

# **Precedens w polskim systemie prawa**



# **Precedens w polskim systemie prawa**

**Redakcja  
Anna Śledzińska-Simon  
Mirosław Wyrzykowski**

**Warszawa 2010**

Projekt okładki  
*Jacek Brzozowski*

Skład i łamanie  
*Dariusz Górski*

© Copyright by the Authors  
Warszawa 2010

ISBN 978-83-926743-5-1

Druk i oprawa: Zakład Graficzny UW. Zam. 363/10

## Spis treści

|  |     |
|--|-----|
| Wstęp . . . . .  | 7   |
| E. Łętowska – Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym? . . . . .  | 9   |
| T. Fleming- Kulesza – Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym? . . . . .  | 15  |
| J. Zajadło – Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa . . . . .  | 23  |
| T. Stawecki – Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski <i>de lege ferenda</i> . . . . .   | 59  |
| M. Matczak – Teoria precedensu czy teoria cytowań ? Uwagi o praktyce odwołań do wcześniejszych orzeczeń sądowych w świetle teorii wielokrotnych ugruntowań . . . . . | 99  |
| A. Bodnar – W poszukiwaniu precedensów – litygacja strategiczna w praktyce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka . . . . .   | 123 |
| M. Balcerzak – Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze <i>inter partes</i> i <i>erga omnes</i> . . . . .                               | 163 |
| T. Koncewicz – „Unijna ścieżka precedensu”. Nie „czy” ale „jak”  | 187 |
| T. Stawecki – Precedens jako zadanie dla nauk prawnych . . . .   | 229 |



## Wstęp

Niniejszy zbiór tekstów jest owocem konferencji zorganizowanej 24 czerwca 2008 r. przez Zakład Praw Człowieka Uniwersytetu Warszawskiego w ramach Projektu „Prawa człowieka w orzecznictwie polskich sądów” [www.prawaczlowieka.edu.pl] dzięki grantowi *Trust for Civil Society Central and Eastern Europe*. Redaktorzy pragną również wyrazić podziękowanie Pani Lidii Kołuckiej-Żuk, dyrektorowi Trust for Civil Society za umożliwienie realizacji projektu oraz dr. Adamowi Bodnarowi i mgr. Rafałowi Sikorskiemu za merytoryczne i organizacyjne zaangażowanie w przygotowanie i realizację konferencji.

Celem konferencji było poszukiwanie odpowiedzi na pytanie o miejsce i rolę precedensu w polskim porządku prawnym. Pytanie to pośrednio dotyczy również roli sędziego w procesie twórczego stosowania prawa i w dialogu z sądami europejskimi.

Polska należy do systemu prawa stanowionego, w którym rozstrzygnięcia sądu nie mają mocy wiążącej dla późniejszych rozstrzygnięć. Jednak coraz częściej w języku potocznym wyroki krajowych sądów są określane mianem „precedensu” czy też „sprawy precedensowej”. Z tego też względu dyskusja na temat różnic między prawem precedensowym a sprawą precedensową, rozstrzygnięciem będącym samoistnym źródłem prawa a orzeczeniem nowatorskim wydaje się istotna zarówno dla

teoretyków, jak i praktyków prawa. Uczestników konferencji łączyło uznanie, że granice między systemem prawa zwyczajowego i cywilnego zacierają się, a ewolucja tych systemów podąża w tym samym kierunku. Doświadczenie wskazuje, że sądy w Polsce stosują ustalone standardy orzecznicze, od których odchodzą z dużą ostrożnością. Jednocześnie działają pod wpływem orzecznictwa sądów europejskich, które często tworzone jest w oparciu o „utrwaloną linię orzeczniczą” czyli reguły przyjęte w poprzednich sprawach w tej samej kategorii.

Założeniem organizatorów konferencji było wskazanie takich obszarów, w których korzystanie z precedensu może być niebezpieczne z punktu widzenia adresatów norm prawnych, a także takich obszarów, w których odwołanie do innych decyzji sądowych przynosi pożądaną zmianę w prawie i rekompensuje braki w ustawodawstwie. Jako zalety odwołania się do innych wyroków można wskazać upowszechnienie się dobrych praktyk orzeczniczych, a także dostosowanie polskiego orzecznictwa do standardów europejskich. Mówiąc o standardach europejskich wytyczonych przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości i Europejski Trybunał Praw Człowieka, należy podkreślić, że są one produktami swojego rodzaju systemu prawa precedensowego w Unii Europejskiej i Radzie Europy, który gwarantuje relatywnie jednolitą ochronę prawną w ramach tych organizacji.

W zbiorze obok dwóch wprowadzeń poświęconych roli sędziego jako twórcy precedensu (E. Łętowska i T. Flemming-Kulesza) znajdują się teksty analizujące miejsce precedensu w teoretycznym paradygmacie prawa. Połączenie tych dwóch perspektyw zachęca do dalszych badań nad zagadnieniem precedensu w polskim systemie prawa.

Dr Anna Śledzińska-Simon  
Prof. UW dr hab. Mirosław Wyrzykowski



## **Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym?**

Odpowiedź na pytanie, czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym, prowadzi mnie on do dość smutnej konkluzji. Gdyby myśleć o odpowiedzi na to pytanie w kategoriach tego, czy precedens, jakkolwiek byłby rozumiany, wchodzi do systemu prawa pozytywnego, to oczywiście odpowiedź jest negatywna. Jednak tego rodzaju rozumowanie już w czasach mojej młodości budziło najwyższe wątpliwości wśród pracowników naukowych. Pytanie powinno być postawione chyba inaczej, a mianowicie: czy precedens jest elementem procesu decyzyjnego czy to sądu, czy to osoby, która stosuje prawo poza sądem, w taki sam sposób, w jaki elementem tego systemu decyzyjnego jest system prawa?

Kiedy w roku 1999 zaczęłam pracę w Naczelnym Sądzie Administracyjnym jako niedoświadczony sędzia, choć jako prawnik już z pewnym stażem, pierwszą umiejętnością, jaką musiałam sobie przyswoić, było: „jak tu się rozstrzyga ten typ spraw, z jakim akurat mam do czynienia”? Inaczej mówiąc, jaka jest codzienna rutyna orzecznicza w danej kwestii. Pokazywano mi wówczas rozstrzygnięcia w sprawach celnych, w sprawach kombatanckich i innych, należących do właściwości „mego” wydziału. Dowiedziałam się, że dany typ spraw rozstrzygany jest w określony sposób, poniekąd według wzorcowego orzeczenia. Moja pierwsza sprawa dotyczyła kwestii celnych związanych

z tzw. składakami, to jest samochodami złożonymi w Polsce z części sprowadzanych z zagranicy, a clonnych wedle tego, jakby ktoś kupił cały samochód i rozłożył go na części pierwsze. (Cło za części było niższe, więc opłacało się kupować auto i przed granicą je demontować. Metoda clenia składaków zakładała istnienie tego proceduru). Jednak mnie nie podobał się sposób podejścia do tego typu spraw ustalony w wyjściowych orzeczeniach, podanych mi jako precedens – nawet bowiem gdy ewidentnie składak powstawał z części pochodzących z różnych typów – nie egzemplarzy – samochodu, metoda zakładała uprzedni demontaż. Nie przebiłam się jednak z moimi pomysłami. Z moich doświadczeń płynie ważny wniosek, że każdy asesor czy praktykujący w sądzie jest poddawany tego rodzaju tresurze, ponieważ jest niedoświadczony. Jeżeli ktoś może tej ustalonej praktyce przeciwstawić jakieś inne walory, to wtedy jest mu ją oczywiście trudniej narzucić. Dlatego pierwszą tezą jest to, że system kształcenia sędziów polega na tresurze, nie na nauce. W tresurze ważną rolę odgrywa system precedensowy. Precedensów trzeba się wyuczyć.

Druga obserwacja dotyczy samego systemu prawa, który się zmienia. Dawniej prawo to było prawo pisane, stanowione, parlamentarne, prawo „zrobione” w Polsce. W tej chwili ustawodawca ma konkurentów. Nie mówię tutaj o ustawodawcy negatywnym w postaci Trybunału Konstytucyjnego. Ustawodawca ma również bardzo surowych recenzentów, z którymi musi się liczyć, a są nimi ośrodki pozakrajowe. Indywidualne rozstrzygnięcia sądowe są również recenzowane, czego przykładem jest Strasburg, w pewnej mierze również Luksemburg.

Zmiany w systemie prawa wynikają więc i z tego faktu, że obecnie prawo nie ma jednego, lecz wielu twórców i każdy z nich działa w swoim zakresie. Maleje rola w procesie decyzyjnym tego jednego, dawnego twórcy prawa, który miał monopol

na jego tworzenie. Jeśli maleje, to oznacza to, że utracił on monopol i sędziowie muszą szukać również innych punktów odniesienia dla własnego rozstrzygnięcia. Tymi punktami są właśnie precedensy – rozstrzygnięcia czasem lokalne, czasem krajowe, czasem zagraniczne. Choć na poziomie Sądu Najwyższego nie ma próby ujednoczenia tej praktyki (gorzej: brak jest gotowości do ujednoczenia choćby rozbieżnego orzecznictwa sądów niższych), to obecna organizacja systemu prawa prowadzi nas prostą drogą ku precedensowi. A więc mamy inny system prawa i inne czynniki wpływające na jego budowę. Wobec tego decyzja, jaką podejmuje sędzia, jest podejmowana w oparciu o inne czynniki niż dawniej. Proces decyzyjny opiera się bowiem z jednej strony na systemie prawa, a z drugiej – na wiedzy dogmatycznej wspartej na kośćcu zasad, na których jest zbudowana dogmatyka prawa. W tej chwili jesteśmy znacznie gorzej wykształceni dogmatycznie; nie jesteśmy w stanie naszej dogmatyki traktować jako efektywnego oręża w „walce o prawo”. W związku z tym jesteśmy bezbronni wobec kształtującego się systemu prawa, a krytyczna analiza tego, co płynie z poszczególnych rozstrzygnięć, prawie nie istnieje. Mamy do czynienia z pismami procesowymi czy wyrokami, które są pisane bezkrytycznie, a odwołują się do nazbieranych trochę przypadkowo nowszych orzeczeń z Lexa. To jest praktyka niepokojąca.

Stosowanie precedensu staje się więc w tej sytuacji coraz bardziej naturalne. Kłopot polega na tym, że za precedens uchodzi pojedyncze rozstrzygnięcie, bez „opracowania”. Każde orzeczenie powinno być bowiem ocenione pod względem różnic wobec poprzednich orzeczeń. Tymczasem w uzasadnieniach wyroków często prezentowana jest garść dawniejszych orzeczeń, co prowadzi do konkluzji: „ponieważ było tak i tak w takim i takim orzeczeniu, w związku z tym orzekamy znowu w taki sam sposób”. Tego rodzaju praktyka jest niebezpieczna; nie tylko

dlatego, że prowadzi do rozstrzygnięć przypadkowych (a więc niesprawiedliwych), lecz także dlatego, że wyjąłwia orzekających z refleksji systematyzacyjnej.

Kolejna uwaga: w Polsce precedensy funkcjonują każdy oddzielnie i w związku z tym trudno jest poddać istniejącą praktykę ocenom wynikającym z głębszej strategii. Przede wszystkim ocena posługiwania się precedensem powinna być determinowana przyjętymi zasadami. Przypadkowe korzystanie z wcześniejszych orzeczeń jest konsekwencją komputeryzacji, która oczywiście jest cudownym wynalazkiem. Niestety, jednak wskutek komputeryzacji ulegamy takiemu „płynięciu z prądem” dosyć przypadkowo nagromadzonych judykatów.

Prawu precedensowemu sprzyja europeizacja, i to w kilku płaszczyznach. Po pierwsze, prawo europejskie jest kształtowane w swoim korpusie poprzez kompromis z prawem *common law*. Po drugie, mamy Trybunał Sprawiedliwości czuwający nad tym, by *acquis* było przestrzegane. To, co jest napisane w wyrokach Trybunału Sprawiedliwości, siłą rzeczy działa jako przemożny precedens, któremu się podporządkowuje rozumowanie.

Każdy z tych punktów – i europeizacja, i komputeryzacja, i multicentryczność systemu prawa – wart byłby rozpracowania, jeżeli chodzi o sposób oddziaływania, konstrukcję, wzajemne relacje. Jednak najistotniejsza jest konkluzja, niestety smutna. Okazuje się, że przez system precedensowy taki, jaki nam się w Polsce kształtuje, rozumiemy tzw. wolny strumień skojarzeń, który wynika z nagromadzonego dosyć przypadkowo orzecznictwa. Nagromadzenie cytatów z innych wyroków w sposób bezrefleksyjny i odwoływanie się tylko do tego, że „tak już było, a zatem możemy tak dalej rozstrzygać”, bez refleksji na temat tego, czym nasz przypadek różni się od poprzedniego i czy nasz wypadek nie wymaga akurat innego rozstrzygnięcia – jest uważane za wystarczające. Tymczasem dostrzeganie podobieństw

i różnic jest tak naprawdę od strony warsztatu osią systemu precedensowego, a także koniecznym warunkiem prawidłowego (to jest sprawiedliwego) „orzekania precedensowego”. Brak obróbki dogmatycznej precedensu prowadzi do spłylenia orzekania, nie opartego na zasadach dogmatycznych. Co gorzej, orzekanie jest w tej sytuacji niezwykle konserwatywne.

Orzekanie oparte na precedensie polega na wybraniu najbardziej podobnej sytuacji i przeanalizowaniu dokładnie elementów, którymi sytuacja, którą chce się rozstrzygnąć, różni się albo i nie, od sytuacji, na podstawie której ukształtował się precedens. Nie wystarczy zatem znaleźć cytatu-podkładki i orzec. Zabija to wszelkiego rodzaju refleksję o charakterze krytycznym, zabija to jakąkolwiek chęć może nie nowatorstwa, ale na pewno krytycznego spojrzenia na orzecznictwo.

To jest konkluzja, diagnoza, którą bym postawiła zjawiskom, z którymi stykam się w pracy, co widzę i w czym po części uczestniczę. Zalecenie terapeutyczne wedle tradycyjnej recepty: lekarstwem jest dobra dogmatyka. Tak więc jest to jednocześnie apel do tych, którzy kształcą prawników. Oczywiście łatwiej jest przeprowadzić zajęcia i seminaria, jeżeli nagromadzi się duża ilość cytatów. Tylko że jest to dopiero połowa pracy. Pozostaje dogmatyka i krytyczna analiza przypadku. „Czy w Polsce można mówić o prawie precedensowym?” Odpowiedź brzmi, że tak, tylko kłopot, że w tym właśnie zbanalizowanym ujęciu precedensu.

\* \* \*

Cieszę się, że teza o „uprecedensowaniu” procesu decyzyjnego w sądach (w złym tego słowa znaczeniu), przed czym przestrzegałam w swym wystąpieniu, znalazła oddźwięk. Narasta przekonanie, że „należałoby coś” zrobić oraz że trzeba

uporządkować sytuację. Może należy zmusić sądy do tezowania orzeczeń? Czy to jest wykonalne, tego nie wiem, ale na pewno byłoby pożądane, bo może wyzwoliłoby to nieco autorefleksji i dyscypliny.

Nie będę się spierała z prof. Zielińskim, czy oportunizm sądów wynika ze zbytnej uległości młodych adeptów wobec stosowanej w stosunku do nich tresury, czy też ze zbytniego wygodnictwa. Jedno jest bowiem niedalekie drugiego. „Bezpieczne” orzekanie, będące przekleństwem naszych czasów, niezależnie od tego, gdzie ma swoje źródła, zawsze uważałam za zagrożenie.

Odpowiadając dr. Balcerzakowi: Strasburg orzeka o naruszeniu prawa podmiotowego, a nie prawa pozytywnego, co oznacza inną perspektywę oceny. Dlatego nie wiązałabym Strasburga i jego precedensu z kwestią traktatów. Odrębnym problemem jest sprawa tego, jak dalece precedensy Strasburga, które dotyczą oceny naruszenia praw podmiotowych, rzutują na system prawa przedmiotowego. Obawiam się jednak, że ten problem wykracza nieco poza zakres naszych dzisiejszych rozważań.

## Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym?

Aharon Barak, sędzia i profesor prawa, w swojej książce *The Judge in a Democracy*<sup>1</sup> nazwał sędziego współnikiem w tworzeniu prawa. W systemie *common law* – zdaniem Aharona Baraka – sędzia pełni rolę *senior partner*, a w systemie prawa stanowionego (tzw. kontynentalnym) – *junior partner*.

Podjmując próbę odpowiedzi na postawione w tytule pytanie, jako *junior partner* odpowiadam: w pewnym sensie tak.

Istotą władzy sprawowanej przez sędziego jest wymierzanie sprawiedliwości. Wykładnia prawa, w tym również interpretacja twórcza, posunięta do granic współtworzenia prawa, jest tylko narzędziem służącym sędziemu do wymierzenia sprawiedliwości. Przystępując do rozstrzygnięcia poddanej pod osąd sprawy, sędzia musi znać prawo, które winien zastosować, to znaczy znać odpowiednie przepisy prawne (ich tekst) i umiejętnie je wyłożyć w celu odkodowania zawartych w nich norm. Niezbędne są więc: znajomość doktryny (teorii), dotychczasowej wykładni wchodzących w grę przepisów, a także dokonanie analizy systemowej. Sędzia musi być zatem – jak się czasem mawia – mądrzejszy od ustawodawcy i od tego, kto tylko czyta przepis prawa. Aby tak było, powinnością sędziego jest skon-

---

<sup>1</sup> Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press 2006, s. XVIII.

frontowanie efektu zabiegów interpretacyjnych (w tym dotychczas wyrażanych w piśmiennictwie i orzecznictwie poglądów) z własnym poczuciem sprawiedliwości, a także – co niezwykle ważne – sprawdzenie, czy konkluzja mieści się w granicach tak zwanego zdrowego rozsądku. Bez pomyślnego rezultatu tej próby nawet najbardziej wyrafinowana wykładnia nie doprowadzi do wymierzenia sprawiedliwości, czyli wydania orzeczenia, które będzie „broniło się” jako zrozumiałe.

Wykładnia prawa dotychczas prezentowana w doktrynie i orzecznictwie sądowym ma podstawowe znaczenie w procesie wymierzania sprawiedliwości. Bywa zresztą, że między doktryną a judykaturą nie ma zgody co do wykładni prawa. W takiej sytuacji sędzia z reguły wybiera dorobek orzecznictwa, chyba że głęboko się z nim nie zgadza. Zdarza się bowiem, że zastana wykładnia budzi sprzeciw sędziego jako pozostająca w konflikcie z jego poczuciem sprawiedliwości lub jako niedostatecznie, nieprzekonująco uzasadniona. Bywa też, że odmienny stan faktyczny sprawy podaje w wątpliwość słuszność przedstawionych rozwiązań interpretacyjnych.

Gdy dochodzi do przełamania dotychczasowej wykładni, możemy mówić w pewnym sensie o orzeczeniach precedensowych. Często taki ich charakter bywa kamuflowany zastrzeżeniem, że tylko odmienność, specyfika stanu faktycznego powoduje pozorne w gruncie rzeczy wykreowanie precedensu. Taki kamuflaż bierze się nie tylko z braku śmiałości lub chęci do przestrzegania utrwalonych zasad. Sędzia ma świadomość znaczenia jednolitości orzecznictwa dla jego stabilności, przewidywalności działania sądów, bezpieczeństwa prawnego obywateli. Z tych względów tylko niewielki odsetek orzeczeń ma w Polsce precedensowy charakter, nawet jedynie w swoistym rozumieniu tego terminu.

Sformułowanie „precedensowy charakter sprawy” funkcjonowało w procedurze cywilnej (w Kodeksie postępowania cy-



wilnego) w odniesieniu do spraw gospodarczych (w uchylonym art. 479<sup>5</sup> k.p.c.), obecnie występuje w art. 47 § 4 k.p.c. jako okoliczność uzasadniająca rozpoznanie sprawy w pierwszej instancji w składzie zawodowym. Precedensowy charakter miały do 1989 roku wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej. Wykładnia prezentowana w uchwałach Sądu Najwyższego zawierających wytyczne miała rzeczywistą moc precedensu, gdyż naruszenie wytycznych w postępowaniu odwoławczym odnosiło taki sam skutek jak naruszenie prawa. Obecnie orzecznictwo Sądu Najwyższego wiąże jedynie nieformalnie, jak się mówi, „siłą swoich argumentów”. Wiążący charakter dla składów orzekających Sądu Najwyższego mają jedynie uchwały, które mają lub którym nadano moc zasad prawnych<sup>2</sup>.

W rozważaniach przedstawionego zagadnienia trzeba pominąć wiążący charakter wykładni prawa dokonywanej w orzeczeniach uchylających sprawę do ponownego rozpoznania.

Sędzia usposobiony konformistycznie albo leniwy bezrefleksyjnie potraktuje każde orzeczenie Sądu Najwyższego jako użyteczny „precedens” zwalniający go od dokonania próby samodzielnej wykładni. Tymczasem – jak pisał profesor Wróblewski<sup>3</sup> – są dobre i złe precedensy. Te złe trzeba eliminować.

W dobie europeizacji i globalizacji moc precedensów mogą mieć w pewnym sensie orzeczenia sądów zagranicznych. Używane bywa określenie *judicial borrowing* na swego rodzaju zapożyczenia idei i rozwiązań wypracowanych w orzecznictwie sądów innego państwa. To zjawisko występuje coraz częściej przy stosowaniu prawa Unii Europejskiej. Rozwiązania i argumenty wypracowane

---

<sup>2</sup> Art. 61 § 4 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.).

<sup>3</sup> Jerzy Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 10, s. 533.

przez sądy jednego państwa członkowskiego mogą być rozważane, a nawet inspirujące w pracy sędziego orzekającego w innym państwie. Charakter precedensowy mają wprost orzeczenia ETS. Co ciekawe, sam Trybunał dopiero w latach siedemdziesiątych zaczął odwoływać się do swych wcześniejszych rozstrzygnięć<sup>4</sup>.

Orzeczenia Sądu Najwyższego mają do pewnego stopnia charakter precedensowy wtedy, kiedy zawierają wykładnię nowo wprowadzonych, a budzących wątpliwości przepisów prawa. W takich sytuacjach uchwałą Sądu Najwyższego nadawana jest moc zasad prawnych, co ma istotne znaczenie zwłaszcza dla zapewnienia jednolitości rozumienia i stosowania przepisów proceduralnych, tworzących reguły działania sądów i stron. W ostatnich latach taki precedensowy charakter miały uchwały Sądu Najwyższego dotyczące skargi na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki oraz skargi na niezgodność z prawem prawomocnego orzeczenia<sup>5</sup>.

W sprawach dyscyplinarnych sędziów, w których Sąd Najwyższy orzeka jako sąd drugiej instancji, precedensowy charakter miały orzeczenia wyjaśniające zawartość normatywną przepisu ustanawiającego przewinienie służbowe w postaci oczywistej i rażącej obrazy przepisów prawa (art. 107 § 1 Prawa o ustroju sądów powszechnych). Kwestia ta ma fundamentalne znaczenie, gdyż dotyczy osądzania w postępowaniu o charakterze karnym działalności orzeczniczej sędziego<sup>6</sup>. Chodziło zatem o doprecy-

---

<sup>4</sup> Michał Stępień, *Precedens w orzecznictwie ETS*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2005, nr 65, s. 257.

<sup>5</sup> Na przykład: Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2004 r., III SPP 42/04, OSNP 2005, nr 5, poz. 71 i uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2005 r., III BZP 2/05, OSNP 2006, nr 7-8, poz. 106.

<sup>6</sup> Na przykład wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2002 r., SNO 18/02, Lex 470242.

zowanie przesłanek odpowiedzialności w taki sposób, by orzecznictwo dyscyplinarne nie wkraczało w sferę, w której sędziowie są niezawisli.

W moim przekonaniu precedensowy charakter mają orzeczenia, w których dochodzi do przełamania przyjętego sposobu rozumienia prawa. Dzieje się tak na skutek analizy krytycznego piśmiennictwa albo uargumentowanej kontestacji dotychczasowego orzecznictwa zawartej w tak zwanych pytaniach prawnych składów Sądu Najwyższego lub sądów niższych instancji. Tak stało się w przypadku uchwały, w której przełamano ugruntowane rozumienie pojęcia „usprawiedliwiona nieobecność w pracy” z art. 41 k.p. jako odnoszącego się również do sytuacji, kiedy to pracownik świadczy pracę, a następnie przedstawia zaświadczenie lekarskie o niezdolności do pracy w tym dniu. Na skutek kolejnego pytania sądu powszechnego Sąd Najwyższy zmienił wcześniejszy pogląd i uznał, że tylko faktyczna nieobecność w pracy (a w każdym razie nieświadczenie pracy) może być traktowana jako okoliczność uniemożliwiająca dokonanie wypowiedzenia umowy o pracę<sup>7</sup>. W innym orzeczeniu zmieniono postrzeganie tak zwanej skargi na przewlekłość postępowania jako środka o znaczeniu incydentalnym, będącego reakcją na trwającą zwłokę, służącego zakończeniu postępowania. Przydano tej skardze bogatsze znaczenie, dopuszczając jej uwzględnienie (merytoryczne rozpoznanie) w sytuacji, gdy po jej wniesieniu, a przed rozpoznaniem doszło do wydania orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie<sup>8</sup>. W pewnym sensie precedensowy charakter mają orzeczenia Sądu Najwyższego wydane w celu

---

<sup>7</sup> Uchwała Sadu Najwyższego z dnia 11 marca 1993 r., I PZP 68/92, OSNCP 1993, nr 9, poz. 140.

<sup>8</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2008 r., III SPZP 1/07, OSNP 2008, nr 13-14, poz. 205.

usunięcia rozbieżności w orzecznictwie, także w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W takich przypadkach mamy zazwyczaj do czynienia z przepisami prawnymi, których brzmienie uzasadnia rozmaite ich rozumienie, a „precedensy” nadają tym przepisom jedno z możliwych znaczeń.

Ostatnią grupą orzeczeń Sądu Najwyższego, które byłabym skłonna określić jako precedensowe, stanowią te, w których zaprezentowano nowatorskie spojrzenie na normy prawne, bez negowania dotychczasowej ich wykładni. Pierwszy przykład to wyrok Sądu Najwyższego, w którym za niegodziwe uznano zbyt wysokie wynagrodzenie za pracę płatne z funduszy publicznych. Do czasu wydania tego orzeczenia cechą niegodziwości przypisywano wyłącznie wynagrodzeniom zbyt niskim<sup>9</sup>. Drugi przykład to postanowienie, w którym uznano, że motywy orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego zakończonego przed polskim sądem postępowania mogą być rozważane jako przesłanki wznowienia postępowania wymienione w Kodeksie postępowania cywilnego, zwłaszcza przesłanka pozbawienia strony możliwości działania w rozumieniu art. 401 pkt 2 k.p.c.<sup>10</sup> Ostatni przykład odnosi się do szczególnej ochrony stosunków pracy działaczy związkowych. Ustawodawca nie przewidział zapewne, że wprowadzając nakaz uzyskania zgody organizacji związkowej na rozwiązanie stosunku pracy, także niezwołane z winy pracownika, doprowadzi do sytuacji, w której nie będzie można w zgodzie z prawem zwolnić nawet takiego działacza, który łamie wszelkie normy (przykład z orzecznictwa: kierowca pijący alkohol w miejscu pracy, dopuszczający się

---

<sup>9</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 sierpnia 2001 r., I PKN 563/00, OSNP 2002, nr 4, poz. 90.

<sup>10</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2007 r., I PZ 5/07, OSNP 2008, nr 13-14, poz. 196.

napaści na współpracownicę). W ówczesnym stanie prawnym nie było możliwe odwołanie się do zasad współżycia społecznego przy nieuwzględnieniu żądania przywrócenia do pracy. Sąd Najwyższy sięgnął więc po zapomnianą klauzulę społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa wywodząc, że prawo powrotu do pracy pracownika zwolnionego niezgodnie z prawem (bez wymaganej ustawą zgody związku zawodowego) ma wymiar społeczny, a zatem korzystanie z tego prawa nie może doprowadzić do zgorzenia („obniżenia morale załogi”)<sup>11</sup>.

*Junior partner* po skonfrontowaniu przepisu ustawy z rzeczywistością społeczną usiłuje odczytać taką normę prawną, która byłaby do zaakceptowania nie tylko jako poprawnie wywiedziona w świetle zasad wykładni prawa, ale też z punktu widzenia najzwyczajniej rozumianej sprawiedliwości i zdrowego rozsądku. Przywołane przykłady pokazują, jak orzeczenia nie będące precedensami w ścisłym tego słowa znaczeniu otwierają nowe rozumienie prawa, nowe „linie orzecznicze”, prowadzą do rozwoju judykatury i prawa.

---

<sup>11</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 1994 r., I PZP 40/03, OSNP 1994, nr 12, poz. 230.



## **Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa**

Chciałbym zacząć od uświadomienia konieczności podjęcia decyzji, czy chcemy rzeczywistego, czy tylko pozornego prawa precedensowego. Najpierw jednak zauważmy, że z pierwszej części tej konferencji wynika, iż każdy z panelistów operował różną definicją pojęcia „precedens”.

Pani prof. Łętowska omówiła zjawisko fałszywego precedensu. Pani sędzia Flemming-Kulesza pokazała, w jaki sposób istniejące orzecznictwo kształtuje jej własne rozstrzygnięcia. Natomiast dr Bodnar mówił o sprawach atypowych, a więc trudnych. Tak powstały jakby trzy różne definicje precedensu, ale bardzo ściśle łączące się z pytaniem postawionym w tytule tego opracowania: po co prawnikom filozofia prawa? Mnie szczególnie zainteresowało to, co w kontekście paradygmatu pozytywistycznego mówiła prof. Łętowska.

W końcu maja 2008 r. przez polskie media przetoczyła się fala uzasadnionego oburzenia spowodowanego wyrokiem moskiewskiego sądu w sprawie rehabilitacji ofiar mordu katyńskiego i ich rodzin<sup>1</sup>. Mówiąc w dużym skrócie chodziło o to, że sędzia Igor Tuleniew zakwestionował czynną legitymację procesową krewnych ofiar zbrodni, ponieważ – jego zdaniem – zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Federacji Rosyjskiej o rehabilitacji ofiar represji politycznych prawo do odwołania przysługuje jedynie

---

<sup>1</sup> Por. np. *Rosyjski sąd drwi z Katynia*, „Gazeta Wyborcza” z 27 maja 2008 r.

obywatelowi, którego prawa zostały bezpośrednio naruszone, *ergo* – w tym wypadku jedynie samym ofiarom zbrodni. Jeśli założyć, że istotnie zastosowanie miał ten właśnie przepis i że został on prawidłowo zinterpretowany, to nie trudno nie dostrzec absurdalności zarówno samego prawa, jak i wydanego na jego podstawie orzeczenia. Przy tym założeniu z Katynia zadrwił sobie przede wszystkim rosyjski ustawodawca, a dopiero w drugiej kolejności moskiewski sąd. Pomijając w tym miejscu dalsze losy tej sprawy w toku instancji można powiedzieć, że źródłem naszego oburzenia jest nie tylko prawo i proces jego stosowania, ale także, a może przede wszystkim, decydujący o specyfice problemu kontekst historyczny, moralny, polityczny, społeczny, narodowy etc., którego sąd nie uwzględnił, ponieważ albo z powodów pozaprawnych nie chciał, albo z powodów prawnych nie mógł uwzględnić.

Jeśli jednak pominać te istotne i uzasadnione, ale w gruncie rzeczy emocjonalne czynniki, to powstaje następujące pytanie: Jak w sensie prawnym w podobnej sprawie zachowałby się przeciętny polski sędzia? Inny słowy, co zrobiłby w sytuacji, gdyby przepis dotyczący czynnej legitymacji procesowej określał mu w sposób enumeratywny krąg uprawnionych podmiotów. Czy zwracałby uwagę na skutki swojej decyzji z punktu widzenia elementarnej sprawiedliwości i słuszności, czy też przeciwnie – kierowałby się wyłącznie literalną wykładnią przepisu prawa procesowego? Dla potrzeb tych rozważań zakładam, że rozstrzygnięcie tego dylematu wymaga wkroczenia na grunt filozofii prawa.

Sprawa wyroku moskiewskiego sądu jest dla mnie w tym miejscu jedynie egzemplifikacją i punktem wyjścia w rozważaniach, jakie skutki w procesie tworzenia, stosowania, wykładni, obowiązywania i przestrzegania prawa może mieć powszechny deficyt refleksji filozoficzno-prawnej. Przy dosyć powszechnie panującym w Polsce pozytywistycznym paradygmacie stoso-



wania prawa nie ma tu miejsca na oburzenie. Pozwolę sobie postawić tezę, że przeciętny polski sędzia zachowałby się tak samo, gdyby miał tak jednoznaczny przepis. Pomijam tutaj materię tego przepisu. Założmy, że zakreślałby krąg podmiotów uprawnionych do określonej czynności prawnej i że osoba x nie mieściłaby się w tym kręgu. Prezentowałem ten przypadek jakiś czas temu na ogólnopolskich dniach prawniczych w Bydgoszczy, które skupiły głównie sędziów. Prowadzącym panel był tam prof. Andrzej Marek – wybitny karnista. W przerwie obrad powiedział mi, że nie może zgodzić się ze mną, iż polski sędzia zachowałby się tak samo, ponieważ zastanawiałby się, czy mu sąd wyższej instancji tego orzeczenia nie uchyli. Stwierdziłem wtedy, że jest jeszcze gorzej, niż sądziłem, ponieważ okazuje się, że polski sędzia, oczywiście nie każdy, koncentruje swój wysiłek intelektualny nie na rozstrzygnięciu, tylko na trosce o wzruszalność bądź niewzruszalność swojego orzeczenia.

Podejście takie uznajemy za poszukiwanie precedensu, ale w gruncie rzeczy nie ma ono nic wspólnego z precedensem. Kiedy będzie można mówić o systemie precedensowym w Polsce? Wtedy, kiedy sędzia będzie szukał wcześniejszego rozstrzygnięcia, a znalazwszy rozwiązanie zgodne zarówno z literą, jak i z duchem prawa, będzie się czuł nim związany. Nie wtedy zaś, kiedy będzie szukał rozstrzygnięcia we wcześniejszych orzeczeniach tylko po to, by sąd wyższej instancji nie uchylił jego orzeczenia. Przyjmijmy, że jest to pierwszy typ fałszywego precedensu, czyli troska o niewzruszalność własnego orzeczenia.

Drugi typ fałszywego precedensu, który chciałbym zaprezentować, kojarzy mi się ze wspomnieniami z okresu aplikacji. Doszedłem wówczas do wniosku, błędnego w gruncie rzeczy, że w Polsce panuje system precedensowy. Pamiętam z sali sądowej, że jeśli wystąpił adwokat i przedstawił sądowi opublikowane orzeczenie Sądu Najwyższego, to sąd był przekonany o słusz-

ności jego racji. Nie chcę oczywiście generalizować, ale tak to wówczas wyglądało i prawdopodobnie nadal tak wygląda. Przed wyjazdem do Warszawy na tę konferencję zapytałem dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej w Gdańsku, jak to wygląda teraz, ponieważ sam nie mam bezpośredniego kontaktu z bieżącą praktyką sądową. Odpowiedział mi, że w gruncie rzeczy niewiele się zmieniło, tyle że dzisiaj nie powołuje się już na czerwone (OSNKW) i zielone (OSNCP) zeszyty Sądu Najwyższego, lecz raczej na wydruk z komputerowej bazy LEX. Jest to więc drugi typ fałszywego precedensu.

Kolejny typ wiąże się z problemem eufemizmów, które funkcjonują w języku prawniczym. Często pojawia się np. taki eufemizm jak „linia orzecznicza”. Być może jest to bardzo chwalebne zjawisko, ustanawiające pewne kierunki utrwalonego i stałego, *ergo* – dobrego, orzecznictwa. Jednak trzeba pamiętać o tym, że może to być bardzo niebezpieczne narzędzie w rękach sądów jako element instrumentalizacji prawa. Za jedną z ciekawszych spraw ostatnich lat uważam procesy tzw. strzelców przy Murze Berlińskim<sup>2</sup>. Przepis art. 27 ustawy o granicach państwowych NRD przewidywał możliwość użycia broni przez służbę graniczną w stosunku do osób nielegalnie przekraczających granicę, lecz pod warunkiem, że czyn wypełniał pewne znamiona. Przepis odsyłał do odpowiedniego paragrafu NRD-owskiego kodeksu karnego, który precyzował różne typy przestępstw i pozwalał na użycie broni jedynie w stosunku do ciężkich przestępstw. Ciężkie przestępstwo mogło polegać np. na przekraczaniu granicy z użyciem narzędzia niebezpiecznego. Wytoczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej dokonały jakby „twórczej” wykładni i zinterpretowały pojęcie „niebezpiecznego narzędzia”.

---

<sup>2</sup> Szerzej na ten temat zob. J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur. Procesy tzw. strzelców przy Murze Berlińskim*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2003.

Okazało się, że niebezpiecznym narzędziem w tym kontekście jest przede wszystkim drabina. No bo jak można było sforsować Mur Berliński bez drabiny? W związku z tym Sąd Najwyższy, wychodząc naprzeciw potrzebom instrumentalnie pojętej praktyki, zakwalifikował drabinę jako narzędzie niebezpieczne.

Wracając do pytania postawionego w tytule tej konferencji: czy w Polsce jest system precedensowy? Moim zdaniem przy określonym pojęciu precedensu zdecydowanie nie. W prawie anglosaskim sędzia szuka precedensu, w poszukiwaniu optymalnego rozstrzygnięcia czuje się bowiem nim związany. W Polsce natomiast robi to, aby sąd wyższej instancji nie uchylił orzeczenia, a być może nawet po to, by uzasadnienie orzeczenia pierwszoinstancyjnego po prostu ładnie i mądrze wyglądało. Wspomniałem już o swoim braku doświadczenia prawniczego. Dlatego w dalszych rozważaniach skupię się na tym, co jest mi bliższe, tj. na filozofii prawa. Jednocześnie wychodzę z założenia, być może błędnego, że zjawisko fałszywego (pozornego) precedensu jest po części wynikiem wspomnianego deficytu filozoficzno-prawnego wśród polskich sędziów, *ergo* – jest do pewnego stopnia kwestią mentalną zdeterminowaną pozytywistycznym paradygmatem prawa we wszystkich jego obszarach: tworzenia, stosowania, wykładni, obowiązywania i przestrzegania. Zakładam też, że problem precedensu nie pojawia się w każdej sprawie; pojawia się przede wszystkim tam, gdzie mamy do czynienia, operując terminologią z kręgu anglosaskiej kultury prawnej (a więc charakterystycznej dla prawa precedensowego), z tzw. trudnymi przypadkami (*hard cases*). Będzie to wymagało wyjaśnienia, co dla potrzeb tego wystąpienia rozumiem przez to pojęcie.

Na pytanie postawione w podtytule, po co właściwie prawnikom filozofia prawa, większość prawników naprawdopodobniej odpowie: nie wiem. Po głębszym zastanowieniu, zakładając, że będą szczerzy, udzielą odpowiedzi bardziej konkretnej: w mojej

codziennej pracy filozofia prawa jest mi do niczego niepotrzebna. Ta reakcja dotyczy nie tylko prawników i filozofii prawa, lecz większości przeciętnych ludzi i filozofii w ogóle. W potocznym odbiorze filozofia kojarzy się bowiem z czymś tak odległym, mglistym, metafizycznym, niezrozumiałym i spekulatywnym, że staje się synonimem kontrfaktyczności i antypraktyczności. W przypadku osób z wyższym wykształceniem dochodzi do tego odległe – dla jednych bardziej, dla innych mniej miłe – wspomnienie obowiązkowego przedmiotu, którego zaliczenie odbywało się w myśl studenckiego paradygmatu „zakuć, zdać, zapomnieć”.

W programie studiów prawniczych, niezależnie od historii filozofii ogólnej wykładanej w pierwszym roku edukacji, pojawia się także teoria i filozofia prawa prezentowana najczęściej w jednym z ostatnich semestrów. W założeniu powinna stanowić klamrę spinającą w pewną całość edukację rozpoczętą od podstaw prawniczego warsztatu w ramach wstępu do prawniczości, a „w środku” wypełnioną dogmatykami prawniczymi. W tym sensie jest jakby postawieniem kropki nad „i” i prezentacją prawa nie przez pryzmat prawa administracyjnego, cywilnego, finansowego, konstytucyjnego, karnego, międzynarodowego etc., lecz przez pryzmat jego idei jako całościowego systemu i to z perspektywy „lotu ptaka”. Filozofia prawa jest więc ogólną nauką, o złożonej deskryptywno-normatywnej strukturze, umożliwiającą spojrzenie przede wszystkim z pozycji „zewnętrznego obserwatora”, ale przydatną także w perspektywie „wewnętrznego uczestnika” fenomenowi prawa. Niestety, w praktyce jest to tylko hipotetyczne założenie, które kompletnie nie przekłada się na studenckie wyobrażenia o filozofii prawa i ich późniejsze wspomnienia w roli prawników praktyków. Nawet bowiem jeśli ta syntetyczna charakterystyka jest trafna i dobrze oddaje istotę filozofii prawa jako specyficznej metody zastosowanej do specyficznego fenomenu, to w ogóle nie odpowiada na postawio-

ne w tytule pytanie: „po co prawnikom filozofia prawa?” Czy jest ona tylko niezbędnym (zbędnym?) i uświęconym tradycją elementem prawniczej erudycji zakorzenionym w klasycznym modelu kształcenia, czy ma jednak konieczny (niekonieczny?) wymiar praktyczny w pracy przyszłego sędziego, prokuratora, notariusza, radcy prawnego czy adwokata? Kwitowanie tego pytania wizją światłego człowieka, któremu filozofia pozwala lepiej zrozumieć świat, jest prawdziwe, ale w istocie banalne. Trzeba jednak przyznać, że odpowiedzi na pytanie „po co prawnikom filozofia prawa?” wcale nie ułatwiają uprawiający tę dyscyplinę uczeni. Więcej nawet, filozofia prawa uprawiana przez filozofów w sposób istotny różni się od tej, którą uprawiają prawnicy. Widać to w sporach o metodologiczny status omawianej dyscypliny – dla jednych jest częścią filozofii ogólnej, dla innych częścią nauk prawnych, dla jeszcze innych – jednocześnie i jednym (z uwagi na metodę), i drugim (z uwagi na przedmiot).

W ostatnich latach w Polsce i na świecie można zaobserwować renesans problematyki filozoficznoprawnej jako ogólnej refleksji nad prawem<sup>3</sup>. Coraz częściej pojawiają się też pytania o status metodologiczny filozofii prawa jako nauki<sup>4</sup> i jej stosunek do teorii prawa<sup>5</sup>. W tym kontekście rodzi się też inne

---

<sup>3</sup> W literaturze polskiej za pierwszy zwiastun tego renesansu można było uznać publikację *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, red. B. Czech, Katowice 1992. Ciekawe jest jednak to, że inicjatywa napisania tego tomu wyszła ze środowiska sędziowskiego, a więc ze strony prawników praktyków odczuwających na początku procesu transformacji deficyt refleksji filozoficznoprawnej.

<sup>4</sup> Por. np. R. Alexy, *The Nature of Legal Philosophy*, „Ratio Juris”, t. 17, nr 2, 2004, s. 156-167; S. Urbina, *What Is Legal Philosophy?*, „Ratio Juris”, t. 18, nr 2, 2005, s. 144-161.

<sup>5</sup> D. v. der Pfordten, *Was ist und wozu Rechtsphilosophie?*, „Juristenzeitung”, nr 4, 2004, s. 157-166.

zagadnienie: relacji pomiędzy filozofią prawa a szczegółowymi dogmatykami prawniczymi (lub szerzej – szczegółowymi dyscyplinami w ramach nauk prawnych w ogólności).

Nie ulega wątpliwości, że filozofia na różne sposoby infiltruje i kształtuje umysłowość prawników. J. Woleński ujmuje to w odniesieniu do teoretyków w następujący sposób: „Istnieją co najmniej cztery drogi przenikania idei filozoficznych do teorii prawa. Po pierwsze, każdy teoretyk prawa operuje określonym ogólnym aparatem pojęciowym, którego część zapożycza z dzieł filozoficznych. (...) Po drugie, teoretycy prawa chcąc uzupełnić swą wiedzę filozoficzną celowo sięgają do książek filozoficznych bądź też uczestniczą w wykładach i seminariach prowadzonych przez filozofów. (...) Po trzecie, teoretyk prawa rozważając takie czy inne zagadnienia swej dyscypliny natrafia na wyraźne problemy filozoficzne lub też takie, które z filozofią wiążą się pośrednio. (...). I wreszcie po czwarte, teoretyk prawa może przyjąć ogólną perspektywę jakiejś szkoły filozoficznej i wedle tej właśnie perspektywy modelować swą teorię prawa”<sup>6</sup>.

Dla potrzeb tego eseju zakładam, że nie dotyczy to tylko teoretyków prawa, lecz także przedstawiciele szczegółowych dogmatyk prawniczych oraz nauk historyczno-prawnych, a także prawników-praktyków. Wiąże się to z bardziej generalnym pytaniem postawionym przez A. Peczenika: czy filozofia może pomóc naukom prawnym?<sup>7</sup> Można też zapytać inaczej: co wielcy filozofowie mogą dać prawnikowi-praktykowi?<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> J. Woleński, *Szkoła lwowsko-warszawska a polska teoria prawa*, „Studia Prawnicze”, 1985-1986, nr 3-4, s. 287.

<sup>7</sup> A. Peczenik, *Can Philosophy Help Legal Doctrine?*, „Ratio Juris”, 2004, t. 17, nr 1, s. 106-117.

<sup>8</sup> Tak T. Romer, M. Najda, *Etyka dla sędziów. Rozważania*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007.

Filozofię prawa można uprawiać na różne sposoby – albo od „filozofii ku prawu”, albo „od prawa ku filozofii”<sup>9</sup>. Dla prawników, nie tylko teoretyków, ale także praktyków, szczególnie interesujący wydaje drugi z tych modeli. Lektura współczesnej literatury na ten temat pozwala na wyodrębnienie czterech możliwych ujęć.

Temat może być opracowany niejako „od wewnątrz” konkretnej dogmatyki prawniczej, tj. przede wszystkim przez uwypuklenie jej szczególnych cech wynikających ze specyfiki danej gałęzi prawa (model 1). Można więc pokazać, na czym ta specyfika polega w odniesieniu do źródeł prawa, procesu jego stanowienia i stosowania, metod wykładni, problemów przestrzegania i sankcji, społecznych funkcji etc. – odpowiednio na gruncie prawa administracyjnego, cywilnego, finansowego, karnego, konstytucyjnego itd. W tym sensie każda ze szczegółowych dogmatyk prawniczych ma jakby „własną filozofię prawa”<sup>10</sup>.

Druga z możliwości oparta jest jakby na perspektywie „z zewnątrz” (model 2). W tym wypadku chodzi o zaprezentowanie, czy i w jaki sposób zajmowanie się określoną dogmatyką prawniczą wpływa na widzenie systemu prawa jako całości. Innymi słowy, czy na istotę prawa inaczej patrzy karnista, a inaczej administratywista, cywilista, internacjonalista, konstytucjonalista etc.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> W literaturze polskiej podkreśla to np. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Zakamycze 2000.

<sup>10</sup> Taką drogą idą np. autorzy niektórych opracowań zawartych w *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, red. J. Coleman, S. Shapiro, Oxford University Press, Oxford 2002, oraz w *Philosophy of Law and Legal Theory*, red. M. P. Golding, W. A. Edmundson, Blackwell Publishing, Malden-Oxford-Carlton 2005, opisujący specyfikę prawa deliktów, prawa kontraktów, prawa karnego, prawa konstytucyjnego, prawa międzynarodowego itd.

<sup>11</sup> Z takim ujęciem mamy do czynienia np. w *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Springer Law, Law and Philosophy Libra-

Zwróćmy uwagę na pewien charakterystyczny związek personalny pomiędzy filozofią prawa i dogmatyką prawniczą, jaki występuje w światowej nauce. Widać to szczególnie wyraźnie na przykładzie Niemiec. Otóż niemiecka filozofia prawa uprawiana przez prawników (w odróżnieniu od uprawianej przez filozofów) posiadała i posiada po dzień dzisiejszy pewną specyficzną cechę – zawsze łączona była i jest łączona z jakąś dogmatyką prawniczą. Na wyższych uczelniach wynika to przede wszystkim z potrzeb dydaktycznych – nie można uprawiać samej filozofii prawa (rzecz niezrozumiała w polskich warunkach, gdzie teoria państwa i prawa ma nadal wymiar samoistny, a filozofię prawa wykłada się ponownie dopiero od kilkunastu lat); trzeba to połączyć z jakąś dziedziną dogmatyczną, ponieważ takie są wymogi programu studiów i dydaktyki uniwersyteckiej. W przeszłości filozofię prawa łączono najczęściej albo z prawem karnym<sup>12</sup>, albo z ogólną nauką o państwie<sup>13</sup>. Wynikało to jakby z istoty tych dziedzin, ponieważ problemy z jednej strony sprawcy, czynu, winy, kary etc., z drugiej zaś władzy, demokracji, suwerenności etc. były i są problemami *par excellence* filozoficznymi. Nic więc dziwnego, że filozofią prawa w warunkach niemiec-

---

ry, t. 41, 1998. Zwraca uwagę podtytuł tego opracowania (*My Philosophy of Law*), ponieważ ta metoda stwarza okazję do zaprezentowania osobistych poglądów na prawo przez pryzmat uprawianej dogmatyki szczegółowej. Por. także M. E. J. Nielsen (red.), *Legal Philosophy. 5 Questions*, Automatic Press VIP 2007 (b.m.w.).

<sup>12</sup> K. Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für Strafrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2001, s. 19-26.

<sup>13</sup> Ciekawe, że do zasadniczego sporu pomiędzy pozytywistami i prawnonaturalistami w Republice Weimarskiej doszło w 1926 r. na zjeździe niemieckich prawników prawa państwowego w Münster – szerzej na ten temat M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 3, 1914-1945, C. H. Beck Verlag, München 1999, s. 189 i n.



kich zajmowali się zarówno karniści tej miary co C. A. Emge, K. Engisch czy H. Welzel, jak i konstytucjonaliści pokroju E. Kaufmanna, H. Kelsena, H. Hellera czy C. Schmitta. Problem zachował aktualność po dzień dzisiejszy. We współczesnej niemieckiej (a ściślej biorąc – niemieckojęzycznej) doktrynie prawniczej nadal filozofią prawa zajmują się głównie karniści (np. W. Hassemer, G. Jakobs, K. Kühn, W. Naucke, U. Neumann czy K. Seelmann) bądź konstytucjonaliści (np. R. Alexy, H. Dreier, R. Dreier, M. Kriele, G. Roellecke czy Ch. Starck). Nadal przeważa wprawdzie dogmatyka prawa karnego i konstytucyjnego<sup>14</sup>, ale jednocześnie filozofia prawa „rozlała się” także na inne dziedziny, jak prawo pracy (np. K. Adomeit) czy prawo cywilne i handlowe (np. w przeszłości K. Larenz, obecnie N. Horn, W. Ott). Filozofii prawa poświęcali się również wybitni niemieckojęzyczni prawnicy-internacjonaliści, by wymienić tylko A. Verdossa, a także H. Kelsena w późnym okresie jego twórczości, ale stanowili oni raczej wyjątek niż regułę.

To, że filozofią prawa zajmowali się i zajmują przedstawiciele poszczególnych dogmatyk, nie oznacza oczywiście, że próbowali oni jednocześnie tworzyć filozofię wyodrębnioną dla danej gałęzi prawa. Wręcz przeciwnie, najczęściej mamy do czynienia z ogólną refleksją nad prawem nie wynikającą w żaden szczególny sposób z uprawianej przez danego autora dziedziny szczegóło-

---

<sup>14</sup> Jest rzeczą bardzo charakterystyczną, że w opracowaniu podsumowującym na początku lat 90. XX w. stan niemieckiej filozofii prawa i filozofii społecznej najwięcej tekstów przygotowali właśnie karniści (*Strafrechtslehre*), a w drugiej kolejności szeroko pojęci konstytucjonaliści (*Staatsrechtslehre*) – R. Alexy, R. Dreier, U. Neumann (red.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, ARSP Beiheft nr 44, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1991; por. także U. Neumann, *Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945*, w: D. Simon (red.), *Rechtswissenschaft in Bonner Republik*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1994, s. 145-187.

wej. Połączenie dogmatyki prawniczej z filozofią prawa nie musi w ogóle prowadzić ani do tworzenia filozofii prawa charakterystycznej dla danej gałęzi prawa, ani tym bardziej do próby konstruowania własnej filozofii prawa danego autora. Czasami ogranicza się albo do wykorzystania refleksji *more philosophico* w badaniach nad danym problemem powstającym w analizie dogmatycznoprawnej (model 3), albo do sięgania do filozofii w ogóle i filozofii prawa w szczególności, w ramach metodologii określonej szczegółowej nauki prawa (model 4). W tym sensie każdy prawnik, mówiąc kolokwialnie, nosi w plecaku buławę filozofa i filozofa prawa<sup>15</sup>.

Związki filozofii prawa i dogmatyk prawniczych nie ograniczają się jednak współcześnie do wspomnianych „unii personalnych”. W ostatnim czasie następuje bowiem przenoszenie tego fenomenu na płaszczyznę, którą można by wręcz określić mianem instytucjonalnej. Przykładem tego jest powstawanie specjalistycznych periodyków naukowych łączących konkretną dogmatykę prawniczą z problematyką filozoficzną – np. w obszarze prawa międzynarodowego nowe czasopismo internetowe „Journal of the Philosophy of International Law”, a w obszarze prawa karnego wydawane od początku 2007 r. przez prestiżową oficynę Springer’a – „Criminal Law and Philosophy”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Pomijam szczegółową analizę rozpowszechnionego w nauce niemieckiej odróżnienia filozofii prawa (*Rechtsphilosophie*) od filozofii prawników (*Juristenphilosophie*) – szerzej na ten temat E. Buchholz-Schuster, *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln. Eine Untersuchung zur Funktion von „Juristenphilosophie”*, Nomos Verlag, Berlin 1998. Ostatnio próbuje się połączyć te dwa ujęcia – por. K. Kühl (red.), *Juristen-Rechtsphilosophie*, Dr. Kovac Verlag, Hamburg 2007.

<sup>16</sup> Zwróćmy przy tym uwagę, że ta sama oficyna, niezależnie od tej nowej inicjatywy, od dawna wydaje periodyk poświęcony problemom filozofii i prawa w ogóle – „Law and Philosophy”.

W inauguracyjnym numerze tego ostatniego pisma edytorzy podkreślają, że jedną z przyczyn powstania nowego periodyku łączącego szczegółową gałąź prawa z filozofią jest to, iż rośnie liczba „prawników zorientowanych w filozofii” oraz „filozofów zorientowanych w prawie”<sup>17</sup>. To prawda, że pod tym względem prawo karne wykazuje daleko idącą specyfikę, ale z drugiej strony tę uwagę można w moim przekonaniu odnieść w pewnym stopniu także do innych dogmatyk prawniczych – prawa administracyjnego, cywilnego, konstytucyjnego etc.

Moim zamiarem nie jest jednak rozstrzygnięcie sporu o metodologiczny status filozofii prawa. Dla potrzeb tego eseju nie interesuje mnie też, czym jest filozofia prawa w swojej istocie, jaki jest jej stosunek do innych nauk *in genere* i innych nauk prawnych *in specie* oraz jakie są jej funkcje. Odpowiedzi na te pytania można odnaleźć w większości podręczników akademickich<sup>18</sup>, ale tak naprawdę pasjonują one tylko wąskie grono specjalistów. Podstawowym celem jest próba wykazania na konkretnych przykładach, że filozofia prawa to nie tylko piękny ozdobnik prawniczej erudycji (a ściślej rzecz biorąc – kwiatek do jej „profesjonalnego kożucha”), lecz potrzebny, a nawet wręcz konieczny element warsztatu pracy prawnika. Więcej nawet, jestem przekonany, że prawnicy bardzo często odwołują się do rozumowania *more philosophico*, nie zawsze zdając sobie z tego sprawę – na takiej samej zasadzie jak bohater Molliera, pan Jourdain z komedii *Mieszczanin szlachcicem*, nie wiedział, że od 40 lat mówi prozą. Parafrazując Karola Marksa można powiedzieć, że dla prawników praktyczny wymiar i praktyczne

---

<sup>17</sup> A. Duff, C. Grant, D. Husak, R. Lippens, M. Matravers, *Editorial*, „Criminal Law and Philosophy” 2007, t. 1, nr 1, s. 1 i n.

<sup>18</sup> Por. np. R. Tokarczyk, *Filozofia prawa*, 9. wyd., Wydawnictwo UMCS, Lublin 2005

zastosowanie filozofii prawa są wprawdzie koniecznością, tyle tylko że dla większości jest to konieczność nieuświadomiona. W tym sensie nie zamierzam przekonywać teoretyków i filozofów prawa, ponieważ oni i tak są już przekonani – chodzi mi raczej o prawników w ogóle, zarówno przedstawicieli nauki, jak i świata prawniczej praktyki. W rezultacie mam świadomość, że podane niżej założenia metodologiczne mają bardzo ograniczone walory z teoretycznego punktu widzenia i w pewnym sensie są dopasowane do z góry założonej tezy, że prawnikowi potrzebna jest jednak filozofia prawa. Podzielam następujący pogląd R. Dworkina: „Każdy argument prawny o praktycznym znaczeniu, bez względu na to, jak jest szczegółowy i konkretny, zakłada taką abstrakcyjną podstawę, jakiej dostarcza mu prawoznawstwo, a gdy podstawy konkurują ze sobą, argument prawny przyjmuje jedną z nich i odrzuca pozostałe. Tak więc każde orzeczenie sądowe stanowi element filozofii prawa, nawet jeśli filozofia ta jest ukryta, a w jawnej argumentacji dominuje wskazanie podstawy prawnej i wyliczenie faktów. Prawoznawstwo stanowi ogólną część orzekania, jest cichym wstępem do każdej decyzji prawnej”<sup>19</sup>.

Po pierwsze zakładam, że praktyczna rola filozofii prawa pojawia się przede wszystkim tam, gdzie mamy do czynienia z tzw. trudnymi przypadkami (*hard cases*). Proponuję jednak, by to ostatnie pojęcie rozumieć znacznie szerzej niż we współczesnej nauce<sup>20</sup>. W rezultacie zakładam również, że przy takim ujęciu *hard cases* ich rozwiązanie bez zaangażowania, w sposób

---

<sup>19</sup> R. Dworkin, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 94.

<sup>20</sup> Szerzej na ten temat J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008 oraz tenże, *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, LexisNexis, Warszawa 2008.

uświadomiony bądź nieświadomiony, warsztatu filozoficzno-prawnego okazuje się w praktyce niemożliwe.

Po drugie przyjmuję, że prawnicy, jak zresztą większość ludzi, mają skłonność do swoistej fascynacji wnioskami *prima facie*. To zrozumiałe, gdzie sprawa jest prosta i mamy do czynienia z tzw. łatwym przypadkiem (*easy case*), nie należy jej bez potrzeby komplikować, skoro rozwiązanie problemu jest w zasięgu ręki. Problem polega jednak na tym, że niekiedy bardzo trudno wyznaczyć precyzyjną granicę pomiędzy *hard case* i *easy case*. To, co na pierwszy rzut oka wydaje się proste i nieskomplikowane, przy bliższym oglądzie okazuje się znacznie bardziej złożone. Rola filozofii prawa polega więc przede wszystkim na tym, by wykluczyć lub potwierdzić swoiste „drugie dno” problemu, a w przypadku potwierdzenia odrzucić wnioski *prima facie* i wniknąć w sprawę *more philosophico*.

Po trzecie proponuję takie rozumienie filozofii prawa, jakie w nauce niemieckiej zaproponował ostatnio D. v. der Pfordten<sup>21</sup>. Punktem wyjścia powinien być wprowadzony przez Kanta podział rozumu ludzkiego na rozum teoretyczny i rozum praktyczny. Przeniesienie tej klasyfikacji na grunt nauk prawnych oznacza, że filozofia prawa jako ogólna, zewnętrzna i deskryptywno-normatywna refleksja nad prawem zawiera z jednej strony teorię prawa (teoretyczny rozum analizujący, generalizujący i systematyzujący), z drugiej zaś etykę prawa (praktyczny rozum krytyczny). Z pewnym uproszczeniem można powiedzieć, że teoria prawa w tym ujęciu generalizuje i systematyzuje prawo takim, jakie ono jest; etyka prawa krytykuje go odwołując się do prawa takiego, jakim ono być powinno z punktu widzenia pewnego ideału prawa.

---

<sup>21</sup> Por. wyżej, przyp. 5.

Czym jest prawo w swojej istocie? Tylko narzędziem, które we wprawnych rękach „społecznego inżyniera” rozwiąże każdy, nawet najbardziej skomplikowany *hard case*? Czy może częścią otwartej, a przez to niedoskonałej humanistyki skazanej na rzeczywistość *per fas et nefas*? Co jest właściwie ostatecznym celem prawa: sprawne zarządzanie systemem czy dobro człowieka?

Jak to więc jest ze wspomnianymi wyżej *hard cases*: czy trudne przypadki tworzą złe prawo, czy może wręcz przeciwnie – w ogniu praktycznego dyskursu kształtują dobrego, mądrego i odpowiedzialnego prawnika? Jakie znaczenie w zawodowym życiu prawnika powinien odgrywać rozum praktyczny, *ergo* – filozofia prawa? Gdzie kończy się jej rola jako nośnika niezbędnej dla każdego systemu prawa aksjologii, a zaczyna zbędny czy wręcz niebezpieczny balast utrudniający proces stosowania prawa i prowadzący niekiedy do wykładni *contra legem*?

L. Morawski zadawał swego czasu pytanie, co może dać nauce prawa postmodernizm<sup>22</sup>. W pewnym stopniu nawiązuję tu do tego, ale w nieco szerszym aspekcie. W dobie postmodernistycznego podważenia utrwalonych paradygmatów, a zwłaszcza zakwestionowania założeń fikcji racjonalnego prawodawcy, filozofia prawa jako element warsztatu prawnika nie może dłużej budzić reakcji podobnych do zdziwienia pana Jourdaina, powinna stać się uświadomioną koniecznością.

Pytanie „po co prawnikom filozofia prawa” nie jest moim pomysłem. Zadawano je już od dawna, zadaje się je także współcześnie. Wystarczy wskazać, na problem postawiony np. przez M. Safjana w kontekście sporów konstytucyjnych: czy bardziej

---

<sup>22</sup> L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, TNOiK, Toruń 2001.

potrzebujemy sędziego pozytywisty, czy filozofa<sup>23</sup>. Próba odpowiedzi zawarta tu jest następująca: potrzebujemy, w jednej osobie, i jednego, i drugiego, ponieważ pozytywizm nie oznacza *a priori* postawy afilozoficznej czy wręcz antyfilozoficznej. Pozytywizm jest naturalnym i niezbędnym instrumentarium pracy prawnika, ale tylko do poziomu wniosków *prima facie*; za nimi rozpościera się nieograniczona przestrzeń trudnych przypadków, przy których rozwiązywaniu nie wystarcza już zwykły prawniczy warsztat, a nawet kantowski rozum teoretyczny i odpowiadająca mu teoria prawa, lecz trzeba sięgnąć do rozumu praktycznego i odpowiadającej mu etyki prawa.

Warto przypomnieć filozofię prawa Gustawa Radbrucha<sup>24</sup>. Jego zdaniem idea prawa składa się z trzech elementów: bezpieczeństwa, celowości i sprawiedliwości. Prawo doskonałe to takie, które zabezpiecza idealną harmonię pomiędzy wszystkimi komponentami tej triady. Niestety, w życiu nie ma sytuacji idealnych, a doskonałe modele występują tylko w teorii. W związku z tym w praktyce pomiędzy bezpieczeństwem, celowością i sprawiedliwością prawa może dochodzić do konfliktów; czasami są to antynomie proste do rozwiązania w oparciu o wspomniane wyżej rozumowania *prima facie*, ale czasami mają charakter zasadniczy i fundamentalny, a wówczas nie jesteśmy sobie w stanie z nimi poradzić bez głębszej analizy filozoficznoprawnej. Pod wpływem doświadczeń wynikających z nazistowskiego bezprawia Radbruch sformułował po wojnie koncepcję tzw. ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa. Z punktu widzenia

---

<sup>23</sup> M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 202 i n.

<sup>24</sup> Szerzej na temat tej postaci por. J. Zajadło, *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch: portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2007.

głównego tematu tego eseju ta propozycja, zwana we współczesnej literaturze formułą Radbrucha<sup>25</sup>, wydaje się szczególnie interesująca, ponieważ żadna koncepcja filozoficznoprawna nie miała tak ogromnego wpływu na orzecznictwo sądowe. Na tym przykładzie najlepiej widać błędny charakter alternatywy „albo sędzia pozytywista, albo sędzia filozof”.

We współczesnej teorii i filozofii prawa pojęcie tzw. trudnych przypadków (czy inaczej: trudnych spraw – *hard cases*) łączy się najczęściej z anglosaską kulturą prawną, a zwłaszcza z integralną filozofią prawa Ronalda Dworkina<sup>26</sup>. Trudno się temu dziwić. Problem trudnych przypadków jest bowiem wprost proporcjonalny do roli, jaką w systemie prawa odgrywają organy stosujące prawo, zwłaszcza sądy. Nie oznacza to oczywiście, że *hard cases* występują wyłącznie w modelu *common law* i że są całkowicie obce kontynentalnej kulturze prawnej. Dla potrzeb niniejszego opracowania przyjęto jednak, że jest to wąskie, a może nawet zbyt wąskie znaczenie omawianego pojęcia, ponieważ w gruncie rzeczy ogranicza się do procesu stosowania prawa i w rezultacie także do jego wykładni. W literaturze powołującej się na prace Dworkina można spotkać następującą definicję: „Trudny przypadek w najogólniejszym ujęciu występuje,

---

<sup>25</sup> Szerzej na ten temat por. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2001.

<sup>26</sup> M. Zirk-Sadowski charakteryzując dwie sztandarowe prace Dworkina: *Taking Rights Seriously (Biorąc prawa poważnie)* oraz *Law's Empire (Imperium prawa)*, pisze: „W *Biorąc prawa poważnie* celem rozważań Dworkina było przedstawienie sposobu określania granic prawa w tzw. trudnych przypadkach. *Imperium prawa* zostało poświęcone rekonstrukcji mechanizmów posługiwania się przez prawników tak rozumianym prawem” – M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie*, w: R. Dworkin, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Oficyna Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2006, s. XIV.



gdy sędzia nie dysponuje jednoznaczną normą, która została wytworzona przez określony autorytet, ale to także przypadki trudności decyzyjnych wynikające z braku zgody wśród prawników<sup>27</sup>.

Niekiedy używa się pojęcia *hard cases* w sposób intuicyjny na określenie spraw szczególnie złożonych, a jednocześnie bulwersujących opinię publiczną. Typowym przykładem mogą być postępowania w sprawach ludobójstwa. Stephen Landsman swoją książkę poświęconą procesowi norymberskiemu oraz głośnym sprawom Adolfa Eichmanna, Johna Demianiuka i Imre Finty zatytułował w charakterystyczny sposób: *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases*<sup>28</sup>. Nie zawsze muszą to być sprawy aż tak spektakularne. Daniel E. Lee omawia w tym kontekście kwestię interwencji państwa w wolność jednostki w takich przypadkach jak np. problem obowiązku używania kasków przez motocyklistów, eutanazji wspomaganiej przez lekarza, zażywania marihuany, aborcji czy odmowy rodziców na zabieg medyczny dziecka<sup>29</sup>. Niektórzy autorzy

---

<sup>27</sup> B. Wojciechowski, *Rozstrzyganie tzw. trudnych przypadków poprzez odwołanie się do odpowiedzialności moralnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, 2004, t. LXX, s. 11.; por. także S. Sykuna, J. Zajadło, „Sprawy konstytucyjne w integralnej filozofii prawa Ronalda Dworkina”, „Gdańskie Studia Prawnicze”, 2004, t. XII, s. 288 i n. oraz S. Sykuna, *Trudne przypadki*, w: J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 339 i n.

<sup>28</sup> S. Landsman, *Crimes of the Holocaust: The Law Confronts Hard Cases*, Pennsylvania University Press, Philadelphia 2005; można też spotkać publikacje określające w ogóle problem ścigania sprawców masowych naruszeń prawa człowieka za *hard cases*, zwłaszcza w kontekście tzw. uniwersalnej jurysdykcji – por. np. International Council on Human Rights, *Hard cases: bringing human rights violators to justice abroad*, Versoix (Switzerland) 1999.

<sup>29</sup> D.E. Lee, *Freedom vs. Intervention: Six Tough Cases: Six Hard Cases*, Rowman&Littlefield Publishers, Lanham 2005.

używają też pojęcia *hard cases* w odniesieniu do skomplikowanych spraw konstytucyjnych<sup>30</sup> oraz złożonych problemów powstających w reżimach masowo naruszających prawa człowieka i rozwiązywanych później w okresach przełomów w ramach tzw. sprawiedliwości tranzytywnej (*transitional justice*)<sup>31</sup>. Szczególnie interesujące wydają się zwłaszcza te ostatnie, wiążą się bowiem z fundamentalnym pytaniem o granice i możliwości wykorzystywania instrumentarium prawnego (zwłaszcza prawa karnego) w procesie rozliczania przeszłości oraz stawiania historii przed sądem<sup>32</sup>.

Zdaniem B.H. Bixa różnica między przypadkiem trudnym i łatwym może się przejawiać w trzech aspektach: stopnia, czasu i pewności porozumienia, które prawidłowo wykształceni i rozsądni prawnicy są (lub nie są) w stanie osiągnąć w konkretnej sprawie<sup>33</sup>. Tak pojęte *hard cases* występują w różnych mutacjach także w koncepcjach innych autorów, którzy różnią się pomiędzy sobą nie tylko rozumieniem ich istoty, lecz przede wszystkim proponowanym sposobem ich rozwiązywania przez sąd stosujący prawo i dokonujący jego wykładni. Zdaniem M. Król można w związku z tym wyróżnić, obok koncepcji Dworkina, także inne ujęcia omawianego zagad-

---

<sup>30</sup> Por. np. L.A. Kloppenberg, *Playing It Safe: How the Supreme Court Sidesteps Hard Cases and Stunts the Development of Law*, New York University Press, New York 2002.

<sup>31</sup> Por. np. D. Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, Clarendon Press 1991; szerzej na ten temat R. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford-New York 2002.

<sup>32</sup> Szerzej na ten temat w literaturze polskiej por. J. Zajadło (por. wyżej, przypis 2).

<sup>33</sup> B.H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 81 i n.

nienia, np. H.L.A. Harta, N. McCormicka, A. Peczenika czy J. Wróblewskiego<sup>34</sup>.

Gwoli ścisłości trzeba powiedzieć, że pierwotnie trudne przypadki, chociaż niekoniecznie tak dosłownie nazwane, pojawiły się już w pozytywizmie Johna Austina oraz później w jego wyrafinowanej wersji zaproponowanej przez Harta, natomiast koncepcja Dworkina stanowiła rozbudowaną krytykę tak pojętego pozytywizmu w ogóle, a koncepcji Harta w szczególności. Pomijając podobne rozumienie samej istoty problemu, nie ulega wątpliwości, że jego nazwanie pojęciem *hard cases* jest powszechnie kojarzone jednak z nazwiskiem Dworkina<sup>35</sup>, mimo że Hart w posłowniu do swojej podstawowej pracy *The Concept of Law* także używa podobnych sformułowań<sup>36</sup>. W 1975 r. Dworkin opublikował na łamach „Harvard Law Review” obszerny esej pod takim właśnie tytułem: *Hard Cases*<sup>37</sup>. Za niezwykle charakterystyczny można uznać fakt, że to opracowanie było zmienioną wersją wykładu inauguracyjnego, jaki autor wygłosił w 1971 r. obejmując w Oxfordzie katedrę jurysprudencji po Harcie. Obaj autorzy w sposób istotny różnili się w kwestii rozwiązania problemu trudnych przypadków i wyniku tego rozwiązania.

U Harta, który uznawał, że system prawa składa się wyłącznie z reguł, rozwiązanie trudnych przypadków wymagało

---

<sup>34</sup> M. Król, *Koncepcje trudnych przypadków a prawomocność*, w: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Wydawnictwo UMK, Toruń 1998, s. 97-109.

<sup>35</sup> Tak np. R. Wacks, *Philosophy of Law. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 42 i n.

<sup>36</sup> Por. polskie wydanie H. L. A. Harta, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 364 i n.

<sup>37</sup> R. Dworkin, *Hard Cases*, „Harvard Law Review”, 1975, t. 88, s. 1057-1109.

wyjścia poza system dzięki tzw. pojęciom otwartotekstowym (*open texture*). Na gruncie pozytywizmu rodziło to oczywiście pewną trudność polegającą na ewentualnym prawotwórczym charakterze decyzji sądowej. Odejście od modelu prostej subsumpcji i rozerwanie bezpośredniego związku pomiędzy regułą a rozstrzygnięciem powoduje bowiem, że „sędziemu pozostaje sposób dyskrecjonalny oraz wyjście poza system prawa. (...) Hart próbuje ominąć trudności związane ze stanowiskiem uznającym decyzję sądową, podjętą w trudnym przypadku, za decyzję prawotwórczą. Jest to bowiem z punktu widzenia pozytywizmu rozwiązanie nie do zaakceptowania. Wobec tego Hart proponuje uznać taką decyzję za mieszczącą się w ramach przyjętego standardu poprawnej (to znaczy zgodnej z prawem) decyzji sądowej. Standard ten wyznaczony jest przez zakres znaczeniowy reguły zawierającej wyrażenia otwartotekstowe. Wyjście poza ten zakres to według Harta wyjście poza standard poprawności”<sup>38</sup>.

Dworkin wychodzi z zupełnie innego założenia<sup>39</sup>. Jego zdaniem w systemie prawa występują nie tylko reguły (*rules*), lecz także zasady (*principles*) oraz wytyczne (*policies*). Sędzia, który przy rozstrzygnięciu sprawy nie ma do dyspozycji jednoznacznego przepisu w znaczeniu reguły, nie musi, tak jak u Harta, wychodzić poza system prawa. Wręcz przeciwnie, powinien poszukać rozwiązania w ramach systemu na gruncie zasad i/lub wskazówek. Zgodnie z założeniami pozytywizmu sędzia wydając orzeczenie w trudnym przypadku zobowiązany jest do stosowania reguł prawnych. Tym samym jest związany pewnym gorsetem, poza który wyjść nie może. Szuka więc rozwiązania

---

<sup>38</sup> M. Król, *op. cit.* (przyp. 34), s. 99.

<sup>39</sup> Szerzej na temat jego koncepcji: R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, zwł. rozdz. IV, s. 155-242.

optymalnego nie w ogóle, ale w danych warunkach. Zdaniem Dworkina stojącego na gruncie integralnej filozofii prawa jest to niedostateczne, a nawet błędne. Reguła prawna może się bowiem okazać niewystarczająca, aby wydać słuszne orzeczenie – słuszne, operując retoryką Gustawa Radbrucha, z punktu widzenia sprawiedliwości, celowości lub bezpieczeństwa prawnego. O ile Hart w takiej sytuacji wyposażał sędziego w kompetencje do „swobodnego” wydania decyzji, o tyle filozofia integralna proponuje pozostanie w ramach systemu prawa i nakazuje odwołanie się do zasad prawnych. Dworkin stoi na stanowisku, iż sądowe rozstrzygnięcie trudnych przypadków nie może polegać na kreowaniu nowych reguł prawnych *ad infinitum*, lecz że trzeba wydobyć z systemu prawnego „drzemiące” w nim standardy w postaci zasad i wskazówek.

Mamy więc do czynienia z pewnym paradoksem: pozytywista Hart poszukuje rozwiązania trudnych przypadków na gruncie norm pozaprawnych, natomiast niepozytywista Dworkin – na gruncie zasad i wskazówek będących immanentną częścią systemu prawa.

Jeśli przyjąć, że fenomen prawa obejmuje jakby pięć „wymiarów” (tj. tworzenie, stosowanie, wykładnię, obowiązywanie i przestrzeganie), to na gruncie filozofii i teorii prawa problem *hard cases* w tradycyjnym ujęciu występuje wyłącznie w procesie stosowania prawa i połączonej z nim wykładni. W takim kierunku idzie także rozumienie *hard cases* w teoriach argumentacji prawniczej. W polskiej literaturze przedmiotu J. Stelmach uznaje, że trudne przypadki są istotnym elementem praktycznego dyskursu argumentacyjnego w ogóle, a dyskursu prawniczego jako jego odmiany w szczególności. Dyskurs praktyczny nie ma bowiem sensu na gruncie spraw prostych, nie budzących wątpliwości, jednoznacznych, niespornych: „Rozpoczynamy więc dyskurs tylko wówczas, gdy mamy do czynienia z tzw. przypad-

kiem trudnym, czyli takim, który nie może zostać rozstrzygnięty przy pomocy standardowych metod interpretacji – samego tylko dyskursu teoretycznego. To właśnie w związku z badaniem takich przypadków rozwinęła się m.in. cała współczesna teoria i filozofia argumentacji prawniczej<sup>40</sup>.

Jednakże podobnie jak u Harta i Dworkina, również teoria argumentacji prawniczej operuje kategorią *hard cases* wyłącznie na gruncie stosowania prawa i/lub jego wykładni. Prawidłowo prowadzony dyskurs prawniczy powinien bowiem pozostawać w ścisłym związku z obowiązującym prawem: „Gdyby dyskurs prawniczy nie był prowadzony w bezpośrednim związku z obowiązującym prawem (istnieje przecież taka możliwość), wówczas stałby się po prostu dyskursem etycznym. Dyskurs prawniczy, aby mógł być prawomocny i efektywny, musi więc posiadać dogmatyczny charakter. (...) Punktem wyjścia argumentacji prawniczej jest określenie obowiązującego dla spornego przypadku prawa. Wszelkie ustalenia wstępne, czynione najczęściej jeszcze w ramach dyskursu teoretycznego, umożliwiającego nam ustalenie stanu faktycznego i prawnego, są więc ustaleniami *de lege lata*. Praktyczny dyskurs prawniczy przenosi nas natomiast w sferę ustaleń *de lege ferenda*, czyli prawa postulowanego. (...) W sprawach prostych wystarczają ustalenia dokonywane w ramach dyskursu teoretycznego, a ich rozstrzygnięcia posiadają w istocie algorytmiczny (powtarzalny) charakter. Podejmując dyskurs praktyczny, rozpoczynamy «poszukiwanie prawa», niejako automatycznie, przenosząc się na płaszczyznę ustaleń *de lege*

---

<sup>40</sup> J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Zakamycze 2003, s. 38; szerzej por. także J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Wydawnictwo UJ, Kraków 1999 oraz J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2006.

*ferenda*, które oczywiście muszą zawsze pozostawać w «bezpośrednim związku» (czyli muszą być zgodne) z obowiązującym prawem, nawet wówczas, gdy prowadzą do precedensowego rozstrzygnięcia”<sup>41</sup>.

Na gruncie teorii interpretacji prawniczej podnosi się jeszcze jedną, niezwykle istotną różnicę między koncepcjami Dworkina i Harta. Otóż zdaniem Dworkina w trudnych przypadkach istnieje tylko jedno prawidłowe (słuszne) rozwiązanie (*right answer*)<sup>42</sup>, które wzorcowy sędzia Herkules powinien znaleźć odwołując się do zasad i wskazówek będących częścią systemu prawa. Gdyby tak było, to: po pierwsze, zbędny byłby dyskurs praktyczny i można by się ograniczyć do dyskursu teoretycznego; po drugie, nie mielibyśmy w gruncie rzeczy do czynienia z przypadkiem trudnym, lecz właśnie z łatwym. Jest więc dokładnie odwrotnie: istota trudnego przypadku polega na tym, że w procesie argumentacyjnego dyskursu można dojść do kilku rozwiązań, które da się uzasadnić na gruncie przyjętych kryteriów racjonalności i słuszności. Wówczas i tylko wówczas można wprowadzić do dyskursu dodatkowe kryteria, pozwalające na wybór jednego rozwiązania<sup>43</sup>.

Zarówno Dworkin<sup>44</sup>, jak i teoretycy argumentacji prawniczej<sup>45</sup> podają jako klasyczny przykład *hard case* sprawę, jaką

---

<sup>41</sup> Tamże, s. 59-61.

<sup>42</sup> R. Dworkin, *Is There Really No Right Answer in Hard Cases?*, w: tenże, *A Matter of Principle*, 9. wyd., Harvard University Press, Cambridge (Mass.) – London 2000, s. 119-145.

<sup>43</sup> J. Stelmach, *Kodeks...*, *op. cit.* (przyp. 40), s. 15 i n. oraz s. 20 i n.

<sup>44</sup> R. Dworkin, *op. cit.* (przyp. 39), *passim*.

<sup>45</sup> J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.* (przyp. 40), s. 87 i n.; w literaturze polskiej do tego przykładu za Dworkinem odwołuje się także np. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, 3. wyd., Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2003, s. 307.

w końcu XIX w. rozstrzygał Sąd Apelacyjny w Nowym Yorku – *Riggs v. Palmer* (wyrok z 8 grudnia 1889 r.). Chodziło w niej o problem odpowiedzi na pytanie, czy zabójca może dziedziczyć po swojej ofierze. Dworkin tak opisuje istotę tej sprawy: „W 1889 roku sąd nowojorski, w sławnej sprawie *Riggs v. Palmer* musiał zdecydować, czy spadkobierca wymieniony w ostatniej woli swego dziadka może zgodnie z nią dziedziczyć, pomimo że z tego właśnie powodu zamordował swego dziadka. Sąd przystąpił do rozumowania z następującym założeniem: «Jest prawdą, że ustawy regulujące zasady sporządzania, potwierdzania i wykonywania testamentu oraz przekazywania własności, przy ich dosłownej interpretacji i jeśli ich moc i skutki nie mogą podlegać kontroli ani być zmieniane w żaden sposób i w żadnych okolicznościach, przyznają to mienie mordercy». Jednakże dalej sąd zauważa, że «wszystkie prawa jak i umowy mogą być poddane kontroli co do swego działania i skutków ze względu na podstawowe zasady prawa powszechnego. Nikt nie może czerpać korzyści z popełnionego przez siebie oszustwa ani czerpać zysku z wyrządzonego przez siebie zła, ani też opierać jakichkolwiek roszczeń na popełnionej przez siebie niegodziwości czy też nabywać własności drogą przestępstwa». Morderca nie otrzymał swego spadku<sup>46</sup>.

Według Dworkina jest to klasyczny przykład *hard case*, w którym reguły prawne nie pozwalają osiągnąć zadowolającego rozstrzygnięcia. Nie musimy jednak szukać rozwiązania poza systemem prawnym, wręcz przeciwnie – z pomocą może nam przyjść zasada *ex iniuria ius non oritur*, która powoduje, że możemy odmówić Elmerowi Palmerowi prawa do dziedziczenia po swym dziadku Francisie Palmerze, mimo treści testamentu tego ostatniego. Innymi słowy, „zasada prawna «nikt nie powinien

---

<sup>46</sup> R. Dworkin, *op. cit.* (przyj. 39), s. 57 i n.



czerpać korzyści ze zła, które popełnił», produkuje wyjątek od reguły prawnej, zgodnie z którą Elmer miał dziedziczyć po swym dziadku<sup>47</sup>. Trzeba dodać, że wyrok nie zapadł jednomyślnie. Sędzia J. Gray załączył zdanie odrębne, w którym podnosił, że sprawa powinna być rozstrzygnięta na gruncie obowiązujących reguł prawa, które nie wykluczały Elmera Palmera z dziedziczenia. Jako zabójca poniósł on już konsekwencje karne swojego czynu i nie ma prawnych podstaw, by czynić to również w ramach prawa spadkowego. Decydujące znaczenie powinna mieć jasno wyrażona wola spadkodawcy. Nie można antycypować negatywnych ocen, ponieważ nie wiemy, czy Francis Palmer wydziedziczyłby swojego wnuka, gdyby wiedział, że ten będzie jego mordercą. Nie możemy bowiem wykluczyć, że przeważyłyby głębokie uczucie do wnuka i więzy krwi.

Na gruncie obowiązującego polskiego kodeksu cywilnego sprawa nie należałaby do *hard cases* z uwagi na następujący przepis: Art. 928. § 1. Spadkobierca może być uznany przez sąd za niegodnego, jeżeli:

1) dopuścił się umyślnie ciężkiego przestępstwa przeciwko spadkodawcy;

2) podstępem lub groźbą nakłonił spadkodawcę do sporządzenia lub odwołania testamentu albo w taki sam sposób przeszkodził mu w dokonaniu jednej z tych czynności;

3) umyślnie ukrył lub zniszczył testament spadkodawcy, podrobił lub przerobił jego testament albo świadomie skorzystał z testamentu przez inną osobę podrobionego lub przerobionego.

§ 2. Spadkobierca niegodny zostaje wyłączony od dziedziczenia, tak jak by nie dożył otwarcia spadku.

J. Stelmach i B. Brożek poddają sprawę *Riggs v. Palmer* szczególnej analizie logicznej i wskazują na pewne niebezpieczeń-

---

<sup>47</sup> J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.* (przyt. 40), s. 88.

stwo praktyczne wynikające z orzeczenia nowojorskiego sądu: „Otóż zasady mogą «produkować» wyjątki od reguł w konkretnych sprawach, a ilość tych wyjątków jest teoretycznie nieprzewidywalna. Zatem nigdy nie można poddać pełnej formalizacji jakiegokolwiek reguły prawnej, bo zawsze istnieje możliwość, że w jakiejś nieprzewidzianej przez nas sytuacji jakaś zasada «wyprodukuje» od niej wyjątek»<sup>48</sup>. Wydaje się jednak, że na tym właśnie polega istota *hard cases*.

Powyższe uwagi miały na celu: po pierwsze, potwierdzenie istnienia zjawiska trudnych przypadków; po drugie, ustalenie jego rozumienia na gruncie współczesnej teorii i filozofii prawa, zwłaszcza filozofii argumentacji prawniczej. Mamy więc do czynienia z pewnym utrwalonym paradygmatem, od którego niniejszy esej jest odstępstwem. Dla jego potrzeb przyjmuję bowiem znacznie szersze i nieco odmienne rozumienie zarówno istoty trudnych przypadków, jak i zakresu wykorzystania praktycznego dyskursu prawniczego.

Po pierwsze uważam, że trudne przypadki występują nie tylko w procesie stosowania prawa i powiązanej z nim wykładni, lecz mogą dotyczyć także pozostałych „wymiarów” fenomenu prawa – tworzenia, obowiązywania i przestrzegania. W tym sensie za czynnik decydujący o tym, czy mamy do czynienia z *hard case*, czy z *easy case*, uznaję fakt wielości możliwych rozwiązań, które da się uzasadnić w procesie dyskursu praktycznego na gruncie przyjętych kryteriów racjonalności i słuszności. Trudny przypadek w tym znaczeniu nie jest wyłącznie domeną sędziego poszukującego rozwiązania w konkretnej sprawie, w której nie ma do dyspozycji jednoznacznej reguły prawnej. Na podobne problemy argumentacyjne może napotkać także z jednej strony np. ustawodawca decydujący się na regulację lub na

---

<sup>48</sup> Tamże, s. 89.

powstrzymanie się od regulacji określonych stosunków społecznych, z drugiej zaś np. obywatel decydujący o odwołaniu się do instytucji cywilnego nieposłuszeństwa lub rezygnujący z tego. Nie zmienia to faktu, że z trudnymi przypadkami najczęściej mamy do czynienia w praktyce sądowej w procesie stosowania prawa i/lub jego wykładni. Dotyczy to także sfery obowiązywania prawa, np. kiedy sąd staje przed niezwykle rzadkim, ale jednocześnie niezwykle dramatycznym wyborem wynikającym z konfrontacji zasad *dura lex sed lex* oraz *lex iniustissima non est lex*. Historia ostatnich kilkudziesięciu lat dobitnie dowodzi, że ten wybór nie jest wcale i wbrew wszelkim pozorom wyłącznie hipotetyczną mrzonką filozofów prawa. Interesująca jest nie tylko konkretna decyzja podjęta w odniesieniu do *hard case*, lecz także filozoficznoprawny kontekst i generalne problemy towarzyszące dochodzeniu do tego rozstrzygnięcia.

Po drugie, rezygnuję z bezwzględnej akceptacji omówionej wyżej tezy o konieczności prowadzenia argumentacji w bezpośrednim związku z obowiązującym prawem. Uważam bowiem, że zawęży ona pojęcie *hard case*, ponieważ odnosi się wyłącznie do jego występowania na gruncie stosowania prawa i jego wykładni. Potwierdzam wprawdzie, że ten bezpośredni związek z obowiązującym prawem w procesie dyskursu prawniczego będzie najczęściej rzeczywiście występował, jednakże rozszerzenie trudnych przypadków np. na proces tworzenia prawa może spowodować, że ten związek przestanie być związkiem koniecznym. Czasami ustawodawca stoi przed decyzją, która nie ma bezpośredniego związku z obowiązującym prawem, ponieważ wkracza w obszar *terra incognita*. Jednocześnie uznaję, że brak koniecznego charakteru tego związku nie przesądza o automatycznej utracie przez dyskurs praktyczny miana dyskursu prawniczego i przesunięcie go wyłącznie na płaszczyznę dyskursu etycznego. O istocie dyskursu prawniczego moim zdaniem decyduje nie konieczność

bezpośredniego związku z obowiązującym prawem, lecz prawnie relewantny przedmiot dyskursu w ramach trudnych przypadków.

Po trzecie, uznają, że trudne przypadki występują przede wszystkim tam, gdzie dochodzi do zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi. Tradycyjnie podkreśla się, że najczęściej chodzi tutaj o relacje mogące zachodzić pomiędzy prawem a moralnością – według niektórych autorów to właśnie w tej sferze powinniśmy operować znacznie szerszym rozumieniem *hard cases* niż tym utrwalonym we współczesnej teorii i filozofii prawa<sup>49</sup>. Wprawdzie problem konfliktu norm prawnych z normami moralnymi ma znaczenie fundamentalne<sup>50</sup>, ale jednocześnie można wskazać także na inne obszary, w którym ta konfrontacja może wywoływać doniosłe skutki. W każdym z nich występują przykłady szeroko pojętych *hard cases*, ponieważ stajemy wobec konieczności dokonania wyboru pomiędzy różnymi, racjonalnie uzasadnionymi i słusznymi rozwiązaniami. Jest to więc zawsze wybór pomiędzy różnymi wartościami – w tym sensie argumentacyjny dyskurs prawniczy jest jednocześnie dyskursem aksjologicznym. Więcej nawet, dylematy moralne mogą powstawać nie tylko w zderzeniu prawa z etyką,

---

<sup>49</sup> Tak np. D. Bunikowski, *Ingerencja prawa we sferę moralności w trudnych przypadkach* (<http://www.racjonalista.pl/kk.php/s.4621>). Trzeba podkreślić, że nie jestem odosobniony w tym odmiennym i bardzo szerokim rozumieniu tzw. trudnych przypadków – por. np. C. Abbt, O. Diggelmann (red.), *Zweifelfälle*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2007, wskazujący na zderzenie prawa, filozofii i polityki.

<sup>50</sup> Np. D. Lyons łączy w ogóle problem *hard cases* z decyzjami moralnymi – por. *Etyka i rzędy prawa*, tłum. P. Maciejko, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2000, s. 84 i n.; w literaturze polskiej ostatnio łączy się też trudne przypadki z zagadnieniami etyki sędziowskiej – por. T. Romer, M. Najda, *Etyka dla sędziów. Rozważania*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007. Szerzej na temat zderzenia prawa z moralnością zob. M. H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford 2004.

lecz także w innych obszarach, np. mediów, medycyny, obyczajowości, polityki<sup>51</sup>. Nie pomijam oczywiście takich *hard cases*, które mieszczą się w paradygmacie wyznaczonym sporem Harta z Dworkinem. Jednakże w tym wypadku uznaję, że problem nie dotyczy konfliktu prawa z innymi systemami normatywnymi, lecz paradoksalnie – konfliktu prawa z samym sobą. Możemy mieć też do czynienia z trudnymi przypadkami, których rozwiązanie będzie wymagało sięgnięcia po prostu do reguł mądrości (*rules of prudence*) i tzw. zdrowego rozsądku (*common sense*).

Oliver Wendell Holmes, słynny sędzia i jeden z twórców amerykańskiego realizmu prawniczego, w opinii odrębnej załączonej do orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *Northern Securities Co v. United States* z 1904 r. napisał, że „wielkie sprawy, tak jak trudne sprawy, tworzą złe prawo” (*great cases like hard cases make bad law*). W jureksprudencji amerykańskiej to zdanie było i jest tak często cytowane, że można je uznać wręcz za rodzaj topiki prawniczej. U Holmesa stwierdzenie, że interesujące nas tutaj trudne przypadki tworzą złe prawo, miało jednak określone znaczenie *hic et nunc* – wiązało się z uznaniem, że istotą *common law* jest to, że sędzia najpierw rozstrzyga konkretną sprawę, a dopiero później na tej podstawie próbuje określić zasadę. Sprawy z jednej strony wielkie i spektakularne, z drugiej zaś skomplikowane moralnie i politycznie tworzyły więc złe prawo, ponieważ były atypowe: sformułowane na ich podstawie zasady dotyczyły sytuacji ekstremalnych i wykraczały poza standardy oraz potrzeby bieżącego obrotu prawnego. Konstatacja Holmesa wiązać się też może z niebezpieczeństwem wskazanym wyżej przez J. Stelmacha i B. Brożka – „nadprodukcją” wyjątków przez zasady w stosunku do reguł.

---

<sup>51</sup> Por. O. Ezra, *Moral Dilemmas in Real Life. Current Issues in Applied Ethics*, „Law and Philosophy Library”, t. 74, Springer Verlag 2006.

Współcześnie coraz częściej albo przypomina się tezę Holmesa w kontekście skomplikowanych problemów etycznych, politycznych i prawnych, albo próbuje się poddać ją istotnej weryfikacji<sup>52</sup>. Może jest bowiem wręcz przeciwnie: może to właśnie trudne przypadki kształtują dobrego sędziego<sup>53</sup> lub szerzej – dobrego prawnika. W tym miejscu skonstatujmy jedynie, że trudne przypadki wskazują na wartość dydaktyczną tej części filozofii prawa, która jest funkcją rozumu praktycznego w rozumieniu Immanuela Kanta. Jak już wspomniałem, dla potrzeb tego eseju przyjmuję za D. v. der Pfordtenem, że w szerokim znaczeniu filozofia prawa zawiera w sobie z jednej strony teorię prawa (teoretyczny rozum analizujący, generalizujący i systematyzujący), z drugiej zaś etykę prawa (praktyczny rozum krytyczny). Przy rozstrzygnięciu *hard cases* teoria prawa przestaje wystarczać prawnikowi, musi sięgnąć do rozumu praktycznego, *ergo* – do filozofii prawa *sensu stricto*.

Znany współczesny niemiecki teoretyk prawa Günther Teubner bardzo często odwołuje się do następującej anegdoty: „Pewien wiekowy szejk beduiński spisał swoją ostatnią wolę. Swój majątek – ogromne stado wielbłądów – podzielił między trzech synów. Achmed, najstarszy, miał odziedziczyć połowę majątku; Aliemu, młodszemu, należała się czwarta część, najmłodszemu zaś, Beniaminowi, przypaść miała szоста część stada. Po śmierci szejka okazało się, że stado liczy tylko jednaście wielbłądów. Achmed domagał się więc sześciu wielbłądów, czemu sprzeciwili się jego bracia. Nie mogąc dojść do porozumienia, synowie szejka zwrócili się do kalifa. Ten postanowił: «Ofiaruję wam

---

<sup>52</sup> F. Schauer, *Do Cases Make Bad Law?*, „The University of Chicago Law Review”, 2006, t. 73, s. 883-918.

<sup>53</sup> S. Sherry, *Hard Cases Make Good Judges*, „Northwestern University Law Review”, 2004, t. 99, nr 3, s. 3-31.

jednego z moich wielbłądów. Zwróćcie mi go, na Allacha, najszybciej jak to możliwe». Podzielenie stada liczącego dwanaście wielbłądów nie było trudne. Achmed otrzymał swoją połowę, sześć wielbłądów: Ali dostał swoją ćwierć, trzy wielbłądy.; Benjaminowi przypadła szósta część, czyli dwa wielbłądy. Szczęśliwi bracia nakarmili dwunastego wielbłąda, który pozostał im po podziale stada, i oddali go kalifowi”<sup>54</sup>.

Z tej bajki dla prawa i prawników mogą płynąć bardzo różne morały. Z punktu widzenia tego eseju pragnę wskazać na następujący. Praca każdego prawnika, zarówno teoretyka, jak i praktyka, polega w gruncie rzeczy na poszukiwaniu dwunastego wielbłąda. Prawo w znaczeniu prawa stanowionego (*lex*) bardzo często nie jest doskonałe i stajemy wobec konieczności znalezienia pewnej „nadwyżki” (*ius*) umożliwiającej podjęcie racjonalnej i słusznej decyzji. Czasami, gdy norma jest jednoznaczna i stan faktyczny nie budzi wątpliwości, ten proces poszukiwania dwunastego wielbłąda będzie stosunkowo łatwy. W praktyce, zwłaszcza gdzie dochodzi do styku prawa z innymi systemami normatywnymi, może natrafić na *hard case*. Z punktu widzenia przyjętej definicji trudnych przypadków do zderzenia *lex* i *ius* może dochodzić nie tylko w procesie stosowania prawa i jego wykładni, lecz także w odniesieniu do jego tworzenia, obowiązywania i przestrzegania. Tym „kalifem”, który pożyczka nam dwunastego wielbłąda (*ius*) dla rozwiązania prawnego równania (*lex*) i któremu trzeba go będzie oddać, jest po prostu szeroko pojęta idea prawa, wyrażona we wspomnianej już harmonii trzech elementów: bezpieczeństwa, celowości i sprawiedliwości.

Trudne przypadki pokazują, że pomiędzy *ius* i *lex* istnieje immanentny związek: *ius* bez *lex* okazuje się bezradne; *lex* bez *ius*

---

<sup>54</sup> G. Teubner, *Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda*, „Ius et Lex”, 2002, nr 1, s. 109 i n.

bardzo często bywa bezduszne. Jaka jest więc relacja pomiędzy prawem a szeroko pojętą humanistyką<sup>55</sup>? Czym jest właściwie prawo: także częścią humanistycznej kultury czy tylko narzędziem inżynierii społecznej<sup>56</sup>? Czy problemy leżące u podstaw *hard cases* to tylko tabu, które można przełamać, czy też może archetyp, którego nie chcemy podważać? Wreszcie, czy rzeczywiście *hard cases make bad law*, czy może odwrotnie: *hard cases make good lawyer*? Trudno bowiem nie zgodzić się z opinią znanego australijskiego sędziego Michaela Kirby, że „sądzić, znaczy uczyć się” i w związku z tym „formalizm i czysto mechaniczne podejście do wykonywania funkcji sędziowskiej uniemożliwia prawdziwe wypełnianie sędziowskiej roli”<sup>57</sup>.

Powróćmy do postawionego na wstępie pytania: jak w podobnej jak moskiewska (w sensie prawnym) sprawie zachowałby się przeciętny polski sędzia? Bez refleksji filozoficzno-prawnej najprawdopodobniej tak jak sędzia Igor Tuleniew, a nie tak jak sędzia w sprawie *Riggs v. Palmer*. Nie oznacza to oczywiście, że filozofia prawa stanowi panaceum na bolączki i niedostatki prawa we wszystkich jego pięciu wymiarach. Warto jednak w tym kontekście przypomnieć słowa Aarona Baraka, prezesa Sądu Najwyższego Izraela: „(...) filozofia prawa pomaga sędziemu zrozumieć jego rolę i spełnić tę rolę. Jest rzeczą ważną, by sędzia rozumiał filozoficzny dyskurs. Przez to może uczestniczyć w poszukiwaniu prawdy, jednocześnie rozumiejąc ograniczenia

---

<sup>55</sup> J. M. Balkin, S. Levinson, *Law and Humanities: An Uneasy Relationship*, „Yale Journal of Law & Humanities”, 2006, vol. 18, s. 155-187.

<sup>56</sup> D. Howarth, *Is Law a Humanity (or Is It More Like Engineering)?*, „Arts & Humanities in Higher Education”, 2004, t. 3, nr 1, s. 9-28.

<sup>57</sup> M. Kirby, *To Judge Is to Learn*, „Harvard International Law Journal”, 2007, t. 48, s. 36; w literaturze polskiej szeroko na ten temat por. M Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2007.



ludzkiego umysłu i złożoność ludzkiej natury. Z pomocą dobrej filozofii lepiej zrozumie rolę prawa w społeczeństwie i zadania sędziego w ramach prawa. Nie można zbyt wiele osiągnąć wyłącznie z dobrą filozofią, bez niej nie można osiągnąć nic”<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton-Oxford 2006, s. 116.



## **Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski *de lege ferenda***

Problem precedensowych orzeczeń w prawie polskim to kwestia, która w literaturze prawniczej pojawia się co jakiś czas i ma już długą historię. Wywołało ją wprowadzenie jeszcze w 1949 r. tzw. wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki prawniczej uchwalanych w postaci norm ogólnych i abstrakcyjnych przez Sąd Najwyższy. Wytyczne te zostały wyeliminowane z systemu prawa dopiero w 1989 r.<sup>1</sup> W połowie lat 1960. A. Stelmachowski formułował postulat uznania niektórych orzeczeń sądów w sprawach cywilnych za prawotwórcze<sup>2</sup>. Za wadliwy uznawał bowiem pogląd, że sądy nigdy nie tworzą prawa, a jedynie je stosują. Do jego prac nawiązywali inni autorzy, zarówno aprobująco, jak i krytycznie<sup>3</sup>. Idea precedensu wracała także

---

<sup>1</sup> Por. L. Łustacz: *O pozakonstytucyjnych formach działalności prawotwórczej*, „Państwo i Prawo” nr 4 z 1957 r., s. 7 i n.; por. A. Piotrowski: *Precedens w systemie polskiego prawa ustawowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, rok LVI (1994) nr 4, s. 77-78.

<sup>2</sup> A. Stelmachowski: *Prawotwórcza rola sądów (w świetle orzecznictwa cywilnego)*, „Państwo i Prawo” nr 4-5 z 1967 r., s. 611 i n.; tenże: *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 298-308.

<sup>3</sup> Polemicznie wobec A. Stelmachowskiego m.in. J. Wróblewski: *Sądowe stosowanie prawa a prawotwórczość* („Państwo i Prawo” nr 6/1967; por. przypis (\*) w: A. Stelmachowski: *Prawotwórczość...*, jw., s. 611). Patrz też J. Wróblewski: *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo”

jako przedmiot dyskusji przy okazji sporów o powszechnie obowiązującą wykładnię prawa dokonywaną przez Trybunał Konstytucyjny przed 1997 r., w dyskusji wokół paradygmatów wykładni prawa, w tym wokół wykładni konstytucji, sporach o bezpośrednie stosowanie konstytucji (po 1997 r.), o aktywizm i pasywizm sędziowski oraz przy podobnych okazjach. Swoje stanowiska prezentowali zarówno teoretycy i filozofowie prawa, przedstawiciele nauki prawa konstytucyjnego, jak i sędziowie Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz Trybunału Konstytucyjnego. Pytanie, czy jest miejsce (i jakie) dla precedensu w polskim porządku prawnym, ciągle nie znajduje satysfakcjonującej odpowiedzi.

## 1. Rozumienie precedensu w polskim dyskursie prawniczym

Punktem wyjścia analizy stanowisk prezentowanych w polskim piśmiennictwie musi być uzgodnienie wykorzystywanej terminologii. Bez tego nie sposób dokonać rekonstrukcji poglądów poszczególnych autorów i natrafia się jedynie na zamieszanie pojęciowe.

W rozważaniach polskich autorów poświęconych precedensom najczęściej wychodzi się od wprowadzonego przez J. Wróblewskiego rozróżnienia szerokiego i wąskiego ujęcia precedensu<sup>4</sup>. Pierwsze ujęcie oznacza normę ogólną zawartą

---

nr 10/1971, s. 530. Do tekstu A. Stelmachowskiego odwołuje się też większość z cytowanych dalej polskich autorów.

<sup>4</sup> J. Wróblewski: *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, s. 133 („precedens to decyzja, która *de facto* lub *de iure* wpływa na podejmowanie innych decyzji”). L. Leszczyński przyjmując powyższe szerokie ujęcie proponuje termin „precedens w słabym (miękkim) znaczeniu”. Patrz także: *Precedens jako*

w orzeczeniu sądowym, która w przyszłości będzie wpływała na inne decyzje sądowe. Ów wpływ może przybierać dwie postacie: może wynikać z przyjęcia zasady związania sądu (zwykle, choć nie wyłącznie, sądu niższego) wcześniejszym orzeczeniem innego sądu (tzw. *precedens de iure*), jak i z innych powodów mimo braku formalnego obowiązku naśladowania wcześniejszego orzeczenia (np. z racji autorytetu sądu wyższego, oportunizmu sędziów chcących uniknąć zarzutu dokonania błędnej wykładni). W tym drugim przypadku – pisze się – mamy do czynienia z *precedensem de facto*. Natomiast *precedens* wąsko ujmowany to rozwiązanie charakterystyczne wyłącznie dla systemu *common law*, polegające na związaniu sądu w konkretnej sprawie zasadą zawartą we wcześniejszym orzeczeniu tego samego lub wyższego sądu zapadłym również w konkretnej sprawie (*precedens konkretny de iure*). Związanie sądu wcześniejszym orzeczeniem sądu wyższego jest przy tym regulowane przez zasadę *stare decisis*<sup>5</sup>. Twierdzi się często, że w systemie *common law* nie występują *precedensy de facto*, natomiast w krajach prawa stanowionego nie uznaje się *precedensów de iure*. W krajach Europy kontynentalnej znane są zaś *preceden-*

---

źródło rekonstrukcji normatywnej podstawy decyzji stosowania prawa, w: *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Zakamycze 2003, s. 150.

<sup>5</sup> Również w kręgu *common law* spotyka się opinię, że ograniczenie istoty *precedensu* do zastosowania zasady *stare decisis* to „wąskie ujęcie *precedensu*”. Por. I. McLeod: *Legal Method*, 6<sup>th</sup> ed., Palgrave Macmillan, Basingstoke & New York 2007, s. 130. Szerokie ujęcie *precedensu* nie ogranicza się do krajów *civil law* i polega na przyjęciu, że podobne sprawy są rozstrzygane w podobny sposób. W ten sposób spójność orzecznictwa sądowego jest przejawem sprawiedliwości, a jednocześnie służy sprawności postępowań i ograniczeniu czynności interpretacyjnych i dowodowych, gdyż podobny przypadek już został wcześniej rozstrzygnięty.

sy abstrakcyjne polegające na sformułowaniu normy ogólnej przez sąd konstytucyjny w ramach badania zgodności normy ustawowej bądź podustawowej z ustawą zasadniczą, umową międzynarodową lub ustawą zwykłą (precedens abstrakcyjny, czasem zwany też precedensem interpretacyjnym)<sup>6</sup>.

W powyższym ujęciu pomieszane są często odmienne perspektywy badawcze (deskryptywna i normatywna) oraz kryteria uznawania orzeczeń sądowych za precedensowe. Rozróżnienie precedensów *de iure* i *de facto* ma bowiem przede wszystkim charakter opisowy i jest bardzo owocnie wykorzystywane w badaniach porównawczych<sup>7</sup> oraz przy opisie praktyki sądowej w krajach systemu *civil law*<sup>8</sup> dla uchwycenia zjawiska wpływu rozmaitych orzeczeń na inne decyzje mimo braku formalnego związania sądu wcześniejszym orzeczeniem. Gdy jednak pytamy, czy jest miejsce na precedens w polskim porządku praw-

---

<sup>6</sup> L. Morawski: *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” nr 10/1996, s. 4; tenże: *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4., LexisNexis, Warszawa 2005, s. 255; por. też A. Orłowska: *Moc wiążąca precedensu*, „Przegląd Sądowy” nr 7-8/2000 s. 3-4; tejsze: *Stosowanie a tworzenie prawa w Polsce (uwagi o roli orzecznictwa sądowego w systemie źródeł prawa)*, „Przegląd Sądowy” nr 10/1999, s. 91; tejsze: *Precedens w systemach prawnych różnych krajów europejskiej kultury prawnej*, „Radca Prawny” nr 5/2000, cyt. za: [http://www.redakcja.radcaprawny.lex.pl00\\_5/precedens.html](http://www.redakcja.radcaprawny.lex.pl00_5/precedens.html).

<sup>7</sup> Przede wszystkim D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.): *Interpreting precedents. A comparative study*, (Applied Legal Philosophy Series), Ashgate, Dartmouth 1997. Do rozróżnienia tego nawiązują m.in. R. Alexy i R. Drier pisząc o precedensach w Niemczech (s. 28, 36), A. Aanio w odniesieniu do Finlandii (s. 87). Nie sięgają natomiast do tej terminologii L. Morawski i M. Zirk-Sadowski pisząc o Polsce (s. 219-258).

<sup>8</sup> Jednak nawet zwolennik omawianego rozróżnienia w płaszczyźnie normatywnej przypomina, że granica między precedensami *de iure* i *de facto* „nie jest tak ostra” jak to sugerują przyjęte określenia. Patrz: L. Morawski: *Główne problemy...*, jw., s. 255.

nym, przechodzimy na płaszczyznę normatywną i w ten sposób sens rozróżnienia precedensów *de iure* i *de facto* słabnie. Nikt bowiem nie domaga się wprowadzenia precedensów *de facto*, jeśli miałyby one oznaczać po prostu faktyczne naśladowanie wcześniejszych orzeczeń w później rozpatrywanych sprawach. Od kilkudziesięciu lat wiadomo przecież, że mamy do czynienia z faktycznym wpływem rozmaitych orzeczeń Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego na inne decyzje, a równocześnie okazuje się, że niektóre orzeczenia sądów i trybunałów mają cechę nowości normatywnej i można im przypisać charakter prawotwórczy<sup>9</sup>. Żądając, aby określone orzeczenia były uznane za wiążące (za źródło prawa), domagamy się najczęściej, aby niektóre rodzaje lub przypadki orzeczeń nazywanych precedensami *de facto* stały się precedensami *de iure*.

Z kolei w płaszczyźnie normatywnej dla prawników angielskich lub amerykańskich pojęcie precedensu *de facto* jest niezrozumiałe i praktycznie oni się nim nie posługują<sup>10</sup>. Dla nich precedensem jest przede wszystkim orzeczenie, które ma

---

<sup>9</sup> Por. M. Zirk-Sadowski: *Tzw. prawotwórcza decyzja sądowego stosowania prawa*, „Studia Prawnicze” nr 1-2 /1980, s. 245, 255. Przykłady można też znaleźć u A. Stelmachowskiego, R. Hausera i J. Trzczińskiego i innych. Najnowsze piśmiennictwo wskazuje jednak, że występowanie faktycznego wpływu orzecznictwa określonych sądów na inne podmioty wcale nie jest oczywiste, a baczną analizę treści orzeczeń, sposobów dokonywania wykładni prawa i rozumowania sądu uwidacznia pozorną podobieństw. Patrz np. T. Staweczki, W. Staśkiewicz, J. Winczorek: *Między policentrycznością a fragmentaryzacją. Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*, Wyd. Ernst & Young, Warszawa 2008.

<sup>10</sup> Rzadkim przykładem pracy o charakterze naukowym, która sięga po pojęcie precedensu *de facto* poza analizą porównawczą jest tekst H.R. Gray: *The Development and Function of the Law of Tort in the Twentieth Century in Australia and New Zealand*, „International & Comparative Law Quarterly”, vol. 14 (1965), s. 390-409.

charakter wiążący. M. Zirk-Sadowski podkreśla, że istota precedensu (jest to zresztą raczej ustalenie doktryny niż teoria, gdyż zostało wypracowane przede wszystkim przez sędziów) sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na trzy główne pytania: (1) który sąd może wydawać decyzje precedensowe i które sądy są nim związane, (2) która część decyzji precedensowej wiąże inne sądy oraz (3) jak rozwijać prawo bez podważania zasady precedensu, czyli bez łamania zasady ścisłego związania wcześniejszym orzeczeniem<sup>11</sup>. W takim kontekście rozważanie wyłącznie faktycznego wpływu orzeczeń jest bezprzedmiotowe.

Powyższe nie oznacza jednak nieobecności w systemie *common law* faktycznego wpływu orzeczeń sądowych na inne, późniejsze decyzje<sup>12</sup>. Takich wzajemnych faktycznych inspiracji lub wpływów nie uznaje się jednak za zjawisko prawnie istotne. Warto natomiast zauważyć, że w doktrynie angielskiej i amerykańskiej mówi się powszechnie o *persuasive precedents* (precedensach o charakterze perswazyjnym), czyli takich, które nie są ściśle wiążące w myśl zasady *stare decisis*, ale mają znaczenie prawne, gdyż pozwalają sędziemu np. uchylić zapadły wyrok albo wzmocnić argumentację w przypadku odstępstwa od wcześniejszego precedensu (tzw. *distinguishing*), o czym mowa dalej. W prawie angielskim *persuasive precedents* przeciwstawia się precedensom wiążącym (*binding precedents*), ale nie redukuje się ich wyłącznie do relacji faktycznej. Do kategorii tej zali-

---

<sup>11</sup> M. Zirk-Sadowski: *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo”, nr 6/1980, s. 70. Patrz też R. Cross: *Precedent in English Law*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford 1968, s. 3-7; *Radcliffe and Cross. The English Legal System*, 6th ed. by G.J. Hand and D.J. Bentley, Butterworths, London 1977, s. 368-369.

<sup>12</sup> Przykłady czysto ilustracyjnych odwołań w USA: R.S. Summers: *Precedents in the United States*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.): *Interpreting precedents...*, jw., s. 387-388.



cza się m.in.: (a) orzeczenia sądów niższych, (b) decyzje High Court wydane w pierwszej instancji, (c) decyzje sądów szkockich i północnoirlandzkich i analogicznie decyzje sądów angielskich w Irlandii i Szkocji, (d) decyzje innych sądów działających w kręgu *common law*, np. sądów australijskich, a także (e) wnioski, które można wyprowadzić z *obiter dicta* wcześniejszych orzeczeń<sup>13</sup>.

W Stanach Zjednoczonych kategoria *persuasive precedents* obejmuje przede wszystkim orzeczenia sądów w takich samych sprawach jak sprawa rozpatrywana, ale wydane w innym stanie. Będzie o tym mowa w innym miejscu, ale tymczasem warto zachować daleko posuniętą rezerwę wobec kategorii precedensu *de facto* jako przynoszącej więcej wątpliwości niż jasności. Warto też pamiętać, że posługiwanie się kategorią *persuasive precedent* oznacza odejście od pozytywistycznego dualizmu, tj. wyłącznego podziału na akty obowiązujące i nieobowiązujące. Mówimy bowiem o orzeczeniach, które nie są ściśle obowiązujące (*strictly binding*), ale wywołują pewne skutki prawne. Dlatego też nawet w europejskiej kontynentalnej teorii prawa

---

<sup>13</sup> Spośród australijskich orzeczeń cytuje się najczęściej *McLoughlin v. O'Brian* (1983) i *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985). Patrz: J. Holland, J. Webb: *Learning Legal Rules. A Student's Guide to Legal Method and Reasoning*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford 2006, s. 135. Na temat *persuasive precedents* patrz np. R.A. Shiner: *Legal Institutions and the Sources of Law (Serie: A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol. 3)*, Springer, Dordrecht 2005, s. 32-35. Miejsce *persuasive legal standards* we współczesnej teorii prawa omawia też R. Siltala. Standardy te porównuje też z *defeasible legal rules*, czyli regułami prawnymi zdradzającymi swoją „podważalność” (R. Siltala: *A theory of precedent. From analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*, Hart Publ., Oxford 2000, s. 57-58, 61-62). Por. też B. Brożek: *Defeasibility of legal reasoning*, Zakamycze Kraków 2004. O *persuasive precedents* wspomina także L. Morawski: *Główne problemy...*, jw., s. 259, podkreślając jednak, że są to precedensy niewiążące.

rozważano rozwinięcie owej pośredniej kategorii orzeczeń „wiązących w pewnym zakresie”<sup>14</sup>.

Problem różnicowania mocy prawnej wcześniejszego orzeczenia wprost podjęła w polskiej literaturze A. Orłowska. Odnosząc do praktyki polskich sądów pewne elementy teorii argumentacji A. Peczenika zwróciła ona uwagę na kategorię „precedensu wiążącego *de facto*”. Brak formalnego i bezpośredniego obowiązku zastosowania precedensu nie oznacza całkowitego zakwestionowania normatywności praktyki kierowania się wcześniejszym orzeczeniem. Sędziowie odwołując się do takiego orzeczenia nierzadko czują się nim związani, uznają prawną wagę racji podniesionych we wcześniejszym wyroku itd.<sup>15</sup> W tym ujęciu mamy do czynienia z precedensami wiążącymi w pewnym stopniu. Na gruncie pozytywistycznego myślenia o prawie brzmi to jak herezja, ale uwidacznia sygnalizowaną już nieostrość rozgraniczenia kategorii precedensu *de iure* i precedensu *de facto*.

Równie poważne wątpliwości teoretyczne budzi wprowadzenie w polskim piśmiennictwie kategorii „precedens interpretacyjny”. Oznaczać miałyby ona sformułowanie w orzeczeniu sądu (lub decyzji administracyjnej) ogólnej normy, której treść wywiedziona jest jednak dzięki wykładni przepisów znacznie odchodzącej od językowego znaczenia tych przepisów, a więc na

---

<sup>14</sup> A. Peczenik pyta, czy może być precedens *binding de facto*? Tenże: *The Binding Force of Precedent*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.): *Interpreting precedents...*, jw., s. 465 i n. Różnicowanego stopnia związania regułą lub zasadą prawną (kwestii walidacyjnej) nie należy wszakże mylić ze znaną Dworkinowską koncepcją rozróżnienia reguł (konkluzywnych) i zasad, które podlegają zastosowaniu w większym lub mniejszym stopniu. Punktem wyjścia dystynkcji Dworkina jest przede wszystkim treść zasady (jej konkretność), a nie jej obowiązywanie.

<sup>15</sup> A. Orłowska: *Moc...*, jw., s. 4-5. A. Peczenik: *The Binding Force...*, jw., s. 475.

podstawie wykładni *praeter legem*, *secundum legem*, albo nawet z wykładni *contra legem*<sup>16</sup>. Niekiedy utożsamia się „precedens interpretacyjny” z „precedensem abstrakcyjnym”, czyli z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, które zapada w związku z interpretacją przepisów ustawowych lub konstytucyjnych w procesie oceny konstytucyjności ustaw i aktów niższego rzędu. Nie jest to więc sprawa sądowa polegająca na podjęciu decyzji istotnej ze względu na konkretne okoliczności faktyczne, do których fakty kwalifikowane w późniejszej sprawie mogłyby być podobne.

W świetle doświadczeń orzecznictwa sądowego w systemie *common law* kategorie „precedensu interpretacyjnego” oraz „precedensu abstrakcyjnego” stanowią raczej rozwiązania swoiste dla systemu prawa stanowionego (*civil law*) i nie mają wyraźnych pierwowzorów w prawie angielskim i w prawie amerykańskim. W pierwszym z tych porządków rozważano co prawda, czy *ratio decidendi* zmienia się w jakiś sposób lub czy związaną precedensem przebiega odmiennie, gdy przepisy ustawowe były przedmiotem interpretacji sądu wyższej instancji i czy taka wykładnia ma autorytet równy decyzji ustawodawcy itp.<sup>17</sup> Odpowiedzi Izby Lordów na te pytania nie były proste, choć sprowadzały się do zasady: wymagania dotyczące precedensów muszą być respektowane. W związku z tym *ratio decidendi* sprawy mającej służyć za precedens można ostatecznie rekonstruować tylko po uwzględnieniu faktów, które były podstawą wydania określonego orzeczenia. Dopiero podobieństwo lub identyczność faktów występujących w późniejszej sprawie w porównaniu z faktami sprawy wcześniejszej pozwala mówić o precedensie.

---

<sup>16</sup> L. Morawski: *Główne problemy...*, jw., s. 256; A. Stelmachowski: *Prawotwórcza...*, jw., s. 616-619.

<sup>17</sup> R. Cross: *Precedent...*, jw., s. 168-172.

Konsekwentnie: jeśli nie ma stanów faktycznych mogących być przedmiotem analizy, to nie ma precedensu w prawnym, angielskim lub amerykańskim znaczeniu tego słowa.

Oczywiście precedensem może być orzeczenie, które zapadło w wyniku stosowania w konkretnej sprawie przepisów ustawy. Jednym z elementów *ratio decidendi* sprawy precedensowej będzie wówczas *statutory interpretation*. W takim wypadku interpretacja dokonana przez sąd wyższy jest co do zasady wiążąca dla danego sądu i dla sądów niższych. Podkreśla się przy tym, że w orzeczeniu precedensowym liczy się *ratio*, a nie słowa, których użył sąd interpretując ustawę. Zasada precedensu ma jednak zastosowanie tylko wtedy, kiedy fakty sprawy rozpatrywanej później przez sąd niższy odpowiadają tym faktom, które były przedmiotem decyzji we wcześniejszej sprawie. Jeśli takiej odpowiedniości nie ma, trzeba po prostu stosować przepisy ustawy, a wcześniejsze orzeczenie sądu wyższego nie jest wiążące, nie jest precedensem.

Analogicznie w Stanach Zjednoczonych, gdzie Sąd Najwyższy bardzo często orzeka interpretując konstytucję federalną. Orzeczenia takie funkcjonują jednak tak samo jak inne orzeczenia, mające rangę precedensów. Zapadają w konkretnych sprawach i ich *ratio decidendi* jest identyfikowana (*determined*) poprzez porównanie faktów będących podstawą rozstrzygnięcia tych spraw i faktów późniejszej sprawy. Nie jest to wszakże ani proste, ani bezsporne. Doktryna amerykańska nie wyróżnia jednak „precedensu interpretacyjnego” jako odrębnej kategorii precedensów.

Przedstawione zastrzeżenia wobec kategorii precedensu interpretacyjnego wiążą się z pewną konkurencyjnością prawa stanowionego i prawa precedensowego w krajach *common law* i z zasadą pierwszeństwa ustawy (lub konstytucji) w razie konfliktu z regułą wynikającą z orzeczenia sądowego. Dla praktyki

orzeczniczej w krajach *civil law*, zwłaszcza dla skutków abstrakcyjnych orzeczeń sądów konstytucyjnych powyższe zasady mają ograniczone zastosowanie, gdyż istotą tych ostatnich jest odebranie od konkretnego kontekstu faktycznego. Wyprzedzając dalsze rozważania należy stwierdzić, że ogólna reguła zawarta w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego mogłaby służyć za podstawę prawną innych decyzji prawnych, jeśli znalazłaby się dla niej odrębna podstawa prawna i uzasadnienie jej prawotwórczej roli, wszakże bez prostych odwołań do zasad prawa precedensowego.

Związaną sędzię rozstrzygającego określoną sprawę wcześniejszym orzeczeniem jest kryterium podstawowym, ale nie jedynym dla identyfikowania precedensu. Wskazuje się również, że istotne może być ustalenie relacji treściowej między późniejszym i wcześniejszym orzeczeniem. W piśmiennictwie polskim wątek ten dla potrzeb rozważań teoretycznych oraz badań porównawczych (ale niekoniecznie dla celów analizy normatywnej) podjął i przedstawił J. Wróblewski. Przyjmując szerokie ujęcie precedensu jako decyzji (sądu lub innego organu władzy publicznej), która prawnie lub faktycznie wpływa na podejmowanie innych decyzji, autor ten wskazuje na różnorodność możliwych sytuacji prawnych objętych mianem precedensu<sup>18</sup>. Najogólniej rzecz biorąc, określona wcześniejsza decyzja ( $D^1$ ) podjęta w pewnych okolicznościach ( $w^1$ ) jest precedensem decyzji późniejszej ( $D^2$ ) podejmowanej w okolicznościach  $w^2$ , jeśli podmiot podejmujący decyzję  $D^2$  jest przekonany, że w okolicznościach  $w^2$  powinien podjąć decyzję taką samą lub podobną do  $D^1$ . Oczywiście wyklucza to przypadkową zbieżność treści  $D^1$  i  $D^2$ . Zakłada się przy tym, że okoliczności obu decyzji ( $w^1$  i  $w^2$ ) są różne, ale podobne. W takich przypadkach możemy

---

<sup>18</sup> J. Wróblewski: *Precedens...*, jw., s. 525.

mieć do czynienia z różnymi typami relacji między decyzją wcześniejszą i późniejszą ( $D^1$  i  $D^2$ ), a więc z:

a) precedensem *sensu strictissimo*, jeśli  $D^2$  jest powtórzeniem  $D^1$  (nie jest identyczna, gdyż  $D^2$  jest podjęta w okolicznościach  $w^2$ , a  $w^1$  i  $w^2$  są różne);

b) precedensem *sensu stricto*, gdy  $D^2$  daje się wyprowadzić z  $D^1$  według przyjętych reguł inferencyjnych (w przypadku decyzji sądowych reguł rozumowań prawniczych), zwłaszcza poprzez ustalenie *ratio decidendi* pierwszej decyzji i zastosowanie jej dla rozstrzygnięcia późniejszej decyzji;

c) precedensem *sensu largo*, jeśli  $D^2$  daje się uzasadnić regułami R, którymi została uzasadniona  $D^1$ , używając tych samych lub podobnych środków, za pomocą których uzasadniono  $D^1$  w okolicznościach  $w^1$ . W tym ujęciu, pisze J. Wróblewski,  $D^2$  jest uzasadniona tą samą podstawą normatywną i analogiczną podstawą faktyczną co  $D^1$ . W szczególności z tym przypadkiem mielibyśmy do czynienia w sytuacji odesłania w decyzji  $D^2$  do podstawy normatywnej odrębnej niż sama decyzja  $D^1$ , ale podstawy wspólnej dla  $D^1$  i  $D^2$ ;

d) precedensem *sensu largissimo* polegającym na tym, że  $D^2$  daje się uzasadnić w inny sposób niż w punktach (b) i (c). W tym przypadku mimo odmienności podstawy normatywnej obu decyzji  $D^2$  i  $D^1$  uznaje się, że brak jest racji do odejścia od reguły decyzji  $D^1$ , czyli do „zmiany orzecznictwa”.

Przedstawiona typologia precedensów została pomyślana głównie dla potrzeb rozważań teoretycznych i porównawczych. J. Wróblewski, M. Zirk-Sadowski i inni autorzy przypominają też, że prawo angielskie i prawo amerykańskie za precedens uważają przede wszystkim dwa pierwsze przypadki: precedens *sensu strictissimo* oraz precedens *sensu stricto*. Najważniejsze jednak jest to, że kierowanie się precedensem wymaga ustalenia istotnych podobieństw między sprawą rozstrzyganą a tą, która była przed-

miotem decyzji precedensowej. Szkoda tylko, że J. Wróblewski posuwa się krok dalej, niż to wynika z praktyki i teorii precedensu: uznaje wnioskowanie *per analogiam* za zasadniczo takie samo co rozumowanie polegające na zastosowaniu w  $D^2$  *ratio decidendi* wywiedzionej z decyzji wcześniejszej ( $D^1$ )<sup>19</sup>. Tymczasem autorzy anglosascy często odróżniają argument z precedensu od argumentu z analogii: w pierwszym wprost kierujemy się regułą przyjętą we wcześniejszej decyzji, w drugim – racjami wcześniejszej decyzji, gdy obecna sprawa jest podobna do poprzedniej. Oba rozumowań nie należy utożsamiać.

Ostatni wątek analizy relacji treściowej między wcześniejszą i późniejszą decyzją eksponuje jeszcze jeden bardzo istotny problem, rzadko rozwijany w piśmiennictwie polskim: struktury rozumowania prawniczego stosowanego w przypadku precedensu. Kwestia ta jest źródłem wielorakich nieporozumień w piśmiennictwie polskim. *Primo*, w niektórych pracach rozumowanie sędziego angielskiego czy amerykańskiego jest redukowane tylko do tzw. precedensów prawotwórczych z pominięciem orzeczeń, co do których przyjmuje się, iż jedynie potwierdzają istniejące reguły zwyczajowe lub zawarte w porządku prawnym<sup>20</sup>. Tymczasem odwieczny spór w piśmiennictwie anglosaskim o konstytutywny i deklaratywny charakter precedensu nie jest rozstrzygnięty, a w świetle współczesnych teorii języka prawa jest jeszcze odleglejszy od rozstrzygnięcia niż w tradycyjnej doktrynie. Już angielski pozytywizm prawni-

---

<sup>19</sup> J. Wróblewski: *Precedens...*, jw., s. 527, 533. Por. G. Lamond: *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, „The Stanford Encyclopedia of Philosophy”, red. Edward N. Zalta, 2006, na stronie <http://www.seop.leeds.ac.uk/entries/legal-reas-prec>.

<sup>20</sup> Rozróżnienie takie wprowadził w polskiej literaturze Z. Ziemiński w: *Problemy podstawowe prawoznawstwa* (Warszawa 1980, s. 262), ale nie zawsze znajduje ono odpowiednie uznanie.

czy wywodzący się od J. Benthama i J. Austina podważał tezę o precedensie będącym wyłącznie potwierdzeniem wcześniejszej reguły zwyczajowej. Do tego stanowiska przyłączali się też myśliciele amerykańscy, którzy tezę o deklaratywnym charakterze precedensu uznawali za przejaw myślenia prawnonaturalnego<sup>21</sup>. Jednak inne prace teoretyczne, w tym np. sformułowana przez R. Dworkina teoria zasad prawa (*principles*), które nie wywodzą się z wcześniejszego wyraźnego aktu stanowienia, ale stanowią część porządku prawnego, osłabiła koncepcję precedensu jako orzeczenia konstytutywnego<sup>22</sup>. *Secundo*, rozumowanie sądu w systemie *common law* bywa niekiedy błędnie interpretowane w duchu decyzyjnego modelu stosowania prawa stanowionego<sup>23</sup>. Co prawda w pracach L. Leszczyńskiego, L. Morawskiego i M. Zirk-Sadowskiego można znaleźć poprawną, choć niewy-

---

<sup>21</sup> Patrz np. B.N. Cardozo: *The Nature of the Judicial Process*, New Haven 1949, s. 131-135.

<sup>22</sup> R. Dworkin: *Biorąc prawa poważnie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 87 i n.

<sup>23</sup> Niektórzy autorzy piszą np., że formułując tezę precedensu sąd powinien „dać szczegółową wykładnię i uzasadnienie nowej, ustanowionej przez siebie podstawy rozstrzygnięcia. Ostatnim etapem jest subsumcja stanu faktycznego z ustaloną normą i wydanie orzeczenia”. A. Orłowska: *Precedens...*, jw., s. 3; T. Langer: *System prawny USA – charakterystyka ogólna*, w: „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego” nr 2/1990, s. 117. Jest to nieporozumienie, gdyż sąd orzekając w jakiejś sprawie zwykle nie wie, czy dany wyrok stanie się precedensem, nawet jeśli sąd dokonuje przełamania dotychczasowego precedensu (*overruling*), albo w wyniku wyekspozowania określonych faktów dokonuje modyfikacji obowiązującej reguły prawnej (*distinguishing*). Autorzy brytyjscy podkreślają, że orzeczenia sądów w Zjednoczonym Królestwie mają charakter raczej dyskursywny niż dedukcyjny, a także iż model sylogizmu prawniczego jest wykorzystywany raczej okazjonalnie. Patrz Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall: *Precedent in the United Kingdom*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.): *Interpreting precedents...*, jw., s. 319.



czerpującą rekonstrukcję rozumowania *per rationem decidendi*, polegającego na identyfikacji *ratio decidendi* i wykorzystania jej dla kwalifikacji zachowań będących przedmiotem rozstrzygnięcia w późniejszej decyzji<sup>24</sup>. Główny kłopot polega jednak na tym, że w sporach o precedensy istotę tej instytucji redukuje się do problemu źródeł prawa, wymagając, aby zasady wyrażone w określonych orzeczeniach mogły być podstawą innych decyzji według wyboru lub zgodnie z obowiązkiem nałożonym na sąd (lub inny organ) natrafiający na lukę w prawie stanowionym lub na sprzeczność norm. W takim przypadku zagadnienie rozumowania sędziego angielskiego czy amerykańskiego jest pomijane lub traktowane jako nieistotne, podczas gdy dla istoty precedensu *sensu stricto* ma ono kluczowe znaczenie.

Z powyższych analiz terminologicznych wynika kilka wniosków. Przede wszystkim, gdy pytamy o miejsce precedensu w polskim porządku prawnym, trzeba jasno określać, czy mamy na myśli precedens w wąskim znaczeniu, tak jak rozumie się go w Anglii i Stanach Zjednoczonych, czy też sugerujemy rozwiązanie zakładające kompetencję sądu do uzasadnienia decyzji przez odwołanie się do innej decyzji sądowej, bez potrzeby wskazywania normy prawa stanowionego lub wbrew takiej normie. Ponadto powinniśmy wskazać, czy nacisk kładziemy na kwestię źródeł prawa, czy też na sposób rozumowania sądu i jaką rolę odgrywają w tym rozumowaniu decyzje (w rozumieniu J. Wróblewskiego): interpretacyjna oraz co do faktów.

---

<sup>24</sup> L. Leszczyński: *Precedens jako źródło...*, *juw.*, s. 152 i n.; tenże: *Ujednoczenie orzecznictwa a precedens w sądowym stosowaniu prawa*, w: M. Sawczuk (red.): *Jednolitość prawa sądowego cywilnego a jego odrębności krajowe*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1997, s. 227 i n., L. Morawski: *Główne problemy...*, s. 254-259.

## 2. Główne stanowiska wobec możliwości zastosowania precedensu w polskim porządku prawnym

Przytoczone wyżej sposoby rozumienia precedensu, zwłaszcza w kontekście posłużenia się nim w systemie prawa stanowionego, sugerują już podstawowe kierunki myślenia i argumenty obecne w polskim dyskursie prawnym. Aby rozstrzygnąć, czy w polskim porządku prawnym jest miejsce na precedens, niezbędna jest bardziej szczegółowa analiza prezentowanych stanowisk.

Dla przedstawienia sedna zgłaszanych wniosków *de lege ferenda* i toczących się wokół nich sporów wyróżniam cztery główne stanowiska wobec możliwej roli precedensu w kontynentalnym systemie prawa. Są to oczywiście tylko pewne typy poglądów i z konieczności zakładają pewne uproszczenie poglądów zaprezentowanych w piśmiennictwie. Proponowane przeze mnie typy będą jednak ilustrowane prezentacją stanowisk konkretnych autorów. Zależy mi na wydobyciu istoty poszczególnych przekonań spod warstwy sporów czysto terminologicznych (np. nadawania różnych znaczeń takim terminom jak „precedens” lub „decyzja prawotwórcza”). Należy zastrzec, że żadne z poniższych określeń nie wiąże się z oceną typów czy szczegółowych poglądów, nie posługuję się też wykorzystywanymi terminami ani w znaczeniu afirmatywnym, ani pejoratywnym. Dopiero w konkluzji tej pracy przedstawiam własne stanowisko wobec dyskutowanego problemu.

Uwzględniając powyższe zastrzeżenia proponuję wyróżnić cztery główne stanowiska prezentowane w literaturze polskiej w kwestii uznania niektórych orzeczeń sądowych (lub decyzji administracyjnych) za precedensy: (1) stanowisko tradycyjne, (2) stanowisko sceptyczne, (3) stanowisko pragmatyczne oraz

(4) stanowisko radykalne. Mniemam, że analiza poglądów wybranych autorów pozwoli dostrzec sedno tych stanowisk i różnic między nimi.

Należy dodać, że szczegółową dość przekonującą analizę argumentów „za” oraz „przeciwko” wprowadzeniu precedensów do polskiego porządku prawnego, w tym precedensów wiążących, prezentuje L. Morawski w pracy pt. *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*<sup>25</sup>. Poniższe rozważania wynikają z założenia, że paleta stanowisk wobec roli precedensu nie powinna być zredukowana do dychotomii: za albo przeciwko, zwłaszcza gdy próbujemy zrekonstruować również konkretne postulaty instytucjonalne. Warto też przedstawić argumenty pominięte lub nie rozwinięte przez L. Morawskiego.

## 2.1. Stanowisko tradycyjne

Rzecznikiem tego stanowiska w polskiej literaturze prawniczej był J. Wróblewski, ale też niektórzy przedstawiciele szczegółowych nauk prawnych, zwłaszcza prawa cywilnego materialnego i procesowego. J. Wróblewski podjął problem precedensu w odpowiedzi na pojawiające się postulaty nadania niektórym orzeczeniom takiego charakteru, ale traktował go przede wszystkim jako fragment własnej teorii sądowego stosowania prawa.

Mimo przedstawienia zróżnicowanej palety typów precedensów, J. Wróblewski twierdził, że ze względu na system źródeł prawa, pozycję ustrojową sądów, ich podległość tylko ustawie oraz na dominującą w naszym kraju ideologię praworządnej decyzji stosowania prawa zasada orzekania z uwzględnieniem precedensu jako normatywnej podstawy decyzji sądowej nie

---

<sup>25</sup> Na s. 263 i n.

może być przyjęta. Nieuzasadnione jest więc przyznawanie wybranym przejawom działalności sądów charakteru „prawotwórczego” i odwoływanie się do precedensu jako konstrukcji prawnej uzasadniającej związanie sądów decyzjami innych sądów<sup>26</sup>.

Uzasadniając swoje stanowisko J. Wróblewski sformułował trzy argumenty, które można nazwać: argumentem ustrojowym, argumentem z praktyki sądowej i argumentem ze struktury rozumowania. Nie zapominajmy, że są to argumenty przeciwko uznaniu precedensu za wiążącą podstawę orzeczeń sądowych w polskim porządku prawnym.

Po pierwsze, zdaniem J. Wróblewskiego zasada precedensu *in principio* nie obowiązuje w krajach prawa stanowionego, mimo że pewne kwalifikowane rodzaje decyzji sądowych mają moc wiążącą dla określonych typów spraw czy pewnych adresatów<sup>27</sup>. Są to tylko szczególne formy nadzoru instancyjnego w systemie sądów powszechnych albo konsekwencje prawa do zaskarżania orzeczeń sądowych. Instytucje takie są uregulowane bardzo wąsko, dotyczą konkretnych relacji między sądami i nie można nadawać im szerszego zakresu zastosowania. Jeśli pewna decyzja wiążąca sąd w konkretnym postępowaniu zawiera normy ogólne i abstrakcyjne, adresat odnosi się do nich – pisze J. Wróblewski – analogicznie jak do norm ustawowych, które stosuje. Jeśli decyzja wiążąca zawiera rozstrzygnięcia konkretne, wówczas obowiązuje one tak jak każda decyzja swojego adresata.

---

<sup>26</sup> J. Wróblewski: *Precedens...*, s. 530.

<sup>27</sup> Por. omówienie tych instytucji w: S. Włodyka: *Wiążąca wykładnia sądowa*, Warszawa 1971. Dodatkowo: z uwagi na zasady konstytucyjne obowiązujące w czasie powstawania tekstu J. Wróblewskiego autor ten nie ogranicza swojego rozumowania do zasady podziału władz (argumentu z podziału władz). Zasada jednolitości władzy państwowej wyprowadzana z Konstytucji PRL z 1952 r. odmiennie kształtowała wzajemne relacje między sądami i innymi organami władzy.

Idea precedensu nie ma zastosowania do tych rozumowań prawniczych<sup>28</sup>.

Po drugie, odnosząc się do praktyki sądowej J. Wróblewski pisał, że jeśli sądy powołują się na wcześniejsze orzeczenia sądów wyższych, zwłaszcza Sądu Najwyższego, to są to tylko argumenty (elementy uzasadnienia), które mają wagę faktyczną, a nie prawną. Dotyczy to zresztą tylko pewnej kategorii orzeczeń nazywanych precedensem *sensu largo*, kiedy to decyzja późniejsza uzasadniona jest tą samą podstawą normatywną co decyzja wcześniejsza, ale owa podstawa normatywna jest odrębna od obu porównywanych orzeczeń. Dodatkowo, niekiedy sąd powołuje się na inne orzeczenia, choć chce od nich odejść. Nie jest to więc żaden precedens, lecz sytuacja odwrotna. Takie rozmaite faktyczne odwołania do decyzji sądów wyższych sprzyjają jednolitości orzecznictwa sądowego, ale nie mogą być uznawane za źródło formalnego obowiązywania zasady precedensu.

---

<sup>28</sup> Ten argument J. Wróblewskiego stanowi odejście od koncepcji prawa H. Kelsena, choć nie całkowite odrzucenie jego wpływu. Według H. Kelsena każda decyzja sądowa była prawotwórcza w tym znaczeniu, że oznaczała ustanowienie normy konkretnej i indywidualnej mającej zastosowanie do rozpatrywanych faktów. Wyznaczanie wzoru zachowania dla adresatów prawa w systemie prawa stanowionego nie jest dla sądu czymś niezwykłym, tyle że nie może polegać ono na sformułowaniu normy ogólnej i abstrakcyjnej, jeśli odrębna norma prawna nie upoważnia do takiego działania. Pamiętajmy też, że Kelsen był zwolennikiem stosunkowo szeroko zakrojonej dyskrecjonalności sędziowskiej, w kwestii zarówno „dookreślenia” treści normy ogólnej, która ma być zastosowana w danej sprawie jako podstawa normy indywidualnej i konkretnej, jak i ustalenia normy indywidualnej i konkretnej, gdy mamy do czynienia z luką w prawie. Por. H. Kelsen: *Pure Theory of Law* (transl. M. Knight), Peter Smith, Gloucester Mass., 1989, s. 348; H. Kelsen: *General Theory of Law and State* (transl. A. Wedberg), Russell & Russell, New York 1961, s. 130, 145-146.

Po trzecie, trzeba według J. Wróblewskiego pamiętać, że podjęcie decyzji sądowej na podstawie precedensu jest operacją skomplikowaną, rozumowanie oparte na precedensie wymaga szczególnej analizy orzeczenia wcześniejszego i określonych wyborów, do jakiej części bądź jakich składników poprzedniego orzeczenia sięgamy i kiedy wolno nam tego nie czynić. Jeśli takiej analizy się nie przeprowadza, to można co najwyżej stwierdzić podobieństwo danej decyzji do innych decyzji, ale nie zastosowanie precedensu. W rezultacie przyjęcie precedensu za podstawę późniejszych orzeczeń wcale nie stanowi panaceum na trudności w zapewnieniu jednolitości sądowego stosowania prawa<sup>29</sup>.

Krytyczne stanowisko J. Wróblewskiego wobec idei wprowadzenia precedensu do polskiego porządku prawnego stanowi więc konsekwencję przyjęcia wąskiego ujęcia tej instytucji, a jednocześnie twierdzenia o zasadniczej odrębności ideologii stosowania prawa (w tym sposobów rozumowania) w krajach *civil law* i krajach *common law*.

## 2.2. Stanowisko sceptyczne

Przedstawicielem drugiego stanowiska wobec możliwości wykorzystania precedensu w polskim porządku prawnym jest M. Zirk-Sadowski. Nawiązuje on do niektórych argumentów J. Wróblewskiego, niektóre z nich precyzyjnie rozwija, ale niektóre osłabia. Przede wszystkim M. Zirk-Sadowski jeszcze w 1980 r. starał się przekonać do odróżnienia decyzji precedensowej od tzw. prawotwórczej decyzji sądowej<sup>30</sup>. W naszej kulturze prawnej

---

<sup>29</sup> J. Wróblewski: *Precedens...*, jw., s. 528-533.

<sup>30</sup> M. Zirk-Sadowski: *Precedens...*, jw., s. 69-78.

nie ma, jak twierdził, podstaw dla wprowadzenia precedensu rozumianego tak, jak się przyjmuje w systemie *common law*. Zasady rozumowania prawniczego właściwego dla prawa precedensowego są u nas właściwie nieobecne, nie są przedmiotem refleksji w naszej kulturze prawnej, toteż wprowadzenie instytucji orzeczeń precedensowych byłoby zawieszane w całkowitej próżni<sup>31</sup>. Rolę precedensu w *common law* można zrozumieć tylko w perspektywie historycznej, co mówiąc językiem współczesnym oznacza, że żadne „prawne przeszczepy” do systemu *civil law* nie wchodzi w grę. W ten sposób M. Zirk-Sadowski rozwija stanowisko J. Wróblewskiego, które nazwałem argumentem ze struktury rozumowania sądowego, dodajmy, argumentem, który pierwotnie uzasadniał sprzeciw wobec wprowadzenia instytucji precedensu do polskiego porządku prawnego.

Czym innym są natomiast „prawotwórcze decyzje sądowe”. Stanowią one część naszej kultury prawnej, nawet jeśli samo to określenie ma charakter pejoratywny, gdyż sugeruje naruszenie zasady podziału władz. Dlatego też niekiedy wolimy mówić o „dotychczasowym orzecznictwie” lub o „linii orzeczniczej”. Nadanie „prawotwórczym decyzjom sądowym” charakteru instytucji prawnej okazuje się niełatwe. Przede wszystkim w naszej kulturze prawnej gdy oceniamy zgodność określonej decyzji z prawem (porządkiem prawnym), to badamy w pierwszej kolejności, a bardzo często wyłącznie, stosunek tej decyzji do normy prawnej będącej podstawą jej wydania (zgodność decyzji D z normą N)<sup>32</sup>. W takiej perspektywie można często oceniać, czy

---

<sup>31</sup> M. Zirk-Sadowski: *Precedens...*, jw., s. 71.

<sup>32</sup> M. Zirk-Sadowski nie dodaje już *explicite*, że wynika to z silnie zakorzenionego pojmowania decyzyjnego modelu stosowania prawa wywodzonego z prac J. Wróblewskiego oraz z popularności pozytywistycznej interpretacji sylogizmu prawniczego, ale wydaje się, że są to przynajmniej jedne z przyczyn obecnej praktyki.

decyzja miała charakter prawotwórczy, ale nie można rozstrzygnąć, czy miała charakter precedensowy. Nie bada się bowiem co do zasady stosunku danej decyzji do innych, wcześniejszych decyzji, a to jest istotą zasady precedensu. Ponadto nawet jeśli w uzasadnieniu orzeczenia sąd powołuje się na rozmaite wcześniejsze orzeczenia innych sądów, zwłaszcza Sądu Najwyższego, to takie referencje mają charakter jedynie perswazyjny. Mają one potwierdzić prawidłowość (nawiązując do terminologii J. Wróblewskiego) decyzji interpretacyjnej, która obok decyzji walidacyjnej, decyzji co do faktów i samej subsumcji legła u podstaw decyzji finalnej. Takie odwołania się do wcześniejszych decyzji Sądu Najwyższego, podkreślmy: zwykle do kilku różnych decyzji, a nie do jednej, precedensowej, nie przesądzają o legalności decyzji będącej przedmiotem oceny.

Ponadto stwierdzenie, że określona decyzja jest prawotwórcza, wymaga wykazania, iż zawiera ona element „nowości normatywnej”. To zaś jest jeszcze trudniejsze niż porównanie struktur rozumowania, o których mowa wyżej<sup>33</sup>. Kwestia nowości normatywnej wymaga wyboru koncepcji wykładni prawa, którą się posługujemy, gdyż niezbędne jest rozstrzygnięcie, na jakiej podstawie stwierdzamy niejasność stosowanego przepisu i kiedy pojawia się potrzeba przeprowadzenia wykładni (innych odpowiedzi udzielimy na te pytania przyjmując np. klaryfikacyjną, a inne derywacyjną teorię wykładni), a także z czego wynika wybór dyrektyw interpretacyjnych, przyjętych w procesie wykładni. Często występują też problemy semantyczne z ustaleniem omawianej nowości normatywnej, gdyż wobec wieloznaczności

---

<sup>33</sup> M. Zirk-Sadowski zwraca przy tym uwagę, że wbrew potocznemu przekonaniu precedens bardzo często nie zawiera nowości normatywnej, stanowi tylko zadeklarowanie istniejącej normy a nie ustanowienie nowej. Patrz również tenże: *Tzw. prawotwórcza decyzja...*, jw., s. 255-257.



terminów i wyrażen użytych w przepisach i z racji aksjologicznej zawartości języka prawa bardzo trudno określić, co jest nowe w danej wykładni, a co nie jest i w związku z tym czy dana decyzja rzeczywiście jest „prawotwórcza”. Prawnicy radzą sobie z tym ograniczając się do tzw. nowości logicznej, ale wymiaru aksjologicznego pomijać się już dziś zwykle nie da. W ten sposób argument z języka prawa (często przyjmowany przez innych autorów jako argument z wykładni prawa) jest dla M. Zirk-Sadowskiego raczej źródłem sceptycyzmu niż entuzjazmu w sięganiu po zasady prawa precedensowego.

Nieostrość rozgraniczenia między normą ogólną i abstrakcyjną a normą konkretną i indywidualną zawartą w orzeczeniu powoduje kolejne przeszkody dla skonstruowania prawidłowej decyzji prawotwórczej. Wreszcie z decyzją prawotwórczą związany jest poważny problem (współcześnie akcentowany w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego), iż aby taką decyzję uznać, niezbędne byłoby określenie kompetencji sądu lub innego organu do takiego działania<sup>34</sup>. Takiej kompetencji nie można domniemywać, a wyprowadzanie jej z przepisów proceduralnych bywa zwykle wątpliwe. Nie ma natomiast wątpliwości, że prawotwórczy charakter mogą mieć te rodzaje orzeczeń Sądu Najwyższego, które zgodnie z ustawą o SN polegają na sformułowaniu normy ogólnej, oddziaływającej na orzeczenia innych sądów (uchwały izby, uchwały siedmiu sędziów, zasady wpisywane do księgi zasad prawnych itp.)<sup>35</sup>. Nie ma bowiem w polskim systemie konstytucyjnym norm, które niewątpliwie wykluczyłyby prawotwórstwo sądowe, chociaż do takiego efektu zdaje się prowadzić zasada jednolitości władzy

---

<sup>34</sup> Patrz też M. Zirk-Sadowski: *Tzw. prawotwórcza decyzja...*, jw., s. 254-255.

<sup>35</sup> Tamże, s. 265-266.

państwowej<sup>36</sup>. W tym sensie M. Zirk-Sadowski przyjmuje argument zwolenników dopuszczenia prawotwórczych decyzji sądowych w polskim porządku prawnym (patrz dalej nt. stanowiska A. Stelmachowskiego) i osłabia argument ustrojowy sformułowany przez J. Wróblewskiego<sup>37</sup>. M. Zirk-Sadowski podtrzymuje natomiast argumenty z praktyki sądowej, a zwłaszcza argument ze struktury rozumowania właściwego dla precedensu.

Na podkreślenie zasługuje fakt sformułowania przez M. Zirk-Sadowskiego argumentu dotyczącego wykładni prawa. Język przepisów prawnych pełni równocześnie wiele funkcji, a znaczenie aktów komunikacji jest uzależnione od reguł interpretacji kulturowej oraz różnych pozajęzykowych kontekstów. Formalizm rozumowania, jaki przyjmują prawnicy, ogranicza w pewnym stopniu problemy związane z interpretacją prawa, ale nie może ich całkowicie usunąć. Z tego względu kwalifikacja wypowiedzi ustawodawcy lub sądów jako aktów prawotwórstwa lub tylko jako aktów stosowania prawa obarczona jest istotnymi trudnościami. Ponadto sędziowie niejednokrotnie muszą zmagać się

---

<sup>36</sup> Tamże, s. 244. Pamiętajmy, że tekst został opublikowany w 1980 r. Zasada jednolitości władzy państwowej została odrzucona w 1992 r., a ostatecznie w Konstytucji RP z 1997 r. Argument ustrojowy obejmuje też argumentację z niezawisłości sędziowskiej, chociaż ani u J. Wróblewskiego, ani u M. Zirk-Sadowskiego ten ostatni argument nie jest w pełni rozwinięty. Por. L. Morawski: *Główne problemy...*, jw., s. 266-267.

<sup>37</sup> Odmienne uzasadnienie zbliżonej tezy prezentuje P. Winczorek: interpretacja zasad ustroju konstytucyjnego sugeruje niedopuszczalność nadania orzeczeniom sądowym charakteru prawotwórczego. Jednak odejście od koncepcji wykładni prawa jako egzegezy oraz akceptacja względnie szerokiej dyskrecjonalności sędziowskiej pozwala na faktycznie prawotwórcze decyzje sądowe. Por. P. Winczorek: Głosa do uchwały z 26 maja 1995 r. I PZP 13/95 [Dot. związania sądów powszechnie obowiązującą wykładnią ustaw dokonaną przez Trybunał Konstytucyjny], w: „Państwo i Prawo” z 1996 r., nr 2, s. 101-105.

z nieostrością i niejasnością prawa. Z tych względów pomocne jest kierowanie się liniami orzecznictwymi wypracowanymi przez sądy wyższe, bez formalnego związania sądu niższego wcześniejszym orzeczeniem sądu wyższego, czyli precedensami niewiążącymi formalnie, choć w ten sposób zyskującymi pewną moc prawną<sup>38</sup>. Nie stanowi to wszakże, zdaniem M. Zirk-Sadowskiego, uzasadnienia dla rozszerzenia kategorii prawotwórczych orzeczeń sądowych ani uznania niektórych orzeczeń za precedensy. Akceptacja różnych form faktycznego prawotwórstwa sądowego nie przekłada się na postulaty zmiany teorii źródeł prawa ani zasadniczej zmiany ideologii sądowego stosowania prawa.

### 2.3. Stanowisko pragmatyczne

Trzecie stanowisko wobec możliwej roli precedensów sądowych w polskim porządku prawnym nazywam pragmatycznym. Jego ilustracją mogą być prace powstałe w bardzo różnych czasach: cytowany wyżej artykuł A. Stelmachowskiego z 1967 r. i najnowsza publikacja R. Hausera i J. Trzcińskiego poświęcona wpływowi orzecznictwa Trybunału konstytucyjnego na praktykę sądów administracyjnych<sup>39</sup> powstała w 2008 r. Podobne poglądy można też znaleźć w pracach innych autorów<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> M. Zirk-Sadowski, L. Morawski: *Precedents in Poland*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.): *Interpreting precedents...*, jw., s. 245. Podobne stanowisko można znaleźć w pracach J. Łętowskiego (tenże: *Administracja. Prawo. Orzecznictwo sądowe*, Ossolineum, Wrocław-Warszawa 1985, s. 224 i n.).

<sup>39</sup> R. Hauser, J. Trzciński: *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2008, s. 10.

<sup>40</sup> M. Safjan: *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” nr 3/2003; A. Piotrowski: *Precedens w systemie...*, jw., s. 78-79.

Istotą omawianego stanowiska jest odwrócenie dwóch głównych argumentów J. Wróblewskiego: argumentu ustrojowego i argumentu z praktyki sądowej. Po pierwsze bowiem, zwolennicy stanowiska pragmatycznego przyjmują (zarówno na gruncie Konstytucji PRL z 1952 r., jak i Konstytucji RP z 1997 r.), że w ustawie zasadniczej nie ma przepisów, które jednoznacznie wykluczałyby prawotwórstwo sądowe, a jednocześnie ustawy szczególne (np. ustawa o SN) pozwalają zbudować podstawę prawną dla takiego działania sądów<sup>41</sup>. Zdaniem A. Stelmachowskiego polega to na odrzuceniu przez Konstytucję PRL tradycyjnej Monteskiuszowskiej teorii podziału władz wraz z zasadą wzajemnego hamowania i równoważenia władz i na jednoczesnym nałożeniu na sądy obowiązku wydawania orzeczeń prawotwórczych przez „normy programowe” Konstytucji PRL<sup>42</sup>. Stąd zdaniem A. Stelmachowskiego, tak jak akty wykonawcze (podstawowe) stanowią szczególną postać prawotwórstwa, tak i sądowe prawotwórstwo może przybierać zróżnicowane postacie.

Również zdaniem R. Hausera i J. Trzczińskiego ustrojodawca z 1997 r. nie wykluczył możliwości uzupełnienia katalogu źródeł prawa stanowionego opisanych w art. 87 Konstytucji RP takimi źródłami jak prawo zwyczajowe i precedens sądowy<sup>43</sup>. Wynika to przede wszystkim z zasady bezpośredniego stosowania Konstytucji (art. 8 ust. 2 Konstytucji z 1997 r.). Interpretując w myśl tej zasady inne przepisy Konstytucji znajdujemy dalsze uzasadnienia

---

<sup>41</sup> A. Stelmachowski: *Prawotwórcza rola...*, jw., s. 613, 615.

<sup>42</sup> To nie jest wyrażenie A. Stelmachowskiego, lecz przyjęte później w teorii prawa i doktrynie prawa konstytucyjnego. Por. T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski: *Normy programowe w konstytucji*, w: J. Trzcziński (red.): *Charakter i struktura norm konstytucji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, s. 95 i n.

<sup>43</sup> R. Hauser, J. Trzcziński: *Prawotwórcze znaczenie...*, jw., s. 10-11.

dla dopuszczalności tworzenia ogólnych norm prawnych przez sądy i trybunały. Dlatego np. art. 178 ust. 1 Konstytucji RP przewidujący, że sędziowie są związani Konstytucją i ustawami, należy wyklądać przede wszystkim jako gwarancję niezawisłości sędziowskiej, a nie jako zakaz uznawania za źródła prawa innych aktów niż ustawodawstwo, akty wykonawcze i umowy międzynarodowe<sup>44</sup>.

Przedstawiciele stanowiska pragmatycznego wykorzystują również zmodyfikowany argument z praktyki sądów, aby uzasadnić potrzebę wprowadzenia elementów prawa precedensowego do polskiego porządku prawnego. Skoro bowiem rozmaite orzeczenia Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego są faktycznie prawotwórcze i wszyscy uznają takie rozwiązanie za korzystne z punktu widzenia sprawiedliwości i efektywnego zaspokajania praw obywatelskich, to nie ma powodu oponować przeciwko uznaniu takiej praktyki za zgodną z prawem i zasadą praworządności (demokratycznego państwa prawnego)<sup>45</sup>. Jest to szczególnie ważne w kraju, w którym dokonują się radykalne zmiany społeczne i polityczne powodujące anachroniczność pra-

---

<sup>44</sup> R. Hauser, J. Trzeciński: *Prawotwórcze znaczenie...*, jw., s. 13, 31-32. Dla porównania: w Niemczech sądy związane „ustawą i prawem” (*Gesetze und Recht*, art. 20(3) Konstytucji RFN), co pozwala na interpretację, że przyjęcie przez sąd nowej reguły prawnej jest właśnie przejawem prawa nie będącego ustawą, a jednocześnie odejście od precedensu nie stanowi naruszenia konstytucji. Por. R. Alexy, R. Drier: *Precedents in Germany*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.): *Interpreting precedents...*, jw., s. 29 i 46.

<sup>45</sup> M.in. A. Gomułowicz prawotwórczą działalność sądów uzasadnia koniecznością osiągnięcia sprawiedliwości jako fundamentalnej wartości i zarazem „supernormy”. A. Gomułowicz: *Aspekt prawotwórczy sądownictwa administracyjnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008. Podstawę dla aksjologicznych uzasadnień prawotwórstwa sądowego można znaleźć również w pracach Z. Ziemińskiego (m.in. w: *Tworzenie a stanowienie i stosowanie prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 4, s. 50).

wa „z innej formacji społeczno-politycznej”<sup>46</sup>, często niską jakością ustawodawstwa i niejasność przepisów. W takiej sytuacji nie można pozwolić sobie na luksus stabilnej Szwajcarii lub Austrii i na przyjęcie ustawowej lub konstytucyjnej zasady, że sędzia nie może uznać innego orzeczenia za podstawę własnego orzeczenia<sup>47</sup>.

R. Hauser i J. Trzciniński rozbudowują argument z praktyki sądów jeszcze dalej, odwołując się do swoistego stanu (prawniczej) wyższej konieczności. Pytają bowiem, jak ma postępować sędzia sądu powszechnego lub administracyjnego, gdy w trakcie rozpatrywania konkretnej sprawy zostanie wydany wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) odnoszący się do materii toczącej się sprawy, w szczególności uchylający dostępną dotychczas podstawę decyzji. Czy słuszne jest stosowanie niekonstytucyjnego przepisu, jeśli Trybunał ze względu na potrzeby procesu legislacyjnego zawiesił wejście w życie swojego orzeczenia na kilka lub kilkanaście miesięcy? Są to więc kwestie traktowania przez sądy orzeczeń TK jako podstawy własnych decyzji, a równocześnie formy bezpośredniego stosowania konstytucji (art. 190 ust. 1-4 konstytucji)<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Paradoksalnie argument ten był aktualny zarówno dla A. Stelmachowskiego w 1967 r. (w czasach budowy „realnego socjalizmu”), jak i dla współczesnych prawników po przełomie ustrojowym 1989 r. i wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej w 2004 r. Por. A. Stelmachowski: *Prawotwórcza rola...*, s. 620, 523-624.

<sup>47</sup> Ciekawy komentarz do stanowiska R. Hausera i J. Trzcinińskiego można znaleźć w: R. Poscher: *Orzecznictwo a prawo konstytucyjne – niemiecka perspektywa*, w: *Znaczenie orzecznictwa w systemie źródeł prawa. Prawo europejskie a prawo krajowe*, pod red. B. Dolnickiego, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz – Katowice 2005, s. 102 i n.

<sup>48</sup> Podobny problem zadań sędziego w sytuacji, gdy w trakcie procesu pojawiają się problemy wykraczające poza zwykły zakres kompetencji oraz politycznej i moralnej legitymacji sądu, został podjęty w pracy: J.A. King: *Institutional Approaches to Judicial Restraint*, „Oxford Journal of Legal Studies”,

Istotnym kontekstem dla powyższych pytań jest fakt, że Konstytucja RP z 1997 r. pozbawiła Trybunał Konstytucyjny prawa do uchwalania powszechnie wiążącej wykładni ustaw. Wydaje się więc, że można dylemat sędziów sformułować następująco: skoro nie ma podstaw, aby powołać się na wiążącą wykładnię, to trzeba praktykę odwoływania się do orzeczeń TK uznać za swoistą postać precedensu. Żądanie R. Hausera i J. Trzcieskiego jest przy tym powściągliwe: orzeczenia TK powinny mieć charakter prawotwórczy tylko wtedy, kiedy pięć istotnych warunków jest spełnione: (1) określona zasada prawna wyrażona jest w orzeczeniu TK, a nie innego podmiotu, (2) o konieczności uznania takiego orzeczenia za prawotwórcze zawsze orzeka sąd, nie dzieje się to automatycznie, a zwłaszcza nie przyjmuje się zasady ścisłego związania takim precedensem, (3) orzeczenie TK może stanowić podstawę do orzekania przez sąd powszechny lub administracyjny (jako rodzaj sądu niższego) tylko w sytuacji, gdy: (4) pewna część normy prawnej potrzebnej do wydania orzeczenia w prowadzonej sprawie została na skutek orzeczenia TK usunięta z porządku prawnego (mamy więc do czynienia z tzw. prostą niekonstytucyjnością, derogacją przepisu wprost albo z uznaniem przepisu za niekonstytucyjny przy pewnym rozumieniu („wyrok interpretacyjny”) lub w pewnym zakresie („wyrok zakresowy”)<sup>49</sup>. Co więcej, (5) powyższe przesłanki są

---

vol. 28 (2008), no. 3, s. 409-441. Warto zauważyć, że dla angielskiego autora nie jest to problem dotyczący bezpośrednio teorii precedensu, ale problem filozoficznoprawny, skupiony wokół takich zagadnień jak różnica między formalizmem i instrumentalizmem w stosowaniu prawa, zakres dyskrejonalnej władzy sędziów oraz kluczowe stanowiska wobec istoty prawa.

<sup>49</sup> Również M. Safjan wskazuje, że kiedy rozstrzygnięcie jest nakierowane na eliminację niekonstytucyjnej normy w pełnym lub częściowym zakresie”, wtedy orzeczenia TK są „decyzjami prawotwórczymi” i „zbliżają się wyraźnie do regulacji normatywnej”, M. Safjan: *Skutki prawne...*, jw., s. 3-4.

spełnione, tylko jeśli jednocześnie można przyjąć, że decyzja sądu powszechnego lub administracyjnego ma charakter bezpośredniego stosowania konstytucji, gdyż to dopiero zapewnia podstawę prawną decyzji odwołującej się do orzecznictwa TK<sup>50</sup>.

Według R. Hausera i J. Trzczińskiego argument z praktyki sądów przemawia nie przeciwko uznaniu niektórych orzeczeń sądowych za prawotwórcze, ale właśnie za takim rozumowaniem. Jednocześnie zaprezentowana argumentacja nie stanowi wyłącznie kolekcji wniosków *de lege ferenda*, ale raczej sposób interpretacji obowiązujących przepisów, który jeśli zostanie zaakceptowany przez doktrynę prawa konstytucyjnego, będzie stanowił rozwiązanie konkretnego problemu ustrojowego i teoretycznego. Dlatego przedstawione stanowisko zasługuje na miano pragmatycznego w potocznym, a nie filozoficznym sensie tego słowa<sup>51</sup>.

Przedstawiciele stanowiska nazywanego pragmatycznym wyraźnie nawiązują również do argumentu dotyczącego wykładni prawa. Zdaniem A. Stelmachowskiego zarówno praktyka wykładni *secundum legem*, związanej z językową niedookreślonością przepisów, a także z pewnymi zastrzeżeniami wykładni *praeter legem* i stosowania wnioskowania *per analogiam* (również jako postaci wykładni) są „istotnym polem prawotwórstwa”<sup>52</sup>. Jednak

---

<sup>50</sup> R. Hauser, J. Trzcziński: *Prawotwórcze znaczenie...*, jw., s. 41. R. Hauser i J. Trzcziński podają też sposób kompromisowego – ich zdaniem – rozwiązania konfliktu między sędziami Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego o bezpośrednie stosowanie konstytucji. Tamże, s. 25-33. Prace akceptujące ideę sądowego prawotwórstwa a jednocześnie różnicujące rolę SN i TK (m.in. W. Sanetry, K. Kolasińskiego) omawia też A. Orłowska w: *Moc wiążąca...*, jw., s. 15.

<sup>51</sup> Również A. Stelmachowski podkreśla, że jego postulaty biorą pod uwagę „czynnik pragmatyczny”. A. Stelmachowski: *Prawotwórcza rola...*, jw., s. 625.

<sup>52</sup> Warto zauważyć istotną różnicę co do granic owej twórczej wykładni: A. Stelmachowski wyraźnie zastrzega, że aktywność sądów nie może prowadzić



zdaniem A. Stelmachowskiego nie każdy przypadek wykładni rozszerzającej ma charakter prawotwórczy: tylko gdy pewne rozstrzygnięcie ma cechę powtarzalności, sądy muszą uznawać je za precedens, tzn. gdy uformuje się linia orzecznicza/kierunek orzecznictwa<sup>53</sup>. Argument dotyczący wykładni w ujęciu A. Stelmachowskiego antycypuje więc nieco radykalne stanowisko L. Morawskiego: nie ukrywajmy prawdy, nie utrzymujmy fikcji, że faktycznie prawotwórcze orzeczenia sądowe są tylko postacią wykładni prawa; nazwijmy to po imieniu: są tworzeniem norm przez sądy albo po prostu precedensami sądowymi. Nie będzie to precedens zakorzeniony w zwyczaju (precedens deklaracyjny), ale po prostu precedens prawotwórczy (konstytutywny)<sup>54</sup>.

Stanowisko pragmatyczne nie prowadzi oczywiście do wprowadzenia do polskiego porządku prawnego zasady precedensu w wąskim rozumieniu, a więc w kształcie, jaki zna system *common law*, choć cytowani autorzy nie formułują w tym zakresie jakichś pryncypialnych zastrzeżeń. Przede wszystkim nie proponuje się formalnego stosowania zasady *stare decisis*, czyli związania sądów niższych orzeczeniem sądu wyższego (SN lub TK). Sąd powszechny byłby przede wszystkim uprawniony do podjęcia decyzji (rozumieć: dość swobodnej), czy zastosować regułę wyrażoną w orzeczeniu sądu wyższego. R. Hauser i J. Trzeciński nawiązując do A. Stelmachowskiego podkreślają, że prawotwórstwo sądowe należy rozumieć jako tworzenie norm ogólnych, które nie wypływają z przepisów ustawy, ale funkcjonują tak, jakby miały za sobą autorytet ustawy. Może się zdarzyć,

---

do wykładni *contra legem*, podczas gdy u R. Hausera i J. Trzecińskiego pojawia się pogląd, że sąd nie musi być zawsze związany treścią przepisu, szczególnie gdy nie uwzględni okresu zawieszenia wyroku TK orzekającego o niekonstytucyjności przepisu ustawowego.

<sup>53</sup> A. Stelmachowski: *Prawotwórcza rola...*, jw., s. 612, 616-618.

<sup>54</sup> A. Stelmachowski: *Prawotwórcza rola...*, jw., 619-620.

że na podstawie orzecznictwa sądowego sformułowana zostanie zasada, która wedle powszechnej praktyki będzie stosowana do podobnych przypadków w przyszłości<sup>55</sup>. Byłoby to więc raczej nawiązanie do koncepcji *persuasive precedent*.

Zwolennicy stanowiska pragmatycznego nie sugerują też tzw. horyzontalnego skutku orzeczenia precedensowego, to znaczy związania sądu wydającego takie orzeczenie własnym stanowiskiem. Można to zrozumieć zwłaszcza ze względu na wspomniany kontekst radykalnych zmian społecznych, a także zmian prawa. Wszystko razem prowadzi jednak do pewnej obojętności rzeczników stanowiska pragmatycznego wobec zasad rozumowania prawniczego typowych dla *common law*. Rozumowanie sędziego polskiego sądu powszechnego lub administracyjnego wynika z sytuacji, którą musi praktycznie rozwiązać. W ten sposób wymija się argument (a może nawet mocniej): unika się odpowiedzi nań) ze specyfiki rozumowania w prawie precedensowym, który podnosili zwolennicy stanowiska tradycyjnego i sceptycznego. Gdyby w prawie angielskim szukać inspiracji dla sposobów rozumowania proponowanych przez R. Hausera i J. Trzcíńskiego, można by wskazać sprawy, w których sędzia nie dysponuje wiążącym precedensem, a swoją decyzję kształtuje przez odniesienie się do kumulatywnego skutku niezależnych przesłanek. Takie rozumowanie polega zwykle na wazeniu rozmaitych względów społecznych (*balancing vario-*

---

<sup>55</sup> R. Hauser i J. Trzcíński: *Prawotwórcze znaczenie...*, jw., s. 10. W podobnym duchu wypowiada się C. Żuławska: prawotwórcza wykładnia sądowna zasługuje na uznanie zwłaszcza wtedy, kiedy konkretną treścią wypełnia zwroty niedookreślone w tekstach prawnych i kiedy „formuluje treść zwyczajów, co daje oparcie kształtowaniu się *opinio iuris*”. C. Żuławska: *Wokół zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> k.c. i wykładnia zwyczaju)*, w: *Prace cywilistyczne*, pod red. E. Gniewka (Seria: Prawo CCXXXVIII), Wrocław 1994, s. 178-179.

us policy considerations)<sup>56</sup>. Jest to równocześnie nawiązanie do sposobu rozumienia precedensu i roli orzecznictwa sądowego, które w amerykańskiej myśli filozoficznoprawnej prezentuje R. Dworkin – przeciwnik tworzenia prawa przez sędziów i orędownik porządku prawnego rozumianego jako system różnych standardów: reguł, zasad i „wytycznych polityki” stosowanych spójnie (koherentnie) w celu uzyskania możliwie najlepszego rozwiązania<sup>57</sup>.

## 2.4. Stanowisko radykalne

Czwarte stanowisko wobec problemu dopuszczalności precedensów w polskim porządku prawnym nazywam radykalnym, gdyż jego sednem jest przekonanie, że zmiany dokonujące się we współczesnym świecie, w tym również wewnątrz porządku prawa stanowionego, wymagają uznania precedensu za jedno ze źródeł prawa (choćby niesamoistne), a w niektórych przypadkach nadania precedensom charakteru precedensów wiążących. W gruncie rzeczy – twierdzą rzecznicy tego stanowiska – procesy zachodzące dziś w świecie wcześniej czy później zmuszą kraje *civil law* do oparcia konstrukcji precedensu na podobnych zasadach jak w krajach *common law*<sup>58</sup>. Czołowym przedstawicielem tego stanowiska jest L. Morawski, ale wspierają go też

---

<sup>56</sup> R. Cross: *Precedent...*, jw., s. 197. Z polskich autorów to L. Leszczyński w największym zakresie proponuje zmiany sposobów rozumowania prawniczego, aby sądowa decyzja mająca charakter prawotwórczy mogła uwzględniać racje, jakie są brane pod uwagę w orzecznictwie sądów *common law*. Patrz m.in. L. Leszczyński: *Precedens jako źródło...*, jw., s. 151 i n.

<sup>57</sup> R. Dworkin: *Biorąc prawa poważnie...*, jw., s. 56 i n.; R. Dworkin: *Imperium prawa*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Kraków 2006, s. 227 i n.

<sup>58</sup> L. Morawski: *Główne problemy...*, jw., s. 284.

D. Bunikowski, A. Orłowska, a także niezależnie rozwijający zagadnienia stosowania prawa L. Leszczyński.

L. Morawski promuje ideę precedensów (w różnych postaciach) w prawie polskim w dwojaki sposób: poprzez przytoczenie argumentów przeciwko precedensom i poddanie ich krytyce, a także poprzez wskazanie argumentów na ich rzecz. Przede wszystkim L. Morawski stara się wykazać błędność znanych już nam racji odmawiających precedensom miejsca w polskim porządku prawnym. Argument ustrojowy (J. Wróblewskiego) rozdziela na dwa odrębne argumenty: argument z demokracji i argument z podziału władz. Zarzut braku demokratycznej legitymizacji władzy sądowej L. Morawski podważa twierdząc, że ten typ uzasadnienia władzy nie jest jedynym używanym w systemie demokratycznym, a poza tym jego konsekwentne stosowanie prowadziłoby – absurdalnie – do odebrania administracji publicznej prawa do wykonywania jej funkcji, gdyż i ona nie może powoływać się na bezpośrednie „demokratyczne pochodzenie”.

Podstawowe znaczenie w sporze o precedensy w krajach Europy kontynentalnej ma jednak argument z podziału władz. L. Morawski wskazuje, że pod wpływem tradycji francuskich kodeksów XIX wieku w polskiej nauce prawa przyjęto następujące tezy<sup>59</sup>:

1) zakaz tworzenia prawa przez sądy, z którego wynikają następujące konsekwencje:

a) precedens nie jest samoistnym źródłem prawa, nie może zatem stanowić wyłącznej podstawy decyzji sędziowskiej;

b) jedyną kategorią dopuszczalnych precedensów są precedensy niewiążące;

---

<sup>59</sup> L. Morawski: *Precedens...*, jw., s. 3 i n.; tenże: *Główne problemy...*, s. 262 i n.

2) sądom nie wolno tworzyć żadnych reguł ogólnych.

Tezy te – zdaniem L. Morawskiego – nie są już dziś przekonujące. Po pierwsze, wynikają one z negatywnych doświadczeń Francji przedrewolucyjnej, a zatem wykazują całkowity anachronizm w świetle współczesnej praktyki ustrojowej. Doktryna, która twierdzi, że sąd w systemie *civil law* dokonuje jedynie subsumcji faktu pod normę i nie zajmuje się problemami ogólnymi, jest naiwna, a równocześnie stanowi przykład hipokryzji w nauce prawa (rozziewu między *saying* i *doing*, tym, co się mówi o praktyce sądów, i tym, co sądy faktycznie robią<sup>60</sup>). Nawet sądy francuskie tworzą dziś swoje *case law*, co ewidentnie podważa tezę nr 2. Po drugie, w wielu krajach europejskich coraz częściej dopuszcza się też rozwiązania stanowiące odstępstwo od tezy nr 1b. Uchwały polskiego Trybunału Konstytucyjnego ustalające do 1997 r. powszechnie obowiązującą wykładnię ustaw, rozmaite typy zasad prawnych formułowanych przez sądy najwyższe a następnie wiernie przywoływanych przez sądy niższe to tylko przykłady orzeczeń będących źródłem wiążących norm ogólnych. Ponadto L. Morawski wskazuje, że tworzenie prawa we współczesnych państwach jest oparte nie na ścisłym podziale kompetencji i funkcji, ale raczej na wzajemnej kooperacji instytucji państwowych oraz dodatkowo na ich współpracy z instytucjami pozapaństwowymi. Ideą przewodnią jest idea partycypacji, a nie separacji.

*Last but not least*, L. Morawski podnosi i szeroko rozwija argument z wykładni prawa. Jednak przeciwnie do M. Zirk-Sadowskiego, który sięgał po ten argument uzasadniając

---

<sup>60</sup> Ta kwestia była przedmiotem szczegółowych badań porównawczych przedstawionych w pracy D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.): *Interpreting precedents...*, jw., m.in. s. 60 (Niemcy), s. 99 (Finlandia), s. 347 (Wielka Brytania).

swój sceptycyzm wobec zasadności wprowadzania do polskiego prawa systemu precedensowego w ścisłym znaczeniu, dla L. Morawskiego teoria i praktyka wykładni w naszym kraju to kluczowa kwestia dotycząca precedensu. Zarówno dominująca część doktryny, jak i sam Trybunał Konstytucyjny w swoich orzeczeniach<sup>61</sup> bronią bowiem tezy o jedynie deklaratoryjnym charakterze wykładni prawa dokonywanej przez Trybunał. Tymczasem wiele argumentów przemawia, zdaniem L. Morawskiego, za uznaniem faktu, że bardzo często proces wykładni prawa ma charakter twórczy. Przede wszystkim: (1) terminy prawne są dziś najczęściej konwencjonalne, a nie empiryczne; (2) wiele terminów w prawie jest niedookreślonych, podane są tylko niektóre kryteria stosowalności (tzw. pojęcia otwarte), nie sposób wszystkiego wyrazić w języku potocznym; (3) rutyną prawniczą jest dziś dokonywanie wykładni rozszerzającej lub zwiężającej, a wreszcie (4) przy wieloznaczności wyrażen niezbędny jest wybór między różnymi dostępnymi znaczeniami. W takich okolicznościach proces interpretacji tekstów prawnych nie może być tylko stwierdzeniem znaczenia, które te terminy posiadają. Jeśli więc mamy do czynienia z wykładnią twórczą, to trzeba nazwać rzecz po imieniu, zamiast uprawiać „kryptoprawotwórstwo”, i przyznać, że występuje sądowe tworzenie prawa, nie różniące się wiele od anglosaskiego prawa precedensowego<sup>62</sup>. Postulat

---

<sup>61</sup> L. Morawski powołuje się przede wszystkim na uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 1995 r., sygn. akt 9/94 (OTK 1995/1/20).

<sup>62</sup> L. Morawski: *Precedens...*, jw., s. 8. Pogląd L. Morawskiego został zakwestionowany m.in. przez T. Gizberta-Studnickiego, który twierdzi, że wykładnia przepisów prawa w znacznie większym zakresie ma charakter odtwórczy i tym bardziej nie należy traktować jej jako przejawu sądowego prawotwórstwa w sensie ustrojowym (T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 79 i n.). Prawo bowiem nie jest tym

L. Morawskiego nie oznacza więc wprowadzania nowych sposobów rozumowania, ale raczej usankcjonowanie przez teorię prawa i doktrynę ustrojową istniejącej praktyki i ewentualnie wprowadzenie rozwiązań, które taką praktykę czyniłyby bezpiecznymi dla adresatów prawa.

Za przedstawioną kwalifikacją praktyki sądowej przemawia też argument z efektywności. W wielowymiarowo złożonym społeczeństwie kształtowanie sytuacji prawnej obywateli poprzez indywidualne decyzje sądowe, dodajmy: decyzje, które wyznaczają zasady rozstrzygania podobnych spraw, jest często bardziej skuteczne, tańsze i pozwala znacznie lepiej urzeczywistniać ideę sprawiedliwości<sup>63</sup> niż wyłączne poleganie na prawo-

---

samym co litera ustaw, a ustawa nabiera sensu dopiero wtedy, gdy rozpatrujemy ją w odpowiednich kontekstach. Zarzuty twórczej wykładni prawa i hipokryzji w procesie stosowania prawa nie mogą być postawione, dopóki interpretator („idealny interpretator”) działający w dobrej wierze jest gotów zaakceptować wynik wykładni, choćby wielokontekstowej. Zakładamy przy tym, że wykładnia twórcza pojawi się tylko w znikomych przypadkach, jeśli w ogóle. Por. odpowiedź na krytykę T. Gizberta-Studnickiego w: L. Morawski, *Główne problemy...*, jw., s. 273-274 oraz w: D. Bunikowski: *Teoria deklarytoryjna i konstytucyjna wykładni (Aktywizm i pasywizm prawniczy)*, „Państwo i Prawo” nr 11/2005, s. 49-50. Problem „twórczego charakteru wykładni” komentowany jest też w: K. Opałek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 270-273. Powyższą dyskusję przywołują w artykule pt. *O celowości rozumowań prawniczych w polskiej teorii prawa i praktyce prawniczej*, w: M. Wyrzykowski (red): *Rozumność rozumowań prawniczych*, Warszawa 2008, s. 39-68, wskazując anachroniczność dominującego w naszym kraju modelu rozumowania prawniczego.

<sup>63</sup> Z zasadą sprawiedliwości formalnej związana jest ściśle idea „uniwersalizowalności” decyzji sądowych. Jeśli sąd orzeka w konkretnej sprawie w sposób X, to takie samo prawo lub świadczenie powinno być przyznane każdej innej osobie, która znalazła się w podobnej sytuacji. Z punktu widzenia etyki nie można przyjąć inaczej i sędziowie na ogół starają się to przyjmować, choćby *implicite*. Patrz: L. Morawski: *Precedens...*, jw., s. 4.

twórstwie parlamentarnym i delegowanym. Nie zawsze musi to prowadzić do precedensów wiążących, niekiedy wystarczy respektowanie praktyki precedensów *de facto*<sup>64</sup>. Trzeba jednak precedensy traktować jak prawodawstwo zwykłe, czyli przestrzegać zasady nieretroaktywności takiego prawa, wprowadzić sposoby urzędowej publikacji orzeczeń precedensowych i temu podobne rozwiązania. W tym sensie L. Morawski przechodząc od bardzo krytycznej oceny doktryny sądowego stosowania prawa w naszym kraju do wniosków *de lege ferenda* łagodzi nieco radykalizm swojego stanowiska, ale nie ogranicza się do przyjęcia idei sądowego stanu wyższej konieczności, jaki znajdujemy w stanowisku pragmatycznym<sup>65</sup>.

\*

Podsumowując najkrócej dotychczasowe rozważania należy dostrzec kilka istotnych cech charakterystycznych prowadzonego w polskim piśmiennictwie prawniczym sporu o dopuszczalność nadania wybranym orzeczeniom sądowym charakteru precedensów. Przede wszystkim precedensy są postrzegane jako możliwe remedium na niedostatki praktyki oraz teorii procesu stosowania prawa stanowionego. Myślenie pragnieniowe przekłada się przy tym na sferę analizy rzeczywistości prawnej. Precedens jest więc

---

<sup>64</sup> L. Morawski: *Główne problemy...*, jw., s. 268-269.

<sup>65</sup> „Podkreślić należy, że sformułowana wyżej zasada nadając niektórym decyzjom interpretacyjnym moc prospektywną, nie identyfikuje ich całkowicie z aktami tworzenia prawa, a w szczególności nie przyznaje precedensom statusu samoistnego źródła prawa. Nie twierdzą więc, że precedens może być samoistną podstawą decyzji sądu. Niewątpliwie jednak stanowi ona dalszy krok w kierunku zbliżania instytucji precedensu w krajach kontynentalnych do jej odpowiednika w krajach *common law*.” L. Morawski: *Precedens...*, jw., s. 9.



rozumiany w sposób wyznaczany przez potrzeby naszego porządku prawnego, a nie przez doświadczenia systemu *common law*. Budujemy zręby teorii precedensu nie dbając szczególnie, czy jest ona mocno zakorzeniona w anglosaskich pierwowzorach. Dlatego właśnie dla większości autorów polskich problem precedensu to niemal wyłącznie kwestia źródeł prawa, a nie zasad rozumowania prawniczego. Tymczasem w prawie angielskim i amerykańskim rozłożenie akcentów jest odwrotne. Najnowsza anglosaska literatura filozoficznoprawna traktuje precedens przede wszystkim jako jeden z argumentów, po który można sięgnąć w procesie rozumowania prawniczego, zwłaszcza w procesie uzasadniania orzeczenia<sup>66</sup>. W takim ujęciu prawnik angielski lub amerykański nie jest również tak bezwzględnie jak prawnik polski związany teorią formalnego obowiązywania prawa.

Mniejsze zainteresowanie szczegółowymi problemami rozumowania sędziowskiego w systemie *common law*, przynajmniej: złożonymi i trudnymi, umacnia skłonność polskich prawników do ograniczania analizy procesu interpretacji prawa do wykładni językowej, z uznaniem innych metod wykładni za drugorzędne, a ponadto redukuje zainteresowanie argumentacją prawniczą zarówno w trakcie formułowania normy prawnej, jak i w fazie uzasadniania podjętej decyzji. Postawy takie próbują przełamać m.in. zwolennicy stanowiska pragmatycznego w instytucji precedensu szukając sposobów rozwiązania problemów wynikających z luk w prawie lub z zastrzeżeń wobec wykładni *contra legem*. Jednak nawet rzecznicy stanowiska radykalnego bronią praktyki orzeczniczej, która jest bliższa decyzji związanej niż decyzji swobodnej. W rezultacie zamiast rozwijać teorię i praktykę sądowego oraz pozasądowego stosowania prawa, pielęgnujemy

---

<sup>66</sup> Patrz np. G. Lamond: *Precedent and Analogy...*, jw.

marzenie o precedensach jako o leku na niedomagania funkcjonowania naszego porządku prawnego. Obawiam się, że bardzo wolno przybliży to nas do usunięcia dostrzeżonych niedomagań oraz do realizacji postulatu L. Morawskiego, aby szukać kompromisu między wiążącymi precedensami *de iure* i całkowicie niewiązącymi precedensami *de facto*.

## **Teoria precedensu czy teoria cytowań?**

### **Uwagi o praktyce odwołań do wcześniejszych orzeczeń sądowych w świetle teorii wielokrotnych ugruntowań**

#### **1. Wprowadzenie**

W niniejszym tekście chciałbym spojrzeć na teorię precedensu czy raczej – jak postaram się to wykazać poniżej – na teorię cytowań wcześniejszych orzeczeń sądowych z punktu widzenia filozofii języka zastosowanej do analizy prawa. Spojrzenie to pozwala generalnie postawić dwie tezy. Zgodnie z pierwszą z nich ani system prawa polskiego, ani żaden inny kontynentalny system prawa nie jest systemem precedensowym w sensie podobnym do precedensowości systemu *common law*, a jedynie systemem, w którym funkcjonuje praktyka cytowań wcześniejszych orzeczeń sądowych. Postawienie tej tezy oznacza, że ani w sensie formalnym, ani w sensie materialnym nie jest uzasadnione twierdzenie, że w Polsce mamy do czynienia z prawem precedensowym. Zgodnie z drugą tezą celem wspomnianej praktyki cytowań wcześniejszych orzeczeń nie jest – jak się czasami twierdzi w odniesieniu do prawa precedensowego i idei *stare decisis* – utrzymanie stabilności prawa. Wręcz przeciwnie, celem jej jest badanie ewolucji myśli prawniczej po to, aby uwidocznić tę ewolucję w konkretnych orzeczeniach sądów.

Aby uzasadnić powyższe tezy, konieczne jest zaprezentowanie fragmentu dorobku filozofii języka, a mianowicie tzw. przyczy-

nowej teorii referencji i jej elementu, jakim jest teoria wielokrotnych ugruntowań (*multiple groundings*). Zarówno przyczynowa teoria referencji, jak i teoria wielokrotnych ugruntowań są elementami semantyki K-P, nazywanej tak od nazwisk jej twórców: Saula Kripke i Hilarego Putnama<sup>1</sup>.

## 2. Semantyka K-P – zarys tezy

Semantyka K-P prezentuje co do zasady następujące stanowisko w sferze analizy znaczenia w języku:

a) odchodzi od analizy znaczenia terminów polegającej na analizie kryteriów składających się na treści nazw i wyszukiwanie w rzeczywistości językowej desygnatów spełniających te kryteria,

b) zaprzecza potrzebie uwzględniania intencji i wiedzy mówiącego w celu identyfikacji obiektu, do którego się on odnosi, ponieważ jest zainteresowana znaczeniem konwencjonalnym (*conventional meaning*), a nie znaczeniem osoby mówiącej (*speaker meaning*)<sup>2</sup> oraz

c) podkreśla, że to, do jakiego elementu rzeczywistości odnosi się nazwa, może zmieniać się w czasie.

Pierwszym założeniem semantyki K-P jest zakwestionowanie tradycyjnego pojęcia treści nazwy jako zespołu charakterystycznych cech przysługujących desygnatowi danej nazwy, na

---

<sup>1</sup> Zob. N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, Oxford 1996, *passim*.

<sup>2</sup> Tym samym semantyka K-P proponuje koncepcję znaczenia odmienną od koncepcji znaczenia psychologicznego K. Ajdukiewicza, która stała m.in. u podstaw teorii wykładni J. Wróblewskiego. Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, *passim*. O niektórych aspektach relacji teorii Ajdukiewicza i semantyki K-P zob. R. Wójcicki, *Ajdukiewicz. Teoria znaczenia*, Warszawa 1999, s. 52 i n. W sprawie *conventional meaning* zob. M. Devitt, *Designation*, Columbia University Press, 1981, s. 80 i n.

podstawie których można uznać dany przedmiot za desygnat tej nazwy, bądź przy braku którejs z nich odmówić mu tego charakteru<sup>3</sup>. Kripke kwestionuje tradycyjne ujęcie odnoszenia się nazwy do jej desygnatu – według niego nie polega ono na zgodności cech przedmiotu, do którego odnosi się mówiący, z zespołem cech tworzących treść nazwy (tzw. wiązką własności lub wiązką deskrypcji). Dla wyjaśnienia swojego podejścia Kripke używa przykładu, w którym występuje profesor Goedel, autor twierdzenia o niezupełności arytmetyki. Kripke zakłada na moment, że w rzeczywistości autorem tego twierdzenia jest niejaki Schmidt, który został następnie w podejrzany sposób zamordowany, a jego rękopis trafił do profesora Goedla, który opublikował go jako swój. Bazując na tym przykładzie, Kripke wskazuje, że jeżeli treścią nazwy „Goedel” jest „człowiek, który odkrył niezupełność arytmetyki”, to według tradycyjnej teorii odnoszenia się nazw musielibyśmy przyjąć, że mówiąc „Goedel” odnosimy się w rzeczywistości do Schmidta. Tak jednak nie jest – mówiąc „Goedel” odnosimy się bowiem do Goedla. Oznacza to więc, według Kripkego, że fałszywe jest twierdzenie, jakoby spełnienie przez dany przedmiot większości czy nawet wszystkich warunków wymaganych przez treść nazwy czyniło ten przedmiot desygnatem tej nazwy. Schmidt, nawet jeśli spełnia kryterium bycia „człowiekiem, który odkrył niezupełność arytmetyki”, nie jest desygnatem nazwy „Goedel”. Podając ten przykład, Kripke prezentuje swoją koncepcję odnoszenia się nazw do przedmiotów pozajęzykowych:

„Obraz, który prowadzi do teorii wiązki deskrypcji [będącej podstawą tradycyjnych koncepcji semantycznych – przyp. MM] jest mniej

---

<sup>3</sup> Zob. S. Kripke, *Naming and Necessity*, 1970; polskie wydanie: *Nazywanie a konieczność*, Warszawa 2001.

więcej taki: jestem odosobniony w jakimś pokoju; cała społeczność innych mówiących może zniknąć, ja zaś określam odniesienie dla siebie, mówiąc: <<Przez Goedla będę rozumiał człowieka, niezależnie od tego, kim jest, który dowiódł niezupełności arytmetyki>>(…). Ale większość z nas tego nie robi. Rodzi się, powiedzmy dziecko; jego rodzice zwą je pewnym imieniem. Mówią o nim do swoich przyjaciół. Spotykają je inni ludzie. Przez różnego rodzaju wypowiedzi nazwa szerzy się od ogniwa do ogniwa, jak w łańcuchu. Mówiący umieszczony w odległym końcu tego łańcucha, który słyszał powiedzmy, o Richardzie Feynmanie na mieście lub gdzie indziej, może odnosić się do Richarda Feynmana, choć nie może sobie przypomnieć, od kogo po raz pierwszy lub od kogo w ogóle o nim słyszał. Pewien ciąg komunikacyjny, docierający ostatecznie do samego człowieka, dociera do mówiącego. Odnosi się on wówczas do Feynmana, nawet gdy nie może go jednoznacznie zidentyfikować. (...) [U]stanowiony zostaje łańcuch komunikacyjny, sięgający samego Feynmana, dzięki uczestnictwu mówiącego w społeczności przekazującej to imię od ogniwa do ogniwa, nie zaś w prywatnej ceremonii, którą mówiący odbywa w swoim gabinecie: „Przez Feynmana będę rozumiał człowieka, który zrobił to, a to, a to, a to”<sup>4</sup>.

Koncepcja semantyki Kripkego, nazywana przyczynową koncepcją referencji, przenosi zatem punkt ciężkości semantyki z intencji odizolowanej od społeczeństwa jednostki na sposób posługiwania się nazwą przez wspólnotę komunikacyjną. Wprowadza do rozważań semantycznych tradycję wcześniejszych wypowiedzi. Jak mówi Kripke: „Odniesienie faktycznie wydaje się określać fakt, że mówiący jest członkiem społeczności mówiących, którzy używają danej nazwy. Nazwa przeszła do niego, od ogniwa do ogniwa, za sprawą tradycji”<sup>5</sup>.

Jak z kolei podkreśla M. Devitt: „Centralną ideą przyczynowej teorii nazw jest [twierdzenie], że nasze obecne użycie

---

<sup>4</sup> S. Kripke, *Nazywanie ...*, Warszawa 2001, s. 127-128.

<sup>5</sup> Tamże, s. 147.

nazwy, powiedzmy «Arystoteles» oznacza sławnego greckiego filozofa Arystotelesa nie ze względu na rozmaite atrybuty, co do których sądzymy (zgodnie z prawdą), że mu przysługują, ale ze względu na sieć przyczynową rozciągającą się wstecz od naszego użycia [nazwy] do pierwszych użyć nazwy w celu oznaczenia Arystotelesa. W ten właśnie sposób nasze obecne użycie nazwy ‘zapożycza’ swoją referencję od wcześniejszych użyć. To ten właśnie społeczny mechanizm umożliwia nam wszystkim oznaczanie tej samej rzeczy przez nazwę. Ta centralna idea czyni nasze obecne użycie nazwy przyczynowo zależnym od jego wcześniejszych użyć”<sup>6</sup>.

Semantyka K-P, oparta w głównej mierze na ustalaniu znaczenia poprzez analizę tradycji użyć języka w danej wspólnocie komunikacyjnej, unika sztucznej sylogistyczności rozumowania. Jak wskazuje N. Stavropoulos, „Semantyka K-P podkreśla, że ustalanie treści pojęcia nie jest działaniem mechanicznym, ale jest złożoną, teoretyczną procedurą, przenikniętą twierdzeniami ocennymi”<sup>7</sup>.

Drugie założenie semantyki K-P, polegające na przeniesieniu akcentu ze znaczenia osoby mówiącej na znaczenie konwencjonalne, jest istotne dla naszych rozważań, ponieważ wiąże się z wizją języka, w której podmiot posługujący się danym językiem (np. językiem prawnym) schodzi na plan dalszy, a podstawowym przedmiotem zainteresowań staje się sama wypowiedź. Na to założenie semantyki K-P zwraca uwagę Ch. Hughes, omawiając podkreślaną przez Kripkego różnicę pomiędzy odniesieniem mówiącego (*speaker's reference*) i odniesieniem semantycznym (*semantic reference*): „Załóżmy, że widzisz Smitha grabiącego liście i mylnie bierzesz go za Jonesa. Kiedy mówisz

---

<sup>6</sup> M. Devitt, *Designation*, Columbia University Press, 1981, s. 25.

<sup>7</sup> N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, Oxford 1996, s. 10.

‘Widzę, że Jones grabi liście’, nazwa, której używasz przy tej okazji odnosi się do Jonesa. Ale istnieje pewnie sens, w którym odnosisz się do Smitha (choć pomyliłeś go z Jonesem). Przedmiot, do którego odnosi się mówiący (*speaker’s referent*), jest nam dany przez specyficzną intencję odnoszenia się do określonej jednostki (w tym przypadku do mężczyzny grabiącego liście). Nie musi się ona zbiegać (i w tym przypadku nie zbiega się) z przedmiotem odniesienia semantycznego (*semantic referent*) nazwy, której mówiący używa, aby odnieść się do osoby, do której chce się odnieść”<sup>8</sup>.

Takie przesunięcie zainteresowania z mówiącego na to, co zostało powiedziane, a tym samym zmniejszenie roli intencji osoby mówiącej w procesie ustalania znaczenia tego, co mówi, powoduje, że pod znakiem zapytania staje idea oryginalizmu w interpretacji, przynajmniej w tym wymiarze, w jakim zakłada się, że celem interpretacji jest odkrycie intencji autora wypowiedzi<sup>9</sup>. Tym samym ujęcie języka prezentowane przez semantykę K-P pozwala nam krytycznie spojrzeć na postulaty oryginalizmu. Przyjęcie podejścia semantyki K-P do kwestii identyfikowania obiektów, do których odnosi się mówiący, oznacza interpretowanie wypowiedzi danego języka nie poprzez

---

<sup>8</sup> Ch. Hughes, *Kripke. Names, Necessity, and Identity*, Oxford 2006, s. 36 oraz S. Kripke, *Speaker’s Reference and Semantic Reference*, w: P. French, T. Uehling, and H. Wettstein (red.), *Contemporary Perspective in the Philosophy of Language*, Minneapolis 1979, *passim*.

<sup>9</sup> Zob. B. H. Bix, *Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy*, „Ratio Juris”, Vol. 16, No. 3, September 2003, s. 287, który krytykuje teorie semantyczne wywodzące się od Kripkego i Putnama za zbyt odchodzące od „znaczenia mówiącego” (*speaker’s meaning*) na rzecz „znaczenia słowa” (*word meaning*), co uznaje on za niezgodne z istotą prawa i nieuwzględniające możliwości zmiany znaczenia słów przez prawodawcę w procesie stanowienia prawa.



ustalenie, który obiekt miał na myśli mówiący, ale poprzez ustalenie, do którego obiektu odnosi się nazwa na podstawie „najbardziej koherentnego wyjaśnienia praktyki użycia danej nazwy lub terminu”<sup>10</sup>.

Trzecie założenie semantyki K-P dotyczące zmiany znaczenia w czasie, wiąże się z dorobkiem komentatorów Kripkego, w szczególności z pracami Garetha Evansa<sup>11</sup> i M. Devitta<sup>12</sup>. Dla rozważań obu filozofów kluczowe są dwa pojęcia: „chrztu pierwotnego”<sup>13</sup>, wprowadzone przez Kripkego, oraz pojęcie *multiple groundings*, które możemy przetłumaczyć jako „wielokrotne ugruntowania”, oparte na wskazywanej przez Evansa zmianie referencji w czasie, a wprowadzone przez M. Devitta<sup>14</sup>. U Kripkego „chrzest pierwotny” oznacza pierwsze nadanie nazwy obiektowi. Odbywa się ono przez deskrypcję lub proste wskazanie (jak w opisywanym przez Kripkego przypadku chrztu dziecka). Evans dowodzi, że nie tylko to pierwsze nazwanie jest doniosłe dla znaczenia danej nazwy. Oto bowiem kolejne osoby w łańcuchu przyczynowym odnoszą się do obiektu poprzez używanie jego nazwy, ugruntowując niejako jej odniesienie. Jednym z kluczowych twierdzeń składających się na semantykę K-P jest twierdzenie, że wielokrotne ugruntowania mogą w ostateczności prowadzić do modyfikacji odniesienia nazwy, tak jak nastąpiło to w przypadku nazwy „święty Mikołaj”, która pierwotnie odnosiła się do biskupa, a następnie, przez wieki, była używana w inny sposób i obecnie odnosi się do domnie-

---

<sup>10</sup> N. Stavroupulos, *Objectivity...*, s. 8.

<sup>11</sup> Zob. G. Evans, *The Causal Theory of Names*, w: *Collected papers*, Oxford 1985, *passim*.

<sup>12</sup> M. Devitt, *Designation*, *passim*.

<sup>13</sup> Zob. M. Devitt, *Designation*, s. 26 i n.; Devitt oprócz terminu *original baptism* używa także określenia *naming ceremony*.

<sup>14</sup> Tamże, s. 56.

manego roznosiciela prezentów, który działa w okresie Świąt Bożego Narodzenia.

Możliwości zmiany odniesienia danej nazwy (*designation change*<sup>15</sup>) ze względu na upływ czasu i nowe sposoby jej użycia dużo uwagi poświęca także M. Devitt. Także on wskazuje, że kolejne użycia nazwy mogą różnić się od użyc pierwotnych do tego stopnia, że w efekcie ta sama nazwa odnosi się do innego obiektu albo odnosi się jednocześnie do dwóch obiektów. Jak pisze Devitt: „Aby zaszła zmiana odniesienia, sieć powiązań oryginalnie ugruntowanych w jednym obiekcie musi zostać ugruntowana w innym obiekcie. Ustalenie, czy nastąpiła zmiana odniesienia, musi więc polegać na ustaleniu, czy obiekt [do którego odnosi się] w ostatnich ugruntowaniach jest tym samym obiektem, do którego odnoszono się we wcześniejszych ugruntowaniach. Prawdziwość twierdzeń zawierających przedmiotową nazwę będzie zależec od tego, co ustalimy. A ustalenie to będzie często bardzo trudne”<sup>16</sup>.

Zmiana odniesienia, która może nastąpić na skutek szeregu nowych użyc danej nazwy w ciągu długiego czasu, jest głównym punktem mojego zainteresowania w dorobku semantyki K-P. Zakładając, że dorobek ten, oryginalnie związany z analizą imion własnych i terminów naturalnych, możemy ekstrapolować na obszary praktyki społecznej, w których używa się pojęć o charakterze teoretycznym<sup>17</sup>, a do takich należą pojęcia prawne,

---

<sup>15</sup> M. Devitt, *op. cit.*, s. 138 i n.

<sup>16</sup> Tamże, s. 151-152.

<sup>17</sup> Granice niniejszego opracowania nie pozwalają na pełne wykazanie prawdziwości wskazanego założenia. Możliwość ekstrapolacji twierdzeń semantyki K-P do pojęć innych niż imiona własne i terminy naturalne została jednak wykazana w cytowanych już wielokrotnie pracach N. Stavropoulusa (*Objectivity in Law*), s. 46 i n., gdzie znajdujemy szerokie rozważania na temat stosowalności semantyki K-P do języka prawa, oraz w pracach M. Devitta

możemy sposób komunikacji poprzez prawo przedstawić sobie w następujący sposób. Oto w momencie sformułowania wypowiedzi języka prawnego (przepisu, normy) prawodawca używa terminów języka potocznego, które, zgodnie z koncepcją semantyki K-P, posiadają już łańcuch wielokrotnych ugruntowań, ponieważ są używane w praktyce językowej danej wspólnoty komunikacyjnej. Gdyby było inaczej, komunikacja pomiędzy prawodawcą a podmiotami podległymi prawu byłaby oczywiście niemożliwa. Ze względu na specyfikę języka prawnego niektóre z terminów już w momencie wprowadzenia ich do języka prawa uzyskują specyficzne, prawnicze znaczenie, które może być ustalone np. przez sformułowanie definicji legalnej o charakterze definicji projektującej. Jednak większość wyrażen języka prawnego jest przejmowana z języka potocznego bez zmian. Wraz z upływem czasu zarówno na gruncie języka prawnego, jak i na gruncie języka potocznego, mamy do czynienia z coraz większą liczbą ugruntowań terminów, których użyto dla wysłowienia prawa. Wynika to z faktu, że dana wspólnota komunikacyjna ciągle posługuje się tymi terminami, odnosząc je do rzeczywistości, w której funkcjonuje.

Musimy rozróżnić dwa obszary, w których dochodzi do ugruntowań terminów języka prawnego. Pierwszym, najbardziej naturalnym obszarem jest język potoczny. Na tym polu członkowie wspólnoty komunikacyjnej używają terminów istotnych dla prawa, zarówno takich, które są względnie jednoznaczne, jak „czerwony”, na określenie koloru świateł na skrzyżowaniu, takich, które są wieloznaczne (np. terminu „pojazd”), jak również terminów całkowicie nieostrych czy ocennych, takich jak

---

(*Designation*), s. 199 i n., gdzie autor wskazuje na możliwość zastosowania przyczynowej teorii referencji do terminów innych niż nazwy i terminy naturalne, w tym do terminów teoretycznych.

„okrutna kara” czy „dobry obyczaj”. Jedyne w odniesieniu do pierwszej kategorii terminów możemy twierdzić, że w zasadzie ich odniesienie nie zmienia się w czasie. Co do dwóch następujących kategorii musimy co najmniej zakładać, że taka zmiana jest możliwa. Ze względu na rozwój technologiczny termin „pojazd” może być odnoszony do coraz szerszej grupy obiektów. Podobnie, ze względu na szereg kolejnych użyć takich terminów, jak „okrutna kara”, „równe traktowanie” czy „dobry obyczaj” zmianie może podlegać fragment rzeczywistości (np. sytuacje czy stany rzeczy), do którego terminy te są odnoszone. Szczególną rolę w tym zakresie odgrywają wielokrotne ugruntowania dokonywane na obszarze prawa.

Uważam, że dyskurs w ramach języka prawnego konstrukcyjnie nie różni się od dyskursu wspólnoty komunikacyjnej języka potocznego. Także w dyskursie prawniczym dochodzi do wielokrotnych ugruntowań takich terminów, jak „własność”, „nadmierna uciążliwość” czy „gospodarcze przeznaczenie prawa”. Polem, na którym toczy się dyskurs prawniczy, a więc obszarem, na którym dochodzi do wielokrotnych ugruntowań terminów języka prawnego, są oczywiście przede wszystkim orzeczenia sądów i rozstrzygnięcia organów administracji. Należą jednak do nich także wypowiedzi doktryny, zawarte w literaturze prawniczej. Także i w tych wypowiedziach prawnicy używają przecież terminów języka prawnego i odnoszą je do rzeczywistości, a przez kolejne odniesienia mogą ewolucyjnie zmieniać znaczenie nazw w drodze opisanej powyżej zmiany desygnacyjnej (*designation change*).

Jak wskazałem powyżej, wielokrotne ugruntowania mogą prowadzić do zmiany odniesienia terminów, w tym terminów języka prawnego. Dlatego też przed każdym interpretatorem, a interpretatorem języka prawnego w szczególności, staje trudne, jak pisał Devitt w przytoczonym wyżej cytacie, sprawdzenie,

czy sposoby użycia terminów, które poddaje interpretacji, nie doprowadziły do zmiany obiektu, sytuacji czy stanu rzeczy, do których terminy te odnoszą<sup>18</sup>. W ten sposób powracamy do głównego zagadnienia, tj. do kwestii odwołań do wcześniejszych orzeczeń sądowych w praktyce stosowania prawa. Wydaje się uzasadnione twierdzenie, że odwołania te stanowią dowód na dokonanie analizy wcześniejszych wielokrotnych ugruntowań danego terminu języka prawnego w praktyce używania tego języka, a jednocześnie kolejne ugruntowanie tego terminu.

### **3. Odwołania do poprzednich orzeczeń sądowych jako analiza ciągu wielokrotnych ugruntowań**

Podkreślanie przez semantykę K-P możliwości zmiany znaczenia języka w czasie ma szczególną rolę. Wymusza niejako uwzględnianie zmian znaczenia terminów języka prawnego, spowodowanych wpływem czasu od momentu ustanowienia aktu prawnego do momentu jego zastosowania. Uważam, że

---

<sup>18</sup> Proces sprawdzenia, czy tekst nie zmienił znaczenia w czasie, jest jednym z elementów hermeneutycznego uaktualniania przez rozumienie, o którym pisali H.G. Gadamer (*Prawda i metoda*, Warszawa 2004) i P. Ricoeur (*Język, tekst...*, Warszawa 1989, s. 129). Na gruncie prawa o ciągłym przechodzeniu pomiędzy teraźniejszością a przeszłością, na którym opiera się interpretacja, pisał A. Barak: „Choć tekst został stworzony w przeszłości, pytania, na które odpowiada, są współczesne. Jest to dialog, który ma zarówno statyczny, jak i dynamiczny aspekt. Czasami tekst niesie ze sobą znaczenia, których jego autor nie przewidywał i których nie był świadom. Dialog pomiędzy interpretatorem a tekstem nigdy się nie kończy (...). Tekst nie mówi sam z siebie. On odpowiada na pytania, które stawia mu interpretator. Te pytania są zewnętrzne wobec tekstu. Są one produktem teraźniejszości i są powiązane z naszą zdolnością rozumienia tekstu we współczesności, w relacji do wydarzeń przeszłości.” A. Barak, *Purposive...*, s. 57-58.

w świetle semantyki K-P jasne staje się, że językowa analiza znaczenia przepisów prawnych nie musi oznaczać podejścia tekstualistycznego. Językowe podejście do przepisów i reguł prawnych nie pozostaje w sprzeczności z analizą społecznego kontekstu ich użycia oraz analizą tradycji użycia danych terminów prawnych, zarówno przed ustanowieniem danego aktu normatywnego, jak i później, aż do momentu zastosowania (interpretacji) tego aktu prawnego. Wynika to z roli, jaką w semantyce K-P pełnią wspomniane wielokrotne ugruntowania, do których dochodzi zarówno na gruncie języka potocznego, jak i w dyskursie prawniczym. Przy użyciu koncepcji wielokrotnych ugruntowań wydaje mi się możliwe wykazanie, że badanie znaczenia języka prawnego nie musi opierać się na podejściu tekstualistycznym, a polegającym na redukcji przesłanek interpretacyjnych, odcięciu interpretatora od szerokiej wiedzy na temat kontekstu językowego i pozajęzykowego, w którym powstawał i funkcjonuje tekst prawny. Biorąc pod uwagę postulaty semantyki K-P takie akontekstowe podejście nie ma racji bytu, ponieważ nie pozwala ustalić znaczenia terminów języka prawnego. Ustalenie to jest możliwe poprzez prześledzenie historii wielokrotnych ugruntowań, a więc sposobów odnoszenia terminów do fragmentów rzeczywistości, których używają członkowie danej wspólnoty komunikacyjnej. Z tego powodu zamiast formalistycznego redukcjonizmu bardziej adekwatne wydaje się badanie w ramach analizy znaczenia języka prawnego wszelkich sytuacji językowych, w których dochodzi do posługiwania się terminami języka prawnego. Do takich sytuacji z pewnością należą:

a) Historia przedlegislacyjna i legislacyjna danego aktu prawnego (kontekst społeczny użycia języka w momencie ustanowienia aktu prawnego i później).

W ujęciu semantyki K-P wypowiedzi dotyczące aktu prawnego<sup>19</sup>, zawarte w rekordach legislacyjnych, m.in. wypowiedzi dotyczące zakresu spraw regulowanych w tym akcie, problemów społecznych, którym miał on zarządzać, można traktować jak użycia terminów identycznych lub podobnych do terminów zawartych w akcie prawnym, pochodzących z tego samego okresu, co ten akt. Jak pisze Brian Bix: „W większości przypadków odniesienie do intencji legislacyjnej oznacza użycie wypowiedzi prawodawców (zazwyczaj wypowiedzi padających w instytucjonalnych ramach procesu legislacyjnego) do uzasadnienia konkretnego sposobu rozumienia (*reading*) [tekstu prawnego]”<sup>20</sup>.

Dzięki korzystaniu z wypowiedzi, które padały w historii legislacyjnej, osoba analizująca tę historię nie wychodzi poza językowe badanie tekstu aktu prawnego, a jedynie próbuje określić jego znaczenie poprzez zebranie swoistego „materiału porównawczego”. Taka analiza może pozwolić na lepsze odtworzenie sposobu odniesienia konkretnych terminów zawartych w samym akcie prawnym.

b) Tzw. niewiążące precedensy sądowe<sup>21</sup> i opinie zawarte w piśmiennictwie prawniczym.

---

<sup>19</sup> To, że historia legislacyjna jest przede wszystkim dostępna w wypowiedziach językowych (np. w raportach komisji parlamentarnych, protokołach z posiedzeń plenarnych itp.), jest wskazywane w literaturze — zob. np. A. Barak, *Purposive...*, s. 348. Językowość historii legislacyjnej i związana z nią jej wieloznaczność jest zresztą uznawana za dowód słabości „argumentu z historii legislacyjnej” i powodem kwestionowania korzyści płynących z wykorzystywania tej historii w procesie stosowania prawa.

<sup>20</sup> B. Bix, *Questions in Legal Interpretation*, w: A. Marmor, *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford 1997, s. 143.

<sup>21</sup> Na ten temat zob. m.in. M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” 1980, z. 6, *passim*, L. Morawski, *Precedens*

Podobnie jak w przypadku wypowiedzi składających się na historię legislacyjną, odwołanie do precedensów sądowych w rozstrzygnięciu interpretacyjnym można traktować jako odwołanie do innych użyć terminów występujących w akcie prawnym, a tym samym jako próbę ustalenia ich znaczenia. W przypadku odwołania do precedensów poprzedzających lub współczesnych aktowi normatywnemu użycia te tworzą kontekst, w którym należy rozpatrywać treść aktu. Odwołania do rozstrzygnięć wydanych już po ustanowieniu stanowią również „wielokrotne ugruntowania” użycia danych terminów i także mogą służyć do określenia znaczenia wyrażen zawartych w samym akcie prawnym.

Szczególnie interesująca w tym świetle jest kwestia precedensów w systemach prawnych, w których nie obowiązuje zasada *stare decisis*. W systemie, w którym sędzia nie ma obowiązku stosowania się do poprzednich rozstrzygnięć sądowych, odwołania do innych rozstrzygnięć i tak mają miejsce, natomiast nie da się ich wyjaśnić poprzez argumentację pozytywistyczną. W takich systemach wcześniejsze rozstrzygnięcia nie spełniają bowiem testu pochodzenia, a tym samym nie są częścią obowiązującego prawa. Uznanie rozstrzygnięć sądowych za „wielokrotne ugruntowania” znaczeń terminów zawartych w akcie prawnym pozwala więc wyjaśnić, że w systemie prawa, który nie opiera się na precedensie wiążącym, odwołanie się do rozstrzygnięć sądowych jest elementem analizy znaczenia tekstu prawnego. Na podobnej zasadzie za „wielokrotne ugruntowania” można uznać użycia terminów języka prawnego w piśmiennictwie prawniczym. Także w tym przypadku praktyka orzekania wskazuje, że

---

*a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 10, *passim*, oraz J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 10, *passim*.



sędziowie często w argumentacji swoich rozstrzygnięć używają argumentów z literatury prawniczej, choć przecież *communis opinio doctorum* nie jest źródłem prawa w naszym porządku prawnym. W świetle semantyki K-P wypowiedzi prawników zawarte w komentarzach i glosach mogą jednak być pomocne w ustaleniu znaczenia terminów tekstu prawnego, ponieważ są one innymi użyciami tych terminów przez członków danej wspólnoty komunikacyjnej. Tym samym argument z literatury prawniczej, pozornie niepozytywistyczny, w świetle semantyki K-P może być zaprezentowany jako argument z analizy językowej tekstu aktu prawnego.

c) Analizy prawnoporównawcze.

W procesie interpretacji prawa pomocne mogą być analizy prawnoporównawcze, a więc badania, jak instytucje prawne podobne do analizowanej przez interpretatora funkcjonują w innych porządkach prawnych. Także i ten argument pozornie nie daje się pogodzić z pozytywistycznym podejściem do prawa. Jak bowiem w świetle testu pochodzenia uzasadnić użycie w argumentacji prawniczej przepisów czy rozstrzygnięć sądowych dokonywanych na gruncie obcego prawa? Analiza oparta na założeniach tekstualizmu odrzuca ten typ argumentacji, podobnie zresztą jak argument z literatury prawniczej czy niewiążącego precedensu. Kiedy jednak spojrzymy na kwestię analiz prawnoporównawczych w świetle semantyki K-P, możemy po raz kolejny uznać je za badanie, w jaki sposób terminy języka prawnego były lub są używane w ramach danej wspólnoty komunikacyjnej. Oczywiście mianem wspólnoty komunikacyjnej nie obejmujemy w tym przypadku jedynie obywateli podlegających danemu prawu krajowemu, ale wspólnotę kulturową, a więc wspólnotę ludzi dzielących te same wartości. Z tego powodu polski prawnik z pewnością nie przeprowadzi

analizy prawno porównawczej odwołującej się do prawa Koranu, natomiast uzasadniona będzie taka analiza odwołująca się w kwestiach cywilnoprawnych do prawa francuskiego czy prawa niemieckiego, jeśli chodzi o kwestie konstytucyjne.

Podsumowując, uważam, że analizy biorące pod uwagę takie elementy jak historia legislacyjna, inne rozstrzygnięcia sądowe, poglądy literatury prawniczej czy analizy prawno porównawcze mogą być uznane w świetle semantyki K-P za analizy mające na celu ustalenie znaczenia terminów języka prawnego. Tym samym analizy tego typu mogą być legitymowane poprzez argument o ich pozostawaniu w obrębie analizy językowej przepisów prawnych. Takie techniki wykładni jak wykładnia historyczna, wykładnia prawno porównawcza czy wykładnia odwołująca się do piśmiennictwa prawniczego dają się więc – w świetle przedstawionej koncepcji – pogodzić z ideą językowości przepisów i reguł prawnych, a tym samym z ideą pozytywizmu prawniczego.

Wszystkie zaprezentowane sposoby analizy tekstu prawnego polegają na badaniu użyc terminów języka prawnego. Niektóre odnoszą się do badania użyc współczesnych momentowi uchwalenia aktu prawnego, inne badają użycia terminów współczesne raczej interpretatorowi niż prawodawcy. Powstaje zatem pytanie o to, czy analizy takie powinny prowadzić do uznania za właściwe znaczenia tekstu prawnego w ujęciu pierwotnym, a więc znaczenia wynikającego z użyc terminów tekstu prawnego w momencie jego uchwalenia, czy też powinny uwzględniać ewolucję znaczenia tekstu w czasie. Odpowiedź na to pytanie wymaga rozstrzygnięcia, czy analiza innych rozstrzygnięć sądowych i poglądów doktryny (uznanych powyżej za „wielokrotne ugruntowania”), a także analiza współczesnych interpretatorowi użyc terminu języka prawnego może w świetle idei pozytywistycznej prowadzić do uwzględnienia zmiany znaczenia języka

prawnego w czasie. Czy w sytuacji, gdy osiemnastowieczny prawodawca konstytucyjny zakazuje stosowania kar „okrutnych”, współczesny nam interpretator powinien rozumieć ten termin w ujęciu oryginalnym, czy też powinien uwzględnić zmianę znaczenia tego terminu w czasie i objąć nim karę śmierci?<sup>22</sup> Postulat uwzględniania zmiany znaczenia w czasie pojawia się wielokrotnie w pracach z teorii stosowania prawa<sup>23</sup>, jednak, co interesujące, pozbawiony jest uzasadnienia innego niż utilitarystyczne, a tym bardziej uzasadnienia z punktu widzenia pozytywizmu prawniczego.

Można oczywiście zapytać, dlaczego język prawny powinien być aktualizowany co do znaczenia terminów, które się nań składają. Otóż wydaje się, że kiedy stajemy przed wyborem pomiędzy podejściem oryginalistycznym (statyczną ideologią wykładni prawa) a podejściem aktualizującym (dynamiczną ideologią wykładni prawa), to musimy zadać sobie pytanie o funkcję tekstu prawnego we współczesnych systemach prawnych oraz – szerzej – o funkcję całego instrumentarium teoretycznego związanego z zasadami tworzenia tekstów prawnych, terminologią w nich stosowanych oraz ich promulgacją. Gdyby funkcją tą było jedynie danie wyrazu woli politycznej konkretnego prawodawcy, mogłaby ona znaleźć swój wyraz w dowolny sposób – np. poprzez odczytanie dekretu na dziedzińcu pałacu prezydenckiego. Dla takiego jednorazowego wyrażenia woli prawodawcy nie ma sensu tworzenie zunifikowanego systemu komunikacji tekstów prawnych, a nawet jeśli ma, to tylko w ra-

---

<sup>22</sup> Dyskusję dotyczącą konieczności uwspółcześniania konstytucji albo zamknięcia jej w ramach oryginalizmu przedstawia m.in. w odniesieniu do konstytucji amerykańskiej J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts and London 2002, s. 43 i n.

<sup>23</sup> Zob. W. N. Eskridge Jr., *Dynamic...*, *passim*, A. Barak, *Purposive...*, *passim*.

mach czasowych władzy tego prawodawcy. Wydaje się jednak, że funkcją tekstu prawnego, zasad jego tworzenia i ogłaszania jest oderwanie tego tekstu od woli konkretnego prawodawcy i uczynienie go elementem systemu, który przetrwa czas trwania przy władzy tego prawodawcy. Zbiór tekstów prawnych tworzonych w różnych momentach czasowych musi być spójny. Jeśli każdy z jego elementów będziemy wiązać semantycznie z momentem jego powstania, spójność ta, w aspekcie semantycznym, zostanie zaburzona. Stąd wyprowadzam konkluzję, że semantyczna jedność tekstu prawnego *sensu largo*, a więc zbioru wszystkich tekstów obecnych w systemie prawa w danym momencie, jest uzależniona od powiązania tego tekstu z jednym momentem w czasie, dla którego to momentu badać będziemy historię „wielokrotnych ugruntowań”. Nie może być tym momentem żaden z momentów wypowiedzania komunikatów składających się na tekst prawny, ponieważ oznaczałoby to preferencję dla któregośkolwiek z nich, a przecież ich status z definicji jest równy. Dlatego jedyną opcją jest w tym zakresie uznanie, że momentem, dla którego badamy aktualność tekstu prawnego i historię jego zmian semantycznych, jest moment jego interpretacji.

#### **4. Cytowania poprzednich orzeczeń jako aktualizacja języka prawnego**

W świetle wywodów zaprezentowanych w poprzedniej sekcji możemy teraz powrócić do uzasadnienia dwóch tez sformułowanych we wprowadzeniu do niniejszego tekstu, a więc tezy, zgodnie z którą system prawa polskiego nie jest systemem precedensowym, a jedynie systemem, w którym funkcjonuje praktyka cytowań wcześniejszych orzeczeń sądowych, oraz tezy, zgodnie

z którą celem praktyki cytowań wcześniejszych orzeczeń nie jest utrzymanie stabilności prawa, ale badanie ewolucji myśli prawniczej po to, aby uwidaczniać tę ewolucję w konkretnych rozstrzygnięciach.

Praktyka cytowań, określana nieraz mianem praktyki nieformalnego precedensu, polega w rzeczywistości na formułowaniu w uzasadnieniach orzeczeń fraz o kształcie „jak rozumie termin x sąd w orzeczeniu y...”, czy też, jak bywa to w orzecznictwie sądów administracyjnych, „podobnie kwestię y rozumie sąd x w orzeczeniu z ...”. Jak wskazywałem w poprzedniej sekcji, wspomniana praktyka cytowań jest praktyką śledzenia wcześniejszych „wielokrotnych ugruntowań” danego terminu języka prawnego, a więc poprzednich użyć tego terminu w konkretnych kontekstach przez innych uczestników dyskursu prawniczego (w tym przypadku przez innych sędziów). To, co nazywamy praktyką nieformalnego precedensu, nie musi więc być stosowaniem wcześniejszej *ratio decidendi* do rozstrzygnięcia danego przypadku, ale może pełnić funkcję o wiele skromniejszą – może stanowić metodę ustalenia znaczenia pewnych terminów użytych w tekście prawnym. Twierdzenie, że powoływanie wcześniejszych orzeczeń w uzasadnieniu decyzji sądowego stosowania prawa stanowi dowód na istnienie nieformalnego precedensu w danym systemie prawa, jest oparte na tradycyjnym podejściu do języka i na tradycyjnym podejściu do semantyki. Ta tradycyjna semantyka, tzw. semantyka intencjonalna, zakłada występowanie następującej zależności: kiedy posługuję się językiem, mam pewną intencję powiedzenia czegoś i tę intencję wyrażam w swojej wypowiedzi. Zależność ta jest widoczna w paradygmatycznym podejściu do precedensu, jest bowiem zrozumiałe to, iż prawodawca tworząc prawo, zawiera w nim pewną intencję, a zadaniem interpretatora jest tę intencję odczytać. Przyjmując ten paradygmat jest nam trudno zrozumieć, jak rozstrzygnięcie

sądowe może mieć jakikolwiek wpływ na kształt prawa (rozumianego jako wypowiedź prawodawcy posiadającego określoną intencję). Nie jest ono przecież wypowiedzią prawodawcy, nie jest wypowiedzią kogoś, kto posiada autorytet prawodawczy, a jest jedynie próbą interpretacji autorytetu prawodawczego.

Jeżeli jednak spojrzymy na język, także na język prawa, z punktu widzenia innego paradygmatu semantycznego, czyli omówionej powyżej semantyki Kripkego-Putnama, zauważymy, że sytuacja wygląda zupełnie inaczej. Jak pokazano w poprzedniej sekcji, Kripke sformułował tezę, że za znaczenie wyrażenia nie jest odpowiedzialna czyjakolwiek intencja („znaczenia nie mieszkają w naszych głowach”). Znaczenie terminu zależy od wcześniejszego łańcucha użycia tego terminu, czyli „wielokrotnych ugruntowań” tego terminu. Jako interpretator muszę więc spojrzeć w przeszłość, przeanalizować sposób, w jaki inni uczestnicy danej wspólnoty interpretacyjnej posługiwali się tym terminem i w jakich kontekstach odnosili ten termin do rzeczywistości. To właśnie wcześniejszy sposób odnoszenia danego terminu do rzeczywistości (w tym także sposób odnoszenia danego terminu języka prawnego do rzeczywistości) decyduje o znaczeniu tego terminu.

Według Kripkego zatem osoba wypowiadająca dany termin, również prawodawca, nie ma pełnej władzy nad tym, jakie jest znaczenie tego terminu. Wypowiadając słowo „równość” czy „wolność” prawodawca ani żaden inny uczestnik wspólnoty komunikacyjnej nie napełnia tych terminów swoim własnym rozumieniem. Znaczą one to, do czego wcześniej, w historycznym łańcuchu wypowiedzi, odnosili się ludzie używający tego samego języka. Oznacza to, że analiza znaczenia, także analiza znaczenia języka prawnego, nie polega na analizie intencji autora danych słów. Aby zbadać znaczenie danego terminu, należy zbadać łańcuch wcześniejszych wypowiedzi posługujących się

tym słowem i zbadać kontekst, w jakim te wypowiedzi padały.

Ta zmiana paradygmatu semantycznego, przejście od semantyki intencjonalnej do semantyki K-P pozwala nam popatrzeć na praktykę cytowań wcześniejszych orzeczeń z nieco innego punktu widzenia. Otóż praktyka ta nie jest sprzeczna ani z zasadą prymatu władzy ustawodawczej nad sądowniczą, ani z ideą prawa w ujęciu pozytywistycznym, ani z ideą rządów prawa. Cytowanie wcześniejszych orzeczeń sądowych jest działaniem w celu ustalenia znaczenia terminów języka prawnego, tyle tylko, że nie polega na badaniu intencji ustawodawcy, ale na badaniu łańcucha wcześniejszych wypowiedzi używających tego terminu (łańcucha „wielokrotnych ugruntowań”). Na gruncie prawa łańcuch tych wcześniejszych wypowiedzi stanowią wypowiedzi doktryny, ale przede wszystkim są nimi wypowiedzi padające w praktyce orzecniczej. Jeżeli więc interpretator chce odpowiedzieć na pytanie, co znaczy termin „wolność”, „równość”, „pojazd mechaniczny”, to zamiast zadawać pytanie o to, co przez użycie danego terminu miał na myśli prawodawca, śledzi niejako historię użycia tych terminów i pokazuje, że w kilku przypadkach sądy odnosiły ten termin do konkretnej rzeczywistości. W związku z tym ich wcześniejszy sposób użycia danego terminu stanowi uzasadnienie dla rozumienia tego terminu, które interpretator decyduje się w swojej decyzji interpretacyjnej przyjąć.

Jeżeli chodzi o drugą tezę, postawioną we wprowadzeniu do tego artykułu, zgodnie z którą praktyka cytowań ma na celu nie tyle zapewnienie stabilności prawa, ile jego ewolucyjny rozwój, sposób jej uzasadnienia może być następujący. Nie ulega wątpliwości, że badanie znaczeń terminów prawnych przez odwołanie się do praktyki ich wcześniejszych użyci zapewnia pewnego rodzaju stabilność ich rozumienia. Pierwszym argumentem, który o tym przekonuje, jest znana praktyka reżimów

totalitarnych, polegająca na odcięciu się od tradycji rozumienia pewnych terminów ze względu na rzekomą nieprawidłowość tego rozumienia („niearyjskość”, „burżuazyjność” itp.). To odcięcie się od tradycji użycia pewnych terminów nadawało władzom totalitarnym wolność w ich interpretacji: po wyzwoleniu się z łańcucha tradycji, łańcucha wcześniejszych użyć, władza totalitarna odzyskiwała władzę nad językiem i mogła go dość swobodnie kształtować. Nie ulega zatem wątpliwości, że praktyka cytowań ma istotną funkcję stabilizującą znaczenie terminów języka prawnego i zapewniającą względną autonomię prawa wobec innych porządków normatywnych, w szczególności wobec polityki.

Także współcześnie widoczna jest czasami chęć zmiany znaczenia danego terminu języka prawnego ze względu na aktualne potrzeby polityczne. Przykładem takiej sytuacji jest niedawna próba zmiany rozumienia terminu „samoobrona”, używanego w prawie międzynarodowym, podjęta przez prawników amerykańskich, których celem było uzasadnienie agresji USA w Iraku. Zmiana ta miała polegać na przekonaniu wspólnoty komunikacyjnej, że element znaczenia terminu „samoobrona” w rozumieniu prawa międzynarodowego obejmuje wojnę prewencyjną. Aby zinterpretować w taki sposób słowo „samoobrona”, należałoby pokazać wcześniejszy ciąg użyć, który ten termin odnosi do zjawiska wojny prewencyjnej. Ponieważ nie ma takiego łańcucha użyć terminu „samoobrona”, twierdzenie, że termin ten obejmuje wojnę prewencyjną, narusza autonomię i stabilność prawa, stając się przez to nadużyciem. Nadużycie to polega na nadaniu danemu terminowi nowego znaczenia, znaczenia, które wcześniej nie było mu nadawane. W podobny sposób można by mówić współcześnie o chęci nadania nowego znaczenia terminowi „małżeństwo” w taki oto sposób, by obejmował on także związek osób tej samej płci. Uczestnictwo



w dyskursie publicznym osób, które przekonują, że taka zmiana znaczenia (*designation shift*) jest uzasadniona, stanowi staranie o nadanie nowego znaczenia terminowi „małżeństwo”, jest staraniem o utworzenie łańcucha użyć, który mógłby uzasadnić, że termin ten odnosi się do związku osób tej samej płci.

Oprócz zapewnienia stabilności rozumienia języka prawnego praktyka powoływania wcześniejszych orzeczeń poprzez ich cytowanie ma jednak na celu także kontrolowaną ewolucję znaczeń terminów prawnych. W jaki sposób praktyka cytowań może zapewnić ewolucję systemu prawa, a nie jego petryfikację? Otóż język prawny i prawniczy ciągle podlegają ewolucji. Coraz więcej wiemy o prawie, coraz więcej publikujemy, pojawiają się doktoraty, habilitacje, które poddają analizie język prawny i badają jego znaczenie. Gdyby przyjąć wyłącznie oryginalistyczne podejście do interpretacji<sup>24</sup>, zgodnie z którym wiążącym znaczeniem tekstu prawnego jest znaczenie, które miał ten język w momencie uchwalenia tekstu prawnego, uwzględnienie zdobyczy tej ewolucji nie byłoby możliwe. Natomiast śledzenie łańcucha nowych rozumień pozwala ewolucyjnie wprowadzać do decyzji sądowych nowe rozumienia terminów. Obserwując praktykę Sądu Najwyższego USA oczywiście staje się, że takiej ewolucji został poddany termin „równość”. U samego zarania Konstytucji nie obejmował on ogromnej liczby osób zamieszkujących ten kraj. Poprzez rozwój doktryny prawa, liczne wypowiedzi prezentowane w opracowaniach naukowych, przez ten swoisty napór na zmianę odnoszenia terminu „równość” do rzeczywistości wreszcie okazało się, że znaczenie tego terminu musi zostać zmodyfikowane tak, aby objęło i kobiety, i Afroamerykanów, i inne mniejszości etniczne. Gdyby w konkret-

---

<sup>24</sup> Zob. np. A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. Cin. L. Rev. 849 (1989).

nym wyroku Sądu Najwyższego nie uwzględniono zmienionego znaczenia terminu „równość”, gdyby później nie odnoszono się do tego wyroku w kolejnych orzeczeniach, nigdy nie doszłoby do tej ewolucji znaczenia, która nadała terminowi „równość” współczesny, właściwy sens.

Wydaje się w związku z tym uzasadnione twierdzenie, że celem praktyki cytowań stosowanej w polskim i kontynentalnym orzecznictwie jest stały monitoring tego, jak ewoluuje nasza wiedza na temat prawa, oraz stopniowe, ewolucyjne wprowadzanie nowych znaczeń terminów języka prawnego do orzecznictwa, przez co następuje rozszerzenie lub zwężenie spektrum znaczeń terminów. Praktyka ta dotyczy oczywiście nie tylko cytowań wcześniejszych orzeczeń sądowych czy rozstrzygnięć administracyjnych, ale także cytowań dorobku doktryny prawa. I tak jak trudno byłoby uznać, że cytowania dorobku doktryny stanowią dowód na występowanie w polskim prawie źródła prawa o charakterze *communis opinio doctorum*, tak też trudno uznać, że praktyka cytowań wcześniejszych orzeczeń stanowi dowód na to, że Polska jest krajem prawa precedensowego. Jak powiedziano, praktyka ta ma na celu ustalanie znaczenia terminów prawnych przez odwoływanie do tradycji użyc tych terminów, a jej rolą nie jest petryfikacja prawa, ale zapewnienie jego kontrolowanej ewolucji.

## W poszukiwaniu precedensów – litygacja strategiczna w praktyce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka

### 1. Wstęp

Helsińska Fundacja Praw Człowieka od listopada 2004 r. prowadzi Program Spraw Precedensowych. Jego celem jest prowadzenie spraw sądowych w celu uzyskania przełomowych orzeczeń sądowych, które mogą wpłynąć na rozwiązywanie problemów z zakresu ochrony praw człowieka lub na zwiększanie standardów w tym zakresie. W ten właśnie sposób rozumiane są w Fundacji sprawy precedensowe. Są to sprawy, które potencjalnie mogą doprowadzić do zmian prawnych lub społecznych w zakresie ochrony praw człowieka. Sprawą precedensową nie jest zatem sprawa typowa, powtarzająca się, ale raczej sprawa prezentująca unikatowy i wyjątkowy problem.

Program Spraw Precedensowych wykorzystuje metodę litygacji strategicznej (*strategic litigation*).<sup>2</sup> Podobne cele stawiają

---

<sup>1</sup> Autor pracuje jako adiunkt w Zakładzie Praw Człowieka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, jest także sekretarzem Zarządu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. E-mail: a.bodnar@hfhr.org.pl. Autor pragnie podziękować dr Annie Śledzińskiej-Simon za komentarze i uwagi do wcześniejszych wersji tekstu.

<sup>2</sup> Szczegółowe informacje na temat programu znajdują się na stronie internetowej [www.hfhr.org.pl/precedens](http://www.hfhr.org.pl/precedens), a także w raportach z działalności (raport za lata 2005-2006 oraz za lata 2007-2008). Por. także wydawane od

przed sobą inne programy Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. W ramach prac programu „Prawa człowieka a rozliczenia z przeszłością” Fundacja prowadzi litygację strategiczną w zakresie tzw. sprawiedliwości proceduralnej dotyczącej lustracji w Polsce, a także konsekwencji dotyczących ujawnienia raportu z likwidacji Wojskowych Służb Informacyjnych<sup>3</sup>. Z kolei program „Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce”, działający od listopada 2008 r., zajmuje się sprawami precedensowymi, które mogą zwiększyć poziom ochrony wolności słowa<sup>4</sup>.

W momencie utworzenia Programu Spraw Precedensowych zadawać można było sobie pytanie, czy taka metoda ma szansę na sukces, czy przyniesie rzeczywistą zmianę w praktyce sądowej/orzeczniczej. Czy w Polsce, a więc w państwie systemu prawa kontynentalnego, można stosować metodę, której istota wywodzi się z systemu *common law*. Na to pytanie wiele osób w momencie tworzenia Programu nie znało jeszcze odpowiedzi. Wiedziały one jednak, że duże możliwości stwarza doprowadzenie spraw przed Europejski Trybunał Praw Człowieka czy Trybunał Konstytucyjny oraz że wyroki tych Trybunałów mogą przynieść nową jakość w ochronie praw człowieka. Brak

---

2007 r. miesięczne biuletyny informacyjne Programu Spraw Precedensowych.

<sup>3</sup> Szczegółowe informacje na temat programu znajdują się na stronie internetowej <http://www.hfhr.org.pl/przeszlosc-rozliczenia>. Por. także Biuletyn Informacyjny nr 1/2008, w którym znajduje się opis wszystkich najważniejszych spraw podjętych przez program w pierwszym okresie działalności.

<sup>4</sup> Szczegółowe informacje na temat programu znajdują się na stronie [www.obserwatorium.org](http://www.obserwatorium.org). Por. także wydawane miesięczne biuletyny informacyjne „Obserwatorium”. Pierwszą sprawą strategiczną, do której przystąpiła HFPC w ramach działalności „Obserwatorium wolności mediów w Polsce”, jest sprawa J.W., dziennikarza Radia Łódź. Po tym jak otwarcie krytykował związki polityczne nowego szefa tegoż radia, został mu znacząco ograniczony czas antenowy. Przed sądem dochodzi odszkodowania za dyskryminację w zatrudnieniu ze względu na poglądy polityczne.

było jednak wiedzy na temat efektów działań, szczególnie tych długotrwałych. Rzeczywistość przerosła oczekiwania i okazało się, że litygacja strategiczna w pewnym sensie ucieleśnia myślenie o istnieniu swoistego prawa precedensowego w Polsce. To bowiem precedensy zaczęły kształtować myślenie o niektórych instytucjach prawnych, a także wpływać na późniejsze zmiany legislacyjne. Doświadczenia okazały się zatem podobne jak w innych państwach systemu kontynentalnego, gdzie tego typu metoda była od lat stosowana, zwłaszcza w Bułgarii (gdzie szeroką działalność prowadzi Bułgarski Komitet Helsiński<sup>5</sup>).

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy praktycznego zastosowania metody litygacji strategicznej. Szczególnie istotne wydaje się pytanie, jak litygację strategiczną można stosować w Polsce oraz gdzie należy szukać precedensowych orzeczeń. Przedmiotem rozważań jest potencjał poszczególnych sądów (czy trybunałów) do wydawania wyroków precedensowych, a także zakresu, w jakim wyroki te wiążą inne sądy. Artykuł stanowi również próbę oceny działalności Programu Spraw Precedensowych oraz wskazuje czynniki wpływające na dotychczasową skuteczność działań Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, jak również potencjał rozwoju tej metody.

## 2. Litygacja strategiczna

### 2.1. Pojęcie

Pojęciem „litygacja strategiczna” (*strategic litigation*) określa się prowadzenie spraw sądowych lub administracyjnych w celu osiągnięcia określonego skutku społecznego, prawnego czy po-

---

<sup>5</sup> Por. stronę internetową Bułgarskiego Komitetu Helsińskiego – <http://www.bghelsinki.org/index.php?lg=en>.

litycznego. Najistotniejszy w litygacji strategicznej jest skutek, do jakiego organizacja pozarządowa dąży – trwała zmiana rozwiązująca określony problem dotyczący wielu osób. Ten skutek można osiągnąć poprzez prowadzenie jednej lub kilku spraw z ukierunkowaniem na to, aby orzeczenie w danej sprawie miało znaczenie większe niż tylko rozstrzygnięcie indywidualnego przypadku. Skutkiem może być w szczególności dokonanie trwałej zmiany prawa lub praktyki orzeczniczej bądź administracyjnej, zidentyfikowanie luk w prawie (a tym samym wskazanie kierunków dla ustawodawcy), zapewnienie poprawnej interpretacji oraz poprawnego stosowania przepisów, a także nagłaśnianie negatywnych praktyk<sup>6</sup>. Czasami możliwe jest osiągnięcie skutków zakładanych przez litygację strategiczną wyłącznie dzięki rozpoczęciu prowadzenia danej sprawy, bez oczekiwania na wyrok. W takiej sytuacji sprawa sądowa staje się wystarczającym powodem dla prawodawcy, aby rozwiązać dany problem.

Litygacja strategiczna to tylko jedno z pojęć stosowanych na określenie prowadzenia spraw sądowych w celu osiągnięcia istotnego celu. Spotyka się także pojęcie „litygacja w interesie publicznym” (*public interest litigation*)<sup>7</sup> albo „litygacja skiero-

---

<sup>6</sup> Na temat litygacji strategicznej powstało kilka podręczników oraz artykułów. Do najważniejszych należą: Edwin Rekosh i inni, *Strategic litigation: Bringing lawsuits in the public interest*, w: *Pursuing the public interest. A handbook for legal professionals and activists* (Nowy Jork: Public Interest Law Initiative, 2001); *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice. A manual on the theory and practice of strategic litigation with particular reference to EC Race Directive* (Budapeszt – Londyn – Bruksela: European Roma Rights Center, Interights, Migration Policy Group, 2004); Richard J. Wilson i Jennifer Rasmussen, *Promoting justice. A practical guide to strategic human rights lawyering* (Waszyngton: International Human Rights Law Group, 2001)

<sup>7</sup> Edwin Rekosh, *Who defines the public interest? Public interest law strategies in Central and Eastern Europe*, „Public Interest Law Initiative Papers”,

wana na wywarcie wpływu na dany problem czy nastawienie społeczne” (*impact litigation*) czy po prostu „litygacja z zakresu praw człowieka” (*human rights litigation*)<sup>8</sup>. Tym, co łączy wszystkie pojęcia, jest prowadzenie działań prawnych, które są nie tylko zwyczajną reprezentacją prawną poszkodowanej osoby, ale nastawieniem na osiągnięcie rezultatu mającego skutki dla większej liczby osób. Na marginesie należy zauważyć, że sam termin „litygacja” nie jest najlepszy, bo stanowi swoistą kalkę językową<sup>9</sup>.

## 2.2. Zastosowanie litygacji strategicznej w państwach systemu *common law*

Metoda litygacji strategicznej jest szczególnie popularna w państwach systemu *common law* opartego na precedensach, a więc w Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Kanadzie, Australii czy Indiach.<sup>10</sup> Mówiąc w dużym uproszczeniu ze względu na doktrynę *stare decisis* w państwach tych orzeczenia

---

2005; James Goldston, *Public interest litigation in Central and Eastern Europe: Roots, prospects and challenges*, „Human Rights Quarterly” 28 (2006), str. 492-524.

<sup>8</sup> „Human rights litigation” w: *Knowing your rights and fighting for them. A guide for Romani activists* (European Roma Rights Center, 2004), 163-185

<sup>9</sup> Termin ten został zaproponowany przez Jacka Babiela, *Litygacja strategiczna – kto ma wpływ na zmianę prawa?*, „Edukacja Prawnicza”, luty 2004 r., artykuł dostępny na stronie [http://www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m\\_artykuly&cid=109&id=272](http://www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m_artykuly&cid=109&id=272). Ze względu na dość dużą niezrozumiałość tego terminu w Polsce, Helsińska Fundacja Praw Człowieka stara się go nie używać. Z tych też powodów działania z zakresu litygacji strategicznej zostały wyodrębnione i nazwane Programem Spraw Precedensowych.

<sup>10</sup> Modhurima DasGupta, *Courting Development: The Supreme Court, Public Interest Litigation, and Socio-economic Development in India* (VDM Verlag, 2009).

sądu mogą mieć znaczenie w postaci zmiany prawa, gdyż sądy niższej instancji powinny je powoływać przy orzekaniu w podobnych sprawach. W literaturze jako przykład strategicznego rozstrzygnięcia, będącego wynikiem wielu lat działań ze strony organizacji pozarządowych, podaje się sprawę *Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>11</sup>. Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, które zniosło segregację rasową w szkołach, nie byłoby możliwe, gdyby nie kompleksowe działania prawne *North American Association of Coloured People (NAACP)*<sup>12</sup>. Organizacja ta zapewniała wsparcie finansowe oraz merytoryczne dla rodziców, którzy wnosili sprawy do sądu w związku z odmową przyjęcia ich dzieci do szkoły najbliższej w stosunku do zamieszkania (przyjmującej białe dzieci), a zamiast tego z kierowaniem do oddalonej szkoły z segregacją rasową. Orzeczenie to trwale zmieniło obraz Stanów Zjednoczonych i podejście do kwestii dyskryminacji oraz praw człowieka<sup>13</sup>. Litygacja strategiczna stała się zarazem czynnikiem wzmacniającym rewolucję praw (*rights revolution*), a więc zmieniającego się życia społecznego pod wpływem dochodzenia przez jednostki lub grupy praw gwarantowanych przez konstytucje lub umowy międzynarodowe<sup>14</sup>.

Nie chodzi przy tym tylko i wyłącznie o zmianę świadomości społecznej w zakresie korzystania z praw gwarantowanych

---

<sup>11</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>12</sup> Mark V. Tushnet, *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925-1950, With a New Epilogue by the Author* (The University of North Carolina Press, 2005).

<sup>13</sup> Na temat tej sprawy por. Michael J. Klarman, *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*, Oxford University Press 2007, a także Michael J. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights. The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, Oxford University Press 2004.

<sup>14</sup> Na temat rewolucji praw por. Michael Ignatieff, *The Rights Revolution*, 2. wyd. (House of Anansi Press, 2007).



w systemie konstytucyjnym USA. Równie ważny był wpływ litygacji strategicznej na dokonanie głębokich przemian społecznych, szczególnie w takich kwestiach jak prawa reprodukcyjne, prawa osób LGBT, prawo do prywatności, wolność religii czy wolność słowa. Ogromne znaczenie miały w tym zakresie wyspecjalizowane organizacje pozarządowe, a szczególnie *American Civil Liberties Union*, które poprzez swoją aktywność litygacyjną wyznaczyły nowe standardy dochodzenia praw, ale także pokazały, że o prawa można walczyć na drodze sądowej. Dzięki przełomowym, precedensowym procesom Karta Praw (Bill of Rights) nabrała zupełnie nowego rozumienia i stworzone zostały standardy, które nie były przewidywane przez ojców-założycieli Stanów Zjednoczonych. Litygacja miała zatem wpływ nie tylko na treść praw, ale także na sposób interpretowania amerykańskiej Konstytucji i Karty Praw.

### **2.3. Zastosowanie litygacji strategicznej w państwach systemu kontynentalnego**

W państwach systemu kontynentalnego litygacja strategiczna także może mieć miejsce pomimo braku systemu prawa precedensowego. Dzieje się tak ze względu na rosnące znaczenie wyroków niektórych sądów oraz ze względu na fakt, że ustawodawca nie nadąża za wymogami współczesnego życia, które powinno uwzględniać orzecznictwo.

W Polsce – państwie systemu kontynentalnego – niezwykle ważne znaczenie wykraczające poza ramy rozwiązania jednego przypadku mają orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Oczywiście rola TK oraz ETPCZ jest zdecydowanie inna. Trybunał Konstytucyjny zajmuje się przede wszystkim kontrolą zgodności z Konstytucją

normy prawnej. Jego wyroki mają zatem znaczenie prawotwórcze – w zakresie uchylania niezgodnych z Konstytucją przepisów lub uznawania konstytucyjności (lub braku zgodności z Konstytucją) określonego rozumienia przepisów. Europejski Trybunał Praw Człowieka natomiast dokonuje kontroli, czy w indywidualnej sprawie doszło do naruszenia praw jednostki. Orzeczenia dotyczą zatem właśnie oceny indywidualnej sytuacji. Ze względu jednak na ocenę standardów postępowania władz krajowych w konkretnej sprawie, rozwój orzecznictwa w tzw. sprawach pilotażowych, a także konieczność zapobieżenia przez państwa-strony Konwencji podobnym naruszeniom w przyszłości, orzeczenia ETPCZ wielokrotnie mają znaczenie dużo większe niż tylko rozstrzygnięcie jednego przypadku.

Niezwykłe znaczenie mają także orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, dokonującego interpretacji prawa wspólnotowego oraz działającego jak *quasi*-sąd konstytucyjny dla Unii Europejskiej. Natomiast Sąd Najwyższy i Naczelny Sąd Administracyjny mocą swoich orzeczeń wskazują kierunki interpretacji przepisów ustawowych, a sądy niższych instancji są tymi orzeczeniami pośrednio związane. Niezastosowanie się bowiem do nich może stanowić podstawę odwoławczą, co wpływa na sposób orzekania przez sądy niższych instancji.

Sądy powszechne często napotykać nowe problemy, dotychczas nie spotykane w orzecznictwie innych sądów. Wtedy waga ich rozstrzygnięcia zależy od podejścia, jakie przyjmą, czy dokonają odpowiedniej analizy faktów oraz odpowiedniej subsumcji norm prawnych (tj. analizy faktów w sprawie w świetle przepisów prawnych). Jeżeli tak się stanie, to czasami mocą autorytetu – ze względu na rozwiązanie skomplikowanej substancji prawnej – wyroki tych sądów mogą stanowić oparcie dla innych sądów zajmujących się podobnymi przypadkami.

W przypadku jednak sądów powszechnych warto pamiętać, że potencjał na zaistnienie precedensowych spraw jest dużo mniejszy niż w przypadku sądów ostatniej instancji czy trybunałów. Sądy powszechne bowiem często koncentrują się na tym, aby ich wyroki zostały utrzymane przez sądy wyższych instancji. To powoduje, że są mniej skłonne do orzekania w sposób niestandardowy, gdyż wtedy ryzykują uchylenie wyroku, jeżeli sąd II instancji nie podzieli takiego podejścia. Dlatego w odniesieniu do sądów powszechnych to, co wydaje się decydować o precedensowym charakterze orzeczenia, to jego unikatowość – zetknięcie się po raz pierwszy z danym problemem prawnym czy społecznym. Wtedy jakość uzasadnienia, moc argumentacji, zmierzenie się z problemem, może mieć znaczenie dla publicznego komentowania rozstrzygnięcia, a także pośrednio wpływać na sposób myślenia prawniczego o danym problemie. Może to nie być zatem wyrok precedensowy w ścisłym znaczeniu tego słowa, lecz precedensowy ze względu na zmierzenie się przez organ wymiaru sprawiedliwości z danym problemem po raz pierwszy<sup>15</sup>.

Jak zatem widać, istnieje dość duża przestrzeń w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości, którą mogą wypełniać organizacje pozarządowe zajmujące się litygacją strategiczną.

Wiele spraw rozpoznawanych w Polsce dotyczy także nowych problemów społecznych<sup>16</sup> i prawnych, które wcześniej

---

<sup>15</sup> Dobrym przykładem jest wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 4 sierpnia 2009 r., w którym sąd uznał naruszenie dóbr osobistych powoda z powodu wielokrotnego nazywania go przez sąsiadkę „pedałem”. Wyrok, choć nieprawomocny, ze względu na zajęcie się problemem mowy nienawiści wobec osób homoseksualnych przez sąd cywilny, był szeroko komentowany w mediach i wywarł duży wpływ na kształt debaty o prawach gejów i lesbijek. Nawet jeśli wyrok ten zostanie zmieniony, to jednak już teraz zmienił on w pewnym stopniu świadomość społeczną.

<sup>16</sup> Por. sprawy dotyczące odszkodowania za tzw. złe urodzenie, w tym

nie były przedmiotem zainteresowania społeczeństwa, mediów bądź sądów. Chodzi tu np. o prawa osób należących do grup marginalizowanych czy tradycyjnie dyskryminowanych, które przed sądem dochodzą swoich racji. Takie sprawy – niezależnie od tego, przez jakie sądy są rozpoznawane – stają się swoistymi „społecznymi” precedensami. Jeżeli w takiej sprawie orzeczenie wydaje sąd rejonowy, to oczywiście sąd wyższej instancji nie jest nim w żaden sposób związany. Jednakże podejście do problemu, sposób rozumowania, analiza faktów, rozwiązanie niektórych kwestii proceduralnych, a także rozstrzygnięcie mogą mieć znaczenie dla innych spraw tego typu, szczególnie rozpoznawanych przez sądy tej samej instancji. Nie bez znaczenia jest także zmieniające się nastawienie społeczeństwa czy mediów do problemów poruszanych w takich sprawach.

Litygacja strategiczna może być prowadzona w celu realizacji różnych celów organizacji społecznych czy grup obywateli<sup>17</sup>. Dla jednych może to być pożyteczny instrument służący wzmocnieniu ochrony praw człowieka, dla innych zaś litygacja może mieć zastosowanie w działaniach na rzecz ochrony środowiska, ochrony kobiet przed przemocą, przejrzystości działania admi-

---

sprawa Państwa Wojnarowskich rozstrzygnięta wyrokiem Sądu Najwyższego z 13 października 2005 r., IV CK 161/05. Na ten temat: Adam Bodnar, *Analiza spraw sądowych dotyczących braku dostępności świadczenia przerywania ciąży w Polsce*, [w:] Wanda Nowicka (red.) *Prawa reprodukcyjne w Polsce. Skutki ustawy antyaborcyjnej. Raport 2007*, Warszawa 2007, str. 54-77.

<sup>17</sup> W związku z planowanym wprowadzeniem w Polsce modelu pozwów zbiorowych (*class action*) poprzez uchwalenie ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym może zwiększyć się jeszcze rola litygacji strategicznej. Można wyobrazić sobie organizacje konsumenckie, które zamiast prowadzić jedną sprawę, tworzą grupę i w ten sposób wzmacniają znaczenie sprawy, ale także jej wartość strategiczną. Projekt ustawy jest obecnie rozpatrywany przez Sejm i jest dostępny na stronie <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/1829.htm>

nistracji czy ochrony interesów majątkowych określonych grup. Litygację strategiczną mogą też podejmować organizacje, grupy wyspecjalizowane w ochronie tylko niektórych praw (np. prawa osób z HIV oraz chorujących na AIDS, praw osób homoseksualnych czy praw dziennikarzy)<sup>18</sup>.

Litygacja strategiczna jest szczególnie skuteczna, kiedy jest jednym z działań organizacji pozarządowej, a nie wyłącznie jedynym działaniem. Częstokroć właściwa identyfikacja problemów do litygacji strategicznej wymaga rzetelnego oraz starannego przygotowania i wiedzy na temat danej dziedziny życia społecznego. Skuteczna litygacja strategiczna zależy bowiem od odpowiedniego poznania problemu, jego źródeł, a także świadomości, w jakim zakresie ewentualne precedensowe orzeczenie może pomóc zlikwidować dany problem. Znajomość określonej problematyki, wynikająca z prowadzonych działań monitoringowych czy konsultacji z ekspertami, pozwala wybrać odpowiednią strategię czy właściwe podejście do danej sprawy sądowej. Z powyższych względów najwięcej sukcesów może przynieść litygacja strategiczna w sprawach popartych wcześniejszymi badaniami monitoringowymi oraz doświadczeniem organizacji pozarządowych w tym względzie. Zresztą wyniki takich badań są także pożytecznym narzędziem dla litygacji, gdyż dzięki nim można zwrócić uwagę na szerszy kontekst sprawy<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Por. uwagi na temat potencjału rozwoju litygacji strategicznej w Polsce w dalszej części tego tekstu.

<sup>19</sup> Dla przykładu Helsińska Fundacja Praw Człowieka w „opinii przyjaciele sądu” w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce* (skarga nr 7710/02) powoływała się na wyniki monitoringu gwarancji wolności religijnej w Polsce i sposobów nauczania religii, szczególnie przedstawicieli kościołów mniejszościowych. Było to możliwe dzięki raportowi pod redakcją Agnieszki Mikulskiej: *Wolność sumienia i wyznania. Raport z monitoringu*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2002.

### 3. Funkcje litygacji strategicznej

Litygacja strategiczna pełni różne funkcje. Najbardziej podstawowa to zmiana prawa, praktyki orzeczniczej w określonej dziedzinie, a więc funkcja będąca realizacją postawionego wcześniej celu. Litygacja strategiczna pełni w społeczeństwie demokratycznym także szereg innych, dodatkowych funkcji. W szczególności prowadzenie precedensowych spraw, które z reguły są szeroko omawiane przez media, służy podniesieniu świadomości społecznej co do zakresu posiadanych praw, a także mobilizacji do wysuwania własnych roszczeń, jeżeli zapadły korzystne wyroki w podobnych sprawach<sup>20</sup>. Sprawy sądowe często stają się także przedmiotem debaty publicznej i wywołują dyskusję na temat podejścia do określonych problemów. Służą ponadto aktywizowaniu społeczeństwa obywatelskiego. Dla organizacji pozarządowych i grup jednostek sprawy sądowe stają się czasem punktem odniesienia w różnych podejmowanych przez nie działaniach. Ma to szczególne znaczenie dla grup marginalizowanych czy wykluczonych społecznie, które dzięki istnieniu organizacji działających na rzecz ich praw są bardziej skłonne do podejmowania kroków prawnych. Najlepszym przykładem organizacji z Europy Środkowo-Wschodniej jest w tym zakresie *European Roma Rights Center*<sup>21</sup>, która od wielu lat zajmuje się

---

<sup>20</sup> Sprawa Bożeny Łopackiej, która pozwała JMD Dystrybucja Sp. z o.o., właściciela sieci supermarketów Biedronka, o wynagrodzenie za pracę w nadgodzinach, spowodowała napływ do sądów licznych podobnych spraw, z reguły zakończonych zasądzeniem wynagrodzenia lub ugodą sądową. Powstało także Stowarzyszenie Poszkodowanych przez Wielkie Sieci Handlowe Biedronka, które zajmowało się pomocą ofiarom wykorzystywanym w pracy w „Biedronce”.

<sup>21</sup> Informacje na temat działalności tej organizacji są dostępne na stronie <http://www.errc.org>.

kompleksowymi działaniami prawnymi na rzecz ochrony praw Romów, w tym m.in. litygacją strategiczną<sup>22</sup>.

Precedensowe sprawy przyczyniają się także do edukacji sędziów, prokuratorów, adwokatów i radców prawnych. Z reguły są to sprawy nietuzinkowe, prezentujące nowe zagadnienie prawne, przy jednoczesnym obszernym przedstawieniu argumentacji przez organizacje pozarządowe. Właśnie ze względu na przekroczenie ram zwykłej i typowej sprawy, sprawy precedensowe mogą skłaniać do dodatkowych lektur i przyciągają uwagę. Litygacja strategiczna może stanowić także jeden ze sposobów wprowadzania do krajowego dyskursu prawniczego wniosków wynikających z funkcjonowania innych systemów prawnych. Ciekawe sprawy skłaniają do pytań, jak jest w innych państwach, czy ten problem został już rozstrzygnięty w orzecznictwie, a także do rozważań na temat obowiązującego prawa<sup>23</sup>.

Podstawową funkcję litygacji strategicznej – zmianę prawa w drodze prowadzenia spraw sądowych – może być trudno osiągnąć lub może to być proces długotrwały. Dlatego pośrednią

---

<sup>22</sup> Najważniejszą sprawą strategiczną dotyczącą praw Romów, w którą zaangażowane było *European Roma Rights Centre*, a także inne organizacje pozarządowe, jest sprawa *D.H. i inni przeciwko Czechom*, wyrok Wielkiej Izby z 13 listopada 2007 r., skarga nr 57325/00. W sprawie tej Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że segregacja dzieci romskich i umieszczanie ich w szkołach dla dzieci opóźnionych w rozwoju stanowi dyskryminację pośrednią (naruszenie art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) oraz narusza prawo do edukacji (art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji).

<sup>23</sup> Por. także Katarzyna Gonera, *Udział organizacji społecznych w postępowaniu sądowym jako gwarancja prawa do rzetelnego procesu* [w:] Łukasz Bojarski (red.) *Sprawny sąd. Zbiór dobrych praktyk*. Część druga, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, str. 166- 176. Zdaniem SSN Katarzyny Gonery „organizacje pozarządowe mają większą wrażliwość co do respektowania podstawowych praw i wolności człowieka niż profesjonalni prawnicy (także sędziowie), którzy myślą i działają rutynowo (na str. 169).

funkcją litygacji strategicznej jest nacisk na zmianę prawa w drodze prac legislacyjnych. Na przykład może się okazać, że w konkretnej sytuacji lepszym rozwiązaniem niż litygacja strategiczna jest skupienie się na działaniach lobbingowych i przekonanie podmiotów posiadających inicjatywę legislacyjną do wniesienia projektu ustawy. Takie rozwiązanie może być szybsze i skuteczniejsze. Jednakże w takiej sytuacji prowadzenie sprawy precedensowej ma także swój głęboki sens. Konkretna sprawa ujawniać może bowiem problem, który powinien znaleźć odzwierciedlenie w toku prac nad zmianami odpowiednich ustaw czy rozporządzeń.

#### **4. Etapy działania**

Jak wspomniano, litygacja strategiczna nie polega na prostym podejmowaniu się prowadzenia spraw sądowych, a następnie na reprezentowaniu klientów. W klasycznie prowadzonej litygacji strategicznej można wyszczególnić kilka podstawowych etapów. Należą do nich:

- 1) identyfikacja celów danej organizacji czy grupy ludzi; jako cel należy rozumieć konkretny problem, który można rozstrzygnąć skutecznie na drodze sądowej;
- 2) poszukiwanie odpowiedniej sprawy (lub spraw) dla każdego wyznaczonego celu;
- 3) wybór sprawy nadającej się do litygacji strategicznej;
- 4) opracowanie indywidualnej strategii dla każdej sprawy;
- 5) podjęcie się działań prawnych w sprawie (poprzez jej wszczęcie, jeżeli jest to sprawa cywilna lub administracyjna bądź przystąpienie do sprawy w charakterze strony trzeciej);
- 6) prowadzenie sprawy przy jednoczesnym nagłośnieniu danego problemu prawnego i podjęciu innych działań mających na celu zmianę prawa lub praktyki.



Zasadniczo ostatnim etapem powinno być wygranie sprawy, tj. doprowadzenie do orzeczenia skutkującego zmianą prawa lub interpretacją przepisów w sposób zmieniający negatywną praktykę. Jednak na tym etapie nie powinna się kończyć litygacja strategiczna, jeżeli jest właściwie prowadzona. Ostatnim etapem powinien być monitoring dotyczący poprawnego wykonania wyroku (np. wyroku TK lub ETPCZ) czy dotyczący zgodności praktyki z uzyskanym orzeczeniem. Monitoring jest równie ważny jak samo prowadzenie postępowania. Szczególnie w Polsce można było zaobserwować ostatnio wstrzeźliwość w wykonywaniu wyroków Trybunału Konstytucyjnego przez ustawodawcę, choć wiele się zmienia w tym zakresie. Warto także pamiętać, że wykonanie wyroku może być także pozorne – wyrok sądu powoduje zmianę przepisów, lecz nie rozwiązuje problemu w całości<sup>24</sup>.

Powyższy model postępowania w ramach litygacji strategicznej jest modelem teoretycznym. Jego przebieg jest jednak weryfikowany przez codzienne życie. W praktyce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka często się zdarza, że zainteresowanie danym problemem prawnym nie wynika z wcześniejszej abs-

---

<sup>24</sup> Por. Jelena Kondratiewa-Bryzik, *Wykonanie wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Tysiąc przeciwko Polsce*, „Problemy Współczesnego Prawa Europejskiego i Porównawczego”, tom VII (2009), z. 2, str. 101-110. Por. także wystąpienie Wojciecha Burka na konferencji „Znaczenie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka dla polskich sądów i prawników”, zorganizowanej 25 czerwca 2009 r. w Warszawie przez Helsińską Fundację Praw Człowieka, Krajową Izbę Radców Prawnych, Zakład Praw Człowieka WPiA UW oraz Biuro Informacji Rady Europy. Zwracają oni uwagę, że rozwiązanie przyjęte w ustawie może być wadliwe ze względu na zasiadanie w panelu 3 osób rozpatrujących odwołanie od decyzji lekarza 3 lekarzy, a więc przedstawicieli jednego środowiska. Ponadto niepokój budzi czas rozpatrywania odwołania, szczególnie w kontekście tego, że ewentualna decyzja o aborcji musi być podjęta, kiedy płód jest jeszcze w okresie prenatalnym.

trakcyjnej analizie, lecz pojawia się dopiero, kiedy problem ten zostanie wyeksponowany przez konkretną sprawę<sup>25</sup>. W takim przypadku weryfikacji podlega kwestia, czy faktycznie problem wynikający ze sprawy jest istotny oraz czy prowadzenie sprawy odpowiada celom statutowym i zakresowi działania organizacji pozarządowych.

## **5. Znaczenie wyboru sprawy dla skuteczności litygacji strategicznej**

Ważnym elementem w litygacji strategicznej jest uważny dobór spraw, jakimi zajmie się organizacja pozarządowa. Zazwyczaj organizacja pozarządowa – ze względu na swoje statutowe cele – jest proszona o pomoc przez wiele osób<sup>26</sup>. Jeżeli organizacja chce się zajmować litygacją strategiczną, musi sobie odpowiedzieć na pytanie, czy jest organizacją poradniczą (wtedy udziela porady oraz podstawowej pomocy wszystkim osobom, które się do niej zgłaszają), czy zamierza podejmować działania o szerszym zakresie<sup>27</sup>. Jeżeli ta druga opcja jest dominująca, to rośnie zna-

---

<sup>25</sup> Przykładem jest sprawa 10 kandydatów na sędziów (asesorów lub na sędziów sądów okręgowych), nie powołanych na stanowiska sędziów przez Prezydenta bez podania jakiegokolwiek uzasadnienia. Sprawa była na tyle nietuzinkowa, że trudno było przewidzieć jej zaistnienie. Jednocześnie jest to jedna z najbardziej doniosłych spraw dla funkcjonowania państwa oraz trójpodziału władz.

<sup>26</sup> Dla przykładu do Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka wpływa ok. 40 – 50 nowych spraw dziennie.

<sup>27</sup> Oczywiście możliwe jest łączenie tych dwóch opcji, np. poprzez udzielanie porad prawnych tylko w ograniczonym zakresie tematycznym, a jeśli chodzi o litygację strategiczną koncentrowanie się na wybranych zagadnieniach. HFPCZ udziela typowej pomocy prawnej osobom ubiegającym się o status uchodźców lub legalizujących swój pobyt na terytorium Polski.

czenie właściwej selekcji spraw i wybierania tylko tych, które faktycznie odpowiadają strategicznym celom organizacji. Zatem litygacja strategiczna nie polega na zajmowaniu się przez daną organizację każdą sprawą, jaka do niej trafia, udzielaniu pomocy każdej osobie oczekującej takiej pomocy, ale na zajmowaniu się tylko niektórymi zagadnieniami.

Szczególnie ważne jest trafne dokonywanie wyboru spraw do litygacji strategicznej, a także właściwe określenie priorytetów. W praktyce organizacji pozarządowych najczęściej spotkać się można z sytuacją, w której o wyborze spraw decydują albo organy statutowe tej organizacji, albo specjalnie powołane do tego celu rady składające się także z ekspertów luźno związanych z daną organizacją, lecz posiadających dużą wiedzę na temat określonej dziedziny<sup>28</sup>. Wybór sprawy powinien być przede wszystkim zgodny z celami statutowymi organizacji oraz założeniami, jakim mają służyć działania prawne podejmowane przez organizację. Dla przykładu, niektóre organizacje deklarują, że koncentrują się w danym czasie tylko na sprawach dostępu do informacji publicznej lub na prawach kobiet. Inne zaś nie określają zakresu tematycznego, ale dobierają sprawy pod kątem problemów, które prezentują. Tak jak zostało wcześniej wspomniane, organizacja powinna mieć wcześniej świadomość problemów, jakie trapią daną grupę społeczną czy występują w danej dziedzinie życia (co może być efektem działań monitoringowych). W praktyce jednak o problemach można się do-

---

<sup>28</sup> W praktyce Programu Spraw Precedensowych wyborem spraw, a także ustaleniem strategii zajmuje się Rada Programowa. W skład Rady Programowej wchodzi specjaliści z zakresu praw człowieka, różnych dziedzin prawa oraz nauk społecznych. Dzięki przeniesieniu decyzji na poziom Rady Programowej możliwe jest kompleksowe rozważenie każdej sprawy, a także zastanowienie się, jakie prawa oraz w jakim zakresie zostały naruszone (jeżeli w ogóle dana sprawa dotyczy naruszenia praw i wolności jednostki).

wiedzieć, kiedy dana osoba zgłasza się ze sprawą, która ujawnia istnienie problemu systemowego, o którym wcześniej mało kto wiedział, miał o nim ogólne pojęcie lub tylko przypuszczał, że on istnieje.

Dla wyboru sprawy do litygacji strategicznej ważny jest ponadto jej stan faktyczny. W szczególności ocenie podlega jasność i przejrzystość sprawy, brak dodatkowych okoliczności faktycznych nieistotnych oraz komplikujących postępowanie prawne, a także uniemożliwiających przedstawienie najważniejszego problemu. Ze stanu faktycznego (oraz wstępnej analizy prawnej) powinna też wynikać ocena, czy sprawa ma szanse na pozytywne rozstrzygnięcie, na doprowadzenie do ostatecznego orzeczenia zmieniającego prawo lub praktykę.

Nie wszystkie sprawy prowadzone w ramach litygacji strategicznej muszą charakteryzować się potencjałem „zwycięstwa”. W wyjątkowych sytuacjach prowadzenie postępowania sądowego może służyć nie tyle celom prawnym, ile zwróceniu uwagi opinii publicznej na istnienie określonego problemu społecznego, jego nagłośnieniu i wyeksponowaniu<sup>29</sup>. W takim wypadku (zazwyczaj rzadkim) już sam fakt prowadzenia postępowania ma wymiar społeczny. Choć sprawa może się wydawać przegrana

---

<sup>29</sup> Przykładem jest sprawa Jolanty Kramarz przeciwko supermarketowi Carrefour, która dotyczyła niewpuszczenia osoby niewidomej będącej razem z psem-przewodnikiem na teren supermarketu. Zanim strony zawarły ugodę w sprawie, zmieniła się fundamentalnie praktyka supermarketów. Przyjęta została także ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o zmianie ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, ustawy o podatkach i opłatach lokalnych oraz ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia, Dz. U. z 2008 r., nr 223, poz. 1463. Por. Dorota Pudzianowska, *Dyskryminacja osób niewidomych w dostępie do obiektów użyteczności publicznej*, „Niepełnosprawność i Rehabilitacja” (najbliższy numer z 2009 r.).

(np. ze względu na jasne przepisy prawa), to jednak powtarzanie podobnych postępowań może zwracać uwagę na to, że nie są wystarczające chronione prawa obywateli lub że konieczna jest interwencja ustawodawcy.

Znaczenie może mieć także tzw. przyjazny poszkodowany, tj. osoba, która rozumie interes społeczny wiążący się z prowadzoną sprawą. Przy reprezentowaniu jakiegokolwiek klienta zawsze jego interes jest najważniejszy. Pomoc prawna udzielana w ramach prowadzenia litygacji strategicznej wiąże się jednak z dążeniem do osiągnięcia większego rezultatu niż tylko wygranie pojedynczej sprawy. Powyższe interesy mogą w niektórych sytuacjach ze sobą kolidować, dlatego ważne jest porozumienie pomiędzy organizacją a klientem i zrozumienie wzajemnych oczekiwań oraz potrzeb. Zasadniczo przyjmuje się zasadę, że nawet w przypadku realizacji celów strategicznych interes klienta jest najważniejszy. Jeśli klient nie godzi się na określone kroki prawne, woli zawrzeć ugodę niż bezwzględnie dążyć do przełomowego wyroku, rolą organizacji pozarządowej jest uszanowanie tych oczekiwań. Z tych względów organizacje pozarządowe czasami koordynują równoległe prowadzenie kilku podobnych spraw, z których w efekcie tylko jedna osiągnie najwyższe etapy postępowania sądowego i doprowadzi do przełomowego wyroku.

Wybór sprawy determinowany jest również przez ograniczenia czasowe czy proceduralne w zakresie skorzystania z odpowiednich środków prawnych. Często praktyką w organizacjach pozarządowych jest zgłaszanie się klientów „na ostatnią chwilę” czy w sytuacji, kiedy skutecznej pomocy nie udzielił żaden adwokat, a sprawa została już przegrana przed sądami dwóch instancji. Choć niekiedy faktycznie prawa danej osoby zostały w przeszłości naruszone, to jednak pomoc w prowadzeniu sprawy na etapie postępowania kasacyjnego czy postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym może okazać się niemożliwa.

Istotnym czynnikiem przy wyborze sprawy jest także kryterium czasochłonności prowadzenia sprawy dla rozwiązania określonego problemu. Litygacja strategiczna powinna być instrumentem, który pomaga rozwiązać określony problem. Jeżeli w danej sytuacji ten sam rezultat (np. wyeliminowanie anachronicznego przepisu ustawowego) można osiągnąć mniejszym wysiłkiem (np. poprzez interwencję u właściwego ministra i przekonanie go do wniesienia odpowiedniej poprawki), to prowadzenie długiego postępowania sądowego nie wydaje się rozsądną opcją.

Czynnikiem ważnym dla wyboru sprawy do litygacji strategicznej powinna być także skala problemu prezentowanego przez sprawę. Jeżeli dany problem oddziałuje na sytuację prawną i faktyczną wielu osób, a uzyskanie pozytywnego wyroku ten problem by minimalizowało lub likwidowało, to bez wątpienia jest to ważny powód dla zajęcia się określoną sprawą. Jeżeli natomiast sprawa nie różni się istotnie od wielu spraw podobnych, a ponadto nawet pozytywny wyrok nie rozwiąże żadnego problemu natury ogólnej, to raczej nie powinna ona być przedmiotem szczególnego zainteresowania.

## **6. Zasady prowadzenia spraw w ramach litygacji strategicznej**

### **6.1. Reprezentacja klienta a udział jako strony trzeciej w postępowaniu**

W ramach litygacji strategicznej sprawy mogą być prowadzone na dwa zasadnicze sposoby: (1) poprzez bezpośrednie zaangażowanie organizacji pozarządowej w reprezentowanie klienta albo (2) poprzez interwencję w sprawie jako osoba trzecia, wspierająca określoną argumentację.

W pierwszym wypadku reprezentacja może przybierać różne formy i obejmować prowadzenie sprawy przez pracowników organizacji lub przez współpracujących profesjonalnych pełnomocników – adwokatów lub radców prawnych. W praktyce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka adwokat/radca prawny jest odpowiedzialny za obsługę prawną sprawy i ponosi za to odpowiedzialność wobec klienta. Reprezentacja w większości przypadków przybiera formę pomocy *pro bono*.<sup>30</sup> HFPCZ natomiast jest odpowiedzialna za merytoryczne wsparcie pełnomocnika procesowego, ale także planuje strategię prowadzenia sprawy lub podejmuje działania wspierające (np. przygotowanie listów interwencyjnych do organów władzy, współpraca z dziennikarzami, konsultacje z ekspertami w danej dziedzinie itd.).

Reprezentacja stron może przybierać różne postacie – w zależności od rodzaju postępowań. Może polegać na reprezentowaniu stron w sprawach karnych (zarówno po stronie oskarżonego<sup>31</sup>,

---

<sup>30</sup> HFPCZ skutecznie rozwija w Polsce praktykę świadczenia usług prawnych *pro publico bono*. Oprócz HFPCZ działania w tym zakresie podejmuje Centrum *Pro Bono* działające przy Fundacji Uniwersyteckich Poradni Prawnych. Centrum *Pro Bono* pełni funkcję tzw. *clearinghouse*, tj. instytucji pośredniczącej w zapewnieniu pomocy prawnej dla organizacji pozarządowych od gotowych nieść pomoc kancelarii prawnych. Rozwój praktyki *pro bono* w Polsce jest w dużej mierze związany z rozwojem dużych sieciowych kancelarii prawnych pochodzących z państw, w których tego typu usługi są normalnym zjawiskiem społecznym i biznesowym od wielu lat. Por. na ten temat np. Barlow F. Christensen, *The Lawyer's pro bono publico responsibility*, „American Bar Foundation Research Journal”, tom 1, str. 1-19; Andrew Boon i Robert Abbey, *Moral agendas? Pro bono publico in large law firms in the United Kingdom*, „Modern Law Review” 60 (1997): 630 – 654.

<sup>31</sup> Np. w przypadku niesłusznego oskarżenia o popełnienie przestępstwa – por. sprawa Leszka Szymczaka, wydawcy [www.gazetabytowska.pl](http://www.gazetabytowska.pl), oskarżonego o wydawanie czasopisma bez rejestracji.

jak i poszkodowanego<sup>32</sup>). W sprawach cywilnych reprezentacja także może obejmować stronę powodową<sup>33</sup> i pozwaną<sup>34</sup>. Reprezentacja może dotyczyć występowania przed Sądem Najwyższym<sup>35</sup>, Trybunałem Konstytucyjnym<sup>36</sup> lub Europejskim Trybunałem Praw Człowieka<sup>37</sup>.

W drugiej sytuacji – występowania jako organizacja neutralna w stosunku do stron postępowania – rola organizacji ogranicza się do przystąpienia do procesu w charakterze organizacji społecznej (art. 63 k.p.c.)<sup>38</sup> lub przedstawiciela społecznego (art. 90 k.p.k.)<sup>39</sup>. W ramach takiego procesu organiza-

---

<sup>32</sup> Np. w sprawie A.M. dotyczącej złych standardów opieki zdrowotnej w szpitalu przywieziennym w Grudziądzu, w wyniku czego A.M. utraciła dziecko przy porodzie. Sprawa karna prowadzona była przeciwko lekarzowi i położnej.

<sup>33</sup> Np. w sprawach o dyskryminację w miejscu pracy – por. sprawa Sławomira M., ochroniarza zwolnionego z pracy za działalność związkową, który wygrał sprawę o dyskryminację w zatrudnieniu.

<sup>34</sup> Np. w licznych sprawach, w których pozywani są dziennikarze lub wydawcy, którzy twierdzą, że działali w granicach wolności słowa.

<sup>35</sup> Por. reprezentacja Państwa Wojnarowskich przez prof. Zbigniewa Hołdę w sprawie o odszkodowanie za tzw. złe urodzenie, wyrok SN z 13 października 2005 r., IV CK 161/05.

<sup>36</sup> Por. np. skarga konstytucyjna Mariana Maciejewskiego (SK 43/05), zakończona wyrokiem stwierdzającym niekonstytucyjność zakresową art. 213 para. 2 k.k.

<sup>37</sup> Por. np. sprawa *Rachwalski i Ferenc* (skarga nr 47709/99, wyrok z 28 lipca 2009 r.), dotycząca poniżającego traktowania oraz naruszenia prawa do miru domowego mieszkańców squatu. Por. Adam Bodnar, Barbara Grabowska, *Squat to też dom*, „Rzeczpospolita” z 31 lipca 2009 r.

<sup>38</sup> Por. np. sprawa Zbigniewa M., dotycząca dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na niepełnosprawność, rozpatrywana przez Sąd Okręgowy w Legnicy.

<sup>39</sup> Por. sprawa Roberta Biedronia, oskarżonego o obrazę uczuć religijnych w związku z jedną z jego wypowiedzi, rozpatrywana przez Sąd Rejonowy w Elblągu.



cja ma możliwość przedstawienia swoich uwag do toczącej się sprawy<sup>40</sup>.

Organizacja pozarządowa aby mogła przystępować do procesów sądowych lub bezpośrednio reprezentować ofiary naruszeń praw (np. w sprawach o dyskryminację), powinna mieć do tego odpowiednie upoważnienie w swoim statucie. Jest to kwestia, na którą sądy zwracają szczególną uwagę. W Polsce często niedoceniana jest rola, jaką organizacje pozarządowe mogą odegrać w sprawach sądowych. Umiejętne korzystanie z możliwości procesowych przysługujących organizacji może mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

## **6.2. „Opinie przyjaciela sądu” w postępowaniu przed sądami krajowymi i w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym**

W praktyce Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka<sup>41</sup>, ale również innych organizacji pozarządowych w Polsce<sup>42</sup>, można spo-

---

<sup>40</sup> Por. więcej na temat udziału organizacji pozarządowych w różnym charakterze w postępowaniach sądowych: Grzegorz Wiaderek i Michał Ziółkowski, „Formy i zakres pomocy prawnej świadczonej przez organizacje pozarządowe”, w: *Obywatel i Prawo. Raport z realizacji trzeciej edycji Programu* (Warszawa, Instytut Spraw Publicznych, 2008), s. 13-33.

<sup>41</sup> Większość opinii przyjaciela sądu składanych przez Helsińską Fundację Praw Człowieka jest dostępna na stronach Programu Spraw Precedensowych – [www.hfhr.org.pl/precedens](http://www.hfhr.org.pl/precedens) oraz Programu Prawa Człowieka a Rozliczenia z Przeszłością – [www.hfhr.org.pl/przeszlosc-rozliczenia](http://www.hfhr.org.pl/przeszlosc-rozliczenia).

<sup>42</sup> W szczególności Kampanii przeciw Homofobii oraz Polskiego Stowarzyszenia Edukacji Prawnej. Por. np. opinię przyjaciela sądu w sprawie z oskarżenia prywatnego Ingi Kostrzewy, Agnieszki Kraski, Sandry Rutkiewicz i Joanny Reniger przeciwko Jackowi Tomczakowi i Przemysławowi Aleksandrowiczowi oskarżonym o czyny określone w art. 212 § 1 i 212

tkać kierowanie do sądów tzw. opinii przyjaciela sądu. Opinia przyjaciela sądu (*amicus curiae*) to forma wyrażania przez organizacje pozarządowe działające na rzecz rządów prawa i praw człowieka opinii prawnej w postępowaniach sądowych. Praktyka składania opinii przyjaciela sądu jest rozpowszechniona wśród organizacji działających w państwach anglosaskich. W sprawach ważnych, precedensowych może się zdarzyć, że każdą ze stron sporu może wspierać nawet po kilkanaście organizacji pozarządowych przedstawiających sądowi swoją opinię. W Polsce tak nie jest, lecz stopniowo praktyka składania opinii przyjaciela sądu się rozwija<sup>43</sup>.

Opinie przyjaciela sądu można przedstawiać zarówno sądom powszechnym, jak i Naczelnemu Sądowi Administracyjnemu<sup>44</sup>, Sądowi Najwyższemu<sup>45</sup> oraz Trybunałowi Konstytucyjnemu. Ważne jest powołanie się na odpowiednie przepisy procedural-

---

§ 2 kodeksu karnego (sygn. akt XXIII K 20/05/11), dostępna na stronie [http://www.psep.pl/index.phpco=page&hopsa=pliki/strony/psep\\_walczy\\_w\\_sadzie&mm=4](http://www.psep.pl/index.phpco=page&hopsa=pliki/strony/psep_walczy_w_sadzie&mm=4)

<sup>43</sup> Nt. opinii przyjaciela sądu por. Maciej Bernatt, *Opinia przyjaciela sądu (amicus curiae) jako pomocnicza instytucja prawna w orzecznictwie sądów polskich*, [w:] Łukasz Bojarski (red.) *Sprawny sąd. Zbiór dobrych praktyk*. Część druga, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, str. 184-190.

<sup>44</sup> Złożenie „opinii przyjaciela sądu” jest możliwe dzięki dopuszczeniu fundacji do występowania w charakterze organizacji społecznej w postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Por. uchwała 7 sędziów NSA z 12 grudnia 2005 r. (II OPS 4/05). W głosie do tego wyroku Adam Zieliński („Państwo i Prawo”, Nr 8, rok 2006, s. 122) podnosił, że zadaniem organizacji społecznych występujących w postępowaniu może być dostarczenie sądowi informacji o ogólnych kwestiach mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

<sup>45</sup> Por. np. opinię przyjaciela sądu w sprawie Adama D., dotyczącą problemu przeludnienia w polskich więzieniach i możliwości dochodzenia przez więźniów zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych.

ne, a także uzasadnienie, dlaczego dana organizacja pozarządowa jest zainteresowana określoną sprawą.

W orzeczeniu w sprawie SK 30/05<sup>46</sup> Trybunał Konstytucyjny sformułował szereg zasad przedstawiania opinii przyjaciela sądu. Choć odnoszą się one do postępowania przed TK, to jednak rozumowanie przyjęte przez Trybunał można z powodzeniem odnieść do praktyki przedstawiania opinii przyjaciela sądu w innych postępowaniach. Trybunał zauważył, że „prezentacja poglądu przez organizację sprzyja upowszechnieniu wartości konstytucyjnych i kształtowaniu postaw właściwych dla społeczeństwa obywatelskiego. Organizacje społeczne, których cele statutowe i przedmiot działalności są związane z analizowanym przez Trybunał Konstytucyjny zagadnieniem, mogą sformułować opinię pozwalającą na bardziej wszechstronną ocenę tego zagadnienia i zwiększającą społeczną akceptację rozstrzygnięć Trybunału oraz społeczną kontrolę władzy”.

TK podkreślił szczególne znaczenie – jednakże odmienne od stron postępowania – udziału organizacji pozarządowej jako przyjaciela sądu. Zdaniem TK „udział organizacji społecznych w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym nie jest prawem podmiotowym czy obowiązkiem tych organizacji. Ich rola ogranicza się do wypowiedzenia poglądu w sprawie, co jest związane z wiadomościami uzyskanymi przy wykonywaniu działalności statutowej”. Udział organizacji pozarządowej w postępowaniu przed TK uzależniony jest od zgody Prezesa Trybunału Konstytucyjnego.

---

<sup>46</sup> Wyrok TK z 16 stycznia 2006 r., SK 30/05. Sprawa rozpoznawana przez TK dotyczyła braku obowiązku sporządzenia uzasadnienia postanowień o uznaniu kasacji w sprawach karnych za oczywiście bezzasadne. HFPCZ twierdziła, że Sąd Najwyższy powinien mieć taki obowiązek. Do poglądu tego przychylił się także TK.

HFPCZ wielokrotnie występowała w charakterze przyjaciela sądu przed TK<sup>47</sup>. Z reguły wystąpienie ogranicza się jedynie do przedstawienia swoich uwag (opinii) na piśmie. W kilku sprawach natomiast przedstawiciele HFPCZ mieli możliwość uczestniczenia w rozprawie i udzielenia odpowiedzi na pytania sędziów TK w związku z przedstawioną opinią<sup>48</sup>.

Wnioski wynikające z opinii przyjaciela sądu były również przywoływane w rozstrzygnięciach TK. TK odnosił się do nich w treści uzasadnienia wyroku. W większości przypadków rozstrzygnięcia TK były zbieżne z argumentami przedstawionymi przez HFPCZ.

---

<sup>47</sup> Helsińska Fundacja Praw Człowieka w ramach Programu Spraw Precedensowych złożyła opinię przyjaciela sądu w następujących sprawach: SK 21/04 (wyrok z 26 lipca 2006 r.) – zwrot kosztów obrony w przypadku uniewinnienia; P 16/06 (wyrok z 17 lipca 2007 r.) – przepisy dotyczące świadczenia wyrównawczego w przypadku zawarcia umowy agencyjnej; SK 25/07 (wyrok z 26 maja 2008 r.) – przeludnienie w więzieniach; SK 30/05 (wyrok z 16 stycznia 2006 r.) – oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej. W sprawach dotyczących lustracji oraz dostępu do akt IPN Helsińska Fundacja Praw Człowieka – w ramach prac Programu „Prawa człowieka a rozliczenia z przeszłością” składała opinie przyjaciela sądu w następujących sprawach: K 26/07 (postanowienie o umorzeniu postępowania z 11 czerwca 2008 r.); K 52/07 (wyrok z 27 czerwca 2008 r.); K 5/08 (wyrok z 25 listopada 2008 r.); K 2/07 (wyrok z 11 maja 2005 r.)

<sup>48</sup> W niektórych sprawach zajęcie stanowiska przez HFPCZ miało szczególnie istotne znaczenie. W sprawie K 5/08 dotyczącej dostępu do archiwów IPN przez dziennikarzy oraz naukowców, HFPCZ zajęła zdecydowanie inne stanowisko niż wnioskodawca – Rzecznik Praw Obywatelskich, twierdząc, że obecna konstrukcja prawna wręcz niewystarczająco chroni prawo do prywatności osób, o których informacje znajdują się w archiwach IPN. RPO twierdził natomiast, że ograniczenie dostępu dla naukowców i dziennikarzy narusza wolność słowa oraz wolność badań naukowych. Trybunał Konstytucyjny nie zgodził się z wnioskiem RPO i stwierdził zgodność z Konstytucją kwestionowanych przepisów – tak jak postulowała HFPCZ.

### 6.3. „Opinie przyjaciela sądu” w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka

Na podobnej zasadzie skonstruowana jest możliwość przedstawiania opinii przyjaciela sądu Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka.<sup>49</sup> Opinie te noszą nazwę „interwencji strony trzeciej” (*third party intervention*)<sup>50</sup> i mogą być przedstawione po uprzednim uzyskaniu zgody Prezesa Izby Trybunału, w której rozpoznawana jest dana sprawa. Podstawą złożenia opinii przyjaciela sądu jest art. 44 ust. 2 pkt (a) Regulaminu ETPCZ. Zgodnie z tym przepisem: „Po poinformowaniu [...] o skardze Układającej się Strony, przeciwko której skarga jest skierowana, Prezes Izby może, w interesie właściwego wymiaru sprawiedliwości, zgodnie z art. 36 ust. 2 Konwencji, zaprosić lub wyrazić zgodę każdej Układającej się Stronie niebędącej stroną postępowania lub każdej osobie zainteresowanej niebędącej skarżącym, na przedstawienie uwag na piśmie lub, w wyjątkowych wypadkach, na udział w rozprawie”<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Na temat udziału organizacji pozarządowych w postępowaniu przed Europejską Komisją Praw Człowieka oraz ETPCZ, także w charakterze organizacji będącej ofiarą naruszeń praw człowieka oraz organizacji reprezentującej ofiary por. M. A. Nowicki, *NGOs before the European Commission and the Court of Human Rights*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 14, no. 3 (1996): 289-302; Marek Antoni Nowicki, *Rola polskich organizacji pozarządowych w kształtowaniu polskiej polityki zagranicznej wobec praw człowieka*, [w:] Agnieszka Bieńczyk-Missala, Roman Kuźniar (red.) *Prawa człowieka w polskiej polityce zagranicznej*, Polski Instytut Stosunków Międzynarodowych, Warszawa 2007, s. 68-76; Marek Antoni Nowicki, *The role of non-governmental organisations in proceedings before the European Court of Human Rights*, [w:] *The European Court of Human Rights. Agenda for the 21st Century*, Warszawa 2006, str. 73-78.

<sup>50</sup> Philip Leach, *Third party intervention*, [w:] *Taking a case to the European Court of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press 2005.

<sup>51</sup> Tłumaczenie Regulaminu ETPCZ: M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji*

Organizacją, która ma największe osiągnięcia w kształtowaniu praktyki przedstawienia opinii przyjaciela sądu, a także największy wpływ na orzecznictwo Trybunału w Strasburgu jest angielska organizacja pozarządowa Interights<sup>52</sup>, zajmująca się litygacją strategiczną na poziomie międzynarodowym. Organizacja Interights składała skargi lub przystępowała do wielu spraw, które są obecnie uważane za kamienie milowe w rozwoju standardów praw człowieka w Europie. O znaczeniu Interights świadczy niedawne zaproszenie tej organizacji do występowania na rozprawie w charakterze strony trzeciej. Stało się to po raz pierwszy w historii ETPCZ w związku z rozpatrywaniem sprawy *Opuz przeciwko Turcji*<sup>53</sup>, dotyczącej zastosowania art. 3 oraz art. 14 Konwencji do sytuacji braku przeciwdziałania przez władze tureckie przemoc domowej wobec kobiet.

Helsińska Fundacja Praw Człowieka jest pierwszą (ale nie jedyną<sup>54</sup>) organizacją pozarządową z Polski, która aktywnie uczestniczy w charakterze „strony trzeciej” w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. HFPCZ występowała w tym charakterze nie tylko w sprawach polskich<sup>55</sup>,

---

*Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wydanie III, Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 451-452.

<sup>52</sup> [www.interights.org](http://www.interights.org). Por. np. opinię przyjaciela sądu w precedensowej sprawie *Nachova i inni przeciwko Bułgarii* (skargi nr 43577/98 & 43579/98), dostępna na stronie <http://www.interights.org/app/webroot/userimages/file/Nachova%20Written%20comments%20%20November.doc>

<sup>53</sup> *Opuz przeciwko Turcji*, skarga nr 5410/03, wyrok z 9 czerwca 2009 r.

<sup>54</sup> W sprawie *Alicji Tysiąc przeciwko Polsce* (skarga nr 5410/03, wyrok z 20 marca 2007 r.) Helsińska Fundacja Praw Człowieka zgłosiła opinię przyjaciela sądu wraz z Federacją na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny. Oprócz tych organizacji opinie swoje zgłosiły Forum Kobiet Polskich z Gdańska oraz Stowarzyszenie Rodzin Katolickich.

<sup>55</sup> HFPCZ przedstawiła „opinię przyjaciela sądu” w następujących sprawach polskich: *Tysiąc przeciwko Polsce* (skarga nr 5410/03, wyrok z 20 marca

ale także w sprawach dotyczących naruszeń praw jednostki w innych krajach<sup>56</sup>. W przypadku udziału organizacji pozarządowej

---

2007 r.) – opinia przygotowana wraz z Federacją na Rzecz Kobiet i Planowania Rodziny (sprawa dotyczyła dostępności legalnych zabiegów przerywania ciąży w Polsce); *Pikielny przeciwko Polsce* (skarga nr 3524/07) – brak ustawodawstwa reprivatyzacyjnego w Polsce; *Frasik i Jaremwicz przeciwko Polsce* (skarga nr 24023/03) – możliwość zawarcia małżeństwa w czasie pobytu w więzieniu; *Grzelak przeciwko Polsce* (skarga nr 7710/02) – brak nauczania etyki w szkołach; *Czarnowski przeciwko Polsce* (skarga nr 28586/03, wyrok z 20 stycznia 2009 r.) – niewłaściwa praktyka udzielenia przepustek z więzienia; *Zarzycki przeciwko Polsce* (skarga nr 15351/03) – traktowanie osób niepełnosprawnych w więzieniach i aresztach śledczych; *Jamroży przeciwko Polsce* (skarga nr 6093/04) – stosowanie tymczasowego aresztowania jako problem strukturalny; *Wojtas-Kaleta przeciwko Polsce* (skarga nr 20436/02, wyrok z 16 czerwca 2009 r.) – krytyka braku realizacji misji publicznej przez Telewizję Polską dokonana przez dziennikarza – pracownika TVP; *Garlicki przeciwko Polsce* (skarga nr 36921/07) – naruszenie zasady domniemania niewinności przez Ministra Sprawiedliwości, nadużycie władzy przy zatrzymaniu; *Staroszczyk przeciwko Polsce* (skarga nr 59519/00, wyrok z 22 marca 2007 r.) i *Siatkowska przeciwko Polsce* (skarga nr 8932/05, wyrok z 22 marca 2007 r.) – standardy w zakresie odmowy sporządzenia kasacji przez adwokatów/radców prawnych z urzędu; *Laskowska przeciwko Polsce* (skarga nr 77765/01, wyrok z 13 marca 2007 r.) – bezpodstawną odmową przyznania pomocy prawnej z urzędu; *Matyjek przeciwko Polsce* (skarga nr 38184/03, wyrok z 24 kwietnia 2007 r.) – sprawiedliwość proceduralna w procesach lustracyjnych w Polsce.

<sup>56</sup> HFPCZ przedstawiła „opinie przyjaciela sądu” w następujących sprawach dotyczących innych państw niż Polska: *Reinprecht przeciwko Niemcom* (skarga nr 67175/01, wyrok z 15 listopada 2005 r.) – jawność posiedzeń w przedmiocie zastosowania lub przedłużenia tymczasowego aresztowania, *Leela Förderkreis E.V. i inni przeciwko Niemcom* (skarga nr 58911/00, wyrok z 6 listopada 2008 r.) – dopuszczalność nazywania legalnie działającego związku religijnego jako sekta przez organy władzy publicznej; *N. przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 26565/05, wyrok z 27 maja 2008 r.) – dopuszczalność wydalenia osoby zakażonej HIV do państwa, w którym mogą być istotne trudności z kontynuowaniem terapii antyretrowirusowej; *Soldatenko przeciwko Ukrainie* (skarga nr 2440/07, wyrok z 28 września 2008 r.) – ekstradycja

w sprawie w charakterze „strony trzeciej” ETPCZ odnotowuje ten fakt, jak również streszcza w wyroku podstawowe argumenty przedstawione w opinii. Czasami ETPCZ (lub sędziowie w zdaniach odrębnych<sup>57</sup>) odnosi się w swojej opinii do argumentów przedstawionych przez interwenienta lub do przedstawionych przez niego danych lub obserwacji, wiedzy fachowej mającej znaczenie dla rozpatrywanej sprawy<sup>58</sup>.

## **7. Znaczenie monitoringu po wydaniu precedensowego orzeczenia dla skuteczności litygacji strategicznej**

Celem litygacji strategicznej jest uzyskanie pozytywnego rozstrzygnięcia sprawy, czyli prawomocnego wyroku zgodnego

---

do państwa, w którym może nastąpić naruszenie praw wynikających z art. 2 oraz 3 Konwencji; *K.U. przeciwko Finlandii* (skarga nr 2872/02, wyrok z 3 grudnia 2008 r.) – pozytywny obowiązek państwa ujawnienia tożsamości sprawcy zniesławienia dokonanego za pomocą Internetu; *Turek przeciwko Słowacji* (skarga nr 57986/00, wyrok z 14 lutego 2006 r.) – standardy proceduralne w kontekście lustracji.

<sup>57</sup> Por. zdanie odrębne sędziów Tulkens, Bonello i Spielmann w sprawie *N przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 26565/05, wyrok Wielkiej Izby z 27 maja 2008 r.). HFPCZ zgłosiła w tej sprawie opinię przyjaciela sądu, w której twierdziła, że wydalenie osoby zakażonej HIV do państwa, w którym mogą być istotne trudności z kontynuowaniem terapii antyretrowirusowej (rozpoczętej w Wielkiej Brytanii) stanowi naruszenie art. 3 Konwencji. ETPCZ stwierdził jednak, że taka decyzja władz brytyjskich nie będzie naruszać Konwencji.

<sup>58</sup> Dla przykładu w sprawie *M.C. przeciwko Bułgarii*, skarga nr 39272/98, wyrok z 4 grudnia 2003 r., ETPCz wskazał wyraźnie na argument podniesiony przez Interights, że rozwijająca się wiedza na temat sposobu przeżywania gwałtu przez ofiary wskazuje, że ofiary nadużyć seksualnych, w szczególności nastolatki – często nie stawiają oporu fizycznego. Jest to wynikiem zróżnicowanych czynników psychologicznych, a także obawy przed przemocą ze strony sprawcy. Por. para. 164 wyroku.



z oczekiwaniami organizacji pozarządowej, a przede wszystkim klienta, który musi być przekonany, że taki wyrok jest zgodny z jego oczekiwaniami. W trakcie procesu może się bowiem okazać, że dla klienta ważniejsza jest np. ugoda i zakończenie sporu niż toczenie go przez długie lata w celu obrony interesu publicznego (co może mieć dużo mniejsze znaczenie dla klienta niż dla organizacji). Organizacja pozarządowa powinna na ten aspekt zwracać szczególną uwagę i nie przedkładać swoich interesów nad interes klienta.

Zakończenie sprawy prawomocnym wyrokiem zgodnym z oczekiwaniami organizacji nie kończy jednak litygacji strategicznej. Równie ważne jest monitorowanie sytuacji po wyroku, tj. sprawdzanie, jak władze czy sądy zareagowały na ten wyrok – czy ustawodawca podjął działania w celu jego wykonania (co jest bardzo często konieczne po wyrokach TK), czy zmieniła się praktyka orzecznicza sądów, czy zmieniło się nastawienie organów administracji publicznej do danego problemu. Często dopiero po kilku latach od wydania przełomowego wyroku i obserwacji praktyki funkcjonowania różnych organów państwowych może okazać się, czy litygacja strategiczna odniosła pożądany skutek.

## **8. Perspektywy dalszego rozwoju litygacji strategicznej w Polsce**

Litygacja strategiczna jako metoda działania organizacji pozarządowych ma perspektywy dalszego rozwoju w Polsce. Jest wiele czynników, które będą go umożliwiać, a tym samym wzmacniać znaczenie precedensowych orzeczeń sądowych.

Do spraw precedensowych – niezależnie od szerokości czy długości geograficznej – zawsze należeć będą te sprawy, które

prezentują nowe, dotychczas nieznanne czy niezauważone problemy prawne<sup>59</sup>. Ustawodawca ze względu na szybki rozwój nowych technologii<sup>60</sup>, pojawianie się nowych zjawisk społecznych, zagadnień bioetycznych, w wielu przypadkach nie będzie miał możliwości dokonania uprzedniej regulacji. Dlatego rozwiązanie tych problemów spoczywać będzie w coraz większym stopniu na sądach lub ewentualnie na organach regulacyjnych. Opierać się zatem będzie nie na precyzyjnych przepisach ustawy, wyznaczających jego ramy prawne, ale na interpretacji zasad, a także praw i wolności konstytucyjnych oraz poszukiwaniu równowagi pomiędzy różnymi dobrami. Dopiero orzeczenia sądów lub toczące się sprawy sądowe będą powodować zainteresowanie się ustawodawcy problemem.

Nie oznacza to, że ustawodawca zawsze będzie podążał drogą wytyczoną przez sądy. W sprawach spornych ideologicznie może zachodzić wręcz odwrotny proces: ustawodawca może próbować przyjmować regulacje, które będą zaprzeczeniem stanowiska wyrażonego w orzecznictwie. W większości jednak przypadków ustawodawca musi zaakceptować, że zmieniła się jego rola oraz że sądy odgrywać będą coraz większą rolę w kształtowaniu przepisów prawa. Jednocześnie ustawodawca musi zrozumieć,

---

<sup>59</sup> Por. np. prowadzoną w ramach Programu Spraw Precedensowych sprawę Leszka Szymczaka dotyczącą odpowiedzialności redaktora portalu internetowego ([www.gazetabytowska.pl](http://www.gazetabytowska.pl)) za wpisy dokonywane na forach internetowych. Sąd Rejonowy w Słupsku uznał, że w takim przypadku zastosowanie znajdują przepisy ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (a nie przepisy Prawa Prasowego) i uniewinnił Leszka Szymczaka.

<sup>60</sup> Źródłem informacji na temat licznych spraw sądowych dotyczących stosowania nowych technologii jest portal pt. „Prawo i Internet – Vagla.pl” prowadzony przez Piotra Wąglowskiego ([www.vagla.pl](http://www.vagla.pl)). Lektura stron tego portalu pokazuje, jak wieloma nowymi i niecodziennymi problemami, nie znajdującymi wyrażonej regulacji ustawowej, muszą zajmować się polskie sądy.

że aby system poprawnie działał, z jego strony wymagana jest pewna lojalność, określony poziom współpracy. Szkodliwa dla państwa demokratycznego będzie sytuacja, w której ustawodawca nie będzie chciał się podporządkować wyrokom sądów i będzie kwestionował ich wykonywanie. Wpływać to będzie bowiem na jakość prawa, a tym samym na podporządkowanie prawu obywateli.

Ważna jest także jakość prawa. Nawet jeśli ustawodawca dany problem obejmuje swoim zainteresowaniem, to jakość prawa – ze względu na mocno niedoskonałe procedury jego tworzenia, przypadkowość oraz fragmentaryczność – powoduje konieczność interwencji organów stosujących prawo<sup>61</sup>. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabierają orzeczenia sądów, ale także działalność organizacji pozarządowych dostrzegających problemy oraz zmuszających sądy do interwencji. Choć podejmowane są zmiany zmierzające do ulepszenia jakości prawa, to jednak jest to na tyle długi proces, że wysiłki interpretacyjne sądów będą miały wciąż istotne znaczenie.

Istotne znaczenie dla rozwoju litygacji strategicznej w Polsce może mieć coraz większa dostępność oraz rozwój międzynarodowych instrumentów ochrony praw jednostki. Wydaje się, że Europejski Trybunał Praw Człowieka powoli kończy etap, w którym zajmował się sprawami, które prezentują systemowe naruszenia praw jednostek<sup>62</sup>. Nie znaczy to, że wszystkie te problemy zostały rozwiązane, lecz że większość z nich stała

---

<sup>61</sup> Por. np. wyrok TK z dnia 10 lipca 2008 r. (P 15/08) w sprawie zgromadzeń spontanicznych. Zgromadzenia spontaniczne nie są regulowane przez Prawo o Zgromadzeniach.

<sup>62</sup> Chodzi to np. o postrzeganie Polski przez wiele lat w ETPCZ przez pryzmat spraw dotyczących przewlekłości postępowania. Por. M. Dembour i M. Krzyżanowska-Mierzevska, *Ten Years On: The Popularity of the Convention in Poland*, „European Human Rights Law Review”, no. 4 (2004), s. 400-423.

się już przedmiotem przełomowych orzeczeń<sup>63</sup>. Coraz więcej spraw dotyczy zagadnień unikatowych, pojedynczych, o znaczeniu systemowym oraz wpływających na zmianę rozumienia poszczególnych praw.

Poza tym możliwe jest, że coraz większą rolę odgrywać będą inne instytucje międzynarodowe. Szczególnie duży potencjał tkwi w Europejskim Trybunale Sprawiedliwości i w jego kompetencjach do rozstrzygania spraw dotyczących praw związanych z obywatelstwem UE oraz z przeciwdziałaniem dyskryminacji, jak również wynikających z gwarancji przewidzianych Kartą Praw Podstawowych. Warto pamiętać, że zachodnioeuropejskie organizacje pozarządowe miały duży wpływ na wiele istotnych rozstrzygnięć ETS.<sup>64</sup>

Pewną popularnością może również zacząć się cieszyć Komitet Praw Człowieka ONZ, zwłaszcza po promocji jego orzecznictwa<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> W szczególności takie zagadnienia jak odszkodowanie za mienie zabużańskie, czynsze regulowanych w kontekście prawa własności właścicieli prywatnych kamienic, nadużywanie tymczasowego aresztowania oraz przewlekłość postępowania sądowego i skuteczność krajowych środków służących przeciwdziałaniu przewlekłości. W najbliższym czasie należy się spodziewać rozstrzygnięcia w sprawach dotyczących przeludnienia w więzieniach i aresztach śledczych.

<sup>64</sup> R. A. Cichowski, *The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance* (Cambridge University Press, 2007). Niedawnym przykładem zaangażowania organizacji pozarządowych w postępowanie przed ETS jest sprawa C-267/06 Tadao Maruko, dotycząca prawa do odziedziczenia prywatnej emerytury po zmarłym partnerze homoseksualnym. ETS dopuścił, aby w postępowaniu w tej sprawie występowała organizacja ILGA-Europe (The European Region of International Lesbian and Gay Association), która przed sądami krajowymi współreprezentowała skarżącego. W ten sposób, w pośredni sposób ILGA-Europe mogła przedstawić swoje stanowisko w jej szerokim kontekście społecznym, politycznym i prawnoporównawczym.

<sup>65</sup> R. Wieruszewski, A. Gliszczynska, K. Sękowska-Kozłowska, *Komitet Praw Człowieka ONZ. Wybór orzecznictwa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.

Komitet Praw Człowieka ONZ może być szczególnie istotny w rozwijaniu standardów ochrony praw człowieka w odniesieniu do Polski w tych sferach, które nie są objęte zakresem kompetencji ETPCZ. Rozwój litygacji strategicznej może także zależeć od ratyfikacji umów międzynarodowych przez Polskę. Istotny potencjał tkwi ponadto w instrumentach dochodzenia praw na podstawie Europejskiej Karty Społecznej<sup>66</sup>.

Znaczenie dla rozwoju litygacji strategicznej może mieć także utrudniony dostęp organizacji pozarządowych oraz społeczeństwa obywatelskiego do procesu stanowienia prawa. Ze względu na jego silne upolitycznienie wiele organizacji pozarządowych nie ma dużych możliwości, aby swoje cele statutowe realizować poprzez skuteczne wpływanie na zmiany legislacyjne<sup>67</sup>. W tej sytuacji podejmowanie działań na rzecz uzyskania precedensowych wyroków może być jedynym skutecznym mechanizmem, prowadzącym do zmiany sytuacji prawnej. Co więcej, precedensowe wyroki w niektórych przypadkach mogą powodować konieczność ich wykonania, a więc wprowadzenia takich zmian prawnych, które zmniejszą prawdopodobieństwo podobnych naruszeń praw człowieka w przyszłości. Zatem w wyniku

---

<sup>66</sup> Np. Protokół Dodatkowy do Europejskiej Karty Społecznej wprowadzający system skarg zbiorowych (*Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints*, „Council of Europe Treaty Series” Nr 158). Niektóre organizacje pozarządowe prowadzą już litygację strategiczną na podstawie tego Protokołu w zakresie np. braku edukacji seksualnej w szkołach. Por. decyzja o dopuszczalności z dnia 1 kwietnia 2008 r. skargi wniesionej przez Interights przeciwko Chorwacji, nr 45/2007, dostępna na stronie <http://www.interights.org/view-document/index.htm?id=379>.

<sup>67</sup> Przykładem mogą być działania na rzecz przyjęcia zmian legislacyjnych zmierzających do poprawy sytuacji prawnej osób homoseksualnych (np. w zakresie ochrony przed mową nienawiści lub w zakresie uregulowania związków jedнопłciowych).

orzecznictwa sądów, konieczności wykonania wyroków, a także wpływu organizacji międzynarodowych na Polskę, ustawodawca będzie zmuszony podjąć działania legislacyjne.

W ostatnich latach zdecydowanie przybiera na znaczeniu zagadnienie wykonywania wyroków Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Ten proces także nie jest bez znaczenia dla skuteczności litygacji strategicznej. Precedensowy wyrok, który nie zostaje następnie wykonany przez organy władzy, ma bowiem ograniczone znaczenie prawne. Wiele wyroków TK wymaga zmian w prawie, które dostosowałyby brzmienie przepisów do interpretacji dokonanej przez TK. Niewykonanie wyroku powoduje stopniową erozję systemu prawa, a w konsekwencji jest zagrożeniem dla praworządności i praw człowieka oraz może rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa<sup>68</sup>. Problem wykonywania wyroków Trybunału Konstytucyjnego jest stopniowo rozwiązywany. Obecnie coraz większe wyzwanie stanowi stworzenie skutecznych mechanizmów wykonywania wyroków ETPCz. Choć wiele działań podejmuje się w tym względzie, to nie są one jeszcze wystarczająco satysfakcjonujące<sup>69</sup>. Można twierdzić,

---

<sup>68</sup> Przez wiele lat zarówno Sejm, jak i Rząd – pomimo licznych upomnień ze strony kolejnych Prezesów TK – nie zdawały sobie wystarczająco sprawy z problemu niewykonywania orzeczeń TK. Ostatnie lata napawają w tym względzie optymizmem. Trzy instytucje zaczęły się poważnie zajmować przygotowaniem projektów ustaw wykonujących wyroki TK – Senat RP, Rządowe Centrum Legislacji oraz Kancelaria Sejmu. Obecnie zdarzają się wciąż przypadki niewykonania wyroków w terminie (pomimo podjęcia prac legislacyjnych w odpowiednim momencie). Jednakże cieszyć może zrozumienie problemu przez inne instytucje państwowe.

<sup>69</sup> Por. A. Bodnar, *Znaczenie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w Polsce*, referat wygłoszony na X Konferencji Wydziałowej „Skuteczność prawa” zorganizowanej przez Wydział Prawa i Administracji UW w dniu 27 lutego 2009 r. Referat ukaże się w tomie pt. „Skuteczność prawa” pod red. Tomasza Giaro.

że im bardziej skuteczne będzie wykonywanie wyroków TK oraz ETPCZ, tym większego nabierać będzie znaczenia litygacja strategiczna, a więc strategiczne dążenie do precedensowych wyroków wywierających wpływ na zmiany prawne.

Dla rozwoju litygacji strategicznej istotne znaczenie może mieć także fakt, że polski system prawny dysponuje stosunkowo mocnymi gwarancjami praw i wolności konstytucyjnych, lecz ze względu na jego multicentryczność nie zawsze oczywiste jest, jakie istnieją gwarancje prawne oraz jak należy z nich korzystać. Z tych względów dużą rolę mogą odgrywać organizacje pozarządowe, które kierując się chęcią pomocy jednostce, mogą jednocześnie dążyć do rozwiązywania problemów systemowych. Zdaniem E. Łętowskiej „w istniejącym, trudnym do odczytania systemie prawa rośnie rola czynnika fachowego jako interpretatora i jako pomocnika osoby, która chce się prawem posługiwać. Obecny skomplikowany system prawa, złożony system ochrony jednostki, skomplikowany mechanizm konstytucyjny gwarantujący pozycję jednostki wzmacnia rolę prawnika fachowca”<sup>70</sup>, Organizacje pozarządowe powinny inicjować i wspierać dialog odnoszący się do testowania prawa, jego możliwości, sprawdzania granic między konstytucją i ustawodawstwem zwykłym, a poprzez fachowe działania prawne – w tym dialogu także uczestniczyć. Jest to niezbędne do realizacji wszystkich funkcji konstytucji, m.in. harmonizacyjnej i stabilizacyjnej<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Ewa Łętowska, „Właśnie po to ludziom konstytucja” – Rola organizacji pozarządowych w kształtowaniu standardów ochrony praw człowieka w Polsce [w:] *Materiały z konferencji Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka pt. Wzmacnianie rządów prawa i ochrony praw człowieka w Polsce poprzez zaangażowanie podmiotów gospodarczych i społeczeństwa obywatelskiego w działania prawne na rzecz interesu publicznego*, Warszawa, 18 czerwca 2007 r., s. 39-46.

<sup>71</sup> *Ibidem*, s. 46.

Wpływ na rozwój litygacji strategicznej może mieć także wykorzystywanie tej metody działania przez kolejne organizacje pozarządowe w Polsce, również w innych dziedzinach niż prawa człowieka. Można sobie wyobrazić prowadzenie litygacji strategicznej w dziedzinie ochrony środowiska, w zakresie praw konsumentów<sup>72</sup>, praw reprodukcyjnych<sup>73</sup> lub warunków funkcjonowania organizacji pozarządowych<sup>74</sup>. Litygacja strategiczna może być ukierunkowana także wyłącznie na potrzeby określonej grupy społecznej (np. osób niepełnosprawnych, osób homoseksualnych i transseksualnych<sup>75</sup>, emerytów i rencistów itd.) w związku z realizacją określonych zadań statutowych przez organizacje reprezentujące ich interesy. Prowadzenie działalności

---

<sup>72</sup> Na potencjał profesjonalnych działań prawnych w obronie praw konsumentów wskazuje Andrzej Zoll, szczególnie w kontekście możliwości przystępowania Rzecznika Praw Obywatelskich do procesów sądowych dla osiągnięcia precedensowych rozstrzygnięć. Por. Andrzej Zoll, *Skargi konsumentów w praktyce Rzecznika Praw Obywatelskich*, [w:] Cezary Banasiński (red.) *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2005, s. 241-248. Równie dobrze jednak tego typu działalność mogą prowadzić organizacje pozarządowe. Warto pamiętać, że jedna z ważniejszych spraw z tego zakresu (dotycząca naliczania opłat za korzystanie z numeru 0-700) była prowadzona przez mec. Artura Zawadowskiego, który indywidualnie działał przede wszystkim w interesie publicznym.

<sup>73</sup> Por. Magda Krzyżanowska-Mierzevska, *How to use the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in matters of reproductive law: The case law of the European Court of Human Rights* (Warszawa: ASTRA – CEE Women's Network for Sexual and Reproductive Health and Rights, 2006).

<sup>74</sup> Por. np. litygację strategiczną realizowaną przez Instytut Spraw Publicznych w ramach projektu „Kompas”.

<sup>75</sup> Krzysztof Śmiszek (red.), *Przeciwdziałanie dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej w świetle prawa polskiego oraz standardów europejskich* (Warszawa: Kampania przeciw Homofobii, 2006).



w tym zakresie przez liczne organizacje pozarządowe zależeć będzie od uznania skuteczności tej metody i jej rozpowszechnienia<sup>76</sup>.

## 9. Podsumowanie

Litygacja strategiczna jest stosunkowo nową metodą prowadzenia działalności statutowej przez organizacje pozarządowe, zwłaszcza w Polsce. Praktyka ta dopiero się kształtuje, jednak coraz więcej organizacji pozarządowych zaczyna dostrzegać jej znaczenie dla osiągnięcia swoich celów. Nie należy zapominać, że jest to metoda dla organizacji nastawionych raczej na długoterminowe efekty. Aby litygacja była skuteczna, należy myśleć o rezultatach raczej w perspektywie kilkuletniej niż rocznej. Wynika to z trudności w znalezieniu odpowiedniej sprawy sądowej, czasochłonności przygotowania strategii i dokumentów procesowych i z długości postępowań sądowych w Polsce. Jednakże w wielu wypadkach strategia działań sądowych może okazać się jedną z nielicznych przynoszących zmiany. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do grup dyskryminowanych czy marginalizowanych. Ustawodawca bowiem w swoich działaniach kieruje się wolą większości. Sądy natomiast muszą uwzględniać w swoich rozstrzygnięciach prawa mniejszości, bo to im nakazuje konstytucja oraz Europejska Konwencja Praw Człowieka. W drodze rozstrzygnięć sądowych jednostki zaś mogą uzyskiwać potwierdzenie występowania praw w konkretnych sytuacjach życia codziennego lub bronić się przed nadużyciami ze stro-

---

<sup>76</sup> Temu celowi mogą służyć projekty edukacyjne, jak np. realizowany przez Kampanię Przeciw Homofobii projekt pt. „Pracownia Monitoringu i Rzecznictwa Prawnoczłowieczego”.

ny władzy. Rolą organizacji pozarządowych może być właśnie wzmacnianie tych możliwości poprzez prowadzenie programów litygacji strategicznej.

*Dr Michał Balcerzak*  
Katedra Praw Człowieka  
Wydział Prawa i Administracji UMK

## **Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze *inter partes* i *erga omnes*\***

Przedmiotem niniejszego opracowania jest kwestia mocy wiążącej wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał, ETPC) oraz „prawa precedensowego” w systemie kontroli międzynarodowej utworzonym na podstawie Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (dalej: Konwencja, EKPC).

Nie ulega wątpliwości, iż moc wiążąca wyroków ETPC dotyczy przede wszystkim relacji *inter partes*. Zgodnie z art. 46 ust. 1 EKPC „Wysokie Układające się strony zobowiązują się do wykonania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami”. Wprawdzie ustawowe tłumaczenie art. 46 ust. 1 EKPC na język polski posługuje się zwrotem: „...zobowiązują się do przestrzegania ostatecznych wyroków...”<sup>1</sup>, jednak z uwagi na terminy użyte w językach

---

\* Opracowanie zawiera fragmenty mojego artykułu pt. „Precedens w prawie międzynarodowym praw człowieka – zagadnienia wybrane”, w: C. Mik (red.), *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, Toruń 2005, oraz monografii pt. *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008. Autor dziękuje wydawnictwu Towarzystwa Naukowego Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora” w Toruniu za wyrażenie zgody na wykorzystanie fragmentów ww. publikacji.

1 Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 (wersja przed wejściem w życie Protokołu nr 11 do EKPC).

autentycznych (fr. *se conformer*, ang. *abide by*) oraz na praktykę polskiego języka prawniczego zasadne jest odejście od tłumaczenia zawartego w Dzienniku Ustaw.

Zakres mocy obowiązującej wyroków ETPC *ratione personae* dotyczy państwa lub państw, przeciwko którym skierowano skargę indywidualną lub międzypaństwową, rozpatrywaną w postępowaniu przed Trybunałem. Artykuł 46 ust. 1 Konwencji nie wspomina o związaniu wyrokiem innych podmiotów niż państwa-strony, co wynika z braku kompetencji ETPC do kształtowania zakresu obowiązków strony skarżącej oraz ewentualnie innych uczestników postępowania (interwenientów w trybie art. 34 ust. 1 i 2 EKPC oraz *amici curiae*)<sup>2</sup>. Jedynie w sytuacji, gdy mamy do czynienia z wyrokiem ETPC wydanym na podstawie skargi międzypaństwowej (art. 33 EKPC), literalna wykładnia art. 46 ust. 1 EKPC wskazuje na związanie wyrokiem Trybunału obu stron postępowania.

Moc obowiązująca wyroków ETPC *ratione temporis* rozpoczyna się z momentem uzyskania przez dany wyrok prawomocności zgodnie z art. 44 EKPC. W świetle tego postanowienia prawomocne (ostateczne) z dniem ogłoszenia są wyroki Wielkiej Izby, natomiast wyroki Izby ETPC uzyskują prawomocność po upływie trzech miesięcy od dnia ich ogłoszenia<sup>3</sup>, chyba że zgłoszono wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przed Wielką Izbą. Wyrok Izby może także stać się prawomocny przed upły-

---

<sup>2</sup> *Locus standi* do złożenia skargi w świetle art. 34 EKPC ma „jednostka”, „grupa jednostek” oraz „organizacja pozarządowa”, czyli np. stowarzyszenie, fundacja, partia polityczna, związek zawodowy, spółka prawa handlowego etc., jeśli zarzut naruszenia EKPC dotyczy takiego podmiotu bezpośrednio.

<sup>3</sup> Por. nt. mocy wiążącej wyroków ETPC *ratione temporis*: J.A. Frowein, *The binding force of ECHR judgments and its limits*, red. S. Breitenmoser (*et al.*), *Human rights, democracy and the rule of law. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich (etc.) 2007, s. 264-266.

wem trzech miesięcy od dnia ogłoszenia, jeśli strony postępowania oświadczą, że nie będą wnioskowały o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Wielką Izbę, co jednak nie zdarza się w praktyce.

W doktrynie wyrażono pogląd, iż wzmocnienie oddziaływania wyroków ETPC poza sferą *inter partes* przyczyniłoby się do podniesienia efektywności europejskiego systemu ochrony praw człowieka<sup>4</sup>. Według E. Kleina należy wręcz rozważyć rozszerzenie mocy obowiązującej wyroków ETPC wzorując się na art. 31 ust. 1 ustawy o Federalnym Sądzie Konstytucyjnym RFN (BVerfG), który stanowi, iż rozstrzygnięcia tego sądu wiążą konstytucyjne organy państw związkowych oraz wszystkie sądy i władze. Sąd Konstytucyjny RFN interpretuje to postanowienie nie tylko jako wyznaczenie granic mocy wiążącej orzeczenia dla stron postępowania (*die Rechtskraft*), lecz także jako zobowiązanie organów władzy publicznej do podporządkowania swoich działań treści norm konstytucyjnych zinterpretowanych w wyroku BVerfG *pro futuro*<sup>5</sup>.

Powyższa propozycja zakłada nadanie wyrokom ETPC formalnego statusu precedensów interpretacyjnych. Można jednak przyjąć, że orzeczenia ETPC już obecnie posiadają walor oddziaływania na interpretację standardów konwencyjnych w sposób daleko wykraczający poza jednostkowe rozstrzygnięcie. Zasadna jest teza o występowaniu w orzecznictwie ETPC precedensów *de facto*, które współkształtują treść obowiązków państw na podstawie Konwencji, co niekiedy może prowadzić do wnoszenia nowych treści normatywnych do systemu EKPC.

---

<sup>4</sup> E. Klein, *Should the binding effect of the judgments of the European Court of Human Rights be extended?*, w: P. Mahoney (red.) i inni, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à memoire de Rolv Ryssdal*, Köln 2000, s. 705 i n.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 711.

W debacie nad reformą systemu EKPC<sup>6</sup> – trwającej niemal bez przerwy od wejścia w życie Protokołu nr 11 do EKPC – nawiązuje się także do rozszerzenia zakresu mocy obowiązującej wyroków ETPC dla zapewnienia większej wydajności i skuteczności całemu systemowi. Na tzw. kolokwium sztokholmskim w 2008 r. sędzia E. Fura-Sandström wyraziła pogląd, iż zwiększenie formalnego oddziaływania orzecznictwa poza sferę *inter partes* powinno stanowić kluczowy element reformy systemu Konwencji<sup>7</sup>. E. Fura-Sandström postawiła następujące pytania, które można potraktować jako interesujący punkt wyjścia do dyskusji o skutkach *erga omnes* orzeczeń ETPC:

– Czy istnieje wola (państw) rozszerzenia mocy wyroków poza sferą *inter partes* w indywidualnej sprawie?

– Czy istnieje potrzeba przekształcenia ETPC w „Europejski Sąd Konstytucyjny Praw Człowieka”, który zajmowałby się wyłącznie sprawami dotyczącymi nowych, kluczowych problemów (*new issues of principle*), wydawałby orzeczenia z wiążącym skutkiem *erga omnes*, przy założeniu, iż resztą spraw zajmowałyby się tylko sądy i władze krajowe zgodnie z zasadą subsydiarności?

– Czy słuszne jest założenie, że powyższe rozwiązania można wprowadzić bez zmiany EKPC?

Ustosunkowując się do powyższych pytań, należy na wstępie zauważyć, że podnoszą one istotny problem modelu ochrony praw człowieka w Europie. Najbardziej zaawansowany spośród

---

<sup>6</sup> Por. *Reforming the European Convention on Human Rights: A work in progress*, Council of Europe Publishing 2009.

<sup>7</sup> E. Fura-Sandström, *Amplifying the effect of the Court's case-law in the states parties*, w: *Towards stronger implementation of the European Convention on Human Rights on national level. Proceedings of the Colloquy organised under the Swedish chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe*, Stockholm, 9-10 June 2008, Directorate General of Human Rights, Council of Europe 2008, s. 72-77.

systemów regionalnych i stawiany często za wzór dla innych kontynentów system Konwencji staje się coraz bardziej przeciążony i nieefektywny, czas oczekiwania na rozstrzygnięcie ETPC często przekracza bowiem cztery i więcej lat od momentu złożenia skargi indywidualnej. Ponadto wśród tysięcy skarg odnoszących się do tak „pospoliczych” zarzutów, jak przewlekłość aresztu tymczasowego, długość postępowania sądowego czy dysfunkcje systemu egzekucji orzeczeń krajowych, sprawy o fundamentalnym znaczeniu dla funkcjonowania ochrony praw człowieka pozostają w cieniu.

Czy występuje tendencja do zmiany zakresu skutków orzeczeń ETPC i rozszerzenia obowiązywania tych ostatnich poza sferę *inter partes*? W tzw. raporcie *Group of Wise Persons* z 2006 r. zwrócono uwagę, iż upowszechnienie orzecznictwa ETPC i uznanie autorytetu jego orzeczeń jako wykraczającego poza moc wiążącą pomiędzy stronami stanowiłoby bez wątpienia istotny element zapewnienia skuteczności konwencyjnego mechanizmu kontroli sądowej<sup>8</sup>. Grupa zaleciła, aby wyroki dotyczące spraw zasadniczych (*judgments of principle*) oraz orzeczenia uznane przez sam Trybunał za szczególnie istotne były szerzej upowszechniane w zgodzie z rekomendacjami Komitetu Ministrów<sup>9</sup>.

Uwagi *Group of Wise Persons* odnosiły się w szczególności do Zalecenia Rec(2004)5 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie kontroli zgodności projektów aktów prawnych oraz istniejącego prawa i praktyki administracyjnej ze standardami wyrażonymi w EKPC<sup>10</sup>. Komitet Ministrów wezwał w nim państwa członkowskie do stworzenia mechanizmów kontroli

---

<sup>8</sup> *Report of the Group of Wise Persons*, § 134.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Zalecenie z 12 maja 2004 r.

zgodności z Konwencją – w świetle orzecznictwa ETPC – zarówno projektowanych, jak i obowiązujących aktów prawnych, a także praktyki organów władzy publicznej.

Nie wydaje się natomiast, aby wśród państw-stron ETPC zrodziła się silna inicjatywa w kierunku zmiany zakresu mocy wiążącej orzeczeń ETPC. W sprawozdaniu podsumowującym działalność Grupy Refleksyjnej (2007-2009), przygotowującej propozycje nowych rozwiązań w systemie kontroli na podstawie ETPC, zawarto postulat podnoszenia świadomości państw na temat „zasad ogólnych orzecznictwa ETPC zawartych w wyrokach o kluczowym znaczeniu”, jednak metodą osiągnięcia tego celu nie jest zmiana charakteru mocy wiążącej wyroków ETPC<sup>11</sup>. Grupa zaproponowała, aby zwiększenie znaczenia orzeczeń ETPC następowało poprzez częstsze występowanie przez państwa w charakterze interwenientów w postępowaniu przed Trybunałem (art. 36 ust. 2 EKPC) oraz ułatwienie im tego typu wystąpień<sup>12</sup>.

Inaczej mówiąc, państwa-strony EKPC zdają się popierać rozszerzanie oddziaływania najważniejszych wyroków Trybunału, lecz bez sankcjonowania tego na płaszczyźnie *erga omnes*. W najbliższej perspektywie czasowej państwa-strony nie planują radykalnych zmian w odniesieniu do zakresu mocy wiążącej orzeczeń ETPC. Natomiast można przyjąć, obserwując dialog międzyrządowy na tle reformy systemu Konwencji, że państwa dostrzegają korzyści w uwzględnianiu standardów ustanowionych przez ETPC nie tylko we „własnych” sprawach. Dosto-

---

<sup>11</sup> Por. *Activity Report – Guaranteeing the long-term effectiveness of the control system of the European Convention on Human Rights* – dokument DH-S-GDR(2009)012 z 11 marca 2009 r. Grupa Refleksyjna (DH-S-GDR) funkcjonuje od 2007 r. jako forum debaty międzyrządowej nt. reformy systemu EKPC w ramach Komitetu Zarządzającego Praw Człowieka (CDDH).

<sup>12</sup> Dokument DH-S-GDR(2009)012, § 26-30.



sowanie systemu prawa oraz praktyki krajowej do standardów wyrażonych w orzeczeniach przeciwko innym państwom może skutkować prewencyjnie, co ma znaczenie dla funkcjonalności systemu strasburskiego.

Ostrożność państw-stron EKPC w sprawie nadania Trybunałowi kompetencji do wydawania orzeczeń z formalnym skutkiem *erga omnes* ma swoje uzasadnienie także w zasadach oraz realiach procesów prawotwórczych w prawie międzynarodowym. Mimo niekwestionowanego znaczenia orzecznictwa sądów międzynarodowych dla rozwoju tego prawa, państwa nie są skore do dzielenia się kompetencjami prawotwórczymi z podmiotami, na których działalność mają jedynie ograniczony (pośredni) wpływ. Tymczasem zwiększenie zakresu mocy obowiązującej wyroków ETPC oznaczałoby *de facto* wzmocnienie roli Trybunału jako instytucji kształtującej treść standardów i norm, a zatem także zobowiązań państw na podstawie EKPC. W jurysdykcjach sądów międzynarodowych co do zasady nie spotyka się orzeczeń o formalnym skutku *erga omnes*.

Jednak może to właśnie oddziaływanie *erga omnes* oraz wzmocnienie skutku precedensowego orzeczeń ETPC stanowi właściwą drogę rozwoju europejskiego systemu ochrony praw człowieka? Na to pytanie pozytywnie odpowiada E. Fura-Sandström, wyrażając przekonanie, że Europa potrzebuje Sądu Konstytucyjnego Praw Człowieka z kompetencją do wyboru spraw podlegających rozpoznaniu i z powszechnym, wiążącym skutkiem orzeczeń<sup>13</sup>. Idea takiego ukształtowania jurysdykcji ETPC, podobnie jak retoryka odwołująca się do „sądu konstytucyjnego”, nie jest nowa<sup>14</sup>, jednak państwa-strony Konwencji

---

<sup>13</sup> E. Fura-Sandström, *op. cit.*, s. 76.

<sup>14</sup> Por. na ten temat: W. Sadurski, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and*

nie są gotowe, aby na obecnym etapie rozwoju mechanizmu kontrolnego Konwencji zdecydować się na tego rodzaju przewartościowanie, by nie powiedzieć „rewolucję”<sup>15</sup>.

Po pierwsze, Trybunał strasburski stał się „sądem konstytucyjnym” *per facta concludentia* przynajmniej od momentu, gdy EKPC może być bezpośrednio stosowana we wszystkich porządkach prawnych państw-stron. Po drugie, „konstytucyjny” wymiar działalności ETPC przejawia się w uznaniu Konwencji za podstawowy punkt odniesienia dla ochrony praw człowieka w Europie, czemu nie stoi na przeszkodzie – a wręcz wzmacnia to przekonanie – rozwój ochrony praw podstawowych w Unii Europejskiej i nadanie rangi traktatowej postanowieniom Karty Praw Podstawowych przez Traktat Lizboński. Po trzecie, impas w procesie reformowania Konwencji wywołany brakiem wejścia w życie Protokołu nr 14 spowodował wśród państw-stron zauważalne zniechęcenie do odważnych reform Konwencji. Większość państw przyjmuje postawę zachowawczą, co nie sprzyja debacie na temat usprawniania systemu. Być może nowym impulsem dla jego rozwoju będzie organizowana w lutym 2010 r. specjalna konferencja państw-stron Konwencji, która odbędzie się w Interlaken<sup>16</sup>.

Nadanie Trybunałowi kompetencji do wyboru spraw oraz wydawania orzeczeń ze skutkiem *erga omnes* oznaczałoby zupełną zmianę istniejącego modelu. Odejście od prawa do skargi „w każdej” sprawie na rzecz modelu przypominającego procedurę *certiorari* w Sądzie Najwyższym USA byłoby trudne do

---

*East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, „Human Rights Law Review” 2009, nr 9 (3), s. 397-453.

<sup>15</sup> Dokument DH-S-GDR(2009)012, § 47.

<sup>16</sup> Potrzebę zorganizowania konferencji wysokiego szczebla zgłosił Prezes ETPC Jean Paul Costa w trakcie inauguracji roku sądowego 30 stycznia 2009 r.

przeprowadzenia. Należy pamiętać, że to właśnie bezpośrednie prawo dostępu jednostki do sądu międzynarodowego uważane jest za największą zdobycz systemu EKPC, osiągniętą dopiero w latach 90. XX wieku, a więc po czterdziestu latach rozwoju systemu kontrolnego. Zarazem jednak państwa nie traktują modelu skargi indywidualnej do Trybunału jako niepodlegającego dyskusji, o czym świadczy wprowadzenie przez Protokół nr 14 kryterium „znaczącego uszczerbku”<sup>17</sup>.

Zatem w najbliższej perspektywie nie należy spodziewać się radykalnych zmian w sferze zakresu mocy wiążącej wyroków ETPC, przynajmniej w aspekcie formalnym. Osobną kwestią jest natomiast oddziaływanie orzeczeń *de facto erga omnes*, które przybiera postać „prawa precedensowego” Konwencji europejskiej. Wyroki ETPC oddziałują zarówno „do wewnątrz” systemu, jak i „na zewnątrz”, tj. na krajowe porządki prawne<sup>18</sup> oraz na inne jurysdykcje międzynarodowe. Wybrane aspekty oddziaływania orzecznictwa „do wewnątrz” poruszone są w dalszej części tego opracowania.

---

<sup>17</sup> Perspektywa wejścia w życie Protokołu nr 14 nie jest znana – por. I. Kamiński, *Rosja nie ratyfikuje Protokołu nr 14 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 5. W maju 2009 r. otwarto do podpisu Protokół nr 14bis (wszedł w życie w dniu 1 października 2009 r.), jednak przewiduje on tylko zmiany dotyczące składów orzekających w ETPC.

<sup>18</sup> Por. w spr. oddziaływania orzecznictwa ETPC na stosowanie prawa polskiego przez sądy: M. Balcerzak, S. Sykuna, *Znaczenie i wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na praktykę polskiego wymiaru sprawiedliwości*, w: T. Bąkowski, K. Grajewski, J. Warylewski, *Orzecznictwo w systemie prawa*, Warszawa 2008, s. 39-67, na str. 43 i n.

## Rola precedensu w praktyce orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Orzeczenia organów sądowych i quasi-sądowych w dziedzinie praw człowieka najczęściej albo wykorzystują potencjał precedensowy orzeczeń wcześniejszych, albo same generują taki potencjał, którego intensywność pozwala na wyodrębnienie kategorii precedensu międzynarodowego. Wykorzystanie precedensów ma zwykle postać odniesienia do orzeczeń zapadłych przed tym samym organem (precedens wewnętrzny) lub przytoczenia reguły ogólnej zastosowanej w orzeczeniach innego organu (precedens zewnętrzny)<sup>19</sup>.

Jest rzeczą bezdyskusyjną, że ETPC konsekwentnie uwzględnia swoje wcześniejsze orzeczenia w procesie decyzyjnym. W mniejszym stopniu ETPC korzysta z dorobku Europejskiej Komisji Praw Człowieka, która funkcjonowała do 1999 r. Na mocy Protokołu 11 do Konwencji Komisja oraz sesyjnie działający Trybunał zostały zniesione, a ich miejsce zajął stały Europejski Trybunał Praw Człowieka. Zarówno przed, jak i po reformie ETPC niemal w każdym orzeczeniu przytacza jedno lub więcej rozstrzygnięć wcześniejszych, w których zawarta jest reguła ogólna (np. interpretacyjna) odnosząca się do zawisłej sprawy<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Wg terminologii F.G.E. Sundberga, w: *The European experience of human rights proceedings: the precedent value of the European Court's decisions*, „Akron Law Review”, 1987, nr 20, s. 631.

<sup>20</sup> Nie jest zaskoczeniem, że „nowy” Trybunał uważa się za sukcesora Trybunału sesyjnego. Należy też zauważyć, że – na szczęście – nie wykształcił się podział na „stare” i „nowe” orzecznictwo strasburskie, choć istniały takie obawy – por. V. Berger, *La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme – d'une jurisprudence à l'autre?*, w: *Mélanges en hommage à Louis Edmund Pettiti*, Bruxelles 1998, s. 129-144.

Trybunał – po raz pierwszy w wyroku *Cossey* z 1990 r. – stwierdził: „The Court is not bound by its previous judgments (...). However, it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so. Such a departure might, for example, be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions”<sup>21</sup>. Świadczy to o braku doktryny precedensu wiążącego (*de iure*), należy natomiast podkreślić, że Trybunał z pełną świadomością rozwija koncepcję precedensu niewiążącego i znajduje po temu przekonujące powody, w szczególności zasadę bezpieczeństwa prawnego i konieczność zapewnienia uporządkowanego rozwoju orzecznictwa<sup>22</sup>. Jak zauważa L. Wildhaber, *to follow precedent normally is therefore not only plainly compatible with the independence and impartiality of a tribunal, but expresses sound judicial policy*<sup>23</sup>.

Także J.G. Merrills zwraca uwagę na to, że Trybunał posługuje się precedensami w uzasadnieniach orzeczeń, dzięki czemu zyskują one szersze znaczenie, wykraczające poza okoliczności indywidualnej sprawy<sup>24</sup>. Chociaż wpływ precedensów na argu-

---

<sup>21</sup> Por. wyrok *Cossey p. Zjednoczonemu Królestwu* z 27.09.1990 r., Series A nr 184, § 35.

<sup>22</sup> Por. wyrok w sprawie *Jane Smith p. Zjednoczonemu Królestwu* z 18.01.2001 r., § 77.

<sup>23</sup> Por. L. Wildhaber, *Precedent in the European Court of Human Rights*, w: P. Mahoney i in. (red.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln-Berlin-Bonn-München 2000, s. 1529.

<sup>24</sup> J. G. Merrills, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, Manchester 1993, s. 12 i n.

mentację prawniczą orzeczeń ETPC jest bardzo silny, nie oznacza to, że Trybunał nie uwzględni w procesie formułowania uzasadnień wyroków całej gamy innych czynników, takich jak reguł wykładni Konwencji, zasad ogólnych prawa międzynarodowego, wartości istotnych w społeczeństwie demokratycznym czy też – *last but not least* – argumentów przedstawionych przez strony procesu<sup>25</sup>. W każdym wypadku teza o silnie zakorzenionej praktyce stosowania precedensu niewiążącego przez ETPC w toku *judicial reasoning* nie budzi wątpliwości.

E. Lambert, omawiając wewnątrzsystemowe skutki wyroków ETPC, wskazuje na stosowanie przez Trybunał „technik autoreferencji”, a nie koncepcji precedensu niewiążącego<sup>26</sup>. Autorka jest wyraźnie przywiązana do traktowania precedensu jako koncepcji stworzonej w prawie anglosaskim, co nie pozwala jej na posługiwanie się tym terminem w szerszym znaczeniu. Tymczasem „autoreferencja” rozumiana jako dobrowolne, niewymuszone przez normę prawną odwołanie się do reguły ogólnej zawartej we wcześniejszym wyroku i uwzględnienie tej reguły w procesie stosowania prawa jest moim zdaniem tożsama z precedensem niewiążącym.

Niezależnie od różnic terminologicznych, dokonane przez E. Lambert klasyfikacje technik autoreferencji – czy też uwzględniania precedensów – w orzecznictwie ETPC zasługują na krótkie omówienie. Autorka rozróżnia przede wszystkim odwołania do zasad i technik interpretacji Konwencji (*l'auto-référence autoritaire*) oraz precedensy nawiązujące do *ratio decidendi* zawartego we wcześniejszych orzeczeniach Trybunału<sup>27</sup>. Nasuwa się tu

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 35.

<sup>26</sup> Por. E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1999, s. 397 i n.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 408 i n.

analogia do podziału na precedensy interpretacyjne i precedensy rozstrzygnięcia<sup>28</sup>.

Precedensy interpretacyjne zawierają ogólne i szczegółowe reguły wykładni przepisów Konwencji – orzeczenia wyrażające, przykładowo, zasadę skuteczności, zasadę marginesu oceny, reguły obowiązywania Konwencji *ratione temporis* czy *ratione fori*. Z kolei precedensy rozstrzygnięcia dzieli E. Lambert na trzy grupy według kryterium przyjętego przez Trybunał rozumowania: przez przykład szczególny (*le raisonnement «par exemple spécifique»*), przez analogię oraz za pomocą precedensu *sensu stricto*<sup>29</sup>. W pierwszym typie rozumowania Trybunał porównuje sytuacje faktyczne dwóch spraw, stosując – bądź nie – regułę zawartą w konkretnej sprawie wcześniejszej. Rozumowanie *per analogiam* od rozumowania z precedensu *sensu stricto* różni się – według E. Lambert – tym, że w pierwszym przypadku Trybunał wykorzystuje wskazówki zawarte we wcześniejszym rozstrzygnięciu, rozstrzyga sprawę „w świetle” wcześniejszego przypadku, stosuje *mutatis mutandis* hipotetyczne rozwiązania myślowe, podczas gdy model rozumowania z precedensu wymaga identyczności stanu faktycznego, pozostawiając Trybunałowi znacznie mniej elastyczności. Powyższa typologia jest wprawdzie czytelna, niemniej granice między poszczególnymi modelami wykorzystania wcześniejszych orzeczeń są płynne.

O ile regułę stanowi uwzględnianie precedensów, o tyle „rozumowanie z precedensu” może także polegać na odróżnieniu (*distinguishing*) rozpatrywanej sprawy od „narzucającego się” wcześniejszego rozstrzygnięcia lub też na wyraźnym uchyleniu dotychczasowej linii orzeczniczej (*overruling*). Tytułem przy-

---

<sup>28</sup> Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2000, s. 214.

<sup>29</sup> Por. E. Lambert, *op. cit.* s. 412-420.

kładu, w sprawie *Kopecký p. Słowacji*<sup>30</sup> Trybunał stanął przed pytaniem, czy skarżący miał „uzasadnione oczekiwanie” spełnienia swego roszczenia o zwrot własności, a jeśli tak, to czy odmowa zaspokojenia skarżącego była zgodna z gwarancją prawa do poszanowania mienia zawartą w art. 1 Protokołu nr 1. W pierwszym wyroku z 7.01.2003 r. siedmioosobowa Izba stwierdziła, że oceniając kwestię „uzasadnionego oczekiwania” należy odróżnić sprawę *Kopecký* od spraw *Malhous p. Czechom*<sup>31</sup>, *Gratzinger i Gratzingerova p. Czechom*<sup>32</sup> oraz *Brezny i Brezny p. Słowacji*<sup>33</sup>, w których Trybunał oraz Komisja stwierdziły, że skarżący byli od samego początku wykluczeni z kręgu osób, którym przysługiwał zwrot własności, gdyż albo nie spełniali wymogów ustawowych, albo zaspokojenia ich roszczeń nie przewidywało ustawodawstwo krajowe<sup>34</sup>. W konsekwencji Trybunał uznał, stosunkiem głosów 4 do 3, że nastąpiło naruszenie art. 1 Protokołu nr 1. Rząd Słowacji zwrócił się o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby w trybie art. 43 Konwencji. Wniosek został uwzględniony, w wyniku czego Wielka Izba Trybunału zmieniła wyrok z 7.01.2003 r. Według Wielkiej Izby nie należało odstępować od zasad wyrażonych m.in. w wyżej wymienio-

---

<sup>30</sup> Skarga nr 44912/98. W sprawie zapadły dwa wyroki: Izby w zwykłym składzie z 7.01.2003 r. (naruszenie art. 1 Protokołu nr 1) oraz Wielkiej Izby z 28.09.2004 r. (brak naruszenia prawa do poszanowania mienia).

<sup>31</sup> Skarga nr 33071/96, decyzja w przedmiocie dopuszczalności z 13.12.2000 r. (Wielka Izba Trybunału) – zarzuty z art. 1 Protokołu nr 1 niedopuszczalne.

<sup>32</sup> Skarga nr 39794/98, decyzja w przedmiocie dopuszczalności z 10.07.2002 r. (Wielka Izba Trybunału) – zarzuty z art. 1 Protokołu nr 1 niedopuszczalne.

<sup>33</sup> Skarga nr 23131/93, decyzja Komisji z 4.03.1993 r., *Decisions and Reports* nr 85, s 65-83.

<sup>34</sup> Por. § 25 wyroku *Kopecký* z 7.01.2003 r.



nych wyrokach *Malhous* oraz *Gratzinger i Gratzingerova*. Sprawa *Kopecký* ilustruje zatem nieudaną próbę odróżnienia jej przez Izbę w składzie siedmioosobowym od podobnych prejudykatów z zakresu prawa do poszanowania mienia.

Ciekawym przykładem uchylecia precedensu jest sprawa *Christine Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu*<sup>35</sup>, dotycząca zarzutu naruszenia prawa transseksualisty do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, w szczególności z powodu nieuznania zmiany płci w prawie wewnętrznym. W wyroku z 11.07.2002 r. Trybunał przypomniał, że rozpatrywał już podobne skargi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu. W wyrokach *Rees* z 17.10.1986 r.<sup>36</sup>, *Cossey* z 27.09.1990 r., *X, Y. i Z.* z 22.04.1997 r.<sup>37</sup> oraz *Sheffield and Horsham* z 30.07.1998 r.<sup>38</sup> Trybunał uznał, że odmowa dokonania zmian w rejestrze urodzin oraz wydania świadectwa urodzenia, którego treść różniłaby się od oryginalnych zapisów w rejestrze, nie stanowiła ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego skarżących. Mimo ustalonej linii orzeczniczej i konsekwentnego stosowania precedensu wyrażonego po raz pierwszy w sprawie *Rees*, Trybunał sygnalizował w każdej tego typu sprawie konieczność monitorowania sytuacji prawnej skarżących. W sprawie *Christine Goodwin* Trybunał postanowił ocenić tło faktyczne i prawne „w świetle terażniejszych warunków”, szczegółowo analizując przesłanki medyczne oraz społeczne. W konsekwencji Trybunał uznał, iż w XXI wieku prawo transseksualistów do rozwoju osobowego na równi z innymi członkami społeczeństwa nie może

---

<sup>35</sup> Skarga nr 28957/95.

<sup>36</sup> Skarga nr 9532/81, Series A, nr 106.

<sup>37</sup> Skarga nr 21830/93, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II.

<sup>38</sup> Skargi nr 22985/93 i 23390/94, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.

być dłużej kwestią kontrowersyjną. Wielka Izba uchyliła zatem precedens sformułowany w sprawie *Rees*, orzekając jednogłośnie o naruszeniu wobec skarżącej art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) oraz art. 12 Konwencji (prawo do małżeństwa).

Innym przykładem uchylecia dotychczasowej linii orzeczniczej jest wyrok w sprawie *Kudła p. Polsce*<sup>39</sup>. W wyroku tym Trybunał zdecydował się zbadać zarzut naruszenia art. 13 Konwencji (prawo do skutecznego środka odwoławczego), mimo że wcześniej w tym samym wyroku orzekł już o naruszeniu art. 6 ust. 1 Konwencji z powodu niezachowania wymogu rozsądnego czasu postępowania karnego przeciwko skarżącemu. Do czasu wydania wyroku w sprawie *Kudła* Trybunał wyrażał pogląd, że art. 13 Konwencji stanowi *lex generalis* w stosunku do ściślejszych gwarancji rzetelnego procesu zawartych w art. 6 ust. 1 Konwencji<sup>40</sup>. Tymczasem w omawianym wyroku Trybunał odszedł od precedensów ustalających zależność pomiędzy art. 6 ust. 1 a art. 13 Konwencji, stwierdzając naruszenie także tego ostatniego. Zdaniem Trybunału polski porządek prawny nie gwarantował skarżącemu skutecznego środka odwoławczego przeciwko przewlekłości postępowania sądowego (por. § 157 i n. wyroku). Precedens ustalony w sprawie *Kudła* został uwzględniony w późniejszych orzeczeniach dotyczących nie tylko polskiego porządku prawnego<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Skarga nr 30210/96, wyrok Wielkiej Izby Trybunału z 26.10.2000 r., *Reports of Judgments and Decisions* 2000-XI.

<sup>40</sup> Por. wyroki w sprawach: *Sporrong and Lönnroth p. Szwecji* z 23.09.1982 r., Series A, nr 52, § 88; *Brualla Gómez de la Torre p. Hiszpanii* z 19.12.1997 r., *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, § 41.

<sup>41</sup> Por. wyroki w sprawach: *Horvat p. Chorwacji* z 26.07.2001 r., *Colonello i inni p. Włochom* z 19.02.2002 r., *Doran p. Irlandii* z 31.07.2004 r., *Kangasluoma p. Finlandii* z 20.01.2004 r.

Powyższe przykłady wspierają tezę, iż Trybunał – wykonując funkcje judykacyjne – zarówno uwzględnia, jak i odróżnia oraz uchyla precedensy *de facto*. Troska o harmonijny rozwój orzecznictwa jest także odzwierciedlona w postanowieniach Konwencji dotyczących rozszerzenia jurysdykcji Izby w składzie siedmioosobowym na rzecz Wielkiej Izby. Zgodnie z art. 30 EKPC: „Jeśli sprawa zawisła w Izbie dotyczy poważnej kwestii wpływającej na interpretację Konwencji lub Protokołów albo jeśli rozwiązanie kwestii może skutkować brakiem spójności z wyrokiem wcześniej wydanym przez Trybunał, Izba może w każdym czasie przed wydaniem wyroku zrzec się jurysdykcji na rzecz Wielkiej Izby (...)”.

Wprawdzie zrzeczenie się jurysdykcji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Izby w składzie siedmioosobowym, a ponadto strony sporu mogą zgłosić swój sprzeciw wobec przekazania sprawy w tym trybie do Wielkiej Izby, jednak nie ulega wątpliwości, że możliwość przekazania sprawy do rozpoznania przez siedemnastoosobową Wielką Izbę stanowi wyraz dążenia do jednolitości orzecznictwa Trybunału. A zatem decyzja o ewentualnym uchyleniu precedensu lub odróżnieniu zawisłej sprawy od dotychczasowej linii orzeczniczej powinna zostać podjęta przez Wielką Izbę.

Orzeczenia ETPC charakteryzują się zróżnicowanym stopniem oddziaływania precedensowego. Ocena „mocy gravitacyjnej” orzeczeń strasburskich jest z konieczności subiektywna, a podstawowym sprawdzianem rzeczywistego wpływu danego orzeczenia na rozstrzygnięcia późniejsze pozostaje praktyka samego Trybunału. Nie oznacza to jednak, że wszelkie próby doktrynalnej oceny precedensowego potencjału strasburskiego *case-law* są skazane na niepowodzenie. Z natury rzeczy niektóre orzeczenia są bardziej perswazyjne i można z dużym prawdopodobieństwem określić, że funk-

cjonują jako precedensy interpretacyjne bądź jako precedensy rozstrzygnięcia.

Po stwierdzeniu, że dane orzeczenie posiada walor precedensu, tzn. zawiera określoną regułę ogólną wyrażoną po raz pierwszy, bądź też współtworzy spójną linię orzecniczą, można pokusić się o ocenę jego oddziaływania perswazyjnego *pro foro interno*. Ocena takiego oddziaływania najłatwiejsza jest wtedy, kiedy precedens został potwierdzony, a więc zaakceptowany, w szeregu orzeczeń późniejszych. Trudniejsza, chociaż możliwa jest ocena precedensowego potencjału orzeczenia, zanim wyrażone w nim *ratio decidendi* zostanie zweryfikowane przez praktykę orzecniczą.

Do czynników, które wzmacniają autorytet precedensów, z pewnością należy zaliczyć rodzaj składu Trybunału. Jak już wspomniano, orzeczenia Wielkiej Izby Trybunału korzystają z nieformalnego domniemania szczególnego wpływu precedensotwórczego. Jednak równie istotny wydaje się stosunek głosów, jakim przyjęto dane rozstrzygnięcie. Niewielka różnica głosów – zwłaszcza w Wielkiej Izbie – sugeruje istotną rozbieżność poglądów wśród sędziów i zmniejsza pewność co do utrzymania takiego rozstrzygnięcia w przyszłości. Co ciekawe, sama Konwencja nie obliguje Trybunału do podawania stosunku głosów – jest to raczej praktyka zwyczajowa przewidziana Regulaminem Trybunału, której genezy można dopatrywać się w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Tak czy inaczej, jednomyślność wpływa na zwiększenie mocy perswazyjnej danego orzeczenia. Podobnie jest w przypadku, gdy orzeczenie Izby w składzie podstawowym zostało potwierdzone przez wyrok Wielkiej Izby wydany na skutek zaakceptowania wniosku skarżącego lub rządu o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 43 Konwencji).

Kolejnym czynnikiem jest ilość i jakość opinii odrębnych sporządzonych przez sędziów uczestniczących w wydaniu da-

nego orzeczenia<sup>42</sup>. Tu również można dopatrywać się wpływu rozwiązań przyjętych w Statucie MTS, chociaż nie w każdym sądzie międzynarodowym przewidziano taką możliwość, nie mają jej m.in. sędziowie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. W ETPC sędziowie korzystają z uprawnienia nadanego im w art. 45 ust. 2 KE relatywnie często, formułując opinie zbieżne z wyrokiem bądź wyjaśniające motywy głosowania przeciwko zdaniu większości<sup>43</sup>. Opinie zbieżne z wyrokiem i dodatkowo wzmacniające argumentację wyroku z pewnością służą autorytetowi samego rozstrzygnięcia. Natomiast opinie odrębne *sensu stricto*, zwłaszcza gdy zawierają przekonywające argumenty przeciwko zdaniu większości, autorytet ten osłabiają. Oczywiście nawet kilka wnikliwych opinii odrębnych nie przekreśla potencjału precedensowego danego orzeczenia, jednak stanowi zachętę do jego krytycznej ewaluacji przy następnej „okazji” – zarówno przez potencjalnych skarżących, jak i przez rządy pozwane.

Wpływ składu Trybunału na autorytet rozstrzygnięcia można także oceniać w kontekście tzw. czynnika ludzkiego, czyli związku pomiędzy sumą wiedzy, doświadczenia i mądrości życiowej określonych sędziów a rezultatem ich działalności w procesie orzecznym. Zachodzi tu pytanie, czy osobowość sędziów znajduje odzwierciedlenie w wyrokach

---

<sup>42</sup> Na temat opinii odrębnych w ETPC por. monografię F. Rivière, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Brussels 2004, a także R.C.A. White, I. Boussiakou, *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2009, nr 9 (1), s. 37-60.

<sup>43</sup> Technicznie rzecz biorąc, zarówno opinie zbieżne z wyrokiem, jak i opinie wyjaśniające powody sprzeciwu stanowią „opinie odrębne” (*separate opinions*) w rozumieniu art. 45 ust. 2 EKPC. Do pewnego okresu sędziowie Trybunału nazywali także niektóre swoje *vota separata* „opiniami indywidualnymi”.

i opiniach odrębnych. Jest to problematyka trudna i rzadko podejmowana w piśmiennictwie<sup>44</sup>, skądinąd nie sposób zaprzeczyć, że autorytet sędziów stanowi jeden z czynników wpływających na perswazyjność orzeczeń Trybunału. Trzeba tu jednak nadmienić, że w formułowaniu uzasadnień do decyzji i wyroków strasburskich znaczącą rolę odgrywa także Kancelaria Trybunału, która dla „zewnętrznego” obserwatora pozostaje „w cieniu”<sup>45</sup>. Bardzo delikatną kwestią jest również to, czy na autorytet orzeczeń strasburskich – a wśród nich precedensów – nie wpływają różnice związane ze specjalizacją sędziów wyniesioną z dotychczasowego życia zawodowego, a także kraj ich pochodzenia. Co do zasady powyższe względy nie powinny rzutować na autorytet rozstrzygnięcia, Izby Trybunału są bowiem zdywersyfikowane pod względem „geograficznym”. Pewne wnioski co do perswazyjności orzeczenia można natomiast wysnuć na podstawie zachowania sędziego narodowego w danej sprawie, choć nie jest to regułą<sup>46</sup>.

Na autorytet orzecznictwa z pewnością wpływa jakość uzasadnienia, tj. dobór argumentów, ustosunkowanie się do racji

---

<sup>44</sup> Kwestię wpływu składu osobowego „nowego” Trybunału na jego działalność omawiał J.-F. Flauss, *Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 1998, nr 9, s. 435-464. Zob. także *idem*, *Libres propos sur l'indépendance des juges à la Cour européenne des Droits de l'Homme*, w: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress*, Köln 2005, s. 949-964.

<sup>45</sup> Również Kancelaria MTS pełni aktywną rolę w projektowaniu orzeczeń tego Trybunału – zob. H. Thirlway, *The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations*, „Chinese Journal of International Law” 2006, nr 5 (1), s. 15-28.

<sup>46</sup> Por. nt. roli sędziów narodowych i ich postaw w sprawach przeciwko państwu pochodzenia: M. Kuijer, *Voting behaviour and national bias in the European Court of Human Rights and the International Court of Justice*, „Leiden Journal of International Law” 1997, nr 10 (1), s. 49-67.

stron, podanie przekonywających motywów rozstrzygnięcia. W swoich uzasadnieniach Trybunał zazwyczaj prezentuje reguły ogólne dotyczące interpretacji, a następnie wskazuje na ewentualne reguły z precedensów rozstrzygnięcia. Jeśli określona kwestia prawna podlega ocenie Trybunału po raz pierwszy, jakość uzasadnienia pełni rolę kluczową, gdyż oddziałuje także *de facto erga omnes*.

Trzeba tu także ocenić „czynnik czasowy”, czyli wpływ „wieku” orzeczenia na jego perswazyjność. Co do zasady można stwierdzić, że upływ czasu nie zmniejsza znaczenia orzecznictwa, aczkolwiek Trybunał preferuje odwoływanie się do wyroków (lub decyzji) zapadłych w bliższej perspektywie czasowej, jeśli ilustrują one ugruntowaną linię orzeczniczą. Istotne jest również to, iż upływ czasu może zachęcać Trybunał do oceny danej kwestii prawnej „w świetle teraźniejszych warunków”, a więc zgodnie z dyrektywą wykładni ewolucyjnej. A zatem w przypadku orzeczeń kontrowersyjnych, zwłaszcza przyjętych niewielką różnicą głosów, perspektywa czasowa może doprowadzić do próby ich uchylecia.

Z „czynnikami czasowym” wiąże się także kwestia autorytetu rozstrzygnięć nieistniejącej już Europejskiej Komisji Praw Człowieka<sup>47</sup>. Trybunał nie ma oporów przed sięganiem do raportów Komisji, mimo że odwołuje się do nich raczej sporadycznie. Generalnie należy wysunąć tezę, iż autorytet precedensowy raportów Komisji ma charakter drugorzędny, chociaż może stanowić punkt odniesienia dla „nowego” Trybunału zwłaszcza przy rozpatrywaniu kwestii dopuszczalności skarg indywidualnych<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Por. E. Lambert, *op. cit.*, s. 425-447.

<sup>48</sup> Por. np. decyzję Trybunału w przedmiocie dopuszczalności sprawy *Mółka p. Polsce* (z 11.04.2006 r.), w której ETPC stwierdził brak zastosowania art. 3 Protokołu nr 1 (prawo do wolnych wyborów) w kontekście rad gmin,

„Precedensy strasburskie” pełnią szereg funkcji, wśród których na pierwszym miejscu należy wymienić funkcję interpretacyjną. Niektórym orzeczeniom można przypisać wręcz funkcję hermeneutyczną, polegającą na objaśnianiu prawa, wyjaśnianiu istoty i rozumienia norm prawnych, na podstawie których podejmowane jest dane rozstrzygnięcie. Hermeneutyka jako metoda rozumowania prawniczego oraz filozofii interpretacji wiąże się z wieloma wątpliwościami koncepcyjnymi<sup>49</sup>, jednak stanowi użyteczne narzędzie dokonywania wykładni na „poziomie egzystencjonalnym”<sup>50</sup>. Jak piszą S. Stelmach i B. Brożek, potrzeba tego typu wykładni pojawia się w przypadkach trudnych, gdy standardowe metody nie pozwalają na podjęcie akceptowanego rozstrzygnięcia prawnego i wtedy pozostaje analiza ontologiczna – sięgnięcie do samej istoty procesu rozumienia<sup>51</sup>. Samo pojęcie „trudne przypadki” ma charakter nieostry, natomiast jest powszechnie kojarzone z koncepcją *hard cases* R. Dworkina jako sytuacje, w których sędzia nie dysponuje jednoznaczną normą wytworzoną przez określony autorytet<sup>52</sup>.

Precedensy mogą spełniać także funkcję prawotwórczą. W klasycznym, ortodoksyjnym rozumieniu precedensu jest warunkiem *sine qua non* uznania za precedens. Zważywszy jednak na niekwestionowaną wieloznaczność terminu „precedens”, funkcja prawotwórcza nie zawsze jest pierwszoplanowa,

---

rad powiatów i sejmików województw. Trybunał przywołał decyzje Komisji, która odmawiała przyznania statusu „ciała ustawodawczego” radom gmin w Belgii, radom hrabstw w Zjednoczonym Królestwie oraz radom regionów we Francji – por. dec. ws. *Mółka*, pkt 3.

<sup>49</sup> J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Zakamycze 2004, s. 233.

<sup>50</sup> *Ibidem*, s. 273

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Por. J. Zajadło, *Co to są hard cases?*, w: J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 7 i n.



a niekiedy w ogóle nie występuje. Jeśli orzeczenie wywiera skutki prawotwórcze – niezależnie od prawnej legitymacji do takiego oddziaływania – w stosunku do podmiotów prawa i oddziałuje na zakres dwu- lub wielostronnych zobowiązań tych podmiotów, można wręcz mówić o funkcji synallagmatycznej precedensów.

Bliska funkcji prawotwórczej jest funkcja scalająca, poprzez którą precedensy mogą przyczyniać się do umocnienia systemu prawnego, stając się spoiwem integrującym system normatywny. Tego rodzaju funkcja ma pozytywny wpływ na określony porządek prawny, natomiast można rozważać także oddziaływanie negatywne, jeśli orzeczenia zapadają według przypadkowych *rationes decidendi* i nie przyczyniają się do spójności systemu prawnego. Takim precedensom można przypisać funkcję dezintegrującą.

Ponadto można wyróżnić funkcję dydaktyczną precedensów. Zapewne nie jest ona funkcją podstawową, ale warto o niej wspomnieć, ponieważ orzeczenia spełniają również istotną rolę w procesie uczenia się prawa. Funkcja dydaktyczna może być realizowana w sposób zupełnie niezamierzony wobec podmiotów, do których skierowane jest rozstrzygnięcie, a także wobec podmiotów zewnętrznych.

## Podsumowanie

ETPC jest „sądem precedensu” – rozumowanie *per rationem decidendi* to jeden z podstawowych rodzajów wnioskowania prawniczego obecnego w jego orzecznictwie, a odwoływanie się do wcześniejszych rozstrzygnięć stanowi ugruntowaną praktykę. Mamy tu zatem do czynienia z precedensami faktycznymi, z których część posiada znaczną moc perswazyjną.

Sądy międzynarodowe, a wśród nich ETPC, są instytucjami powstałymi z woli samych państw dla lepszego funkcjonowania systemów ochrony praw człowieka. Prawdziwy sukces w działaniu danego sądu czy organu petycyjnego nie polega na „ukaraniu” państwa za naruszenie zobowiązania prawnomiędzynarodowego w dziedzinie praw człowieka. O sukcesie można mówić wtedy, kiedy nie tylko jednostka uzyskała jakąś formę zadośćuczynienia lub odszkodowania za naruszenie jej praw, ale także gdy orzeczenie wywarło skutki prawne w sferze prewencyjnej oraz w sferze umocnienia krajowego systemu ochrony, zgodnie z zasadą subsydiarności.

Zatem o mocy perswazyjnej nie decyduje wyłącznie jego oddziaływanie na późniejsze decyzje stosowania prawa oraz uznanie wśród innych organów judykacyjnych. O prawdziwej mocy perswazyjnej możemy mówić, gdy właściwe wnioski z danego orzeczenia wyciągnęły państwa – członkowie społeczności międzynarodowej. Uwzględnienie konsekwencji orzeczenia dla prawa i praktyki krajowej, czyli skuteczne oddziaływanie orzecznictwa Trybunału *de facto erga omnes*, to niezwykle istotna „wartość dodana” i świadectwo roztropnej postawy państwa wobec swoich zobowiązań. W ten sposób praktyka krajowa współdecyduje o tym, czy orzeczenie posiada walor oddziaływania precedensowego.

## **„Unijna ścieżka precedensu”. Nie „czy”, ale „jak”\***

*Prawdziwym paradoksem władzy sądowniczej jest to, że choć sędziowie tworzą prawo, muszą cały czas zaprzeczać, że tak czynią. Należy to do samej istoty sądów, które nie mogą przestać twierdzić, że nie tworzą prawa, mimo pełnej świadomości, że jest inaczej. Ktoś może powiedzieć, że podtrzymywanie takiego stanowiska stanowi próbę tłumaczenia się. Ja nazywam to kłamstwem<sup>1</sup>.*

*Prawa nie da się sprowadzić do samych tylko tekstów. Prawo to również określone katalogi wartości, reguły rozumowań i interpretacji tekstu, akceptowalne strategie legitymizacji orzeczeń [...]. W tym szerszym znaczeniu prawo nie działa samo przez się, lecz istnieje poprzez działania aktorów<sup>2</sup>.*

### **Dlaczego „jak”, a nie „czy”?**

Nie kwestionuję w tej pracy oczywistej tezy, że prawo europejskie jest systemem precedensowym<sup>3</sup>, raczej zwracam uwagę

---

\* Poglądy tu przedstawione są oparte na: T.T. Koncewicz, *Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego*, C.H. Beck, w przygotowaniu.

<sup>1</sup> M. Shapiro, *Judges as Liars*, (1994) 17 „Harvard Journal of Law and Public Policy”, s. 155, 156.

<sup>2</sup> A. Kozak, *Niedoceniona wspólnota – prawnicy a integracja europejska*, w: J. Kaczor, (red.), *Teoria prawa europejskiego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005, s. 162.

<sup>3</sup> Z ogólnych opracowań na temat precedensu w prawie unijnym zob. zwłaszcza T. Koopmans, *Stare decisio in European law*, w: D. O’Keeffe,

na problemy wynikające z bezrefleksyjnego podejścia do swojego orzecznictwa sądu, który o ten system precedensowy powinien dbać<sup>4</sup>. Precedens w szerokim znaczeniu oznacza niewiążący walor wcześniejszych orzeczeń, które są traktowane jedynie jako racja za określonym rozumieniem. Precedens w wąskim znaczeniu oznacza zaś wiążący charakter wcześniejszych orzeczeń. Trybunał Sprawiedliwości (poniżej cytowany jako „Trybunał”)<sup>5</sup> nie jest

---

H.G. Schermers, (red.), *Essays in European Law and Integration*, Kluwer Law, Boston, 1982; H.G. Schermers, D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in EU Law*, Kluwer Law International, 2001; J. Barcelò, *Precedent in European Community Law*, w: N. MacCormick, R. S. Summers, (red.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate, Dartmouth, 1997; T. Kennedy, L. N. Brown, *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet and Maxwell, 2000; A. Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 2006; Lord Mackenzie Stuart, J.-P. Warner, *Judicial decision as a source of Community Law*, w: W. Grewe, H. Rupp, H. Schneider, (red.), *Europäische Gerichtsbarkeit und Nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos, Baden-Baden, 1981; A. Arnall, *Owing to a fallibility. Precedent and the European Court of Justice*, (1993) 30 „Common Market Law Review” 247. W literaturze polskiej A. Orłowska, *Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?* w: L. Leszczyński, (red.), *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, UMCS, Lublin, 2004; Z. Brodecki, T.T. Koncewicz, *Precedensy jako podstawa piramidy*, w: Z. Brodecki, *Europa sędziów*, LexisNexis, Warszawa, 2007.

<sup>4</sup> W tym sensie niebezpieczeństwo, o którym pisze profesor J. Zajadło w swoim tekście *Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co właściwie prawnikom filozofia prawa?*, staje się problemem aktualnym także w prawie unijnym. Trybunał Sprawiedliwości jako zawiadujący systemem prawa precedensowego musi generować rzeczywiste precedensy, a unikać wrażenia, że każde orzeczenie, na które się powołuje, jest takim precedensem.

<sup>5</sup> Przedstawiona analiza uwzględnia zmiany wprowadzone przez Traktat z Lizbony, który wszedł w życie 1 grudnia 2009 r. Zmiany dotyczą zarówno nowego nazewnictwa (zmiana nazwy Traktatu rzymskiego o Wspólnocie Europejskiej na „Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”), numeracji artykułów traktatów (dla orientacji stare numery artykułów zostały podane w nawiasie) oraz nazwy sądów wspólnotowych. Terminem ogólnym i nad-

związany w sensie formalnym swoim orzecznictwem. Traktuje je raczej jako autorytatywne wskazanie, w jaki sposób podobne sprawy mają być rozstrzygane<sup>6</sup>. W wymiarze horyzontalnym Trybunał jest więc faktycznie związany swoim orzecznictwem tak długo, jak długo sam go nie uchyli. W tym wymiarze precedens jest regułą. Prawdziwy system precedensowy to jednak znacznie więcej aniżeli niechęć sądu najwyższego do przełamania swojego wcześniejszego orzecznictwa.

Analiza precedensu w prawie unijnym<sup>7</sup> z perspektywy pytania „jak” dotyka problemu racjonalności argumentującej wspólnoty prawników. Tylko bowiem odpowiedź twierdząca i uznanie, że mamy do czynienia z taką wspólnotą, pozwala uznać celowość rozważań, czy wspólnota jest gotowa przyjąć system precedensowy. Każdy system precedensowy musi być oparty na krytycznym spojrzeniu na orzeczenie aspirujące do miana precedensu i dopiero w tym świetle można udzielić odpowiedzi na pytanie, czy mamy do czynienia z faktycznym precedensem. W prawie europejskim mówienie o systemie precedensowym ma sens, tylko gdy Trybunał Sprawiedliwości dokonuje wewnętrznej dyferencjacji i selekcji precedensu. Ta uwaga jest istotna, ponieważ po 1 maja 2004 r., w przeciwieństwie do okresu poprzedzającego, pojawiła się praktyka odwołania do orzeczeń poprzez analogię według schematu „zobacz wyrok w sprawie x, y, z”, bez bliż-

---

rzędnym dla wspólnotowego wymiaru sprawiedliwości jest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który składa się z trzech sądów odpowiadających trzem poziomom ochrony prawnej: Trybunału Sprawiedliwości, Sądu i sądów wyspecjalizowanych (zob. art. 19 TUE).

<sup>6</sup> Zob. przykłady wskazane w: L. Neville Brown, T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet and Maxwell, 2000, s. 370-371.

<sup>7</sup> W konsekwencji zmian w nazwie traktatów (por. uwaga terminologiczna powyżej) termin „prawo wspólnotowe” zostaje zastąpiony przez jednolity „prawo unijne”.

szego badania, czy to „x”, „y”, „z” jest istotnie precedensem dla sprawy rozstrzyganej. Ta praktyka jest niebezpieczna z perspektywy systemu precedensowego, ponieważ tworzy wrażenie, że wszystko może być precedensem. Tymczasem na sędzie, który spełnia funkcję strażnika prawa precedensowego, ciąży szczególne obowiązki w zakresie rekonstrukcji systemu w kierunku systemu precedensowego. Rekonstrukcja ma zapewnić integralność, spójność i niesprzeczność systemu.

Swoboda sądu w odstąpieniu od orzecznictwa stanowi naturalną konsekwencję trudności formalnej zmiany traktatów, która wymusza elastyczne podejście do orzecznictwa<sup>8</sup>. Poprzestanie na tej ogólnej regule nie jest jednak satysfakcjonujące: potrzeba kwalifikacji i ujęcia z perspektywy pozytywnej. Trybunał jest związany swoim orzecznictwem, dopóki nie zachodzą istotne powody dla przełamania linii orzeczniczej. Domniemanie powinno więc podkreślać element związania i obowiązki sądu, które dotyczą postępowania w przypadku zamiaru odstąpienia od linii orzeczniczej<sup>9</sup>. Opcje sądu wobec precedensu w postaci kontynuacji, kwalifikacji, przełamania muszą być wykorzystywane w sposób jasny i precyzyjny, aby audytorium prawnicze, do których Trybunał przemawia w charakterze sądu zawiadującego systemem precedensowym, wiedziały w sposób pewny, w jakim zakresie krajobraz normatywny został zagospodarowany przez precedensy, jakie są to precedensy, w których miejscach sąd nadal pozostawia sobie otwarte opcje i wybór<sup>10</sup>. Perspektywa

---

<sup>8</sup> L. Neville Brown, T. Kennedy, *The Court...*, *op. cit.*, s. 372.

<sup>9</sup> Por. też uwagi z perspektywy amerykańskiej: L.A. Alexander, E.L. Sherwin, *Judges as Rulemakers*, University of San Diego School of Law Research Paper 05-14/2004, s. 26.

<sup>10</sup> Z tej perspektywy zob. krytyczne uwagi na temat sposobu, w jaki Trybunał proceduje w przypadku przełamania precedensu: A. Arnulf, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford University Press, 2006, s. 628-629.

„jak” podkreśla, że każde działanie na precedensie (przełamanie, kwalifikacja etc.) musi zostać poprzedzone staranną delimitacją zasięgu (np. jak daleko sięga przełamanie) i treści przełamania (np. wskazania, które orzeczenia dotąd uznane za orzecznictwo ustabilizowane podlegają przełamaniu).

Te uwagi nabierają szczególnego znaczenia w prawie unijnym z racji specyfiki tego prawa, m.in. jego fragmentaryczności, wielojęzyczności czy trudnego procesu formalnej zmiany traktatów. Często właśnie orzecznictwo zapewnia, że prawo nadaża za zmianami społecznymi, ekonomicznymi i politycznymi. Dlatego pierwszorzędno znaczenia nabiera umiejętność nie tylko czytania pojedynczego wyroku<sup>11</sup>, ale także globalnego spojrzenia na orzecznictwo. W przypadku orzecznictwa Trybunału proste odwołanie się do proponowanego przez realistów dualizmu pomiędzy „prawem zawartym w księgach” (*law in books*) a „prawem w działaniu” (*law in action*) nie wystarcza. Jeżeli chodzi bowiem o prawo unijne, Trybunał znacznie częściej i na większą skalę aniżeli sądy krajowe zostaje skonfrontowany z sytuacją braku regulacji<sup>12</sup>. Innymi słowy, interpretator w punkcie wyjścia nie

---

Z kolei perspektywę krytyczną na etapie roszczenia Trybunału do uznania określonego orzeczenia za precedens w przyszłości zob. w: M. Herdegen, *General Principles of EU Law – the Methodological Challenge*, w: U. Bernitz, J. Nergelius, C. Gardner (red.), *General Principles of EC Law in a process of development*, Kluwer Law International, 2008, s. 343 (krytyka w kontekście uznania przez Trybunał zasady ogólnej niedyskryminacji ze względu na wiek).

<sup>11</sup> Zob. także T.T. Koncewicz, *Konstrukcja orzeczeń wstępnych Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Przewidywalny prawniczy schemat?*, „Palestra” 7-8/2007.

<sup>12</sup> Szczegółowe przykłady konfrontacji Trybunału z milczeniem prawa – zob. w H.G. Schermers, *The European Court of Justice: Promoter of European Integration*, (1974) 22 „American Journal of Comparative Law” 459; H.G. Schermers, D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer Law International, 2001.

dysponuje „prawem w księgach”. Wówczas Trybunał, aby rozstrzygnąć zawisłą „trudną” sprawę, unikając sytuacji *non liquet* oraz *deni de justice*, zmuszony jest dopiero poszukiwać prawa, które będzie mógł zastosować, a w braku szczególnej regulacji identyfikować ogólny cel, *ratio legis* regulacji istniejącej, rekonstruować zasady prawa i włączać je jako integralny element tego „prawa”, do przestrzegania którego jest obowiązany na podstawie Traktatu i nad ewolucją którego sprawuje kontrolę. Wtedy też można mówić o „jurysprudencji kreatywnej”<sup>13</sup> i rozwijaniu prawa przez orzecznictwo.

Sytuacja niedoskonałości (braku) regulacji prawnej wpływa na sposób postępowania Trybunału i pozwala wskazać zjawisko tzw. ciągów (łańcuchów) orzeczeń<sup>14</sup>. Punktem wyjścia jest założenie, że orzecznictwo wzrasta i ewoluuje, a z czasem dopiero formuje się w grupy orzeczniczych łańcuchów<sup>15</sup>. 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 elementy. Nabiera to szczególnego znaczenia zwłaszcza w sy-

---

<sup>13</sup> G. Bebr, *Case note on Francovich v Italy, Bonifaci v Italy*, (1992) 29 „Common Market Law Review” 557, s. 573.

<sup>14</sup> Termin za R. Dworkinem, który wyróżnił zjawisko *chain novel* zapisywanej przez kolejne pokolenia sędziów, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1986, s. 229-232. O zastosowaniu koncepcji *chain novel* do Trybunału Sprawiedliwości zob. szerzej T.T. Koncewicz, *Wspólnotowa chain novel: sędzia jako twórca, krytyk i kontynuator tradycji orzeczniczej*, „Palestra” 5-6/2005 i *Sędziowski aktywizm czy wspólnotowe czynienie sprawiedliwości*, „Palestra” 1-2/2007.

<sup>15</sup> Podobnie U. Everling, *On the judge-made law of the European Community's Courts*, w: D. O’Keeffe, A. Bavasso (red.), *Judicial Review in the European Union. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, 2000, s. 40.



tuacji, 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. Nie należy więc wykluczyć, że przez długi czas nie będziemy mogli mówić o gotowym łańcuchu. W tym świetle uznanie orzeczenia za precedens jest kluczowe, ponieważ łańcuch orzeczniczy zawdzięcza precedensowi nie tylko swój początek, ale także trwanie.

### **Fundamenty traktatowe**

Artykuł 267 (234) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako „Traktat”) przyznaje Trybunałowi kompetencję do wydania orzeczenia wstępnego w przedmiocie interpretacji prawa wspólnotowego lub jego ważności, gdy stosowne pytanie(a) zostaną mu przekazane przez sąd krajowy w związku z toczącym się przed nim postępowaniem.

Jeżeli chodzi o orzeczenie wstępne dotyczące interpretacji prawa unijnego, to wywołuje ono skutki *ex tunc*. Orzeczenie takie ma charakter deklaratoryjny, a interpretacja staje się integralną częścią interpretowanego przepisu. Jej wiążący charakter jest bezpośrednią konsekwencją wiążącego charakteru podlegającego interpretacji przepisu. Zgodnie ze standardową formułą orzeczniczą interpretacja prawa unijnego ogranicza się do wyjaśnienia i zdefiniowania zasięgu i znaczenia przepisu prawa tak, jak powinien on być rozumiany i stosowany od momentu wejścia w życie. Każdy więc może powoływać się na interpretację Trybunału i kwestionować rozstrzygnięcia wydane w przeszłości w oparciu o przyjętą interpretację, która okazuje się pozostawać

w niezgodności z przyjętą później przez Trybunał. Oznacza to, że sądy i organy administracji są zobowiązane do stosowania tak interpretowanego przepisu także do sytuacji prawnych powstałych przed wydaniem orzeczenia wstępnego w przedmiocie interpretacji. Wówczas krajowa regulacja proceduralna (zgodnie z założeniem o autonomii proceduralnej państw członkowskich) określa, na jakich zasadach i w jakiej formie może to nastąpić, z zastrzeżeniem jednak, że krajowe rozwiązania proceduralne są zgodne ze wspólnotowymi zasadami niedyskryminacji (roszczenie oparte na prawie wspólnotowym jest traktowane tak samo jak podobne roszczenie oparte na prawie krajowym np. w zakresie terminów) i efektywności (realizacja roszczenia wspólnotowego nie może być niweczona w rzeczywistości np. w zakresie rozkładu ciężaru dowodu)<sup>16</sup>. Istotne jednak, że orzecznictwo, kierując się zasadą ogólną pewności prawa, dopuszcza możliwość czasowego ograniczenia skutków interpretacyjnego orzeczenia wstępnego<sup>17</sup>. W takim przypadku skutki interpretacji zawartej w orzeczeniu wstępnym będą ograniczone jedynie do przyszłości, a datą kluczową będzie data wydania wyroku (choć w zakresie daty zgłaszane są, zwłaszcza przez rzeczników generalnych, inne propozycje). Z kompetencji do ograniczenia

---

<sup>16</sup> Literatura w tym zakresie jest niezwykle bogata, ale na potrzeby niniejszej analizy możemy poprzestać na zasygnalizowaniu warunków bazowych, które krajowa regulacja proceduralna musi respektować. Szczegółowo o regule (autonomia proceduralna państw członkowskich) i coraz częstszych od niej wyjątkach (ingerencja prawa wspólnotowego w krajowe otoczenie proceduralne) pisze A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 2006 oraz ostatnio jego glosa do sprawy C – 432/05, *Unibet* w (2007) 44 „Common Market Law Review” 1763.

<sup>17</sup> Szczegółowo wraz z odesłaniem do dalszego orzecznictwa zob. K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, Sweet and Maxwell, 2006.

temporalnych skutków orzeczenia korzysta wyłącznie Trybunał i tylko w orzeczeniu wstępnym interpretującym prawo wspólnotowe. W ten sposób stosunki prawne ukształtowane w przeszłości zostają zamknięte i nie mogą być już dalej kwestionowane.

Ograniczenie skutku temporalnego orzeczenia wstępnego w przedmiocie interpretacji następuje jednak w wyjątkowych sytuacjach. Przede wszystkim Trybunał nie akceptuje, że sam „argument z możliwych konsekwencji finansowych” związanych z przyjętą przez Trybunał interpretacją może uzasadnić ograniczenie skutku temporalnego orzeczenia wstępnego. Dlatego w większości przypadków orzecznictwo akceptuje wprawdzie samą możliwość ograniczenia skutku temporalnego jako zasadę, ale stosując tak uznaną zasadę do konkretnych okoliczności indywidualnych spraw odmawia dokonania takiego ograniczenia, wskazując, że państwo(a) zainteresowane czasowym ograniczeniem nie wykazało, że skutkiem interpretacji będą „poważne reperkusje finansowe”. Wszystko więc sprowadza się do sfery dowodzenia: to państwo(a) musi pozytywnie udokumentować niezwykle ciężary finansowe, które będą konsekwencją pełnego (a więc wstecznego) stosowania orzeczenia wstępnego<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Sprawa C-313/05, *Brzeziński* (wyrok dostępny na [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)). W tym kontekście warto przypomnieć, że nieudana próba ograniczenia temporalnego skutku orzeczenia miała miejsce już w sprawie akcyzy, która była pierwszą sprawą rozstrzyganą przez Trybunał na wniosek sądu polskiego. Trybunał ograniczył się wówczas do prostej konstatacji, że rząd polski nie wykazał zasadności ograniczenia skutku czasowego orzeczenia wstępnego uznającego, że prawo wspólnotowe sprzeciwia się polskim przepisom dotyczącym podatku akcyzowego. Dlatego nie było podstaw do odejścia od reguły, że orzeczenie wstępne dotyczące interpretacji działa z mocą wsteczną. Na dzień 20 czerwca 2009 r. Trybunał wydał 7 orzeczeń wstępnych w odpowiedzi na pytania sądów polskich (ponadto w dwóch sprawach postępowanie zostało zakończone postanowieniem). Na 7 spraw rozstrzygniętych wyrokiem Polska wniosowała o ograniczenie skutków czasowych wyroków w 2 sprawach (spra-

W końcu dla pełnego obrazu należy dodać, że gdy wyjątkowo dochodzi do ograniczenia temporalnego skutku orzeczenia w przedmiocie interpretacji, nie dotyczy ono osób, które przed jego wydaniem już powoływały się na wspólnotowe przepisy stanowiące przedmiot interpretacji w drodze orzeczenia wstępnego (np. wystąpiły z roszczeniem na drogę postępowania sądowego lub wdały się w spór z organem administracji). W konsekwencji osoby, których sprawy były już zawisłe w momencie wydania orzeczenia wstępnego, mogą powoływać się na orzeczenie interpretacyjne z mocą *ex tunc*, podczas gdy dla wszystkich innych orzeczenie działa tylko na przyszłość.

Drugie pytanie dotyczy zakresu związania orzeczeniem wstępnym w przedmiocie interpretacji. Wyróżnić należy dwie sytuacje. Pierwsza, w której adresatem orzeczenia jest sąd krajowy, który do Trybunału wystąpił z pytaniami w przedmiocie interpretacji, i druga gdy pytamy o skutek i wpływ tego orzeczenia na inne sądy rozpoznające podobne sprawy w przyszłości. Niewątpliwie orzeczenie wstępne Trybunału wiąże sąd krajowy przekazujący pytanie(a). Trybunał nie przekazuje jedynie opinii hipotetycznej, nie udziela rady, ale wydaje bezwzględnie wiążący wyrok, który jest jego wkładem w proces sądenia sprawy przez sąd krajowy. Obowiązkiem sądu zgodnie z zasadą lojalności jest jego uwzględnienie przy merytorycznym rozstrzygnięciu sprawy. Dotyczy to także innych sądów, które orzekają w sprawie w jej późniejszym stadium, a więc np. sądu odwoławczego czy sądu pierwszej instancji po przekazaniu do ponownego rozpoznania. Sąd krajowy, który pomija orzeczenie wstępne wydane na sku-

---

wa C-313/05, *Brzeziński* i C-426/07, *Krawczyński*). Zob. też szczegółowe opracowanie I. Kolowcy „polskich spraw” przed sądami wspólnotowymi w: Z. Brodecki, (red.), *Europa sędziów*, LexisNexis, 2007 i w: Z. Brodecki (red.), *Europa urzędników*, LexisNexis, 2009.

tek przekazania, jest winny naruszenia prawa wspólnotowego. Otwiera to możliwość wszczęcia postępowania na podstawie art. 258 (226) przeciwko państwu. Opcje sądu krajowego są więc znacznie ograniczone. Może jedynie wystąpić o kolejne orzeczenie wstępne, gdy albo ma problemy ze zrozumieniem orzeczenia pierwszego, albo też (co zdarza się rzadziej) nie zgadza się z orzeczeniem wstępnym Trybunału. Nie może jednak samodzielnie rozstrzygnąć wbrew stanowisku Trybunału.

Pozostaje więc zagadnienie, czy skutek orzeczenia wstępnego w zakresie interpretacji może wychodzić poza kontekst faktyczny konkretnej sprawy. Za tezę o szerszym zasięgu obowiązywania wyroku Trybunału przemawia orzecznictwo, które podkreśla walor spraw już rozstrzygniętych dla dokonania oceny, czy należy wystąpić do Trybunału w trybie art. 267 (234) Traktatu. W sprawie *Da Costa*<sup>19</sup> Trybunał potwierdził, że powaga interpretacji już dokonanej przez Trybunał może uczynić bezprzedmiotowym obowiązek wystąpienia na podstawie art. 267 (234) ciążący na sądach, od orzeczenia których nie przysługuje środek odwoławczy. Jest tak, gdy pytanie zadane jest identyczne z tym, które wcześniej stanowiło przedmiot orzeczenia wstępnego. Widać więc, jak wcześniejsze orzeczenie udzielające odpowiedzi pozbawia racji bytu ponowne zadawanie pytania, skoro odpowiedź już płynie z orzecznictwa. Sąd ma prawo przekazania pytania, ale nie obowiązek. Nadal jednak chodzi tutaj o sytuację identyczności, co zawęża pole zastosowania wcześniejszego orzeczenia. W sprawie *Cilfit*<sup>20</sup> mowa jest z kolei o wcześniejszych orzeczeniach (*previous decisions*) Trybunału, które kwestię, już niekoniecznie identyczną, rozstrzygnęły. Tutaj mówimy o autorytatywnym oddziaływaniu orzecznictwa zawierającego ogólne

---

<sup>19</sup> Sprawa 28-30/62, [1963] ECR 31.

<sup>20</sup> Sprawa 283/81, [1982] ECR 3415.

wskazówki interpretacyjne, którymi sąd orzekający w ostatniej instancji winien się kierować<sup>21</sup>.

Powstaje pytanie, jak oddziałuje „ustabilizowana interpretacja orzecznicza” Trybunału na sądy, które nie orzekają w ostatniej instancji. Artykuł 267 (234) Traktatu podkreśla, że te sądy mają zawsze prawo przekazania pytań, ale nie obowiązek. Przyjęcie, że zastane orzecznictwo wiąże sądy ostatniej instancji, tym bardziej oznacza, że tak musi być także wobec pozostałych sądów. Inne rozwiązanie oznaczałoby wewnętrzną sprzeczność wspólnotowego systemu ochrony prawnej, skoro sądy nie orzekające w ostatniej instancji mogłyby orzekać wbrew orzecznictwu Trybunału, podczas gdy sądy ostatniej instancji byłyby tym orzecznictwem związane ewentualnie w razie jego kwestionowania byłyby zobowiązane do przedstawienia stosownych wątpliwości Trybunałowi z zachętą rozważenia zasadności zmiany linii orzeczniczej.

## Fundamenty proceduralne

Teza o autorytatywności orzecznictwa znajduje potwierdzenie w art. 104(3) Regulaminu<sup>22</sup>. Zgodnie z tym przepisem Trybunał korzysta z prawa do udzielenia sądowi krajowemu odpowiedzi w drodze postanowienia z uzasadnieniem, w którym odeśle do poprzedniego orzecznictwa rozstrzygającego podniesione wątpliwości. Na samym początku brzmienie art. 104 ust. 3 było zawężone do sytuacji identyczności pytań zadanych z już rozstrzygniętymi (tak jak w sprawie *Da Costa*). Obecnie, po zmianach Regulamin dopuszcza możliwość wydania postano-

---

<sup>21</sup> Zob. także K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, Sweet and Maxwell, 2006, s. 73-74.

<sup>22</sup> Tekst w: T. T. Koncewicz, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny. Community Procedural Code*, C.H. Beck, 2008.

wienia z uzasadnieniem w trzech przypadkach. Po pierwsze, gdy pytanie(a) jest identyczne z tymi, na które Trybunał udzielił już w przeszłości odpowiedzi. Po drugie, gdy odpowiedź może być z łatwością wywiedziona z już istniejącego orzecznictwa (w tym przypadku nie chodzi tylko o orzeczenia wstępne, ale dodatkowo także o każdy inny wyrok wydany przez Trybunał niezależnie od rodzaju postępowania). Po trzecie, gdy odpowiedź na pytanie nie nasuwa żadnej wątpliwości. Poszerzenie możliwości rozstrzygnięcia sprawy przekazanej przez sąd krajowy w drodze postanowienia z uzasadnieniem stanowi potwierdzenie prawotwórczego znaczenia orzecznictwa Trybunału<sup>23</sup>. Dlatego mimo iż formalnie w prawie wspólnotowym nie obowiązuje zasada precedensu, Trybunał traktuje swoje orzeczenia jako *de facto* precedens dla spraw rozstrzyganych nie tylko przez siebie, ale także przez sądy krajowe: art. 104 ust. 3 w obecnym brzmieniu ujmuje to na poziomie proceduralnym. Gdyby przyjąć, że sąd krajowy jest zobowiązany co do zasady przestrzegać orzecznictwa Trybunału, ale może w wyjątkowych sytuacjach od niego odstąpić, wówczas rola orzecznictwa sprowadzałaby się jedynie do perswazji, za którą stoi autorytet Trybunału. Sytuacja jest inna, gdy orzecznictwo zaczyna wywierać skutek wiążący w tym sensie, że sąd jest zobligowany do przestrzegania orzecznictwa, nawet gdy w jego opinii istnieją powody przemawiające za odstępniem od niego, a odstąpienia od orzecznictwa może dokonać tylko jeden sąd – Trybunał.

Diametralną zmianę perspektywy wprowadza wyrok Trybunału w sprawie *Köbler*<sup>24</sup>, w którym po raz pierwszy uznano

---

<sup>23</sup> Trybunał miał już zresztą okazję do skorzystania z tej możliwości także w „sprawach polskich”. Zob. sprawa C-168/06, *Ceramika Paradyż*, postanowienie z 7 marca 2007 r. i uwagi I. Kolowcy, *op. cit.*, s. 416-417 i sprawa C-134/07, *Kawala*, postanowienie z 10 grudnia 2007 r.

<sup>24</sup> Sprawa C-224/01, *Köbler*, [2003] ECR I-10239.

istnienie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za naruszenie prawa unijnego przez sądy krajowe. Jednym z warunków powstania tej odpowiedzialności jest to, aby naruszenie prawa miało charakter wystarczająco poważny. W przypadku sądów krajowych Trybunał uznał, że tak będzie, gdy orzeczenie sądu krajowego zostało wydane z oczywistym naruszeniem orzecznictwa Trybunału w określonej dziedzinie. Ten nakaz przestrzegania orzecznictwa i orzekania zgodnie z nim zostaje opatrzony sankcją, a tym samym przechodzimy z analizy orzeczenia jako autorytetu o sile perswazyjnej na analizę orzeczenia jako wiążącego prejudykatu, który wymusza jego respektowanie<sup>25</sup>. Niezastosowanie istniejącego orzecznictwa w późniejszej sprawie, bez wystąpienia do Trybunału z pytaniami co do słuszności określonej linii orzeczniczej, stanowi oczywiste naruszenie prawa wspólnotowego. Trybunał nie tylko dokonuje faktycznego związania sądu krajowego swoimi orzeczeniami, podkreślając, że ich nierespektowanie może być podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej. Interpretacja przepisu prawa dokonana przez Trybunał ma charakter autentyczny. Z chwilą wydania orzeczenia staje się ono integralną częścią samego przepisu powszechnie wiążącego, wskazując, jak winien on być interpretowany od momentu wejścia w życie.

### **„Unijna ścieżka precedensu”. Rekonstrukcja**

Trybunał Sprawiedliwości przypomina starożytnego boga Janusa: ma on dwie twarze<sup>26</sup>. Z jednej strony jest sądem, któ-

---

<sup>25</sup> Zob. też uwagi J. Komarek, *Federal elements in the Community Judicial System. Building Coherence in the Community Legal Order*, (2005) 42 „Common Market Law Review” 9, s. 16.

<sup>26</sup> A. Potocki, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes*



rego zadanie polega na zapewnieniu przestrzegania prawa, ale z drugiej jest jedną z instytucji, której powierzona jest współrealizacja celów Unii określonych w traktatach<sup>27</sup>. Każda z instytucji we własnym zakresie te cele realizuje. W przypadku Trybunału oznacza to zmianę jakościową: przejście z pozycji sądu rozstrzygającego spory i ważącego zasady na pozycję prawodawcy, który poprzez orzecznictwo znajduje się w centrum unifikacji prawa unijnego wpływając nań i kształtując jego system<sup>28</sup>. Sąd-prawodawca nie wydaje jedynie orzeczenia, które jest ważne i oczekiwane. To nie jest naszym kryterium wyróżnienia funkcji prawodawczej sądu wspólnotowego, ponieważ nie każda kreatywność orzecznicza jest przejawem tej funkcji. Chodzi o wywołanie fundamentalnej zmiany w systemie<sup>29</sup>. Znajdując

---

*dans l'unification du droit* (maszynpis Autora) i *Rola Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w unifikacji prawa*, „Palestra” 7-8/2000. Podobnie Z. Brodecki (red.), *Europa urzędników* (LexisNexis, 2009). Ta analogia pojawia się już wcześniej w tekście byłego Prezesa Trybunału Sprawiedliwości A.M. Donnera, *Nature et évolution des institutions de la Communauté européenne*, w: „Droit et Economie”, 1980 nr 37, C-94, s. 7.

<sup>27</sup> J.R. Bengoetxea pisze wprost, że paraliż procesu politycznego przenosi odpowiedzialność za cele na sąd, który „in spite of such paralysis, the Court exercised its discretion *in order to deliver the results foreseen by the Treaty*. The system generated some form of equilibrium from the chaos generated by the unexpected veto system”. Tak w: *The Scope for Discretion, Coherence and Citizenship*, w: O. Wiklund (red.), *Judicial Discretion in European Perspective*, „Norstedts Juridik”, Kluwer Law International, 2003, s. 50.

<sup>28</sup> Koncepcję sądu-prawodawcy rozwijam szerzej w *Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego*, C.H. Beck, w przygotowaniu.

<sup>29</sup> Na jej oznaczenie A. Stone Sweet posługuje się terminem „jurydyczny zamach stanu”. Tak w: *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority*, (2007) 8 „German Law Journal” 915. W. Sadurski słusznie odnotowuje pejoratywne zabarwienie tego terminu, jednocześnie jednak potwierdza, że jego użycie dodaje dramatyzmu analizie, a tym samym stymuluje refleksję nad opisywanym zjawiskiem sądowej transformacji systemu. *Juridical Coups*

się w pozycji *critical juncture*<sup>30</sup> sędzia zmienia system w drodze „jurydycznego przewrotu” w sposób nieprzewidziany przez prawodawcę politycznego. Taka zmiana w drodze orzecznictwa oznacza nowy układ sił w porównaniu z okresem poprzedzającym i zmusza do zweryfikowania założenia o trójpodziale władzy<sup>31</sup>. Sytuacja po przewrocie jest diametralnie inna: system funkcjonuje zgodnie z nowym odczytaniem przedstawionym przez sąd, a audytorium sądu muszą swoje działanie dopasować do nowego stanu rzeczy, jeżeli chcą działać efektywnie. Alternatywą wobec nowego stanu rzeczy jest ingerencja prawodawcy konstytucyjnego w kierunku odwrócenia zmian i przywrócenia stanu sprzed sądowego przewrotu<sup>32</sup>.

---

*d'état – All over the place. Comment on the juridical coup d'état and the problem of authority by Alec Stone Sweet, (2007) 8 „German Law Journal” 935.*

<sup>30</sup> Termin za: A. Stone Sweet, M. McCown, *Discretion and precedent in European Law*, w O. Wiklund (red.), *Judicial discretion in European Perspective*, „Norstedts Juridik”, Kluwer Law International, 2003, s. 98.

<sup>31</sup> Także z perspektywy Trybunału Sprawiedliwości szczególnie aktualna jest ewolucja funkcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W obu przypadkach mamy bowiem do czynienia z analogią na poziomie funkcji. ETPCZ przechodzi drogę od sądu powołanego do badania zasadności zarzutów naruszenia konkretnych przepisów Konwencji do sądu, który w sposób abstrakcyjny wyznacza standard postępowania na przyszłość, oceniając przy tym wprost przepisy prawa krajowego. Podobnie Trybunał Sprawiedliwości ewoluuje od sądu administracyjnego powołanego do zapewnienia, że unijna administracja działa w granicach prawa, do sądu konstytucyjnego, który ponosi odpowiedzialność za ewolucję prawa unijnego. Z tej perspektywy cenne mogą być także uwagi W. Sadurskiego w kontekście tzw. wyroków pilotażowych, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the Strasbourg Court, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe and the Idea of Pilot Judgments*, „EUI Working Paper” 3/2008.

<sup>32</sup> M. Shapiro, A. Stone, *The New Constitutional Politics of Europe*, (1994) 26 „Comparative Political Studies” 397.

Wprowadzenie terminu „unijna ścieżka precedensu” ma podkreślić, że chodzi o coś więcej aniżeli jednostkowe orzeczenie, wyrwane z kontekstu, cytowane przez sąd w sposób automatyczny, niejako „na pamięć”. Chodzi o zastaną tradycję precedensu, do której kolejne orzeczenia są dodawane. W prawie unijnym dyskusja o precedensie może mieć sens, tylko gdy zrozumiemy, że precedens nie jest pojęciem jednolitym. Jego oddziaływanie możemy stopniować<sup>33</sup>. Stanowi to konsekwencję tezy o systemowej kontekstualności precedensu, która oznacza, że argument z precedensu zależy od elementów właściwych systemowi, w którym przeprowadzamy analizę precedensu<sup>34</sup>.

W prawie europejskim istotne jest dokonanie systematyzacji rozumienia terminu „wpływ precedensowy”, ponieważ w dyskursie posługującym się „argumentem z precedensu” brakuje uporządkowania terminologicznego, toteż precedensem może być każde orzeczenie w jakiś sposób nowatorskie<sup>35</sup>. W pierwszym znaczeniu mówimy o wpływie precedensowym, który ma naturę fundamentalną dla systemu prawa, jego aksjologii i wyborów dokonywanych przez orzecznictwo w okresie późniejszym. Tak rozumiany precedens ma wymiar definiujący i rozstrzygający

---

<sup>33</sup> Zob. A. Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, w: N. MacCormick, R. S. Summers (red.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, s. 463.

<sup>34</sup> Tak słusznie N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2005, s. 129.

<sup>35</sup> Pamiętajmy jednocześnie, że żaden z sędziów i teoretyków nie kwestionuje istnienia precedensu w prawie europejskim. Zob. F.G. Jacobs, *The evolution of the European Legal Order*, (2004) 41 „Common Market Law Review” 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, Dartmouth, 1997, s. 407-436.

o tożsamości (duchu) systemu. Do systemu prawa orzecznictwo precedensowe dodaje nowość normatywną. W tym sensie precedensami systemowymi były wyroki w sprawie *Van Gend en Loos*, *Costa*, *Stauder*, *Dassonville*, *Cassis de Dijon*, *Keck* czy ostatnio *Kadi*. W wyniku każdej z tych spraw system nie był taki sam jak ten z okresu poprzedzającego wydanie orzeczenia precedensowego w wymiarze systemowym.

W drugim znaczeniu mówimy o precedensie zwykłym, który kreuje zasadę wyznaczającą kierunek rozstrzygnięcia w przyszłych sprawach, ale nie rozstrzyga o tożsamości systemu. Raczej porządkuje i racjonalizuje relacje wewnątrzsystemowe. Jego oddziaływanie jest więc istotne z perspektywy prawidłowego funkcjonowania systemu od środka. Precedens zwykły wprowadza także nowość normatywną, ale czyni to w inny sposób w porównaniu z precedensem systemowym. Rozstrzyga bowiem co do zasady określoną kwestię, która wcześniej nie była jednoznaczna, ewentualnie przedstawia określony problem w sposób odmienny od tego, co było wcześniej akceptowane jako *jurisprudence constante*<sup>36</sup>. Do tej grupy możemy zaliczyć orzecznictwo *Nold/Hauer* (prawa fundamentalne jako element zasad ogólnych), *Van Schijndel* (prawo wspólnotowe dopuszcza proceduralny test proporcjonalności), *Schmidberger* (ochrona praw fundamentalnych może usprawiedliwiać ograniczanie wolności gospodarczych). Zasada wyrażona w tych orzeczeniach zostaje następnie przechwycona przez kolejne sprawy, dla których wcześniejsze rozstrzygnięcie natury fundamentalnej dla relacji

---

<sup>36</sup> Trybunał posługuje się charakterystycznymi zwrotami *selon jurisprudence constante* (fr.) lub *according to consistent line of decisions*, ew. *according to established case-law*. Dodajmy, że w ramach ustabilizowanego orzecznictwa możemy mieć do czynienia z orzeczeniami wiodącymi, które są cytowane częścię od pozostałych.

wewnątrzsystemowych jest dyktowane w sprawie zawierającej precedens. W przeciwieństwie do precedensu systemowego, precedens zwykły związany jest więc z ewolucją, a nie rewolucją w prawie.

To rozróżnienie jest bezpośrednio związane z dualistycznym rozumieniem funkcji sędziego unijnego. Sąd-prawodawca oddziałuje za pośrednictwem precedensu prawotwórczego i jest oceniany przez pryzmat racjonalności, podczas gdy sąd stosujący prawo komunikuje swój przekaz poprzez „zwykły” precedens, dla którego kryterium oceny jest sprawiedliwość<sup>37</sup>. W konsekwencji dualizm precedensu i roli sądu pozwala uniknąć wrażenia, jakoby sąd wspólnotowy nie robił nic innego, tylko progresywnie zmieniał system prawa poprzez kolejne sprawy *Van Gend bis*, *Costa bis* etc. Tymczasem w rzeczywistości orzeczniczej dominują precedensy zwykłe kreujące zasadę, natomiast precedensy systemowe należą do wyjątków.

### **„Wspólnotowa ścieżka precedensu”. Aplikacja**

Sposób procedowania sądu jest szczególny. W przeciwieństwie bowiem do systemów *common law* sąd wspólnotowy zaczyna od zasady, którą wypowiada w sposób generalny i którą łączy z określonym orzeczeniem lub grupą orzeczeń<sup>38</sup>. W tym sensie sąd traktuje swoje orzecznictwo jako generujące zasady

---

<sup>37</sup> Dualizm funkcji sądu orzekającego sprawiedliwie i racjonalnie współkonstruującego system jest szerzej omówiony w: T.T. Koncewicz, *Aksjologia unijnego...*, *op. cit.*, oraz Z. Brodecki (red.), *Europa urzędników*, LexisNexis, 2009.

<sup>38</sup> J.J. Barcelò, *Precedent in European Community Law*, w: N. MacCormick, R. S. Summers (red.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, s. 425.

niezbędne do rozstrzygnięcia kolejnych spraw i jako konieczne uzupełnienie katalogu źródeł prawa wobec niekompletności materiału normatywnego. Uwaga sądu w tym systemie nie koncentruje się jednak na orzeczeniach, ale na zasadach, które są w nich ukryte<sup>39</sup>. Orzeczenie(a) jest jedynie medium, za którego pośrednictwem sąd rekonstruuje zasadę. Ta uwaga jest związana z uznaniem, że precedens prawotwórczy ma dwa oblicza: ogólny i konkretny. Jest to istotne, ponieważ nie zawsze w jednej sprawie możemy dostrzec oba elementy w tym samym czasie. Wymiar ogólny to sedno precedensu prawotwórczego. Polega on na proklamacji nowości normatywnej. Precedens w tym wymiarze zaczyna jednak funkcjonować po upływie okresu, gdy audytoria Trybunału dostrzegają i doceniają w swojej praktyce, w jaki sposób orzeczenie zaczyna funkcjonować jako precedens. Wymiar konkretny precedensu to aplikacja nowości normatywnej do okoliczności faktycznych rozstrzyganej sprawy, w której precedens jest proklamowany. Możemy mieć tutaj do czynienia z dwoma sytuacjami: proklamowana zasada ogólna nie ma jeszcze wpływu na rozstrzygnięcie tej konkretnej sprawy albo wpływ taki ma.

Polityka orzecznicza Trybunału polega często na umiejętnym ukrywaniu nowości normatywnej, aby uniknąć zarzutów o nadmierną aktywność prawotwórczą. Strategia „kamouflażu” polega w tym przypadku na uznaniu, że „nowa doktryna” nie znajduje zastosowania do stanu faktycznego sprawy. Nie zmienia to jednak faktu, że zasada została ustanowiona *in abstracto*. Kamouflaż *in concreto* uspokaja audytoria, dla których podstawowa perspektywa ma charakter krótkoterminowy (logika rozumowania brzmi następująco: skoro nowość normatywna nie

---

<sup>39</sup> J.J. Barcelò, *Precedent...*, *op. cit.*, s. 427, i uwagi D. Edwarda, *Le role...*, s. 125 i nast.

ma negatywnego wpływu dla mnie, to nie ma podstaw do jej kwestionowania)<sup>40</sup>. Na tym polega fundamentalny błąd oceny, który ma dalekosiężne skutki dla nowego układu sił w obrębie „unijnego kodeksu proceduralnego”. Sąd-prawodawca zawsze bowiem dąży do przedstawienia swojego orzeczenia jako niekontrowersyjnego, w całości opartego na istniejącym prawie i orzecznictwie, tworząc w ten sposób wrażenie, że konkretne rozstrzygnięcie jest jedynie prostym zastosowaniem tego, co już istnieje. Tymczasem subtelne wprowadzanie nowości normatywnej i rozkładanie efektu precedensowego oddziaływania w czasie oznacza, że orzecznictwo zyskuje własną dynamikę. Sąd w pewnym momencie postanowi o aktywacji „uśpionego precedensu” i zacznie w pełni odkrywać zasięg nowej doktryny<sup>41</sup>. Gdy audytoria zmieniają w końcu perspektywę z krótkoterminowej na długofalową, wychodzącą poza specyfikę konkretnej sprawy i subiektywnych interesów, nowość normatywna jest już ukształtowana i w pełni determinuje zachowania aktorów. Audytoria wówczas stoją przed faktem dokonanym. System został zmieniony i wymaga stosownego dopasowania, które wymusza zmianę globalną, a nie jedynie partykularną, ograniczoną do wyniku konkretnej sprawy. W ten sposób precedens z jednej strony jest kamuflażem dla działalności prawodawczej, a z drugiej działalność tę umożliwia<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Zob. też K.J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2001, s. 186.

<sup>41</sup> T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, 1998, s. 79.

<sup>42</sup> A. Stowen Sweet, M. McCown, *Discretion and Precedent in European Law*, w: O. Wiklund (red.), *Judicial Discretion in European Perspective*, „Nordstedts Juridik”, Kluwer Law International, 2003, s. 97.

Sąd współkonstruujący system poprzez precedens jest w szczególnej sytuacji, ponieważ zachowuje dyskrecjonalność wobec stworzonego przez siebie precedensu. Jest to konsekwencją przyjęcia, że tylko jeden sąd może ponosić odpowiedzialność za ewolucję systemu precedensowego, który nie tylko tworzy, ale kształtuje. Pole manewru sądu w obrębie systemu precedensowego jest szerokie i można je sprowadzić do pięciu zabiegów. Pozwalają one dokonać kwalifikacji linii demarkacyjnej pomiędzy kognicją sądu sprawiedliwego (stosującego prawo) i sądu-prawodawcy (kreującego prawo). Podkreślmy, że zabiegi dotyczą zasady precedensowej, a nie samego orzeczenia, które je zawiera.

Pierwszym jest, zabieg *aplikacji* precedensu do sprawy zawisłej. Jest to zabieg najmniej skomplikowany, co nie oznacza, że pozbawiony elementu kreatywności. Założenie jest następujące: zasada istnieje gdzieś w orzecznictwie. Sąd musi więc objąć całe orzecznictwo, odnaleźć tam zasadę i uzasadnić jej zastosowanie w konkretnej sprawie. Drugi zabieg to *wyróżnienie* precedensu, które jest zabiegiem negatywnym. Sąd musi najpierw zrekonstruować zasadę i następnie uznać, że nie znajduje ona zastosowania do zawisłej sprawy, która charakteryzuje się szczególnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi<sup>43</sup>. Zabieg wyróżnienia oznacza, że poddajemy w wątpliwość precedens wobec konkretnego stanu faktycznego, nie kwestionujemy natomiast samego precedensu<sup>44</sup>. Trzeci zabieg to *klaryfikacja* precedensu. Szczególne znaczenie w tym względzie odgrywa art. 267 (234) Traktatu, dzięki któremu Trybunał wyjaśnia nie tylko przepisy prawa unijnego, ale także swoje wcześniejsze orzeczenia,

---

<sup>43</sup> Zob. przykłady podawane przez A. Arnulf, *The European...*, *op. cit.*, s. 630-631.

<sup>44</sup> Zob. także D. Edward, *Le rôle...*, *op. cit.*, s. 131.



zarówno orzeczenia wstępne<sup>45</sup>, jak i wyroki wydane w innym trybie<sup>46</sup>. „Aplikacja – wyróżnienie – klaryfikacja” precedensu stanowią domenę sądu sprawiedliwego i są większością spraw rozstrzyganych przez sąd. Czwarty zabieg to *modyfikacja* precedensu. Tutaj nie chodzi o wyjaśnienie zasady relewantnej dla nowej sprawy, ale o modyfikację zasady (jej rozszerzenie, zawężenie etc.). Dobrego przykładu dostarcza wyrok w sprawie *Keck*, który w sposób istotny kwalifikuje (a nie odrzuca) utrwaloną od sprawy *Dassonville*<sup>47</sup> interpretację terminu „środki o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych” poprzez wykluczenie spod jej desygnatów „krajowych przepisów ograniczających lub zabraniających „pewnych *selling arrangements*”. Ta modyfikacja nie dotyczy jednak sprawy *Dassonville*, ale zasady, która każe dokonywać tak szerokiej interpretacji tego terminu<sup>48</sup>. Piąty zabieg jest najbardziej radykalny, ponieważ dopuszcza *obalenie* precedensu<sup>49</sup>. Z tą sytuacją mamy do czynienia bardzo rzadko, co jest oczywiste zważywszy *ratio legis* precedensu w postaci

---

<sup>45</sup> Zob. sprawa C-224/01, *Köbler*, [2003] ECR I – 10239.

<sup>46</sup> Sprawy połączone 314-316/81 i 83/82, *Waterkeyn*, [1982] ECR 4337 (wyrok wydany na podstawie art. (258) 226 Traktatu podlegał interpretacji w drodze orzeczenia wstępnego).

<sup>47</sup> Sprawa 8/74, [1974] ECR 837.

<sup>48</sup> Jak słusznie zauważa J.J. Barcelò, *Precedent...*, *op. cit.*, s. 431, stosowny ustęp wyroku w sprawie *Keck* nie zawiera nawet odesłania do wyroku w sprawie *Dassonville*. Podkreśla to dodatkowo, że modyfikacja dotyczy zasady, a nie orzeczenia. Inny przykład modyfikacji precedensu w kontekście odpowiedzialności deliktowej podaje A. Arnull, *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2006, s. 628-629.

<sup>49</sup> Czasami granica pomiędzy modyfikacją a obaleniem precedensu jest trudna do ustalenia w praktyce. Zob. A. Arnull, *The European Union...*, *op. cit.*, s. 629, dla którego wyrok w sprawie *Keck* jest przykładem obalenia precedensu, a nie modyfikacji.

jednolitości i przewidywalności prawa<sup>50</sup>. W kontekście Trybunału należy odróżnić prawną możliwość obalenia precedensu od rzeczywistego korzystania z tej możliwości. Trybunał zachowuje możliwość odstąpienia od swojego orzeczenia, co jest uzasadnione także względami pragmatycznymi, ponieważ Trybunał orzeka jako sąd pierwszej i ostatniej instancji. W tej sytuacji odstąpienie od orzeczenia jest jedynym sposobem na jego eliminację z obrotu prawnego, gdyby okazało się, że z różnych względów wydane rozstrzygnięcie jest nietrafne<sup>51</sup>. W praktyce orzeczniczej Trybunału możemy wskazać zaledwie kilka przykładów obalenia precedensu<sup>52</sup>.

Zazwyczaj Trybunał zadowala się dostępnymi opcjami pośrednimi, poszukując jako sąd sprawiedliwy rozwiązania oferowanego przez wyróżnienie, klaryfikację i modyfikację. Wyjątkowo, gdy ingerencja w system precedensowy wymaga czegoś więcej (zwłaszcza gdy prosta klaryfikacja nie wystarcza), w grę może wchodzić modyfikacja i obalenie. Te dwa zabiegi należą jednak do sądu-prawodawcy, który w zależności od zabiegu dodaje nowy element do systemu (modyfikacja) albo z tego systemu wyklucza (obalenie).

Sąd, który dokonuje transformacji systemu, musi zachować perspektywę globalną. Dlatego jego precedens ma charakter

---

<sup>50</sup> Lord Mackenzie Stuart, J.-P. Warner, *Judicial decision as a source of Community Law*, w: W. Grewe, H. Rupp, H. Schneider (red.), *Europäische Gerichtsbarkeit und Nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos, Baden-Baden, 1981, s. 275.

<sup>51</sup> T. Kennedy, L. N. Brown, *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet and Maxwell, 2000, s. 372.

<sup>52</sup> Jednym z najlepiej znanych przykładów jest „orzecznictwo parlamentarne”. Zob. J.A. Usher, *General Course in European Community Law. The Continuing Development of Law and Institutions, Collected Courses of the Academy of European Law, Vol II*, Kluwer Academic Publishers, 1992, s. 130.

inkrementalny i podąża wyznaczoną ścieżką orzeczniczą, co oznacza, że sposób rozstrzygnięcia spraw przyszłych zależy od sposobu, w jaki ewoluowało orzecznictwo w sprawach wcześniejszych. Ta ścieżka rozstrzyga, w jaki sposób, w którym kierunku i dlaczego sprawy trafiające do sądów są rozstrzygane. W prawie wspólnotowym możemy mówić o zjawisku „orzeczniczej Kanossy”, a więc zdarzenia (analizowanego według sekwencji: sprawa – wyrok), które wybija się spośród pozostałych dostępnych wyborów. Wybór dokonany wówczas ma charakter konstytutywny w tym sensie, że wyznacza ścieżkę orzeczniczą na przyszłość oraz decyduje o możliwości manewru w przyszłości. W momencie jednak „orzeczniczej Kanossy” mamy nadal do czynienia z wyborem jednostkowym. Jego ewolucja nastąpi (lub nie) w toku orzeczniczego docierania się, recepcji przez kolejne składy sędziów, a nawet adaptacji w toku zmieniających się okoliczności towarzyszących ewolucji orzecznictwa. Wówczas w przypadku recepcji pozytywnej wybór pierwotnie pomyślany jako jednostkowy przekształca się w wybór uniwersalny. W konsekwencji mocą orzecznictwa generującego posłuszeństwo, przekonującego powtarzalnością i przewidywalnością oraz wspartego autorytetem sądu ten wybór staje się precedensem, który uwolniony od instytucji politycznych, oddziałuje dzięki dynamice prawnej sfery integracji<sup>53</sup>. Dzięki precedensowi Trybunał za-

---

<sup>53</sup> W prawie europejskim takie „stawanie się” precedensu można najlepiej zaobserwować na przykładzie bezpośredniego skutku i pierwszeństwa prawa unijnego. Na początku lat 60 nikt nie przypuszczał, że pierwotnie jednostkowe orzeczenia *Van Gend en Loos* i *Costa v Enel* przyczynią się do transformacji prawa unijnego z założonego modelu prawa międzynarodowego do modelu ponadnarodowego. Z drugiej strony ten kierunek rozumowania można z powodzeniem kwestionować, skoro Traktat już w 1957 r. zawierał szereg cech, które wskazywały na jego odrębności w porównaniu z klasycznymi umowami międzynarodowymi. Zob. szeroko J. Baquero Cruz, *The Changing Con-*

pewnia wewnętrzną witalność systemu. Polega to na tym, że pierwsze orzeczenie generuje kolejne sprawy. W tym też sensie proces tworzenia prawa precedensowego uzyskuje wewnętrzny impuls do dalszego rozwoju. Następuje uniformizacja nie tylko strategii litygacyjnych (strony i ich pełnomocnicy planują swoje postępowanie w oparciu o orzeczenie, które traktują jako dominujące i konstytuujące ew. kontynuujące ścieżkę orzeczniczą), ale także metod rozumowania sądu, który zaczyna korzystać z techniki, którą można nazwać „argumentem z precedensu”.

Patrząc na orzecznictwo Trybunału można dostrzec, że jest ono w coraz większym stopniu zorganizowane i porządkowane przez orzecznicze odwołania. Dopóki nie zostanie przywołane, orzeczenie obowiązuje jedynie w sferze wyznaczonej stanem faktycznym i prawnym konkretnej sprawy. Dopiero przywołanie w kolejnej sprawie(ach) otwiera możliwość ekspansji argumentacyjnej i promieniowania jako precedens. Czy tak będzie, zależy jednak nie tylko od sądu, ale także od stron i pełnomocników, umiejętnie wykorzystujących argumentację z precedensu i odnajdujących w orzeczeniu elementy wspólne dla nowych spraw. W konsekwencji orzeczenie może stać się precedensem i uzyskać atrybut *gravitational force* tylko dzięki powtarzalności orzecznictwa w postaci łańcucha orzeczniczego. Orzeczenie wydane przez sąd nie jest precedensem *eo ipso*. Dopiero reakcja zewnętrzna wobec orzeczenia (dopasowanie działania aktorów do orzeczenia, które traktowane jest tak, jak gdyby stanowiło źródło prawa) i wewnętrzna (odnawianie mocy pojedynczego orzeczenia poprzez kolejne akty orzeczniczego powoływania się na nie, tak

---

*stitutional Role of the European Court of Justice*, (2006) 34 „International Journal of Legal Information” 223, dla którego sprawy *Van Gend* i *Costa* to jedynie klaryfikacja elementów już istniejących, choć jeszcze nieuporządkowanych, w obrębie systemu.

jak gdyby było ono precedensem) oznacza, że orzeczenie staje się autorytatywnym precedensem. Aktorzy zewnętrzni i sam Trybunał przechodzą z poziomu analizy wyznaczonej podejściem „tak jak gdyby orzeczenie było precedensem” na poziom faktycznego stosowania się do orzeczenia, które traktowane jest jako precedens. W tym sensie tylko łańcuch orzecznictwa pozwala zrekonstruować i zrationalizować orzecznictwo w języku precedensu.

Znaczenie precedensu w prawie europejskim nie może zostać wyjaśnione poprzez proste przeciwstawienie systemów *common law* i *statute law*, skoro Trybunał jest sądem zaczeptionym pomiędzy obydwojma tradycjami, jego jurysdykcja ma charakter hybrydalny, sam Trybunał zaś jest odpowiedzialny za ewolucję prawa unijnego. Chodzi o proces, który cały czas wymaga arbitra zapewniającego, że proces będzie kontynuowany. Efekt radiacyjny orzecznictwa jest konieczny dla zapewnienia, że orzecznictwo Trybunału faktycznie oddziałuje na sytuację podmiotów prawa. Owo oddziaływanie polega na wpływie, jaki orzecznictwo wywiera na działania aktorów tworzących porządek prawny. Im większy wpływ radiacyjny, tym większa spójność systemu, dla którego punktem odniesienia staje się centrum wyznaczone przez Trybunał i jego orzecznicze wypowiedzi<sup>54</sup>.

## **Instrumentalizacja precedensu**

Z koherencją w sposób ścisły związane jest dążenie do zapewnienia jednolitości prawa wspólnotowego. Orzeczenia wstępne,

---

<sup>54</sup> Podobne refleksje snują w kontekście Trybunału Konstytucyjnego T. Stawecki, W. Staśkiewicz, J. Winczorek, *Między policentrycznością a fragmentarycznością. Wpływ Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*, „Sprawne Państwo”, Program Ernst and Young, 2008), s. 8.

bezpośredni skutek i pierwszeństwo spełniają dla prawodawcy podwójną rolę. Z jednej strony są to fundamenty wyznaczające sędziowską racjonalność, a z drugiej instrumenty transformacji krajowych tradycji prawnych, które razem prowadzą do konstytucjonalizacji prawa unijnego. Dzięki orzeczeniom wstępnym i dobrej woli sądów krajowych Trybunał jest instytucją w centrum procesu integracyjnego, która wymusza, że to prawo odgrywa kluczową rolę. W ten sposób dzięki sądom państw członkowskich Trybunał znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji, ponieważ jego jurysdykcja przestaje być zależna od państw i instytucji, ale zaczyna korzystać z własnej dynamiki wewnętrznej wyznaczonej przez gotowość sądów do korzystania z art. 267 (234) Traktatu. W konsekwencji prawodawca sądowy zapewnia sobie względną niezależność od prawodawcy politycznego, zwłaszcza gdy w grę wchodzi cel w postaci zapewnienia jednolitości prawa unijnego. W tym zakresie sąd-prawodawca ma do odegrania szczególną rolę, skoro nadrzędny cel Traktatu zostałyby zniweczone, gdyby prawo unijne (wspólnotowe) nie miało tej samej treści i nie korzystało z identycznego charakteru we wszystkich państwach Unii<sup>55</sup>. Nie chodzi tylko o realizację pewności prawa, ale także o równość wobec prawa i rządów prawa. Racjonalność proceduralna wymaga w tym celu ingerencji sądowej, która zapewni, że prawo jest takie samo dla wszystkich. W tym celu orzeczenia wstępne i dialog sądowy spełniają funkcję instrumentalną, ponieważ dzięki nim jedno-

---

<sup>55</sup> W sprawie C-461/03, *Gaston Schul*, [2005] ECR I – 10513 zapewnienie jednolitości prawa unijnego zostało opisane jako „szczególnie istotne (*particularlyly vital*), gdy kwestionowana jest ważność aktu prawa wspólnotowego” (ust. 21). Szerzej L. Coutron, *L'arrêt Schul: une occasion manqué de revisiter la jurisprudence Foto – Frost?* (2007) „Revue trimestrielle du droit européen” 491.

litość jest zapewniana<sup>56</sup>. W tym celu system ochrony prawnej musiał być więc odpowiednio kształtowany przez prawodawcę orzeczniczego, który zupełnie przejął inicjatywę od prawodawcy politycznego<sup>57</sup>.

## Precedens i aktorzy integracji

Dzięki precedensowi sąd wymusza adaptację strategii po stronie audytoriów. Oddziaływanie precedensu ma charakter jednokierunkowy: od Trybunału jako kreatora precedensu znajdującego się w centrum systemu do podmiotów, które są odbiorcami precedensu i według niego planują swoje przyszłe działania<sup>58</sup>. Dzięki inkrementalizmowi precedensu ewolucja prawa i strategię litygacyjne są kształtowane przez ścieżkę już wyznaczoną przez wcześniejsze orzeczenia<sup>59</sup>. Na tym też polega racjonalizujący wymiar precedensu: sprawy podobne powinny być rozstrzygane

---

<sup>56</sup> Zob. szerzej K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, (Sweet and Maxwell, London, 2006), s. 35 i nast.

<sup>57</sup> Odnotujemy, że do dzisiaj brzmienie art. 267 (234) nie zostało stosownie zmodyfikowane w drodze formalnej zmiany Traktatu. Tylko uwzględnienie precedensu *Foto Frost* pozwala na pełną rekonstrukcję zasięgu art. 267 (234).

<sup>58</sup> W jednym z orzeczeń Trybunał wprost podkreślił tę jednokierunkowość, uznając, że praktyka instytucji nie może prowadzić do wyjątków od reguł określonych w Traktacie i z tego powodu „[...] nie tworzy precedensu wiążącego dla innych instytucji [...] praktyka instytucjonalna [...] nie może prowadzić do innego wniosku”; tak w opinii 1/94, *Competence of the Community to conclude international agreements concerning the services and the protection of intellectual property*, [1994] ECR I-5267, ust. 52 i 61.

<sup>59</sup> A. Stone Sweet, *The judicial construction of Europe*, Oxford University Press, 2004, s. 4.

w identyczny sposób<sup>60</sup>. Tylko wtedy polityka prowadzona przez odbiorcę sygnału będzie skuteczna, bo zgodna z nowym stanem rzeczy. Gdyby odbiorca nie dokonał stosownej modyfikacji, jego polityka może być zakwestionowana w sądzie, który wówczas w sposób bezpośredni wyegzekwuje swój przekaz precedensowy. W tym sensie nadążanie za refleksem jest kluczowe, gdyż zapewnia, że planowane działanie w obrębie prawa wspólnotowego odzwierciedla stan prawa obowiązującego w świetle interpretacji Trybunału. Jest też ekonomicznie uzasadnione, skoro minimalizuje porażkę w sądzie (moja polityka podąża za refleksem, więc nie grozi jej zakwestionowanie przed sądem) i pozwala na uniknięcie kosztów związanych z ponownym opracowywaniem polityki. Refleks racjonalności jest odczuwalny w sferze litygacji, ponieważ decyduje o argumentacji sądowej i porządkuje argumenty na relewantne oraz nierелеwantne. Strategie litygacyjne są tworzone w oparciu o materiał normatywny, który znajduje się w precedensie. W tym sensie wzmacnia „wspólnotę argumentującą”, skoro wszyscy jej uczestnicy poddani są oddziaływaniu jednej instytucji, która autorytatywnie przekazuje standardy postępowania wiążące dla wszystkich. Możemy też mówić o centralizacyjnym oddziaływaniu refleksu. Historia instytucjonalnych interakcji zna wiele przypadków, jak orzeczenie precedensowe determinowało postępowanie świata zewnętrznego. Przede wszystkim widać to w procesie adaptacji polityki Komisji w odpowiedzi na precedensowe orzeczenia Trybunału. Przykładów dostarcza reakcja wobec wyroku w sprawie *Cassis de Dijon*<sup>61</sup> z nową filozofią harmonizacji (przejście od dyskry-

---

<sup>60</sup> Zob. także ogólnie B. Bix, *Jurisprudence and context*, Carolina Academic Press, s. 146-147.

<sup>61</sup> Sprawa 120/78, *Rewe Central AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] ECR 649.



minacji do koncepcji „przeszkody” w swobodnym obrocie)<sup>62</sup>, *Kalanke*<sup>63</sup> (działania afirmatywne w celu zapewnienia równości kobiet i mężczyzn)<sup>64</sup>. Ostatnio dwukrotnie cień racjonalności proceduralnej dał o sobie znać w sprawie *Commission v Council*<sup>65</sup>, dotyczącej decyzji ramowej o ochronie środowiska poprzez prawo karne<sup>66</sup>, i w sprawie *Commission v France*<sup>67</sup>, dotyczącej interpretacji art. 260 (228) Traktatu<sup>68</sup>.

---

<sup>62</sup> Zob. dokument *Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 Feb. 1979 in Case 120/78 („Cassis de Dijon”)* O.J. 1980, C 256/2.

<sup>63</sup> Sprawa C-450/93, *Eckhard Kalanke v Freie und Hansestadt Bremen*, [1995] ECR I-3051.

<sup>64</sup> Zob. dokument *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice of 17 October 1995 in Case C-450/93, Eckhard Kalanke v Freie und Hansestadt Bremen*, [1995] ECR I-3051, COM (1996)88 fin.

<sup>65</sup> Sprawa C-176/03, *Commission v Council*, [2005] ECR I – 7879. O wyroku C. Tobler, *Case C-176/03, Commission v. Council*, (2006) 43 „Common Market Law Review” 835, E.H. Karnell, *Recent developments in the area of european criminal law*, (2007) 14 „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 15, zwłaszcza s. 29 i nast.

<sup>66</sup> Zob. dokument *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court’s judgment of 13 September 2005 (Case C-176/03. Commission v Council)*, COM(2005)583 fin.

<sup>67</sup> Sprawa C-304/02, [2005] ECR I-6263, ust. 80. Na temat tego orzecznictwa zob. szeroko L. Clement-Wilz, *Une nouvelle interprétation de l’article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son avocat général*, „Cahiers de droit européenne” 725; P. Wennerås, *A New Dawn for Commission Enforcement Under articles 226 and 228 EC: General and Persistent (GAP) Infringements, Lump Sums and Penalty Payments*, (2006) 43 „Common Market Law Review” 31.

<sup>68</sup> Istotnie, na skutek wyroku Komisja wskazała, że w każdej sprawie na podstawie art. 260 (228) Traktatu będzie wnioskowała o orzeczenie ryczałtu, uznając, że każde długotrwałe niezastosowanie się do wyroku jest naruszeniem zasady legalności. Zob. dokument SEC (2005) 1658.

W jednym przypadku Trybunał traci swoją moc oddziaływania za pośrednictwem refleksu racjonalności proceduralnej. Ma to miejsce w sytuacji, gdy zmiana normatywna, jaka jest wynikiem precedensu, jest nie do przyjęcia przez państwa członkowskie<sup>69</sup>. Tylko w tym momencie państwa przełamują regułę jednokierunkowego działania precedensu prawotwórczego i odbijają go w stronę Trybunału w postaci zmiany w Traktacie, która niweczy precedensowy walor orzeczenia. Jest to jedyna sytuacja (poza formalną zmianą Traktatu), gdy państwa odzyskują kontrolę nad systemem<sup>70</sup>. Nie zajmują już pozycji podmiotu pozostającego na drugim planie i zobowiązanego automatycznie do respektowania precedensu. Same prze-

---

<sup>69</sup> Jeżeli sferę dyskrecjonalności zdefiniujemy jako sumę kompetencji Trybunału pomniejszoną przez dostępne państwom instrumenty kontrolne, to można uznać, że Trybunał korzysta z nieograniczonej sfery dyskrecjonalności. Zob. A. Stone Sweet, *op. cit.*, s. 26-27. Nieliczne przykłady sytuacji, w których państwom udaje się przełamać cień Trybunału omawia R. Dehousse, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, Macmillan Press, 1998, s. 148 i nast. oraz jego wcześniejsze *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, 1997, s. 129 i nast.

<sup>70</sup> Można w tym miejscu pokusić się o analogię z krajowymi systemami konstytucyjnymi. Uprzywilejowana rola sądów konstytucyjnych w zakresie kontroli konstytucyjności prawa stanowi instytucjonalne ograniczenie ustawodawcy, skoro nie może on przekroczyć pewnych konstytucyjnych granic określonych przez sąd konstytucyjny, a w razie uznania aktu prawnego za niezgodny z Konstytucją, jest zobligowany do odpowiedniej zmiany w prawie, aby stan zgodności konstytucyjnej został osiągnięty. Ustawodawca tylko w jednym momencie odzyskuje władzę nad systemem konstytucyjnym i może modyfikować niekorzystne dla siebie orzeczenia sądu konstytucyjnego. Tym momentem jest zmiana Konstytucji. Zob. szerzej P. Pescatore, *La légitimité du juge en régime démocratique*, (2000) 23 „Commentaire” 339, s. 341. Zmiana konstytucji jest więc jedyną dostępną metodą przełamania precedensu konstytucyjnego. Por. S. Lindquist, F.B. Cross, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel*, (2005) 80 „New York University Law Review” 1156.

chodzą na pozycje podmiotu działającego ofensywnie wobec precedensu.

Orzeczenie precedensowe wskazuje, jakie zachowanie jest pożądané z perspektywy prawa obowiązującego, pośrednio wskazuje zachowanie co najmniej pożądané w przyszłości, bo to wynika z precedensu, do którego sędziowie się odwołają. W duchu neofunkcjonalizmu państwa nadal zachowują centralną pozycję w procesie integracji, ale muszą jednocześnie albo akceptować, albo odrzucić decyzyjność instytucji ponadnarodowych. Biorąc pod uwagę bliskość interesów i kalkulację według wzoru „krótkotrwałe skutki niekorzystnego orzeczenia – długofalowe korzyści dla państwa wynikające z liberalizacji handlu”<sup>71</sup>, opcja sprzeciwu jest mało prawdopodobna, gdyż stanowiłaby niebezpieczny precedens dla pozostałych<sup>72</sup>. Podejście instytucji wobec swojej sfery właściwości ma charakter czysto utylitarny: zwiększenie własnego wpływu w Unii. Instytucja ponadnarodowa była zainteresowana omińnięciem państw i promowaniem integracji w kooperacji z jednostkami i grupami interesów, które apolityczny i techniczny sąd postrzegały jako swojego sojusznika.

### **Precedens i sąd wobec wyzwania „zmiany”**

Rola Trybunału nie ma charakteru statycznego, ale ewoluuje wraz z samym prawem unijnym i w odpowiedzi na sygnały, jakie docierają do niego z otoczenia politycznego, w którym funkcjonuje. Wydawanych wyroków nie można sprowadzać do prostej różnicy: aktywistyczne lub wstrzemięźliwe. Dzisiaj pod-

---

<sup>71</sup> G. Garrett, *The Politics of legal integration in the European Union*, (1995) 49 „International Organization” 171, s. 180.

<sup>72</sup> A.-M. Burley, W. Mattli, *Europe before the Court; A Political Theory of Legal Integration*, (1993) 47 „International Organization” 41, s. 54.

stawy prawa wspólnotowego w postaci bezpośredniego skutku i zasady pierwszeństwa są zapewnione, sądy krajowe stosują prawo unijne i gwarantują jego *effet utile*. Sędzia musi codziennie dokonywać trudnych wyborów między liberalizacją rynku a dążeniami państw do ochrony uzasadnionych interesów, które tej liberalizacji mogą stać na drodze<sup>73</sup>. Dokonując balansowania pomiędzy sprzecznymi interesami i starając się wziąć pod uwagę interesy jak największej liczby stron zainteresowanych wynikiem sprawy, Trybunał znów musi wybrać pomiędzy wstrzeźliwością a odwagą. Zawsze jednak ze świadomością, że nigdy nie zadowoli wszystkich<sup>74</sup>. Wybór pomiędzy konkurencyjnymi wobec siebie rozwiązaniami jest więc cechą immanentną unijnego procesu konstytucjonalizacji, a znalezienie kompromisu jurysdykcyjnego i utrzymanie równowagi jest najważniejszym zadaniem Trybunału Sprawiedliwości<sup>75</sup>. Wobec zachodzących in-

---

<sup>73</sup> Tak w: *Reshaping Europe – A View from the Kirchberg*, (2001) 3 „Zeitschrift für Europarechtliche Studien” 377.

<sup>74</sup> Podkreślają to A. Arnulf w: *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 1999) oraz D.T. Keeling w: *In praise of judicial activism. What does it mean? And has the European Court of Justice ever practised it?*, *Scritti in Onore Giuseppe Federico Mancini, II, Diritto dell’Unione Europea*, Giuffrè, 1998.

<sup>75</sup> Perspektywa sędziego Trybunału to perspektywa stałego balansowania i wyboru: „in the European field as in national field, the judge has to strike a balance between the need to have a clear and workable rules that apply to everybody and the claims of justice [...] in the particular case. The task of finding the correct balance is an enterprise in which we must all share”, tak D.A.O. Edward, *Opening Speech*, w: R.H.M. Jansen, D.A.C. Koster, R.F.B. van Zutphen (red.), *European Ambitions of the National Judiciary*, Kluwer Law International, 1997, s. 17. W literaturze polskiej zob. Z. Brodecki, T.T. Koncewicz, *Wspólnotowa rozumność w Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, w: M. Wyrzykowski (red.), *Rozumność rozumowań prawniczych*, Warszawa 2008.

terakcji rzadko będziemy mieli do czynienia z sytuacją, w której realizacja jednej zasady i wartości w obrębie tak zróżnicowanego wewnętrznie wspólnotowego systemu prawnego będzie mogła nastąpić bez wyeliminowania, ewentualnie uszczuplenia, innej, konkurencyjnej zasady.

Takie proste postawienie sprawy nie oddaje skomplikowanego otoczenia, w którym dzisiaj funkcjonuje Trybunał, stale zachodzących w nim zmian i przesunięć<sup>76</sup>. Widać to zwłaszcza w kontekście dzisiejszego kryzysu federacyjnej roli Trybunału o podłożu identyfikacji. Unijny sąd nie był przygotowany na skalę rozszerzenia w 2004 r., poszukuje swojego miejsca i przechodzi kryzys „wewnętrznej kultury”<sup>77</sup>. To z kolei wpływa na jakość orzecznictwa, które coraz bardziej odchodzi od obrazu Trybunału jako instytucji aktywnie promującej integrację<sup>78</sup>. W konsekwencji uzyskujemy nie tylko ostrożniejsze, ale

---

<sup>76</sup> D. Curtin, K. Mortelmans podkreślają, że „The degree and intensity with which the Court will choose to pursue the logic of its third generation course *will depend to a considerable extent on the mood of the moment*. It will not be entirely surprising if given the prevailing political sensibilities and the recent spate of direct criticism by some Member States of the Court’s unwarranted activism that the *Court chooses a more modest profile*, seeking refuge in the easy second generation phrases rather than embarking on the inevitably more confrontational third generation solutions”. Tak w *Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script*, w: D. Curtin, D., T. Heukels (red.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. II*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, s. 453-454.

<sup>77</sup> O zjawisku „inner culture of the Court” pisał sędzia Trybunału Ch. Timmermans, *The European Union’s Judicial System*, (2004) 41 „Common Market Law Review” 393, s. 405.

<sup>78</sup> Zob. szerzej H. Rasmussen, *Present and Future Judicial Problems After Enlargement and the Post-2005 Ideological Revolt*, (2007) 44 „Common Market Law Review” 1661, który rysuje pesymistyczny i druzgocący obraz

także czasami niespójne orzecznictwo<sup>79</sup>. Należy podkreślić, że dla ewolucji prawa unijnego nie mniej istotne niż wydawanie kierunkowych orzeczeń jest rozwijanie orzecznictwa na bazie spektakularnych i systemowych wyroków. Sprawy stają się coraz bardziej trudne i skomplikowane. Wówczas rolę Trybunału jest zrozumienie problemu i umiejętne zastosowanie precedensów już istniejących w danej dziedzinie. Nie oznacza to, że funkcja Trybunału sprowadza się dzisiaj do technicznych i zautomatyzowanych zabiegów. Trybunał nadal wydaje fundamentalne orzeczenia, które wpływają na ewolucję i charakter prawa unijnego<sup>80</sup>. Musi natomiast zmienić optykę patrzenia na swoją rolę w prawie unijnym. Ta zmiana nie przeczy założeniu o prawodawczej funkcji sądu wspólnotowego. Wprost przeciwnie, świadczy o tym, że orzecznicy prawodawca dobrze rozumie swoją funkcję i związane z nią ograniczenia.

Zadanie, przed którym stoi Trybunał, jest niezwykle trudne, ponieważ jego wyroki są zbyt konserwatywne dla tych, którzy chcieliby, aby Trybunał był bardziej radykalny i odważny. Jest też liczna grupa komentatorów, którzy uważają, że w swoim orzecznictwie Trybunał winien być jeszcze bardziej konserwatywny i w większym stopniu brać pod uwagę oczekiwania państw członkowskich<sup>81</sup>. Dokonując balansowania pomiędzy sprzecznymi interesami, starając się wziąć pod uwagę poglądy i punkt

---

Trybunału jako instytucji rozbitej, niepewnej swojej tożsamości i uciekającej przed odpowiedzialnością.

<sup>79</sup> Zob. przykłady podane przez J.B. Cruza, *op. cit.*, w przypisie 40 na s. 240.

<sup>80</sup> V. Skouris, *Self-conception, challenges and perspectives of the EU Courts*, w: I. Pernice, J. Kokott, Ch. Saunders (red.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, (Nomos 2006), s. 24-25.

<sup>81</sup> A. Arnall, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford University Press, 2006, oraz podobnie R. Dehousse, *The Court...*, *op. cit.*, s. 170.

widzenia jak największej liczby stron zainteresowanych wynikiem sprawy, Trybunał zawsze jest świadom, że wyrok nigdy nie usatysfakcjonuje wszystkich. Integracja bowiem obejmuje tyle konkurencyjnych i ważnych interesów, że od czasu do czasu Trybunał-prawodawca będzie przedmiotem kontrowersji i sporów w zakresie dokonywanych przez siebie wyborów. To jednak naturalny stan rzeczy systemu, w którym tak wiele zależy od początku od wyborów sędziów. Sąd-prawodawca musi rozumieć, że dla ewolucji prawa wspólnotowego nie mniej istotne jest rozwijanie orzecznictwa za pośrednictwem mniej spektakularnych, ale dobrze uzasadnionych i wyselekcjonowanych precedensów<sup>82</sup>.

### ***Jakość precedensu. Oto jest pytanie***

Podsumowując należy wskazać, że obecnie nie ma sensu dalsze kruszenie kopii i kwestionowanie autorytatywnego charakteru orzecznictwa Trybunału<sup>83</sup>. W rzeczywistości orzecznictwo bardzo szeroko i intensywnie zakreśla swoją sferę oddziaływania. Spory teoretyczno-prawne i niekończące się dyskusje, czy to już jest precedens, czy jeszcze nie, mogą mieć walor porządkujący, ale nie powinny przesłaniać codzienności orzeczniczej, w której sądy i aktorzy integracji są rzeczywiście związani interpretacją Trybunału. Parafrazując słowa jednego z sędziów Trybunału, jego orzecznictwo to kompas ogniskujący dyskusję prawniczą na poziomie wspólnotowym, której oddziaływanie wychodzi

---

<sup>82</sup> Por. V. Skouris, *Self-conception, challenges and perspectives of the EU Courts*, w: I. Pernice, J. Kokott, Ch. Saunders (red.), *The Future ...*, *op. cit.*, s. 24-25.

<sup>83</sup> Zob. mocne wyeksponowanie precedensowego oddziaływania orzecznictwa Trybunału w: Z. Brodecki, (red.), *Europa sędziów*, Lexis Nexis, 2007 i *Europa urzędników*, Lexis Nexis, 2009.

poza indywidualną sprawę. Za tą elegancką przenośnią kryje się jednak fundamentalne przesłanie: wyroki Trybunału przesądzają znacznie więcej, aniżeli tylko jak interpretować prawo unijne w konkretnej sprawie. Przesłanie dla sądów i organów administracji to powszechny zasięg obowiązywania orzeczeń wstępnych w przedmiocie interpretacji w ramach systemu opartego na autorytecie spraw (precedensów) już rozstrzygniętych<sup>84</sup>.

Potężny sąd, który radiacyjnie oddziałuje na swoje audytoria, musi stale przekonywać, że zachowuje „zdolności operacyjne” i ogarnia swoje orzecznictwo w stopniu pozwalającym spełniać funkcje „generatora” i „strażnika” precedensu. Ten problem, kiedyś marginalny (zawsze dominowało pytanie „czy”), obecnie urasta do rangi prawdziwego wyzwania, przed którym stoi dzisiejszy Trybunał składający się z 27 sędziów. O prawdziwym precedensie, a nie tylko o „wrażeniu precedensu”, możemy mówić dopiero wtedy, kiedy praktyka odwołania się do orzeczeń ma charakter powtarzalny, adekwatny, refleksyjny i selektywny<sup>85</sup>. Tylko wtedy orzeczenie z wymiaru jednostkowego rozstrzygnięcia może przejść na poziom ogólnego standardu dla spraw rozstrzyganych w przyszłości. W przypadku sądu, który za pośrednictwem swojego orzecznictwa ma ambicję oddziaływania na

---

<sup>84</sup> Nie ma żadnych wątpliwości, że właśnie poprzez precedensy Trybunał rekonstruuje system prawa unijnego. O tym T.T. Koncewicz, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. O jurysdykcyjnych wyborach i granicach w „dynamicznej wspólnocie prawa”*, Wolters Kluwer, 2009.

<sup>85</sup> Podejście konstruktywne do precedensu jest tym bardziej kluczowe, jeżeli przypomnimy jedną z podstaw reguł rządzących systemem prawnym opartym na autorytecie spraw już rozstrzygniętych, zgodnie z którą nigdy nie ma dwóch identycznych spraw, ponieważ w przeciwnym razie nigdy nie znaleźlibyśmy precedensu dla czegokolwiek. Zob. F. Schauer, *Precedent*, (1987) 39 „Stanford Law Review” 571, s. 577.



unijny system prawny, to właśnie język, dobór argumentów, precyzja i wstrzeźliwość cytowania orzeczeń wcześniejszych jako precedensów nabierają szczególnego znaczenia. Te elementy legitymizują sąd i uzasadniają posłuszeństwo wobec orzecznictwa<sup>86</sup>.

Dobry precedens nie tylko ma rozwijać prawo, ale w równej mierze je tłumaczyć. Sąd precedensowo oddziałujący na system musi dbać o to, aby debata poprzedzająca precedens miała charakter jak najbardziej kompletny i wyczerpujący. W kontekście prawa unijnego oznacza to w szczególności efektywny dialog pomiędzy Trybunałem a państwami członkowskimi, które występują w podwójnym charakterze: po pierwsze są potencjalnymi odbiorcami precedensu, a po drugie podmiotem, który korzysta z wyjątkowej, rudymentarnej kompetencji do przełamania precedensu. Trybunał nie może zapominać tego dualizmu, ponieważ precedens arbitralny i fałszywy godzi nie tylko w legitymizację sądu jako instytucji racjonalnej, ale także zagraża przetrwaniu sądu, skoro fałszywy precedens może przyczynić się do powstania koalicji skierowanej przeciwko precedensowi, a więc i Trybunałowi Sprawiedliwości<sup>87</sup>. Precedens dobry ma

---

<sup>86</sup> D. Ordóñez-Solís, *European Judges in a Global Society: Power, Language and Argumentation*, (2008) 1 „European Journal of Legal Studies” (tekst dostępny na [www.ejls.com](http://www.ejls.com)) i O. Pollicino, *Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint*, (2004) 5 „German Law Journal” 283.

<sup>87</sup> Ostatnia praktyka orzecznicza wysłała mieszane sygnały. Z jednej strony Trybunał antycypując precedensowe oddziaływanie swojego orzeczenia jest gotów do jak najszerszego zakreszenia podmiotów biorących udział w debacie poprzedzającej wydanie precedensu, ale z drugiej nie przekłada się to na uzasadnienie precedensu, który pomija argumenty przedstawione przez uczestników tej debaty. Zob. przykłady tej niedobrej praktyki i krytykę Trybunału w: J. Komarek, *In the Court(s) we Trust? On the Need for Hierarchy and Differentiation In the Preliminary Ruling Procedure*, (2007) 32 „European Law Review” 467, s. 482-483.

charakter samoodnawialny, tzn. każde jego powołanie nie tylko przez sąd, ale także przez strony, ich pełnomocników, tworzy model powtarzalnych zachowań, w których argument z precedensu znajduje się w centrum. Jest inkrementalny, ponieważ zawsze zaczepiony w zastanej tradycji precedensowej (spojrzenie w przeszłość) i spoglądający w kierunku dodania nowego elementu do tej tradycji (spojrzenie w przyszłość).

Precedensowe oddziaływanie Trybunału zawsze powinno być odzwierciedleniem momentu i czasu, w którym orzeczenie ma funkcjonować jako precedens. Budowanie systemu precedensowego, który wsparty jest o dialog z sądami krajowymi odgrywa tu szczególną rolę. Tymczasowość w przypadku Trybunału nabiera specyficznego charakteru, ponieważ sfera dyskrecjonalności sądu wspólnotowego jest znaczna. O ile Trybunał zawsze orzeka w cieniu weta i groźby przełamania orzecznictwa, to kwestią otwartą jest, czy państwa są w stanie wyjść poza samo zagrożenie „wiszącym cieniem”. Jedyną bronią sądu unijnego i gwarancją jego funkcjonowania pozostaje jakość orzecznictwa. Jeżeli już sędziowie, zgodnie z otwierającym tekst poglądem Shapiro, muszą kłamać o swojej rzeczywistej roli, to niech czynią to w sposób jak najlepszy i przekonujący, tak aby to uzasadnienie dla precedensu mogło spełnić funkcję kontrargumentu dla tych, którzy tezę o precedensowym oddziaływaniu orzecznictwa zwalczają<sup>88</sup>. Precedensowe prawo unijne może faktycznie podlegać analizie jako konsekwencja działania aktorów tego prawa: z jednej strony

---

<sup>88</sup> Zob. też T. Koopmans, *Judicial activism and procedural law*, (1993) 1 „European Review of Private Law” 67, s. 78, który nawiązuje do koncepcji tzw. *redeeming virtues* i podkreśla, że w każdym zjawisku należy poszukiwać pozytywnych i negatywnych aspektów, a następnie badać, czy pozytywne przeważają nad negatywnymi stronami. Z tej perspektywy dobry precedens mógłby spełnić funkcję jednej z „cnót”, które skutecznie wytrącają argumenty przeciwnikom sądu.

sądu wysyłającego sygnał precedensowy, a z drugiej odbiorców, którzy precedens (krytycznie) analizują i w jego świetle planują swoje działania. Dlatego motto na nową i nieprzetartą jeszcze drogę, którą sąd unijny kroczy po 2004 r., musi niezmiennie brzmieć: „pokaż mi swój precedens, a powiem ci, jakim jesteś sądem”.



## Precedens jako zadanie dla nauk prawnych

W rozważaniach nad możliwością wykorzystania precedensu w polskim porządku prawnym niezbędne wydaje się podjęcie kilku istotnych kwestii dotyczących funkcjonowania tej instytucji w systemie *common law*. Błędne rozumienie prawa angielskiego lub amerykańskiego powoduje bowiem, że w ferworze dyskusji niekiedy zapominamy, co w gruncie rzeczy chcielibyśmy wprowadzić lub zmienić w naszym porządku prawnym. Natomiast dobre rozumienie instytucji precedensu być może pozwoli wzbogacić polską myśl prawniczą, a w rezultacie także praktykę sądowego stosowania prawa.

### I. Precedens: kontekst miejsca i czasu

Zainteresowanie, jakie budzą argumenty na rzecz wprowadzenia do polskiego porządku prawnego instytucji precedensu lub choćby jej elementów<sup>1</sup>, nie przekreśla faktu, że nasze myślenie w tym zakresie jest obarczone pewnymi słabościami.

Główne uproszczenie polskich nauk prawnych w myśleniu o precedensie w systemie *common law* nazwałbym „mityczną

---

<sup>1</sup> Patrz tekst mojego autorstwa pt. *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, zamieszczony w niniejszym zbiorze.

interpretacją precedensu”. Często sądzimy, że w Anglii, Stanach Zjednoczonych, Kanadzie, Australii i w kilku innych krajach funkcjonuje jednolita i oczywista w działaniu instytucja prawna nazywana precedensem, mająca jasne zasady teoretyczne oraz powszechnie uznawane uzasadnienie aksjologiczne. Innymi słowy przyjmujemy, że precedens to „łatwy przypadek”. Toteż tylko domniemany konserwatyzm intelektualny polskiej nauki prawa oraz kilka błędnie interpretowanych przepisów konstytucji powstrzymuje nas od przeniesienia tej instytucji do polskiego porządku prawnego. Tymczasem w systemie *common law* korzystanie z precedensów to złożony sposób rozumowania obciążony kontrowersjami i ryzykiem niepowodzenia. Podkreślam to nie dlatego, by zniechęcać do urzeczywistnienia postulatów zwolenników zwiększenia roli precedensu w naszym systemie prawnym, ale by unaocznić, że przyjęcie instytucji precedensu wymaga rozwiązania co najmniej kilku trudnych problemów teoretycznoprawnych. Wbrew częstym przekonaniom, precedens jest instytucjonalną *hard case*.

Warunkiem dobrego rozumienia systemu *common law* jest przyjęcie, że prawo sędziowskie (*case law*) oraz doktryna sądowego precedensu w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych podlegały i nadal podlegają istotnym zmianom. Przedmiotem ewolucji są zasady wiązania precedensem sądów niższych, sposoby ustalania *ratio decidendi* w decyzjach wcześniejszych, a także formułowanie zasad rozstrzygnięcia (*ruling, holding*) w sprawie rozstrzyganej. Należy także pamiętać o ewolucji (ze względu na intensywność nazywanej niekiedy „rewolucją”), jaka dokonała się w krajach *common law*, zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych w latach 80. XX w., polegającej na podjęciu problemów filozoficznych ważnych dla teorii i praktyki precedensów. Wykorzystanie nowoczesnej filozofii języka i filozofii rozumienia (hermeneutyki), a także sformułowanie teorii argumentacyjnych

i komunikacyjnych zastosowanych do prawa zmieniło współczesną wizję prawa i koncepcję precedensu.

Trzeba dostrzegać również istotne różnice między doktryną angielską a – uwzględniając odmienności prawa szkockiego – doktryną brytyjską i z drugiej strony doktryną amerykańską<sup>2</sup>. Prawo amerykańskie rozwijające się autonomicznie od ponad dwustu lat wciąż w mniejszym stopniu dopuszcza regulacje o charakterze prawa stanowionego niż prawo w Wielkiej Brytanii. Pozostawiając poza zakresem tych rozważań powody takiego stanu rzeczy, w Stanach Zjednoczonych w pewnych dziedzinach (np. w sferach kontraktów i czynów niedozwolonych) prawo stanowione jest niemal nie do pomyślenia. Jeśli już ze względu na potrzeby obrotu niezbędne jest zmniejszenie różnic między poszczególnymi stanami, chętniej sięga się po „ustawy modelowe” (*model laws*) niż po znaną nam postać ustawy jako wiążącej woli suwerena. Nie można jednak zapominać, że ogromną rolę odgrywa tam pisana konstytucja, której nie ma w Wielkiej Brytanii. Ma to ogromne znaczenie dla doktryny (i teorii) precedensu, gdyż w Stanach Zjednoczonych najgorętsze spory w tej dziedzinie toczyły się właśnie o precedensy konstytucyjne (np. sprawy *Baker v. Board of Education*, *Roe v. Wade*) i o zasady interpretacji dwustuletniej konstytucji.

Takie i inne okoliczności powinny stanowić kontekst sporów o dopuszczalność i potrzebę wprowadzenia precedensu do polskiego porządku prawnego. Pominięcie którejs z nich powoduje zwiększenie ryzyka braku adekwatności analizy w wymiarze

---

<sup>2</sup> M.in. N. D. MacCormick i R.S. Summers podkreślają, że wiara w jednolitość rozwiązań przyjętych w ramach *common law* jest równie myląca jak przekonanie o braku różnic między systemami prawa stanowionego (N. D. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting precedents. A comparative study* (Applied Legal Philosophy Series), Ashgate, Dartmouth 1997, s. 3.

opisowym, a także podważenie trafności postulatów w sferze normatywnej.

## II. Kluczowe zagadnienia precedensu w krajach *common law*

Niezależnie od uwzględnienia ogólnych elementów dyskursu porównawczego poświęconego precedensowi jako wiążącemu orzeczeniu sądowemu, toczące się w Polsce dyskusje powinny uwzględnić w pierwszej kolejności pięć kluczowych, a zarazem szczegółowych zagadnień będących przedmiotem sporów w kręgu *common law*:

– związanie precedensem (zasadę *stare decisis*) i jej interpretacje;

– metody rozumowania sędziowskiego w systemie *common law*;

– odstąpienie od precedensu i przełamywanie precedensu;

– deklaracyjny lub konstytutywny charakter precedensu jako teoretyczna konsekwencja sporu o zasadę *stare decisis*;

– rola precedensu w porządku prawnym.

Poniższy tekst jest prezentacją tych wybranych kwestii bądź aspektów owych kluczowych zagadnień.

### 2.1. Precedens jako wiążące orzeczenie. Wertykalny i horyzontalny skutek precedensu

Kwestię związania sądu precedensem, mocy wiążącej precedensu (*binding force*) oraz rolę tzw. *persuasive precedents* wyjaśniałem wcześniej w związku z analizą samego pojęcia precedensu<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Patrz tekst *Precedens w polskim porządku prawnym...* w niniejszym zbiorze.



Warto jednak przypomnieć, że w systemie *common law* istotą precedensu jest stosowanie zasady *stare decisis* (łac. *stare decisis et quieta non movere*), co dosłownie oznacza „stanie za poprzednią decyzją i niepodważanie tego, co jest ustalone”. Jest to zasada, zgodnie z którą sędzia rozstrzygając sprawę nieuregulowaną przez prawo stanowione jest zobowiązany orzec tak, jak orzekano wcześniejszego. Podkreśla się przy tym, że zasada *stare decisis* nie oznacza *stare dictis*, czyli „trzymania się słów, które zostały wypowiedziane” we wcześniejszym orzeczeniu, ani „*stare rationibus decidendi*”, czyli „trzymania się argumentów, które zostały użyte w poprzedniej sprawie”. Co do zasady sędzia w późniejszej sprawie ma postawić pytanie o to, „co” było orzeczone w sprawie wcześniejszej, a nie „dlaczego” wcześniejszy sędzia tak orzekł ani „jak/w jaki sposób” sędziowie orzekali wcześniej<sup>4</sup>. Bez uwzględnienia tej dystynkcji i przy podtrzymywaniu uproszczonych modeli rozumowania prawniczego<sup>5</sup>, będziemy być może formułować nowe i inspirujące konstrukcje teoretycznoprawne (np. koncepcję precedensu interpretacyjnego<sup>6</sup>), ale nie będzie to ułatwiało przenoszenia na grunt polskiego porządku prawnego instytucji precedensu, która stanowi istotny składnik *common law*.

Zasada *stare decisis* ma dwa wymiary: po pierwsze, sąd niższy jest związany decyzją sądu wyższego, a po drugie, sąd, który orzekł w sprawie precedensowej, nie może odrzucić własnego

---

<sup>4</sup> Sformułowania ze sprawy *United States Internal Revenue Serv. v. Osborne*, 76 F.3d 306, 96-1 U.S. Tax Cas. (CCH) paragr. 50, 185 (9th Cir. 1996).

<sup>5</sup> Porównaj moje uwagi w artykule pt. *O celowości rozumowań prawniczych w polskiej teorii prawa i praktyce prawniczej*, w: M. Wyrzykowski (red.) *Rozumność rozumowań prawniczych*, Warszawa 2008, s. 39 i nast.

<sup>6</sup> Patrz L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” nr 10/1996, s. 4; tenże, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4., LexisNexis, Warszawa 2005, s. 255. Szerzej porównaj też tekst *Precedens w polskim porządku prawnym...* w niniejszym zbiorze.

precedensu, dopóki nie ma bardzo ważnych powodów, aby tak uczynić<sup>7</sup>. Pierwszą regułą nazywa się niekiedy „wertikalnym” lub „pionowym” ujęciem zasady precedensu, a drugą – ujęciem „horyzontalnym”.

Pionowe związanie sądów wcześniejszymi orzeczeniami nie jest niczym niezwykłym w wieloinstancyjnych systemach organizacji sądów, a w związku z prawem zaskarżania orzeczeń jest dobrze znane również w Polsce. Wymaga ono jednak szczegółowego określenia rodzaju sądów oraz rodzajów spraw, w których takie związanie występuje. W naszym kraju byłoby to względnie proste rozwiązanie w odniesieniu do Sądu Najwyższego i do pozostałych sądów powszechnych. Natomiast w przypadku Trybunału Konstytucyjnego przyjęcie wertykalnego ujęcia zasady *stare decisis* byłoby z pewnością problematyczne. Z uwagi na zróżnicowane kompetencje obejmujące zarówno zwykłą postać abstrakcyjnej kontroli konstytucyjnej, jak i pytania prawne oraz skargi konstytucyjne, Trybunał Konstytucyjny ma do czynienia z różnorodną paletą podmiotów. Przyjęcie zasady pionowego związania orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego byłoby więc trudne. Minęło dopiero dwanaście lat od zniesienia przez Konstytucję RP z 2 kwietnia 1997 r. instytucji powszechnie obowiązującej wykładni ustaw dokonywanej przez Trybunał Konstytucyjny i nie rozwiały się jeszcze wątpliwości w tym za-

---

<sup>7</sup> Interesujące, że orzeczenie przez sąd niższy wbrew wcześniejszemu orzeczeniu mającemu rangę precedensu uznawane jest niekiedy za postać niedopuszczalnego „aktywizmu sędziowskiego”. Por. np. Keenan D. Kmieć, *The Origin and Current Meaning of „Judicial Activism”*, „California Law Review”, vol. 92, No. 5 (October) z 2004 r., s. 1441 i nast. Na temat aktywizmu sędziowskiego w systemie prawa stanowionego powstała już spora literatura, patrz np. M. Smolak, *Etyczne problemy aktywizmu sędziowskiego*, w: *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy*, red. H. Izdebski i P. Skuczyński, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 121 i nast.

kresie. Spór (lub konflikt) między Trybunałem Konstytucyjnym a Sądem Najwyższym o tzw. orzeczenia interpretacyjne pokazuje skalę problemu wynikającego z przyjęcia wertykalnego wymiaru zasady precedensu<sup>8</sup>.

Oczywiście można sobie wyobrazić przyjęcie tezy, jaką proponują zwolennicy stanowiska nazywanego przeze mnie pragmatycznym, że decyzja o uznaniu określonego orzeczenia za wiążące lub za prawotwórcze należy do sądu rozstrzygającego późniejszą sprawę. Byłaby to pewna wersja teorii *persuasive precedents*. Zwolennicy tego rozwiązania muszą jednak w imię spójności systemu prawa wyjaśnić, czy nadanie orzeczeniom Trybunału Konstytucyjnego charakteru „dyspozytywnych precedensów” pociągałoby za sobą zmiany charakteru orzeczeń Sądu Najwyższego wobec innych sądów, orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego wobec innych sądów administracyjnych itd. Przyjęcie bowiem zasad prawa precedensowego oznacza m. in. zmiany teorii wykładni (zarówno wykładni legalnej, jak i operatywnej), a więc raczej nie powinno dotyczyć jednych organów szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości z pominięciem innych.

Gdy mowa o wertykalnym (pionowym) ujęciu zasady *stare decisis*, autorzy angielscy podkreślają ponadto, że współczesny system *common law* utrzymuje wyjątkowo mocną wersję tej zasady. Sądy mają bowiem obowiązek „naśladować” wcześniejsze decyzje mające charakter precedensów, nawet gdyby były one

---

<sup>8</sup> Nieprzypadkowo R. Hauser i J. Trzciniński swoje rozważania o prawotwórczym znaczeniu orzeczeń TK dla sądów administracyjnych poprzedzają szczegółowo uzasadnioną tezą o tym, że spór o orzeczenia interpretacyjne został już przez doktrynę prawa konstytucyjnego rozstrzygnięty. Patrz. R. Hauser, J. Trzciniński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 20 i nast.

niezgodne z wcześniejszym prawem lub z przekonaniem o prawidłowym rozstrzygnięciu określonego typu spraw (*erroneous decisions*). Gdyby sądy nie były bezwzględnie związane wcześniejszymi decyzjami, a tylko tymi, które uznano za poprawne, dochodzilibyśmy do rodzaju błędnego koła: wcześniejsza decyzja nigdy nie byłaby wiążąca w innych sprawach, gdyż zawsze trzeba byłoby oceniać jej poprawność. Aby poradzić sobie z problemem wcześniejszych błędnych decyzji – piszą autorzy anglosascy – przyjęto doktrynę przełamывania precedensu (*overruling*): niektóre sądy mają w ograniczonym zakresie władzę uznawania, że wcześniejsza decyzja była błędna i z tej racji pozbawienia jej mocy wiążącej. Muszą jednak wykazać, że bezprawność owej decyzji jest „oczywista” lub „jasna”<sup>9</sup>. Kwestia przełamывania wcześniejszych precedensów będzie przedmiotem dalszej analizy, ale już tu należy zasygnalizować problem i jednocześnie zadania dla polskich nauk prawnych, gdyż przyjęcie pionowego związania sądów wcześniejszymi orzeczeniami wymaga równoczesnego ustalenia kryteriów przełamывania tych precedensów lub innej zmiany prawa obowiązującego w tym zakresie.

Istotne problemy wiążą się także z horyzontalnym (poziomym) ujęciem zasady *stare decisis*. Zacznijmy od konstatacji, że wymiar ów jest odmiennie rozumiany w Wielkiej Brytanii i w Stanach Zjednoczonych. W „starym kraju” mieliśmy też do czynienia z charakterystyczną ewolucją:

a) aż do 1898 r., czyli do momentu wydania orzeczenia w sprawie *London Street Tramways v. London County Council* [1898] AC 375, Izba Lordów nie była uważana za związaną własnymi orzeczeniami;

---

<sup>9</sup> G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, „The Stanford Encyclopedia of Philosophy”, red. Edward N. Zalta, 2006, na stronie <http://www.seop.leeds.ac.uk/entries/legal-reas-prec>, s. 4.

b) po tym momencie, jeśli Izba Lordów wydawała orzeczenie w jakiejś sprawie, to pozostawało ono niezmiennie aż do chwili, gdy Parlament przyjął w formie ustawy odmienną regułę;

c) w 1966 r. powrócono w pewnym zakresie do pierwotnej zasady<sup>10</sup>. W akcie zatytułowanym *Practice Statement* przyjęto, że Izba Lordów jest uprawniona do takich zmian prawa angielskiego, aby dostosować je do zmieniających się warunków społecznych. Dopuszczalna więc stała się praktyka *overruling* w stosunku do wcześniejszych orzeczeń (patrz niżej punkt 2.3). Angielska teoria prawa podkreśla wszakże, iż Izba Lordów stosunkowo rzadko korzystała z posiadanej kompetencji (w latach 1966–2005 nie częściej niż około 20 razy). Taką wstrzeźliwość sędziowską lub inaczej – pasywizm Izby Lordów – uzasadnia się obawą przed wprowadzeniem niepewności prawa, szczególnie w sprawach karnych.

Natomiast w Stanach Zjednoczonych zasada *stare decisis* jest traktowana z większą elastycznością, zwłaszcza w sprawach konstytucyjnych. W sprawach tych nie można zmienić określonej zasady w drodze aktu ustawodawstwa zwykłego. Dynamice interpretacji konstytucyjnej musi więc odpowiadać brak związania Sądu Najwyższego własnymi wcześniejszymi orzeczeniami w sprawach konstytucyjnych<sup>11</sup>. Zakwestionowanie horyzontalnego wymiaru precedensowych orzeczeń konstytucyjnych jest w Stanach Zjednoczonych szczególnie często uzasadniane argumentem, że związanie Sądu Najwyższego mogłoby prowadzić do podtrzymywania błędnej interpretacji konstytucji federalnej.

---

<sup>10</sup> Por. A. Stelmachowski, jw., s. 624. Por. też Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, w: N. D. McCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting precedents...*, jw., s. 326, 335.

<sup>11</sup> Nieprzypadkowo rozdział poświęcony precedensom w książce R. Dworkina pt. *Biorąc prawa poważnie* zatytułowany jest „Sprawy konstytucyjne”. Patrz R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 243-276.

Takie praktyki zarzucano m.in. zarówno Sądowi Najwyższemu kierowanemu przez sędziego Earla Warrena, rzecznika aktywiźmu sędziowskiego i autora śmiałych orzeczeń, w tym *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483, 1954)), jak i później konserwatywnemu sędziemu Williamowi H. Rehnquistowi, któremu wypomina się m.in. *dissenting opinion* w słynnej sprawie aborcyjnej – orzeczeniu *Roe v. Wade* z 1973 r. (410 U.S. 113, 1973).

Horyzontalny wymiar zasady *stare decisis* także nie należy do bezspornych. Podkreśla się na przykład, że działanie tej zasady ogranicza się do konkretnych sądów jako jednostek organizacyjnych, a nie instytucji prawnych. Jeśli więc np. Court of Appeal dla Stanu Nowy York ma cztery wydziały apelacyjne (*departments*), to przyjmuje się, że orzeczenia sędziów jednego wydziału nie są wiążące dla sędziów pozostałych wydziałów tego samego sądu. Komentując taką praktykę można stwierdzić, że piękna reguła horyzontalnego związania sądu wcześniejszym precedensem, mająca służyć spójności orzecznictwa, została „rozmyta” za pomocą rozwiązań administracyjnych. Sięgając po oceny L. Morawskiego można powiedzieć, że i w systemie prawa precedensowego natrafiamy na hipokryzję sędziów i doktryny.

Odnosząc problem horyzontalnego efektu zasady *stare decisis* do polskiej praktyki sądowej możemy wyrazić przypuszczenie, że nie ma w Polsce zwolenników bezwarunkowego wprowadzenia takiego standardu. Jeśli poddać ocenie dorobek Trybunału Konstytucyjnego oraz (niezależnie) Sądu Najwyższego, to dochodzimy do wniosku, że spójność orzecznictwa tych instytucji w ujęciu diachronicznym jest bardzo wątpliwa. Nikt jednak co do zasady nie krytykuje polskiego Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego za wprowadzanie zmian we własnych „liniach orzecznicznych”. Być może jest to wynik świadomości faktycznie bardzo głębokich przekształceń polskiego porządku prawnego w ostatnich dwóch

dekadach. Toteż nie znajduje uzasadnienia postulat o potrzebie ścisłego trwania przy własnych „liniach orzecznich”.

Okazuje się przy tym, że stwierdzenie powyższych faktów osłabia argumentację na rzecz precedensów. W literaturze anglosaskiej podkreśla się wielokrotnie, że precedensy mają służyć pewności i przewidywalności prawa, że jest to instytucja konserwatywna, gdyż nakładając obowiązek utrzymywania wcześniejszych zasad orzekania redukujemy zakres i ilość zmian w systemie prawa<sup>12</sup>. Pisze się nawet, że „w świecie, w którym rzeczy podlegają ciągłym przemianom (...) zalety precedensu mogą się jednak okazać wadami. Czyniąc prawo przewidywalnym, precedens sprawia, że prawo będzie pasowało do dawnych warunków społecznych, ale nie do tych, które są obecnie. Prawo jest pewne, ale jest też z pewnością nieaktualne. Prawo jest więc spójne, ale jest także konsekwentnie błędne (*wrong*)”<sup>13</sup>. Jeśli jednak rezygnujemy ze związania sądów własnymi orzeczeniami i dopuszczamy zmienność ich poglądów, to pewność i przewidywalność prawa wystawiamy co najmniej na poważną próbę. Argument z pewności prawa, będącej w tym wypadku postacią sprawiedliwości, nie będzie łatwo wspierał żądania nadania określonym orzeczeniom charakteru precedensów.

Na koniec jeszcze jeden wątek wiążący się z zasadą związania sądów wcześniejszymi precedensami. Zasada ta wydaje się bowiem skorelowana, choćby na poziomie abstrakcyjnych zasad rozumowania prawniczego, z teoriami wykładni precedensów i wykładni ustaw. W Stanach Zjednoczonych wskazuje się nie-

---

<sup>12</sup> R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. II, Clarendon Press, Oxford 1968, s. 106; *Radcliffe and Cross. The English Legal System*, wyd. VI, by G.J. Hand and D.J. Bentley, Butterworths, London 1977, s. 377.

<sup>13</sup> F. Cownie, A. Bradney, M. Burton, *English Legal System in Context*, wyd. III, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 102.

kiedy, że zasada *stare decisis* (w obu aspektach) zwykle idzie w parze z tzw. oryginalizmem jako jedną z najbardziej znanych teorii wykładni, m. in. wykładni konstytucyj<sup>14</sup>. Krytycy tej teorii wykładni konstytucji Stanów Zjednoczonych (np. sędzia SN Antonin Scalia, zwolennik tzw. tekstualizmu) posuwają się nawet tak daleko, że twierdzą, iż zasada *stare decisis* połączona z zasadą prymatu konstytucji nad precedensami oraz oryginalizmem konstytucyjnym pozwala twierdzić, że Stany Zjednoczone są krajem należącym do rodziny *civil law*, a nie *common law*<sup>15</sup>. Kwestia, czy jest tak rzeczywiście, jak twierdzi sędzia Scalia, to problem dla amerykańskich konstytucjonalistów i filozofów prawa. Z perspektywy naszego systemu powstaje jednak bardzo ważne pytanie: jaka teoria wykładni bądź (używając terminologii J. Wróblewskiego) jaka ideologia sądowego stosowania prawa byłaby najbardziej odpowiednia, gdyby wprowadzić instytucję wiążącego precedensu do naszego porządku prawnego. Znany spór, jaki toczyli L. Morawski i T. Gizbert-Studnicki o twórczy charakter wykładni<sup>16</sup>, pokazuje, że przyjęcie określonej teorii

---

<sup>14</sup> Por. np. B. Brzeziński, *Współczesne amerykańskie teorie wykładni prawa*, „Państwo i Prawo” nr 7/2006; tenże, *Zasady wykładni prawa podatkowego w krajach anglosaskich*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 19 i nast.

<sup>15</sup> Patrz esej pt. *Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, w: A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, red. A. Gutmann, Princeton University Press, Princeton 1998.

<sup>16</sup> L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” nr 10/1996, s. 8; tenże, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4., Warszawa 2005, s. 273-274; T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 79 i n. Por. D. Bunikowski: *Teoria deklaratoryjna i konstytutywna wykładni (Aktywizm i pasywizm prawniczy)*, „Państwo i Prawo” nr 11/2005. Patrz też moje uwagi w: *Precedens w polskim porządku...*, jw.



wykładni determinuje stanowisko wobec dopuszczalności precedensów w polskim porządku prawnym. To nie przypadek, że L. Morawski swoje zdecydowane wsparcie dla idei wprowadzenia instytucji precedensu w Polsce uzasadnia m.in. zarzutami pod adresem przyjmowanych teorii wykładni. Z drugiej strony, przykład poglądów A. Scalii wskazuje również odwrotną relację. Zwolennicy prawa precedensowego w naszym kraju muszą więc argument z wykładni potraktować poważnie zarówno przez sformułowanie odpowiedniej teorii wykładni, jak i wykazanie, że teoria taka jest (lub choćby może być) akceptowana w praktyce sądowej.

## **2.2. Metody rozumowania sędziowskiego w systemie *common law*. Dedukcja, indukcja, analogia.**

Drugą rozległą dziedziną, która wymaga poważnego przemyślenia, gdy mówimy o precedensach są problemy rozumowania prawniczego. Kwestia ta była już wcześniej wspomniana m.in. w związku z krytyką koncepcji „precedensu interpretacyjnego” i z przedstawieniem założeń stanowiska nazwanego sceptycznym<sup>17</sup>. Jej ogromna rola wynika jednak przede wszystkim z faktu, że zasady *legal reasoning* właściwe dla *common law* różnią się istotnie od zasad sądowego stosowania prawa, które przyjęto w naszej kulturze prawnej. Przede wszystkim myślenie sędziego w systemie prawa stanowionego ma w zdecydowanym stopniu charakter dedukcyjny: na podstawie ogólnej i abstrakcyjnej normy prawnej wynikającej z przepisów prawa należy sformułować konkretną regułę orzeczenia (wyroku)<sup>18</sup>. Tymczasem w orzeka-

---

<sup>17</sup> Patrz tekst *Precedens w polskim porządku...*, jw.

<sup>18</sup> Polska teoria prawa jest zdecydowanie ostrożniejsza w utożsamianiu procesu interpretacji przepisów z wnioskowaniem dedukcyjnym. Patrz

niu na podstawie precedensów podkreśla się, iż *judicial reasoning* obejmuje rozumowanie dedukcyjne, rozumowanie indukcyjne, a przede wszystkim rozumowanie *per analogiam*<sup>19</sup>.

W sądowych orzeczeniach opartych na precedensach myślenie dedukcyjne polega zwykle na sięgnięciu po sylogizm prawniczy (lub raczej po którąś z jego wersji). Ma ono zastosowanie, gdy istotnym składnikiem podstawy rozstrzygnięcia jest przepis ustawy, a precedens pełni rolę uzupełniającą. W takim wypadku korzystamy z formuły sylogizmu logicznego, tyle że należy pamiętać, iż nie mówimy o faktach (śmiertelność człowieka, ludzka natura Sokratesa itp.), lecz o normach (regułach) prawnych. Jeśli zaś decyzja sędziowska jest wydawana w sprawie, w której nie ma żadnego odwołania do podstawy ustawowej, to rozumowanie może przybrać formę sylogizmu przede wszystkim w końcowym etapie rozumowania. We wcześniejszej fazie sporu rozumowanie sędziego jest poddane raczej regułom doktryny precedensu<sup>20</sup>.

---

np. J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Ossolineum, Wrocław-Warszawa 1990, s. 15, ale z wyraźnymi zastrzeżeniami co do możliwości stosowania reguł logiki do rozumowań prawniczych w: tenże, *Sądowe stosowane prawa*, Warszawa 1988, s. 159-166. Z kolei Z. Ziemiński opisywanie rozumowań prawniczych w kategoriach dedukcji uznawał za „nieostrożne” i pisał raczej o „quasi-dedukcji”; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 196. Są to jednak stanowiska wybitnych teoretyków prawa, a nie opis praktyki sądowej. Inni autorzy piszą np., że w sądach niemieckich dominuje myślenie dedukcyjne, legalistyczne i urzędowe (*magisterial*). Z uwagi na rosnące problemy interpretacyjne jest ono jednak w coraz większym stopniu dyskursywne, zorientowane na treść norm i argumentacyjne. Patrz R. Alexy, R. Drier, *Precedent in Germany*, w: N. D. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting precedents...*, jw., s. 20.

<sup>19</sup> I. McLeod, *Legal Method*, 6<sup>th</sup> ed., Palgrave Macmillan, Basingstoke & New York 2007, s. 10 i n.; podobnie trzy sposoby rozumowania (dedukcję, indukcję, analogię) przeciwstawia R. Cross, *Precedent...*, jw., s. 176 i n.

<sup>20</sup> R. Cross, *Precedent...*, jw., s. 177-178, 181. W tej części rozważań

Znamienne jest jednak, że w anglosaskiej nauce prawa myślenie dedukcyjne jest postrzegane jako niepewne. Każda ogólna reguła prawna zawiera w sobie nie budzące wątpliwości „jądro znaczeniowe”, ale nie jest wolna od tzw. cienia semantycznego (*penumbra*), w którym zastosowanie reguły do konkretnego przypadku może być przedmiotem sporu<sup>21</sup>. Posługiwanie się sylogizmem prawniczym w odniesieniu do reguł prawnych ujawnia więc cechę prawa zwaną „podważalnością” lub „zaczepialnością” (*defeasibility*), czyli podatność na wyłączenie (wykluczenie) zastosowania określonej reguły ze względu na inne argumenty<sup>22</sup>. Na tym polega niepewność rozumowania dedukcyjnego<sup>23</sup>.

W praktyce orzeczniczej sądów angielskich i amerykańskich rozumowanie dedukcyjne uzupełniane jest rozumowaniem indukcyjnym. W naukach ścisłych rozumowanie takie polega na sformułowaniu ogólnej zasady na podstawie obserwacji poszczególnych faktów. W prawie pojawia się ono w różnych postaciach. Po pierwsze, sędzia często wydobywa/wyprowadza regułę dla rozstrzyganej sprawy z wielu wcześniejszych decyzji. Taki proces budowania ogólnej reguły rozstrzygnięcia (*ruling*) po-

---

rezygnuję z odesłań do literatury polskiej, aby wiernie przedstawić argumentację przedstawicieli doktryny *common law*.

<sup>21</sup> R. Cross, *Precedent...*, jw., s. 179. Jest to wyraźne nawiązanie do koncepcji językowej otwartości prawa (*open texture of law*) H.L.A. Harta. Patrz jego *Pojęcie prawa*, PWN, Warszawa, s. 171 i n.

<sup>22</sup> Por. B. Brożek, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Zakamycze 2004, *passim*; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze. Logika – Analiza – Argumentacja – Hermeneutyka*, Kraków 2006, s. 78-94; por. też L. Morawski, *Główne problemy...*, jw., s. 207.

<sup>23</sup> Podobnie inni angielscy autorzy podkreślają raczej zawodność rozumowania dedukcyjnego niż jego pewność. Por. np. I. McLeod na kanwie sprawy *Wars v. James* [1965] 1 All ER 563. I. McLeod, *Legal method*, jw., s. 11, 15.

przez wzajemne uzgodnienie wielu szczegółowych reguł uważane jest za postać myślenia indukcyjnego. Należy przy tym pamiętać, że owe szczegółowe reguły są ściśle związane z konkretnymi faktami danej sprawy. Czasem zaś sędzia formułuje regułę, a następnie sprawdza ją (testuje) odnosząc ją do wcześniejszych orzeczeń. Tę drugą procedurę nazywa się czasem „wtórną indukcją” (*secondary induction*).

Zdaniem innych autorów rozumowanie indukcyjne w praktyce orzeczeń precedensowych pojawia się także w postaci tzw. doktryny *per incuriam*. W literaturze rozróżnia się tzw. mocną i słabą wersję tej doktryny. Upraszczając można powiedzieć, że sprowadza się ona do przyjęcia, iż jeśli wcześniejsza decyzja została podjęta przy braku ważnej informacji, to nie powinna ona być podstawą kształtowania przyszłych decyzji, ponieważ gdyby wcześniejszy sąd znał ową ważną informację, najprawdopodobniej podjąłby inną decyzję. Inaczej mówiąc, późniejszy sąd nie może się swobodnie zwolnić z obowiązku zastosowania precedensu tylko dlatego, że wcześniejszy sąd nie powołał się na ważną okoliczność prawną, np. na obowiązywanie określonej ustawy lub istnienie jeszcze wcześniejszego precedensu. Sąd rozważający zastosowanie precedensu musi wykazać, że precedensowa decyzja byłaby odmienna niż ta, która rzeczywiście została podjęta<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> I. McLeod, *Legal method*, jw., s.157-159 i cytowane tam orzeczenia sądów angielskich, które definiują tę doktrynę. Podkreśla się też, że sprawy przyjmujące takie rozumowanie pojawiały się już w XIX wieku i wpłynęły na ukształtowanie się tego, co nazywa się czasem „nowoczesną doktryną precedensu” lub zmianą wynikającą ze słynnego orzeczenia *London Tramways v. London County Council* z 1898 r. Patrz: R. Cross: *Precedent...*, s. 134. J. Evans: *Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century*, w: L. Goldstein: *Precedent in law*, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 62-63. Doktryna *per incuriam* pozwoliła bowiem przyjąć, że w przypadku gdy precedens jest błędną decyzją, można na zasadzie wyjątku uwolnić się od związania zasadą

Obecność rozumowania indukcyjnego, choćby tak subtelne jak pokazuje przykład doktryny *per incuriam*, nie budzi wątpliwości. Tradycyjnie zorientowani autorzy angielscy podkreślają jednak, że różnice między rozumowaniem indukcyjnym a rozumowaniem właściwym dla *case law* są dostatecznie duże, aby poddać w wątpliwość zasadność uznania rozumowania sędziowskiego po prostu za indukcyjne. To jednak reguły mają rządzić sprawami, a nie sprawy regułami<sup>25</sup>.

Podstawowym rodzajem rozumowania w przypadku *case law* wydaje się rozumowanie *per analogiam*. Zastosowanie precedensu polega przecież na stwierdzeniu podobieństwa faktów będących przedmiotem orzeczenia w sprawie późniejszej do faktów, które dały podstawę orzeczeniu precedensowemu. W doktrynie angielskiej utrzymuje się rozróżnienie przypadku zastosowania *ratio decidendi* sformułowanej we wcześniejszym orzeczeniu do takich samych faktów jak w sprawie precedensowej od przypadku rozumowania przez analogię<sup>26</sup>. Tę subtelną dystynkcję podkreślał już w XIII wieku Lord Bracton pisząc, że jeśli pojawiają się w sprawie okoliczności, których nie było w sprawie wcześniejszej, to trzeba sięgnąć po analogię<sup>27</sup>. Wnioskowanie *per*

---

*stare decisis*. Patrz R. Cross, *Precedent...*, s. 136, 143-144; R. Bronaugh, *Persuasive precedent*, w: L. Goldstein, jw., s. 235.

<sup>25</sup> R. Cross, *Precedent...*, jw., s. 181.

<sup>26</sup> To najprawdopodobniej miał na myśli J. Wróblewski rozróżniając precedensy *sensu strictissimo* i precedensy *sensu stricto*. Związanie wcześniejszą decyzją ma miejsce, tylko gdy obecne fakty są takie same. J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” nr 10/1971, s. 525. Patrz też mój tekst *Precedens w polskim porządku...*, jw. W literaturze anglosaskiej podkreśla się przy tym, że fakty muszą być takie same we wszystkich istotnych punktach (*all relevant respects*). „Takie same” nie oznacza wszakże „identyczne” (por. też G. Lamond, *Precedent and Analogy...*, jw.).

<sup>27</sup> R. Cross, *Precedent...*, jw., s. 24. Z uwagi na zasługi w formułowaniu zasad systemu prawa angielskiego Lorda Bractona uważa się „Ojca *common law*”.

*analogiam* jest też związane z zasadą *stare decisis* tak jak ściśle stosowana zasada *precedensu*: nakaz trzymania się wcześniejszych rozstrzygnięć jest uzasadniony regułą, aby w sprawach podobnych orzekać podobnie. Konsekwentnie: sprawy niepodobne do siebie należy rozstrzygać odmiennie.

W stosowaniu analogii w systemie prawa *precedensowego* dostrzega się zwykle trzy etapy rozumowania, nie zawsze ściśle od siebie odrębne: (1) stwierdza się ogólne podobieństwo rozpatrywanej (bieżącej) sprawy do wcześniejszej sprawy, rozstrzygniętej już przez sąd wyższy lub przez ten sam sąd; (2) wyodrębnia się *ratio decidendi* tej wcześniejszej sprawy i (3) podejmuje się decyzję o zastosowaniu wcześniejszej *ratio* do bieżącej sprawy. W pierwszym etapie sięgamy po rozumowanie *per analogiam*, w drugim etapie korzystamy z rozumowania dedukcyjnego lub indukcyjnego, w zależności od tego, jak orzeczenie jest sformułowane i uzasadnione w związku z faktami sprawy *precedensowej*, a w etapie trzecim wracamy do rozumowania *per analogiam*<sup>28</sup>.

W doktrynie anglosaskiej podkreśla się, że podobnie jak słabościami są obarczone rozumowania dedukcyjne i indukcyjne, tak też pewne wady należy dostrzec w stosowaniu analogii. Ujawniają się one przede wszystkim przy ustalaniu *ratio decidendi*, zwłaszcza ze względu na niejasność języka orzeczeń, sporną naturę samego *ratio decidendi* (reguła czy zasada będąca

---

<sup>28</sup> R. Cross, *Precedent...*, jw., s. 183. Ciekawą interpretację rozumowania *per rationem decidendi* przedstawił L. Leszczyński (*Precedens jako źródło...*, jw., s. 152). Wskazuje on, że proces rozumowania sędziowskiego w systemie *common law* nie przebiega „od szczegółu do szczegółu”, ale w dwóch fazach: „od szczegółu do ogółu” (tekst – zrekonstruowane *ratio decidendi*) oraz „od ogółu do szczegółu”, tzn. od *ratio decidendi* do kwalifikacji faktów w rozstrzyganej sprawie. Stanowisko L. Leszczyńskiego wydaje się ważne dla rozwoju badań nad rozumowaniem prawniczym.

przedmiotem ważenia z uwzględnienia innych zasad), a także na spór o dopuszczalność i zasady „przełamania” precedensu ze względu na odmienności faktów<sup>29</sup>.

Korzystanie z rozumowania *per analogiam* w trakcie orzekania na podstawie precedensu ma jeszcze dwie dalsze wady. Po pierwsze, często sędzia nie szuka precedensu, lecz faktycznie sam wypracowuje pewną regułę, twierdząc jednak, że jest ona wywiedziona z określonych precedensów. Gdy taki sędzia odwołuje się do sprzecznych *rationes*, to jego decyzja jest w gruncie rzeczy arbitralna i źle uzasadniona. Rozumowanie *per analogiam* umożliwia –niestety– takie postępowanie. Po drugie, jakość orzeczenia zależy od sprawności sędziów i prawników. Nie zawsze wskazywane i cytowane są właściwe orzeczenia, czasem sięga się po mniej lub bardziej przypadkowe. Na to jednak – jak piszą angielscy i amerykańscy komentatorzy – nie ma dobrej rady. Rozumowanie oparte na wyszukiwaniu i wykorzystywaniu *rationes decidendi* nie jest więc niezawodne.

\*

Powyższa analiza procesu rozumowania prawniczego obejmującego precedensy okazuje, że jest on więc znacznie trudniejszy niż sugerowałyby to wspomniana na wstępie „mityczna interpretacja precedensu”. Nawet jednak gdyby wspomnianych wad rozumowania opartego na precedensach nie było, dla prawników ukształtowanych w kręgu kultury prawa stanowionego korzystanie z rozumowania właściwego dla *case law* stanowi poważne wyzwanie. Niełatwy do przyjęcia jest już sam fakt, że prawo (wcześniejsze orzeczenia) jest z zasady niepewną podstawą rozstrzygnięcia i że proces rozumowania prawniczego to przede

---

<sup>29</sup> R. Cross, *Precedent...*, jw., s. 200-201.

wszystkim kwestia konfrontowania rozbieżnych argumentów i wżenia różnych racji. Wymaga to przełamania myślenia w kategoriach racjonalnego ustawodawcy i systemu prawa spójnego, zupełnego i wewnętrznie niesprzecznego. Niezbędne jest też podjęcie próby odpowiedzi na kilka pytań typowych dla procesu orzekania w systemie *common law*, ale nie uważanych dotychczas za szczególnie istotne w systemie prawa stanowionego. Najważniejsze z nich to:

a. Jak ustalić precedens zawierający właściwą zasadę rozstrzygnięcia (*ruling, holding*)<sup>30</sup>, tzn. które okoliczności są decydujące w danej sprawie?

b. Co zrobić ze sprawami, w których nie było jednomyślności wśród sędziów orzekających?

c. Co zrobić ze sprawami, które oferują dwie alternatywne podstawy rozstrzygnięcia?

d. Jakie znaczenie dla rozpatrywanej sprawy będzie miał wynik (*result*) sprawy precedensowej, czyli ustalenie, kto wygrał sprawę w wyniku zastosowania precedensu?

e. Czy sąd będzie gotów i czy jest uprawniony do przełamania własnego precedensu?

Udzielenie pełnej odpowiedzi na powyższe pytania z pewnością przekracza skromne ramy niniejszego tekstu. Staram się jedynie uzasadnić opinię o doniosłości tych kwestii przez wskazanie problemów, które są w ten sposób ujawniane, albo przez odwołanie się do autorytetów, które znaczenie takich kwestii eksponują w swoich pracach. Lecz nawet jeśli ograniczymy się do problematyki rozumowania prawniczego w przypadku

---

<sup>30</sup> W USA praktyka coraz częściej zaciera różnicę między *holding* a tekstem orzeczenia *dictum*. Stanowisko takie wspierają teoretycy prawa związani z formalistycznym nurtem amerykańskiej jurysprudencji. Por. F. Schauer, *Opinions as rules*, „University of Chicago Law Review”, vol. 53 (1986), s. 682-683.



orzekania na podstawie precedensów, to udzielenie odpowiedzi na postawione pytania wciąż zdaje się być zadaniem stojącym przed polskimi naukami prawnymi, w szczególności przed teorią prawa, a nie gotowym już dziełem.

W odniesieniu do problematyki orzeczeń precedensowych ogromny dorobek nauk prawnych w Polsce wydaje się jednak nadal niewystarczający<sup>31</sup>. Dla przykładu, jeśli pytamy o sposoby dokonania wyboru właściwego precedensu ze względu na istotne fakty sprawy rozstrzyganej i sprawy precedensowej, to stwierdzamy, że w polskiej praktyce prawniczej przeważa tendencja do analizowania faktów sprawy będących podstawą wcześniejszych orzeczeń przez pryzmat okoliczności wskazanych w hipotezie normy prawnej znajdującej zastosowanie wprost lub odpowiednio do stwierdzonego stanu faktycznego. Jest to zrozumiałe podejście w ramach – sięgając do terminologii Jerzego Wróblewskiego – praworządnej decyzji sądowej. Jednak droga „od normy do faktów” zakłada przynajmniej chronologiczne pierwszeństwo normy prawnej w analizie wcześniejszego orzeczenia. Myślenie na podstawie precedensu domagałoby się natomiast odwrotnego podejścia: najpierw ustalmy zgodność faktów (identyczność lub podobieństwo) w sprawie rozstrzyganej oraz w sprawie branej pod uwagę jako precedensowa, a dopiero w drugiej kolejności pytamy o normę (regułę, zasadę) prawną przyjętą w orzeczeniu uznanym za precedens. Bez przełamania lub choćby poważnego przemyślenia takich sposobów myślenia, żądanie wprowadzenia do polskiego porządku prawnego precedensów lub inaczej zwanych prawnie wiążących orzeczeń nie przyniesie pożądanego efektu. Tak czy inaczej najtrudniejszym zadaniem w naszym myśleniu o prece-

---

<sup>31</sup> Jest to, jak można przypuszczać, w istotnym stopniu efekt oddziaływania stanowiska tradycyjnego, a więc odrzucającego precedensy.

densie wydaje się dopasowanie procesu rozumowania prawniczego i zadania, jakim dla sędziego jest ustalenie *ratio decidendi* poprzez analizę faktów innych spraw. Jest to istotne odejście od myślenia dedukcyjnego (czy *quasi*-dedukcyjnego, jak woli Z. Ziemiński), skłaniającego do redukcji procesu rozumowania prawniczego do wykładni przepisów i jednoczesnego przyjęcia prymatu wykładni językowej, a więc tekstu przepisów wobec innych możliwych kontekstów interpretacji.

Również gdy pytamy, co zrobić ze sprawami, w których nie było jednomyślności wśród sędziów orzekających, okazuje się, że dorobek polskich nauk prawnych jest raczej skromny. W dorobku Trybunału Konstytucyjnego można znaleźć zaledwie kilka wypowiedzi, które podejmują problem zdań odrębnych (*vota separata*)<sup>32</sup>. Równocześnie w odniesieniu do orzecznictwa Sądu Najwyższego znany i poważny komentarz do przepisów kodeksu postępowania cywilnego (ściśle do art. 324 § 2 k.p.c.) rekomenduje prace z połowy lat 70. XX w. (a więc okresu, gdy za zasadę ustrojową przyjmowano niedopuszczalność orzeczeń precedensowych) lub teksty publicystyczne<sup>33</sup>. Żaden z cytowanych tekstów nie rozwija też szerzej problemu skutków zgłoszenia zdania odrębnego dla przyszłych orzeczeń.

Z kolei problem spraw, w których sąd orzekający sformułował dwie alternatywne podstawy rozstrzygnięcia, wymaga jasne-

---

<sup>32</sup> Por. np. B. Zdziennicki, *Zdania odrębne w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 135 i nast.

<sup>33</sup> Patrz: J. Wróblewski, *Votum separatum w teorii i ideologii sądowego stosowania prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1976, Nr XV, s. 8 i nast.; J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne w procesie karnym*, Warszawa 1973; K. Piasecki, *Spór o zdanie odrębne*, „Polityka” 1974, Nr 20; *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1-505*<sup>14</sup>, red. K. Piasecki, 4. wydanie, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 1221, 1227-1228.

go stanowiska w kwestii „jedynego poprawnego rozstrzygnięcia” (*one right answer*). Kwestia ta była przedmiotem rozważań w teorii prawa w związku z koncepcją decyzji sądowej R. Dworkina, a także z dyskusjami wokół spójności orzecznictwa i teorii argumentacyjnych<sup>34</sup>. Jednak stanowisko Dworkina wobec precedensów odbiega od tradycyjnej angielskiej i amerykańskiej doktryny *stare decisis*<sup>35</sup>. Natomiast w niektórych wpływowych w Polsce teoriach wykładni wielość podstaw rozstrzygnięcia nie jest w ogóle dopuszczalna lub choćby jest trudna do zaakceptowania. Dotyczy to zwłaszcza teorii derywacyjnej M. Zielińskiego, według której proces wykładni polega właśnie na sformułowaniu zupełnej i jednoznacznej normy prawnej<sup>36</sup>. Problem alternatywnych podstaw rozstrzygnięcia przypomina natomiast koncepcję wykładni K. Płeszki i T. Spyry rozumianej jako proces wyboru jednego z możliwych językowych znaczeń interpretowanego przepisu<sup>37</sup>. Ta ostatnia koncepcja wykładni prawa jest jednak zbyt słabo spopularyzowana wśród polskich prawników, aby stanowić źródło wzorca rozstrzygnięć w sprawach polegających na odwołaniu się do wiążących decyzji sądowych.

---

<sup>34</sup> Por. np. J. Wróblewski, *Zagadnienie „jedynego poprawnego wykładni prawa”*, w: tenże, *Rozumienie prawa...*, jw., s. 111-115; tenże, *Problems related to the one right answer thesis*, „Ratio Juris”, Vol. 2, No. 3, December 1989.

<sup>35</sup> Stanowisko R. Dworkina w omawianych kwestiach wymaga znacznie szerszej analizy. Por. punkt 2.5 poniżej, a także np. T. Kozłowski, *Autorytet versus przemoc. Ronald Dworkin w obronie imperium prawa*, „Studia Iuridica”, nr XXXI/1996, s. 61-62.

<sup>36</sup> Zarazem koncepcja derywacyjna jest przeciwstawiana przez jej autora koncepcji wykładni operatywnej (w rozumieniu J. Wróblewskiego), a więc wykładni „zorientowanej na konkretny przypadek i wiążącej ustalone znaczenie z konkretną sytuacją” faktyczną. Patrz M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 243-244.

<sup>37</sup> Patrz T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Zakamycze 2006.

### 2.3. Odstąpienie od istniejącego precedensu i przełamanie precedensu

Niezależnie od trudności związanych z rozumowaniem prawniczym kluczowym i zarazem szczegółowym zagadnieniem wywołującym spory w kręgu *common law* jest odstępowanie od istniejących precedensów oraz ich przełamywanie. Należy bowiem pamiętać, że *ratio decidendi* jest konstrukcją teoretyczną, a nie faktyczną cechą orzeczeń zapadających w sądach angielskich i amerykańskich. Orzeczenia te pisane są językiem prowadzenia sporu, dyskursu i – jak przyznaje doktryna – bardzo rzadko wyraźnie formułują swoje *ratio decidendi*<sup>38</sup>. Co więcej, nawet jeśli sąd zdecyduje się wprost sformułować regułę, na której oparł swoją decyzję, to jej precyzyjne sformułowanie nie jest uważane za bezpośrednio wiążące dla późniejszych sądów<sup>39</sup>, samo będąc przedmiotem interpretacji. Podkreśla się przy tym, że ta cecha precedensów wyraźnie odróżnia je od prawa stanowionego, w którym (przy wszystkich trudnościach z wykładnią przepisu) jest zawarty pewien rodzaj „kanonicznego” sformułowania reguły zachowania. *Rationes decidendi* są dopiero przedmiotem

---

<sup>38</sup> Z. Bankowski, N. D. MacCormick podkreślają jednak, że styl orzeczeń oraz uzasadnień (*opinions*) w Anglii jest raczej dyskursywny i argumentacyjny, całkiem niepodobny do francuskich orzeczeń w stylu urzędowych i skoncentrowanych na myśleniu sylogistycznym. Patrz: Z. Bankowski, N. D. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, w: *Interpreting precedent...*, s. 319.

<sup>39</sup> F. Schauer, *Is the Common Law Law?*, „California Law Review” vol. 77 (1989), s. 455; M.M. Moore, *Precedent, Induction, and Ethical Generalization*, w: L. Goldstein, *Precedent in law...*, jw., s. 185-186; J. Stone, *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*, Butterworths, Sydney, 1985, s. 123-129. Podkreśla to także S. Perry, choć prezentuje on nieco inną interpretację precedensu, patrz tenże: *Judicial Obligation, Precedent and the Common Law*, „Oxford Journal of Legal Studies”, vol. 7 (1987), s. 235-237.

dookreślenia, „determinacji”. Byłoby nieporozumieniem przypuszczenie, że decyzja sądowa po prostu podaje reguły nadające się do zastosowania przez sądy w późniejszych sprawach. W doktrynie podkreśla się jednak, że nie trzeba wyolbrzymiać tezy o „niezdeteminowaniu prawa” (*indeterminancy*), gdyż reguła zachowania musi być jednak wywiedziona (*derived*) z tekstu wcześniejszego orzeczenia. W stosunku do systemu prawa kontynentalnego różnica polega na tym, że w wykładni przepisów prawa stanowionego istnieją zwykle dość dobrze ugruntowane dyrektywy, kanony lub konwencje co do sposobów wykładni przepisów ustaw, podczas gdy przy precedensach takich dyrektyw nie ma. Prawo wywiedzione z precedensów może okazać się jeszcze bardziej niejasne (*vague*) i mniej precyzyjne (*indetermined*) niż w przypadku wielu ustaw<sup>40</sup>.

Pierwszym zagadnieniem, które wymaga dobrej znajomości i przemyślenia w kontekście doświadczeń różnych porządków prawnych, jest praktyka wyróżniania (*distinguishing*) oraz odrębna od niej instytucja przełamania precedensu (*overruling*). To kluczowe elementy rozumowania prawniczego obejmującego precedensy. *Distinguishing* polega na tym, że sąd w systemie *common law* może uznać, że nie będzie do danego przypadku stosował określonego precedensu, mimo że okoliczności rozpatrywanej sprawy pasują do *ratio decidendi* tego precedensu. Jest to dopuszczalne, nawet jeśli dany sąd nie ma prawa do przełamania precedensu. Sąd może bowiem powołać się na okoliczność, że rozpatrywana sprawa obejmuje jeszcze pewne fakty,

---

<sup>40</sup> N. MacCormick twierdzi nawet, że to właśnie rozszerzająca się praktyka przełamania precedensu (*overruling*) doprowadziła do tego, że precedensy Izby Lordów mogą być uważane nie za ściśle wiążące, lecz za *defeasible*. Z. Bankowski, N. D. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, w: *Interpreting precedents...*, jw., s. 326-327, 342. Patrz też przypis 23 powyżej.

które są na tyle istotne, że zmuszają do poszukiwania innego precedensu lub do sformułowania nowego<sup>41</sup>. W efekcie owego wyróżniania (*distinguishing*) sąd orzekający w późniejszej sprawie może sformułować zasadę rozstrzygnięcia (*ruling*) zakresowo węższą niż *ratio decidendi* ustalona w precedensie. Mamy więc zdaniem niektórych komentatorów do czynienia z przypadkiem przełamania precedensu (*overruling*). Nie jest to jednak rozumowanie naśladujące znane reguły ustalania relacji między normą ogólną (*lex generalis*) i normą szczególną (*lex specialis*), gdyż w procesie wyróżniania okoliczności mające decydujące znaczenie dla *ratio decidendi* nie mogą zostać zignorowane, a więc i wynik późniejszej sprawy nie może być całkowicie odmienny od wyniku sprawy precedensowej. Ideę wyróżniania traktuje się więc niekiedy tak jak prawo ustawodawcy do znowelizowania wcześniejszych przepisów, ale nie jak prawo ich uchylecia.

Uzasadnienie dla takiej postaci przełamania precedensu nie jest wszakże w pełni jasne i przez wielu prawników anglosaskich nie jest podzielane. Twierdzi się bowiem, że w przypadku przełamania precedensu decyzja sądu ma charakter retroaktywny, dotyczy również wcześniejszych spraw, które okazują się wadliwie rozstrzygnięte. Modyfikacja w drodze *distinguishing* takiego skutku nie powoduje<sup>42</sup> i w tym sensie nie mamy do czynienia

---

<sup>41</sup> Może się okazać, na przykład w sprawie o zapłatę ceny za przeniesienie własności rzeczy, że czynność ta nie była sprzedażą, ale miała zabezpieczać wierzycelność nabywcy wobec zbywcy, więc należy przyjąć, że mieliśmy do czynienia z przewłaszczeniem, w którym obowiązek świadczenia przez nabywcę rzeczy jest inaczej ukształtowany.

<sup>42</sup> Do tego problemu nawiązuje L. Morawski twierdząc, że w przypadku uznania prawotwórczego charakteru orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego nie powinny one działać wstecz.

z *overruling*<sup>43</sup>. Co więcej, jeśli zasadą jest, że tylko sąd wyższy może dokonać przełamania precedensu, to przyjmuje się, że *distinguishing* jest dopuszczalne także w przypadku orzeczenia sądu niższej instancji. Cała kwestia jest jednak wielce sporna. Jedni autorzy (m.in. zwolennik formalizmu F. Schauer) twierdzą na przykład, że zasadą systemu *common law* jest domniemanie niedopuszczalności *distinguishing*<sup>44</sup>. Inni (np. J. Raz) uważają, że wyróżnianie jest dopuszczalną formą jedynie reinterpretacji oryginalnej *ratio decidendi*, ale nie może prowadzić do jej zmiany<sup>45</sup>. Kłopot z takimi stanowiskami jest wszakże ten, że praktyka nie zawsze przejmuje się sugestiami takich ograniczeń, jakie proponują teoretycy prawa. Jeszcze mniej praktyka akceptuje propozycje, aby zawęzić pojęcie precedensu do „istotnych faktów, które są konieczne, aby doprowadzić do wyniku (*result*)

---

<sup>43</sup> Ciekawy pogląd w tym duchu został sformułowany w piśmiennictwie polskim. M. Sala-Szczypiński wskazuje, że nowatorskie sformułowanie zasady współzycia społecznego może być podstawą wydania w pełni przewidywalnego orzeczenia, nie odstupującego od dotychczasowej linii orzecznictwa. Również odwrotnie: precedens sądowy rozumiany funkcjonalnie, a więc przełamanie dotychczasowej linii orzecznictwa, może obejmować dawno wyartykułowaną i zakorzonioną w praktyce zasadę współzycia społecznego. W cytowanym stanowisku rozróżnia się więc rozumowania przypominające *distinguishing* i *overruling*. Jest to jednak nadal rozumowanie „od normy do faktu”, a nie *vice versa*. Autor przypomina też i rekomenduje inną ważną, choć nieoczywistą dystynkcję, sformułowaną przez J. Wróblewskiego: rozróżnienie między „kierowaniem się precedensem” i „uwzględnieniem precedensu”. Proponuje tym samym różne stopnie związania niewiążącym precedensem. Patrz M. Sala-Szczypiński, *Precedens a zasady współzycia społecznego*, w: *Studia z filozofii prawa 2*, pod red. J. Stelmacha, Wydawnictwo UJ, Kraków 2003, s. 127-129.

<sup>44</sup> F. Schauer, *Is the Common Law Law?*, jw., s. 469-471.

<sup>45</sup> J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie moralności*, Warszawa 2000, s. 186-188.

postępowania”, zamiast traktować *ratio decidendi* jako zasadę rozstrzygnięcia (*ruling*)<sup>46</sup>. Tym samym nadal utrzymuje się tradycyjne, mocne rozumienie zasady *stare decisis*.

Wszystkie te wątpliwości i spory podważają konstrukcję precedensu jako prostą do zastosowania postać prawodawstwa, tworzenie prawa nie może bowiem pozostawiać tak znacznej niepewności co do uprawnień w zakresie formułowania reguł prawnych.

Należy dodać, że spory o wyróżnianie (*distinguishing*) mogą być przykładem praktyki stosowania prawa *praeter legem*. Teoria prawa i doktryna (dogmatyka prawnicza) w Stanach Zjednoczonych i w Anglii nie uzgodniły zasadniczej kwestii metody stosowania precedensu, ale praktyka prawnicza musi sobie jakoś radzić. Zarzuty, które się pojawiają pod adresem takiej praktyki, nie są w istocie rzeczy łagodniejsze od zarzutów stawianych przez L. Morawskiego polskiej teorii prawa i sędziom Trybunału Konstytucyjnego.

#### **2.4. Problem deklaratywnego i konstytutywnego charakteru precedensu jako teoretyczna konsekwencja sporu o zasadę *stare decisis***

Kolejne ważne zagadnienie, które entuzjaści lub choćby sympatycy wprowadzenia precedensów do polskiego porządku prawnego muszą pogodzić z fundamentalnymi, a więc i konstytucyjnymi zasadami tego porządku, to deklaratywny i konstytutywny charakter precedensu. Z. Bankowski i D.N. MacCormick pokazują, że i w tej kwestii nie ma jed-

---

<sup>46</sup> M.in. S. Burton, *An Introduction to Law and Reasoning*, wyd. 2., Little Brown, Boston 1995, s. 25-58 i 60-65. Inaczej J. Raz, *Autorytet prawa...*, jw., s. 183-184, oraz N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, OUP, Oxford 1978 (1994), s. 82-83.



nolitego stanowiska. Zarówno J. Bentham, który był krytyczny wobec ówczesnej praktyki *common law*, jak i jego kontynuatorzy (J. Austin i H.L.A. Hart) podkreślali, że *precedens* co do zasady jest konstytutywny<sup>47</sup>. Koncepcja reguł i zasad R. Dworkina podważa twierdzenie, że sędzia tworzy prawo. Natomiast D.N. MacCormick podkreśla, że rozumowanie sędziowskie nie jest wyłącznie dedukcyjne, lecz że łączy ono oba aspekty: w części wywodzi reguły z praktyki, tzn. wcześniejszych orzeczeń, i w tym sensie jest deklaratywne, ale w części, gdy konstruuje rozstrzygnięcie z elementów ideologicznych i moralnych, łączy praktykę i wartości w jedną spójną całość. Jest to podążanie tropem *determinatio* Św. Tomasza: ani myślenie dedukcyjne, ani arbitralne i dyskrecyjne nie wystarczy, aby osiągnąć najlepsze rozwiązanie danej sprawy<sup>48</sup>. W tym sensie kwestionuje się deklaratywny charakter orzeczeń *precedensowych* akcentując ich konstytutywność<sup>49</sup>. Wspomniany Neil MacCormick podkreśla przy tym, że *ratio decidendi* to taka zasada (*ruling*), wprost lub *implicite* sformułowana przez sędziego, która jednocześnie wystarcza, aby rozwiązać kwestię prawną (*issue*) wynikającą z argumentów stron i niezbędną dla uzasadnienia (lub uzasadnień) decyzji, którą sędzia podejmie w sprawie. Oznacza to nacisk

---

<sup>47</sup> W tym sensie przeciwstawiali się koncepcji Blackstone'a, że związanie *precedensem* jest wyrazem stosowania istniejącego prawa zwyczajowego i że *precedens* musi być stosowany (*followed*), dopóki nie okaże się „oczywiście absurdalny i niesprawiedliwy”. Por. J. Evans, *Change in the Doctrine of Precedent...*, jw., s. 64-66. Sam Bentham był jednak krytykiem *judge-made-law*, sędzia działa tu jak legislator, ale efekty jego pracy są niewspółmierne do danej mu władzy.

<sup>48</sup> Do inspiracji koncepcją „determinacji” przyznaje się wprost N. MacCormick (Z. Bankowski, N.D. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, w: *Interpreting precedents...*, s. 332). Patrz też J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, Warszawa 2001, s. 315-319.

<sup>49</sup> Por. też tradycyjne stanowisko: R. Cross, *Precedent...*, jw., s 76.

na argumentację i na uzasadnianie orzeczeń sądowych jako na warunki ich konstytutywnego charakteru<sup>50</sup>.

## 2.5. Rola precedensów sądowych w porządku prawnym

Na koniec analizy różnorodności stanowisk w sporach o istotę i rolę precedensów w systemie *common law* warto zwrócić uwagę na to, że niezależnie od szczegółowych problemów, jakie rozstrzyga doktryna prawnicza, precedensy są także przedmiotem sporów o charakterze filozoficznoprawnym. W literaturze z tej dziedziny precedens bywa rozumiany trojako<sup>51</sup>:

- a) jako ustanawianie (*laying down*) reguł,
- b) jako zastosowanie podstawowych zasad (*underlying principles*) oraz
- c) jako sposób ważenia argumentów (*balance of reasons*).

Pierwsze ujęcie przyjmują zarówno teoretycy brytyjscy, np. J. Raz<sup>52</sup> i N. MacCormick<sup>53</sup>, jak i amerykańscy, np. L. Alexander<sup>54</sup>, F. Schauer<sup>55</sup> i inni. Traktowanie precedensu jako sposobu ustana-

---

<sup>50</sup> Patrz Z. Bankowski, N.D. MacCormick, G. Marshall, *Precedent...*, jw., s. 338.

<sup>51</sup> G. Lamond, *Precedent and Analogy...*, jw. Inną, choć nie całkowicie różną typologię proponuje L. Alexander, *Constrained by precedent*, „Southern California Law Review” vol. 63 (1989), s. 1-64.

<sup>52</sup> J. Raz, *Autorytet prawa ...*, jw., rozdział „Prawo i wartość w orzecznictwie”, s. 179-210.

<sup>53</sup> N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 82-86, 213-218. MacCormick przyznaje jednak, że zarówno jego koncepcja „uniwersalności” (*universability*), jak i koncepcja „uzasadnienia” (*justification*) były krytykowane jako „trochę legalistyczne”. Patrz np. D. Lyons, *Etyka i rządzący prawa*, Warszawa 2000, s. 91-93. Patrz też N.D. MacCormick, *Why cases have rationes and what these are*, w: L. Goldstein, *Precedent in law*, jw.

<sup>54</sup> L. Alexander, *Constrained by precedent...*, jw. .

<sup>55</sup> F. Schauer, *Is the Common Law Law?*, jw.

wiania reguł polega na przyjęciu, że przez stwierdzenie, iż określone fakty *x*, *y*, *z* są kluczowe dla rozstrzygnięcia danej sprawy, sąd ustanawia (kreuje) regułę precedensu (zasadę rozstrzygnięcia, *ruling*). W tym ujęciu precedensy są jakby odpowiednikami (*akin*) ustaw, w których ustanawia się reguły mające zastosowanie do przyszłych przypadków, w tym do spraw sądowych.

W tej interpretacji szczególnie silnie rozróżnia się *ratio decidendi* danej sprawy i *obiter dicta*. *Ratio* to odpowiednik *ruling* lub *holding*, to reguła prawna, ten aspekt sprawy, który będzie miał znaczenie dla innych spraw. *Obiter dicta* to te stwierdzenia i poglądy wyrażone w orzeczeniu, które nie są wiążące w przyszłych sprawach. Są to te stwierdzenia sądu, które zostały sformułowane jakby „przy okazji” (*by the way*). Powyższe ujęcie, najbardziej zgodne z tradycją funkcjonowania *common law*, spotyka się jednak m.in. z zarzutem, że nie przystaje do współczesnej praktyki<sup>56</sup>. Dwa problemy wydają się szczególnie istotne: dostrzeżenie różnic między regułami i zasadami oraz ważenie zasad.

Drugim stanowiskiem, które dotyczy interpretacji precedensu, a zwłaszcza problemu wyróżniania (*distinguishing*), jest propozycja, aby za wiążący element orzeczenia precedensowego uznać nie tyle sformalizowaną zasadę wyrażoną w wyroku (*ruling*), ile zasadę zawartą w uzasadnieniu wyroku<sup>57</sup>. Takie stanowisko ma niebagatelne zalety. Po pierwsze, pozwala precyzyjniej zrekonstruować proces rozumowania, który doprowadził do podjętej przez sąd decyzji, a dzięki temu *ratio decidendi* staje się łatwiejsze do odczytania przez sąd w późniejszej sprawie. W takiej sytuacji *ratio decidendi* nie jest bowiem tożsame z regułą (normą ogólną), którą ma obowiązek przyjąć późniejszy sąd, lecz jest swoistym skrótowym przedstawieniem zasad i skutków,

---

<sup>56</sup> Np. M.M. Moore, *Precedent...*, jw., s. 183 i nast.

<sup>57</sup> Por. np. S. Perry, *Judicial Obligation...*, jw., s. 215-257.

które powinny być urzeczywistnione lub osiągnane w sprawach toczących się ze względu na określone fakty. Po drugie, twierdzi się, że przedstawione ujęcie pozwala rozwiązać problem *distinguishing*, gdyż sędzia w późniejszej sprawie musi tylko podjąć decyzję, czy uzasadnienie orzeczenia precedensowego (a nie formuła orzeczenia, *ruling*) ma jego zdaniem zastosowanie do faktów sprawy, czy też nie.

Takiemu ujęciu zarzuca się co prawda, że zaciera granice dopuszczalnego wyróżniania wiążących elementów precedensu. Przedstawiona propozycja prowadzi wszakże do wniosku, że właściwie każdy poważny argument upoważnia sędziego do odstąpienia od precedensowego orzeczenia z powołaniem się na to, że nowe fakty w rozstrzyganej sprawie wymagają ponownego przemyślenia problemu prawnego (*issue*). Nie oznacza to więc, że wcześniejsze uzasadnienie nie ma zastosowania do nowej sprawy, ale że trzeba wszystko jeszcze raz rozpatrzyć.

Inny przykład omawianego stanowiska znajdziemy w pracach polskiego filozofa prawa A. Peczenika. Według niego powoływanie się na precedensy (*following precedents*) rzadko jest mechanicznym procesem stosowania wcześniejszych reguł. To jest raczej proces ważenia racji, m. in. wcześniej istniejących reguł (lub zasad), aby stworzyć nowe reguły. Racje na rzecz podjęcia w nowej sprawie decyzji takiej jak we wcześniejszej sprawie muszą być rozważone. W niektórych sprawach mogą przeważać kontrargumenty i nie wiadomo z góry, w których, toteż rezultatem takiego rozstrzygnięcia niemal zawsze będzie nie tylko rozstrzygnięcie sprawy, ale również potwierdzenie lub zmodyfikowanie reguły precedensu<sup>58</sup>. Wniosek wypływający z takiej koncepcji może być jednak dla entuzjastów precedensu gorzką

---

<sup>58</sup> A. Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, w: *Interpreting Precedents...*, jw., s. 475.

piętką: precedensy wcale nie gwarantują łatwego osiągnięcia jednolitości orzecznictwa.

Niektórzy autorzy akceptują jednak i rozwijają takie rozumienie i taką rolę precedensu. Najbardziej znana jest chyba koncepcja R. Dworkina, który podkreślał, że wbrew standardowemu ujęciu precedensu jako zastosowania *ratio decidendi* (*ruling*), należy raczej sięgnąć po najlepsze uzasadnienie (*best justification*) sformułowane dla wcześniejszej decyzji. Nie powinno to być przy tym najlepsze uzasadnienie wzięte w izolacji od okoliczności sprawy, ale zestaw zasad (*principles* w znaczeniu przyjętym przez R. Dworkina), które najlepiej pasują (*fit*) i uzasadniają całość rezultatów wcześniejszej decyzji<sup>59</sup>. W takim ujęciu do późniejszej sprawy stosujemy nie tyle uzasadnienie wcześniejszej decyzji, ile uzasadnienie doktryny prawnej lub teorii, której precedensowa, wcześniejsza sprawa jest ilustracją<sup>60</sup>. S. Perry twierdzi nawet, że możemy mówić o domniemaniu prawnym, że sąd sięgający po precedensowe orzeczenie wydaje wyrok zgodnie z uzasadnieniem precedensu<sup>61</sup>.

Warto też zwrócić uwagę, że stanowisko R. Dworkina stanowi połączenie modelu precedensu kładącego nacisk na rezultat

---

<sup>59</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie...*, jw., s. 61-65, 205-228.

<sup>60</sup> Komentatorzy zwracają uwagę, że koncepcja R. Dworkina stanowi nawiązanie do wcześniejszej o kilkadziesiąt lat koncepcji R. Pounda, od którego też wywodzi się rozróżnienie konkluzywnych reguł i niekonkluzywnych zasad. Por. L. Alexander, E.L. Sherwin, *Judges as Rulemakers*, „University of San Diego Legal Studies Research Paper Series”, Research Paper No. 05-14, September 2004; <http://ssrn.com/abstract+591666>; por też R. Cotterrel, *The Politics of Jurisprudence. A critical introduction to legal philosophy*, Butterworths, London & Edinburgh 1989, s. 153-154. Wspominałem to także w: T. Stawecki, *Instrumentalne traktowanie prawa – różne perspektywy*, w: *Prawo i ład społeczny. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, Wyd. Katedra Socjologii Prawa UW, Warszawa 2000, s. 46.

<sup>61</sup> S. Perry, *Judicial Obligation...*, jw., s. 239-243.

orzeczenia i modelu uznającego konieczność stosowania zasad (*principles*). Stosowanie zasad odgrywa ogromną rolę w praktyce, ale nie polega na mechanicznym ustalaniu rezultatów rozpatrywanej sprawy poprzez sięgnięcie do wcześniejszych orzeczeń. Sędzia raczej konstruuje zasadę w rozpatrywanej przez siebie sprawie niż po prostu wykorzystuje zasadę sformułowaną przez sąd we wcześniejszej sprawie<sup>62</sup>.

Przedstawione stanowisko interpretuje się również w ten sposób, że dla Dworkina najważniejsza jest aksjologiczna spójność (koherencja) prawa, a nie formalne powtarzanie reguł wyrażonych we wcześniejszych orzeczeniach<sup>63</sup>. Sam Dworkin podkreśla to w swoim *Imperium prawa* pisząc, że sądowa zasada integralności poucza sędziów, iż powinni wykonywać uprawnienia i obowiązki prawne, zakładając tak dalece, jak to jest możliwe, że wszystkie one zostały stworzone przez tego samego autora – spersonifikowaną wspólnotę – wyrażającego spójną koncepcję sprawiedliwości i słuszności (*fairness*)<sup>64</sup>. Inni komentatorzy twierdzą jednak, że za pomocą proponowanej przez S. Perry'ego i R. Dworkina nowej teorii precedensu osiągnięcie jednolitości orzecznictwa czy tak bądź inaczej rozumianej pewności prawa staje się nieosiągalną iluzją<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2006, m.in. s. 339-342.

<sup>63</sup> K. Kress, *Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions*, „California Law Review”, vol. 72 (1984), s. 369-370. Stąd też krytyka stanowiska Dworkina dokonana przez J. Raza w: *The relevance of coherence*, „Boston University Law Review”, vol. 72 (1992), s. 273.

<sup>64</sup> R. Dworkin, *Imperium prawa*, jw., s. 242-245, 257-260.

<sup>65</sup> Por. np. B. Leiter, *The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century*, The University of Texas School of Law, „Public Law & Legal Theory Working Paper” No. 70, September 2004; tekst dostępny na stronie: <http://ssrn.com/abstract=598265>, s. 7-9; tenże: *Beyond the Hart/Dworkin De-*

Przedstawionemu wyżej ujęciu zarzuca się także, iż osłabia precyzję *ratio decidendi* – sedna precedensu. Jeśli bowiem kierujemy się uzasadnieniem zawartym w poprzednim orzeczeniu, to istnieje obawa, że uwaga sędziego nie będzie skupiona na *ratio*, a właściwie *rationes* wcześniejszych orzeczeń. Dworkin broni się, że ustalenie *ratio decidendi* nie jest mechanicznym procesem, lecz dopiero poprzez uzasadnienie możemy wyznaczyć granice, w jakich porównujemy fakty szukając wzorcowego rozstrzygnięcia, a zwłaszcza – jakby powiedział Dworkin – najlepszego rozstrzygnięcia. Bez analizy uzasadnienia wcześniejszej decyzji nie można ostatecznie rozstrzygnąć, czy może ona pełnić rolę precedensu, czy też trzeba w drodze *distinguishing* dokonać zwężenia lub rozszerzenia wyrażonej w niej zasady.

Wreszcie omawianemu podejściu zarzuca się podważanie różnicy między rozumowaniem opartym na precedensie a rozumowaniem *per analogiam*. Niektórzy autorzy twierdzą, że przeciw *ratio decidendi* wyznacza granice tego, co jest wiążące dla późniejszego sądu, tzn. co ów sąd orzekający w późniejszej sprawie jest zobowiązany przyjąć lub wyróżnić. Natomiast wnioskowanie przez analogię nie jest w tym sensie wiążące. Jeśli sprawa późniejsza jest podobna do precedensowej, ale nie taka sama, to w tej późniejszej sprawie nie obowiązuje już ściśle *ratio decidendi* oryginalnego orzeczenia. Ta zasada rozmywa się wszakże, jeśli przyjmiemy, że istotą precedensu jest związanie późniejszego sądu uzasadnieniem sformułowanym przez sąd we wcześniejszej sprawie.

Jeszcze dalej niż teoria R. Dworkina wydaje się iść koncepcja precedensu jako sposobu wyważenia argumentów (*balance of*

---

*bate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, „The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Working Paper” No. 34, tekst dostępny na stronie: <http://ssrn.com/abstract=312781>, s. 14-16.

*reasons*) prezentowana m.in. przez G. Lamonda<sup>66</sup>. Jego zdaniem precedens to takie orzeczenie sądu, które ma szczególne prawnicze znaczenie (*significance*). Polega ono na tym, że decyzja sądu jest uważana za mającą praktyczny autorytet (*practical authority*), a nie tylko teoretyczny. Teoretyczny autorytet występuje wtedy, kiedy okoliczności podjęcia decyzji dostarczają dobrych powodów, aby wierzyć, że obecna decyzja będzie zgodna z prawem (gdyż fakty są takie same, a poprzednia decyzja była właściwa/poprawna [*correct*]). W niektórych systemach tak się przyjmuje: publikuje się sądowe wyroki, ale poprzednia decyzja nie jest wyłączną racją podjęcia takiej samej decyzji w późniejszej sprawie. Natomiast ów praktyczny autorytet przejawia się w przekonaniu, że wcześniejsze decyzje uznaje się za prawo. Sądy są więc zobowiązane orzekać zgodnie z orzeczeniami zapadłymi we wcześniejszych sprawach. Na tym właśnie według G. Lamonda polega doktryna *stare decisis*.

Według G. Lamonda precedens wymaga też szczególnego uzasadnienia, innego niż ustawy uchwalane przez parlament. Precedens jest bowiem przykładem, że rozumowanie prawnicze różni się od rozumowań w życiu codziennym. Na co dzień nie widzimy zwykle powodu, aby swoje decyzje kształtować dokładnie tak jak te, które już kiedyś podjęliśmy. Jeśli się nie pojawią szczególne względy, nie czujemy się zobowiązani do identycznego postępowania. Przeciwnie, łatwo dochodzimy do przekonania, że to, co kiedyś zdecydowaliśmy, było wynikiem rozmaitych ograniczeń, które teraz chcemy odrzucić.

---

<sup>66</sup> G. Lamond, *Do Precedents Create Rules?*, „Legal Theory” vol. 15 (2005), s. 1-26 oraz tenże: *Precedent and Analogy...*, jw., s. 11-12.



Spory o istotę precedensu i o jego znaczenie w systemie *common law* można dalej rozwijać, czyniąc panoramę stanowisk i szczegółowych koncepcji jeszcze szerszą. Rzecz jednak nie w tym, aby popadać w jakieś nie dające się ogarnąć gadulstwo albo, jak pisał C. Znamierowski, w „ekshibicjonizm erudycyjny”. Przedstawione kolekcje teorii i konkretnych rozwiązań mają nas ubogacać: jeśli inspiruje nas myśl o wprowadzaniu do polskiego porządku prawnego instytucji precedensu, to należy pamiętać, że nie da się zrealizować tego pomysłu poprzez kilka prostych, nawet ostrych, decyzji legislacyjnych. Musimy pamiętać, że problematyka precedensu nie ogranicza się do kwestii źródeł prawa! Sednem takich instytucji jak precedens jest właśnie to, że podobnie jak gmachy starych, dobrych uczelni, które są oplecione gęstym bluszczem, tak instytucji prawnych nie powinno się odrywać od bogatej doktryny i rozważań teoretycznoprawnych oraz filozoficznoprawnych, zwłaszcza dotyczących rozumowania prawniczego. Nie sposób więc oddzielić czystych wzorców normatywnych od dorobku kultury prawnej. Nie musi to przy tym oznaczać niemożności sięgania po inspiracje z innych systemów prawnych, m.in. *common law*, a nawet dokonywania „prawnych przeszczepów”. Wymagany jest wszakże głęboki namysł nad procesem takich zmian porządku prawnego i poczucie odpowiedzialności za zadania, których podejmują się nauki prawne.