

Leszek Leszczyński

Pewność i jednolitość sądowego stosowania prawa a odesłania pozaprawne

I. Elastyczność jako wartość stosowania prawa

Najogólniejszą funkcją odesłań pozaprawnych w stosowaniu prawa jest albo wykreowanie **wartości elastyczności** w procesie decyzyjnym, albo wzmocnienie tej wartości tam, gdzie ona występuje w związku z innymi niż występowanie odesłań właściwościami procesu podejmowania decyzji stosowania prawa, czyli innymi źródłami luzu decyzyjnego. W obu przypadkach odpowiednikiem tej postawy podmiotu decyzyjnego jest powstanie lub rozszerzenie zakresu luzu decyzyjnego w procesie. Wiąże się to bezpośrednio z założeniami pojawiającej się w rozwiniętych systemach prawnych polityki prawodawczej, zawierającej swoisty „program” tworzenia odesłań pozaprawnych.

Wszystkie pozostałe funkcje odesłań pozaprawnych, niezależnie od tego, jak byśmy je klasyfikowali, są funkcjami pochodnymi wykreowania lub rozszerzania luzu decyzyjnego powstałego w wyniku pojawienia się odesłania w tekście prawnym. Oczywiście, tak ścisłe związanie tego źródła luzu z konstruowaniem przepisów prawnych znajduje pełne potwierdzenie w systemie prawa ustawowego oraz w tej części systemu anglosaskiego, która pochodzi z działalności legislacyjnej. W przypadku klasycznego *common law* źródłem, z jakiego wyłania się luz decyzyjny, może być także *ratio decidendi* wyprowadzone z konkretnego rozstrzygnięcia (rozstrzygnięcie) o charakterze precedensowym (niezależnie od zakresu jego prawo-

twórczej roli). Nie zmienia to jednak zasadniczej właściwości polegającej na powstaniu lub rozszerzeniu luzu decyzyjnego.

Wysunięcie na czoło aksjologicznych podstaw procesu decyzyjnego wartości elastyczności stosowania prawa każe spojrzeć w sposób wyraźnie zmodyfikowany na relacje pomiędzy wszystkimi wartościami, jakie wiążą się z procesem stosowania prawa. Mówiąc najbardziej ogólnie, prawodawca programowo rezygnuje z jednoznacznej **nadrzędności wartości wewnętrznych** stosowania prawa (legalności, jednolitości i pewności treści podejmowanych decyzji) na rzecz wprowadzania **wartości zewnętrznych** w stosunku do argumentów *stricti iuris* (stosowania przepisów prawnych), tj. wartości sprawiedliwości i słuszności, które wpływają najpierw na treści prawa, a następnie stanowią kryteria korygowania treści prawnych poprzez decyzje stosowania prawa¹.

„Wprowadzenie” wartości elastyczności powoduje tu skutek w postaci wyrażania jakiejś koncepcji sprawiedliwości i słuszności na dwóch poziomach: po pierwsze, w treści przepisów prawnych (w postaci ogólnej koncepcji sprawiedliwości czy słuszności normowania), oraz po drugie, w pewnym sensie niezależnie od podstaw treściowych tych przepisów, w samym procesie decyzyjnym (w postaci sprawiedliwości czy słuszności decydowania). Innymi słowy, odesłania powodują, że podmiot stosujący prawo ma samodzielnie (na podstawie własnego ich rozumienia) oprzeć się, niejako po raz drugi, na tych wartościach „zewnętrznych” już w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Oparcie to może, bez istotnego zachwiania porządkiem aksjologicznym wprowadzonym przez prawodawcę, korygować koncepcję sprawiedliwości przyjętą przy tworzeniu norm prawnych. To powtórne odwołanie się do tych wartości z pewnością osłabia postulaty oparcia procesu decyzyjnego na wartościach legalności, jednolitości i pew-

¹ Rozróżnienie wewnętrznych i zewnętrznych wartości stosowania prawa oznacza bardziej podążenie za konwencją zaproponowaną przez J. Wróblewskiego (*Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, *passim*), niż deklarowanie filozoficznej postawy, która jednoznacznie przesądzałaby o zaliczeniu sprawiedliwości i słuszności do wartości zewnętrznych. Uzasadnieniem przyjęcia takiej konwencji niech będzie natomiast fakt, że są to wartości decydujące o treści prawa, i w konsekwencji o treści decyzji stosowania prawa, która kształtuje się poza podmiotami formułującymi przepisy i decyzje. W tym kontekście wartości te mogłyby być nazwane wartościami „merytorycznymi”, w przeciwieństwie do wartości formalnych, wskazujących na sposób posługiwania się ustalonymi treściami prawnymi.

ności treści decyzji. Osłabia, ale, rzecz jasna, nie eliminuje ich zupełnie. Na tym polega owa wspomniana programowa rezygnacja. Relacje stają się bardziej skomplikowane, a czasem w ogóle trudno czytelne, ale nie mogą zniknąć z pola widzenia praktyki i doktryny prawniczej, bowiem kształtują one aksjologiczne podstawy luzu decyzyjnego spowodowanego obecnością odesłań pozaprawnych w przepisach prawnych.

Rzeczywista rola wartości elastyczności w stosowaniu odesłań pozaprawnych nie jest problemem samoistnym, nie powiązany z ogólnym stylem podejmowania decyzji stosowania prawa. W zależności bowiem od tego, jaka koncepcja decyzji stosowania prawa dominuje w danej kulturze prawnej czy porządku prawnym, zakres „przyzwolenia” na wykorzystywanie tej wartości będzie różny. Zróżnicowanie zakresów owego „przyzwolenia” mogłoby wiązać się z odwołaniem się do wyróżnienia podstawowych koncepcji (ideologii) decyzji sądowego stosowania prawa (związanej oraz swobodnej decyzji sądowej)².

W ramach **stosowania sądowego** przyjęcie koncepcji związanej wyznaczałoby zakres jedynie minimalny, podczas gdy przyjęcie koncepcji swobodnej – zakres maksymalny własnego rozumienia sprawiedliwości czy słuszności w procesie decyzyjnym.

Obecność odesłań pozaprawnych w każdym przypadku „poluzowywałyby” wymogi opierania się w procesie na obowiązujących przepisach prawnych, ale w przypadku koncepcji decyzji swobodnej mogłaby doprowadzić nawet do jakiegoś „nihilizmu” prawnego w sensie programowego opierania decyzji na kryteriach nie określonych w przepisach prawnych. W swym ogólnym kształcie, mimo iż zawsze prowadziłyby do rozszerzenia luzu, byłyby jednak zależna od przyjmowania jednej z wymienionych koncepcji. W koncepcjach związanych zakres luzu wyznaczony przez odesłania pozaprawne ulegałby swoistego pomniejszeniu o zakres „gwarantowanego” przez nie związania podmiotu decyzyjnego obowiązującymi przepisami.

Dla **systemu demokratycznego** najbardziej adekwatnymi, jak się wydaje, koncepcjami decyzji stosowania prawa są: koncepcja decyzji racjonalnej i praworządnej dla decyzji typu sądowego oraz koncepcja decyzji demokratycznej w powiązaniu z elementami technokratycznej dla decyzji

² Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 334 i nast.

typu administracyjnego. Konstatacja taka nie przesądza jednak ustalenia szczegółowych warunków dla treści decyzji, zwłaszcza w sytuacji skorzystania z konstrukcji odesłań pozaprawnych, bowiem skala „rozciągłości” tych koncepcji jest pokaźna. Wskazują one jednak na podstawy wyborów aksjologicznych i dlatego nie mogą być obojętne dla rozważań dotyczących aksjologicznych podstaw luzu decyzyjnego³.

Koncepcje te wskazują chociażby na takie elementy stosowania odesłań, jak możliwość oparcia decyzji na kryteriach pozaprawnych tam, gdzie konstrukcja odesłania zawarta jest w przepisach prawnych. Rozstrzygnięcie kwestii, z „jak dalekiego miejsca” w systemie prawnym można zapożyczać odesłania przy stosowania norm, które same takiego odesłania nie zawierają, jest już jednak zagadnieniem wymykającym się ustaleniom podstawowym w ramach tych koncepcji. Podobnie rola odesłań w poszczególnych elementach procesu (argumentacjach w jego poszczególnych fazach) także musi być przedmiotem ustaleń szczegółowych, wyznaczonych nie tylko w oparciu o reguły proceduralno-kompetencyjne (które po prostu nie wystarczają do wyznaczenia modelu takiej roli), lecz także w oparciu o „utartą” praktykę stosowania prawa w danym porządku prawnym tak, aby wszystkie podmioty znajdowały w niej w miarę niezawodną wskazówkę. W obu tych przejawach procesu decyzyjnego wypełnianie treści koncepcji decyzji stosowania prawa odbywa się w praktyce przy szczególnym udziale naczelných instancji sądowych czy naczelných organów administracyjnych.

Jest natomiast poza dyskusją, że ustalanie treści odesłania pozaprawnego oznacza zawsze sięganie do argumentów nie mieszczących się ściśle w przepisach prawnych i w tym rodzaju argumentacji, niezależnie od dominującej koncepcji decyzji stosowania prawa (a więc także koncepcji np. decyzji związanej) **elastyczność zostanie wykreowana**, jeżeli tylko odesłanie pojawi się w tekście prawnym. Dominacja jednej z koncepcji może jedynie powodować mniej lub bardziej swobodne (intuicyjne lub jakoś „udokumentowane”, aprioryczne lub zbliżone do empirycznego, ostrożne

³ Por. J. Wróblewski, *Sądowe...*, *op. cit.*, s. 383 i nast. Nie oznacza to jednak, że ideologie te wyróżnione są na jednoznacznie porównywalnej płaszczyźnie analizy (por. T. Kozłowski, *Ideologie sądowego stosowania prawa a współczesne kierunki filozoficzno-prawne*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne podstawy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997, s. 179 i nast.).

lub „samokontrolowane”) ustalanie treści odesłań. Szczegółowe proporcje zależą od typu reżimu politycznego, stabilności aksjologii społecznej, typu kultury prawnej, rodzaju gałęzi prawa czy typu stosowania prawa.

O ile zatem w odniesieniu do podstawy zastosowania odesłania oraz roli odesłań w poszczególnych „fazach” procesu decyzyjnego koncepcja decyzji stosowania prawa i procesu decyzyjnego w sposób oczywisty decyduje o szczegółowych właściwościach tych działań, o tyle w odniesieniu do ustalania treści odesłania wpływ ten jest jedynie modyfikatorem podstawowej cechy sięgania do wartości nie inkorporowanych do systemu prawnego.

Klauzule odsyłające odgrywają ważną rolę jako kryterium uelastycznienia stosowania obowiązujących przepisów prawnych. Jest to teza prawdziwa także w odniesieniu do praktyki polskiej **po roku 1989**. Trzeba jednak powiedzieć, że w przeciwieństwie do praktyki okresu PRL, uelastycznianie stosowania prawa nie polega na uznawaniu pewnych przepisów starych za nie nadających się do zastosowania w konkretnym przypadku. Elastyczność prowadzi przede wszystkim do odpowiedniej (zgodnej z nową aksjologią) interpretacji samych klauzul odsyłających oraz na wykorzystaniu kryteriów tych klauzul do takiej interpretacji przepisów prawnych (wykładnia celowościowa adaptacyjna oraz wykładnia funkcjonalna), aby normatywna podstawa treści decyzji stosowania prawa mieściła się w nowej aksjologii prawnej, wyznaczonej przez nowe zasady systemu prawnego. Także więc w zakresie tych rozumowań w procesie decyzyjnym dostrzeżona powinna być wzmacniająca się wartość legalizmu stosowania prawa. Uzasadnienie uelastycznienia stosowania norm zazwyczaj nie ogranicza się do podnoszenia doniosłości kryteriów pozaprawnych, lecz jest skorelowana z podnoszeniem wagi uwzględniania kryteriów zasad prawnych. Z pewnością umożliwia to formuła państwa prawnego, która odchodząc od wyłączności formalnych wymogów praworządności, umożliwia sięganie po kryteria treściowe powiązane z aksjologią prawną wyrażoną przez demokratycznie tworzone nowe prawo. W odniesieniu zaś do tego ostatniego, uelastycznianie nie polega na powoływaniu zasadniczych („fundamentalnych”) argumentów aksjologicznych, lecz raczej na minimalizowaniu „sztywności” rozwiązań prawnych w stosunku do różnorodnych konkretnych sytuacji społecznych, nie dających się w procesie prawodawczym przewidzieć. Klauzule odsyłające dają się znakomicie do tej funkcji wykorzystać.

II. Elastyczność a wartości wewnętrzne stosowania prawa

Wysuwanie wartości elastyczności stosowania prawa na czoło aksjologicznych podstaw posługiwania się odesłaniami pozaprawnymi oraz związane z tym kreowanie i poszerzanie zakresu luzu decyzyjnego, jaki w konsekwencji korzystania z konstrukcji odesłań powstaje w procesie decyzyjnym, powoduje naturalną deprecjację roli tych wartości stosowania prawa, które związane są z wewnętrznymi jego właściwościami oraz ze spełnianiem w decyzjach kryteriów wyrażonych w samych przepisach prawnych. Mowa przede wszystkim o wartościach jednolitości i pewności zarówno procesów podejmowania decyzji, jak też treści decyzji w jakimś sensie opartych także na kryteriach pozaprawnych oraz o wartości praworządności stosowania prawa.

Należy przyjąć, że **prawodawca** poprzez formułowanie odesłań rezygnuje, przynajmniej częściowo, z nadrzędności kryteriów zawartych w przepisach prawnych na rzecz oceniania pozaprawnego (a więc także opierania decyzji na wartościach słuszności czy sprawiedliwości), jeśli idzie o treść decyzji, oraz z nadrzędności tzw. wartości wewnętrznych stosowania prawa na rzecz wartości elastyczności, jeżeli idzie o przebieg procesu decyzyjnego i jego wpływ na treść decyzji finalnej stosowania prawa. Argumenty prawne, w zamyśle prawodawcy, stają się w sytuacji formułowania odesłań w mniejszym stopniu wartością samoistną i wystarczająco sprawnym regulatorem oraz środkiem kontroli społecznej. Nadrzędne miejsce zajmuje „manewr ocenny”.

Przeniesienie tej postawy na podmioty stosujące prawo dokonuje się względnie łatwo. Nie idzie tu jedynie o fakt, że każda konstrukcja kreująca luz decyzyjny może stać się po prostu wygodna dla podmiotów podejmujących konkretne decyzje. W sprzyjających warunkach (np. w sytuacji głębokiej zmiany społecznej, w sytuacji bezpośredniego wpływu układu politycznego na stosowanie norm), zwłaszcza gdy postawa taka jest mocno akceptowana przez struktury decyzyjne, może to prowadzić nawet do swobodnego lekceważenia argumentów prawnych w ogóle. Z pewnością taki „nihilizm” nie leży u podstaw założeń prawodawczych. Rezygnacja prawodawcy z wyłącznej roli argumentów wewnątrzprawnych nie może iść w normalnych warunkach tak daleko. Należałoby powiedzieć, że z całą pewnością oczekiwania prawodawcy nie zakładają ani „przełamania”

cech systemu prawa ukształtowanych w danej kulturze prawnej, ani „przekraczania” przyjętych podstaw aksjologicznych całego porządku prawnego. Dlatego właśnie prawodawca decyduje się niekiedy na wyraźne sformułowanie „**ram wyborów aksjologicznych**”, które nie przesądzają wprawdzie o ocenach w konkretnych przypadkach zastosowania odesłań, ale jednak porządkują wybory, pozwalają na wyznaczenie przynajmniej ogólnej linii orzecznictwa wiążącego się z tymi odesłaniami.

Jest więc miejsce dla wartości wewnętrznych stosowania prawa. Są więc także elementy konstrukcji normatywnych, które nie pozwalają podmiotom stosującym normy na zupełną rezygnację z tych wartości pomimo oparcia procesu decyzyjnego i treści decyzji na kryteriach pozaprawnych. Podstawowe składniki paradygmatu prawa jako jednolitego środka kontroli zachowań społecznych zostają więc zachowane.

III. Pewność i jednolitość w stosowaniu odesłań pozaprawnych

Jednolitość decyzji opartych na odesłaniach pozaprawnych wiąże się z idealizacyjnym charakterem aksjologii prawniczej oraz możliwością porównywania argumentacji prawniczych w różnych, nawet odległych merytorycznie od siebie decyzjach stosowania prawa i procesach decyzyjnych podejmowanych przez różne podmioty. **Ujednolicanie procesów stosowania prawa** jest zabiegiem ważnym i widocznym, zwłaszcza w decyzjach najwyższych instancji sądowych. Wiele z zabiegów, które były analizowane szczegółowo w różnych fragmentach pracy, mogą być widziane w świetle założenia ujednolicania stosowania odesłań. Dotyczy to, chociaż z przeciwnych względem siebie powodów, zarówno zabiegu uogólniania treści odesłania lub jego roli w procesie (po to, aby treść odesłania mogła być zastosowana w różnych rodzajach spraw), jak i zabiegu katalogowania kryteriów odesłań (po to, aby stworzyć *quasi*-system odesłań, z którego można byłoby czerpać odpowiednie podstawy kwalifikacji poszczególnych przypadków). Dbałość o ujednolicanie praktyki widoczna jest także wówczas, gdy kryteria odesłań rozważane są w kontekście ewentualnych zastosowań do przypadków podobnych⁴. Jest charakterystyczne, że zwykle

⁴ Por. np. uchwała Izby Cywilnej SN z dnia 26 IV 1952 r., PiP 1952, nr 7, s. 113-118, oraz uchwała Izby Cywilnej SN z dnia 26 I 1973 r., OSNCP 1974, nr 10, poz. 154.

pozytywnie co do zamiaru ujednoczenia stosowania odesłań wypowiedzają się autorzy glos⁵.

Należy jednak powiedzieć, że wartość jednolitości, podkreślana w warunkach trwałości systemu prawnego przed rokiem 1989, w **ostatniej dekadzie** ulega pewnej erozji z punktu widzenia zarówno koncepcji prawodawczej, jak i praktyki stosowania prawa. Najpierw na mocy nowelizacji u.s.p. w 1989 r. wytyczne w zakresie wykładni i stosowania prawa wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej (która to nazwa zastąpiła w roku 1986 nazwę „wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej”) uległy likwidacji. Następnie w 1992 roku Sąd Najwyższy w pełnym składzie sędziów wypowiedział się negatywnie co do obowiązywania wytycznych uchwalonych wcześniej oraz co do traktowania ich na gruncie obecnego ustawodawstwa jako zasady prawne⁶. Nie to nawet jest jednak najważniejsze. Powyższa uchwała bowiem, nie dotycząca nawet w najmniejszym stopniu starych czy nowych odesłań pozaprawnych ani starej czy nowej praktyki posługiwania się nimi, wypowiedziała się jednoznacznie co do ogólnej roli wartości jednolitości stosowania prawa (której wytyczne były przecież jedynie jednym z instrumentów) w sposób wyraźnie deprecjonujący, zestawiając ją z wartościami elastyczności, sprawiedliwości i niezawisłości, tak że nie wywołuje to żadnych wątpliwości co do zakładanej przez SN intencji. Szczególnie jedna z głównych tez o charakterze ogólniejszym zasługuje na uwagę.

SN stwierdził, iż „Jednolitość orzecznictwa ma jednak wiele aspektów i nie może być pojmowana mechanicznie, a w praktyce funkcjonowania wymiaru sprawiedliwość stanowi często raczej postulat niż rzeczywistość. Warto przytoczyć zapatrywanie z okresu międzywojennego, że jednolitość judykatury nie jest celem ani osiągalnym, ani pożądanym. Zarówno w wypadku gwałtownego przewrotu stosunków społecznych i ekonomicznych, jak i wypadku, gdy drogą powolnej ewolucji stosunki te się zmieniają, a dawne *ius* zmienia się w *iniuria*, zadaniem sędziego jest drogą nowej, twórczej wykładni tekstu sprawiedliwości zadośćuczynić”. I dalej: „Wy-

⁵ Por. Z. Ziembicki, *Glosa do wyroku SN z 29 XI 1967 r.*, OSPiKA 1968, nr 10, s. 452-455; A. Stelmachowski, *Glosa do uchwały Izby Cywilnej SN z 28 V 1968 r.*, OSPiKA 1970, nr 10, s. 428-430.

⁶ Por. uchwała pełnego składu SN z dnia 5 V 1992 r., OSP 1993, poz. 218.

tyczne (...) wynikały z takich zasad aksjologicznych, w których jedność orzecznictwa miała mieć wartość samoistną, a nawet nadrzędną w stosunku do wymiaru sprawiedliwości. Nie można podzielić poglądów wypowiadanych czasem w literaturze, że jednolitość i poprawność orzecznictwa muszą być ujmowane jako organiczna jedność i że są pojęciami wzajemnie się współokreślającymi. (...). Jednolitość odwołuje się do kryteriów sformalizowanych, porównywalnych do jakiegoś wzorca, natomiast poprawność nawiązuje do ocen, wśród których treść normy prawnej może być jednym z kilku możliwych kryteriów oceny. Można więc sobie wyobrazić orzecznictwo jednolite, lecz nieprawidłowe (...). Przyjmując, że naczelnym zadaniem Sądu Najwyższego jest sprawowanie sprawiedliwości w sposób i w ramach zakreślonych przez normy kompetencyjne, należy odrzucić te wszystkie sformalizowane metody, mające zapewnić jednolitość orzecznictwa, które pozostają w sprzeczności z wymaganiami sprawiedliwego orzekania, a w szczególności z zasadą niezawisłości sędziowskiej, prawem do nieskrępowanej instytucjonalnie interpretacji przepisów prawnych i stosowania ich odpowiednio do okoliczności konkretnej sprawy⁷⁷.

Wydaje się, że sprawa nie jest jednak tak prosta i jednoznaczna. Prawdopodobnie w odniesieniu do procesów stosowania prawa w ogóle, ale w odniesieniu do stosowania odesłań pozaprawnych przede wszystkim. SN potraktował instytucje wytycznych jako modelowy instrument osiągnięcia jednolitości w praktyce poprzedniego ustroju (ze wszystkimi tego konsekwencjami co do metod udzielania wskazówek i ich treści) i w tym kontekście wypowiedzi na ich temat są w sumie zrozumiałe. Nie powinno jednak, moim zdaniem, przysłonić to roli, jaką wartość jednolitości odgrywa w procesach stosowania prawa w sytuacjach, jeżeli jest osiągana nie za pomocą środków nakazujących stosowanie konkretnych rozwiązań bezwzględnie. Wewnętrzne właściwości, jakie kształtują się w praktyce stosowania prawa są cenne same przez się i w każdych warunkach mogą przeciwdziałać np. niedociągnięciom prawodawczym. Jest to aktualne zwłaszcza w warunkach rozwijania instytucji demokratycznych, gdzie wykorzystanie orzecznictwa do osiągnięcia konkretnych celów politycznych rzeczywiście maleje. Jeżeli te właściwości „ucierają się” na drodze wymiany i wzajemnego oddziaływania argumentacji decyzyjnych, to praktyka

⁷⁷ Uchwała pełnego składu SN z dnia 5 V 1992 r., OSP 1993, poz. 218, s. 523.

jako całość ulega wzmocnieniu, a sposoby posługiwania się danymi konstrukcjami normatywnymi i instytucjami osiągają jakiś rozsądny konsens. Ryzyko błędnego ukształtowania się całej linii praktyki jest z pewnością mniejsze niż ryzyko błędu ustawodawczego. Rola orzecznictwa zresztą rośnie i niezależnie od stanowiska wyrażonego w cytowanej uchwale SN, takie mechanizmy osiągnięcia jednolitości będą się kształtować.

Jest to, jak się wydaje, szczególnie aktualne w odniesieniu do odesłań pozaprawnych, stosowanych w warunkach demokratycznego systemu politycznego. Ujednolicanie praktyki może wpływać tu szczególnie korzystnie na przewidywalność decyzji także od strony adresata (**pewność treści decyzji**). Rzecz jasna, nie należy rozumieć jednolitości stosowania prawa jako identyczności treści decyzji w podobnych sprawach. Nie wydaje się zresztą, aby ktokolwiek dziś tak mógł jednolitość rozumieć. Idzie więc o ukształtowanie rozsądnej linii stosowania odesłań w określony sposób w rozumowaniach walidacyjnych, interpretacyjnych oraz związanych z ustalaniem i kwalifikacją ustalonego stanu faktycznego. Idzie także o w miarę jednolite odczytywanie treści poszczególnych odesłań, a zwłaszcza o nakreślenie niemożliwych do jednoznacznego apriorycznego wyznaczenia granic treści kryteriów, z których wyprowadzane są konkretne oceny. Trudno byłoby znaleźć argumenty, które dewalutowałyby tak rozumiane postulaty, jeżeli wykluczy się możliwość obligatoryjnego narzucania stosowania przez poszczególne podmioty decyzyjne rozwiązań przyjętych przez inne podmioty. Nagannym, jak się wydaje, nie jest zatem sama wartość jednolitości, lecz co najwyżej obligatoryjne do niej dążenie.

Praktyka orzecznicza **ostatniej dekady** rzeczywiście nie akcentuje doniosłości zasady jednolitości stosowania prawa. Jest to z pewnością, przynajmniej w jakiejś mierze, efekt zacytowanej wyżej uchwały pełnego składu SN. Należy jednak zauważyć, że trudno byłoby spotkać w innych orzeczeniach najwyższych instancji sądowych równie zdecydowaną, jak w tej uchwale, dyskredytację tej wartości. Oznaczać to może, jak się wydaje, dwie rzeczy. Po pierwsze, że rzeczywiście odchodzi się od uznawania potrzeby istnienia formalnych instrumentów osiągnięcia jednolitości orzecznictwa (co korespondowałoby z posunięciami prawodawczymi, likwidującymi nie tylko wspomniane wytyczne, ale także kompetencję TK do uchwalania powszechnie obowiązującej wykładni ustaw). Po drugie natomiast, że wygodniej jest traktować jednolitość stosowania prawa jako rzeczywistość,

kształtowaną na drodze „siły argumentów” wartość tego procesu, ale nie ujawniać w uzasadnieniach decyzji potrzeby kierowania się wzorcami już ustalonymi w innych decyzjach. Nie można oprzeć się wrażeniu, że taka postawa podmiotów decyzyjnych jest aktualna, zwłaszcza w przypadku posługiwania się klauzulami odsyłającymi, przy korzystaniu z których „przetarcie szlaku” przez jakąś ważną, wcześniejszą decyzję innego sądu (szczególnie najwyższych instancji) stanowi nie tylko argument uzasadnienia, ale także istotną wskazówkę co do ustalenia treści klauzuli oraz sposobu posłużenia się nią w procesie. Wzmacniałoby to twierdzenie o obecności argumentacji *quasi*-precedensowych w naszej praktyce sądowej.

IV. Jednolitość a argumentacje precedensowe w stosowaniu odesłań

W związku z rolą wartości jednolitości stosowania prawa należy przy najmniej kilka zdań powiedzieć o przydatności kształtowania się rozumowań wykorzystujących **rozwiązania precedensowe**, tzn. przyjęte przez inne podmioty decydujące w podobnych sprawach. Brak tu miejsca na roztrząsanie istoty argumentacji precedensowych poprzez analizę porównawczą w ramach kultur *common law* oraz prawa stanowionego⁸. Dla potrzeb rozważań o odesłaniach pozaprawnych można natomiast skonstatować na wstępie, że pomimo braku reguły *stare decisis* (tzn. reguły precedensu, ustalającej sposoby zachowań podmiotów decyzyjnych, na mocy których należy ugruntowany precedens stosować czy też na mocy których można ustalony precedens „przełamywać”) obecność myślenia „typu precedensowego” może być w procesach stosowania prawa przy wykorzystaniu konstrukcji odesłań pozaprawnych z łatwością stwierdzona. Zanim teza ta zostanie rozwinięta, niezbędnych jest kilka uwag na temat roli argumentacji precedensowych w naszym orzecznictwie w ogóle.

Wydaje się, że powszechną praktyką, typową chyba dla kultury prawa ustawowego, a wyraźnie widoczną także w praktyce polskiej, jest raczej **ukrywanie** faktu posługiwania się argumentami wysuniętymi w decyzjach

⁸ Por. R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1968, *passim*; S. Pomorski, *American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege*, Warszawa 1975, s. 30 i nast. oraz prace L. Morawskiego, *Czy precedens powinien być źródłem prawa*, [w:] *W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa*, Lublin 1996, *passim* oraz *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 1999, s. 183 i nast.

podjętych poprzednio w podobnych sprawach (precedensowych). Nawet jeśli faktycznie argumenty te są wykorzystywane, to w uzasadnieniu nacisk położony jest na wskazanie oparcia decyzji na normie ustawowej. Dotyczy to przede wszystkim sądów powszechnych, dla których oparcie decyzji na *ratio decidendi* wyprowadzonym z poprzedniej decyzji może wywoływać obawy co do wyników nadzoru instancyjnego. Dotyczy to jednak także orzeczeń SN, dla którego powyższe względy nie mogą odgrywać takiej roli. Okazuje się więc, że zasadnicze znaczenie mają tu cechy kultury prawnej, a nie „taktyka orzecznicza”. Powołanie się na precedens może jedynie wzmacniać argumentację powołania się na przepisy prawne. Dotyczy to w całej rozciągłości decyzji związanych ze stosowaniem odesłań pozaprawnych.

Powołanie się na precedens, jeżeli ma miejsce, dokonywane jest w „miękki” sposób. Także ta cecha odnosi się do podejmowania decyzji w oparciu o odesłania pozaprawne. Decyzje nie „wyrastają” z decyzji poprzednich. Sądy częściej powołują się na „ogólną linię orzecznictwa”⁹, zamiast na konkretną decyzję. Raczej wyjątkowo podaje się przykłady sygnatur takich decyzji¹⁰. Jeszcze rzadziej ma miejsce powołanie się wprost na daną argumentację (np. przytoczenie myśli przewodniej danego orzeczenia¹¹), a już do zupełnych wyjątków należy, co najbardziej odpowiadałoby anglosaskiej praktyce orzekania na podstawie precedensów, zacytowanie tezy czy fragmentu uzasadnienia decyzji¹², do których w danym przypadku należy nawiązać. Nawiązywanie do praktyki precedensowej przy stosowa-

⁹ Por. np. postanowienie SN z dnia 18 I 1967 r., OSNCP 1967, poz. 157; postanowienie SN z dnia 24 I 1973 r., OSNCP 1973, poz. 214; postanowienie SN z dnia 21 VI 1979 r., OSPiKA 1980, poz. 30.

¹⁰ Por. np. orzeczenie SN z dnia 29 IX 1964 r., PiP 1956, nr 11, s. 913 i nast.; uchwała SN z dnia 13 VI 1969 r., OSNCP 1970, poz. 122; uchwała SN z dnia 13 II 1981 r., OSNCP 1981, poz. 207.

¹¹ Por. jednak np. wyrok SN z dnia 20 VIII 1968 r., OSPiKA 1969, poz. 67; wyrok SN z dnia 19 XII 1975 r., OSNCP 1976, poz. 221.

¹² Por. jednak np. uchwała SN z dnia 18 VII 1969 r., OSNCP 1970, poz. 4. Na tym tle zauważyć należy takie precedensowe posłużenie się orzeczeniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, którego wyrok (Castells przeciwko Hiszpanii, A.236) został wprost zacytowany przez SN (por. orzeczenie SN, OSNAPiUS 1994, poz. 77)). O innych przypadkach uwzględniania orzeczeń Trybunału por. L. L e s z c z y ń s k i, *Application of the European Convention in the Polish Courts: An Impact on the Judicial Argumentation*, East European Human Rights Review, vol. 2, no 1, 1996, *passim*.

niu odesłań ma „miękki” charakter także dlatego, iż zwykle tezy powoływanych decyzji są modyfikowane w zależności od przypisanej w aktualnym przypadku treści klauzuli odsyłającej, wchodzącej do „nowego” *ratio decidendi*¹³. Rzecz jasna, na podstawie sposobu odwoływania się do decyzji poprzednich w uzasadnieniu nie można z całą pewnością powiedzieć, na ile miało miejsce faktyczne oparcie się na rozumowaniach przeprowadzonych przy wydaniu tych poprzednich decyzji, bowiem, jak przyjęto wcześniej, uzasadnienie jest raczej racjonalizacją *ex post* niż dokładnym opisem własnych rozumowań i argumentacji zachodzących w procesie podejmowania decyzji. Faktem jest natomiast, że używa się w procesach stosowania odesłań takich samych lub podobnych argumentów uzasadniania decyzji¹⁴.

W procesach stosowania odesłań pozaprawnych zagadnienie obecności rozumowań precedensowych nie może wiązać się jedynie ze sposobem zastosowania odesłania. Istotną częścią procesu stosowania odesłań jest bowiem **ustalenie treści kryteriów pozaprawnych** i tu wykorzystanie argumentacji precedensowych przynieść może dość wymierne skutki. Z racji nieokreśloności znaczeniowej kryteriów pozaprawnych posługiwanie się decyzjami już raz (lub wiele razy) ustalającymi ich treść musi mieć miejsce niezależnie od tego, czy w uzasadnieniu powołanie się na takie poprzednie decyzje ma miejsce. Intuicyjny z reguły sposób ustalania wartości, przyjęty jako powszechna metoda niekatologowania kryteriów pozaprawnych, ogólność ukierunkowania itp., skłania do przyjęcia tezy o przydatności rozumowań precedensowych w tym kontekście. Nie ma tu rzecz jasna ukształtowanych reguł np. przełamywania treści raz ustalonej. Każdy jednak podmiot stosujący odesłanie, którego treść była przedmiotem decyzji w podobnych sprawach, a sama ta decyzja została odpowiednio upubliczniona (np. zawarta w zbiorach orzeczeń), nie może nie brać tej treści pod uwagę. „Kruchość” argumentów aksjologicznych skłania w wielu przypadkach, zwłaszcza przy kryteriach moralnych, do zachowania owej „linii orzecznictwa” bardziej niż w przypadkach, w których rozumowanie może być „podparte” wyraźniejszym brzmieniem normy ustawowej. W

¹³ Por. np. wyrok SN z dnia 16 I 1970 r., OSNCP 1970, poz. 145; uchwała SN z dnia 19 V 1981 r., OSNCP 1981, poz. 228.

¹⁴ Co prowadzi do pojęcia precedensu w szerszym znaczeniu (por. J. W r ó b l e w s k i, *Wartości, op. cit.*, 133 i nast.; M. Z i r k - S a d o w s k i, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, PiP 1980, nr 6, s. 71-73).

najwyższym stopniu dotyczy to najmniej z reguły sprawdzalnych kryteriów moralnych, bowiem kryteria polityczne, które można łatwiej weryfikować w oparciu o dokumenty polityczne, czy kryteria ekonomiczne, które mają charakter bardziej pragmatyczny lub są też po prostu upolitycznione, mają bardziej wyrazistą treść.

Z punktu widzenia stosunku wartości elastyczności stosowania prawa do wartości jego jednolitości (i w pewnym sensie – pewności), precedensy są elementem **ściężającym zakres swobody** oraz pole manewru związanego z uelastycznianiem procesów stosowania prawa. Są więc, można powiedzieć, naturalną przeciwwagą zbytowego uelastyczniania. Jeśli jest to dokonywane przy pomocy siły argumentów płynących z decyzji precedensowych, a nie za pomocą „argumentu siły” (tzn. formalnego obowiązywania raz ustalonych rozumowań), to płynie z tego korzyść polegająca na wkładzie konsolidującej się właśnie pod względem jednolitości orzecznictwa praktyki stosowania prawa w rozwój porządku prawnego i kultury prawnej. Może to stanowić nawet pewne remedium na niedogodności i niedociągnięcia procesów legislacyjnych (np. nieprawniczego składu parlamentu, pośpiechu czy ukrytej walki interesów politycznych w pracach legislacyjnych). Może ponadto mieć decydujące znaczenie w sytuacji głębokiej zmiany społecznej, w której konieczne jest jakieś dostosowanie norm powstałych w odmiennym systemie oraz odmiennej aksjologii prawnej i politycznej. Może także zbliżać dokonania praktyki prawniczej w różnych krajach tej samej kultury prawnej, co jest istotne zwłaszcza wówczas, gdy kraje te się pod względem prawnym integrują¹⁵.

Powyższe cechy zauważyć można w polskiej praktyce orzeczniczej całego okresu po II wojnie światowej. Wiązą się one bardziej z rygorystycznym pojmowaniem właściwości kultury prawnej prawa stanowionego niż z rodzajem reżimu politycznego, chociaż ten ostatni może wpływać dodatkowo na „słabość” argumentacji precedensowych z powodu ograniczonej

¹⁵ W sytuacji polskiej dotyczy to zarówno przejmowania wzorów innych państw europejskich lokujących się w ramach kultury prawa stanowionego, w których jednak obecności argumentacji precedensowych się nie neguje (por. np. C. P e r l m a n, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984, s. 104 i nast.), jak też uwzględniania (zwłaszcza w przyszłości) decyzji organów rozstrzygających Unii Europejskiej (por. art. 164 czy art. 177 Traktatu o Utworzeniu Wspólnoty Europejskiej), a także Rady Europy (por. np. art. 32 Konwencji Europejskiej).

roli sądownictwa w ogóle oraz nierealizowania kanonów zasady niezależności i niezawisłości sądów (która zwykle wzmacniając samodzielność praktyki orzeczniczej, sprzyja też wykorzystywaniu argumentacji precedensowych). W tym kontekście sytuacja głębokiej zmiany społecznej, prowadzącej do kształtowania się systemu demokratycznego oraz wzmocnienia elementów legalistycznych **w latach dziewięćdziesiątych**, pozwala na pewne zmiany akcentów. Powstało bowiem podłoże dla większej samodzielności praktyki stosowania prawa, a sam system polityczny i prawny przestał stwarzać podstawy do kreowania linii orzecznictwa przez podmioty zewnętrzne w stosunku do sądownictwa oraz bezpośredniego wpływu na treść konkretnych decyzji stosowania prawa. Jednocześnie tradycje kultury kontynentalnej, wzmocnione przez fakt braku bliższego kontaktu z trendami spotykanymi w ramach tej kultury prawnej w zachodnioeuropejskich porządkach prawnych stanowią, jak się wydaje, w dalszym ciągu pewną, chociaż już nie tak decydującą, przeszkodę w sięganiu do argumentacji precedensowych oraz po części – w ujawnianiu faktu takiego sięgania w uzasadnieniach decyzji stosowania prawa także w dzisiejszej praktyce polskiej.

Dotyczy to przede wszystkim zakresu wpływu argumentów zaczerpniętych z wcześniejszych decyzji. W dalszym ciągu bowiem przyjąć należy jako zasadę, iż argumenty z takich decyzji „jedynie” douzasadniają rozwiązania skonstruowane na podstawie przepisów prawnych. Nie są więc samodzielne i wystarczające, co potwierdza tezę, że jest to co najwyżej precedens nieprawotwórczy, określający sposób skorzystania z normy wyrażonej w przepisie jako podstawy decyzji.

Zmienia się natomiast podejście do ujawniania skorzystania w jakimś fragmencie procesu decyzyjnego z decyzji wcześniejszej. Rzadziej podnoszony jest argument ograniczający się do najbardziej ogólnego powołania jedynie na linię orzecznictwa. Powołanie sygnatur wcześniejszych decyzji, zwłaszcza najwyższych instancji sądowych, staje się regułą. Coraz częściej spotkać można prezentację tez orzeczeń lub pojedynczego orzeczenia, które wykorzystane zostaje w aktualnym procesie decyzyjnym. Spotyka się także cytaty z takich decyzji, niekiedy bez oznaczenia konkretnej decyzji¹⁶, cho-

¹⁶ Por. np. uchwała pełnego składu SN z dnia 5 V 1992 r., OSP 1993, poz. 218, s. 523 (zapatrywanie z okresu międzywojennego).

cięż regułą jest oczywiście podanie źródła, które może sięgać nawet sądów międzynarodowych, podejmujących w dodatku decyzję w sprawie innego państwa niż RP¹⁷. Tendencje te wydają się być znamienne w nowej polskiej rzeczywistości prawnej i należy przypuszczać, iż praktyka ta będzie się umacniać w przyszłości, zwłaszcza gdy do integracji prawnej w ramach Rady Europy dojdzie integracja prawna w ramach Unii Europejskiej.

Cechy powyższe dają się zaobserwować w odniesieniu do wykorzystywania też decyzji podejmowanych po 1989 r. Mimo że brak jest w orzecznictwie wypowiedzi, które dyskredytowałyby orzecznictwo sprzed 1989 r., to jednak wydzwitek uchwały pełnego składu SN w odniesieniu do instytucji wytycznych¹⁸ każe z ostrożnością potraktować możliwość bezpośredniego oparcia aktualnej decyzji na orzeczeniu z okresu PRL. Nie byłoby to możliwe szczególnie w przypadku takich decyzji wówczas podejmowanych, które podnosiłyby argumenty starej aksjologii, a zwłaszcza byłyby uwikłane w starą aksjologię polityczną.

W konkluzji należałoby zatem stwierdzić, iż trudno byłoby znaleźć, w warunkach demokratycznego porządku społecznego i prawnego, doniosłe argumenty przemawiające przeciwko rozsądnemu wykorzystaniu argumentacji precedensowych w stosowaniu nieokreślonych w swej naturze klauzul odsyłających, jeżeli tylko jednoznaczne argumenty ustawowe byłyby szanowane, a indywidualizacja poszczególnych przypadków – zachowana. Jak się wydaje, nie powinna podważyć tej tezy analiza procesów stosowania odesłań dokonana z punktu widzenia najważniejszej wartości stosowania prawa – wartości praworządności, mimo że jej formalny wyraz w kontekście praktyki stosowania prawa oznacza zgodność decyzji stosowania prawa z jego literą pod względem kompetencyjnym, proceduralnym i treściowym.

¹⁷ Por. zacytowanie fragmentu orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Castells przeciwko Hiszpanii w decyzji SN (przypis 12).

¹⁸ Por. powoływaną wyżej uchwałę pełnego składu SN, w której argument upolityczniana bez trudu można znaleźć, mimo że trudno byłoby uznać go za dominujący („Wytyczne miały określać (...) konkretne zadania wymiaru sprawiedliwości i sposób ich spełniania stosownie do warunków społecznych, gospodarczych i politycznych. Takie określenie celu wytycznych eliminowało element wykładni prawa i wskazywało jednoznacznie na ich rolę jako dyrektyw co do oczekiwanego kierunku polityki prawa, kreowanego w przeważającym stopniu przez postulaty polityczne niż normatywne” – por. s. 520).