

Rozumność rozumowań prawniczych

Rozumność rozumowań prawniczych

Materiały z konferencji Zakładu Praw Człowieka
Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego,
która odbyła się 23 stycznia 2008 roku.

Pod redakcją
Mirostawa Wyrzykowskiego



ZAKŁAD PRAW CZŁOWIEKA
WPiA UW

Warszawa 2008

Zakład Praw Człowieka
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warszawski
Collegium Iuridicum III
ul. Oboźna 6/8
00-325 Warszawa

Redaktor i korekta
Jerzy Kugler

Korekta
Anna Hara

Skład i łamanie
Dariusz Górski

Projekt okładki
Jacek Brozowski

© Copyright by the Authors
Warszawa 2008

ISBN 978-83-926743-8-2

Druk i oprawa: Zakład Graficzny UW. Zam. 1018/08

Spis treści

Wstęp	7
<i>Wojciech Sadurski</i> – Rozumność” między teorią prawa a filozofią polityczną	9
T. Stawecki – O celowości rozumowań prawniczych w polskiej teorii prawa i praktyce prawniczej.	39
G. Skąpska – Rozumność rozumowań prawniczych – ujęcie socjologiczne	69
W. Staskiewicz – Rozumowania prawnicze w procesie legislacyjnym	89
Z. Brodecki, T.T. Koncewicz – „Wspólnotowa rozumność” w Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich . . .	121
W. Wróbel – Funkcje gwarancyjne rozumowań prawniczych w prawie karnym.	193
T. Giaro – Racjonalność prawnicza jako sztuka kompromisu	207

Wstęp

Książka zawiera referaty przedstawione na dorocznej konferencji Zakładu Praw Człowieka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Konferencja, która odbyła się 23 stycznia 2008 r. , poświęcona była rozumności rozumowań prawniczych. Pomysł takiej problematyki zrodził się kilka miesięcy wcześniej. Był to czas, w którym wiele osób zastanawiało się, jaka jest – i czy została przekroczona – miara irracjonalności myślenia w życiu publicznym, w szczególności dotyczącym zjawisk ze sfery prawa, kultury prawnej i kultury konstytucyjnej.

Oto kilka wypowiedzi najwyższych przedstawicieli ówczesnej władzy wykonawczej. Wypowiedź pierwsza dotyczy dowodów w sprawie odwołania wicepremiera Rządu RP: „Lepper nie jest w sytuacji, w której można powiedzieć, że jest niewinny, że można mieć pewność, że jest niewinny”. Inna wypowiedź, dotycząca planowanych zmian w prawie medialnym, to plan „udoskonalenia wolności mediów”. Inny przykład to troska, będąca ostrzeżeniem i nadzieją, że „tym razem Trybunał Konstytucyjny nie będzie stosował cyrkowych sztuczek”. A w zakresie dowodów i postępowania dowodowego dwie wypowiedzi: „Brak dowodu, to poważna przesłanka, że taki dowód istnieje” oraz „Nie można wykluczyć, że osoby, które nie znalazły się w aktach sprawy (tzw. raporcie w sprawie Wojskowych Służb Informacyjnych) realizowały przedsięwzięcia tak dalece naruszające prawo, że prowadzący sprawę nie zaryzykowali ich udokumentowania”.

Zwróciłem się wówczas do wybitnych teoretyków prawa z propozycją, by wspólnie zastanowić się, dlaczego tak ważne są rozumowania prawnicze i dlaczego rozumowania te cechuje rozumność (racjonalność). Drugim celem było zrozumienie, dlaczego tak bardzo nierozumny jest stan rzeczy, w którym politycy świadomie – bo nie mogę zakładać, że nie mają świadomości treści swoich wypowiedzi – niszczą podstawy kultury prawnej i kultury konstytucyjnej, czyli fundamenty demokracji, rządów prawa i praw człowieka.

Wyrażam serdeczne podziękowanie współpracownikom Zakładu Praw Człowieka, w szczególności dr. Adamowi Bodnarowi, Michałowi Ziółkowskiemu oraz p. Rafałowi Sikorskiemu, pełnomocnikowi Dziekana ds. konferencji naukowych, za ich wielki wkład w przygotowanie i organizację konferencji. Panu Michałowi Ziółkowskiemu dziękuję ponadto za zaangażowanie w przygotowanie niniejszej publikacji.

Prof. UW dr hab. Mirosław Wyrzykowski
Kierownik Zakładu Prawa Człowieka UW

„Rozumność” między teorią prawa a filozofią polityczną

Pojęcie rozumności ma swe ugruntowane miejsce zarówno w teorii prawa, jak i w filozofii politycznej. W tej pierwszej źródłem sięgania po pojęcie „rozumności” w analizach doktrynalnych jest obecność kategorii „rozumności” w prawie międzynarodowym, europejskim, a także w krajowych porządkach (zwłaszcza w prawie konstytucyjnym i administracyjnym) wielu państw. W tej drugiej „rozumność” jest jednym z kluczowych pojęć współczesnej filozofii politycznej liberalizmu, gdzie pełni rolę kryterium (lub zestawu kryteriów) dopuszczalności pewnych uzasadnień stosowania przymusu wobec jednostek, a zatem odgrywa kluczową rolę w określaniu granic prawowitości (legitymizacji) państwa liberalnego.

Problem polega jednak na tym, że oba te nurty: rozważania nad rozumnością w prawie i w filozofii politycznej – nie mają w literaturze przedmiotu punktów stykowych; są jak dwie rzeki, płynące równolegle, ale nie zbiegające się, choćby na krótkim odcinku, we wspólnym korycie. Jest to zastanawiające, ponieważ literatura zarówno na temat rozumności w prawie, jak i filozofii politycznej jest obfita. Wydawać by się mogło, że niejednen teoretyk, już to prawa, już to polityki, pokusiłby się o analizę łączną, syntetyzującą funkcje kategorii rozumności w tych dwóch dziedzinach. Tymczasem, o ile się nie mylę, tak się nie stało. Fakt ten jest sam w sobie zastanawiający.

Nie można oczywiście wykluczyć, że tak się nie stało z dobrej przyczyny: być może istotnie, „rozumność” w teorii prawa łączy z „rozumnością” w filozofii politycznej wyłącznie słowo. Próba

znajdowania wspólnego mianownika byłaby w takim przypadku przejawem nominalistycznego fetyszyzmu, tzn. przekonania, że za wspólnym słowem stać musi wspólne zjawisko. To trochę tak, jakby ktoś był przekonany, że musi być jakiś wspólny mianownik „pokoju” w sensie „komnaty” i „pokoju” w sensie „braku wojny”. Takiego błędu nominalistycznego należy się wystrzeżać.

Warto jednak przynajmniej pokusić się o próbę syntezy – nawet gdyby konkluzją było stwierdzenie braku punktów wspólnych – rozważań o „rozumności” w prawie i polityce, a brak takich prób syntezy jest zastanawiającą luką w literaturze. Celem niniejszego artykułu jest próba zapełnienia tej luki, a w każdym razie zapoczątkowania refleksji nad tym zagadnieniem. Metodą, jaką przyjmuje (zgodnie z własnymi upodobaniami badawczymi), będzie analiza etyczno-politycznych funkcji, jakie „rozumność” pełni w jednej i drugiej sferze. Nie interesuje mnie specjalnie analiza doktrynalna lub pojęciowa; interesuje mnie natomiast refleksja nad implikacjami wartościującymi, aksjologicznymi, przyjęcie kategorii „rozumności” jako pewnej busoli normatywnej w prawie i w polityce. W pierwszej części niniejszych rozważań omówię funkcje i formy występowania „rozumności” w prawie; w drugiej części – w liberalnej filozofii politycznej. W końcowej części postaram się połączyć oba te wątki i zasugerować punkty wspólne.

1. Rozumność w prawie

Zanim pokuszę się o zasugerowanie głównych normatywnych konsekwencji przyjęcia kategorii „rozumności” w prawie, moim zadaniem wstępnym będzie zarysowanie – choćby bardzo skrótowe i posługując się wyłącznie nielicznymi reprezentatywnymi przykładami – „mapy” występowania tej kategorii w różnych kontekstach prawnych. Opis zjawiska powinien bowiem poprzedzać diagnozę i eksplikację funkcji.

Na wstępie niezbędna jest jednak uwaga terminologiczna. Angielskiemu przymiotnikowi *reasonable* (i odpowiednio, rzeczownikowi *reasonableness*) w znaczeniu, jakie występuje w kontekście ważnym dla niniejszych rozważań, odpowiada zarówno polskie słowo *rozumny*, jak i *rozsądny*. To prawda, że w sensie słownikowym *rozumny* i *rozsądny* nie są absolutnie równoznaczne, ale nas interesują prawne zastosowania kategorii rozumności, a te często w języku polskim występują w formach pochodnych od słowa „rozsądny”. Prosty kryterium tego, czy słowo „rozsądny” odpowiada w określonym kontekście słowu „rozumny”, może być to, jak najlepiej w danym kontekście przełożyć je na język angielski: jeśli najlepszym odpowiednikiem jednego i drugiego słowa polskiego jest *reasonable*, to możemy być przekonani, że mamy do czynienia z pojęciami funkcjonalnie ekwiwalentnymi. Na dodatek, w niektórych kontekstach (o których poniżej) w języku polskim funkcjonalnym ekwiwalentem angielskiego słowa *reasonable* jest polskie słowo „racjonalny”: po prostu taka konwencja językowa ustaliła się, na mocy której „racjonalność” często traktowana jest jako „rozumność” dla celów prawnych.

Można dokonać kilku równoległych taksonomii pojawiania się kategorii „rozumności” w prawie. Pierwsza klasyfikacja polega na rozróżnieniu między typami porządku prawnego, w których występuje zasada „rozumności”, np. w prawie międzynarodowym publicznym, w prawie europejskim i w porządkach prawnych krajowych. Oto wybrane przykłady. W prawie międzynarodowym kategorię rozumności odnaleźć można np. w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów¹. Art. 32, dotyczący metod interpretacji traktatów, stanowi, że gdyby główne metody interpretacyjne (wymienione w artykule 31 tejże Konwencji) doprowadziły do rezultatów, które są „w sposób oczywisty absurdalne lub nierozsądne” (*manifestly*

¹ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 23 maja 1969 r., weszła w życie 27 stycznia 1980 r., UN Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

absurd or unreasonable; w wersji francuskiej to ostatnie słowo występuje jako *deraissonable*, w wersji hiszpańskiej: *irrazonable*), wtedy można odwołać się do „dodatkowych” metod wykładni. Nie miejsce tu na wchodzenie w meritum zasad wykładni, głównych i dodatkowych, przewidzianych przez Konwencję; ważne jest to, że kategoria „rozumności”, występująca tu przez swoje zaprzeczenie, pełni rolę swoistego „wentylu bezpieczeństwa”, mającego zapobiec konsekwencjom w sposób oczywisty niepożądanym, które wszakże mogłyby zaistnieć, gdyby państwo stosowało jakąś normę traktatową zgodnie z ugruntowanymi, podstawowymi zasadami wykładni prawa międzynarodowego.

Przykładów występowania kategorii rozumności w prawie europejskim dostarcza w pewnej mierze prawo Unii Europejskiej², ale przede wszystkim Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPCz) i oparte na niej orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz). Już w samym tekście Konwencji mamy do czynienia z występowaniem tej kategorii *explicite*: tak np. art. 6 nadaje obywatelom państw-stron Konwencji prawo do m.in. rozstrzygnięcia sprawy w sądzie „w rozsądnym [rozumnym] terminie”; artykuł 14 ustanawia zaś zakaz dyskryminacji rozumianej jako zróżnicowane traktowanie, gdy nie ma dla niego „obiektywnego i rozsądnego” uzasadnienia.

Także rozliczne krajowe systemy prawne posługują się pojęciem rozumności, zwłaszcza w prawie konstytucyjnym i administracyjnym. W Wielkiej Brytanii w prawie administracyjnym obowiązuje zasada (ustanowiona w 1948 r. w sprawie *Wednesbury*³), że sąd może uchylić decyzję administracyjną m.in. w przypadku, gdy decyzja ta jest tak „nierozsądna” (*unreasonable*), że żadna „rozsądna” instytucja

² Karta Praw Fundamentalnych UE podpisana 7 grudnia 2000 r. ustanawia w art. 52 par.1 zasadę proporcjonalności jako rządzącą ograniczeniami uprawnień zawartych w Karcie.

³ *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223.

publiczna nawet nie rozważałaby możliwości jej podjęcia. Innego przykładu dostarcza prawo konstytucyjne Kanady: w Karcie Praw i Wolności z 1982 r. artykuł 1 ustanawia, że uprawnienia Karty są zagwarantowane „przy takich tylko rozsądnych ograniczeniach przewidzianych przez prawo, które mogą być wyraźnie uzasadnione w wolnym i demokratycznym społeczeństwie” (*subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be reasonably justified in a free and democratic society*). Formuła ta jest przyjęta także w wielu innych krajowych porządkach konstytucyjnych, tak np. w Konstytucji RPA analogiczna klauzula brzmi w art. 36 (1), że ograniczenia konstytucyjnych uprawnień muszą być „rozsądne i dające się uzasadnić w otwartym i demokratycznym społeczeństwie” (*reasonable and justifiable in an open and democratic society*).

Druuga możliwa taksonomia opiera się na rozróżnieniu między „miejscami” pojawienia się kategorii rozumności: w tekście aktu prawnego czy w tekście orzeczenia sądowego, a zatem dotyczy tego, czy kategoria rozumności wprowadzona została do danego porządku prawnego przez ustawodawcę (ewentualnie przez strony umowy międzynarodowej) czy przez sędziów. Przykładami aktów prawnych wprowadzających zasadę rozumności mogą być przytaczane powyżej Konwencja Wiedeńska o interpretacji traktatów, Europejska Konwencja Praw Człowieka lub kanadyjska Karta Praw i Wolności oraz Konstytucja RPA. Z kolei przykładami rozumności wprowadzonej do systemu prawnego w drodze orzecznictwa może być wymienione wyżej orzeczenie angielskie w sprawie *Wednesbury*. Należy też oczywiście wspomnieć o orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego, w którym rozumność traktowana jest jako jedno z kryteriów proporcjonalności, będącej z kolei wymogiem demokratycznego państwa prawnego; słowna formuła brzmi: „racjonalna i odpowiednia proporcja środków do celów” (przy czym słowo „racjonalna” odpowiada tu w pełni słowu „rozumna”).

Trzecia – i najważniejsza z punktu widzenia niniejszych rozważań – taksonomia opiera się na funkcji, jaką pełni kategoria rozumno-

ści w danym kontekście prawnym. Odróżniłbym z tego punktu widzenia rozumność w sensie słabym i w sensie mocnym. Rozumność w sensie słabym występuje wtedy, kiedy odwołanie się do tej kategorii ma za zadanie wykluczenie skrajnie niesprawiedliwych lub nieracjonalnych konsekwencji zastosowania określonej normy prawnej. Rozumność w tym sensie pełni rolę, jak to wcześniej nazwałem, swoistego „wentylu bezpieczeństwa”, zapobiegającego konsekwencjom w sposób oczywisty i niepodważalny kolidującym z naszym rozumieniem moralności, słuszności, przyzwoitości itp. Wcześniej podałem przykład brytyjskiej decyzji *Wednesbury*, na mocy której sąd może uchylić decyzję administracyjną, gdy jest ona tak „nierozsądna” (*unreasonable*), że żaden „rozsądny” (*reasonable*) organ administracyjny by jej nie podjął. Wedle wybitnego angielskiego sędziego, Lorda Diplocka, kryterium „rozumności” w brytyjskim prawie administracyjnym ma zastosowanie wtedy, kiedy decyzja jest „tak nonsensowna w uchybieniu logice lub przyjętym normom moralnym, że żadna rozsądna osoba by jej nie podjęła”.⁴ Dodatkowo, decyzja uznana zostanie za sprzeczną z rozumnością, gdy skażona jest elementarnymi uchybieniami, np. gdy dany organ podejmujący decyzję kierował się względami, których nie powinien uwzględnić, albo nie uwzględnił czynników, które miał obowiązek wziąć pod uwagę.

Podobnie we włoskim prawie administracyjnym istnieje kategoria „oczywistej nierozumności” decyzji administracyjnej (*manifesta irragionevolezza*).⁵ Odpowiada ona z grubsza amerykańskiej kategorii „testu opartego na podstawie racjonalnej” (*rational basis test*), co oznacza zastosowanie kryteriów dość fundamentalnej racjonalności: dany akt zostanie unieważniony przez sąd tylko w tym przypadku,

⁴ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 410.

⁵ Giacinto della Cananea, „Reasonableness in Administrative and Public Law”, referat przedstawiony na seminarium „Reasonableness in Law” w European University Institute, Florencja 16 listopada 2007 r., dotychczas nieopublikowany.

gdy sąd uzna, że nie ma nawet minimalnego racjonalnego związku między środkami prawnymi zastosowanymi przez daną normę (albo decyzję) a celem, do którego decydent zmierza.

Pokazuje to, dlaczego nazwałem tę funkcję kategorii rozumności „słabą”. Jest ona „słaba” w tym sensie, że wyklucza stosunkowo wąską liczbę przypadków ustanowienia jakiejś normy albo podjęcia jakiejś decyzji poddanej osądowi. Tylko skrajnie nierozumne, nieracjonalne, arbitralne decyzje władcze mogą być uznane za niezgodne z prawem w oparciu o to kryterium. To zastosowanie kategorii rozumności jest zatem „słabe” w tym sensie, że wyraża dość daleko posunięte uznanie swobody decyzji. Sąd poddający daną decyzję swej kontroli, „tnie” niejako po marginesach, by użyć kolokwialnego sformułowania.

Z kolei rozumność w znaczeniu „mocnym” narzuca na ustawodawcę dużo bardziej rygorystyczne wymogi niż te opisane przed chwilą. Generalnie o „mocnym” rozumieniu rozumności można mówić, gdy wymóg ten nakłada na ustawodawcę konieczność stosowania nie tylko *dopuszczalnych* środków prowadzących do *prawowitych* (prawnie dopuszczalnych) celów, ale także gdy wymaga istnienia odpowiedniego związku *proporcjonalności* między tymi środkami a celami. Jest to „mocne” rozumienie kategorii rozumności, gdyż – jak zobaczymy – zastosowanie jej skutkuje unieważnieniem większego zakresu decyzji, *ceteris paribus*, niż w przypadku „słabego” rozumienia rozumności, opisanego wyżej. Ta kategoria prawna rozumności ma zatem o wiele większy potencjał krytyczny niż rozumność w znaczeniu „słabym”.

Tak rozumiana rozumność powiązana jest przede wszystkim z procedurą wyważania wzajemnych, skonfliktowanych ze sobą interesów (wartości) i – co za tym idzie – z analizą opartą na proporcjonalności. Czołowym przykładem tej procedury może być doktryna niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego, w której analiza oparta na proporcjonalności i proces wzajemnego wyważania interesów (wartości) traktowane są jako główne gwarancje ochrony konstytucyjnych uprawnień jednostek. Stanowią one bowiem za-

bezpieczenie, że państwo nie będzie wkraczało w sferę uprawnień jednostkowych (a zwłaszcza w sferę autonomii obywateli) w większym stopniu, niż jest to absolutnie niezbędne dla realizacji celów publicznych, określonych konstytucyjnie jako prawowite.

Aby zobrazować ów kluczowy dla mojego argumentu związek między kategorią rozumności w prawie a analizą proporcjonalności środków (zakładających pewne ograniczenia praw konstytucyjnych) i celów, można pokusić się o syntetyczny, modelowy opis dominującej we współczesnej doktrynie sądów konstytucyjnych analizy proporcjonalności. Opis poniższy jest wywiedziony przede wszystkim z doktryny niemieckiego federalnego Sądu Konstytucyjnego (który w tym zakresie odegrał pionierską rolę), ale także z orzecznictwa polskiego TK, Sądu Konstytucyjnego RPA, a także orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w odniesieniu do artykułów 8–11 i 14 Konwencji. To ostatnie zawężenie wynika stąd, że tylko w odniesieniu do tych pięciu artykułów Konwencji, ze względu na ich artykulację, mamy do czynienia z pełną analizą proporcjonalności, choć „ważenie” wartości odnosi się, jak uznał to Europejski Trybunał, także do wszystkich innych artykułów Konwencji.

Pierwszym etapem w tym modelu rozumowania opartego na proporcjonalności jest ocena *celu* danej regulacji: czy sam cel jest, po pierwsze, prawowity (a zatem należy do kategorii celów, które państwo ma *prawo* realizować), a po drugie, czy jest na tyle społecznie istotny, by uzasadniać ewentualne ograniczenie uprawnień konstytucyjnych – ograniczenie, które jest w tym rozumowaniu przyjęte *ex hypothesi*. W języku Trybunału w Strasburgu to ostatnie kryterium określone jest jako *pressing social need* – pilna potrzeba społeczna.

Gdy odpowiedź na te dwa pytania, związane z celem, jest pozytywna (co zazwyczaj ma miejsce, gdyż do rzadkości należy sytuacja, w której ustawodawca przyjmuje regulacje zmierzające do celów całkowicie niedopuszczalnych, a nawet nie mających znamion „ważności”), uruchomiony zostaje trzystopniowy test proporcjonalności.

Ustala się w nim, po pierwsze, czy środki dobrane dla realizacji owego celu są „odpowiednie” (w orzecznictwie kanadyjskiego SN określone jest to jako *reasonable and demonstrably justified*, czyli rozumne i wyraźnie uzasadnione); po drugie, czy środki przyjęte w danej regulacji ograniczają określone uprawnienia konstytucyjne w sposób najmniej uciążliwy lub dolegliwy (jest to tzw. *the least restrictive means test*), a po trzecie, czy korzyści wynikające z realizacji owego celu przeważają nad uciążliwościami i dolegliwościami wynikającymi z ograniczeń określonych uprawnień konstytucyjnych. Zauważmy, że o ile drugi etap testu może być nazwany, nie całkiem może precyzyjnie (o czym poniżej), jako test „konieczności”, o tyle trzeci etap polega na porównywaniu kosztów i zysków danej regulacji, a zatem może być określony jako test „proporcjonalności *sensu stricto*” (podczas gdy zarezerwujemy pojęcie „proporcjonalności *sensu largo*” dla całego trzystopniowego rozumowania).

W tym miejscu bardzo ważne jest podkreślenie związku między „rozumnością” (która jest uzasadnieniem całej analizy proporcjonalności, przed chwilą zarysowanej) a testem „konieczności”, zawartym na drugim etapie analizy proporcjonalności *sensu largo*, a mianowicie na kluczowym etapie kontroli, czy środki użyte przez ustawodawcę są najmniej uciążliwe ze wszystkich dostępnych realistycznie metod osiągnięcia przyjętego przez ustawodawcę celu. Z punktu widzenia analizy pojęciowej, „konieczność” i „rozumność” nie są ekwiwalentami: rozumność jest pojęciem mniej rygorystycznym, dopuszczającym teoretycznie większy zakres środków ustawodawczych niż „konieczność”, która wydaje się dopuszczać tylko jedną jedyną metodę jako zgodną z tym wymogiem (bo gdyby istniały jakieś alternatywne metody prowadzące do tego celu, to nie można by metody wybranej przez ustawodawcę uznać za „konieczną”). Można więc przyjąć, że w przypadku każdego określonego celu mogą istnieć rozmaite metody „rozumne” (zgodne z wymogiem najmniej uciążliwych środków – wszak można sobie wyobrazić, że może istnieć kilka alternatywnych, równie mało uciążliwych środ-

ków, prowadzących do danego celu), ale tylko jedna metoda, którą można uznać za konieczną. Taki argument, choć logicznie wydaje się trafny, jest jednak przesadnie abstrakcyjny i nie uwzględnia tego, że analiza konstytucyjności jest domeną sądów praktycznych, a nie abstrakcyjnej logiki. W określonej praktyce społecznej i politycznej oceny „proporcjonalności” są równoznaczne z ocenami „konieczności” i nie jest przypadkiem, że w orzecznictwie niektórych sądów, przyjmujących analizę proporcjonalności zobrazowaną przed chwilą, „konieczność” traktowana jest jako ekwiwalentna z proporcjonalnością.⁶ Najlepiej ową myśl o związku między tymi trzema kategoriami: „rozumność – proporcjonalność – konieczność”, wyraził Prezes południowo-afrykańskiego Sądu Najwyższego Arthur Chaskalson w sprawie *State v. Makwanyane* z 1995 r., dotyczącej kary śmierci, pisząc: *The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality*⁷ („Ograniczenie uprawnień konstytucyjnych dla celu, który jest rozumny i konieczny w społeczeństwie demokratycznym, zakłada ważenie konkurujących ze sobą wartości, a w ostatecznym rachunku ocenę opartą na proporcjonalności”). Trudno znaleźć prawniczą wypowiedź, która by lepiej ten związek między rozumnością, testem konieczności i proporcjonalnością w tak syntetyczny sposób wyrażała. Ten właśnie związek ma kluczowe znaczenie dla argumentacji zawartej w niniejszym artykule. Pokazuje on bowiem, jak kategoria „rozumności” w „mocnym” znaczeniu odgrywa rolę ochronną względem uprawnień obywatelskich, stawiając niezwykle rygorystyczne wymogi („konieczność”, „proporcjonalność *sensu*

⁶ Jak doskonale to sformułował Marc-André Eissen, wypowiadając się o orzecznictwie ETPCz, „od ‘konieczności’ do proporcjonalności jest tylko mały krok”, cytowany w: Alastair Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention of Human Rights*, London 2001, s. 413.

⁷ Constitutional Court Case No. CCT/3/94 (6–6–1995), akapit 104.

stricto) przed ustawodawcą pragnącym realizować cele publiczne, mające implikacje dla praw i wolności indywidualnych.

Analiza oparta na proporcjonalności i wywodząca się z kategorii rozumności w mocnym znaczeniu nie jest, rzecz jasna, jedyną sędziowską metodą kontrolowania ograniczeń praw i wolności konstytucyjnych znaną na świecie. Przeciwstawić jej można metodę, którą dla uproszczenia można nazwać „amerykańską”, a którą – w największym uproszczeniu, niezbędnym dla zarysowania kontrastu między obiema metodami – określić można jako analizę uprawnień w kategoriach absolutnych. W ujęciu jednej, niekoniecznie dziś dominującej, ale mającej ważne znaczenie historyczne, doktryny sędziowskiej w Sądzie Najwyższym USA, uprawnienia zawarte w amerykańskiej Karcie Praw mają charakter absolutny: tekst Konstytucji USA – w przeciwieństwie do konstytucji nowszych, takich jak większość konstytucji europejskich, kanadyjska Karta Praw czy Europejska Konwencja Praw Człowieka – nie zawiera klauzul o ograniczeniach uprawnień, a tym bardziej o dopuszczalnych podstawach i standardach tych ograniczeń. Nie znaczy to oczywiście, by sędziowie wyznający tę doktrynę automatycznie i mechanicznie unieważniali jakiegokolwiek środki ustawodawcze, mające negatywne implikacje dla jakichś uprawnień. Jednak struktura rozumowania kontrolującego konstytucyjność takich środków jest zupełnie inna niż w analizie opartej na proporcjonalności. W przypadku rozumowania typu „amerykańskiego” ograniczenia uprawnień nie są nałożone na dane uprawnienie niejako „z zewnątrz”, ale są wbudowane wewnątrz treści danego uprawnienia.

Sędziowskie rozumowanie dotyczące wolności słowa (proklamowanej w I Poprawce do Konstytucji USA) może stanowić przykład takiego wbudowania ograniczeń „wewnątrz” danego uprawnienia. Sędziowie amerykańscy, nie dysponując konstytucyjnym upoważnieniem i zestawem kryteriów ograniczeń wolności słowa, muszą dokonywać wykładni samego pojęcia „wolność słowa”, by uniknąć absurdalnych skutków, w których wolność słowa byłaby chroniona

konstytucyjnie w sposób absolutny i nie podlegający żadnym zastrzeżeniom. Można wywodzić, że ochrona *wolności* wypowiedzi to nie to samo, co ochrona wypowiedzi *tout court*. Słowo „wolność” nie oznacza dowolności i pewne formy wykorzystywania możliwości wypowiedzi przez ludzi nie zasługują po prostu na miano wolności wypowiedzi: wolność jest pojęciem o charakterze wartościującym, a nie neutralnym, a zatem wymaga interpretacji opartej na konstytucyjnych wartościach. Jeszcze bardziej atrakcyjnym polem interpretowania wolności słowa w sposób pozwalający na uniknięcie absurdalnych konsekwencji było, w tradycji amerykańskiej doktryny I Poprawki, wbudowywanie ograniczeń w samą treść pojęcia „wypowiedź” (*speech*).⁸ Nie każda funkcja przekazywania informacji, opinii lub sygnału jest *eo ipso* „wypowiedzią”, podobnie jak, z drugiej strony, pewne formy zachowania niewerbalnego stają się konstytucyjnym ekwiwalentem „wypowiedzi”, gdyż ich jedyny lub dominujący cel ma charakter ekspresyjny.

Ten przykład pokazuje, że w „amerykańskim” modelu konstytucyjnej kontroli ograniczeń uprawnień można osiągnąć bardzo podobne rezultaty jak w analizie opartej na proporcjonalności, czyli uzasadnić ograniczenia konstytucyjnych uprawnień, nawet jeśli na pierwszy rzut oka są one sformułowane w konstytucyjnym tekście w sposób absolutny, ale metoda osiągnięcia tego efektu jest zupełnie inna. Amerykańska doktryna (w tej mierze, w jakiej zbieżna jest z powyższym opisem) przyjmuje, że treść danego uprawnienia jest w istocie węższa niż wydawać by to się mogło na pierwszy rzut oka, a zatem ograniczenia związane z poszanowaniem innych uprawnień albo z osiągnięciem publicznie ważnych celów nie muszą być narzucane na dane uprawnienie, gdyż uprawnienie to jest na tyle wąskie, by uniknąć kolizji z tymi innymi uprawnieniami lub celami publicznymi. Wyzwaniem stojącym przed sędzią jest więc dokonanie

⁸ Por. Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press 1982, s. 89–112.

odpowiednio precyzyjnej interpretacji danego uprawnienia, by do wspomnianej kolizji nie doszło.

Chociaż więc praktyczne skutki (polegające na umożliwieniu osiągnięcia celów, które wydają się *prima facie* kłócić z danym uprawnieniem konstytucyjnym) mogą być w obu przypadkach takie same, wybór między analizą opartą na proporcjonalności a modelem „amerykańskim” ma niezmiernie istotne implikacje polityczne i moralne. Najpierw rozważmy przez chwilę konsekwencje przyjęcia modelu „amerykańskiego”, czyli absolutystycznego. Jedną z implikacji takiego modelu jest konstytucjonalizacja podziału na zwycięzców i przegranych (jak ujął to Alec Stone Sweet).⁹ Wynika to stąd, że sąd musi dokonać dość sztywnej konceptualizacji danego uprawnienia, zawężając co prawda jego zakres (by uniknąć konfliktu z innymi uprawnieniami), ale jednocześnie ustalając sztywny priorytet między tak zdefiniowanym uprawnieniem a konkurującymi z nim innymi roszczeniami, które okazują się – w interpretacji sędziowskiej – pozbawione konstytucyjnej wartości. W ten sposób strony sporu opierające swe żądania na tych ostatnich roszczeniach dowiadują się, że ich rozumienie danego uprawnienia jest konstytucyjnie błędne, gdyż pozostaje w sprzeczności ze zdefiniowanym przez sędziego uprawnieniem konstytucyjnym. Absolutny priorytet zdefiniowanego przez sędziego uprawnienia możliwy jest tylko dzięki odpowiedniemu zawężeniu „prawdziwego” zakresu tego uprawnienia; zawężeniu, w wyniku którego nie ma miejsca, w ramach tego zakresu, na roszczenia strony przeciwnej względem tej, której słuszność przyznał właśnie sąd. „Komunikat” dla strony przegranej jest więc taki, że opierała ona swe roszczenia prawne na błędnym rozumieniu treści konstytucyjnych uprawnień. W tym sensie profesor Stone Sweet ma rację, że rzeczywistym „komunikatem” wynikającym z przyję-

⁹ Alec Stone Sweet, referat „Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, wygłoszony na seminarium „Reasonableness in Law” w European University Institute, Florencja 16 listopada 2007, dotychczas nieopublikowany.

cia tej metody jest konstytucjonalizacja podziału na zwycięzców i przegranych.

Inaczej jest przy zastosowaniu metody opartej na analizie proporcjonalności. Zanim jednak opiszę pozytywne implikacje zastosowania tej metody w sędziowskiej analizie ograniczeń uprawnień konstytucyjnych, zacznę od ukazania podstawowego *kosztu*, czyli konsekwencji, w zasadzie *negatywnej*, zastosowania tej metody w porównaniu z metodą „amerykańską”. Otóż warto zauważyć, że metoda zwana tu „amerykańską”, przy swych negatywnych skutkach, przed chwilą opisanych, ma jednocześnie pewną podstawową zaletę, a mianowicie wydaje się doskonale pasować do tradycyjnej funkcji *sędziowskiej*, w kontraście do funkcji prawotwórczej. W tradycyjnym, konwencjonalnym rozróżnieniu sędziów wyłącznie *stosujących* prawo i ustawodawców *tworzących* prawo, metoda absolutystyczna, wymagająca od sędziego „jedynie” wnikliwej wykładni treści danego uprawnienia, by ocalić je od konfliktu z innymi wartościami konstytucyjnymi (przez co rozumiem tu zarówno inne uprawnienia jak i inne cele o charakterze publicznym, mającym wartość konstytucyjną) wydaje się w pełni uzasadniona. Konieczność dokonywania wykładni opartej na rozmaitych metodach (analizy tekstu, intencji prawodawcy, funkcji itp.) jest rzeczą naturalną i nigdy nie podważaną przez najbardziej nawet ortodoksyjnych zwolenników rygorystycznego ograniczenia funkcji sędziego do *stosowania* prawa i niedopuszczających jakiegokolwiek „aktywizmu” sędziowskiego.

Przed chwilą dokonany opis jest oparty oczywiście na celowym uproszczeniu: w istocie tzw. aktywizm sędziowski (cokolwiek miałby on oznaczać; nie miejsce tu niestety na analizę tego pojęcia) może doskonale mieścić się w ramach „absolutystycznego” podejścia do ograniczeń uprawnień konstytucyjnych, konstytucyjnych zależności od tego, jakie metody wykładni uznamy za uprawnione. W samej rzeczy sędzia przyjmujący metodę absolutystyczną może być bardziej „aktywistyczny” niż sędzia dokonujący analizy proporcjonalności. Podkreślić więc należy, że poprzedni akapit nie wyraża moich wła-

snych poglądów na związek między podejściem aktywistycznym z jednej strony a „aktywizmem” czy „pasywizmem” z drugiej, lecz jedynie konstatację pewnego efektu retorycznego, czyli pewnego „komunikatu” wysyłanego do opinii publicznej. Na tej płaszczyźnie wydaje się niepodważalne, że podejście „absolutystyczne” jest stosunkowo łatwe do pogodzenia z komunikatem retorycznym o ograniczeniu funkcji sędziego wyłącznie do stosowania prawa, gdyż wykładnia treściowa konstytucji (czy jakichkolwiek innych aktów prawnych) jest nieodłączna od wszelkich aktów władczego stosowania prawa.

Inaczej jest w analizie opartej na proporcjonalności ograniczeń uprawnień. W takim przypadku mamy do czynienia z metodą, która na pierwszy rzut oka wydaje się dobrze dostosowana do tradycyjnie pojmowanej funkcji prawotwórczej, a nie funkcji stosowania prawa, czyli do funkcji ustawodawcy, a nie sędziego. W społecznej percepcji sędziego, który dokonuje wnikliwej analizy „prawdziwego” znaczenia tekstu i w konsekwencji ogranicza zakres uprawnienia w stosunku do znaczenia nadawanego mu *prima facie*, nie przekracza granic swych kompetencji; wprost przeciwnie, robi dokładnie to, czego się od niego oczekuje. Z drugiej strony, analiza w kategoriach proporcjonalności – czyli relacji między środkami a celami – wydaje się być działaniem typowym dla ustawodawcy. Wynika to z trzech głównych przesłanek. Po pierwsze dlatego, że etap analizy zasadności i stopnia ważności *celów* jest zadaniem par *excellence* ustawodawczym: to ustawodawca decyduje o celach, do jakich prawo dąży lub których osiągnięcie przez obywateli jest aktywnie wspomagane przez prawo. Po drugie dlatego, że proporcjonalność między środkami a celami jest kwestią złożonych ocen o empirycznych procesach przyczynowo-skutkowych, czyli kategorią ocen, co do których sędziowie – przynajmniej w obiegowej teorii funkcji sędziowskiej – nie mają właściwych kompetencji, informacji i wiedzy. Sądy przyczynowo-skutkowe o tym, jakie środki prowadzą efektywnie do określonych celów, wydają się domeną władzy politycznej, mającej adekwatne

zasoby i dostęp do wiedzy eksperckiej. Wreszcie po trzecie – i co najważniejsze – cała analiza proporcjonalności wyraża (jak zauważyliśmy to wcześniej) ideę ważenia rywalizujących ze sobą w społeczeństwie interesów, preferencji i wartości. To właśnie ustawodawca, wyposażony w demokratyczną legitymację opartą m.in. na wyborach powszechnych, jest powołany do dokonywania wyważania, określania priorytetów i (optymalnie) dokonywania kompromisów między rywalizującymi ze sobą i nie dającymi się łącznie zrealizować w swej zupełności interesami, preferencjami i wartościami społecznymi. Funkcja sędziowska choćby dlatego, że sędziowie pozbawieni są mocnej legitymacji demokratycznej, wydaje się niepołączalna z zadaniem wyważania interesów i wartości, co jest typowo funkcją przypisywaną organom politycznym władzy, a już w szczególności władzy ustawodawczej.

To jest główna wada dokonywania przez sędziów analizy ograniczeń uprawnień w kategoriach proporcjonalności i tak jak wcześniej, muszę opatrzyć poprzedni akapit klauzulą, że nie wyraża on moich poglądów na relacje między analizą proporcjonalności z jednej strony a zadaniami władzy ustawodawczej i sądowniczej z drugiej, lecz jedynie stwierdza pewną rozpowszechnioną percepcję o tym związku. Percepcja ta, bez względu na to, na ile jest zasadna (co musi pozostać poza zakresem niniejszych rozważań), jest sama w sobie faktem społecznym i jako taka musi ważyć na ocenie konsekwencji dokonywania analizy proporcjonalności przez sędziów.

Analiza oparta na proporcjonalności ma jednak także bardzo poważne zalety w porównaniu z analizą „absolutystyczną”. Przede wszystkim ma dużo bardziej „transparentny” charakter: sędzia dokonujący wyważania rywalizujących ze sobą wartości i dóbr konstytucyjnych niejako „odkrywa karty” przed społeczeństwem, dając publiczności wgląd w poszczególne argumenty po obu stronach barykady, niczym kucharz, który najpierw ujawnia gościom składniki potrawy, a potem krok po kroku demonstruje poszczególne etapy jej przyrządzania. Ujawniając poszczególne „składniki” swej

argumentacji, sędzia dokonujący analizy opartej na proporcjonalności daje do zrozumienia, że wynik końcowy nie jest rezultatem mechanicznego ćwiczenia na kształt złożonego sylogizmu prawniczego, w którym konkluzja nieuchronnie wynika z połączenia obu przesłanek – konkluzja oczywista dla odpowiednio sprawnego, wyćwiczonego w wykładni tekstowej prawnika, acz być może niedostępna dla zwykłego śmiertelnika, ale jest raczej wynikiem trudnego, złożonego rozumowania praktycznego. To rozumowanie praktyczne obejmuje wyważanie kontrowersyjnych społecznie wartości, a priorytet jednej nad drugą nie jest kwestią „oczywistości”, lecz trudnego wyboru. Nawet jeśli „publiczność”, tzn. strony w postępowaniu, środowisko prawnicze, politycy, opinia publiczna, nie zgadzają się z dokonaniem przez sędziego wyborem, to jednak wiedzą, dlaczego do niego właśnie doszło. „Zrozumieć to nie znaczy zaakceptować”, by strawestować znane powiedzenie, niemniej jednak zrozumienie przesłanek prowadzących sędziego do danego rezultatu jest bardzo ważnym elementem legitymacji społecznej sędziego. I ten element transparentności w poważnym stopniu może przyczynić się do złagodzenia deficytu legitymizacji, o którym wspomniałem przed chwilą, opisując główną wadę analizy opartej na proporcjonalności.

Oczywiście kontrast między analizą „absolutystyczną” a analizą opartą na proporcjonalności z punktu widzenia cnoty transparentności i szczerości argumentacji sędziowskiej został tu wyostrojony dla celów argumentacyjnych i w rzeczywistości nie powinien być traktowany w kategoriach czarno-białych. Znamy rozmaite orzeczenia oparte na „absolutystycznych” analizach, które są podręcznikowo jasne i przystępne dla inteligentnego odbiorcy, nawet jeśli nie ma on wykształcenia prawniczego, a także znamy, na odwrót, orzeczenia oparte na proporcjonalności, które są hermetyczne, napisane prawniczym żargonem i niezrozumiałe dla nieprawników. Rozróżnienie, jakie mam na myśli, dotyczy nie tyle jasności argumentacji zawartej w orzeczeniach i ich uzasadnieniach, ile tego, że argumentacja oparta na proporcjonalności siłą rzeczy – jeśli jest rzetelnie wyartykułowana

– obejmuje katalog rywalizujących ze sobą wartości konstytucyjnych. Jest więc, jako taka, lepiej podatna na analizę krytyczną i na rekonstrukcję dla celów zrozumienia niż argumentacja oparta na tezie, że „prawdziwa” treść określonego uprawnienia konstytucyjnego jest w istocie nieco inna niż jedna ze stron postępowania uważa.

Podstawową zaletą analizy opartej na proporcjonalności jest przyczynianie się tej formy rozumowania prawniczego do łagodzenia antagonizmów i budowania konsensu. Immanentną cechą tej argumentacji jest bowiem przyznanie, że po obu stronach danej kontrowersji istnieją *prima facie* zasadne wartości konstytucyjne, że żadna ze stron nie jest poza ramami danej wspólnoty konstytucyjnej. Wążenie poszczególnych wartości, założone przez proporcjonalność, nie oznacza, że wartości, które okazały się w danym przypadku mniej istotne, pozbawione są jakiegokolwiek konstytucyjnej rangi. Gdy analiza proporcjonalności prowadzi do konkluzji, że przyjęte przez ustawodawcę środki nie są dostatecznie proporcjonalne dla osiągnięcia ustawowego celu, oznacza to tylko, że cel ten nie ma aż tak wielkiej rangi konstytucyjnej jak ranga ograniczeń danych uprawnień albo że koszt poszukiwania innych środków dla osiągnięcia danego istotnego celu jest mniejszy niż koszt wynikający z ograniczenia uprawnień. W obu przypadkach i cel, i wartość przyjętych środków mają pewną wartość konstytucyjną, ale nie aż taką jak wartość uniknięcia danych ograniczeń uprawnień. Jest to, jak widać, podejście oparte na przekonaniu, że argumenty stojące za stroną „przegraną” zachowują pewną wartość, choć w danej konstelacji wartości i interesów mniejszą niż ranga argumentów stojących za stroną, która „wygrała”. Taki sam jest rezultat orzeczenia konkludującego, że przyjęte przez ustawodawcę środki były proporcjonalne do wyznaczonego celu: strona skarżąca nie dowiadyuje się, że jej obiekcje oparte na kosztach ograniczeń uprawnień pozbawione są jakichkolwiek podstaw, ale tylko że sędziowie uznali, iż w tym przypadku wartość osiągnięcia wyznaczonego celu przy użyciu tych właśnie środków przeważa nad kosztami w postaci ograniczeń uprawnień.

Jeśliby więc streścić idealny „komunikat” wysłany przez sąd, który dokonał analizy w kategoriach proporcjonalności, to brzmi on: „Obie strony mają za sobą poważne argumenty konstytucyjnie nośne, ale sąd musi wybrać mniejsze zło i w tym przypadku uznał, że wartości konstytucyjne, na których opierają się argumenty jednej strony, mają wyższą rangę niż wartości konstytucyjne, przemawiające na rzecz drugiej strony”. Jest to argumentacja typu koncyliacyjnego, sprzyjająca budowaniu konsensu i „leczenia ran”, nieuchronnie wynikających z tego, że jedna strona musi przegrać. Argumentacja taka zawiera, jak mówi Alec Stone Sweet, „rytualne gesty w kierunku strony przegranej”¹⁰. Na dodatek komunikat wynikający z takiej decyzji może zawierać dyskretną sugestię, że w przyszłości wyważenie rywalizujących ze sobą wartości może skutkować odwrotnym rachunkiem: jeśli kontekst i stan faktyczny będzie choć trochę inny, sędziowie mogą dokonać odmiennego wzajemnego wyważenia rywalizujących wartości. Kontekst może bowiem spowodować, że relatywne koszty i zyski po obu stronach będą nieco inne. Na osłode strona przegrana uzyskuje więc także nadzieję, że w przyszłości może wygrać w analogicznej sprawie, którą sąd może uznać za wystarczająco odmienną, by nie czuć się związanym aktualną decyzją jako precedensem. W ten sposób, łagodząc podziały i budując przesłanki konsensu, analiza oparta na proporcjonalności w dużej mierze łagodzi dylemat prawowitości sędziów, funkcjonujących w takich przypadkach w sposób zbliżony do ustawodawców.

2. Rozumność w filozofii politycznej

W filozofii politycznej liberalizmu pojęcie „rozumności” odgrywa kluczową rolę, będąc w jednoznacznym i istotnym związku z zagadnieniem prawowitości władzy politycznej, czyli stosowania

¹⁰ *Ibid.*

przymusu wobec ludzi niekoniecznie zgadzających się z treścią każdej normy, która względem nich obowiązuje. W sposób najbardziej precyzyjny sformułował to John Rawls – i na przykładzie teorii tego właśnie, niedawno zmarłego wybitnego filozofa liberalnego, można pokusić się o określenie roli, jaką w liberalizmie odgrywa kategoria rozumności.

Rawls rozróżniał między racjonalnością a rozumnością jako dwiema odmiennymi właściwościami moralnymi, składającymi się łącznie na pełną koncepcję osoby ludzkiej. Są to, jak określał, dwie władze moralne (*two moral powers*), które stanowią łącznie warunki bycia pełnym i zarazem równym członkiem danej społeczności¹¹. Mówiąc najkrócej, rozumność dotyczy (w terminologii Rawlsa) tej właściwości moralnej osób, która związana jest z ich poczuciem sprawiedliwości i poszanowaniem uprawnień innych członków społeczności; z kolei racjonalność dotyczy umiejętności kształtowania, realizowania i modyfikowania własnej koncepcji „dobra” i – w oparciu o to kryterium – osiągania przez każdego najbardziej „racjonalnych korzyści”.

Z tego sformułowania widać, że – mówiąc w pewnym uproszczeniu – racjonalność dotyczy moralnego dobra pojedynczej jednostki, rozumność zaś – miejsca jednostki względem innych, a zatem jednostki w społeczeństwie. Z tym wiąże się zasada, iż podstawą rozumności jest współpraca jednostki z innymi członkami „na takich warunkach, które inni mogą zaakceptować”, czyli coś, co można określić jako zasadę wzajemności.

To prowadzi nas do kluczowej kategorii w filozofii politycznej Rawlsa, a mianowicie „rozumu publicznego”¹². Tu mała dygresja w kwestii terminologicznej: Rawls używa pojęcia *public reason*, co można tłumaczyć jako „rozum publiczny” albo „racja publiczna”. Oba te tłumaczenia, choć przecież różne od siebie, są na swój spo-

¹¹ John Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993 r., s. 48–54.

¹² *Ibidem*, s. 212–254.

sób adekwatne, gdyż każde z nich ujmuje pewien aspekt pojęcia *public reason*: słowo „rozum” zwraca naszą uwagę na „rozumność”, a słowo „racja” – na charakter racji, czyli uzasadnień, które stoją za normami władczymi. Szkoda, że w języku polskim oba te aspekty zdefiniowane są przez dwa różne słowa, gdyż słownictwo angielskie w sposób niedostrzegalny dla użytkownika języka angielskiego oba te znaczenia wiąże w jednym pojęciu, co tu akurat jest bardzo korzystne. Ze względu na tematykę niniejszego artykułu wybieram tłumaczenie „rozum publiczny”, choć jestem świadomy, że ważny aspekt tej kategorii zagubił się w ten sposób w tłumaczeniu.

Rozum Publiczny stanowi w filozofii politycznej liberalizmu naczelną kryterium prawowitości decyzji władczych w sytuacji nieuchronnego i trwałego pluralizmu moralnego w społeczeństwie. Idea ta wyraża przekonanie o konieczności istnienia pewnych *ograniczeń* nałożonych na typy *uzasadnień* stojących za propozycjami użycia przymusu publicznego wobec jednostek, a więc za propozycjami nowych norm prawnych i działań politycznych mających przynajmniej pośrednio (a częściej bezpośrednio) charakter przymusowy względem jednostek. Rozum Publiczny stanowi rodzaj testu: pyta, czy proponowane prawo oparte jest na uzasadnieniach, które wszyscy mogliby racjonalnie zaakceptować. Jak widać zatem już z tego wstępnego określenia idei Rozumu Publicznego, jest ona oparta na *par excellence* deliberatywnym rozumieniu demokracji: chodzi o to, że prawa muszą być takie, że dają się *uzasadnić* – a więc są poddane rozmowie, dyskursowi, społecznej deliberacji – i że uzasadnienia te muszą spełniać pewne wymogi rozumności, tzn. muszą być takie, że przynajmniej potencjalnie nadają się do przyjęcia i afirmacji przez wszystkich. Teraz widać, dlaczego w angielskim pojęciu *public reason* w tak integralny sposób (którego polskie tłumaczenie nie może oddać) spaja się kategoria rozumu (rozumności) i racji (uzasadnienia).

Kategoria Rozumu Publicznego (RP) ma swoje kłopotliwe aspekty, jak zresztą każda teoria nawiązująca do wyłącznie *hipotetycznego*

konsensu. Kłopoty z rozumieniem tej koncepcji ukazać można przez wyartykułowanie następującego dylematu, dotyczącego związku między RP a dwoma innymi fundamentalnymi pojęciami w filozofii politycznej Johna Rawlsa. Z jednej strony, możemy rozumieć RP przez pryzmat wymogu „akceptowalności przez wszystkich”, określonego tu wcześniej jako zasada wzajemności. Wymóg ten oznacza, że wysuwamy tylko takie propozycje ustawowe i polityczne, które są – naszym zdaniem – *rozumne* w tym sensie, że mogą być zaakceptowane przez wszystkich *rozsądnych* ludzi. Ale tak sformułowany wymóg jest bardzo słaby, a być może wręcz pusty, gdyż – jak zauważa Ronald Dworkin – nie jest pewne, czy *jakiegokolwiek* uzasadnienia norm prawnych mogłyby być przy użyciu tego testu zdyskwalifikowane¹³. Wszak gdy wysuwamy jakieś propozycje ustawowe publicznie – jako obywatele czy jako politycy – i czynimy to z przekonaniem i po przemyśleniu, to z natury rzeczy uważamy, że *wszyscy* rozsądni ludzie powinni je zaakceptować. Oczywiście czynimy to z *naszej* perspektywy poznawczej i ocennej, ale jest to jedyna perspektywa, jaka nam jest dostępna. Rzecz jasna możemy sobie wyobrazić, że ktoś całkowicie świadomie wysuwa pewne propozycje zmiany prawa w oparciu o swe partykularne racje i w przekonaniu, że wiele innych rozumnych osób nie podziela i nie ma żadnego powodu podzielać tych racji, ale jest to sytuacja raczej wyjątkowa i mało realistyczna. Zazwyczaj mamy tendencję do generalizowania swych opinii moralnych i do nadawania im waloru rozumności i uniwersalności.

Drugi człon tego dylematu to alternatywne rozumienie Rozumu Publicznego przez pryzmat innej sztandarowej kategorii w rawlsowskiej filozofii politycznej, a mianowicie tzw. zazębiającego się konsensu (*overlapping consensus*)¹⁴. Dla tej kategorii kluczowy jest

¹³ Ronald Dworkin, *Justice In Robes*, Harvard University Press 2006 r., s. 252–254.

¹⁴ Rawls, *op. cit.*, s. 133–172.

podział na filozofie „metafizyczne” i „polityczne”: w ujęciu Rawlsa „metafizyczne” filozofie, odnoszące się do fundamentalnych uzasadnień filozoficznych, religijnych, światopoglądowych, nie mają miejsca w „zazębiającym się konsensie”, który powinien być właściwą debatą o sprawach publicznych, zwłaszcza o sprawach związanych z proponowanymi normami prawnymi. Ów konsens jest „zazębiający się” wyłącznie dzięki temu, że występujące w nim ideologie i poglądy mają charakter czysto „polityczny”, a zatem występują w oderwaniu od swych głębszych, „metafizycznych” uzasadnień. Rozum Publiczny rozumiany przez pryzmat „zazębiającego się konsensu” jest więc rozumiany jako nakaz wysuwania postulatów zmian prawnych w oderwaniu od uzasadnień filozoficznych, światopoglądowych i religijnych – słowem, „metafizycznych” w terminologii Rawlsa. Ale w tym ujęciu Rozum Publiczny stanowi wymóg nadmiernie rygorystyczny: test ten zdyskwalifikowałby zbyt wiele możliwych uzasadnień przytaczanych przez „rozumnych” uczestników debaty publicznej i oznaczałby nadmierną erozję i zubożenie tej debaty. W samej rzeczy wspieranie swych propozycji prawnych i politycznych uzasadnieniami o charakterze filozoficznym, w tym także wywodzącymi się z teologii, wydaje się wzbogaceniem, a nie nieuprawnioną deformacją debaty publicznej.

Mamy zatem dylemat. Pojęcie Rozumu Publicznego nie poddaje się łatwej interpretacji: RP interpretowany w jeden sposób, umożliwiony przez teorię Johna Rawlsa (przez ideę rozumnej akceptowalności przez wszystkich, czyli przez zasadę wzajemności), stanowi zbyt słaby test, interpretowany zaś w drugi sposób, także zgodny z teorią Rawlsa, czyli przez pryzmat „zazębiającego się konsensu”, generuje test zbyt rygorystyczny. Czy da się znaleźć złoty środek albo wręcz trzecie wyjście w porównaniu z tymi dwoma członami dylematu dotyczącego interpretacji Rozumu Publicznego?

Nie miejsce tu na szczegółowe roztrząsanie tego dylematu. Warto jednak zauważyć, że chociaż ten dylemat wskazuje na kłopoty i komplikacje związane z pojęciem Rozumu Publicznego, to jednak

nie unieważnia całkowicie tej koncepcji. Oba człony dylematu, tak jak zostały tu dla celów argumentacyjnych sformułowane, nie muszą prowadzić aż do tak skrajnych wniosków, jak tu zasugerowano. Jeśli chodzi o pierwszy człon dylematu, że Rozum Publiczny jest testem zbyt łagodnym, praktycznie nie narzucającym żadnych rygorów na typ uzasadnień norm prawnych, to można zauważyć, że sam fakt, iż ktoś subiektywnie uważa swe uzasadnienie za rozumne, a zatem poddające się uniwersalizacji, nie oznacza wcale, że z punktu widzenia perspektywy obserwatora zewnętrznego taka ocena jest uzasadniona. Pewne typy uzasadnień mogą być uznane za przynależne tylko pewnym grupom, nie nadając się na uniwersalne, akceptowane przez wszystkich uzasadnienia norm prawnych. Najlepszym – choć nie jedynym – przykładem uzasadnień, niekoniecznie akceptowanych przez wszystkich (zwracam uwagę na celowo użyte słowo „akceptowalnych”, a nie „akceptowanych”, bo chodzi tu o podatność danego uzasadnienia na zaakceptowanie, a nie o faktyczną akceptację), są uzasadnienia o charakterze religijnym. Być może każda osoba wierząca uważa, że jej przekonania religijne są tak oczywiście słuszne, że każda osoba *rozumna* musi je zaakceptować. Ale nie jest to typowe przekonanie towarzyszące wierze: jeśli wyznawcy danej religii wierzą w siłę objawienia, to tym samym muszą przyjąć, że nie każda osoba rozumna ma powody akceptować ich poglądy religijne. A zatem te religijne poglądy nie mogą być uzasadnieniem norm prawnych w myśl koncepcji Rozumu Publicznego. Koncepcja ta nie jest więc aż tak „bezzębna”, jak wydawać by to się mogło na pierwszy rzut oka.

Analogiczny argument można przeprowadzić w odniesieniu do drugiego członu skonstatowanego przed chwilą dylematu: że idea Rozumu Publicznego unieważniłaby zbyt wiele uzasadnień, jakie liberałowie intuicyjnie akceptują w ramach dyskursu publicznego, a zatem że jest zbyt rygorystyczna dla skonstruowania „zazębiającego się konsensu”. Przypomnijmy, sugestia ta opierała się na chęci usunięcia uzasadnień o charakterze głębokich filozoficznych uzasadnień

z dyskursu publicznego na temat proponowanych norm prawnych. Tymczasem intuicyjnie wydaje się być całkowicie dopuszczalne, a czasem wręcz pożądane, by uczestnicy dyskursu publicznego, w tym także dyskursu na temat proponowanych norm prawnych, powoływali się nie tylko na praktyczne konkluzje, ale także na filozoficzne uzasadnienia swych propozycji normatywnych. Uwaga ta wskazuje, że wymóg „zazębiającego się konsensu” (i towarzyszące mu ograniczenie „uczestników” tego konsensu do doktryn wyłącznie politycznych, a nie filozoficznych) wymaga pewnego doprecyzowania w drodze interpretacji mającej na celu uzgodnienie go z intuicjami liberalnymi. Wydaje się, że sam fakt powoływania się na głębsze uzasadnienia filozoficzne nie może dyskwalifikować jakiegos glosu w dyskursie publicznym – to byłby nonsens. Chodzi raczej o to, by dana propozycja normy prawnej była do zaakceptowania także przez tych, którzy tego uzasadnienia nie podzielają, a zatem by były inne uzasadnienia filozoficzne dające się racjonalnie przywołać dla obrony i uzasadnienia danej propozycji normatywnej. Taki wymóg jest całkowicie realistyczny (w samej rzeczy większość norm społecznych może korzystać z dobrodziejstwa rozmaitych, rozbieżnych uzasadnień filozoficznych), a w konsekwencji drugi człon wspomnianego dylematu okazuje się mniej zabójczy dla koncepcji Rozumu Publicznego, niż by to się wydawało na pierwszy rzut oka.

Pora na wnioski dotyczące miejsca pojęcia rozumności w filozofii politycznej. Jak wcześniej napisałem, ogrywa ona specjalną rolę w odpowiedzi na pytanie o źródła legitymizacji władzy politycznej w państwie liberalnym. Zagadnienie legitymizacji pojawia się, z punktu widzenia obywatela, zasadniczo wtedy, kiedy zadaje sobie on pytanie, dlaczego ma moralny obowiązek posłuszeństwa normie prawnej, z którą merytorycznie się nie zgadza. (Uwaga na marginesie: celowo napisałem, że chodzi tu o obowiązek „moralny”, by podkreślić jego odrębność od (1) obowiązku prawnego, w którym to przypadku odpowiedź o prawnym obowiązku posłuszeństwa normie prawnej miałyby nieuchronnie charakter tautologiczny, i od (2) na-

kazu o charakterze praktycznym, motywowanym chęcią uniknięcia uciążliwości, wynikających z możliwości sankcji). Jest to, można powiedzieć, klasyczne wielkie pytanie Jana Jakuba Rousseau: jak można pogodzić posłuszeństwo „woli powszechnej” z zachowaniem własnej wolności? Jest to więc pytanie o źródła władzy publicznej nad jednostką, o źródła obywatelskiego obowiązku posłuchu, a przynajmniej elementarnego respektu dla legitymizowanej demokratycznie władzy. Liberalowie uznają, że obowiązek ten nie jest nieograniczony – stąd dopuszczenie w pewnym zakresie nieposłuszeństwa obywatelskiego – ale z drugiej strony nie może sprowadzać się wyłącznie do tych norm prawnych, z którymi merytorycznie się zgadzamy. Byłoby to wyjście anarchistyczne: fakt „prawności” danej normy nie stanowiłby w takim przypadku żadnego, nawet w minimalnym stopniu, argumentu na rzecz jej poszanowania.

Można więc zauważyć, że w takim ujęciu pojęcie „prawowitości” mieści się gdzieś na skali pomiędzy dwoma stanowiskami skrajnymi: stanowiskiem autorytarnym, wedle którego sam fakt uszanowania jakiegoś nakazu przez władzę jest wystarczającym powodem dla uznania absolutnego obowiązku posłuszeństwa, a stanowiskiem anarchistycznym, wedle którego fakt ustanowienia lub uznania jakiegoś nakazu przez władzę nie dodaje, *per se*, żadnych argumentów na rzecz posłuchu, poza argumentami merytorycznymi dotyczącymi treści tej normy, i nie jest związany z jej prawnym rodowodem. Liberalne pojęcie prawowitości uznaje, że prawny charakter normy stanowi argument na rzecz jej posłuchu i to zbliża je do stanowiska autorytarnego, ale jednocześnie przyjmuje, że nie jest to wystarczający argument i że nakaz posłuchu nie jest absolutny – i to zbliża je do stanowiska anarchistycznego. Z tego pośredniego stanowiska wynika, że przynajmniej niektóre normy prawne winny być respektowane, choć dana osoba ich nie akceptuje merytorycznie – i właśnie podstawową funkcją pojęcia prawowitości takich norm jest określenie kryteriów i przesłanek istnienia obowiązku ich respektowania.

Filozofia polityczna udziela rozmaitych odpowiedzi na pytania o źródła tak rozumianej prawowitości władzy. Do najpopularniejszych należą dwa typy odpowiedzi: w nawiązaniu do teorii społecznej i do demokracji deliberatywnej. Przedstawione tu rozumienie Rozumu Publicznego stanowi połączenie obu tych strategii argumentacyjnych. Z koncepcji umowy społecznej przejmuje ono ideę konsensu, będącego podstawą władczych urządzeń społecznych: jesteśmy współautorami procedur i konstytucyjnych zasad rządzących decyzjami, które nas dotyczą i dlatego mamy obowiązek respektu dla nich. Jest to jednak konsens hipotetyczny, bardzo wąty, oparty na domniemanych wspólnych przesłankach normatywnych, tkwiących głęboko w świadomości społecznej, bo na poziomie uzasadnień decyzji władczych. Z kolei z teorii demokracji deliberatywnej idea Rozumu Publicznego przejmuje zasadę, że decyzje, aby być prawowitymi, muszą być uzasadnione wobec tych wszystkich, których będą dotyczyły. I znów, jest to przejęcie deliberatywności w wątej postaci, gdyż chodzi nie tyle o sam fakt uzasadnienia, ale raczej o *uzasadnialność*, choć rzecz jasna liberał wyznający ideę Rozumu Publicznego ma nadzieję, że decyzje władcze nie tylko dają się uzasadnić, lecz że są faktycznie uzasadniane w procesie społecznego dialogu. Rozum Publiczny, *per se*, ogranicza się jednak do wymogu uzasadnialności. Rozumność decyzji politycznych, rozumiana przy użyciu kategorii Rozumu Publicznego, oznacza więc poszukiwanie konsensu względem tych decyzji przez opieranie ich na takich racjach, które dają się uzasadnić wszystkim ludziom, także tym, którzy z meritum tych decyzji nie zgadzają się.

3. Konkluzje

Na samym wstępie sformułowałem sugestię (nie dzieląc jej, ale i nie odrzucając), że rozumność w kontekście rozumowania prawniczego i rozumność w filozofii politycznej to dwie kompletnie odmienne kategorie, a jedyne, co je łączy, to wspólne słowo. Gdyby

tak istotnie było, upatrywanie jakiejś analogii między tymi dwiema kategoriami ze względu na wspólnotę nazwy byłoby przejawem dość naiwnego błędu nominalistycznego. Mam nadzieję, że w toku tej analizy udało mi się pokazać, że tak nie jest, że identyczność nazwy może być w istocie przydatną wskazówką do poszukiwania pewnej zbieżności *funkcjonalnej* obu tych kategorii. To podobieństwo funkcjonalne – podobieństwo *funkcji*, jakie kategoria rozumności pełni w obu tych kontekstach, oparte jest na tym, że odgrywają one podobną rolę, opartą na bardzo podobnych przesłankach aksjologicznych. Tłem tej zbieżności jest więc uzasadnienie normatywne rozumności w obu kontekstach: prawnym i politycznym.

Przypomnijmy. Ustaliliśmy, że w kontekście teorii prawa kategoria rozumności oznacza składnik rozumowania prawniczego, który – przynajmniej w swym „mocnym” znaczeniu, wychodzącym poza funkcję „wentylu bezpieczeństwa” pozwalającego na eliminację decyzji skrajnie arbitralnych czy irracjonalnych – w istocie otwiera furtkę do zastosowania analizy proporcjonalności: zwłaszcza proporcjonalności środków polegających na ograniczeniach uprawnień konstytucyjnych do celów związanych z konstytucyjnie określonymi wartościami. Rozumność w takim rozumowaniu jest immanentnie powiązana z proporcjonalnością i z wymogiem niezbędności i przez to stanowi gwarancję minimalnego ograniczenia uprawnień konstytucyjnych. Takie podejście jest tylko jednym z możliwych podejść do sędziowskiej analizy ograniczeń uprawnień: nie jedynym i niekoniecznie najbardziej liberalnym. Ma pewne wady ze względu na niefortunne upodobnienie roli sędziego dokonującego analizy proporcjonalności do roli ustawodawcy, którego klasycznie uznanym zadaniem jest wyważanie rywalizujących ze sobą wartości, preferencji i interesów. Ale ma też wielkie zalety w porównaniu z alternatywnymi metodami kontroli konstytucyjności ograniczeń uprawnień, a mianowicie jest bardziej transparentne, jeśli chodzi o składniki prawniczej kalkulacji, a przede wszystkim ogranicza efekt porażki po stronie, której wyrok nie przyznaje racji. Jako takie, podejście

to jest zorientowane na społeczny konsens, gdyż *explicite* docenia istnienie ważnych argumentów konstytucyjnych po obu stronach danej kontrowersji.

Z kolei w filozofii *politycznej* liberalizmu znaczenie pojęcia rozumności polega na takim określeniu standardów uzasadnień dyrektyw władczych, by dyrektywy te mogły być uznawane za moralnie prawowite, czyli stanowiące podstawę obowiązku przestrzegania danej dyrektywy przez obywatela, do którego jest skierowana, nawet jeśli z jej treścią nie zgadza się, a jeśli nawet nie przestrzegania, to przynajmniej traktowania jej z respektem¹⁵. Uzasadnienie to opiera się na koncepcji wzajemności, która może być rozumiana jako wersja hipotetycznej umowy społecznej: wymaga ona posługiwania się w uzasadnieniu dyrektyw władczych tylko takimi uzasadnieniami, które mogłyby być racjonalnie zaakceptowane przez wszystkich, do których się odnoszą. Wcześniej wskazywałem zarówno na atrakcyjne aspekty, jak i na słabości takiej koncepcji. Tu wystarczy przypomnieć, że jej atrakcyjność wynika ze swoistego połączenia dwóch tradycji w myśli demokratycznej: idei umowy społecznej i koncepcji demokracji deliberatywnej. Generalnie, koncepcja prawowitości politycznej opartej na rozumności stanowi ważną gwarancję zarówno liberalną (gdyż traktowana poważnie ogranicza zakres możliwych uzasadnień decyzji władczych, a zatem stosowania przymusu względem jednostek), jak i egalitarną (gdyż przez uczynienie rdzeniem

¹⁵ Nie miejsce tu na analizę rozróżnienia dokonanej w tym zdaniu: między obowiązkiem posłuszeństwa a obowiązkiem respektu dla danej dyrektywy władczej. W innym miejscu obszernie uzasadniałem stanowisko, że prawowitość decyzji niekoniecznie stwarza absolutną podstawę obowiązku posłuszeństwa względem niej; obowiązek wynikający dla obywatela z faktu prawowitości decyzji może być słabsza, bardziej ograniczona; tę słabszą moc owego obowiązku ujmuję za pomocą dość nieostrego pojęcia „respektu”. Szerszą argumentację i analizę Czytelnik znajdzie w moim artykule *Law's Legitimacy and Democracy-Plus*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2006, Nr 26, s. 377–409, która w zmienionej i rozszerzonej wersji weszła w skład mojej książki, *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2008, rozdz. 1.

tej teorii zasady wzajemności, domaga się, by *wszyscy* musieli być uwzględnieni w uzasadnieniu przytaczanym dla wsparcia danej dyrektywy władczej).

Obie koncepcje: rozumności w prawie i rozumności w filozofii politycznej mają więc oczywiste punkty zbieżne na poziomie ich głębokiego uzasadnienia, obie bowiem odwołują się do uzasadnień wolnościowych, egalitarnych i konsensualnych. Nie powinno to zamazywać dość fundamentalnych różnic między nimi. Ale aspiracją niniejszych rozważań było wykazanie podobieństw, które nie są zazwyczaj dostrzegane w obiegowym dyskursie naukowym tak w zakresie teorii prawa, jak i filozofii politycznej. Jeśli aspiracja ta została choć w części zrealizowana, to może to stanowić potwierdzenie wyjściowej hipotezy, że zbieżność semantyczna – posługiwanie się tym samym słowem w zupełnie różnych kontekstach – może być cenną wskazówką zbieżności treściowej. Wskazówka ta może z kolei prowadzić nas do ciekawych rozważań normatywnych: może ułatwiać uzasadnienie analizy proporcjonalności w prawie względem nieprzekonanych, przy uprzedniej akceptacji zasady prawowitości politycznej. Albo na odwrót: może wykorzystywać intuicyjną atrakcyjność analizy proporcjonalności w prawie dla obrony liberalnej koncepcji prawowitości opartej na rozumności. W obu tych kontekstach kategoria „rozumności” okazuje się przydatnym narzędziem znajdowania konsensu w społeczeństwie pluralistycznym, trwale podzielonym co do naczelnych wartości moralnych.

O celowości rozumowań prawniczych w polskiej teorii prawa i praktyce prawniczej

Refleksja nad rozumowaniami prawniczymi obejmuje bardzo wiele wątków. Aby się w nich nie zgubić, muszę dokonać wyboru. Dlatego poniżej czytelnik zainteresowany rozumowaniami prawniczymi nie znajdzie odniesień do wielu kwestii, które z pewnością są niezwykle interesujące, ale które muszą pozostać poza zakresem tych rozważań. Nie będę więc analizował ani szerokiego filozoficznego i politycznego kontekstu rozumowań prawniczych, ani ich miejsca w kulturze prawnej, ani wreszcie sposobów rozumowania w procesie tworzenia prawa. Ograniczam analizę rozumowań prawniczych do procesu stosowania prawa, przy tym będę się starał spojrzeć nań z punktu widzenia celów, które takim rozumowaniom wyznacza polska nauka prawa, a zwłaszcza polska teoria i filozofia prawa. W dalszej części zastanawiam się nad pytaniem, co z tej analizy może wynikać dla praktyki prawniczej w naszym kraju.

Ponieważ obecne rozważania w zamierzeniu przyjmują lokalną perspektywę, wypada rozpocząć od nieco zaskakującej obserwacji: koncepcja „rozumowania prawniczego” jako samodzielnej, a jednocześnie całościowego przedmiotu badań jest stosunkowo rzadko analizowana w polskim prawoznawstwie¹. Oczywiście pisze się bar-

¹ Pojęcie rozumowań prawniczych jest nieobecne m.in. w takich pracach jak: Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980; S. Wrótkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. III, Warszawa 2003. Por. też przypis 5.

dzo dużo o wykładni prawa, równie wiele o poszczególnych fazach procesu stosowania prawa, czasem pojawiają się prace poświęcone argumentacji prawniczej lub teoriom dyskursu. Rzadko jednak można spotkać w dorobku rodzimej jurysprudencji refleksję skupioną na koncepcji rozumowań prawniczych i ukształtowaną szerzej, tak jak angielskie lub amerykańskie studia nad *legal reasoning*. Być może wynika to z różnic między kulturą prawną rozpowszechnioną na kontynencie europejskim a tradycją systemów *common law*. Wróć do tej hipotezy. Przede wszystkim dostrzegam jednak fakt, iż jako prawnicy jesteśmy uformowani przez założenia i paradygmaty dotyczące prawniczych rozumowań, które dominowały w polskiej nauce prawa w latach 1980–2000. Paradygmaty te zakładają stosunkowo wąskie ujęcie rozumowań prawniczych, nadają rozumowaniom prawniczym ściśle formalny charakter, wykluczając przy tym takie standardy jak „rozumność” lub „zdrowy rozsądek”. Podtrzymując te założenia i sposoby myślenia w teorii prawa, a także we własnej, samodzielnej już praktyce prawniczej, ograniczamy refleksję, a może nawet pomijamy istotne wątki, które z owymi dominującymi paradygmatami nie są w pełni zgodne.

Odnosząc tę ostatnią refleksję do dorobku nauk prawnych w naszym kraju oraz stanu praktyki prawniczej, dochodzimy do poważnej wątpliwości. Czy przypadkiem nie jest tak, że – i to byłaby główna hipoteza tej wypowiedzi – wiodące stanowiska w polskiej teorii prawa doprowadziły do zredukowania bądź jednostronnego ukształtowania przedmiotu oraz sposobów naszego myślenia o rozumowaniach prawniczych, co wywarło negatywny wpływ na praktykę prawniczą w naszym kraju? Praktyki prawniczej nie badam przy tym empirycznie, pozostaję przy obrazie, jaki wyłania się z moich własnych, może nie zawsze absolutnie bezstronnych analiz orzeczeń i ich uzasadnień. Jeśli jednak praktyka dość konsekwentnie w okresie kilkunastu lat powołuje się na określone teorie stosowania prawa, to można przyjąć, że dla potrzeb analiz teoretycznych obraz praktyki można odtworzyć choćby w tak nieprecyzyjny sposób.

Gdy rozważamy drugą wskazaną hipotezę, hipotezę o teorii oddziaływającej ograniczająco na praktykę, przychodzi na myśl bajka Hansa Christiana Andersena zatytułowana „Nowe szaty króla”. Zawiera ona bowiem znamieny fragment: „Ten król jest nagi! – wykrzyknęło nagle spośród tłumu małe dziecko. Król jest nagi! – szemrali zdziwieni obywatele. Król nieco się zmieszał, sądząc, że istotnie może być nagi, ale nie przerwał marszu. Pomyślał sobie – Muszę wytrwać do końca tej procesji – i tylko jeszcze bardziej dumnie się wyprężył, a za nim podążali jego wierni dworzanie, niosąc tren, którego nie było”. Jeśli metaforę szat królewskich odnieść do dorobku nauk prawnych i praktyki prawniczej, pojawia się pytanie, czy przypadkiem nie jest tak, że polscy sędziowie zachowują się jak ów król: twierdzą, że noszą wspaniałe szaty, odwzajemniają ukłony, ale nie widzą, że w gruncie rzeczy zostali wprowadzeni w błąd. A może tylko nie chcą przyznać, że wyposażono ich w ograniczone instrumentarium wymagane dla tak doniosłej roli społecznej. Z kolei nauka prawa zachowuje się być może jak owi nierzetelni krawcy: mami króla obietnicami, przekonuje go, że szaty są piękne (samej po części w to wierząc), choć w rzeczywistości nie proponuje tego, co powinna². Być może również audytorium prawnicze postępuje jak opisani przez Andersena dworzanie, którzy trochę boją się powiedzieć królowi prawdę, a trochę sami dali się krawcom zaczarować i dlatego bezrefleksyjnie powtarzają słowa zachwytu. Czy więc nie przydałoby się dziecko, które podałoby w wątpliwość piękno królewskiej parady? Pamiętajmy też o konkluzji bajki Andersena: król dowiedziawszy się, że został oszukany, wziął się do pracy i zaczął

² Jerzy Stelmach twierdzi, że nawet wyrafinowane prace z dziedziny teorii argumentacji prawniczej, „z dziesiątkami koncepcji, teorii i hipotez... pozostają w większości albo nieznanne, albo... bezużyteczne dla przedstawicieli dogmatyki prawniczej...[i] nie posiadają żadnego znaczenia dla zajmujących się praktyką stosowania prawa”. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Zakamycze 2003, s. 10–11.

rzetelnie zajmować się sprawami królestwa. Cóż za wspaniały *happy end*. Czy można jednak nań liczyć w naszym realnym świecie?

I. Teoretyczny model rozumowania prawniczego

Według stanowiska, które zdaje się dominować w polskiej literaturze i którego głównym autorem jest Jerzy Wróblewski, rozumowanie prawnicze to całość czynności intelektualnych (poznawczych, ocennych i argumentacyjnych), które prowadzą do podjęcia decyzji prawnych i do ich uzasadnienia. Za podstawę rozważań przyjmuje się decyzyjny model stosowania prawa (a nie np. model interpretacyjny lub model proceduralny) i jest to umiarkowanie szerokie ujęcie rozumowań prawniczych³. Inaczej mówiąc, J. Wróblewski wskazuje, że rozumowanie prawnicze obejmuje rozumowanie interpretacyjne i rozumowanie uzasadniające⁴. Pierwsze ma na celu ustalenie znaczenia normy prawnej, a drugie uzasadnienie podjętych decyzji lub głoszonych twierdzeń.

Ostatni wątek wskazuje także, iż rozumowanie prawnicze nie ogranicza się do procesu wykładni prawa, gdyż ta, nawet szeroko rozumiana, ma na celu przede wszystkim poznanie prawa, ustalenie normy prawnej, ale co do zasady już nie obejmuje uzasadniania decyzji finalnej⁵. Można natomiast mówić, że wykładnia prawa, w tym

³ Dyskurs prawny w sferze stanowienia prawa oraz odrębne rozumowania w sferze opisowego ujęcia prawa (nauki prawa) możemy pozostawić poza zakresem naszych rozważań. Por. J. Wróblewski, *Justification of legal decisions*, „Revue Internationale de Philosophie, La Nouvelle Rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman”, 33e année (1979), Nr 127–128, s. 278.

⁴ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 157, 159, 160–161. Np.: „Rozumowania interpretacyjne określają przejście od interpretowanych przepisów do decyzji interpretacyjnej” (s. 157), „rozumowania prawnicze [traktujemy] głównie jako rozumowania uzasadniające decyzje prawne” (s. 268).

⁵ J. Stelmach zagadnienia wykładni oraz uzasadniania decyzji prawnych omawia łącznie w ramach „procesu interpretacyjnego”. Patrz: R. Sarkowicz, J. Stelmach,

zakładająca wykorzystanie reguł inferencyjnych, czyli wnioskowań z normy o normie (*per analogiam, a fortiori* itp.), stanowi kluczową część wnioskowania prawniczego, lecz go nie wyczerpuje.

Z kolei powiązanie rozumowań prawniczych z decyzjami prawnymi prowadzi do wniosku, że rozumowania takie znajdują zastosowanie zarówno w procesie tworzenia prawa (legislacji), jak i w procesie stosowania prawa. Zgodnie z wcześniejszą deklaracją, pierwszy z tych procesów pozostawiamy poza zakresem naszych zainteresowań. Równocześnie należy pamiętać, że zdaniem J. Wróblewskiego na decyzję prawną (finalną) w procesie stosowania prawa składają się lub przynajmniej prowadzą do niej decyzje cząstkowe: (a) decyzja walidacyjna, czyli rozstrzygnięcie o obowiązywaniu normy prawnej, (b) decyzja interpretacyjna, (c) decyzja w postępowaniu dowodowym, t.j. decyzja co do faktów, oraz (d) decyzja co do wyboru konsekwencji, jakie w świetle normy prawnej powinno wywołać zachowanie adresata normy prawnej⁶. W innej pracy J. Wróblewski dodaje, że wymienione decyzje cząstkowe muszą być uzupełnione decyzją (w stosunku do nich: meta-decyzją) co do typu argumentacji, która musi, może lub nie może być wykorzystana⁷. W ten sposób proces podejmowania decyzji finalnej zostaje zintegrowany z procesem jej uzasadniania.

Dwuetapowość rozumowania prawniczego ujawnia się także w dokonywaniu oceny tego rozumowania. J. Wróblewski podkreśla bowiem, że poprawność rozumowań prawniczych można mierzyć jedynie w ograniczonym stopniu. W przypadku rozumowań interpretacyjnych koncentrujemy się na „formalnej” poprawności

Teoria prawa, Kraków 1996, s. 63 i n. Podobnie L. Morawski pisze o „wykładni” oraz „argumentacji” i o korzystaniu z „metod argumentacyjnych” w procesie stosowania prawa. Tenże, *Główne problemy...*, jw., s. 201 i n.

⁶ J. Wróblewski, *Sądowe...*, jw., s. 16 oraz 157 i n.

⁷ J. Wróblewski, *Principles, values, and rules in legal decision-making and the dimensions of legal rationality*, „Ratio Juris”, Vol. 3, No. 1 bis March 1990, s. 107.

rozumowań, sprowadzającej się w głównej mierze do niesprzecznego posługiwania się dyrektywami interpretacyjnymi. Natomiast w ocenie rozumowań prawniczych służących uzasadnieniu decyzji prawnych, oprócz logicznej poprawności rozumowania niezbędne jest przyjęcie odpowiedniej skali wartości, na podstawie której można dokonać wyborów aksjologicznych⁸.

Dla porządku wypada dodać, że niekiedy J. Wróblewski rezygnował z przedstawionej dwuelementowej koncepcji rozumowania prawniczego obejmującego wykładnię prawa oraz uzasadnianie podejmowanych decyzji⁹. Wskazywał, że sednem rozumowań prawniczych jest przede wszystkim uzasadnianie decyzji prawnych. Problem interpretacji prawa stawał się w ten sposób bardziej autonomiczny jako przedmiot dociekań teoretycznych i rekomendacji. J. Wróblewski nie sugerował oczywiście, że należy zakwestionować zasadność badania rozumowań interpretacyjnych albo nadać im całkiem odmienny status. Zwracał jednak uwagę na względną niezależność obu typów rozumowań prawniczych.

Omawiany autor starał się przy tym nie zamykać w strukturze pojęć właściwych dla „mechanicznej”, skrajnie pozytywistycznej jurysprudencji. Przedstawiał bowiem liczne zastrzeżenia wobec myślenia w kategoriach sylogistycznych. Wprowadzał też pojęcie dyskursu pisząc, że: „podejmowanie uzasadnionych decyzji prawnych to część dyskursu prawnego – każdego zwerbalizowanego rozumowania odnoszącego się do kwestii prawnych, co do których na gruncie naszej kultury oczekuje się, że będą rozwiązywane w sposób racjonalny”. Pojęcie rozumowania prawniczego jest więc zakresowo węższe od pojęcia dyskursu. W obu mamy do czynienia z argumentacją, tzn. sięganiem po racje przemawiające za określonym stanowiskiem. Rozumowanie prawnicze ma jednak miejsce jedynie po stronie podmiotu podejmującego decyzję prawną, np. sędziego. Natomiast

⁸ J. Wróblewski, *Sądowe...*, jw., s. 161.

⁹ J. Wróblewski, *Sądowe...*, jw., s. 268 i n.

dyskurs zakłada proces komunikacji, a więc udział więcej niż jednego uczestnika. Dyskurs prawny to rodzaj interakcji komunikacyjnych dotyczących prawa¹⁰.

Porządkując siatkę pojęć przyjętą przez J. Wróblewskiego i jego kontynuatorów, można przyjąć, że trzy pojęcia kluczowe dla naszych rozważań układają się następująco:

wykładnia prawa < rozumowanie prawnicze < dyskurs prawny.

Bez względu na przedstawione subtelnosci terminologiczne należy też pamiętać, że J. Wróblewski rozumowanie prawnicze uznaje jedynie za jeden z aspektów procesu stosowania prawa. On sam uważał zapewne, że taka perspektywa zapewni większą uniwersalność jego teorii. Wydaje się wszakże, iż efekt był przeciwny: postrzeganie rozumowań prawniczych w kontekście procesu stosowania prawa ułatwiało przyjęcie „państwocentrycznego”, czyli w gruncie rzeczy pozytywistycznego stanowiska w teorii prawa: podział na tworzenie prawa i stosowanie prawa staje się fundamentem myślenia, podobnie jak niedopuszczalność tworzenia prawa przez sądy w procesie orzekania (w systemie kontynentalnym). Co więcej, normy prawne w takim ujęciu jawią się jako przejaw woli władzy państwowej (jakby decyzja suwerena), a nie wynik jakiegoś mniej etatystycznego uznania (*recognition*), sam zaś proces stosowania prawa jest zdominowany przez wcześniej przyjętą, a nie wypracowaną *ad hoc* ideologię decyzji stosowania prawa (związanej lub praworządnej) itp. Taka perspektywa miała istotny wpływ na samą koncepcję rozumowań prawniczych przyjętą w polskiej teorii prawa, a także na cele i funkcje tych rozumowań.

¹⁰ Patrz szerzej: M. Zirk-Sadowski, *Dyskurs jako mowa regulowana wymogami moralnymi*, w: *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie. [Księga ofiarowana Profesor Marii Boruckiej-Arcowej]*, Kraków 1992, s. 185 i n.; L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 92 i n.

II. Rozumowanie prawnicze w perspektywie porównawczej

Zanim przejdziemy do analizy celów rozumowań prawniczych, należy jeszcze przez chwilę skupić się na przedmiocie naszych rozważań. Otóż wydaje się, że pełen sens koncepcji rozumowania prawniczego przyjmowanej przez polską (bądź każdą inną) naukę prawa można dostrzec dopiero w perspektywie porównawczej. W naszym przypadku najlepszym kontrapunktem będzie odniesienie do tradycji *legal reasoning* ukształtowanej w ramach systemu prawa angielskiego i prawa amerykańskiego. Sam J. Wróblewski sięgał po analizę porównawczą, szukając zapewne owych uniwersalnych, ponadsystemowych właściwości prawa. W swojej pracy o sądowym stosowaniu prawa starał się nawet łagodzić ostrość różnic między dwoma wielkimi typami systemu prawnego: *common law* i *civil law*. Pisał m.in., że „w systemach prawa ustawowego znaczącą rolę odgrywają zapadłe decyzje, tworzące swego rodzaju *case law*”. Z tego względu J. Wróblewski korzystał z koncepcji rozwijanych na obszarze *common law* i przeciwnie, upatrywał możliwości zastosowania dla tego obszaru wyników własnych badań, tj. badań przeprowadzonych w kręgu kultury prawa kontynentalnego¹¹.

Analiza porównawcza sugeruje *prima facie*, że koncepcja J. Wróblewskiego nie jest całkowicie przeciwna tradycji anglosaskiej. Również na gruncie *common law* rozróżnia się interpretację prawa i rozumowanie prawnicze (*legal reasoning*), choćby jako część wobec całości¹². U sporej grupy autorów, zwłaszcza angielskich, rzadziej amerykańskich, znajdziemy też ideę „rozumowania przez reguły”¹³.

¹¹ J. Wróblewski, *Sądowe...*, jw., s. 15.

¹² J. Dickson, *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning*, „Stanford Encyclopedia of Philosophy” 2001; dostępne na stronie: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret>.

¹³ Dla przykładu: J. Raz, *Rozumowanie przez reguły* [oryg. *Reasoning through rules*]. Wykład im. Leona Petrażyckiego [nakładem Fundacji Ius et Lex], War-

Inni wreszcie autorzy uważają, że kluczowym elementem rozumowania prawniczego jest uzasadnianie sądów o wartościach prowadzących do rozstrzygnięć prawnych (*justiciability*)¹⁴. Takie zbieżności można znaleźć także analizując anglosaskie prace poświęcone wykładni tekstów prawa stanowionego (*statutory interpretation*)¹⁵. Jednak głębsze wniknięcie w spory o istotę, cele i metody rozumowań prawniczych w tradycji *common law* wskazuje istotne różnice w stosunku do przedstawionego wyżej decyzyjnego modelu stosowania prawa w ujęciu prawników kontynentalnych. Różnice te dotyczą przede wszystkim: (1) przedmiotowego zakresu rozumowań prawniczych, (2) stopnia autonomii decyzji finalnej oraz rodzaju uzasadniającej ją ideologii stosowania prawa, (3) szczegółowych metod rozumowania prawniczego, a także (4) stosunku do koncepcji twórczego charakteru orzeczeń sądowych i treści nadawanej zasadzie rządów prawa.

1. Przedmiotowy zakres rozumowań prawniczych

W tradycji anglosaskiej rozumowania prawnicze interpretuje się szerzej niż to zwykle czyni polska teoria prawa. Podkreśla się, że rozumowanie prawnicze to sposób działania sędziów (funkcjonariuszy publicznych) mający na celu podjęcie decyzji władczej w konkretnej sprawie. Rozumowanie prawnicze nie ogranicza się jednak do poznawania prawa (interpretacja) i uzasadniania decyzji polegającej

szawa 2002; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 12 (i inne).

¹⁴ Lord Lloyd of Hampstead and M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. Fifth Ed., London 1985, s. 1099–1100; M. Doherty, *Jurisprudence: The Philosophy of Law*, Fourth Ed., London 2005, s. 26.

¹⁵ Niekiedy jednak przyjmowane stanowiska bliższe są tradycji hermeneutycznej niż analitycznej. Np.: „Proces czytania ustawy i stosowania jej jest «interpretacją» w szerokim sensie, chociaż mógłby być lepiej określony jako «stosowanie będące następstwem rozumienia» (understanding followed by application)”. Cyt. za: J. Bell, G. Engel, *Cross' Statutory interpretation*, London 2004, s. 1–2.

na zastosowaniu ustalonej reguły. Po pierwsze bowiem, niekiedy sędzia odmawia zastosowania formalnie obowiązującej normy i w takim przypadku możemy mieć do czynienia z podjęciem decyzji na podstawie innej normy, ale czasem z brakiem formalnej decyzji i związanego z nią działania¹⁶. Oczywiście wyrok uniewinniający, odmawiający skazania sprawcy czynu zabronionego ze względu na ochronę „ponadustawowego prawa”, będzie decyzją finalną w rozumieniu J. Wróblewskiego, tyle że uzasadnioną okolicznościami pozostającymi poza tekstem przepisów prawnych. Filozofia polityki wskazuje jednak, że niekiedy sądy sięgają także po taktykę *non-decision*. Znane są bowiem przypadki oddalania sprawy ze względów formalnych po to, aby jej nie rozpatrywać co do meritum, albo rozpatrywania sprawy przez niezwykle długi czas, aby upływ określonego terminu zwalniał sąd z obowiązku wydania wyroku. Gdyby się odwołać do doświadczeń polskich, przykładem pierwszego rozwiązania byłby m.in. los niektórych skarg konstytucyjnych lub kasacji złożonych do Sądu Najwyższego, przykładem zaś drugiego – *casus* postępowania w Trybunale Konstytucyjnym w sprawie weksli wystawionych w 2005 r. przez posłów partii „Samoobrona”¹⁷. Wspólną

¹⁶ Por. H.L.A. Hart, *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności* (1958), w: tenże, *Eseje z filozofii prawa*, Warszawa 2001, s. 73–77; H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 279–285.

¹⁷ W polskiej teorii prawa wskazuje się jednak niekiedy, że istotnym zjawiskiem w praktyce społecznej jest bezpośrednia działalność organów władzy publicznej nie polegająca na podejmowaniu formalnych decyzji, lecz na czynieniu użytku z przyznanego organowi kompetencji. Rzadko dotyczy to sądów, na ogół organów administracji rządowej i samorządowej. Działalność taka nie prowadzi do ustalania konsekwencji prawnych zachowań objętych hipotezą normy, lecz do wykorzystywania określonych środków osobowych, materialnych i technicznych w celu realizacji zadań organów władzy publicznej. Działania takie niekiedy odróżnia się od stosowania prawa, choć nie ma wątpliwości, że przed ich podjęciem funkcjonariusze publiczni zobowiązani są prowadzić rozumowanie ustalające przedmiot i zakres kompetencji. Por. J. Kowalski, W. Lamentowicz, P. Winczorek, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 271.

cechą przedstawionych rozwiązań jest to, że nie mieszczą się jednak gładko w decyzyjnym modelu stosowania prawa opracowanym przez J. Wróblewskiego, są one odstępstwem od niego. Natomiast w tradycji anglosaskiej rozwiązania takie są uważane za istotne i wymagające przemyślenia jako rezultaty rozumowań prawniczych.

2. Stopień autonomii decyzji finalnej i ideologia stosowania prawa

Przypadki *non-decision* nie wyczerpują wątpliwości co do przedmiotowego zakresu rozumowań prawniczych. Poważna grupa autorów, różniących się zresztą poglądami w kwestiach szczegółowych, uznaje, że oprócz ustalenia treści właściwej reguły (J. Wróblewski powiedziałby: normy ogólnej i abstrakcyjnej) odnoszącej się do rozpoznawanej kwestii, a także oprócz rozumowania prowadzącego od treści prawa do decyzji, którą sędzia musi podjąć (w terminologii J. Wróblewskiego oznaczałoby to ustalenie normy konkretnej i indywidualnej), istotnym składnikiem rozumowania prawniczego jest myślenie o treści decyzji, którą sędzia powinien podjąć w danej sprawie. W tym przypadku rozumowanie prawnicze uwzględniałoby wszystkie okoliczności decyzji, również te, które nie wynikają z reguły prawnej ani rozpatrywanego stanu faktycznego. J. Wróblewski, a raczej jego uczniowie powiedzieliby elegancko, że oznacza to uwzględnienie w procesie podejmowania decyzji „pozanormatywnego kontekstu” rozpatrywanej sprawy, kontekstu nie mieszczącego się również w zachowaniach stron lub sprawców będących bezpośrednimi adresatami orzeczenia sądu. Co do zasady takie rozwiązanie mieści się w zaproponowanym przez J. Wróblewskiego modelu stosowania prawa. Kontekst pozanormatywny nie stanowi co prawda składnika decyzji interpretacyjnej ani decyzji co do faktów rozpatrywanych, gdyż z zasady nie jest związany z zachowaniami stron procesu sądowego. Mamy však wyraźnie do czynienia z ideologią swobodnej decyzji sądowej, która dopuszcza szerokie i znacznie bardziej elastyczne

kształtowanie podstaw decyzji finalnej. Taka ideologia nie jest jednak w Polsce akceptowana ani w teorii, ani w doktrynie w odniesieniu do szczegółowych dziedzin prawa, ani też chyba w praktyce ze względu na zasady i podstawy zaskarżania orzeczeń¹⁸.

W tradycji anglosaskiej ideologia swobodnej decyzji sądowej jest natomiast interpretowana jako zorientowanie rozumowania prawniczego na praktyczną konieczność rozstrzygnięcia konkretnego problemu lub sporu. Ujawnia się w ten sposób swoiste odwrócenie wartości: to ostateczne rozstrzygnięcie jest ważne społecznie, a nie bezwzględna wierność treści norm oraz dyrektywom interpretacyjnym lub dyrektywom wyboru konsekwencji uznawanym za wiążące¹⁹. To także źródło zakwestionowania myślenia sylogistycznego, które wciąż jest bardzo żywe w polskiej kulturze prawnej²⁰. Tymczasem w myśli anglosaskiej myślenia sylogistycznego bronią – i to w ograniczonym

¹⁸ Nie oznacza to, że orzeczenia wyrażające ideologię swobodnej decyzji sądowej nie są w ogóle spotykane. Przykładem takiej decyzji, może być wyrok Sądu Najwyższego z 13 listopada 2002 r. (sygn. akt I CK 213/02), w którym Sąd stwierdził, że o dopuszczalności kasacji powinna przesądzać m.in. wielkość zaległości Sądu Najwyższego w tych sprawach. Oczywiście uzasadnienie stanowiska Sądu było bardziej subtelne: „Rozważanie przez Sąd Najwyższy, w ramach dozwolonej kasacji, określonych zagadnień prawnych, czy też dokonywanie wykładni przepisów, nie może mieć charakteru abstrakcyjnego, oderwanego od przesłanek orzekania w danej sprawie”. Fakty dotyczące wyłącznie sądu orzekającego nie są przewidziane w przepisach prawnych ani nie dotyczą stron i przedmiotu postępowania.

¹⁹ Z tego względu amerykańscy realiści krytykowali samo pojęcie *legal reasoning* jako niosące ze sobą ideę dedukcji. Głoszono indeterminizm prawa i to, że reguły bardzo rzadko okazują się tak neutralne jak się je przedstawia. Twierdzili, że to właśnie dlatego potrzebne jest przede wszystkim wyjaśnianie i uzasadnianie decyzji. Por. B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Fourth ed., London 2006, s. 78.

²⁰ Rozmaite za i przeciw sylogizmowi prawniczemu omawiali już w 1969 r. K. Opałek i J. Wróblewski w: *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 308–315. Autorzy ci uznali jednak, że nie sposób zrezygnować z tego sposobu myślenia w procesie stosowania prawa. Patrz też: J. Wróblewski, *Sądowe...*, jw., s. 251 i n.

zakresie – już tylko zwolennicy formalistycznego ujęcia rozumowań prawniczych, jak np. N. McCormick, choć większość teoretyków prawa nawet z kręgu współczesnego, miękkiego pozytywizmu, przyjęła Hartowską koncepcję *rule scepticism*²¹. Współcześni angielscy (szkoccy!) autorzy młodszego pokolenia przypominają w związku z tym, że jeśli rozumowanie prawnicze sprowadza się do stosowania dyrektyw interpretacyjnych (*mischief rule, literal rule, golden rule*), to dyskurs prawny bardzo często ulega zakłóceniu lub przerwaniu (*serious breakdown in communication*)²².

Z powyższych względów przedmiot rozważań w ramach *legal reasoning* uzyskuje szerszy zakres niż rozumowania prawnicze w ujęciu decyzyjnego modelu stosowania prawa, w przypadku którego przyjmuje się zwykle ideologię związanej lub – jak twierdzi J. Wróblewski – praworządnej decyzji sądowej. Natomiast nacisk na względną autonomię decyzji sądowej i większą swobodę sądu nadaje rozumowaniom prawniczym w tradycji *common law* szczególny charakter.

3. Metody rozumowania prawniczego

Wielu współczesnych autorów anglosaskich²³, analizując problemy *legal reasoning*, zwraca też uwagę na niezwykłą dwoistość procesu interpretacyjnego poprzedzającego decyzję finalną. Procesowi interpretacji prawa przypisuje się szczególną dwustronną naturę, swoiste

²¹ Por. N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2nd ed., Oxford 1994; patrz także: S. Veitch, E. Christodoulidis, L. Farmer, *Jurisprudence: Themes and Concepts*, London 2007, s. 97–98, 102.

²² S. Veitch, E. Christodoulidis, L. Farmer, jw., s. 93.

²³ Julie Dickson pisze: „zaskakująco wielu”. Patrz J. Dickson, jw. Por. też m.in. J. Raz: *Why Interpret?*, „Ratio Juris” vol. 9, No. 4, December 1996 (349–363); R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2006, s. 228, 230 i n.; A. Marmor, *Interpretation and legal theory*, revised 2nd ed., Hart Publ., Oxford 2005, s. 29 (o konstruktywizmie Dworkina), s. 117–118.

Janusowe oblicze. Interpretacja prawa powinna polegać oczywiście na zwróceniu się interpretatora wstecz, powinien on patrzeć na prawodawcę. W tym sensie interpretacja ma charakter odtwórczy, rekonstruuje wolę suwerena. Równocześnie jednak – pisze się – interpretacja prawa powinna być skierowana w przyszłość, powinna być twórcza i kreować takie zachowania organów władzy publicznej, które są podejmowane z myślą o rozpatrywanej sprawie, a także o innych sprawach, które w przyszłości będą przedmiotem sądowych rozstrzygnięć.

Dwustronna natura rozumowania prawniczego wymusza przy tym określone decyzje co do metod interpretacji i typu filozofii interpretacji. Dokonuje się bowiem rozwarstwienie procesu interpretacji prawa na część, w ramach której sędzia powinien dochować wierności prawodawcy, i na część, w której prawo może i nawet powinno być modyfikowane i twórczo dopasowywane do potrzeb rzeczywistości społecznej. Wykładnia językowa i pozajęzykowe metody wykładni współwystępują, przy czym wiodącą rolę powinno uzyskać rozumowanie nakierowane na skuteczną decyzję: rozumowanie bliskie, lecz ze względu na sceptycyzm wobec reguł nie ograniczające się do wykładni funkcjonalnej. Tymczasem J. Wróblewski nie zachęca nas do takiego rozluźnienia wymogów i różnicowania dyrektyw wykładni prawa. Jeśli dopuszcza on pozajęzykową wykładnię prawa, to przede wszystkim wtedy, gdy okazuje się, że mamy do czynienia z nieostrością języka prawa (*open texture of law*)²⁴. Większa swoboda interpretacyjna wiąże się z cechami samego prawa, a nie z istotą jego stosowania („urzeczywistniania”). Broniąc klaryfikacyjnej teorii wykładni J. Wróblewski nadaje regułom wykładni funkcjonalnej (a więc wykładni zorientowanej na społeczne skutki procesu stosowania prawa, m.in. na owe przyszłe wyroki) znaczenie drugorzędne, subsydiarne wobec wykładni językowej. Dodatkowo, w naszym

²⁴ K. Opałek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 257.

kraju wykładnia funkcjonalna zwykle jest uważana za biorącą pod uwagę skutki „ogólnospołeczne”, a nie skutki dla strony konkretnego postępowania. Wreszcie Wróblewski praktycznie utożsamia wykładnię funkcjonalną z celowościową²⁵, to jest wykładnią zwróconą ku ustawodawcy, a nie ku stronie lub stronom postępowania. Ograniczając paletę rekomendowanych metod wykładni prawa oraz krępujących je dyrektyw interpretacyjnych, J. Wróblewski stara się raczej „dostosować decyzję do prawa” oraz „dostosować adresata do decyzji” poprzez przekonywanie adresata o słuszności decyzji a nie „dostosować prawo do zmieniającej się rzeczywistości społecznej”. W omawianym zakresie tradycja *legal reasoning* oraz teoria rozumowania prawniczego sformułowana przez J. Wróblewskiego wyraźnie się rozchodzą. Nie tylko zakres przedmiotowy i typ ogólny ideologii stosowania prawa, ale także rekomendowane dyrektywy wykładni prawa są różne.

4. Spory o prawotwórczy charakter orzeczeń sądowych

Wspomniana wyżej idea retrospektywności i zarazem prospektywności interpretacji prawa jest w anglosaskiej teorii i filozofii prawa dobrze znana między innymi dzięki Dworkinowskiej koncepcji „łańcucha orzeczeń” i orzecznictwa jako „powieści w odcinkach”²⁶. W polskiej teorii prawa koncepcja ta jest jednak wciąż niechętnie widziana, wymaga bowiem wyraźnego dopuszczenia twórczego charakteru wykładni prawa. Tymczasem w literaturze polskiej problem kreatywności procesu wykładni prawa był przedmiotem sporu. Otóż L. Morawski domagał się zerwania z hipokryzją teorii i praktyki prawa twierdzących zgodnie, że w procesie stosowania prawa sądniczego do normy prawnej nie dodaje ani nie ujmuje, a jedynie

²⁵ J. Wróblewski, *Sądowe...*, jw., s. 143.

²⁶ R. Dworkin, *Imperium...*, jw., s. 227 i n.

w bezstronny sposób odtwarza treść normy prawnej ustanowionej wcześniej przez prawodawcę²⁷. W swoim stanowisku L. Morawski przyjął postawę dziecka z cytowanej na wstępie bajki o nowych szatach króla, powiedział: „nie udawajmy, że proces wykładni jest jedynie odtwórczy”, taka postawa przyczynia się jedynie do rozszerzania się zakresu „kryptoprawotwórstwa sądowego”. Twierdzenia o prawotwórczym charakterze orzeczeń sądowych nie da się obronić bowiem ani w przypadkach wykładni terminów prawnych odnoszących się przedmiotów i konstrukcji konwencjonalnych (nieempirycznych), ani w przypadkach terminów niedookreślonych lub ewidentnie potrzebnej wykładni rozszerzającej lub zwężającej, ani wreszcie w odniesieniu do pojęć wieloznacznych, kiedy prawnik musi dokonać wyboru jednego z dostępnych i sensownych znaczeń.

Pogląd L. Morawskiego został wszakże zakwestionowany m.in. przez T. Gizberta-Sudnickiego. Twierdzi on, że wykładnia przepisów prawa w znacznie większym zakresie ma charakter odtwórczy²⁸. Właśnie z taką wykładnią będziemy mieli do czynienia tak długo, jak długo akceptowane w danej kulturze prawnej reguły interpretacyjne pozwalają, uwzględniając odpowiednie konteksty, w tym również pozajęzykowe, udzielić jednoznacznej odpowiedzi na pytanie interpretacyjne. Prawo bowiem nie jest tym samym co litera ustaw, a ustawa nabiera sensu dopiero wtedy, gdy rozpatrujemy ją w odpowiednich kontekstach. Zarzut twórczej wykładni prawa, a więc i zarzut hipokryzji w procesie stosowania prawa nie będą mogły być postawione dopóki interpretator działający w dobrej wierze jest gotów zaakceptować wynik wykładni, choćby wielokontekstowej. W ten sposób dochodzimy do koncepcji „idealnego interpretatora”,

²⁷ L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” nr 10/1996, s. 3 i n.; szerzej: tenże, *Główne problemy...*, jw., s. 269 i n. Morawski nawiązuje przy tym do orzecznictwa, m.in. do uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 1995 r., sygn. akt 9/94 (OTK 1995/1/20).

²⁸ T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 79 i n.

ale jednocześnie zakładamy, że wykładnia twórcza pojawi się tylko w znikomych przypadkach, jeśli w ogóle się pojawi²⁹.

Patrząc na rodzime spory o twórczy charakter wykładni z perspektywy tradycji *legal reasoning* nie wynosimy z nich optymistycznych wniosków. To prawda, że odmienny sposób zdefiniowania pojęcia wykładni przez T. Gizberta-Studnickiego pozwala osłabić krytykę praktyki prawniczej przedstawioną przez L. Morawskiego. Zaprezentowana teoretyczna koncepcja wykładni nie dostarcza wszakże wielu argumentów, które mogłyby motywować polskich sędziów i innych funkcjonariuszy publicznych do poszerzania granic prawa, do odchodzenia od tekstu reguł prawnych, nawet gdy nie służą one adresatom prawa, i do wydania rozstrzygnięcia najlepszego dla stron postępowania.

★

Podsumowując analizę procesów stosowania prawa w perspektywie porównawczej dochodzimy do wniosku, że koncepcje przyjmowane w polskiej praktyce prawniczej i inspirowane przez prace takich autorów jak J. Wróblewski są przykładem wąskiego sposobu myślenia o rozumowaniach prawniczych, ściśle związanego z tradycyjną myślą pozytywistyczną. Gdyby sięgnąć po znaną propozycję porządkowania koncepcji rozumowania prawniczego, to byłoby wyraźnie widać, że mamy do czynienia z „modelem rozumowania opartym na regułach”. Nie jest to natomiast „model naturalny”, którego istotą jest rozstrzyganie spraw poprzez odwoływanie się do wszelkich typów racji (formalnych, etycznych, faktycznych itd.), bez jednoczesnego faworyzowania wybranych przesłanek decyzji i bez rygorystycznie

²⁹ Por. krytyczną analizę koncepcji T. Gizberta-Studnickiego w: L. Morawski, *Główne problemy...*, jw., s. 273 – 274, oraz w: Dawid Bunikowski, *Czy sądy tworzą prawo?*, tekst dostępny na stronie www.racjonalista.pl/kk.php/s,4542. Problem „twórczego charakteru wykładni” komentowany jest też w: K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo...*, jw., s. 270–273.

formułowanych dyrektyw wykładni i decydowania³⁰. Jeśli tak jest rzeczywiście, to znaczy że wbrew deklarowanej uniwersalności model decyzyjny stosowania prawa opracowany przez J. Wróblewskiego okazuje się być uogólnieniem rozstrzygania w prostych przypadkach (a nie *hard cases*) oraz w gruncie rzeczy zastosowaniem ideologii związanej decyzji stosowania prawa. Trzeba oczywiście przyznać, że sam J. Wróblewski podkreśla odrębność różnych ideologii i w swoich pracach opowiada się za tzw. ideologią praworządnej decyzji sądowej. To prawda również, że odróżniając normę prawną i regułę decyzji odrzuca on utożsamienie prawa i ustawy³¹. Jednak jego teoria rozumowania prawniczego jest odczytywana przez praktykę w taki sposób, że niewiele miejsca pozostaje dla społecznych wartości lub dla zasad (w sensie niekonkluzywnych przesłanek decyzji) albo zróżnicowanych faktycznych okoliczności, które – oprócz norm prawnych – mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia. W rezultacie w praktyce prawniczej zakres dyskrejonalnej władzy sędziego jest minimalizowany, a proces funkcjonowania prawa redukowany do tego, co realisci prawniczy nazywali „mechaniczną jursprudencją”.

Omawiany model rozumowania prawniczego dominujący w naszym kraju nie stanowi wyłącznie konsekwencji przynależności do tradycji systemu prawa kontynentalnego, różniącej się od systemu *common law*. Teorie argumentacyjne i teorie dyskursu rozwijane w literaturze polskiej między innymi przez L. Morawskiego, J. Stelmacha i M. Zirk-Sadowskiego znajdują przecież inspirację w europejskiej, a nie anglosaskiej filozofii i teorii prawa. Szczególne znaczenie ma myśl niemiecka ze swą silną tradycją hermeneutyczną, ale i z teorią dyskursu Roberta Alexy'ego. Myśl romańska (zwłaszcza szkoła

³⁰ L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning: Part II*, „Cornell Law School Legal Studies, Research Paper Series” 2006, paper 34 (dostępny: <http://lsr.nellco.org/cornell/lsrcp/papers/34>). Tekst ten stał się podstawą książki, której wydanie przez Cambridge University Press zaplanowano na sierpień 2008 r. (paperback: 978-0-521-70395-6).

³¹ L. Morawski, *Główne problemy...*, jw., s. 242.

Ch. Perelmana) i myśl rozwijana w Skandynawii i Holandii (m.in. A. Peczenik, A. Aarnio, E. Feteris) stanowią potwierdzenie, że nie mamy do czynienia z jakimś kulturowym czy politycznym determinizmem w teorii rozumowań prawnych. Teorie te mimo wszystko są w naszym kraju – jak pisze J. Stelmach – albo nieznane, albo ignorowane przez praktykę prawniczą.

III. O celowości rozumowań prawnych

Charakterystyka dominującej w polskiej teorii prawa koncepcji stosowania prawa pozwala przejść do tytułowego problemu celowości rozumowań prawnych. Idea celowości prawa i jego stosowania jest oczywiście interpretowana wielorako. Teoretycy i filozofowie prawa ideę tę często łączą z myślą słynnego niemieckiego prawnika, Gustawa Radbrucha. To w jego myśli, zarówno sprzed drugiej wojny światowej, jak i powojennej, znajdziemy koncepcję prawa o trójelementowej strukturze i obejmującego sprawiedliwość (*Gerechtigkeit*), celowość (*Zweckmäßigkeit*) oraz bezpieczeństwo prawne (*Rechtssicherheit*)³². Koncepcja prawa może być wszakże wyprowadzona tylko z apriorycznej idei prawa, a rola sędziego polega na ciągłym urzeczywistnianiu idei prawa. Sama idea prawa jest przy tym w gruncie rzeczy tożsama z szeroko rozumianą sprawiedliwością, choć składają się na nią właśnie trzy wymienione elementy. Sprawiedliwość prawa G. Radbruch pojmuje jednak formalnie, podkreślając, że jej istotą jest równość. Natomiast tym elementem idei prawa, który pozwa-

³² G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft (13. durchgearbeitete Auflage nach dem Tode des Verfassers Besorgt von Konrad Zweigert)*, Stuttgart 1980, s. 38 i n. Por. też J. Potrzebny, *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Lublin 2007, s. 83–91; M. Szyszkowska, *Zarys europejskiej filozofii prawa*, Białystok 2004, s. 205–208; J. Zajadło, *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch: portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty*, Gdańsk 2007, s. 99–101.

la określić treść prawa, jest właśnie celowość. Dopiero połączenie sprawiedliwości i celowości pozwala nadać prawu zarówno właściwą formę prawa, jak i treść. Mówiąc o celu prawa G. Radbruch nie wskazywał wszakże celów (interesów, dążeń, zamierzeń), które można określić w kategoriach empirycznych, lecz powinnościową ideę o charakterze etycznym, która wyznacza nam kierunki działania, obowiązek dążenia do słuszności prawa. Ów cel prawa musi przy tym znajdować swoje uzasadnienie w wartościach wyższych. Musi też być zagwarantowany przez bezpieczeństwo prawne, którego istotą są podstawowe wymagania stawiane konkretnemu porządkowi prawnemu: pozytywność (stanowienie) prawa, ograniczenie niepewności wynikającej z użycia klauzul generalnych, praktyczną jednoznaczność prawa osiąganą w procesie jego interpretacji oraz stałość, tj. możliwą niezmienność prawa.

Polska nauka prawa nie przyjęła jednak idei celowości prawa w rozumieniu G. Radbrucha³³. Dążenie do sprawiedliwości prawa oraz jego treściowej słuszności jest wyrażane i realizowane – jeśli w ogóle – przede wszystkim w inny sposób. Na poziomie aktów normatywnych lub w fazie procesu legislacyjnego sposobem osiągnięcia fundamentalnych ideałów prawa jest wykorzystanie generalnych klauzul odsyłających³⁴. W doktrynie podkreśla się, że jest to rozwiązanie odmienne od przyjętych w systemie *common law*. W państwach, w których prawo stanowione jest uzupełniane przez prawo precedensowe, nie ma bowiem potrzeby zapewnienia większej elastyczności prawa ani „otwierania” go na wartości społeczne poprzez nieostre lub ocenne wyrażenia. Taki skutek osiągnany jest właśnie przez precedensowe orzeczenia sądów³⁵. Natomiast w sys-

³³ Przyczyny słabej recepcji myśli G. Radbrucha mogłyby być przedmiotem odrębnej rozprawy.

³⁴ Patrz m.in. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i orzecznictwo*, Zakamycze 2001, s. 310 i n.

³⁵ Por. E. Rott-Pietrzyk, *Holenderska klauzula rozsądku i słuszności na tle innych uregulowań prawnych*, „Studia Prawa Prywatnego”, rok 1, z. 3/2006, s. 61.

temie prawa kontynentalnego, w tym szczególnie prawa polskiego, ideą porządkującą myślenie o sprawiedliwości i słuszności prawa stała się idea racjonalności. Jest ona ujmowana nie w sensie metafizycznym, argumentacyjnym lub komunikacyjnym, lecz w sensie racjonalności instrumentalnej (scjentyistyczno-technologicznej)³⁶. Racjonalność jest bowiem rozumiana głównie jako zdolność do wykorzystywania zdobytej obiektywnej i sprawdzalnej wiedzy o świecie w taki sposób, aby jak najskuteczniej osiągnąć cele założone przez twórcę prawa. Nieprzypadkowy jest też związek idei racjonalności w stosowaniu prawa oraz klauzul generalnych. L. Morawski pisał, że „ucieczka w klauzule generalne, pojęcia niedookreślone i inne przepisy przyznające szeroki zakres swobody w podejmowaniu decyzji jest przykładem powszechnie stosowanej strategii, która ma pogodzić wymogi legalizmu z wymogami podejmowania racjonalnych instrumentalnie decyzji”³⁷. Klauzule generalne są legislacyjnym środkiem służącym doprowadzeniu do racjonalnych decyzji. Wszystko to wymaga wszakże szerszego komentarza.

Racjonalności prawa przedstawiciele polskich nauk prawnych poświęcili całą kolekcję studiów i rozpraw. Większość autorów utrzymuje, że właściwie wszelkie uzasadnianie decyzji prawnych, czy to stosowania prawa, czy stanowienia prawa, musi być oparte na idei racjonalności, że idea racjonalności tworzy głęboką strukturę naszego myślenia o prawie³⁸ itp. Jeśli staramy się przełożyć takie przekonanie na bardziej konkretne twierdzenia i postulaty, to dochodzimy do opinii powszechnie przyjmowanej przez współczesnych polskich prawników, według której racjonalność wyraża się w dwóch fazach funkcjonowania prawa: w procesie jego stanowienia oraz w procesie jego stosowania. W pierwszym przypadku racjonalne działanie polega

³⁶ Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, jw., s. 115 i n.

³⁷ L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (Zarys problemu)*, „Państwo i Prawo” 1993, Nr 3, s. 20.

³⁸ Por. M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1984, s. 113.

na kolejnym spełnianiu określonych wymagań modelu racjonalnego prawotwórstwa: wyznaczeniu precyzyjnego stanu rzeczy (celu), który zamierza się osiągnąć za pomocą prawa; określaniu prawidłowości łączących cel ze zjawiskami, które mogą być użyte jako środki do jego osiągnięcia, wyodrębnianiu spośród nich środków prawnych i stanowieniu stosownych przepisów³⁹. Natomiast w procesie stosowania prawa idea racjonalności, zwykle formułowana jako zasada racjonalności ustawodawcy, sprowadza się do założenia, że skoro określone przepisy zostały ustanowione, to należy przyjąć, iż wyrażają one wolę ustawodawcy i to wolę racjonalną, a przez to powinny być przestrzegane, a nie kwestionowane. Oczywiście w polskiej teorii prawa podkreśla się, że model racjonalnego prawotwórstwa to ogromne uproszczenie rzeczywistych procesów legislacyjnych i że wymaga on poważnych modyfikacji⁴⁰, a z kolei zasada racjonalnego ustawodawcy w procesie stosowania prawa jest założeniem kontrfaktycznym uzasadnionym przez potrzebę zapewnienia wiernego posłuchu wobec prawa⁴¹. Szczególną rolę idei racjonalności mało kto jednak podejmuje się podważać.

Paradygmat racjonalnego ustawodawcy nie jest jedynym sposobem uformowania rozumowań prawniczych. Odrębnym i odmiennym standardem przyjmowanym w procesie stosowania prawa jest m.in. standard rozsądku (*reasonableness*). On także jest przedmiotem

³⁹ Jednym z twórców modelu racjonalnego prawotwórstwa był również cytowany już wcześniej J. Wróblewski. Patrz K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, jw., s. 190 i n.; J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1988. Por. też np. S. Wronkowska, M. Zieliński, E. Kustra, *Racjonalny prawodawca. Analiza teoretyczno-prawna*, Toruń 1980.

⁴⁰ Krytycznie lub choćby odmiennie o zasadzie racjonalnego tworzenia prawa piszą np.: E. Kustra, *Polityczne problemy tworzenia prawa*, Toruń 1994; L. Morawski, *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, Nr 11.

⁴¹ Analizując uzasadnienia dla obowiązku posłuchu wobec prawa Zygmunt Tobor nie odwoływał się jednak do zasady racjonalności ustawodawcy. Patrz: tenże, *Teoretyczne problemy legalności*, Katowice 1998, s. 57 i n.

wielu rozbieżnych interpretacji. W systemie *common law* służy on przede wszystkim jako zasada interpretacji oświadczeń woli, jeśli budzą one wątpliwości („jak rozsądny i zarazem uczciwy człowiek rozumiałby określone postanowienia umowne”). Standard rozsądku bywa też wykorzystywany jako dyrektywa interpretacji przepisów prawa stanowionego oraz jako jedno z kryteriów oceny zgodności zachowań adresatów prawa z regułami tego prawa (podobnie jak w prawie polskim kryteria „należytej staranności działania”, „rzetelności kupieckiej”) itp.⁴² Zwraca się przy tym uwagę, że standard rozsądku ma w myśli anglosaskiej szersze znaczenie niż w tradycji kontynentalnej. Obejmuje bowiem wyraźnie elementy ocenne składające się na idee słuszności (jako idei modyfikującej rygoryzm sprawiedliwości legalnej) oraz uczciwości, rzetelności, prawości. Taka wyraźnie Arystotelesowska formuła pozwala z jednej strony łagodzić skutki zasady *dura lex, sed lex*, a z drugiej strony pozwala ograniczać dyskrecjonalność władzy publicznej (np. sędziowskiej)⁴³. W tym znaczeniu bywa też wprowadzana do systemów prawnych Europy kontynentalnej. Bez względu wszakże na subtelne różnice znaczeniowe, nie ma wątpliwości, że standard rozsądku jest odrębny od idei racjonalności instrumentalnej.

Wspomniane wyżej koncepcje racjonalności ustawodawcy mają z kolei istotny wpływ na sposoby pojmowania istoty, zakresu i metod rozumowań prawniczych. W tym kontekście chciałbym przedstawić twierdzenie kluczowe dla problemu celów, jakim mają służyć rozumowania prawnicze. Uważam mianowicie, że w polskiej teorii prawa dorobiliśmy się bogatych analiz problematyki racjonalności, ale jednocześnie w dogmatyce prawniczej oraz w praktyce prawniczej

⁴² Por. np. E. Rott-Pietrzyk, *Holenderska klauzula...*, jw., s. 62; D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze 2004, s. 52–63.

⁴³ N. McCormick twierdzi, że dokonana przez Ronalda Dworkina krytyka teorii prawa H.L.A. Harta nawiązywała właśnie do idei *reasonableness*. N. McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 171.

rozważania na ten temat znajdują bardzo słabe odzwierciedlenie, są właściwie zredukowane do kilku prostych schematów. To rodzaj ubóstwa myślowego o poważnych skutkach dla funkcjonowania prawa w naszym kraju. Jesteśmy przy tym niezmiernie mocno przywiązani do wspomnianego wąskiego sposobu myślenia o racjonalności, do idei racjonalności instrumentalnej. Toteż problem racjonalności sprowadzamy do schematu, według którego wystarczy wyznaczyć cele i dobrać skuteczne środki, które do realizacji owych celów mogą prowadzić, aby owe cele zostały urzeczywistnione. Takie myślenie ogranicza, niestety, naszą zdolność do szerszego myślenia o takich standardach jak rozumność lub rozsądnosc (*reasonability*). To właśnie dlatego król jest nagi, gdyż przyjęliśmy bardzo wąską koncepcję szat, które mają go zdobić.

Sformułowane powyżej twierdzenie wymaga wyjaśnienia i uzasadnienia. Rozważmy jakie są przejawy owego ograniczenia czy ubóstwa naszego sposobu myślenia o racjonalności rozumowań prawniczych. Gdy sięgamy po prace polskich teoretyków prawa na temat racjonalności w procesie stosowania prawa, znajdziemy propozycję odróżnienia racjonalności wewnętrznej i zewnętrznej. Ta pierwsza polega na założeniu, że racjonalna będzie taka decyzja, która jest prawidłowo wywiedziona z przesłanek tej decyzji. Racjonalność zewnętrzna z kolei to taka, która pyta o same przesłanki decyzji, czy te przesłanki decyzji są trafnie, czy prawidłowo sformułowane i dobrze uzasadnione. Dla przykładu: zdaniem J. Wróblewskiego termin „racjonalny” oznacza, że zdanie, norma lub ocena jest uzasadniona przez odpowiednią argumentację. Inaczej mówiąc, decyzja jest racjonalna, jeśli jest oparta na ustalonej wiedzy (*determined knowledge*) i ustalonych ocenach (*determined evaluations*)⁴⁴.

W praktyce okazuje się, że częściej i chętniej sięgamy po racjonalność wewnętrzną niż po racjonalność zewnętrzną. Pytamy tylko,

⁴⁴ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, jw., s. 158 i n.; J. Wróblewski, *Justification of legal decisions...*, jw., s. 278 i n.

czy wyrok jest zgodny z przepisem powołanym przez sędziego, zamieszczonym w ustawie oraz uznawanym za obowiązujący w danym systemie prawa. Same przesłanki decyzji, ich kompletność, trafność i legitymizacja, wydają się pozostawać poza sporem, a przez to przyjmujemy je jako oczywiste. Współgra to dobrze z ograniczaniem procesu rozumowań interpretacyjnych, o czym pisałem w części II tych rozważań: sądy działając z poczuciem dobrze wypełnionego obowiązku sięgają po zasadę *clara non sunt interpretanda*, redukując rozumowania interpretacyjne do wykładni językowej rozstrzygającej o „łatwym przypadku”, nawet gdy mamy do czynienia z *hard case* (jakkolwiek rozumianą). Głos Macieja Zielińskiego i autorów odrzucających koncepcję bezpośredniego rozumienia tekstu prawnego i redukcji procesu wykładni do przypadków niejasności tekstu oraz twierdzących, iż w każdym przypadku musimy dokonywać wielokontekstowej wykładni prawa (*omnia sunt interpretanda*) jest wciąż – mówiąc metaforycznie – głosem wołającego na puszczy⁴⁵. Podobnie cytowane stanowisko T. Gizberta-Studnickiego, opowiadającego się za odtwórczą, ale wielokontekstową wykładnią prawa, nie znajduje szerokiego odzwierciedlenia w orzecznictwie sądów polskich. Można tylko spotkać ostrożne wypowiedzi typu: „Należy jednak zauważyć, że zasada pierwszeństwa wykładni językowej nie powinna prowadzić do wniosku, iż interpretatorowi wolno jest całkowicie ignorować wykładnię systemową lub funkcjonalną (...). Może się bowiem okazać, że sens przepisu, który wydaje się językowo jasny, okaże się wątpliwy, gdy go skonfrontujemy z innymi przepisami lub weźmiemy pod uwagę cel regulacji prawnej. Jednym z najmocniejszych argumentów o poprawności interpretacji jest okoliczność, że wykładnia językowa, systemowa i funkcjonalna dają zgodny wynik. W każdej zatem sytu-

⁴⁵ Zasadę, że w każdym przypadku orzekania niezbędna jest wykładnia prawa wyraził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 2005 r., sygn. akt P 15/02 (OTK-A 2005/1/4). Jednak Sąd Najwyższy i NSA w dziesiątkach innych orzeczeń przyjmowały, że tego, co jasne, nie powinniśmy poddawać interpretacji.

acji, gdy nasuwa się podejrzenie, że wynik wykładni językowej może okazać się nieadekwatny, interpretator powinien go skonfrontować z wykładnią systemową i funkcjonalną. Ustalając zatem znaczenie językowe przepisu, należy brać pod uwagę także jego kontekst systemowy i funkcjonalny, a więc na przykład inne przepisy prawne, wolę prawodawcy oraz cel regulacji (...)”⁴⁶.

Analizując dalej teorię racjonalności sformułowaną w polskiej nauce prawa docieramy do rozróżnienia racjonalności formalnej, która skupia się na uzasadnianiu twierdzeń na podstawie rozumowań logicznych, od racjonalności treściowej (materialnej), która uzasadnia same wnioski ze względu na ich treść⁴⁷. W tej kwestii można za J. Wróblewskim przyjąć, że racjonalność w kontekście decyzji sądowego stosowania prawa jest przedmiotem sporu między formalistami i „antyformalistami”. Ci pierwsi interpretują racjonalność wąsko – jako spełnienie założenia poprawności logicznego rozumowania w procesie interpretacji. Natomiast antyformaliści szukają szerszego rozumienia racjonalności, polegającego na włączeniu do procesu rozumowania również standardów wartościujących, to jest ocen i preferencji aksjologicznych.

W tym kontekście dochodzimy do kilku wniosków. Po pierwsze, dominacja stanowiska o pierwszeństwie wykładni językowej nad innymi rodzajami wykładni czy to w wersji teorii klaryfikacyjnej J. Wróblewskiego, czy też – już mniej eksponowana – w wersji teorii derywacyjnej M. Zielińskiego, wyraźnie uzasadniają opowiedzenie się w procesie stosowania prawa za perspektywą formalistyczną, a nie za poszukiwaniem wartości lub innych pozanormatywnych kontekstów.

Po drugie, tendencja do zwięzania zakresu rozumowań prawnych (o czym pisałem wyżej w ramach analizy porównawczej) może

⁴⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 607 (OSNKW 2007/5/37).

⁴⁷ Por. M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen...*, jw., s. 172–173.

być wspierana przez swoisty oportunizm sędziowski⁴⁸. Ponieważ obowiązuje ideologia praworządnej (*de facto* często – związanej) decyzji sądowego stosowania prawa, a swoboda orzekania może łatwo narazić sędziego na zarzut błędnej wykładni, to sędziowie raczej dbają o formalną poprawność rozumowania i podjętej w jego wyniku decyzji niż ostatecznie o sporną sprawiedliwość lub słuszność decyzji, rozumianą aksjologicznie lub faktycznie⁴⁹. To, mówiąc żartobliwie, jakby jedenaste przykazanie, którym sędziowie się kierują. Pierwszych dziesięć wszyscy znamy, choć nie zawsze ich przestrzegamy. Najważniejsze jest jednak jedenaste: „I oby ci tylko nie uchylili wyroku!”.

Po trzecie, skupienie się na racjonalności decyzji prawnej, jak podkreślał na przykład Zygmunt Ziemiński jeszcze w pracach wczesnych lat 80-tych⁵⁰, musi być zawsze zrelatywizowane do pewnych standardów, do pewnej wiedzy i do pewnych ocen. Z. Ziemiński twierdzi wszak, wskazując takie obiektywne przesłanki decyzji i dokonując wyboru wartości podstawowych dla danego rozstrzygnięcia, że może się zdarzyć sięgnięcie po wiedzę kompletnie niepewną i niesprawdzoną albo po oceny, po wartości, które budzą sprzeciw każdego porządnego człowieka niezależnie od jego światopoglądu czy orientacji. Przyjęcie idei racjonalności za ideę przewodnią prawa zakłada bowiem pewien rodzaj arbitralności wyboru. Przecież z wiedzą uznaną za naukową się nie dyskutuje, podobnie jak

⁴⁸ Por. np. wypowiedzi E. Łętowskiej i A. Zolla w: *Debata: czy Polska jest państwem prawnym?*, „Gazeta Prawna” Nr 12 (2134), 17 stycznia 2008 r.; por. też: *Człowiek w dobrym otoczeniu. Przyzwoitość a polskie życie publiczne. Z prof. Ewą Łętowską, prawnikiem, rozmawia Anna Mateja*, „Tygodnik Powszechny”, dostępne na stronie: <http://tygodnik2003–2007.onet.pl/0,1258084,druk.html>.

⁴⁹ Oportunizm sędziowski jest raczej wynikiem okoliczności faktycznych dotyczących zasad organizacji i funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości niż cechy rozumowania prawniczego nazywanej „zaczepialnością” (*defeasibility*). Por. L. Morawski, *Główne problemy...*, jw., s. 205; B. Brożek, *Defeasibility of legal reasoning*, Zakamycze 2004, *passim*.

⁵⁰ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, jw., s. 272.

nie podważamy celów przyjętych przez racjonalnego ustawodawcę w państwie demokratycznym. A więc myślenie o rozumowaniach prawniczych w kategoriach racjonalności może okazać się zawodne. Nie konfrontujemy bowiem kryteriów racjonalności z ideą racjonalności interpretowaną jako *common sense* lub podobnie. Praworzędna i racjonalna decyzja stosowania prawa może się okazać nierozumna, nierozsądna czy z innych powodów społecznie szkodliwa.

I wreszcie jeden z najważniejszych wątków: problem wartości w procesie stosowania prawa. Polska teoria prawa, zresztą nie tylko ona, bardzo pięknie utrzymuje, że kluczowym elementem rozumowania prawniczego są wartości i cele, które mają być osiągnięte przez sędziego. W tej kwestii warto przypomnieć stanowisko Neila MacCormicka, który pisze, że powinniśmy dostrzegać dwa typy racjonalności, którą zakładamy lub której szukamy w rozumowaniach prawniczych. Pierwsza to racjonalność, którą nazywa się *purpose-rationality*, odwołująca się do celów przez nas postawionych, a druga to ta, która się odwołuje do wartości – *value-rationality*.⁵¹ Rozróżnienie to wydaje się dość zrozumiałe, ale posłużmy się prostym przykładem: jeśli zgodziłem się uczestniczyć w konferencji o rozumowaniach prawniczych będąc przekonanym, że to dobre i generalnie pożyteczne przedsięwzięcie, to uzasadnienie mojej decyzji ma charakter *value-rationality*, jeśli jednak podjąłem się tego zadania ze względu na oczekiwaną reputację wśród pracowników Uniwersytetu Warszawskiego, to w moim rozumowaniu silniej eksponuję element celu⁵². Z takiego rozróżnienia wynika – moim zdaniem – kilka ważnych

⁵¹ N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht-Boston 1986, s. 190 i n.

⁵² Przedstawiona dystynkcja nie jest tożsama z rozróżnieniem działania na podstawie ocen zasadniczych i ocen instrumentalnych. To raczej rozłożenie akcentów czy stopnia skupienia się na konkretnych celach. MacCormick przyznaje bowiem, że w ramach *value-rationality* też często odwołujemy się do celów, tyle że bardziej generalnych lub dotyczących szerszej zbiorowości, a z kolei osiągnięcie przyjętych wartości zwykle wymaga realizacji konkretnych celów.

tez. Przede wszystkim, gdy mówimy o racjonalności decyzji prawnej, zwłaszcza gdy próbujemy uzasadnić taką decyzję, to powinniśmy się odwołać do obu postaci racjonalności, powinniśmy wziąć pod uwagę bezpośrednio wskazane cele, ale także wartości, które z tym orzeczeniem są związane. Neil MacCormick pokazuje przy tym, że oba wymiary racjonalności są ze sobą wzajemnie powiązane i nie muszą pozostawać w konflikcie. Tak naprawdę, to myślenie o wartościach koryguje nasze działanie podejmowane ze względu na cel i *vice versa*. Przyjęcie stanowiska MacCormicka może mieć ogromną wartość praktyczną. Z jednej strony stanowi ochronę, rodzaj samograniczenia przed podnoszonym wielokrotnie w polskiej literaturze skrajnym instrumentalizmem prawa i jego stosowania. Z drugiej strony myśląc w kategoriach dwuwymiarowej racjonalności możemy sobie uświadomić, że nie jesteśmy w stanie realizować wartości, jeśli nie „przełożymy ich” na określone, bardzo precyzyjne cele. Nie wystarczy deklaratywne zapisanie wartości w ustawach, niezbędne jest jeszcze urzeczywistnienie ich w procesie stosowania prawa.

Z powyższego wynikają dalsze istotne konsekwencje: musimy sobie uświadomić fakt, że racjonalność jest jedną z wartości, które bierzemy pod uwagę w procesie rozumowań prawniczych. Wyrok racjonalny wewnętrznie, wyrok zgodny z przepisami i prawidłowo uzasadniony będzie spełniał tylko jeden z wymogów kryterium racjonalności N. MacCormicka. Nie ma jednak gwarancji, czy inne wartości zostaną osiągnięte. Tego właśnie, tj. szerokiego spojrzenia, zdawało się brakować w tradycyjnej polskiej teorii prawa i opartej na niej praktyce prawniczej. Ponadto Neil MacCormick wskazuje także na wątek, który Ewa Łętowska wielokrotnie podnosiła w polskim dyskursie prawniczym: racjonalna analiza środków, po które sięgamy i które mają prowadzić do osiągnięcia przyjętych celów, musi być połączona nie tylko z suchą kalkulacją argumentów za i przeciw, ale musi być połączona z odwagą głoszenia przez sędziów własnych przekonań. Powinni oni umieć przeciwstawić się zarówno rutynie we własnym sądzie, jak i linii orzeczniczej przyjętej zwłaszcza w sądzie

wyższej instancji. To jest też element racjonalności. Jeśli tego zabraknie, to orzeczenia będą być może wewnętrznie bardzo racjonalne, ale nie będą rozumne w szerokim sensie, w sensie nawiązującym do rzetelności, uczciwości i słuszności.

Wątek etyczny przypomina nam także o sytuacji, w której dokonuje się rozumowanie prawnicze. Jeśli celem rozumowania prawniczego jest między innymi uzasadnienie podjętej decyzji, to ze względu na uwikłanie aksjologiczne akceptacja decyzji wymaga doprowadzenia do akceptacji przez adresatów tej decyzji⁵³. Ta zaś może wszakże być osiągnięta tylko w drodze dyskursu, i to uczciwego dyskursu. Powinniśmy więc myśleć raczej w kategoriach racjonalności komunikacyjnej niż racjonalności instrumentalnej. Bez tego nie zdołamy wyjść z zakłętego kręgu paradygmatu pozytywistycznego.

I na koniec rodzaj *memento*. Przedstawiona refleksja wskazuje, że dopóki nie zdobędziemy się na przyjęcie szerokiej koncepcji racjonalności i na postrzeganie rozumowania prawniczego jako wymagającego uwzględnienia zarówno etycznych wymogów ideału rozsądku, jak i warunków uczciwego dyskursu, dopóty król będzie paradował w starych szatach i będzie się dziwił, że ludowi wcale się takie przechadzki nie podobają.

⁵³ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Podstawy teorii argumentacji*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” Nr 177, Prawo CCXLIV, Wrocław 1995, s. 40.

Rozumność rozumowań prawniczych – ujęcie socjologiczne

Rozważania te oparte są na założeniu, iż prawo, a przede wszystkim prawo interpretowane w procesie jego stosowania, stanowi współcześnie jeden z podstawowych czynników więzi społecznej, kształtowania się wspólnoty normatywnej i komunikacyjnej zarówno w sferze publicznej, w sferze stosunków państwo – obywatele, jak i w sferze prywatnej. Założenie to odwołuje się do długiej europejskiej tradycji szacunku dla prawa oraz wartości prawa w społecznej świadomości. Prawo, sprawiedliwość i zawody prawnicze były bowiem w Europie, a później w całym kręgu cywilizacji zachodniej, nie tylko ważnym elementem sfery publicznej, ale i tematem sztuk pięknych, malarstwa, rzeźby, literatury oraz dramatu¹. Ostatnio prawa człowieka stały się tematem opery skomponowanej przez członka zespołu Pink Floyd na cześć wydarzeń poznańskich 1956 r. Jej premiera, jak pamiętamy, odbyła się w 2006 r. w Poznaniu. Współcześnie natomiast, niezależnie od sztuki i literatury „wyższej”, prawo jest coraz częściej głównym tematem kultury popularnej, przedmiotem filmów i seriali telewizyjnych, oczywiście także powieści sensacyjnych i doniesień prasowych. Prawo stanowi bowiem trwałe

¹ Mam tu na myśli przede wszystkim niezwykle, pięknie wydany album *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europaeischen Kunst* zawierający reprodukcje dzieł sztuki, powstałych w Europie od czasów starożytnych do najnowszych, których przedmiotem jest prawo i sprawiedliwość (Pleister, Schild 1988).

podstawy porządku społecznego, obrazowo można powiedzieć, iż ów porządek ucieleśnia, niezależnie – dodajmy – od potocznej percepcji prawa jako domeny specjalistów, jako swego rodzaju technicznej regulacji, instrumentarium autonomicznego wobec społeczeństwa. Można powiedzieć, iż prawo „przenika” do społeczeństwa, a wraz z nim przenikają charakterystyczne znaczenia, jakie prawo nadaje określonym zachowaniom czy wydarzeniom, przyczyniając się do ukształtowania wspólnoty komunikacyjnej.

Możliwe jest jednak i inne spojrzenie na prawo: niektórzy współcześni autorzy, np. Jacques Derrida, reprezentujący nurt ponowoczesny w teorii socjologicznej, zdobywający sobie uznane miejsce w teorii prawa, argumentują, iż prawo jest przemocą symboliczną, zimną i zrjonalizowaną, iż podporządkowuje strukturom charakterystycznego dla siebie języka, sformalizowanego i abstrakcyjnego, spontaniczne formy społecznej komunikacji. Jest ono zimnym i abstrakcyjnym „ogłędem” społeczeństwa, a ponieważ jest prawem, dysponuje przymusem podporządkowania sobie społeczeństwa i jego dyskursów (Derrida 1992: 23). Ponadto prawo może być ujmowane jako zbiór symboli i dyskursów dalekich od społecznej rzeczywistości, kreujących natomiast wrażenie symbolicznej i normatywnej spójności społecznej.

Z kolei społeczeństwo stanowi dla prawa źródło koncepcji, znaczeń, idei czy pewnych obiegowych teorii. Ich uwzględnienie w procesie stosowania prawa jest warunkiem jego przystawalności do społeczeństwa, w którym funkcjonuje. W teorii społecznej, na społeczną genezę prawa niewątpliwie zwracał uwagę Emil Durkheim. Niezależnie od związku typów regulacji prawnej z typami solidarności społecznej, a więc regulacji prawno-karnej z solidarnością mechaniczną i regulacji kontraktowych z solidarnością organiczną, według Durkheima prawo zastąpiło dawne formy życia religijnego i w społeczeństwach nowoczesnych to przede wszystkim prawo spaja społeczeństwo. Źródłem znaczeń pojęć, jakimi posługuje się prawo w społeczeństwach nowoczesnych, w miejsce religii stają się wielkie

idee filozoficzne, a wśród nich przede wszystkim idee wieku oświecenia, wraz z koncepcjami prawa natury oraz prawami człowieka i obywatela. Idee te, tak jak i koncepcje równości, sprawiedliwości oraz solidarności, stają się też kontekstem interpretacyjnym prawa, źródłem argumentów w procesie jego tworzenia i stosowania. Decydują one o społecznych obrazach prawa. W społeczeństwach nam współczesnych natomiast takim kontekstem, czynnikiem decydującym o społecznych obrazach, a często i źródłem znaczeń wyrażen języka prawnego, jest kultura popularna, przekaz prasowy, a także wiedza potoczna, potoczne doświadczenia obywateli w społeczeństwie demokratycznym.

Rozumność rozumowań prawniczych w moim ujęciu polegałaby zatem na uwzględnieniu obydwu elementów wspomnianej relacji: na uwzględnieniu przez prawników faktu, iż semantyka ich orzeczeń, a zatem znaczenia, jakie nadają zawartym w nich wyrażeniom, jest istotna dla budowania nowoczesnej wspólnoty komunikacyjnej, zwłaszcza w sytuacji wielkich przemian, w społeczeństwie pluralistycznym, a zatem gdy tracą swą moc tradycyjne normy i wartości religijne, obyczajowe, często też moralne. Podobne funkcje pełni retoryka orzeczeń sądowych: w świetle mało znanych w Polsce koncepcji amerykańskiego autora Jamesa Boyda White'a, retoryka orzecznictwa, zwłaszcza orzecznictwa sądów i trybunałów konstytucyjnych czy sądów najwyższych, przyczynia się do tworzenia zbiorowości konstytucyjnej, zjednoczonej wokół podstawowych pojęć konstytucji: państwa prawa, godności osoby ludzkiej, praw człowieka (Boyd White 1985). Prawo wypełnia zatem swego rodzaju próżnię normatywną i poznawczą, charakterystyczną dla zmieniającego się społeczeństwa. Jednak próżnia ta nie jest nigdy zupełna, a prawnicy przenoszą do systemu prawa język społeczeństwa, w którym prawo jest stosowane, i charakterystyczne dla społeczeństwa mity, uprzedzenia, obiegowe teorie, „wiedzę lokalną” (Foucault 1998), potoczne koncepcje i wyobrażenia (Baczko 1994), społeczne obrazy świata (Wittgenstein 2001, par.162), społeczne schematy interpretacji

(Schütz 1985), czy „habitusy” (Bourdieu 2006) – jako elementy ważnych kontekstów, a niekiedy i składników rozumowań prawniczych.

W konsekwencji będę zatem argumentować, iż rozumne – w ujęciu socjologicznym – dyskursy prawnicze to dyskursy pragmatyczne, a zatem takie, które, niekiedy nawet za cenę spójności czy też hermetyczności systemu prawa, uwzględniają obydwa elementy wspomnianej wyżej relacji: jego wpływ na tworzenie się wspólnoty normatywnej i komunikacyjnej (np. dzięki posłużeniu się wykładnią celowościową lub funkcjonalną, a przede wszystkim aksjologiczną w procesie stosowania prawa) oraz zwrotny wpływ wspomnianych społecznych obrazów świata, obiegowych teorii, społecznych schematów interpretacji, a przede wszystkim społecznych doświadczeń i tzw. wiedzy lokalnej na interpretację prawa. Między obydwoma społecznymi kontekstami prawa istnieją oczywiście napięcia.

W dalszej części tych rozważań zajmę się obydwoma elementami wspomnianej relacji. Zanim jednak do tego przejdę, przedstawię pokrótce ujęcie rozumowań prawniczych w teorii socjologicznej, przede wszystkim w teorii Maksa Webera. Teoria ta, moim zdaniem, charakteryzuje się wyjątkową przenikliwością i trafnością uwag dotyczących rozumowań prawniczych w europejskiej, kontynentalnej kulturze prawnej, a zatem w kulturze pozytywistycznej. Pokrótce zostaną tu też przedstawione kontynuacje tej teorii, jak i koncepcje przeciwne. Następnie ustosunkuję się do ważnego problemu hermetyczności oraz otwartości na społeczny kontekst rozumowań prawniczych w oparciu o przyjęte przeze mnie założenie, iż prawo stanowi ważny komponent systemu społecznego, a przede wszystkim ważny komponent kultury. W przeprowadzonej analizie odwołam się do pewnych koncepcji semiotyki kultury, a przede wszystkim do koncepcji semiotycznych Sapira, Whorfa i Bernsteina oraz ustaleń tzw. Szkoły Tartusko-Moskiewskiej, której głównymi reprezentantami są Jurij Łotman i Borys Uspieński. Wprowadzenie do tych rozważań semiotyki kultury pozwoli na dotarcie do głębokich struktur rozu-

mowań czy dyskursów związanych z prawem, a zatem do dyskursu tworzenia prawa i jego stosowania, umożliwiając w konsekwencji obronę prawniczego pragmatyzmu i krytykę prawniczego pozytywizmu z punktu widzenia pełnienia przez prawo funkcji spajania społeczeństwa.

Otwarcie się rozumowań prawniczych na społeczeństwo w teorii socjologicznej

Kwestia rozumowań prawniczych była przedmiotem zainteresowań socjologów, a ich wnikliwa analiza stanowiła ważnych element szerszej teorii kultury. Inicjatorem tego rodzaju podejścia do prawa i rozumowań prawniczych, jak i do tej pory jego najwybitniejszym przedstawicielem był w teorii socjologicznej Maks Weber. Zdaniem Webera, rządy prawa i tzw. panowanie legalne są szczególnym wytworem kultury zachodniej. Jej efektem jest też rozwój szczególnego rodzaju racjonalności. W swej socjologii prawa Weber zajmuje się bowiem badaniem rozwoju i narastania racjonalności pojęć prawnych, które są rozwijane przez uczonych prawników na podstawie odpowiedniego przygotowania zawodowego (Weber 2002: 890). Efektem tych procesów jest ukształtowanie się formalnej racjonalności systemu prawa, do czego przyczynia się ponadto kodyfikacja i systematyzacja obowiązujących norm prawnych. Cechą procesu racjonalizacji prawa jest więc tworzenie abstrakcyjnych reguł, generalizacja oraz systematyzacja Racjonalizacji prawa sprzyjała też profesjonalizacja nauczania prawa w postaci teorii prawa i nauk o prawie wykładanych na uniwersytetach. Jak podkreśla Weber, inaczej było w Anglii, gdzie prawnicy kształcili się w drodze stałego kontaktu z poszczególnymi przypadkami, a ich wykształcenie miało empiryczny i pragmatyczny charakter, natomiast na kontynencie europejskim uniwersytety zmonopolizowały wykształcenie prawnicze. Podstawą nauczania prawa na uniwersytetach było prawo rzymskie,

oderwane od swego kontekstu historycznego, przekształcone w system abstrakcyjnych reguł, które uznano za ucieleśnienie rozumu. Oderwane od konkretnych przypadków, reguły te sformułowano według systematycznych kategorii, których używano jako aksjomatów w dedukcji argumentów prawnych. Jak pisał Maks Weber, „W ten sposób wysunęło się na czoło zadanie «konstruowania» bezsprzecznych i ogólnych norm prawnych, pod które można by podciągnąć wszystkie przypadki danego rodzaju (...) i na tej drodze stało się obowiązujące dla myślenia prawniczego pojmowanie prawa jako logicznie bezsprzecznej systemu ogólnych norm prawnych, nie dopuszczających żadnych wyjątków i stosowanych do każdego konkretnego przypadku” (Weber, cyt. za Bendix 1975: 370). Tego rodzaju wykształcenie prawnicze było uzupełnione przez kurs logiki formalnej, a opisany przez Webera model wykształcenia prawniczego można uznać za paradygmatyczny i podstawowy dla prawniczego rozumowania, w dużej mierze autoreferencyjnego, kierującego się własną, wewnętrzną perspektywą.

Jest to też model podstawowy dla prawniczego pozytywizmu i pozytywistycznego sposobu myślenia, jeśli uznać za jego cechę to, iż głównymi metodami analizy prawa są metody analityczne (językowo-logiczne), a podstawowym zadaniem prawnika jest egzegeza tekstów prawnych – ich opracowywanie, porządkowanie i wykładnia (Morawski w swej rekonstrukcji poglądów Harta, 1999: 16). Dodajmy, że przede wszystkim wykładnia językowo-logiczna. W konsekwencji prawo tworzone i stosowane zgodnie z kanonem formalnej poprawności logicznej staje się poniekąd „ślepe” na rzeczywistość społeczną, niezwiązane z żadnym innym systemem norm społecznych, oderwane od społecznych doświadczeń. Najbardziej rozwiniętą formą procesu racjonalizacji prawa jest dziewiętnastowieczna jurysprudence pojęciowa. Stanowi ona ważny składnik fenomenu, jaki Weber nazwał „klatką racjonalności” (formalnej), w której zamyka się kultura świata zachodniego. Jak podkreślał Maks Weber, prawo formalnie racjonalne jest typem idealnym, w rzeczywistości nawet

doskonale skodyfikowane i usystematyzowane prawa, jak niemiecki kodeks prawa cywilnego, odwołują się do pozaprawnych systemów norm oraz wartości, a także zawierają klauzule generalne w postaci dobrych obyczajów, wierności i zaufania (*Treu und Glauben*). To otwarcie się prawa na pozaprawne porządki normatywne, wprowadzenie do systemu reguł racjonalności materialnej (etycznej) stanowi, zdaniem Webera, zagrożenie dla formalnej racjonalności prawa, a jednocześnie jest jego odpowiedzią prawa na potrzeby obrotu gospodarczego. Z kolei wprowadzenie do systemu prawa zasady sprawiedliwości społecznej, zasady ochrony godności osoby ludzkiej oraz innych „politycznych ideologii” stawia pod znakiem zapytania formalną racjonalność prawa i jej wyparcie przez tzw. racjonalność aksjologiczną. W związku z tym jesteśmy świadkami powstawania prawa, którego źródłem jest przede wszystkim orzecznictwo oraz umowy jako bardziej wrażliwe na społeczne normy i wartości. Analiza tych ostatnich stała się dla Maksa Webera podstawą zainteresowań zasadą wolności umów i jej ograniczeniami w związku z jej zakorzenieniem przede wszystkim w systemie prawa, ale także w związku z innymi normami społecznymi, przede wszystkim z moralnością i obyczajami (Weber 2002: 390 i n.).

Kontynuacją poglądów Maksa Webera jest teoria prawa jako autoreferencyjnego i samoreprodukującego się systemu autopojetycznego Niklasa Luhmanna (Luhmann 1993). Pewne podobieństwa można też znaleźć pomiędzy koncepcją prawa formalnie racjonalnego, ważnego komponentu klatki racjonalności, w jakiej znalazła się kultura europejska, a wspomnianymi postmodernistycznymi teoriami prawa jako zimnej i zrjonalizowanej przemocy komunikacyjnej, podporządkowującej sobie spontaniczne formy społecznej komunikacji. Szczególnie istotne dla rozważań nad rozumowaniami prawniczymi i ich rozumnością są koncepcje „sprawiedliwości alienującej”, zgodnie z którą istotą rozumowań prawniczych jest znajdowanie swego rodzaju trików formalnych po to, by nie dającą się logicznie uporządkować rzeczywistość podporządkować formalnym

regułom oraz wzorcom, z jakich składa się system prawa (Teubner 2002: 107 i n.)

W szczególności na uwagę zasługują tutaj koncepcje Niklasa Luhmanna – autora, który jak nikt inny podkreśla uniezależnianie się prawa od innych porządków normatywnych oraz jego auto-referencyjność. Jednak, zdaniem tego autora, nawet gdy zgodnie z kodem binarnym, jakim posługuje się system prawa w celu zachowania własnej autonomii, wszystkie dające się pomyśleć przypadki uporządkowane są według kodu prawny-bezprawny, pojawia się jakaś sfera nieoznaczoności, jakiś obszar możliwych zróżnicowań interpretacji, co z kolei staje się przedmiotem wykładni prawa oraz procesów argumentacji. Zarazem, zdaniem tego autora, posługiwanie się kodem binarnym oraz logiką dwuwartościową staje się niewystarczające, gdy prawo zdefiniujemy jako system otwarty poznawczo i operacyjnie zamknięty, będący częścią większej całości, złożonej z pozostałych społecznych systemów komunikacyjnych. Współczesne społeczeństwa (systemy społeczne) stoją bowiem wobec wyzwania, jak dokonać własnego opisu w sytuacji, gdy różne systemy cząstkowe posługują się różnymi kodami, z których każdy jest dla danego systemu kodem uniwersalnym. Z punktu widzenia społeczeństwa jedyną możliwością jest tu uznanie pluralizmu kodów i wartości. Z punktu widzenia dążącego do autonomii prawa jedyną możliwością jest posługiwanie się własnym kodem jako kodem uniwersalnym, chociaż istnieje wiele innych kodów społecznych. Skorzystanie z tej możliwości prowadzi, z jednej strony, do zachowania operacyjnej autonomii prawa (Luhmann 1993: 185–187), z drugiej jednak strony, jak stwierdza Luhmann, prowadzi to do powstania swoistych dla prawa (i pozostałych społecznych systemów komunikacyjnych) tautologii oraz nierozwiązywalnych paradoksów. W szczególności owe nierozwiązywalne paradoksy są interesujące z punktu widzenia rozumowań prawniczych.

Zdaniem Niklasa Luhmanna, szczególnie trudna sytuacja dla prawników powstaje wtedy, kiedy muszą oni odpowiedzieć na pyta-

nie, czy jest prawnym (uprawnionym) samo odróżnianie prawa od bezprawia, a zatem samo posłużenie się kodem prawo-bezprawie, czyli gdy muszą zastosować kod prawo-nieprawo (bezprawie) do swego kodu. Możliwe, i zgodnie z kodem binarnym uprawnione, są tu bowiem obydwie odpowiedzi: zarówno iż jest to uprawnione, jak i że nie jest (Luhmann 1993: 188, 189). Pomijając dalsze wywody autora na temat możliwości rozwiązania tego paradoksu, dotyczące zróżnicowania kodowania i programowania, można tu stwierdzić, iż tego rodzaju paradoksy są cechą charakterystyczną formalnie uporządkowanego systemu prawa. Są one też szansą, iż społeczeństwo, nawet jeśli jest społeczeństwem pluralistycznym, uzyska jakiś wpływ na system prawa i związane z nim rozumowania. W przeciwnym bowiem wypadku prawo rzeczywiście stanowiłoby kompletnie wyizolowany i tautologiczny system złożony z abstrakcyjnych i generalnych norm odnoszących się wyłącznie do siebie, niezależnych od społeczeństwa, w którym funkcjonują.

Jak już wspomniałam, poglądy Maksa Webera oraz jego kontynuatorów są paradygmatyczne dla pewnych kontynentalnych, europejskich konceptualizacji prawa, a co za tym idzie, rozumowań prawniczych. W świetle natomiast koncepcji przeciwnych prawo nie tylko formalnie spaja społeczeństwo, lecz także stanowi ważne źródło wartości i znaczeń, samo będąc, w jakimś zakresie, otwarte na społeczne znaczenia i wartości. W świetle zatem koncepcji prawa Emila Durkheima i jego kontynuatorów, aż po komunikacyjną teorię prawa jako społecznej instytucji Jürgena Habermasa, prawo, i rozumowania prawnicze, jeżeli nie mają się przekształcić w czysto techniczne instrumentarium oraz czysto techniczno-biurokratyczny żargon (bełkot, jak chcą niektórzy), powinny być wrażliwe na inne, pozaprawne systemy wartości i norm, a także na najważniejsze społeczne cele oraz znaczenia wyrażen języka prawnego w języku potocznym. Przede wszystkim mam tu na myśli znaczenia takich otwartych i polisemicznych, a ważnych społecznie pojęć języka konstytucji, jak sprawiedliwość, godność człowieka czy państwo prawa.

Zgodnie natomiast z współczesnymi koncepcjami prawo powinno być wrażliwe na społeczne doświadczenia, a zatem na wiedzę lokalną, czy jak – chce Michel Foucault – wiedzę ujarzmioną, ukrytą pod naukowymi formalnymi systematyzacjami, wiedzę naiwną, leżącą poniżej wymaganego poziomu naukowości, na „...bardzo szczególną, regionalną wiedzę zwykłych ludzi” (Foucault 1997: 19–21). Z punktu widzenia rozumowań prawniczych koncepcje te wspierają postulaty większego pragmatyzmu w procesie stosowania prawa oraz postulaty posługiwania się wykładnią celowościową, funkcjonalną i aksjologiczną w orzecznictwie, a także odwoływanie się w procesach argumentacji, a zatem w uzasadnieniach orzeczeń i wyroków, do takiej retoryki, która wzmacniałaby poczucie więzi społecznej bądź też stanowiłaby owej więzi istotne tworzywo. A zatem, w świetle tych uwag, racjonalność rozumowań prawniczych nie musi być racjonalnością formalną. Podkreślając związek prawa ze społeczeństwem, należy wyróżniać racjonalność aksjologiczną, komunikacyjną czy też pragmatyczną jako istotną przede wszystkim wtedy, kiedy prawo ma wypełnić istotną lukę normatywną w społeczeństwie ulegającym szybkim zmianom lub charakteryzującym się pluralizmem norm i wartości.

Idee, że nawet formalnie racjonalne prawo ma źródła społeczne, zostały wyrażone przez Emila Durkheima. W szczególności warto tu zwrócić uwagę, niezależnie od głównej tezy tego autora o równoległości procesów rozwoju typów solidarności społecznej, moralności i prawa, na koncepcję pozaumownych warunków umów. Zgodnie z tą koncepcją formalne wzorce oraz typy umów stanowią produkt szczególnej historii danego społeczeństwa (Durkheim 1999). A zatem, będąc instrumentem indywidualnego uczestnictwa w obrocie gospodarczym, umowa ma znaczenie dlatego, iż społeczeństwo dopracowało się uznanych jej form, w oparciu o własne doświadczenia dopracowało się akceptowalnych zasad podziału uprawnień i obowiązków. Prawo umów, czy prawo zobowiązań, jest więc rodzajem normy podstawowej dla poszczególnych umów indywidualnych,

a nie wyłącznie zbiorem norm posiłkowych będących do dyspozycji stron, gdy nie potrafią one znaleźć zadowalającego rozwiązania (Durkheim 1999: 256–267 i n). A zatem to, co wydaje nam się produktem wyszkolonych prawników i myśli prawniczej, w rzeczywistości jest wytworem długotrwałych procesów społecznych, jest też zakorzenione w kulturze danego społeczeństwa, stanowiąc istotny czynnik więzi społecznej.

Do idei prawa jako czynnika więzi społecznej nawiązują komunikacyjne teorie prawa, w tym przede wszystkim teoria Jürgena Habermasa argumentacji kooperacyjnych jako uzasadnień słuszności norm, a zatem uzasadnień ich komunikacyjnej racjonalności w ramach dyskursywnego modelu prawa, oraz te teorie, które podkreślają wagę retoryki orzecznictwa jako istotnych czynników kształtowania opartej na prawie wspólnoty obywateli. W swej rekonstrukcji dyskursywnego modelu prawa Lech Morawski podkreśla, iż ważna jest idea samostanowienia, a zatem takiej organizacji procesów tworzenia prawa, w której jego adresaci mogliby się czuć jego twórcami, oraz idea poszerzenia sfery dyskursywnej regulacji konfliktów i rozstrzygnięcia problemów w ramach wyznaczonych przez władczą regulację prawną (Morawski 1999: s. 110, 111). Jak się zauważa, spełnieniu tych wymogów najbliższe jest prawo cywilne (Morawski 1999: s. 113, Stelmachowski 1984: 18), a także regulacje prawa publicznego, prawa pracy czy prawa międzynarodowego, wyznaczające procedury zawierania umów pomiędzy podmiotami zbiorowymi. Komponentem racjonalności komunikacyjnej rozumowań prawniczych byłaby tu zatem umiejętność argumentacji, wykazania słuszności przyjętych rozwiązań czy norm w warunkach szczerzej i inkluzywnej debaty krytycznej nad każdą z możliwych interpretacji i argumentacji. Ponieważ inkluzywna i krytyczna debata nad interpretacją wyrażeń języka prawnego jest w procesie stosowania niezwykle ograniczona, należy zatem podkreślić cechy retoryki orzecznictwa, a zatem wspomnianą umiejętność argumentacji i wykazania słuszności rozwiązań poprzez odwołanie się do istotnych społecznie wartości i symboli

jako ważnych aspektów komunikacyjnej a jednocześnie aksjologicznej racjonalności rozumowań prawniczych.

Koncepcje prawa jako czynnika spójności społecznej są bliskie także kulturalistycznym wersjom socjologii prawa, w których kładzie się nacisk na ukryte założenia, kulturowo i historycznie ukształtowane oraz na milcząco przyjmowane modele podstawowych instytucji prawnych, takich np. jak własność i jej ochrona, a ponadto na praktyczne konsekwencje dokonywanych interpretacji i podejmowanych decyzji w procesie stosowania prawa dla względnie harmonijnego funkcjonowania społeczeństwa. W tym wypadku racjonalność rozumowań prawniczych posiadałaby istotne cechy swego rodzaju racjonalności pragmatycznej, uwzględniającej praktyczne, społeczne konsekwencje poszczególnych orzeczeń, przede wszystkim konsekwencje istotne dla harmonijnego funkcjonowania społeczeństwa.

Podsumowując, w teorii socjologicznej podkreśla się, iż racjonalność rozumowań prawniczych nie musi wyłącznie odzwierciedlać kanonów logicznej poprawności (racjonalność formalna). Z punktu widzenia przystawalności prawa, szczególnie prawa stosowanego, do społeczeństwa ważne jest wyróżnienie racjonalności aksjologicznej, komunikacyjnej i pragmatycznej. Zarazem należy podkreślić, że prawo, a w konsekwencji również rozumowania prawnicze są ujmowane jako komponent społeczeństwa, a ściślej – jego kultury. W ujęciu podkreślającym formalną racjonalność prawa jako jego cechę konstytutywną prawo i rozumowania prawnicze są immanentnym składnikiem takiej właśnie kultury, a zatem rozwijającej się na kontynencie europejskim, dla której wzorcem są kanony systematycznego, logicznego i abstrakcyjnego rozumowania. Z kolei teorie kładące nacisk na społeczną rolę prawa jako czynnika społecznej spójności, kładące nacisk na racjonalność aksjologiczną, komunikacyjną czy też czysto pragmatyczną, podkreślają znaczenie czynników pozaprawnych w procesie tworzenia, a przede wszystkim stosowania prawa, jak i znaczenie ukrytych założeń, wiedzy potocznej, historycznych doświadczeń, które w sposób niejako sspontaniczny i niekiedy nie-

uświadamiany wpływają na rozumowania prawnicze, czyniąc prawo stosowane bliższym społeczeństwu. Kwestie te są bardziej dogłębnie analizowane w ramach teorii semiotycznych, analizujących język i jego głębokie struktury.

Kwestia otwarcia się rozumowań prawniczych na społeczny kontekst w świetle pewnej teorii semiotycznej: wewnętrzne i zewnętrzne przekodowanie jako wskaźniki pozytywistycznych lub pragmatycznych dyskursów prawniczych²

Kulturę można ująć jako zbiór tekstów lub za semiotyką kultury stwierdzić, iż cała kultura jest systemem znaków. Semiotyka kultury zakłada zatem przeniesienie pewnych kategorii związanych z analizą języka do analizy kultury. Najważniejsze byłoby tu stwierdzenie o systemowym charakterze języka naturalnego. Język jest ujmowany jako pierwotny system modelujący. W semiotyce kultury, zgodnie z tezami przedstawicieli Szkoły Tartusko-Moskiewskiej, zakłada się ponadto, iż język naturalny jest tylko jednym z wielu rodzajów języków obecnych w kulturze. Sztuka, mitologia, ideologie, a także, dodajmy, prawo – ze względu na charakterystyczne słownictwo, oraz pewne szczególne reguły składni – stanowią systemy modelujące wtórne. Wtórne systemy modelujące pełnią funkcję modelującą.³

² Ten fragment moich rozważań odwołuje się w dużej mierze do analizy semiotycznej teorii kultury tzw. Szkoły Tartusko-Moskiewskiej, dokonanej w pracy magisterskiej napisanej pod moim kierunkiem przez Pawła Rojka. Praca ta, pt. *Struktura solidarnościowego rozumu. Analiza semiotyczna dyskursu PZPR i NSZZ Solidarność w 1981 roku*, ukaże się w roku bieżącym drukiem w wydawnictwie NOMOS.

³ Tzw. Szkoła Tartusko-Moskiewska to nieformalna grupa uczonych różnych specjalności – lingwistów, teoretyków literatury, teoretyków sztuki, historyków, filozofów, entografów i cybernetyków, działających w latach sześćdziesiątych XX

Należy dodać, iż samo modelowanie polega na poznawaniu poprzez tworzenie modelu, czyli na poznawaniu danego przedmiotu za pomocą innych przedmiotów, jakimi są modele (czy też, w socjologii, typy idealne). Jak się podkreśla, funkcja modelująca jest jasna w wypadku języków naturalnych: od zasobu i charakteru słownictwa oraz reguł gramatycznych zależy obraz świata dostępny w danym języku (Sapir 1978; Whorf 1982; Bernstein 1990). Tę funkcję pełnią też systemy wtórne, w wśród nich prawo – odtwarzają one rzeczywistość, modelując ją na własnym materiale i według własnych reguł. Jak zaobserwowano, zarówno w pierwszym przypadku, a zatem języka naturalnego, jak i prawa jako systemu modelującego wtórnego, wprowadzenie faktu do systemu ma cechy przekładu – bezpośredniego w przypadku języka naturalnego, zapośredniczonego zaś przez charakterystyczne słownictwo i reguły składni w przypadku prawa (Rojek *op.cit.*:13).

Systemy znakowe podane są podwójnej presji: z jednej strony dążą do maksymalnej integracji, z drugiej – do maksymalnej adekwatności do rzeczywistości. Z jednej strony muszą zachowywać tożsamość i spójność, korzystając z własnego słownika i reguł modelowania, z drugiej mają reprezentować to, co wobec systemu zewnętrzne. Między tymi dążeniami istnieje oczywiste napięcie. Jak się podkreśla, system znakowy, który jest doskonale zintegrowany, nie wskazuje niczego poza sobą; system, który doskonale odpowiada rzeczywistości, nie może być zintegrowany, jest on niespójny, a nawet grozi mu rozpad, entropia. Są to dwie skrajności, między

wieku, skupionych wokół literaturoznawcy Jurija M. Łotmana. Do jej najważniejszych przedstawicieli należeli Borys A. Uspieński, Zara Minc, Władzisław I. Iwanow i Władimir N. Toporow. Szkoła ta pozostawiła po sobie elementy bardzo ciekawej teorii kultury. Trzeba podkreślić, iż jej przedstawiciele wraz ze swymi studentami wizytowali pod koniec lat sześćdziesiątych Uniwersytet Jagielloński, m.in. byli gośćmi (o ile pamiętam na zaproszenie profesora Franciszka Studnickiego) Katedry Teorii Prawa Wydziału Prawa UJ. Z punktu widzenia problematyki tego tekstu najważniejsze są prace Jurija Łotmana i Borysa Uspieńskiego.

którymi znajdują się różne systemy znaków: prawo, religia, ideologie, poszczególne dyskursy. System znakowy określa ponadto, co jest prawdziwe, a co fałszywe. Rzeczywistość jednak wykracza poza wszelkie próby jej ujęcia, ponieważ prawda i fałsz są pojęciami zewnętrznymi wobec każdego systemu, chyba że, jak się to dzieje w wypadku prawa, system sam definiuje, np. poprzez przyjęcie określonych domniemań, co jest prawdą, a co fałszem. Mamy zatem tutaj do czynienia z prawdą względną, tzw. prawdą procesową, co jeszcze bardziej oddala prawo od rzeczywistości, w której funkcjonuje. Innymi słowy, choć system określa, co jest prawdą, a co fałszem, istnieją pozasystemowe prawdy i fałsze, czyli rzeczywistość, która wykracza poza to, co mówi o niej system.

Systemy znakowe różni podejście do tego faktu. Niektóre z nich, jak prawo w świetle ujęć teorii systemowych, mają wbudowaną zasadę stwierdzającą, że prawdą jest to i tylko to, co określa system, uznając za prawomocny tylko swój punkt widzenia, roszcząc sobie pretensje do zupełności, inne systemy dopuszczają wiele perspektyw, widząc w tym szanse na zbliżenie się do rzeczywistości i akceptują własną niezupełność.

Wspomniane właściwości modeli istotne są w trakcie tworzenia znaczeń, a zatem procesów przypisywania znaczeń faktom i obiektom wobec systemu (a właściwie jego modelu) zewnętrznych. Jest to określone jako relacja między tzw. planem wyrażenia a planem treści i przybiera postać tzw. przekodowania wewnętrznego, co w procesie przypisywania znaczeń, w tym w procesie interpretacji poszczególnych wyrażen tekstów, oznacza przekształcenia niewykraczające poza system, lub też postać przekodowania zewnętrznego, co oznacza przekształcenia wykraczające poza system, odwołanie się do wspomnianych społecznych obrazów świata, społecznych schematów interpretacji, wiedzy lokalnej, lokalnych pamięci, społecznych wyobrażeń (Łotman 1999).

Ponadto istotny jest tu podział na systemy binarne i ternarne. Podział ten oddaje cechy charakterystyczne tzw. głębokich struktur

wyznaczających wewnątrzsystemowe operacje, dzięki którym przekład jest dokonywany. Systemy binarne, operujące wyłącznie dzięki wspomnianemu przekodowaniu wewnętrznemu, ustalają znaczenie wyrażeń języka, czy też systemu znaków poprzez definicje, odnoszące się do już istniejących znaczeń w ich własnym języku. W ramach systemu prawa byłyby to definicje legalne. Systemy, w których dominuje przekodowanie zewnętrzne, nastawione na jak najwierniejsze modelowanie rzeczywistości, dopuszczają możliwość istnienia innych punktów widzenia, a nawet mogą dopuszczać kilka różnych, a równoprawnych punktów widzenia, co ma pomóc w uniknięciu ograniczeń jednego kodu i prowadzić do jedynej możliwej i dostępnej w ramach języka „obiektywności” (Łotman, *ibidem*: 275). Jak się zauważa, tego rodzaju akceptacja różnych punktów widzenia na tę samą rzeczywistość przypomina obowiązującą w myśleniu potocznym „generalną przekładalność perspektyw”. Zgodnie z teząmi socjologii fenomenologicznej, ta sama rzeczywistość może być modelowana w różny sposób i żaden z nich nie może być z góry traktowany jako nieuprawniony. Natomiast systemy, w których dominuje przekodowanie wewnętrzne, charakteryzuje brak przekładalności perspektyw, nastawione są one bowiem na zgodność z jakimś kanonem, mają one charakter „idealistyczny”, podczas gdy systemy z przewagą przekodowania zewnętrznego – „realistyczny”⁴.

Te uwagi, stanowiące krótkie podsumowanie przytoczonej tu semiotycznej teorii kultury, mogą być zastosowane do dyskursów prawniczych. Pozwalają one na dotarcie do tzw. głębokich struktur rozumowań prawniczych i wypunktowanie różnic pomiędzy ujętymi tu jako typy idealne dyskursem prawniczym pozytywistycznym, związanym przede wszystkim z kanonem racjonalności formalnej, i pragmatycznym, a zatem związanym z kanonem racjonalności aksjologicznej, komunikacyjnej czy też pragmatycznej. Dyskurs pozytywistyczny charakteryzowałby się w procesie tworzenia prawa i jego

⁴ Za Ajdukiewiczem 1985, t. I, s. 264–277.

stosowania przewagą rozumowań, mających charakter przekodowania wewnętrznego. Oznacza to uznanie za prawomocny własnego, wewnętrznego punktu widzenia, roszczenie do zupełności, nacisk na przekształcenia niewykraczające poza system wykładnią językową w procesie stosowania prawa, dążenie do spójności w procesie jego tworzenia. Dyskurs pozytywistyczny opiera się na założeniu, iż teksty prawne stanowią teksty kanoniczne, z których dedukuje się rzeczywistość. Stąd znaczenie racjonalności formalnej, wykładni językowej i definicji legalnych. Odtworzenie stanów rzeczy dokonywane jest tu poprzez odwołanie się do tekstu prawnego, co oznacza, iż prawo, a przede wszystkim prawo stosowane, odtwarza rzeczywistość, modelując ją na własnym materiale i według własnych reguł, a zatem na materiale powstałym dzięki zastosowaniu tekstu prawnego i według reguł rozumowań prawniczych, zgodnie z – ograniczonym – kodem rozumowań tego rodzaju. Nic, co nie odpowiada elementom obecnym już w systemie, nie może zostać w nim przedstawione. Stąd dystans dyskursu pozytywistycznego do społeczeństwa i jego problemów, do tworzenia więzi społecznych, wypełniania próżni normatywnej, dostarczania społeczeństwu schematów postrzegania rzeczywistości. Dyskurs ten stwarza więc niebezpieczeństwo dystansowania się prawa do społeczeństwa, a także tego, iż prawo istotnie stanie się zracjonalizowaną przemocą symboliczną, iż podporządkowuje strukturom charakterystycznego dla siebie języka, sformalizowanego, abstrakcyjnego i zracjonalizowanego, spontaniczne formy społecznej komunikacji, czy też stanie się zbiorem symboli i dyskursów dalekich od społecznej rzeczywistości, kreujących natomiast wrażenie symbolicznej i normatywnej spójności społecznej.

Dyskurs pragmatyczny związany z wspomnianymi typami racjonalności aksjologicznej, komunikacyjnej lub pragmatycznej, odwołując się w procesie tworzenia i interpretacji znaczeń do przekodowania zewnętrznego, daje szansę na zbliżenie się do pluralistycznej rzeczywistości społecznej za cenę spójności systemu, akceptowanie własnej niezupełności, definiowanie znaczeń zbliżone do tych, jakimi

posługuje się społeczeństwo, odniesienie do języka, jakim posługuje się społeczeństwo, a zatem do wspomnianej społecznej wiedzy, potocznych teorii, społecznych obrazów świata. Oznacza to też wprowadzenie do dyskursu akceptacji różnych punktów widzenia i przekładalności perspektyw, a w procesie wykładni położenie nacisku na wykładnię celowościową, funkcjonalną, a przede wszystkim aksjologiczną. Można powiedzieć, że za cenę spójności systemu, a nawet za cenę dokonywania rozstrzygnięć w procesie stosowania prawa dyskurs pragmatyczny wzmacnia obydwie strony relacji społeczeństwa i prawa: umożliwia oddziaływanie prawa na procesy tworzenia się więzi społecznych i przenikania do prawa potocznych teorii, lokalnych pamięci, wyobrażeń, obrazów świata.

Zakończenie: ilustracja dyskursu pozytywistycznego i pragmatycznego w procesie tworzenia i stosowania prawa

Nietrudno jest podać przykłady pragmatycznego podejścia do prawa w procesie jego tworzenia. Przykładem jest tu przede wszystkim konstytucja, ale i wszelkie wspomniane prawa powstające w drodze negocjacji i umów, a zatem prawo pracy (układy zbiorowe pracy) czy też prawo międzynarodowe. Są to też wszelkie rozwiązania charakterystyczne dla demokracji liberalnych, w których społeczeństwo uzyskuje wpływ na procesy tworzenia prawa czy to w postaci inicjatywy ustawodawczej, czy też społecznych konsultacji lub referendum. Samo prawo otwiera się też na społeczną rzeczywistość, zakładając przekładalność perspektyw, czy zgodnie z rozważaniami zawartymi w poprzednim akapicie, dopuszczając możliwość przekodowania zewnętrznego. Poczynając od preambuły konstytucji czy preambuły poszczególnych ustaw, poprzez posługiwanie się klauzulami generalnymi oraz wyrażeniami ocennymi, prawo staje się polisemiczne, a tym samym za cenę spójności bliższe społeczeństwu, w którym

funkcjonuje. Oczywiście, konsekwencją tego jest zarzut eklektyzmu, odwołania się do różnych, a nawet sprzecznych porządków ideologicznych. Przykładem jest tu Preambuła do Konstytucji RP z 1997 r., konstytucyjna zasada sprawiedliwości społecznej czy społecznej gospodarki rynkowej, wprowadzenie do konstytucji chroniącej przede wszystkim własność indywidualną, koncepcji rodzinnej własności gospodarstw rolnych, by wspomnieć najbardziej wyraziste przypadki możliwej niespójności logicznej, ale także aksjologicznej.

Jednak kurczowe trzymanie się językowej i literalnej wykładni w ramach dyskursu pozytywistycznego powoduje, iż dążenie do spójności eliminuje społeczną adekwatność, a nawet prowadzi do całkowitego oderwania się od doświadczeń społecznych. W konsekwencji prowadzi to do poszukiwania pozasystemowych, innowacyjnych rozwiązań, np. w postaci powoływania sejmowych komisji śledczych, powstawania innowacyjnych instytucji, nieprzewidzianych w systemie prawa i nie podporządkowanych logice jego funkcjonowania. Szczególnym przykładem trudności w procesie stosowania prawa jest realizacja zasady państwa prawnego w odniesieniu do kwestii rozliczeń zbrodni i łamania praw człowieka popełnionych w przeszłości. To właśnie w tym przypadku podporządkowanie stosowania prawa regułom racjonalności formalnej oraz literalna wykładnia prawa prowadzą do jego oderwania od doświadczeń społecznych, natomiast odwołanie się do kanonów racjonalności aksjologicznej, komunikacyjnej czy pragmatycznej grozi pogwałceniem zasady pewności prawa, nie mówiąc o jego spójności. W związku z tym pojawiają się wspomniane innowacyjne rozwiązania, zakładające wymienialność perspektyw, otwierające się na wspomniane przekodowania zewnętrzne, a zatem dopuszczające wielość różnych punktów widzenia i interpretacji związanych ze społecznymi doświadczeniami, w rodzaju powoływanych komisji prawdy czy komisji prawdy i pojednania. Kwestie te wymagają jednak odrębnego, bardziej dogłębnego opracowania.

Bibliografia

- Kazimierz Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, PWN, Warszawa 1985.
- Bronisław Baczko, *Wyobrażenia społeczne. Szkice o nadziei i pamięci zbiorowej*, PWN, Warszawa 1994.
- Reinhard Bendix, *Maks Weber. Portret uczonego*, PWN, Warszawa 1975.
- Pierre Bourdieu, Jean Claude Passeron, *Reprodukcja*, PSWN, Warszawa 2006.
- James Boyd White, *Rhetoric and Law. The Arts of Cultural and Communal Life*, w: tenże, *The Heracles' Bow*, University of Michigan Press, Madison 1985.
- Jacques Derrida, *Pismo filozofii*, inter esse, Kraków 1992.
- Emile Durkheim, *O podziale pracy społecznej*, PWN, Warszawa 1999.
- Michel Foucault, *Trzeba bronić społeczeństwa*, Wydawnictwo KR, Warszawa 1998.
- Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt nad Menem 1993.
- Jurij Łotman, *Problem znaczenia w tekście artystycznym*, w: A. Burzyńska, M.P. Markowski (red.), *Teorie literatury XX wieku. Antologia*, Znak, Kraków 2006.
- Jurij Łotman, *Kultura i eksplozja*, PIW, Warszawa 1999.
- Jurij Łotman, Boris Uspienski, *O semiotycznym mechanizmie kultury*, w: Janus, Mayenowe (red.), *Semiotyka kultury, wybór i oprac.*, Warszawa 1975.
- Lech Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, PWN, Warszawa 1999.
- Wolfgang Pleister, *Wolfgang Schield, Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst*, DuMont, Kolonia 1988.
- Thomas Reiser, *Das lebende Recht*, Nomos, Baden-Baden 1975.
- Alfred Schuetz, *Światły obywatel. Esej o społecznym zróżnicowaniu wiedzy*, przeł. D. Lachowska, „Literatura na świecie” 1985, Nr 2, s. 269–284.
- Andrzej Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, PWN, Warszawa 1984.
- Gunther Teubner, *Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda*, „Ius et Lex” 2002, Nr 1, s. 107–132.
- Maks Weber, *Gospodarka i społeczeństwo*, PWN, Warszawa 2002.
- Ludwig Wittgenstein, *O pewności*, przeł. B. Chwedeńczuk, Warszawa 2001.

Rozumowania prawnicze w procesie legislacyjnym

„...rozumowanie prawnicze to ćwiczenie z twórczej interpretacji, ćwiczenie, w którym nasze prawo jest układane z najlepszych uzasadnień znanych naszej praktyce. Rozumowanie to opiera się na opowieści, która pozwala uczynić owe praktyki tak dobrymi, jak to tylko możliwe”.

Ronald Dworkin, „Imperium prawa”

A. Co prawnicy „czynią” w procesie legislacyjnym

Najkrócej mówiąc, by użyć metafory Dworkina, prawnicy w procesie legislacyjnym tworzą, poprawiają i oceniają konspekt przyszłej opowieści, do której rozdziały napiszą w przyszłości organy stosujące prawo. Prace nad projektami ustaw to prace nad scenariuszem opowieści, której reżyseria spocznie w rękach sędziów. To oni przede wszystkim będą pisać kolejne jej rozdziały. Podejście to sygnalizuje, że tworzenie ustaw jest tylko fragmentem większej całości – z jednej strony porządku prawnego, z drugiej rozumowań prawniczych, które są przeprowadzane nie tylko w trakcie tworzenia prawa, lecz przede wszystkim w trakcie jego stosowania. Na marginesie odnotujmy, iż przeciwstawną to tej idei jest metafora tygła (bliżej: Matczak, s. 169).

W swoich rozważaniach skupiam się na roli prawników jako ekspertów w procesie tworzenia prawa, a ściślej – na opisie ich rozumowań podczas oceny przedstawianych im do opinii projek-

tów ustaw; ponadto poświęcam uwagę ich społecznym uwarunkowaniom. Dokonując oceny, prawnicy koncentrują się przede wszystkim na przeprowadzeniu całego szeregu testów, w następstwie których orzekają o poprawności przedstawionego projektu ustawy (w znacznie mniejszym stopniu koncentrują się na celach i skutkach opiniowanych projektów). Rozumowania tego typu nazywam testami zgodności. Zgodność winna mieć charakter horyzontalny (zgodność projektu z innymi ustawami) i wertykalny (zgodność projektu ustawy z konstytucją). Ponadto są testy poprawności procedury (trybu) uchwalania ustawy oraz zgodności tekstu projektu z zasadami techniki legislacyjnej.

I. Testowanie produktu (testy zgodności)

1. Test trybu (poprawności procedur)

Dla analiz rozumowań prawniczych w procesie legislacyjnym istotne znaczenie ma to, czy dotyczą one proceduralnych kwestii uchwalania ustaw, czy opiniowania samego meritum projektu ustawy. Uchybienia formalne w procedurze legislacyjnej powinny dyskwalifikować projekt, ponieważ podważają państwa prawa są procedury. Stwierdzenia uchybień proceduralnych (poza ewidentnymi) rzadko jednak mają miejsce. Dzieje się tak bynajmniej nie dlatego, że organy uchwalające ustawy doskonale pracują (wtedy efekty ich pracy w postaci ustaw byłyby zupełnie inne od dzisiaj spotykanych), lecz raczej dlatego, że politycy nie uznają procedur za kluczowe dla demokratycznego państwa prawa, a eksperci literalnie wykładając konstytucję i regulaminy parlamentarne pomijają argumentacje funkcjonalne i nie przywiązują należytego znaczenia do precedensów i zwyczajów. Doświadczenia z sejmowymi komisjami śledczymi, osiągnięcia kilku ekip rządzących w pracach nad ustawą o KRRiTV, łamanie w imię indywidualnych potrzeb posładyrektora muzeum dziesięcioletniej praktyki utrwalonych procedur

wynikających z wykładni niepołączalności mandatu poselskiego czy też tyle widowiskowe co dramatyczne spory o terminy uchwalania budżetu państwa uwidaczniają, że jest to problem poważny. Łatwo spostrzec, że w sytuacji niskiej kultury prawnej ten test ma kluczowe znaczenie, choć jego wynik bywa zwodniczy, gdy się zważy, że często jest on instrumentalnie traktowany przez polityków, a także przez ekspertów, którzy dokonując ocen „odrywają” procedury od wartości i celów, jakim one służą.

2. Test techniczny (zasad techniki legislacyjnej)

Ten rodzaj testu jest z jednej strony dużym osiągnięciem polskich legislatorów, z drugiej jednakże ma on niewielki wpływ na jakość tworzonego prawa. Mimo niskiej rangi aktu regulującego zasady techniki legislacyjnej (w Polsce, jak wiadomo, nie ma ustawy o tworzeniu prawa, choć jest rozdział w konstytucji o źródłach prawa) rozporządzenie to traktowane jest z należytą atencją – niestety, jedynie przez urzędników. To, że ustawy są złe i często sprzeczne z zasadami techniki legislacyjnej, jest następstwem przede wszystkim faktu, iż wiele projektów ustaw nie jest pisanych przez legislatorów, a posłowie uchwalają ustawy nie licząc się z opiniami fachowców. Pamiętajmy też, że wiele ustaw było ponadto uchwalone jako poselskie w trybie *quasi* pilnym, czyli trzytygodniowym, co pozwalało skutecznie wyłączać służby legislacyjne i eksperckie z prac nad ich projektami (było to domeną prac Sejmu ostatniej kadencji). Największą wagę do zasad techniki przywiązują członkowie Rady Legislacyjnej, co uwidaczniają ich opinie publikowane w „Przeglądzie Legislacyjnym”. Omawiany test nie powstrzymał jednak posłów nawet przed złamaniem systematyki kodeksu pracy i pomieszczenia w nim zamiast paragrafu innej jednostki redakcyjnej.

3. Test horyzontalny (stan prawny i orzecznictwo)

Jest on najbardziej typowy dla prawników. W swoich opiniach starają się odpowiedzieć na pytanie, jak proponowany projekt ma

się do istniejącego stanu prawnego i (co rzadziej) do obowiązującej linii orzeczniczej SN i NSA. Ten rodzaj rozumowania prawniczego musi cechować doskonała znajomość przedmiotu regulacji (gałęzi prawa), gdyż każdorazowe zasilenie systemu prawa przez nowe elementy stawia na porządku dziennym ich koherencję z dotychczasowymi elementami systemu. Opinie pisane są zazwyczaj zgodnie ze studencką konstatacją, że „asystent mówi, co wie a profesor wie, co mówi” – liczy się tzw. klasa eksperta. Ponadto wymogiem poprawnego przeprowadzenia testu horyzontalnego jest odpowiedni okres czasu. W sytuacji gdy w jednym projekcie ustawy używa się kilku metod regulacji, gdy nawet w nowej ustawie dokonuje się lawinowych zmian w innych ustawach, solidne przeprowadzenie testu ma miejsce doprawdy rzadko. Problemy, jakie on sprawia, najlepiej uwidaczniają opinie ekspertów sejmowych pisane często *ad hoc* bądź w okresach zbyt krótkich, aby były należyte sporządzone. Plaga ta dotknęła również w 2006 roku członków Rady Legislacyjnej (zob. „Przegląd Legislacyjny” nr 4/2006).

4. Test wertykalny (zgodności z konstytucją i *aquis constitutionnel*)

W polskich warunkach jest to najtrudniejszy i najbardziej kontrowersyjny test w opiniowaniu projektów ustaw, a jednocześnie kluczowy dla demokratycznego państwa prawa. Kontrowersja dotyczy granic testu. W zależności od reprezentowanej kultury prawnej eksperci ograniczają się bądź do analizy przepisów prawnych i zawartych w nich reguł, bądź też dostrzegają, iż przepisy zawierają również zasady prawne, wartości czy cele polityczne. W krańcowym wypadku – postawy dogmatycznej – nawet konstytucja będzie postrzegana jako zbiór reguł, a przepisy w niej zawarte będą traktowane dosłownie. Następstwem takiej postawy był atak na Trybunał Konstytucyjny, który z natury rzeczy winien orzekać według zasad, a nie reguł, gdyż te ostatnie są domeną modelu sylogistycznego stosowanego przez sądy powszechne.

W przypadku tego testu spotykamy się praktycznie z wszystkimi problemami współczesnej filozofii prawa: formalizmem prawnym, granicami wykładni prawa, modelami orzekania przez sądy konstytucyjne i uzasadnieniami z zakresu realizowanych celów politycznych oraz politycznej moralności. Jak wiadomo, problem ten w USA został rozwiązany przez wyodrębnienie dwu typów interpretacji prawniczej: *constitutional interpretation* i *statutory interpretation*. Jak zauważył Lech Morawski, „...interpretacja konstytucyjna, zwłaszcza w fundamentalnych sprawach, jest przede wszystkim interpretacją standardów, a więc interpretacją zasad, celów, ideałów i wartości, na których opiera się porządek konstytucyjny, podczas gdy interpretacja ustaw w przeważającej mierze odnosi się do wykładni zwykłych reguł” (Morawski, 2006, s.17). Zauważmy na marginesie, że w przypadku *constitutional interpretation* znamy też wariant węgierski, w którym orzecznictwo węgierskiego TK utworzyło tak wiele reguł i zasad nie zapisanych w tekście konstytucji, traktując je jako jej immanentną część, że dało to początek słynnej idei „niewidzialnej konstytucji” (Morawski 2006, s. 7). Przypadek polski ukazuje brak zgody – tak ze strony polityków, jak i części sędziów – na uznanie *aquis constitutionnel*, czyli orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, za element składowy konstytucji. Poza politycznymi aspektami tego sporu rzutuje on bezpośrednio na dominujące rozumowanie prawnicze. Wydawać by się mogło, że spór ten ma istotne znaczenie wyłącznie dla stosowania prawa, tak jednak nie jest: jego wynik rozstrzyga również o kształcie ustawy. W opiniach o projektach ustaw prawnicy przywołują wprawdzie wyrok Trybunału Konstytucyjnego, jednak ich rozumowanie ogranicza się zazwyczaj do rozumowania formalnoprawnego.

1. Rozumowanie formalnoprawne

Twierdzenie, że istotą kształcenia prawników jest ukształtowanie ich w duchu rozumowania formalnoprawnego, przynajmniej w dotychczasowym modelu kształcenia, jest prawdą. Ten typ rozumowania prawniczego ma być powiązany z pozytywizmem prawniczym i ideą rządów prawa. Jak zauważył Marcin Matczak, „Proponowane przez krytyków alternatywy natomiast w jakiś sposób poświęcają autonomię prawa na rzecz realizacji innych, pozaprawnych wartości: skuteczności, korzyści społecznych i gospodarczych czy wreszcie wyższego poziomu moralności” (Matczak, s. 80). Ten stan rzeczy powoduje skutki eufunkcjonalne i dysfunkcjonalne dla porządku prawnego. W państwach Lewiatana rozumowanie formalnoprawne służy obronie demokracji, w państwach Behemota (będących w stanie rewolucji) jest beзуżyteczne i zastępowane teleologicznym (Schmitt, s. 31). W państwach demokratycznych jego funkcje są bardziej złożone i bezpośrednio zależne od dominującego typu kultury prawnej. Zawsze jednak rozumowanie to niesie w sobie niebezpieczeństwo dogmatyzmu, którego krańcowym wyrazem jest twierdzenie, że co nie jest zapisane w przepisach prawnych, dla prawników nie istnieje. Współczesnym funkcjom tego typu rozumowania w polskiej literaturze przedmiotu poświęcono uwagę dopiero w ostatnich latach (Smolak, 2003; Spyra 2006; Matczak 2007).

Ten typ myślenia w dużej mierze sprowadza się do tekstualizmu: „Formalizm wyraża zatem przekonanie, że język tekstu prawnego determinuje wynik interpretacji w sposób <<ubłagany>>, zmuszając interpretatora do wyboru danego rozstrzygnięcia” (Matczak, s. 56). Prawnicy poruszają się wśród tekstów projektów ustaw, używając jako kompasu formalizmu prawniczego, wiążącego go z ideą państwa prawa. Bez względu na to, która to będzie z wersji formalizmu, w swoich opiniach starają się skupiać na tekście w myśl zasady, że „tekst prawny stanowi najbardziej przejrzystą przesłankę interpreta-

cyjną, podczas gdy sięganie do przesłanek pozatekstowych wiąże się z możliwością ich selektywnego doboru (ze względu na ich liczebność) i z błędnym rozumieniem (ze względu na ich niedookreśloność)” (Matczak 2007, s.114). Skutki takiej postawy są negatywne, gdyż niezajmowanie się celem projektu ustawy, wcześniejszymi regulacjami oraz analizą interesów, jakie reprezentuje projekt, umożliwiają wszelkie lobbystyczne zabawy legislacyjne i partykularne gry partyjne z wyłączeniem obywateli.

2. Rozumowanie teleologiczne

Wyjście poza tekst przepisów, tak czy inaczej, oznacza typ rozumowania, w którym przepisy prawne (tekst) nie odgrywają dominującej roli. Bez względu na to, czy przestrzeń, w której będziemy się poruszać, „wypełnią” dworkinowskie zasady i wymogi polityki prawnej (*policies*), model ważenia zasad R. Alexego (Spyra, s. 242) czy też wykładnie mające charakter pozatekstowy (Spyra, s. 34) lub moralność polityczna (Smolak, s. 32), za każdym razem w swoim rozumowaniu prawniczym kierować się będziemy pewnymi wartościami – nie wyrażonymi wprost w przepisach prawnych. Realizują one (lub mają realizować) określone cele w porządku prawnym bądź szerzej – w porządku społecznym. Antyformalizm tych ujęć jest ewidentny, tak jak wyraźnie dostrzegalne jest ich funkcjonalne powiązanie z poszerzeniem dyskrecyjnej władzy organów stosujących prawo.

Stosowanie rozumowań teleologicznych wywołuje jednak całą gamę obiekcji, gdyż swobodne poruszanie się w krainie nieskodyfikowanych wartości wymaga wykształcenia i wiedzy niedostępnej nie tylko obywatelom, polskim politykom, lecz także części środowiska prawniczego. Niewątpliwie, koniecznym warunkiem ich stosowania jest też konsens społeczny co do kształtu systemu społecznego oraz istnienie wspólnoty politycznej. Poniższy cytat dokumentuje, jak skomplikowane, a jednocześnie politycznie doniosłe, są to problemy: „*W związku z tym proponuję, aby rekonstrukcja dokonywana była*

w oparciu o cztery rodzaje przesłanek: zasady konstytucyjne, które to zasady znajdują swój przejaw w określonych demokratycznych formach instytucjonalnych, zasady kultury prawnej danego państwa oraz filozofię polityczną danego porządku prawnego” (Smolak, s. 74).

W tym miejscu można postawić pytanie, czy nie za daleko odchodzimy od tematu, tj. jaki związek powyższe rozważania mają z tworzeniem prawa. W mojej ocenie zasadniczy, co nie znaczy, że zawsze dostrzegany przez samych autorów opinii prawnych o projektach ustaw. Bywa, że dostrzeżenie tego stanu rzeczy daje efekt zaskakujący. Profesor kryminalistyki, oceniając projekt ustawy o CBA, rozpoczął swój wywód: „Opinia prawnicza na temat zgodności niektórych projektowanych przepisów ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z przepisami obowiązującej Konstytucji RP oraz ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi może być sformułowana albo na podstawie uznanych metod wykładni i tym samym pozostawać w obrębie operacji intelektualnych, albo też może uwzględniać obserwowaną ostatnio ryzykowną tendencję występującą w praktyce niektórych trybunałów konstytucyjnych w Europie, a także trybunałów międzynarodowych lub wspólnotowych, które włączając do procesu wykładni elementy decyzyjne przypisują sobie arbitralnie uprawnienia w zakresie «tworzenia prawa». Znajduje to zresztą oparcie doktrynalne w różnego rodzaju koncepcjach politycznego i ideologicznego «aktywizmu sędziowskiego», «wykładni kreatywnej», «multicentryczności systemów prawa» i podobnych postmodernistycznych pomysłach, których wspólnym mianownikiem staje się stopniowo anarchizm metodologiczny i chaos interpretacyjny zarówno w prawie wewnętrznym, jak i wspólnotowym UE. Dlatego formułując niniejszą opinię na podstawie dotychczasowych (nie zaś «postmodernistycznych») metod wykładni nie jestem w stanie przewidzieć, według jakich założeń ideologicznych lub politycznych oceniłby przedstawiony Projekt ustawy Trybunał Konstytucyjny w jego aktualnym składzie” (tekst opinii dostępny w materiałach publikowanych w Internecie na stronie

Sejmu <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk5.nsf/Opwsdr?OpenForm&275>).

3. Pluralizm czy jedność rozumowań prawniczych

Niewątpliwą zaletą rozumowań formalnoprawnych jest ich określoność metodologiczna i tekstualna. Wykładnia językowo-logiczna, tak jak wnioskowania prawnicze, są bowiem dostępne nie tylko przeciętnemu prawnikowi. Złożoność rozumowań teleologicznych stawia zaś przed ich odbiorcami wymagania, którym (co dokumentuje powyższy cytat) czasami po prostu nie są w stanie podołać. Rodzi się jednak pytanie, czy w procesie tworzenia prawa możemy odwoływać się do obu typów rozumowań jednocześnie. Co się naprzykład dzieje, gdy jedni eksperci opiniując projekt ustawy odwołują się wyłącznie do rozumowań formalnoprawnych, a inni do teleologicznych? Pojawia się wówczas nowy wymiar władzy dyskrecyjnej polityków, którzy występują jako sędziowie w tym sporze – i to sędziowie ludowi. Spór filozoficzno-prawny zamienia się w spór polityczny, w którym decydującego znaczenia nabiera stosunek arbitrów do Trybunału Konstytucyjnego, gdyż to jego sędziowie najczęściej w uzasadnieniach swoich wyroków odwołują się do rozumowań teleologicznych.

Eksperti pisząc opinie do projektów ustaw są świadomi tego stanu rzeczy i swój dysonans poznawczy (między warsztatem i swoją wiedzą, czyli etosem naukowym, a przyszłą karierą) rozwiązują na wiele sposobów. Najprostszym sposobem jest odmowa pisania ekspertyz o projektach ustaw, co poza usunięciem dysonansu ma wiele innych zalet. Wydaje się, że tego wyboru dokonała większość wybitnych profesorów prawa. Innym sposobem jest ograniczanie się tylko do rozumowań formalnoprawnych, mimo posiadanych umiejętności do przeprowadzenia rozumowań teleologicznych; czasami rozumowania tego typu realizują wręcz zamówienia polityczne. Na pytanie, czy projekty ustaw przygotowane przez Prawo i Sprawiedliwość – *de facto* likwidujące służbę cywilną – są zgodne z zasadami

ogólnymi prawa wspólnotowego, odpowiedź ekspertów brzmiała: „Projekty w podstawowym wymiarze mieszczą się w zakresie wyłącznych kompetencji państw członkowskich, w których nie istnieją żadne reguły *acquis*, które określałyby jakieś standardy regulacyjne. Proponowane w nich przepisy mieszczą się także w minimalnych standardach sprawności administracji publicznej w wykonywaniu prawa wspólnotowego zakładanych w zasadzie autonomii proceduralnej/instytucjonalnej”.

4. Heteronomia v. autonomia rozumowań prawniczych w tworzeniu prawa

By zrozumieć to, co się dzieje z opiniowaniem projektów ustaw w procesie legislacyjnym, winniśmy odwołać się (przez analogię) do kryteriów argumentacji z moralności politycznej. „Podstawowy problem, jaki tu powstaje, łączyć należy z brakiem jakiejkolwiek metateorii dotyczącej uniwersalnej moralności substancjalnej, która dostarczyłaby pewnych rozwiązań w sytuacji wyboru między konkurencyjnymi argumentacjami z moralności politycznej. (...) również odwołanie się do akceptacji społecznej w oparciu o domniemany konsensus społeczny, moralność konwencjonalną czy nawet wyniki opinii publicznej, nie rozwiązuje problemu akceptacji przez auditorium samej argumentacji. Również mnogość doktrynalnych ujęć relacji jednostka–państwo nie ułatwia zadania” (Smolak, s. 83). Efekt opiniowania projektów ustawy – dokonywanych testów zgodności i rozumowań prawniczych – zależy od modelu przyjmowanego przez eksperta (choćby w sposób nieświadomy) od modelu porządku społecznego oraz uzasadniającej ten model doktryny.

Wiemy, że budowa współczesnych państw demokratycznych oparta jest na doktrynie liberalno-demokratycznej. Polskim prawnikom doktryna ta jest jednak mało znana. Nigdy nie było poważnych dyskusji na temat związków między modelem prawa a liberalizmem klasycznym czy neoliberalizmem, nie mówiąc już o bardziej rozwiniętych wariantach tej doktryny. Pojęcie liberali-

zmu traktowane jest jako przeciwstawne dyktaturze i funkcjonuje jako bliżej nieokreślony agregat praw jednostki. Z punktu widzenia prawniczych rozumowań teleologicznych współcześnie (mając na uwadze dorobek filozofii prawa) odwoływać się one mogą bądź do liberalizmu, któremu odpowiada model praw jednostki, bądź do komunitarystycznej doktryny republikanizmu, której odpowiada model wspólnotowo-dyskursywny (bliżej: Smolak, s. 91 i nast.). O ile model pierwszy daje pierwszeństwo prawom jednostki przed państwem, a często przed dobrem wspólnym, o tyle model drugi kładzie nacisk na dobro wspólne, tym samym prawa jednostki powinny służyć realizacji dobra wspólnego, a rozważając alternatywne rozwiązania ustawowe, pierwszeństwo winniśmy temu, co jest najlepsze dla wspólnoty. Najważniejsze jednak, iż w tym modelu sądy konstytucyjne uczestniczą w debacie publicznej i tym samym ich orzeczenia zawsze mają charakter polityczny, gdyż prawo i polityka są ze sobą powiązane: „Dla republikanów orzecznictwo sądowe jest polityczne w tym sensie, że to, co jest zasadą prawa czy demokracją, zawsze jest przedmiotem refleksji” (Smolak, s. 155). Przy takim ujęciu *aquis constitutionnel* nie ma racji bytu, decyzje sędziów można poddawać krytyce – w następstwie orzeczenia są traktowane jako heteronomiczne, które status autonomiczny osiągają jedynie wtedy, kiedy są „zatwierdzone” przez wspólnotę.

W modelu liberalnym – praw jednostki – orzeczenia sądów konstytucyjnych traktowane są jako autonomiczne, a tym samym nie tylko nie podlegają dyskusji, ale konstytuują świat zasad i „polityczną moralność”, do nich też winien odwoływać się prawnik, opiniując projekty ustaw. Wśród polskich prawników republikański model wspólnotowo-dyskursywny nie jest rozpowszechniony i w tym sensie nie ma on praktycznego znaczenia. Powstaje zatem pytanie, jakim modelem posłużyło się Prawo i Sprawiedliwość w okresie swoich rządów w latach 2005–2007 w tworzeniu prawa i atakach na funkcjonujące organy konstytucyjne. Nie był to z pewnością model liberalizmu – praw jednostki. By zrozumieć podejście PiS-u

do prawa, należy odwołać się do ich duchowego patrona Carla Schmitta, który:

– po pierwsze, nie wiązał demokracji z liberalizmem: „Demokracja może mieć charakter wojskowy lub pacyfistyczny, może być absolutystyczna lub liberalna, centralistyczna lub lokalna, postępuje lub reakcyjna zależnie od danej epoki i panujących warunków, a pomimo to nadal będzie demokracją” (Schmitt 2000, s. 138),

– po drugie, za Hobbesem kładł nacisk na decyzyzizm i personalizm (Schmitt 2000, s. 59),

– po trzecie, jego zdaniem „Prawo opiera się na autorytecie, a nie na prawdzie czy sprawiedliwości, jak chcieli zwolennicy racjonalistycznego pojęcia prawa w państwie” (Schmitt 2000, s.157),

– po czwarte, doświadczenia parlamentarne Rzeszy po 1919 r. doprowadziły go do wniosku, iż parlament ma jedynie sens, gdy toczy się w nim poważna dyskusja, tymczasem rzeczywistość była odmienna: „tyrania partii politycznych, ich niefachowa polityka personalna, «rządy amatorów», nieustanne kryzysy gabinetowe, bezcelowość i banalność parlamentarnych debat, coraz niższy poziom parlamentarnych obyczajów, deprawujący proceder parlamentarne obstrukcji, nadużywanie immunitetu poselskiego i przywilejów dzięki wszechobecnej, radykalnej i obstrukcyjnej opozycji, sprzecznej z istotą parlamentu, niegodna praktyka diet poselskich, w końcu niski poziom samych parlamentarzystów. (...) Istota pracy w parlamencie nie polega już na publicznej, plenarnej debacie z udziałem ogółu parlamentarzystów. Ważne spory zostały przeniesione do komisji i to komisji niekoniecznie parlamentarnych. W rzeczywistości ostateczne decyzje i tak zapadają gdzie indziej, podczas tajnych posiedzeń liderów głównych parlamentarnych frakcji lub w ogóle poza parlamentem – w ramach komitetów partii. Następuje więc wyraźne przesunięcie politycznej odpowiedzialności, a w konsekwencji całkowite jej rozmycie. Parlament staje się tylko fasadą, za którą ukryta jest faktyczna władza partii politycznych i gospodarcze interesy” (Schmitt 2000, s. 133–134).

W warunkach polskich doktryna ta przekładała się na obniżenie rangi Sejmu, etatyzm i nieufność wobec stowarzyszeń (zwłaszcza wobec NGO), silną pozycję przywódcy partii i wiarę w jego nieomylność oraz na brak zaufania do konstytucyjnych instytucji stojących na straży naczelnych wartości liberalizmu. W zakresie tworzenia prawa – na lekceważenie konsultacji społecznych i na powoływanie speckomisji do szybkiego uchwalania niezbędnych nowelizacji. Argument siły zastępował siłę argumentów prawnych. Forsowano projekty, w najmniejszym stopniu nie licząc się z krytycznymi głosami opozycji. Kto nie był zwolennikiem ustawy, z definicji stawał się jej wrogiem. Ostatnią kadencję cechowało też permanentne nie-liczenie się z opiniami ekspertów, forsowanie opinii zamawianych u ekspertów popierających stanowisko wnioskodawcy, nie-liczenie się z legislatorami, a wręcz atakowanie ich, jeżeli ich stanowisko nie było zgodne z oczekiwaniami. Gdy napotymano opór opozycji w komisjach sejmowych, zmieniano ich skład, tak by koalicja osiągnęła większość. Nawet gdy większość ekspertyz wskazywała na niezgodność uchwalanej ustawy czy uchwały z konstytucją, uchwalano ją, obciążając w przyszłości odpowiedzialnością za jej uchylenie Trybunał Konstytucyjny. Jak widać z powyższego, nie były to łatwe czasy dla prawników tworzących prawo. Rozmowaniami prawniczymi posługiwano się w sposób instrumentalny, gdy istniała polityczna potrzeba, odwoływano się do prawa natury bądź odwrotnie – preferowano rozumowanie formalnoprawne. Gdy w trakcie procesu legislacyjnego zabiegi te „nie sprawdzały się”, odstępowano od nich, by zamawiać ekspertyzy u innych przedstawicieli nauki prawa.

B. Czego prawnicy „nie wiedzą” uczestnicząc w pracach legislacyjnych

By odpowiedzieć na to pytanie, należy uwidocznic najpierw kilka uwarunkowań społecznych, w jakich pracują eksperci w procesie legislacyjnym.

1. Zaczniemy od kwestii, która ma mało zauważalny, choć wielce doniosły wpływ na kształt ustawodawstwa oraz rolę prawników w tworzeniu prawa – model społeczeństwa, w którym tworzymy prawo. Zagadnienie to nie jest dostrzegane w polskiej literaturze prawniczej. Wprawdzie już po drugiej wojnie światowej i klęsce pozytywizmu prawniczego w III Rzeszy okazało się, że nie można się odwołać w społeczeństwie postindustrialnym wprost do prawa natury, ale w dobie globalizacji stało się to jeszcze bardziej oczywiste. Jak zauważa Matczak (2007, s.112), „Podstawowym problemem, który napotkało ponowne zainteresowanie ideami prawno-naturalnymi, było więc pytanie o to, co jest «naturalne» w społeczeństwie postindustrialnym. Co może stanowić punkt odniesienia dla prawnika, który szuka trwałego gruntu poza ściśle rozumianymi przepisami, po to, by zakotwiczyć swoją decyzję interpretacyjną poza prawem, a tym samym legitymizować ją moralnie”. W efekcie rychło okazało się, że nie ma ucieczki od pozytywizmu prawniczego ani w kierunku postmodernizmu, ani religijnego fundamentalizmu. Rozwiązanie powyższego dylematu staraliśmy się przedstawić wcześniej, nie zmienia to faktu, że w procesie tworzenia prawa modele rozumowań prawniczych przyjmowane są zbyt często w sposób bezrefleksyjny.

2. Następną kwestia jest stwierdzeniem banalnym: mamy do czynienia z daleko posuniętą etatyzacją prawa, lecz – co ważniejsze – nie-dostrzeganiem skutków, jakie powoduje ten stan rzeczy. O ile w XX wieku prawo skolonizowało życie społeczne, o tyle w XXI wieku, jako były kolonizator, płaci wysokie rachunki za swój imperializm. Cena, jaką płaci państwo za wykorzystanie prawa jako narzędzia kolonizacji, jest znacznie wyższa, niż sądzi się powszechnie, wskazując na koncepcje państwa socjalnego:

– Etatyzacja prowadzi wprost do ekskluzji obywateli z życia publicznego i zacierania granic między *Res Publica* a *Res Privata*. Przejrzyście opisuje to Antoni Kamiński: „Ustrój liberalny jest połączeniem etosu życia publicznego z jego wartościami egalitarnymi, poszanowaniem prawa i naciskiem na poczucie indywidualnej odpowiedzialności za

losy społeczności, ze skomplikowanym światem mechanizmów organizacyjnych, których podstawą jest akceptacja egoistycznej motywacji działań ludzkich, a logiką – transformacja tych motywów w dobro ogólne.(...) Im bardziej rośnie zakres i zróżnicowanie świadczeń państwowych na rzecz społeczeństwa, tym ważniejsze grupy społeczne będą dążyć do korzystania z jego działalności redystrybucyjnej, naciskając na wzrost wydatków państwowych. Włącza się w ten sposób samoczynny mechanizm ekspansji państwa, której granicę stanowi tylko niechęć obywateli do płacenia wyższych podatków, czego wynikiem jest deficyt budżetowy i inflacja. Proces ten przyczynia się do delegitymizacji państwa, bo oczekiwania rosną szybciej niż możliwości ich zaspokojenia. (...) W wyniku tego zaczyna się proces zanikania sfery publicznej”. I wniosek autora: „Mamy więc społeczeństwo obywatelskie, które nie poczuwa się do odpowiedzialności za losy swego państwa, korzysta z instytucji demokratycznych, by państwo dezintegrować, i nie poczuwa się do żadnego obowiązku wobec siebie samego” (Kamiński 2007, s.146–148).

– Objęcie przez państwo obywateli opieką socjalną – zasiłkami, dopłatami do kredytów, gwarancją emerytury, rentami, opieką zdrowotną i wieloma innymi świadczeniami, a ponadto zapewnienie im bezpieczeństwa w inwestycjach finansowych, ubezpieczeniach itp. – wymaga posługiwania się w ustawach (gdź są to prawa obywatelskie) odpowiednimi wskaźnikami, tabelami przeliczeniowymi, indeksami i definicjami legalnymi, które odbiegają (jako wyjątkowe) od dotychczas obowiązujących. Pomijając aspekt inflacyjny przepisów zawierających te uregulowania, gdź wskaźniki te trzeba ciągle zmieniać i ogłaszać na nowo, prawnicy poruszający się w tej sferze regulacyjnej są bezsilni i muszą zdawać się na autorytet księgowych i ekonomistów. Tymczasem właśnie w tego rodzaju ustawach najłatwiej o błędy, gdź ustawy tego typu nowelizowane są w trybie nagłym, albowiem polski ustawodawca nie posługuje się regulacjami okresowymi (typu *sunset legislation*).

– Interwencjonizm państwa w mechanizmy rynkowe wykształcił nową formę działań ustawodawcy – regulacje (bliżej: Hoff, 2008,

s. 29 i nast.). Ich istota jest ciągle obca większości prawników uczestniczących w procesie legislacyjnym, co prowadzi do nieporozumień, gdyż w opiniach prawnych traktowane są podobnie jak inne ustawy, tymczasem ten mechanizm ma swoją specyfikę.

– Kolejna kwestia to stosunek ekspertów prawnych do norm technicznych. Świat norm technicznych oraz procedur ich osiągania jest w zasadzie dla prawnika nieprzenikniony i traktowany jako obcy lub obojętny. W dużej mierze są one lekceważone i często nie są utożsamiane z normami prawnymi – traktowane są jako normy niemerytoryczne. To w dużej mierze pochodna naszych doświadczeń z socjalizmem, gdzie były zazwyczaj jedynie normami programowymi, a ich realizacja była bardziej sporadyczna niż permanentna. Pamiętajmy jednak, że ich ciągle powiększający się zasób obecnie gwarantuje zaufanie społeczne do produktów konsumpcji, wymiany, budownictwa – praktycznie całej otaczającej nas infrastruktury – oraz zaufanie do rynków finansowych.

Normy techniczne pełnią bardziej złożone funkcje społeczne, niż się powszechnie sądzi – ich przestrzeganie (lub nie) ma bezpośredni i silny wpływ na funkcjonowanie innych norm. Można się wyśmiewać z chęci urzędników UE do uregulowania całych sfer życia społecznego normami technicznymi, ale bez nich niemożliwy byłby wolny i szybki przepływ towarów i usług. Normy te stanowią większość prawa unijnego i będą kształtować przyszłość Polski. Numer telefonu 112 powinien działać, gdyż dzięki niemu działa system ratownictwa medycznego, masło powinno być masłem, a nie produktem masłopodobnym, szynka wyrobem mięsnym, a nie wyrobem mięsopodobnym, którego skład pozostaje tajemnicą nawet dla wytwórcy; ograniczenia emisji dwutlenku węgla powinny być traktowane na serio, a nie jako szykany Komisji Europejskiej. W Unii nie ma miejsca na polskie „jakoś to będzie” i „żyj i pozwól żyć innym” oraz na bułhakowską drugą świeżość, co bezpośrednio przekładało się na jakość prawa w Polsce ponieważ normy techniczne były (i są) nieprecyzyjne i ciągle zmieniane. Przykładowo w Polsce w ostatnich latach trudno było nabyć

prawdziwe masło, a działa się tak dlatego, że nie ma normy określającej, co nim jest, a czego nie można określić tym mianem. Ten stan beznormatywności świetnie procentuje w życiu politycznym. Można w takiej sytuacji powtórzyć głośne hasło jednego z polityków: to, czego prawo nie zabrania, jest dozwolone. Jednak ta zasada ma zastosowanie w prawie karnym i podatkowym, ale przecież pozostałe gałęzie prawa nie mają charakteru represyjnego i ich należyte funkcjonowanie jest następstwem współdziałania norm prawnych z moralnymi, obyczajowymi i religijnymi.

3. Prawnicy nie mają też świadomości dokonujących się zmian form ustawodawstwa. Kodeksy jako pomniki ustawodawstwa należą już do przeszłości. W dobie globalizacji kodyfikacje zostały zastąpione konwergencją, tzn. takim dopasowywaniem przepisów prawa, by odpowiadały one nagłym wyzwaniom procesów rynku światowego. Instytucje prawne transponuje się z innych kultur bez badań porównawczych i szczegółowych analiz ich skutków, w myśl milczącego założenia, że światowy system gospodarczy wymaga jednolitych rozwiązań prawnych i wystarczy jedynie gotowe rozwiązania przetłumaczyć. Świat stał się jedną wioską prawną, a nowe instytucje prawne muszą pojawiać się w systemach prawnych państw znacznie szybciej niż mogłoby to mieć miejsce przez staranne adoptowanie ich do istniejących kodeksów. Nie ma też czasu na recepcje kodeksów. Systemy prawa są uzupełniane o brakujące elementy metodą „kopiuj” – „wklej”. Oczywiście, w następstwie takich działań system prawa traci po pewnym czasie spójność i dlatego ważne są działania porządkujące – unifikacja. Jeżeli odpowiedzialni za funkcjonowanie systemu prawa nie mają tej świadomości (a tak zdaje się być w przypadku Polski), to postępować będą procesy dezintegrujące system, którym ustawodawca rozpaczliwie będzie starał się zapobiegać permanentnie nowelizując kodeksy i ustawy. Uczestniczenie prawników w tym procederze z góry skazane jest na niepowodzenie.

4. Zapomina się, że model tworzenia prawa winien być podobny do modelu tworzenia prawa w UE i jej państwach członkowskich,

należy więc przyjąć i egzekwować instytucję białych i zielonych ksiąg. Obecnie proces legislacyjny rozpoczyna się praktycznie w momencie, gdy Marszałek Sejmu nada projektowi ustawy numer druku sejmowego. Tymczasem opiniujący projekty ustaw powinni mieć pełną wiedzę na temat wcześniejszych losów rządowych projektów ustaw. Nie rozwiązuje tego problemu publikowanie opinii Rady Legislacyjnej w „Przeglądzie Legislacyjnym”. Ukazują się one z opóźnieniem i publikuje się tylko wybrane opinie (ale ostatnio ze zdaniem odrębnymi), a przecież nie są to jedyne opinie powstałe w fazie prelegislacyjnej.

5. Nie dostrzega się dokonanej transformacji w tworzeniu prawa po 2004 roku, w której następstwie istnieje pilna potrzeba „przesunięcia” ekspertów z opiniowania projektów ustaw prawa krajowego do opiniowania projektów rozporządzeń i dyrektyw UE. Mimo upływu trzech lat od członkostwa Polski w UE stanowczo w zbyt nikłym stopniu uczestniczymy w tworzeniu prawa UE. Co więcej, nie zdajemy sobie sprawy z tego, w jak poważnym stopniu zostały ograniczone możliwości polskiego ustawodawcy w tworzeniu „nowego” prawa (m.in. przez wymóg notyfikacji projektów).

6. Pamiętać należy także o podłożu historycznym. Prawnicy przez ostatnie 200 lat (w okresie modernizmu) w dużej mierze zostali wyeliminowani z bezpośredniego wpływu na prawotwórstwo. Stało się to – kolejno – za sprawą: oświeconego absolutyzmu, paradoksalnie – ludowładztwa oraz zrealizowania idei kodyfikacji. Oświeceniowy monarcha jako „Budowniczy świata jest jednocześnie sprawcą i prawodawcą – jest autorytetem, który daje podstawy dla wszelkich uzasadnień. W czasach oświecenia aż do rewolucji francuskiej ów budowniczy świata i budowniczy państwa był także prawodawcą (*législator*)” (Schmitt 2000, s. 69). Jak wiadomo, kodeksy miały być tworem doskonałym, a ich stosowanie miało być proste. To w Landrechcie pruskim z 1794 roku znalazł się wyraźny zakaz przywoływania przez sędziów poglądów naukowych, a postawy wobec prawników Fryderyka Wilhelma I, Fryderyka II, a później i Hitlera były dla prawników co najmniej mało zachęcające (Radwański 2007, s. 5). Następnie idea ludowładz-

twą parlamentu jako twórcy prawa, rozwinięta przez Monteskiusza i pozytywizm prawniczy, „przerwała funkcjonalny związek między stosowaniem i tworzeniem prawa, który zapewniał zawodowym prawnikom szeroki wpływ na tworzenie prawa” (Radwański 2007, s. 5). Wprawdzie napoleońska idea kodeksu, który nie wymagałby żadnej wykładni, upadła, ale nie oznaczało to wyrażenia zgody na swobodę w interpretacji prawa oraz swobodę argumentacji w jego tworzeniu. W Polsce ostatniego dwudziestolecia w wyniku permanentnych nowelizacji, tworzenia nowych ustaw oraz nieprzywiązywania wagi przez wszystkie ekipy rządzące do potrzeby kodyfikacji i unifikacji systemu prawa przestał on praktycznie istnieć. W chwili obecnej możemy mówić raczej o zbiorze prawa niż o systemie. Tylko dzięki komputerom nie dostrzegamy tego problemu, korzystając z prywatnych baz danych o systemie prawa. Nie wiemy, po co były (część z funkcjonujących ustaw to ciągle ustawy uchwalone przed 1989 rokiem) i są uchwalane ustawy. Nie ma praktycznie preambuł, cele ustaw są niejasne, tak jak niejasna jest polityka kolejnych rządów. Każda nowelizacja realizuje wszak cele wycinkowe i zmienne, prowadząc tym samym do rozmywania pierwotnych celów ustaw, które zresztą niewielu prawników pamięta. To syndrom „znikających ustaw” i „zapomnianego języka”.

7. W przeciwieństwie do sytuacji w państwach totalitarnych, określenie celów społecznych w pluralistycznym państwie liberalnym jest znacznie bardziej złożone i trudne – zwłaszcza dla młodych demokracji Europy Środkowo-Wschodniej. By zrozumieć ten problem, przytoczmy najpierw wnioski z dziś historycznego Raportu (z 1986 roku) o stanie prawa, sformułowane przez funkcjonującą w niezmienionej strukturze od 1972 roku Radę Legislacyjną przy Prezesie Rady Ministrów: „Realizacja procesu odnowy socjalistycznej wymagała intensyfikacji działań legislacyjnych, co znalazło wyraz przede wszystkim w rozwoju działalności ustawodawczej Sejmu. (...) Uchwalił ogółem w latach 1980 – 1985 (a więc w okresie 5 lat) 203 ustawy. Ilość uchwalonych w tym okresie ustaw przekraczała znacznie ilość ustaw podjętych przez Sejm w poprzednich kadencjach” (Raport... 1986, s. 9). W dalszej

części Raportu autorzy podnoszą kwestię bardziej fascynującą, piszą, że sytuacja prawodawcy była nie do pozazdroszczenia, gdyż w swojej pracy był on zmuszony do przyjmowania w polityce legislacyjnej określonych wartości, a sytuacja była konfliktowa: „Stan badań nad systemem wartości socjalizmu nie został w okresie 40-lecia Polski Ludowej dostatecznie rozwinięty; nauki społeczne, w tym również nauka prawa, poświęcały stosunkowo niewiele uwagi na pogłębienie teoretyczne takich kluczowych pojęć z punktu widzenia systemu wartości – jak pojęcie równości i sprawiedliwości społecznej. (...) brak precyzji w rozumieniu istoty określonych wartości socjalizmu dawał się odczuć szczególnie w warunkach przewycięzania błędów politycznych i ekonomicznych lat 70-tych, kiedy występowało w społeczeństwie zjawisko przechodzenia w pojmowaniu i interpretowaniu określonych wartości z jednej skrajności w drugą” (Raport...1986, s. 24).

Wydawać by się mogło, że w socjalizmie legislatorzy mieli precyzyjnie określony społeczny cel ustawy, wartości były dane przez partię i klasyków marksizmu, tymczasem autorzy raportu skarżą się, że ani partia, ani nauki społeczne nie wiedziały, czym jest równość i sprawiedliwość społeczna, co uniemożliwiało tworzenie dobrego prawa. Ponadto uchwalano zbyt wiele ustaw. Gdyby potraktować poważnie te konstatacje, to zauważmy, że w 10 lat później w ciągu jednego roku uchwalano więcej ustaw niż w opisanym pięcioleciu PRL-u. Jeżeli natomiast w latach osiemdziesiątych nie wiedzano, czym jest równość i sprawiedliwość społeczna, to ustawodawca lat dziewięćdziesiątych miał znacznie poważniejszy problem, bo nikt nawet nie podnosił tego problemu w tworzeniu prawa. Zadania nauk społecznych i partii realizować musieli sędziowie Trybunału Konstytucyjnego.

Dobra wiadomość dla prawników: dzisiaj zagadnienia aksjologii obecnego ustroju interesują polityków tylko w kontekście rozliczeń przeszłości. Zła wiadomość dla prawników: nie jest to *terra incognita* dla różnego autoramentu graczy politycznych, którzy potrafią na niej budować zamki z piasku znoszone przez kolejne przyprływy i odpływy wyborów. Nie tylko artykuł pierwszy konstytucji jest traktowany jako

klauzula generalna, której realną treść nadają lobbyści, grupy interesów i uprzywilejowane grupy pracownicze oraz posłowie utożsamiający interes partykularny z dobrem wspólnym, przekonywający nas, że w szczerym polu potrzebne są lotniska i perony, gdyż jest to miejsce zamieszkania ich elektoratu wyborczego. Nawiasem mówiąc, jest to znacznie bardziej interesujący rodzaj korupcji politycznej (należy pamiętać, że posłowie w Polsce wykonują mandat wolny) niż ta, którą w świetle telewizyjnych kamer zajmowało się CBA.

8. Ten świat bez wartości oznacza w praktyce brak reform społecznych, albowiem reformy wymagają podejmowania niepopularnych decyzji poprzez wybór określonych wartości. Od czasów reformy Balcerowicza wszyscy decydenci starali się raczej lawirować między wartościami kluczowymi dla ustroju i społeczeństwa, niż je wybierać czy opisywać – jednocześnie mieć ciastko i zjeść ciastko. Nie znając celów i wartości, jakimi kierują się politycy w proponowanych rozwiązaniach ustawowych, nie można w sposób poważny uczestniczyć w procesie legislacyjnym. Wiele wskazuje na to, że bez zmiany postawy decydentów wszelkie działania prawników w procesie legislacyjnym skazane są na niepowodzenie. Nie można tworzyć dobrego prawa nie znając kluczowego celu projektu ustawy i koncentrując się jedynie na celach wycinkowych. W efekcie prawnicy nie są w stanie sobie poradzić z projektami ustaw. Jeżeli posłowie za cele ustaw przyjmują cele grup interesu (branżowego, partykularnego czy lokalnego) albo lobbystów i nie są w stanie wznieść się (z uwagi na niską kulturę polityczną) na poziom interesu publicznego, a w tym samym czasie rząd tego interesu nie broni przed parlamentem, to mamy do czynienia z fałszywym dyskursem i przejawem marketyzacji życia politycznego. Jak zauważył Morawski, „Marketyzacja parlamentów i instytucji rządowych powoduje, iż model parlamentarnych debat coraz bardziej oddala się od modelu habermasowskiego dyskursu, w którym w bezstronny sposób dyskutuje się sprawy dobra publicznego, i staje się sceną, na której różne grupy i frakcje walczą o swoje partykularne interesy. Uchwalanie ustaw stało się przedmiotem przetargów, w których

grupy interesów walczą o to, by ich punkt widzenia był uwzględniony w stopniu jak największym, a problem dobra publicznego schodzi na plan dalszy.(...) W młodych demokracjach sytuację pogarsza niski poziom kultury politycznej, który powoduje, że wyborcy bardzo łatwo stają się łupem demagogicznie nastawionych polityków, a co gorsza – pozbawieni doświadczenia politycznego – na swoich przedstawicieli często wybierają idiotów” (Morawski 2006, s.17–18). Niestety, uwaga ta dotyczy nie tylko obywateli, lecz również prawników wierzących w zbawienie świata.

9. Wydawać by się mogło, że panująca doktryna pozytywizmu prawniczego tworząca z ustawodawstwa podstawowe narzędzie państwa, legitymując jego wszelkie działania prawne, wyposaża państwo w wyjątkowo efektywne narzędzie zmian. Tak też jest w istocie, o ile ustawodawca nie narusza „praw podstawowych” czy praw społecznych. Nie zmienia to faktu, że suwerenne władze mogą to czynić lepiej lub gorzej, w doskonałej i mniej doskonałej formie, rozumiejąc bądź nie, jakie są uwarunkowania w posługiwaniu się aktami prawnymi w procesie zmiany społecznej w XXI wieku. Funkcjonujący obecnie model tworzenia prawa rodowodem sięga PRL-u. Jest sprawą fascynującą, że w państwie, w którym ciągle próbuje się rozliczać przeszłość, nadal funkcjonuje socjalistyczny model tworzenia prawa, choć w wyniku żywiołowych procesów lat dziewięćdziesiątych pozbawiony kilku cech. Co więcej, żadna z ekip rządzących nawet nie podjęła dyskusji nad jego zmianą. Wprawdzie wiele procedur, instytucji i form prawnych funkcjonuje od tysiącleci (mimo zmieniających się warunków społecznych), ale nie wyjaśnia to postawy pasywizmu polityków i prawników w tej mierze. Zauważmy, że model socjalistycznego tworzenia prawa:

- po pierwsze, był modelem woluntarystycznym i wyrażał wolę partii, nie uwzględniał zaś w tworzeniu prawa grup interesów, lobbystów i obywateli,

- po drugie, był modelem skrajnie zideologizowanym, w którym wyraźnie określone były priorytety społeczne i polityczne – realizował on określony typ polityki socjalnej,

– po trzecie, był on planistyczny; trudno to sobie wyobrazić, ale tworzenie prawa było ujmowane w planach pięcioletnich, prace nad projektami ustaw trwały czasami latami, a harmonogram prac nad projektami ustaw był starannie rozpisany i przestrzegany,

– po czwarte, zakładał on tworzenie prawa przez rządowych urzędników legislatorów, a działaniom posłów i polityków w procesie legislacyjnym nadawał charakter jedynie ornamentacyjny,

– po piąte, był to model wysoce scentralizowany, co pozwalało jednakże na gromadzenie wiedzy o funkcjonujących aktach prawnych,

– po szóste, był to model, w którym ustawy nie zawsze pełniły funkcje wyłącznie normatywne; w wielu wypadkach uchwalane ustawy maskowały rzeczywistość.

Przejęty i ciągle funkcjonujący peerelowski model tworzenia prawa być może byłby funkcjonalny współcześnie, gdyby nie kilka zjawisk, które nastąpiły w latach dziewięćdziesiątych i doprowadziły do zmiany jego funkcji, choć on sam pozostał bez zmian. I tak:

1. Wprawdzie ciągle pozostaje on modelem woluntarystycznym, ale cechuje go pluralizm. To lobbyści i grupy interesu mieli największy wpływ na kształt polskiego systemu prawa lat dziewięćdziesiątych. Pozycja ekip rządzących w tym procesie była wyjątkowo słaba. Dopiero w ostatnich dwóch latach interesy te próbowała agregować jedna z partii politycznych, mająca ambicje reprezentować cały naród.

2. Model ten został odideologizowany i pozbawiony socjalistycznych zasad prawnych. Dekapityzacja systemu prawa przejętego ewolucyjnie z PRL-u nie oznaczała, że w latach dziewięćdziesiątych udało się sformułować na tyle przejrzyste cele ustrojowe, by można było określić cele polityki socjalnej państwa i nowe zasady, którymi winniśmy kierować się w tworzeniu prawa. Okres szturmu i naporu przemian nie odpowiedział na zasadnicze pytanie, czy Rzeczpospolita jest socjalnym państwem prawa, czy liberalnym, czy też neoliberalnym, a może republikańskim. Nie wypełniono też żadną treścią pojęcia „państwo solidarne”. Zasady, którymi należy się kierować w tworzeniu systemu prawa, pozostały niejasne dla polityków, prawników oraz obywateli,

mimo wytrwałego ich „odnajdywania” w konstytucji przez Trybunał Konstytucyjny i umieszczania ich w programach wyborczych ciągle zmieniających się partii politycznych.

3. Żywiłowa transformacja oznaczała zerwanie z planowaniem. Dotyczyło to także tworzenia prawa. Nawet precyzyjnie zaplanowany proces harmonizacji prawa polskiego z prawem UE (na okres dziesięcioletni) dokonał się w ostatniej chwili w sposób żywiłowy. Permanentne zmiany prawa były przede wszystkim pochodną niekontrolowanych zmian ekonomicznych.

4. Legislatoryzy zostali odsunięci od przygotowywania projektów ustaw. Inicjatywę w tym zakresie przejęli posłowie reprezentujący wszelkiej maści interesy: lokalne, partykularne i branżowe oraz lobbysci i grupy interesów. Rząd stracił monopol na przygotowywanie projektów ustaw.

5. Dekompozycja modelu doprowadziła do sytuacji, iż obecnie w Polsce żaden z podmiotów nie dysponuje w miarę całościową wiedzą o funkcjonujących aktach prawnych ani w fazie prelegislacyjnej, ani w fazie postlegislacyjnej. Najpełniej jest to dostrzegalne, gdy trzeba wykonywać wyroki Trybunału Konstytucyjnego – żaden z organów państwowych nie jest w stanie (zakładając jego dobrą wolę) należycie wypełnić to zadanie, gdyż nie dysponuje całościową wiedzą.

W mojej ocenie obecny model tworzenia prawa jest skrajnie dysfunkcyjny i jest przyczyną licznych niepowodzeń politycznych w sferze zmiany społecznej. To, że tego stanu rzeczy nie dostrzegają politycy, jest zrozumiałe, gdyż poziom kultury prawnej większości z nich to uniemożliwia. To, że nie dostrzegają tego stanu rzeczy konstytucjonaliści, jest również zrozumiałe. Żyjąc w dogmatycznym świecie instytucji i procedur, starają się je godzić z rzeczywistością społeczną – niestety, starają się dostosować tę ostatnią do rzekomo niezmiennego świata norm procedur tworzenia prawa. Prawnicy uczestniczący w procesie legislacyjnym są wobec wyżej opisanych procesów bezsilni, choć to właśnie te procesy determinuje bezpośrednio treść większości współczesnych projektów ustaw i ich rozumowań praw-

niczych. Niestety, tak jak nieznanomość prawa szkodzi obywatelom, tak też nieznanomość opisanych procesów strukturalnych szkodzi rozumowaniu prawniczemu w tworzeniu prawa.

C. Czy prawnicy uczestniczą w procesie legislacyjnym w sposób rozumny

Przystępując do tej części rozważań, na wstępie należy skonstatować, że jaki projekt ustawy, takie też rozumowanie prawnicze ekspertów i służb legislacyjnych.

1. Jeżeli poświęcimy teraz uwagę tworzeniu prawa w Polsce ostatnich lat, to zauważmy, że jest to model archaiczny i nie uwzględniający współczesnych technik legislacyjnych, operujący wzorami zaczerpniętymi z czasów PRL-u. Maskuje on rzeczywistość i wyłącza z procesu stanowienia prawa obywateli i wbrew pozorom prawników. Dzieje się tak mimo naszego członkostwa w Unii Europejskiej, co powinno pociągnąć za sobą wprowadzenie do modelu nowych mechanizmów regulacyjnych i w rezultacie zmianę modelu legislacji. Praktycznie żaden z prawników nie bierze udziału w procesie legislacyjnym od jego początku (założeń projektów ustaw) do końca (definitywne zakończenie procesu legislacyjnego – nawet z udziałem TK). Rozumowania prawnicze są wycinkowe i pozwalają jedynie na rozumowanie *a casu ad casum*.

2. Wstępna konstatacja oznacza też, że prawnicy wykorzystywani są w procesie legislacyjnym w sposób wyjątkowo nieefektywny, a czasami jedynie w sposób formalny. Wprawdzie praktycznie wszystkie podmioty biorące udział w procesie legislacyjnym wyposażone są w legislacyjne służby prawne, ale niewiele dobrego wynika z tego dla efektu prac nad projektem ustawy. Prawnicy legislatorzy pracują w komórkach resortowych przygotowujących projekty ustaw, w UKIE, w RCL-u, w Radzie Legislacyjnej i komisjach kodyfikacyjnych Ministerstwa Sprawiedliwości i KPRM, by wymienić jedynie stronę rządową; do

tego dochodzą eksperci i legislatorzy kancelarii Prezydenta, Sejmu i Senatu oraz TK. Służby te nie współpracują ze sobą na co dzień, raczej obciążając się błędami, niż dążąc do harmonijnego uchwalenia ustawy. Jak zauważyła w swoim wystąpieniu Sławomira Wronkowska prezentując w grudniu 2005 roku Raport Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów pt. „Tworzenie prawa w Polsce – ocena i proponowane kierunki zmian” (Wronkowska 2006, s.16): „Żadna z faz procesu prawodawczego (rządowa i parlamentarna) nie jest ukształtowana tak, by sprzyjać tworzeniu spójnego systemu prawnego, a przeciwnie, w każdej z nich występują rozwiązania, które stawiają preferencje dla rozwiązań partykularnych. W praktyce oznacza to, że ministerstwa inicjujące ustawy widzą poszczególne akty, a nie harmonijnie funkcjonujący system norm. Podobna jest perspektywa parlamentu – dostrzega kolejne dziesiątki ustaw, a nie spójny aksjologicznie i prakseologicznie system prawa”. Raport nie pozostawia najmniejszych złudzeń co do efektywności i celowości obowiązującego modelu legislacji. W mojej ocenie jest on najbardziej widocznym reliktem PRL-u, który zresztą bez zastrzeżeń został zaaprobowany przez kolejną ekipę rządzącą, a którą – tak jak poprzednie – cechuje brak czułości dla prawa, traktowanego jak leninowska pałka. Oznacza to kompletny brak choćby chęci zrozumienia wad i zagrożeń tego modelu i poznania przyczyn jego kompletnej nieprzydatności w społeczeństwie pluralistycznym, co najpełniej udowodniły lata dziewięćdziesiąte, gdy prawo praktycznie tworzyli lobbysci. Sam raport nie wywołał zresztą żadnych dyskusji w środowisku prawniczym, choć zasługuje na uwagę z wielu względów. Zawarta w nim diagnoza jest trafna i co może najbardziej ciekawe – wnioski z niego płynące są stosunkowo łatwe do wdrożenia, wymagają jedynie wyobraźni nawet bez angażowania rozumowania prawniczego.

3. Praca prawników nad projektami ustaw bardziej dziś przypomina „stanie na zmywaku” niż przygotowywanie finezyjnych dań. Prawnicy nie tyle zajmują się projektami ustaw, ile ich nowelizacjami. W minionej kadencji 64% projektów rządowych i 92% projektów poselskich

ustaw stanowiły nowelizacje. Przy obecnym modelu tworzenia prawa w Polsce jest niesłuchanie trudno prześledzić proces zmian legislacyjnych, tym samym trudno poważnie opiniować projekty większości nowelizacji – wymagałoby to zmiany metody prac legislacyjnych. Mimo dużej transparentności prac parlamentarnych istniejące bazy danych nie mają charakteru kumulatywnego, pomijając już fakt ich małej przydatności w sytuacji braku baz danych z prac rządu nad projektami ustaw. Dysfunkcjonalna jest też instytucja wysłuchania publicznego, która przeniesiona z amerykańskiej kultury prawnej pełni rolę prawnej dekoracji, chociażby z braku odpowiednich sal. Nie łudźmy się, instytucja ta nie dorówna osiągnięciu największego socjotechnika w prawie XX wieku Iosifa Wissarionowicza Stalina, gdy konsultował on projekt konstytucji z 1936 roku we wszystkich kołchozach i przedsiębiorstwach, w efekcie czego nadesłano ponad 210 tysięcy uwag i postulatów do tego projektu. Wydaje się, że jedynym sensowym wyjściem jest – co już postulowałem – wprowadzenie instytucji zielonych i białych ksiąg, pozwalających prawnikom biorącym udział w procesie legislacyjnym oraz obywatelom, lobbystom i organizacjom społecznym na rozumne zachowania w procesie tworzenia prawa.

4. Jeżeli zważy się, że zjawiskiem typowym w Polsce ostatnich lat stało się psucie prawa: jego daleko posunięta instrumentalizacja, fragmentaryczne nowelizacje, pomijanie przez rząd *ratio legis* (celów, jakie zamierzał osiągnąć w projektowanych ustawach rząd) oraz jedynie ornamentacyjne traktowanie planów legislacyjnych będących obowiązkiem rządu, to łatwiej zrozumieć niedoskonałość rozumowań prawniczych w procesie legislacyjnym. Proces stanowienia prawa stał się woluntarystyczny, żywiołowy, mało transparentny i bywał (by zaspokoić oczekiwania rządzącej partii) maksymalnie skracany. Rola prawników w tym procesie, jeżeli w ogóle ma miejsce (bo musi), polega nie tyle na rozumowaniu prawniczym, ile na politycznym przewidywaniu, ubranym jedynie w szaty prawne. Pociąga to za sobą wybiórcze argumentacje, pomijanie wątków niewygodnych w eksper-

tyzie, staranne niewypowiadanie się co do celów projektu ustawy czy też traktowanie rozwiązań dyskusyjnych jako bezspornych.

5. Przejdźmy teraz do świata ekspertyz i opinii powstających w trakcie prac nad projektem ustawy. Zajmujący się tą problematyką Cezary Kosikowski, postulując uchwalenie całościowej regulacji prawnej traktującej zasięganie opinii i korzystanie z ekspertyz, dokonywanie ustaleń i konsultacji, stwierdził ponadto na podstawie analizy dotychczasowej praktyki, iż w procesie tworzenia i kontroli prawa korzystanie z opinii i ekspertyz oraz przeprowadzanie konsultacji społecznych i dokonywanie uzgodnień: 1) występuje przede wszystkim wtedy, kiedy jest przedmiotem obowiązku prawnego, 2) znacznie rzadziej ma to miejsce bez nakazu prawnego, 3) nawet gdy obowiązkowo korzysta się z ekspertyz i opinii, nie korzysta się z rezultatów opiniowania (jeżeli nie jest to prawnie wiążące), 4) korzystanie z ekspertyz jest traktowane formalnie i bez przekonania, a czasami ekspertyzy traktuje się jako czynności opóźniające lub przeszkadzające w procesie tworzenia ustaw, 5) czasem jest to uzasadnione, gdy ekspertyzy nie są pogłębione, „obiektywne i profesjonalne”, 6) opinie i ekspertyzy nie mają większego wpływu na zwiększenie racjonalności tworzenia prawa i podniesienie jego jakości, 7) „ten stan rzeczy sprawia, że w rzeczywistości legislacyjnej korzystanie z dobrodziejstwa opinii i ekspertyz oraz konsultacji i uzgodnień w procesie tworzenia prawa staje się w aktualnej rzeczywistości w dużej mierze fikcją” (Kosikowski 2006, s.108–109). Wydaje się, że po zapoznaniu się z tą oceną prawnicy powinni unikać uczestnictwa w procesie legislacyjnym i byłoby to jedynie sensowne rozumowanie prawnicze *sensu stricte*.

6. Nie znaczy to, by prawnicy nie uczestniczyli w pracach legislacyjnych. Część z nich skazana jest na tę rolę społeczną z racji zawodowej – zwłaszcza są to urzędnicy legislatorzy. Pełnią oni rolę strażników tekstu funkcjonujących ustaw i konstytucji, co jest zadaniem niewdzięcznym. Ich rozumowania prawnicze ograniczają się do tekstu i rozumowań formalnoprawnych, co jest gwarancją ich bezpieczeństwa jako urzędników państwowych. Nie mieści się w tej

roli prawniczej w zasadzie wypowiedzianie się co do innych spraw i prezentacja rozumowań teleologicznych. Jest to zrozumiałe w sytuacji ataków, z jakimi spotykają się ze strony posłów, gdy nawet mina ich twarzy była w 2007 roku przedmiotem skargi do Marszałka Sejmu, który jednak dla służb legislacyjnych nie zaordynował kominiarek.

Bardziej złożona jest sytuacja ekspertów. Część z nich, podobnie jak legislatorzy, zatrudniona jest na etatach, a zatrudnienie w roli urzędników państwowych determinuje kształt i granice ich rozumowania prawniczego. W rozumowaniu tym mogą się posunąć tak daleko, jak autonomiczna jest (jeżeli istnieje) służba cywilna. Pozostali eksperci na legislacyjnym polu to: eksperci działający na zamówienie polityczne oraz eksperci niezależni. Polskie partie polityczne i polski parlamentaryzm, mimo wsparcia finansowego ze strony państwa, nie dopracowały się dotychczas ekspertów partyjnych i klubowych. Zaplecze eksperckie partii jest w tym wypadku równie marne jak programy partyjne. Stąd też duża rola ekspertów pracujących nad projektami ustaw na zamówienie polityczne. Ta szczególna grupa „lissowszczyków” realizuje scenariusze uzgodnione ze zleceniodawcami. Sprowadzają się one najczęściej do gry ekspertyzami w pracach nad projektami ustawy: a) na ilość, wszak im więcej będzie ekspertyz, tym większa szansa, że będą zróżnicowane i niejednoznaczne, b) na jedność ekspertyz – technika rzadko stosowana, gdyż należy przewidzieć, że żaden z ekspertów się nie wyłamie z ustalonej linii rozumowania, c) na pluralizm – bez względu na to, ile będzie opinii, będziemy mówić, że sprawa jest złożona, d) na kontrę – doskonale wiedząc, jakie będą ekspertyzy, będziemy starali się zniwelować ich oczywistość.

Eksperci „zależni” nie należą do prawniczej pierwszej ligi. Wśród nich są „błędni rycerze” jak ekspert Waldemar Gontarski czy Mariusz Muszyński, realizujący misję młodzi uczeni zza wschodniej linii Wisły, adwokaci występujący jako eksperci regulaminu sejmowego czy kawalerowie wyrokujący o życiu poczętym. Wydaje mi się, że mówimy jednakże o sprawach zbyt poważnych, by ich osobom poświęcać uwagę. Każdy będzie w końcu miał to, na czym mu mniej zależy.

Ekspertem niezależnym w Polsce się raczej bywa niż jest. Takich ekspertów jest mało, a pozyskanie ich w obecnych uwarunkowaniach procesu legislacyjnego jest trudne. Najlepiej jest to widoczne na przykładzie prac nad kodeksami, a ściślej – nad ich nowelizacjami. Pomijając ideologiczne batalie wokół kodeksu karnego, prace nad pozostałymi kodeksami wymagają dużej wiedzy i wirtuozerskiego posługiwania się testami zgodności i rozumowaniami prawniczymi. Poprzeczka jest tutaj ustawiona wysoko, gdyż eksperci muszą posiadać wiedzę o całej dyscyplinie prawa, a ich argumenty muszą być zrozumiałe i przekonujące dla pozostałych ekspertów. Efektów prac komisji kodyfikacyjnych jednak nie widać. Są one albo w stanie hibernacji, albo zajmują się permanentnymi nowelizacjami obowiązujących kodeksów. Czy zatem mamy współcześnie do czynienia z brakiem ekspertów będących w stanie wykonać to trudne zadanie, czy z upadkiem techniki kodyfikacyjnej jako najważniejszej w systematyzowaniu prawa? Ten zmierzch kodyfikacji wynika z możliwości, jakie daje elektroniczne przetwarzanie tekstu. Gdy tworzone kodeksy w XIX wieku, przypominało to pracę fotografa nad portretem, obecnie ten sam portret możemy uzyskać wykorzystując praktycznie nieograniczone moce aparatu cyfrowego. Metodą prób i błędów osiągniemy to samo. W końcu któraś z nowelizacji będzie udana. Obawiam się jednak, że tak jak ogłaszanie tekstów jednolitych ustaw nie rozwiązuje problemu, tak też nowelizacje kodeksów mają gdzieś swoją granicę. Albo zmieni się model tworzenia prawa, albo „rozumny” udział prawników w tworzeniu prawa będzie należał do historii.

Podsumowanie: nierozumność rozumowań prawniczych w procesie legislacyjnym

Starałem się tu ukazać problemy, z jakimi musi się zmierzyć prawnik uczestnicząc w procesie legislacyjnym. Są one wielorakie, a ich rozwiązanie zależy od współdziałania przedstawicieli władzy

z korporacjami prawniczymi. W mojej ocenie, mając na uwadze przedstawione rozważania, w Polsce mamy do czynienia z nierozumnością rozumowań prawniczych. Godząc się na uczestnictwo w pracach nad tworzeniem prawa, prawnicy starają się temu zapobiec próbując ograniczyć i sprecyzować swoją rolę w nieprzekonującej rzeczywistości. Prawnicy dokonują racjonalizacji na trzy sposoby:

I. Czego wiedzieć nie wypada

1. Starają się nie poznawać tajemnicy kuchni. Opiniują druki sejmowe nie zajmując się wcześniejszymi losami projektu ustawy, zresztą dotychczas nie mają dostępu do materiałów z tej fazy prac.
2. Nie interesują ich założenia ustawy (decyzje polityczne i praca legislatorów „merytorystów”); wbrew pozorom wiedzy tej nie dostarczają uzasadnienia do projektów ustaw.
3. Nie przeprowadzają testu DNA i nie starają się poznać twórców projektu ustawy, by projekt zrozumieć; dotychczas twórczy projektów ustaw pozostają najczęściej anonimowi.

II. Czego czynić nie wypada

1. Nie wypada zadawać pytania o to, co rzeczywiście projektodawca ustawy chciał osiągnąć; nie należy poddawać weryfikacji celu regulacji ogłoszonego w uzasadnieniu do projektu.
2. Nie należy badać skutków społecznych i ekonomicznych projektu, gdyż nie jest to domena prawników; założenie to jest z gruntu fałszywe, ale wygodne.
3. Nie należy zajmować się problemem, na ile prawdziwe są ustalenia zawarte w OSR (Ocenie Skutków Regulacji); wystarczy jedynie formalnie sprawdzić, czy są dołączone.

III. W efekcie jednak ich rozumowania prawnicze są nierozumne

1. Rozumowania pozakontekstowe, jakie przyjmują, są tylko pozornie apolityczne.

2. Rozumowania ahistoryczne, jakimi się posługują, niszczą pamięć instytucjonalną ustaw.
3. Rozumowania fragmentaryczne, na które są skazani przez bezplanowość działań legislacyjnych rządu i parlamentu, niweczą ich wkład w proces legislacyjny.

Bibliografia

- Hoff Waldemar (2008), *Prawny model regulacji sektorowej*, Difin, Warszawa
- Kamiński Antoni Z. (2007), *Res Publica – Res Privata*, w: *Oswajanie wielkiej zmiany. Instytut Socjologii UW o polskiej transformacji*, red. I. Krzemieński, J. Raciborski, Warszawa IFiS PAN, Warszawa
- Kosikowski Cezary (2006), *Zasięganie opinii i korzystanie z ekspertyz oraz przeprowadzanie konsultacji społecznych i dokonywanie uzgodnień w procesie tworzenia prawa i jego kontroli – rzeczywistość czy fikcja?*, „Przegląd Legislacyjny” Nr 1(53)
- Matczak Marcin (2007), *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa
- Morawski Lech (2006), *Czy sądy mogą się angażować politycznie?*, „Państwo i Prawo” z. 3
- Radwański Zbigniew (2007), *Rola prawników w tworzeniu prawa*, „Państwo i Prawo” z. 12
- Raport o stanie prawa* (1986), Rada Legislacyjna przy Prezesie Rady Ministrów, Instytut, Organizacji Zarządzania i Doskonalenia Kadr, Warszawa
- Schmitt Carl (2008), *Lewiatan w teorii państwa Thomasa Hobbesa. Sens i niepowodzenie politycznego symbolu*, Prószyński i S-ka, Warszawa
- Smolak Marek (2003), *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Zakamycze, Kraków
- Spyra Tomasz (2006), *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Wolters Kluwer, Warszawa
- Schmitt Carl (2000), *Teologia polityczna i inne pisma*, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Fundacja im. Stefana Batorego, Kraków
- Szymanek Jarosław (2006), *Funkcja ustawodawcza parlamentu (w ujęciu analizy politologicznej)*, „Przegląd Legislacyjny” Nr 2 (54)
- Wronkowska Sławomira (2006), *Tworzenie prawa w Polsce – ocena i proponowane kierunki zmian. Raport Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów*, „Przegląd Legislacyjny” Nr 1 (53)

„Wspólnotowa rozumność” w Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich

Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (poniżej wymieniany jako „Trybunał” lub „Trybunał Sprawiedliwości”) korzysta z wyjątkowego statusu w zachodniej świadomości prawnej. W ciągu ponad 50 lat istnienia zdobył zarówno żarliwych zwolenników¹, jak i zagorzałych krytyków², którzy mówią o „rządzie sędziów”³ i dla których Trybunał jest „sądem niebezpiecznym, który nie postępuje zgodnie z regułami”⁴. W najnowszej monografii poświęco-

¹ Zob. T. Koopmans, *The future of the Court of Justice of the European Communities*, „Yearbook of European Law”, 1991, Nr 11, s. 15, gdzie stwierdzono wręcz, że „European Court is the hobbyhorse of European lawyers”, oraz K.J. Alter i S. Meunier-Aitsahalia, *Judicial politics in the European Community*, „Comparative Political Studies” 1994, Nr 26, s. 536.

² H. Rasmussen, *On law and policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1986.

³ A.O. Neill, *The Government of Judges. The Impact of the European Court of Justice on the Constitutional Order of the United Kingdom*, „European University Institute Working Papers in Law”, Nr 3/93, European University Institute, 1993.

⁴ Tak Sir P. Neill, *The European Court of Justice: a case study of judicial activism*, „European Policy Forum”, London, sierpień 1995. W podobnym tonie wypowiedział się Kanclerz H. Kohl, który zagroził ograniczeniem kompetencji Trybunału, w odpowiedzi na dwa jego orzeczenia: C-45/90, *Paletta v Brenett AG*, [1992] ECR I-3423 i C-360/90, *Botel v Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin EV*, [1992] ECR I-3589. M. Thatcher podkreślała, że „niektóre rzeczy w Trybunale Sprawiedliwości dzieją się ku naszej wielkiej niechęci”. Ta ostatnia wypowiedź pochodzi

nej Trybunałowi stwierdzono: „Trybunał Sprawiedliwości [...] jest instytucją kontrowersyjną. Dla jednych przyczynił się do stworzenia fundamentów prawnych organizacji, która oferuje państwom członkowskim pokój, stabilność i dostatek, jakie wcześniej były dla nich niemożliwymi do osiągnięcia. Dla innych jednak Trybunał w sposób wytrwały działał i działa w celu realizacji programu swego własnego autorstwa, dotyczącego politycznego kształtu Europy, lekceważąc przy tym zapisy traktatowe, jeżeli tylko pozostają one w sprzeczności z własnym pomysłem na temat tego, czego Europa potrzebuje⁵”. Obecnie zasady funkcjonowania Trybunału, jego orzeczenia są powszechnie komentowane, stanowią przedmiot niekończących się dyskusji, licznych konferencji i seminariów, a instytucja kiedyś opisywana jako „ulokowana w bajkowym księstwie Luksemburg, pozostająca w niedbałym zapomnieniu możnych tego świata i środków masowego przekazu oraz korzystająca z wątpliej podstawy jurysdykcyjnej⁶” jest dzisiaj uznawana za najbardziej wpływowy z istniejących sądów międzynarodowych⁷, a sami sędziowie Trybunału są przyrównywani do kapłanów prawa wspólnotowego posiadających złote klucze, które umożliwiają odkrycie tajemnicy „prawa”⁸.

Przytoczone fragmenty stanowią potwierdzenie, że ocena Trybunału nigdy nie była i nadal nie jest jednoznaczna. Poniżej proponujemy spojrzeć na wspólnotowy sąd z perspektywy metod ro-

z debaty parlamentarnej bezpośrednio poprzedzającej uchwalenie przez Parlament w Westminsterze *European Communities Amendment Act 1993* ratyfikującego zmiany wprowadzone Traktatem z Maastricht, HL Deb, 7 czerwca 1993, kolumny 560–564.

⁵ A. Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford EC Law Library, wyd. 2, 2005, s. 1.

⁶ E. Stein, *Lawyers, judges, and the making of transnational constitution*, „American Journal of International Law” 1981, Nr 75, s. 1.

⁷ K.J. Alter, *The European Court’s political power, the emergence of an authoritative International Court in the European Union*, „West European Politics” 1996, Nr 19, s. 458.

⁸ H. Rasmussen, *The Court of Justice*, Gadjura, Copenhagen 1998, s. 359.

zumowania, jakim posługuje się on w swoich orzeczeniach. Tylko bowiem w ten sposób możemy go poznać, dokonać obiektywnej, wolnej od emocji i sloganów oceny oraz odpowiedzieć na pytanie, czy istotnie jest to sąd, którego powinniśmy się obawiać.

Nasza analiza składa się z trzech części.

W pierwszej wskazujemy na szczególną rolę Trybunału w obrębie systemu prawa wspólnotowego⁹. Podkreślona specyfika funkcji decyduje o sposobie rozumowania Trybunału.

Przedstawiona analiza nie tylko stawia pytanie, czym powinna charakteryzować się wspólnotowa argumentacja, aby zasłużyć na miano rozumnej. Dlatego w drugiej części tworzymy model, który nazywamy „wspólnotową rozumnością”. Przez to pojęcie rozumiemy czynniki, które wpływają na proces rozumowania sędziów i na dokonywane przez nich wybory. Parafrazując amerykańskich realistów, jest to „rozumność w książkach” (*in books*). Teoretyczne założenia modelu poddajemy testowi orzeczniczemu w celu sprawdzenia, jak model ten funkcjonuje w rzeczywistości i czy Trybunał zawsze postępuje rozumnie. Innymi słowy, chodzi o rozumność w działaniu (*in action*) i przesłedzenie na konkretnych przykładach, jak przebiega rozumowanie Trybunału oraz jak uzasadniane są wybory argumen-

⁹ Warto w tym miejscu wskazać na istniejące, aczkolwiek niezdefiniowane bliżej w orzecznictwie Trybunału, rozróżnienie pomiędzy „porządkiem prawnym” a „systemem prawnym”. Termin „system prawny” konotuje występowanie pewnych metodologicznych i systemowych właściwości całości opisywanej jako system: jego zamknięcie, spójność, zupełność, kompletność. Właściwości te natomiast nie muszą być obecne przy próbie definiowania Wspólnoty jako „porządku prawnego”. W wyroku w sprawie *Van Gend en Loos* (zob. szerzej niżej) Trybunał mówił o nowym porządku prawnym, na rzecz którego państwa członkowskie ograniczyły, aczkolwiek w pewnym zakresie (*albeit within limited fields*), swoje prawa suwerenne, w opinii jednak 1/91 mowa była nie tylko o ograniczeniu tych praw „in ever wider fields”, ale także o systemie prawnym. Co do kwestii poprawnego zakwalifikowania prawa wspólnotowego zob. wyczerpującą analizę teoretyczno-prawną J.R. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice, Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, 1993, zwłaszcza s. 36–38.

tacyjne. W tym celu w części drugiej wybraliśmy i omówiliśmy sprawy, które mogą udzielić odpowiedzi na te pytania. Także w tej części analizy głos oddajemy sędziom Trybunału, których wypowiedzi mogą prowadzić do zrozumienia, czym kieruje się „wspólnotowy umysł”.

W podsumowaniu porządkujemy elementy, które naszym zdaniem decydują o wspólnotowej rozumności.

I. Wpływ sędziów Trybunału Sprawiedliwości na rozwój prawa i jego filozofię

1. Integralność i operatywność systemu prawnego

Sędziowie Trybunału odgrywają istotną rolę w procesie przekształcania „multicentrycznego” systemu prawnego (będącego w istocie echem dualizmu) i wykładni pro-wspólnotowej¹⁰ w „zintegrowany” system prawny” (zwiastujący nową wersję monizmu) i dyskurs praktyczny¹¹.

¹⁰ Tę myśl wyraża tytuł artykułu E. Łętowskiej „*Multicentryczność*” systemu prawa i wykładnia jej przyjazna w: *Rozprawy prawnicze. Księga Pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2000, s. 1127–1146. Na temat wykładni pro-wspólnotowej pisze wnikliwie C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki, tom I*, C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 683–713.

¹¹ Porządek prawny „E-27” jest skonstruowany w oparciu o teorię piramidy: Z. Brodecki (red.), *Europa sędziów*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 32–35. Według tej koncepcji prawo państw członkowskich UE występuje *en block*, a komparatystkę prawniczą zalicza się wręcz do „metafizyki orzecznictwa”. Prawo państw członkowskich jest drogowskazem dla „wspólnych koncepcji prawnych” (tak sprawa C-173/99, *BECTU*), „wspólnego interesu” (tak sprawa 22/84 *Johnston*), „wspólnych wzorców” (tak sprawy T-189/95, *Dorsch Consult*, C-54/94, *Hedley Lomas*, C-352/98, *Bergardem*). O tym Z. Brodecki, M. Konopacka, *Art de comparaison w: Europa sędziów...*, s. 35–38. Wirtuozem komparatystryki jest rzecznik generalny. Szerzej: T.T. Koncewicz, *Rzecznicy generalni: artyści prawa wspólnotowego w: Europa sędziów...* s. 25–29.

Relacje wewnątrz „zintegrowanego systemu” określają zasady lub polityki, z myślą o jego operatywności¹². Dzięki integralności system staje się przejrzysty, spójny¹³ i stabilny. Operatywność natomiast łączy zasadę prymatu z zasadą bezpośredniego obowiązku/stosowania i/lub bezpośredniego skutku w holistyczną całość¹⁴.

Symbolem integralności i operatywności jest piramida o podstawie w kształcie kwadratu (precedensy), czterech bokach („prawo międzynarodowe” – „prawo wspólnotowe-ponadnarodowe” – „prawo państw członkowskich *en bloc*” – „prawo państw trzecich”) i trzech poziomach (zasady¹⁵ – reguły – polityki¹⁶). Uznanie precedensów za podstawę piramidy jest ukłonem w kierunku tradycji, zwłaszcza rzymskiej jurysprudencji, tworzącej swego rodzaju „rezonans

¹² Zasady i polityki odgrywają aktywną rolę w procesie rozumowania sędziów Trybunału, zgodnie z przedstawionym poniżej założeniem o kompleksowej teorii rozumowania i dążeniem do najpełniejszego normatywnego przedstawienia rozpoznawanej sprawy. Zob. część II i III poniżej.

¹³ Cechę spójności systemu podkreśla się na każdym kroku. Zob. np. L.M. Soriano, *A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice*, „Ratio Juris” 2003, Nr 16, s. 296, oraz S. Berteau, *Looking for Coherence within the European Community*, „European Law Journal” 2005, Nr 16, s. 154. Zob. też szczegółowe uwagi poniżej.

¹⁴ W sprawach dotyczących porozumienia UE – WTO zderzają się ze sobą dwie doktryny: prawa międzynarodowego (norma *self executing*) i prawa wspólnotowego (bezpośredni skutek). Por. K. Kuilwijk, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma*, Academic Publisher, Buenouquen 1996, s. 263–333.

¹⁵ Zasady są określone przez Traktat albo wydobywane przez sędziów z traktatowych przepisów lub klauzul generalnych, z prawa narodów i z tradycji konstytucyjnych państw członkowskich. Ich wyższość jest zrozumiała, skoro znajdują się wśród nich normy *ius cogens* (zapożyczone z prawa międzynarodowego) i prawa podstawowe o charakterze konstytucyjnym (zaczepnięte z prawa krajowego). Na ich temat zob. C. Mik (red.), *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2007, *passim*.

¹⁶ Pojęcie polityki prawa jest kluczem do „integracji poprzez prawo”. W jej procesie niezwykle ważne są niewiążące postanowienia instytucji Wspólnot. Są one tworzone w granicach jurysdykcji (prawo ustrojowe) i na podstawie określonej procedury (prawo procesowe).

energetyczny” imperium¹⁷. Jurysdykcyjna komplementarność daje o sobie znać w dobie globalizacji¹⁸, narodzin nowego imperium¹⁹, które tworzy ekspansywny ład o strukturze pozbawionej centrum władzy i niezależnej od terytorialnych granic. Ten ład cechuje uniwersalizm (a nie partykularyzm) i ewolucjonizm (a nie rewolucjonizm)²⁰. Proces „integracji poprzez prawo” dobrze zna ten, kto czuje „siłę wiatru od morza”²¹.

Rzymska jurysprudencja



Europejskie *ius commune*

Światowy porządek kształtują zarówno horyzontalne, jak i wer-tykalne relacje między władzą ustawodawczą i sądowniczą w każdym z układów (międzynarodowym, regionalnym i krajowym). Zach-

¹⁷ Jurysprudencja odgrywała w Rzymie ogromne znaczenie. Nawet opinie jurystów były źródłem prawa. Rzymianie zaliczali je do *ius*. W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego, Roma – Ius est ars boni et aequi*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2001, s. 60. Nie można też zapomnieć o *ius gentium*, które zasługuje na miano prototypu „prawa stosunków zewnętrznych Unii”.

¹⁸ Cechę komplementarności systemu prawnego z niezwykłą lekkością prezentuje A.M. Slaughter w pracy o interesującym tytule *A New World Order*, Princeton University Press, 2004, s. 78.

¹⁹ Zob. M. Hardt, A. Negri, *Imperium* przełożyli S. Ślusarski i A. Kołbaniuk, Wydawnictwo AB, Warszawa 2005, *passim*.

²⁰ Z. Brodecki, *Filozofia prawa europejskiego*, w: *Filozofia dogmatyk prawniczych*, Gdańskie Studia Prawnicze, tom XVIII 2007, s. 94.

²¹ Zmiany zachodzące w prawie międzynarodowym i ponadnarodowym dokonują się pod dyktando morskiej kultury prawnej. Filozofię jednolitego rynku stworzył Grocjusz. Z. Brodecki, *Prawo integracji w Europie*, LexisNexis, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 111.

dzące zmiany o charakterze ustrojowym inspirują założenia przyjęte w USA (*federation*) i w UE (*federation-like entity*). Znana tym ustrojom koncepcja „checks and balances” odnosi się tak do relacji „władza-sędzia”²², jak i do relacji „sędzia-sędzia”²³.

Konieczność myślenia o tych relacjach zmusza sędziów do wymiany myśli. Sympozja międzynarodowe organizowane przez Federalny Sąd Najwyższy USA, francuską Radę Stanu czy niemiecki Trybunał Konstytucyjny przyczyniają się do rozwoju komparatystyki prawniczej w skali makro i do korzystania z doświadczeń obcych sądów w fazie stosowania prawa²⁴. Najlepiej wykształceni i najbardziej odważni sędziowie cytują wyroki sądów państw trzecich. Osoby przywiązane do tradycji zwykle ograniczają się do studiowania orzecznictwa z innych państw członkowskich, jest to bowiem ich obowiązek.

Myśl o globalnej wspólnotce praw człowieka (*global community of human rights*) przyczyniła się do wzrostu znaczenia orzecznictwa ETPCZ. Wyroki strasburskich sędziów są respektowane przez Trybunał²⁵ i wielu sędziów krajowych w państwach członkowskich Rady

²² O relacji między władzą sądowniczą i władzą ustawodawczą ze znanstwem pisze A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, zwłaszcza s. 236–240 oraz 264–282. Te relacje są o wiele bardziej skomplikowane w Unii Europejskiej, gdzie zasadę trójpodziału władz zastąpiła zasada równowagi instytucjonalnej. Analiza funkcjonalna przyjętej zasady prowadzi do wniosku, że Trybunał Sprawiedliwości znajduje się *vis-a-vis* pozostałych instytucji Wspólnot.

²³ Zob. znamienne zacytowany tekst byłego Prezesa Trybunału Sprawiedliwości G.C.R. Iglesiasa, *Judge confronts himself as a Judge*, w: R. Badinter, S. Breyer (red.), *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, New York University Press, 2004.

²⁴ Już dzisiaj amerykańskie sądy powołują się na wyroki sądów europejskich (zwłaszcza francuskich i niemieckich), afrykańskich i azjatyckich. Zob. J. Lindholm, *State Procedure and Union Rights. A comparison of the European Union and the United States*, Instus Förlag, Uppsala 2007, s. 239 i nast.

²⁵ A.M. Slaughter, *A typology of transjudicial communication*, „University of Richmond Law Review”, 1994–1995, Nr 29, s. 99. Oba sądy (Europejski Trybunał Praw Człowieka i Trybunał Sprawiedliwości) występują wobec siebie jako

Europy i w państwach trzecich²⁶. Dzisiaj „sędziowie sądzą sędziów” w prawnej przestrzeni bez granic. Prawa podstawowe odzwierciedlają konstytucyjne ideały i wartości, związane z *ius*, i z *lex*. Teoria praw konstytucyjnych gwarantuje minimum integracji społecznego systemu normatywnego, a jednocześnie wywiera wpływ na sposób rozumienia prawa w teorii i w praktyce. Proces konstytucjonalizacji praw podstawowych decyduje o przyznaniu jednostce praw, bez względu na uznanie ich przez władze publiczne. Te prawa przestają mieć wymiar tylko ideowy lub polityczny, stają się istotnym elementem systemu prawnego i rozumowania prawniczego, a sam Trybunał przechodzi drogę od „sądu integracji” do „sądu praw”²⁷. Promują one światowy porządek prawny i uniwersalny kodeks argumentacyjny.

Uniwersalizm współczesnego prawa widoczny jest też w procesie integracji ekonomicznego systemu normatywnego, a zwłaszcza w polityce zewnętrznej UE. W tej sferze dominuje podejście geopo-

komplementarne i współpracują ze sobą, a nie współzawodniczą. Proces ich koegzystencji wszedł w nowy etap, gdy luksemburski Trybunał po raz pierwszy uznał pierwszeństwo praw człowieka (wolności jednostki) przed fundamentalnymi swobodami traktatowymi, jak przepływ towarów (sprawa C-112/00, *Schmidberger*) i usług (sprawa C-36/02, *Omega Spielhallen*). Zob. szerzej S. Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis*, „Common Market Law Review”, 2006, Nr 43, s. 629, D. Martin, *Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?*, „Revue trimestrielle des droits de l’homme” 2007, Nr 69, s. 107. W literaturze polskiej T.T. Koncewicz, *Europejskie i krajowe sądy tworzą coraz ściślejszą współpracę*, „Rzeczpospolita” z 31 stycznia 2007 r. oraz *Strasburg – Luksemburg – Warszawa. O jurysdykcyjnej współpracy sądów, O komplementarności i współzależności. Refleksje o ponadnarodowym dialogu sądowym*, „Palestra” 2007, Nr 11–12.

²⁶ Zob. A. Wentkowska, *EU and Chinese Models on Judicial Guarantees of Human Rights – Common way or Crossroads*, w: „Humanitas Journal of European Studies”, 2007, Nr 1, Wyższa Szkoła Humanitas, Sosnowiec 2007, s. 57–76.

²⁷ M. Cartabia, *Taking Dialogue Seriously. The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, „Jean Monnet Working Paper”, 2007, Nr 12, s. 13–14.

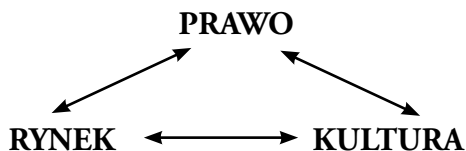
lityczne. Znajomość porozumień handlowych i gospodarczych oraz polityki pomocowej nie wystarcza, by dbać o efektywność polityki zewnętrznej UE i sprawiedliwe rozstrzygnięcie sporów w stosunkach międzynarodowych. Konieczne jest właściwe podejście badawcze do wyznaczników geograficznych, ekonomicznych i społecznych w oparciu o metody teoretyczno-empiryczne²⁸ i behawioralne²⁹. Bez odpowiedniego przygotowania trudno byłoby sędziom włączyć się do dialogu we wspólnocie sędziów (*judicial community*). Brak dostatecznej wiedzy i umiejętności powoduje, że iskrzy w relacjach UE–WTO. Spory między nimi są rozstrzygane przez sędziów z Trybunału albo panelistów z WTO³⁰. Do gaszenia pożaru włączają się sędziowie amerykańscy, francuscy, niemieccy i japońscy. W tym wielokulturowym dyskursie najlepiej widać, jak wspólna myśl przenika do prawa, ściśle powiązanego z rynkiem (interes indywidualny) i kulturą (interes kolektywny lub publiczny)³¹. Ich oddziaływanie na siebie odbywa się według reguł dialektyki.

²⁸ Zakładają one wykorzystanie czynników ilościowych i jakościowych. Większość proponowanych modeli jest wyrażana w matematycznej formule. Zob. D. Milczarek, *Pozycja i rola Unii Europejskiej w stosunkach międzynarodowych. Wybrane aspekty teoretyczne*, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2003, s. 134–136.

²⁹ Te metody koncentrują się na wskaźnikach demograficznych (liczba ludności) i ekonomicznych (PKB). Nie uwzględniają one poziomu technologii informatycznej, co w erze netokracji poważnie obniża ich walory. Ponieważ badanie mierników potęgi międzynarodowej jest wciąż bardziej sztuką niż nauką, przeto metody behawioralne są częściej wykorzystywane przez sędziów niż metody teoretyczno–empiryczne.

³⁰ Zob. P. Eeckhout, *Constitutional Concepts for Free Trade In Services*, w: G. de Burca, J. Scott (red.), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Aspects*, Hart Publishing, Oxford 2001, s. 225 i nast.

³¹ R.P. Malloy, *Law In a Market Context*, Cambridge University Press 2004, s. 143–226.



W Europie wciąż istnieją kulturowe centra i peryferie, a wielokulturowe obywatelstwo występuje tylko na papierze. Fakt ten utrudnia dialog o relacjach między prawem, rynkiem i kulturą. Relacje te są niezwykle ważne z uwagi na konieczność respektowania wspólnych reguł gry na rynku i tolerancji w sferze kultury. Dysonans między procesem integracji rynku i procesem kulturowej unifikacji powoduje, że gospodarka staje się celem samym w sobie, zamiast być środkiem wzmocnienia tożsamości UE na arenie międzynarodowej.

2. Sędzia w służbie idei

Już na wstępie warto wyeksponować tezę, że „prawo do rzetelnego procesu” (*right to due process*) jest wyrazem humanitaryzmu – wielkiej idei, która (podobnie jak efektywność i sprawiedliwość) rozwija się mocą własnej energii wewnętrznej, z szacunku dla *sacrum*³². Dzięki prawu do rzetelnego procesu jednostka staje się partycypatywna i przestaje być „sługą dwóch panów”, tj. państwa i Wspólnoty³³. Wszystko wskazuje na to, że już niedługo jednostka będzie „panem dwóch służących”, na których ciąży obowiązek respektowania praw podstawowych³⁴. W dzisiejszych czasach człowiek w większym stop-

³² Z. Brodecki (red.), *Europa sędziów...* s. 39.

³³ T.T. Koncewicz, *Searching for the model of procedural justice in Community law. Myth or reality?*, „Natolin Working Papers”, 2008.

³⁴ Na temat ochrony tych praw zob. A. Płachta, *Zasada ochrony praw podstawowych*, w: A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2005, s. 342–409, a także U. Di Fabio, *Prawa podstawowe jako system wartości*, w: M. Lutter, M. Wyrzykowski (red.), *Na drodze do*

niu niż dawniej jest „zwierzęciem politycznym” . Od kreatywności jednostki zależy dynamizm zachodzących przemian, a od inteligencji – ich jakość. Być może wejście w życie europejskiego *Bill of Rights*³⁵ przyczyni się do napisania nowej symfonii o nazwie „Mój dom – Europa” i przypomnienia hasła: *liberté, égalité, fraternité*.

Nie można zapominać, że sędzia występuje w dwóch rolach: sędziego prawodawcy (precedens prawotwórczy³⁶ i odpowiadająca mu efektywność) i sędziego stosującego prawo („zwykły” precedens³⁷ i odpowiadająca mu sprawiedliwość).



wspólnoty kultury prawnej, Szkoła Prawa Niemieckiego UW, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2007, s. 97–112.

³⁵ Z. Brodecki, T.T. Koncewicz, *Europejski Bill of Rights. Zapomniani, niezrozumiani, w końcu dostrzeżony?* „Edukacja Prawnicza”, 2007, Nr 3.

³⁶ Żaden z wybitnych sędziów i teoretyków nie kwestionuje ich istnienia, o ile nie *de iure*, to *de facto*. Zob. F. Jacobs, *The evolution of the European Legal Order*, „Common Market Law Review”, 2004, Nr 41, s. 303–316, N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law, A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press 2005, s. 143–188, a także J. Barceló, *Precedents In European Community Law*, w: N. MacCormick, R. Summers, (red.), *Interpreting precedents. A Comparative Study*, Ashgate Bartmouth, s. 407–436. Gdy sędziowie Trybunału decydują się na wydanie precedensu prawotwórczego (jak gdyby decydowali o odpowiedzialności odszkodowawczej państw z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego), wówczas wystarczy powołanie się na „ ducha traktatu” (*spirit of the Treaty*) lub ogólny system (*general scheme*). Zob. szczegółowo niżej część drugą, w której omawiane orzeczenia wykorzystują w sposób ofensywny odwołanie się do „ ducha” i „systemu” Traktatu.

³⁷ Powołanie art. 220 TWE jako podstawy jurysdykcji powierzonej ma sens, gdy sędziowie stosują prawo. Zob. jednak T.T. Koncewicz, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. O jurysdykcyjnych wyborach i granicach w ramach „wspólnoty prawa”*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008 oraz pierwsze wydanie tej monografii z 2006 r.

Sędzia tworzący precedens prawotwórczy powinien brać pod uwagę ideę efektywności jako syntezę praworządności i racjonalności³⁸. Jest on wówczas w roli racjonalnego prawodawcy, który realizuje cel integracji: gospodarczej (*economic jurisprudence*³⁹), społecznej (*sociological jurisprudence*⁴⁰) i politycznej (*political jurisprudence*⁴¹). Gdy sędzia rozstrzyga tzw. trudne sprawy⁴², wówczas musi poznać tajniki matematycznej analizy racjonalności⁴³ oraz umieć korzystać z „termometru” do mierzenia parametrów bezpieczeństwa finansowego, ekologicznego i militarnego⁴⁴. W doktrynie podkreśla się, że sądowa argumentacja pozostaje w ścisłym związku z ogólnymi zasadami rozumowania i dyskursu. Współcześni filozofowie prawa

³⁸ Z. Brodecki, *Europa sędziów...*, s. 86–87. O racjonalności piszą współpracownicy i uczniowie Michała Hellera [w:] S. Wszolek, R. Janusz, red., *Wyzwania racjonalności*, Wydawnictwo WAM. Na szczególną uwagę zasługują teksty opublikowane w rozdziale *Język i metodologia* s. 169–242 oraz *Człowiek i odpowiedzialność* s. 243–318.

³⁹ Dzieło R.A. Posnera *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1980, wywarło wpływ na rozwój ruchu *Law & Economics*, a tym samym i na tzw. *economic jurisprudence*.

⁴⁰ Do rozwoju *sociological jurisprudence* przyczynił się funkcjonalizm prawniczy, który zakorzenił się w Federalnym Sądzie Najwyższym USA w zakresie badania aktów prawnych co do ich zgodności z zasadami konstytucji (*judicial review*).

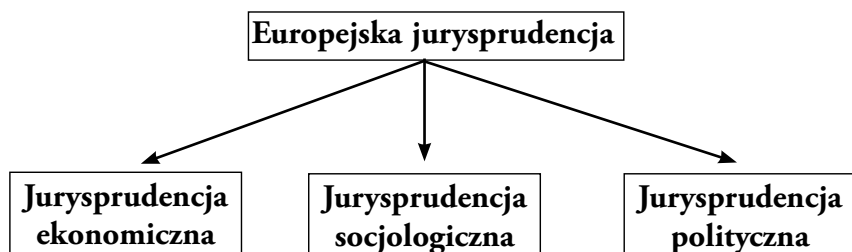
⁴¹ Znajomość dzieł najwybitniejszych filozofów prawa (Rawlsa, Dworkina, Habermasa i innych) wyjaśnia wiele tajników *political jurisprudence*. Zob. G. Schwan, *Polityka i zaufanie*, w: M. Lutter, M. Wyrzykowski, red., *Na drodze...*, s. 129–138.

⁴² Podczas wydawania wyroku w trudnych sprawach sędzia zajmuje pozycję proceduralną. Dworkinowski sędzia-Herkules fascynuje filozofów na całym świecie. Zob. np. B. Frydman, G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1998, s. 61–65.

⁴³ Nawet B. Russell zdawał sobie sprawę, że *Principia Mathematica* zdobyły niewielkie uznanie w naukach społecznych. *Wstęp do filozofii matematyki*, w przykładzie Cz. Znamierowskiego, Fundacja Aletheia, Warszawa 2003, *passim*.

⁴⁴ W tym kontekście cel integracji znaczy „bezpieczeństwo”. Do takiego wniosku prowadzi uważna lektura książki J. Zajadło, red., *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Lexis Nexis, Warszawa 2008, *passim*.

poddają krytyce tezę o rozdziale prawa i moralności. Jest to pokłosie rozliczania z systemami totalitarnymi. W kontekście integracji w skali globalnej i regionalnej uzasadnione jest przeniesienie punktu ciężkości rozważań z refleksji historycznych⁴⁵ na „przyszłość dziedzictwa”, czyli na analizę racjonalności w perspektywie zarówno ekonomicznej, społecznej, jak i politycznej. Wciąż aktualny jest postulat powiązania prawa z powinnością, ocenianą z punktu widzenia efektywności. Dla apologetów pozytywizmu prawniczego jest to teza zbyt nowatorska. Nie wierzą oni bowiem w skuteczność osiągania społecznego konsensu. I wręcz drażni ich skłonność do łączenia prawa, ekonomii, socjologii i politologii w jedną całość.

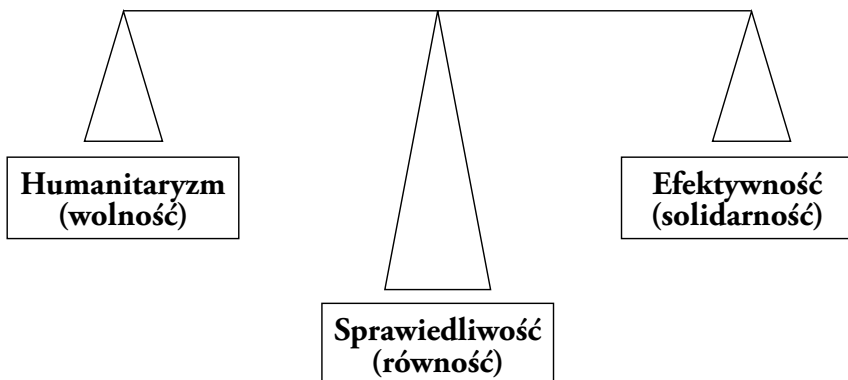


W procesie stosowania prawa sędziowie mają obowiązek orzekać sprawiedliwie, realizując ideę równości (słuszności). I ta rola nie jest wszakże łatwa, gdyż coraz częściej są oni „mediatorami” między „rynkiem” (intereselem indywidualnym) a „kulturą” (intereselem kolektywnym lub publicznym). Tylko sędzia studiujący „fascynujące ścieżki filozofii prawa” (formułę *lex iniustissima non est lex*)⁴⁶ i ko-

⁴⁵ Takie spojrzenie było typowe dla doktryny niemieckiej po II wojnie światowej. Świadczy o tym dobitnie tzw. formuła Radbrucha. Szerzej J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk, 2001, oraz ostatnio *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch. Portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2007, w szczególności rozdział VI.

⁴⁶ Zob. Z. Brodecki i A.M. Nawrot, *Świątynia w cyberkulturze – technologie cyfrowe i prawo w społeczeństwie wiedzy*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego,

rzystający z osiągnięć technologii cyfrowych (programów elektronicznych wykraczających poza syllogizmy prawnicze)⁴⁷ zna wagę do wartościowania zasad, reguł i polityk. Słowem, potrafi ważyć racje (*balancing reasons*⁴⁸) w zgodzie z doktryną precedensu i z zasadą proporcjonalności⁴⁹.



Gdańsk 2007, s. 33–106. Autorzy zwrócili uwagę na konieczność opracowania programu elektronicznego *Ius-Net* jako suplementu do programu *Lex-Net*.

⁴⁷ Koncepcja ważenia racji jest oparta na założeniu, że zasady są tzw. wymogami optymalizującymi (*optimization requirements*), czymś, co odzwierciedla prawne i faktyczne możliwości; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (Oxford Press, 2002). Zob. też J. Woleński, *Models of Legal Reasoning*, w: *Law and Legal Cultures In the 21 Century – Diversity and Unity*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Warszawa 2007. Ważenie zasad jest w istocie rozstrzygnięciem wewnętrznych sporów w łonie społecznej gospodarki rynkowej (*Sociale Marktwirtschaft*). Zob. A. Kozak, *Postponowoczesne koncepcje prawa*, w: *Zagadnienia teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, Kolonia Limited 2007, s. 83.

⁴⁸ H. Ward, *Teoria racjonalnego wyboru* w: D. Marsch, G. Stoker, red., *Teorie i metody w naukach politycznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2006, s. 63–68.

⁴⁹ Zob. A. Barak, *Seeking Common Sense: Proportionality and Balancing*. Tekst prezentowany przez Autora podczas spotkania organizowanego przez Helsińską Fundację Praw Człowieka w listopadzie 2007 r. w Warszawie. Autor odróżnia *horizontal balancing* (prawa człowieka albo publiczny interes) i *vertical balancing* (prawa człowieka *versus* interes publiczny), a jednocześnie zwraca uwagę na relację między testem proporcjonalności a regułą rozsądku.

Brak aprobaty dla sądowego ważenia racji ze strony prawników, socjologów i politologów jest źródłem postawy sceptycznej wobec procesu integracji w skali regionalnej i globalnej. W Unii Europejskiej obserwujemy dwie postawy sceptyczne: radykalną – o greckich korzeniach⁵⁰ (dominującą w państwach Europy Środkowej i Wschodniej) oraz umiarkowaną – inspirowaną przez rzymskie tradycje⁵¹ (zakorzenioną w państwach Europy Zachodniej). Zderzenie kultur prawnych i postaw kształtowanych przez historię narodu i jego zwyczaje utrudnia spełnienie „europejskiego marzenia”. Czy istnieje szansa na stworzenie jednej rodziny europejskich narodów? Jeśli tak, to można mieć nadzieję na wyzwolenie Europejczyków z nacjonalizmu⁵² i sukces w procesie integracji. W tym procesie sędziowie grają pierwsze skrzypce. To od nich zależy, czy Unia Europejska nie przekształci się w muzeum historii. Tym bardziej więc należy z dużą wnikliwością potraktować pytanie o rozumowanie

⁵⁰ Zapoczątkowaną przez Pyrrona z Elidy w opozycji do tzw. dogmatyków (Akademii Platońskiej, arystotelików, stoików i epikurejczyków). Zob. *Sceptycyzm etyczny*, w: T. Honderick, red., *Encyklopedia filozofii*, tom II, przekład Jerzy Łoziński, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 1999, s. 836–837.

⁵¹ Taką postawę reprezentował m.in. Cyceron. Ten filozof, znakomity mówca i polityk, zwracał uwagę nie tylko na to, co dzieli poszczególne systemy filozoficzne, ale na to, co je łączy, czyniąc to z myślą o przewyciężeniu poznawczego paraliżu. Zob. M. Kuziak, S. Rzepczyński, T. Tomasik, D. Sikorski, T. Sucharski, *Słownik myśli filozoficznej*, PARK, Bielsko Biała 2004, s. 101. Od czasów Kartezjusza sceptycyzm ma charakter metodologiczny, przeciwstawia się jedynie wszelkim formom dogmatyzmu, przyjmowania twierdzeń na mocy autorytetu i postuluje podejmowanie na nowo badań, gdy dotychczasowe rezultaty budzą nieufność. Tak pojmowany sceptycyzm nie jest wadą, lecz zaletą, toruje bowiem drogę ku integracji.

⁵² Przejawem postawy nacjonalistycznej jest zbyt przywiązanie do własnych kodeksów, które swego czasu Napoleon „roznosił na bagnietach”. Szturm ogólnych zasad prawa cywilnego na kodeksy cywilne państw Unii Europejskich jest kwestią czasu. Zob. J. Rajski, *For a progressive codification of European Private Law*, w: *Private Law Beyond the National Systems*, British Institute of International and Comparative Law, s. 825–830.

sędziów. Tylko znając ich techniki, metody oraz powoływane argumenty, dajemy sobie szansę na rzeczywiste zrozumienie przesłania wspólnotowego sądu.

II. Proces rozumowania w Trybunale Sprawiedliwości. Model

1. Sprawy „jasne – trudne” i pytanie o dyskrecjonalność sędziowską

R. Dworkin dokonał podziału spraw rozstrzyganych przez sądy na tzw. jasne (*clear*) i trudne (*hard*)⁵³. Jego zdaniem, gdy prawnicy różnią się w opiniach co do prawdziwości lub fałszu określonych sądów na temat prawa, to mamy do czynienia ze sprawą trudną⁵⁴. Większość spraw należy do grupy jasnych, a więc takich, których rozstrzygnięcie z punktu widzenia źródeł prawa nie nastęrcza większych trudności. Podział na sprawy *clear* i *hard* nie ma jednak charakteru absolutnego. Niektóre sprawy będą miały charakter mieszany i będą zawierały elementy zarówno spraw jasnych, jak i trudnych. W innych jeszcze przypadkach sprawa kiedyś uznana za *clear*, stanie się z upływem czasu na skutek procesu tzw. problematyzacji (podniesienie wątpliwości co do sposobu zastosowania przepisu⁵⁵) *hard* i *vice versa*.

⁵³ R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, s. 353–354. W literaturze polskiej o dychotomii spraw na *hard* i *clear* zob. szeroko J. Zajadło, red., *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, LexisNexis, 2008. Autorzy definiują jednak *hard cases* inaczej niż R. Dworkin, wykraczając poza konflikt „prawo a prawo”.

⁵⁴ Z konieczności stanowi to najprostszą, w pewnym sensie intuicyjną, próbę wskazania, co Autor rozumie jako „jasną”, a co jako „trudną” sprawę – podział, który jest związany z Jego koncepcją „law as integrity”, czyli porządku prawnego opartego na koherencji; zob. R. Dworkin, *op. cit.*, zwłaszcza s. 177, 226, 229, 243, 255–256, 265–266.

⁵⁵ Z terminu „problematyzacja” korzystam za J. Bengoetxeam cytowanym niżej.

Podobnie Raz wyróżnił przypadki (spory) przejrzyste i nieprzejrzyste⁵⁶. Przypadki przejrzyste „to te, które podpadają pod prawo zwyczajowe lub regułę ustawową w tym sensie, że sąd nie musi wydawać orzeczenia, które je definiuje [...] Spór jest przejrzysty, jeśli pytanie: Czy w tym przypadku sąd powinien zdecydować, aby zrobić *p*, ma poprawną odpowiedź prawną”⁵⁷. Spór jest przejrzysty, ponieważ obowiązujące prawo dostarcza rozwiązania, wskazuje, jak konflikt należy rozwiązać. Spór jest natomiast nieprzejrzysty, „jeśli niektóre z takich pytań nie mają poprawnej odpowiedzi prawnej, tzn. jeśli w prawie, które stosuje się do danego przypadku, istnieje luka”⁵⁸. W przypadku sporów nieprzejrzystych prawo nie dyktuje żadnego rozwiązania, choć może wykluczać pewne rozwiązania jako niewłaściwe i udzielać pewnych ogólnych wskazówek dotyczących wyboru pomiędzy niektórymi lub wszystkimi z pozostałych możliwych rozwiązań.

Także Raz przestrzega przed automatyzmem w kwalifikowaniu pewnych sporów jako przejrzyste i nieprzejrzyste. Spory przejrzyste mogą być bowiem trudniejsze do rozstrzygnięcia niż nieprzejrzyste. *Criterion divisionis* polega na tym, że jedynie w sporach nieprzejrzystych wymagamy od sądu dokonania osądu. Przy sporze przejrzystym rozwiązania dostarcza prawo, a sąd nie może stworzyć nowego prawa, chyba że zmienia prawo już istniejące. W przypadku zaś sporów nieprzejrzystych zawierających lukę, sąd tworzy nowe prawo, nie zmieniając prawa istniejącego. Prawo jest tworzone właśnie przez akt wypełnienia luki⁵⁹. Podsumowując ten z konieczności sumaryczny przegląd podkreślić należy przede wszystkim perspektywę, z jakiej

⁵⁶ Tłumaczenie pochodzi z polskiego wydania głównego dzieła Autora pod tytułem *Autorytet prawa*, Dom Wydawniczy ABC, 2000. Oryginał posługuje się terminami *regulated* i *non-regulated cases*.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 180.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 181.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 181–182.

dokonujemy kwalifikacji sporu. Punktem odniesienia ma być prawo obowiązujące, które też dostarcza odpowiedzi na powstające przed sądem wątpliwości i pytania. Raz mówi wprost: przejrzysty spór to taki, w przypadku którego to prawo dostarcza rozwiązania.

Jak wykazał J.R. Bengoetxea, podział spraw (sporów) na „jasne” i „trudne” może stanowić użyteczny model dla wyjaśnienia sposobu rozstrzygania przez Trybunał spraw, które doń trafiają⁶⁰. Mówiąc o sprawie (*case*) Autor ma na myśli sytuację lub pewien stan rzeczy. Sprawa to „zastosowanie określonych źródeł prawa do określonej sprawy w danych okolicznościach”⁶¹. Nawiązując do definicji interpretacji *sensu stricte*, wprowadzonej przez Wróblewskiego, wskazuje, że sprawa trudna wymaga takiej interpretacji z powodu wątpliwości semantycznych lub pragmatycznych, które powodują, że znaczenie przepisu prawa nie jest jasne. Proces uzasadniania decyzji interpretacyjnej w sprawie jasnej nie musi bazować na elementach uzasadnienia moralnego, ponieważ dla rozstrzygnięcia sprawy wystarczy zastosowanie sylogizmu, gdzie wniosek w sposób logiczny wynika z pewnych z góry założonych przesłanek (tzw. formalne uzasadnienie). Z kolei w sprawach trudnych rozumowanie dedukcyjne jest niewystarczające: tutaj w pierwszym rzędzie istnieje spór co do tego, jakie przepisy (szerzej: które prawo) należy zastosować w pierwszym rzędzie. W tym drugim przypadku dla dokonania oceny, czy decyzja interpretacyjna jest słuszna, zgodna z prawem, akceptowana przez adresata, a najlepiej przez społeczeństwo, konieczne jest odwołanie

⁶⁰ J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, 1993. Dyskusja na temat „clear/hard cases” w prawie wspólnotowym opiera się w głównej mierze na poglądach tam przedstawionych. O rozstrzyganych przez Trybunał „hard cases” pisze także L. Gormley, *Assent and Respect for Judgments: Uncommunitaire Reasoning in the European Court of Justice*, w: L. Klemer, H.-W. Micklitz, K. Tonner, red., *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order. Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos, Baden Baden, 1997, s. 28.

⁶¹ J.R. Bengoetxea, *op. cit.*, s. 183.

się do innych testów⁶². Dla Bengoetxea termin *clear* odnosi się do sytuacji tzw. izomorfii, która polega na tym, że sposób zastosowania przepisów do okoliczności faktycznych danej sprawy nie następuje problemów (jest jasny w tym sensie). Mamy do czynienia z sytuacją *claritas*, nie ma potrzeby sięgania po interpretację *sensu stricte*. Termin *hard* oznacza natomiast sprawę, w której niejasne jest, na podstawie jakich przepisów sprawa zawisła przed sądem winna zostać rozstrzygnięta. Wówczas mamy do czynienia z wątpliwością i koniecznością dokonania interpretacji. Podkreśla jednak, że podział ma charakter umowny⁶³. Sprawa na pierwszy rzut oka trudna może się okazać jasna, a trudna na skutek problematyzacji (podniesionej przez pełnomocników stron lub sam sąd rozstrzygający *ex officio*⁶⁴).

Autor wyróżnia następnie kilka poziomów, na których ujawnia się pożyteczność dystynkcji pomiędzy sprawami jasnymi a trudnymi. Na poziomie socjologicznym linia podziału przebiega pomiędzy sprawami rutynowymi a problematycznymi⁶⁵, na poziomie procesu wyjaśniania postępowania sędziów (*explanation*), gdy w grę wchodzi różne metody uzasadniania decyzji interpretacyjnej oraz korzystanie z różnych dyrektyw wykładni, na poziomie dogmatyki prawnej, gdzie podział jest wyznaczany przez stosunek do źródeł prawa, norm prawnych oraz porządku prawnego: z tej perspektywy sprawa łatwa to taka, która może znaleźć rozstrzygnięcie na podstawie obowiązującego prawa, dla rozstrzygnięcia zaś sprawy trudnej jest to już jednak niewystarczające, a konieczne staje się poszukiwanie reguł,

⁶² *Ibidem*, s. 168, 181–182.

⁶³ Na co uwagę zwracał także Dworkin, *op. cit.*, s. 354.

⁶⁴ W tym kontekście zauważa, że w sprawie *Les Verts* mieliśmy właśnie do czynienia z taką problematyzacją z urzędu. J.R. Bengoetxea, *op. cit.*, s. 185.

⁶⁵ Wydaje się, że Autor nawiązuje tym samym do poglądu wyrażonego już przez sędziego B.N. Cardozo, który mówił: „[...] w niezliczonej ilości spraw sądowych prawo jest tak jasne, że sędziowie nie korzystają z dyskrekcji [...]”, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press & Oxford University Press, 1921, s. 129.

zasad, doktryn, maksym, na poziomie uzasadniania (*justification*), gdy interpretator musi uzasadniać kroki pośrednie prowadzące do pewnych przesłanek, na podstawie których formułuje wniosek główny, na poziomie ideologicznym, który rozstrzyga, z jaką ideologią stosowania prawa mamy do czynienia w obrębie danego systemu prawa⁶⁶.

Pamiętając o zawsze istniejącym elemencie umowności przy dokonywaniu podziału na sprawy „trudne-jasne”, można wskazać, że podział ten nie jest obcy prawu wspólnotowemu. Po pierwsze, podział spraw rozstrzyganych w różnym składzie (izby, małego lub wielkiego plenum) wskazuje, że zakres problematyki jest różny. Można przyjąć, że w niektórych sprawach istnieje większe prawdopodobieństwo, które możemy ustalić z góry, że będą one miały charakter rutynowy, niewymagający rozstrzygnięcia problemów, ale raczej standardowego aktu stosowania prawa obowiązującego do ustalonego stanu faktycznego⁶⁷. Bengoetxea argumentuje, że wspólnotowa teoria *acte clair* jest także oparta na założeniu, że pewne sprawy mają charakter rutynowy, nie budzą wątpliwości interpretacyjnych: gdy przepis jest jasny, wówczas samo jego powołanie stanowi wystarczającą podstawę dla mającego zapaść orzeczenia, bez potrzeby wyjaśniania, dlaczego dany przepis został odczytany w taki a nie inny sposób⁶⁸. Samo orzecznictwo może się także przyczynić, że liczba spraw jasnych będzie się powiększać, z tym skutkiem, że Trybunał będzie korzystał z możliwości, jaką daje mu Regulamin informowania sądu krajowego, że sprawa została już w sposób dostateczny wyjaśniona i nie ma potrzeby dokonywania interpretacji w formie orzeczenia wstępnego. Podobnie zmiana Statutu w kierunku fakultatywności opinii rzecznika generalnego potwierdza, że podział ma rację bytu także w prawie wspólnotowym.

⁶⁶ J.R. Bengoetxea, *op. cit.*, s. 184–194.

⁶⁷ Utworzenie Sądu Pierwszej Instancji, a ostatnio także Sądu do Spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej potwierdzają to spostrzeżenie.

⁶⁸ J.R. Bengoetxea, *op. cit.*, s. 199.

Przed przystąpieniem do analizy rozumowania w Trybunale należy zarysowany podział na sprawy „jasne/przejrzyste” i „trudne/nieprzejrzyste” uzupełnić o rozważania na temat zjawiska dyskrecjonalności sądowej. Sądowa dyskrecjonalność to „kompetencja sędziego do dokonania wyboru spośród wielu możliwych, z których każdy jest zgodny z prawem w kontekście porządku prawnego”⁶⁹. Ta możliwość i prawo dokonania wyboru w sytuacji konkurencji kilku możliwych rozwiązań to przejaw dyskrecjonalności sądowej⁷⁰. Istnienie dyskrecjonalności sędziowskiej jest bezpośrednią konsekwencją niedoskonałości języka naturalnego i opartego na nim języka prawnego, a więc tego, w którym sformułowane są teksty obowiązujące prawa⁷¹. Barak pisze, że w celu przezwyciężenia elementu „niepewności”⁷² prawnicy odwołują się do dyrektyw interpretacji, które w większości przypadków spełniają swoją funkcję: usuwają element niepewności związany z językiem naturalnym⁷³. Z dyskrecjonalnością mamy do czynienia w momencie, gdy sędzia znajduje się na skrzyżowaniu i musi podjąć decyzję: jeżeli prawo dyktuje tylko jedno rozwiązanie, to sędzia nie korzysta z dyskrecjonalności⁷⁴. Jeżeli korzystanie z tak zdefiniowanej dyskrecji nabiera charakteru regularnego, wychodzi poza jednostkowe przypadki, wówczas działalność sądów korzystających z tak pojętej dyskrecjonalności zbliża ją

⁶⁹ Definicja za: A. Barak, *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1989, s. 7.

⁷⁰ J.R. Bengoetxea, *The scope for Discretion, Coherence and Citizenship*, w: O. Wiklund red., *Judicial Discretion in European Perspective*, Norstedts Juridik, Kluwer Law International, 2003, s. 55.

⁷¹ Wyróżnienie języka prawnego i prawniczego (języka, w którym formułowane są wypowiedzi o prawie obowiązującym) za B. Wróblewski, *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948.

⁷² *Uncertainty*. Autor pod tym terminem rozumie „dwuznaczności, niejasności i otwartości” języka naturalnego.

⁷³ A. Barak, *The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice*, w: O. Wiklund, red., *Judicial Discretion...*, *op. cit.*, s. 16.

⁷⁴ Zob. też wszechstronną analizę zjawiska prawniczej władzy dyskrecjonalnej w: A. Kozak, *Granice dyskrecjonalnej władzy prawniczej*, Kolonia 2002.

do stanowienia prawa. Dyskrecjonalność stanowi formułę, za której pomocą teza o „tworzeniu prawa przez sądy” uzyskuje dodatkową prawomocność.

W przeszłości pogląd o prawotwórczej roli orzecznictwa był kwestionowany, a jego przeciwnicy wskazywali, że w zgodzie z klasyczną zasadą trójpodziału władzy sędziowie są władni tylko i wyłącznie do dokonywania interpretacji prawa, a nie do jego tworzenia. Takie podejście jest dzisiaj fikcją. Przyjęcie, że „[...] sędzia nie ma woli, nie dokonuje żadnych wartościujących ocen i wyborów, raczej jest jedynie maszyną do liczenia, a nawet prawniczym automatem [...] jedynie powtarzającym dokładnie to, co zapisano w prawie”⁷⁵. Lech Morawski, który przedstawił krytykę klasycznego ujęcia funkcji sądów jako wyłącznie interpretowanie prawa, wskazuje, że w szeregu przypadkach mamy do czynienia z aktem kreatywnej wykładni prawa, która dopuszcza twórczy element w procesie interpretacji⁷⁶. Dodatkowo element niedoskonałości języka przepisów prawnych powoduje, że często nie ma jednego łatwego rozwiązania sprawy, pod uwagę trzeba wziąć szereg elementów, rozważyć za i przeciw określonej interpretacji. Interpretacja nie prowadzi do jednego, satysfakcjonującego wszystkich rezultatu i tylko jednej słusznej odpowiedzi. Wówczas sądowa dyskrecjonalność jest logiczną konsekwencją tego niedoskonałego stanu rzeczy⁷⁷, a sędzia staje przed koniecznością wyboru. Wtedy też pojawia się pytanie, czy dokonując go postępuje rozumnie.

2. Sędzia wspólnotowy w świecie niedoskonałych przepisów

Te ogólne założenia odgrywają szczególne znaczenie w odniesieniu do Trybunału Sprawiedliwości. Na poziomie najbardziej ogólnym

⁷⁵ R. Posner, *The Federal Courts*, Harvard 1985, s. 201.

⁷⁶ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, TNOiK, Toruń 2002, s. 16 i nast. oraz obszerna literatura tam cytowana.

⁷⁷ A. Barak, *op. cit.*, s. 17 i nast.

wskazano w literaturze, że same traktaty tworzą skomplikowany system, który reguluje stosunkami pomiędzy Wspólnotą a państwami członkowskimi, pomiędzy samymi państwami i w końcu pomiędzy instytucjami wspólnotowymi⁷⁸. Traktat rzymski przyjmuje szczególną technikę legislacyjną. Wiele przepisów ma charakter otwarty, niejasny, pozostawia pole manewru i wyboru. Traktat zawierał jedynie plan, zarys projektu, którego wykonanie powierzone zostało instytucjom oraz państwu Wspólnoty. Źródła „kreatywnej jurysprudencej” znajdowały się więc od początku w samym Traktacie. Brak jest definicji „ograniczeń ilościowych”, „środków równoważnych”, „pracowników”, „usług” etc. Trybunał musiał odpowiedzieć na pytanie, czy swoboda regulacyjna państw wyczerpuje się w możliwości powoływania się na art. 30 Traktatu, czy też może należy uznać, że istnieją inne interesy zasługujące na ochronę na podstawie ustawodawstwa krajowego. W ten sposób instytucja, która decyduje o sposobie wypełnienia tych niezdefiniowanych pojęć, w sposób konieczny spełnia także funkcję *quasi*-legislacyjną. Ilekroć sędzia musi dokonać wyboru spośród kilku możliwych rozwiązań sytuacji faktycznej, która nigdy wcześniej nie była przedmiotem osądu (brak precedensu i wskazówek interpretacyjnych), tylekroć kreuje nową normę prawną. Ta lakoniczność zapisów znajdujących się w Traktacie oznacza, że twórcy Traktatu zdawali sobie sprawę z konieczności spełniania przez Trybunał funkcji *quasi*-legislatora. Kontrowersyjne wybory były i są bezpośrednią konsekwencją tego, co i w jaki sposób zapisano w Traktacie. Uprzywilejowana więc sytuacja Trybunału polega na jego kompetencji do przeprowadzenia w tych wszystkich wypadkach zabiegu interpretacji, a następnie dokonania wyboru.

Pamiętać należy także, że dla dokonania zmiany w Traktatach potrzebna jest każdorazowo zgoda wszystkich państw członkowskich. Bardzo często konsens taki będzie niemożliwy do osiągnięcia. Oznacza to, że jedynym sposobem adaptacji zapisów traktatowych

⁷⁸ *Ibidem*, s. 49.

do stale zmieniającej się rzeczywistości jest właśnie interpretacja dynamiczna tych zapisów przez Trybunał, który w ten sposób zapewnia, że Traktat podlega zmianom wraz z samymi Wspólnotami, nawet gdy państwa nie są w stanie przeprowadzić formalnych zmian. Czasami lepiej jest zaakceptować zmiany płynące z orzecznictwa, aniżeli przedsięwziąć żmudny i długotrwały proces formalnej zmiany Traktatu.

II.3. Trzy konteksty rozumowania sędziego Trybunału Sprawiedliwości

3.1. Kontekst odkrywania

Rozgraniczenie na kontekst odkrywania (*discovery*) oraz uzasadnienia (*justification*) dotyczy dwóch różnych poziomów sądowego dochodzenia do orzeczenia i pozwala na racjonalną kontrolę orzeczeń⁷⁹.

Kontekst „odkrywania” dotyczy czynników, które wywierają wpływ na proces decyzyjny i mu towarzyszą. Chodzi o czynniki psychologiczne i socjologiczne. Bengoetxea zalicza tutaj element czasu, dostępne środki finansowe, warunki i otoczenie pracy⁸⁰, które mają wpływ na orzeczenie. Kontekst odkrywania to otoczenie, w którym Trybunał funkcjonuje. Chodzi więc o podkreślenie, jak sędziowie dochodzą do kompromisu, co wpływa na taką a nie inną treść orzeczenia, jakie interesy uzyskują pierwszeństwo⁸¹. Otoczenie

⁷⁹ J.R. Bengoetxea, N. McCormick, L.M. Soriano, *Integration and integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, w: G. de Burca, J.H.H. Weiler, red., *The European Court of Justice. Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, 2001, s. 48.

⁸⁰ J.R. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, 1993, s. 114. Poglądy tego Autora zasługują na szczególną uwagę, gdyż jego monografia pozostaje do dzisiaj najbardziej wyczerpującą teoretyczno-prawną analizą Trybunału Sprawiedliwości.

⁸¹ J.R. Bengoetxea, *The Justification of Decisions by the European Court of Jus-*

to ma wymiar proceduralny i instytucjonalny. Pierwszy dotyczy czynników właściwych postępowaniu przed Trybunałem i jego odrębności w porównaniu z innymi sądami międzynarodowymi i krajowymi. Tutaj istotnym elementem jest język pracy⁸² Trybunału oraz język wewnętrzny, którym posługują się sędziowie. Zdolności lingwistyczne sędziego wpływają na jego wkład w proces decyzyjny i na jego umiejętność wymiany poglądów z pozostałymi członkami składu orzekającego. W doktrynie podkreślano, że znaczenie ma także moment, w którym sędziowie są w stanie zlokalizować problem prawny. Im szybciej to nastąpi, tym skład orzekający będzie miał więcej czasu na jego analizę.

Bardziej skomplikowany charakter ma kontekst odkrywania w wymiarze instytucjonalnym. Ta grupa jest znacznie mocniej zróżnicowana wewnętrznie. Chodzi o relacje pomiędzy prawodawcą a sędzią, czynnik ludzki, etos sędziego (nacisk na rolę prawa w procesie integracji oraz znaczenie procesu interpretacji), moment integracji czy realność zobowiązań przyjętych przez państwa. Były sędzia Trybunału U. Everling podkreśla, że Trybunał nie jest monolitem. Składa się z indywidualności, które różnią się między sobą doświadczeniem⁸³. Element zróżnicowania dotyczy wykształcenia, kariery zawodowej, sposobu postrzegania roli sędziego w społeczeństwie czy kultury prawnej. Istotne jest jednak to, że stanowi punkt wyjścia. Punktem docelowym jest orzeczenie rozstrzygające kontrowersję przekazaną pod osąd. Sytuacja pomiędzy stanem w punkcie

tice, „Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes”, 1989 Nr 202, s. 5.

⁸² Którym z powodów historycznych jest francuski. W najbliższej przyszłości nie powinno to się zmienić. Zob. także uwagi F.G. Jacobsa, *Recent and ongoing measures to improve the efficiency of the European Court of Justice*, „European Law Review”, 2004, Nr 29, s. 825.

⁸³ U. Everling, *On the judge-made law of the European Community's Courts*, w: D. O’Keeffe, red., *Judicial Review in the European Union. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, 2000, s. 36.

wyjścia i docelowym jest jednak inna, ponieważ orzeczenie Trybunału tworzy nową jakość – wspólnotowy kompromis, akceptowalny dla sędziów. Orzeczenie Trybunału jest wydane na styku systemów prawnych i dlatego musi być oparte na kompromisie. Elementem wspólnym czynników w kontekście odkrywania jest to, że nie znajdują one bezpośredniego odzwierciedlenia w orzeczeniu i jego uzasadnieniu. Nie można jednak nie dostrzec, że kontekst odkrywania wpływa pośrednio na intensywność przekazu zawartego w uzasadnieniu, determinuje pewne wybory, nawet jeżeli ich formalne ujęcie i wyrażenie za pomocą uzasadnienia należy już do drugiego kontekstu – argumentacji (uzasadnienia – *justification*).

3.2. Kontekst argumentacji (uzasadnienia)

Kontekst argumentacji ma odpowiedzieć na pytanie, co czyni z orzeczenia orzeczenie, o którym możemy powiedzieć, że jest „dobre”.

Zgodnie z art. 36 Statutu orzeczenie Trybunału zawiera uzasadnienie oraz nazwiska sędziów, którzy brali udział w jego wydaniu⁸⁴. Art. 63 Regulaminu precyzuje wymogi formalne, wskazując m.in., że orzeczenie zawiera uzasadnienie rozstrzygnięcia⁸⁵. W przeciwieństwie do kontekstu odkrywania, kontekst argumentacji nie dotyczy okoliczności, które mogły mieć wpływ na proces decyzyjny. Chodzi tutaj o przedstawienie orzeczenia jako uporządkowanej struktury, w której skład wchodzi argumenty przemawiające na korzyść przyjętego rozwiązania. Jak podkreśla Bengoetxea, nie chodzi jednak o każdy argument, ale tylko o argument, który jest „dobry”⁸⁶. Wśród elementów legitymizujących sądy, takich jak jawność, bezstronność, niezależność sędziów czy gwarancje sprawiedliwości proceduralnej, szczególnego znaczenia nabiera wiarygodność argumentacyjna i moc

⁸⁴ Tekst Statutu za: T.T. Koncewicz, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny. Community Procedural Code* (CH Beck, Warszawa, 2008). Tekst angielski mówi: *Judgments shall state the reasons on which they are based.*

⁸⁵ Ang. *Grounds for the decision.*

⁸⁶ J. R. Bengoetxea, *The justification of the decisions...*, *op. cit.*, s. 5.

przekonywania do trafności zajętego stanowiska. Proces argumentacji w Trybunale ma szczególne znaczenie. Trybunał jest instytucją młodą, więc swój autorytet buduje nie dzięki elementowi czasu, ale przede wszystkim dzięki jakości wydawanych orzeczeń oraz wspierającej je argumentacji⁸⁷. W Trybunale nie obowiązuje szczególna hierarchia technik argumentacyjnych. Podejście Trybunału charakteryzuje się raczej pragmatyzmem w celu zapewnienia, że orzeczenie będzie miało charakter operatywny, a więc nadawało się do stosowania i było zrozumiałe w 27 państwach członkowskich. Wśród wykorzystywanych kategorii argumentów można wskazać następujące:⁸⁸ „argument z kontekstu”, „argument z systemu”, „argument z precedensu”, „argument z analogii”, „argument z zasad ogólnych prawa”. Do tej listy dodać można „argument z *effet utile*”. W toku uzasadnienia sędzieja musi dokonać wyboru z tej kategorii argumentów oraz ustalić *in concreto* hierarchię i porządek argumentów. To w tym miejscu będziemy dokonywali oceny z perspektywy rozumności wspólnotowej.

Kontekst argumentacji dotyczy problemu akceptowalności przez audytorium Trybunału wyborów dokonanych w orzeczeniu i zaproponowanej interpretacji prawa wspólnotowego. Nie chodzi (jak przy *discovery*) o czynniki, które rzutują na proces poprzedzający orzeczenie, ale o czynniki, które decydują o naszej ocenie wykorzystanych przez sędziów argumentów. W tym momencie przechodzimy do trzeciego kontekstu – rekonstrukcji.

⁸⁷ Podkreśla to U. Everling, *Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Communities*, w: *Festschrift til Ole Due*, Copenhagen, 1994, s. 58.

⁸⁸ Za J.R. Bengoetxea, N. MacCormick, L.M. Soriano, *Integration and integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, w: G. de Burca, J.H.H. Weiler, red., *The European Court of Justice. Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, 2001, s. 46. To opracowanie stanowi najbardziej wyczerpującą analizę rozumowania Trybunału Sprawiedliwości.

3.3. Kontekst rekonstrukcji

Kontekst rekonstrukcji jest wyznaczony przez specyfikę budowy wyroków Trybunału Sprawiedliwości⁸⁹. W tym miejscu chcielibyśmy jedynie zasygnalizować następujące elementy, które decydują o specyfice tego kontekstu rozumowania.

Rekonstruując wyrok, a więc pośrednio także rozumowanie, musimy pamiętać, że wyrok, wykorzystane argumenty są wynikiem ścierania się poglądów oraz dążenia do kompromisów i poszukiwaniem wspólnego mianownika, który połączy sędziów i będzie do zaakceptowania przez ich jak największą liczbę. W Trybunale nie ma zdań odrębnych. Zgodnie z brzmieniem Regulaminu „konkluzje przyjęte przez większość sędziów po ostatecznej dyskusji decydują o treści orzeczenia Trybunału” (art. 27, ustęp 5). W celu wzmocnienia wyroku sędziowie dążą do uzyskania konsensu, a dopiero gdy nie jest to możliwe, zarządzane jest głosowanie większością głosów. Na wybór głosowania (większościowe czy jednomyślność) wpływ może mieć także okoliczność, czy członkowie składu orzekającego chcą wydać wyrok odważniejszy lub precedensowy, czy bardziej konserwatywny (zachowawczy). W pierwszym bowiem przypadku w interesie samego Trybunału leży, aby stała za nim jak najmocniejsza większość (najlepiej jednomyślność) i aby jak najmniej sędziów czuło się po zakończeniu narady wyalienowanych, gdyż ich pogląd nie spotkał się z aprobatą większości składu.

Praktyka Trybunału polega na dążeniu do osiągnięcia jednomyślności w obrębie pewnego koniecznego minimum, a nie na dążeniu za wszelką cenę do wydania wyroku wprawdzie „mocniejszego”, ale za którym stoi zwykła większość sędziów biorących udział w naradzie. Jeżeli nie jest to konieczne dla rozstrzygnięcia konkretnej

⁸⁹ Zob. też interesującą analizę M. Lasser, *Anticipating three models of judicial control. Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme Court*, „Harvard Jean Monnet Working Paper” nr 1/03.

sprawy, sędziowie wolą pewne kwestie pozostawić sobie na przyszłość, aniżeli burzyć możliwy do osiągnięcia w tej jednej sprawie konsens. Obowiązek zachowania tajemnicy głosowania połączony z brakiem zdań odrębnych powoduje, że nigdy nie wiadomo, czy wydany wyrok zapadł większością głosów, czy też sędziowie byli jednomyślni. Na zewnątrz wyrok stanowi jedność. Lakoniczność motywów rozstrzygnięcia to sygnał, że sędziowie byli podzieleni i nie chcieli zamykać sobie furtki w przyszłości. W konsekwencji jednak takiego targowania się może ucierpieć spójność rozumowania oraz jasność przekazu⁹⁰.

Kontekst rekonstrukcji jest także wyznaczany przez opinię rzecznika generalnego, która ma rekompensować brak zdań odrębnych oraz konieczność kompromisu wśród sędziów orzekających kolegialnie. Sędziowie w uzasadnieniu wyroku odnoszą się zazwyczaj do najważniejszych dla rozstrzygnięcia elementów sprawy oraz zawierają minimum tego, co potrzebne do wydania wyroku i ani słowa więcej. Trybunał nigdy nie mówi tego, czego nie musi i, jeżeli tylko może, za wszelką cenę pragnie pozostawić sobie jak najwięcej „otwartych furtek” w przyszłości. Dlatego wyrok jest napisany stylem zwięzłym, według z góry ustalonej i bezwzględnie przestrzeganej struktury. To wszystko może pociągać za sobą nieprzejrzystość uzasadnienia oraz argumentacji orzeczenia. Wtedy opinia rzecznika może spełniać funkcje klaryfikacyjne wobec motywów rozstrzygnięcia oraz przytoczonych argumentów.

Trybunał jest sądem celowościowym: poszukuje interpretacji, która będzie najlepiej realizować cel interpretowanego przepisu. Dlatego 99% wyroków rozpoczyna się od charakterystycznych zwrotów: „pytania sądu krajowego należy rozważyć w świetle celu regulacji”;

⁹⁰ Zob. szerzej o praktyce Trybunału: O. Due, *Pourquoi cette solution?* w: O. Due, M. Lutter, red., *Festschrift für Ulrich Everling. Band I*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, s. 273 i nast. 4 oraz U. Everling, *Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Communities*, *op. cit.*, zwłaszcza s. 56–58 oraz 66 i nast.

„pamiętać należy, że zgodnie z akapitem [...] preambuły, celem rozporządzenia jest [...]”; „przyjęta interpretacja musi zapewniać, że cel rozporządzenia nie zostanie zniweczony”. Po takim otwierającym zwrocie Trybunał poszukuje celu, aby w pewnym momencie skonstruować: „to w świetle tych okoliczności należy dokonać interpretacji przepisu [...]”.

Powodzenie rekonstrukcji zależy od uwzględnienia czynnika lingwistycznego. Narada nad wyrokiem toczy się wyłącznie w języku francuskim i w tym języku opracowana jest pierwsza wersja językowa wyroku. Inne wersje językowe są tylko i wyłącznie tłumaczeniami wersji francuskiej. Dlatego pełna rekonstrukcja orzeczenia w sytuacji, gdy język francuski nie był językiem postępowania, powinna w razie wątpliwości brać pod uwagę francuską wersję językową⁹¹. W tych przypadkach ta ostatnia może spełniać funkcję klaryfikacyjną, skoro jej podstawową zaletą była obecność i zgoda wszystkich sędziów na takie właśnie brzmienie orzeczenia.

W końcu rekonstrukcja nie może być ograniczona do jednostkowego orzeczenia, ale musi przebiegać w oparciu o założenie, że prawo wspólnotowe jest prawem precedensowym, a poszczególne orzeczenia łączą się w tzw. ciągi (łańcuchy) orzeczeń⁹². Orzecznictwo

⁹¹ Przypomnijmy problemy z pierwszym orzeczeniem wstępnym w sprawie polskiej, przy którym pojawiły się wątpliwości co do prawidłowego jego rozumienia.

⁹² Termin za R. Dworkinem, który wyróżnił zjawisko *chain novel* zapisywane przez kolejne pokolenia sędziów, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1986, s. 229–232. O zastosowaniu koncepcji *chain novel* do Trybunału Sprawiedliwości T.T. Koncewicz, *Wspólnotowa chain novel: sędzia jako twórca, krytyk i kontynuator tradycji orzeczniczej*, „Palestra” Nr 5–6/2005 i *Jak rzeczywiście zrozumieć orzecznicze przesłanie? „Łańcuchy orzeczeń” i sąd wspólnotowy*, „Palestra” 3–4/2008. Podkreślimy jednak, że w prawie europejskim nie tylko Trybunał Sprawiedliwości zapisuje swoją *chain novel*. Zob. przenikliwą analizę W. Sadurskiego w odniesieniu do krajowych sądów konstytucyjnych, „*Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*”, „EUI Working Paper”, Nr 40/2006.

wzrasta i ewoluuje, a z czasem dopiero formuje się w grupy orzeczniczych łańcuchów⁹³. Łańcuchy orzeczeń połączone są zawsze jednym wspólnym mianownikiem, który decyduje o kwalifikacji danego orzeczenia do wybranego łańcucha. Pojawienie się nowego orzeczenia może albo dodać nowy element do łańcucha, albo potwierdzić jego już istniejące elementy⁹⁴. Nabiera to szczególnego znaczenia zwłaszcza w sytuacji, gdy Trybunał postępuje zupełnie od podstaw i określa fundamenty, na których będzie budować dalej. Śledzenie tego procesu nie jest łatwe, ponieważ sędziowie często pozostawiają sobie pole manewru na przyszłość i stopniowo odpowiadają na pytania, które w przeszłości świadomie pozostawili bez odpowiedzi. Dodatkowo Trybunał rzadko w sposób wyczerpujący przeprowadza zabieg rozróżnienia pomiędzy stanem faktycznym i kontekstem prawnym sprawy, w której powołuje orzeczenie(a), a okolicznościami, które występowały w tych sprawach. Oznacza to, że często analiza ma charakter powierzchowny i zmusza do krytycznego spojrzenia na przywoływane orzeczenia w kontekście konkretnej sprawy⁹⁵.

4. „Wspólnotowa rozumność”. Rekonstrukcja modelu

4.1. Filozofia art. 220 TWE i „wspólnota prawa”

Art. 220 TWE pełni spajającą rolę w rozumowaniu Trybunału. Dlatego od niego należy zacząć rekonstruowanie modelu.

⁹³ Podobnie U. Everling, *On the judge-made law of the European Community's Courts*, w: D. O'Keefe, red., *Judicial Review in the European Union. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, 2000, s. 40.

⁹⁴ T.T. Koncewicz, *Jak rzeczywiście zrozumieć orzecznicze przesłanie? „Łańcuchy orzeczeń” i sąd wspólnotowy*, „Palestra” Nr 3–4/2008.

⁹⁵ Zob. interesującą analizę praktyki Trybunału wobec orzecznictwa ETPCZ w: S. Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis*, *Common Market Law Review* 2006, Nr 43, s. 629.

„Idea Europy”, o której pisał sędzia P. Pescatore, od początku łączyła się z pewnym ideałem wspólnoty państw opartej na prawie i tylko prawem związanej⁹⁶. Poprzez umieszczenie art. 220 Traktatu państwa członkowskie nie tylko dokonały symbolicznego zawierzenia sędziom⁹⁷, ale także stworzyły fundamenty kreatywnej postawy przyjętej przez Trybunał w procesie interpretacji prawa wspólnotowego. Wspólnoty oparte są na rządach prawa, a Trybunał musi zapewnić, że zasada ta jest przestrzegana⁹⁸. Przestrzeganie prawa to coś więcej niż mechaniczne stosowanie przepisów prawa i zapewnienie, że są one przestrzegane. To także odkrywanie innych elementów, które składają się na pojęcie „prawo”, wartości i zasad ogólnych oraz łączenie ich jako substratu argumentacyjnego. Jedną z podstawowych cech prawa wspólnotowego jest jego dynamiczny i otwarty charakter. Dynamika polega na tym, że *acquis communautaire* jest w stałym ruchu, cały czas wzrasta, ewoluuje. Prawo stanowione przez Wspólnoty stanowi konsekwencje coraz to nowych celów, jakie są stawiane przed Wspólnotami. Jest coraz bardziej skomplikowane i porozrzucane po wielu dokumentach. Jego zaś otwartość oznacza, że na żadnym etapie ewolucji Wspólnot nie mogło ono być ograniczone do samych Traktatów i prawa wtórnego, pod uwagę należy wziąć szereg innych źródeł prawa, które razem tworzą amalgamat, dopiero na podstawie którego Trybunał zgodnie z art. 220 Traktatu identyfikuje prawo właściwe dla konkretnej sprawy

⁹⁶ H. Schepel, E. Blankenburg, *Mobilizing the European Court of Justice*, w: J.H.H. Weiler, G. de Burca, red., *The European Court of Justice. The Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press 2001, s. 10.

⁹⁷ Por. też uwagi sędziego C.N. Kakourisa, *La Mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'ethos du juge*, „Revue des affaires européennes”, 1994, Nr 4, s. 36–37.

⁹⁸ G.F. Mancini, *Practice, Procedure and Forms of Action at the European Court of Justice*, w: *Democracy and constitutionalism in the EU. Collected Essays*, Hart Publishing, Oxford, 2000, s. 200–201, podobnie F. Schockweiler, *L'indépendance et la légitimité du juge dans l'ordre juridique communautaire*, „Rivista di diritto europeo”, 1993, Nr 4, s. 673.

zawisłej przed nim⁹⁹. Wyrażenie „Trybunał zapewnia przestrzeganie prawa” należy odczytywać zarówno jako nakazujące Trybunałowi określone postępowanie w tym kierunku oraz jako upoważniające Trybunał do zapewnienia, że prawo jest faktycznie przestrzegane. Na tym też polega „chłonność”¹⁰⁰ formuły zawartej w art. 220 Traktatu. Jej zawartość Trybunał odkrywa przed nami przez cały czas, ilekroć wymaga tego koherencja wspólnotowego systemu ochrony prawnej, ochrona praw, jakie jednostki wywodzą dla siebie z prawa wspólnotowego oraz nadrzędna zasada rządów prawa.

Zdaniem krytyków Trybunał korzysta z art. 220 Traktatu „jako *carte blanche*, która pozwala na nadanie sobie nowych kompetencji, inkorporowanie do prawa wspólnotowego zasad ogólnych oraz, jak wynika z opinii 1/91, do uznania, że istnieją kluczowe elementy Traktatu niepodlegające zmianom. Artykuł ten nakłada na Trybunał absolutny obowiązek zapewnienia przestrzegania prawa, ale nie zawiera żadnej wzmianki o ograniczeniu jurysdykcji Trybunału. Tym samym każda innowacja jest uzasadniona poprzez odwołanie się do art. 164”¹⁰¹.

Dalecy jesteście od argumentacji, że orzecznictwo Trybunału winno być wolne od krytyki. Wprost przeciwnie, orzecznictwo rozumiemy jako element i wynik specjalnego rodzaju dyskursu, czyli wymiany argumentów pomiędzy wszystkimi jego uczestnikami. Te argumenty w ostatecznym rozrachunku są wazone przez sąd, który dokonuje ich oceny i orzeka na podstawie najbardziej przekonują-

⁹⁹ J.R. Bengoetxea, *op. cit.*, s. 38.

¹⁰⁰ „Article 220 legislates a *pregnant* formula”, tak L.N. Brown, T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet and Maxwell, 2000, s. 8 (podkr. Z.B., T.T.K.).

¹⁰¹ A.O. Neill, *The Government of Judges. The Impact of the European Court of Justice on the Constitutional Order of the United Kingdom*, „European University Institute Working Papers in Law”, Nr 3/93, European University Institute, 1993, s. 48 oraz w podobnym tonie I. Ward, *A Critical Introduction to European Law*, Butterworths, 1996, s. 65.

cych i pasujących do konkretnej sprawy. Założenie o orzecznictwie jako dyskursie nabiera szczególnego znaczenia w prawie wspólnotowym, które stanowi amalgamat tradycji, instytucji prawnych wypracowanych w systemach prawnych państw członkowskich¹⁰². Prawo wspólnotowe rozwija się właśnie w oparciu o interakcje z krajowymi systemami prawnymi, czerpiąc z nich i na ich podstawie tworząc nową jakość. Trybunał jest uzależniony od gotowości do współpracy sądów krajowych, jego procedura została tak skonstruowana, aby stanowisko zostało przedstawione przez jak najszersze spektrum osób. Wymiana poglądów i krytyka zarówno ze strony przedstawicieli doktryny, samych sędziów Trybunału, rzeczników generalnych oraz sędziów krajowych jest więc naturalnym stanem rzeczy prawa wspólnotowego.

Trybunał odwołuje się art. 220 uzasadniając wyroki w sprawach, które zaliczamy zarówno do trudnych (*hard*), jak i do jasnych (*clear*). Z punktu widzenia teorii uzasadnienia orzeczeń sądowych rozwiniętej w kontekście prawa wspólnotowego przez Bengoetxea należy wskazać, że zasada rządów prawa jako konsekwencja ideału „Wspólnoty opartej na prawie” (*Community based on the rule of law*) stanowi dynamiczne kryterium w procesie konstruowania przez Trybunał uzasadnienia orzeczenia¹⁰³. W tym świetle sposób oraz okoliczności, w których Trybunał korzysta z art. 220 Traktatu, i zasady rządów prawa uzasadniają tezę o przemyślanym i selektywnym korzystaniu przez Trybunał z tego kryterium. Czasami w wyniku tak dokonanej oceny jedna wartość będzie zasługiwać na ochronę

¹⁰² D.A.O. Edward, *How the Court of Justice works*, „European Law Review”, 1995, Nr 20, s. 548, oraz uwagi U. Everlinga, *On the judge-made law of the European Community's Courts*, w: D. O’Keffee, red., *Judicial Review in European Union Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, s. 37 i nast.

¹⁰³ J.R. Bengoetxea, *The Justification of Decisions by the European Court of Justice*, „Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes”, 1989, s. 25.

kosztem innej¹⁰⁴. Działając w ten sposób Trybunał Sprawiedliwości postępuje jak wspólnotowy sąd konstytucyjny, który kształtuje aksjologię wspólnotowego systemu prawnego¹⁰⁵. W tym procesie nie ma żadnego automatyzmu. Wprost przeciwnie, „prawo” w art. 220 zakłada konieczność balansowania i ważenia racji.

4.2. Pluralizm argumentacyjny

Wspólnotowa rozumność w Trybunale to jak najszersze zestawienie argumentów oraz jak najbogatszy opis normatywny rozpatrywanej sprawy. Odrzuca ona podejście monistyczne według reguły *all or nothing* i zmierza do wyważenia konkurencyjnych zasad, wartości i celów. W tym sensie argumentacja wspólnotowa jest argumentacją wielopoziomową oraz kompleksową. Jest to okoliczność kluczowa, ponieważ z perspektywy audytoriów Trybunału (sędziów krajowych, pełnomocników, doktryny) tylko taka argumentacja może liczyć na akceptację we Wspólnocie, która jest wspólnotą argumentacyjną, charakteryzującą się pluralizmem argumentacyjnym. Argumentacja będzie rozumna, jeżeli sędziom uda się stworzyć argumenty wzajemnie się wspierające. Argumentacja ma zmierzać do ujęcia jak największej liczby argumentów przemawiających za orzeczeniem, je uzasadniających i w tym celu umiejętnie powiązanych ze sobą. Założenie o pluralizmie argumentacyjnym oznacza, że rozumność odnosimy nie tylko do odpowiedniego doboru argumentów, ale w równej mierze do dokonania racjonalnego ich uporządkowania, a następnie wyboru. Pluralizm argumentacyjny dotyczy bowiem

¹⁰⁴ W komentarzu do wyroku w sprawie *Chernobyl* G. Bebr pisał, że w tej sprawie „fundamental requirement of the rule of law had to prevail in this instance over the inertia of the Member States”, *op. cit.*, s. 680 (podkr. Z.B., T.T.K.).

¹⁰⁵ Por. B. de Witte, *Interpreting the EC Treaty like a Constitution: The Role of the European Court of Justice in Comparative Perspective*, w: R. Bakker, A.W. Heringa, F. Stroink, red., *Judicial Control, Comparative Essays on Judicial Review*, Maklu, 1995.

argumentów dostępnych potencjalnie. Czym zupełnie innym jest natomiast spośród tak uporządkowanych i wyselekcjonowanych argumentów dokonanie i uzasadnienie wyboru tych, które mają tworzyć strukturę argumentów wspierających się w konkretnej sprawie. W tym procesie szczególnego znaczenia nabiera ważenie zasad.

Założenie o pluralizmie argumentacyjnym oznacza, że w pewnym momencie sędzia staje przed dylematem kolidujących argumentów. Wówczas poszukuje rozstrzygnięcia w oparciu o ważenie zasad i wartości oraz przypisywanie poszczególnym zasadom i wartościom zmieniającego się stale waloru ważności. Pluralizm odrzuca systematyczny porządek argumentów, pogrupowanych według wagi i znaczenia. Ważenie nie następuje w oparciu o z góry ustaloną miarę i kryterium, które miałyby charakter uniwersalny¹⁰⁶. Prawo wspólnotowe odrzuca monistyczne rozumienie spójności, zgodnie z którym istnieje jedna uniwersalna zasada, która dostarcza jasnej i ostatecznej odpowiedzi w każdej sprawie rozpoznawanej przez sąd. Wbrew powszechnemu twierdzeniu, zasadą tą nie jest efektywność. Krytycy Trybunału zarzucają, że konflikty argumentacyjne są zawsze rozstrzygane na korzyść efektywności prawa wspólnotowego, a inne wartości, zasługujące na ochronę, są ignorowane. Tymczasem efektywność prawa wspólnotowego (*effet utile*) nie jest, zgodnie z założeniem o pluralizmie argumentacyjnym, argumentem zawsze lepszym i dominującym. Raczej prawo wspólnotowe zakłada istnienie kryteriów balansowania, które nie gwarantują odpowiedzi, a są jedynie instrumentem pozostawionym do dyspozycji sędziego w celu znalezienia odpowiedzi¹⁰⁷.

Rozumność to nic innego jak dokonywanie oraz uzasadnianie wyborów w sytuacji konkurencji argumentów, reguł, zasad i wartości, wyborów, które wsparte są koherentnym uzasadnieniem.

¹⁰⁶ L.M. Soriano argumentuje, że brak z góry ustalonej miary dla dokonania wyboru spośród kolidujących argumentów nie oznacza, że dokonany wybór jest nieracjonalny, *op. cit.*, s. 317.

¹⁰⁷ J.R. Bengoetxea, L.M. Soriano, N. MacCormick, *op. cit.*, s. 65.

4.3. Spójność powiązania argumentów

Spójność¹⁰⁸ można definiować na zasadzie negatywnej (brak niekonsekwencji) lub pozytywnej (coś więcej niż tylko logiczność twierdzeń) jako „powiązanie”, „sensowność całości”, „zwartość”, „zgodność”, „przemawianie jednym głosem”¹⁰⁹. Spójność oznacza blisko ze sobą powiązaną całość. System prawny jest koherentny, jeżeli jego poszczególne elementy pasują do siebie. Elementy całości pozostają ze sobą w pozycji współzależności. Wymóg zachowania spójności w rozumowaniu dotyczy sposobu powiązania i wzajemnego dopasowania argumentów¹¹⁰. Spójność w teorii argumentacji dotyczy argumentów wykorzystywanych w procesie uzasadniania orzeczenia sądowego. Poszczególne argumenty powinny pasować do siebie. Orzeczenie jest wówczas oceniane jako spójne z perspektywy argumentów oraz ich wzajemnego połączenia. Spójność orzeczenia może być także oceniana z perspektywy szerszej – systemu. W tym drugim przypadku orzeczenie jest spójne, jeżeli pozostaje w zgodzie z systemem¹¹¹. Spójność w prawie wspólnotowym zmierza w kierunku nadania sensu różnorodności prawa. Chodzi o zapewnienie, że prawo jest czytelne i zrozumiałe, bez odbierania mu przymiotu różnorodności, skoro akceptujemy, że Wspólnota jest zjawiskiem

¹⁰⁸ Ogólnie na ten temat zob. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, 1994; B. Levenbook, *The Role of Coherence in Legal Reasoning*, „Law and Philosophy”, 1984, Nr 3, s. 355, R. Alexy, A. Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, „Ratio Juris”, 1990, Nr 3, s. 130.

¹⁰⁹ S. Berteau, *Looking for Coherence within the European Community*, „European Law Journal”, 2005, Nr 11, s. 156–157 oraz literatura przywołana w przypisie dolnym 10.

¹¹⁰ L. M. Soriano, *A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice*, „Ratio Juris”, 2003, Nr 16, s. 297.

¹¹¹ Punktem odniesienia może być albo wybrana gałąź systemu prawa (spójność w znaczeniu „lokalnym”), albo całość danego systemu prawa (spójność w znaczeniu „globalnym”).

policentrycznym, funkcjonuje na styku systemów prawnych. Różnorodność jest wpisana w definicję prawa europejskiego. Poprzez spójną postawę sędzia dąży do ideału *rozumienia* różnorodności prawnej¹¹². W szczególności odnosi się to do Trybunału, ponieważ funkcjonuje na styku tradycji prawnych i kultur, jak również orzeka w świecie naznaczonym przez pluralizm prawny¹¹³. To sędzia czyni system prawny spójnym¹¹⁴. Jest to szczególny sposób rozumienia spójności, właściwy dla prawa wspólnotowego. Soriano wskazuje, że sędzia nie stara się określić, czym jest prawo na podstawie kryteriów spójności, ale stara się uczynić system prawny spójną całością¹¹⁵. Orzeczenie jest spójne, nie tylko gdy argumenty, na których zostało oparte, są dobrze powiązane, ale także gdy samo orzeczenie pasuje do reszty systemu i jego podstawowych zasad. Innymi słowy, spójność to sztuka połączenia poszczególnych elementów w ramach systemu prawa oraz elementów systemu prawa z innymi systemami (moralności oraz teorii politycznych).

4.4. Substrat rozumności: zasady, polityki, wartości

Często słyszymy, że Trybunał wydał wyrok polityczny. Czy jednak powinniśmy to sformułowanie potraktować jako oznaczające coś *par force* pejoratywnego? Wprost przeciwnie. Wyrok polityczny to wyrok, którego uzasadnienie jest zbudowane w sposób specyficzny. Szczególne znaczenie ma w tym przypadku triada „zasady – polityki – cele”. Pozwala ona zbudować kompleksową teorię argumentacji, w której prawa i polityki występują jako argumenty wzajemnie się

¹¹² L.M. Soriano, *op. cit.*, s. 302 (podkreślenie w oryginale).

¹¹³ O tej złożoności zob. S. Berthea, *op. cit.*, s. 155.

¹¹⁴ D.A.O. Edward, *Judicial Activism: Myth or Reality?* w: A. I. L. Campbell, M. Voyatzi, red., *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law*, London, Trenton, 1996, s. 66.

¹¹⁵ L.M. Soriano, *op. cit.*, s. 298 i tam zawarta szczegółowa dyskusja.

uzupełniające. „Polityki” (*policies*) to kierunki działań podejmowane w celu zabezpieczenia lub osiągnięcia stanów rzeczy, które uznajemy za pożądane. Argument oparty o politykę uzasadnia orzeczenie, które może przyczynić się do takiego stanu rzeczy¹¹⁶. Oparcie się na „polityce” ma wzbogacić argumenty Trybunału, które mają brać pod uwagę nie tylko ochronę indywidualnego interesu prawa podmiotowego, ale także interes publiczny¹¹⁷. Polityki odgrywają szczególną rolę w kontekście rozumowania wspólnotowego. Ich rola w rozumowaniu ma zapewnić, że wspólnota może w sposób konsekwentny realizować i osiągać swoje cele. Dzięki temu normatywny opis sprawy ulega wzbogaceniu, staje się pogłębiony i wielowymiarowy. To z kolei oznacza, że konflikty w obrębie procesu decyzyjnego są wyjątkowo skomplikowane, ponieważ na szali obok przepisów i zasad, zostaną postawione także wartości oraz cele. Gdy spojrzeć na orzecznictwo z tej perspektywy, widzimy, że tak rozumiane polityki odgrywają szczególne znaczenie w procesie rozumowania. Wyrok ma w sposób faktyczny przyczynić się do realizacji celów Wspólnoty oraz zagwarantować, że może ona realizować swoje cele. Wyrok oparty o polityki oraz chroniący pewne ważne dla Wspólnoty wartości jest dobrym wyrokiem, ponieważ konflikty argumentacyjne rozstrzyga w sposób kompleksowy, a na dostępny materiał argumentacyjny spogląda globalnie. Polityka jest wyrażona zasadą, a zasada polityką.

Jeżeli jeszcze omawiany wyrok stanowi część łańcucha orzeczniczego, w którym polityki oraz zasady są w sposób konsekwentny wykorzystywane jako element racjonalizujący wybory sędziów, to wspólnotowa rozumność nabiera elementu przewidywalności. Jesteśmy w stanie z góry przewidzieć, w jaki sposób sędziowie rozumują oraz w oparciu o jakie argumenty dokonują wyborów w sytuacji

¹¹⁶ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1994, s. 261.

¹¹⁷ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.

pluralizmu argumentacyjnego. W tym też sensie „dobre rozumowanie” to takie, które umiejętnie łączy argumenty oparte na zasadach, regułach i politykach oraz jest powiązane z Traktatem. Gdy spojrzeć z tej perspektywy na orzecznictwo Trybunału, szereg wątpliwości zostaje rozwianych. Krytycy Trybunału będą wprawdzie nadal zarzucać, że orzeczenie jest polityczne, ale ich argumentacja zostaje osłabiona, gdyż posługuje się powierzchownym rozumieniem polityki wyłącznie jako procesu decyzyjnego. Tymczasem orzeczenie polityczne w wyżej zarysowanym znaczeniu jest orzeczeniem w pełni przewidywalnym i samo–racjonalizującym się mocą wewnętrznego rozumowania opartego na pogłębionym opisie normatywnym sprawy, weryfikowalnych wyborach oraz stopniu przyczyniania się dokonanych wyborów do realizacji celów wspólnoty.

III. „Wspólnotowa rozumność” *in action*. Aplikacja modelu

Poczynione w części drugiej założenia należy teraz poddać weryfikacji orzeczniczej w celu udzielenia odpowiedzi, czy Trybunał jest rzeczywiście sądem rozumnym¹¹⁸. Sprawy omówione poniżej należą do spraw trudnych (nieprzejrzystych), których rozstrzygnięcie było uzależnione od dokonania wyboru pomiędzy kilkoma możliwymi sposobami interpretacji, pomiędzy kilkoma akceptowalnymi prawnie rozwiązaniami problemu. Mieliśmy do czynienia ze sporem interpretacyjnym i aktualne stawało się pytanie o proces argumentacyjny¹¹⁹.

¹¹⁸ Analizując orzecznictwo należy mieć na uwadze, że wybrane sprawy ukazują pewne tendencje ogólne. Zawsze możliwe jest wskazanie spraw, które nie mieszczą się w modelu.

¹¹⁹ J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Zakamycze, 2003, s. 16.

1. Filozofia *Van Gend en Loos*. Od „ducha Traktatu”, poprzez „system Traktatu”, do bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego

Wyrok w sprawie *Van Gend en Loos*¹²⁰ do dzisiaj jest przywoływany jako kamień węgielny procesu konstytucjonalizacji. Poniżej nie zamierzamy jednak analizować jego wpływu na ewolucję prawa wspólnotowego (od klasycznego międzynarodowego do *sui generis* wspólnotowego). Raczej chodzi nam o zwrócenie uwagi na dobór oraz uporządkowanie argumentów, które doprowadziły Trybunał do wniosku o bezpośrednim skutku prawa wspólnotowego w krajowych systemach prawnych.

Czytając uzasadnienie wyroku wyczuwalna jest wewnętrzna dynamika uzasadnienia. Można bowiem zidentyfikować kilka kluczowych ustępów, z których każdy stanowi inspirację dla kolejnego, w ten sposób wzmacniając tempo rozumowania i doprowadzając je do konkluzji. Na samym początku Trybunał identyfikuje problem: „czy art. 12 Traktatu może być bezpośrednio stosowany w prawie krajowym w tym sensie, że obywatele państw członkowskich mogą na jego podstawie dochodzić praw, których ochrona jest obowiązkiem sądów krajowych”. Trybunał wydaje się więc nie rozróżniać konsekwentnie „bezpośredniego stosowania” od „bezpośredniego skutku”¹²¹. W cytowanym ustępie fragment następujący po słowach „w tym sensie, że” stanowi w rzeczywistości klasyczną definicję bezpośredniego skutku, a nie bezpośredniej stosowalności artykułu 12 Traktatu, co mogłoby sugerować początkowe brzmienie tego akapitu. Prawdziwe znaczenie cytowanego ustępu polega na podaniu klasycznej definicji bezpośredniego skutku, która stała się podstawą odniesienia dla kolejnego orzecznictwa: „obywatele państw członkowskich mogą na

¹²⁰ Sprawa 26/62, [1963] ECR 1.

¹²¹ T. Winter, *Direct Applicability and Direct Effects*, „Common Market Law Review”, 1972, Nr 9, s. 425, oraz J.A. Usher, *EC institutions and legislation*, Longman, 1998.

jego podstawie (art. 12 Traktatu – dopisek Z.B., T.T.K.) dochodzić praw, których ochrona jest obowiązkiem sądów krajowych”.

Trybunał wskazał kryteria dla dokonania takiej oceny: w tym celu należy rozważyć ducha, ogólny system oraz brzmienie tych przepisów. Godna podkreślenia jest kolejność, w jakiej Trybunał wymienia kryteria, którymi będzie się kierował, udzielając odpowiedzi na pytanie o istnienie bezpośredniego skutku. Jest ona nieprzypadkowa i jasno wskazuje preferencje Trybunału w procesie interpretacji, skoro brzmienie (*wording*) znajduje się na końcu listy. Fakt ten nie powinien dziwić, skoro przepisy Traktatu nie wspominają słowem o bezpośrednim skutku prawa wspólnotowego. Ten akapit może być w rzeczywistości potraktowany jako sztandarowe ujęcie dominującej metody interpretacji prawa wspólnotowego przez Trybunał – teleologicznej. Trybunał wskazuje *cel*, który następnie prowadzi do i determinuje kierunek interpretacji szczegółowego przepisu¹²². Trybunał przygotowuje podstawy dla ogłoszenia nowej doktryny, gdy stwierdza, że Traktat to coś więcej niż tylko umowa międzynarodowa. Opiera się w tym zakresie na preambule Traktatu (odnosi się ona nie tylko do rządów, ale również do narodów), na fakcie powołania do życia instytucji wyposażonych w suwerenne prawa, których wykonywanie dotyczy zarówno państw członkowskich, jak i ich obywateli, oraz na okoliczności, że od obywateli państw tworzących Wspólnotę wymagana jest współpraca za pośrednictwem Parlamentu Europejskiego.

Istnienie Parlamentu Europejskiego stanowi dla Trybunału kolejny argument potwierdzający wyjątkowość prawa wspólnotowego oraz dowodzi, że także podmioty prywatne mają w nim do odegrania określoną rolę. W końcu Trybunał przechodzi do argumentu *stricte* jurysdykcyjnego, skoro powierzenie Trybunałowi Sprawiedliwości na podstawie art. 234 zadania zapewnienia jednolitej interpretacji

¹²² Dla Trybunału celem Traktatu jest utworzenie wspólnego rynku, którego funkcjonowanie dotyczy bezpośrednio zainteresowanych stron.

Traktatu przez sądy i trybunały krajowe stanowi potwierdzenie, że państwa członkowskie uznały, iż podmioty prywatne mogą powoływać się na prawo wspólnotowe w swoich sądach krajowych. Wyplęwa z tego następujący wniosek: „Wspólnota stanowi nowy porządek prawny prawa międzynarodowego (ang. *new legal order*, fr. *un nouvel ordre juridique*), na rzecz którego państwa ograniczyły, aczkolwiek w niektórych tylko materiałach, swoją suwerenność, i którego podmiotami są nie tylko państwa członkowskie, ale również ich obywatele. W związku z tym prawo wspólnotowe, w sposób niezależny od prawa krajowego, nie tylko nakłada na jednostki obowiązki, ale również dąży do przydania jednostkom praw będących częścią ich (jednostek –dopisek Z.B., T.T.K.) statusu prawnego (ang. *part of their legal heritage*, fr. *entrent dans leur patrimoine juridique*). Prawa te powstają nie tylko wówczas, gdy wynika to w sposób wyraźny z Traktatu, ale również z racji zobowiązań nałożonych w sposób jednoznaczny na podmioty prywatne, na państwa członkowskie, jak również na instytucje Wspólnot”.

Przywołany *in extenso* fragment zawiera kluczową formułę dla zrozumienia procesu konstytucjonalizacji prawa europejskiego. Stanowi punkt wyjścia budowy łańcucha orzecznictwa. Konstatacja, że Wspólnoty są czymś nowym i innym, oznacza, że także prawo przez nie stanowione musi być m.in. wyposażone w pierwszeństwo absolutne, a nie tylko takie, jakie co do zasady przysługuje „zwykłym” umowom międzynarodowym i jako takie jest uzależnione od prawa krajowego. Ograniczenie suwerennych praw zostało w sprawie *Van Gend* opisane jako dokonane *within limited fields* (fr. *dans des domaines restreints*). Waga przytoczonego akapitu polega na tym, że Trybunał uznaje, co do zasady, istnienie bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego. Dopiero rozstrzygnąwszy kwestię, czy bezpośredni skutek w ogóle przysługuje, Trybunał przechodzi do zbadania, czy jeden z artykułów Traktatu (art. 12) może być uznany za bezpośrednio skuteczny w świetle wskazanych wcześniej kryteriów (ustęp niżej).

Potwierdzenia Trybunał poszukuje także w *systemie* Traktatu. Tutaj argumentacja przebiega następująco. Trybunał podkreśla, że zgodnie z art. 23 Wspólnoty, znajdującym się w części Traktatu określającej „Podstawy Wspólnot”, Wspólnoty oparte są na unii celnej. Artykuł ten zawiera podstawowy zakaz wprowadzania opłat celnych lub opłat mających równoważny skutek. Jest on rozwinięty w art. 25, który zawiera jasny i bezwarunkowy zakaz mający charakter zobowiązania negatywnego. Zobowiązanie to nie jest ograniczone żadnym zastrzeżeniem, które uzależniałoby jego implementację przez państwa członkowskie od wydania pozytywnego aktu prawa krajowego. Charakter tego przepisu powoduje, że idealnie nadaje się on do wywoływania bezpośredniego skutku w stosunkach prawnych nawiązywanych między państwami członkowskimi a ich obywatelami. Sam fakt, że podmiotem negatywnego zobowiązania z art. 12 są państwa członkowskie, nie może oznaczać, że obywatele tych państw nie mogą korzystać z tego zobowiązania. W ten sposób na podstawie połączenia *celu* oraz *ogólnego* systemu Trybunał konstatuje, że art. 25 musi być interpretowany jako wywołujący bezpośredni skutek i tworzący indywidualne prawa, które muszą być chronione przez sądy krajowe.

2. Łączenie i konstruowanie argumentów wzajemnie się wspierających. Sprawa ADBHU

Sprawa *ADBHU*¹²³ może być przykładem spraw, w których Trybunał zmierzał w kierunku zbudowania kompleksowego uzasadnienia i połączenia różnych argumentów. W sprawie tej chodziło o konflikt pomiędzy zasadą swobodnego przepływu towarów a ochroną środowiska naturalnego¹²⁴. Problem polegał na tym, że

¹²³ Sprawa 240/83, [1985] ECR 531.

¹²⁴ Dyrektywa 75/439. Pytanie przekazane przez sąd krajowy brzmiało, czy system pozwoleń na usuwanie przetworzonego oleju jest zgodny ze swobodą przepływu towarów i wolną konkurencją.

w momencie rozstrzygnięcia sprawy ochrona środowiska nie była jeszcze ujęta w Traktacie.

Czy więc Trybunał powinien rozwiązywać konflikty pomiędzy prawami i interesami uregulowanymi wyłącznie w Traktacie, czy też rozumowanie może objąć prawa i wartości nie znajdujące się w Traktacie, a balansowanie może zostać przeprowadzone pomiędzy traktatowymi prawami gospodarczymi a pozatraktatowymi wartościami (interesami). Trybunał opowiedział się za drugą możliwością, uznając, że ochrona środowiska jest jednym z kluczowych celów Wspólnoty. W tym celu wziął pod uwagę szereg argumentów kolidujących ze sobą i dokonywał ich wyważania. Rozumowanie przebiegało następująco. Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego, ochrona środowiska stanowi jeden z kluczowych celów Wspólnoty (*essential objective of the Community*), środki, za pomocą których ochrona jest realizowana (system zezwoleń), nie są nieproporcjonalne ani nie wprowadzają dyskryminacji. Wniosek: ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej jest uzasadnione.

Znaczenie sprawy *ADBHU* polega na uznaniu ochrony środowiska za jeden z celów Wspólnoty jeszcze przed formalnym umieszczeniem stosownego przepisu w Traktacie (nastąpiło to dopiero w Jednolitym Akcie Europejskim). Element polityki (ochrona środowiska jako cel i pożądaný stan rzeczy) racjonalizuje stosowanie praw podstawowych, skoro spełnia wobec nich funkcję ograniczającą. Z tej perspektywy mamy do czynienia ze wspólnotową rozumnością, ponieważ opis normatywny sprawy jest pełny: jako substrat rozumowania brane są nie tylko prawa i zasady, ale także polityki i cele wspólnoty. Czy jednak Trybunałowi udało się skonstruować w sposób spójny i kompleksowy połączenie argumentów, które prowadzi do powstania struktury argumentów wspierających się wzajemnie? Czy Trybunał uzasadnia połączenie interesu Wspólnoty z ochroną środowiska?

Soriano zwraca uwagę, że wniosek (ochrona środowiska jest celem Wspólnoty) nie wynika w sposób logiczny z poprzedzającego go rozumowania¹²⁵. Raczej w rozumowaniu odnajdujemy luki, które Autor nazywa „skokami w rozumowaniu” (*jumps in reasoning*). Jego zdaniem Trybunał wskazał dwa elementy, na których oparł swoje rozumowanie: po pierwsze, swoboda działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego, ale może być ograniczona w pewnych sytuacjach; po drugie, dyrektywa 75/439 o usuwaniu przetworzonego oleju musi być interpretowana z perspektywy ochrony środowiska, która stanowi jeden z kluczowych celów Wspólnoty. Problem w tym, że ochrona środowiska nie wynika w sposób logiczny z uznania, że prawa podstawowe nie mają charakteru absolutnego. „Skok w rozumowaniu” polega na tym, że ochrona środowiska jako „cel” powinna była zostać obudowana innymi argumentami wspierającymi taką konkluzję.

Skoro wspólnotowa rozumność jest sztuką wyważania kolidujących argumentów oraz interesów, wyważanie musi zostać wsparte odpowiednią argumentacją, która będzie spełniać warunek kompleksowości (opis normatywny sprawy) oraz spójności (połączenie argumentów). W tym też sensie krytyka wyroku *ADBHU* jest zasadna, jeżeli chodzi o jej opis normatywny. Trybunał powinien był wyjaśnić, dlaczego uznaje ochronę środowiska za kluczowy cel Wspólnoty. Brak jest więc łącznika pomiędzy teorią prawa, moralności i teorią polityczną, co nabiera szczególnego znaczenia w sprawie o znaczeniu konstytucyjnym, bo rozszerzającym zakres kompetencji Wspólnoty¹²⁶. Tymczasem uzasadnienie wyroku w sprawie *ADBHU* milczy w tym zakresie. Tymczasem konstytucjonalizacja prawa europejskiego oznacza transformację projektu europejskiego w coś znacznie

¹²⁵ L.M. Soriano, *op. cit.*, s. 312.

¹²⁶ J.R. Bengoetxea, N. MacCormick, L.M. Soriano, *Integration and integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, w: G. de Burca, J.H.H. Weiler, red., *The European Court of Justice. Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, 2001, s. 69–70.

więcej aniżeli tylko wspólnotę gospodarczą. Dlatego rozumowanie Trybunału w tej sprawie mogło zostać wzbogacone przez odwołanie się do praw i celów innych niż gospodarcze. Trybunał mógł nawet wpleść do swojego uzasadnienia argument, że ochrona środowiska jest warunkiem niezbędnym dla poprawy warunków życia obywateli europejskich¹²⁷.

3. Porządku pierwszeństwa argumentów w ramach spójnego systemu kontroli sądowej. Sprawa *Les Verts*

Art. 230 Traktatu w pierwotnym brzmieniu nie wspominał o Parlamencie jako instytucji, która korzysta z legitymacji biernej i czynnej do występowania ze skargą o unieważnienie. Tymczasem w orzeczeniu w sprawie *Les Verts* Trybunał przyjął odmiennie, uznając, że Parlament korzysta z legitymacji biernej. W jaki więc sposób Trybunał uzasadnił takie przełamanie tekstu Traktatu?

Trybunał rozpoczął od podkreślenia, że Wspólnota Europejska stanowi porządek oparty na prawie, co oznacza, że ani państwa członkowskie, ani instytucje nie mogą unikać kontroli, czy ich akty prawne są zgodne z podstawową kartą konstytucyjną – Traktatem. Przyznał, że Traktat rzeczywiście nie przewidział typu skargi wniesionej przez skarżącego, jednakże zadanie Trybunału zapewnienia poszanowania prawa wymaga wzięcia pod uwagę ogólnego systemu Traktatu, którego celem jest umożliwić wniesienie skargi bezpośredniej skierowanej przeciwko każdemu aktowi prawnemu instytucji, który tworzy skutki prawne. Odpowiednio więc „interpretacja art. 173 Traktatu wykluczająca spod kontroli akty prawne przyjęte przez Parlament Europejski prowadziłaby do rezultatu sprzecznego zarówno z duchem Traktatu wyrażonym w art. 164, jak i z jego systemem”. Aby więc uczynić zadość systemowi Traktatu oraz obo-

¹²⁷ *Ibidem*, s. 80.

wiązkowi Trybunału na podstawie art. 220 Traktatu, konieczne było uzupełnienie art. 230 Traktatu.

W rozumowaniu w sprawie *Les Verts* na szczególną uwagę zasługuje wykorzystanie art. 220 do funkcji racjonalizacyjnej oraz porządkującej. Trybunał dokonuje konfrontacji dwóch artykułów Traktatu: 230 i 220. Zasadniczym punktem wyjścia i przesłanką rozumowania było przyjęcie, że art. 220 musi wyznaczać kierunek i sposób interpretacji art. 230, tak aby interpretacja przepisu szczegółowego (art. 230) doprowadziła do rezultatu zgodnego z przepisem ogólnym (art. 220). To pozwala uznać, że przyjęcie interpretacji, która prowadziłyby do wykluczenia z zakresu skargi o unieważnienia Parlamentu Europejskiego, oznaczałoby opowiedzenie się za rezultatem wykładni sprzecznym zarówno z „duchem” Traktatu wyrażonym w art. 220¹²⁸, jak i z jego systemem¹²⁹. Odwołanie się do art. 220 Traktatu oznacza, że wszystkie instytucje wspólnotowe, także Parlament, muszą zostać poddane kontroli legalności swego działania sprawowanej przez Trybunał.

Pytanie pozostaje: czy ten wniosek jest racjonalny? Czy *Les Verts* jest wyrokiem politycznym (jak niestrudzenie zarzucają krytycy Trybunału), czy też rozstrzygnięciem przewidywalnym i logiczną konsekwencją *Van Gend en Loos*?

Les Verts może zostać wyjaśnione za pomocą kryteriów znajdujących się wewnątrz porządku prawnego tworzonego przez Wspólnoty. Kryteria miały charakter prawny, a nie polityczny. Trybunał wyszedł poza tekst artykułu 230 Traktatu, ale nie oznacza to jeszcze wniosku, że funkcjonował bez podstawy jurysdykcyjnej. Dokonując interpretacji, Trybunał analizował tekst Traktatu w sposób przypominający interpretację krajowej konstytucji, sam zaś Trybunał występował jako sąd konstytucyjny. Bronimy stanowiska, że Trybunał zbudował

¹²⁸ Odwołanie się do ducha Traktatu nie jest jednak nowe. Wystarczy przypomnieć, że miało to miejsce już w sprawie *Van Gend en Loos*.

¹²⁹ Ust. 25.

argumentację w oparciu o zasady konstytucyjne i w ten sposób wzbogacił i skomplikował jednocześnie opis normatywny rozstrzyganej sprawy. Dokonał hierarchizacji w obrębie Traktatu („podstawowa karta konstytucyjna Wspólnoty”). W jej skład wchodzi, obok przepisów oraz norm na jej podstawie skonstruowanych, także pewne nadrzędne zasady konstytucyjne. Pomiędzy grupą pierwszą a drugą istnieje hierarchia, skoro w razie sprzeczności, oraz *a fortiori* niejasności, konstytucyjne zasady nadrzędne mają pierwszeństwo oraz wyznaczają pożądany sposób i kierunek wykładni przepisów oraz norm. Hierarchia, jaką Trybunał ustala, jest pomiędzy zasadami i wartościami nadrzędnymi Traktatu konstytucyjnego a innymi przepisami Traktatu. Zasady nadrzędne w ostatecznym rozrachunku nie tylko pozwalają znaleźć rozstrzygnięcie dla konkretnej sprawy, ale także determinują w sposób szczegółowy kierunek uzasadnienia rozstrzygnięcia.

Z naszej perspektywy zasady nadrzędne w rozumowaniu Trybunału odgrywają szczególną aktywną rolę w sytuacji milczenia przepisu Traktatu. Czy musi to oznaczać niemożność wydania orzeczenia przez sąd i zbudowania rozumnego uzasadnienia? Rozumowanie w sprawie *Les Verts* ukazuje, że nie każde odejście od sensu językowego przepisu musi być od razu uważane za wykładnię niezgodną z prawem. Prawo może zezwalać na odstępianie od wyraźnego sensu językowego nie tylko, gdy interpretacja językowa prowadzi *ad absurdum*, ale także w tych sytuacjach, gdy interpretacja językowa oznaczałaby przyjęcie rozstrzygnięć rażąco niesprawiedliwych. Wykładnia kreatywna może być np. uzasadniona dążeniem do zapewnienia zgodności wykładni z aktem prawnym wyższego rzędu (konstytucją, traktatem etc.). W sprawie *Les Verts* Trybunał opierał się na zasadzie sądowej ochrony obowiązującej w ramach Wspólnoty rządzonej przez prawo, w sytuacji gdy jedna z instytucji wydaje akt prawny wywołujący skutki prawne. Trybunał starał się dostosować zasadę nadrzędną sądowej ochrony do stale ewoluującego usytuowania instytucjonalnego Parlamentu Europejskiego oraz wzrostu jego

kompetencji. Skoro Traktat zezwala Parlamentowi na stanowienie aktów prawnych wiążących dla osób trzecich, oznacza to, że muszą one być w stanie kwestionować legalność takich aktów prawnych. Uzasadnienie zostaje więc wzbogacone o argumenty systemowe i celowościowe i w ten sposób zaczepione w zasadach nadrzędnych, mających swoje źródło w Traktacie konstytucyjnym Wspólnoty¹³⁰.

Argumentacja w *Les Verts* ukazuje także, że wybory dokonywane przez Trybunał prowadzą do postępującej hierarchizacji wewnętrznej Traktatu. W konsekwencji akt balansowania pomiędzy z jednej strony zasadami nadrzędnymi, a z drugiej brzmieniem poszczególnych przepisów wymaga kompleksowej i wielopoziomowej argumentacji oraz wyborów pomiędzy kolidującymi argumentami. Tylko dzięki kompleksowej argumentacji sędziowie mogą w sposób zasadny przełamywać tekst Traktatu oraz przekonywać opinię publiczną, że zabieg ten był zasadny w imię zapewnienia koherencji pomiędzy przepisami, normami i zasadami konstytucyjnymi oraz dla podkreślenia nadrzędności pewnych zasad w ramach wspólnotowego systemu prawnego. Spójność (koherencja) jest tutaj słowem-kluczem. Obliguje do zapewnienia, że elementy wchodzące w skład wewnętrznej hierarchii Traktatu pozostają w stosunku do siebie w stosunku komplementarności, a nie sprzeczności. Koherencja oznacza, że orzecznictwo odwołujące się do zasad nadrzędnych i stopniowo tworzące taką hierarchię jest przewidywalne i przekonywające swoją argumentacją oraz uzasadnieniem. W tym procesie nie ma miejsca na oportunizm, ale na stałe podkreślanie lojalności wobec zasad konstytuujących Wspólnotę. W ten sposób Wspólnota jawi się jako organizacja wierna pewnym zasadom i je przestrzegająca w sposób konsekwentny¹³¹.

¹³⁰ Por. też z wyrokiem w sprawie *Foto-Frost* niżej.

¹³¹ J.R. Bengoetxea, N. MacCormick i L.M. Soriano do tego elementu stałości i wierności zasadom przywiązują szczególną wagę.

W *Les Verts* element spójności jest wyczuwalny w uzasadnieniu, mimo iż Trybunał nie odwołuje się doń wprost. Spójność jest dla Trybunału cechą systemu, a nie samego orzeczenia. Poszczególne elementy traktatowego systemu ochrony prawnej (skargi) mają stanowić spójną całość. Uznając dopuszczalność skargi skierowanej przeciwko Parlamentowi Europejskiemu, Trybunał zmierza do zapewnienia, że wspólnotowy system kontroli sądowej ma charakter spójny jako całość. Triada systemowych argumentów w postaci „kompletnego systemu środków ochrony prawnej”, „ogólnego systemu Traktatu” oraz „wspólnoty opartej na rządach prawa” zostaje powiązana ze sobą i prowadzi w rezultacie do przełamania tekstu art. 230. Podejście Trybunału jest pragmatyczne: koncentruje się w zapewnieniu, że system będzie miał charakter efektywny, zdolny do funkcjonowania i osiągania swoich celów. W ten sposób orzeczenie, nie oparte wprost na tekście, zostaje obudowane argumentami pozatekstowymi, które razem tworzą strukturę wzajemnie się wspierającą. Istotne, że o ile w przypadku omawianej powyżej sprawy *ADBHU* mieliśmy do czynienia ze skokami w rozumowaniu, o tyle argumentacja w *Les Verts* ma charakter pełniejszy, a przesłanki są ze sobą ściślej powiązane, tworząc strukturę wprawdzie wewnątrznie zróżnicowaną, ale wzajemnie się wspierającą.

4. Rozumowanie w obronie integralności systemu. Sprawa *Foto-Frost*

Art. 234 Traktatu rzymskiego, dotyczący orzeczeń wstępnych wydawanych przez Trybunał Sprawiedliwości na wniosek sądów krajowych, dokonuje rozróżnienia pomiędzy prawem sądów niższej instancji a obowiązkiem sądów, od orzeczeń których nie przysługuje odwołanie w prawie krajowym, do występowania z pytaniami w przedmiocie ważności i interpretacji prawa wspólnotowego. Jeżeli chodzi o interpretację prawa wspólnotowego, to rozróżnienie takie

jest uzasadnione i wynika z założenia, że w kwestiach interpretacji tego prawa sądy krajowe są istotnie sądami wspólnotowymi wyposażonymi w generalną kompetencję¹³². Inaczej jednak należy konstruować kompetencje sądów krajowych w zakresie ważności prawa wspólnotowego¹³³. Analiza literalnego brzmienia art. 234 Traktatu prowadzi do wniosku, że tylko sądy, od orzeczeń których nie przysługuje środek odwoławczy, są wyraźnie zobligowane do przekazywania pytań do Trybunału o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w przedmiocie ważności aktu prawnego Wspólnot. Natomiast sądy, od orzeczeń których przysługuje środek odwoławczy, mogą same decydować zarówno co do ważności, jak i interpretacji prawa wspólnotowego.

Nie ulega wątpliwości, że z punktu widzenia jednolitości stosowania prawa wspólnotowego dopuszczenie możliwości orzeczenia przez każdy sąd krajowy i nie czekając na wyrok Trybunału, że akt prawny jest nieważny, byłoby bez wątpienia niepożądane. Brak jednoznacznego nadania Trybunałowi wyłącznej jurysdykcji w zakresie orzekania o nieważności był powszechnie krytykowany¹³⁴,

¹³² Rzecznik generalny F. Jacobs zwracał ostatnio uwagę na konieczność osobnego traktowania sytuacji interpretacji i badania ważności prawa wspólnotowego. Jego zdaniem tylko w przypadku interpretacji sąd krajowy jest sądem wspólnotowym wyposażonym w generalną kompetencję. W przypadku zaś ważności prawa wspólnotowego sądy krajowe muszą respektować kompetencję Trybunału Sprawiedliwości do orzekania w przedmiocie ważności prawa wspólnotowego; tak w sprawie *Unión de Pequeños Agricultores*. Opinia dostępna na www.curia.europa.eu.

¹³³ Znamienne jest, że sam sąd krajowy występujący z pytaniami (Finanzgericht w Hamburgu) stał na stanowisku, że nie korzysta z kompetencji do orzekania o nieważności w przedmiocie aktów prawa wspólnotowego. Pytania przekazane do Trybunału miały słuszność tego założenia potwierdzić. Także pozostali uczestnicy postępowania byli zgodni co do tego, że tylko Trybunał Sprawiedliwości korzysta z kompetencji do unieważniania na podstawie art. 234 Traktatu aktów prawa wspólnotowego.

¹³⁴ G. Bebr mówi w tym kontekście o „most glaring inconsistency of Article 177”; w: *Development of Judicial Control of the European Communities*, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, s. 455.

sam Trybunał jednak nie miał przez wiele lat bezpośredniej okazji, aby ustosunkować się do tej kwestii. Przez długi czas orzecznictwo zawierało jedynie sugestie, że mimo brzmienia art. 234 Traktatu, Trybunał korzysta z jurysdykcji wyłącznej także w zakresie dotyczącym ważności¹³⁵. Niedoskonałość istniejącej regulacji była dostrzegana przez Trybunał, skoro w propozycjach pożądanym zmian Traktatu przedstawionych w 1975 r., Trybunał postulował dodanie do Traktatu przepisu, który zakazywałby sądom krajowym traktowania prawa wspólnotowego jako nieważnego, chyba że za nieważne uznał je już Trybunał¹³⁶. Zmiana nie została jednak wprowadzona i kwestią czasu było rozstrzygnięcie o konsekwencjach takiego brzmienia art. 234 *in concreto* w toku postępowania o wydanie orzeczenia wstępnego. Nastąpiło to dopiero w sprawie *Foto-Frost*.

Trybunał odrzucił literalną interpretację art. 234 Traktatu. Przyznał, że z samej treści art. 234 nie wynika jasno, czy sądy takie zostały wyposażone w jurysdykcję do unieważnienia prawa wspólnotowego. Według Trybunału rozstrzygnięcie tej kwestii musi brać pod uwagę inne, poza literalnym brzmieniem okoliczności. Interpretacja, na podstawie której sądy krajowe uzyskiwałyby kompetencję do orzekania w przedmiocie ważności aktów prawa wspólnotowego, prowadziłyby do rozbieżności pomiędzy poszczególnymi sądami, a to w efekcie oznaczałoby zagrożenie „jedności wspólnotowego porządku prawnego i osłabiałoby zasadę pewności prawa”. Trybunał przypomniał, że

¹³⁵ G. Bebr, *The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts Under Article 177 EEC Treaty (Cases 314/85 and 133 to 136/85)*, „Common Market Law Review”, 1988, Nr 25, s. 674–675. Za wyłączną jurysdykcją Trybunału opowiadali się już wcześniej rzecznicy generalni, argumentując, że orzeczenie o nieważności może zapaść wyłącznie w oparciu o art. 230 lub 234 Traktatu. Zob. sprawę 112/83, *Société des produits de maïs v Administration des douanes et droits indirects*, [1985] ECR 720, 724.

¹³⁶ *Report of the European Union. Supplement*, „Bulletin of the European Communities”, Nr 9/75, s. 21.

korzysta z wyłącznej jurysdykcji do rozpoznania skarg o unieważnienie aktu prawnego wydanego przez instytucję wspólnotową. Jednolitość prawa wspólnotowego musi wyznaczać kierunek interpretacji art. 234 Traktatu. Zostałaby ona poważnie zagrożona, gdyby uznać kompetencję sądów krajowych do orzekania w przedmiocie ważności prawa wspólnotowego. Wskazał następnie, że wzgląd na zapewnienie koherencji systemu sądowej ochrony ustanowionego w Traktacie wymaga, że gdy przed sądem krajowym kwestionowana jest ważność aktu prawnego, kompetencja do jego unieważnienia winna być zarezerwowana dla Trybunału. Traktat ustanowił kompletny system ochrony prawnej w zakresie dotyczącym kwestionowania ważności prawa wspólnotowego. Spójność tego systemu wymaga, że skoro Trybunał korzysta z wyłącznej jurysdykcji na podstawie art. 230 do unieważniania aktów prawnych, także art. 234 Traktatu musi być interpretowany jako nadający Trybunałowi jurysdykcję wyłączną. Trybunał potwierdził kompetencję sądów krajowych jedynie w zakresie pozytywnego orzeczenia w przedmiocie ważności, uznając, że nie stanowi to zagrożenia dla losu aktów prawnych kwestionowanych w postępowaniu przed sądem krajowym. Odmówił jednak sądom krajowym kompetencji do wydania orzeczenia negatywnego.

Wyrok w sprawie *Foto-Frost* stanowi przykład orzekania przez Trybunał nie w sytuacji zupełnego braku przepisu, ale raczej jego niedoskonałości. Niewątpliwie sprawa należała do grupy trudnych¹³⁷, Trybunał musiał sięgnąć pod coś więcej aniżeli proste oparcie się na Traktacie. Dokonując wykładni przepisu, miał na uwadze cel postępowania o wydanie orzeczenia wstępnego oraz rezultaty, do których prowadziłyby przyjęcie interpretacji literalnej. Trybunał przyjmuje wykładnię, która ma zmierzać do zapewnienia minimum racjonal-

¹³⁷ Sąd rozstrzygnięta została w składzie Grand Plenum. Stanowi to istotny element kontekstu odkrywania (zob. wyżej). Na skład zwraca uwagę także A. Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 1999, s. 62.

ności. Interpretator jest uprawniony do przekroczenia (przełamania) granicy wykładni wyznaczonej przez językowe znaczenie tekstu¹³⁸, gdy uważa, że interpretacja językowa prowadzi do wyników niedorzecznych¹³⁹, absurdalnych lub rażąco niesprawiedliwych. W końcu przełamanie granicy wyznaczonej tekstualną interpretacją można znajdować uzasadnienie aksjologiczne odwołujące się do wartości konstytucyjnych¹⁴⁰.

Czy jednak Trybunał był świadom ograniczenia swojej jurysdykcji na rzecz sądów krajowych, od orzeczeń których prawo krajowe przewiduje środek odwoławczy? Na uwagę zasługuje technika Trybunału. Swoją jurysdykcję rozszerza nie w braku przepisu traktatowego, ale raczej za pomocą przekształcenia jurysdykcji niewyłącznej (podzielonej), którą art. 234 Traktatu przyznawał zarówno Trybunałowi, jak i sądom krajowym, w jurysdykcję wyłączną, z której korzysta tylko Trybunał. Trybunał *expressis verbis* stwierdza, że art. 234 akapit 2 nie rozstrzygnął w sposób jednoznaczny, czy tam wskazane sądy krajowe mogą badać ważność aktów wspólnotowych¹⁴¹. Wniosek zaskakujący, skoro, jak wskazano wyżej, art. 234 w sposób pozytywny rozstrzygnął tę kwestię, dając taką kompetencję sądom krajowym, a sam Trybunał już wcześniej wskazywał na zasadność odebrania tej kompetencji sądom krajowym. Pozwalając (a nie zobowiązując

¹³⁸ Z terminu reguły preferencyjne przełamania korzystamy za M. Zielińskim, *Wyznaczniki Reguł Wykładni Prawa*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny”, 1998, Nr 3–4, s. 14.

¹³⁹ J. Wróblewski, *Sądowe Stosowanie Prawa*, Warszawa, 1972, s. 124.

¹⁴⁰ Tak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28 czerwca 2000 r. (sprawa K 25/99, OTK 2000/5/141). Zob. też wyrok Sądu Najwyższego (sprawa I CKN 664/97, OSNCP 1999/1/7), który następująco ujmuje zakres dopuszczalnych wyjątków od związania językowym znaczeniem tekstu interpretowanego: „Wolno odstąpić od znaczenia literalnego [...] danego przepisu, gdy znaczenie to prowadzi do absurdalnych z punktu widzenia społecznego lub ekonomicznego konsekwencji, gdy prowadzi do rażąco niesprawiedliwych rozstrzygnięć lub pozostaje w oczywistej sprzeczności z powszechnie akceptowanymi normami moralnymi”.

¹⁴¹ Ust. 5 wyroku.

jąc) sądom krajowym orzekać w przedmiocie ważności artykuł ten upoważnia sądy krajowe do występowania z pytaniami w zakresie interpretacji i ważności¹⁴². Istnienie jedynie możliwości do takiego wystąpienia jest oparte na założeniu, że same sądy krajowe mogą kontrolować ważność aktów prawa wspólnotowego. Trybunał jednak nie potwierdził takiej jednoznaczności art. 234 akapitu 2. Raczej zajął stanowisko, że brzmienie tego przepisu jest w tym zakresie niejasne, że mamy do czynienia z luką w prawie, którą należy wypełnić na drodze interpretacji¹⁴³.

Rozumowanie Trybunału w sprawie *Foto-Frost* eksponuje wagę prawidłowego funkcjonowania systemu ochrony prawnej oraz zapobiega negatywnym konsekwencjom w postaci niejednorodności obowiązywania prawa wspólnotowego na skutek orzekania w przedmiocie jego ważności bez ograniczeń przez sądy krajowe różnych państw członkowskich. W ten sposób Trybunał stosuje znany argument z konsekwencji. Wskazuje bowiem potencjalne negatywne skutki uznania kompetencji sądów krajowych do orzekania o nieważności aktów prawa wspólnotowego, polegające na „zagrożeniu jedności całego systemu wspólnotowego i zakwestionowaniu podstawowego wymogu, jakim jest zasada pewności prawa”¹⁴⁴. Po drugie, odwołując się do wyroku w sprawie *Les Verts*, Trybunał przypomniał

¹⁴² Zob. też A. Barav, *The European Court of Justice and the Use of Judicial Discretion*, w: O. Wiklund, red., *Judicial Discretion in European Perspective*, Nordstedts, Juridisk Kluwer Law International, 2003, s. 138–139, który krytykuje Trybunał za sposób rozumowania uznający, że Traktat w sposób niekonkluzywny rozstrzygnął kwestię podziału jurysdykcji w zakresie orzekania o ważności.

¹⁴³ Zamiast stwierdzać istnienie luki w systemie ochrony prawnej stworzonym przez Traktaty, Trybunał mógł także wybrać drogę interpretacji przepisu artykułu 234 akapit 2 w świetle zasady efektywności wspólnotowego porządku prawnego. Tak G. Bebr, *The reinforcement of constitutional review of Community acts under article 177 of the Treaty, Cases 314/85 and 133 to 136/85*, „Common Market Law Review”, 1988, Nr 25, s. 677. Jednak także w tym przypadku rozumowanie musiałoby mieć charakter kompleksowy i brać pod uwagę cel art. 234.

¹⁴⁴ Ust. 15.

argument, że art. 230 i 241 z jednej, a art. 234 z drugiej strony tworzą kompletny system ochrony prawnej. Z perspektywy jurysdykcyjnej wyrok Trybunału ma fundamentalne znaczenie. Każde inne rozstrzygnięcie oznaczałoby osłabienie konstytucyjnej funkcji Trybunału. Jednak waga rozstrzygnięcia *Foto-Frost* to nie tylko dążenie do zagwarantowania integralności wspólnotowego systemu prawnego. To także zapewnienie, że cele Traktatu (wspólny rynek, efektywność swobód traktatowych) nie zostaną zniweczone. Trybunał zapobiega dyskryminacji adresatów norm prawnych, którzy z racji unieważnienia przepisu w państwie A byłiby pozbawieni możliwości korzystania z niego, w przeciwieństwie do tych znajdujących się na terenie państwa B, którego sądy uważałyby, że kwestionowany przepis jest ważny. Dlatego kierunek rozstrzygnięcia odzwierciedla dążenie Trybunału do zapewnienia przetrwania Wspólnoty jako organizacji zdolnej osiągać swoje cele w oparciu o jednolicie stosowane prawo¹⁴⁵.

O ile więc rezultat jest pożądany, o tyle jego uzasadnienie wymaga czegoś więcej niż proste odwołanie się do litery art. 234 Traktatu¹⁴⁶. *Foto-Frost* ukazuje, że obowiązkiem wspólnotowego sędziego jest wymierzanie „efektywnej sprawiedliwości dla osób, które zwracają się doń o ochronę. To zadanie wymaga m.in. otwartego i konstruktywnego podejścia do problemów dotyczących jurysdykcji”¹⁴⁷. Brzmienie tekstu art. 234 Traktatu zostało przeciwstawione zasadzie nadrzędnej w postaci koherencji wspólnotowego systemu prawnego. Zostałaby ona zagrożona, gdyby – akceptując literalne brzmienie art. 234 – uznać, że sądy, od orzeczeń których przysługuje środek odwoławczy, mogłyby we własnym zakresie orzekać w przedmiocie nieważności prawa wspólnotowego, ilekroć zarzut taki zostanie pod-

¹⁴⁵ Podobnie D.T. Keeling, *op. cit.*, s. 525.

¹⁴⁶ A. Arnall, *Does the Court of Justice Have Inherent Jurisdiction?*, „Common Market Law Review”, 1990, Nr 27, s. 689.

¹⁴⁷ P. Pescatore, *La légitimité du juge en régime démocratique*, „Commentaire”, 2000, Nr 23, s. 342.

niesiony w postępowaniu przed nimi. Prawidłowe odczytanie sprawy *Foto-Frost* polega więc, po pierwsze, na uzupełnieniu wspólnotowej noweli oraz tam postawionej i rozwijanej w orzecznictwie tezy o kompletności systemu oraz, po drugie, na potwierdzeniu, że jest to koncepcja dynamiczna, wypełniana treścią przez sąd. Rozumowanie w *Foto-Frost* ma zapewnić, że system ma charakter jednolity, a Trybunał jest sądem, który na straży jednolitości stoi. Cel w postaci jednolitości systemu komplikuje wprawdzie proces rozumowania (aby zapewnić realizację celu, tekst przepisu musi zostać przełamany) oraz wpływa na wybór argumentów, które muszą być na tyle mocne, aby uzasadnić zasadność przełamania tekstu w imię celu. *Foto-Frost* jest więc pozytywnym orzeczeniem politycznym, w pełni przewidywalnym i racjonalnie uzasadnionym.

5. „Rozumność wspólnotowa”. Uzurpacja funkcji prawodawczej czy obrona systemu przed dezintegracją

W jaki sposób określić funkcję sędziego wobec świata polityki? To pytanie jest w istocie pytaniem o sposób argumentacji i uzasadnienia przez sędziów swojej roli w prawie wspólnotowym *vis-à-vis* prawodawcy. To pytanie jest związane z trudnymi wyborami oraz wartościowaniami, które widać dobrze na przykładzie wyroków w sprawach *Reyners*¹⁴⁸ i *Defrenne*¹⁴⁹.

Traktat przewidywał wydanie przez wspólnotowego prawodawcę aktów prawnych w celu zagwarantowania równego traktowania w zakresie działalności gospodarczej (*Reyners*) oraz zapewnienia równego traktowania kobiet i mężczyzn (*Defrenne*). Pytanie powstawało: co, gdy stosowne przepisy nie zostały uchwalone? Trybunał uznał, że jego interwencja nie ma charakteru pozbawiania instytucji kompetencji

¹⁴⁸ Sprawa 2/74, [1974] ECR 631.

¹⁴⁹ Sprawa 43/75, [1976] ECR 455.

prawodawczej, ale raczej musi zmierzać do zapewnienia *effet utile* stosownych przepisów Traktatu, mimo braku przewidzianej regulacji prawnej. Dlatego przyjęto, że nieuchwalone akty prawne nie miały wpływu na samą istotę bezpośrednio skutecznych uprawnień wystarczająco skonkretyzowanych w oparciu o Traktat. Komplementarność polega w tym przypadku na takim odczytaniu przepisu, który z jednej strony zrekompensuje zaniechanie po stronie prawodawcy, ale z drugiej nie pozbawi tegoż jego własnej kompetencji do wydania stosownych przepisów w przyszłości. Czy postępując w ten sposób Trybunał istotnie przekracza linię podziału kompetencji pomiędzy Radą a sobą? Problem ten jest zazwyczaj stawiany właśnie poprzez zadanie tak sformułowanego pytania, a udzielana odpowiedź brzmi jednoznacznie afirmatywnie¹⁵⁰. Proponujemy jednak spojrzenie z innej perspektywy.

Tą perspektywą jest przyjęcie, że to nie Trybunał dokonuje usurpacji kompetencji prawodawcy, ale raczej prawodawca dopuszcza się zaniechania działania, do którego obliguje go wprost Traktat. Jeżeli Trybunał dokonuje wyboru, który należy do wspólnotowego prawodawcy, to czyni tak dlatego, że Rada Unii Europejskiej jako organ prawodawczy nie dokonała wyboru do niej należącego. W przypadku zaniechania i bezczynności po stronie Rady, pojawia się zagrożenie powstania „próżni prawnej”, w której większość przepisów Traktatu pozostawałaby na papierze, a cele tam zapisane (wspólny rynek etc.), jedynie pustymi deklaracjami. Jaka winna być więc reakcja Trybunału? Trybunał z pewnością nie może ustanowić przepisów powszechnie obowiązujących, ponieważ stanowi to wyłączną domenę prawodawcy. Zachowuje jednak opcję, którą można nazwać kontrolno-sankcjonującą. Tak długo, jak stosowne przepisy implementujące nie zostaną ustanowione zgodnie z wymogami Traktatu, Trybunał

¹⁵⁰ H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Nijhoff, Dordrecht, 1986, s. 29, który nie ma żadnych wątpliwości, że cytowane wyżej sprawy stanowią przykład na „blatant and unacceptable activism”.

operuje opierając się na przepisie Traktatu, próbując go odczytać w sposób gwarantujący jego największą możliwą efektywność. Pamiętajmy, że zaniechanie po stronie prawodawcy wspólnotowego do działania wbrew zobowiązaniu płynącemu z Traktatu jest zawsze naruszeniem Traktatu. Niepodjęcie z kolei ingerencji przez Trybunał w takim przypadku stanowiłoby odmowę realizacji funkcji, którą Traktat powierzył Trybunałowi w art. 220 Traktatu – zapewnienia przestrzegania prawa. W takich przypadkach istnieje alternatywa: *przejęcie* funkcji prawodawcy przez sędziego i sędziowska interwencja („uzurpacja” zdaniem przeciwników Trybunału) albo *dezintegracja* całego systemu prawa wspólnotowego (wszystkie podkreślenia Z.B., T.T.K.). W takiej sytuacji nie dziwi, że przejęcie funkcji pozostaje opcją preferowaną wobec dezintegracji. Jest tak, gdyż obowiązkiem Trybunału w każdej zawisłej przed nim sprawie jest wydanie rozstrzygnięcia, które będzie zgodne z art. 220 Traktatu. Trybunał nie może zwolnić się od tego obowiązku, gdyż byłoby to równoznaczne ze stworzeniem sytuacji „odmowy dania sprawiedliwości” (*denial of justice*). Gdy prawodawca nie przewiduje wprost kryteriów, na których podstawie Trybunał ma zbudować swoje rozstrzygnięcie, sędziowie nie mają wyboru, jak tylko sięgnąć po elementy strukturalne wspólnotowego systemu ochrony prawnej oraz skonstruować rozstrzygnięcie w oparciu o to, co tam znajdują¹⁵¹.

W tym miejscu wracamy do kwestii natury fundamentalnej dla zapewnienia, że Wspólnota utrzymują zdolność do działania w każdym momencie swojego funkcjonowania. Trybunał w ramach swojej funkcji oraz jurysdykcji zapewnia, że instytucje i państwa członkowskie postępują zgodnie z prawem. Rola „strażnika prawa” jest zapisana wprost w Traktacie i od samego początku. Pra-

¹⁵¹ P. Pescatore, *La carence du législateur communautaire et le Devoir du juge*, w: G. Lüke, G. Ress, M.R. Will, *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration—Gedächtnisschrift für L. J. Constantinesco*, Carl Heymanns Verlag, 1983, s. 576–577.

wo wspólnotowe opiera się na podkreśleniu znaczenia elementu przestrzegania prawa przez instytucje i państwa oraz zobowiązań przyjętych przez państwa w sposób dobrowolny. *Rule of law* stanowi podstawowy wyróżnik, który decyduje o specyfice i uprzywilejowaniu Trybunału Sprawiedliwości we wspólnotowym systemie ochrony prawnej. Prawodawca wspólnotowy musi o tym pamiętać, zdając sobie sprawę, że w każdej chwili jego działanie (zaniechanie) może być przedmiotem kontroli zgodności z prawem sprawowanej przez Trybunał Sprawiedliwości.

6. „Rozumność wspólnotowa” oczami sędziów

W dyskusji podczas styczniowej konferencji Profesor Ewa Łętowska słusznie zwracała uwagę, że prowadząc rozważania o metodach rozumowania, musimy dokonać konkretyzacji sądu, o którym mówimy, metod jego pracy oraz poglądów sędziów orzekających. Ta uwaga jest słuszna, ponieważ pozwala uniknąć błędu generalizacji i absolutyzacji metod argumentacyjnych. Dlatego powyższa analiza zostanie podsumowana przez przytoczenie poglądów sędziów Trybunału na sposób, w jaki dochodzi do wydania orzeczenia, jakie elementy są brane pod uwagę i które mają charakter decydujący. Wypowiedzi samych sędziów traktowane są jako stanowiące część kontekstu odkrywania, o którym była mowa powyżej. Poznanie stanowisk poszczególnych sędziów jest tym bardziej cenne w Trybunale, w którym ich głosy są wyciszone, a jedynym solistą pozostaje głos rzecznika generalnego¹⁵².

W wypowiedziach sędziów przewija się jeden wspólny wątek: podkreślenie swojego obowiązku wobec integrującej się Europy. Swoją funkcję widzą jako efektywne przyczynianie się do realizacji

¹⁵² L.N. Brown, T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet and Maxwell, 2000.

idei Europy pokojowej, w której prawo korzysta z własnej dynamiki i autonomii wobec dominującego (z katastrofalnymi czasem skutkami) świata polityki¹⁵³. Ujęcie w sposób tak szeroki i otwarty funkcji sędziego było od początku wyrazem wiary w niego i jego interpretację¹⁵⁴. W tym procesie Traktat spełnia dla sędziego rolę kierunkową: każde orzeczenie musi bezpośrednio (co oczywiste) lub pośrednio (bardziej niejednoznaczne i mniej pewne) zostać zaczerpnięte o Traktat. W Traktacie sędzia odnajduje wskazówki, które pozwalają mu zachować orientację. Częste odwołanie do „ducha” Traktatu ma to podkreślać¹⁵⁵. „Najważniejszym celem jest jak najściślejsza unia pomiędzy narodami Europy”¹⁵⁶. Rozumny sędzia dokonujący interpretacji Traktatu nie jest jednak automatem. Zaczyna od brzmienia przepisu, aby następnie rezultat wykładni literalnej poddać dalszej refleksji. Sędzia Kutscher pisał: „Przepis musi być interpretowany w świetle kontekstu oraz mając na uwadze jego relacje z innymi przepisami, tak aby nadać mu znaczenie rozsądne

¹⁵³ C.N. Kakouris pisał m.in. „Egalement evident est le devoir du juge communautaire, dans l'exercice de sa fonction, envers ses deux patries, son pays et l'Europe” *La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'ethos du juge*, „Revue des affaires européennes” 1994, Nr 4, s. 35.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ W omawianej wyżej sprawie *Les Verts* Trybunał podkreślił, że „wyłączenie aktów prawnych Parlamentu Europejskiego spod kontroli sądowej byłoby sprzeczne z duchem Traktatu oraz jego systemem (ang. „excluding measures of European Parliament from judicial review would be *contrary* to the *spirit* of the Treaty and to its *system*” (podkr. Z.B., T.T.K.).

¹⁵⁶ U. Everling, *On the judge-made law of the European Community's Courts*, w: D. O'Keefe, *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, 2000. Jego stanowisko warto zacytować *in extenso*: „The Court must derive its *orientations* from the *Treaties*. The most important *aim* is that of *an ever closer union* among the peoples of Europe. *General principles of law* must be taken into consideration to ensure that *the law* – and not only the rules of the Treaty – *is observed*. From these elements the Court *gains its telos* if it transgresses the frontiers of interpretation in making law by *jurisprudence not judicial activism*” (wszystkie podkreślenia Z.B., T.T.K.).

oraz efektywne¹⁵⁷. W tym sensie rola sędziego nie sprowadza się do technokratycznej, literalnej interpretacji tekstu pochodzącego od innego podmiotu. Raczej obowiązkiem sędziego jest wydanie orzeczenia w sprawie, a nie zasłanianie się niedoskonałością i niejasnością przepisów¹⁵⁸. Wydanie orzeczenia nie może być jedynie hermetycznym przekazem. Ma mieć charakter funkcjonalny: nadawać się do stosowania i realizować pewne cele¹⁵⁹. Na uwagę zasługuje jednak podkreślenie, w jaki sposób sami sędziowie widzą swoją rolę oraz technikę rozstrzygania spraw: sędzia podąża od jednej sprawy do drugiej, tak aby pojawiające się problemy były rozstrzygane w sposób przyczyniający się do zapewnienia, że system jest niesprzeczny, spójny, funkcjonalny oraz efektywny. To sędzia ma zapewnić, że ustawodawstwo ma sens¹⁶⁰.

¹⁵⁷ H. Kutscher, *Methods of interpretation as seen by a Judge of the Court of Justice, w: Reports of a Judicial and Academic Conference held in Luxembourg on 27–28 September 1976*, Publications of the European Community, Luxembourg, 1976.

¹⁵⁸ D.A.O. Edward podkreśla, że „The test of judicial decision is whether it is legally and intellectually credible as an answer to the problem the judge has been called upon to resolve. For the judge *not* to take a decision is both legally and intellectually indefensible, since it is a denial of its judicial function”, tak w: *Judicial activism – Myth or reality...*, *op. cit.*, s. 35 (podkr. w oryginale).

¹⁵⁹ Sędzia K. Lenaerts pisze w kontekście orzeczeń wstępnych: „In answering those requests (o wydanie orzeczeń wstępnych), the Court *was bound to come up with a judicially workable interpretation* of the directly effective Community law provision”; *Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians in the European Community*, „Yearbook of European Law” 1992, Nr 1, s. 12, (podkr. i dopisek Z.B., T.T.K.).

¹⁶⁰ D.A.O. Edward, *Judicial Activism—Myth or Reality? Van Gend en Loos, Costa v Enel and the Van Duyn family revisited*, w: A.I.L. Campbell, I.M. Voyatzki (red.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law, Essays in Honour of Lord Mackenzie Stuart*, London, 1996.

Zakończenie

„Wspólnotowa rozumność”: w służbie Europy, „wspólnoty prawa” i obywateli

Przedstawiona analiza dotyczyła racjonalizacji rozumowania sądu wspólnotowego. Naszym zamierzeniem było wskazanie oraz uporządkowanie kryteriów, którymi posługuje się Trybunał dokonując swoich wyborów argumentacyjnych. Czy możemy na tym etapie wskazać, kiedy mamy do czynienia z orzeczeniem, które osiąga stan rozumności?

Rozumność jest związana przede wszystkim z samym sędzią. Z dobrym rozumowaniem zaś jest ściśle związany ideał sędziego. Sędzia wspólnotowy musi być osobą rozsądną i przewidywalną. Jego wybory powinny być oparte na sprawdzalnych, przekonywających, przejrzystych i logicznych przesłankach¹⁶¹. Jednak „rozsądnosc” oznacza wiele więcej niż tylko uzasadnianie i przedstawianie racji przemawiających za takim a nie innym wyborem. Jak twierdzi MacCormick, „osoba rozsądna posiada cnotę *prudencia*, z której korzysta w działaniu [...] bierze pod uwagę przewidywalne ryzyko [...] nie wyciąga pochopnych wniosków, ale rozważa dowody i bierze pod uwagę różne punkty widzenia. Ma świadomość, że każdy dylemat praktyczny może wiązać się ze stykiem różnych wartości i interesów [...] w sposób poważny bierze pod uwagę konkurencyjne i zbieżne wartości, próbując je dopasować”¹⁶². Sędziego wspólnotowego uznamy za rozumnego (rozsądnego), gdy uda mu się na podstawie kolidujących argumentów zbudować „wzajemnie wspierające się struktury rozumowania”, które sięgają nie tylko po reguły, ale czerpią w równej mierze z zasad oraz polityk. Sędzia powinien dążyć do jak najpełniejszego oddania

¹⁶¹ J.R. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

¹⁶² N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005, s. 166.

normatywnej zawartości sprawy, brać pod uwagę wartości oraz cele Wspólnoty i dokonywać stałej ich konfrontacji. Dzięki takiemu rozumowaniu sędzia jest sędzią zaangażowanym w orzekanie. Jednak element zaangażowania, choć kluczowy w procesie rozumowania, nie zapewnia, że rozumowanie będzie rzeczywiście rozumne. Zaangażowanie dotyczy aspektu charakterologicznego sędziego orzekającego (orzekanie jako sztuka, a nie proces automatyczny, chodzi zatem o otwartość, receptywność, podejście konstruktywne do prawa, wysłuchanie wszystkich argumentów), a nie przesądza jeszcze, że *in concreto* sędziemu uda się być rozumnym. Zaangażowanie co najwyżej zwiększa szansę, że tak istotnie będzie. Efekt końcowy rozumowania zależy natomiast od sztuki powiązania argumentów i przekazania rezultatu audytoriom Trybunału.

Akceptując, że uzasadnienie orzeczenia jest argumentacją związaną z samym procesem decyzyjnym, która uzasadnia wynik tego procesu, należy przyjąć, że uzasadnienie dotyczy podejmowania decyzji w ogóle i nie jest rozumowaniem typowym jedynie dla procesu stosowania prawa. Uzasadnienie może być rozumiane jako *usprawiedliwianie* (akcent położony na argumenty aksjologiczne), *legitymizację* (argumenty formalne o charakterze kompetencyjnym i proceduralnym), *osiągnięcie stanu komunikacji* pomiędzy podmiotem uzasadniającym i adresatem uzasadnienia i *racjonalizacja decyzji* (argumenty przekonywania adresata do orzeczenia, z naciskiem na argumenty analityczne, empiryczne, aksjologiczne lub formalne)¹⁶³. O ile przypadek sądu wspólnotowego dowodzi, że takie globalne spojrzenie na rozumowanie jako pewien proces jest w pełni uzasadnione, o tyle nie rozstrzyga jednak pytania o możliwość racjonalizacji „wspólnotowej rozumności” samego uzasadnienia i jego uporządkowania według z góry założonych cech wyróżniających. Tę funkcję może spełniać sześć refleksji sumujących.

¹⁶³ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze, 2001, s. 77–78.

Po pierwsze, „wspólnotowa rozumność” powinna być oceniana z perspektywy wewnętrznej i zewnętrznej. Oceniając rozumność z perspektywy wewnętrznej podkreślamy obowiązek Trybunału uzasadnienia każdej z przesłanek rozumowania. Perspektywa wewnętrzna jest perspektywą sędziów. Uzasadnienie wewnętrzne nie rozstrzyga jeszcze, czy mamy do czynienia z poprawnym uzasadnieniem¹⁶⁴. Dlatego istotną rolę spełnia perspektywa zewnętrzna, która podkreśla powiązanie rozumności z legalizmem. Specyfika Trybunału polega na tym, że granice „wspólnotowego legalizmu” są wyznaczone w sposób szerszy niż legalizm rozumiany klasycznie jako zgodność z przepisami. W znaczeniu wspólnotowym legalizm to także zgodność z zasadami oraz politykami, które na równych prawach pełnią aktywną rolę w procesie uzasadnienia orzeczenia. Sam Trybunał określa, co jest prawem wspólnotowym oraz zakreśla jego granicę¹⁶⁵. Tym samym sędziowie korzystają z bardzo dużej swobody orzeczniczej w zakresie, co może być substratem dla rozumowania oraz kryterium dla rozstrzygnięcia sporów pomiędzy kolidującymi argumentami.

Po drugie, rozumowanie Trybunału należy oceniać w dwóch skalach: makro i mikro. Skala makro dotyczy uporządkowania potencjalnie dostępnych argumentów, skala mikro natomiast dopasowania i połączenia argumentów wyselekcjonowanych. „Wspólnotowe rozumowanie” uznamy za dobre, gdy będzie wynikiem balansowania i ważenia konkurencyjnych argumentów (racji). Spojrzenie na do-

¹⁶⁴ J.R. Bengoetxea, N. MacCormick, L.M. Soriano piszą w następujący sposób: „The claim of internal justification is that the judgment is justified ‘in law’. An external justification makes a stronger claim: not only is the judgment justified in law, but it is also a correct decision in practical philosophy; it is ethically, politically, or ideologically acceptable; it is valid”, *op. cit.*, s. 61.

¹⁶⁵ Pamiętając jednak o istniejącej w tym zakresie kontrowersji i różnicy zdań pomiędzy Trybunałem i jego „konstytucyjnymi sąsiadami w orzekaniu”, a więc krajowymi sądami konstytucyjnymi, które w pewnych wypadkach roszczą sobie kompetencje do występowania jako ultymatywny strażnik „wspólnotowych granic”.

stępny materiał argumentacyjny (zasady, prawa, polityki, wartości) musi mieć charakter globalny, a sprawa powinna być w najpełniejszy możliwy sposób opisana. Dopiero wówczas zgromadzone argumenty zostaną poddane balansowaniu, tak aby określić ich wagę oraz miejsce w procesie rozumowania w danej sprawie. W koncepcję „dobrego rozumowania” jest więc wpisana konkurencja argumentów oraz stałe ich wyważanie, unikające z góry założenia, że pewne argumenty są automatycznie lepsze od innych. Chodzi o zjawisko, które można nazwać pluralizmem wartości (*value pluralism*). Jest to sytuacja, w której zasady oraz wartości nie mogą zostać sprowadzone do jednej uniwersalnej, która ma walor rozstrzygnięcia każdego konfliktu w obrębie tak rozumianego pluralistycznego systemu¹⁶⁶. W tym też sensie wspólnotowa rozumność powinna odrzucać podejście według metody „integracja albo nic”, ale ważyć poszczególne argumenty biorąc pod uwagę konkretny kontekst faktyczny i prawny sprawy.

Po trzecie, przytoczone powyżej orzecznictwo wskazuje, że uzasadnienia Trybunału mają charakter wielopoziomowy i kompleksowy. Trybunał sięga po różne argumenty oraz korzysta z różnych technik argumentacyjnych. Nie zawsze efekt końcowy będzie zadowalający. Omawiana wyżej sprawa *ADBHU* stanowi przykład sytuacji, gdy Trybunałowi nie udało się zbudować takiej struktury. Przeciwnie, mieliśmy do czynienia ze zjawiskiem „skoku w rozumowaniu”, które polegało na braku związku pomiędzy przedstawionymi argumentami lub niedostatecznym obudowaniem wniosku argumentacją¹⁶⁷. Inne sprawy, jak *Les Verts* czy *Foto-Frost*, zostały obudowane starannie połączonymi argumentami. Połączenie różnych argumentów (zasad, polityk, celów) oraz technik argumentacyjnych (argument z zasad, z konsekwencji, z systemu, z koherencji, z jednolitości prawa, z efektywności jurysdykcji) prowadziło do uzasadnienia zabiegu

¹⁶⁶ *Op. cit.*, s. 64.

¹⁶⁷ L.M. Soriano, *A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice*, „Ratio Juris” 2003, Nr 16, s. 296.

przełamania tekstu Traktatu. Trybunałowi nie udałoby się skonstruować przekonującego i dobrego uzasadnienia, gdyby nie gotowość globalnego spojrzenia na dostępny materiał argumentacyjny.

Po czwarte, Trybunał jest sądem integracji, nie da się więc uniknąć oceniania rozumowania z tej perspektywy. W tym miejscu szczególnego znaczenia nabiera postulat, aby każde orzeczenie było powiązane z Traktatem. Argumentacja wspierająca uzasadnienie orzeczenia musi odwoływać się do i być zaczepiona w Traktacie jako karcie konstytucyjnej; to zaczepienie decyduje o tym, czy rozumowanie mieści się w granicach prawa. Rozumowanie dobre to takie, które przyczynia się do realizacji integracji jako celu. Nie oznacza to jednak, że orzekanie jest zawsze na korzyść integracji. W dzisiejszej Europie różnorodność jest wartością, którą sędziowie muszą dostrzec i eksponować w swoim orzecznictwie intensywniej niż kiedykolwiek. Parafrazując E. Steina, czasy słodkiego zapomnienia już się skończyły. Integrację wzmocni nie tylko orzecznictwo, które będzie forsować swobody gospodarcze, ale także to, które dostrzeże odrębne tradycje państw członkowskich i zezwoli państwom na pewien margines „robienia rzeczy po swojemu”.

Po piąte, uwzględnienia wymaga znaczenie dla rozumowania zjawiska, które sędzia Pescatore określił jako *une certaine idée de l'Europe*¹⁶⁸ i którego wagi nie można lekceważyć. Dla sędziów ideał Europy jest powiązany z koncepcją systemu prawnego obowiązującego we Wspólnocie. Wspólnoty są oparte na rządach prawa i spajane powagą prawa, którego przestrzeganie zapewnia Trybunał¹⁶⁹. Prawo w rozumieniu tego artykułu to coś więcej niż tylko prawo pisane, ale „ponad nim jest także Prawo przez duże P, prawo niepisane, idea prawa i zapewnienie przestrzegania tego prawa jest obowiąz-

¹⁶⁸ P. Pescatore, *The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law*, „European Law Review”, 1983, Nr 8, s. 157.

¹⁶⁹ H. Schepel, E. Blankenburg, *Mobilizing the European Court of Justice*, w: G. de Burca, J.H.H. Weiler, *The European Court of Justice, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, 2001, s. 10.

kiem Trybunału, jego ultymatywnym *telos*, który winien wskazywać drogę Trybunałowi¹⁷⁰. Keeling¹⁷¹, komentując orzecznictwo Trybunału w sprawie *locus standi* Parlamentu, słusznie zauważa: „[...] umieszczenie art. 220 przypuszczalnie nastąpiło w jakimś celu [...] zamiarem (Twórców Traktatu – dopisek Z.B., T.T.K.) mogło być nadanie pewnego znaczenia przepisom tej części Traktatu, w której znajduje się artykuł 220”. W tym sensie wizja Europy i systemu prawnego w obrębie Wspólnoty ważyła na wyborach dokonywanych przez sędziów Trybunału, ilekroć chodziło o konieczność wydania rozstrzygnięcia pryncypialnego. Art. 220 dostarczał racjonalizacji aksjologicznej i systemowej dla wyborów argumentacyjnych. Tak było w *Van Gend en Loos* (argumentacja podkreślająca rzeczywisty charakter prawa wspólnotowego zmieniającego na korzyść sytuację prawną jednostek „tu i teraz”), w *Les Verts* (efektywna kontrola sądowa), w sprawie *Chernobyl*¹⁷² (przestrzeganie zasady równowagi instytucjonalnej), *Zwartveld* (efektywność dostępu sądów krajowych do Trybunału)¹⁷³ czy „orzecznictwie *Francovich – Brasserie*” (odpowiedzialność odszkodowawcza państwa za naruszenie prawa wspólnotowego).

Po szóste, to właśnie jakość wydawanych orzeczeń jest elementem, który zasadniczo wpływa na legitymizację Trybunału. Trybunał zdaje sobie sprawę, że w państwach demokratycznych instytucje państwowe czerpią swoją legitymizację z mandatu pochodzącego

¹⁷⁰ C.N. Kakouris, *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle: Trois observations*, w: O. Due, M. Lutter, J. Schwarze, *Festschrift für Ulrich Everling*, Nomos, 1995, s. 634. Zob. też uwagi sędziego C.N. Kakourisa w: *La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'ethos du juge*, „Revue des affaires Européennes”, 1994, Nr 4, zwłaszcza s. 36–37.

¹⁷¹ D.T. Keeling, *In praise of judicial activism. But what does it mean? And has the European Court of Justice ever practised it?*, w: C. Gialdino, *Scritti in Onore di G. Federico Mancini*, Giuffrè, 1998, s. 521.

¹⁷² Sprawa C–70/88, *European Parliament v Council*, 1990, ECR 2041.

¹⁷³ Sprawa C–2/90 Sprawa 2/88, 1990, ECR I–3365 oraz wyczerpująco T.T. Konciewicz, *Zasada jurysdykcji...*, *op. cit.*

z wyborów powszechnych. W przypadku Trybunału ten związek jest słaby, skoro sędziowie wybrani są przez przedstawicieli państw członkowskich. Dlatego też próby tworzenia prawa przez Trybunał nie znajdują podstawy demokratycznej. Przekonanie więc do wyroków oraz stopniowe budowanie swojej legitymizacji przez Trybunał musi przyjść „z wewnątrz”, a więc od samego Trybunału, musi płynąć z jakości wydawanych orzeczeń, które podobne sprawy rozstrzygają w sposób podobny i spójny, które są uzasadniane w sposób racjonalny i przekonujący dla tych, do których są adresowane¹⁷⁴. Najistotniejsze jednak jest to, że tylko taka kompleksowa i wielo-
poziomowa argumentacja powinna być przedmiotem ewentualnej krytyki i debaty wokół wspólnotowego orzecznictwa. W przeciwnym razie będziemy nadal skazani na puste i nic nie posuwające dyskusji na temat metod rozumowania Trybunału zarzuty o sędziowski aktywizm. Na rozumowanie Trybunału należy patrzeć krytycznie, dostrzegać niekonsekwencję, arbitralność niektórych ustaleń, brak uzasadnienia czy też sporadyczne skoki w rozumowaniu.

Doceniając rolę art. 220 Traktatu dla rozumowania Trybunału, należy jednocześnie podkreślić, że legitymizacja jedynie przez odwołanie się do tego artykułu nigdy nie będzie wystarczająca. Trybunał musi dodatkowo przekonać swoje audytoria, że jego rozumowanie ma charakter spójny, kieruje się wartościami, a nie chwilą, jest konsekwentne, a nie oportunistyczne i zmienne. Szczególnego znaczenia nabiera perspektywa zewnętrzna, a więc badanie reakcji na orzeczenie oraz jego uzasadnienie ze strony audytoriów prawniczych, do których sąd przemawia. W przypadku Trybunału ma to szczególne znaczenie, gdyż jego pozycja i autorytet zależą w większej mierze niż

¹⁷⁴ J. Habermas, *Between Facts and Norms*, 1996, s. 198, który na te właśnie czynniki wskazuje jako na podstawę dla społecznego odbioru sądów oraz ich legitymizacji. Cytat za: A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 1999, s. 563.

jest to przyjęte w krajowych sądach najwyższych na receptywności oraz akceptacji przez krajowe audytoria prawne. Sąd krajowy, który nie zrozumie orzeczenia oraz nie zaakceptuje jego uzasadnienia, zastanowi się dwa razy w przyszłości, zanim po raz kolejny wystąpi do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego. Podobnie arbitralność oraz lakoniczność motywów rozstrzygnięcia będą rzutować na postrzeganie Trybunału przez pełnomocników stron. W końcu szczególną rolę do odegrania w tym zakresie ma doktryna prawa europejskiego, która występuje jako obiektywny krytyk i *amicus curiae* Trybunału. Z perspektywy zewnętrznej audytoria badają orzeczenie w świetle poprawności rozumowania w oparciu o przyjęte przesłanki rozumowań prawniczych, racjonalności dokonanego wyboru spośród kolidujących argumentów, wiarygodności dokonanych powiązań pomiędzy wybranymi argumentami uznanymi za relewantne w danej sprawie oraz stopnia, w jakim wybory sędziów przyczyniają się do realizacji celów Wspólnoty¹⁷⁵.

Chodzi o stworzenie sytuacji, w której nasza ocena sądu *ex post* wychodzi poza ramy wyznaczone poprzez klasyczne dwubiegunowe przeciwstawienie „wygrywający-przegrywający”¹⁷⁶. To dążenie do sprawiedliwości proceduralnej zmusza do dokonania pewnego przewartościowania w kierunku przyjęcia, że postępowanie sądowe będzie znać tylko zwycięzców. Źródłem sukcesu będzie nie tylko zapewnienie, że każda ze stron korzystała z równego dostępu do sądu oraz mogła przedstawić swoją argumentację, ale przede wszystkim stworzenie przekonania, że tak istotnie było. Strona przegrywająca zaakceptuje swoją porażkę, gdy ma świadomość, że korzystała

¹⁷⁵ Podkreślenie konkretnego wymiaru wewnętrznej rozumności ma wskazać, że okoliczności każdej sprawy (fakty, prawo, interesy wchodzące w grę, cele, wartości) decydują o dokonanych wyborach zarówno na etapie konfliktu argumentów, jak i racjonalnego i przekonywającego połączenia wyselekcjonowanych argumentów.

¹⁷⁶ W literaturze mówi się o tzw. efekcie sprawiedliwości proceduralnej. Szerzej: T.T. Koncewicz, *Searching for procedural justice in the Community law. Myth or reality?* „Natolin Working Papers” 2008.

z wszystkich dostępnych środków dotarcia do umysłu sędziego oraz gdy sędzia orzekający nie po jej myśli był w stanie w sposób spójny i racjonalny przekonać i wyjaśnić, dlaczego orzekł tak, a nie inaczej. W tym też sensie „wspólnotową rozumność” rozumiemy jako obowiązek stałego tłumaczenia się przed swoimi audytoriami, który jest istotnym elementem sprawiedliwości proceduralnej¹⁷⁷. Sąd przemawia bowiem nie tylko do jednostek partycypatywnych, ale także refleksyjnych, które oceniają poprawność przyjętego i przedstawionego rozumowania zarówno z perspektywy subiektywnej (jak orzeczenie zmienia moją sytuację prawną?) i systemowej (jak orzeczenie przyczynia się do realizacji celów Wspólnoty?).

To właśnie ocena wynikająca z tej refleksji będzie ostatecznie decydować o uznaniu Trybunału za sąd rozumny. Dlatego tylko tyle i aż tyle powinna dla nas oznaczać „wspólnotowa rozumność” dobrego sędziego i według tych kryteriów powinna przebiegać nasza rozumna krytyka poczynań sądu wspólnotowego.

¹⁷⁷ Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego może być w tym zakresie postawione za wzór, skoro niezwykle mocno eksponuje ten element sprawiedliwego postępowania. Szerzej: *Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2007 r.*, Wydawnictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa, 2008, s. 32–34.

Funkcje gwarancyjne rozumowań prawniczych w prawie karnym

Funkcja gwarancyjna jest odnoszona najczęściej do samego „prawa karnego”. Przyjęcie za przedmiot rozważań gwarancyjnej funkcji „rozumowań prawniczych” może budzić zdziwienie. Funkcja gwarancyjna prawa karnego to przede wszystkim jego jednoznaczność – niekiedy określana jako „dostateczna ustawowa określoność” czynu karalnego i sankcji karnej¹. Jeżeli prawo karne „samo w sobie” ma być jednoznaczne, to co do zasady nie powinno być w nim miejsca na spory interpretacyjne i finezyjne „rozumowania prawnicze”. Wręcz przeciwnie, im więcej w prawie karnym owych zawitych rozumowań, tym bardziej uzasadnione staje się przypuszczenie, że ich przedmiot – przepisy prawa karnego – nie spełniają standardu dostatecznej określoności.

Gdy więc mówimy o gwarancyjnej funkcji rozumowań prawniczych, stwierdzamy już pewien fakt, zresztą oczywisty, że prawo nie istnieje „samo w sobie”, lecz jedynie jako rezultat interpretacji tekstów prawnych. Formułując pytanie, *jakie jest prawo*, nie mamy na myśli konstrukcji językowych zawartych w urzędowych publikatorach, lecz treść obowiązujących nakazów i zakazów, i to najczęściej odnoszących się do konkretnych stanów faktycznych.

Udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie możliwe jest tylko w drodze wykładni stosownych przepisów. Ostatecznie więc

¹ Por. wyrok TK z dnia 5 maja 2004 r., P 2/03, *Z.U.* 2004/5A/39.

o tym, czy dane regulacje prawne spełniają standard „dostatecznej określoności”, decyduje nie tyle jednoznaczność językowa tekstów prawnych, ile jednoznaczność reguł „wykładania” przepisów, czyli konstruowania na ich podstawie odpowiedzi na pytanie: *co wolno?*, *co jest zakazane?*, *co jest nakazane?*, *jaka sankcja zostanie wymierzona za naruszenie prawa?*

Wykładnia prawa nie jest oczywiście jedynym typem „rozumowań prawniczych” w prawie karnym. Gdyby bowiem pojęciem tym objąć wszystkie stosowane na gruncie prawa karnego techniki i strategie argumentacyjne, to należałoby także rozważyć sposoby uzasadniania decyzji prawodawczych, formułowania wniosków *de lege ferenda* czy oceny sprawiedliwości i efektywności prawa w kontekście zakładanych norm wyższego rzędu (konstytucyjnych, prawnomiędzynarodowych), wartości aksjologicznych i celów społecznych tej dziedziny prawa. Skoro jednak nie chodzi o rozumowania prawnicze jako takie, ale o ich funkcje gwarancyjne, główny punkt ciężkości musi dotyczyć płaszczyzny stosowania prawa.

Cóż więc mają *gwarantować* rozumowania prawnicze w prawie karnym? Niewątpliwie na pierwsze miejsce wysuwa się w tym zakresie stabilność i niearbitralność rozstrzygnięć organów władzy publicznej – przede wszystkim sądów i prokuratorów. Rozumowania prawnicze, wyznaczając klarowny sposób wykładni przepisów, mają zapewnić przewidywalność tych rozstrzygnięć, warto bowiem pamiętać, że prawo karne to przede wszystkim zespół norm prawnych o charakterze kompetencyjnym (tzw. norm sankcjonujących), których adresatem są organy państwa. Stosowanie tych norm dokonuje się z reguły dwuetapowo: najpierw poprzez stwierdzenie realizacji przesłanek odpowiedzialności karnej (co tradycyjnie bywa rozstrzygnięciem co do winy), a następnie przez określenie wymiaru szeroko rozumianych konsekwencji karnych. O ile w ramach owego pierwszego etapu przepisy prawa karnego nie zezwalają na jakąkolwiek uznaniowość, ponieważ stwierdzenie faktu popełnienia czynu zabronionego i winy musi być kategoryczne, o tyle ten drugi

etap tradycyjnie charakteryzuje się w prawie karnym dość znacznym marginesem „sędziowskiego uznania”.

Znacznie łatwiej jest więc odpowiedzieć na pytanie, czy popełniono przestępstwo, bardzo trudno natomiast przewidzieć, jaka kara za popełnienie tego przestępstwa zostanie wymierzona. Wynika to z funkcjonującego w prawie karnym systemu względnej jedynie oznaczoności sankcji karnych, którą uzasadnia się poprzez odwołanie do konstytucyjnej kompetencji sądu w zakresie „wymierzania sprawiedliwości” w indywidualnych sprawach². System kar oznaczonych taką konstytucyjną kompetencją by wykluczał, przekazując w istocie wymiar sprawiedliwości w ręce ustawodawcy. Staje się to wszakże źródłem swoistego napięcia w prawie karnym – o ile co do przesłanek przestępności, a więc stwierdzenia faktu popełnienia czynu zabronionego, obowiązują bardzo restrykcyjne zasady wykładni, pozwalające zobiektywizować odpowiedź na pytanie, czy popełniono przestępstwo, a tym samym zweryfikować sądowe rozstrzygnięcie w tym zakresie, o tyle jeżeli chodzi o wymiar sankcji karnej i jej intensywność – a więc w zasadzie o to, co jest najistotniejsze w perspektywie praw i wolności jednostki – to możliwości takiej obiektywizacji są bardzo ograniczone, podobnie jak przewidywalność decyzji sądu odwołująca się do powszechnie akceptowanych reguł wykładni.

Wydaje się jednak, że owej gwarancyjnej funkcji rozumowań prawnych nie można zawęzić wyłącznie do dbałości o klarowność prawa, do wypracowania reguł pozwalających na usuwanie wszelkich wątpliwości co do brzmienia przepisów w warstwie językowej. Gwarancyjność można bowiem odnosić także do praw i wartości, względem których zrelacjonowana jest norma prawnokarna. Czasem przepis prawa karnego może być jednoznaczny w warstwie językowej, ale równocześnie jego stosowanie może prowadzić do niespra-

² Por szerzej E. Łętowska, *Kara za zabójstwo kwalifikowane – problematyka konstytucyjna.*, PiP 2006, Nr 10, s. 5 i n.

wiedliwych rozstrzygnięć, które mogą polegać na wydaniu zarówno orzeczenia skazującego, jak i uniewinniającego. Rozumowania prawnicze nie są wyłącznie procesem stosowania mniej lub bardziej poprawnych zasad logiczno-formalnych. Wykładnia prawa jest bardzo silnie uwikłana aksjologicznie i prakseologicznie. Wspomniane wcześniej rozstrzygnięcie wątpliwości, będące głównym przedmiotem rozumowań prawniczych, mniej lub bardziej świadomie zawsze odwołuje się do świata wartości i celów stojących u podstaw danej regulacji prawnej. Tak pojmowana gwarancyjna funkcja *rozumowań prawniczych* zakłada uświadomienie sobie w procesie wykładni celów, jakim ma służyć stosowanie danej regulacji prawnej oraz kontekstu aksjologicznego, w jakim ma ono nastąpić. Dopiero dzięki takiej racjonalizacji można liczyć na to, że w efekcie przeprowadzonego procesu wykładni zostanie wydane *sprawiedliwe rozstrzygnięcie*.

Także w tym aspekcie czyhają na interpretatora w prawie karnym liczne pułapki. Co do zasady przepisy prawa karnego mają dość jednoznaczny kontekst aksjologiczny, odwołują się bowiem do ocen moralnych i powszechnie akceptowanych interesów i wartości, których naruszenie stanowi podstawę negatywnej oceny czynu, stanowiącego podstawę odpowiedzialności karnej. Ta jednoznaczność bywa wszakże niekiedy obciążeniem, ponieważ kładzie nacisk na przedmiotowe elementy czynu, a więc te, które są postrzegane społecznie. Prawo karne funkcjonuje przede wszystkim w sferze symbolicznej (o czym będzie jeszcze mowa), dlatego jego stosowaniu towarzyszą silne emocje społeczne i bardzo skonkretyzowane oczekiwania wobec organów stosujących przepisy prawa karnego. Realizacja owych oczekiwań może stać w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami prawa karnego, takimi jak domniemanie niewinności, zasada winy, racjonalności wymiaru kary, zakazu analogii, traktowania sankcji karnej jako *ultima ratio*, czy zasady proporcjonalności.

Innym problemem, z jakim musi sobie poradzić *rozumowanie prawnicze* w dziedzinie prawa karnego, jest stosunkowo młody rodów tego prawa jako prawa stanowionego. Przez wieki rozstrzygnię-

cie o przestępstwie i karze miało charakter deklaratoryjny i odwoływało się do powszechnej akceptacji tego, co naganne. To dopiero oświecenie wprowadziło do kontynentalnej kultury prawnej wymóg ustawowej określoności kary i czynu (*nullum crimen sine lege*), stąd też tradycja interpretacyjna w zakresie przepisów prawnokarnych nie ma głębokich korzeni. Bardzo często więc w tej dziedzinie prawa do czynności wykładniczych przystępuje się z gotową wizją tego, *jakie powinno być rozstrzygnięcie*. Interpretacja służy wówczas jedynie jako sposób doboru odpowiednich argumentów do uzasadnienia z góry przyjętej tezy. Rozumowanie prawnicze pełni wtedy głównie funkcję perswazyjną.

Ostatecznie rozumowania prawnicze mające za przedmiot przepisy prawa karnego muszą sobie radzić z tą powszechną bolączką polskiego systemu prawnego, jakim jest niski poziom opracowywanych tekstów prawnych, świadoma rezygnacja przez ustawodawcę z funkcji regulacyjnych i wprowadzanie coraz większej liczby zwrotów niedookreślonych, klauzul generalnych, które mają być dopiero wypełnione treścią przez sądy, a ponadto z traktowania aktów normatywnych jako zbioru haseł politycznych, bez dostatecznej analizy ich wartości normatywnej. Także w prawie karnym narasta gęszcza przepisów, zwłaszcza w prawie pozakodeksowym, który generuje sprzeczności i kolizje interpretowanych z nich norm, znacznie komplikując proces wykładni.

Wskazane wyżej trudności nie byłyby tak groźne w perspektywie omawianej tutaj funkcji gwarancyjnej, gdyby jednocześnie nie postępował proces destabilizacji dotychczasowego paradygmatu wykładni w prawie karnym. Chodzi w szczególności o coraz częstsze przypadki „wyjątkowego” odchodzenia od bezwzględного prymatu wykładni językowej (gramatycznej) na rzecz wykładni celowościowej (funkcjonalnej). Dokonuje się tego co prawda nie wprost, ale przez podważenie jednoznaczności wyników osiągniętych na płaszczyźnie wykładni językowej. Towarzyszy temu krystalizowanie się koncepcji dopuszczalnej „wykładni kreatywnej” w prawie karnym, akcepto-

wanej także w orzecznictwie Sądu Najwyższego³. Określenie to jest innym sposobem opisania wykładni *praeter* lub nawet *contra legem*, jeżeli pod owym *legem* będziemy rozumieć wspomniane rezultaty wykładni językowej. Ma to swoje źródło w pogarszającym się stanie prawa ustawowego, ale także stanowi uboczny efekt *konstytucjonalizacji* i *umiędzynarodowienia* wykładni prawa. Akceptacja zasady, w myśl której należy w procesie wykładni dążyć do zapewnienia najdalej idącej zgodności wyników wykładni ze standardami konstytucyjnymi i międzynarodowymi, skłania do bardziej krytycznego podchodzenia do wykładni czysto gramatycznej, a nie niekiedy do wręcz zwykłego prawotwórstwa. Nie budzą już sensacji przypadki, gdy sądy z uwagi na treść norm konstytucyjnych lub międzynarodowych odmawiają stosowania norm ustawy lub też kwestionują racjonalność ustawodawcy. Odwaga sądów w podważaniu paradygmatu argumentacji logiczno-językowej, ma swoje głębsze korzenie w początku lat dziewięćdziesiątych i konieczności adaptacyjnej reinterpretacji szeregu przepisów pochodzących z okresu PRL-u. Podważone wówczas zaufanie do tekstu prawnego i stojącej za nim aksjologii pozostawiło trwałe ślad w kulturze prawnej. Sądy, z powołaniem się na normy wyższego rzędu, czują się uprawnione do weryfikacji podejmowanych przez ustawodawcę rozstrzygnięć, także w zakresie celów regulacji prawnych i preferowanych wartości. Takie podejście do wykładni przenika także do dogmatyki prawa karnego i zmienia sposób argumentacji w dyskursie prawniczym. Coraz słabszą funkcję perswazyjną mają formalne wywody odwołujące się wyłącznie do argumentów z zakresu tzw. logiki prawniczej. Punkt ciężkości przesuwają się na klarowne wyłożenie celów i wartości realizowanych

³ Zob. szerzej: Sz. Majcher, *W kwestii tzw. prawotwórstwa sądowego (na przykładzie orzecznictwa SN w sprawach karnych)*, PiP 2004, Nr 2, s. 69 i n.; W. Wróbel, *Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych. Mity czy rzeczywistość?*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L.Leszczynski, E.Skrętowicz, Z.Hołda, Lublin 2005, s. 383 i n.

przez daną regulację, a także na uzasadnienie dokonanych wyborów aksjologicznych.

Zmiany paradygmatu wykładni wynikają także ze zmian, jakie zachodzą w normatywnej koncepcji źródeł prawa. Uporządkowany dotąd system hierarchiczny przekształcił się w system multicytryczny⁴, w którym najistotniejszym zadaniem jest rozstrzygnięcie kolizji norm oraz uzgadnianie sprzecznych niekiedy dyrektyw kierunkowych zawartych w aktach normatywnych tworzonych zarówno w prawie krajowym, międzynarodowym, jak i przede wszystkim wspólnotowym. Zwłaszcza w tym ostatnim obszarze, poprzez regulacje wspólnotowe, do kontynentalnej *kultury argumentacji prawniczych* przenikają coraz silniej rozumowania charakterystyczne dla systemu *common law* (choć zachodzi także proces odwrotny). Siłą rzeczy dotyka to także prawa karnego.

Naszkicowany obraz zmieniającego się paradygmatu rozumowań prawniczych sprawia, że coraz istotniejszą rolę w polskim systemie prawa odgrywa prawo tworzone przez sądy. Nie towarzyszy temu jednak pogłębiona analiza sposobu tworzenia precedensów, zasad uzasadnienia decyzji sądowej, reguł dokonywania zmian w prawie sądowym i następstw zmieniającej się linii orzeczniczej w pespektywie konstytucyjnej zasady ochrony zaufania do prawa.

Jak już wspomniano, prostym testem sprawdzającym stabilność zasad prowadzenia dyskursu prawniczego w obszarze prawa karnego, a tym samym gwarancyjną funkcję *rozumowań prawniczych*, jest pytanie o stopień przewidywalności treści rozstrzygnięć podejmowanych przez sądy w sprawach karnych, w szczególności zaś treści uchwał wykładniczych Sądu Najwyższego. Niewątpliwie owa przewidywalność nie stanowi już prostej funkcji jednoznaczności tekstu prawnego, ale raczej zależy od stopnia rozpoznawalności założeń aksjologicznych i prakseologicznych interpretowanej regu-

⁴ E. Łętowska, *Multicytryczność współczesnego systemu prawnego i jej konsekwencje*, PiP 2005, Nr 4, s. 3 i n.

lacji prawnej. W prawie karnym szczególnie trudny jest dyskurs odwołujący się do tego drugiego kryterium. Samo określenie celu stosowania sankcji karnych stanowi problem, podobnie jak i sprawdzanie ich efektywności. Jednocześnie pozostawiona sądowi wielka sfera uznaniowości w sposobie określenia rozmiaru sankcji domaga się jakiejś racjonalizacji odwołującej się do przesłanek prakseologicznych.

Niewiele pomoże w tym wypadku odwoływanie się do motywów samego ustawodawcy. Analiza argumentacji używanej w procesie legislacyjnym mającym za przedmiot regulacje prawnokarne prowadzi do wniosku, że kwestia efektywności sankcji karnych traktowana jest bardzo marginalnie. Zdecydowanie na pierwsze miejsce wybija się funkcja symboliczna prawa karnego, która jednak nie poddaje się prostej racjonalizacji w oparciu o kryteria celowości i efektywności. Obserwowana w uzasadnieniach projektów ustaw karnych ucieczka do ogólnikowych haseł politycznych, bez próby podania głębszych motywów wskazujących na potrzebę i konieczność wprowadzania takiej czy innej sankcji karnej, znacznie utrudnia następnie proces racjonalizacji konkretnego wymiaru kary.

Oczywiście naiwnością byłoby sądzić, że rozumowania prawnicze można sprowadzić do formuł matematycznych czy modeli informatycznych, które w efekcie zawsze prowadzą do jednoznacznie i obiektywnie weryfikowalnego rezultatu. Jak każda *interpretacja humanistyczna*, rozumowanie prawnicze uwikłane jest w kontekst społeczny i warunkowana preferencjami aksjologicznymi podmiotów uczestniczących w dyskursie. Przekonanie o możliwości ustalenia jednej, „prawidłowej” interpretacji tekstu prawnego jest pewnym mitem funkcjonującym w ramach pozytywistycznego paradygmatu racjonalnego ustawodawcy. Istota rozumowań prawniczych sprowadza się raczej do debaty, w której prezentowane są wszelkie uznane w tej debacie argumenty. Jej wynik zaś z założenia nie jest pewny, rozstrzygająca bowiem powinna być waga powołanych motywów i umiejętność krytycznej analizy i weryfikacji argumentów prze-

ciwnych. Podstawową zasadą staje się więc skuteczność perswazyjna przyjętych technik i strategii argumentacyjnych.

W tak rozumianym procesie interpretacyjnym rozumowania prawnicze służą ustaleniu i analizie możliwych uzasadnień decyzji interpretacyjnej. W tym realizuje się ich funkcja gwarancyjna, że mają one prowadzić do uświadomienia i ujawnienia rzeczywistych motywów i wyborów aksjologicznych podmiotu przystępującego do wykładni i sformułowania rozstrzygnięcia. Ponadto celem rozumowań prawniczych jest odniesienie się do wszystkich argumentów podniesionych dotychczas w debacie, co oczywiście zakłada wcześniejszą wiedzę o tych argumentach i możliwych sposobach interpretacji. Można więc w skrócie stwierdzić, że rozumowania prawnicze w takim ujęciu mają prowadzić do wyjaśnienia kontekstu interpretacji i skonfrontowania przeciwstawnych argumentów. Oczywiście proces ten nie dokonuje się *in abstracto*, ale w celu wydania rozstrzygnięcia. Uzasadnienie decyzji sądowej ma charakter perswazyjny i w tym sensie jest komunikatem, który musi uwzględnić specyfikę adresata tego komunikatu. Nie zwalania to wszakże z obowiązku pełnego zrelacjonowania przeprowadzonego procesu interpretacji. Dopiero bowiem wówczas można z większym prawdopodobieństwem ustalić, jakie rozstrzygnięcie może zapaść w innej, podobnej sprawie.

Rozumowanie prawnicze może pełnić funkcję gwarancyjną, gdy jest świadome samego siebie. Rozumowanie prawnicze rozwija się w debacie i sporze. Im więcej jest podanych motywów interpretacyjnych, tym pewniejsze staje się prawo, o ile tylko proces interpretacyjny i dyskurs prawniczy są prowadzone w sposób uczciwy, bez ukrywania motywów i pomijania niewygodnych argumentów lub ich arbitralnego odrzucania.

Ogromne znaczenie mają w tym zakresie regulacje prawne bezpośrednio określające standard debaty prawniczej. Dotyczy to w szczególności wymagań, jakie stawia się przed uzasadnieniem rozstrzygnięcia sądowego. Trzeba mieć świadomość, że obniżanie

tego standardu w pogoni za efektywnością i odciążeniem sądów, w dalszej perspektywie bardzo niekorzystnie wpływa na konstytucyjne gwarancje rzetelnego sprawowania „wymiaru sprawiedliwości”. Można zadawać sobie pytanie, po co sporządzać pisemne uzasadnienie rozstrzygnięcia, którego i tak nie można zaskarżyć lub z którego wszystkie strony są zadowolone. Tymczasem zwłaszcza w tych przypadkach, gdy pozostawiono sądom szeroki zakres swobodnego uznania, co odnosi się w szczególności do rozstrzygnięcia o wysokości sankcji karnej, takie uzasadnienie jest niezbędne.

Regulacje procesowe mogą stymulować lub wręcz przeciwnie – ograniczać obowiązek tłumaczenia się sądów z wydawanych rozstrzygnięć. Wystarczy, że w procedurze karnej wprowadzi się – tak jak obecnie – ograniczenie co do zakresu zarzutów apelacyjnych czy kasacyjnych. Obowiązujący Kodeks postępowania karnego dopuszcza w apelacji wyłącznie zarzut „rażącej niewspółmierności kary”, a w przypadku kasacji w ogóle takiego zarzutu nie przewiduje. Taka konstrukcja skutecznie ogranicza potrzebę pogłębionego uzasadnienia podejmowanego rozstrzygnięcia co do kary, ponieważ i tak w tym zakresie wyrok sądu może być zaskarżony jedynie wyjątkowo. Prowadzi to jednocześnie do braku wypowiedzi interpretacyjnych sądów wyższych instancji w zakresie racjonalizacji karania, co – wydawałoby się – stanowi przeciwieństwo istoty prawa karnego. W sumie skutecznie wyklucza rozwój *rozumowań prawniczych* w zakresie wymiaru kary. Z kim bowiem prowadzić spór, skoro sądy nie są zobligowane do przedstawiania motywów swoich rozstrzygnięć?

Skądinąd nie wszystko można wymusić formalnymi regulacjami procesowymi. Ogromne znaczenie ma także funkcjonująca kultura prawna. Wystarczy w tym zakresie porównać wyroki w sprawach karnych sądów polskich i niemieckich. Czy wielu polskich sędziów, powołując się na przesłankę nagminności popełnianych przestępstw uzasadniających wymiar surowszej kary, przytaczałoby szczególnie badania statystyczne i socjologiczne uzasadniające przyjętą tezę? Dane takie są natomiast standardem w orzeczeniach sądów niemieckich.

Oczywiście racjonalizacja sądowego wymiaru kary ma także swoje granice. Istnieje też pokusa, by uciec od konieczności dogłębnego przedstawienia własnych motywów przez odwołanie się do wiedzy eksperckiej biegłych. Takie niebezpieczeństwa tkwiły w pomysłach szerokiego wprowadzenia do procesu karnego badań osobopoznawczych, na podstawie których sędzia mógłby w sposób bardziej racjonalny kształtować wymiar kary motywowany potrzebami prewencji indywidualnej lub zabezpieczeniem. Problem polega na tym, że bardzo łatwo taki system może w ręce biegłych przesunąć rozstrzygnięcie o stosowaniu konkretnych środków karnych. Opinia biegłego staje się bowiem w procesie karnym argumentem interpretacyjnym ciężkiego kalibru, wykluczającym w zasadzie własne oceny sędziego. Jeżeli ustawodawca uznaje kompetencję biegłego w zakresie ustalenia, czy i w jakim zakresie konkretny środek karny może resocjalizować konkretnego sprawcę, to w rzeczywistości odmawia takiej kompetencji sędziemu, który nie będzie w stanie przeciwstawić się argumentowi „z opinii biegłego”.

W kontekście uzasadnień decyzji sędziowskich należy także wskazać na istotną rolę *rozumowań prawniczych* prezentowanych przez partnerów debaty prowadzonej przed wydaniem rozstrzygnięcia w sprawie karnej: obrońców, pełnomocników i oskarżycieli. Im wyższy jest poziom ich wystąpień i prezentowanych argumentów, tym bardziej racjonalne i mniej arbitralne staje się rozstrzygnięcie sądu. Mierny poziom kasacji czy apelacji pozostawia wolną rękę sądowi w doborze argumentów i kompleksowości uzasadnienia.

Ostatecznie należy podkreślić, że podstawowym warunkiem prowadzenia *racjonalnych* rozumowań prawniczych i tym samym pełnienia przez te rozumowania gwarancyjnych funkcji w obszarze prawa karnego jest dostęp do informacji *prawniczej* oraz funkcjonowanie instrumentów przetwarzających tę informację. Przez informację prawniczą rozumiam w tym przypadku nie tylko zbiory tekstów prawnych, jakkolwiek skandalem państwa prawnego jest fakt, że do dnia dzisiejszego władze publiczne nie stworzyły bezpłatnego systemu

pozwalającego obywatelowi przynajmniej na poznanie treści ujednoliconych aktów prawnych obowiązujących w Polsce. Informacja prawnicza ma znacznie szerszy zakres znaczeniowy, obejmuje bowiem bazy danych orzeczeń sądowych, wypowiedzi doktrynalnych i opinii oraz interpretacji instytucjonalnych. W istocie chodzi o bazę danych pozwalających na poznanie – poza samymi tekstami prawnymi – aktualnego stanu debaty interpretacyjnej i użytych w niej argumentów. Obecny stan infrastruktury informatycznej dostarcza doskonałych technologii dla tworzenia takich baz danych, umożliwiających także odpowiednie przetwarzanie napływających informacji. Problem polega na tym, że wciąż brak jest rozwiązań pozwalających na analizę orzeczeń sądów niższych instancji. Z uwagi na sposób uregulowania skargi kasacyjnej zdecydowana większość zagadnień interpretacyjnych związanych ze stosowaniem przepisów prawa karnego pozostaje poza zakresem kognicji Sądu Najwyższego czy nawet sądów apelacyjnych. A tylko te instancje – i to wybiórczo (jeżeli chodzi o sądy apelacyjne) – upubliczniają swoje orzecznictwo.

Zupełnie inne patologie dotknęły dyskurs prawniczy prowadzony na poziomie rozważań doktrynalnych. Coraz więcej autorów nie widzi potrzeby zapoznania się z dotychczasowym stanem dyskusji, gdyż w tekstach publikowanych w mnożących się czasopismach prawniczych jest coraz więcej rozważań wtórnych, prowadzonych na granicy plagiatu i chyba wyłączonych z jakiegokolwiek procesu recenzyjnego. Mnogość wypowiedzi nie tyle nie przekłada się na ich jakość, ale wręcz utrudnia w dotarciu do rzeczywistych argumentów i nowych sposobów interpretacji.

Dla osób przywykłych do twardego racjonalizmu nauk empirycznych rozumowania prawnicze mogą się wydawać czymś niezwykle ulotnym i nieweryfikowalnym, dziwnym i niekiedy dwuznacznym sporem prawników o słowa. Jednocześnie bez tych rozumowań nie ma prawa lub jest prawo arbitralne, którego treść w istocie zależy od podmiotu sprawującego aktualnie władzę polityczną. Delikatna tkanka rozumowań prawniczych narasta wtedy, kiedy uczestnicy

sporu o to, *jakie jest prawo*, ustalą między sobą reguły gry i będą ich z żelazną konsekwencją przestrzegać. Wówczas sieć interpretacji, zasad, aksjologicznych założeń i możliwych wnioskowań staje się najlepszą gwarancją, że prawo nie zamieni się w bezduszną literę lub sprawny instrument władzy i nie obróci się przeciwko obywatelom, a ostatecznie także przeciwko podstawowym celom, którym ma służyć.

Racjonalność prawnicza jako sztuka kompromisu

1. Ugodowość umysłowości prawniczej

Nienowe zagadnienie swoistości rozumowań stosowanych w prawoznawstwie i, szerzej biorąc, specyfiki jego racjonalności na tle innych dyscyplin humanistyki jest wciąż zaliczane do centralnych problemów filozofii prawa¹. Wydaje się jednak, że zagadnienie to skwitował nader trafnie już 150 lat temu prokurator pruski Juliusz Herman von Kirchmann (1802–1884). Szerzej znany ze swej dowcipnej uwagi o trzech słowach ustawodawcy, obracających biblioteki prawnicze w makulaturę, sformułował on mianowicie w tym samym wykładzie o nienaukowości prawoznawstwa dużo głębsze twierdzenie, nadając mu przekornie formę pytania retorycznego: „Cóż powiemy o matematyku, który osobom proszącym o rozwiązanie ich wzajemnych rozliczeń, zaproponowałby ugodę...?”².

Otóż podczas gdy matematyk ten niewątpliwie pograży się raz na zawsze, w przeciwieństwie do niego prawnik, który postąpi w identyczny sposób, z pewnością zasłuży na laury. Zdolność do przygoto-

¹ Leszek Nowak, *Interpretacja prawnicza*, Warszawa 1973, s. 14; Jan Woleński, *Semantyczne ujęcie dogmatyki prawa*, „Studia Filozoficzne” z. 2–3 (1985), s. 90–91 (przedruk w: tenże, *W stronę logiki*, Kraków 1996).

² Julius Hermann von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Vortrag in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1848*, Darmstadt 1969, s. 25, 37.

wywania i zawierania kompromisów stanowi bowiem podstawową zaletę osób czynnych zawodowo tak w sektorze prawodawstwa jak prawoznawstwa i orzecznictwa, a zatem we wszystkich bez wyjątku zawodach prawniczych. Co więcej, ugodowość racjonalności prawniczej należy do tych zjawisk, w odniesieniu do których przeszłość i terażniejszość prawa pozostają raczej w stosunku kontynuacji niż przeciwieństwa. Właśnie ugody i kompromisy znajdują się przecież na agendzie prawnika już od czasów rzymskich.

Ogląd historyczny wykazuje, że pozytywistyczna teoria imperatywu, pochodząca w kulturze *common law* od Johna Austina (1790–1859), a na kontynencie od prawnika niemieckiego Augusta Thona (1839–1912), zakończyła swe panowanie z końcem tzw. długiego XIX stulecia³. Zarówno przedtem jak i potem – wyłączając okresy absolutyzmu i totalitaryzmu – prawo, które polegało głównie na pozytywizacji zwyczaju, nie było wyłącznym atrybutem państwowości⁴, a jego obowiązywanie miało i nadal ma dużo więcej wspólnego z konsensem niż z nakazem⁵. Ugodowość okazuje się zatem cechą trwałą jursprudencji, wynikającą z jej roli praktycznej, a poniekąd i politycznej. W dziedzinie legislacji dopiero kompromis pozwala na przyjęcie ogólnikowo brzmiących ustaw, przesuwając spory polityczne na pozornie techniczny poziom aplikacyjnego dyskursu stosowania prawa, a przy tym spory te odracząc i w ten sposób przynajmniej chwilowo łagodząc.

³ Tomasz Giaro, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt a.M. 2007, s. 17.

⁴ John Gilissen, *La loi et la coutume dans l'histoire du droit depuis le haut moyen âge*, w: *Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1962, s. 53–99; Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, s. 26–35.

⁵ Günther Jakobs (red.), *Rechtsgeltung und Konsens*, Berlin 1976; Klaus Lüderssen, *Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgeltung*, „Festschrift für Helmut Coing”, tom I, München 1982, s. 549–564.

Każda ustawa jest więc w gruncie rzeczy kolektywną umową (*communis rei publicae sponsio*), jak twierdzili już działający na przełomie II i III wieku n.e. prawnicy rzymscy Papinian i Marcjan (D. 1,3,1–2), podążając zresztą w tym zakresie za dużo wcześniejszym, bo zmarłym w IV wieku p.n.e., mówcą ateńskim Demostenesem⁶. W oparciu o motyw platoński (*Państwo* IV, 432a) myśliciel rzymski Ciceron porównał harmonię w muzyce do zgody w państwie, określanej przezeń zarówno mianem *concordia* jak *consensus* (*De re publica* 2,69). W praktyce legislacyjnej republiki rzymskiej znakomita większość ustaw miała rzeczywiście charakter politycznego kompromisu: początkowo między patrycjuszami i plebejuszami, później między arystokracją senatorską (*nobilitas*) i ekwitami, a w końcu między optymatami i popularami.

Aż do powstania pozytywizmu prawniczego wieku XIX legislacja wykazywała silne cechy kontraktowe: wystarczy wspomnieć czy to ustawy pierwszej Rzeszy niemieckiej, które były umowami między cesarzem i występującymi wspólnie po osiągnięciu zgody stanami, czy to *pacta conventa* i konfederacje Polski przedrozbiorowej⁷. Pierwotny sens oznaczającego dziś konstytucję słowa *Verfassung*, znanego w Niemczech od połowy XIV stulecia, pokrywa pole znaczeniowe ugody, umowy i polubownego załatwienia sporu⁸. Z punktu widzenia normatywności umowa nie różni się zresztą od ustawy, o czym świadczą choćby rzymska *lex privata* lub *lex contractus* w sensie zaakceptowanej przez stronę przeciwną ustawy we własnej sprawie

⁶ Michèle Ducos, *Les Romains et la loi*, Paris 1984, s. 123; Maria Angela Messina, *Sui libri definitionum di Emilio Papiniano*, „Annali Palermo” Nr 45.2 (1998), s. 244–246.

⁷ Heinz Mohnhaupt, *Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent*, „Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte” Nr 28 (2006), s. 153–154.

⁸ Max Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien 1986, s. 70–83; Heinz Mohnhaupt, Dieter Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs*, Berlin 1995, s. 22–23.

(*lex rei suae dicta*) czy naśladowany w wielu krajach świata art. 1134 kodeksu Napoleona, wedle którego prawnie zawarte umowy wiążą strony z siłą ustawy⁹.

Na zakończenie tych pobieżnych wzmianek na temat legislacji warto wspomnieć o tym, że dwu- lub wielostronne umowy są współcześnie niemalże wyłącznym źródłem prawa międzynarodowego publicznego. Ostatnio przyjmują one zresztą coraz częściej niewiążącą postać tzw. *soft* lub *flexible law*¹⁰. Umowa jawi się zatem jako narzędzie o charakterze uniwersalnym, stosowane daleko poza jego rodzimą dziedziną prawa prywatnego. W obliczu nie tylko już konsensualnej, lecz i partycypacyjnej demokracji oraz produkcji prawa w drodze negocjacji, porozumień, uzgodnień i związanych z nimi permanentnych pertraktacji pojęcie umowy prawotwórczej dawno zdążyło stracić swój paradoksalny wydźwięk¹¹. Nagminność rokowań pozornych oraz umów-dyktatów nie odbiera im oczywiście charakteru formalnie rzecz biorąc konsensualnego.

Również aktualna tendencja do zwiększenia efektywności współczesnego prawa publicznego wymusza jego kontraktualizację, sięgającą od układowych metod rozwiązywania sporów do umownej obsługi sfery administracyjnej¹². Na pierwszy plan wysuwa się przy tym nie tyle nasycanie tej sfery elementami cywilistycznymi, ile po prostu powrót liberalnego państwa stróża nocnego z właściwymi mu deficytami ochrony słabszych. Znajduje ono swój pierwowzór

⁹ Heinz Mohnhaupt, *Vertragskonstruktion und fingierter Vertrag*, w: Jean-François Kervégan, Heinz Mohnhaupt (red.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung*, Frankfurt a.M. 1999, s. 9–31.

¹⁰ Anna Wyrozumska, *Instrumenty międzynarodowe niewiążące prawnie*, „Księga dla Eugeniusza Piontka”, Kraków 2005, s. 607–644.

¹¹ Tatiana Chauvin, *Umowy prawotwórcze jako umowy prawa publicznego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” Nr 3.2 (2003), s. 7–37.

¹² Lech Morawski, *Spór o model polityki prawa*, „Państwo i Prawo”, z. 47.9 (1992), s. 35–36; Ewa Łętowska, *Demokratyzm prawa cywilnego*, w: Mirosław Wyrzykowski (red.), *Prawa stają się prawem*, Warszawa 2006, s. 85–92.

w Rzymie republikańskim jako *res publica* zarządzana, zdaniem Liwiusza (*Ab urbe condita* 23,49,3), za pomocą *privata pecunia*. Było to państwo całkowicie pozbawione aparatu urzędniczego, a przez to także administracji gospodarczej i oczywiście przedsiębiorczości publicznej. Z tego powodu zdane ono było na dzierżawę dochodów i robót publicznych w drodze aukcji i cenzorskich lokacji¹³.

Prawo zwyczajowe różni się pod względem swej konsensualności i – co za tym idzie – kompromisowości od ustawy tylko tym, że konsens jako podstawa legitymizacji nie jest tu osiągany w obradach parlamentarnych, lecz wyinterpretowany bezpośrednio z praktyki społecznej przez organy wymiaru sprawiedliwości. Również i w tym zakresie należałoby zacząć od starożytności rzymskiej, gdzie prawo zwyczajowe sprowadzane było – w odróżnieniu od wyraźnie przeglądowywanych ustaw – do milczącej zgody ludu rzymskiego. Tak rozumują zarówno znany prawnik z połowy II wieku n.e., Julian, który określa ją jako *tacitus consensus omnium* (D. 1,3,32,1), jak i współczesny mu anonimowy autor dziełka *Ulpiani Epitome* (pr. 4) z jego *tacitus consensus populi* oraz prawnik epoki dioklecjańskiej, Hermogenian, który używa podobnego pojęcia *tacita civium conventio* (D. 1,3,35)¹⁴.

W ten sposób konsens, oznaczający w ostatecznym rachunku kompromis, jawi się jako centralne pojęcie konstytucjonalizmu rzymskiego, opartego nie na prawie stanowionym, lecz na zasadach wysnutych ze zwyczajowo przyjętej praktyki. Wyraźny element konsensualny występuje już w przytoczonej przez Cyserona katońskiej definicji państwa jako społeczności zespolonej przez *iuris consensus* w sensie zgody na uznanie tego samego prawa (*De re publica* 1,39;

¹³ Wolfgang Kunkel, Roland Wittmann, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*, München 1995, s. 446–461; Ulrike Malmendier, *Societas publicanorum*, Köln 2002; Lauretta Maganzani, *Analisi economica e studio storico del diritto*, „Iura” Nr 53 (2002), s. 216–242.

¹⁴ Martin Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, Göttingen 2005, s. 170–173; Giaro, *Römische Rechtswahrheiten* (uw. 3), s. 208–9.

3,45). Ten sam element pojawia się również w cycerońskim programie zgody stanów (*concordia ordinum*), opartej na porozumieniu wszystkich zacnych obywateli (*consensus omnium bonorum*), które propagowane było przez Cyserona tak w mowach politycznych (*In Catilinam* 1,1; *Pro Sestio* 1;53) jak w korespondencji prywatnej (*Ad Atticum* 1,19,4; 2,19,4; *Ad familiares* 5,2,8). Nieco później pojęcie zgody społecznej powróci w spotęgowanej postaci *consensus universorum* (*Res gestae* 34) jako filar ideologiczny augustowskiego pryncypatu¹⁵.

Dogmatyka prawnicza rzadko staje przed kopernikańskim wyborem między teorią geo- i heliocentryczną. Wprost przeciwnie, nieodzowność ugód i kompromisów nadaje jej owo piętno bezpośredniej praktyczności i zdroworozsądkowości, które tak niezawodnie odróżnia dogmatykę zarówno od nauk ścisłych jak i empirycznych, a nawet od nieco tylko „twardszych” nauk społecznych, takich jak np. ekonomia polityczna czy socjologia. Mentalność dogmatyczna należy zresztą do typu racjonalności ograniczonej (*bounded rationality*), związanej nie tylko – co dotyczy każdej nauki – ustalonymi przez siebie faktami, lecz także posiadającymi walor bezpośrednio normatywny źródłami prawa¹⁶. Modyfikacja ich wymaga, dokładnie w ten sam sposób jak prawotwórstwo legislacyjne i sędziowskie, konsensu zainteresowanych (*communis opinio*) wraz z nieodłącznym odeń kompromisem¹⁷.

¹⁵ Hermann Strasburger, *Concordia ordinum*, wyd. 2, Amsterdam 1956; Ducos, *Les Romains* (uw. 6), s. 194–202; Cosimo Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, s. 61–127.

¹⁶ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, s. 357–358; Giaro, *Wykładnia bez kodeksu*, w: Piotr Winczorek (red.), *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Warszawa 2005, s. 15; Wolfgang Weigel, *Economics of the Law. A Primer*, London-New York 2008, s. 22–23.

¹⁷ Rita Zimmermann, *Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*, Berlin 1983; Thomas Drosdeck, *Die herrschende Meinung*, Berlin 1989.

Prawnicza kompromisowość przejawia się wreszcie coraz wyraźniej nie tylko w praktyce wymiaru sprawiedliwości, lecz także w unormowaniach procesowych. Dobrze znany w Atenach i w Rzymie arbitraż jest oczywiście wynalazkiem starożytnym. W rzymskim procesie cywilnym do zadań sprawującego jurysdykcję pretora należało doprowadzenie do ugody (*transactio*) lub przynajmniej bezwzględne jej uznanie na wniosek stron, którym wolno było ją zawrzeć w każdym stadium procesu poprzedzającym wydanie wyroku¹⁸. Mimo że w rzymskiej procedurze karnej o ugodę było znacznie trudniej, w prawie karnym materialnym wedle ulpiańskiej zasady *volenti non fit iniuria* (D. 47,10,1,5) zgoda poszkodowanego wykluczała bezprawność czynu¹⁹.

We współczesnym procesie karnym, zmierzającym w oparciu o model inkwizycyjny do wykrycia tzw. prawdy obiektywnej (materialnej), ustalenie jej bywa często ograniczane przez chroniące prawa człowieka zakazy dowodowe²⁰. Co więcej, tak owa prawda jak, w konsekwencji, wina i kara stały się już od dziesięcioleci – jako przedmiot procesowych mediacji, negocjacji, przetargów i nieodłącznych od nich szantażów – kategoriami nader konwencjonalnymi²¹. Okaze się to jeszcze bardziej oczywiste, jeśli z perspektywy realistycznej włączymy do pojęcia procesu również postępowanie przygotowawcze z szerokimi możliwościami osiągnięcia kompromisu, zapewnianymi przez takie instrumenty jak mediacja, oparte na wytargowanym przyznaniu się do winy (*plea bargaining*) wnioski

¹⁸ Max Kaser, Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, wyd. 2, München 1996, s. 241, 352, 378, 592.

¹⁹ Marek Kuryłowicz, *Paul. D. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen iniuria*, „Labeo” Nr 33 (1987), s. 300–302.

²⁰ Zbigniew Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001, s. 43–69.

²¹ Michel van de Kerchove, *La vérité judiciaire*, „Déviance et Société” Nr 24 (2000), s. 95–101.

o skazanie bez rozprawy lub o dobrowolne poddanie się karze czy w końcu wystawianie przez sądy tzw. listów żelaznych²².

Owa konwencjonalność, a więc konsensualność i – w ostatecznym rachunku – kompromisowość, dotyczy tym bardziej współczesnego procesu cywilnego, tradycyjnie sięgającego do narzędzia ugody, a ostatnio również mediacji²³. W sposób równie tradycyjny dzisiejsza procedura cywilna oparta jest na zasadach kontradyktoryjności, dyspozycyjności i na mniej wymagającej niż prawda materialna zasadzie prawdy formalnej (aktowej). Po przebrzmieniu ostatnich tonów intermezzo socjalizmu realnego prawda ta znów doszła do głosu w reformach polskiej procedury cywilnej, wprowadzonych w życie w lutym 2005 roku²⁴. Również cywilnoprawna prawda sądowa sprowadza się zatem coraz bardziej do kompromisu, dyktowanego w dużym stopniu przez wzgląd na ekonomię kosztów procesowych²⁵.

Wyłącznie na podstawie konsensu zbiorowości interpretacyjnej, będącego oczywiście wynikiem kompromisu, da się rozstrzygnąć, czy określony wyrok sądowy stanowi tylko odosobniony błąd w sztuce wymiaru sprawiedliwości, czy też odwrotnie – punkt wyjściowy postulowanego w razie konieczności już przez Oskara Bülowa (1837–1907) orzecznictwa *contra legem*, ale mimo to *secundum ius*²⁶.

²² Maria Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania przestępstw w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa-Kraków 2007; Edward Struczyk, *Wydanie listu żelaznego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” Nr. 7.2 (2007), s. 231–262.

²³ Rafał Morek, *Umowa o mediację*, w: Maksymilian Pazdan *et al.* (red.), *Europeizacja prawa prywatnego*, tom I, Warszawa 2008, s. 749–773.

²⁴ Krzysztof Knoppek, *Zmierzch prawdy obiektywnej w procesie cywilnym*, „Pa-lestra”, z. 1–2 (2005), s. 9–14.

²⁵ Jürgen Rödig, *Einführung in eine analytische Rechtslehre*, Berlin 1986, s. 117–8; Peter Häberle, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1995, s. 25–26; Giaro, *Römische Rechtswahrheiten* (uw. 3), s. 598.

²⁶ Giaro, *Römische Rechtswahrheiten*, s. 85–6, 90; Tomasz Spyra, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, s. 71.

Pojęcie zbiorowości czy wspólnoty interpretacyjnej przekracza przy tym granice *communty* sędziowskiej, odsyłając do systemu wartości przyjętego w społeczeństwie jako całości²⁷. Dziedzina prawa jest bowiem jedyną, w której przyznaje się tak otwarcie, jak czyni to już średniowieczna glosa *usum imperatorum* (ad D. 33,10,3,5), że błąd powszechny (*error communis*) zastąpić może prawdę (*veritas*)²⁸.

Po tym przeglądzie przeszłej i terażniejszej ideologii i praktyki źródeł prawa nie może dziwić uznanie za produkt umowy zjawisk państwowych i prawnych jako takich. Zakładają to teorie umowy społecznej, poczynając od ateńskich sofistów V stulecia p.n.e. poprzez twórców Prawa Rozumu, takich jak Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf i Jean-Jacques Rousseau, aż po współczesne kontraktowe teorie sprawiedliwości Johna Rawlsa, Roberta Nozicka, Davida Gautiera i Jamesa M. Buchanana²⁹. Mimo że umowa społeczna kojarzy się na ogół z filozofią polityczną umiarkowanego liberalizmu, wynikają z niej niekiedy opcje skrajne, tak absolutystyczne (Hobbes) jak egalitarno-demokratyczne (Rousseau). Zresztą również konserwatyści, którzy – jak Edmund Burke (1723–1795) – umowę społeczną zastępują pojęciem tradycji, ujmują je często w postaci równie (pseudo)konsensualnego paktu międzypokoleniowego³⁰.

²⁷ Jörg Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, wyd. 2, München 2005, s. 71–77, 196–197.

²⁸ Ennio Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, tom II, Milano 1964, s. 105; Giaro, *Römische Rechtswahrheiten* (uw. 3), s. 59–60.

²⁹ Janina Gajda, *Prawo natury i umowa społeczna w filozofii przedsokratejskiej*, Wrocław 1986; Czesław Porębski, *Umowa społeczna. Renesans idei*, Kraków 1999.

³⁰ Harold J. Berman, *Law and Revolution*, tom II, Cambridge MA-London 2003, s. 14; Giaro, *Römische Rechtswahrheiten* (uw. 3), s. 597.

2. Paradoksy i absurdy prawa

Ponieważ pochwały racjonalności prawniczej zapełniają biblioteki, podejściem oryginalniejszym będzie zapewne analiza jej przeciwieństwa. W odniesieniu do systemu prawnego lub jego poszczególnych instytucji³¹ narzucają się w tym względzie pojęcia absurdu i paradoksu, które oznaczają niemożliwości czy zakazy myślowe, hamujące rozwój prawa w określonym kierunku. I tak z mocy ściśle przestrzeganej zasady nabycia pochodnego *nemo plus iuris* prawo rzymskie wyklucza jako wewnętrznie sprzeczne nabycie własności w dobrej wierze od niewłaściciela, mimo że jest ono tradycyjnie dozwolone przez prawo germańskie. Podobnie wbrew ulpiańskiej zasadzie *nemo dominus membrorum suorum* (D. 9,2,13,1) nie tylko klasyczny liberał John Locke (1632–1704), lecz także fizjokrata François Quesnay (1694–1774) i jeszcze nawet pandektysta Georg Friedrich Puchta (1798–1846) dopuszczają prawo własności na swej własnej osobie³².

Na zagadnieniu blokujących komunikację prawniczą paradoksów skupia się szczególnie teoria systemów, ujmująca prawo jako operacyjnie zamknięty zbiór komunikatów, zredagowanych za pomocą kodu „prawne – bezprawne”³³. Nadmiar regulacji powoduje przy tym niekiedy skutki odwrotne do zamierzonych, gdy np. interwencja

³¹ Zob. np. Robert W. Gordon, *Paradoxical Property*, w: John Brewer, Susan Staves (red.), *Early Modern Conceptions of Property*, London-New York 1995, s. 95–110.

³² Wolfgang Röd, *Die Philosophie der Neuzeit*, tom II, München 1984, s. 60, 232; Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta*, Frankfurt a.M. 2004, s. 281; por. Wojciech Dajczak, *Zbliżenie romanistyki i komparatystyki prawniczej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” Nr 57.2 (2007), s. 406–408.

³³ Niklas Luhmann, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes*, „Journal of Law and Society” Nr 15 (1988), s. 153–165; por. Jan Winczorek, *Socjologia prawa a integracja europejska*, w: Leszek Leszczyński (red.), *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, Lublin 2004, s. 54–55; tenże, Niklas Luhmann, w: Jerzy Zajadło (red.), *Przyszłość dziedzictwa*, Gdańsk 2008, s. 173, 184.

antymonopolowa chroni niegospodarnych producentów, obracając się w rezultacie przeciw konsumentom³⁴. Szkodliwa jest jednak również beczynność prawodawcy w sytuacjach, w których nieuchylona na czas norma staje się tworem anormalnym i – jako przypadek prawa bezprawnego – źródłem absurdów prawniczych³⁵. Ich częstota w systemie prawnym, który ma być ostoją racjonalności praktycznej, *ars boni et aequi* lub *raison écrite*, stanowi sama w sobie oczywisty paradoks. Dotyczy on nie tylko wymiaru sprawiedliwości, gdzie wedle Cycerona *summum ius* łatwo przeradza się w *summa iniuria* (*De officiis* 1,33), lecz także najogólniejszych założeń systemu.

Już u podstaw bytu państwowego leży bowiem paradoks suwerenności jako zjawiska co prawda niepodzielnego i niestopniowalnego prawnie, a mimo to kształtującego się w praktyce krok po kroku *via facti*. Tak w wewnętrznych jak w międzynarodowych stosunkach prawnych suwerenność zakłada bowiem pewną dozę autorytetu, przysługującego z zasady dopiero władzy prawomocnej³⁶. Uznaje się zatem suwerenność podmiotu, który jej jeszcze – w każdym razie w stosunkach zewnętrznych – nie posiada. Więc może raczej nie tyle uznaje, ile przyznaje się ją w sposób konstytutywny? Aby wykluczyć posługiwanie się przez zainteresowane strony właśnie na przejściu do sfery prawa metodą faktów dokonanych, działały ostatnio na Bałkanach komisje międzynarodowe, doprowadzające podmioty półsuwerenne, takie jak Bośnia-Hercegowina i Kosowo, do pełnej suwerenności.

Zjawiskiem paradoksalnym okazuje się przy bliższej analizie również suwerenność wewnętrzna, skoncentrowana w organie prawodawczym, który posiada charakter władzy zarówno konstytuującej

³⁴ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, wyd.2, New York 1993.

³⁵ Peter Baumeister, *Das Rechtswidrigwerden von Normen*, Berlin 1996, s. 61–79.

³⁶ David G. Post, *The Unsettled Paradox*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” Nr 5 (1998), s. 521–543; Dominik Zaum, *The Sovereignty Paradox*, Oxford 2007.

jak i ukonstytuowanej³⁷. Ponieważ jednak pierwszy ustawodawca danego systemu prawnego nie może – jak zauważył już Hans Kelsen (1881–1973) – cieszyć się upoważnieniem przez czekające dopiero na jego sankcję prawo pozytywne, nie pozostaje mu nic innego niż upoważnić samego siebie. Na podobnym samouzasadnieniu opiera się wydane 5 lutego 1963 roku przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzeczenie w sprawie *Van Gend & Loos*, które rozciągnęło prawo wspólnotowe na teren krajów członkowskich w trybie skuteczności bezpośredniej. Orzeczenie to, uznawane często za najważniejszy wyrok sądowy w dziejach Wspólnoty Europejskiej³⁸, zostało trafnie określone jako *innovation by transgression*³⁹.

Jeszcze wyraźniej normatywna siła faktu przejawia się w rewolucjach politycznych, które – zarówno w przeciwieństwie do pierwszego zapisu na państwowej *tabula rasa* jak do legalnej reformy – budują nowy system na ruinach obalonego przez siebie porządku⁴⁰. W tego typu sytuacjach powstaje początkowo stan zawieszenia, podczas którego wydarzenia rewolucyjne okazać się muszą albo pozbawionym konstytucyjnych konsekwencji przewrotem pałacowym, albo odwrotnie, podwaliną legalności nowego systemu. Stan podobny wywoływany jest zresztą przez każdy wyrok sądowy *contra legem*, który może albo pozostać odosobnionym dysonansem judykatury, albo zapoczątkować jej nową tendencję rozwojową. Za typowe zadanie prawnika uważa się jednak raczej wyinterpretowanie pożądanego

³⁷ Hans Lindahl, *The Paradox of Constituent Power. The Ambiguous Self-Constitution of the European Union*, „Ratio Juris” Nr 20 (2007), s. 485–505, 488; Martin Loughlin, Neil Walker (red.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford 2007.

³⁸ Sprawa 26/62, *European Court Reports* Nr 12 (1963), s. 3–28; por. Roman Kwiecień, *Suverenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Zakamycze 2004, s. 142; Francis G. Jacobs, *The Sovereignty of Law: the European Way*, Cambridge 2007, s. 39–40, 55, 98.

³⁹ W ten sposób Lindahl, *Paradox* (uw. 37), s. 492–493.

⁴⁰ Heinz Mohnhaupt (red.), *Revolution, Reform, Restauration*, Frankfurt a.M. 1988; AA.VV., *Révolutions et droit international: Colloque de Dijon*, Paris 1990.

rozwiązania z prawa obowiązującego niż propagowanie reform czy tym bardziej rewolucji.

Należy dodać w tym kontekście, że w ideologii politycznej średniowiecza wątpliwości budziło nie tylko powstanie, lecz i późniejsza ciągłość suwerennej władzy państwowej, co uwidoczniło się szczególnie w krytycznym przypadku zmiany jej piastuna, którego osoby nie potrafiono rozdzielić od instytucjonalnej godności. Począwszy od XIII stulecia prawnicy europejscy, przede wszystkim angielscy, zdołali jednak stworzyć w tym celu instrument, nazwany przez Ernesta Kantorowicza konstrukcją dwu ciał króla. Jedno z nich, doczesne, poddane było wszystkim związaniom z biologiczną egzystencją przypadłościom, podczas gdy nieśmiertelne ciało mistyczne wedle zasady *le roi est mort, vive le roi!* żyło wiecznie w pojęciu Korony Królestwa⁴¹. Nowożytnego pochodzenia jest natomiast tzw. paradoks legitymacji demokratycznej, sprowadzający się do związania lokalnego suwerena uniwersalnymi prawami człowieka⁴².

Podobnie jak u podstaw państwa leży paradoks suwerenności, tak u podstaw systemu prawnego leży paradoks jego narodzin z bezprawia, co dotyczy w szczególności prawa własności prywatnej. Jest ono niezbędne do przejścia od stanu natury do stanu cywilizacji, a mimo to, np. wedle ogłoszonej w roku 1755 przez Rousseau „Rozprawy o pochodzeniu i podstawach nierówności między ludźmi”, powstało ono przez bezprawną uzurpację⁴³. Uprzedzając sformułowany w roku 1840 przez Pierre-Josepha Proudhona aforyzm *la propriété, c'est le vol*

⁴¹ Ernst H. Kantorowicz, *Dwa ciała króla. Studium ze średniowiecznej teologii politycznej*, Warszawa 2007; por. Jerzy Topolski, *Jak się pisze i rozumie historię*, Warszawa 1996, s. 320–332.

⁴² Seyla Benhabib, *On the Philosophical Foundation of Cosmopolitan Norms*, w: Tomasz Gizbert-Studnicki, Jerzy Stelmach (red.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century*, Warszawa 2007, s. 75–80.

⁴³ Wolfgang Röd, *Eigentum und Arbeit in Rousseaus politischer Theorie*, „Revue Internationale de Philosophie” Nr 32 (1978), s. 260–278; John M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 319–320.

markiz de Sade (1740–1814) ganił nawet karalność kradzieży, podważającej co prawda prawo własności, które jednak ze swej strony, jego zdaniem, od kradzieży niewiele się różniło⁴⁴. Refleksja ta uwydatnia fikcyjność przejścia do stanu cywilizacji na mocy umowy społecznej, której wywłaszczeni z pewnością nie przyjęli dobrowolnie.

Stwierdzenie bezprawności norm prawnych stanowi problem opracowany teoretycznie już przez Hansa Kelsena, zaliczającego się do twórców austriackiego sądownictwa konstytucyjnego w okresie następującym bezpośrednio po I wojnie światowej. Problem ten, w praktyce prawno-politycznej krajów postkomunistycznych dostrzeżony stosunkowo niedawno⁴⁵, również i w tych krajach należy oczywiście do kompetencji trybunałów konstytucyjnych. Ostateczność ich orzeczeń rodzi jednak kolejny paradoks, sformułowany już przez poetę rzymskiego Juwenala (*Satyry* VI, 347–48), co prawda tylko w odniesieniu do niewiernej żony zazdrosnego męża (*quis custodiet ipsos custodes?*), natomiast na płaszczyźnie prawnej eksploatowany głównie od przełomu wieków XIX i XX: któż będzie strzegł strażników lub kontrolował kontrolerów?⁴⁶.

Kto będzie więc naprawiał – by spytać za retorem rzymskim Frontonem (*De eloquentia* 2,6) – niesprawiedliwości wymiaru sprawiedliwości⁴⁷, kto będzie sędził sędziów, kto przymuszał aparat przymusu? W opublikowanym w roku 1884 drugim wydaniu pierwszego tomu swej monografii o celu w prawie „Zweck im Recht” Rudolf

⁴⁴ Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, tom III, Frankfurt a.M. 1989, s. 49–50, 56–58.

⁴⁵ Marek Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu bezprawia normatywnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” Nr 67 (2005), s. 13–14; Leszek Bosek, *Bezprawie legislacyjne*, Warszawa 2007.

⁴⁶ Grigorij A. Dżanszew, *S.I. Zarudnyj i sudiebnaja reforma*, Moskwa 1889, s. 61; Borys N. Cziczeryn, *Psichologiczeskaja teorija prawa*, Moskwa 1904, s. 369; Riccardo Guastini, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, wyd. 2, Torino 1992, s. 181–182.

⁴⁷ Tak Adam Ziółkowski, *Historia Rzymu*, Poznań 2005, s. 412; w oryginale łacińskim *ius iniustum corrigere*.

von Jhering (1818–1892) przerywał ów łańcuch przymusu na osobie monarchy, którego ręka nakręca mechanizm zegara państwowego. Jhering, odrzucający zasadę podziału władz wielbiciel Bismarcka i Hohenzollernów, z góry wykluczał wszelki przymus wobec monarchy czy nawet jakiegokolwiek zewnętrzne ograniczenie jego kompetencji. Natomiast Leon Petrażycki (1867–1931) podkreślał w roku 1907 ze stanowiska psychologicznej teorii prawa absurdalność nieskończonego regresu, w który popaść muszą wszelkie teorie sprowadzające zjawiska prawne do zagrożenia sankcją fizyczną⁴⁸.

W *regressus ad infinitum* zaplątują się też zamieszczane w konstytucji zakazy jej zmiany, rodzące na płaszczyźnie normatywnej pytanie, czy implikują one zakaz zmiany ich samych. Również i ten problem może być rozwiązany jedynie na płaszczyźnie praktyki politycznej, na której faktyczna zmiana zakazu zmiany musi zostać zaakceptowana⁴⁹. Paradoksalny wydzwitek ma w końcu nawet wymóg w ramach konstytucji demokratycznej tak trywialny, jak postulat związania orzecznictwa sądowego ustawą. Oznacza on bowiem związanie czymś, co sąd rozpoznający, który w drodze mniej lub bardziej innowacyjnej wykładni ustala płynne znaczenia tekstów prawnych, dopiero sam tworzy⁵⁰. Luka między zgodą co do istnienia normy a spornością jej treści może zostać zamknięta – zawsze tylko prowizorycznie – jedynie przez praktykę wymiaru sprawiedliwości⁵¹.

⁴⁸ Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, tom I, wyd. 2, Leipzig 1884, s. 327; por. Bernd Schlüter, *Reichswissenschaft*, Frankfurt a.M. 2004, s. 408; Leon Petrażycki, *Teoria państwa i prawa*, tom I, Warszawa 1959, s. 378; por. Romana Sadurska, *Jurisprudence of Leon Petrażycki*, „The American Journal of Jurisprudence” Nr 32 (1987), s. 84–85.

⁴⁹ Klaus F. Röhl, *Ist das Recht paradox?*, „Festschrift für Erhard Blankenburg”, Baden-Baden 1988, s. 133.

⁵⁰ Ralph Christensen, *Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung*, w: Kent D. Lerch (red.), *Die Sprache des Rechts*, tom II, Berlin-New York 2005, s. 92–94.

⁵¹ Ralph Christensen, Michael Sokolowski, *Neo-Pragmatismus*, w: Sonja Bukkel et al. (red.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, s. 259–260.

Dogmatyka prawnicza, wspomagana niekiedy nawet przez tradycyjną teorię prawa, ukrywa wszystkie te paradoksy w zbożnej intencji ochrony mitów założycielskich systemu prawnego przed krytyką. Pozwala to kamuflować prawotwórczą działalność produkcji bądź modyfikacji prawa jako działalność natury czysto reprodukcyjno-wykonawczej. A jednak i ona rodzi tzw. paradoks rozstrzygnięcia, zgodnie z którym każda decyzja jako przecinające stan niepewności postanowienie dopuszczać musi potencjalnie swe własne przeciwieństwo⁵², oraz paradoks aplikacji, z mocy którego poszukiwanie kryterium poprawnego zastosowania normy nieuchronnie prowadzi do nieskończonego regresu⁵³. Mimo że na budowie teorii racjonalnego tworzenia prawa wylano w epoce socjalizmu realnego morze atramentu⁵⁴, nie może zmienić to faktu, że prawdziwe prawotwórstwo polegało zawsze na decyzyonistycznym przekraczaniu prawa dotychczas obowiązującego, pozostając zajęciem metodycznym, racjonalnym i legalnym tylko w sytuacjach bardzo banalnych⁵⁵.

Zjawiska wewnętrznej sprzeczności, cyrkularności i nieskończonego regresu występują zatem nie tylko na stosunkowo abstrakcyjnym poziomie orzecznictwa konstytucyjnego, lecz również na poziomie zwykłego stosowania prawa. Ze względu na swą antynomiczną strukturę, umożliwiającą równie dobrze przeciwne rozstrzygnięcia, przypadki takie zainteresowały już Gottfrieda Wilhelma Leibniza (1646–1716), który w roku 1666 poświęcił im swą dysertację doktor-

⁵² Andreas Fischer-Lescano, Ralph Christensen, *Auctoritatis interpositio*, „Der Staat” Nr 44 (2005), s. 220–232.

⁵³ Jochen Bung, *New Approaches to Legal Methodology*, „Ancilla Iuris” Nr 2 (2007), s. 82–83, (www.anci.ch).

⁵⁴ Sławomira Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań 1982; Jerzy Bafia, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1984; Jacek Mazur, *Planowanie tworzenia prawa*, Warszawa 1986; Jerzy Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Ossolineum 1985; tenże, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989.

⁵⁵ Lech Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001, s. 55–76.

ską *De casibus perplexis*, odrzuconą co prawda przez Wydział Prawa Uniwersytetu w Lipsku, lecz już w następnym roku entuzjastycznie przyjętą przez Uniwersytet w Altdorf, który młodemu autorowi natychmiast zaoferował katedrę⁵⁶. Uznanie wielu przypadków sądowych za absurdalne cieszy się faktycznie dość szacowną tradycją.

I tak wyrok amerykańskiego Sądu Najwyższego z roku 1868 uwolnił szeryfa, który podejrzanego o morderstwo listonosza aresztował w trakcie wykonywania przezeń obowiązków służbowych, od odpowiedzialności za przeszkadzanie w doręczaniu poczty. Sąd oparł się m.in. na zaaprobowanym przez Samuela Pufendorfa (1632–1694) średniowiecznym wyroku włoskim, który uniewinnił interweniującego przy wypadku chirurga od zarzutu przelewu krwi na ulicy, oraz przytoczył opinię Edmunda Plowdena (1518–1585), stwierdzającą niekaralność ucieczki z płonącego więzienia⁵⁷. Zresztą już jeden z prawników rzymskich, Vivianus, zdjął piętno uciekiniera z niewolnika, opuszczającego budynek objęty pożarem (D. 21,1,17,3). Kierując się podobnymi względami wyższej konieczności wyrok *Holy Trinity Church v. United States* wyłączył w roku 1892 zakaz sprowadzania do USA cudzoziemców „dla wykonywania jakiegokolwiek pracy lub usług” w odniesieniu do owego Kościoła, który zaangażował angielskiego rektora dla swej nowojorskiej kongregacji⁵⁸.

Rzec można, iż orzecznictwo to inspirowane jest arystotelesowskim zaleceniem, by sędzia wypełniał luki prawa tak, jakby zrobił to sam ustawodawca, gdyby był obecny przy ferowaniu wyroku (*Eth.*

⁵⁶ Gerhard Otte, *Leibniz und die juristische Methode*, „Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte” Nr 5 (1983), s. 9–13; Franz Horak, recenzja z: *Ralph Backhaus, Casus perplexus*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung RA” Nr 101 (1984), s. 383–393.

⁵⁷ John F. Manning, *The Absurdity Doctrine*, „Harvard Law Review” Nr 116 (2003), s. 2402; Glen Staszewski, *Avoiding Absurdity*, „Indiana Law Journal” Nr 81 (2006), s. 1006–1007.

⁵⁸ Manning, *Absurdity Doctrine*, s. 2403; Staszewski, *Avoiding Absurdity*, s. 1049.

Nic. V.10, 1137b 22–24). W podobnym kierunku zmierzały już wspomniane w mowach cyceronijskich pojęcie *tacita lex* w sensie milcząco przyjętej ustawy (*Pro Tullio* 51) i znany tak retoryce Cyserona (*De inventione* 2,140) jak etyce Seneki (*De beneficiis* 4,39,4) schemat milczącego wyjątku (*tacita exceptio*). Ponieważ wyłącznie prawo rozumne jest użyteczne, nie tylko ustawodawca unikać musi absurdów, lecz także dogmatyka odmawiać winna normom skrajnie nierozsądnym waloru obowiązywania. Nie można dopuścić, by prawo absurdałne, które stanowi oczywisty przypadek *contradictio in adiecto*, przeszło pomyślnie procedury walidacyjne⁵⁹. W sytuacji tego typu uciec się raczej należy do rozstrzygnięcia *contra legem*.

Jako paradoksalne jawią się w końcu kolizje równorzędnych wartości, rozstrzygalne jedynie w oparciu o zasadę proporcjonalności, pozwalającą w konkretnej sytuacji na ich wyważenie⁶⁰. Kolidować mogą nie tylko interesy indywidualne, jak ma to miejsce w razie czynności prawnych pełnomocnika z samym sobą, przewidzianych w art. 108 polskiego kodeksu cywilnego⁶¹, lecz także interes indywidualny z publicznym, np. prawo do prywatności z wolnością prasy⁶². Przypadki tego typu rozwiązuje się poza ramami standardowych wnioskowań prawniczych, takich jak subsumpcja, analogia bądź rozumowania *a fortiori*, a mianowicie w drodze ważenia argumentów⁶³. Podczas gdy znajomość wspomnianych wnioskowań

⁵⁹ Hans Dölle, *Absurdes Recht?*, „Festschrift für Hans Carl Nipperdey”, München-Berlin 1965, s. 23, 32–33, 35.

⁶⁰ Franz Wieacker, *Kleine Juristische Schriften*, Göttingen 1988, s. 27–41; Evelyn Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford 1999; Spyrta, *Granice wykładni* (uw. 26), s. 239–247.

⁶¹ Przemysław Drapała, Czynność prawna ‘z samym sobą’, „Państwo i Prawo” z. 56.10 (2002), s. 52–62.

⁶² Adam Zieliński, *Cywilnoprawne aspekty godzenia interesu indywidualnego z interesem publicznym*, w: *Prawa* (uw. 12), s. 103–112; Marek Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Kraków 2007, s. 148–155.

⁶³ Jan-R. Sieckmann, *Abwägung von Rechten*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” Nr 81 (1995), s. 164–184.

wystarczyć może w prostych sytuacjach stosowania prawa w niższych instancjach procesowych, sędzia instancji wyższych, mający do czynienia ze współczesnymi *casus perplexi*, musi dysponować umiejętnością dokonania najlepszego wyboru spośród wielu rozstrzygnięć stojących do dyspozycji.

Oczywiście kontekstowa sytuacyjność, nieodłączna od ważenia kolidujących interesów i wartości, czyni z tej procedury konia trojańskiego dogmatyki prawniczej, co w efekcie końcowym prowadzi do jej dezintegracji⁶⁴. Z tego powodu redukcję *ad absurdum*, pozwalającą na odstępianie od dosłownego brzmienia ustawy, uznaje się za bardziej wskazaną dla organów administracji, które zresztą – np. w dziedzinie ochrony środowiska – są w stanie przewidywać konsekwencje swych rozstrzygnięć znacznie dokładniej niż sądy powszechne⁶⁵. Tymczasem na rozprawie sądowej łatwiej zbić rozumowanie *ab absurdo* za pomocą tzw. argumentu równi pochyłej (*slippery slope*), na którą prowadzić musi już pierwsze odstępstwo od litery prawa, powodujące kaskadowo skutki katastrofalne dla praworządności⁶⁶.

3. Technika przywracania równowagi

Do dyskursywnego piętnowania absurdów służy schemat wnioskowania znany od czasów Zenona z Elei, urodzonego około roku 490 p.n.e. twórcy zachodniej logiki i metafizyki, zwany dowodem nie wprost, dowodem apagogicznym lub *deductio (reductio) ad absurdum*. Polega on na uzasadnieniu pewnej wypowiedzi przez wykazanie

⁶⁴ Karl-Heinz Ladeur, Ino Augsberg, *Auslegungsparadoxien*, „Rechtstheorie” Nr 36 (2005), s. 161.

⁶⁵ Cass R. Sunstein, *Avoiding Absurdity?*, „Chicago Working Papers in Law and Economics”, August 2002.

⁶⁶ Silvana Castignone, *Quanto si scivola sulla china?*, „Studi in memoria di Giovanni Tarello”, tom II, Milano 1990, s. 111–120; Eugene Volokh, *The Mechanisms of the Slippery Slope*, „Harvard Law Review” Nr 116 (2003), s. 1026–1137.

falszywości jej przeciwieństwa, która z kolei wynika z jego fałszywych konsekwencji⁶⁷. W ramach prawniczej logiki nieformalnej, gdzie zarówno fałsz logiczny jak i niemożliwość empiryczna ustępują miejsca absurdalności praktycznej, tzn. prakseologicznej lub aksjologicznej, eksponuje się – często na przykładzie fikcyjnych przypadków granicznych – skrajnie nieracjonalne skutki określonych interpretacji.

Ten najmocniejszy wśród argumentów prawniczych uzasadniających odrzucenie pewnej decyzji interpretacyjnej ze względu na jej niedopuszczalne konsekwencje⁶⁸ występuje współcześnie we wszystkich powszechnie znanych systemach prawnych⁶⁹, nie wyłączając oczywiście prawa polskiego⁷⁰. Jest on jednak z pewnością częściej spotykany tam, gdzie ideologia i praktyka wymiaru sprawiedliwości kierują się instrumentalnie, w duchu pragmatyczno-celowościowym, przede wszystkim na rezultat praktyczny (*output*), podczas gdy przy pozytywistycznej orientacji dedukcyjnej, skoncentrowanej na przesłankach (*input*), argument *ab absurdo* uznawany jest za dopuszczalny tylko wyjątkowo, bo zapewnia on konkluzje co najwyżej prawdopodobne⁷¹.

Schematem tym posługiwały się jednak również systemy typu pozytywistycznego włącznie z metodą wykładni ustaw, przyjętą w końcu XIX i na początku XX wieku przez północnoamerykański formalizm prawniczy, oparty na założeniach interpretacyjnych tzw. tekstualizmu i intencjonalizmu⁷². Tymczasem nowy tekstualizm

⁶⁷ Zygmunt Ziemiński, *Practical Logic*, Warszawa-Dordrecht 1976, s. 250–251.

⁶⁸ Krzysztof Płeszcza, *Uzasadnianie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, Kraków 1996.

⁶⁹ Daniel A. Farber, *The Hermeneutic Tourist*, „Cornell Law Review” Nr 81 (1996), s. 514.

⁷⁰ Lech Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 222–226.

⁷¹ Giaro, *Absurditätsargumente in der römischen Jurisprudenz*, „Orbis Iuris Romani” Nr 11 (2006), s. 31–61.

⁷² Marcin Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 53–74, 73–74.

amerykański zarzuca owej tradycyjnej *absurdity doctrine* naruszanie wynikającej z zasad liberalno-demokratycznych równowagi między władzą prawodawczą i sądowniczą oraz brak respektu dla wypracowanych w parlamencie kompromisów ustawodawczych. W ten sposób aktualna dyskusja amerykańska ujawnia implikacje polityczne kwestii tak – zdawałoby się – bezproblemowej, jak postulowany przez nowy tekstualizm bezwzględny obowiązek trzymania się litery prawa⁷³.

Również w Europie, i to zarówno na kontynencie jak na Wyspach Brytyjskich, tradycyjnie stosowane argumentacje skutkowe, zwane też konsekwencjalistycznymi, w tym stara zasada interpretacyjna zwana *golden rule for avoiding absurdity*⁷⁴, spotykają się na gruncie pozytywizmu prawniczego z całą serią obiekcji. Argumentacje te wykraczają bowiem przeciw zasadom demokratyzmu i podziału władz, a szczególnie przeciw związaniu orzecznictwa ustawą, ułatwiając nadużywanie go do celów politycznych i podkopując pewność prawa⁷⁵. Jednak po zakwestionowaniu prawomocności fundamentalnego konstruktu tradycyjnej teorii interpretacji, zwanego wołą ustawodawcy, co po raz pierwszy w nowożytnym prawoznawstwie nastąpiło już dobrych dwieście lat temu⁷⁶, zorientowane na *output* rozumowania skutkowe musiały zyskać na znaczeniu.

W przeciwieństwie do innych schematów rozumowania prawniczego argument *ab absurdo* w postaci wyraźnie wyartykułowanej nie

⁷³ Manning, *Absurdity Doctrine* (uw. 57), s. 2388–92; Staszewski, *Avoiding Absurdity* (uw. 57), s. 1001–1065.

⁷⁴ Spyra, *Granice wykładni* (uw. 26), s. 91–92; Giaro, *Römische Rechtswahrheiten* (uw. 3), s. 613.

⁷⁵ Martina R. Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, München 1995, s. 13–22; Jan B.M. Vranken, *Exploring the Jurist's Frame of Mind*, Deventer 2006, s. 86–87; Spyra, *Granice wykładni*, s. 188–191.

⁷⁶ Anton F.J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung*, wyd. 2, Altona 1806, s. 36; Josef Lukas, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers*, „Festgabe für Paul Laband”, tom I, Tübingen 1908, s. 398–427; Dieter Simon, *Juristische Logik und richterliche Tätigkeit*, „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft” Nr 81 (1982), s. 80.

posiada specyficznego pola zastosowania w dyskursie dogmatycznym. Mimo że jako argument o wątpliwej prawomocności jest on przez teoretyków z reguły umieszczany na szarym końcu katalogu wnioskowań prawniczych, a zatem na antypodach prostej subsumpcji⁷⁷, w rzeczywistości stanowi on raczej swego rodzaju meta- czy nawet superargument, zdolny zdyskredytować nie tylko przeprowadzone na zasadzie *summum ius summa iniuria* bezduszne dedukcje, lecz również wszystkie inne rozumowania. Dotyczy to szczególnie wnioskowania przez analogię lub argumentów *a contrario* czy *a fortiori*, które w konkretnej sytuacji mogą się przecież okazać, bądź racjonalne bądź – jeśli powodują nonsensowne skutki – absurdalne.

Jednakże argument *ab absurdo* w postaci entymematycznej, niemal automatycznie odrzucający oparte na wzorcu „wszystko albo nic” nierozumne skrajności, występuje w niemal każdym rozumowaniu prawniczym, przede wszystkim w procesie wykładni pojęć prawnych. Do ustawicznej walki jurysprudencji z rozwiązaniami ekstremalnymi świetnie pasuje zresztą ukuta przez Ottona Neuratha metafora pracy naukowej jako remontu statku przeprowadzanego na pełnym morzu⁷⁸. Preferuje się przy tym rozwiązania kompromisowe, które znajdują szerokie zastosowanie szczególnie w dziedzinie prawa prywatnego, zbudowanego na konsensualnym modelu umowy⁷⁹. I tak wykładnia czynności prawnych nie kieruje się ani teorią woli, ani teorią oświadczenia w jej czystej postaci, podczas gdy odpowiedzialność cywilna nie jest nigdy oparta wyłącznie na zasadzie winy lub całkowicie na zasadzie ryzyka.

Genezy tego zdroworozsądkowego podejścia należy szukać w przedstawionej przez Arystotelesa w „Etyce Nikomachejskiej”

⁷⁷ Chaim Perelman, *Logika prawnicza – nowa retoryka*, Warszawa 1984, s. 90–94; Lech Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 150–51.

⁷⁸ Otto Neurath, *Protokollsätze*, „Erkenntnis” Nr 3 (1932–33), s. 206.

⁷⁹ Franz Bydliński, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, „Archiv für die civilistische Praxis” Nr 204 (2004), s. 309–395; Łętowska, *Demokracja* (uw. 12), s. 83–84.

koncepcji sprawiedliwości wyrównawczej jako „stanu pośredniego między zyskiem a stratą” (*Eth. Nic.* V.7, 1132a 18–24). Sprawiedliwość tę wymierza sędzia, zwany niekiedy pośrednikiem (*mesidios*) lub wręcz – podobnie jak sama sprawiedliwość – środkiem (*meson*)⁸⁰. Również ze stanowiska obywateli bycie sprawiedliwym wymaga umiarkowania i kompromisowości, bowiem uporczywe obstawanie przy literze swego prawa łatwo przeradza się w bezprawie (*Eth. Nic.* V.14, 1138a 1–2). Myśl ta powróci w nieśmiertelnym paradoksie cycerońskim *summum ius summa iniuria* (*De officiis* 1,33) i w bardzo podobnym monicie nieco późniejszego rzymskiego agronoma Kolumelli (*De re rustica* 1,7,2), by nie trzymać się kurczowo własnych uprawnień⁸¹.

W podobnym duchu juriesprudencja okresu pryncypatu preferować będzie konsekwentnie rozwiązania pośrednie typu *media sententia*, jak w połowie II wieku n.e. Gaius (D. 41,1,7,7) określi kompromis, osiągnięty w sporze rzymskich szkół prawa na temat nabycia własności rzeczy powstałej w wyniku tzw. przetworzenia surowca (*specificatio*)⁸². W większości stosunków prywatnoprawnych prawnicy rzymscy zmierzają do tego, by na zasadzie *compensatio lucrum cum damno* wyważyć między stronami ich uprawnienia i obowiązki, korzyści i ciężary, zyski i straty⁸³. Przypisanie ryzyka temu z podmiotów, dla którego stosunek prawny jest bardziej korzystny, nakazują znane paremie *qui habet commoda, ferre debet onera*, podobnie jak

⁸⁰ Günther Bien, *Gerechtigkeit*, w: Otfried Höffe (red.), *Die Nikomachische Ethik*, Berlin 1995, s. 158–159.

⁸¹ Otfried Höffe, *Aristoteles*, München 1996, 230; Wolfgang Waldstein, *Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit*, „Festschrift für Theo Mayer-Maly”, Wien-New York 1996, s. 22–23; Franciszek Longchamps de Bérier, *Summum ius summa iniuria*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” Nr 5.1 (2005), s. 51–68.

⁸² Anna Plisecka, *Accessio and specificatio reconsidered*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” Nr 74 (2006), s. 56–58.

⁸³ Jakob Fortunat Stagl, *Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer aequitas*, w: Dario Mantovani, Aldo Schiavone (red.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, s. 675–713.

cuius commodum, eius periculum oraz *aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*⁸⁴.

Dla ilustracji takiej tendencji rzymskiej wykładni prawa wystarczą dwa proste przykłady. Zdaniem Celsusa (D. 36,1,34) byłoby niesłusznym, by fideikomisariusz uniwersalny, który w okresie przed wydaniem mu przez dziedzica masy spadkowej nie korzysta z jej ewentualnego przyrostu (*augmentum*), ponosił koszty jej umniejszenia (*damnum*). Natomiast zdaniem Paulusa (D. 37,5,15,4) warunek zapłaty sumy pieniężnej należy spełnić wbrew brzmieniu zapisu testamentowego do rąk posiadacza spadku *contra tabulas* jako dziedzica pretorskiego, a nie do rąk dysponującego wyłącznie formalną pozycją dziedzica cywilnego, byłoby bowiem absurdalne, by ten ciągnął ze spadku same zyski (*commoda*), ów zaś ponosił wszystkie związane z wykonaniem zapisu ciężary (*onera*).

Podnoszenie roszczeń opartych jedynie na literze prawa zbliża się niekiedy znacznie do jego obejścia lub nadużycia⁸⁵, jak w cyce-ronskim przykładzie wodza (*De officiis* 1,33), który nieprzyjacielskie pola dewastował nocami, bo zawarł rozejm na 30 dni. *Reductio ad absurdum*, rozumiana jako środek zaradczy na nadmierne żądania, wykazuje ich niedorzeczność za pomocą skonstruowanych *ad hoc* przypadków granicznych. Czy użytkownik powalonego przez wicher lasu może zabrać sobie wszystkie drzewa (D. 7,1,12pr.)? Czy wraz z innymi napojami również płynne lekarstwa objęte są zapisem zapasu żywności (D. 33,9,3pr.)? Czy z mocy zapisu biżuterii wdowa po złotniku otrzyma praktycznie cały spadek (D. 34,2,39pr.)? Czy osoba zagrożona szkodą budowlaną uzyska posiadanie całej nieruchomości sąsiada, mimo że wadliwa jest tylko jej niewielka część (D.

⁸⁴ Giaro, *Privatrecht als Technik der Gerechtigkeit*, w: Herfried Münkler, Marcus Llanque (red.), *Konzeptionen der Gerechtigkeit*, Baden-Baden 1999, s. 75; Andreas Wacke, *Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung RA” Nr 118 (2001), s. 264–285.

⁸⁵ Giaro, *Rzymski zakaz nadużycia praw podmiotowych*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” Nr 6.1 (2006), s. 287–288.

39,2,15,13)? Czy nabywca lasu nabywa zarazem wszystkie obecne tam zwierzęta (D. 41,2,3,14)?⁸⁶

Owa tendencja do przywracania w stosunku prawnym równowagi, a szczególnie do realizacji w umowach wzajemnych zasady ekwiwalentności świadczeń, nie doczekała się w prawie rzymskim konsekwentnej realizacji. Do europejskiej tradycji prawnej weszła jednak za pośrednictwem św. Tomasza z Akwinu (1224–1274), średniowiecznej kanonistyki, późnej scholastyki hiszpańskiej i myślicieli Prawa Rozumu, takich jak Grotius i Pufendorf⁸⁷, wspomniana tradycja arystotelesowska, uznająca sprawiedliwość – podobnie zresztą jak każdą cnotę etyczną – za stan pośredni między niedoborem a nadmiarem. Jest więc ona rodzajem umiaru (*Eth. Nic.* II,7, 1108b 8–9)⁸⁸, a zatem sytuacja leżąca pomiędzy wyrządzeniem a doznawaniem krzywdy, jak w ślad za Platonem (*Państwo* II, 359a) precyzuje Arystoteles (*Eth. Nic.* V,9, 1133b 30–31; 1134a 12–13)⁸⁹.

Kultywowanie sprawiedliwości zarówno przez sędziego jak i przez obywateli przyczynia się więc ostatecznie do wyrównania destabilizujących społeczeństwo dysproporcji majątkowych. Wedle arystotelesowskiej „Polityki” wzmacnia to organizację państwową, opartą zawsze na leżącym między ekstremami bogactwa i ubóstwa stanie średnim (*Pol.* IV,11–12, 1295a 25–1297a 13). Zasada złotego środka przejawia się też w arystotelesowskiej typologii ustrojowej, umieszczającej ideał *politeia* między nagannymi skrajnościami, za jakie

⁸⁶ Dalsze przykłady Giaro, *Absurditätsargumente* (uw. 71), s. 38–42.

⁸⁷ Christoph Becker, *Die Lehre von der laesio enormis*, Köln 1993, s. 30, 51; Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, Oxford 1995, s. 234–235, 247; Margarethe Beck-Mannagetta, *Mittelalterliche Gerechtigkeitslehre*, „Festschrift Mayer-Maly” (uw. 81), s. 73–80; James Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford 2006, s. 364–365, 368–369.

⁸⁸ Helmut Schreiner, *Die Mesotes-Lehre des Aristoteles und die Argumentationstheorien der Juristen*, w: Olof Gigon, Michael W. Fischer (red.), *Antike Rechts- und Sozialphilosophie*, Frankfurt a.M. 1988, s. 358.

⁸⁹ Jürgen Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, Tübingen 1997, s. 57–58, 71–76.

uchodzą oligarchia i demokracja⁹⁰. Właśnie przez cnotę sprawiedliwości, której pielęgnowanie Arystoteles zalicza do istotnych zadań państwa (*Pol.* I.2, 1253a 37–38), racjonalność prawnicza łączy się zatem z racjonalnością polityczną. Mimo że nie każdy polityk jest prawnikiem, każdy prawnik prowadzi z pewnością jakąś – zazwyczaj kompromisową! – politykę.

Racjonalność ściśle prawnicza, określona przez angielskiego prokuratora królewskiego Sir Edwarda Coke'a (1523–1634) – w przeciwieństwie do *natural reason* – jako *artificial reason of law*⁹¹, dysponuje swoistymi remediami przeciw absurdom systemu prawa. Należą do nich przede wszystkim rozróżnienia pojęciowe⁹². Dystynkcje te przybierają często postać wyjątków od reguły, a niekiedy rozrastają się wręcz do rozmiaru alternatywnych podsystemów, jak w odwiecznych antytezach prawa stanowionego i naturalnego czy pisanego i niepisanego lub w wielkich dychotomiach historycznych *ius civile* – *ius honorarium* i *common law* – *equity*. W ramach powstałej w okresie późnorepublikańskim instytucji własności pretorskiej *ius honorarium* antycypuje zasiedzenie, powołując w ten sposób do życia w drodze fikcji paradoksalną, wykraczającą bowiem poza siatkę pojęciową dawnego *ius civile*, postać właściciela czasowego⁹³.

W ramach zarówno prywatnoprawnego stanu wyższej konieczności jak i publicznoprawnego stanu wyjątkowego zwykło się uchylać obowiązujące dotąd powszechnie normy, stanowione przeciez

⁹⁰ Franz W. Schwarz, *Einleitung*, w: *Aristoteles, Politik*, Stuttgart 1989, s. 56–57; Waldstein, *Zur juristischen Relevanz* (uw. 81), s. 27–31; Józef Sieroń, *Status jednostki i państwa w greckiej polis*, Katowice 2003, s. 183–184, 213–218.

⁹¹ Neil MacCormick, *The Artificial Reason and Judgment of Law*, „Rechtstheorie. Beiheft” Nr 2 (1981), s. 106–108; Luhmann, *Das Recht* (uw. 16), s. 346–347; Berman, *Law and Revolution* (uw. 30), s. 242–245, 257–260.

⁹² George P. Fletcher, *Paradoxes in Legal Thought*, „Columbia Law Review” Nr 85 (1985), s. 1268–69, 1279–80.

⁹³ Giaro, *Die Fiktion des eigentlichen Eigentümers*, „Mélanges Witold Wołodkiewicz”, Varsovie 2000, s. 296–302.

z dorozumianym ograniczeniem do sytuacji normalnych⁹⁴. Trzeba też w końcu zaznaczyć, że wykorzystywana chętnie jako remedium przeciw absurdom fikcja prawnicza oznacza jeśli nie kłamstwo, to w każdym razie zjawisko paradoksalne, które – na zasadzie *coincidentia oppositorum* – zarazem czymś jest i nie jest. W ten sposób dziecko poczęte uznaje się za już urodzone lub, odwrotnie, osobę zmarłą za jeszcze żyjącą⁹⁵. Takie zastępowanie paradoksu paradoksem nie oznacza jednak nic innego niż wypędzanie diabła Belzebubem, dowodzące cyrkularności systemu prawnego, którego rozumności nie mierzy się centymetrem czy termometrem, lecz uzasadnia się za pomocą racjonalnych rozumowań⁹⁶.

Pesymistycznie brzmiące twierdzenie prawniczej teorii systemów o paradoksalności jako nieodłącznej właściwości porządku prawnego może być więc w końcu uznane za równie bezowocne jak przeciwna mu teza optymistyczna o jego całkowitej racjonalności. Zgodnie z jurysprudencyjną tradycją kompromisowości należy zawierzyć raczej rozwiązaniu pośredniemu. Dzięki swej metodzie ostrożnego przechodzenia *from case to case* anglosaski system prawny wydaje się być lepiej immunizowany przeciw absurdom. Jeśli jednak również prawo kontynentalne funkcjonuje, mimo wszystkich swych paradoksów, w sposób z grubsza zadowolający, także ono dysponować musi odpowiednimi środkami ich neutralizacji. Należy do nich w pierwszej kolejności ugodowa mentalność prawnika, czyniąca z jego racjonalności prudencyjną sztukę kompromisu.

⁹⁴ Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels*, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” Nr 21 (2000), s. 3–60.

⁹⁵ Franco Todescan, *Diritto e realtà*, Padova 1979, s. 199–250; Yan Thomas, *Fictio legis*, „Droits” Nr 21 (1995), s. 17–63.

⁹⁶ Luhmann, *Das Recht* (uw. 16), s. 343, 367.