dobro wspólne nigdy automatycznie nie wyłącza, nie neguje dobra

sfer prywatnej przedsiębiorczości”. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, wyd. 2, Warszawa 2000, s. 207.

²⁹ Przez cnotę można rozumieć „stałą skłonność i sprawność woli w czynieniu dobra”. Por. A. Szostek, *Pogadanki z etyki*, Częstochowa 2008, s. 111. Cnota jest efektem wysiłku. Skłonność powoduje usprawnienie w danej dziedzinie.

³⁰ Szerzej na temat modelu aretologicznego (personalnego) w administracji publicznej: T. Barankiewicz, *op. cit.*, s. 181-247. Autor ten wyróżnia naczelną cechy osobowo-moralne urzędnika, do nich należą: uczciwość, uprzejmość, życzliwość, odpowiedzialność i gotowość przyjęcia krytyki. Natomiast wśród cech pomocniczych wymienia: rzetelność, sumienność, dążenie do rozwoju zawodowego.

³¹ Por. A. Szostek, *op. cit.*, s. 116.

³² Cnota ta bywa określana „woźnicą wszelkich cnót” (*auriga virtutum*).

³³ Roztropność i sprawiedliwość, jak wiadomo, należą do cnót kardynalnych (od łac. *cardo* – zawias), a więc takich, na których niejako zawisły inne.

człowieka i jego niezbywalnych praw. Zaakcentujmy, że dobro wspólne znajduje swoje wyjaśnienie i uzasadnienie ostatecznie w dobru człowieka. Należy zgodzić się z Mariannem Zdybem, który pisze: „Na treść dobra wspólnego należy zawsze patrzeć przez pryzmat pojedynczego człowieka, albowiem państwo, społeczeństwo, grupa społeczna itd., są wprawdzie układami społecznymi koniecznościowymi lub takimi mogą być, są też układami niezbędnymi dla pełnej realizacji człowieka, ale przy tym zawsze tylko twórcami relacyjnymi”³⁴. A człowiek (osoba ludzka) jest bytem samoistnym, pełnym i niepowtarzalnym. Człowiek posiada własne suwerenne istnienie.

W perspektywie prowadzonych rozważań prawo do dobrej administracji³⁵ nabiera innego, czy też – jak się wydaje – głębszego, pełniejszego znaczenia. Prawo to na ogół formułowane jest normatywnie i analizowane jako prawo do dobrej procedury, w aspektach formalno-proceduralnych, w świetle prawa procesowego. Jednakże dobra administracja nie może być postrzegana tylko przez pryzmat aspektów proceduralnych. Sformalizowane procedury są ważne, jednak nie są w stanie zapewnić, zagwarantować materialnie – treściowo – dobrego prawa ani dobrych decyzji w procesach stosowania prawa. Określone procedury są środkiem prowadzącym do celu, nie celem samym w sobie i jako wartości typu formalnego nie określają, nie wskazują celu działania.

W konkluzji zaakcentujmy, że działanie administracji ma być bezinteresowne i nakierowane na dobro godziwe. To człowiek i jego dobro skorelowane z dobrem wspólnym jest racją działania i celem prawa. Podkreślmy, administracja ma służyć człowiekowi.

³⁴ M. Zdyb, *op. cit.*, s. 30.

³⁵ Prawo do dobrej administracji, wyrażone w Karcie Praw Podstawowych UE i rozwinięte w Europejskim Kodeksie Dobrej Praktyki Administracyjnej, jak uznaje się powszechnie w doktrynie, ma przede wszystkim charakter proceduralny.

Notariusz jako niemy audytor zinstytucjonalizowanego dialogu prawnego

Abstrakt

Notariusz w swojej działalności, w ramach operatywnego stosowania prawa, podejmuje rozstrzygnięcia w kwestii przyznania osobie wnioskującej prawa (wolności) do dokonania czynności notarialnej. Sporządzony dokument notarialny stanowi substrat decyzji notariusza w tym przedmiocie. Niejednokrotnie staje on przed problemami interpretacyjnymi, w których obowiązany jest dokonać wykładni niejasnych przepisów aktów prawnych. Sytuacja notariusza różni się jednak od sytuacji innych organów stosujących prawo, bowiem jako profesjonalista jest on zobowiązany do dokonania prawidłowej wykładni przepisów, pod rygorem daleko idącej odpowiedzialności dyscyplinarnej, cywilnej, podatkowej, a nawet karnej. Notariusz może zabezpieczać się przed zarzutami nieprawidłowego zastosowania prawa, powołując się na dialog prawodawcy z innymi korzystającymi z prawnej legitymizacji działań interpretatorami, czego zinstytucjonalizowanym wyrazem są tezy z orzecznictwa czy interpretacje podatkowe. Wymaga to jednak od rejenta oprócz znajomości prawa pisanego także głębokiego wsłuchiwanie się w to, co mówią „usta” przepisów prawa. Celem opracowania jest ukazanie, jakie znaczenie dla notariusza mają konkretne przejawy dialogu prawodawca – oficjalni interpretatorzy, przede wszystkim w kontekście obowiązku zachowania przez niego w swoich działaniach należytej staranności.

1. Notariusz stosuje prawo – wprowadzenie

Pomimo stale toczących się dyskusji w przedmiocie pozycji ustrojowej notariusza w Polsce, bezsporne wydaje się, że realizuje on zlecone mu przez państwo zadania publiczne¹. W piśmiennictwie tezy wysuwane we wskazanym zakresie balansują pomiędzy sytuowaniem notariusza jako podmiotu sprawującego wyłącznie funkcje publiczne², poprzez traktowanie go jako przedsiębiorcę ze wszystkimi tego konsekwencjami³, skoń-

¹ Por. np. wyrok TK z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK ZU 2015, nr 1A, poz. 1; wyrok TK z dnia 15 marca 2011 r., P 7/09, OTK-A 2011, nr 2, poz. 12; wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 stycznia 2004 r., III SA 1442/03, Lex nr 149185; R. Wrzecionek, *Postępowanie notarialne w kodeksie spółek handlowych*, Warszawa 2013, s. 189 i n.; M. Stawicki, *Problematyka wymogów etycznych dotyczących osoby notariusza i sporządzanych przez niego czynności*, „Annales. Etyka w życiu gospodarczym” 2008, vol. 11, nr 2, s. 105.

² Por. np. E. Drozd, *Odpowiedzialność notariusza w wypadku nieważnej (bezkuteknej) czynności prawnej*, [w:] R. Szytyka (red.), *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej „Nowoczesny notariat w bezpiecznym państwie”. Referaty i opracowania*, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 79 i n.

³ Por. np. uchwała SN z dnia 23 marca 2016 r., III CZP 4/16, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2016, t. 3/6.

czywszy na upatrywaniu w nim przedsiębiorcy szczególnego rodzaju⁴. Uporządkowanie tej kwestii nie stanowi jednak przedmiotu niniejszego opracowania⁵. Celem, jaki ono sobie stawia, jest natomiast wskazanie, jaki wpływ na prawniczą działalność rejenta ma zinstytucjonalizowany dialog prawodawcy z oficjalnymi interpretatorami. Zanim jednak powyższe zostaną stosowne analizy, niezbędnym jest postawienie problemu samego stosowania prawa przez notariusza. Przedstawiciele piśmiennictwa bowiem, odnosząc pojęcie „stosowania prawa” do działalności rejenta, zdają się posługiwać nim intuicyjnie i bez przywiązywania doń większej wagi, co skutkuje nadawaniem mu autonomicznego znaczenia w stosunku do tego, które – co do istoty – wypracowały nauki teoretycznoprawne.

W przyjętym tradycyjnie przez literaturę teoretycznoprawną ujęciu stosowania prawa⁶ działanie to stanowi proces decyzyjny podejmowany przez kompetentny organ państwowy, prowadzący do wydania wiążącej decyzji indywidualno-konkretniej, której treścią jest kwalifikacja stanu faktycznego z punktu widzenia kryteriów sformułowanych w jej podstawie normatywnej oraz ustalenie prawnych konsekwencji tej kwalifikacji⁷. Jest to zatem wydawanie rozstrzygnięć indywidualno-konkretnych na podstawie norm abstrakcyjno-generalnych przez określony i kompetentny organ, w oparciu o ustalony stan faktyczny. Przyjęta w ten sposób konwencja czyni zatem wyraźną dystynkcję pomiędzy stanowieniem prawa a jego stosowaniem⁸ oraz przestrzeganiem (czy stosowaniem się do) prawa⁹. Zatem dokonując oceny, czy dane działanie jest stosowaniem prawa, należy brać pod uwagę przede wszystkim cel tego działania, jakim jest wydanie rozstrzygnięcia indywidualno-konkretnego oraz stosowną kompetencję podmiotu rozstrzygającego. Odnosząc zatem powyższe ustalenia do notariusza, kluczową kwestią dla wyciągnięcia wniosku, że stosuje on prawo, jest ustalenie, czy posiada on kompetencje do podejmowania rozstrzygnięć indywidualno-konkretnych.

⁴ Por. np. W. Boć, M. Leśniak, *Notariusz jako przedsiębiorca szczególnego rodzaju*, „Rejent” 2010, nr 3, s. 38-67.

⁵ Zob. szeroko w tym przedmiocie A. Oleszko, *Notariat w systemie wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2015.

⁶ Zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego – krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 333 i przywołane tam stosowne pozycje.

⁷ Por. m.in. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2001, s. 15; W. Gromski, [w:] A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2012, s. 305. S. Tkacz natomiast, z uwagi na kontrowersje, jakie może wywoływać w piśmiennictwie pojęcie „stosowanie prawa”, wskazuje, iż podane ujęcie tego terminu określić można jako stosowanie prawa *sensu stricto*, zob. szerzej S. Tkacz, [w:] J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2016, s. 245 i n.

⁸ Krytykę pojmowania pojęć „tworzenia (stanowienia)” prawa oraz jego stanowienia jako absolutnych przeciwieństw wysunął H. Kelsen, twierdząc, że „Działalność ustawodawcza i działalność wykonawcza nie są dwiema rozłącznymi i komplementarnymi funkcjami państwa, lecz są jedynie dwoma, pozostającymi w relacji nadrzędności i podrzędności, szczeblami procesu kreowania prawa [...]”, zob. szerzej: H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego* (1928), tłum. B. Banaszkiewicz, Warszawa 2009, s. 15 i n.

⁹ Por. W. Lang, *Obowiązywanie prawa*, Warszawa 1962, s. 167 i n.

Nie wchodząc w problematykę etapów stosowania prawa, wskazać należy ogólną funkcję rozstrzygnięcia, jaką jest dokonanie jakiegoś wyboru. W działalności notariusza przedmiotem tego wyboru jest dokonanie czynności notarialnej albo jej niedokonanie. Niedokonanie czynności notarialnej może być skutkiem bądź to odstąpienia przez podmiot (niezależnie od przyczyn) od żądania, bądź formalnego aktu rejenta w postaci odmowy dokonania czynności notarialnej. Jako że ta pierwsza sytuacja nie jest związana (przynajmniej bezpośrednio) z wyborem notariusza, właściwym jest wyłączenie jej z zakresu niniejszych rozważań¹⁰. Tym samym wybór notariusza ma charakter binarny i sprowadza się do dwóch możliwości – dokonania czynności notarialnej albo odmowy dokonania czynności notarialnej. Wybór jednak zawsze dokonany musi być w oparciu o jakieś kryterium. Zgodnie z art. 81 ustawy Prawo o notariacie (dalej u.p.n.)¹¹ notariusz odmówi dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem¹². *A contrario* jego obowiązkiem stanowi dokonanie czynności notarialnej z prawem zgodnej. *Ergo* jedynym kryterium wyboru, które rejent ma obowiązek uwzględniać, jest prawo, czyli obowiązujące normy abstrakcyjno-generalne. Dokonując kwalifikacji stanu faktycznego (np. w uproszczeniu: A jest właścicielem nieruchomości N i ma wolę sprzedać ją B za cenę P) przez pryzmat norm prawa materialnego (np. badając tytuł do nieruchomości, opierając się na rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych, przepisach dotyczących umowy sprzedaży i kwestii braku prawnej reglamentacji zbycia) notariusz podejmuje decyzję stanowiącą normę indywidualno-konkretną (A może/nie może sprzedać B nieruchomość A za cenę P w okolicznościach O ze względu na normę N). Jest to zatem rozstrzygnięcie, i to o władczym charakterze¹³ – ze względu na możliwość odmowy dokonania czynności notarialnej¹⁴. Kompetencje rejenta w tym zakresie wynikają z przepisów prawa o notariacie.

¹⁰ Takie zachowanie podmiotu stanowi jego autonomiczny akt woli i jest konsekwencją jego wolności do dokonywania czynności prawnych, zob. szerzej: S. Piekarczyk, *Konstytucyjne podstawy ochrony wolności do dokonania czynności notarialnej*, [w:] R. Koper (red.), *Konstytucyjne podstawy ochrony praw człowieka*, Katowice 2017, s. 68 i n.

¹¹ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, Dz. U. 2016, poz. 1786, t.j. ze zm.

¹² Prawo o notariacie zawiera również szczególne unormowania, wskazujące na sytuacje, w których notariusz ma obowiązek odmówić dokonania czynności notarialnej (zob. np. A.J. Szereda, *Odmowa dokonania czynności notarialnej po zmianach*, „Rejent” 2016, nr 2, s. 121 i n.). Omawianie ich w niniejszym opracowaniu jest jednak niecelowe z uwagi na to, że odmowa dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem przewidziana w art. 81 u.p.n. niejako konsumuje również te szczególne regulacje, a one stanowią tym samym zaledwie doprecyzowanie tego przepisu.

¹³ Nie jest to jednak oczywiście dla Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w swoich orzeczeniach zakwestionował wykonywanie przez notariuszy systemu łacińskiego działania z zakresu sfery imperium. Zob. szerzej S. Piekarczyk, *Obywatelstwo notariusza a zasada swobody przedsiębiorczości w Unii Europejskiej. Analiza poszczególnych argumentów w sporze przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości*, „Rejent” 2014, nr 11, s. 77-95 i przywołane tam stosowne pozycje.

¹⁴ Jak słusznie zauważa Sąd Najwyższy: „Za swego rodzaju decyzję z zakresu stosowania prawa można uznać również decyzję co do dokonania lub odmowy dokonania czynności notarialnej na podstawie art.

Rozstrzygnięcia organów stosujących prawo powinny zmaterializować się w określonej formie, zrelatywizowanej do charakteru postępowania, w którym zostają podjęte. Innymi słowy, formy te będą różne dla postępowań cywilnych, karnych, administracyjnych. Zgodnie z dominującym w piśmiennictwie paradygmatem postępowanie przed notariuszem ma charakter cywilnoprawny lub co najmniej do niego zbliżony¹⁵, a sam notariusz jest organem ochrony prawnej i pełni funkcję organu pomocniczego wymiaru sprawiedliwości¹⁶. Zapatrywanie takie nie wskazuje, jaką formę przybierają rozstrzygnięcia rejenta. W postępowaniu o charakterze cywilnym rozstrzygnięcia merytoryczne innych organów niż sąd (m.in. referendarzy sądowych czy komorników) materializują się najczęściej w formie postanowień. Nie ma jednak w tym zakresie żadnego domniemania – forma musi wynikać z całokształtu norm procesowych składających się na kompetencje określonych organów.

Odmienne przedstawia się kwestia formy rozstrzygnięcia notariusza, gdyby przyjąć koncepcję, że postępowanie przed nim ma charakter administracyjny. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, w sytuacji, gdy istnieją normy prawa materialnego, które określają treść działania organu administracji publicznej, dopuszczalne jest domniemanie formy decyzji administracyjnej¹⁷. Zarówno przyznanie podmiotowi żądającemu rozpatrzenia jego sprawy indywidualnej uprawnienia do dokonania czynności notarialnej, jak i rozstrzygnięcie negatywne w postaci odmowy dokonania czynności notarialnej byłyby wówczas decyzjami administracyjnymi, których substraty stanowiłyby sporządzone dokumenty notarialne. Co więcej, rozstrzygnięcie pozytywne notariusza w tym zakresie byłoby decyzją mającą znamiona umowy subordynacyjnej (pomiędzy podmiotem administrującym a administrowanym). Koncepcję administracyjnego charakteru postępowania przed notariuszem przedstawiłem w innym miejscu¹⁸, w związku z czym w niniejszym opracowaniu poprzestanę na ogólnym wskazaniu, że forma decyzji administracyjnej

81 u.p.n., nie może bowiem ująć uwagi okoliczność, że decyzja taka łączy się z poczynieniem określonych ustaleń faktycznych, wykładnią przepisów prawa oraz subsumcją przyjętego stanu faktycznego pod odpowiednio zrekonstruowaną normę prawną”, uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.

¹⁵ A. Oleszko, *op. cit.*, s. 51 i n.

¹⁶ Por. np. wyrok SN z dnia 10 grudnia 2003 r., K 49/01, OTK-A 2003, nr 9, poz. 101.

¹⁷ Zob. m.in. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 5 maja 2011 r., II SA/Bk 79/11, Lex nr 992881; B. Adamiak, *Zagadnienie domniemania formy decyzji administracyjnej*, [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji naukowej poświęconej jubileuszowi 80-tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 17.

¹⁸ Stosownie do tej koncepcji notariusz, stojąc na straży legalności zamierzonej czynności prawnej, rozstrzyga w imieniu państwa w administracyjnym autonomicznym postępowaniu szczególnym o sprawie indywidualnej, a treścią tego rozstrzygnięcia jest przyznanie bądź nieprzyznanie wnioskodawcy wolności do jej dokonania. Pozytywne rozstrzygnięcie przybiera postać umowy administracyjnej (a ściślej subordynacyjnej), a negatywne – decyzji o odmowie dokonania czynności notarialnej (art. 81 u.p.n.). Zob. szerzej S. Piekarczyk, *Umowa o dokonanie czynności notarialnej jako umowa subordynacyjna – postępowanie przed notariuszem z innej perspektywy*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2017, rok II, nr 2 (kwiecień/czerwiec).

dla rozstrzygnięcia reagenta w sposób bardziej spójny systemowo uzasadnia twierdzenie, iż notariusz stosuje prawo, choć koherentna w tym przedmiocie byłaby również konstatacja, że notariusz podejmuje rozstrzygnięcia *sui generis*, a ich substratem materialnym jest dokument notarialny *per se*.

Uznanie twierdzenia o stosowaniu prawa przez notariusza implikuje zaliczenie go do tych profesjonalnych interpretatorów, których zadaniem jest, przy podejmowaniu rozstrzygnięcia, odczytywać prawo w sposób bezstronny w odniesieniu do podmiotów oraz stronniczy w kierunku jego właściwego rozumienia. Zgodzić się zatem należy, iż notariusz gwarantuje zgodność obrotu cywilnoprawnego z przepisami prawa i jest „strażnikiem” obowiązującego porządku prawnego¹⁹. Samego prawa nie można sprowadzić jednak li tylko do tekstu przepisów obowiązujących aktów normatywnych, gdyż za pisaną formą kryje się ich znaczenie i to ono jest relewantne dla podmiotu stosującego prawo. Obrazowo można zatem powiedzieć, iż esencją przepisów prawa jest ich znaczenie i to ono jest wzorcem, a same przepisy stanowią zaledwie odzwierciedlenie tego znaczenia za pomocą znaków, co w wielu aspektach z powodzeniem porównać można do platońskiego dualizmu świata idei i rzeczy.

Poznanie znaczenia przepisów związane jest immanentnie z poznaniem intencji prawodawcy. Owa intencja jest konstruktem, który przypisujemy legislatorowi za pomocą śladów, zostawionych przez niego w akcie stanowienia prawa²⁰. Brak wątpliwości co do intencji prawodawcy oznacza, że rozstrzygana sprawa jest jasna i nie powstaje sytuacja interpretacyjna, a rozstrzygnięcie zdeterminowane jest izomorfia stanu faktycznego oraz stosownej normy prawnej (*clara non sunt interpretanda*)²¹. W praktyce jednak pojawić się mogą wątpliwości co do znaczenia stosowanych przepisów – a co za tym idzie – konieczność ich interpretacji. Notariusz będący profesjonalistą ma obowiązek rozstrzygnąć, które z konkurencyjnych ich rozumień najbardziej odpowiadają intencji prawodawcy. Tym samym powinien on w sposób fachowy posługiwać się narzędziami interpretacyjnymi związanymi zarówno z modelem większościowym, jak i agencyjnym intencji kolektywnej²². To ów profesjonalizm jest przymiotem, który odróżnia notariusza od większości organów administracji publicznej, a zbliża go do pozycji sędziego. Istotnym czynnikiem różnicującym notarialne stosowanie prawa od sądowego jest natomiast kwestia odpowiedzialności osobistej za wydane rozstrzygnięcie. Podczas gdy sędzia – co do zasady – nie ponosi odpowiedzialności cywilnej za swoją

¹⁹ Zob. np. uchwała SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CZP 82/13.

²⁰ Zob. Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013, s. 224 i n.

²¹ J. Wróblewski, m.in. *Stosowanie prawa (model teoretyczny)* (1967), [w:] M. Zirk-Sadowski (wybór i wstęp), Jerzy Wróblewski. *Pisma wybrane*, Warszawa 2015, s. 317 i n.

²² O modelach intencji kolektywnej oraz sposobach jej ustalania zob. szerzej Z. Tobor, *op. cit.*, s. 53 i n. oraz s. 229 i n., wraz z przywołanymi tam pozycjami.

interpretację przepisów prawa²³, notariusz, dokonując wyboru konkurencyjnych rozumień, podejmuje daleko idące osobiste ryzyko²⁴.

Redukcja ryzyka notariusza wymaga od niego uważnego wsłuchiwania się w dialog prawodawcy z oficjalnymi interpretatorami²⁵, którzy *ex lege* ustanawiają kierunki rozumienia uchwalonych przez legislatora przepisów. Sam rejent kierunków takich nie nadaje, gdyż skutki perlokucyjne jego wypowiedzi odnosić się mogą do stawających mandantów, ale nie wywierają istotnego wpływu na rozumienie określonych norm przez oficjalnych uczestników dyskursu prawnego. Nie może on także przedstawiać Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości. Jedynie w zakresie rozbieżności co do rozumienia przepisów prawa podatkowego notariusz może wystąpić do Ministra Finansów o wydanie interpretacji podatkowej ogólnej²⁶ (art. 14a Ordy-

²³ Choć w orzecznictwie można odnotować jednostkowe stanowiska dopuszczające osobistą cywilnoprawną odpowiedzialność sędziów za wadliwie wydane rozstrzygnięcia – „[...] sędziowie nie korzystają z immunitetu w sprawach cywilnych i żaden przepis nie wyłącza ich cywilnej odpowiedzialności deliktowej wobec poszkodowanego za szkody wyrządzone niezgodnym z prawem działaniem i zaniechaniem przy wykonywaniu władzy sądowniczej oraz przez wydanie niezgodnego z prawem orzeczenia. To, że na podstawie z art. 417 i art. 417¹ § 2 k.c. za takie szkody ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa, nie wyłącza osobistej odpowiedzialności sędziego na podstawie art. 415 k.c., który odpowiada wówczas solidarnie ze Skarbem Państwa (art. 441 § 1 k.c.)”, uchwała SN z dnia 27 września 2012 r., III CZP 48/12, OSNC 2013, nr 3, poz. 31), wizja ta, jak się wydaje, nie powinna oddziaływać na swobodę orzekania, ze względu na konieczność udowodnienia sędziemu oprócz bezprawności i związku przyczynowego między szkodą a zdarzeniem ją wyrządzającym również winę. Tym niemniej tego typu wypowiedzi zawsze stanowią pewne niebezpieczeństwo dla tej swobody. Bardziej przekonująca wydaje się być inna wypowiedź Sądu Najwyższego: „[...] Istotą bowiem sprawowania urzędu sędziowskiego, jest wykładnia i stosowanie prawa, co ze swej natury obciążone jest ryzykiem błędu. Sędzia w działalności jurysdykcyjnej wielokrotnie musi poszukiwać i wybrać jedno z wielu rozwiązań. Na tym założeniu opierają się wszystkie systemy zaskarżania orzeczeń. Obciążenie sędziego «wizją» odpowiedzialności dyscyplinarnej czy cywilnoprawnej «za wyrok» oznaczałoby pozbawienie go niezawisłości i swobody orzekania. Nietrafność orzeczenia i jego wzruszenie w toku instancji nie oznacza winy tego wykonawcy władzy sądowniczej”, wyrok SN z dnia 5 sierpnia 2005 r., II CK 27/05, Lex nr 311305.

²⁴ Stosownie do art. 49 u.p.n. notariusz ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności notarialnych na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. 2016, poz. 380, t.j. ze zm., dalej k.c.), z uwzględnieniem szczególnej staranności, do jakiej jest obowiązany przy wykonywaniu tych czynności. Zagadnieniem spornym jest kwestia, czy jest to reżim odpowiedzialności *ex delicto* (art. 415 k.c.) czy *ex contractu* (art. 471 k.c.). Zob. w tym zakresie T. Szanciło, *Odpowiedzialność cywilna notariusza w przypadku dokonania czynności sprzecznej z prawem*, „Rejent” 2015, nr 8, s. 75 i n. oraz wskazane tam pozycje piśmiennicze.

²⁵ Pojęcia „oficjalnych” interpretatorów używam ze względu na wykluczenie z zakresu niniejszych rozważań wpływu takich uczestników dialogu, jak przedstawiciele nauki prawa czy członkowie środowiska prawniczego (jako grupa).

²⁶ Możliwość złożenia wniosku o wydanie interpretacji ogólnej została wprowadzona ustawą z dnia 16 września 2011 r. o redukcji niektórych obowiązków obywateli i przedsiębiorców, Dz. U. 2011, nr 232, poz. 1378. Brak kompetencji do złożenia wniosku przez organ administracji publicznej, gdyby przyjąć koncepcję administratywistyczną postępowania przed notariuszem, wykluczałby rejenta z kręgu podmiotów legitymowanych do takiego działania. Niejako na marginesie rozważań wskazać warto, że takie rozwiązanie zostało wprowadzone do ustawy w drodze uchwalonych przez senat poprawek (zob. druk nr 4647 z dn. 14.09.2011 r.). Trudno ustalić jednoznaczne *ratio* tej regulacji. W uzasadnieniu poprawek senatu nie ma w tym przedmiocie żadnej wzmianki, a na zapisach z posiedzenia komisji (Biuletyn z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej „Przyjazne Państwo” do spraw związanych z ograniczeniem biurokracji /nr 420/ z dn.

nacji podatkowej²⁷) bądź wystąpić do właściwych organów o wydanie interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego w konkretnej sprawie działając jako płatnik²⁸ (art. 14b-s o.p.). Nie są to jednak uprawnienia przysługujące wyłącznie rejentowi działającemu jako organ wykonujący zadania publiczne. Można zatem powiedzieć, że notariusz jest niemy audytorem zinstytucjonalizowanego dialogu prawnego. W dalszych rozważaniach podjęta zostanie zwięzła charakterystyka poszczególnych interlokutorów tego dialogu oraz próba rozpoznania, jaki jest potencjalny wpływ ich wypowiedzi na stosowanie prawa przez notariusza. W tym celu posiłkował się będę tezami sformułowanymi przez judykaturę, dotyczącymi orzecznictwa oraz interpretacji podatkowych jako środków komunikacji oficjalnych interpretatorów.

2. Charakterystyka interlokutorów zinstytucjonalizowanego dialogu prawnego

Dialog prawny najczęściej rozpoczyna akt mowy prawodawcy²⁹, czyli każdej osoby³⁰ lub organu kompetentnych zarówno do tworzenia, jak i stanowienia norm abstrakcyjno-generalnych w formie tekstu prawnego. Jest to najważniejszy aktor (używając habermasowskiej terminologii) dialogu, gdyż daje prawo. Jak zostało to wcześniej wskazane, za danym tekstem prawnym zawsze stoi intencja jego autora, która, poprzedzając go, stanowi znaczenie tego tekstu. Gdy komunikat prawodawcy od początku nie budzi

15.09.2011 r., 5571/VI kad.) odnotować można następującą wypowiedź jednego z posłów, odnoszącą się do przedmiotowej poprawki: „Poprawka ma charakter doprecyzowujący. Chodzi o to, aby wnioskodawcami występującymi o wydanie interpretacji ogólnej nie mogły być organy administracji publicznej. Wydaje się, że organy administracji publicznej powinny korzystać z innych rozwiązań niż te przewidziane w ustawie”. Uzasadnienie to nie przekonuje biorąc pod uwagę fakt, iż celem wydawania interpretacji ogólnych jest zapewnienie jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego, a organ administracji publicznej z racji pełnienia swojego urzędu może mieć niejednokrotnie lepszą od przeciętnego podatnika wiedzę dotyczącą niejednolitego stosowania takich przepisów.

²⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, Dz. U. 2017, poz. 201, t.j. ze zm., dalej o.p.

²⁸ W praktyce notarialnej stawający najczęściej przedkładają notariuszowi stosowną interpretację indywidualną przed dokonaniem czynności. Natomiast już w trakcie postępowania przed notariuszem, w razie wątpliwości co do kwoty podatku należnej za określone zdarzenie podatkowe, gdy strona (strony) kwestionują zasadność pobrania podatku we wskazanej przez notariusza sumie, wskazując na korzystniejsze dla nich rozumienie relewantnych przepisów prawa podatkowego, notariusz nie wnioskuję osobiście o wydanie interpretacji podatkowej, a zaleca podjęcie takiego działania podatnikowi w swojej sprawie i w swoim imieniu. Jest to działanie racjonalne, gdyż nie naraża rejenta na stratę w przypadku, gdy wystąpi on o wydanie interpretacji, a do dokonania czynności nie dojdzie.

²⁹ Por. (w kontekście legitymizacji obowiązywania zasad prawa) S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie (od dogmatyki do teorii)*, Toruń 2014, s. 328 i n.

³⁰ Celowo przeprowadzone zostało przeze mnie rozróżnienie osób i organów, gdyż sam proces tworzenia prawa nie jest zrelatywizowany li tylko do osób działających jako organy państwowe – nad treścią aktów normatywnych pracują niejednokrotnie osoby nie pełniące żadnych funkcji publicznych.

we wspólnocie interpretacyjnej³¹ wątpliwości co do jego intencji – jest pragmatycznie jasny³² – nie ma potrzeby wszczynać dialogu³³, a wypowiedź legislatora ma charakter monologu. Jest to stan najbardziej pożądaný z punktu widzenia państwa prawa, jak i organu stosującego prawo.

W sytuacji, w której organ stosujący prawo powyższe uzasadnione wątpliwości co do intencji prawodawcy, obowiązany jest dokonać aktu interpretacji niejasnych przepisów. Mocnym dowodem na intencję prawodawcy jest sam tekst³⁴. Nie przesądza on jednak, że w każdej sytuacji interpretacyjnej daje on najlepszą odpowiedź na pytanie – co prawodawca chciał za jego pomocą powiedzieć? O ile tekst jest środkiem modelu większościowego intencji kolektywnej, intencję prawodawcy można ustalać również m.in. za pomocą narzędzi modelu agencyjnego, korzystając z materiałów legislacyjnych odzwierciedlających „konwersację” między uczestnikami procesu legislacyjnego³⁵. Umiejętne wykorzystywanie instrumentów tego modelu może dostarczać znaczących dowodów na faktyczną intencję prawodawcy – a co za tym idzie – rozstrzygnąć wiele wątpliwości co do sposobu rozumienia określonych przepisów, gdy sama ich zakomunikowana treść nie daje odpowiedzi dotyczącej ich znaczenia³⁶.

Prawodawca jest najważniejszym mówcą zinstytucjonalizowanego dialogu prawnego i to jego intencja jest prawem, którego organ je stosujący nie może pomijać przy wydawaniu rozstrzygnięć³⁷.

Istotnymi interlokutorami dialogu prawnego są organy sprawujące wymiar sprawiedliwości. Ich środkiem komunikacji jest orzecznictwo. Szczególną rolę w wyznaczaniu kierunków rozumienia określonych przepisów odgrywają orzeczenia najwyższych instancji sądowych – Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz są-

³¹ Pojęcie wspólnoty interpretacyjnej wprowadził, jak się wydaje, do refleksji humanistycznej S. Fish. Zob. szerzej S. Fish, *Zmiana*, przeł. K. Abriszewski, [w:] A. Szahaj (red.), *Interpretacja, retoryka, polityka. Eseje wybrane*, Kraków 2002, s. 251 i n.

³² Jak słusznie wskazuje Z. Tobor, „[...] Jasność to cecha, którą przypisujemy pewnym zwrotom, ze względu na ich «status» w dyskursie. Zwrot jest jasny, jeśli jest jednolicie rozumiany”, Z. Tobor, *op. cit.*, s. 26.

³³ Jest to zresztą jedna z ogólnych reguł etycznych praktycznego dyskursu argumentacyjnego, by argumentacja była prowadzona tylko w przypadku powstania niejasności uzasadniającej zawiązanie się sporu. Zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, s. 37 i n.

³⁴ Por. m.in. F. H. Easterbrook, *Text, History, and Structure in Statutory Interpretation*, „Harvard Journal of Law and Public Policy” 1994, vol. 17, s. 64 i n.

³⁵ Zob. M.D. McCubbins, D.B. Rodriguez, *Statutory meanings. Deriving interpretive principles from a theory of communication and lawmaking*, „Brooklyn Law Review” 2011, vol. 76, s. 986 i n.

³⁶ Każdy tekst zakotwiczony jest bowiem w określonym kontekście, który determinuje jego znaczenie. Kontekst procesu legislacyjnego jest zdecydowanie lepszym gwarantem właściwego rozumienia przepisów niż kontekst konwersacji codziennej (języka potocznego). Por. A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *Dysonans interpretacyjny podatnika*, „Przegląd Podatkowy” 2016, nr 6, s. 13 i n.

³⁷ Jak wskazuje J. Stelmach, jest to jeden z warunków prawomocnego i efektywnego dyskursu prawniczego, by argumentacja była prowadzona w bezpośrednim związku z obowiązującym prawem. Zob. J. Stelmach, *op. cit.*, s. 59 i n.

dów apelacyjnych³⁸. Choć system prawa kontynentalnego (*civil law*), zgodnie z duchem monteskiuszowskiej teorii podziału władz, czyni wyraźną dystynkcję pomiędzy stanowieniem prawa – jako wyłączną domeną prawodawcy – a jego stosowaniem przez sądy, dokonywana przez judykaturę najwyższych instancji wykładnia prawa stanowionego, pomimo braku formalnego charakteru prawa obowiązującego, często *de facto* nadaje kierunki określonego rozumieniu znaczenia przepisów³⁹. Taki stan rzeczy można uzasadnić tym, że organy stosujące prawo szanują wykładnię poczynioną przez sądy wyższych instancji ze względu na ich autorytet instytucjonalny⁴⁰. Orzeczenia interpretacyjne nie są jednak samoistnymi źródłami prawa⁴¹, gdyż zawsze związane są z tekstem uchwalonym przez prawodawcę. Nie stanowią one także wiążących precedensów, a organy stosujące prawo – zwłaszcza profesjonaliści – mogą od wskazanych w nich kierunkach rozumienia tekstu prawnego odstąpić, ilekroć racjonalnie uzasadnione powody (lepsze dowody na intencję prawodawcy) przemawiają za innym rozumieniem stosowanych przepisów.

Ostatnimi wskazanymi w niniejszym opracowaniu interlokutorami są podatkowe organy interpretacyjne, komunikujące się za pomocą interpretacji podatkowych ogólnych oraz interpretacji podatkowych indywidualnych. Zgodnie z art. 14a § 1 o.p. oraz art. 14b § 1 o.p. podmiotami właściwymi do wydawania interpretacji podatkowych są minister właściwy do spraw finansów publicznych oraz Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej, a także – stosownie do swojej właściwości – wójt, burmistrz, prezydent miasta w odniesieniu do interpretacji indywidualnych (art. 14j o.p.). Określenie przez pra-

³⁸ Pomijam tutaj doniosłość *acquis constitutionnel* Trybunału Konstytucyjnego, które może być istotnym wzorcem dla tzw. wykładni zorientowanej konstytucyjnie, organ ten bowiem nadaje treść normatywną nieostrym i ogólnym sformułowaniom zawartym w ustawie zasadniczej (zob. szerzej S. Piekarczyk, *Pewność prawa – wartość rozwinięta w dialogu konstytucyjnym a pewność norm ustawy zasadniczej. Rozważania w kontekście praw człowieka*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Ochrona praw człowieka w wymiarze uniwersalnym. Aksjologia – instytucje – nowe wyzwania – praktyka*, t. I, Toruń 2017, s. 98 i n.). Poza zakresem niniejszych rozważań pozostawiam także kwestię konieczności wsłuchiwanie się notariusza w praktykę określonych sądów wieczystoksięgowych, nie odbierając jej jednak przymiotu doniosłości.

³⁹ Por. W. Koziół, *Uzasadnienia rozstrzygnięć Sądu Najwyższego w sprawach karnych*, [w:] I. Rucido-Grochowska, M. Grochowski (red.), *Uzasadnienia decyzji stosowania prawa*, Warszawa 2015, s. 296. Problemem, przed którym stoją teoretycy prawa, jest spór o status semantyczny wykładni prawa – czy wykładnia ma charakter deklaratoryjny, czy konstytutywny (zob. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 228 i n.). Nie przesądzając na korzyść żadnej z antagonistycznych teorii, wskazać należy, iż gdyby zgodzić się z tezą, że działalność sądów jest w istocie twórcza (prawotwórcza), to nadużyciem jest używanie na jej określenie pojęcia „interpretacji” czy „wykładni”. Por. Z. Tobor, *op. cit.*, s. 16 i n.

⁴⁰ Por. m.in. M. Romanowicz, *Utrwalona linia orzecznicza jako argument z (własnego) autorytetu sądowego*, [w:] T. Giaro (red.), *Rola orzecznictwa w systemie prawa*, Warszawa 2016, s. 178 i n.; P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metody pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011, s. 519; R. Sarkowicz, *W poszukiwaniu znaczenia tekstu*, [w:] H. Rot (red.), *Prawo i prawoznawstwo wobec zmian społecznych*, Wrocław 1990, s. 161.

⁴¹ Por. L. Morawski, *op. cit.*, s. 208.

wodawcę środka komunikacji podatkowych organów interpretacyjnych pojęciem „interpretacja”, przynajmniej w odniesieniu do interpretacji podatkowych indywidualnych nie jest zabiegiem fortunnym, gdyż wnioskujący wnosi *de facto* o dokonanie przez organ oceny prawnej jego stanowiska odnośnie do możliwości zastosowania przepisów prawa podatkowego do określonego stanu faktycznego albo zdarzenia przyszłego, co wcale nie musi być związane z dokonywaną wykładnią prawa, gdyż po stronie organu (a nawet wnioskującego) nie muszą wystąpić wątpliwości co do rozumienia określonego przepisu⁴². Inaczej jest, jak się wydaje, z wydawaniem interpretacji podatkowych ogólnych, działanie takie bowiem stanowi najczęściej skutek braku jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy podatkowe, co z kolei związane jest z wątpliwościami dotyczącymi ich znaczenia⁴³.

Interpretacje podatkowe, podobnie jak orzeczenia, nie stanowią wiążącego źródła prawa, z uwagi jednak na obowiązek ich publikacji (art. 14i o.p.), pełnią funkcję zbliżoną do orzecznictwa⁴⁴, choć autorytet instytucjonalny podatkowych organów interpretacyjnych jest niższy od autorytetu najwyższych instancji sądowych. Istotną różnicą jest ochrona przed szkodą oraz odpowiedzialnością karnoskarbową wnioskodawcy, który zastosował się do interpretacji indywidualnej, jak również każdego, kto zastosował się do interpretacji ogólnej (art. 14k o.p.), a także, przy spełnieniu określonych przesłanek, zwolnienie z obowiązku zapłaty przez podmiot, który zastosował się do interpretacji, która następnie została zmieniona, której wygaśnięcie stwierdzono lub która nie została uwzględniona w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej, podatku w zakresie wynikającym ze zdarzenia będącego przedmiotem interpretacji (art. 14m o.p.). Zatem instrument ten poprawia sytuację podatnika, gdyż zapewnia mu ochronę przed niską jakością przepisów prawa podatkowego⁴⁵.

Notariusz jest bezpośrednio zainteresowany wsłuchiowaniem się w treść interpretacji podatkowych (zwłaszcza ogólnych), gdyż z mocy prawa jest on płatnikiem podatku od

⁴² Por. J. Brolik, E. Mucha, *Pisma w sprawach interpretacji prawa podatkowego. Wyjaśnienia, postępowanie, orzecznictwo*, Warszawa 2013, s. 11 i n. Także T. Bekrycht, J. Brolik, *Instytucja interpretacji prawa podatkowego w ujęciu art. 14a i 14b ordynacji podatkowej – aspekt teoretycznoprawny (artykuł dyskusyjny)*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2012, t. LXXXV, s. 14 i n. oraz s. 24 i n.

⁴³ Zgodzić się należy z poglądem, iż przesłanka niejednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego już istniejącego dotyczy jednak wyłącznie możliwości uzyskania interpretacji ogólnej na wniosek. W sytuacji, gdy podatkowy organ interpretacyjny działa z urzędu, wystarczającym jest potencjalne występowanie zagrożenia rozbieżności w stosowaniu wykładanego przepisu prawa; H. Filipczyk, *Postulat pewności prawa w wykładni operatywnej prawa podatkowego*, Warszawa 2013, s. 178 i n.

⁴⁴ Por. M. Mastalski, *Interpretacja ogólna i indywidualna Ministra Finansów w procesie stosowania prawa podatkowego*, [w:] H. Litwińczuk (red.), *Ius fiscale. Studia z dziedziny prawa finansowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Marianowi Weralskiemu*, Warszawa 2012, s. 229; H. Dzwonkowski, [w:] H. Dzwonkowski (red.), *Ordynacja podatkowa*, Warszawa 2011, s. 179; T. Bekrycht, J. Brolik, *op. cit.*, szczególnie s. 19 i n. oraz s. 22 i n.

⁴⁵ Por. A. Drywa, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wydanie niezgodnej z prawem decyzji podatkowej*, Warszawa 2014, s. 83 i n.

czynności cywilnoprawnych dokonywanych w formie aktu notarialnego (art. 10 ust. 2 ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych⁴⁶) oraz podatku od dokonanej w formie aktu notarialnego darowizny, umowy nieodpłatnego zniesienia współwłasności lub umowy w tym przedmiocie, umowy nieodpłatnego ustanowienia służebności i umowy nieodpłatnego ustanowienia użytkowania (art. 18 ust. 1 ustawy o podatku od spadków i darowizn⁴⁷), co oznacza, iż obowiązany jest, na podstawie przepisów prawa podatkowego, do obliczenia i pobrania od podatnika podatku i wpłacenia go we właściwym terminie organowi podatkowemu (art. 8 o.p.). Można zatem powiedzieć, że notariusz w powyższym zakresie jest pierwszym podmiotem, który rozstrzyga o wysokości pobieranego od podatnika podatku, odpowiadając osobiście za podatek niepobrany lub podatek pobrany a niewpłacony (art. 30 § 1 o.p.).

3. Ustrojowe uwarunkowania rozumienia przez notariusza stosowanych przepisów – jednolitość czy poprawność?

Przyjmując tezę, że prawo w sytuacjach niejasnych jest dialogiem, wskazać należy, iż prawodawca jest najważniejszym mówcą tego dialogu, a znaczeniem prawa (tekstu prawnego) jako jego komunikatu – intencja legislatora – niezależnie od hierarchiczności pozostałych interlokutorów i środków ich komunikacji. Jak wskazuje S. Fish, to właśnie intencja prawodawcy jest gwiazdą przewodnią, za którą powinni podążać interpretatorzy, by ich działanie było uczciwe⁴⁸. Rolą pozostałych interlokutorów zinstytucjonalizowanego dialogu prawnego nie jest zatem dokonywanie aktów „prawotwórczej interpretacji” (czyli działania, które w istocie interpretacją nie jest)⁴⁹, a wyjaśnianie, co rzeczywiście powiedział prawodawca, i porządkowanie jego wypowiedzi⁵⁰.

Jak zostało to wskazane, notariusz stosuje prawo. Zatem jego obowiązkiem jest rozstrzyganie w oparciu o intencję prawodawcy. Wypowiedzi pozostałych interlokutorów zinstytucjonalizowanego dialogu prawnego powinny natomiast pełnić funkcję dla niego pomocniczą dla rozumienia stosowanych przepisów prawa. Profesjonalizm nota-

⁴⁶ Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych, Dz. U. 2017, poz. 1150, t.j.

⁴⁷ Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn, Dz. U. 2017, poz. 833, t.j. ze zm.

⁴⁸ „The only object of interpretation that makes it a rational activity rather than a free-for all is the intention of the author. Which is not to say that the intention of the author is immediately and perspicuously available; it is, rather, what the interpreter seeks. It is the lodestar that at once guides the interpreter’s efforts and is their goal. It keeps the game honest”, S. Fish, *Intention is All There is: a Crucial Analysis of Aharon Barak’s Purposive Interpretation in Law*, „Cardozo Law Review” 2008, vol. 29, s. 1138, przyp. 98.

⁴⁹ Por. S. Piekarczyk, *Wielokierunkowa nieostrość w sądowym stosowaniu prawa. Intencja prawodawcy a dyskrecjonalność sędziowska – antynomia czy kongruencja?*, [w:] L. Zacharko (red.), *Klauzule generalne w prawie krajowym i obcym*, Katowice 2016, s. 179 i n.

⁵⁰ Por. m.in. Z. Wojnicki, *Funkcje uzasadnień decyzji sądowych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1989, t. XLIII, s. 65.

riusza jest przymiotem, który zbliża go do pozycji sędziego, a jego daleko idąca odpowiedzialność osobista stanowi czynnik, który różnicuje te dwa podmioty. Rejent zatem, w obawie przed możliwością pociągnięcia go do odpowiedzialności, w razie wątpliwości co do rozumienia stosowanych przepisów, jest ustrojowo bardziej skłonny do wsłuchiwania się w tezę z orzecznictwa i interpretacji podatkowych, aniżeli w faktyczną intencję prawodawcy. Zagadnienie to wymaga przyjrzenia się relewantnym wypowiedziom najwyższych instancji sądowych.

Jako punkt wyjścia wskazać należy na dominujące stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym „o odpowiedzialności notariusza w przypadku błędu co do prawa można mówić tylko wtedy, gdy wykazuje on brak znajomości jasnego i niewątpliwego przepisu prawa, a nie wówczas gdy mylnie interpretuje przepis ustawy, co do którego istnieją różne zapatrywania prawne”⁵¹. Jak zostało to wskazane we wcześniejszej części rozważań, przepis jest jasny, gdy nie budzi we wspólnocie interpretacyjnej wątpliwości co do intencji prawodawcy. Jak wskazuje Sąd Najwyższy: „[...] w literaturze przeważa pogląd, iż notariusz powinien znać powszechnie przyjętą wykładnię obowiązujących przepisów i nie wolno mu popełnić błędu co do prawa, gdy chodzi o problem nie stanowiący przedmiotu kontrowersji, lub taki, który jest rozwiązany przez ustalone orzecznictwo”⁵². W praktyce stosowania prawa niejednokrotnie pojawić się może stan faktyczny, w którego kontekście uzasadnione wątpliwości co do intencji prawodawcy mogą się pojawić mimo wcześniejszego „rozwiązania” problemu przez orzecznictwo. Nie podlega chyba dyskusji, iż notariusz jest członkiem wspólnoty interpretacyjnej, a co za tym idzie, jest legitymowany, by jego wątpliwości poczytywać za doniosłe. Przytoczone *passusy* z wypowiedzi Sądu Najwyższego, mimo że korzystnych dla rejentów, stanowią *de facto* wskazanie, że notariusz powinien, stosując prawo, dawać prymat ustaleniom orzecznictwom, nawet gdy pojawią się lepsze dowody na intencję prawodawcy niż te, które zostały przytoczone przez sądy. Działanie przeciwne natomiast naraża go na osobistą odpowiedzialność odszkodowawczą wobec poszkodowanego.

Jednolite (bądź co najmniej dominujące) stanowisko judykatury w odniesieniu do rozstrzyganego problemu często stanowi o poprawnym sposobie rozumienia określonych przepisów. Nie należy jednak traktować jednolitości i poprawności jako wartości immanentnie ze sobą związanych. Pozostaje nadal aktualna wypowiedź Sądu Najwyższego, iż „[...] Można sobie wyobrazić orzecznictwo jednolite, lecz nieprawidłowe, jeżeli np. szczególnymi środkami nadzoru zapewni się jednolitość, lecz nieprawidłową wykładnię prawa. Może być także odwrotnie, gdy właśnie orzecznictwo niejednolite

⁵¹ Wyrok SN z dnia 5 lutego 2004 r., III CK 271/02, Lex nr 602711; wyrok SA w Katowicach z dnia 18 lipca 2013 r., V ACa 253/13, Lex nr 1363256.

⁵² Z uzasadnienia wyroku SN z dnia 5 lutego 2004 r., III CK 271/02.

zapewni proporcjonalnie większy stopień prawidłowości, zwłaszcza gdy odstępstwa od jednolitych standardów orzecznictwa stanowią zapowiedź zmian generalnej linii judykatury w kierunku bardziej odpowiadającym kryteriom prawidłowości”⁵³. Daleko idąca odpowiedzialność notariusza w naturalny sposób daje jednak prymat zasadzie *auctoritas, non veritas facit legem*, gdzie owym autorytetem są najwyższe organy sprawujące wymiar sprawiedliwości. Jest to zatem w istocie sprzeczność ustrojowa, gdzie z jednej strony wymaga się od rejenta dokonywania czynności notarialnych zgodnie z prawem, a z drugiej, w sposób zawołowany, wyraża się normę – „ale na własną odpowiedzialność, gdy sądy ustanowiły je inaczej”.

Odmienne rzecz się ma, gdy w odniesieniu do rozumienia określonych przepisów stanowisko judykatury jest niejednolite. Jak wskazuje orzecznictwo, nie można mówić o odpowiedzialności notariusza w przypadku błędu co do prawa, gdy mylnie interpretuje przepis ustawy, co do którego istnieją różne zapatrywania prawne⁵⁴. Paradoksalnie więc dopiero sytuacja, w której istnieje rozbieżność stanowisk organów sprawujących wymiar sprawiedliwości, daje notariuszowi możliwość samodzielnego, nieskrępowanego i prawidłowego rozstrzygnięcia o faktycznym znaczeniu stosowanych przepisów.

Co się z kolei tyczy interpretacji podatkowych, pomimo pełnienia przez nie podobnych do orzecznictwa funkcji, wskazać należy na pewne wyraźne różnice. Po pierwsze, podatkowe organy interpretacyjne nie cieszą się takim autorytetem jak organy sprawujące wymiar sprawiedliwości. Zatem nawet ich jednolite stanowisko co do określonego rozumienia przepisów wyrażane w ogłoszonych interpretacjach podatkowych indywidualnych może bez wyraźnej afirmacji sądów powodować, iż zastosowanie się do nich związane będzie z niepewnością. Po drugie, w przypadku braku jednolitego stanowiska, by zabezpieczyć się przed odpowiedzialnością prawnopodatkową notariusz albo wybierze rozumienie *pro fisco*⁵⁵ pouczając stawających o możliwości złożenia wniosku o stwierdzenie nadpłaty podatku, stosownie do art. 75 o.p., albo – gdy zamierzona czynność prawna nie jest dla stron nagląca – zasugeruje im wystąpienie o interpretację podatkową indywidualną. Po trzecie wreszcie, w sytuacji, gdy zostanie notariuszowi okazana interpretacja podatkowa indywidualna, wydana w sprawie czynności, którą ma udokumentować, bądź w przedmiocie relewantnego zagadnienia prawnego została wydana interpretacja podatkowa ogólna, zastosowanie się do takich interpretacji skutkuje ochroną przed ujemnymi konsekwencjami prawnymi⁵⁶.

⁵³ Uchwała SN (pełny skład) z dnia 5 maja 1992 r., KwPr 5/92, OSNC 1993, nr 1-2, poz. 1.

⁵⁴ Por. wyrok SA w Katowicach z dnia 18 lipca 2013 r., V ACa 253/13.

⁵⁵ Można zatem powiedzieć, że jest to odwrócenie zasady *in dubio pro tributario*, wyrażonej w art. 2a o.p.

⁵⁶ Choć, stosownie do art. 14k § 1 o.p., zastosowanie się do interpretacji indywidualnej nie może szkodzić wnioskodawcy, a więc sytuacja, w której wniosek o taką interpretację złoży podatnik, zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu, chroniłaby tylko jego, a więc nie płatnika. Przepis ten należy jednak wyklądać teleologicznie i stanowisko takie utrwaliło się w orzecznictwie, oto przykładowy *passus*: „Nieuprawnione

Zatem w odniesieniu do kwestii rozumienia przepisów prawa podatkowego przez notariusza, przed ich faktycznym znaczeniem, ważniejsze dla bezpieczeństwa rejenta mogą być 1) interpretacje podatkowe indywidualne wydane w sprawie czynności, które rejent ma udokumentować⁵⁷ bądź interpretacje podatkowe ogólne rozwiązujące zagadnienie prawne; 2) jednolita linia orzecznicza; 3) jednolite stanowisko podatkowych organów interpretacyjnych wyrażone w opublikowanych interpretacjach podatkowych. Taki kierunek dostrzegalny jest w utartej linii orzeczniczej, którą wyraża *passus*: „Podzielając pogląd, że notariusz powinien opierać się nie tylko na samych przepisach, lecz także na poglądach wypracowanych przez orzecznictwo [...] nie można oczekiwać od notariusza, aby wbrew stanowisku organu [wyrażonemu w przedłożonej interpretacji indywidualnej – S.P.] i akceptowanemu przez sądy pogładowi co do opodatkowania sprzedaży działek podatkiem VAT, notariusz był wizjonerem i antycypował, że po kilku latach stosowania, ulegnie zmianie wykładnia przepisów w tej kwestii”⁵⁸.

Powyższe rozważania uprawniają do wyciągnięcia wniosku, iż „gwiazdą przewodnią” dla rozumienia tekstu prawnego przez notariuszy nie jest najczęściej intencja prawodawcy będąca jego znaczeniem, a wypowiedzi najwyższych organów sprawujących wy-

jest w ocenie Sądu stanowisko organu, że skarżąca «nie może uchylić się od negatywnych skutków» nieoprobienia i niewpłacenia podatku od czynności cywilnoprawnych, albowiem nie wystąpiła o wydanie stosownej interpretacji w przedmiocie opodatkowania sprzedaży nieruchomości przez osoby fizyczne, a zamiast tego powołała się na wiążącą interpretację uzyskaną przez sprzedających. Notariusz w pierwszym rzędzie opiera się na oświadczeniu stron w przedmiocie należnego podatku. Przepisy obowiązujących ustaw nie obligują notariusza sporządzającego akt notarialny do prowadzenia postępowania, w zakresie i na okoliczność tego, czy strona uczestnicząca w czynności cywilnoprawnej składa prawdziwe oświadczenie woli, czy też nie. W przypadku braku okoliczności podważających prawdziwość twierdzeń strony, notariusz nie ma prawa odmówić dokonania czynności. [...] Skoro w stanie faktycznym sprzedający przedłożyli notariuszowi interpretację indywidualną, dotyczącą tej konkretnej transakcji, potwierdzającą przy tym poglądy prezentowane przez orzecznictwo sądów administracyjnych, to nie sposób zarzucić notariuszowi w tych okolicznościach, iż w sprawie typowej, nie wystąpił o jeszcze jedną interpretację indywidualną. Przyjęcie stanowiska organu prowadziłoby w konsekwencji do sytuacji, iż notariusz dla uniknięcia ryzyka wyrównania strat Skarbu Państwa spowodowanych przyszłą ewentualną zmianą interpretacji przepisów prawa podatkowego, winien przed sporządzeniem każdej umowy występować o wydanie interpretacji indywidualnej”, wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 9 sierpnia 2011 r., I SA/Wr 751/11, Lex nr 1085431.

⁵⁷ Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku stwierdzającym m.in., że przepisy dotyczące odpowiedzialności notariusza nie naruszają konstytucyjnych zasad ochrony prawa własności i proporcjonalności (art. 64 ust. 1-3 w zw. z art. 21 ust. 1 oraz w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji): „Kolejnym czynnikiem, który minimalizuje ryzyko odpowiedzialności majątkowej notariusza jako płatnika, jest możliwość wystąpienia do właściwego organu podatkowego z wnioskiem o dokonanie interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania przepisów prawa podatkowego, mających zastosowanie w indywidualnej sprawie rozstrzyganej przez płatnika. [...] zastosowanie się płatnika do takiej interpretacji nie może mu szkodzić.”, wyrok TK z dnia 9 listopada 2010 r., OTK-A 2010, nr 9, poz. 99.

⁵⁸ Z uzasadnienia wyroku WSA we Wrocławiu z dnia 9 sierpnia 2011 r., I SA/Wr 751/11.

miar sprawiedliwości oraz interpretacyjnych organów podatkowych – oficjalnych interlokutorów zinstytucjonalizowanego dialogu prawnego. Czynnikiem, który przesądza o takim stanie rzeczy, jest daleko idąca odpowiedzialność osobista – szczególnie podatkowa lub cywilna – notariusza. Jest to swego rodzaju sprzeczność ustrojowa, że z jednej strony wymaga się od rejenta dokonywania czynności notarialnych zgodnych z prawem, a z drugiej nie zapewnia mu się ku temu odpowiednich warunków instytucjonalnych. Tym samym wartość, jaką jest jednolitość, stanowi prymat nad poprawnością, co – z punktu widzenia państwa prawa – uznać należy za anomalię. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której odpowiedzialność taka zostałaby nałożona na sędziów najniższych instancji – jakie prawo byłoby wtedy stosowane przez sądy?

Choć problematyka podjęta w niniejszym opracowaniu ogranicza się do ukazania wpływu zinstytucjonalizowanego dialogu prawnego na notarialne stosowanie prawa, zagadnieniem wartym podjęcia jest kwestia rozumienia przez notariusza przepisów w sytuacji, w której jest on pierwszym ogniwem w łańcuchu organów stosujących nowe przepisy (przed sądami rejestrowymi – wieczystoksięgowym lub KRS, organami podatkowymi, ewentualnie sądami odwoławczymi i najwyższymi instancjami sądowymi). W przedmiocie rozumienia przepisów prawa podatkowego bezpieczniej jest przyjąć wtedy rozumienie *pro fisco*. Natomiast jeśli chodzi o rozumienie innych przepisów niż podatkowe, jak się wydaje (choćby hipoteza ta warta byłaby empirycznego zweryfikowania przez socjologów prawa), z obawy przed odpowiedzialnością naturalnym wyborem rejenta w powyższej sytuacji jest przyjęcie najbardziej „pesymistycznego” wariantu rozumienia, nawet gdy intencja prawodawcy wydaje się być jasna. Jako przykład wskazać można na dodany nowelą z dn. 14.04.2016 r.⁵⁹ (zmiany weszły w życie w dn. 30.04.2016 r.) art. 2b ust. 1 i 2 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego⁶⁰. Stosownie do tych przepisów nabywca nieruchomości rolnej jest obowiązany prowadzić gospodarstwo rolne, w skład którego weszła nabyta nieruchomość rolna, przez okres co najmniej 10 lat od dnia nabycia przez niego tej nieruchomości. W tym okresie nabyta nieruchomość nie może być zbyta ani oddana w posiadanie innym podmiotom. Wyobrazić można sobie sytuację, w której właściciel nieruchomości rolnej chce ją zbyć na rzecz rolnika indywidualnego. Pojawiają się wątpliwości związane z rozumieniem wskazanych przepisów – a) czy termin, który musi upłynąć, by mógł zbyć nieruchomość rolną, należy liczyć od dnia nabycia przez właściciela nieruchomości rolnej przed nowelą, czy b) przepis nie dotyczy osób, które nabyły nieruchomość rolną przed nowelą. W przedstawionym kazusie, najbardziej trafnym sys-

⁵⁹ Ustawa z dnia 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz. U. 2016, poz. 585, zwana potocznie „ustawą o obrocie ziemią”.

⁶⁰ Ustawa z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego, Dz. U. 2016, poz. 2052, t.j. ze zm.

temowo, zgodnie z zasadą *lex retro non agit*, jest przyjęcie rozumienia b)⁶¹. W takim przypadku właściciel nieruchomości rolnej, którą nabył przed nowelą, będzie mógł ją zbyć na rzecz rolnika indywidualnego, niezależnie od długości trwania jego prawa własności. Gdyby natomiast przyjąć rozumienie a), musiałby on wykazać, że jest właścicielem nieruchomości rolnej od co najmniej 10 lat, licząc do chwili zbycia⁶². Obawa przed ustaleniem przez sąd nieważności umowy, a co za tym idzie, zagrożeniem pociągnięciem notariusza do odpowiedzialności, skutkować może przyjęciem przez rejenta rozumienia a), chociaż jego prerozumienie intelektualne wskazuje na rozumienie b). Taki stan można określić pojęciem dysonansu interpretacyjnego⁶³, sformułowanym przez A. Bielską-Brodziak i Z. Tobora⁶⁴. Nie ulega wątpliwości, że notariusz, będący profesjonalistą, jest na niego szczególnie narażony.

⁶¹ Por. J. Pisuliński, *O niektórych osobliwościach obrotu nieruchomościami rolnymi*, „Rejent” 2016, nr 5, s. 37 i n.

⁶² W odniesieniu do wskazanych przepisów mogą pojawić się (i zapewne się pojawiają) również inne wątpliwości co do rozumienia, np. czy art. 2b ust. 2 stanowi samodzielną normę, czy jest immanentnie związany z art. 2b ust. 1. Gdyby przyjąć pierwsze z tych rozumień, oznaczałoby to zakaz zbywania nieruchomości rolnej, nawet takiej, której powierzchnia nie przekracza 1 ha, w okresie 10 lat od dnia nabycia. Natomiast przyjmując drugie rozumienie, przesłanką braku możliwości zbycia nieruchomości rolnej w tym okresie musi być jej wejście w skład gospodarstwa rolnego nabywcy. Zob. K. Maj, *Zmiany w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego obowiązujące od dnia 30 kwietnia 2016 r.*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2016, nr 2, s. 88 i n.

⁶³ Z poznawczego elementu, jakim jest prerozumienie intelektualne, zgodnie z którym przepis należy rozumieć w sposób b), wynikać może element behawioralny w postaci odmowy dokonania czynności notarialnej, ze względu na zastosowanie przepisu w rozumieniu a) (czyli $\neg$ b). Por. L. Festinger, *Teoria dysonansu poznawczego* (1957), przeł. J. Rydlewska, Warszawa 2007, s. 27 i n.

⁶⁴ Zob. A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *op. cit.*, s. 9-14.

Prawo w państwie prawa. Studium przypadku z obszaru bezpieczeństwa publicznego

Abstrakt

W rozdziale przedstawiono przykład działań organów ścigania (Policji), które można opisać jako działanie o charakterze czysto public relations, a nie jako społecznie oczekiwane, prawidłowe wykonanie czynności proceduralnych, których celem jest ujawnienie wszystkich znamion przestępnych. W takich okolicznościach wybiórcze zakwalifikowanie przez Policję zachowań sprawczych na etapie czynności przedprocesowych oraz akceptacja tego stanu przez przedstawicieli organów administracji i innych podmiotów współuczestniczących w działaniach zorientowanych na zapewnienie oczekiwanego stanu bezpieczeństwa publicznego skutkuje obecnie tym, że osoby wypełniające znamiona przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności do lat 10 mogą być w wymodelowanych medialnie okolicznościach uznane nawet za bohaterów.

1. W rozdziale przedstawiony jest szeroko konotujący (na płaszczyźnie postępowania przedprocesowego w przestrzeni rozważań teoretyczno-dogmatycznych), dość drażliwy, choć niewątpliwie ważny aspekt zagadnienia ze sfery kształtowania społecznego poczucia bezpieczeństwa publicznego. Mam tu na myśli dostrzegalny sposób wybiórczego, a tym samym zakrawającego na zachowania przestępcze, działania w sferze realizowania przez Policję przedprocesowych czynności dochodzeniowo-śledczych.

Wnioski tu wskazane winny wywołać sytuację *legis* i skutkować władczym nakazem stosowania przez Policję wciąż obowiązujących ją procedur karnych, gdyż selektywizowanie znamion przestępnych wpływa niekorzystnie na poziom zaufania do organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Ponadto taki wybiórczo wyselekcjonowany model zachowania przedprocesowego wpływa również negatywnie na władzę, gdyż scenariusz działań Policji zaburza pewność wyznaczników zawartych m.in. w art. 2 k.p.k.¹

Mowa tu przecież o przepisie, który narzuca organom bezpieczeństwa i porządku publicznego – Policji² – m.in. rygor kierowania się wyłącznie prawidłowo oznaczonym

¹ Art. 2 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. 1997 r., Nr 89 poz. 555 ze zm.) stanowi, że: „§ 1 Przepisy niniejszego kodeksu mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby: 1) sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności [...]”.

² Art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. 1990 r., Nr 30 poz. 179 ze zm.) stanowi, że: „Tworzy się Policję jako umundurowaną i uzbrojoną formację służącą społeczeństwu i przeznac-

szerokim procesem myślowym nacechowanym metodą prowadzenia skutecznej analizy w przestrzeni zachowań stanowiących zdarzenia kryminalne. Celem rygoru jest niedopuszczenie do zrodzenia się błędu, który pozwoli na wymknięcie się wymiarowi sprawiedliwości sprawcy czynu przestępczego lub spowoduje niewłaściwe osądzenie jednostki subordynowanej. Z przepisu można wynieść, że ustawodawca założył, iż przede wszystkim dzięki wieloetapowemu, jak i wielowątkowo prowadzonemu postępowaniu przedprocesowemu organ je prowadzący uzyska oczekiwane i właściwe (obiektywne) efekty końcowe. Dlatego też proces analitycznego myślenia oparty winien być na całościowej – jak najszerzej – próbie rekonstrukcji planu i przebiegu kolejnych czynności zachowawczych, z ujęciem zaniechania podjęcia działań zapobiegawczych włącznie, a nie na świadomym ich zawężaniu już na etapie wstępnej oceny zachowań sprawczych.

Prowadzona na późniejszym etapie analiza zachowań przestępczych będzie wówczas wyłącznie swego rodzaju procesem zarządzania posiadaną wiedzą, która sprowadzona została do właściwego stanu przez pryzmat racjonalnie uporządkowanej jednostkowo i grupowo informacji. Tak przetworzona informacja doprowadzi do obiektywnych ustaleń faktycznych, a nie błędnych sformułowań, wspieranych medialnym przekazem oceny (nie)występujących zagrożeń³. Z tych właśnie względów – w ramach realizowania tak skonstruowanego procesu myślowego – Policja nie może pomijać (marginalizować) wszelkich poczynionych ustaleń wstępnych pozyskanych w trakcie prowadzonych czynności przedprocesowych, które rzutują lub mogą rzutować na dalsze działania strategiczne, czyli cały wachlarz czynności dochodzeniowo-śledczych, jak i późniejszych czynności procesowych.

W innym bowiem przypadku sprofilowana, wybiórczo realizowana przez Policję strategia dochodzenia do prawdy będzie już nie tylko na granicy zachowań przestępczych w rozumieniu art. 231 § 1 k.k.⁴ Wprowadzenie tego nieanalitycznego procesu myślowego do stałego kanonu zachowań tej organizacji sprawi również to, że rekonstruowanie każdego etapu przestępstwa czy też czynności kryminalnych oparte będzie wyłącznie na celowo pobieżnej, a nie wnikliwej i oczekiwanej społecznie analizie czynności zachowawczych. To z kolei musi implikować stwierdzeniem, że każde zachowanie Policji będzie jedynie nieefektywną, a tym samym pozorowaną odsłoną działań wyłącznie *stricte* reklamowych w przestrzeni *public relations*.

czoną do ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz do utrzymywania bezpieczeństwa i porządku publicznego”.

³ D. Wasiak, *Argument z porządku publicznego jako uzasadnienie technik panoptycznych w dyskursie prawnym*, Lublin 2016, s. 136 i n.

⁴ Art. 231 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1997 r., Nr 88 poz. 553 ze zm.) stanowi, że: „Funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

2. Wybiórcze zakwalifikowanie zachowań sprawczych na etapie czynności przedprocesowych przez Policję oraz akceptacja tego stanu przez przedstawicieli organów administracji i innych podmiotów współuczestniczących w działaniach zorientowanych na zapewnienie oczekiwanego stanu bezpieczeństwa publicznego skutkuje obecnie tym, że osoby dopuszczające się czynów wypełniających znamiona przestępstwa, o którym mowa w art. 163 § 1 ust. 3 k.k.⁵, zagrożonego karą pozbawienia wolności do lat 10, mogą być w wymodelowanych medialnie okolicznościach uznane nawet za bohaterów, czyli stanowić wzorzec dla innych. Przy takim układzie i kierunkowym nastawieniu czynności przedprocesowych nie ma – jak się wydaje – większego znaczenia fakt, że spowodowaniem zdarzenia niebezpiecznego jest każde zachowanie człowieka, które to zdarzenie wywołuje lub stwarza bezpośrednie niebezpieczeństwo jego wywołania⁶. Oczywiście pod warunkiem, że ów bohater miałby pełną świadomość zaistnienia takiego zagrożenia, co jest – jak wykażę – bardzo możliwe, gdyż nie ma uzasadnionych wątpliwości co do jego stanu dyspozycji psychicznej lub mentalnej w chwili wystąpienia zdarzenia przestępczego⁷.

Przyczynkiem do tak skrajnej i daleko idącej hipotezy jest postępowanie przedstawicieli tychże organów i podmiotów po wydarzeniach z 19.05.2016 r. we Wrocławiu, kiedy znajdujący się w autobusie komunikacji miejskiej pakunek, uznany przez jednego z pasażerów, a później przez samego kierującego⁸, za niebezpieczny, został przez tegoż kierowcę wyniesiony na przystanek komunikacji miejskiej⁹. Wskutek wybuchu materiału znajdującego się w wyniesionym poręcznym pojemniku (naczyniu kuchennym) przebywająca w rejonie przystanku osoba postronna doznała – jak się później okazało – obrażeń ciała¹⁰.

Prima facie (przez pryzmat art. 6 k.k.¹¹) do wypełnienia znamion czynu zabronionego doszło z chwilą podjęcia przez kierującego czynności związanych z wyniesieniem ładunku wybuchowego, a dokładniej – wyłącznie jego przeniesieniem z wydzielonego barierami

⁵ Art. 163 § 1 ust. 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny stanowi, że: „Kto sprowadza zdarzenie, które zagraża życiu lub zdrowiu wielu osób albo mieniu w wielkich rozmiarach, mające postać eksplozji materiału wybuchowego lub łatwo palnych albo innego gwałtownego wyzwolenia energii, rozprzestrzeniania się substancji trujących, duszących lub parzących, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”.

⁶ Wyrok SA z dnia 30 listopada 2005 r., II AKa 281/05, LEX nr 280785.

⁷ Wyrok SN z dnia 20 listopada 2008 r., V KK 212/08, OSNwSK 2008/1/2342.

⁸ W rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (Dz. U. 2011 r., Nr 30 poz. 151 ze zm.).

⁹ *Policja nadal szuka podejrzanego, który podłożył bombę w MPK*, <http://www.newsjs.com/pl/policja-nadal-szuka-podejrzanego-ktory-podlozyl-bombe-w-mpk/d65Fhdk0i6wssTMSYAfKP700jOS7M/> [dostęp: 20.05.2016].

¹⁰ *Wrocław. Ładunek wybuchowy w autobusie. Ekspłodował i ranił kobietę*, <http://www.wroclaw112.pl/aktualnosci/inne-zdarzenia/14-wybuch-ladunku-w-centrum-wroclawia> [dostęp: 20.05.2016].

¹¹ Art. 6 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny stanowi, że: „§ 1 Czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. § 2 Czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do

technicznymi miejsca publicznego (autobusu) do innego miejsca publicznego, lecz nie-ograniczonego już barierami technicznymi. Wyniesienie przez kierującego materiału wybuchowego z autobusu na otwartą przestrzeń – przystanek autobusowy – spowodowało, że wystąpiło zagrożenie utraty życia lub zdrowia wielu osób. Można podnieść także argument, że zagrożenie nie tylko powstało w innym miejscu, ale nawet wzmoгло się, gdyż gwałtowne wyzwolenie energii wskutek eksplozji ładunku znajdującego się w pojemniku mogło objąć promieniem rażenia większy, otwarty obszar, a tym samym większą liczbę osób i mienia tam zlokalizowanego. Uznać tym samym należy, że zachowanie kierowcy autobusu spowodowało zdarzenie, które zagroziło życiu lub zdrowiu wielu osób i jest kwalifikowane jako zachowanie przestępcze zdefiniowane w art. 163 § 1 ust. 3 k.k.

Istotne w tym kontekście jest to, że – jak twierdzą przedstawiciele zarządu w dniu 19.05.2016 r. – MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu posiadało wdrożoną procedurę postępowania z przedmiotami pozostawionymi w pojazdach wzbudzającymi uzasadnione podejrzenie o grożącym niebezpieczeństwie. Zatem obowiązujące od 15.01.2016 r. – jak utrzymuje zarząd MPK Sp. z o.o. – procedury postępowania na wypadek zagrożenia życia lub zdrowia pasażerów, w tym również ujawnienia w pojeździe przedmiotów wzbudzających uzasadnione podejrzenie o grożącym niebezpieczeństwie, uregulowane wewnętrznymi instrukcjami dla kierowców autobusów i motorniczych, zostały przez kierującego autobusem świadomie naruszone. Kierowca publicznie podnosi, że jego zachowanie było następstwem podporządkowania się intuicji, przeczuciu, a nie wynikiem działania w ramach ustalonych i obowiązujących w MPK we Wrocławiu algorytmów postępowania w przypadku wystąpienia hipotetycznych lub realnych zagrożeń dla życia lub zdrowia pasażerów komunikacji miejskiej, a w szczególności w przypadku ujawnienia w pojeździe komunikacji miejskiej materiału mogącego stanowić materiał wybuchowy¹². Niepozostawienie w stanie nienaruszonym podejrzanego pakunku i niepoproszenie pasażerów o opuszczenie pojazdu należy uznać za świadome działanie sprawcze, a tym samym wypełnienie znamienia przestępstwa osadzonego w art. 163 § 1 ust. 3 k.k. w zw. z art. 2 k.k. przez kierującego pojazdem komunikacji miejskiej¹³.

Nie można zmienić kwalifikacji czynu z art. 163 § 1 ust. 3 k.k. np. na art. 157 § 2 lub 3 k.k.¹⁴, gdyż miejsce, w którym doszło do eksplozji, ma tutaj zasadnicze znaczenie.

którego był obowiązany, albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić”.

¹² *Bohaterskiego czynu dokonał dzięki... swojej intuicji. Podziękowania dla kierowcy*, <https://radiogra.pl/bohaterskiego-czynu-dokonal-dzieki-swojej-intuicji-podziekowania-dla-kierowcy.html> [dostęp: 10.07.2016].

¹³ Na podstawie treści udzielonej odpowiedzi na złożony 30.05.2016 r. wniosek o udzielenie informacji publicznej zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2001 r., Nr 112 poz. 1198 ze zm.).

¹⁴ Art. 157 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny stanowi, że: „§ 1. Kto powoduje naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, inny niż określony w art. 156 § 1, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. [...]”.

Mowa tu bowiem o miejscu publicznym, czyli miejscu ogólnodostępnym, z którego korzysta nieokreślona liczba niezidentyfikowanych osób¹⁵. Osobiście jednak opowiadałbym się za rozszerzeniem tej sądowej wykładni i postrzeganiem miejsca publicznego – niewątpliwie zaliczyć tu należy przystanek i autobus komunikacji miejskiej – jako miejsca, które w swojej istocie może mieć bariery techniczne lub fizyczne, lecz których pokonanie nie wymaga jednak uzyskania zwolnień ustawowych lub pochodnych wydanych przez organy prawnie umocowane. Dotyczy to w szczególności miejsc bezpośrednio lub pośrednio związanych z bezpieczeństwem kraju lub określonej gminy¹⁶.

Dokonując analizy wskazanych tu możliwych strumieni zaniedbań służbowych przekładających się na odpowiedzialność karną, jak i skorelowaną z nią odpowiedzialność cywilną¹⁷, nie można zapomnieć także o odpowiedzialności dyscyplinarnej wynikającej z przepisów Kodeksu pracy¹⁸. Art. 100 k.p. zobowiązuje bowiem każdego pracownika¹⁹ do przestrzegania podstawowych przepisów oraz zasad bezpieczeństwa skonkretyzowanych w art. 211 k.p., z którego wynika przejrzysty zakres tych obowiązków. Do obowiązków tych zaliczyć należy znajomość przepisów i zasad bezpieczeństwa, udział w szkoleniach i instruktażach, wykonywanie pracy w sposób zgodny z przepisami i zasadami bezpieczeństwa oraz nakaz stosowania się do wydawanych w tym zakresie poleceń i wskazówek przez przełożonych, a także wymóg współdziałania z pracodawcą i przełożonymi w wypełnianiu obowiązków dotyczących bezpieczeństwa pracy. Obowiązkiem pracodawcy natomiast jest zaznajomić pracowników podejmujących pracę z zakresem ich obowiązków²⁰. W literaturze utrzymuje się jednak dość krytyczne stanowisko, że w systemie korporacyjnym forma wypełniania przez obie strony obowiązków wynikających ze stosunku pracy, czyli także z kodeksu pracy oraz regulaminów i instrukcji wewnętrznych, może mieć postać wyłącznie teoretyczną²¹. Opisane tu działanie kierującego oraz organów porządku publicznego mogą być tego wymownym przypadkiem. Kierującemu niestosującemu się do obowiązujących w przedsiębiorstwie instrukcji nie został postawiony zarzut. Nie został on także dyscyplinarnie zwolniony. A wszystko to w trakcie prowadzonych (raczej w niepełnym zakresie) czynności przedprocesowych i przy pełnej akceptacji organów administracji publicznej.

¹⁵ Wyrok NSA z dnia 23 sierpnia 2006 r., II OSK 1002/05, LEX nr 267009.

¹⁶ D. Wasiak, *Zakłócanie spoczynku nocnego – ułomność przepisu art. 51 § 1 Kodeksu wykroczeń*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2012, nr 6, s. 20-31.

¹⁷ Mam tu na myśli przede wszystkim art. 46 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny.

¹⁸ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. 1974 r., Nr 24 poz. 141 ze zm.).

¹⁹ Pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Postanowienie NSA z dnia 13 listopada 2013 r., II FZ 784/13, LEX nr 1397910.

²⁰ Art. 94 ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy stanowi, że: „Pracodawca jest obowiązany w szczególności: 1) zaznajamiać pracowników podejmujących pracę z zakresem ich obowiązków, sposobem wykonywania pracy na wyznaczonych stanowiskach oraz ich podstawowymi uprawnieniami [...]”.

²¹ B. Wagner (red.), *Kodeks pracy 2010. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 929.

3. Pojawiający się powyżej wątek wymaga jednak pewnego rozwinięcia. Postawienie w stan oskarżenia kierującego autobusem może nie być tak oczywiste na kanwie wszystkich informacji uzyskanych od MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu²², gdyż do dnia udzielenia odpowiedzi spółka nie przeprowadziła typowych szkoleń przeznaczonych dla wszystkich zatrudnionych na 18.05.2016 r. pracowników MPK we Wrocławiu, które odnosiłyby się do postępowania zgodnie z instrukcją ustalającą algorytm postępowania w przypadku wystąpienia hipotetycznych lub realnych zagrożeń dla życia lub zdrowia pasażerów komunikacji miejskiej, a w szczególności w przypadku ujawnienia w pojeździe komunikacji miejskiej materiału mogącego stanowić materiał wybuchowy. Zdumiewające jest także i to, że zjawiska te MPK Sp. z o.o. utożsamia wprost z sytuacjami o charakterze terrorystycznym.

Kolejnym elementem układanki dla określenia stopnia zawinienia i odpowiedzialności karnej kierującego jest fakt, że MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu „nie posiada informacji potwierdzających (negujących), iż zachowanie kierującego autobusem linii 145 polegające na wyniesieniu w dniu 19.05.2016 r. ok. godz. 14.00 niebezpiecznego ładunku na przystanek autobusowy było zgodne z procedurą postępowania w przypadku ujawnienia w pojeździe materiału mogącego stanowić materiał wybuchowy. Kierowca wykonujący w tym dniu przewozy linii nr 145 jest zatrudniony w spółce – Michalczewski Sp. z o.o.”²³. Nie trzeba ukończyć z wynikiem pozytywnym studiów prawniczych, aby dostrzec tutaj nie tylko próbę przerzucenia ciężaru odpowiedzialności, jak i ukrycia tego, iż o bezpieczeństwie pasażerów w środkach komunikacji miejskiej we Wrocławiu decydował dotychczas raczej przypadek, czyli zbieg pozytywnych okoliczności, bądź intuicja, a nie kompetentne zarządzanie przedsiębiorstwem, czyli oczekiwana forma przywództwa. Skoro jednak taką formę zarządzania akceptowały władze Wrocławia, to nowe liczne inwestycje w obrębie np. ścieżek rowerowych²⁴ mogą być jedynie wizualnym potwierdzeniem podjętych działań rekompensujących dotychczasowy poziom zarządzania bezpieczeństwem w środkach komunikacji miejskiej.

Zmarginalizowanie przez Policję zachowań kierującego autobusem, jak i zarządu MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Michalczewski sp. z o.o. sprawiło, że skutek stanowiący znamię przestępstwa przez zaniechanie jako następstwa bezprawnych zachowań wielu osób został pominięty. A przecież reguła odpowiedzialności karnej zlokalizowana w art. 2 k.k. może być przypisana osobom, które nie wykonały ciężącego na nich prawnego szczególnego zapobiegnięcia skutkowi. Oczywiście tylko wtedy, gdy w nastąpieniu skutku urzeczywistniło się niebezpieczeństwo, które wykonanie miało odwrócić²⁵, co być

²² Pismo MPK Sp. z o.o. z dnia 9 czerwca 2016, NZ.072-102/2016.

²³ Pismo MPK Sp. z o.o.

²⁴ <http://www.wroclaw.pl/inwestycje-rowerowe-we-wroclawiu-2016> [dostęp: 24.07.2016].

²⁵ Wyrok SN z dnia 24 lutego 2005 r., V KK 375/04, OSNKW 2005/3/31.

może przyjęto za wyznacznik. Jednakże zachowanie samego kierującego oraz być może także zarządu MPK Sp. z o.o. i Michalczewski sp. z o.o. wykluczają możliwość wyłączenia z odpowiedzialności sytuacyjnej właśnie tych osób. Urzeczywistniło się bowiem niebezpieczeństwo, które w wyniku działań podjętych przez kierującego autobusem w dniu 19.05.2016 r. zmieniło jedynie miejsce. Wybuch nastąpił w innym miejscu publicznym – w rejonie przystanku komunikacji miejskiej, gdzie osoba postronna doznała obrażeń ciała, a nie w pustym autobusie, jak zakładała to (prawdopodobnie) instrukcja przeznaczona dla kierujących, która według Zarządu MPK Sp. z o.o. obowiązywała w dniu zdarzenia. Niemniej współsprawstwo członków Zarządu MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu może wynikać przede wszystkim z faktu braku przeprowadzenia szkoleń w tym zakresie. Wszak do przypisania odpowiedzialności karnej za dokonanie przestępstwa skutkowego z zaniechania niezbędne jest „wyłącznie” ustalenie, że spełnione przez sprawcę wymaganego obowiązku działania przeszkodziłoby nastąpieniu przestępnego albo istotnie zmniejszyłoby ryzyko jego nastąpienia²⁶. Podmiotem takiego przestępstwa jest przecież osoba, która ma szczególnie prawny obowiązek zapobiegania skutkom działania lub zaniechania działania, czyli w tym przypadku osobą taką jest zarówno określony członek Zarządu MPK, jak i kierujący autobusem²⁷. Dlatego też publiczne podniesienie przez kierującego podczas wręczania mu nagrody, że jego działania nie były zgodne z procedurą, mogą sugerować, iż zapoznał się on z obowiązującą procedurą postępowania z przedmiotami pozostawionymi w pojazdach wzbudzającymi uzasadnione podejrzenie o grożącym niebezpieczeństwie. W takich okolicznościach nie można mówić tu o błędzie kierującego co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, o którym mowa w art. 28 k.k.²⁸, gdyż nieporozumieniem byłoby utożsamianie błędu z brakiem umiejętności odczytywania właściwej wykładni treści przepisu, co w tych okolicznościach należy utożsamiać z umiejętnością właściwego interpretowania obowiązującej instrukcji postępowania w MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu²⁹. W zachowaniu kierującego nie można również dostrzec działania w stanie wyższej konieczności (art. 26 k.k.³⁰), choć podejmował on niewątpliwie działania w celu uchylenia niebezpieczeństwa, czyli podjęcia uzasadnionych,

²⁶ J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 47 i n.

²⁷ L. Kubicki, *Przestępstwo popełniane przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 142 i n.

²⁸ Art. 28 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny stanowi, że: „§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. § 2. Odpowiada na podstawie przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność sprawca, który dopuszcza się czynu w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność stanowiąca znamię czynu zabronionego, od której taka łagodniejsza odpowiedzialność zależy”.

²⁹ Wyrok SN z dnia 26 lipca 2001 r., V KKN 153/01, LEX nr 51846.

³⁰ Art. 26 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny stanowi, że: „§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego. [...]”.

lecz stojących w kolizji z obowiązkami służbowymi, jakichkolwiek czynności, gdyż zachowanie kierującego mogło jedynie powiększyć rozmiary grożącego niebezpieczeństwa³¹, a ratowane mienie (autobus należący do spółki Michalczewski) nie może być wyznacznikiem legitymizującym tok postępowania kierującego, choć bez wątpienia jest mieniem znacznej wartości, czyli ponad 200 tys. złotych. Nie można tutaj mówić również o braku możliwości przypisania winy³², gdyż czynem jest zachowanie się człowieka pozostające pod kontrolą jego woli³³. I, jak już to wyraźnie zaakcentowałem, analityczne myślenie powinno nakierować prowadzących czynności, że kierujący spowodował niebezpieczne zdarzenie w miejscu publicznym, gdyż miał świadomość zaistnienia takiego zagrożenia, wynosząc niebezpieczny ładunek w rejon przystanku autobusowego. Co, jak się wydaje, zostało najwyraźniej zmarginalizowane w tej przestrzeni prawnej. Nie można jednak w tych okolicznościach zastosować nadzwyczajnego złagodzenia kary w stosunku do sprawcy, który dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego, gdyż forma zapobieżenia skutkom wskazana była w instrukcji, którą kierujący świadomie zignorował³⁴.

4. Wydawać by się mogło, że skierowani przez Komendanta Głównego Policji do rozwiązania sprawy podłożenia ładunku wybuchowego w autobusie komunikacji miejskiej we Wrocławiu najlepsi policjanci z Wrocławia, Centralnego Biura Śledczego Policji i Biura Kryminalnego Komendy Głównej Policji wspomagani przez około 400 innych funkcjonariuszy³⁵ właściwie oceniają zachowanie kierowcy. Jednakże – jak podnosi sama Policja – policjanci skupili się wyłącznie na nieprzerwanym realizowaniu działań zorientowanych na wytropienie najbardziej poszukiwanego mężczyzny w kraju, pozostawiając – być może nieświadomie – kreowanie stanu faktycznego mass mediom³⁶. Sprawcę podłożenia materiału wybuchowego w autobusie linii nr 145 uznano bowiem za terrorystę³⁷, co na kanwie terminologii art. 115 § 20 k.k. nie budzi większych zastrze-

³¹ Wyrok SN z dnia 30 maja 1973 r., III KR 6/1973, OSP 2014, nr 4, poz. 44.

³² L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja Rzeczypospolitej*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 9-10, s. 27.

³³ M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 18.

³⁴ Art. 15 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny stanowi, że: „§ 1. Nie podlega karze za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. § 2. Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w stosunku do sprawcy, który dobrowolnie starał się zapobiec skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego”.

³⁵ Liczba ta ujmuje także dzielnicowych z gmin ościennych Wrocławia.

³⁶ *Podejrzewany o zamach we Wrocławiu zatrzymany*, <http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/126957,Podejrzewany-o-zamach-we-Wroclawiu-zatrzymany.html> [dostęp: 24.05.2016] .

³⁷ *Wojewoda Dolnośląski spotkał się dziś w Warszawie z Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji*, <http://duw.pl/pl/biuro-prasowe/aktualnosci/12059,Wojewoda-Dolnoslaski-spotkal-sie-dzis-w-Warszawie-z-Ministrem-Spraw-Wewnetrznych.html> [dostęp: 23.05.2016] oraz *Policjanci zatrzymali podejrzewanego*

zeń³⁸. Natomiast kierującego autobusem okrzyknięto bohaterem, który za tak odważne zachowanie otrzymał od Pani Premier za pośrednictwem Szefowej gabinetu politycznego Pani Premier w Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu 24.05.2016 r. pamiątkowy zegarek i list gratulacyjny. Natomiast Wojewoda Dolnośląski bohaterskiemu kierowcy w imieniu Ministra Spraw Wewnętrznych wręczył okolicznościową tablicę i list, a także – już we własnym imieniu – grafikę przedstawiającą Wrocław³⁹.

Mając jednak na uwadze obowiązujące normy prawne, a w szczególności przywołany już art. 163 k.k., art. 26 k.k. oraz art. 15 k.k. i art. 2 k.k.⁴⁰, a także art. 100 k.p.⁴¹ w zw. z art. 211 k.p.⁴² śmiem twierdzić, że ten sceniczny – medialnie kreowany obraz trudu działań Policji w ściganiu trudnego do zdemaskowania (nie)uchwytnego terrorysty i wymuszonego zaangażowania władz zamaskował rdzeń drugiej odsłony problemu, jakim jest niewątpliwie zmarginalizowanie faktu, że kierujący autobusem, jak również jego przełożeni swoim zachowaniem mogli wypełnić znamiona przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia osób postronnych.

5. Ilustrującym przykładem akceptowanego społecznie wyznacznika nakazanego normatywnie kierunku w zarządzaniu bezpieczeństwem jest przywołany już art. 2 k.p.k., który stanowi, że ramy obowiązujących przepisów ukształtowane są tak, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności, a tym samym uszczerbku na godności z tytułu niesłusznego oskarżenia. Wyniesione tutaj normy postępowania dla organów porządku

o podłożenie ładunku we Wrocławiu, <https://mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/14547,Policjanci-zatrzymali-podejrzewanego-o-podlozenie-ladunku-we-Wroclawiu.html> [dostęp: 24.05.2016]; *Areszt dla mężczyzny podejrzanego o podłożenie materiału wybuchowego w autobusie*, <http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/127072,Areszt-dla-mezczyzny-podejznanego-o-podlozenie-materialu-wybuchowego-w-autobusie.html> [dostęp: 30.06.2016].

³⁸ Art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny stanowi, że: „Przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełniony w celu: 1) poważnego zastraszenia wielu osób, 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności, 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej – a także groźba popełnienia takiego czynu”.

³⁹ *Spotkanie Minister Elżbiety Witek i Wojewody Dolnośląskiego z kierowcą autobusu MPK linii 145*, <http://www.duw.pl/pl/biuro-prasowe/aktualnosci/12062,Spotkanie-Minister-Elzbiety-Witek-i-Wojewody-Dolnoslaskiego-z-kierowca-autobusu-.html> [dostęp: 25.05.2016].

⁴⁰ Art. 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny stanowi, że: „Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi.”.

⁴¹ Art. 100 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy stanowi, że: „§ 2 Pracownik jest obowiązany w szczególności: [...] 3) przestrzegać przepisów oraz zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, a także przepisów przeciwpożarowych; 4) dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę [...]”.

⁴² Art. 211 ust. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy stanowi, że: „Przestrzeganie przepisów i zasad bezpieczeństwa i higieny pracy jest podstawowym obowiązkiem pracownika. [...]”.

są zatem tak zorientowane, aby przy ich właściwym zastosowaniu można było osiągnąć wyznaczony cel. Jednakże podstawę wszelkich roszczeń stanowią wyłącznie prawdziwe ustalenia faktyczne, a nie inne (poza prawne) kryteria oceny wyznaczania (nie) prawdy. Stąd też obowiązek opierania się wyłącznie na ustaleniach faktycznych odnosi się niewątpliwie do działań i czynności podejmowanych w ramach zapewnienia bezpieczeństwa publicznego oraz usuwania wszelkich zagrożeń głównie przez Policję.

Dlatego też uznać należy, że katalog zachowań przedprocesowych (spec)specjalistów Policji nie był pełny, lecz selektywny. Winien on ujmować bowiem niezbędną ustaleń całościowych, a nie tylko wybiórczych, tak transparentnie rozgłaszanych jako skrajnie wyjątkowych⁴³. Stąd też brak takich rzeczowych ustaleń uznać należy za niedopełnienie obowiązków służbowych, które należało podjąć. Mają one bez wątpienia wpływ na stan bezpieczeństwa nie tylko pasażerów komunikacji miejskiej, lecz także wszelkich osób znajdujących się w przestrzeni publicznej. W innym bowiem przypadku o bezpieczeństwie w środkach komunikacji miejskiej nadal decydować będzie przypadek, a nie dyrektor zarządzający przedsiębiorstwem. Tym bardziej, że „zatrudnienie” należy rozumieć szeroko jako wykonywanie pracy na podstawie różnych umów, a nie tylko umowy o pracę – w rozumieniu ścisłym, określonym w przepisach kodeksu pracy. Pojęcie to, zgodnie z zasadą swobody kształtowania stosunku zatrudnienia, nie musi mieć bowiem charakteru pracowniczego⁴⁴.

6. Pointując ostatecznie poczynione tu rozważania uważam za stosowne, aby raz jeszcze podkreślić to, że działania organów ścigania w tym konkretnym przypadku nie były właściwe, gdyż zostały zbyt wąsko sprofilowane, choć niewątpliwie medialnie wynoszone do miana wyjątkowo sprawnych i efektywnych. Nie można tym samym uznać tychże działań za wzorcowy model realizowania czynności dochodzeniowo-śledczych nakierowanych na ujawnienie wszystkich okoliczności sprzyjających popełnieniu przestępstwa, w sytuacji gdy zmarginalizowano transparentne zachowania sprawcy innych osób, a w szczególności kierującego autobusem linii 145. Zależność nie tylko zaburza wynoszony medialnie wzorcowy model zachowań Policji, ale również wskazuje, że może dochodzić do selektywnie świadomego stosowania prawa, które daje sposobność uznania sprawcy spowodowania zdarzenia zagrażającego życiu lub zdrowiu wielu osób nawet za bohatera. Niestety wszystko to przy medialnym i finansowym poklasku władzy wykonawczej, która w takich okolicznościach sprawozdawczych mogła być jednak (nie)świadoma swoich zachowań.

⁴³ Tym bardziej, że wyszukiwanie w sieci nieukrywającego się studenta może lekko zaburzać ten głoszony i medialnie okraszony samozachwyt w ocenie sprawności przeprowadzonych czynności.

⁴⁴ Wyrok NSA z dnia 22 lutego 2012 r., I OSK 2292/11, LEX nr 1136674.

Zaznaczam tym samym, że rozdział nie jest zamaskowaną próbą sfalsyfikowania wynoszonych na piedestał posiadanych przez Policję kompetencji – jako całej organizacji odpowiedzialnej za bezpieczeństwo publiczne – przez pryzmat posiadania „wybitnych” umiejętności poszczególnych – pięciu nagrodzonych przez ministra – funkcjonariuszy Policji. Niewątpliwie jednak przyczyną do podjęcia dyskusji zlokalizowana jest u podstaw zrodzonego rozgłosu medialnego, że prowadzeniem sprawy podłożenia ładunku wybuchowego zajęli się wyłącznie najlepsi specjaliści pionu dochodzeniowo-śledczego oraz operacyjnego. Jak głosi bowiem sama Policja, w ramach podjętych działań tych pięciu (spec)specjalistów sprawdziło wszystkie występujące w sprawie wątki, zabezpieczyło nagrania z kamer monitorujących miejsce zdarzenia i jego okolice, jak również przeprowadziło analizę kryminalną danych z policyjnych baz informacyjnych i innych informacji, będących w posiadaniu Policji. I, jak akcentuje to głównie Policja, realizowane przez tych policjantów czynności wymagały ponadprzeciętnego zaangażowania, wykonywania zadań w trudnych warunkach i pod presją czasu spowodowaną realnym zagrożeniem bezpieczeństwa publicznego⁴⁵.

Zastanawiające jest jednak to, dlaczego tylko tylu policjantów, z całej grupy przedstawicieli tej organizacji skierowanych do poszukiwań tego nad wyraz – w opinii organów i mass mediów – groźnego przestępcy – terrorysty posiada umiejętności z zakresu właściwego realizowania czynności dochodzeniowo-śledczych czy też operacyjnych na tyle szerokich i organizacyjnie oczekiwanych, aby organizacja ta mogła w pewnym samozachwycie otwarcie głosić, iż realizując ustawowe cele pośrednie⁴⁶ jest organizacją wydolną, merytoryczną i przede wszystkim kompetentną. Oczywiście tylko teoretycznie, gdyż mowa tu o działaniach podejmowanych „po” zdarzeniu, a nie na przedpolu naruszeń, aby zapewnić oczekiwane społecznie poczucie bezpieczeństwa publicznego. Tym bardziej, że przeprowadzone działania wynosi się na piedestał profesjonalizmu Policji, gdyż przyniosły one „wyłącznie” oczekiwany rezultat w postaci ustalenia i zatrzymania podejrzanego oraz zabezpieczenia dowodów popełnienia przestępstwa. Policja głosi przy tym, że działania te doprowadziły także do przywrócenia mieszkańcom Wrocławia poczucia bezpieczeństwa⁴⁷.

⁴⁵ Minister Mariusz Błaszczak nagrodził policjantów za akcje we Wrocławiu i Warszawie, , <http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/127155,Minister-Mariusz-Blaszczak-nagrodzil-policjantow-za-akcje-we-Wroclawiu-i-Warszaw.html> [dostęp: 30.05.2016]; Minister Mariusz Błaszczak nagrodził policjantów za akcje we Wrocławiu i Warszawie, 30.05.2016 r., <https://mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/14561,Minister-Mariusz-Blaszczak-nagrodzil-policjantow-za-akcje-we-Wroclawiu-i-Warszaw.html> [dostęp: 30.05.2016]; Minister Mariusz Błaszczak nagrodził policjantów za akcje we Wrocławiu i Warszawie, 31.05.2016 r. <http://isp.policja.pl/isp/aktualnosci/8802,Minister-Mariusz-Blaszczak-nagrodzil-policjantow-za-akcje-we-Wroclawiu-i-Warszaw.html> [dostęp: 31.05.2016].

⁴⁶ Art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji stanowi, że: „Do podstawowych zadań Policji należą: [...] 4) wykrywanie przestępstw i wykroczeń oraz ściganie ich sprawców; [...]”.

⁴⁷ Śmiem jednak w to wątpić po zapoznaniu się z usytuowaniem samego gmachu m.in. Komendy Wojewódzkiej Policji oraz jego zewnętrznymi – dostępnymi dla wszystkich – elementami instalacji czy też elementami architektury zapomnianej przez zarządcę obiektu, a także formą prowadzonego dozoru - ochrony.

Z tego tytułu wytypowani policjanci – pięciu – zostali uroczystie nagrodzeni przez Ministra Spraw Wewnętrznych oraz Wojewodę Dolnośląskiego nagrodą pieniężną⁴⁸. Należy tu jednak podkreślić, że mowa tu o podziękowaniu za aktywność wybranych funkcjonariuszy Komendy Wojewódzkiej Policji we Wrocławiu, którzy działania te realizowali w ramach podstawowych obowiązków służbowych, gdzie formy nagród za zaangażowanie reguluje ustawa z 6.04.1990 r. o Policji⁴⁹. Być może m.in. z tej przyczyny Policja świadomie pomija stan możliwych zaniedbań w Policji oraz MPK Sp. z o.o. i Michalczewski Sp. z o.o. w zakresie dbałości o bezpieczeństwo zarówno swoich pracowników, jak i pasażerów przez pryzmat kodeksu karnego i kodeksu pracy.

Wszak wykazana w tekście argumentacja wskazuje jednoznacznie, że zachowania kierującego, jak i ewentualnie zarządu MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu, a nawet zarządu Michalczewski Sp. z o.o. mogą rodzić znamiona przestępstwa z art. 163 § 1 ust. 3 k.k., gdyż wypełniona została reguła odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe z zaniechania. Dlatego też zachowanie Policji z uwagi na zmarginalizowanie poruszanego tutaj strumienia nieprawidłowości rodzić winno sankcję, o której mowa w art. 231 k.k. dla funkcjonariuszy odpowiedzialnych za świadome zaniedbania. Przedmiotem ochrony określonym w tym przepisie jest bowiem funkcjonowanie instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, a także wynikający z tego ich autorytet. Tym samym czynność wykonawcza polega na działaniu na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, gdzie pojęcie szkody należy tu rozumieć szeroko. Nie chodzi wyłącznie o szkodę majątkową, ale także o każde narażenie dobra chronionego prawem. Przepis art. 231 k.k. nie uzależnia przypisania sprawstwa od skutku. Wystarczy, że wystąpi zagrożenie takim uszczerbkiem – nawet abstrakcyjne⁵⁰.

Sceptycyzm naukowy przebijający w tekście, wynikający niewątpliwie z naukowej racjonalności badacza podpowiada, że nawet medialnie dostrzegalna część prawidłowo realizowanych działań organów w przestrzeni właściwego prowadzenia czynności dochodzeniowo-śledczych nie zdoła ocalić „dobrego imienia” całej organizacji odpowiedzialnej za bezpieczeństwo publiczne w przypadku ewidentnego pomijania istotnych, choć drażliwych wątków zachowań przestępczych⁵¹. Nie pomoże także głoszenie przez organizatorów kursu specjalistycznego dla policjantów służby kryminalnej wykonującej czynności dochodzeniowo-śledcze, iż każdy absolwent takiego kursu będzie potrafił właściwie prowadzić postępowanie przygotowawcze, trafnie określać kwalifikację prawną zdarzeń przestępczych, umiejętnie uzasadniać decy-

⁴⁸ Nagroda Wojewody Dolnośląskiego dla 5. Policjantów, <https://duw.pl/pl/biuro-prasowe/aktualnosci/12085,Nagroda-Wojewody-Dolnoslaskiego-dla-5-Policjantow.html> [dostęp: 01.06.2016].

⁴⁹ Dz. U. 1990 r., Nr 30 poz. 179 ze zm.

⁵⁰ Uchwała SN z dnia 28 maja 2015 r., SNO 21/15, LEX nr 1755917.

⁵¹ J. Watkins, *Nauka a sceptycyzm*, tłum. E. i A. Chmieleccy, Warszawa 1989, s. 3 i n.

zje procesowe, stosować wybrane, najprostsze metody i formy pracy operacyjnej, realizować proces wykrywczy⁵². Stąd też ten bardzo niekorzystny, jeszcze teoretyczny, lecz możliwy do zrealizowania scenariusz odnosi się również do sytuacji, w której przedstawiciele tychże organów nadal będą działali nawet w przyszłości z czystego, choć nakazanego im obowiązku, aby tak wyznaczoną drogą realizować zasady moralne tam formalnie oznaczone⁵³.

7. W tym całym scenariuszu możliwych zaniedbań i niedociągnięć należy wskazać również inną odsłonę tej samej, lecz już niewątpliwie zawołowanej, strategii działania Policji. Mowa tu o medialnie wynoszonych zachowaniach Policji zorientowanych na utwierdzenie społeczeństwa w przekonaniu, że bez nowej i bardzo elastycznej argumentacyjnie legitymacji, która będzie zezwalać na permanentną ingerencję w prywatność jednostek na przedpolu jakichkolwiek naruszeń prawa, Policja nie będzie w stanie efektywnie zapewnić chronionym masom oczekiwanego poczucia bezpieczeństwa. Dlatego też w tym sprofilowanym i zawężonym procesie oceny zachowań sprawczych, jak i możliwych zaniedbań, dostrzec należy również zaplanowane działania *public relations* na rzecz rozpowszechnienia pozytywnego wizerunku ustawy z 10.06.2016 r. o działaniach antyterrorystycznych⁵⁴.

Powstaje jednak pytanie, czy taki (tylko) teoretycznie skonstruowany na potrzeby mass mediów marketingowy model poszukiwania terrorysty oraz oceny zachowań kierującego autobusem jest uzasadniony, a także czy nowa ustawa zezwalająca służbom na całkowitą penetrację danych osobowych jest potrzebna? Jak podnosi Minister Spraw Wewnętrznych, ustawa jest wręcz niezbędna⁵⁵, choć niewątpliwie jej cel i stosowanie nadal wymaga zrozumienia, gdyż uzasadnia ona wprowadzanie stanu wyjątkowego, o którym mowa w art. 228 ust. 2 Konstytucji RP⁵⁶ bez potrzeby angażowania Konstytucji RP. Stąd też niewątpliwie metody socjotechniczne prezentowane w przekazach medialnych muszą odgrywać w tym procesie kreacji przekonań i poglądów mas istotny

⁵² Decyzja Nr 317 komendanta Głównego Policji z dnia 1 października 2015 r. zmieniająca decyzję w sprawie programu nauczania na kursie specjalistycznym dla policjantów służby kryminalnej wykonujących czynności dochodzeniowo-śledcze (Dz. Urz. KGP z 2015 r. poz. 80), http://edziennik.policja.gov.pl/DU_KGP/2015/80/akt.pdf [dostęp: 20.05.2016].

⁵³ S. Jedynek, *Z teorii i historii etyki*, Warszawa 1983, s. 115 i n. oraz Zarządzenie nr 805 Komendanta Głównego Policji z dnia 31 grudnia 2003 r. w sprawie „Zasad etyki zawodowej policjanta”, <http://www.policja.pl/pol/kgp/bsw/zagadnienia-prawne/etyka-w-policji/przepisy-krajowe/53039,Zasady-etyki-zawodowej-policjanta.html> [dostęp: 20.05.2016].

⁵⁴ Dz. U. 2016 r., poz. 904.

⁵⁵ Minister Mariusz Błaszczak w Radiowej Trójce: ustawa antyterrorystyczna jest niezbędna, <https://mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/14494,Minister-Mariusz-Blaszczak-w-Radiowej-Trojce-ustawa-antyterrorystyczna-jest-niez.html> [dostęp: 11.05.2016].

⁵⁶ Dz. U. 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.

element strategii w pozyskiwaniu akceptacji społecznej⁵⁷. Paradoksalnie jednak nowa ustawa niewiele zmienia w kwestii możliwości infiltrowania mas przez Policję, albowiem dane osobowe i tak są już strzeżone wyłącznie hipotetycznie, gdyż jedynie⁵⁸ na podstawie art. 51 Konstytucji RP⁵⁹ scalonego z włączeniami wskazanymi m.in. w ustawie z 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych⁶⁰ oraz ustawie z 5.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych⁶¹, o czym szerzej w monografii mojego autorstwa⁶².

⁵⁷ *Bombiarz z Wrocławia przyznał się do winy i usłyszał zarzut o charakterze terrorystycznym* <https://www.wprost.pl/kraj/10008035/Bombiarz-z-Wroclawia-przyznal-sie-do-winy-i-uslyszal-zarzut-o-charakterze-terrorystycznym.html> [dostęp: 25.05.2016]. Aczkolwiek z uwagi na jego znacznie ograniczoną zdolność rozpoznania znaczenia swojego czynu nie jest wykluczone, że nie będzie on osadzony – <http://www.fakt.pl/wydarzenia/polska/wroclaw/wroclaw-bomber-z-wroclawia-bombiarz-z-wroclawia-poczytany/tr13h3q> [dostęp: 7.12.2016].

⁵⁸ Wyłączając przepisy branżowe.

⁵⁹ Dz. U. 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.

⁶⁰ Dz. U. 1997 r., Nr 133 poz. 883 ze zm.

⁶¹ Dz. U. 2010 r., Nr 182 poz. 1228 ze zm.

⁶² D. Wasiak, *Argument z porządku publicznego jako uzasadnienie technik panoptycznych w dyskursie prawnym*, Lublin 2016.

ISBN 978-83-65431-84-4 (druk)
ISBN 978-83-65431-85-1 (online)