



MONOGRAFIE PRAWNICZE

MACIEJ WOJCIECHOWSKI

PEWNOŚĆ PRAWA

WYDAWNICTWO UNIwersYTETU GDAŃSKIEGO

PEWNOŚĆ PRAWA



MONOGRAFIE PRAWNICZE

KOORDYNATOR SERII

GRZEGORZ WIERCZYŃSKI

MACIEJ WOJCIECHOWSKI

PEWNOŚĆ PRAWA

**WYDAWNICTWO UNIwersYTETU GDAŃSKIEGO
GDAŃSK 2014**

Recenzent
prof. dr hab. Jolanta Jabłońska-Bonca

Redaktor Wydawnictwa
Joanna Kamień

Projekt okładki i stron tytułowych
Andrzej Taranek

Skład i łamanie
Kamil Smoliński

Publikacja dofinansowana z działalności statutowej
Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego
oraz środków Katedry Teorii i Filozofii Państwa i Prawa
Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego

© Copyright by Uniwersytet Gdański
Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego

Publikacja dostępna w Systemie Informacji Prawnej LEX

ISBN 978-83-7865-137-6

Redakcja:
Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego
ul. Armii Krajowej 119/121, 81-824 Sopot
tel./fax 58 523 11 37, tel. 725 991 206
e-mail: wydawnictwo@ug.edu.pl

www.wyd.ug.edu.pl
Księgarnia internetowa: www.kiw.ug.edu.pl

Spis treści

Wykaz skrótów.	7
Wprowadzenie.	9
Rozdział 1. Pojęcie pewności prawa jako problem teorii i filozofii prawa ...	23
1.1. Bezpieczeństwo prawne według Gustawa Radbrucha.	26
1.2. Obiektywna i subiektywna pewność prawa.	27
1.3. Formalna i materialna pewność prawa.	30
1.4. Wertykalna i horyzontalna pewność prawa.	32
1.5. Zdaniowa perspektywa badawcza.	33
1.5.1. Pewność jako problem epistemologiczny.	37
1.5.2. Analityczny charakter twierdzeń dogmatycznoprawnych a ich pewność.	41
1.5.3. Pewność zdań prawnych.	44
Rozdział 2. Pewność tworzenia prawa.	53
2.1. Pewność prawodawcy.	54
2.2. Pewność sytuacji prawnej adresata norm prawnych.	57
2.3. Pewność tworzenia prawa w sensie politycznym i jurydycznym. ...	59
2.4. Przewidywalność decyzji tworzenia prawa w sensie politycznym a przewidywalność decyzji stosowania prawa.	61
2.5. Postulat ogólności prawa.	63
2.5.1. Ogólność norm będących efektem procesów globalizacyjnych a pewność prawa.	72
Rozdział 3. Problem błędnej wykładni.	81
3.1. Pojęcie błędnej wykładni w doktrynie polskiego prawa cywilnego procesowego.	85
3.2. Pojęcia błędu.	88
3.3. Błędy logiczne.	91

3.3.1. Błędy definicji	92
3.3.2. Błędy rozumowania	97
3.4. Konsekwencje odróżnienia wykładni w sensie pragmatycznym i apragmatycznym	100
3.4.1. Heurystyczna a racjonalizująca funkcja dyrektyw wykładni	104
Rozdział 4. Przewidywalność decyzji stosowania prawa	109
4.1. Pojęcia przewidywalnej decyzji stosowania prawa	109
4.2. Problem zdeterminowania decyzji stosowania prawa przez reguły prawne (<i>legal indeterminacy</i>)	118
4.2.1. Otwarta tekstowość	122
4.2.2. Rola ocen w przewidywaniu decyzji sądowej	130
4.2.3. Właściwości stosowania prawa	136
4.2.4. Problem tzw. luk w prawie	141
4.2.5. Spójność zbioru norm prawnych	148
4.2.6. Sceptycyzm reguł	153
4.2.7. Zwiększanie wartości informacyjnej swoich działań	155
Rozdział 5. Pewność prawa – zasada czy wartość (ideał)?	159
5.1. Pewność prawa a problem celu prawa	159
5.2. Pewność prawa i bezpieczeństwo prawne jako funkcja prawa ...	167
5.3. Pewność prawa jako zasada prawa w poglądach doktryny	172
5.4. Pewność prawa jako zasada prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego	175
5.5. Wątpliwości wokół ujmowania pewności prawa jako zasady prawa	182
5.6. Pewność prawa jako wartość (ideał) prawa	194
5.6.1. Koncepcja ideałów transcendentnych	197
5.6.2. Immanentna koncepcja ideałów	202
Zakończenie	209
Literatura	215

Wykaz skrótów

Akty prawne

k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
k.k.	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
k.p.a.	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 30, poz. 168 z późn. zm.)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 101)
k.r.o.	ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 788)
Konstytucja RP	Konstytucja: Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
ustawa o VAT	ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535)

Czasopisma i publikatory

AFPiFS	Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej
AUNC	Acta Universitatis Nicolai Copernici
AUL	Acta Universitatis Lodziensis
FP	Forum Prawnicze
GSP	Gdańskie Studia Prawnicze
HLR	Harvard Law Review
LSR	Law & Society Review
Pal.	Palestra
PiP	Państwo i Prawo
Prz. Leg.	Przegląd Legislacyjny

RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
St. Praw.	Studia Prawnicze
St. Pr.-Ek.	Studia Prawno-Ekonomiczne
ZNUJ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego
ZNUŁ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego

Inne

TK	Trybunał Konstytucyjny
WSA	wojewódzki sąd administracyjny

Wprowadzenie

Potrzeba bezpieczeństwa jest jedną z podstawowych potrzeb człowieka. Jednym ze środków jej zapewnienia jest prawo. W związku z tym nasuwają się różne praktyczne pytania. Jakie cechy zbioru norm prawnych wzmacniają poczucie bezpieczeństwa? Czy większa ilość przepisów prawa zaspokaja tę potrzebę, czy przeciwnie – ją zwiększa? Czy prawo powinno być stosowane formalistycznie, czy elastycznie? W jakich sytuacjach potrzeba bezpieczeństwa człowieka uzasadnia naruszenie wolności innego człowieka¹? Pytań tego rodzaju można postawić wiele. Z wyżej wymienionych trzy pierwsze dotyczą środków służących realizacji celu, jakim jest potrzeba bezpieczeństwa, zaś ostatnie implikuje względność potrzeby bezpieczeństwa w obliczu innej potrzeby, jaką jest wolność człowieka. Pokazuje to tym samym różne płaszczyzny rozważań na ten temat.

Jak wspomniałem wyżej, jednym z warunków bezpieczeństwa jest prawo. Określenie to jest jednak nieprecyzyjne, gdyż nie tylko nie wiadomo, w jakim znaczeniu termin „prawo” został w nim użyty, ale również, czy wszystkie cechy prawa wpływają korzystnie na potrzebę bezpieczeństwa obywateli. Problemów terminologicznych nastręcza też słowo „bezpieczeństwo”, zwłaszcza że termin ten jest najczęściej opatrywany dodatkową charakterystyką wyrażoną w formie przymiotnikowej („militarne”, „polityczne”, „publiczne”, „powszechne”, „socjalne”, „finansowe”, „prawne”, „energetyczne”) lub rzeczownikowej („produktu”, „obrotu gospodarczego”, „państwa”, „obywateli”)².

¹ Dwa pierwsze pytania przytaczam za: J. Guść, *Ład społeczny, poczucie bezpieczeństwa a prawo – kilka uwag z zakresu teorii prawa*, GSP 2002, t. IX, s. 14.

² Na temat pojęcia bezpieczeństwa zob. J. Waldron, *Safety and Security*, <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/2006papers/waldron-safetyandsecurity.pdf> [dostęp: 29.03.2009].

Mimo że wszystkie te określenia bezpieczeństwa dadzą się ostatecznie sprowadzić do psychologicznie pojmowanej potrzeby bezpieczeństwa, to trudno nie zauważyć, że terminem utrwalonym w literaturze prawniczej jest „bezpieczeństwo prawne”. Można chyba założyć, że warunkiem bezpieczeństwa prawnego jest prawo posiadające cechy, które łącznie można ująć nazwą „pewność prawa”. Zatem warunkiem bezpieczeństwa prawnego jest prawo pewne (pewność prawa)³. Mimo że w myśl powyższego określenia łączy je relacja instrumentalna, to w praktyce posługiwania się tymi terminami przez użytkowników języka prawniczego różnica pomiędzy nimi się zaciera⁴. Niemal każde twierdzenie odnoszące się do pewności prawa dotyczy również bezpieczeństwa prawnego. Jedyny moment, w którym ta zależność nie występuje, pojawia się w rozdziale zawierającym rozważania na temat statusu pewności prawa.

³ Zajmuję tym samym, podobnie jak J. Wróblewski, stanowisko w kwestii wzajemnego stosunku pojęć „bezpieczeństwa prawnego” i „pewności prawa”. Jerzy Wróblewski tak pisał o tym stosunku: „Bezpieczeństwo prawne w procesie sądowym jednostki polega na tym, że jej prawa przewidziane przez normy obowiązujące będą respektowane przez ten organ, a warunkiem tego jest pewność obiektywna stosowania prawa; bezpieczeństwo prawne to pewność rozpatrywana z punktu widzenia ochrony praw jednostki. W ten sposób pewności obiektywnej lub subiektywnej odpowiadałoby obiektywne lub subiektywne bezpieczeństwo”. J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Warszawa 1973, s. 95. W literaturze pojawiło się również odróżnienie bezpieczeństwa prawnego oraz bezpieczeństwa poprzez prawo. Bezpieczeństwo prawne oznacza potrzebę orientacji (porządku). Prawo stanowi źródło takiej orientacji, jeżeli spełnia określone wymogi formalne. Bezpieczeństwo poprzez prawo to potrzeba braku zagrożeń, zaś środkiem gwarantującym ów brak zagrożeń jest sam fakt istnienia prawa w postaci różnych gałęzi: prawa cywilnego, administracyjnego, karnego itd. J. Czapska, *Bezpieczeństwo obywateli. Studium z zakresu polityki prawa*, Kraków 2004, s. 22. Wspominam jedynie o tym odróżnieniu, ale go nie podzielam, ponieważ prowadzi do kłopotliwych konsekwencji. Jeżeli obowiązują ustawy z zakresu np. prawa administracyjnego niespełniające formalnych wymagań, to znaczy zawarte tam przepisy są wzajemnie sprzeczne, to wniosek byłby taki, że jest zapewnione bezpieczeństwo poprzez prawo, ale brak bezpieczeństwa prawnego. Tak sformułowany wniosek jest nie do przyjęcia na podstawie podstawowych intuicji związanych z posługiwaniem się terminem „bezpieczeństwo”.

⁴ Potrzebę ich odróżnienia widzi T. Spyra, pisząc, że pewność prawa powinna być rozumiana formalnie jako możliwość przewidywania skutków swoich zachowań przez obywatela, natomiast bezpieczeństwo prawne oprócz pewności prawa winno obejmować również elementy materialne, jak np. minimum socjalne dla każdego obywatela. T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Zakamycze 2006, s. 192.

Skoro więc pewność prawa jest warunkiem bezpieczeństwa prawnego, a to ostatnie można sprowadzić do psychologicznie pojmowanej potrzeby bezpieczeństwa, będącej jedną z podstawowych potrzeb człowieka, to doniosłość podejmowanej tu problematyki jest bezsprzeczna. Doniosłość ta ma jednak specyficzny, jak gdyby ukryty, charakter. Polega ona na tym, że można wskazać wiele zjawisk w historii prawa, jak np. proces formułkowy, anglosaską doktrynę *stare decisis*, związaną ocenę dowodów w procesie średniowiecznym, kazuistyczny sposób redagowania przepisów prawnych przed okresem wielkich kodyfikacji itp., w których opisie wyrażenie „pewność prawa” się nie pojawia⁵. Jeśli jednak spytać o rację pojawienia się przytoczonych wyżej zjawisk, to intuicyjną odpowiedzią będzie właśnie wskazanie na pewność prawa, rozumianą oczywiście najogólniej i bez przeprowadzenia niezbędnych odróżnień, jak choćby związanych z tworzeniem i stosowaniem prawa.

Drugim powodem doniosłości pytania o pewność prawa są diagnozy współczesności pojawiające się od kilkudziesięciu lat, które można sprowadzić do stwierdzenia: „żyjemy w bardzo niepewnym świecie”. Owe opinie są na tyle powszechne, że skłoniło to J. Szackiego do wyrażenia znamiennej teorii: „tendencja [współczesnej myśli socjologicznej – M.W.] polega, jak się zdaje, na postrzeganiu świata społecznego jako rzeczywistości nieuporządkowanej, niestabilnej i nieprzewidywalnej, pełnej zagrożeń, niepewności i ryzyka. Jakkolwiek silne jest dążenie do odnalezienia w nim względnie trwałych struktur i wartości, ich aktualne istnienie przestało należeć do sfery oczywistości, w której znajdowało się w przekonaniu wielu socjologów”⁶.

Jedną z przyczyn niepewności jest utrata tego, co Ch. Taylor nazwał „ramami pojęciowymi” wyznaczającymi wymagania wobec człowieka, za pomocą których ocenia on własne życie, jego „pełnię lub pustkę”⁷. Ramy te wyznaczane są przez daną kulturę i mogą nimi być wezwania Boga w kulturze religijnej lub oczekiwanie od wojownika zdobycia

⁵ Nie oznacza to jednak, by odpowiedniki polskiego terminu „pewność prawa” nie były obecne w ówczesnej literaturze przedmiotu. Podobnie jak ma to miejsce w odniesieniu do wielu innych pojęć prawniczych rodowodu pewności prawa można doszukiwać się w prawie rzymskim, gdzie o *certa iura* pisze wprost Ciceron. Zob. W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 19.

⁶ J. Szacki, *Historia myśli socjologicznej*, wydanie nowe, Warszawa 2005, s. 944.

⁷ Ch. Taylor, *Źródła podmiotowości. Narodziny tożsamości nowoczesnej*, Warszawa 2012, s. 34 (cytowany fragment przeł. A. Lipszyc).

sławy w kulturze wojowników⁸. W dzisiejszym świecie ramy te stały się problematyczne.

W odniesieniu do prawa procesy te opisał G. Peces-Barba Martinez, ukazując historyczną ewolucję bezpieczeństwa prawnego⁹.

Jako czas, w którym określony rodzaj bezpieczeństwa był zapewniony lub po prostu stanowił konsekwencję istniejącego systemu społecznego i religijnego, G. Peces-Barba Martinez wskazał średniowiecze, kiedy istniała jednolita interpretacja świata dostarczana przez religię chrześcijańską (aksjologiczny monizm), a pozycję jednostki wyznaczała przynależność do stanu, cechu itp., dająca poczucie oparcia oraz tego, że egzystencja ludzka ma w miarę stałe podstawy¹⁰. Z prawnego punktu widzenia uzasadniona jest jednak charakterystyka owego czasu jako „prawnego pluralizmu” oznaczającego: wielość źródeł prawa, jurysdykcji, brak zdeterminowania treści wydawanych orzeczeń sądowych przez wcześniej ustanowione normy, a zwłaszcza brak ustanowionej władzy, zdolnej wprowadzić te normy w życie¹¹. Tym samym ujawnia się brak zależności pomiędzy monizmem aksjologicznym, jako gwarantem bezpieczeństwa w sferze „filozoficznej”, a bezpieczeństwem prawnym. Jest to tym bardziej widoczne, kiedy weźmie się pod uwagę kierunek dalszej ewolucji czynników warunkujących oba wspomniane rodzaje bezpieczeństwa. Wraz z pojawieniem się protestantyzmu, odkryć geograficznych, dostrzeżenia istnienia innych religii monoteistycznych, Oświecenia i wielu innych czynników uniwersum wartości uległo zróżnicowaniu do tego stopnia, że współcześnie w pełni uzasadnione jest mówienie o pluralizmie aksjologicznym, przynajmniej w sensie socjologicznym. Z kolei „pluralizm prawny” przekształcił się, zdaniem badacza, w prawny monizm rozumiany jako monopol władzy państwowej na stosowanie przymusu. Początkiem zmiany w znaczeniu pojęcia bezpieczeństwa było przejście od dialektycznej relacji pomiędzy „prawnym pluralizmem”

⁸ Ibidem.

⁹ Tłumacząc dosłownie użyte przez autora wyrażenie *legal security* i w tym miejscu utożsamiam je z pewnością prawa, zdając sobie sprawę z różnicy pomiędzy tymi dwoma pojęciami.

¹⁰ G. Peces-Barba Martinez, *Legal Security from the Point of View of the Philosophy of Law*, „Ratio Juris” vol. 8, July 1995, no. 2, s. 128-129. Cytowany autor posługuje się terminem *ideological monism*, który tłumacząc jednak jako „monizm aksjologiczny” z uwagi na pejoratywny charakter niektórych znaczeń terminu „ideologia”.

¹¹ Ibidem, s. 129.

i aksjologicznym monizmem do relacji pomiędzy pluralizmem aksjologicznym a prawniczym monizmem¹².

Należy jednak zauważyć, że jeżeli mierzyć prawny monizm skalą monopolu władzy państwowej na stosowanie przymusu, to w ostatnim czasie, zwłaszcza po 11 września 2001 r., uległ on zmniejszeniu. Można bowiem mówić o swoistej prywatyzacji przymusu. Państwo przekazuje niektóre zadania agencjom ochrony, prywatnym policjom czy prywatnemu wywiadowi¹³.

Należy się przyjrzeć nieco bliżej współczesnym analizom niepewności. W pierwszym rzędzie należy krótko scharakteryzować postmodernizm, ponieważ problematyka niepewności współczesnego świata stanowi przedmiot zainteresowania głównie autorów zaliczanych do tego właśnie nurtu¹⁴. Twierdzenie o niepewności współczesnego świata jest jednak na tyle ogólne, że łatwo wskazać racje uzasadniające stanowisko przeciwne. Dlatego też zamierzam przyjrzeć się nieco bliżej postmodernistycznym twierdzeniom o niepewności, aby móc następnie wyróżnić spośród nich te, które mogą być przydatne dla problematyki pewności prawa.

Postmodernizm można określić jako zbiór poglądów podważających dotychczasowe twierdzenia dotyczące powszechnej ważności norm i ocen, monocentryzmu, logocentryzmu, postępowości, przewidywalności procesów społecznych¹⁵. Postmodernistyczna wizja świata może być przedstawiona poprzez zanegowanie wymienionych kategorii. Ponadto niektóre z nich zdają się pozostawać wobec siebie w relacji podrzędności, jak np. powszechna ważność norm i ocen do monocentryzmu.

¹² Ibidem, s. 129.

¹³ Na temat tych procesów zob. J. Jabłońska-Bonca, *Policentryczność źródeł norm w zakresie bezpieczeństwa obywateli. Problem czy margines?*, [w:] *Prawo, język, logika. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Malinowskiego*, red. S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel, Warszawa 2013, s. 60 i n.

¹⁴ Chociaż warto zwrócić uwagę na cytat pochodzący od autora reprezentującego odmienny światopogląd: „(...) nurty myślowe odwołujące się do postmodernizmu zasługują na uwagę. Niektóre z nich głoszą bowiem, że epoka pewników minęła bezpowrotnie, a człowiek powinien teraz nauczyć się żyć w sytuacji całkowitego braku sensu, pod znakiem tymczasowości i przemijalności”, Jan Paweł II, *Encyklika Fides et Ratio. O relacjach między wiarą a rozumem, Tekst i komentarze*, Lulin 2003, s. 77, teza 91.

¹⁵ J. Mariański, *Kryzys moralny czy transformacja wartości. Studium socjologiczne*, Lublin 2001, s. 45; L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001, rozdz. IV i V.

Jeśli z kolei uznać pluralizm za antytezę monocentryzmu, to rodzi się naturalnie pytanie: pluralizm czego? Tutaj postmoderniści formułują różne odpowiedzi: wartości, stylów życia, światopoglądów, tożsamości. Wiele ma być prawd, sprawiedliwości, równości, wolności, a nawet człowieczeństw¹⁶. Co więcej, brakuje kryteriów umożliwiających właściwy wybór¹⁷, co rodzi tym samym pytanie o motywy wyborów rzeczywiście dokonywanych.

Kategoria pluralizmu jest odnoszona również do „dziedzin życia”, które mają podlegać daleko idącemu zróżnicowaniu. Jak pisze J. Mariański: „Gospodarka, technika, nauka, polityka, szkolnictwo, czas wolny, kultura, moralność, religia tworzą własne podsystemy strukturalne (...) z własnymi kodami i prawami, z własną logiką działania i racjonalnością. (...) Te różne sfery życia nie tworzą już jednej całości, z ogólnie podzielanymi wartościami i normami czy jakąś nadrzędną instancją normotwórczą (...). Niepewność, ryzyko i prowizoryczność towarzyszą ludzkim decyzjom i działaniom”¹⁸.

W filozofii nauki postmodernizm podważa pozytywistyczny obraz nauki jako wiedzy pewnej, ponieważ „nauka jest źródłem nie tylko pewności, ale również jednym z głównych źródeł niepewności ludzkich działań”¹⁹. Zwiększający się zasób ludzkiej wiedzy na temat sposobu realizowania zamierzonych celów obejmuje również zdania wyrażające określony stopień prawdopodobieństwa zajścia tzw. skutków ubocznych. Ten właśnie fakt stanowi główny przedmiot zainteresowania tzw. socjologii ryzyka, która zajmuje się nim w sposób odmienny od ekonomistów szacujących w swych badaniach ryzyko planowanych transakcji lub nauk technicznych, w ramach których określa się współczynnik bezpieczeństwa wzniezionych konstrukcji, określane inaczej stopniem pewności. Wspomniany nurt socjologii podejmuje refleksje nad samym pojęciem ryzyka (N. Luhmann), uwarunkowaniami jego społecznej akceptacji (M. Douglas) itp. Jego początki datuje się na koniec lat 60. XX wieku²⁰. Ryzyko stało się w latach 80. przedmiotem szerszego zainteresowania głównie socjologii niemieckiej²¹

¹⁶ J. Mariański, *Kryzys moralny...*, s. 42.

¹⁷ Ibidem, s. 35.

¹⁸ Ibidem, s. 32.

¹⁹ L. Morawski, *Co może dać...*, s. 47.

²⁰ M. Douglas, *Risk. Acceptability According to Social Science*, London 1985, s. 19.

²¹ *Encyklopedia socjologii*, t. 3, Warszawa 2000, s. 358.

za sprawą głośnej pracy U. Becka²², przypisującej społeczeństwom przyszłości miano „społeczeństw ryzyka”. Oczywiście nie ma dla niniejszej pracy większego znaczenia, czy przedstawiciele wspomnianego nurtu można zaliczyć do postmodernistów, czy też nie, jednak faktem jest, że we wspomnianych pracach dotyczących społeczeństw ryzyka poczesne miejsce zajmuje jedna z wymienionych wyżej postmodernistycznych kategorii, tj. nieprzewidywalność. Autorzy ci koncentrowali się nie tyle na niemożności przewidywania procesów społecznych, ile na zanikaniu dotychczasowych czynników określających wzór biografii jednostek. Brak tych czynników skłania ich do wysuwania tezy o indywidualizacji, oznaczającej, że w dzisiejszym świecie to jednostka jest dużo bardziej autonomicznym twórcą własnej biografii, niż miało to miejsce dotychczas. Ten dyskusyjny wniosek stanowi następstwo przyjęcia tezy, że zanikają lub wręcz zanikły dotychczasowe formy determinujące biografię jednostek i grup społecznych²³. Wśród tych utraconych „źródeł pewności” U. Beck wskazuje klasę społeczną, płeć i zawód. Twierdzi, że rozwój państwa opiekuńczego spowodował ogólny wzrost zamożności, zmniejszając jednocześnie dotychczasowe nierówności, a pociągając za sobą wzrost masowej konsumpcji, która idzie w parze z „rozmyciem” indywidualnego stylu życia. Pojawiły się jednak nowe instytucjonalne czynniki kształtujące ludzkie biografie, takie jak: wejście i wyjście z systemu edukacji, rozpoczęcie i zakończenie aktywności zawodowej, najczęściej zgodne z treścią przepisów emerytalnych. Można by więc doszukiwać się pewnej sprzeczności w obrazie naszkicowanym przez U. Becka. Z jednej strony biografia jest determinowana przez istniejące instytucje społeczne, polityczne i gospodarcze. Z drugiej strony w myśl tezy o indywidualizacji biografia w coraz większym stopniu jest zależna od decyzji jednostki. Jak pisze U. Beck, „dla jednostki determinujące

²² U. Beck, *Społeczeństwo ryzyka. W drodze do innej nowoczesności*, tłum. S. Cieśla, Warszawa 2004; N. Luhmann, *Risk: A Sociological Theory*, Berlin–New York 1993. Spośród najbardziej znanych autorów zajmujących się kulturowym aspektem ryzyka należy wymienić prace M. Douglas, np. M. Douglas, *Risk. Acceptability...*

²³ „Tradycyjne instytucje (...) nie są już zasadą porządkującą życie indywidualne i zbiorowe jako całość. (...) Przymus inscenizacji własnego życia według indywidualnego projektu oznacza, że także sens życia każdy musi odnaleźć we własnym zakresie. (...) Własna tożsamość osobowa i społeczna, konstruowana przez dokonywane coraz to nowe wybory, nie jest również do końca określona, zagwarantowana – tak jak dawniej – przez zbiorowości i grupy społeczne”, J. Mariański, *Kryzys moralny...*, s. 38 i 39.

ją położenia instytucjonalne nie są już zdarzeniami i stosunkami, które spadają na nią z zewnątrz, lecz przynajmniej również konsekwencjami podjętych przez nią samą decyzji. Jednostka musi je jako takie dostrzec i wyrobić sobie własne zdanie na ich temat”²⁴.

Podobnie źródła niepewności społecznej widzi Z. Bauman. Odróżnia on działanie jednostki od obiektywnych warunków, które je umożliwiają. Wspomniane obiektywne warunki (Z. Bauman nazywa je „układami społecznymi”), aby pełniły tę funkcję, muszą spełniać dwie przesłanki: czas ich istnienia powinien być współmierny z czasem potrzebnym jednostce na zrealizowanie jej zamierzenia oraz nie mogą być podatne na przypadkowe, koniunkturalne przekształcenia, to znaczy, mówiąc słowami autora, „poziom makro jest niezależny od poziomu mikro”²⁵. Świat społeczny epoki nowoczesnej te wymagania spełniał. Zygmunt Bauman pisze wręcz, że „instytucje ucieleśniające życie zbiorowe i moce gwarantujące ich autorytet zdawały się nieśmiertelne”, zaś „przystosowanie i adaptacja były jednokierunkowe: było rzeczą oczywistą, że to kapryśne z natury rzeczy wybory jednostkowe winny się liczyć z »wymogami funkcjonalnymi całości«”²⁶. Jego zdaniem nie można tego samego powiedzieć o świecie ponowoczesnym. Różnica wszakże polega nie tylko na tym, że to, co było pewne, stało się niepewne oraz że owa niepewność dotyczy przyszłego kształtu świata, dalekosiężnych „mierników słuszności życiowych decyzji”, ale również na tym, że ma ona trwały charakter²⁷.

Wśród wymiarów niepewności Z. Bauman wskazuje²⁸:

- „nowy nieład światowy” jako konsekwencję rozpadu dotychczasowego ładu światowego z dwoma rywalizującymi mocarstwami;
- odchodzenie w Europie od koncepcji państwa opiekuńczego na rzecz „ślepej konkurencji rynkowej”, czego wyrazem jest skala problemów społecznych w postaci ubóstwa, bezrobocia, bezdomności; „efektem psychologicznym” tego stanu rzeczy ma być lęk przed znalezieniem się na jednym z wymienionych marginesów,

²⁴ U. Beck, *Spółczesność ryzyka...*, s. 203.

²⁵ Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień*, Warszawa 2000, s. 42–43.

²⁶ Ibidem, s. 42–43.

²⁷ W takim właśnie kontekście, w interesujący sposób, P. Kaczmarek próbuje znaleźć odpowiedź na pytanie o tożsamość prawnika. Zob. P. Kaczmarek, *Era prawodawców czy era tłumaczy? O dylemacie wyboru roli interpretatora*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, seria: Prawo 2011, nr 312: *Czy koniec teorii prawa?*

²⁸ Z. Bauman, *Ponowoczesność...*, s. 45–49.

ponieważ żadne stanowisko pracy, zawód, wykształcenie nie gwarantuje niezmiennego, pomyślnego biegu życia;

- rozpad dotychczasowych gwarantów bezpieczeństwa w postaci wspólnot sąsiedzkich i rodzinnych, stanowiący konsekwencję zmiany „pragmatyki stosunków międzyosobowych”, które w drugim człowieku widzą jedynie źródło przyjemnych przeżyć;
- niezeterminowanie, „rozmiękczenie” świata, w którym istnieje wolność czynienia niemal wszystkiego, przy czym skutki tych działań nie są „na zawsze”, w którym zdarzenia zachodzą bez zapowiedzi, o którym „niczego nie wie się na pewno, ale wie się, że o wszystkim, o czym się wie, wiedzieć można w zgoła odmienny sposób”, w którym pewność została zastąpiona przez kalkulację ryzyka;
- słabość fundamentu, na jakim wspiera się moralność²⁹. Konstatując fiasko etyki normatywnej oraz praktyczną nieprzydatność metaetyki, pisze, że jedyne, co nam pozostało, to zgoda na permanentny brak pewności (Bauman pisze o „rzuceniu się w otchłań niepewności” oraz o braku możliwości „wniesienia spójnego kodeksu etycznego”).

Wspomniane wymiary niepewności można scharakteryzować – w takiej kolejności, w jakiej zostały opisane – jako: polityczne, ekonomiczne, społeczne, indywidualne oraz moralne.

Wykazanie związków pomiędzy wskazywanymi przez cytowanych autorów źródłami niepewności społecznej a pewnością prawa jest dość trudne. Nasuwa się więc wniosek *prima facie*, że obraz naszkicowany przez G. Peces-Barba Martinezę, w którym aksjologiczny pluralizm pozostaje w stosunku niezależności do prawniczego monizmu, jest adekwatny również współcześnie. Postmodernizm jednak formułuje również twierdzenia dające się zakwalifikować jako podważające ów prawniczy monizm, rozumiany jednak nie jako monopol państwa na stosowanie przymusu, ale głównie jako przekonanie, że decyzje sądowego stosowania prawa są zdeterminowane przez przywoływane w nich reguły prawne³⁰, a także że decyzje te są obiektywnie poprawne

²⁹ „Jeśli moralność ma jakiś fundament lub coś na kształt fundamentu posiada, to szukać go wypada w trudnym akcie »ocknięcia się« na własną bezzasadność i nielogiczność”, Z. Bauman, *Etyka ponowoczesna*, Warszawa 1996, s. 101-110.

³⁰ Problematykę tę podejmę w rozdziale poświęconym pewności prawa ujmowanej jako decyzja stosowania prawa. Naturalnie postmodernizm nie jest pierwszym kierunkiem, który tak pojmowany monizm podważał. Stąd właśnie wcześniej wśród koncepcji

(trafne)³¹. Ostatnim głośnym ruchem uznającym tego rodzaju twierdzenia był ruch Critical Legal Studies. Naturalnie postmodernizm nie jest prekursorem takiego podejścia do decyzji stosowania prawa. Jest jedną z wielu – obok m.in. amerykańskiego realizmu i szkoły wolnego prawa – koncepcji, które J. Wróblewski opatrywał jedną nazwą „ideologii swobodnej decyzji sądowej”³², a H. Rabault nazywał „hermeneutyką swobodną”³³. Problem zdeterminowania decyzji sądowych jest więc stary i nierozstrzygnięty. W polskiej teorii prawa występuje w nieco „lżejszej” wersji problematyki luzów decyzyjnych. W rozdziale czwartym zostaną przedstawione i porównane argumenty uzasadniające zarówno występowanie luzów decyzyjnych, jak i przemawiających za niezdecydowaniem decyzji.

Warto też pytać o pewność prawa w kontekście globalizacji, a zwłaszcza o ewentualny wpływ globalizacji na nią³⁴. Takie postawienie problemu

filozoficznoprawnych odnoszących się do problemu pewności prawa omawiam amerykański realizm prawniczy.

³¹ Zob. rozdział trzeci poświęcony błędnej wykładni.

³² J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, rozdz. XIII.

³³ H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, tłum. B. Janicka, Warszawa 1997, s. 9–19. Na przydatność hermeneutyki swobodnej w interpretacji konstytucji zwraca uwagę A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, s. 71 i n.

³⁴ Niekiedy procesy globalizacyjne wskazuje się jako czynnik podważający lub osłabiający czynniki odpowiedzialne za wytwarzanie zaufania społecznego. P. Sztompka, *Zaufanie w erze globalizacji (szkic problematyki)*, [w:] *Prawo – władza – społeczeństwo – polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałeckiego*, Toruń 2006, s. 280. W kontekście globalizacji warto wspomnieć o problemie określanym jako „multicentryczność systemu prawa”. Terminem tym posłużyła się jako pierwsza E. Łętowska (*Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, PiP 2005, z. 4). Następnie ukazało się kilka artykułów na ten temat: W. Lang, *Wokół „Multicentryczności systemu prawa”*, PiP 2005, z. 5 (stanowiący polemikę z tekstem E. Łętowskiej); A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, PiP 2006, z. 6 (próbujący uporządkować zagadnienie przez wskazanie różnych aspektów multicentryczności); wreszcie A. Kalisz, *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, RPEiS 2007, nr 4 (odpowiadający na pytanie, w jakiego typu relacje wchodzić różne instytucje – „centra” stosujące prawo w sytuacji multicentryczności). Pozornie i intuicyjnie multicentryczność wywołuje skojarzenia z pewnością prawa. Sądzę jednak, że da się ona sprowadzić do znanych problemów, jak np. niejednolitość orzecznictwa czy niezgodność norm. Te dwa rodzaje sytuacji kolizyjnych – obok sporów kompetencyjnych – wymienia zresztą A. Kustra,

wymaga jednak doprecyzowania pojęcia „globalizacji”, ponieważ ma ono różne znaczenia: ekonomiczne, polityczne, kulturowe. Prostszy sposób jest przyjęcie, że rdzeniem znaczeniowym „globalizacji” jest proces zanikania granic. Nie chodzi przy tym wyłącznie o granice wyznaczające terytorium państw, ale najogólniej granice dotychczas wyznaczające zakres ludzkiej działalności. Określenie „globalny” wskazuje, że stan rzeczy oznaczony nim dotyczy całości, czyli „całego świata”. Globalne problemy to kwestie dotyczące wszystkich, podobnie jest z wszelkimi normami, wzorcami, standardami. Tym samym globalizacja to, innymi słowy, ujednolicenie, zunifikowanie tego, o czym mówimy, że ma globalny charakter³⁵. Globalne prawo byłoby więc prawem ujednoliconym i zunifikowanym. Czy samo to czyniłoby je pewnym? Odpowiedź nie jest jednoznaczna. Jeżeli miarą pewności prawa byłby zestaw czynności poznawczych, jakie trzeba przedsięwziąć, by zapoznać się z treścią obowiązujących na danym terenie regulacji, to prawo globalne, czyli ujednolicone byłoby w tym sensie pewne. Przedsiębiorca prowadzący interesy w kraju A i chcący rozszerzyć swoją działalność na kraj B ponosiłby mniejsze koszty związane z rozpoznaniem prawnego środowiska, w jakim przyjdzie mu działać. Jednolite (globalne) prawo nie gwarantowałoby bynajmniej jednolitości jego stosowania i w tym sensie kwestia jego pewności byłaby sprawą otwartą.

Tym samym widać, że warunkiem koniecznym pytania o to, czy normom będącym skutkiem procesów globalizacyjnych przysługuje w jakimś stopniu cecha pewności, jest analiza treści pojęcia pewności prawa, stąd właśnie w pierwszej kolejności zajmę się aspektem pojęciowym, co umożliwi mi odniesienie się do kwestii tutaj poruszonych.

Wokół problemu..., s. 92. Z kolei spory kompetencyjne toczono tak „wysokim szczeblu”, że w niewielkim tylko stopniu dotyczą bezpieczeństwa prawnego jednostki. Niewątpliwie jednak wszystkie trzy wymienione sytuacje kolizyjne mają znaczenie dla problemu rozstrzygalności (pewności) zdań prawnych, o którym mowa w rozdziale pierwszym. Warto wreszcie zauważyć, że „multicentryczność” wiąże się głównie z problematyką stosunku prawa wspólnotowego do prawa krajowego. Z nieco innej perspektywy na wielość „centrów” normatywnych zwracał uwagę w latach 70. XX wieku J. Kurczewski, pytając: „Ile głów ma Lewiatan?”. Zob. J. Kurczewski, *O badaniu prawa w naukach społecznych*, Warszawa 1977, s. 133.

³⁵ Zob. jednak: W. Cyrul, B. Brożek, *Globalny system prawa*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, t. 2, Kraków 2003, s. 94. Autorzy ci unifikację widzą jako jedną z wielu możliwych dróg prowadzących do globalnego prawa.

Zatem można sformułować cel badawczy pracy, którym jest określenie treści pojęcia „pewności prawa”, wskazanie racji, dla których pewność prawa jest realizowana jedynie w ograniczonym stopniu, wreszcie próba rozważenia, jaki przysługuje jej status. Kolejność ta wyznacza plan pracy. W rozdziale pierwszym na podstawie dotychczasowych pojęciowych odróżnień i propozycji, dokonanych w obszarze teorii i filozofii prawa, zostanie zaproponowane zdaniowe podejście do problemu pewności prawa, polegające na relatywizacji opisowego wymiaru pewności prawa do pewności poszczególnych zdań prawnych.

Rozdział drugi i czwarty stanowią rezultat przeglądu zastanych objaśnień treści pojęcia pewności prawa z rozdziału pierwszego. Na ich podstawie, poza wspomnianym podejściem zdaniowym, wyróżniono tzw. przedmioty pewności prawa, czyli byty, o których pewność jest orzekana w dyskursie prawniczym: zbiór norm, decyzja tworzenia prawa, decyzja stosowania prawa. Zbiór norm, aby został uznany za pewny, winien spełniać dwa warunki: po pierwsze, obowiązywanie w tym zbiorze norm prawnych o określonej treści, np. zasada jawności prawa, zasada niedziałania prawa wstecz, zasada ochrony praw nabytych itd. (w dalszej części pracy ten rodzaj pewności jest nazywany „zadekretowaną pewnością prawa”) oraz po drugie, uporządkowanie zbioru w taki sposób, by można w odniesieniu do niego posługiwać się terminem „system”, tj. aby był niesprzeczny i zupełny (formalne warunki określoności prawa). Mimo że narzucającą się prawniczą intuicją jest ujmowanie pewności prawa właśnie w odniesieniu do warunków pierwszego rodzaju, to najistotniejsze jest, w jaki sposób tak rozumiana pewność zbioru norm działa w procesach decyzyjnych³⁶. Stąd wspomniane rozdziały drugi i czwarty zostały poświęcone pewności decyzji tworzenia i decyzji stosowania prawa. W rozdziale drugim zostaną wskazane różnice między pewnością prawodawcy a pewnością sytuacji prawnej adresata norm prawnych oraz pewnością tworzenia prawa w sensie politycznym i jurydycznym. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego koncentruje się na pewności w sensie jurydycznym, czyli obowiązku zachowania przez prawodawcę zasad poprawnej legislacji niezależnie od częstotliwości nowelizacji danego aktu prawnego (pewność tworzenia prawa w sensie politycznym). Ten aspekt jest wyczerpująco opisany przez doktrynę prawa

³⁶ Za zwrócenie uwagi na tę kwestię dziękuję prof. L. Leszczyńskiemu.

konstytucyjnego. Tym bardziej konieczne jest porównanie warunków przewidywalności decyzji tworzenia w sensie politycznym z warunkami przewidywalności decyzji stosowania prawa. Podjęta też zostanie próba rozważenia, na ile pewność prawa można zwiększyć, dysponując narzędziem w postaci języka, którego nazwy i wyrażenia mogą mieć różny poziom ogólności.

Dość nietypowo na tym tle rysować się może rozdział trzeci, w którym zostanie podjęta problematyka błędnej wykładni. Jest ona swoistym wprowadzeniem do zagadnienia przewidywalności decyzji stosowania prawa. W tych ramach toczony jest spór o to, w jakim zakresie decyzja stosowania prawa jest zdeterminowana przez reguły prawne stanowiące podstawę jej wydania. Teza o niezdeterminowaniu decyzji stosowania prawa może mieć dwie wersje: silną, w której każde rozstrzygnięcie może być zakwalifikowane jako zgodne z prawem albo słabą, w której poprawnie można uzasadnić więcej niż jedno, ale nie każde rozstrzygnięcie³⁷. Dla sporu o błędność wykładni może mieć to takie znaczenie, że akceptacja silnej wersji twierdzenia o niezdeterminowaniu decyzji stosowania prawa wyklucza możliwość popełnienia błędu. Możliwość ta nie jest wykluczona w przypadku akceptacji wersji słabej. W takim ujęciu możliwość błędności wykładni jest pochodną akceptacji tezy o niezdeterminowaniu. Wydaje się jednak, że porządek argumentacyjny można odwrócić i potraktować wykazanie możliwości dopuszczenia się błędnej wykładni jako argument przemawiający za trafnością słabej wersji tezy o niezdeterminowaniu.

W rozdziale czwartym zostaną przedstawione czynniki, które w literaturze określane są mianem źródeł luzu decyzyjnego, a w literaturze anglojęzycznej jako uzasadnienia tezy o *legal indeterminacy*, czyli właśnie twierdzenia dotyczącego niezdeterminowania decyzji stosowania prawa.

Książkę zamyka rozdział piąty dotyczący zagadnień aksjologicznych. Jego obecność jest wynikiem określonego sposobu formułowania w dyskursie prawniczym twierdzeń, które odnoszą się do pewności prawa. Dyskurs ten jest zdominowany przez wskazywanie czynników wpływających korzystnie na pewność prawa (służących jej realizacji) oraz czynników tę pewność osłabiających. Jest to sposób mówienia charakterystyczny dla dyskursu aksjologicznego. Stąd też w rozdziale tym zostanie podjęta próba określenia statusu pewności prawa.

³⁷ M. Kielb, *Pewność prawa vs. nieokreśloność prawa*, FP 2011, nr 3, s. 65.

Zakres problematyki książki jest w swoim zamierzeniu skromny i łatwo będzie zarzucić autorowi, że takie czy inne zagadnienie pominął. Stanowi ona jednak jedynie wybór spośród możliwych ujęć i perspektyw badawczych. Nie podejmuje na przykład skomplikowanej problematyki konfliktu wartości pewności prawa z innymi wartościami, chociażby w postaci niemal odwiecznego napięcia pomiędzy *lex* a *ius*, pewności a sprawiedliwości. Wciąż otwarty pozostaje problem mierzenia pewności poszczególnych kultur prawnych, systemów, gałęzi prawa. Jeżeli jednak niniejsza książka zostanie uznana za przydatne wprowadzenie do tego rodzaju badań, to cel autora zostanie osiągnięty. Tym samym książkę adresuję nie tylko do Kolegów ze środowiska teoretyków i filozofów prawa, ale również do tych przedstawicieli nauk szczegółowych o prawie, dla których pewność prawa jest ważną kategorią badawczą.

*
* *

Książka ta jest zmienioną i znacznie skróconą wersją pracy doktorskiej napisanej pod kierunkiem Profesora Marka Smolaka z Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza i obronionej w czerwcu 2009 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Chciałbym mu serdecznie podziękować za okazaną pomoc, życzliwość i wyrozumiałość. Swoje podziękowania kieruję również do Profesora Leszka Leszczyńskiego oraz Profesora Jerzego Zajadło, kierownika Katedry Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Uniwersytetu Gdańskiego, w której mam zaszczyt i radość pracować. Ich inspirującym uwagom zawdzięczam, że zdecydowałem się nadać książce taki właśnie kształt.

Last but not least gorąco dziękuję Pani Profesor Jolancie Jabłońskiej-Bonca – nie tylko za wnikliwą recenzję wydawniczą, ale i za to, że kilka lat temu dała mi możliwość poświęcenia się fascynującej dziedzinie, jaką jest teoria i filozofia prawa.

Rozdział 1

Pojęcie pewności prawa jako problem teorii i filozofii prawa

Wśród nazw oznaczających wartości prawne są stare i powszechnie znane, jak „sprawiedliwość” czy „wolność”, ale są i takie, którym przeciętny użytkownik języka naturalnego z trudem przypisuje jakąś wyraźną treść. Należy do nich „pewność prawa”.

W Polsce wyrażenie to należy do języka prawniczego. Najczęściej pojawia się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, nieco rzadziej Sądu Najwyższego, wojewódzkich sądów administracyjnych, Naczelnego Sądu Administracyjnego i innych sądów powszechnych. Niekiedy wspomina się o nim w doktrynie, ale do tej pory jego znaczenie nie było przedmiotem całościowego opracowania¹. Charakterystykę jego pojęcia utrudnia fakt, że w polskim języku prawniczym funkcjonuje kilka innych wyrażen, których zakresy pozostają w jakimś związku

¹ Należy jednak zauważyć, że coraz więcej prac podejmuje problem pewności prawa z różnych perspektyw. Z perspektywy podatkowej zob. H. Filipczak, *Postulat pewności prawa w wykładni operatywnej prawa podatkowego*, Warszawa 2013; z perspektywy administracyjnej zob. *Pewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym: II Krakowsko-Wrocławskie Spotkania Administratywistów*, red. A. Błaś, Warszawa 2012; z perspektywy prawa konstytucyjnego zob. K. Sadowski, *Pewność prawa jako podstawa demokratycznego państwa prawnego*, niepublikowana praca doktorska napisana pod kierunkiem prof. H. Izdebskiego, Warszawa 2012 (korzystam z wersji umieszczonej w Internecie <http://depotuw.ceon.pl/handle/item/249>), z perspektywy stosowania prawa zob. M. Kielb, *Pewność prawa...*, z perspektywy wykładni zob. J. Stelmach, *Czy interpretacja może być gwarantem pewności prawa*, FP 2011, nr 6. Wreszcie B. Brożek przedstawia koncepcję pewności prawa, którą można odczytywać jako odrzucenie postrzegania jej w kategoriach nieosiągalnego ideału. B. Brożek, *Pewność prawa jako stabilność strukturalna*, FP 2011, nr 6.

z zakresem wyrażenia „pewność prawa”, przy czym niełatwo ustalić ten związek. Innymi słowy, trudno terminologicznie odróżnić wyrażenia, takie jak: „pewność prawa”, „bezpieczeństwo prawne”, „zaufanie jednostki do państwa i stanowionego przezeń prawa”. Przeprowadzanie szczegółowych dystynkcji byłoby zbędnym, scholastycznym (w pejoratywnym znaczeniu tego słowa) „dzieleniem włosa na czworo”. Będę więc przyjmował, że wyrażenia te odnoszą się do tych samych lub podobnych zjawisk.

Zanim przejdziemy do wskazania tych zjawisk i pokazania w konsekwencji różnych wymiarów pewności prawa, musimy uczynić pewną wskazówkę metodologiczną. Stefano Berteau uznał – trafnie – że poszukiwanie sedna pojęcia pewności prawa jest w dużym stopniu iluzją. Z tego twierdzenia wyciągnął jednak wniosek, który odrzucam, że pojęcie pewności prawa jest obciążone teoretycznie (*theory-laden notion*) i musi być rozpatrywane jedynie w kontekście określonej koncepcji z zakresu teorii lub filozofii prawa². Przywodzi to na myśl wprowadzone przez Jerzego Wróblewskiego odróżnienie relacji powołania i przyporządkowania, jakimi można połączyć określone twierdzenia teoretycznoprawne z określonymi stanowiskami filozoficznymi³. O ile prawdziwa jest teza, że każde twierdzenie teoretycznoprawne można przypisać do określonego stanowiska filozoficznego, o tyle nie każde pojęcie prawnicze – a takim jest pojęcie pewności prawa – można przypisać do określonej koncepcji filozoficznoprawnej, chyba że przez „związanie” rozumieć stosunek do np. wartości, jaką dane wyrażenie nazywa. Zgadzam się jednak z S. Berteau, że nie na tym polega obciążenie teoretyczne pojęcia pewności prawa. Analiza semiotyczna danego wyrażenia nie musi pociągać za sobą deklaracji filozoficznoprawnych. Moim zamiarem jest podanie wstępnych intuicji znaczeniowych związanych z wyrażeniem „pewność prawa”. Sprawozdawczą analizę jakiegoś pojęcia można bowiem dokonywać trzema różnymi metodami. Metoda intuicyjna polega na przedstawieniu sobie jednego lub kilku przypadków użycia analizowanego terminu, a następnie na próbie „wyodrębnienia myślowego tych cech”, ze względu na które użyto

² S. Berteau, *Toward a New Paradigm of Legal Certainty*, „Legisprudence” 2008, vol. II, no. 1, s. 27.

³ Na temat różnicy pomiędzy relacją przypisania i powołania zob. J. Wróblewski, *Postawa filozoficzna i afilozoficzna we współczesnej teorii prawa*, St. Praw. 1966, nr 13, s. 70.

takiego, a nie innego terminu⁴. Metoda indukcyjna sprowadza się albo do podania możliwie pełnego katalogu znalezionych znaczeń i odcieni, faktycznie występujących lub zaświadczonych historycznie, albo do sformułowania jednej definicji poprzez wyróżnienie jednego z istniejących znaczeń lub konstruując nowe⁵. Ostatnia z możliwych do wykorzystania metod to metoda etymologiczna⁶.

W dalszym ciągu zamierzam skorzystać z dwóch pierwszych metod. W tym celu przyjrę się niektórym do tej pory sformułowanym objaśnieniom treści pojęcia pewności prawa. Zastosowałem dwa kryteria wyboru tekstów do analizy. Pierwsze to znalezienie w danym tekście objaśnienia treści pojęcia pewności prawa. Pomiąłem tym samym fragmenty wskazujące np. środki służące realizacji pewności prawa lub prace zawierające wyrażnie sformułowane tezy np. o rosnącej niepewności prawa w danych porządkach prawnych⁷. Z kolei przedstawiona przez Bartosza Brożka koncepcja pewności prawa jako stabilności strukturalnej, zawiera definicje pewności prawa, jednak służą one wykazaniu, że prawo jest właśnie stabilne strukturalnie, co w ramach analizowanej w niniejszej pracy terminologii można umieścić wśród stanowisk widzących pewność prawa jako ideał immanentny. Stąd wróć do niej w rozdziale piątym.

Drugim kryterium wyboru jest obecność w analizowanym tekście wyrażenia „pewność prawa” lub „bezpieczeństwo prawne”, co można nazwać podejściem literalnym⁸. Dokonawszy przeglądu stanowisk na temat treści pojęcia pewności prawa, spróbuję zaproponować własne podejście, które polega na konieczności relatywizacji pewności prawa do zdań prawnych oraz zdań prognostycznych odnoszących się do działań podejmowanych przez organy tworzące i stosujące prawo.

⁴ T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć i definiowanie w naukach humanistycznych*, Warszawa 1978, s. 40–47

⁵ M. Tałasiewicz, *O pojęciu „racjonalności”*, „Filozofia Nauki” 1995, nr 1–2.

⁶ T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć...*, s. 46.

⁷ Taką tezę formułuje np. A. D'Amato, *Legal Uncertainty*, CLR 1983, vol. 71, no. 1.

⁸ Korzystam tym samym z odróżnienia, którym kierował się J. Raitio w swoich badaniach orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Zob. J. Raitio, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht–Boston–London 2003, s. 10.

1.1. Bezpieczeństwo prawne według Gustawa Radbrucha

Gustaw Radbruch posługuje się określeniem z języka niemieckiego *Rechtssicherheit*, które za Czesławem Znamierowskim tłumacząc jako „bezpieczeństwo prawne”. Radbruch podaje trzy znaczenia określenia „bezpieczeństwo prawne”⁹:

- 1) „Bezpieczeństwo przez prawo, zatem jako bezpieczeństwo przed pozbawieniem życia, rabunkiem (...) itd.”
- 2) „Bezpieczeństwo przez prawo zakłada, że samo prawo jest pewne. Ta pewność prawa jest drugim znaczeniem bezpieczeństwa prawnego. W tym rozumieniu bezpieczeństwo wymaga pewności poznania zdania prawnego, pewnej dowodliwości faktów, od których zależy zastosowanie prawa, zapewnionej wykonalności prawa”.
- 3) Stabilność prawa rozumiana jako istnienie ustrojowych barier, takich jak podział władz czy wymogi obowiązujące w procesie zmiany konstytucji, które to bariery mają na celu ograniczenie łatwości zmiany prawa¹⁰.

Pośród powyższych objaśnień chciałbym zwrócić uwagę na znaczenie drugie, w którym Radbruch pisze o wymogu pewności poznania zdania prawnego jako warunku bezpieczeństwa prawnego. Sądzę, że można ten fragment odczytywać jako możliwość zajęcia perspektywy zdaniowej w odniesieniu do pewności prawa. Polega ona na wyodrębnieniu typów wypowiedzi formułowanych w obszarze prawoznawstwa, a następnie zastanowieniu się nad stopniem ich pewności.

⁹ G. Radbruch, *O celu prawa*, RPEiS 1938, nr 3, s. 330–331.

¹⁰ Warto w tym miejscu wspomnieć, jak bezpieczeństwo prawne ujmował A. Kaufmann, uczeń i kontynuator myśli G. Radbrucha. Kaufmann podawał trzy warunki, aby prawo było pewne (drugie znaczenie „bezpieczeństwa prawnego” podane przez Radbrucha). Są to: 1) pozytywność, czyli nie tylko fakt jego ustanowienia, ale przede wszystkim nakaz określoności pojęć prawnych, 2) praktyczność, czyli, jak pisze J. Potrzebszcz, wymóg, żeby „fakty prawne” zostały „bezbłędnie rozpoznane”, 3) niezmienność, czyli względna stabilność prawa. J. Potrzebszcz, *Idea prawa w myśli filozoficzno-prawnej Gustawa Radbrucha i Arthura Kaufmanna*, „Prawo – Administracja – Kościół” 2005, nr 1–2, s. 297.

1.2. Obiektywna i subiektywna pewność prawa

W niezwykle bogatym naukowym dorobku Jerzego Wróblewskiego obecna jest również problematyka pewności prawa rozpatrywana w aspekcie sądowego stosowania prawa¹¹. Rezultat jego ustaleń jest o tyle istotny, że pozostali polscy autorzy piszący o pewności prawa wykorzystują zaproponowaną przez niego aparaturę pojęciową¹². Objasnienia pewności sądowego stosowania prawa J. Wróblewski dokonuje w oparciu o kategorię przewidywalności¹³, co ma oznaczać, że decyzja jest pewna, gdy jest przewidywalna.

Jerzy Wróblewski proponuje odróżnienie pewności obiektywnej i pewności subiektywnej. Pewność obiektywna jest niezależna od treści prawa oraz jego społecznych lub jednostkowych ocen¹⁴. Pewność obiektywna ma być niezależna od wiedzy podmiotu, który próbuje przewidzieć, jakie może zostać podjęte orzeczenie w interesującej go sprawie. Wróblewski wyróżnił również, jak sam je nazywał, elementy tej pewności. Były nimi: przewidywalność tego, że decyzja zostanie wydana, przewidywalność treści decyzji, wreszcie przewidywalność skutków

¹¹ Odnośne fragmenty można znaleźć w pracy J. Wróblewskiego (*Zarys teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 156, przyp.), który przytacza sposoby rozumienia terminu „bezpieczeństwo prawne” w literaturze zagranicznej. W dalszym ciągu omawiam koncepcję wyłożoną najpełniej w pracy J. Wróblewskiego, *Wartości a decyzja...*, rozdz. IV. Syntetyczne ujęcie można znaleźć w: K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 305, w której autorzy wskazują cztery kluczowe „momenty” dla zapewnienia pewności stosowania prawa: obowiązywanie normy w określonym znaczeniu, dowodzenie faktów, wyznaczenie konsekwencji prawnych w decyzji, problem rozumowań prawniczych. W późniejszym czasie J. Wróblewski wrócił do problematyki pewności prawa w artykule *Funkcje prawa a pewność prawa*, St. Pr.-Ek. 1974, t. XIII.

¹² Zob. np. T. Zieliński, *Pewność prawna w stosunkach prawa pracy*, St. Praw. 1988, z. 3, s. 6; L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze 2001, s. 49.

¹³ Zakłopotanie może jednak budzić cytat z późniejszej pracy J. Wróblewskiego, napisanej wspólnie z W. Langiem, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 247 („Wartości zapewniane przez tę ideologię [formalnej decyzji sądowej – M.W.] to pewność prawna, bezpieczeństwo prawne, przewidywalność decyzji sądowych”), sugerujący, że przewidywalność decyzji sądowych jest czym innym niż pewność prawa.

¹⁴ W innym miejscu pisze o „niezależności od przeżyć dowolnego podmiotu”, J. Wróblewski, *Wartości a decyzja...*, s. 95.

decyzji. W odniesieniu do każdego z tym elementów wymieniał tzw. czynniki warunkujące. W przypadku przewidywalności faktu wydania decyzji było to wystąpienie bodźców inicjatorskich oraz ich uwzględnienie przez organ stosujący prawo. W przypadku przewidywalności treści decyzji były to czynniki wpływające na wybór zastosowanej normy, czynniki wpływające na jej znaczenie, na proces ustalania faktów sprawy, na sposób posłużenia się stosowaną normą. Obok wspomnianych elementów i czynników warunkujących te elementy wskazywał czynniki odnoszące się do całości procesu stosowania prawa.

Pewność subiektywną określał jako przekonania podmiotu dotyczące tego, jak prawo obowiązujące będzie stosowane. Wymagała więc podmiotowej relatywizacji. Wróblewski wspominał o dwóch typach takiej relatywizacji: pewności „szarego człowieka” oraz pewności sędziego.

Status owych czynników warunkujących nie jest jasny. Wróblewski nie próbuje tworzyć definicji równościowej terminu „pewność prawa”, w której sens i zakres wyrażenia definiowanego jest tożsamy z sensem i zakresem wyrażenia definiującego¹⁵. Warto się jednak zastanawiać nad tym, czy „czynniki warunkujące”, które wskazuje, można uznać za warunki wyznaczające zakres stosowalności określenia „pewność prawa”, co byłoby równoznaczne z próbą podania definicji częściowej. Wszak one wyznaczają zakres stosowalności danego terminu w sposób niepełny, częściowy, stąd nazwa definicji stworzonych właśnie w ten sposób – definicje częściowe¹⁶. Tego rodzaju definicje są formułowane z powodu niedostatecznego stanu wiedzy na jakiś temat lub z racji występowania w języku danej dyscypliny naukowej tzw. pojęć dyspozycyjnych, oznaczających rozmaite dyspozycje fizyczne lub psychiczne¹⁷. Takim pojęciem dyspozycyjnym jest również pojęcie psychologicznej pewności. Kryteria stosowalności terminu definiowanego mogą być pozytywne: $Px \rightarrow Wx$ lub negatywne: $Ex \rightarrow \text{non-}Wx$ ¹⁸. Kryteria negatywne mogą być sformułowane w postaci warunku koniecznego lub wystarczającego.

Śród czynników wymienianych przez J. Wróblewskiego trudno jednak wskazać taki, który można by określić jako negatywny, to znaczy

¹⁵ T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć...*, s. 115.

¹⁶ Na temat tego rodzaju definicji zob. np. ibidem, rozdz. 4, a także: W. Patryas, *Definiowanie pojęć prawnych*, Poznań 1997, rozdz. III.1.

¹⁷ T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć...*, s. 118.

¹⁸ Ibidem, s. 126.

jego zrealizowanie powodowałoby przyjęcie, że nie można mówić o pewności decyzji sądowej. Jedynym tego typu czynnikiem byłaby sytuacja, w której organ stosujący prawo nie działa zgodnie z prawem, tj. pomimo wystąpienia bodźców inicjatorskich nie wszczyna postępowania lub opiera się w postępowaniu na błędnie zrekonstruowanej normie prawnej.

Wśród czynników warunkujących pewność treści decyzji wymieniana się fakt istnienia niekiedy możliwości wyboru normy proceduralnej lub materialnej. Nie chodzi jednak o to, że wybór jest jednym z kryteriów uznania decyzji za pewną. Bardziej chodzi o to, że jeśli takiego wyboru nie ma, to wówczas stopień możliwości trafnego przewidywania jest większy, niż gdyby ten wybór był. To jednak jest sprawa banalna.

Wśród czynników warunkujących pewność treści decyzji pojawiają się również te, które dotyczą ustalenia treści normy. I znów nie chodzi o to, że takie czynniki istnieją, ale o to, jakie zjawiska pod ich nazwą się kryją. Jerzy Wróblewski wskazuje na: właściwości języka prawnego, cechy prawa obowiązującego oraz oceny interpretatora.

Problem jednak w tym, że każdy z tych czynników bez doprecyzowania, o jakich zjawiskach wśród nich jest mowa, może być uznawany za wpływający dodatnio lub ujemnie na przewidywalność treści decyzji. Z jednej bowiem strony język prawny jest obciążony nieostrością używanych w nim wyrażen, z drugiej jednak istnieje określony sposób redagowania przepisów, mający tę nieostrość ograniczać¹⁹. Cechą prawa jest zarówno to, że jest stanowione, pisane, względnie usystematyzowane itp., jak i fakt, że przepisów jest zbyt dużo w stosunku do potrzeb (mówi się o tzw. inflacji prawa, jurydyzacji²⁰), często są niespójne, powodują rozbieżności interpretacyjne. Skutkuje to koniecznością dokonywania ocen, co – zdawałoby się – jest niewątpliwie elementem obniżającym możliwość trafnego przewidzenia treści decyzji, ale jeśli oceny są względnie ujednolicone w danej grupie, np. sędziów, to przestają być wyłącznie czynnikiem negatywnym.

¹⁹ W tym kontekście pisze się o kolizji postulatów zrozumiałości tekstu prawnego z jego precyzją (jednoznacznością). Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, ZNUJ, seria: Prace z Nauk Politycznych, z. 26, Kraków 1986, s. 124–129.

²⁰ J. Guść, K. Łokucijewski, *Globalizacja a jurydyzacja. O wpływie globalizacji na skalę prawotwórstwa w liberalnym państwie demokratycznym*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003; J. Guść, *System prawa w warunkach nadmiaru prawa* [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. S. Czepita, O. Bogucki, Szczecin 2008, s. 117 i n.

Wynikałoby więc z powyższych ustaleń o charakterze negatywnym, że owe czynniki warunkujące nie stanowią warunków składających się na definicję cząstkową, a są jedynie praktycznym wskazaniem, co trzeba wziąć pod uwagę, chcąc przewidzieć treść decyzji.

1.3. Formalna i materialna pewność prawa

Istnieje też druga kategoria objaśniająca treść pojęcia pewności decyzji sądowych: akceptowalność. Była nieobecna w tekstach J. Wróblewskiego, ale zwrócił na nią uwagę Aleksander Peczenik, uważając, że poprzestanie na przewidywalności decyzji w objaśnianiu treści pojęcia pewności prawa prowadzi do zaskakujących konsekwencji. Widoczne są one w podanym przez niego przykładzie sytuacji Żydów w nazistowskich Niemczech. Z ich punktu widzenia prawo niemieckie tamtego czasu było przewidywalne: znając swój status prawny, mogli z łatwością przewidzieć, jakie zachowania zostaną wobec nich podjęte przez przedstawicieli reżimu. Aby uniknąć tego rodzaju pojęciowych następstw, Peczenik uzupełnia wymóg przewidywalności wymogiem moralnej akceptowalności decyzji. Stosownie do tego odróżnia formalną pewność prawa (przewidywalność) i materialną pewność prawa (akceptowalność)²¹. Zadanie podmiotu stosującego polega na znalezieniu kompromisu pomiędzy przewidywalnością rozstrzygnięcia a jego moralną akceptowalnością²².

Na moralną akceptowalność zwraca również uwagę A. Aarnio. Píše on, podobnie zresztą jak A. Peczenik w cytowanej wyżej pracy, o oczekiwaniu pewności prawa. Oczekiwanie to dotyczy materialnych (*substantial*) cech, jakimi winna wyróżniać się decyzja. Pierwsza cecha określona jest w sposób negatywny: nie może być arbitralna; druga zaś określona jest pozytywnie: winna być właściwa (*proper*)²³. Obie cechy

²¹ A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht 2008, s. 24-25. Podobne odróżnienie przeprowadza A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster 1987.

²² A. Peczenik, *On Law...*, s. 26.

²³ Ten sposób odczytania myśli A. Aarnio można znaleźć w: J. Raitio, *The Principle of Legal...*, s. 341. W cytowanej bowiem pracy Aarnio nigdzie wprost nie pisze, że akceptowalność wiąże z cechą decyzji stosowania prawa, jaką jest bycie właściwą. Píše jedynie, że decyzja, by być akceptowalną, musi odwoływać się do wiedzy i systemu wartości „prawniczej wspólnoty” (*legal community*). Zob. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable...*, s. 190.

muszą wystąpić łącznie. Takie ujęcie pewności prawa jest warunkiem tego, by obywatele byli w stanie planować swoją działalność w oparciu o podstawy noszące znamiona racjonalności. To zaś jest koniecznym warunkiem trwania społeczeństwa²⁴. Brak arbitralności Aarnio utożsamia z przewidywalnością, wobec której stawiał zarzuty analogiczne jak A. Peczenik. Decyzja nie jest zaś arbitralna, gdy jest zgodna z obowiązującym prawem. Aulis Aarnio nie koncentruje jednak swojej uwagi na problemie zgodności z normą, lecz na kwestii autonomii norm prawnych. Ściślej rzecz ujmując, twierdzi, że ustalenie treści norm prawnych nie odbywa się niezależnie od treści norm moralnych czy innych norm. Posługuje się następującym przykładem: w niektórych gałęziach prawa prawo wymaga, by jednostki były traktowane w sposób równy; jednak tekst prawny nie dostarcza odpowiedzi, czym jest równość. Wobec tego konieczne staje się sięgnięcie do innych norm dotyczących równości, z czego wyciąga wniosek, że decyzja musi być zgodna z prawem (*lawful*) oraz normami moralnymi i społecznymi innymi niż prawo²⁵. Zgodność z tymi normami przesądza zaś o tym, że decyzja jest właściwa, a zatem akceptowalna.

Warto zauważyć, że wyrażenia „formalna pewność prawa” i „materialna pewność prawa” sugerują inne rozumienie niż przedstawione powyżej. Polega ono na myślowej operacji „wiązanania” pewności prawa z faktem obowiązywania w danym systemie określonych zasad prawa. W ten sposób o danym systemie prawa orzeklibyśmy, że jest formalnie pewny, jeżeli spełniałby kryteria wewnętrznej moralności prawa podane przez Lona Fullera²⁶. Wymogi przedstawione przez Fullera można by uznać za słabą (minimalną) wersję pewności. Mocną wersją tej pewności byłoby uwzględnienie wszystkich zasad, które odnajduje Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie w pojęciu państwa prawnego²⁷. Wspomniałem o wiązaniu

²⁴ A. Aarnio, *The Rational as Reasonable...*, s. 4.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Przypomnijmy, że kryteriami tymi są: ogólność prawa, obowiązek jego publikacji, zakaz retroaktywnego działania prawa, jasność, niesprzeczność, zakaz nakładania obowiązków niemożliwych do spełnienia, stabilność prawa, zgodność pomiędzy działaniem organów władzy państwowej a prawem. L. Fuller, *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1978, rozdz. II.

²⁷ Są to np. następujące zasady: poczucie bezpieczeństwa prawnego obywateli, zaufanie obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, niedziałanie prawa wstecz, ochrony praw słusznie nabytych, zachowanie odpowiedniej *vacatio legis*, prawo do sądu, proporcjonalność, nieingerowanie w system podatkowy w trakcie roku podatkowego.

pewności prawa z wymienionymi zasadami. Gdyby zastąpić przenośnię „wiązań” bardziej precyzyjnym terminem, to należałoby raczej mówić o kryterium stosowalności pojęcia pewności prawa, którym byłby, przypomnę, fakt obowiązywania w danym systemie określonych zasad prawnych (zadekretowana pewność prawa). Trudno jednak nie zauważyć, że samo zadekretowanie określonych zasad nie powoduje, iż dany zbiór będzie uznawany za pewny. Uznawanie danego zbioru norm prawnych za pewny jest bowiem pochodną stosowania prawa w określony sposób. W tym właśnie można upatrywać przyczyn, dla których wizje dziewiętnastowiecznych kodyfikatorów postrzegających swoje ustawy jako czynniki umożliwiające mechaniczne podejmowanie na ich podstawie decyzji są dzisiaj przejawem prawniczej naiwności. Tym samym widać, że nie ma analitycznego związku pomiędzy zadekretowaną pewnością prawa a pewnością decyzji stosowania prawa. Uzasadnieniem tego są czynniki ograniczające przewidywalność tej decyzji, które przedstawię w rozdziale czwartym.

1.4. Wertykalna i horyzontalna pewność prawa

Ostatnie odróżnienie mające nieco „przestrzenny” charakter nawiązuje do relacji, w jakie może wchodzić lub jakim może podlegać jednostka. Relacja wertykalna dotyczy związku jednostki z instytucjami państwa.

J. Oniszcuk, *Państwo prawne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 1996, s. 9. Podobną, tyle że znacznie bardziej rozbudowaną listę zasad wiążących się z zasadą pewności prawa w znaczeniu pewności decyzji jego stosowania podał A. Peczenik. Była ona wprawdzie zrelatywizowana do systemu szwedzkiego, jednak myślę, że zasadniczo można jej zawartość odnieść do innych europejskich systemów prawa stanowionego: decyzja winna być zgodna z prawem, tekst prawa powinien być jasny i precyzyjny, zakaz działania prawa (karnego) wstecz, zakaz stosowania analogii w stosowaniu sankcji karnych, zasada obiektywności oznaczająca, że podobne przypadki winny być traktowane w sposób podobny, zakaz arbitralności w sądowym stosowaniu prawa, wymóg należytego opisu faktów ustalonych w sprawie, wymóg uzasadniania decyzji sądowych, prawo do bycia wysłuchanym, zakaz nadużywania władzy, sprawowanie sądowej kontroli nad decyzjami administracyjnymi, jak również kontroli instancyjnej w postępowaniu sądowym, prawo dostępu do kompetentnego sądu, prawo do otrzymania wskazówki, w jaki sposób złożyć odwołanie do sądu wyższej instancji, możliwość publicznej kontroli poprzez ich oficjalną publikację, decyzje powinny być wydawane w rozsądnym czasie, ograniczona liczba sądów specjalnych, niezależność sądownictwa powszechnego i administracyjnego od innych organów władzy. J. Raitio, *The Principle of Legal...*, s. 338-339.

Wskazane wyżej odróżnienia pewności prawa dotyczą właśnie tego aspektu. Jest on głównym przedmiotem zainteresowania nauki prawa – również w tej pracy jemu zostanie poświęcona większość uwagi. Aspekt horyzontalny pewności prawa, dla odmiany, polega na analizie relacji i ich pewności pomiędzy równorzędnymi uczestnikami obrotu gospodarczego²⁸. W innej terminologii pewność w aspekcie horyzontalnym bywa nazywana łańcem społeczno-normatywnym, definiowanym jako „konstrukcja wyjaśniająca zespół (...) wartości i norm stanowiących (...) korpus zasad utrwalania się psychologicznego poczucia pewności normatywnej”. Pewność normatywna jest zaś możliwa, gdy „istnieją (...) wartości i normy pozwalające na antycypującą ocenę zachowań własnych i antycypującą ocenę reakcji otoczenia”²⁹. Pewność tego rodzaju stanowi głównie przedmiot socjologii, jednak także w tej pracy odróżnienie znajdzie swój ważny wymiar, gdy przyjdzie dyskutować sposób formułowania przepisów prawnych i jego wpływ na przewidywalność decyzji sądowych.

1.5. Zdaniowa perspektywa badawcza

Powyższy przegląd wybranych stanowisk na temat pewności prawa pokazuje, że autorzy, pisząc o pewności prawa, odnoszą to wyrażenie do różnych przedmiotów – nie tylko do prawa rozumianego jako zbiór norm generalnych i abstrakcyjnych, ale również do „pewności decyzji stosowania prawa”³⁰, „pewności stosowania prawa”³¹, „pewności decyzji tworzenia prawa”³², „pewności poznania zdania prawnego”³³. To, do czego pewność

²⁸ Zarówno podział, jak i jego objaśnienie czerpię z: V. Gessner, *Globalization and Legal Certainty* [w:] *Emerging Legal Certainty. Empirical Studies on the Globalization of Law*, red. V. Gessner, A.C. Budak, Brookfield USA–Singapore–Sydney 1998, s. 428.

²⁹ J. Wódz, *Czy stabilny łańcuch społeczno-normatywny to utopia?*, [w:] *Spotkania z utopią w XXI wieku*, red. P. Żuk, Warszawa 2008, s. 62.

³⁰ J. Wróblewski, *Wartości a decyzja...*, rozdz. IV.

³¹ K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 305. Autorzy ci wskazują cztery kluczowe „momenty” dla zapewnienia pewności stosowania prawa: obowiązywanie normy w określonym znaczeniu, dowodzenie faktów, wyznaczenie konsekwencji prawnych w decyzji, problem rozumowań prawniczych.

³² E. Kustra, *Polityczne problemy tworzenia prawa*, Toruń 1994, s. 62. Na ten temat zob. rozdz. drugi niniejszej książki.

³³ G. Radbruch, *O celu prawa...*, s. 330–331.

jest odnoszona, będę nazywał prawnymi „przedmiotami” pewności lub prawnymi „nośnikami” pewności³⁴. Ujmując to nieco bardziej technicznie, przez prawnicze „przedmioty” („nośniki”) pewności będę rozumiał nazwy, które można podstawić za zmienną X w odnoszących się do prawa funkcjach zdaniowych z użyciem wyrazu „pewność”. Można wyodrębnić następujące typy wypowiedzi z użyciem interesującego mnie terminu: (1) *X jest pewne*; (2) *Pewne jest, że Z*; (3) *Y jest pewien, że Z*.

W dyskursie prawniczym wypowiedzi te niejednokrotnie przybierają postać normatywną (np. *X ma być pewne* lub *Y ma być pewien, że Z*) lub modalną (np. *X może być pewne*). Pod X można podstawić, jak to wynika z powyższego przytoczenia, takie nazwy, jak „prawo”, „decyzja stosowania prawa”, „decyzja tworzenia prawa”, „stosowanie prawa”, „zdanie prawne”. Zmienna Y, pod którą można podstawić nazwę generalną lub indywidualną, oznacza jakiś podmiot. Zmienna Z oznacza dowolną wypowiedź o normach prawnych, np. że obowiązują, że mają określoną treść itp.

Jeżeli można wyodrębnić potoczny sposób posługiwania się językiem prawniczym, to sądzę, że większość wypowiedzi odnoszących się do pewności prawa można sprowadzić do funkcji (1) w wersji dyrektywnej (np. *Prawo powinno być pewne*) lub w wersji opisowej (np. *Prawo polskie nie jest pewne*). Użycie terminu „pewność” w tego rodzaju wypowiedziach jest analogiczne jak w wypowiedziach: *Ten samochód jest pewny*, *Ten człowiek jest pewny*, *Ten grunt jest pewny*. Każde z nich wyraża sąd, że na samochodzie, człowieku i gruncie można polegać. W odniesieniu do prawa „poleganie” nie jest jednak zbyt precyzyjnym określeniem.

W funkcji (2) funktor – nazwę go funktorem pewności – *Pewne jest, że...* odgrywa rolę gwarancyjną. Podmiot formułujący wypowiedź z użyciem funktora pewności podaje tym samym, jaki stopień uzasadnienia, jego zdaniem, przysługuje zdaniu. Na tej podstawie można

³⁴ W semiotyce owe przedmioty przyjmują postać rodzajów denotacji. Wyróżnia się więc komprehensję (w przypadku pewności prawa: zbiór przedmiotów, które mogą być pewne), referencję (w przypadku pewności prawa: zbiór przedmiotów, które są pewne aktualnie). W ten sposób określa je M. Milkowski w swoim *Krótkim kursie semiotyki logicznej*, <http://marcinmilkowski.pl/> [dostęp: 20.07.2013]. W innych pracach to odróżnienie przybiera inną terminologię: zbiór złożony z wszystkich istniejących desygnatów danej nazwy jest określany denotacją, zaś zbiór składający się z wszystkich możliwych, czyli dających się w sposób niesprzeczny pomyśleć desygnatów, tak jak powyżej, jest określany komprehensją. J. Pelc, *Wstęp do semiotyki*, Warszawa 1984, s. 288.

uznać, że możliwą perspektywą badawczą problematyki pewności prawa jest perspektywa zdaniowa, polegająca na analizie wypowiedzi formułowanych w prawoznawstwie (zdań prawnych) pod kątem pewności ich uzasadnienia. Pewność prawa byłaby w tej perspektywie pochodną stopnia pewności określonych zdań.

Tego rodzaju podejście jest wyrazem dość chyba powszechnego przekonania wśród osób posługujących się wyrażeniem „pewność prawa”, że oznacza ono cechę lub zestaw cech, jakie bytowi takiemu jak prawo przysługują lub powinny przysługiwać. Gdyby do tego przekonania odnieść filozoficzne odróżnienie podmiotu i przedmiotu poznania oraz kwestię (nie)zależnego od podmiotu istnienia przedmiotu poznania, to można sądzić, że głębokim założeniem owego powszechnego przekonania jest twierdzenie, iż prawo jako byt istnieje niezależnie od poznającego je podmiotu³⁵. Jest to pogląd z grubsza naturalistyczny, który w kontekście prawa, w wersji naturalizmu metodologicznego głosi, że prawo można badać metodami podobnymi do tych, jakie są stosowane w naukach przyrodniczych³⁶. Pogląd przeciwny naturalizmowi głosi, w odniesieniu do prawa, że jest ono bytem wciąż konstruowanym w toku praktyki społecznej. Określenie prawa jako „faktu interpretacyjnego” przez R. Dworkina można uznać za przejaw takiego antynaturalistycznego sposobu myślenia. Konsekwencją antynaturalizmu dla perspektywy badawczej stosowanej dla pewności prawa jest trudność przypisywania cechy pewności bytowi, jakim jest prawo. Mówienie o pewności prawa jako „obiektywnie” przysługującej cesze prawa zdaje się nie mieścić w paradygmacie antynaturalistycznym. Skoro bowiem prawo jest pochodną działań i przekonań jednostek, to cecha pewności przestanie być cechą prawa, a stanie się pochodną jakości przekonań, jakie żywią na temat prawa owe jednostki. Formułowanie w trakcie wspomnianej praktyki społecznej twierdzeń nie tylko opisowych, ale i wypowiedzi mających charakter preskryptywny zdaje się podważać do pewnego stopnia stanowisko antynaturalisty. Trudno uznać, że twierdzenia preskryptywne mają na celu podniesienie jakości przekonań żywionych przez podmioty wygłaszające te twierdzenia.

³⁵ Przypisywane jest ono pozytywizmowi prawniczemu. M. Zirk-Sadowski, *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, t. 1, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 84.

³⁶ Z. Pulka, *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, seria: Prawo CCXCIII, 2004, nr 2697, s. 9.

Niewątpliwie mają na myśli podniesienie jakości praktyki społecznej, jaką są działania podejmowane w ramach prawa. Jeżeli zaś miarą tej jakości ma być pewność takiej praktyki społecznej, to wydaje się, że ujmowanie pewności jako cechy z konieczności zakłada naturalistyczne rozumienie bytu, którego pewność ma być cechą. Stąd właśnie sędzę, że zdaniowa perspektywa badawcza jest tą właściwą.

Nie oznacza to jednak, że perspektywa, w której pewność rozumie się jako własność stanu psychicznego jednostki (wyraża ją wypowiedź 3), jest pozbawiona znaczenia. Przeciwnie, istotne, by jak najczęściej jednostki były pewne, w sposób uzasadniony, prawdziwości zdań, jakie formułują w kontekście prawa. Jeżeli więc skorzystać z terminologii J. Wróblewskiego i nazwać stan rzeczy denotowany przez wypowiedź typu (2) pewnością obiektywną, a stan rzeczy denotowany przez wypowiedź typu (3) pewnością subiektywną, to racjonalny zdaje się postulat, by pewność obiektywna pociągała za sobą pewność subiektywną jakiejś jednostki. Kwestią empiryczną jest liczba sytuacji, w których dany podmiot jest błędnie przekonany o prawdziwości jakiegoś zdania Z i temu przekonaniu przypina łatkę pewności. W przypadku prawa tego typu sytuacje powinny stać się przedmiotem zainteresowania głównie nauki prawa (być może również legislatorów), by zbadać, czy owo błędne przekonanie nie jest uzasadnione przyczynami leżącymi poza podmiotem poznającym³⁷. Innymi słowy, ważne są racje, dla których takie przekonanie się ukształtowało: czy leżą po stronie przedmiotu poznania, jakim w tym przypadku jest prawo, czy leżą wyłącznie po stronie podmiotu. W tej ostatniej sytuacji byłyby czymś na kształt „intelektualnego urojenia”.

Jak wspomniałem, podejście zdaniowe polega na wyodrębnieniu typów wypowiedzi formułowanych w naukach prawnych i próbie przypisania im stopnia pewności wyłącznie na podstawie przynależności do określonego typu. Wcześniej jednak, przynajmniej z grubsza, należałoby objaśnić pojęcie zdania pewnego. Należy przy tym odróżniać pytanie: „co to znaczy, że dane zdanie jest pewne?” od pytania: „czy istnieją takie zdania?”. Pierwsze pytanie dotyczy treści pojęcia, drugie jego zakresu. Definicja zdania pewnego nie przesądzi, że da się takie zdanie

³⁷ Por. jednak pogląd A.R. White'a, który pisze, że pewność osób i pewność określonych układów rzeczy są od siebie niezależne. A.R. White, *Modal Thinking*, Oxford 1975, s. 75, cyt. za: M. Danielewiczowa, *Wiedza i niewiedza. Studium polskich czasowników epistemicznych*, Warszawa 2002, s. 216.

sformułować³⁸. Co więcej, w kontekście pewności prawa należy podkreślić, że jeżeli o danym zdaniu nie można powiedzieć, iż jest pewne, to nie oznacza to tym samym, że jest niepewne. Pomiedzy zdaniem pewnym a zdaniem niepewnym istnieje obszar stanów pośrednich.

Kategoria pewności stanowiła w historii epistemologii jeden z istotniejszych problemów, stąd dla potrzeb objaśnienia pojęcia zdania pewnego warto się przyjrzeć rodzajowi pewności poszukiwanej przez filozofów, by ustalić, w jakiej mierze ten dorobek może znaleźć zastosowanie w prawoznawstwie.

1.5.1. Pewność jako problem epistemologiczny

Pewność w filozofii jest problemem z racji wyzwania rzuconego przez sceptycyzm³⁹. Wyzwanie sceptyka polega na domaganiu się dowodu na istnienie świata zewnętrznego. Jeżeli bowiem oponent sceptyka nie jest w stanie podać takiego dowodu, to znaczy, że żadne zdanie nie jest pewne. Jedną z możliwych rekonstrukcji rozumowania sceptyka można przedstawić następująco⁴⁰:

- P₁ Zdanie percepcyjne może pełnić funkcję uzasadnienia dla zdania szczegółowego jedynie pod warunkiem uznania zdania ogólnego: *Świat zewnętrzny istnieje*.
- P₂ Zdanie *Świat zewnętrzny istnieje* nie może być więc uzasadnione w odwołaniu do zdania szczegółowego o jakimś przedmiocie do świata należącym.

³⁸ Zwłaszcza w obliczu tezy o niepewności wiedzy empirycznej, którą M. Zieliński uzasadnia, odwołując się do rozwoju wiedzy w zakresie środków poznawczych. Jego konsekwencje mogą być dwojakie: to, co było pewne może stać się niepewne, a to, co było niepewne, może stać się pewne. M. Zieliński, *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979, s. 149.

³⁹ Należy wyjaśnić, że sceptykiem jest nie tylko przedstawiciel historycznej szkoły sceptycznej, ale przede wszystkim jest to figura abstrakcyjna, jedynie pomyślany podmiot konstruujący możliwe argumenty. Często bowiem argumenty określane jako „argumenty sceptyka” nie zostały sformułowane przez żadnego ze znanych filozofów i pochodzą od samego autora próbującego im się przeciwstawić. Nie podważa to jednak prawdziwości opinii, że większość argumentów sceptycznych została sformułowana już w starożytności.

⁴⁰ T. Czarnecki, *Moore i Wittgenstein. Niekartezjańskie rozwiązania problemu pewności*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Krakowskiej”, seria: Nauki Humanistyczne, Społeczne i Ekonomiczne, 2001, nr 22, s. 19.

P₃ Zdania *Świat zewnętrzny istnieje* nie można uzasadnić w inny sposób.

K Zdanie *Świat zewnętrzny istnieje* może być fałszywe.

W świetle takiego wnioskowania nawet twierdzenie, że *istnienie świata jest hipotezą*, nie ma racji bytu, ponieważ potrzebuje ona uzasadnienia, które czerpie ze zdań percepcyjnych, te zaś wymagają tego, co stanowi przedmiot wniosku – uznania istnienia świata zewnętrznego⁴¹. Siła tego stanowiska sceptycznego skłoniła Kanta do ogłoszenia słynnej opinii, że „pozostaje zawsze skandalem w filozofii (...) żebyśmy musieli przyjmować tylko na wiarę istnienie rzeczy poza nami (...) i żebyśmy nie mogli przeciwstawić żadnego zadowalającego dowodu, jeżeli komu przyjdzie na myśl powątpiewać o ich istnieniu”⁴². W bardziej wyważonym tonie wypowiedział się B. Russell, zauważając, że „choć uniwersalny sceptycyzm jest z logicznego punktu widzenia niemożliwy do odparcia, w praktyce jest on koncepcją jałową; może zabarwiać jedynie nasze przekonania odcieniem niepewności, ale nie można się nim posłużyć do zastąpienia naszych przekonań innymi przekonaniem”⁴³. Spór o możliwość podania dowodu istnienia świata zewnętrznego, który odżył w XX wieku, dotyczył jednak w głównej mierze zakresu pojęcia pewności, a w dużo mniejszym stopniu jego treści.

Próbując zaś podać jego treść, warto przypomnieć, że to I. Kant wyznaczył sposób stawiania filozoficznego problemu pewności. Pisał: „Uznawanie za prawdę w ogóle jest dwojakiego rodzaju: pewne i niepewne. Pewne uznawanie-za-prawdę, czyli pewność, związane jest ze świadomością konieczności; niepewne zaś, czyli niepewność, ze świadomością przygodności, czyli tego, iż przeciwieństwo jest możliwe”. Odróżniał dalej trzy rodzaje uznawania za prawdę: mniemanie, wiarę i wiedzę.

⁴¹ Ibidem, s. 14–19.

⁴² I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, t. 1, tłum. R. Ingarden, Warszawa 1957, s. 50 (przypis). Według G.E. Moore’a należy zacytowany fragment odczytywać w taki sposób, iż Kant chce raczej powiedzieć, że „dopóki nie odkrył podanego przez siebie dowodu, to ani on sam, ani nikt inny podać by go nie był w stanie”. G.E. Moore, *Dowód na istnienie świata*, [w:] idem, *O metodzie filozoficznej. Wybór tekstów*, wstęp, wybór, tłum. W. Sady, Warszawa 1990, s. 68.

⁴³ B. Russell, *Nasza wiedza o świecie zewnętrznym jako pole badań dla metody naukowej w filozofii*, tłum. T. Baszniak, Warszawa 2000, s. 77.

„To, co stanowi przedmiot wiedzy, jest apodyktycznie pewne, tzn. powszechnie i obiektywnie konieczne”⁴⁴.

Pojęcie pewności wykazuje związek z pojęciem konieczności, a pojęcie niepewności z pojęciem przygodności. Warto też zwrócić uwagę na pochodny wobec prawdziwości akt uznania, który może być zakwalifikowany jako pewny albo niepewny.

Pojęcie konieczności jest dzisiaj nieco archaiczne i używane głównie przez filozofów związanych z tradycją tomistyczną. Obiegowe objaśnienie sądu koniecznego sprowadza się do twierdzenia, że sąd taki nie może być fałszywy. Wskazuje się, że bardziej zrozumiałą kategorią tych sądów byłyby sądy analityczne⁴⁵.

Pojęcie przygodności również odnoszone jest do twierdzeń, stąd mówi się o twierdzeniach przygodnych (*contingent propositions*). George Edward Moore zdefiniował je jako twierdzenia, które nie są wewnętrznie sprzeczne i których zaprzeczenie również nie jest wewnętrznie sprzeczne⁴⁶. Zdanie *Kot Mruczek leży na kanapie* oraz jego negacja: *Nieprawda, że kot Mruczek leży na kanapie* nie są wewnętrznie sprzeczne i stanowią przykład zdań przygodnych. Zasadniczy spór toczył się wokół pytania, czy twierdzenia, które nie są analityczne, a zatem mówią coś o świecie zewnętrznym, mogą być pewne⁴⁷. Najczęściej uważano, że twierdzenia empiryczne mogą być co najwyżej prawdopodobne⁴⁸. Polemizując z tym stanowiskiem, zwrócono jednak uwagę, że racją dla jego zajmowania w sprawie możliwości pewności zdań empirycznych była taka definicja terminu „pewność”, że jej osiągnięcie jest nie tyle ideałem, ile jest logicznie niemożliwe⁴⁹. Tymczasem twierdzenie, że dane zdanie empiryczne jest na pewno prawdziwe, jest, według Moore’a, nie tylko możliwe, ale wysoce informacyjne i nietautologiczne, w przeciwieństwie do twierdzenia, iż dane zdanie aprioryczne jest pewne. Stwierdzenie pewności takiego zdania empirycznego niesie

⁴⁴ I. Kant, *Logika. Podręcznik do wykładów*, tłum. A. Banaszkiewicz, Gdańsk 2005, s. 87–88. Dalej Kant odróżnia rodzaje pewności: rozumową i empiryczną. Rozumowa może być matematyczna (intuitywna) albo filozoficzna (dyskursywna). Ibidem, s. 91.

⁴⁵ S. Blackburn, *Oksfordzki słownik filozoficzny*, tłum. C. Cieśliński i in., Warszawa 2004, s. 194.

⁴⁶ G.E. Moore, *Philosophical Papers*, New York 1959, s. 230.

⁴⁷ G.E. Moore odpowiadał na to pytanie pozytywnie w artykule *Certainty*. Zob. ibidem.

⁴⁸ Opinie filozofów, którzy tak twierdzili, przytacza N. Malcolm, *Certainty and Empirical Statements*, „Mind” 1942, New Series, vol. 51, no. 201, s. 18.

⁴⁹ Ibidem, s. 22.

ze sobą informację, której nie zawiera samo stwierdzenie, że dane zdanie ma charakter empiryczny⁵⁰. Pewność jest tutaj pochodną uzasadnienia, co nasuwa oczywiście problem Popperowskiej krytyki metody indukcyjnej oraz przywodzi na myśl jego kategorię zbliżania się do prawdy z niemożnością jej osiągnięcia⁵¹. Stanowisko Poppera stosuje się do teorii naukowych jako zbiorów twierdzeń, ale w odniesieniu do sądów postrzeżeńiowych (np. *Widzę drzewo*) i wielu innych (np. *Euro 2012 odbyło się w Polsce*) byłoby czymś praktycznie jałowym odmawianie pewności tego typu sądom, zwłaszcza jeśli wprowadzić odróżnienie pomiędzy pewnością filozoficzną a pewnością potoczną. Prawnicy, mówiąc o pewności np. sędziego mającego podjąć decyzję stosowania prawa lub podmiotu szukającego w prawie odpowiedzi na pytanie, czy dane zachowanie jest zakazane albo dozwolone, mają na myśli pewność potoczną. Dotyczy ona sytuacji, gdy liczba racji przemawiających za uznaniem danego zdania za prawdziwe osiąga poziom, po którego przekroczeniu wątplenie w jego prawdziwość staje się bezzasadne, bo wprawdzie jest logicznie możliwe, by dane zdanie było fałszywe, ale empirycznie okazuje się to niepodobieństwem, np. *Siedzibą Komisji Europejskiej jest Bruksela*⁵².

Zauważmy wreszcie rzecz niezwykle istotną w kontekście pewności prawa, że nie stoimy przed prostą opozycją pewność – niepewność. Filozofowie od dawna piszą o stopniach pewności⁵³, przy czym warto

⁵⁰ Ibidem, s. 36.

⁵¹ „(...) naszym celem jest poszukiwanie teorii prawdziwych lub przynajmniej takich, które są bliższe prawdy niż te, które są nam znane w danej chwili. Niemniej jednak nie znaczy to, że możemy wiedzieć z całą pewnością, iż którakolwiek z naszych teorii wyjaśniających jest prawdziwa”. K. Popper, *Wiedza obiektywna. Ewolucyjna teoria epistemologiczna*, tłum. A. Chmielewski, Warszawa 1992, s. 335.

⁵² Magdalena Danielewiczowa, powołując się na H.A. Pricharda, odróżnia „pewność w sensie ścisłym” od myślenia pozbawionego wątpliwości, czy też „znalezienia się pod przemożnym wrażeniem czegoś”. Jako przykład tego ostatniego H.A. Prichard podaje sąd, że *Słońce obraca się wokół Ziemi*. M. Danielewiczowa, *Wiedza i niewiedza...*, s. 219. Rodzaje pewności odróżnia również Tomasz z Akwinu. Odróżnia on pewność w znaczeniu mocy uznania (*firmitas*) oraz pewność posiadającą odpowiednie uzasadnienie (*evidentia*), I. Kantola, *Probability and Moral Uncertainty in Late Medieval and Early Modern Times*, Helsinki 1994, s. 21.

⁵³ Na przykład B. Chwedeńczuk (*Spór o naturę prawdy*, Warszawa 1984, s. 121) pisze, że stanowiska epistemologiczne można dzielić w zależności od mocy, jaką dany pogląd przypisuje naszemu poznaniu, np. według stopnia pewności, jaką przyznaje naszej wiedzy; zob. też: B. Russell, *Nasza wiedza...*, s. 77.

podkreślić, że jeżeli utworzymy skalę, której krańcami będą „pewność” i „niepewność”, to sprawą zupełnie arbitralną jest uznanie, czy podziałki na skali pomiędzy tymi krańcami będą oznaczać stopnie pewności, czy stopnie niepewności. Do pewnego stopnia przypomina to spór o to, czy szklanka jest w połowie pełna, czy w połowie pusta.

Niezależnie od definicji pewności zdań empirycznych oraz ewentualnej skali pewności prawa można by sądzić, że analityczność twierdzeń formułowanych w obszarze nauk prawnych będzie tę pewność w jakimś zakresie gwarantować. Zanim przejdę do podania cząstkowej definicji pewności prawa, pokażę, że wskazywanie na analityczność zdań jest wątpliwym sposobem „szukania” pewności prawa.

1.5.2. Analityczny charakter twierdzeń dogmatycznoprawnych a ich pewność

W polskiej teorii prawa typy zdań formułowanych przez szczegółowe nauki o prawie przedstawiane są jako pochodna problemów badawczych. W literaturze wskazuje się następujące typy problemów⁵⁴:

- obowiązywanie prawa,
- wykładnia,
- kwalifikacja prawna określonych stanów faktycznych (tzw. wtórne problemy dogmatyczne),
- problemy definicyjno-pojęciowe.

Zbigniew Pulka w odniesieniu do każdego z tych problemów konstruuje schemat odpowiadającego mu twierdzenia i rozważa, czy jest ono zdaniem analitycznym. Celem postępowania tego badacza jest odpowiedź na pytanie, czy szczegółowe nauki o prawie opisują obiektywnie istniejącą rzeczywistość, czy pełnią funkcję optymalizacji prawa. Jeżeli rozstrzygnięcie danego problemu wymaga dokonania ocen, wówczas dane

⁵⁴ Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 30. L. Nowak wymienia prócz obowiązywania i wykładni problemy socjotechniczne i socjologiczne, przy czym problemy socjotechniczne przybierają postać dyrektyw celowościowych (*Aby zrealizować cel C powinienś przedsięwziąć środki S*), zaś problemy socjologiczne przybierają postać zdań syntetycznych na temat genezy lub skutków danej regulacji prawnej. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 30 i n.

twierdzenie ma charakter normatywny lub ocenny⁵⁵. Do kategorii zdań analitycznych Z. Pulka zalicza zarówno zwroty stosunkowe („zachowanie Z jest zgodne z normą N”) formułowane przy okazji rozwiązywania problemów z obowiązywaniem systemowym, zdania deontyczne, jak i twierdzenia powstałe w wyniku procedury ich uniwersalizacji.

Z kolei twierdzenia interpretacyjne sprowadza do formuły: „Norma N ma znaczenie Z na mocy dyrektyw interpretacyjnych $D_1, D_2, \dots, D_n$ oraz ocen $O_1, O_2, \dots, O_n$, które zakłada użycie dyrektyw interpretacyjnych $D_1, D_2, \dots, D_n$ ”⁵⁶. Co istotne, oceny odgrywają tu zasadniczą rolę i ze względu na zaangażowanie aksjologiczne należą, zdaniem Pulki, do drugiej grupy, tj. wypowiedzi ocennych

Jak się wydaje, autor powyższej koncepcji przyjmuje filozoficzne stanowisko dychotomizmu, zgodnie z którym każde zdanie jest analityczne lub syntetyczne⁵⁷. W efekcie prowadzone przez niego analizy mające zakwestionować empiryczność formułowanych przez dogmatykę twierdzeń muszą prowadzić do konkluzji, że o ile nie występuje w nich element ocenny, o tyle twierdzenia te mają charakter zdań analitycznych. Tym samym stara się wykazać, że paradygmat pozytywistyczny jest „nieadekwatny wobec rzeczywistej praktyki badawczej nauk prawnych”⁵⁸. Natomiast biorąc pod uwagę, że Z. Pulka paradygmat ten przedstawia jako próbę urzeczywistnienia naturalistycznego modelu uprawiania nauk społecznych, w tym przypadku prawoznawstwa, to adekwatna jest, jego zdaniem, antynaturalistyczna interpretacja ogólnej nauki o prawie,

⁵⁵ Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 30. Uznając tego rodzaju twierdzenia za zdania analityczne, Z. Pulka pomija wewnętrzne zróżnicowanie zdań analitycznych, na które składają się: prawa logiki, egzemplifikacje prawa logiki wyrażone w języku naturalnym, np. *W dniu 18 marca 2008 deszcz pada lub nie pada*, twierdzenia czystej matematyki, zdania w rodzaju *Każdy kawaler to nieżonaty mężczyzna* oraz zdania typu *Żadna powierzchnia nie może być zarazem czerwona i zielona*. Zob. J. Woleński, *Epistemologia*, t. 2: *Wiedza i poznanie*, Kraków 2001, s. 101–102. Analityczność twierdzeń dogmatyki jest podobna do analityczności zdania *Każdy kawaler to nieżonaty mężczyzna*.

⁵⁶ Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 38.

⁵⁷ Stanowiskiem opozycyjnym wobec dychotomizmu jest gradualizm, którego zwolennikiem był m.in. Quine. J. Woleński, *Epistemologia...*, t. 2, s. 115. Podstawowy z tego punktu widzenia był artykuł Quine’a *Dwa dogmaty empiryzmu* – wyd. pol. W.O. Quine, *Z punktu widzenia logiki. Eseje logiczno-filozoficzne*, tłum. B. Stanosz, Warszawa 1969, s. 35–71. Zob. też: H. Putnam, *Analityczne i syntetyczne*, [w:] idem, *Wiele twarzy realizmu i inne eseje*, tłum. A. Grobler, Warszawa 1998.

⁵⁸ Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 46.

której przykładem ma być filozofia prawa w wydaniu J. Habermasa oraz R. Dworkina.

Szukając zdań pewnych, można więc postępować w podobny sposób, czyli nałożyć na wyróżnione przez siebie typy zdań tradycyjną siatkę pojęciową, zgodnie z którą dzieli się zdania na analityczne i syntetyczne. W dalszej kolejności można intuicyjnie przyjąć, że zdania analityczne są pewne, bo ich zanegowanie nie jest możliwe bez sformułowania zdania wewnętrznie sprzecznego, zaś zdania syntetyczne są nieuchronnie niepewne, bo jest logicznie możliwe, że prawdziwa jest ich negacja⁵⁹.

W ten sposób wyrażona intuicja jest jednak nieprecyzyjna. Uzasadnianie pewności zdań prawnych poprzez wykazywanie, że mają one charakter analityczny, polega na posługiwaniu się innym pojęciem pewności, niż to czynią prawnicy. Tych ostatnich interesuje bezsporność danego zdania prawnego, a nie gwarancja prawdziwości w postaci konwencji językowych i terminologicznych. W praktyce prawniczej zdania, których typy przedstawia Z. Pulka jako zdania analityczne, bywają przedmiotem sporów. „Analityczne” nie znaczy więc tutaj to samo, co „bezsporne”. Jeżeli bowiem analityczność zarówno zdań deontycznych, jak i twierdzeń uniwersalizacyjnych zależy od stwierdzenia, „czy określony podmiot jest desygnatem nazwy określającej klasę podmiotów w normie N oraz czy działa on w warunkach, które mogą być uznane za desygnat nazw określających klasę warunków w tejże normie N”⁶⁰, to właśnie sednem sporów prawniczych jest pytanie, czy można uznać dany podmiot za desygnat, o którym mówi nazwa użyta w normie N. W tym sensie zdanie analityczne nie będzie pewne, wobec czego uzasadnianie pewności/niepewności statusem w postaci analityczności/syntetyczności zdań prawnych nie jest właściwym sposobem postępowania badawczego, co stanowi dodatkowy argument, by przyznać rację H. Putnamowi, który jednoznacznie dyskredytował odróżnienie zdań analitycznych i syntetycznych, pisząc: „(...) zapomnij o rozróżnieniu

⁵⁹ Należy zaznaczyć, że ani sformułowana wyżej intuicja, ani poniższe rozważanie jej zasadności nie odbiega od tego, co uczynił przedmiotem swojej pracy Z. Pulka. Analityczny lub ocenny charakter wypowiedzi nie służył mu jako argument do wykazania bezsporności lub sporności danych twierdzeń, a jedynie do uzasadnienia twierdzenia na temat zasadności przyjmowania w dogmatyce prawniczej paradygmatu naturalizmu metodologicznego.

⁶⁰ Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 39.

analityczne-syntetyczne, a nie zbłądzisz w żadnej kwestii filozoficznej, która go bezpośrednio nie dotyczy”⁶¹.

1.5.3. Pewność zdań prawnych

Wyżej odróżniłem tzw. przedmioty pewności prawa, czyli nazwy, które można podstawić za zmienną *X* w podstawowej funkcji zdaniowej z użyciem terminu „pewność”, odnoszą się do prawa, czyli *X jest pewne*. Wśród tych „przedmiotów” wymieniłem zbiór norm, decyzję stosowania lub tworzenia prawa oraz zdania. Umieszczenie zdań wśród przedmiotów „prawnych”, o których orzeka się, że są pewne, może budzić wątpliwości, nawet jeśli taka decyzja jest konsekwencją użycia takiego terminu przez G. Radbrucha. Problem zmiennej *X* można bowiem potraktować również jako pytanie o to, co kryje się pod terminem „prawo”. Jest ono, przynajmniej w najbardziej powszechnym znaczeniu, tj. prawa przedmiotowego, zbiorem norm postępowania. Normy zaś są innymi rodzajami wypowiedzi realizującymi funkcję dyrektywalną (wpływającą) języka w przeciwieństwie do opisowej realizowanej przez zdania w sensie logicznym⁶². Odpowiedź na przykładowe pytanie: „Co mówi prawo na temat danego zachowania?”, przybiera jednak najczęściej postać zdania deontycznego, tj. wypowiedzi o kształcie *X jest zobowiązany do zachowania się Z na podstawie normy N* lub *X jest uprawniony do zachowania się Z na podstawie normy N*. Prawdopodobnie o to właśnie chodziło G. Radbruchowi, by sformułowane zdania na temat prawa były w jakimś, nieprzybliżonym przez niego, znaczeniu pewne; by ich prawdziwość, niepodważalność stanowiła wiarygodną podstawę podjęcia określonych działań lub zaniechań jednostki. Wówczas można mówić o jej poczuciu bezpieczeństwa, dla którego jakość prawa nie stanowi zagrożenia. Wskazanie zdań jako „przedmiotów”, które można podstawić pod *X*, jest uzasadnione głównie perspektywą jednostki niebędącej sędzią ani legislatorem. Ona bowiem nie konstruuje systemu prawa, nie wydaje decyzji tworzenia lub stosowania

⁶¹ H. Putnam, *Wiele twarzy...*, s. 8.

⁶² Naturalnie pytania, czyli zdania w sensie gramatycznym, niebędące zdaniami w sensie logicznym, mogą w pewnym stopniu również pełnić tę funkcję, np. *Czy świadek wiedział o istniejącym romansie oskarżonego?*, gdy osoba pytana o takim romansie nie wiedziała.

prawa; oczekuje jedynie odpowiedzi na pytanie typu: jakie zachowanie jest zakazane/nakazane lub dozwolone w danej sytuacji przez obowiązujące w danym czasie i miejscu normy prawne lub co powinna zrobić, chcąc w sposób ważny dokonać pewnej czynności.

Pozostaje jeszcze sprawa terminologii. Literatura anglojęzyczna z zakresu teorii i filozofii prawa posługuje się bardzo często określeniami *legal statement*, *legal proposition* lub *propositions of law*. Jak zauważa J. Woleński, to ostatnie nie ma swojego odpowiednika w polskich pracach poświęconych teorii prawa⁶³. W dalszym ciągu będę się posługiwał określeniem „zdanie prawne”, które oznacza następujące typy twierdzeń⁶⁴:

- (Z₁) Na podstawie norm danego systemu wszystkie F winny czynić c (np. *Na podstawie norm polskiego prawa wszyscy kierowcy powinni jeździć z zapiętymi pasami*).
- (Z₂) Na podstawie norm danego systemu x winien czynić c (np. *Na podstawie norm polskiego prawa Maciej Wojciechowski powinien jeździć z zapiętymi pasami*).
- (Z₃) Na podstawie norm danego systemu wszystkie F są c (np. *Na podstawie norm polskiego prawa wszyscy posłowie są funkcjonariuszami publicznymi*).
- (Z₄) Na podstawie norm danego systemu x jest c (np. *Na podstawie norm polskiego prawa Janusz Palikot jest funkcjonariuszem publicznym*).

Twierdzenia (Z₁) i (Z₂) mają charakter deontyczny, podczas gdy (Z₃) i (Z₄) pojęciowy (*conceptual legal statements*). Tym samym widać, że pojęcie zdania prawnego jest szersze niż pojęcie zdania deontycznego. Na ten podział nakłada się odróżnienie zdań prawnych w ścisłym sensie (*pure legal statements*), tj. tych których prawdziwość zależy wyłącznie od istnienia pewnych norm w danym systemie oraz stosowanych zdań prawnych (*applicative legal statements*), tj. takich, których prawdziwość zależy od istnienia pewnych norm w systemie, a także prawdziwości pewnych twierdzeń faktycznych. Zdania prawne w ścisłym sensie to (Z₁) i (Z₃), zaś zdania prawne stosowane to (Z₂) i (Z₄)⁶⁵. Tym samym widać, że twierdzenia

⁶³ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 330 (przypis 29 będący przypisem pochodzącym od tłumacza).

⁶⁴ Przyjmuję propozycję J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht 1998, s. 49.

⁶⁵ Ibidem.

(Z_2) i (Z_4) są wyrazem kwalifikacji określonych stanów faktycznych, a twierdzenie (Z_1) można uznać za twierdzenie interpretacyjne.

Zaznaczyłem wyżej związek pojęcia pewności z pojęciem prawdy, polegający na tym, że pewność jest pochodna wobec prawdziwości w tym sensie, iż uznawanie za prawdę kwalifikuje się jako (nie)pewne. Na tej podstawie można sformułować projektującą, częściową definicję pewności prawa: prawo jest pewne, gdy na jego podstawie można rozstrzygnąć, jaką wartość logiczną ma dane zdanie prawne⁶⁶. Nasuwa się pytanie, czy wartość logiczna wszystkich zdań prawnych odnoszących się do konkretnego systemu prawnego musi być rozstrzygalna, by uznać, że prawo to jest pewne? Postawienie takiego pytania prowadzi do dwóch możliwości: po pierwsze, uznania, że prawo nie może być w pełni pewne, a miarą pewności prawa byłby „potencjalny zakres uniwersalizacji jednostkowych twierdzeń o prawach i obowiązkach”, z zastrzeżeniem, że uniwersalizacja polega na formułowaniu identycznych zdań prawnych w odniesieniu do podmiotów mających te same cechy i znajdujących się w tych samych okolicznościach⁶⁷, a po drugie, do zawężenia *definiendum* do określonego zakresu. Zakresem tym może być sytuacja prawna podmiotu. Opis sytuacji prawnej jest dokonywany przez sformułowanie zdania prawnego. W konsekwencji w powyższej definicji należy zawęzić *definiendum* do postaci: prawo jest pewne w danym zakresie. Uzupełniona definicja brzmi następująco: prawo jest pewne w danym zakresie, gdy na jego podstawie można rozstrzygnąć, jaką wartość logiczną ma dane zdanie prawne.

Definicja niezawężająca *definiendum* odpowiada ujmowaniu pewności prawa jako zasady prawa, rozumianej w sposób zaproponowany przez R. Alexy'ego, czyli jako nakazu optymalizacji. Nie stanowi ona jednak chyba wystarczającej pojęciowej podstawy do skonstruowania

⁶⁶ Przypomnijmy, że zdania deontyczne to zdania stwierdzające, że ze względu na treść określonej normy takie a takie czyny są w danych okolicznościach nakazane, zakazane, czy też ze względu na nią dozwolone (niezakazane), fakultatywne (nienakazane), czy też indyferentne (ani nakazane, ani zakazane). A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 76. Andrzej Grabowski zwraca jednak uwagę, że zdanie deontyczne można pojmować również preskrytywnie. Dzieje się tak w sytuacji, gdy zdanie deontyczne jest użyte do ustanowienia normy. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 405.

⁶⁷ Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 39.

odpowiedzi na ewentualne pytanie: czy *prawo państwa X jest pewne*? Zarzutu tego stara się uniknąć definicja koncentrująca się na pewności prawa dla danej sytuacji (w danym zakresie), opisaney w postaci zdania prawnego. Daje ona wyraz przekonaniu, że mówienie o pewności jakiegoś prawa przedmiotowego „w ogóle” jest trudne, bo obciążone zbyt licznymi uwarunkowaniami. Wyklucza ona również sytuacje, w których zdaniu prawnemu przysługuje wartość logiczna, ale w danym momencie nie jest możliwe jej stwierdzenie. Prawdziwość/falszywość jest bowiem warunkowana możliwością jej stwierdzenia. O zdaniu, którego wartości logicznej nie można stwierdzić na gruncie wiedzy posiadanej w danym momencie, nie będzie się orzekać, że jest „pewne”. Nie oznacza to jednak automatycznie, że jest niepewne. Pewność zdania może być stopniowalna. Jest to szczególnie widoczne w przypadku zdania formułującego prognozę na temat faktu wydania decyzji stosowania prawa lub jej treści (zdanie prognostyczne). Należy bowiem odróżniać opisowy aspekt pewności od treści postulatu pewności prawa. Ten ostatni obejmuje nie tylko zdania prawne, ale i zdania prognostyczne, odnoszące się do faktu i treści decyzji prawodawczych oraz decyzji stosowania prawa. Ze względów pojęciowych zdania prognostyczne odnoszące się do przyszłości mogą być pewne jedynie w określonym stopniu (prawdopodobne).

Nasuwa się oczywiście pytanie fundamentalne: w jaki sposób stwierdzić wartość logiczną (prawdziwość albo fałszywość) danego zdania prawnego? Nie wchodząc w szczegóły na temat ogromnej objętościowo filozoficznej problematyki prawdy, należy jednak podkreślić różnicę pomiędzy jej kryteriami a jej definicją (odpowiada to odróżnieniu pomiędzy zakresem danego pojęcia a jego treścią). Wyznaczenie sposobu stwierdzenia wartości logicznej nie będzie objaśnieniem treści pojęcia pewności prawa, ale wyznaczeniem jego zakresu.

Nie wszystkie tzw. teorie prawdy formułują definicję i kryteria prawdziwości. Klasyczna (korespondencyjna) teoria formułuje definicję, ale nie podaje kryteriów prawdziwości⁶⁸. Kryterialne są natomiast tzw. nieklasyczne teorie prawdy: koherencyjna, konsensualna, pragmatyczna i odwołująca się do oczywistości (J. Woleński nazywa ją „ewidencyjną”)⁶⁹. Praktyka prawnicza nie jest, jak sądzę, zainteresowana definicją zdania

⁶⁸ N. Rescher, *The Coherence Theory of Truth*, Oxford 1973, s. 7.

⁶⁹ K. Ajdukiewicz, *Zagadnienia i kierunki filozofii*, Kęty 2003.

prawdziwego, lecz kryteriami umożliwiającymi wskazanie, które z konkurujących zdań można uznać za prawdziwe⁷⁰.

Odpowiedź na pytanie o kryteria prawdziwości zdań prawnych będzie się naturalnie różniła w zależności od koncepcji teoretycznoprawnych⁷¹. Z grubsza, dla zwolennika prawa natury prawdziwość zdania prawnego danego systemu prawnego będzie uzależniona od zgodności z zewnętrznymi kryteriami oceny. Według ontologicznego realizmu reprezentowane przez Michaela Moore'a zdanie jest prawdziwe, gdy jest zgodne z faktami. Nie odróżnia on przy tym faktów naturalnych i moralnych. Stanowią one jedność decydującą o prawdziwości zdań, również prawnych. Dla pozytywizmu prawniczego warunki prawdziwości będą wyznaczone przez tezę społeczną, czyli twierdzenie, że istnienie i treść prawa są pochodną faktów społecznych, czyli działań podejmowanych przez członków danej społeczności⁷². Dla R. Dworkina zdania prawne są prawdziwe, gdy wynikają z zasad sprawiedliwości, słuszności, sprawiedliwego procesu, które dostarczają najlepszej interpretacji praktyki prawnej danej wspólnoty prawniczej⁷³. Innymi słowy, zdanie prawne jest prawdziwe, dlatego że jego polityczne uzasadnienie czyni je takim⁷⁴.

Powyższe koncepcje traktują zdania prawne jako jednolitą grupę, podczas gdy kategorię prawdziwości można odnosić nie tylko do zdań prawnych, ale również, jeśli nie przede wszystkim, do zdań odnoszących się do stanu faktycznego. W zależności od rodzaju zdania możliwa jest akceptacja różnych kryteriów⁷⁵. Można być np. koherencjonistą w odniesieniu do zdań opisujących stan faktyczny (*Jan Kowalski w dniu 30 stycznia przebywał w areszcie śledczym*) i konsensualistą

⁷⁰ Zob. A. Grabowski (*Prawnicze pojęcie...*, s. 407), który pyta: „Cóż nam bowiem po twierdzeniu, że pewien typ wypowiedzi o prawie posiada wartość logiczną, jeżeli w ogóle nie wiadomo, czy i jak można ją ustalić”. W odniesieniu do koncepcji filozoficzno-prawnych kryteria te omawia D. Patterson, *Law and Truth*, New York–Oxford 1996

⁷¹ Przegląd tych odpowiedzi zob. D. Patterson, *Law and Truth...*

⁷² J.J. Moreso, *Putting Legal Objectivity in its Place*, „Analisi et Diritto” 2004, s. 244.

⁷³ „According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice”. R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, s. 225.

⁷⁴ D. Patterson, *Law and Truth...*, s. 79.

⁷⁵ T. Gizbert-Studnicki, *How Many Theories of Truth are Needed in Jurisprudence*, „Archiv für Recht und Sozialphilosophie” 1985, Beiheft 25, s. 154.

w odniesieniu do stosowanych zdań prawnych (*But typu „martens” jest niebezpiecznym narzędziem w rozumieniu art. 159 k.k.*)⁷⁶. Tego rodzaju filozoficzne etykiety pochodzą jednak nie od podmiotów (tutaj: prawników) uznających dane zdania za prawdziwe, ale podmiotów (nazwę ich naukowcami) podejmujących refleksję nad działalnością prawników, która polega właśnie na uznawaniu zdań⁷⁷. Prawnik, uznając dane zdanie za prawdziwe, kieruje się innymi kryteriami niż naukowiec uznający zdania dotyczące działalności prawników (np. *Prawnicy przyjmują implicite w swojej działalności różne kryteria prawdziwości zdań*). Prawnik, stosując określone kryterium prawdziwości zdania, kieruje się konkretnymi motywami, np. w przypadku sędziego sądu niższej instancji jest to pragnienie, by jego orzeczenie utrzymało się w wyższej instancji. Prawnik chce rozstrzygnąć sprawę (sędzia wydać orzeczenie, pełnomocnik wnieść pismo procesowe, które wywoła zamierzony skutek), tym samym, nawet jeżeli nie zgadza się np. z linią orzeczniczą w danej sprawie, czyli twierdzi, że sądy w danym typie spraw formułują twierdzenia fałszywe, to nie może pominąć tego faktu w swoim procesie decyzyjnym. Tak więc kryterium prawdy dla prawnika nie ma znaczenia w tym sensie, że decydująca jest nie moc argumentacyjna określonej koncepcji prawdy, ale łatwość stosowania danego kryterium. Prawnik bowiem kieruje się pragmatycznym z ducha, kryterium „tego, co działa” w uznawaniu zdań formułowanych w toku praktyki prawniczej⁷⁸.

Łatwo w tej sytuacji podnieść zarzut, że w związku z problematycznością kryterium prawdziwości zdań prawnych prawo nie może być pewne. W odpowiedzi można zauważyć, że spory pomiędzy koncepcjami teoretycznoprawnymi, a przynajmniej niektóre, jak np. pomiędzy pozytywizmem a niepozytywizmem w wydaniu R. Alexy'ego, dotyczą zasadniczej dla filozofii prawa kwestii, czyli jego pojęcia („istoty” prawa). Codzienni uczestnicy prawniczej praktyki, a zwłaszcza te jednostki, których związek z prawem ogranicza się jedynie do tego, że starają się przestrzegać norm

⁷⁶ Na marginesie zauważmy, że dostępne orzecznictwo odpowiada na to pytanie w zasadzie negatywnie (II AKa 305/06, II AKa 217/04, II AKa 116/03), chociaż zob. orzeczenie SN z 1971 o sygn. III KR 102/71.

⁷⁷ Termin „uznawanie zdań” jest użyty tutaj w słabszym sensie niż „uznawanie kognitywne” w pracy W. Patrysa, *Uznawanie zdań*, Warszawa 1987, s. 59. Bardziej jest zbliżone do tego, co autor ten określa jako „uznawanie akceptacyjne”. Zob. ibidem, s. 73 i n.

⁷⁸ Zob. B. Chwedeńczuk, *Spór o naturę...*, s. 146.

do nich adresowanych, nie stawiają sobie takich pytań. Praktyka prawnicza opiera się na *communis opinio*, która może być opinią doktryny lub orzecznictwa. Rozstrzygnięcie, jaką dane zdanie prawne ma wartość logiczną, jest pochodną istnienia takiej opinii, co oznacza, że pewność prawa istnieje w tych obszarach, w których taka *communis opinio* się wykształciła. W takim zakresie, w jakim istnieją zasadnicze różnice w ramach orzecznictwa, pewności prawa nie ma⁷⁹ lub istnieje w niższym stopniu.

Zdania prawne, jak wspomniano wyżej, mogą mieć różny stopień pewności. Miarą pewności, jaką można przypisać zdaniom prawnym, będzie większa pewność, mniejsza pewność i niepewność. Cecha pewności danego zdania prawnego jest więc cechą relatywną w tym sensie, że danego zdania prawnego nie określa się jako pewnego „w ogóle”: jest ono jedynie bardziej lub mniej pewne niż inne zdanie, a stopień pewności stanowi konsekwencję racji uzasadniających dane zdanie⁸⁰. Zdanie niepewne to takie, w którym siła argumentów przemawiających za akceptacją danego zdania równa się sile argumentów przemawiających za negacją danego zdania⁸¹. Naturalnie problem stanowi określenie siły argumentów⁸². Niekiedy jednak sama forma zdań prawnych pozwala określić, które zdanie jest bardziej pewne.

Jeżeli skonstruować dwa zdania prawne w ścisłym sensie (z typu Z_1 lub Z_3), z których jedno będzie zawierało nazwę F równobrzmiącą z nazwą znajdującą się w przepisie prawnym stanowiącym podstawę skonstruowania zdania prawnego w ścisłym sensie, a drugie zdanie

⁷⁹ Nie wyklucza to jednak twierdzenia, że, biorąc pod uwagę cały system, prawo jest strukturalnie stabilne. Zob. B. Brożek, *Pewność prawa...*

⁸⁰ Korzystam tym samym w sposób bardzo swobodny z koncepcji R. Chisholma, który sformułował aż trzynaście stopni uzasadniania epistemicznego, a definicja każdego z tych stopni korzysta z pojęcia, wyrażone przez Chisholma słowami: „to a to jest przynajmniej tak uzasadnione dla S [podmiotu – M.W.], jak to a tamto”. R.M. Chisholm, *Teoria poznania*, tłum. R. Ziemińska, Lublin 1994, s. 25.

⁸¹ W ujęciu Chisholma takie zdanie będzie równosilne: „Jeżeli sąd jest równosilny dla danego podmiotu, wówczas ani temu sądowi, ani jego negacji nie przysługuje żaden pozytywny stopień uzasadniania epistemicznego”. Ibidem, s. 27.

⁸² K. Szymanek twierdzi, że o ile deklaracje w sprawie siły danego argumentu są składane chętnie, o tyle podanie uzasadnienia, dlaczego dany argument jest uznawany za silny lub słaby, stwarza poważne problemy. K. Szymanek, *Perswazja, argumentacja, słaby argument, mocny argument*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, t. 2, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 30. Warto jednak odnotować próby opracowania tego rodzaju miary. Zob. M. Selinger, *Formalna ocena argumentacji*, „Przegląd Filozoficzny. Nowa Seria” 2012, nr 1.

będzie zawierało nazwę F różnobraźniącą w stosunku do nazwy znajdującej się w przepisie prawnym stanowiącym podstawę skonstruowania zdania prawnego w ścisłym sensie, to już taki fakt wystarczy do stwierdzenia, że zdanie zawierające nazwę równobraźniącą jest pewniejsze od zdania zawierającego nazwę F różnobraźniącą.

Porównywać ze sobą można nie tylko przykłady zdań prawnych, jak w powyższym przykładzie, ale również typy zdań. Stosowane zdania prawne w takim zakresie, w jakim warunek prawdziwości w postaci określonych norm w systemie nie budzi wątpliwości, są pewniejsze od zdań deontycznych, ponieważ poznanie faktów surowych daje pewniejszy wynik niż poznanie faktów instytucjonalnych z uwagi na prostszą strukturę ontologiczną tych pierwszych.

Wyżej stwierdziłem, że bardziej operatywnym sposobem od rozpatrywania pewności prawa jako całego zbioru norm jest odnoszenie jej do danego zakresu i odpowiedź na pytanie, czy w tym zakresie można rozstrzygnąć wartość logiczną danego zdania. Zakresem tym może być sytuacja prawna danego podmiotu⁸³. Ewentualne ogólne twierdzenia, że prawo jest niepewne (przez co należy rozumieć, że nie jest pewne w danym zakresie), oznaczają stwierdzenia istnienia zdań prawnych, którym nie można przypisać wartości logicznej na podstawie norm danego systemu⁸⁴. Wartość pewności prawa obejmuje swoją treścią również zdania prognostyczne odnoszące się do działalności organów tworzących i stosujących prawo. Zdania te, jako odnoszące się do przyszłości, nie mogą być całkiem pewne; mogą być jedynie prawdopodobne. W aspekcie tworzenia prawa potrzebne są jednak dalsze odróżnienia, by właściwie pojęciowo ująć ten obszar z punktu widzenia pewności prawa. Podstawowe jednak pytanie, jakie w tym kontekście się nasuwa, brzmi: co można zrobić, by prawo było bardziej pewne. Tyimi zagadnieniami zajmę się w kolejnym rozdziale.

⁸³ Na temat pojęcia sytuacji prawnej zob. S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 71; A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie...*, s. 450.

⁸⁴ W odniesieniu do podstawowego typu zdania prawnego, tj. „Prawnie, wszystkie F powinny czynić c”, J.J. Moreso wskazuje, że „jest ono prawdziwe wtedy i tylko wtedy, gdy istnieje normatywna konsekwencja norm należących do systemu prawa, która nakazuje wszystkim F czynić c, zaś fałszywe, gdy istnieje taka normatywna konsekwencja norm należących do systemu prawa, która dozwala niektórym F czynić c. Zdanie prawne zaś będzie pozbawione wartości logicznej, gdy nie będzie ani prawdziwe, ani fałszywe, że prawnie wszystkie F powinny czynić c”. J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy...*, s. 49.

Rozdział 2

Pewność tworzenia prawa

Przypomnijmy, że doktryna posługuje się wyrażeniem „pewność tworzenia prawa”, co pociąga za sobą ustalenie, iż przedmiotem (nośnikiem) pewności może być decyzja nie tylko stosowania, ale i tworzenia prawa. Tym samym należy rozważyć, na czym może polegać pewność tworzenia prawa. Wywody będą dotyczyć państw demokratycznych, ponieważ pewność tworzenia prawa w państwach np. wyznaniowych jest na tyle złożona, że zasługuje na odrębne opracowanie.

Tworzenie prawa można opisać jako proces, w którym pewien podmiot (prawodawca) formułuje wypowiedzi, za pomocą których zamierza wpłynąć na zachowania innych podmiotów. W kontekście tego procesu, a zwłaszcza jego rezultatu, Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę głównie na sytuację prawną tych ostatnich podmiotów, formułując postulat, by nie byli decyzjami prawodawczymi zaskakiwani. Sądzę jednak, że warto również pamiętać o pewności, jaką powinien legitymować się prawodawca. W tym celu poniżej będę odróżniał pewność empirycznego prawodawcy co do stanu rzeczy mającego być przedmiotem regulacji od pewności adresata norm prawnych co do tego, jaka jest jego sytuacja prawna. Następnie zanalizuję możliwość realizacji pewności prawa z perspektywy podmiotu tworzącego prawo, porównam treść postulatu przewidywalności w odniesieniu do decyzji prawodawczej i decyzji stosowania prawa, wreszcie bliżej przyjrzę się postulatu ogólności prawa, próbując ujmować pewność tworzenia prawa nie tylko jako konieczność wzmacniania zaufania jednostki do państwa, ale przede wszystkim jako przejaw zaufania, jakim prawodawca darzy adresatów norm zarówno sankcjonowanych, jak i sankcjonujących. Na koniec postulat ogólności prawa zostanie umieszczony w społecznym kontekście, jakim są procesy globalizacyjne.

2.1. Pewność prawodawcy

Pewność prawodawcy dotyczy jakości uzasadnienia zdań, jakie prawodawca uznaje na temat rzeczywistości społecznej. Chodzi w tym przypadku np. o przeprowadzenie rzetelnych badań, które stanowią podstawę „opisu stanu stosunków społecznych”¹. Naturalnie w dobie wielości paradygmatów badawczych powstaje problem wyboru adekwatnej metodologii, jednak w przypadku polskiego prawodawcy chodzi w ogóle o podjęcie poznawczej aktywności skierowanej w stronę sfer mających być przedmiotem uregulowania.

Można też na ten aspekt pewności spojrzeć szerzej: przez pryzmat pozostałych czynności, które winny poprzedzać podjęcie decyzji prawodawczej. Czynności te zostały wskazane w § 1 ust. 1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej (Dz. U. Nr 100, poz. 908): wskazanie pożądaných kierunków ich zmiany, ustalenie środków oddziaływania umożliwiających osiągnięcie zamierzonych celów, określenie skutków rozważanych rozwiązań, zasięgnięcie opinii zainteresowanych podmiotów, wybór sposobu interwencji i rodzajów zdań. Zgodnie z zaproponowanym w rozdziale pierwszym podejściem zdaniowym w odniesieniu do każdej z tych czynności sformułuję typ zdania będący nośnikiem tak rozumianej pewności.

Opis stanu stosunków społecznych jest dokonywany za pomocą zdań syntetycznych. Mogą one mieć postać zdań obserwacyjnych lub twierdzeń zawierających terminy teoretyczne². Takim terminem jest np. „grypa”.

¹ Jak pisze G. Wierczyński: „ani od legislatorów, ani od ich politycznych zleceńodawców nie można wymagać posiadania aktualnej wiedzy o zjawiskach występujących w wyznaczonej dziedzinie oraz o preferencjach ewentualnych adresatów regulacji. W tej sytuacji należy oczekiwać, że wiedza taka zostanie uzyskana od specjalistów z danej dziedziny nauki, takich jak: ekonomiści, socjologzy, psychologzy”. G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 39. Z. Ziemiński, opisując typy założeń odpowiadających fragmentom wiedzy prawodawcy, wskazywał również wiedzę o układach zewnętrznych elementów świata, innych niż osoba adresata normy. Z. Ziemiński, *Założenia faktyczne wypowiedzi normatywnych*, „Etyka” 1977, nr 15, s. 130.

² M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 100–101.

W konsekwencji zdanie: *W ciągu ostatnich pięciu lat zanotowano X przypadków zachorowań na ptasią grypę*, jest zdaniem syntetycznym, zawierającym termin teoretyczny. Zdania syntetyczne można sprowadzić do postaci asercji: *Jest tak, że...* Wskazanie pożądanych kierunków zmiany stosunków społecznych prowadzi do sformułowania zdania typu: *Celem mojego [prawodawcy] działania jest C*. Ustalenie danych środków oddziaływania jest wyrażane za pomocą zdania typu: *Dany środek S jest odpowiedni do realizacji celu C*. Twierdzenie na temat przewidywanych skutków każdego z proponowanych rozwiązań jest wyrażone zdaniem prognostycznym: *Zastosowanie danego środka S (prawdopodobnie) wywoła skutki C*. Zasięgnięcie opinii zainteresowanych podmiotów prowadzi do sformułowania zdania: *Podmiot P wyraża opinię o treści T*. Wreszcie wybór sposobu interwencji wyrażony jest zdaniem: *Wybieram S*, gdzie S jest określonym środkiem oddziaływania na rzeczywistość społeczną. Łatwo zauważyć, że zdania można ułożyć w schemat rozumowania, którego konkluzją jest zdanie *Wybieram S*:

(P₁) Jest tak, że...

(P₂) Celem mojego [prawodawcy] działania jest C.

(P₃) Zastosowanie danego środka S (prawdopodobnie) wywoła skutki tożsame z C.

(P₄) Podmiot P wyraża opinię o treści T.

(P₅) Dany środek S jest odpowiedni do realizacji celu C.

Zatem (K) Wybieram S.

Należy jednak pamiętać, że przesłanki mogą wspierać konkluzję w sposób łączny lub niezależny. Łączne (zespołowe) wspieranie konkluzji polega na tym, że „usunięcie którejkolwiek z nich unicestwiłoby cały argument, pozbawiając pozostały zespół przesłanek jakiegokolwiek siły uzasadniającej”³. Konkluzja jest wspierana przez przesłanki niezależnie, „jeżeli każda z przesłanek w sposób niezależny od jakiegokolwiek innej wspiera konkluzję – usunięcie jakiegokolwiek przesłanki pozbawia argument jedynie części wartości, nie unicestwiając go”⁴. Różnica pomiędzy sposobami wspierania konkluzji jest uwidoczniła graficznie za pomocą poziomej strzałki łączącej symbole przesłanek (w przypadku łącznego wspierania konkluzji) i za pomocą oddzielnych strzałek biegnących

³ K. Szymanek, K.A. Wiczorek, A.S. Wójcik, *Sztuka argumentacji. Ćwiczenia w badaniu argumentów*, Warszawa 2003, s. 22.

⁴ Ibidem, s. 23.

od każdego symbolu przesłanki do symbolu konkluzji (w przypadku niezależnego wspierania konkluzji). W powyższym rozumowaniu P_3 jest uzasadnieniem dla P_5 , która jest konkluzją pośrednią. Diagram powyższego rozumowania wygląda następująco:

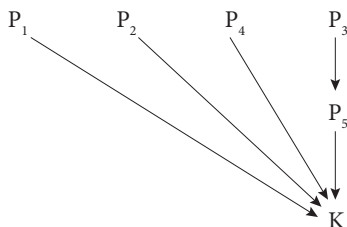


Diagram 1. Schemat rozumowania prawodawczego

Źródło: Opracowanie własne.

Przesłanki powyższego rozumowania mają jednak różny status i dlatego różny poziom pewności będącej, przypomnę, pochodną jakości uzasadnienia danego zdania. Jeżeli bowiem każdą z przesłanek P_1 – P_5 poprzedzić funkcją zdaniową: *Pewne jest, że...*, po to, by wskazać postulat, że dane zdanie rzeczywiście było pewne, to spełnienie tego postulatu będzie najtrudniejsze w przypadku P_3 i P_5 . Przesłanka P_3 jest prognozą, której uzasadnienie ze względu na trudności w identyfikowaniu prawidłowości społecznych nie przekroczy stopnia prawdopodobieństwa w sensie R. Chisholma⁵. Przesłanka P_5 jest oceną podbudowaną instrumentalnie, której jakość uzasadnienia jest pochodną P_3 . Z kolei P_2 implikuje problematykę świadomości celów, do których podmioty forsujące dane rozwiązanie dążą. Stan pewności w tym przypadku trudniej osiągnąć, dlatego że P_2 ma postać sądu introspekcyjnego i o ile w przypadku jednostki pewność celu wymaga odpowiedniego poziomu refleksyjności, o tyle w przypadku wielu podmiotów zaangażowanych w proces tworzenia prawa wymaga dodatkowo zgody, a przynajmniej zakomunikowania, co dany podmiot jako cel regulacji postrzega.

⁵ Przyjmuje on następującą definicję sądu prawdopodobnego: „p [sąd – M.W.] jest dla S prawdopodobne, wtedy i tylko wtedy, gdy S posiada lepsze uzasadnienie dla przekonania, że p niż dla przekonania, że nie-p”. R. Chisholm, *Teoria poznania...*, s. 28.

Właściwie jedynie P_1 ma status zdania w sensie logicznym, a zatem takiego, o którym można orzekać jego prawdziwość albo fałszywość.

Na koniec warto zwrócić uwagę, że konkluzja: *Wybieram S*, ma charakter wypowiedzi performatywnej. Operacja polegająca na poprzedzeniu jej funktorem pewności: *Jest pewne, że...*, prowadzi do odróżnienia trzech znaczeń takiego zdania. Może ono znaczyć: swoistą sumę jakości uzasadnienia przesłanek, psychologiczną pewność podmiotu dokonującego wyboru, wreszcie pewność, którą się orzeka o treści konkluzji: *Pewne jest, że prawodawca wybiera S*. Psychologiczna pewność prawodawcy co do trafności swojej decyzji nie jest istotna, bo ważna jest sama czynność konwencjonalna tworzenia prawa, sam fakt, że wybór został dokonany. Z kolei zdanie typu: *Pewne jest, że prawodawca wybiera S*, jeżeli rozumieć je jako postulat, da się sprowadzić do postulatu jawności prawa⁶.

W moim przekonaniu na podstawie powyższych odróżnień można wywnioskować, że chcąc urzeczować dyskurs na temat pewności prawa w kontekście jego tworzenia, należałoby mówić o pewności konkretnych zdań się na nią składających. Zamiast pytać ogólnie, czy proces tworzenia prawa cechuje pewność, należałoby raczej doprecyzować, o który akt (w znaczeniu czynności) prawodawczy chodzi osobie stawiającej takie pytanie.

2.2. Pewność sytuacji prawnej adresata norm prawnych

Drugim wymiarem pewności tworzenia prawa jest pewność sytuacji prawnej adresata norm prawnych. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego odnoszące się do zasady pewności prawa koncentruje się właśnie na tym aspekcie. Przytoczę charakterystyczny, bo w różnym kształcie przywoływany również w innych orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego pogląd⁷:

⁶ Na temat jawności prawa zob. np. J. Jabłońska-Bonca, M. Zieliński, *Aspekty jawności prawa*, RPEiS 1988, nr 3; G. Wierczyński, *Urzędowe ogłoszenie aktu normatywnego*, Warszawa 2008.

⁷ Wyrok TK, SK 19/06, OTK-A 2007, nr 4, poz. 37.

(...) Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych. W ten sposób urzeczywistniana jest wolność jednostki, która według swoich preferencji układa swoje sprawy i przyjmuje odpowiedzialność za swoje decyzje, a także jej godność, poprzez szacunek porządku prawnego dla jednostki, jako autonomicznej, racjonalnej istoty (...) Wartości te, przy zmianie prawa, prawodawca narusza wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła była go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, byłaby inaczej zadecydowała o swoich sprawach.

Ten aspekt pewności prawa stał się przedmiotem w zasadzie tylko jednego opracowania⁸. Pewność prawa w znaczeniu pewności decyzji tworzenia prawa jest określana jako ujęcie *sensu largo* w przeciwstawieniu do ujęcia *sensu stricte* dotyczącego decyzji stosowania prawa⁹. Podobnie jak w przypadku decyzji stosowania prawa również pewność decyzji tworzenia prawa objaśnia się jako jej przewidywalność. Instrumentarium tej przewidywalności stanowić ma koncepcja umowy społecznej, z tej racji, że „przyjęty consensus wyrażony normami konstytucyjnymi określa treść następnych uzgodnień instytucjonalnych w zakresie tworzonego prawa i wyraża pakt między rządzącymi i rządzonymi co do podstaw ładu społecznego”¹⁰. Koncepcja umowy społecznej w takim ujęciu spełnia odmienną funkcję aniżeli doskonale znane koncepcje J.J. Rousseau czy Hobbesa, które miały charakter ahistoryczny. W tym przypadku E. Kustra wyraźnie stwierdza, że przyjęcie konstytucji jest zawarciem takiej umowy. Może ona mieć postać „zgody na różnice” lub „zgody co do wartości podstawowych”¹¹.

⁸ E. Kustra, *Polityczne problemy...* Piszę „w zasadzie”, bo do pewnego stopnia kwestia ta była przedmiotem zainteresowania G. Skąpskiej. G. Skąpska, *Prawo a dynamika zmian społecznych*, Warszawa 1991.

⁹ E. Kustra, *Polityczne problemy...*, s. 62.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

W umowie mającej postać modelu „zgody na różnice” wartości mają charakter relatywny w tym sensie, że wymagają uzasadnienia, co z kolei umożliwia dyskusję o nich (mówi się o tworzeniu sytuacji „dyskursywnego uniwersalizmu”). W umowie o postaci „zgoda co do wartości podstawowych” wartości są fundamentalne i nie wymagają żadnych uzasadnień. Stąd relacje pomiędzy wartościami a stanowionym prawem zbliżają się do wynikania.

W modelu „zgody na różnice” ta sama relacja może przybrać albo postać aksjologicznej neutralności prawa, która wyraża się w możliwości przełożenia danych wyrażen tradycyjnie o aksjologicznym charakterze na wyrażenia takiego charakteru pozbawione (np. wolność – generalność), albo postać niezależności, np. walidacyjnej, prawa i wartości¹².

2.3. Pewność tworzenia prawa w sensie politycznym i jurydycznym

Zauważyłem wyżej, że rolę umowy społecznej w koncepcji E. Kustry należy odczytywać jako instrumentarium przewidywania przyszłych decyzji prawodawczych. Chodzi jednak o przewidywanie innego rodzaju niż to, którego się dokonuje na podstawie znajomości programów partii politycznych i innych bieżących czynników. Chodzi o perspektywę, w której naczelną rolę zajmuje konstytucja jako czynnik umożliwiający tego rodzaju przewidywanie – konstytucja pojmowana nie tylko jako akt zawierający zobowiązanie prawodawcy do określenia poszczególnych dziedzin w drodze ustawy, ale również jako akt określający granice takiego określenia. Dookreślenie tych granic ma oczywiście miejsce przede wszystkim w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W przewidywaniu decyzji tworzenia prawa nie chodzi o to, jakie decyzje zostaną podjęte, ale jakie mogą zostać podjęte, przy czym słowo „może” jest użyte w znaczeniu tetycznym¹³. Innymi słowy, chodzi o sytuację, w których Trybunał Konstytucyjny orzekłby naruszenie zasady pewności prawa rozumianej właśnie jako pewność decyzji tworzenia prawa, ostatecznie sprowadzająca się do kwalifikacji działania prawodawcy jako nieprzewidywalnego dla obywateli. W tym kontekście należy odróżnić następujące sytuacje:

¹² Ibidem, s. 64.

¹³ Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1974, s. 124.

- 1) wielokrotnej nowelizacji wielu aktów prawnych w relatywnie krótkim czasie z zachowaniem ustawowego *vacatio legis* i odpowiednich przepisów przejściowych;
- 2) wielokrotnej nowelizacji jednego aktu prawnego w relatywnie krótkim czasie z zachowaniem ustawowego *vacatio legis* i odpowiednich przepisów przejściowych;
- 3) nowelizacji aktu prawnego, który zmienia sytuację prawną jego adresatów bez zachowania ustawowego *vacatio legis* lub odpowiednich przepisów przejściowych (gdzie „lub” jest użyte w znaczeniu alternatywy zwykłej – nierozłącznej).

Wbrew pozorom nie jest łatwo, w sposób powszechnie akceptowalny, stwierdzić, kiedy mamy do czynienia z sytuacją określoną w punkcie pierwszym. Wymaga to bowiem podania kryteriów wielokrotności. Nie zmienia to faktu, że tego typu stwierdzenia są często formułowane w artykułach o charakterze publicystycznym. Sytuacja opisywana w punkcie pierwszym pozostaje jednak poza obszarem kognicji Trybunału Konstytucyjnego, ponieważ bada on konstytucyjność konkretnych norm prawnych, nie zaś faktu wielokrotnej, nawet zrelatywizowanej do jakiegoś kryterium, zmiany aktów prawnych.

Podobnie można się odnieść do drugiej sytuacji. Zasadniczo bowiem fakt częstej nowelizacji jakiegoś aktu prawnego sam w sobie nie może się stać skuteczną podstawą wniosku o stwierdzenie niekonstytucyjności. „Zasadniczo”, ponieważ bardzo ważnym wyjątkiem jest zakaz dokonywania zmian obciążeń podatkowych w ciągu roku podatkowego, a zmiany w regulacji podatku dochodowego powinny być ogłaszane co najmniej na miesiąc przed końcem poprzedniego roku podatkowego¹⁴.

Trzeci typ sytuacji jest przedmiotem licznych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego powołujących się na zasadę pewności prawa oraz zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, które przedstawię w rozdziale poświęconym statusowi pewności prawa. W tym miejscu wystarczy zauważyć, że o ile nieprzewidywalność dwóch pierwszych rodzajów ma charakter polityczny i stąd – poza wyjątkiem, o którym wspomniałem – nie może pociągać za sobą konsekwencji w postaci orzeczenia niekonstytucyjności, o tyle trzecia, choć może być wprawdzie nieoczekiwana w sensie politycznym, to nie nieprzewidywalność

¹⁴ J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Zakamycze 2004, s. 204.

będzie podstawą stwierdzenia ewentualnej niekonstytucyjności, ale wady o charakterze jurydycznym, np. brak odpowiedniej *vacatio legis* lub odpowiednich przepisów przejściowych.

2.4. Przewidywalność decyzji tworzenia prawa w sensie politycznym a przewidywalność decyzji stosowania prawa

W szerszej perspektywie, nieograniczającej się do przewidywalności w sensie jurydycznym, należy zauważyć, że nieprzewidywalność polityczna decyzji prawodawczej wprowadzić nie może stać się podstawą stwierdzenia niekonstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny, jednak z punktu widzenia standardów współczesnej demokracji, jakimi są cykliczne wybory, może ona mieć znaczenie. Gdyby więc porównać warunki przewidywalności decyzji prawodawczej (DP) i decyzji stosowania prawa (DSP) z wykorzystaniem aparatu pojęciowego stworzonego przez J. Wróblewskiego i krótko przytoczonego w rozdziale pierwszym, to różnice są następujące.

Zarówno w przypadku DP, jak i DSP muszą wystąpić, po pierwsze, bodźce inicjatorskie, które muszą zostać uwzględnione, a po drugie, organ, odpowiednio, tworzący prawo i stosujący prawo. W przypadku DSP ich forma jest proceduralnie określona (np. skarga, pozew, zawiadomienie). W przypadku DP bodźce inicjatorskie mogą przybrać wiele form i pochodzić od różnych „autorów”, nawet pomimo enumeratywnego wskazania przez Konstytucję RP podmiotów, którym przysługuje inicjatywa ustawodawcza. W przeciwieństwie bowiem do procesu stosowania prawa, podmioty wskazane w Konstytucji RP mogą występować z inicjatywą ustawodawczą, np. wskutek wyraźnego wystąpienia do nich innych podmiotów (apel organizacji społecznych do Prezydenta RP) lub wskutek istnienia „rozproszonych” oczekiwań społecznych (np. Rada Ministrów po serii publikacji prasowych lub ulicznych demonstracji decyduje się na opracowanie i wniesienie do Sejmu projektu ustawy). Tego rodzaju bodźce – na wzór odróżnienia pojęcia materialnych i formalnych źródeł prawa – można określić jako materialne, w przeciwieństwie do formalnych, gdy inicjatywa upoważniona jest samoistna (np. gdy minister zamierza wydać rozporządzenie,

do czego zobowiązuje go ustawa). W przeciwieństwie jednak do DSP, w przypadku której organ, do jakiego sprawa (pozew, skarga) zostaje skierowana, musi podjąć postępowanie i wydać jakieś rozstrzygnięcie, chociażby odrzucające pozew lub skargę, w procesie tworzenia prawa nie ma prawodawczego odpowiednika nakazu rozstrzygnięcia. Z tego powodu postulat przewidywalności samego faktu wydania DP jest bardziej doniosły aniżeli DSP.

Czynniki wpływające na przewidywalność treści DSP podał J. Wróblewski. W odniesieniu do przewidywalności treści DP stanowi ona pochodną znajomości poglądów społeczno-gospodarczych podmiotów sprawujących władzę, rodzaju problemu, jaki DP ma rozwiązać, jawności procesu prawodawczego, wreszcie faktu i wyniku prowadzonych społecznych konsultacji.

Proces tworzenia prawa jest sumą wielu czynników, spośród których te wymienione wyżej stanowią jedynie wycinek. Z perspektywy podmiotu usiłującego sformułować prognozę na temat treści DP, czynniki te konstytuują jednak pewien model działania, w którym – mówiąc najogólniej – pewien pomysł mający materialną postać dokumentu jest następnie poddawany modyfikacjom. Skala tych modyfikacji jest uzależniona od tego, czy ów pomysł dotyczy istotnego problemu społeczno-gospodarczego (np. wyrównanie wieku emerytalnego górników), czy jest wyrazem kontrowersyjnego projektu światopoglądowego (np. przysposabianie dzieci przez osoby będące w związkach partnerskich), czy też dotyczy tzw. kwestii technicznej, interesującej wyłącznie projektodawcę i nielicznych adresatów projektowanych norm. Na skalę tych modyfikacji nakłada się poziom zainteresowania mediów daną sprawą. Jest ono większe w przypadku procesu ustawodawczego, a ma na ogół wydźwięk lokalny, gdy dotyczy planowanej uchwały rady gminy. Wpływ mediów może być różnorodny. Stanowiska podmiotów procesu prawodawczego, które w sytuacji braku takiego zainteresowania mają charakter elastyczny, w momencie pojawienia się np. pierwszych artykułów prasowych mogą ulec polaryzacji, a formułowane argumenty mogą stać się mniej rzeczowe.

Partycypacja obywatelska może być zarówno konsekwencją oddźwięku medialnego, jak i jego przyczyną. Prognoza podmiotu, który chce przewidzieć treść decyzji, będzie bardziej trafna, jeżeli prowadzone są konsultacje społeczne, a zwłaszcza gdy podmiot ten ma możliwość uczestniczenia w nich. Konsultacje społeczne mogą być realne, gdy organy władzy nie

wykluczają uwzględnienia uwag zebranych w ich trakcie lub pozorne, gdy organy zamierzają uwzględnić jedynie uwagi nieistotne z ich punktu widzenia lub nie zamierzają uwzględnić żadnych. Jednak nawet jeżeli konsultacje mają charakter pozorny, to sam fakt rozpoznania ich pozorności w trakcie ich trwania może znacząco wpłynąć na trafność prognozy.

Fakt prowadzenia konsultacji społecznych, zwłaszcza realnych, zasadniczo wpływa na poziom akceptowalności takiej decyzji. Przypomnijmy, że akceptowalność jest elementem materialnego pojęcia pewności prawa, które jednak odnosiło się do DSP. Wymóg akceptowalności DSP jest postulatem trudniej osiągalnym w przypadku DSP aniżeli w przypadku DP. W DSP mamy do czynienia z sytuacją sporu, którego rezultat, jeżeli nie zostanie zawarta ugoda, można opisywać w kategorii „wygrany/przegrany”. Naturalnie sąd powinien dołożyć wszelkich starań, by strona „przegrywająca” miała możliwość zrozumienia racji, które doprowadziły do takiego rozstrzygnięcia. Może to jednak uczynić w zasadzie wyłącznie w ustnych motywach wyroku i w uzasadnieniu. Z tego punktu widzenia możliwości uzyskania akceptacji zainteresowanych prawodawczym rozstrzygnięciem jest więcej i tylko kwestią empiryczną pozostaje, w jakim stopniu są one wykorzystane.

2.5. Postulat ogólności prawa

Obok kwestii pojęciowych i systematyzujących praktykę prawniczą istotne jest pytanie: co należy i co można zrobić, by prawo było bardziej pewne. Z punktu widzenia legislatora pytanie to może oznaczać refleksję nad narzędziami, jakimi dysponuje, a następnie wybór tych, które postulat pewności realizują w większym stopniu.

Podstawowym narzędziem jest język jako system znaków. Spośród wymogów stawianych językowi chciałbym zwrócić uwagę na Fullerowski składnik wewnętrznej moralności prawa, czyli wymóg ogólności prawa rozumiany w ten sposób, że „prawo powinno działać bezosobowo, że jego przepisy dotyczyć mają ogólnych grup i nie powinny zawierać nazw własnych”¹⁵. Hart również zwracał uwagę na problem sposobu

¹⁵ L.L. Fuller, *Moralność prawa...*, s. 83-84.

komunikowania, jak to określał, ogólnych wzorców postępowania, twierdząc, że istnieją dwa takie sposoby: przykład (precedens) oraz stanowienie prawa. Jak pisał, do XX wieku panowało przekonanie, że tworzenie prawa w drodze precedensu jest bardziej narażone na zarzut niepewności niż tworzenie prawa w drodze ustanawiania ogólnych reguł. Sam Hart wyraźnie twierdzi, że wadliwość obu sposobów polegająca na ich niepewności jest równa, ponieważ „autorytatywny język ogólny, w którym reguła jest wyrażona, może być przewodnikiem w równie niepewny sposób, jak w przypadku autorytatywnego przykładu”¹⁶.

Niepewność adresata reguły precedensowej obrazowana przez Harta za pomocą przykładu ojca i syna, któremu ten pierwszy nakazuje: *Czyń to, co ja czynię*, polega na niemożności rozstrzygnięcia przez syna, jak dalece ma ojca w jego zachowaniu naśladować. Nie wie bowiem, które z elementów zachowania ojca są zgodne z regułą.

Przyjrzyjmy się nieco bliżej jednemu z Hartowskich pytań, które hipotetyczny syn mógłby sobie postawić: *Do jakiego stopnia moje postępowanie ma być podobne do postępowania ojca, aby było poprawne?* Pytanie to sugeruje: 1) to, że postępowanie syna może być jedynie podobne, a nie identyczne, 2) wobec czego poprawność zachowania jest przedmiotem oceny, która może być stopniowalna. Można zakwestionować możliwość twierdzenia, że zachowanie syna może być jedynie podobne, a nie identyczne. Za tym, że zachowanie syna może być identyczne, przemawiają dwa argumenty: językowy (*czyń to, co ja czynię*) i pragmatyczny (bezpieczniej naśladować ściśle niż jedynie w sposób przybliżony). Czy wobec tego możliwe jest zachowanie identyczne? By odpowiedzieć na to pytanie, należy pamiętać, że identyczność tę wyznacza treść reguły. Możliwość identyczności zachowania zależy więc od tego, czego wymaga reguła. W przykładzie Harta było to zdjęcie nakrycia z głowy przed wejściem do kościoła. W tak sformułowanej regule oczekuje się pewnego skutku, zaś sposób wykonania nie jest przez treść reguły określony. Gdyby jednak przedstawić sobie np. dworski ukłon przed panującym i absolutnym monarchą, to nie tylko wykonanie, lecz również sposób jego wykonania odgrywa rolę. Z tego wynika wniosek, że przedstawiona przez Harta niepewność adresata reguły precedensowej jest zależna właśnie od tego, czy ważny jest skutek zachowania, czy także sposób

¹⁶ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, s. 175.

zachowania. To odróżnienie osłabia nieco uniwersalność twierdzenia tego filozofa o niepewności adresata reguły precedensowej.

Dla odmiany formułowanie norm postępowania za pomocą tego, co Hart nazywa ogólnymi formami językowymi, na pierwszy rzut oka wydaje się „jasne, niezawodne i pewne”. Taka dodatnia kwalifikacja omawianej metody tworzenia prawa jest jednak zdecydowanie nieadekwatna. Pomija bowiem wspomniany problem otwartości pojęć prawnych, o którym będzie mowa w rozdziale czwartym.

Przekład wymogu ogólności prawa na język polskiej doktryny prawa prowadzi do postulatu stanowienia norm o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Przypomnijmy, że w ujęciu podręcznikowym generalność normy jest efektem sposobu określenia jej adresata przez wskazanie na jego cechy rodzajowe, a nie indywidualne. Bardziej problematyczna jest abstrakcyjność objaśniana jako określenie wzoru zachowania przez „wskazanie rodzajowych, a nie konkretnych cech tego zachowania (...), które zdarzyć się może w nie określonej z góry liczbie przypadków”¹⁷. Problematyczność takiego rozumienia abstrakcyjności normy prawnej jest widoczna w momencie, gdy podejmuje się próbę zastosowania tego kryterium. Czyni to Trybunał Konstytucyjny, czynić to może również nauka prawa, podejmując ogólną refleksję o prawie.

Warunkiem podjęcia kontroli konstytucyjności przez Trybunał jest stwierdzenie, że przedmiotem kontroli jest akt normatywny, którego zaś konstytutywną cechą jest możliwość zrekonstruowania normy generalnej i abstrakcyjnej na podstawie zawartych w nim przepisów¹⁸. Jest to szczególnie istotne w przypadku rozstrzygania, czy rozporządzenie zawiera tego rodzaju normy, czy raczej jego sensem jest dokonanie czynności konwencjonalnej innej niż derogacja czy nowelizacja, np. powołanie czegoś, zniesienie, ustalenia wzoru, formularza itp.¹⁹ Okazuje się jednak, że praktyka orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego jest daleka od jednolitości w tym względzie. Trybunał uznał, że np. przepis zmieniający granice gminy daje podstawę do skonstruowania normy

¹⁷ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2011, s. 79.

¹⁸ B. Skwara, *Problem normatywności rozporządzeń w świetle orzecznictwa TK*, Prz. Leg. 2007, nr 1, s. 64-66.

¹⁹ S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. A. Szmyt, Warszawa 2005, s. 87-88.

abstrakcyjnej (jak czytamy w uzasadnieniu: przepisy te „współkształtują treść przyszłych aktów stosowania prawa”), podczas gdy przepis określający właściwość danej jednostki organizacyjnej zarządzającej drogami powiatowymi nie daje takiej podstawy²⁰, a przecież również może „współkształtować treść przyszłych aktów stosowania prawa”. Powodem tej niejednorodności jest, jak można sądzić, niedoskonałość sformułowanego w doktrynie objaśnienia abstrakcyjności normy.

Poza orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego problem ogólności prawa pojawia się, gdy podejmuje się ogólną refleksję nad kierunkiem ewolucji prawa. Tradycyjnie okres przedkodyfikacyjny jest opisywany w opracowaniach historycznych jako ten, w którym dominowała kazuistyczność sformułowań prawnych. Porzucenie takiego sposobu legislacji na rzecz norm generalnych i abstrakcyjnych miało być przejawem prawa nowoczesnego, jakim był np. Kodeks Napoleona.

Problem ogólności prawa znajduje odzwierciedlenie w socjologicznych opisach logiki rozwoju prawa. Na przykład G. Teubner przedstawia przemiany prawa w wydaniu zachodnim jako postępujące od etapu prawa formalnego, charakterystycznego dla liberalizmu i sprowadzającego się do ustanowienia ram instytucjonalnych dla systemów społecznych, przez etap prawa materialnego, charakterystycznego dla interwencjonizmu państwowego do współczesności, określanej jako etap prawa refleksyjnego, łączącego zalety dwóch poprzednich i unikającego ich wad, w którym tworzeniu prawa winna przyświecać idea „otwartych opcji”²¹. W innym ujęciu, ale dość podobnie, prawo współczesne określane bywa za pomocą terminologii zaproponowanej przez P. Noneta i P. Selznicka jako prawo responsywne, czyli reagujące na potrzeby społeczne i charakteryzujące się wyznaczeniem ogólnych „ram” i standardów umożliwiających wybór sposobu zachowania dogodnego nie tylko dla prawodawcy, ale przede wszystkim dla podmiotów prawa²². Na poziomie

²⁰ Zob. ten i inne przykłady: B. Skwara, *Problem normatywności...*, s. 72–73.

²¹ L. Morawski, »Autopoiesis« i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin Profesora Marii Boruckiej-Arctowej*, red. G. Skąpska, Toruń 2000, s. 177–178. Ściśle rzecz biorąc, etap prawa refleksyjnego Teubner określa jako pojawiającą się, ale wciąż niezrealizowaną możliwość. G. Teubner, *Substantive & Reflexive Elements in Modern Law*, „Law & Society Review” vol. 17, 1983, no. 2, s. 242.

²² Terminologia ta została przedstawiona w ich pracy pt. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York 1978. Częściowo omawia tę koncepcję E. Kustra,

prac legislacyjnych prawo responsywne przejawia się zwiększoną ilością klauzul generalnych oraz ramowym charakterem regulacji w postaci wzrostu znaczenia zasad prawa.

Jeżeli potraktować tezę o etapie prawa responsywnego jako deskryptywną tezę odnoszącą się do prawa, mówiąc najogólniej, w zachodnim wydaniu, to budzi ona sporo wątpliwości. Pomija ona zróżnicowanie stopnia ogólności norm prawnych, które wyraża się w odróżnieniu norm o charakterze zasad oraz norm niemających takiego charakteru, zwanych w literaturze anglojęzycznej regułami (*rules*). Nie wchodząc w dobrze znaną problematykę kryteriów różnicujących obie te grupy norm zaproponowanych przez R. Dworkina i R. Alexy'ego, wystarczy zauważyć, że jednym z kryteriów podawanych przez polską naukę prawa i mających odróżniać zasady prawa od „zwykłych” norm, jest stopień ogólności, w tym sensie, że zasady są normami bardziej ogólnymi od norm zwykłych²³. Nie likwiduje to bynajmniej wątpliwości związanych z klasyfikacją danej normy jako zasady w sytuacji, gdy struktura aktu nie przesądza tej kwestii. Nie jest przecież wykluczone, że doktryna uzna za obowiązującą jakąś zasadę, która nie ma swojego sformułowania w przepisach znajdujących się w rozdziale pt. „Zasady ogólne” danego aktu prawnego. Legislacyjnym standardem w Polsce jest jednak wyodrębnianie przepisów o charakterze zasad w części ogólnej²⁴. Stąd prowadzony w doktrynie amerykańskiej spór o to, czy bardziej pewny jest system prawny składający się z zasad (*principle-based system*), czy zawierający same reguły (*rule-based system*), może kojarzyć się z wyważaniem otwartych drzwi²⁵.

Gdyby jednak przenieść dyskusję z poziomu całych systemów i postawić pytanie, czy w danej sytuacji lepiej jest, z punktu widzenia celów prawodawcy, ustanowić przepis konkretnie zakazujący określonego zachowania lub nakazujący je (np. *Pensjonariusz ma prawo do urzęduzenia pokoju zgodnie ze swoimi upodobaniami*), czy bardziej ogólny

Rozwojowy model tworzenia prawa, AUNC „Nauki Humanistyczno-Społeczne”, seria: Prawo XXXVI, Toruń 1996, s. 7-9.

²³ M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012, s. 106.

²⁴ Zob. przepis § 20 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908).

²⁵ Zob. np. L.A. Cunningham, *A Prescription to Retire the Rhetoric of „Principle-Based Systems” in Corporate Law, Securities Regulation and Accounting*, „Vanderbilt Law Review” 2007, t. 60, s. 6 i n.

(np. *Personel domu opieki ma obowiązek poszanowania autonomii i godności pensjonariuszy*), to problem wydaje się znacznie bardziej interesujący i rzeczywisty. Dylemat ten przybiera w literaturze anglojęzycznej postać opozycji: zasady czy reguły? Taką też skrótową terminologię niżej przyjmę na oznaczenie normy o szerokim zakresie zastosowania i normowania (zasada) oraz normy o wąskim zakresie zastosowania i normowania (reguła). Tradycyjny pogląd wiąże wyższy poziom przewidywalności treści decyzji stosowania prawa z sytuacją, gdy podstawą normatywną decyzji jest reguła, a niższy poziom przewidywalności z sytuacją, gdy podstawą normatywną decyzji jest zasada²⁶. Zależności te nie przedstawiają się jednak tak prosto w świetle ustaleń empirycznych.

John Braithwaite pokazuje na przykładzie porównywanych rozwiązań legislacyjnych z USA i Australii, a dotyczących domów spokojnej starości, że zarówno liczba, jak i stopień ogólności przepisów mają znaczenie dla satysfakcji tych, z myślą o których przepisy ustanowiono. W Australii zdecydowano się na trzydzieści jeden bardzo ogólnie sformułowanych standardów i okazało się, że dają świetne rezultaty, zwłaszcza na tle rozwiązań amerykańskich. Na przykład w trakcie kontroli uznawano, że jeżeli personel nie zachęcał do zawieszania rodzinnych lub innych osobiście ważnych obrazków na ścianach, to standard szanowania godności pensjonariuszy nie został zachowany. Dla odmiany w jednym ze stanów w USA funkcjonowała regulacja znacznie bardziej szczegółowa, nakazująca dbanie o to, żeby określona liczba obrazków wisiała w pokoju pensjonariusza. W efekcie dochodziło do sytuacji, gdy w obliczu zbliżającej się kontroli pracownicy wyrwali strony z kolorowych czasopism i pośpiesznie je przymocowywali do ścian w pokojach pensjonariuszy²⁷. Można by w takiej sytuacji podnieść zarzut, że ogólniejsze sformułowanie dyrektywy wcale nie gwarantuje jednolitości sposobu jej stosowania, zwiększa jedynie zakres uznania podmiotu decyzyjnego. W sytuacji opisanej wyżej ogólne reguły były nie tylko stosowane w akceptowalny sposób, ale również były stosowane w sposób

²⁶ C.R. Sunstein, *Problems with Rules*, „California Law Review” 1995, t. 83, s. 976; L.B. Solum, *Legal Theory Lexicon: Rules, Standards, and Principles*, <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2009/09/legal-theory-lexicon-rules-standards-and-principles.html> [dostęp: 22.01.2013].

²⁷ J. Braithwaite, *Rules and Principles. A Theory of Legal Certainty*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 2002, no. 27, s. 17.

bardziej jednolity niż analogiczne dyrektywy w Stanach. Przyczyną miała być liczba tych ostatnich. Regulacje amerykańskie były bardziej szczegółowe, a ponadto było ich na tyle więcej, że część z nich w ogóle nie stanowiła kryterium oceny danego zachowania. Jak stwierdził jeden z amerykańskich pracowników nadzorujących domy spokojnej starości: „W sposób stały wykorzystujemy jedynie dziesięć procent regulacji. W raportach przywołujemy ciągle te same. Reszta w ogóle nie jest wykorzystywana”²⁸.

Przed podobnym dylematem, jak opisany wyżej, stanął polski prawodawca, podejmując walkę z producentami tzw. dopalaczy. Próbując sprecyzować środki, których produkcja jest zabroniona, prawodawca zdecydował się na wyliczenie w załączniku do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii²⁹ międzynarodowych nazw środków, które do tej pory były sprzedawane samodzielnie lub wchodziły w skład dopalaczy³⁰. Niejako w odpowiedzi producenci tego rodzaju substancji, zmieniając w niewielkim stopniu ich skład, oferowali amatorom tych używek produkt spełniający ich oczekiwania, a jednocześnie nieobjęty zakresem ustawowego kryterium. Jest to sytuacja wcale nie taka rzadka, którą cytowany Braithwaite określił jako zabawę kota z myszką (*cat and mouse legal drafting culture*). Remedium w postaci ogólnego sformułowania: „zakazana jest produkcja i dystrybucja środków szkodliwych dla zdrowia” w świetle reguł współczesnej kultury prawnej w wydaniu zachodnim nie jest do zaakceptowania. Jeżeli naruszenie tego zakazu miałooby skutkować zastosowaniem sankcji karnej, to zostałaby naruszona zasada określoności czynu zabronionego. Jeżeli jednak zakaz miałby charakter zakazu administracyjnego, to wada rozwiązania w postaci ogólnego sformułowania normy leżałaby nie w stopniu jej abstrakcyjności, lecz w kulturowo uwarunkowanym wzorcu korzystania z norm prawnych. Nikt już dzisiaj nie ma złudzeń, że adwokaci lub radcowie prawni działają w interesie wymiaru sprawiedliwości³¹. Głównym

²⁸ Ibidem, s. 21.

²⁹ Ustawa z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485).

³⁰ Zob. K. Gradoń, P. Waszkiewicz, *Skuteczność kryminalizacji posiadania środków odurzających – przykład Polski w kontekście tzw. dopalaczy*, [w:] *Skuteczność prawa. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego*, 27 lutego 2009 r., red. T. Giaro, Warszawa 2009, s. 219.

³¹ R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, Zakamycze 2004, s. 281.

wyznacznikiem ich działalności jest interes klienta, wskutek czego zbyt ogólne sformułowania będą interpretowane zgodnie z nim. O ile taka strategia nie może dziwić, o tyle zasadne jest pytanie o coś, co można by nazwać kulturą stosowania zasad prawnych przez podmioty stosujące prawo³².

Pochopne byłoby jednak wyciąganie zbyt daleko idących wniosków w postaci twierdzenia, że w każdej sytuacji ogólne sformułowanie dyrektywy jest lepsze niż szczegółowe wskazanie czynów zakazanych lub nakazanych. Nie czyni tego nawet autor cytowanego wyżej opracowania, broniąc tezy, że jedynie w określonym kontekście – złożonego przedmiotu regulacji oraz szybko zachodzących zmian społecznych – zasady zapewniają wyższą pewność prawa niż reguły³³.

W dyskusji toczony wokół prawodawczego dylematu – reguły czy zasady – wskazywane są wady i zalety obu rodzajów norm, np. z jednej strony koszty ludzkiego działania zgodnego z regułami są niższe niż w sytuacji, gdy reguły nie zostały ustanowione, reguły zmniejszają ryzyko arbitralnego ich stosowania, są znaczącym czynnikiem wzmacniającym stosowanie prawa z poszanowaniem zasady równości wobec prawa³⁴.

Z drugiej strony reguły są sformułowane w języku naturalnym noszącym cechę „otwartej tekstowości”, co zdaniem niektórych prowadzi w wątpliwych przypadkach do stosowania prawa *ex post* i wydawania sądów wartościujących³⁵. W konsekwencji realizacja celów, jakie chce osiągnąć prawodawca, zależy od podmiotów stosujących prawo. Niebezpieczeństwem nadmiernie szczegółowej regulacji jest możliwość ukształtowania „wyuczonyj nieudolności polegającej na podejmowaniu

³² Pokazują to badania M. Matczaka prezentowane w *Prologu* jego pracy *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007. Warto w tym kontekście przypomnieć wypowiedź, prawdopodobnie sędziego, sformułowaną pod koniec lat 90. XX wieku i przytoczoną przez E. Łętowską: „Pani nam mówi o stosowaniu Konstytucji. Może niedługo mamy orzekać na podstawie prawa międzynarodowego?!”. E. Łętowska, *Być sędzią w trudnych czasach*, „Kultura”, marzec 1998, s. 22.

³³ J. Braithwaite, *Rules and Principles...*, s. 27. Przekonuje przy tym do zalet modelu, w którym zasady mają charakter wiążący i są „wspierane” przez niewiążące reguły, zamiast modelu, podobnego do obowiązującego w Polsce, w którym wiążące reguły są „wspierane” przez niewiążące zasady. „Charakter wiążący” autor ten rozumie jako nakaz zastosowania reguły albo zasady w razie ich kolizji. Ibidem, s. 24.

³⁴ C. Sunstein, *Problems with Rules...*, s. 972 i n.

³⁵ Ibidem, s. 985, 989.

działań dających w przeszłości pomyślne wyniki, ale które z upływem czasu dezaktualizują się i mogą prowadzić do niewłaściwych reakcji”³⁶.

Dodatkową wadą reguł jest również to, że ich zakres stosowania obejmuje sytuacje, w których posłużenie się nimi nie jest zgodne ze zdrowym rozsądkiem³⁷. Weźmy przykład palenia w miejscach publicznych. Obecnie norma prawna zakazuje palenia tytoniu na przystankach³⁸. Nietrudno jednak sobie wyobrazić sytuację, w której na przystanku późnym wieczorem znajduje się tylko jedna osoba, która w myśl reguły zapalić nie może. Racją ustanowienia tej reguły była troska o osoby przebywające w pobliżu, a tych na przystanku nie ma. Przykład można różnicować. Powiedzmy, że na przystanku znajdują się dwie osoby, które są przyjaciółmi, jest późna noc, pada deszcz i jedna z nich jest palaczem. Niepalący oczywiście rozumie tytoniową potrzebę swojego przyjaciela, który, prowadząc rozmowę, dyskretnie wypuszcza dym. Czy nie byłoby sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem nakładać nań mandat w takiej sytuacji? Ostatni przykład dotyczy normy zakazującej przejeżdżania rowerem przez przejście dla pieszych³⁹. Racją jej ustanowienia jest niebezpieczeństwo zaskoczenia kierowcy samochodu przez szybko wjeżdżający na przejście rower. Czy jednak w sytuacji, gdy rowerzysta czeka wraz z innymi pieszymi na zielone światło, a następnie ostrożnie wjeżdża na przejście, rzeczywiście jest konieczne, by zsiadał z roweru? Tego typu przykładów można przytoczyć więcej. Obecnie obowiązująca ustawa Prawo o ruchu drogowym zawiera, zgodnie z wymogami techniki prawodawczej, zasadę ogólną nakazującą zachowanie ostrożności (art. 3 ust. 1) oraz przepisy ją konkretyzujące, w rodzaju zacytowanego zakazu poruszania się po przejściu dla pieszych.

Wybór między zasadą a regułą, diskutowany w filozofii prawa, wcale nie został unicestwiony przez zastosowanie takiej techniki legislacyjnej. Należy raczej uznać, że prawodawca opowiedział się po stronie reguł i przemawiających za nimi wskazanych wyżej racji. Oczekiwanie opowiedzenia się po stronie wyłącznie zasad i rezygnacja z reguł wydaje się jednak, w warunkach współczesnej kultury prawnej, czymś bardzo

³⁶ J. Jabłońska-Bonca, *Przesłanki stanowienia norm bez sankcji*, RPEiS 1984, nr 4, s. 165.

³⁷ C. Sunstein, *Problems with Rules...*, s. 993.

³⁸ Art. 5 ust. 1 pkt 8 ustawy z 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (Dz. U. z 1996 r. Nr 10, poz. 55).

³⁹ Art. 26 ust. 3 pkt 1 ustawy z 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 1137).

nieracjonalnym. Wymagałoby to środowiska społecznego o wysokim poziomie zaufania, w którym nie tylko jednostka ufa organom państwa, ale również organy ufają adresatom norm, a prawodawca ufa podmiotom stosującym prawo⁴⁰. Z pewnymi zastrzeżeniami można stwierdzić, że obecne zasady techniki prawodawczej obowiązujące w Polsce zakładają niski poziom kultury zaufania. Kwestią empiryczną jest pytanie, na ile przyjęcie takiego założenia jest zasadne. Niezależnie jednak od odpowiedzi, zasadne jest twierdzenie, że istnieją kultury prawne o różnym poziomie zaufania, a prawodawcza decyzja ustanawiająca wyłącznie ogólną regulację np. w formie normy celowościowej będzie lepiej sprawdzać się w środowisku o wysokim poziomie zaufania międzyludzkiego.

Można wszakże uznać, że jakimś wyrazem zaufania prawodawcy jest stanowienie norm bez sankcji (*lex imperfectae*). Szukając powodów ich ustanowienia, J. Jabłońska-Bonca wskazywała przekonanie, że prawna formalizacja zachowania przekroczyłaby wówczas pewien punkt graniczny, który jest najkorzystniejszy dla skuteczności podjętego unormowania⁴¹.

Innym czynnikiem, który można by uznać za wyraz zaufania prawodawcy do jednostki, jest rosnąca rola tzw. miękkiego prawa (*soft law*). Nie podejmę w tym miejscu złożonych problemów związanych z funkcjonowaniem tego rodzaju norm⁴², ale przyjmuję, że normy o charakterze globalnym mają niejednokrotnie tego rodzaju miękki charakter, co każe zastanowić się nad związkami pomiędzy prawnymi przejawami procesów globalizacyjnych a pewnością prawa.

2.5.1. Ogólność norm będących efektem procesów globalizacyjnych a pewność prawa

O ile na płaszczyźnie prawa krajowego dylemat: zasada czy reguła zasadniczo jest rozstrzygnięty na rzecz ustanawiania jednych

⁴⁰ Na temat kierunków zaufania zob. P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, rozdz. V. Na temat pojęciowej możliwości zaufania instytucjonalnego zob. M. Wojciechowski, *Zaufanie instytucjonalne w kontekście ustawowej zasady zaufania jednostki do państwa*, RPEiS 2012, nr 2.

⁴¹ J. Jabłońska-Bonca, *Przesłanki stanowienia...*, s. 159.

⁴² Zob. np. P. Skuczyński, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008.

i drugich z pomocniczą rolą zasad, o tyle na płaszczyźnie globalnej, w skali międzynarodowej kwestia rodzaju stanowionych norm jest wciąż bardzo aktualna. Chodzi zwłaszcza o to, czy normy powstające wskutek procesów globalizacyjnych noszą znamiona pewności oraz czy globalizacja wpływa pozytywnie, czy też negatywnie na pewność prawa wewnętrznego.

Termin „globalizacja” ma wiele znaczeń: ekonomiczne, polityczne, kulturowe. Rozważanie wpływu tego zjawiska na prawo wymaga określenia, o którym znaczeniu tego terminu jest mowa. Prostszy sposób jest przyjęcie, że rdzeń znaczeniowy globalizacji stanowi proces zanikania granic. Nie chodzi przy tym wyłącznie o granice wyznaczające terytorium państw, ale także granice, w najbardziej ogólnym sformułowaniu, dotychczas wyznaczające zakres ludzkiej działalności. Określenie „globalny” wskazuje, że stan rzeczy oznaczony tym predykatem dotyczy całości, czyli „całego świata”. Globalne problemy to kwestie dotyczące nas wszystkich, podobnie jest z wszelkimi normami, wzorcami, standardami. Tym samym globalizacja to, innymi słowy, ujednolicenie, zunifikowanie tego, o czym mówimy, że ma globalny charakter⁴³.

Procesy globalizacyjne prowadzą nie tylko do pojawienia się wielu nowych aktów prawa wewnętrznego, ale też norm, takich jak np. *lex mercatoria*, regulacje podejmowane w ramach Światowej Organizacji Handlu, czy *soft law*⁴⁴. Wszystkie one mają bardzo niejednorodny charakter i zasadne byłoby w ich ocenie posłużenie się parafrazą słynnego Hartowskiego pytania: czy to w ogóle jest prawo? Pojęciowe ustalenia muszą jednak ustąpić przed faktem, którym jest odgrywanie przez tego rodzaju normy ogromnej roli we współczesnej wymianie handlowej. Niespełnianie przez nie formalnych wymagań, jakie stawia się przed pozytywnym prawem wewnętrznym, rodzi pytanie o rolę pewności prawa w stosunku do tych norm⁴⁵. W literaturze przedmiotu postawiono

⁴³ Zob. jednak: W. Cyrul, B. Brożek, *Globalny system...*, s. 94. Autorzy ci unifikację widzą jako jedną z wielu możliwych dróg prowadzących do globalnego prawa.

⁴⁴ K. Sadowski, *Pewność prawa...*, s. 219.

⁴⁵ Jolanta Jabłońska-Bonca stawia w gruncie rzeczy podobne pytanie w odniesieniu do modelu państwa sieciowego: „czy rodzi się ryzyko »osłabienia« instytucji autonomicznego państwa i »rozmycia« istoty wymiaru sprawiedliwości oraz odpowiedzialności publicznej za jej stan?”. J. Jabłońska-Bonca, *Soft justice w państwie sieciowym*, [w:] *Alternatywne formy rozwiązywania sporów w teorii i w praktyce*, red. H. Duszko-Jakimko, S. L. Stadniczenko, Opole 2008, s. 70.

nawet tezę, że normy, takie jak wymienione wyżej, nie są w stanie realizować pełnego ideału rządów prawa⁴⁶, którego pewność prawa jest ważnym składnikiem.

W odniesieniu do *lex mercatoria* uzasadnia się tę tezę, twierdząc, że z jednej strony normy te są mniej narażone na naruszenia, a tym samym są bardziej efektywne, ponieważ w większym stopniu dotyczą formy umowy aniżeli ich treści, zatem w interesie stron leży, by ich przestrzegać. Zachowania stron są więc bardziej przewidywalne. Z drugiej jednak strony w sytuacji, w której interesy stron zaczynają się „rozchodzić”, *lex mercatoria* ujawnia swój niewiążący i „miękki” charakter. Wskazują na to również badania empiryczne, których wyniki pokazują, że choć sporów powstających na tle ich stosowania jest bardzo niewiele, to te, które się zdarzają, są rozstrzygane głównie na podstawie danego prawa wewnętrznego, zaś *lex mercatoria* jest jedynie uzupełniającą podstawą orzekania. Jeśli zaś przyjąć, że rolą prawa jest rozstrzyganie konfliktów, to w tej mierze normy globalne zawodzą⁴⁷.

Akceptacja tej tezy nie musi jednak prowadzić do przygnębiających konstatacji i płynących stąd wskazówek, zaleceń czy postulatów. Może się bowiem okazać, że handel światowy nie wymaga wcale tego rodzaju ideału, co konstatawał w 1989 roku Günther Teubner. Zauważył on, że „kapitalizm nie wymaga już przewidywalnego porządku prawnego,

⁴⁶ Wyrażną tezę wyrażającą sceptycyzm co do możliwości realizacji przez normy globalne ideału rządów prawa stawia F.I. Laporta, *Globalization and the Rule of Law. Provisional Draft for Discussion with Some Doubts and Perplexities of an Old Westphalian*, http://www.tampereclub.org/e-publications/vol3_laporta.pdf, s. 263–270 [dostęp: 13.10.2013]. Ściśle rzecz biorąc, odróżnia on trzy znaczenia zasady *rule of law*: 1) najbardziej podstawowe – zasada ta oznacza jedynie istnienie obowiązujących, egzekwowalnych i egzekwowanych norm prawnych, 2) wymóg oparcia działań władz publicznych na podstawie i w zgodzie z prawem, 3) znaczenie to zakłada dwa poprzednie i wskazuje wymagania, które można sprowadzić do Fullerowskich wymogów tzw. wewnętrznej moralności prawa. Podobne sceptyczne twierdzenia można znaleźć w: R. Banakar, *Reflexive Legitimacy in International Arbitration*, [w:] *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, red. V. Gessner, A.C. Budak, Aldershot UK–Brookfield USA–Singapore 1998, s. 355. W polskiej literaturze przedmiotu w dyskusji dotyczącej istnienia ponadnarodowego autonomicznego porządku prawnego również podnoszone są zarzuty, jak: niejasność i niezupełność tych norm prowadząca do niepewności prawnej. B. Fuchs, *Lex mercatoria w międzynarodowym obrocie handlowym*, Zakamycze 2000, s. 113.

⁴⁷ Ibidem, s. 265–266.

wymagając zamiast tego wysoce uznaniowych interwencji rządowych, które są obecnie funkcjonalnie wystarczające, by wzmocnić samorządny (*self-created*) porządek ekonomiczny⁴⁸.

Czy uzasadniona byłaby zatem parafraza tytułu książki K. Devlina⁴⁹ w postaci: „żegnaj M. Weberze, twórczo powiązania pewności prawa z wymogami gospodarki kapitalistycznej”, skoro mamy do czynienia z ogromnym rozwojem globalnego rynku⁵⁰?

Podobną w swej wymowie tezę stawia O. Raban, który twierdzi, że błąd wiązania pewności prawa z gospodarką kapitalistyczną i liberalizmem ma swoje źródło w nieodróżnianiu przewidywalności działań podejmowanych przez jednostki od przewidywalności konsekwencji zastosowania danej reguły prawnej. Omawiając np. spór pomiędzy subiektywną a obiektywną koncepcją wykładni oświadczeń woli⁵¹, twierdzi, że właśnie analiza zamiarów i intencji stron sprzyja wymogowi przewidywalności, ale nie przewidywalności zastosowania reguły do ustalonych faktów, na której zależy prawnikom, lecz przewidywalności praw i obowiązków we wzajemnych relacjach stron⁵². Ważna jest więc, jego zdaniem, nie tyle pewność wertykalna, ile horyzontalna.

Innym swoistym argumentem za odpowiedzią pozytywną mogą być próby modelowania globalnego systemu prawa. Okazuje się bowiem, że tradycyjny model piramidalny jest dla tego celu nieadekwatny. Lepszym modelem jest model „sieciowy”⁵³. Opiera się on na koncepcji

⁴⁸ Cyt. za: V. Olgiati, *Political Economy of Milan Chamber of Commerce*, [w:] *Emerging Legal Certainty...*, s. 141.

⁴⁹ *Żegnaj Kartezjuszu. Rozstanie z logiką w poszukiwaniu nowej kosmologii umysłu*, tłum. B. Stanosz, Warszawa 1999.

⁵⁰ M. Weber, *Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology*, California 1978, s. 833.

⁵¹ Stosuję terminy, którymi autor się nie posługuje, a które funkcjonują w polskiej doktrynie prawa cywilnego. Subiektywna koncepcja nakazuje badać zgodny zamiar stron i cel umowy, a obiektywna koncepcja nakazuje się opierać na dosłownym brzmieniu tekstu umowy. Polski kodeks cywilny w art. 65 § 2 daje prymat, choć nie bezwzględny, koncepcji subiektywnej.

⁵² Dodaje przy tym, że ogólne postanowienia ten cel realizują lepiej aniżeli tzw. precyzyjne postanowienia. O. Raban, *The Fallacy of Legal Certainty: Why Vague Legal Standards May Be Better for Capitalism and Liberalism*, „Boston University Public Interest Law Journal”, vol. 19, 2010, no. 175, s. 9, za: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1419683 [dostęp: 31.08.2013].

⁵³ W. Cyrul, B. Brożek, *Globalny system...*, s. 102-103.

„zapętlonej hierarchii” F. Osta⁵⁴ oraz rozróżnieniu systemów skomplikowanych i kompleksowych. Dla tematu niniejszej pracy znaczenie ma jedynie to ostatnie. Struktura systemu skomplikowanego „jest całkowicie przewidywalna w zakresie, w jakim porządkowanie systemu ma charakter linearny i dedukcyjny”⁵⁵. Z kolei w systemie kompleksowym „następuje interakcja wielu kodów, »logik« i racjonalności, których relacje są twórcze, a w konsekwencji nie dają się przewidzieć”, co jest spowodowane niemożnością zdobycia przez obserwatora wszystkich informacji o jego funkcjonowaniu, gdyż system ten przedstawia obraz chaosu. Prawo w tego rodzaju systemie staje się zjawiskiem dialektycznym, w którym nakładają się na siebie: tekst i ideał, legalność i sprawiedliwość⁵⁶. Nietrudno się domyślić, że system kompleksowy jest bardziej adekwatnym modelem dla ewentualnego globalnego systemu prawa.

Ważny jest status metodologiczny tej propozycji, którą sami autorzy określają jako poznawczą. Nie przedstawia ona środków, jakimi należy taki czy inny system budować, a jedynie proponuje pewien aparat pojęciowy, za pomocą którego adekwatnie można ująć istotę zjawiska globalizującego się prawa. Jeśli zaś przyjąć tradycyjnie pojmowany piramidalny (Kelsenowski) lub statyczno-dynamiczny system prawny jako jedną z cech składających się na pojęcie pewności prawa, to można powiedzieć, że obraz uzyskany za pomocą modelu sieciowego sugeruje, że o pewności prawa trudno jest mówić. Zbyt pochopne byłoby jednak zdecydowanie uznanie, że nie ma ona żadnego znaczenia.

⁵⁴ Polega ona na dostrzeżeniu, w związku z zasadą suwerenności i równości narodów, zamazania w międzynarodowym prawie publicznym różnicy pomiędzy władzą a podmiotami i określaniu relacji między nimi bardziej jako horyzontalnej niż wertykalnej. Słowo „hierarchia” pozostaje, bo jednak mimo wszystko trudno wyobrazić sobie system prawa bez żadnej hierarchii, a została określona jako „zapętlona” dlatego, że wśród różnych poziomów systemu „najwyższy zwraca się z powrotem w kierunku poziomu najniższego i wpływa nań, będąc jednocześnie samemu determinowanym przez poziom najniższy”, nie będąc przy tym sprzężeniem zwrotnym, bo w tym ostatnim przypadku nie dochodzi do złamania hierarchii. Przykładem „zapętlonej hierarchii” w prawie wewnętrznym (autorzy, prezentując koncepcję modelu sieciowego, nie piszą wprost o tym, że została stworzona z uwagi na zjawiska zachodzące w porządkach prawa wewnętrznego, jednak świadczą o tym przykłady, jakie powołują) jest aktywna działalność prawodawcza i prawotwórcza organów administracyjnych, a także kontrola konstytucyjności ustaw. Ibidem, s. 103–104.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem, s. 104–105.

Z pomocą tutaj przychodzi odróżnienie pewności prawa gwarantowanej przez obowiązywanie w danym systemie określonych zasad prawnych („zadekretowanej pewności prawa”) oraz pewności w znaczeniu przewidywalności decyzji stanowiących rozstrzygnięcia sporów. Tezę o niemożności spełniania ideału *rule of law* przez normy o charakterze globalnym należy odnosić jedynie do pewności prawa w pierwszym rozumieniu. Nie dotyczy to jednak pewności w znaczeniu przewidywalności decyzji. Tego rodzaju pewność jest wciąż istotna dla członków obrotu gospodarczego (nie ma znaczenia, czy o globalnym, czy lokalnym zasięgu).

Można by sądzić, że przewidywalność decyzji stanowi pochodną zadekretowanej pewności prawa. Fakty zdają się temu przeczyć. Swego czasu przeprowadzono badania dotyczące orzecznictwa jednej z amerykańskich organizacji *non-profit* specjalizującej się w arbitrażu, tj. American Arbitration Association⁵⁷. Wyniki były dość zaskakujące. Pomimo tego, że arbitraż nie spełnia Webberowskich wymogów „formalnie racjonalnego” systemu, tj. spójnego i zupełnego, można było odnotować w badaniu pewne statystyczne prawidłowości skutkujące twierdzeniem o relatywnie wysokiej przewidywalności wydawanych rozstrzygnięć. Wiązało się to m.in. ze specyfiką branży, którą badano, ale nie tylko. Na podstawie badań wyciągnięto wnioszek, że przewidywalność jest pochodną nie tyle tego, jak arbitraż został zorganizowany, ile, jaki użytek z niego czyniły strony. Do arbitrażu trafiały bowiem sprawy dobrze przygotowane pod względem dokumentacyjnym oraz skierowane przeciwko podmiotom, z którymi wnoszący skargi nie mieli lub nie planowali mieć istotnych kontaktów gospodarczych. Przewidywalność była więc bardziej skutkiem właściwej preselekcji spraw aniżeli „natury” arbitrażu⁵⁸.

Podobnie jest w przypadku norm typu *soft law* i sporów rozstrzyganych na ich podstawie, również w postępowaniach arbitrażowych. Niski poziom zadekretowanej pewności prawa nie musi powodować niskiego poziomu pewności w znaczeniu przewidywalności decyzji rozstrzygających spory.

W przypadku norm globalnych przyczyny są nieco bardziej zróżnicowane aniżeli w przypadku amerykańskiego arbitrażu. Rozpatrując

⁵⁷ R.L. Bonn, *The Predictability of Nonlegalistic Adjudication*, „Law & Society Review” 1972, vol. 6, no. 4.

⁵⁸ Ibidem, s. 577.

bowiem problem tego, co umożliwia zaufanie (pewność) we wzajemnych kontaktach gospodarczych, zwraca się uwagę, że nie są to normy prawne czy też, zdaniem innych, jedynie pretendujące do miana prawa. Pomijając spory terminologiczne, chodzi o to, że globalny porządek normatywny istnieje na razie bardziej w sferze postulatów i zainteresowań nauki prawa niż praktyki orzecniczej sądów krajowych⁵⁹. Wprawdzie istnieją elementy *lex mercatoria*, jak np. reguły INCOTERMS, które są powszechnie uznawane i stosowane, ale nie można tego samego powiedzieć o innych elementach *lex mercatoria*⁶⁰. Innym przykładem trudności mówienia o prawie globalnym są problemy z powszechnym ratyfikowaniem konwencji. Trudno wszakże mówić o globalizacji prawa, gdy daną konwencję ratyfikuje tylko kilka i to pomniejszych państw. Można więc powiedzieć, że istnieją trudności z realizacją globalnej pewności prawa poprzez stanowienie norm generalnych i abstrakcyjnych, mających odgrywać taką samą rolę jak prawo wewnętrzne.

Czynnikami, które natomiast wpływają pozytywnie na pewność prawa w znaczeniu horyzontalnym, są role społeczne: prawników, brokerów, arbitrów, przedstawicieli nauki prawa itp. Mówi się np. o funkcjonowaniu swoistego klubu międzynarodowego arbitrażu, który skupia kilkaset osób, co powoduje, że w momencie wystąpienia sporu będzie on rozstrzygany przez osobę znaną i wobec tego przewidywalną w swych rozstrzygnięciach⁶¹. Ów klub można również określić, niezobowiązującym socjologicznie, mianem społeczności. Takich społeczności – wyznaczonych przez ograniczoną liczbę podmiotów prowadzących wspólne interesy, mających podobne zasady i oczekiwania wobec etyki zawodowej, postępujących według podobnych wzorców i schematów – jest więcej, np. środowisko ubezpieczeniowego rynku reasekuracyjnego⁶² czy rynku bankowego⁶³. Zatem nie tylko normy prawne, ale również, a może przede wszystkim, społeczne struktury z autonomicznymi regułami ułatwiają pewność prawa w stosunkach międzynarodowych⁶⁴.

⁵⁹ V. Gessner, *Globalization and Legal...*, s. 434-435.

⁶⁰ Ibidem, s. 435.

⁶¹ Ibidem, s. 437.

⁶² Ch. Stammel, *Back to the Courtroom? Developments in the London Reinsurance Market*, [w:] *Emerging Legal Certainty...*, s. 62-91.

⁶³ Zob. K. Frick, *Third Cultures versus regulators: Cross-border Legal Relations of Banks*, [w:] *Emerging Legal Certainty...*, s. 93-133.

⁶⁴ V. Gessner, *Globalization and Legal...*, s. 444.

Gdyby nawet pominąć powyższą argumentację, to twierdzenie, że zasada *rule of law* na poziomie globalnym, a za nią pewność prawa traci swoje znaczenie, byłoby zbyt daleko idące. Trzeba wyraźnie stwierdzić, że tego rodzaju „utrata” może mieć miejsce jedynie w ujęciu horyzontalnym, ale już nie wertykalnym, jak np. w dziedzinie prawa karnego, w którym podstawowe zasady, takie jak: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, są niepodważalne. Innymi słowy, pewność prawa jest niezbędna w sytuacji, gdy chodzi o ochronę podstawowych praw jednostki, jak np. wolność⁶⁵.

Kolejną kwestią jest wpływ globalizacji na prawo wewnętrzne. Nawet bez specjalnych badań można stwierdzić, że trudno mówić o wpływie polegającym na zmianie podstawowych zasad formalnych danego systemu⁶⁶, zwłaszcza jeżeli składają się one na ideał państwa prawnego czy jego anglosaski odpowiednik w postaci *rule of law*. Można natomiast badać wpływ procesów globalizacyjnych na skalę prawotwórstwa⁶⁷. Może ona być czynnikiem negatywnym zarówno wówczas, gdy brakuje podstawowych regulacji ważnych dziedzin życia społecznego, jak i wówczas, gdy osiąga poziom skłaniający do mówienia o „inflacji prawa”. Obecnie powszechnie mówi się o występowaniu tego drugiego zjawiska⁶⁸. Pomimo uzasadnionych oczekiwań pod adresem globalizacji, jeżeli chodzi o jej dejurydyzacyjny potencjał, okazuje się, że nie tylko samo jej zjawisko nie jest czynnikiem ograniczającym prawotwórstwo, ale jest wręcz odwrotnie. Przyczynami tego są: pragnienie państwa,

⁶⁵ W praktyce normy prawa karnego pretendujące do globalności wciąż jedynie pretendują do tego tytułu, ponieważ statut powołujący do życia Międzynarodowy Trybunał Karny przyznał mu uprawnienie do orzekania w sprawie niektórych jedynie przestępstw, Trybunał jest związany zasadą terytorialności, to znaczy państwo musi wyrazić zgodę na jego jurysdykcję, związany jest też zasadą komplementarności, to znaczy działa wówczas, gdy odpowiednie organy państwa nie podejmują żadnych działań. L. Laporta, *Globalization and the Rule...*, s. 261. Zob. też: M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Zakamycze 2004.

⁶⁶ Pomijam w tym miejscu sytuację, którą można by określić mianem „globalizacji demokracji”, polegającą na wywieraniu presji przez społeczność światową na reżimy autorytarne lub totalitarne w celu demokratyzacji ich ustrojów.

⁶⁷ Tego rodzaju udaną próbę w odniesieniu do sytuacji polskiego systemu prawa podjęli J. Guść, K. Łokucijewski, *Globalizacja a jurydyzacja...*, s. 27-47. W dalszej części opieram się na tam zawartych ustaleniach.

⁶⁸ Powszechność dotyczy raczej dyskursu publicystycznego niż refleksji naukowej. W ramach tej ostatniej zob. J. Guść, *System prawa...*

by poprzez tworzenie prawa skorzystać, ale również ochronić przed ekonomicznymi zagrożeniami własnych przedsiębiorców i obywateli; wzrastająca kompatybilność rynków, która wymaga coraz bardziej precyzyjnych norm technicznych, przybierających niejednokrotnie postać norm prawnych; wpływ dużych podmiotów gospodarczych na tworzenie takich norm prawnych, które skłoniłyby ich do inwestowania w danym regionie (dotyczy to nie tylko udogodnień podatkowych, ale również np. norm własności intelektualnej)⁶⁹. Tym samym procesy globalizacyjne są kolejnym czynnikiem osłabiającym pewność prawa wewnętrzne-go, przynajmniej w aspekcie dotyczącym ilości prawa.

⁶⁹ Ibidem, s. 42.

Rozdział 3

Problem błędnej wykładni

Wyrażenie „błędna wykładnia”, które oznacza postać naruszenia prawa mogącego stanowić podstawę skargi kasacyjnej w postępowaniu sądowo-administracyjnym oraz w postępowaniu cywilnym, wywołuje bogate asocjacje o charakterze teoretycznoprawnym. Przybierają one postać pytań w rodzaju, czy w ogóle jest możliwe popełnienie błędu przy okazji interpretowania prawa? Jeżeli tak, to jakie byłyby kryteria uznania danej interpretacji za błędną? Jeżeli nie, to z jakich powodów prawodawca decyduje się na użycie zwrotów obiektywizujących prawo i jego stosowanie, takich właśnie jak „błądność”? Odrzucenie pojęciowej możliwości dopuszczenia się błędu w procesie wykładni prawa oznaczałoby, że spory prawnicze są niekonkluzywne w tym sensie, iż brak jest kryterium, które jednoznacznie rozstrzygałoby spór dwóch stron. Nie można jednak nie dostrzec istnienia całego aparatu wymiaru sprawiedliwości, którego zadanie można upatrywać właśnie w rozstrzyganiu sporów. Należałoby zatem odróżniać niekonkluzywność w sensie intelektualnym oraz pragmatycznym (procesowym). Twierdzenie o niemożności dopuszczenia się błędnej wykładni lub błędu w wykładni lokuje się w płaszczyźnie niekonkluzywności sporów w sensie intelektualnym, ale oczywiście nie pragmatycznym, skoro prawo można uznać za instrument konkluzywnego rozstrzygania sporów¹. Decyzja sądu w tym ostatnim sensie nie musi być jednak podzielana przez stronę przegrywającą, przy założeniu jej umiejętności wyjścia poza perspektywę własnego interesu oraz

¹ Rozstrzygnięcia sporu nie jest tym samym, co rozwiązanie sporu, na co zwraca się uwagę w socjologii prawa i w pracach akcentujących mocne strony trybu mediacyjnego i arbitrażowego. G. Teubner, *Sprawiedliwość alienująca o dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda*, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 111–112.

posiadania przez nią niezbędnych kwalifikacji prawniczych. Przejawem niekonkluzywności w sensie intelektualnym są spory wewnątrzdoktrynalne, głosy krytyczne, zdania odrębne itp.

Uznanie tezy o intelektualnej niekonkluzywności sporów prawnych prowadzi do postawienia problemu obiektywności prawa. Za wyraz dość powszechnej prawniczej intuicji, zwłaszcza wśród praktyków, można chyba uznać przekonanie, że błędne mniemanie na temat prawa to takie, które zostało za takowe uznane przez organ wyższej instancji. Prawodawca, posługując się terminem „błędna wykładnia”, podobnie zresztą jak terminem „błędne zastosowanie”, zdaje się zakładać jakąś wersję obiektywności prawa. Podobnie jest w dyskursie interpretacyjnym, w którym w związku z systemowym nakazem rozstrzygnięcia niezwykle rzadko są spotykane sformułowania w rodzaju „wydaje się” i inne wskazujące na wahanie sądu. Tym samym warto zauważyć i podkreślić odmiennność sposobu, w jaki prawo jawi się prawnikom w odróżnieniu od przedstawiania tegoż prawa przez prawników „światowi zewnętrznemu”. Prawnikom (wykwalifikowanym uczestnikom obrotu prawnego) prawo prezentuje się jako byt, w stosunku do którego trudno bronić tezy o jego ontologicznej obiektywności. W procesie stosowania prawa, w tekstach stanowiących uzasadnienia decyzji stosowania prawa, prawo prezentowane jest jednak przez część z owych prawników (sędziowie) w taki sposób, który sugeruje właśnie ontologiczną obiektywność prawa. Dostrzeżenie tego odmiennego „prezentowania się prawa” prawnikom i „prezentowania przez nich prawa” w dyskursie interpretacyjnym nie przesądza trafności takiej czy innej filozoficznej tezy na temat prawa.

Punktem wyjścia jest założenie, że popełnienie błędnej wykładni jest możliwe. Założenie to jest narażone na zarzut, który w odniesieniu do wykładni *contra legem* kilkadziesiąt lat temu sformułował J. Wróblewski. Pytał on, czy pojęcie wykładni *contra legem* ma jakąkolwiek doniosłość praktyczną, ponieważ twierdził, że implikuje ono tzw. rzeczywiste znaczenie normy prawnej, która jest *lex* i znaczenie z nim niezgodne stanowi właśnie wykładnię *contra legem*². Proponował więc ujmowanie problemu w relatywizacji do dyrektyw interpretacyjnych, co z kolei zależy od założeń oceniających³. Z kolei w hermeneutycznym ujęciu wykładni zwraca się uwagę,

² J. Wróblewski, *Interpretatio secundum, praeter et contra legem*, PiP 1961, nr 4-5, s. 624.

³ Ibidem, s. 623.

że „znaczenie jest w istocie grą pomiędzy interpretatorem a szeroko rozumianym tekstem. Interpretacja jako gra oznacza, że nie istnieje tak zwane właściwe rozumienie tekstu”⁴. Założenie o możliwości popełnienia błędu w wykładni jest więc kontrowersyjne, a jego przyjęcie może zostać uznane za przejaw modernistycznego myślenia lub – jeśli ktoś tak woli – przesądu⁵.

Jeżeli jednak utożsamić pojęcia błędnej wykładni i wykładni *contra legem*, to nie można kwestionować praktycznej doniosłości problematyki wykładni *contra legem* i, co za tym idzie, błędnej wykładni. Trudno podważać tę doniosłość relatywnym charakterem błędu, z tego powodu, że w ogóle bardzo trudno wskazać błędy absolutne⁶. Nawet bowiem analizowanie, czy w wykładni prawa można popełniać błędy logiczne, wymaga przyjęcia określonej koncepcji logiki. Relatywność błędu nie powinna więc prowadzić do nihilistycznych w swej wymowie konstatacji, że wszystko w tej mierze ma charakter wartościujący, ale do postulatu należytego uzasadniania własnych decyzji interpretacyjnych.

Podstawowym argumentem na rzecz dopuszczalności błędnej wykładni jest odróżnienie sporu o poprawność rozstrzygnięcia interpretacyjnego od sporu o błędność rozstrzygnięcia interpretacyjnego. Uznanie błędności rozstrzygnięcia A nie implikuje poprawności rozstrzygnięcia B. Matthew Kramer pokazuje, że zastanawiając się nad tym, czy określone zachowanie należy zaklasyfikować jako morderstwo, można wskazać odpowiedzi niepoprawne (np. gdy definicyjnym warunkiem uznania czynu za morderstwo jest popełnienie go we wtorki), wciąż jednak nie przesądzając, jaka odpowiedź będzie poprawna, a nawet tego, czy nie będzie ich więcej niż jedna⁷. Brian Bix dodaje, że popełnienie błędu jest nie tylko możliwe, ale i ważne dla zrozumienia prawniczej praktyki oraz społecznego odbioru prawa⁸. Podobnie możliwość

⁴ M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa*, RPEiS 2011, nr 2, s. 110.

⁵ Na temat modernizmu zob. np. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, rozdz. I.

⁶ Na potwierdzenie przytoczmy znamienne w tym kontekście zdanie: „Czy coś jest lub nie jest błędem – jest błędem w określonym systemie. Podobnie coś jest błędem w pewnej grze, a nie jest w innej”. L. Wittgenstein, cyt. za: L. Kołakowski, *Jeśli Boga nie ma... O Bogu, diable, grzechu i innych zmartwieniach tak zwanej filozofii religii*, przeł. T. Baszniak, M. Panufnik, Kraków 2010, s. 56.

⁷ M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge 2007, s. 15.

⁸ B. Bix, *Global Error and Legal Truth*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2009, vol. 29, no. 3, s. 537.

omyślności decyzji sądowych dopuszczał H. Hart w *Pojęciu prawa*⁹. Polemizując z amerykańskim realizmem prawniczym, przypisywał owemu, jak je nazywał, „sceptycznemu podejściu” pomieszanie ostateczności orzeczeń z ich nieomyślnością. Jeżeli bowiem wziąć pod uwagę ostateczność tych orzeczeń (prawomocność, autorytatywność), to rzeczywiście, przyznaje Hart, można powiedzieć, że np. ważna umowa to ta, o której w ten sposób orzekł sąd. Nie oznacza to jednak, że decyzja ta nie jest wyznaczona przez reguły. Prawo nie jest bowiem „grą w kaprys sędziego”, ponieważ jeśli decyzja sędziego mieści się w jądrze znaczeniowym reguły, to jest, zdaniem Harta, poprawna¹⁰. Nie jest jasne, czy według niego decyzje znajdujące się w strefie cienia semantycznego są poprawne. Nie wiadomo, czy w ogóle można je kwalifikować jako poprawne lub niepoprawne? Co jednak ważne dla niniejszego wyводу, Hart przyznaje, że „werdykty sędziego są omylne, aczkolwiek ostateczne”¹¹.

Analizowanie możliwości dopuszczenia się błędnej wykładni wymaga odrzucenia koncepcji idealnego odbiorcy tekstów prawnych, jaką w swoim czasie przyjął T. Gizbert-Studnicki, konstruując idealizacyjny model doskonałego odbiorcy tekstów prawnych¹². Z powodów pojęciowych niemożliwe byłoby wówczas analizowanie możliwości uznania danej czynności intelektualnej za błędną. Potwierdzeniem zasadności przyjęcia takiego założenia negatywnego jest odróżnienie przez T. Gizberta-Studnickiego sytuacji, w której różni odbiorcy konkretnego tekstu prawnego przypisują mu odmienne znaczenie. W sytuacji gdy przyczyną rozbieżności jest akceptacja odmiennego systemu wartości przy założeniu posiadania przez interpretatora odpowiednich kompetencji prawnych, to według cytowanego autora mamy do czynienia ze „sporem interpretacyjnym”. Natomiast jeżeli przyczyną jest brak takich kompetencji, to T. Gizbert-Studnicki mówi o „niewłaściwym rozumieniu”¹³. Naturalnie tego rodzaju ujęcie dychotomiczne – posiadanie/brak odpowiednich

⁹ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, s. 193 i n.

¹⁰ Ibidem, s. 197.

¹¹ Ibidem.

¹² T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny...*, s. 112–113. Składały się nań: doskonała kompetencja językowa obejmująca słownictwo rozmaitych rejestrów języka, doskonała umiejętność konstruowania norm z elementów tekstów prawnych, doskonała umiejętność posługiwania się regułami wykładni eliminującymi wieloznaczności leksykalne i składniowe, doskonała umiejętność posługiwania się regułami inferencyjnymi.

¹³ Ibidem, s. 117.

kompetencji jest koniecznym uproszczeniem i zawiera wiele stanów pośrednich. Moje założenie negatywne wyklucza jedynie sytuację posiadania doskonałych kompetencji. Po kolei przedstawię, w jaki sposób pojęcie błędnej wykładni jest objaśniane w dogmatyce prawa cywilnego procesowego, w dogmatyce prawa karnego, następnie przedstawię przedmiot i pojęcia błędu, by w końcu zastanowić się, które z nich mogą być popełnione w procesie wykładni prawa.

3.1. Pojęcie błędnej wykładni w doktrynie polskiego prawa cywilnego procesowego

Pojęcie błędnej wykładni jest obecne w polskim języku prawnym co najmniej od 29 listopada 1930 roku, tj. daty uchwalenia pierwszego na ziemiach polskich kodeksu postępowania cywilnego. Wyrażenie „błędna wykładnia” było od tego czasu obecne zawsze w dziale dotyczącym środków odwoławczych. Zmieniało się przedmiotowe odniesienie podstawy skargi, tj. początkowo błędna wykładnia stanowiła podstawę skargi kasacyjnej, później rewizyjnej, obecnie jest to znów podstawa skargi kasacyjnej. Przez wszystkie te lata zmianie nie ulegało sformułowanie samego przepisu (z wyjątkiem, oczywiście, wspomnianego przedmiotu skargi). Podstawą skargi (kasacyjnej lub rewizyjnej) było i jest „naruszenie prawa materialnego poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie”. Obecnie taki zapis znajduje się w art. 398³ §1 k.p.c. z 17 listopada 1964 r. (Dz. U. Nr 43, poz. 296) oraz w art. 174 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270).

Polska doktryna nie wypracowała powszechnie akceptowanej definicji tego wyrażenia. W komentarzu do kodeksu przedwojennego można znaleźć następujące objaśnienie: „naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie zachodzi, jeśli okoliczności faktyczne, ustalone w wyroku II instancji, podciągnięto pod inne przepisy, niż je podciągnąć należało”¹⁴. Można sądzić, że autorzy utożsamiają błędną wykładnię z niewłaściwym zastosowaniem, a zatem

¹⁴ J. Korzonek, W. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego i przepisy wprowadzające kodeks postępowania cywilnego* (Rozp. Prez. z 29 listopada 1930 Dz. U. R.P. Nr 83, poz. 651 i 652) z komentarzem uwzględniającym wszystkie przepisy pozostające w związku

błąd subsumcyjny, czyli niewłaściwe „podciągnięcie” stanowi eksplikację wyrażenia „błędna wykładnia”.

Komentarze do kodeksu postępowania cywilnego z 1964 roku zawierają nieco więcej informacji. Autorzy komentarza z 1969 roku dostrzegają, że błędna wykładnia jest rodzajem naruszenia prawa, zaś naruszeniem prawa w ścisłym sensie jest „wybór przez sąd właściwej [powinno być raczej – niewłaściwej – M.W.] normy prawnej”¹⁵. Konsekwencją takiego ujęcia jest wskazanie na rodzaj błędów, jakie sąd może popełnić: przyjąć istnienie przepisu, który nie istnieje lub nie obowiązuje¹⁶ albo przyjąć nieistnienie przepisu, który jednak istnieje¹⁷. Można sądzić, że nie jest to tożsame z pojęciem błędnej wykładni, ponieważ w dalszej części pracy pojawia się objaśnienie mające spełniać, jak się należy domyślać, funkcję definicji. Tego rodzaju „definicją” jest określanie błędnej wykładni jako „mylne odczytanie lub zrozumienie treści lub znaczenia przepisu prawnego”¹⁸. W innej pracy błędy te sprowadza się do postaci naruszenia prawa poprzez użycie zwrotu: „błędy, jakie w praktyce mogą wchodzić tu w rachubę są następujące”. I dalej następuje wymienienie

z procesem, materiały Komisji Kodyfikacyjnej, orzecznictwo Sądów Najwyższych b. państw zaborczych i polskiego oraz literaturę procesu cywilnego, [b.m.] 1931, s. 906.

¹⁵ B. Dobrzański, M. Lisewski, Z. Resich, W. Siedlecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1969, s. 566.

¹⁶ Różnica pomiędzy nieistnieniem przepisu a jego nieobowiązaniem może polegać chyba jedynie na tym, że przepis nieistniejący może być przepisem, który nigdy nie zaczął obowiązywać, to znaczy zdaniem w sensie gramatycznym, które nigdy nie zostało wprowadzone do żadnego projektu aktu prawnego. Takim przykładem może być np. *Każdy mężczyzna powinien myć zęby*. Nawet jednak w takim przypadku trudno dostrzec różnice pomiędzy nieistnieniem a nieobowiązaniem, chyba żeby przez nieobowiązujące przepisy rozumieć przepisy formalnie uchylone.

¹⁷ H. Dobrzański, M. Lisewski, Z. Resich, W. Siedlecki, *Kodeks postępowania...*. Trudno jednak powiedzieć, czym owo naruszenie prawa w ścisłym sensie miałoby się różnić od błędnego zastosowania przepisu, skoro wybór przepisu jest determinowany przez ustalony stan faktyczny, a zdaniem autorów podciągnięcie stanu faktycznego pod przepis i określenie zakresu skutków prawnych z tego przepisu jest właśnie subsumcją. Na temat dyskusji wokół pojęcia subsumcji zob. niżej.

¹⁸ Tego rodzaju objaśnienie jest bardzo rozpowszechnione w orzecznictwie i również w najnowszej doktrynie. Zob. np. T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 542; *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. A. Zieliński, Warszawa 2005, s. 998 – tu zob. niepublikowany wyrok SN z 22 listopada 2002 r., IV CKN 1505/00. T. Ereciński, *Apelacja i kasacja w procesie cywilnym*, Warszawa 1996, s. 129–130.

wspomnianego błędu przyjęcia istnienia/nieistnienia przepisu, błędu „mylnego odczytania...” i dodatkowo błędu w zastosowaniu, mającego polegać na mylnym przyjęciu lub zanegowaniu związku, jaki zachodzi pomiędzy ustalonymi w procesie faktami a przepisem prawnym, czego przykładem może być błędne stosowanie przykładowo wymienionych pojęć w normie prawnej, takich jak: „ważny powód”, „ważna przyczyna”. Chodzi tutaj o „obiektywne znaczenie tych pojęć, to znaczy abstrahujące od konkretnych wiadomości posiadanych przez daną osobę”¹⁹. W cytowanej pracy można znaleźć jeszcze jedno stwierdzenie istotne z punktu widzenia dalszych rozważań: „wnioski z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego kontroli kasacyjnej nie podlegają, chyba że istnieje błąd logiczny w rozumowaniu”²⁰. Widać więc, że błąd logiczny może stanowić podstawę skargi kasacyjnej. Podstawą byłoby w takim przypadku naruszenie przepisów postępowania cywilnego.

Niektórzy autorzy wskazują czynności prowadzące do błędnej wykładni. Błędne jest zatem stosowanie tylko jednego sposobu wykładni, np. wykładni gramatycznej, ponieważ pewny wynik wykładni daje wówczas, gdy do tego samego wyniku doprowadzają różne jej metody²¹.

Przegląd literatury przedmiotu prowadzi do wniosku, że pojęcie błędnej wykładni nie stanowi przedmiotu szczególnego zainteresowania nauki prawa procesowego. Wskazując, że jest to postać naruszenia prawa materialnego, wszystkie cytowane wyżej pozycje koncentrują się na próbie określenia prawa materialnego i jego odróżnienia od prawa procesowego, z rzadka zwracając uwagę na pojęcie naruszenia prawa. Nikt zaś, poza A. Brodziak-Bielską, nie zwrócił uwagi na błąd logiczny, jaki obciąża „definicję” błędnej wykładni, czyniąc ją tym samym pseudodefinicją²². Z uwagi na relatywny charakter błędu *ignotum per*

¹⁹ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2000, s. 421.

²⁰ Ibidem, s. 422. Uwagę na to zwraca również T. Erciński (*Apelacja i kasacja...*, s. 129), pisząc, że „orzeczenie podlega zaskarżeniu nie dlatego, że zostały naruszone jakieś zasady rozumowania, ale dlatego, że naruszone zostały normy prawne, które powinny być ustalone, wyjaśnione i zastosowane zgodnie z logicznymi zasadami rozumowania”.

²¹ B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich, W. Siedlecki, *Kodeks postępowania...*, s. 567, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I: *Komentarz do artykułów 1–505*⁴, red. K. Piasiecki, Warszawa 2006, s. 1476.

²² A. Bielska-Brodziak, *Zarzut błędnej wykładni*, RPEiS 2006, nr 1, s. 70. Autorka twierdzi, że jest to błąd *ignotum per ignotum*.

ignotum bardziej trafne jest określenie tej pseudodefinicji jako obarczonej błędem błędnego koła pośredniego. Błąd *ignotum per ignotum* ma bowiem wyłącznie dydaktyczny charakter, podczas gdy błąd błędnego koła zarazem dydaktyczny i logiczny²³. Skoro analiza języka prawniczego nie prowadzi do zadowalających rezultatów, w dalszej części tego rozdziału przyjrzyć się znaczeniom terminu „błąd”, a następnie przypomną podstawowe odróżnienia terminologiczne związane z terminem „wykładnia” po to, by móc pokazać możliwe pojęcia błędnej wykładni.

3.2. Pojęcia błędu

W słowniku języka polskiego zostały wskazane dwa znaczenia terminu „błąd”²⁴. Pierwsze to niezgodność z obowiązującymi regułami, odstępstwo od normy. Drugie to niewłaściwe, nieudane posunięcie, ale również niezgodność z istotnym stanem rzeczy²⁵. Przedmiotem błędu jest więc zachowanie człowieka polegające na formułowaniu zdań lub będące innym przejawem jego aktywności.

Orzeczenie błędności w stosunku do przejawu jakiejś aktywności ludzkiej jest więc zawsze relatywizowane do jakiegoś kryterium²⁶. Zgodnie z powyższym takim kryterium może być: (1) reguła albo (2) prawda.

Nie każde naruszenie reguły będzie jednak uznane za błąd. Istotne okazuje się nastawienie podmiotu, któremu błąd jest przypisywany, ponieważ owo naruszenie nie może być zamierzone²⁷. Będzie tego rodzaju błędem naruszenie reguły (normy) celowościowej oraz kulturowej. Do reguł kulturowych można również zaliczyć dyrektywy wykładni funkcjonujące w danej kulturze prawnej. Naruszenie reguły kulturowej w wyniku niewiedzy, że taka reguła obowiązuje w danym miejscu i czasie, przypomina karnistyczną konstrukcję nieświadomości bezprawności.

²³ Zob. T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć...*, s. 33.

²⁴ *Mały słownik języka polskiego*, red. E. Sobol, Warszawa 2000, s. 57.

²⁵ S. Skorupka, H. Anderska, Z. Łempicka, *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1968, s. 49.

²⁶ J.W. Płazowski (*Błędy Natury i błędy kultury*, „Prakseologia” 1993, nr 3-4, s. 123) pisze o „ocenie zrelatywizowanej do normy aksjologicznej”, J. Woleński (*Logika błędu*, „Prakseologia” 1993, nr 3-4, s. 146) o relatywizowaniu do standardów.

²⁷ J. Srzednicki, *Filozofia błędu*, „Prakseologia” 1993, nr 3-4, s. 38.

Z kryterium (1) niekiedy związane jest również kryterium (2), czyli prawda. Sformułowanie zdania fałszywego, np. *A. de Tocqueville miał dwie żony* skutkuje w dyskusji zarzutem: *To nieprawda. Mylisz się. Miał tylko jedną żonę – Marię*. Kryterium (2) należy jednak, jak się wydaje, doprecyzować, że będzie ono pełnić funkcję kryterium jedynie w sytuacji komunikacyjnej, gdy zdanie wypowiedziane ma pełnić funkcję informacyjną. Natomiast związek kryterium (1) i (2) występuje wówczas, gdy, formułując dane zdanie w sensie logicznym, naruszamy normy, np. normy rządzące daną dyskusją, normy wyznaczone przez określoną metodologię postępowania badawczego. Błąd polegający na sformułowaniu zdania fałszywego byłby w terminologii T. Kotarbińskiego, twórcy polskiej prakseologii, błędem teoretycznym, zaś znaczenie terminu „błąd” relatywizowane do reguły byłoby błędem praktycznym²⁸.

W kontekście wykładni prawa odróżnienie błędu teoretycznego i praktycznego, pomimo całej trudności z odróżnieniem tzw. nauk teoretycznych i praktycznych²⁹, prowadzi do pojęcia błędnej wykładni w sensie apragmatycznym (rezultat czynności) i błędnej wykładni w sensie pragmatycznym (czynność). Ta pierwsza mogłaby nosić nazwę błędu teoretycznego, a druga praktycznego lub odpowiednio – błędnej wykładni i błędu w wykładni³⁰. Pełnienie błędu teoretycznego bądź praktycznego jest uzależnione przede wszystkim od wypracowanego kanonu, wzorca reguł interpretacyjnych. Dlatego, po pierwsze, łatwiejsze wydaje się orzeczenie o błędności danego sposobu wykładni na gruncie koncepcji derywacyjnej niż

²⁸ Błąd teoretyczny polega na „myśli fałszywej”, zaś błąd praktyczny występuje wówczas, gdy „ruch mowny lub graficzny albo jego zaniedbanie stanowi okaz jakiegoś *quid pro quo* lub jakiegoś przegapienia, lub którejś z postaci zachowania się daremnego, lub przeciwnocelowego, mających egzemplifikację także w świecie innych ruchów, nie mownych ani graficznych”. T. Kotarbiński, *Błąd praktyczny i jego rodzaje*, [w:] *Miedzy prawdą i normą a błędem*, red. E. Żarnecka-Biały, seria: Dialogikon, t. VI, Kraków 1997, s. 154–155. Wymienia następnie rodzaje błędów praktycznych, z których tutaj wspomnę jedynie o błędach praktycznych polegających na brakach i niedostatkach wprawy, wiedzy, chęci do działania. Zob. hasło: *Błąd praktyczny*, [w:] T. Pszczołowski, *Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji*, Wrocław 1978. Zob. tamże klasyfikację genetyczną błędów dokonaną przez K. Gliszczyńską.

²⁹ Zob. A. Siemianowski, *Poznawcze i praktyczne funkcje nauk empirycznych*, Warszawa 1976.

³⁰ Taką terminologię na zebraniu Katedry Teorii i Filozofii Prawa UMCS, na którym prezentowałem referat na temat błędnej wykładni, zaproponowali prof. Andrzej Korybski i prof. Leszek Leszczyński.

koncepcji klaryfikacyjnej. Koncepcja derywacyjna ma wyraźnie charakter normatywny, podczas gdy model J. Wróblewskiego miał charakter opisowo-analityczny³¹. Po drugie, co istotniejsze, ujęcie derywacyjne kładzie nacisk na sekwencyjność stosowania dyrektyw interpretacyjnych w przeciwieństwie do ujęcia klaryfikacyjnego, w którym kolejność stosowania dyrektyw interpretacyjnych w obrębie jednego ich rodzaju nie ma takiego znaczenia³². Normatywny charakter koncepcji derywacyjnej, wyrażony m.in. w formie sekwencyjności kolejnych kroków, zdaje się zakładać, że wykładnia prawa, przy spełnieniu odpowiednich kwalifikacji po stronie podmiotu interpretującego, jest czymś „łatwym”. I rzeczywiście, wśród mitów myślenia o wykładni prawa M. Zieliński wymienia przekonanie, że w sprawach trudnych wykładnia przebiega inaczej. Innymi słowy, nie ma interpretacyjnych *hard cases*³³. Sprawa ta jest ważna i fundamentalna, bo akceptacja odróżnienia błędu spowodowanego nieudolnością intelektu od błędu leżącego w samej istocie rzeczy³⁴ prowadzi do pytania o źródła wielu toczonych przez prawników sporów. Teza o braku interpretacyjnych trudnych przypadków jest bardzo silna i stąd kontrowersyjna. Jej akceptacja zdaje się prowadzić do wniosku, że błędy w wykładni, o ile popełniane, są wynikiem braku odpowiednich kwalifikacji interpretacyjnych. To zaś z kolei prowadzi do alternatywy: sędziowie zasiadający w „sądach wyższych” (Sąd Najwyższy, Wojewódzki i Naczelny Sąd Administracyjny) nigdy się nie mylą albo jeśli się mylą, to dlatego, że takich kwalifikacji nie posiadają lub w danej sprawie ich „zabrakło”. Pierwszy człon alternatywy jest chyba trudno akceptowalny, nawet przez samych sędziów sądów wyższych, pozostawiając wciąż w mocy pytanie o kryteria błędu. Drugi człon akceptuje możliwość błędu i zawiera jego wyjaśnienie. Najwyższy więc czas przejść do wskazania możliwych kryteriów błędu. Będzie to jednak

³¹ W dyskursie interpretacyjnym polskich sądów jednak funkcjonuje jako model normatywny. T. Gizbert-Studnicki, *Dyrektywy wykładni drugiego stopnia*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 51.

³² Ibidem, s. 66.

³³ „Tzw. trudne przypadki, jeżeli w ogóle istnieją, to odnoszą się do spraw dowodowych (poznawczych) i subsumpcyjnych, a nie *stricte* interpretacyjnych”. Trudności interpretacyjne M. Zieliński wiąże z brakiem wiedzy interpretatora lub nieumiejętnością stosowania reguł wykładni. M. Zieliński, *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*, Pal. 2011, nr 3–4, s. 29.

³⁴ J. Srzednicki, *Filozofia błędu...*, s. 38.

ujęcie zagadnienia nie z punktu widzenia koncepcji wykładni. Akceptacja jakiegokolwiek normatywnej koncepcji czyni bowiem zagadnienie błędu dość trywialnym w tym sensie, że błędna będzie każda operacja myślowa niezgodna z jej dyrektywami³⁵, ale z punktu widzenia dość szeroko tradycyjnie rozumianej logiki.

3.3. Błędy logiczne

W polskiej literaturze z zakresu metodologii utrwalił się podział logiki – pojmowanej jako „analiza języka i czynności badawczych (rozumowanie, definiowanie, klasyfikowanie) w celu podania takich reguł posługiwania się językiem i wykonywania owych czynności, które uczyniłyby tę działalność możliwie jak najbardziej skuteczną” – na logikę formalną, ogólną metodologię nauk oraz semiotykę logiczną³⁶. Logika formalna zajmuje się schematami wnioskowań niezawodnych, semiotyka (logiczna teoria języka) opisem języka z punktu widzenia konstrukcji systemów formalnych oraz przydatności języka do takich celów, jak budowa teorii naukowych czy porozumiewanie się, zaś metodologia nauk albo bada czynności badawcze, albo formułuje dyrektywy postępowania badawczego.

Dyscypliny te wskazują stosowne dla ich przedmiotu badań błędy³⁷. Zaliczam więc do semiotycznych błędy, które mogą pojawić się w „słownym formułowaniu myśli”³⁸:

³⁵ Na przykład sformułowanie fałszywego zdania w sensie logicznym: „Przepis art. 21 ust. 1 ustawy z 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych składa się ze 127 punktów”, będzie błędem wykładni w myśl dyrektyw składających się na fazę porządkującą koncepcji derywacyjnej. Przyczyną może być np. korzystanie z nieautentycznych wersji tekstu prawnego, własnej nieuwagi itp.

³⁶ W. Marciszewski, *Logika*, [w:] *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970, s. 126. Dalszą charakterystykę działów logiki podają za cytowanym autorem. T. Kotarbiński pisał: „Atoli do logiki (...) należy zastanawianie się nad wadami i zaletami mówienia jako środka komunikowania myśli, obejmujące analizę pojęć jasnego i wyraźnego uprzytamniania sobie tego, o czym się myśli (...)”. T. Kotarbiński, *Wykłady z dziejów logiki*, Warszawa 1985, s. 73. Na temat innych pojęć logiki zob. E. Nieznański, *Logika: podstawy, język, uzasadnianie*, Warszawa 2000, s. 1.

³⁷ Nie będę się zajmował błędami popełnianymi przez przedstawicieli danej dyscypliny, a jedynie błędami, które dana dyscyplina wyróżnia i nazywa.

³⁸ Zarówno to określenie, jak i rodzaje błędów przytaczam za K. Ajdukiewiczem, *Zarys logiki*, Warszawa 1955, s. 50 i n.

- posługiwanie się terminami, których znaczenie nie jest znane słuchaczowi,
- niemożność znalezienia odpowiednich słów dla wyrażenia tego, co mówca chciał wyrazić,
- posługiwanie się słowami wieloznacznymi bez sprecyzowania znaczenia, w jakim mówca się tym słowem posługuje; co prowadzi natomiast do błędu ekwiwokacji, który polega na tym, że w jednej przesłance termin jest używany w innym znaczeniu niż w drugiej,
- posługiwanie się nazwami o nieostrym znaczeniu,
- błędy powstające wskutek źle skonstruowanego wywodu: niespójność, przeskakiwanie z tematu na temat.

Nietrudno zauważyć, że sytuacje wyżej zacytowane wymagają dwóch podmiotów: mówcy i słuchacza, a w innej terminologii: nadawcy i odbiorcy komunikatu. Przykłady powyższych błędów są błędami nadawcy komunikatu, podczas gdy podmiot dokonujący wykładni prawa jest odbiorcą komunikatu nadanego przez prawodawcę. Nie oznacza to, że podmiot ten nie może popełnić tego rodzaju błędów. Błędy te mogą być bowiem popełnione w uzasadnieniu decyzji interpretacyjnej.

3.3.1. Błędy definicji

Czynnością, która może zostać uznana za błędną w szeroko rozumianej logice, jest rozumowanie i definiowanie.

Błędy w rozumowaniu mogą mieć charakter materialny lub formalny. W przypadku definicji tradycyjne błędy w definiowaniu, jak: błędne koło, *ignotus per ignotum* czy nieadekwatność, mają zasadniczo formalny charakter. Materialny charakter definicji sprowadza się do problemu związku pomiędzy definicją a danymi doświadczenia³⁹.

Definiowanie jest czynnością polegającą na ustalaniu sensu terminów. Wynikiem tego rodzaju czynności mogą być definicje równościowe i nierównościowe, zaś z tych ostatnich w dalszym ciągu będą mnie interesowały jedynie definicje cząstkowe.

Jak zatem kształtuje się możliwość popełnienia przez interpretatora błędów w definiowaniu podczas wykładni prawa? W pierwszym

³⁹ Na ten temat zob. T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć...*, s. 13.

momencie narzuca się odpowiedź podobna do tej sformułowanej przy okazji błędów popełnianych przy słownym formułowaniu myśli: tworzenie definicji jest rzeczą prawodawcy, a nie interpretatora. Jednak rzecz jest nieco bardziej skomplikowana.

Jedną z podstawowych czynności interpretatora jest ustalenie znaczenia terminów wchodzących w skład interpretowanych przepisów. Nie oznacza to podawania ich definicji równościowych w każdym przypadku. Co więcej, definicje równościowe są przez interpretatorów rzadko podawane, ponieważ znacznie bardziej dogodną formą definiowania terminów prawnych są definicje częściowe⁴⁰. Oczywiście, definicje równościowe są w toku wykładni podawane, jednak znaczenie procesowe błędu logicznego, którego przedmiotem jest definicja, zależy od rodzaju terminu oraz tego, w której części tekstu uzasadnienia ów termin się znajduje. Jeżeli bowiem podzielić tekst uzasadnienia sądowego⁴¹, wzorem kultury *common law*, na *ratio decidendi* i *obiter dicta*, to popełnienie jakiegokolwiek błędu w definiowaniu w części *obiter dicta* będzie pozbawione znaczenia procesowego. Tego rodzaju przykładem jest np. definicja, a raczej, jak na to zwróciłem wyżej uwagę, pseudodefinicja terminu „błędna wykładnia” w uzasadnieniach skarg kasacyjnych. Innymi słowy, w takim przypadku błąd logiczny jest popełniany, ale nie ma on znaczenia procesowego.

Inaczej sprawa się przedstawia w przypadku popełnienia błędu w definiowaniu terminu, który jest kluczowy dla rozstrzygnięcia (umownie określiłem je jako *ratio decidendi*⁴²). Z trzech błędów logicznych, jakie

⁴⁰ Na temat przydatności definicji częściowych w prawoznawstwie zob. L. Morawski, *O dwóch sposobach definiowania pojęć w prawie*, AUNC, „Nauki Humanistyczno-Społeczne”, seria: Prawo XIX, 1981, z. 115, s. 11 i n.

⁴¹ Mam tu na myśli dzielenie tej części, która pojawia się po słowach: *sąd zważył, co następuje*.

⁴² Sądzę, że można przeprowadzić pewną analogię pomiędzy charakterystycznym dla kultury *common law* pojęciem *ratio decidendi* a tzw. tezami orzeczeń wyodrębnianymi przez wydawców zbiorów orzecznictwa. Teza, wedle przyjętego przez nich rozumienia, to fragment uzasadnienia, w którym sąd dokonuje interpretacji przepisów prawnych. Można jednak zauważyć inny sposób wyodrębniania tez przez oficjalne publikatory orzeczeń, jak np. Orzecznictwo Sądu Najwyższego czy Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i Wojewódzkich Sądów Administracyjnych, od prywatnych baz danych, takich jak np. System Informacji Prawnej Lex. Uzasadnienie tego twierdzenia wymagałoby przeprowadzenia szczegółowych badań, jednak tezy pochodzące z oficjalnych publikatorów są wyodrębniane głównie ze względu na „charakterystyczność” dla danego

wymieniłem, tj. błędnego koła, *ignotum per ignotum* i nieadekwatności, w przypadku takiego kluczowego terminu znaczenie procesowe będzie miał jedynie błąd nieadekwatności. Wykrycie go wymaga dokonania pewnych operacji myślowych, co najlepiej zobrazować na przykładzie.

Dotyczy on wykładni, co ciekawe, definicji terminu „działalność gospodarcza”. Artykuł 15 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535) podaje, że „działalność gospodarcza obejmuje wszelką działalność producentów, handlowców lub usługodawców, w tym podmiotów pozyskujących zasoby naturalne oraz rolników, a także działalność osób wykonujących wolne zawody, również wówczas, gdy czynność została wykonana jednorazowo w okolicznościach wskazujących na zamiar wykonywania czynności w sposób częstotliwy. Działalność gospodarcza obejmuje również czynności polegające na wykorzystywaniu towarów lub wartości niematerialnych i prawnych w sposób ciągły dla celów zarobkowych”. W wyroku WSA z 16 maja 2007 r. skład orzekający stwierdził zaś, że „organy podatkowe dokonały błędnej wykładni definicji działalności gospodarczej zawartej w art. 15 ust. 2 ustawy z 2004 r. o podatku od towarów i usług. Organy przyjęły bowiem, że sam fakt wykonywania czynności wymienionych w art. 5 ustawy o VAT kilkakrotnie nadaje podmiotowi status podatnika VAT, zobowiązanego do zapłaty podatku od tych czynności, pomijając, że musi on działać w charakterze »handlowca«. Nie można bowiem z oderwanego od kontekstu normy prawnej sformułowania »również wówczas, gdy czynność została wykonana jednorazowo w okolicznościach wskazujących na zamiar wykonywania w sposób częstotliwy« budować samodzielnej definicji działalności gospodarczej”⁴³.

Wprawdzie w cytowanym fragmencie uzasadnienia sąd nie stwierdził błędu nieadekwatności, ale zarzucił pominięcie innych elementów definicji zamieszczonej w interpretowanym przepisie. Można jednak uznać, że owo pominięcie było efektem skonstruowania, czy też raczej przyjęcia *implicite*, następującej definicji terminu „działalność gospodarcza”: „Działalność gospodarcza jest to działalność obejmująca

orzeczenia, rozumianą w tym sensie, że teza może być utożsamiona z regułą decyzji podjętą w danej sprawie. Serwisy komercyjne poza tego rodzaju tezami wyodrębniają również tezy stanowiące wypowiedzi sądu sformułowane na marginesie rozpatrywanej sprawy i zaliczane, zgodnie z przyjętą przeze mnie konwencją, do *obiter dicta*.

⁴³ I SA/Wr 153/07, niepubl., Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

czynności wykonane jednorazowo, w okolicznościach wskazujących na zamiar wykonywania w sposób częstotliwy”. Tego rodzaju definicja jest zbyt wąska w stosunku do definicji legalnej z art. 15 ust. 2 ustawy o VAT i tego rodzaju błąd jest błędem nie tylko logicznym, ale również mającym znaczenie procesowe.

Zasadniczym sposobem definiowania terminów prawnych jest tworzenie definicji częściowych, tj. podawanie pozytywnych warunków ich stosowalności⁴⁴. Za przykład niech posłuży interpretacja art. 146 ust. 1 pkt 3 lit. c) ustawy o VAT: „W okresie od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej do dnia 31 grudnia 2007 r. stawkę podatku 0% stosuje się do przekształcenia spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu mieszkalnego na spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu oraz przeniesienia na rzecz członka spółdzielni własności lokalu mieszkalnego lub własności domu jednorodzinnego”. Organy podatkowe uznały, że umowy zawierane przez spółdzielnię, których celem było ustanowienie odrębnej własności lokali i przeniesienie tej własności na członków spółdzielni, nie były umowami, w wyniku których spółdzielnia przenosiła na członków odrębną własność lokali. Pogląd ten został uznany za naruszający prawo przez jego błędną wykładnię w wyroku WSA z 23 października 2007 r.⁴⁵

Sporne więc było „pojęcie przeniesienia na rzecz członka spółdzielni własności lokalu mieszkalnego”. Ustalenie WSA, że zakresem tego pojęcia jest objęta również sytuacja, w której spółdzielnia zawarła umowę mającą na celu ustanowienie odrębnej własności lokali i przeniesienie tej własności na członków spółdzielni, nie jest więc definicją równościową, co najwyżej definicją częściową poprzez podanie jednego z warunków stosowalności wspomnianego pojęcia. Dominującą cechą charakterystyczną sytuacji spornych w orzecznictwie jest właśnie występowanie dwóch stron, z których jedna twierdzi, że dany warunek wchodzi w zakres danego pojęcia, podczas gdy druga temu zaprzecza.

Z przyczyn pojęciowych nie można w przypadku definicji częściowych mówić o błędach definiowania; dotyczy to również błędu nieadekwatności. Czy można więc popełnić błąd, formułując definicję

⁴⁴ Na temat tego rodzaju definicji zob. T. Pawłowski, *Tworzenie pojęć...*, s. 116. O przydatności definicji częściowych w prawoznawstwie zob. L. Morawski, *O dwóch sposobach...*, s. 11 i n.

⁴⁵ III SA/Wa 1518/07, niepubl., Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

częstkową, czyli podając jeden z warunków stosowalności danego terminu? Lech Morawski wskazuje, że jedną z wad definicji częściowych jest to, że terminy wprowadzone za ich pomocą nie podlegają na ogół eliminacji⁴⁶. Można by sądzić, że kontrowersja pomiędzy podmiotami dokonującymi wykładni tego samego terminu na temat jego warunków stosowania jest nierozstrzygalna. Aby nie poprzestać na takim nihilistycznym wniosku, warto zauważyć, że źródło kontrowersji tkwi również w tym, jakiego rodzaju termin jest interpretowany. W teorii prawa odróżniane są terminy faktyczne umieszczone w tekście prawnym (np. „drzewo”, „rój pszczół”), których kryteria stosowalności są wyznaczone przez naszą wiedzę empiryczną, terminy prawne *sensu stricto*, dla których kryteria stosowalności nadające im sens empiryczny sformułowane są w normach prawnych oraz terminy prawne *sensu largo*, które, mówiąc po Hartowsku, stanowią „mieszanie prawa i faktu”⁴⁷. O ile w przypadku terminów faktycznych oraz terminów prawnych *sensu stricto* można podać znaczenie danego terminu bez odwołania się do konkretnego stanu faktycznego, o tyle wykładnia terminów pośrednich musi uwzględniać konkretny stan faktyczny. Na przykład w pytaniu: *czy to jest umowa?* – bardzo trudno odróżnić substrat empiryczny od prawnego. Istnienie właśnie tych terminów stanowi kolejny argument uzasadniający twierdzenie, że obie postacie naruszenia prawa materialnego: błędna wykładnia i niewłaściwe zastosowanie nie wykluczają się wzajemnie⁴⁸. Pierwszym argumentem jest to, że błędna wykładnia niejednokrotnie prowadzi do niewłaściwego zastosowania, zaś drugim właśnie mieszany charakter niektórych terminów prawnych, powodujący, że nie jest możliwe przeprowadzenie wyraźnej granicy pomiędzy czynnościami wykładni i zastosowania przepisu.

Wspomniana wyżej nierozstrzygalność sporów nie jest więc jednolita, ponieważ interpretacja terminów faktycznych wymaga odwołania

⁴⁶ L. Morawski, *O dwóch sposobach...*, s. 17.

⁴⁷ L. Morawski, *O pewnym rozumieniu prawa i faktu oraz niektórych jego zastosowaniach*, RPEiS 1980, nr 1, s. 189–191. Trzeba jednak uściślić, że kryteria stosowalności terminów faktycznych są wyznaczone nie tyle przez wiedzę empiryczną, ile przez empiryczne dyrektywy sensu danego języka.

⁴⁸ Pogląd o wykluczaniu się obu wspomnianych postaci naruszenia prawa materialnego jest formułowany, choć do niedawna nie był powszechnie podzielany, w orzecznictwie sądów administracyjnych. Na ten temat w literaturze zob. T. Spyra, *Błędna wykładnia i niewłaściwe zastosowanie prawa materialnego (w świetle teorii prawa)*, PiP 2013, z. 4.

się do dyrektyw języka ogólnego odtworzonego ze słowników tego języka⁴⁹, a terminów prawnych *sensu stricto* do dyrektyw języka prawnego. Te ostatnie dyrektywy, a raczej wybór jednej z nich stanowi również przyczynę rozbieżności prowadzących do problematyki błędów rozumowania.

3.3.2. Błędy rozumowania

Błędy w rozumowaniu mogą mieć materialny (problem uzasadnienia przesłanek) i formalny charakter (gdy wniosek nie wynika logicznie z przesłanek pomimo uwzględnienia wszystkich z nich)⁵⁰.

Błąd błędnego koła w rozumowaniu polega na tym, że przy wyprowadzaniu pewnego wniosku W oparto się na przesłance P, a następnie przy uzasadnianiu przesłanki P powołano się na zdanie W⁵¹.

Podstawową kwestią, jaką należy ustalić, jest odpowiedź na pytanie, czy proces wykładni można zakwalifikować jako rozumowanie lub wnioskowanie, czy też proces wykładni nie należy do żadnej z tych kategorii. Do tego celu potrzebne są pojęcia rozumowania, wnioskowania oraz pojęcie wykładni.

W polskiej literaturze logicznej terminów „rozumowanie” i „wnioskowanie” zaczęto używać na oznaczenie różnych czynności po ukazaniu się w 1955 r. artykułu *Klasyfikacja rozumowań* autorstwa K. Ajdukiewicza⁵². Badacz ten, przedstawiając w nim nową w stosunku do wcześniejszych propozycji J. Łukasiewicza i T. Czeżowskiego klasyfikację rozumowań, wprowadził odróżnienie pomiędzy wspomnianymi dwoma terminami. Wnioskowanie to, według niego, uznawanie nowych dotąd nieuznawanych zdań (sądów) na podstawie zdań już uznanych lub wzmacnianie pewności, z jaką inne zdanie

⁴⁹ M. Zieliński, *Podstawowe zasady wykładni prawa*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa. Materiały konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbytej w dniu 27 lutego 2004 roku*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 123.

⁵⁰ M. Poletyło, *Błąd formalny, błąd materialny*, [w:] *Mała encyklopedia...*, s. 24-25.

⁵¹ W. Marciszewski, *Błądne koło w rozumowaniu*, [w:] *Mała encyklopedia...*, s. 25.

⁵² K. Ajdukiewicz, *Klasyfikacja rozumowań*, „*Studia Logica*” 1955, t. II, przedruk w: K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, t. 2, Warszawa 2006, s. 206. W dalszej części pracy będę się powoływał na tę ostatnią pozycję.

jest uznawane⁵³. Natomiast pojęcie rozumowania K. Ajdukiewicz proponował rozszerzyć na rozwiązywanie wszelkiego rodzaju zagadnień, a nawet wszelkiego rodzaju zadań myślowych, o ile przy ich rozwiązywaniu występuje inferencja (wnioskowanie) lub nawet tylko wyprowadzanie jednych zdań z innych⁵⁴. Wbrew pozorom pojęcie wnioskowania nie pozostaje w prostym stosunku inkluzji do pojęcia rozumowania. Jan Woleński, zwracając uwagę, że wnioskowania w ujęciu Ajdukiewicza są mereologicznymi częściami czynności rozumowania, wprowadza jednak pojęcie argumentacji i zrównuje z nim pojęcie rozumowania⁵⁵.

Termin „wykładnia” może być ujmowany w znaczeniu apragmatycznym i pragmatycznym oraz w znaczeniu węższym i szerszym⁵⁶. W znaczeniu pragmatycznym to zespół czynności odnoszących się do pewnych wyrażen, zaś w apragmatycznym to rezultat tych czynności, polegający na przypisaniu tym wyrażeniom pewnych treści. Wąskie znaczenie terminu „wykładnia” obejmuje rozmaite czynności związane z rozumieniem tekstów prawnych, podczas gdy wykładnia *sensu largo* obejmuje również czynności polegające na inferencji norm z innych norm odtworzonych z tekstu prawnego⁵⁷.

Przytoczywszy ustalenia terminologiczne, można więc na ich podstawie stwierdzić, że wykładnia zarówno w znaczeniu węższym, jak i szerokim ma postać rozumowania, ale jedynie wykładnia w znaczeniu szerokim ma postać wnioskowania.

Przechodząc do problemu błędu w rozumowaniach interpretacyjnych, trudno wyjść poza konstatację J. Wróblewskiego, że założenie przydatności metod logicznych do modelowania uzasadnień decyzji interpretacyjnych pozwala stwierdzić, iż rozumowania interpretacyjne są stosunkowo prostymi operacjami logicznymi. Ich poprawność sprowadza się do niesprzecznego posługiwania się dyrektywami. Cały problem ogranicza się na gruncie koncepcji J. Wróblewskiego do sytuacji wątpliwości i wyboru dyrektyw interpretacyjnych⁵⁸. Jeżeli jednak odrzucić możliwość bezpośredniego rozumienia tekstu prawnego i etap ustalenia, czy tekst budzi wątpliwości,

⁵³ Ibidem, s. 209.

⁵⁴ Ibidem, s. 221.

⁵⁵ J. Woleński, *Models of Legal Reasoning*, [w:] 23rd IVR World Congress, August 1–6, 2007, Cracow, Poland. *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity. Plenary Lectures*, red. T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach, Warszawa 2007, s. 52–53.

⁵⁶ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2007, s. 47–48.

⁵⁷ Ibidem, s. 48.

⁵⁸ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 160.

to cały problem sprowadza się do wyboru i uzasadnienia przesłanki interpretacyjnego rozumowania, którą jest określona dyrektywa interpretacyjna. Podobnie jak w przypadku błędów definicji należy odróżniać błędy logiczne mające znaczenie procesowe i błędy takiego znaczenia pozbawione. Błąd formalny *non sequitur* jest konsekwencją przyjęcia możliwości modelowania rozumowań interpretacyjnych. Jest jednak pozbawiony znaczenia procesowego. Z kolei błąd materialny – a tego rodzaju błąd jest implikowany przez zarzut, że w danej sprawie dany podmiot posłużył się niewłaściwą dyrektywą interpretacyjną⁵⁹ – można orzec, jedynie dokonując relatywizacji do określonej normatywnej koncepcji wykładni, którą przyjmuje podmiot jej dokonujący. Problem w tym, że źródłem wielu, może nawet większości, toczonych sporów interpretacyjnych jest przyjmowanie dla danej sytuacji różnych dyrektyw wykładni, a nawet różnych koncepcji wykładni. Przykładem mogą być np. spory wokół dopuszczalności korzystania w definicji legalnych zamieszczonych w innych aktach prawnych⁶⁰.

Powyższe uwagi upoważniają do sformułowania zwięzłej konkluzji: *Błędna wykładnia jest możliwa*. Twierdzenie typu: *Błędna wykładnia nie jest możliwa* jest wypowiedzią niezupełną, wymagającą relatywizacji do określonych kryteriów. Błędna wykładnia może polegać na błędzie w postaci nieadekwatności definicji, wreszcie, co wynika z uwag na temat przedmiotu błędu, może nim być naruszenie określonej dyrektywy interpretacyjnej. Oczywiście sporne może okazać się zastosowanie danej dyrektywy, jednak to tylko prowadzi do wzmocnienia postulatu szczegółowego, rzetelnego i uczciwego uzasadniania swoich decyzji interpretacyjnych.

W następnym punkcie rozdziału, w którym przedstawię konsekwencje wieloznaczności terminu „wykładnia”, błędność wykładni będę rozumiał właśnie jako błąd poznawczy, naruszenie określonej dyrektywy interpretacyjnej lub błąd logiczny w postaci nieadekwatności definicji tworzonej, *implicite* lub *explicite*, przez interpretatora.

⁵⁹ Tego rodzaju zarzut zdarza się jednak relatywnie rzadko, najczęściej bowiem jego przedmiotem jest wynik wykładni, a nie skorzystanie z takich czy innych dyrektyw interpretacyjnych. Jeżeli zarzut dotyczy wykładni w znaczeniu pragmatycznym, to z reguły sprowadza się do poprzestania na wykładni językowej lub przeciwnie – nieuprawnionym przeprowadzeniu wykładni funkcjonalnej.

⁶⁰ Przykłady zob. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 143–144.

3.4. Konsekwencje odróżnienia wykładni w sensie pragmatycznym i apragmatycznym

Wspomniałem wyżej o odróżnieniu wykładni w sensie pragmatycznym i apragmatycznym. Jest ono w pełni uzasadnione, jeżeli uznać, że wykładnia prawa jest pewną czynnością intelektualną. W konsekwencji czynność winna mieć swój rezultat podobnie jak pieczenie ciasta skutkuje jego upieczeniem, a pisanie książki skutkuje, zazwyczaj, jej napisaniem. Efektem przeprowadzonej wykładni, w zależności od podejścia teoretycznego, jest sformułowanie jednoznacznej normy prawnej lub objaśnienie terminów wchodzących w skład interpretowanych przepisów i ewentualne odniesienie ich do określonego stanu faktycznego. Sądzę jednak, że w przypadku wykładni prawa odróżnienie czynności i jej rezultatu prowadzi do kłopotliwych konsekwencji. Wynikają one z faktu funkcjonowania dyrektyw wykładni w danej kulturze prawnej oraz funkcji, jaką zdają się pełnić. Spróbuję je pokazać.

Podstawową i analityczną konsekwencją odróżnienia wykładni w sensie pragmatycznym i apragmatycznym oraz faktu funkcjonowania w polskim języku prawnym wyrażenia „błędna wykładnia” jest pytanie o znaczenie użytego w tym wyrażeniu słowa „wykładnia”. Innymi słowy, czy chodzi o błędną wykładnię w znaczeniu pragmatycznym, czy apragmatycznym? Zarówno wykładnia w sensie pragmatycznym, jak i w sensie apragmatycznym pozostają ze sobą w zależności czasowej, gdyż wykładnia w sensie pragmatycznym prowadzi do wykładni w sensie apragmatycznym. Przyjęcie tego założenia umożliwia przedstawienie następującej kombinacji:

Tab. 1. Kombinacja poprawności i błędności wykładni w sensie pragmatycznym *sensu stricto* i wykładni w sensie apragmatycznym

Lp.	Wykładnia rozumiana „pragmatycznie” <i>sensu stricto</i>	Wykładnia rozumiana „apragmatycznie”
1	poprawna – 1	poprawna – 1
2	poprawna – 1	błędna – 0
3	błędna – 0	poprawna – 1
4	błędna – 0	błędna – 0

Źródło: Opracowanie własne.

Analiza kombinacji wymaga przyjęcia jakiegoś kryterium poprawności. Nie mogąc w tym miejscu podejmować dyskusji na temat problemów z nim związanych, przyjmuję, że może ono mieć charakter wewnętrzny lub zewnętrzny. Kryterium wewnętrzne oznacza, że poprawność wyniku wykładni jest pochodną poprawności podjętych czynności. Innymi słowy, istnieje ścisła zależność pomiędzy procesem wykładni a jej wynikiem. Kryterium zewnętrzne ma charakter pragmatyczny, to znaczy poprawne jest to, co za takie jest uznawane w orzecznictwie.

Przyjęcie kryterium wewnętrznego prowadzi do uznania, że sytuacje odpowiadające liczbom porządkowym 1 i 4, a które skrótowo można określić (1,1) i (0,0) są bezspornie możliwe, nie tylko biorąc pod uwagę możliwości kombinatoryczne, ale również przyjęte znaczenia użytych terminów, a więc można przy nich postawić wartość 1. To samo kryterium prowadzi do postawienia wartości 0 przy sytuacjach (1,0) i (0,1), bo skoro poprawność czynności wyznacza rezultat, to nie jest możliwe ze względów logicznych, by był on błędny. Podobnie rzecz ma się z sytuacją (0,1).

Dla wewnętrznego kryterium poprawności tabela 1 przybiera więc postać:

Tab. 2. Tabela 1 po przyjęciu wewnętrznego kryterium poprawności decyzji

Lp.	Wykładnia rozumiana „pragmatycznie” <i>sensu stricto</i>	Wykładnia rozumiana „apragmatycznie”	Możliwość wystąpienia sytuacji
1	poprawna – 1	poprawna – 1	1
2	poprawna – 1	błędna – 0	0
3	błędna – 0	poprawna – 1	0
4	błędna – 0	błędna – 0	1

Źródło: Opracowanie własne.

Do innych wyników prowadzi przyjęcie zewnętrznego kryterium błędności, które nie zakłada, że poprawność czynności wyznacza jej poprawność rezultatu i odwrotnie – błędność czynności nie oznacza błędności rezultatu. W takiej sytuacji trudniej orzec, jakie wartości umieścić przy poszczególnych sytuacjach. W tabeli 1 możliwość zajścia sytuacji (1,1) i (0,0) nie zmienia się.

Ciekawym przypadkiem, przy przyjęciu kryterium zewnętrznego, jest sytuacja (0,1). Można ją zobrazować następującym przykładem⁶¹. Podmiot dokonujący wykładni prawa twierdzi, że doznał objawienia, czegoś w rodzaju „iskry Bożej”, wskutek czego już wie, jaki wynik wykładni jest poprawny. Odległą analogią wspierającą twierdzenie o możliwości zajścia ewentualności (0,1) jest sytuacja znana z orzecznictwa, w której „wyrok mimo błędnego uzasadnienia odpowiada prawu”. Analogia ta będzie jednak uprawniona jedynie wówczas, gdy przyjmie się, że owo uzasadnienie ma heurystyczny, a nie następczy charakter. Za tego rodzaju możliwością przemawia jeszcze jeden argument. Jeśli przyjąć, że wartość 0 oznacza nie tylko błędną wykładnię w znaczeniu pragmatycznym, ale również przypadek niepodjęcia w ogóle czynności wykładni, to łatwa do wyobrażenia i spotykana w praktyce jest sytuacja, gdy dwa podmioty dokonujące wykładni tych samych przepisów prawnych dochodzą do tego samego rezultatu, mimo że tylko jeden z nich zastosował się do wskazywanych przez daną koncepcję dyrektyw interpretacyjnych, drugi zaś poprzestaje na ogólnikowym stwierdzeniu typu: *wykładnia językowa prowadzi do wniosku...*⁶², nie wskazując, jakie dyrektywy w jej ramach zastosował, co odpowiada następczemu sposobowi uzasadniania, a ponadto w ogóle nie podejmuje czynności wykładni wskazanych przez koncepcję, do której zastosował się pierwszy podmiot. Kolokwialnie mówiąc, drugi podmiot „miał szczęście”, że udało mu się osiągnąć rezultat taki sam jak pierwszy podmiot.

Przyjęcie kryterium zewnętrznego prowadzi do uznania, że sytuacja (1,0) jest również możliwa. Wystarczy wskazać przykład interpretacji art. 31 ust. 2 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 214), który zawiera objaśnienie niektórych terminów ustawowych: „Użyte w ustawie określenia oznaczają:

- 1) organ kontroli skarbowej – organ podatkowy;
- 2) inspektor kontroli skarbowej albo osoba dokonująca czynności kontrolnych, o której mowa w art. 38 ust. 3 – kontrolującego;

⁶¹ Przykład ten zawdzięczam dr. J. Guściowi.

⁶² Na tego rodzaju sposób formułowania argumentów interpretacyjnych zwraca uwagę A. Bielska-Brodziak, *Rodzaje argumentów interpretacyjnych*, niepubl. maszynopis referatu wygłoszonego na XVIII Ogólnopolskim Zjeździe Katedr Teorii i Filozofii Prawa, który odbył się w dniach 22–24 września 2008 r. w Warszawie.

- 3) postępowanie kontrolne – postępowanie podatkowe, o którym mowa w dziale IV ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa;
- 4) kontrola podatkowa – kontrolę, o której mowa w dziale IV ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa”.

Jeden ze składów orzekających WSA stwierdził, że „błędna wykładnia unormowania art. 31 ust. 2 ustawy o kontroli skarbowej polega na uznaniu, że z jego treści miałyby wynikać dla organu kontroli skarbowej kompetencje do wydawania decyzji podatkowej, po zamknięciu kontroli wynikiem kontroli. Tymczasem z treści tego przepisu wynika jedynie to, że do postępowania kontrolnego stosuje się odpowiednio przepisy Ordynacji podatkowej i wówczas organ kontroli skarbowej może występować jako organ podatkowy, a postępowanie w części dotyczącej określenia zobowiązania podatkowego traktowane jest jako postępowanie podatkowe”⁶³.

Widać więc wyraźnie, że błędna nie jest wykładnia w znaczeniu apragmatycznym, ponieważ sąd nie kwestionuje tutaj metody wykładni językowej, ale jej wniosek w brzmieniu przedstawionym w powyższym cytacie z orzeczenia WSA⁶⁴. To zaś uzasadnia twierdzenie, że w myśl kryterium zewnętrznego możliwa jest sytuacja (1,0). Kryterium zewnętrzne poprawności prowadzi do następującego kształtu tabeli 1:

Tab. 3. Tabela 1 po przyjęciu zewnętrznego kryterium poprawności decyzji

Lp.	Wykładnia rozumiana „pragmatycznie” <i>sensu stricto</i>	Wykładnia rozumiana „apragmatycznie”	Możliwość wystąpienia sytuacji
1	poprawna – 1	poprawna – 1	1
2	poprawna – 1	błędna – 0	1
3	błędna – 0	poprawna – 1	1
4	błędna – 0	błędna – 0	1

Źródło: Opracowanie własne.

⁶³ I FSK 727/06, niepubl.

⁶⁴ Na marginesie warto zauważyć, że powyższy sposób orzekania o błędności, niewskazujący reguły, którą organ podatkowy naruszył, jest charakterystyczny dla orzecznictwa sądowego.

3.4.1. Heurystyczna a racjonalizująca funkcja dyrektyw wykładni

W pytaniu o funkcję dyrektyw wykładni chodzi o to, w jaki sposób są one wykorzystywane w praktyce prawniczej. Nasuwają się dwa sposoby. Pierwszy polega na traktowaniu ich podobnie jak przepisu kulinarnego: interpretator krok po kroku pokonuje kolejne etapy procesu wykładni. Kroki są zaś wyznaczone przez dyrektywy jakiejś koncepcji wykładni lub po prostu przez dyrektywy jakoś przez interpretatora wybrane i uporządkowane, jeżeli chodzi o kolejność ich stosowania. Drugi sposób polega na przywoływaniu dyrektyw w uzasadnieniu decyzji interpretacyjnej. Pierwszy sposób wiąże się z uzasadnianiem heurystycznym, drugi z uzasadnianiem następczym. To pierwsze polega na tym, że w każdej fazie wykładni uzasadnia się jej kolejne etapy i interpretacyjne decyzje cząstkowe. Uzasadnianie następcze odwraca tę kolejność, tj. uzasadnienie pojawia się w ślad za podjętą decyzją finalną⁶⁵. Odróżnienie powyższe jest echem pochodzącego z filozofii nauki odróżnienia kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia⁶⁶. Kontekst odkrycia to czynniki, które doprowadziły do danego odkrycia (np. wanna Archimedesesa czy jabłko Newtona), zaś kontekst uzasadnienia to wskazanie na reguły uzasadniania twierdzeń aspirujących do miana naukowych, akceptowane w danej społeczności badaczy.

Pytanie o funkcje dyrektyw wykładni ma zasadniczo charakter empiryczny. Jednocześnie w związku z mentalnym charakterem wykładni w sensie pragmatycznym (o ile proces ten w ogóle u danego podmiotu zachodzi) jest to kwestia niełatwa do zbadania. Można więc w tym miejscu jedynie zarysować pewne hipotezy. Twierdzenie, że dyrektywy wykładni pełnią jedynie funkcję uzasadnienia następczego, w konsekwencji może prowadzić do stwierdzeń typu: prawnicy nie mówią prawdy, gdy deklarują, iż zinterpretowali dany fragment tekstu prawnego. Przywodzi to na myśl stanowiska amerykańskiego realizmu prawniczego czy niektóre wypowiedzi z nurtu *Critical Legal Studies*. Tego rodzaju pogląd ubrany w efektowną szatę retoryczną o kłamliwości prawników jest określany

⁶⁵ Z. Radwański, M. Zieliński, *Stosowanie i wykładnia prawa cywilnego*, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 481.

⁶⁶ Szeroko i krytycznie na jego temat zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012, s. 241 i n.

jako daleko idące uproszczenie⁶⁷. W rzeczywistości, pisze Pietrzykowski, nie da się tak łatwo odróżnić procesów dochodzenia do decyzji i jej uzasadnienia, ponieważ „procesy »odkrywania« wykorzystują przynajmniej częściowo te same zasoby wiedzy, które służą następnie także procesom »uzasadniania« przyjętego rozwiązania (...)»⁶⁸.

Można jednak zapytać, jak rozumuje prawnik w prostej (bo zawierającej jedną tylko podstawę normatywną) sprawie, o której w swoim czasie pisał Ch. Perelman⁶⁹, gdy w sytuacji zakazu wprowadzania psów na teren dworca kolejowego (przyjmijmy, że wyrażonego w formie znaku słownego, a nie graficznego) wieśniak chciał wejść z niedźwiadkiem na łańcuchu. Większość prawników odpowiada bardzo szybko, by nie rzec intuicyjnie, na pytanie o to, czy niedźwiadka wolno wprowadzić na teren dworca, co może sugerować, że żadnej wykładni w sensie pragmatycznym nie przeprowadzają. Potwierdzeniem tego może być fakt, że rzadko się zdarza, by prawnicy znali wszystkie reguły wykładni. To jednak nie przesądza sprawy, ponieważ, po pierwsze, można twierdzić, że znajomość reguł wykładni jest czymś podobnym do znajomości zasad gramatyki, a po drugie, ów automatyzm odpowiedzi można uznać za sumę „tych samych zasobów wiedzy, przekonań i postaw, co ich dalsze uzasadnianie i jego zewnętrzna weryfikacja”⁷⁰. Stąd jednak można wnioskować, że jeżeli nieprawnik podejmuje taką samą decyzję i uzasadnia ją co do meritum tak samo jak prawnik, nie posługując się jedynie wyrażeniami typu „wykładnia językowa”, to z tego wynika, iż reguły wykładni są wbudowane w nasz aparat poznawczy, a w rozumowaniu prawniczym nie ma nic swoistego⁷¹.

Zakwestionowanie zdecydowanego odróżnienia kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia zdaje się mieć również swoje konsekwencje dla niektórych koncepcji wykładni. Tomasz Pietrzykowski pisze, że bardziej adekwatnym opisem rozumowania prawniczego jest postrzeganie go jako kształtowanie się spójnego „obrazu sprawy”, nawiązujące

⁶⁷ Ibidem, s. 246.

⁶⁸ Ibidem, s. 245.

⁶⁹ Ch. Perelman, *Rozumowanie prawnicze*, [w:] *Współczesna teoria i filozofia prawa na zachodzie Europy. Wybór tekstów*, oprac. T. Gizbert-Studnicki, K. Pleszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach, Kraków 1985.

⁷⁰ T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza...*, s. 246

⁷¹ Zob. B. Spellmann, F. Schauer, *Legal Reasoning*, „Virginia Public Law and Legal Theory Research” 2012, no. 9, za: <http://ssrn.com/abstract=2000788> [dostęp: 31.08.2013].

do psychologii postaci. W związku z tym nie ma ono charakteru sekwencyjnego i jednokierunkowego⁷². Nie sposób w tym miejscu nie zauważyć, że jedną z cech charakteryzujących derywacyjną koncepcję wykładni jest właśnie jej sekwencyjność, która polega na przesądzeniu kolejności stosowania reguł wykładni⁷³. Gdyby więc derywacyjna koncepcja wykładni miała charakter deskryptywny, to jej twierdzenia pozostawałyby w niezgodności z opisem rozumowania prawniczego jako niesekwencyjnego i wielokierunkowego. Koncepcja wykładni derywacyjnej ma jednak charakter normatywny⁷⁴, a zatem niezgodność z jakimkolwiek opisem rozumowania nie może zachodzić. Nasuwa się jednak pytanie, czy koncepcja derywacyjna w jej aspekcie sekwencyjnym ma szansę urzeczywistnienia i upowszechnienia w praktyce prawniczej. Odpowiedź zdaje się zależeć – zakładając trafność powyższego opisu – od ugruntowania i w konsekwencji podatności na zmiany sposobu myślenia prawniczego, przypomnijmy – niesekwencyjnego i wielokierunkowego. Warunkiem wszakże wspomnianej podatności jest przyjęcie filozoficznego założenia o plastyczności ludzkich zachowań. Brak tu miejsca na podjęcie tej złożonej problematyki, ale zauważmy, że po przyjęciu tego założenia można sformułować coś w rodzaju prognozy. Jeżeli bowiem przyjąć istnienie trudnych, a tym samym i łatwych przypadków⁷⁵, to w trudnych przypadkach interpretacyjnych dyrektywy koncepcji derywacyjnej i postulat *omnia sunt interpretanda* mają większą szansę realizacji aniżeli w przypadkach typowych. Za trudne sprawy można uznać te, w których jest rozbudowana podstawa normatywna, a w jej ramach trzeba ustalić wzajemny stosunek wielu przepisów prawnych, zwłaszcza jeśli interpretowany akt normatywny obowiązuje od niedawna i nie „obrół” jeszcze orzecznictwem.

Podsumowując, pytanie o funkcje dyrektyw pociąga za sobą problematykę podejmowania decyzji prawniczych. Dyrektywy w koncepcji wykładni derywacyjnej powinny pełnić funkcję heurystyczną, a w poglądach kwestionujących autonomię kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia dyrektywy pełnią funkcję i heurystyczną, i uzasadnienia

⁷² Ibidem, s. 247–248.

⁷³ K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 167.

⁷⁴ M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 285.

⁷⁵ Założenia tego nie przyjmuje twórca koncepcji wykładni derywacyjnej M. Zieliński. Zob. M. Zieliński, *Osiemnaście mitów...*

następczego, przy czym dotyczy to raczej osób z przygotowaniem lub doświadczeniem prawniczym. Należy jednak zwrócić uwagę, że konsekwencją tego poglądu oraz twierdzenia, że rozumowanie ma charakter niesekwencyjny i wielokierunkowy, jest fundamentalna trudność w przypisaniu interpretatorowi błędnej wykładni. Tym samym powyższe tabele ukazujące różne logiczne kombinacje poprawności/błędności rozstrzygnięć są uprawnione jedynie na gruncie wykładni derywacyjnej. Akceptacja tezy o niesekwencyjności prawniczego rozumowania prowadzi też do podważenia zasadności odróżnienia wykładni w sensie pragmatycznym oraz apragmatycznym i w konsekwencji stawia pod znakiem zapytania celowość tworzenia tabel bazujących na tym odróżnieniu.

Rozdział 4

Przewidywalność decyzji stosowania prawa

Sporność kryteriów orzekania o błędności określonego sposobu wykładni prawa prowadzi do zagadnienia pewności prawa rozumianej jako pewność decyzji stosowania prawa. Jest ona objaśniana za pomocą kategorii przewidywalności¹. Wprawdzie mówi się czasem o przewidywalności prawa, ale jest to skrót myślowy, ponieważ przewidywalne mogą być jedynie zdarzenia lub zachowania (np. Searleowski fakt surowy czy czynność konwencjonalna)². Ważna jest treść postulatu przewidywalności, zwłaszcza że, jak trafnie zauważa M. Kiełb, jedynym istotnym elementem tego wymogu, jaki można zrekonstruować na podstawie literatury, jest podstawa przewidywań, którą ma być obowiązujące prawo³. W rozdziale tym spróbuję przedstawić pojęcia przewidywalnej decyzji stosowania prawa, a następnie wskazywane w literaturze czynniki, które przewidywalność tego rodzaju decyzji ograniczają.

4.1. Pojęcia przewidywalnej decyzji stosowania prawa

Próbę objaśnienia pojęcia przewidywalności decyzji stosowania prawa należy poprzedzić pytaniem ogólniejszej natury: co to znaczy,

¹ Zob. przyp. 44, a także: M. Król, *Przewidywalność decyzji sądowych*, AUL „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego”, seria I: Nauki Humanistyczno-Społeczne 1977, z. 19, s. 3; M. Kiełb, *Pewność prawa...*

² Powyższa alternatywa pomiędzy zdarzeniami a zachowaniami daje się utrzymać jedynie przy odróżnieniu zjawisk przyrodniczych oraz społecznych. Nie ma przeszkód, by mówić o „zdarzeniach społecznych w postaci określonych zachowań”. W przypadku decyzji stosowania lub tworzenia prawa chodzi właśnie o tego rodzaju zdarzenia.

³ M. Kiełb, *Pewność prawa...*, s. 61.

że jakakolwiek decyzja jest przewidywalna? Przymiotnikowe określenie sugeruje, że przewidywalność jest cechą decyzji, co więcej – cechą niezależną od podmiotu orzekającego tę przewidywalność. Przewidywalność dotyczy naturalnie zdarzeń przyszłych. Można więc zaproponować następujące wstępne określenie: decyzja jest przewidywalna, gdy prawdziwość zdania określającego fakt jej wydania lub jej treści jest prawdopodobna w określonym stopniu. Przewidywalność jest więc stopniowalna. Warto jednak zwrócić uwagę, że użytkownicy języka prawniczego posługują się terminem „przewidywalność”, nie opatrując go żadnym określeniem oznaczającym choćby w sposób nieostry stopień przewidywalności. Stąd nasuwa się pytanie: kiedy można uznać, że postulat przewidywalności decyzji sądowych jest spełniony? Czy decyzja jest przewidywalna, gdy istnieją jakiekolwiek racje do snucia przewidywań, czy też owe racje są na tyle poważne, że prawdopodobieństwo trafności przewidywania musi osiągnąć określony poziom? Czy wystarczy powiedzieć, że decyzja sądowa będzie przewidywalna, jeżeli będzie zgodna z prawem?

Udzielenie odpowiedzi wymaga odróżnienia decyzji przewidywalnej *in abstracto* oraz decyzji przewidywalnej *in concreto*. Decyzja przewidywalna *in abstracto* to decyzja, która jest niezależna od zgromadzonego materiału dowodowego i argumentów podnoszonych przez strony w pismach procesowych. Jerzy Wróblewski, podając warunki, jak to nazywał, pewności obiektywnej, czyli niezależnej od treści prawa oraz jego społecznych lub jednostkowych ocen⁴, wskazywał na: czynniki decydujące o wyborze normy proceduralnej oraz czynniki wpływające na znaczenie normy prawnej (właściwości języka prawnego, cechy prawa obowiązującego, oceny interpretatora), przyjęcie swobodnej lub legalnej oceny dowodów, wreszcie to, czy stosowana norma prawa materialnego jednoznacznie determinuje konsekwencje faktów sprawy⁵. Z kolei decyzja przewidywalna *in concreto* to decyzja, której prawdopodobieństwo (co do treści decyzji) jest zmienne i zależne właśnie od „siły” dowodów zgromadzonych przez strony. Nie odpowiada więc pewności subiektywnej, gdyż tę J. Wróblewski określał jako przekonania podmiotu dotyczące tego, jak prawo obowiązujące będzie stosowane⁶.

⁴ W innym miejscu pisze o „niezależności od przeżyć dowolnego podmiotu”, J. Wróblewski, *Wartości a decyzja...*, s. 95.

⁵ Ibidem, s. 102–106.

⁶ Ibidem, s. 117.

Pytając o stopień spełnienia postulatu przewidywalności decyzji sądowych, należy zauważyć, że zmienił on swoją treść na przestrzeni lat. Okres poprzedzający wielkie kodyfikacje jest opisywany jako ten, w którym nie było pewności prawa. Jako przyczyny takiego stanu rzeczy wskazywane są: chaos w dziedzinie źródeł prawa, partykularyzm, zagmatwanie i niejasność praw zwyczajowych prowadzące do arbitralności decyzji sądowych⁷. Z postulatami kodyfikacji wiązano nadzieję na uzyskanie *iuris certi*, które zawierałoby gotowe, niebudzące wątpliwości interpretacyjnych rozwiązania⁸. Inspiracją działań prawodawczych miały być trzy zasady. Prawo jako system miało być proste, spójne i zupełne⁹.

Podobnie duże oczekiwania w stosunku do pewności, jaką może osiągnąć nauka prawa, mieli dziewiętnastowieczni pozytywiści. John Austin liczył na znalezienie metody „mającej taką pewność, jakiej nie można znaleźć nigdzie indziej poza matematyką”¹⁰. Rudolf Ihering z kolei pisał, że „z tą samą konieczną pewnością, z jaką można twierdzić, że zasady metody matematycznej dla wszelkich czasów pozostaną niezmiennie te same, przyjąć można to twierdzenie także, jeśli chodzi o metodę prawniczą. Droga, którą szło dawniejsze prawo rzymskie, jest drogą nauki prawa w ogóle; droga ta podobnie nie jest rzymską, jak nie jest grecką ta, którą szli Euklides i Archimedes w matematyce”¹¹. Tego rodzaju oczekiwań pod adresem prawa i nauki prawa dziś nikt już nie stawia. Pozytywistów prawnych nie rozpoznaje się po tego rodzaju twierdzeniach.

Współcześnie postulaty pewności prawa w krajach demokratycznych są wysuwane z innych przyczyn niż w okresie przedkodyfikacyjnym.

⁷ K. Sójka-Zielińska, *Wykładnia prawa w programach kodyfikacyjnych epoki oświecenia*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005, s. 73. Interesujący przykład braku bezpieczeństwa prawnego przedstawia Szymon Askenazy, opisując prawne perypetie ks. Józefa Poniatowskiego, spadkobiercy króla Stanisława Augusta Poniatowskiego, związane z wierzytelnościami do masy spadkowej. Zob. Sz. Askenazy, *Książę Józef Poniatowski 1763–1813*, Warszawa–Kraków 1910, s. 76–80.

⁸ Ibidem, s. 74.

⁹ D. Canale, *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, [w:] *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, red. D. Canale, P. Grossi, H. Hofman (red. naczelny E. Pattaro) seria: *Treatise of Legal Philosophy*, t. 9, Dordrecht–Heidelberg–London 2009, s. 137.

¹⁰ K. Opalek, J. Wróblewski, *Pozytywizm prawniczy*, PiP 1954, z. 1, s. 26.

¹¹ Ibidem, s. 31.

Powody historyczne niepewności prawa zostały w znacznej części wyeliminowane. Oczywiście, nie znaczy to, że prawo jest całkowicie pewne¹². Istnieją czynniki, które tę pewność gwarantują. Wiadomo bowiem, kto jest uprawniony do tworzenia prawa, istnieją też zasady określające, od kiedy do kiedy i jakie reguły uznawać za prawne. Standardem w krajach demokratycznych jest prawo do sądu, prawo do uczciwego i bezstronnego procesu itd. Ewolucję prawa w tych krajach, zwłaszcza w ciągu ostatnich dwustu lat, można określić jako zmierzającą do uzyskania wyższego stopnia przewidywalności decyzji. Można zatem sformułować tezę, że treścią postulatu przewidywalności decyzji w okresie przedkodyfikacyjnym była przewidywalność *in abstracto*, a współcześnie chodzi o przewidywalność *in concreto*. Historycznie satysfakcjonujące było uznanie decyzji za przewidywalną, jeżeli byłaby zgodna z należycie ogłoszoną, generalną i abstrakcyjną normą prawną. Współcześnie wiadomo, że to nie wystarczy, ponieważ istnieją powody znacznie głębszej natury konstатовanej nieprzewidywalności decyzji sądowych. Współczesne prawo stanowione, mimo że ogłoszone i ogólne, a niekiedy skodyfikowane, jest bowiem jednocześnie podstawą wydawania przeciwstawnych decyzji sądowych w niemal identycznych sprawach.

Jako ilustrację tego rodzaju sytuacji rozpatrzmy przykład orzeczenia NSA z 12 kwietnia 2000 r.¹³ Skarżącą była kobieta, która w 1950 r. wzięła ślub w obrządku rzymsko-katolickim, nie zawierając jednocześnie małżeństwa przed urzędnikiem stanu cywilnego, które w owym czasie było jedyną skuteczną prawnie formą zawarcia związku małżeńskiego. W 1999 r. zmarł jej mąż, któremu przysługiwały uprawnienia na podstawie ustawy z 1991 r. o kombatantach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego. Po jego śmierci kobieta wystąpiła o przyznanie uprawnień przysługujących wdowie po kombatancie. Urząd do spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych odmówił przyznania jej uprawnień na tej podstawie, że skoro nie zawarła związku małżeńskiego przed urzędnikiem stanu cywilnego wówczas, gdy forma ta była jedyną dopuszczalną,

¹² Nie oznacza to również, że historyczne powody niepewności prawa nie powrócą. Nie zakładam tym samym prawniczej wersji popularnej tezy o końcu historii sformułowanej przez F. Fukuyamę.

¹³ V SA 1512/99, niepubl.

to znaczy, że nie była żoną zmarłego kombatanta, a więc nie jest również wdową po nim. Skład NSA orzekający w tej sprawie uchylił decyzję Urzędu do spraw Kombatantów. W uzasadnieniu przypomniano, że: w innych działach prawa polskiego instytucja konkubinatu została uregulowana, art. 8 europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności chroni prywatność jednostki obejmującą jej życie rodzinne i nie tylko ograniczone do związków przejawiających się w formalnie zawartym małżeństwie, preambuła Konstytucji RP z 1997 r. mówi o „równych w prawach i obowiązkach” zarówno „wierzących w Boga”, jak i „nie podzielających tej wiary”. W konsekwencji dyskryminacją byłoby uznanie, że w sytuacji tej kobieta nie zasługuje na zrównanie w prawach wdowy po kombatancie.

To, co ważne w tym orzeczeniu, to rozszerzenie podstawy normatywnej poza przepis ustawy o kombatantach przyznający określone uprawnienia wdowie po kombatancie. Jest to więc orzeczenie niezawężające podstawy rozstrzygnięcia do jednego przepisu; przeciwnie – podstawa normatywna przeprowadzonego wniosku obejmuje również inne przepisy ustawowe, zasady ogólne podstawowych aktów prawnych po to, by dać wyraz poczuciu słuszności.

W analogicznej sprawie zapadł odmienny wyrok. Wydał go NSA w Poznaniu 11 grudnia 2001 r.¹⁴ W niezwykle lakonicznym uzasadnieniu sąd stwierdził, że skarżąca „nie uzyskała statusu wdowy, w rozumieniu prawa cywilnego, co wyłącza możliwość korzystania przez skarżącą z uprawnień kombatanckich (...)”. Skarżąca powoływała się na cytowane wyżej orzeczenie NSA, jednak skład orzekający ograniczył się do stwierdzenia, że „nie podziela stanowiska” wyrażonego w nim.

Trafnie pisze Ewa Łętowska w głosie do tego ostatniego orzeczenia, że oba przeciwstawne wyroki są zgodne z prawem i oba „są do przyjęcia”, a różnią się, ponieważ stanowią przykład odmiennej koncepcji prawa i jego stosowania¹⁵. Dla pierwszego składu prawo mające być podstawą podjęcia decyzji jest całością i nie ogranicza się do jednego przepisu ustawy zawierającego w swojej treści wyrażenie „wdowa po kombatancie”. Są to klarowne przykłady tego, co Marcin Matczak

¹⁴ II SA/Po 1478/00, niepubl.

¹⁵ E. Łętowska, *Glosa do wyroku NSA z 11 grudnia 2001 r., II SA/Po 1478/00*, LEX nr 33842.

określił odpowiednio jako holizm interpretacyjny i formalizm polegający na redukcji przesłanek interpretacyjnych¹⁶.

Nie można zatem uznać, że przeciwstawne orzeczenia były arbitralne. Czy były nieprzewidywalne? Fakt wydawania różnych orzeczeń w podobnych sprawach, jeżeli nawet daje powód do mówienia o nieprzewidywalności decyzji stosowania prawa, jest jednak innego rodzaju nieprzewidywalnością niż ta, którą określiłem jako historyczną. Ową nieprzewidywalność w wydaniu współczesnym, wynikającą np. z przyjęcia odmiennych dyrektyw interpretacyjnych, można określić następująco: w sytuacji rozbieżności orzecznictwa sądowego, jeżeli zbiór dostępnych orzeczeń daje się podzielić na dwa podzbiory orzeczeń zajmujących w danej sprawie stanowisko A i nie-A i jeżeli podzbiory te obejmują zbliżoną liczbę orzeczeń, tak że nie można mówić o linii dominującej oraz, jeżeli oba podzbiory zawierają orzeczenia z mniej więcej tego samego okresu, to wówczas można mówić o nieprzewidywalności dyskursywnej. Decyzje nieprzewidywalne dyskursywnie nie mogą zostać uznane za arbitralne, ponieważ mieszczą się w pewnym spektrum wyznaczonym przez, mówiąc najogólniej, kulturę prawną. Termin „dyskursywna” w wyrażeniu „nieprzewidywalność dyskursywna” wskazuje na genezę, jednak kilku uwag wymaga sam termin „(nie)przewidywalność”.

Jeżeli utworzyć skalę, której środek będzie oznaczał nieprzewidywalność, to czymś konwencjonalnym będzie określenie, czy kolejne punkty na skali oznaczają malejącą nieprzewidywalność, czy też rosnącą przewidywalność. W tej pracy będę posługiwał się wyrażaniem rosnącej przewidywalności.

Powtórzmy zatem pytanie: czy wspomniane wyżej orzeczenia były przewidywalne? Zgodnie z tym, co powiedziano wyżej: tak, jeżeli chodzi o przewidywalność *in abstracto*. Uznanie przewidywalności *in concreto* zależy od momentu, w którym formułowane jest twierdzenie prognozujące treść przyszłego orzeczenia. W związku z tymi dwoma orzeczeniami należy wyróżnić trzy momenty czasowe t_1 , t_2 , t_3 , ponieważ dla każdego z nich poziom przewidywalności treści decyzji będzie inny. Moment t_1 to sytuacja przed wydaniem pierwszego orzeczenia, moment t_2 to sytuacja przed wydaniem drugiego orzeczenia, a moment t_3

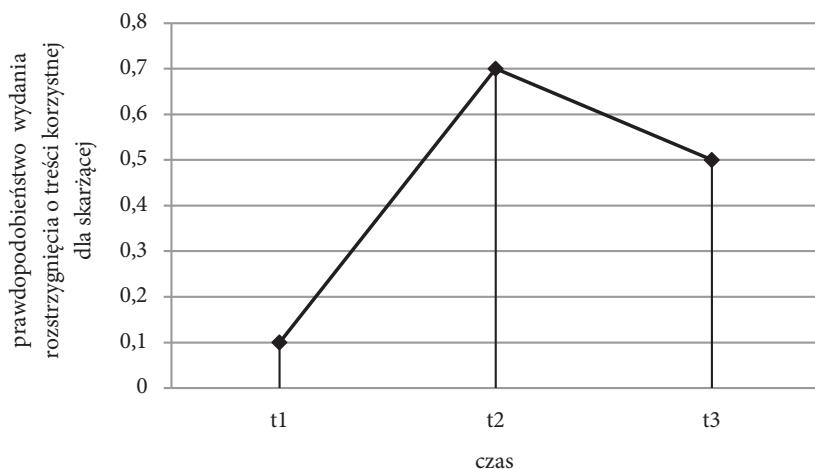
¹⁶ M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 119–120. Interesującą hipotezą jest twierdzenie, że formalistyczne (w powyższym sensie) podejście będzie dominować w sprawach „technicznych”, niedających podstaw do prowadzenia sporów moralnych.

to sytuacja po wydaniu drugiego orzeczenia. Wszystkie trzy momenty to sytuacje podmiotu, który zamierza sformułować prognozę dotyczącą ewentualnego rozstrzygnięcia, a w efekcie chce oszacować zasadność wnoszenia skargi do sądu administracyjnego. Trafne szacowanie prawdopodobieństwa wymaga uznania zasadności pewnych przesłanek. Przyjmijmy więc, że tym podmiotem będzie przeciętny prawnik, którego zasadnicza zawodowa aktywność skupia się na reprezentowaniu klientów przed organami stosującymi prawo. Wśród przesłanek, jakie musi wziąć pod uwagę, by sformułować prognozę na temat treści rozstrzygnięcia, jest również skłonność polskich sądów administracyjnych do wyżej scharakteryzowanego formalizmu¹⁷. Z tego punktu widzenia szanse uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia nie były wielkie (powiedzmy 0,1 w skali prawdopodobieństwa wynoszącej od 0 do 1), co nie oznacza jednak nieprzewidywalności. Z nieprzewidywalnością będziemy mieli do czynienia, gdy, chcąc przypisać wielkości liczbowe prognozie, prawnik uzna, że ma 0,5 szans na korzystne rozstrzygnięcie¹⁸. Szacowanie w wysokości 0,1 szans na korzystne rozstrzygnięcie nie oznacza nieprzewidywalności, lecz prawdopodobne (przewidywalne) niekorzystne rozstrzygnięcie. Wydanie pierwszego orzeczenia NSA sprawiło, że prawdopodobieństwo wydania rozstrzygnięcia o treści korzystnej dla takiej osoby, jak skarżąca w tej sprawie, wzrosło, powiedzmy do 0,7, jeżeli przyjąć skłonność sądów do powielania rozstrzygnięć innych składów, a po wydaniu drugiego orzeczenia, niekorzystnego dla skarżącego spadło do 0,5. Zmieniający się poziom przewidywalności decyzji sądowej w opisanym typie sprawy można oddać za pomocą wykresu obrazującego zmianę prawdopodobieństwa wydania rozstrzygnięcia o treści korzystnej dla strony skarżącej.

Po raz kolejny widać, że prawo może być pewne jedynie w pewnym zakresie. W omawianym przypadku oznacza to, że przewidywalność decyzji sądowych jest zmienna i uchwytana jedynie w relatywizacji np. do określonego momentu w czasie. Nie można też wykluczyć, że przyszłe orzeczenia, jeżeli wykształci się tzw. linia orzecznicza, spowodują ponowny wzrost przewidywalności.

¹⁷ Podstawą mogą być wyniki badań przedstawione przez M. Matczak, *Summa iniuria...*, prolog.

¹⁸ A. D'Amato, *Legal Uncertainty...*, s. 2.



Wykres 2. Przykładowy rozkład prawdopodobieństwa wydania rozstrzygnięcia korzystnego dla strony skarżącej

Źródło: Opracowanie własne.

Uzasadnienie takich prognoz wymaga wiedzy na temat wydawanych orzeczeń oraz ogólnej tendencji panującej w sądach, dotyczącej skłonności sięgania po argumenty systemowe. To wymaga pewnego doświadczenia prawniczego, które nie jest powszechne, stąd społeczne zapotrzebowanie na usługi świadczone przez przedstawicieli tego zawodu. Jeszcze mniej powszechna jest znajomość zasad rachunku prawdopodobieństwa jako narzędzia, które niektórzy mogliby uznać za przydatne w przewidywaniu treści decyzji sądowych. Możliwość wykorzystania przez nauki prawne oraz przede wszystkim praktyków narzędzi, jakie wypracowano w badaniach nad obliczaniem lub wyznaczaniem prawdopodobieństwa, stała się przedmiotem opracowań pokaźnej literatury. Z punktu widzenia przewidywania treści decyzji sądowych ma ona jednak ograniczone znaczenie. Autorzy podejmujący ten problem zajmują się bowiem możliwością wykorzystania wspomnianych badań w procesie ustalania stanu faktycznego i sprawdzania prawdopodobieństwa postawionych hipotez¹⁹. Z kolei

¹⁹ Zob. np. D.V. Lindley, *Subjective Probability, Decision Analysis and their Legal Consequences*, „Journal of the Royal Statistical Society”, seria A: Statistics in Society 1991,

przewidywalność decyzji sądowych, poza aspektem aksjologicznym, ujmowana jest w kontekście racjonalności zachowania podmiotu rozważającego wszczęcie sporu sądowego²⁰, przy czym zdania dotyczące tej racjonalności stanowią wniosek rozumowania, zaś stopień przewidywalności jest jedną z przesłanek.

Zdaniem B. Leitera przewidywanie zdarzeń przyszłych wymaga istnienia teorii, która będzie pełnić funkcję eksplanacyjną i predyktywną. W przypadku faktów społecznych, a zwłaszcza w przypadku decyzji sądowych, można stwierdzić, że takiej teorii nie ma. Twierdzenia prawników na temat przyszłych decyzji sądowych są oparte na własnym doświadczeniu, zdroworozsądkowej („domorosłej”) psychologii, która wszakże w zupełności wystarcza do ich praktycznych celów²¹.

Prawodawca nie może jednak oczekiwać ani zakładać, że bardziej wyrafinowane narzędzia będą potrzebne przeciętnemu adresatowi norm prawnych. Wartość przewidywalności decyzji wyraża się w postulatcie, by przewidywanie to było możliwe dla najszerszego grona podmiotów i główny nacisk w jego treści nie jest położony na ochronę interesów podmiotów gospodarczych, zmierzających do realizacji swoich celów, lecz na punkt widzenia jednostki, niewyposażonej w profesjonalną pomoc prawną i mającej prawo spodziewać się, jakie może być rozstrzygnięcie w jej sprawie, biorąc pod uwagę dostępne jej przesłanki, przy założeniu pewnego minimum staranności i kompetencji. Fakt zaś, że szanse stron przez ich pełnomocników są szacowane, w żaden sposób na rozumienie treści tego postulatu nie wpływa²².

vol. 154, no. 1, s. 84; J. Konieczny, *Pojęcia prawdopodobieństwa ze stanowiska procesu karnego i kryminalistyki*, Katowice 1987.

²⁰ Tego rodzaju wątki można odnaleźć w: A. D'Amato, *Legal Uncertainty...*, całościową zaś pracę temu poświęconą jest S.S. Stevens'a, *The Uncertainty of Legal Rights*, New York–London 2001.

²¹ J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, „University of Pennsylvania Law Review” 1993, vol. 142, no. 2, s. 584.

²² Warto jednak wspomnieć, że badania przewidywalności decyzji sądowych są podejmowane. Dotyczy to zwłaszcza orzeczeń Sądu Najwyższego USA z uwagi m.in. na fakt stałości jego składu. Zob. np. porównanie efektywności prognoz formułowanych przez ekspertów z efektywnością prognoz dokonywanych przy wykorzystaniu metod statystycznych; T.W. Ruger, P.T. Kim, A.D. Martin, K.M. Quinn, *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision-making*, „Columbia Law Review” 2004, vol. 104, no. 4.

4.2. Problem zdeterminowania decyzji stosowania prawa przez reguły prawne (*legal indeterminacy*)

Bezsporny fakt, że istnieją sytuacje, w których te same przepisy są rozbieżnie interpretowane lub sytuacje, w których rozbieżność dotyczy liczby przesłanek interpretacyjnych (tak jak w przykładzie wyżej), jest powodem formułowania twierdzeń będących wyrazem sceptycyzmu co do tego, czy decyzje stosowania prawa są wyznaczone wyłącznie przez reguły prawne. Jest to problem przedstawiany w anglojęzycznych pracach z zakresu teorii prawa za pomocą terminu *legal indeterminacy*, który będę tłumaczył jako „niezdeterminowanie decyzji sądowych”. Dla polskiej teorii prawa charakterystyczne natomiast jest posługiwanie się pojęciem luzu decyzyjnego, które, pochodząc od H. Kelsena, rozpowszechnione zostało w polskim języku prawniczym dzięki pracom J. Wróblewskiego. Bartosz Wojciechowski definiuje je jako „zakres swobody przyznanej podmiotowi stosującemu prawo w określonym procesie decyzyjnym i wyraża się w zakreślonej prawem możliwości wyboru jednej z alternatyw działania spośród danego zbioru działań”²³. Jerzy Wróblewski wyróżniał następujące rodzaje luzów: luz wyboru przepisu prawnego, luz interpretacyjny, luz dowodowy, luz wyboru konsekwencji prawnych²⁴. W grę może wchodzić jeszcze trzecia nazwa – „dyskrecjonalność”²⁵. Na potrzeby niniejszych rozważań przyjmuję, że „luz decyzyjny” oraz „podjęcie decyzji w warunkach dyskrecjonalności” są terminami synonimicznymi. Zagadnienie stosunku wspomnianych pojęć do niezdeterminowania decyzji przedstawia się w taki sposób, że konsekwencją luzu decyzyjnego może być – zależy to od zajmowanego stanowiska

²³ B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004, s. 61.

²⁴ J. Wróblewski, *Decyzja sądowa a koncepcja systemu prawa*, AUL „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego”, seria I: Nauki Humanistyczno-Społeczne, 1978, z. 28, s. 16-20.

²⁵ Zob. A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002; B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska...* Ten ostatni autor twierdzi, że pojęcie „luzu decyzyjnego” jest szersze od pojęcia „dyskrecjonalności sędziowskiej”, ponieważ dyskrecjonalność „jest tylko jedną z przyczyn występowania (postaci) luzu, obok np. klauzul generalnych czy też luk w prawie”. B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska...*, s. 63.

w sprawie opisowych właściwości procesu stosowania prawa – niezde-terminowanie decyzji.

Użycie wyrażenia „zdeterminowanie decyzji”, które w tym miejscu utoż- samiam z „wyznaczeniem decyzji przez reguły prawne”, jest nieprecyzyjne. Może ono oznaczać, że reguły prawne wyjaśniają decyzję lub uzasadniają decyzję. Pytanie o to, czy reguły prawne wyjaśniają decyzję stosowania pra- wa, jest tak naprawdę pytaniem o przyczyny podjęcia decyzji, zaś pytanie o uzasadnienie podjęcia decyzji jest pytaniem o racje²⁶. Tym samym po raz kolejny wraca odróżnienie kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia. W terminologii angielskiej i w związku z problemem niezdeeterminowania decyzji prowadzi to do odróżnienia przyczynowego niezdeeterminowania decyzji (*indeterminacy of causes*) i „uzasadnieniowego” niezdeeterminowa- nia decyzji (*indeterminacy of reasons*)²⁷. Najczęściej twierdzenia o niezde- terminowaniu decyzji dotyczą kontekstu uzasadnienia. Istnieje kilka wersji sformułowania tezy o niezdeeterminowaniu decyzji w aspekcie uzasadnie- nia²⁸. W silnej wersji teza ta oznacza, że w każdej możliwej sprawie każ- de rozstrzygnięcie może być zakwalifikowane jako zgodne z prawem, zaś w słabej wersji, że na podstawie racji prawnych można poprawnie uzasad- nić więcej niż jedno, ale nie każde rozstrzygnięcie²⁹.

Mimo, że w polskiej teorii prawa stworzono pojęcie luzów decyzyj- nych oraz dostrzegano rolę ocen w stosowaniu prawa, to jednak nie formułowano tak mocnych twierdzeń³⁰. Ograniczano się do wskazania

²⁶ Stąd właśnie J. Wróblewski pisał, że czym innym jest wyjaśnienie decyzji sądowej, a czym innym jej uzasadnienie. J. Wróblewski, *Uzasadnienie i wyjaśnienie decyzji sądo- wej*, St. Pr.-Ek. 1976, t. XVI, s. 7.

²⁷ J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity...*, s. 559-560. Amerykańskim rea- listom prawniczym przypisywano zainteresowanie przyczynami wydawania takich, a nie innych decyzji sądowych. Zob. R. Wasserstrom, *Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford-London 1961, s. 14, cyt. za: T. Pietrzykowski, *Intuicja praw- nicza...*, s. 241. W przełomowych artykułach na temat tego nurtu B. Leiter przekonująco wykazał, że sporo poglądów realistom jest przypisywanych niesłusznie. Zob. np. B. Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, „Texas Law Review” 1997, vol. 76, issue 2, s. 268.

²⁸ J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity...*, s. 561-563; L. Solum, *On the Indeterminacy Crisis. Critiquing Legal Dogma*, „The University of Chicago Law Review” 1987, vol. 54, no. 2, s. 462, 470, 488 i n.

²⁹ M. Kiełb, *Pewność prawa...*, s. 65.

³⁰ Mogło to być spowodowane czynnikami politycznymi: lewicowe ruchy intelektual- ne w rodzaju nurtu Critical Legal Studies czy postmodernizmu były i są nieobecne (jak

czynników osłabiających możliwość trafnego przewidywania treści sądowych. Warto więc porównać wskazywane źródła luzu decyzyjnego oraz obu tez o niezdeterminowaniu decyzji sądowych.

Wśród źródeł luzu decyzyjnego wskazywane są takie, które są wynikiem decyzji prawodawcy i takie, które od decyzji prawodawczej są niezależne. Jako niezależne źródła luzu wskazuje się:

- właściwości języka prawnego – w postaci występowania w języku nazw nieostrzych;
- społeczny kontekst, w jakim prawo funkcjonuje, to znaczy fakt zmieniania się społecznej rzeczywistości w przeciwieństwie do względnej niezmienności prawa;
- właściwości procesu stosowania prawa, które polegają na zredukowaniu ogólnego typu sprawy do konkretnego typu sprawy pod kątem konkretnego stanu faktycznego³¹.

Natomiast źródłami luzu decyzyjnego będącymi następstwem decyzji prawodawcy są:

- sposób formułowania przepisów i aktów normatywnych, polegający np. na ramowym charakterze regulacji, nietworzeniu katalogu zasad prawa danej gałęzi prawa, ograniczaniu liczby definicji legalnych;
- tworzenie odesłań pozaprawnych;
- tworzenie konstrukcji decyzji uznaniowych³².

Jako argumenty uzasadniające tezę o niezdeterminowaniu decyzji stosowania prawa wskazywane są³³:

CLS) lub pojawiły się po przemianach ustrojowych na przełomie lat 80. i 90. Na temat postmodernizmu w prawie zob. np. L. Morawski, *Co może dać nauce...*, czy artykuły A. Sulikowskiego, *O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego*, PiP 2010, z. 2 oraz *Konstytucjonalści i postmodernizm*, PiP 2011, z. 12.

³¹ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 42–43.

³² Ibidem, s. 43.

³³ J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity...*, s. 564–567. Pomijam w tym wyliczeniu, jako zbyt egzotyczne, argumenty podnoszące, że w każdym z nas, a więc i w prawie tworzonego wszakże przez ludzi, istnieje „zasadnicza sprzeczność” pomiędzy egoizmem a społeczną naturą człowieka. Owa „zasadnicza sprzeczność” ma swój konkretny odpowiednik w postaci sprzeczności pomiędzy altruizmem a indywidualizmem. Tam, gdzie główną rolę odgrywają takie instytucje, jak rodzina, przyjaźń, a więc wymagające postaw altruistycznych, prawo jest zbędne. „Sprzeczna” z tym obrazem życia społecznego jest wizja zakładana przez prawo zobowiązań, w którym główną rolę ma odgrywać własny interes, a druga strona umowy jest potencjalnym przeciwnikiem. Innego rodzaju

- cecha języka naturalnego w postaci tzw. otwartej tekstowości, co w postaci właśnie tego określenia podniósł H. Hart w swoim *Pojęciu prawa*³⁴;
- semantyczny sceptycyzm bazujący na fragmencie *Dociekań filozoficznych* Ludwiga Wittgensteina, który mówił, że „reguła nie może wyznaczać sposobu działania, gdyż każdy sposób działania daje się z nią uzgodnić”³⁵;
- zwiększanie wartości informacyjnej przez sędziów oraz doktrynę;
- korzyść własna stron³⁶.

Z wyjątkiem cechy języka prawnego w postaci otwartej tekstowości „zestawy” tych czynników różnią się. Można je grupować w taki sposób, jak czyni to L. Solum, czyli wskazywać argumenty wysuwane

„konkretną sprzecznością” jest niezgodność pomiędzy subiektywizmem a obiektywizmem aksjologicznym, przy czym liberalizm, główny przedmiot ataków przedstawicieli CLS, przedstawiany jest jako zwolennik subiektywnego pojmowania wartości, popadając w sprzeczność z obiektywnym przeciwieństwem ideałem rządów prawa. Więcej na temat tych argumentów zob. K. Kress, *Legal Indeterminacy*, „California Law Review” 1989, vol. 77, no. 2, s. 307 i n. Argumentuje się również, zwracając uwagę na kształt edukacji i praktyki prawniczej (Wikipedia). W przypadku edukacji ocenia się raczej sposób argumentacji aniżeli rozstrzygnięcie, zaś w praktyce prawniczej opinie prawne są pełne zdań warunkowych; rzadko który prawnik na pytanie o to, jak należy rozumieć dane przepisy w kontekście konkretnego stanu faktycznego, udziela jednoznacznej odpowiedzi z użyciem frazy „z pewnością”.

³⁴ Niekiedy pisze się nie o otwartej tekstowości, lecz o nieostrości, zamiennie używając z określeniem *semantic indeterminacy*. Zob. J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy*..., s. 58. Inni autorzy piszą, że wspomniana cecha języka naturalnego powoduje tzw. *substantial indeterminacy*, która ma dlatego materialny charakter, że nie dotyczy tego, jaka norma zostanie zastosowana, ale w jaki sposób zostanie zastosowana. Do tej kategorii można zaliczyć uwagi H. Kelsena, który zwraca uwagę na pewien stopień niezdecydowania sposobu realizacji normy wydanej przez organ wyższego rzędu. Podawał przykład upoważnienia, jakie otrzymał organ niższego rzędu do dokonania aresztowania pewnej osoby. Upoważnienie nie określa wszakże kiedy, gdzie i dokładnie w jaki sposób aresztowanie ma się odbyć. W tym sensie organ niższego rzędu ma pewną swobodę decydowania. F. Atria, *Legal Reasoning and Legal Theory Revisited*, „Law and Philosophy” 1999, vol. 18, no. 5, s. 548.

³⁵ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, tłum. B. Wolniewicz, Warszawa 2004, s. 119. Ściśle rzecz biorąc, zwolennicy tezy o niezdecydowaniu odwołują się nie tyle do pracy Wittgensteina, ile do jej niezwykle wpływowej interpretacji dokonanej przez S. Kripke. Zob. S. Kripke, *Wittgenstein o regułach i języku prywatnym*, tłum. K. Posłajko, L. Wróński, Warszawa 2007.

³⁶ Dwa ostatnie czynniki wymienia A. D'Amato, *Legal Uncertainty*..., s. 19-27.

na poparcie mocnej tezy o niezdeteminowaniu oraz argumenty wysuwane na rzecz słabej tezy³⁷. Można też omówić w pierwszej kolejności argumenty istotne, by na końcu wspomnieć o uzasadnieniach brzmiących w polskiej kulturze prawnej dość egzotycznie, jak np. zwiększanie wartości informacyjnej przez sędziów i doktrynę.

Zacznę od cechy języka naturalnego, jaką jest jego otwarta tekstowość (*open texture*), czyli potencjalnej nieostrości każdego wyrażenia, następnie omówię związaną z nim rolę ocen oraz właściwości stosowania prawa (zmieniając znaczenie tego wyrażenia, w jakim posługuje się nim L. Leszczyński). W dalszej części poruszę problem tzw. luk w prawie oraz spójności zbioru norm prawnych. Na końcu omówię zagadnienie sceptycyzmu reguł, dążenia sędziów do zwiększenia wartości informacyjnej ich działań oraz argument z korzyści własnej stron.

4.2.1. Otwarta tekstowość

Pojęcie otwartej tekstowości swoją karierę zawdzięcza H. Hartowi³⁸. Należy jednak wskazać również na drugie Hartowskie pojęcie z pewnością prawa związane, a mianowicie reguły wtórne. Funkcją tych ostatnich jest przeciwdziałanie wadom archaicznych systemów społecznych, w których funkcjonowały jedynie reguły pierwotne³⁹. Jako owe wady Hart wymienił: niepewność, statyczność i nieskuteczność.

Niepewność jako cecha archaicznych porządków społecznych ma polegać na tym, że w razie pojawienia się wątpliwości co do tego, „jakie są to reguły” (przez co rozumiem pytanie o obowiązywanie danej reguły) bądź „jaki jest dokładny ich zakres” (czyli treść reguły), brakuje tekstu, którego jedną z funkcji jest tego rodzaju wątpliwości rozwiewać. Brakuje również „urzędników, których ustalenia są w tym względzie wiążące”⁴⁰.

³⁷ L. Solum, *On the Indeterminacy Crisis...*, s. 470 i n.

³⁸ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...* Nie był on jednak jego twórcą, lecz skorzystał z prac dawnego członka Koła Wiedeńskiego F. Waismanna. Szerzej na temat stanowiska Waismanna i związków z filozofią prawa H. Harta zob. S. Czepita, *Derywacyjna koncepcja wykładni a zagadnienie otwartej tekstowości pojęć prawnych*, [w:] *W poszukiwaniu dobra...*, s. 229 i n.

³⁹ Nie określał tych systemów jako opartych na zwyczaju, by nie wprowadzać wrażenia, że reguły zwyczajowe i reguły pierwotne są tym samym. Ibidem, s. 130.

⁴⁰ Ibidem, s. 131.

Tym, co usuwa każdą z wad, są odpowiednie reguły wtórne. W odniesieniu do interesującej mnie niepewności takim panaceum jest reguła uznania⁴¹.

Okazuje się jednak, że samo wykształcenie reguł wtórnych nie gwarantuje pewności prawa, ponieważ istnieją inne aspekty jego funkcjonowania, takie jak otwarta tekstowość oraz niepewność w samej regule uznania, które wpływają na stopień pewności prawa.

Problem otwartej tekstowości wiąże się z koniecznym warunkiem istnienia prawa, jakim jest, zdaniem Harta, możliwość zakomunikowania ogólnych wzorców postępowania wobec ich adresatów. Istnieją dwa sposoby ich zakomunikowania: przykład (precedens) oraz stanowienie prawa. Jak pisze Hart, do XX wieku panowało przekonanie, że tworzenie prawa w drodze precedensu jest bardziej narażone na zarzut niepewności niż tworzenie prawa w drodze ustanawiania ogólnych reguł. Już wówczas jednak zaczęto od tego mniemania odchodzić. Sam Hart wyraźnie twierdzi, że wadliwość obu sposobów polegająca na ich niepewności jest równa⁴².

Formułowanie norm postępowania za pomocą ogólnych form językowych⁴³, jak je Hart nazywa, tylko na pierwszy rzut oka wydaje się „jasne, niezawodne i pewne”. W rzeczywistości narzędzie, jakim prawodawca się posługuje, czyli język naturalny, posiada własność zwaną „otwartą tekstowością”⁴⁴.

Na czym jednak polega problem z otwartością owych pojęć? Sam Hart pisze o tym następująco: „We wszystkich dziedzinach doświadczenia, nie tylko tam, gdzie są reguły, istnieje granica, wbudowana w istotę języka, możliwości dostarczanych przez język ogólny. Na pewno pojawiają się przypadki stale powracające w podobnych kontekstach, do których wyrażenia ogólne są stosowalne bez wątpienia (»Jeśli coś jest samocho-dem, to jest pojazdem«), ale znajdują się też przypadki wątpliwe (»Czy

⁴¹ U.A. Kosielińska-Grabowska, *The Rule of Recognition – a Remedy for the External Uncertainty of Law*, AFPIFS 2012, nr 1, s. 23 i n.

⁴² „Autorytatywny język ogólny, w którym reguła jest wyrażona, może być przewodnikiem w równie niepewny sposób, jak w przypadku autorytatywnego przykładu”. Ibidem, s. 175.

⁴³ W polskiej terminologii prawniczej pojęciu ogólnych form językowych w odniesieniu do norm prawnych odpowiada cecha ich generalności i abstrakcyjności.

⁴⁴ W innej pracy Hart tę samą cechę wspomnianych pojęć nazywa porowatością. H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.

słowo 'pojazd' (...) obejmuje rowery, samoloty, wrotki?«). Kanony »interpretacji« nie mogą ich wyeliminować, aczkolwiek mogą zmniejszyć niepewność⁴⁵.

Nasuwa się więc pytanie, jaka jest relacja pomiędzy nieostrością znaczenia nazwy⁴⁶ a otwartą tekstowością. Na pierwszy rzut oka wyrażenia te określają to samo zjawisko polegające na tym, że dane wyrażenie prócz jednoznacznej pozytywnej i jednoznacznej negatywnej ekstensji ma również obszar znaczeniowy, w którym nie jest jasne, czy dany przedmiot jest, czy też nie jest jego desygnatem. Wśród prób objaśnienia tej różnicy wskazuje się, że otwarta tekstowość jest odmianą nieostrości⁴⁷, zdaniem zaś F. Waismanna, twórcy wyrażenia „otwarta tekstowość”, stanowiona możliwość nieostrości (*possibility of vagueness*), co więcej, zdaniem niektórych autorów, nieostrość wyrażenia jest usuwalna przez podanie odpowiedniej definicji regulującej, podczas gdy otwartej tekstowości nie da się usunąć⁴⁸.

Otwarta tekstowość, zdaniem Harta, polega na niemożności podania wystarczających i koniecznych warunków zastosowania danego pojęcia, ponieważ zawsze można wyobrazić sobie sytuację, w której nie wiadomo, czy dane pojęcie jest do owych okoliczności stosowne. Wspomniane wyobrażenie może dotyczyć nie tylko zdarzeń możliwych z punktu widzenia aktualnej wiedzy o otaczającym świecie, ale również możliwych logicznie. Właśnie w logicznej możliwości można więc widzieć różnicę pomiędzy nieostrością a otwartą tekstowością. Nieostrość bowiem odnosi się do aktualnego zbioru przekonań, podczas gdy otwarta tekstowość odnosi się do sytuacji, które być może w danym momencie nie są możliwe z empirycznego punktu widzenia, lecz są możliwe z logicznego punktu widzenia⁴⁹. Istnieją pojęcia, które prawdopodobnie nie staną się nigdy nieostre, lecz są otwarte tekstowo, są też takie, które wskutek zmian w rzeczywistości już stały się nieostre.

⁴⁵ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, s. 174.

⁴⁶ Na ten temat zob. J. Odrowąż-Sypniewska, *Zagadnienie nieostrości*, Warszawa 2000 ze wstępem J.J. Jadackiego, w którym syntetycznie przedstawione jest ujmowanie problemu nieostrości w polskiej tradycji, głównie przez przedstawicieli szkoły lwowsko-warszawskiej.

⁴⁷ T. Gizbert-Studnicki, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978.

⁴⁸ Ibidem, s. 69.

⁴⁹ B. Brożek, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Kraków 2004, s. 37–38.

Jeżeli przyjąć, że otwarta tekstowość stanowi wadę języka prawnego, to naturalne jest pytanie o możliwość jej wyeliminowania lub przynajmniej zniwelowania jej konsekwencji. Wyróżnić zaś można dwojakiemu rodzaju konsekwencje: pierwsza dotyczy obszernej problematyki dyskrecjonalności, druga wiąże się z możliwymi paradoksami nieostrości oraz koncepcjami przedstawiającymi sposoby ich rozwiązania.

Hart rozważa dwa sposoby poradzenia sobie z problemem otwartości: kazuistykę oraz „zamrożenie znaczenia reguły tak, aby występujące w niej terminy ogólne posiadały taki sam sens przy każdym zastosowaniu”⁵⁰.

Kazuistykę sam odrzuca z racji niemożności przewidzenia wszystkich kombinacji zdarzeń w przyszłości oraz z powodu, który nazywa „niedookreśleniem celów”. Pierwszy powód nie wymaga wyjaśnień. Drugi polega na tym, że stan rzeczy stanowiący cel danej regulacji sam jest określany za pomocą nieostrego terminu. W przykładzie Harta z zakazem poruszania się pojazdów po parku tym stanem rzeczy jest porządek i spokój. Zdaniem Harta ten cel jest niedookreślony, ponieważ nie wiadomo, czy np. dziecięce zabawki w postaci samochodów również są objęte takim przykładem.

Drugi sposób ratowania pewności polega na przyjęciu stałej i niezmiennej wykładni danego terminu, niezależnie od zmieniających się okoliczności. Prowadziłoby to, zdaniem Harta, do „zachowania stopnia pewności czy przewidywalności kosztem ślepego przesądzenia, co trzeba czynić w przyszłości, pomimo że nie znamy charakteru tego, co się zdarzy”⁵¹. Ucieśnieniem takiego stanu rzeczy byłby, mówiąc jego słowami, prawniczy „raj pojęć”, krytykowany przez autora *Pojęcia prawa* za oderwanie od praktyki orzeczniczej⁵².

Jeśli wspomniane dwa sposoby radzenia sobie z otwartością są jedynymi, jakimi dysponuje współczesny prawodawca, przy założeniu, że zdaje sobie sprawę z ograniczenia swojej wiedzy oraz z wadliwości drugiego rozwiązania, to okazuje się, iż przeszkodą dla całkowitej przewidywalności decyzji sądowych⁵³ jest nie tyle otwarta tekstowość, ile

⁵⁰ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, s. 178.

⁵¹ Ibidem, s. 178.

⁵² H.L.A. Hart, *Niebo pojęć Iheringa i współczesna analityczna filozofia prawa*, [w:] idem, *Eseje z filizofii...*, s. 274.

⁵³ Takie stwierdzenie sugeruje jednak, że otwartość jest problemem, który należało-by lub warto by przezwyciężyć. Przechodząc jednak na płaszczyznę wartości, może się okazać, że całkowita przewidywalność decyzji sądowej nie jest wartością bezwzględna.

racjonalność prawodawcy w procesie tworzenia prawa. W tym miejscu jest ona rozumiana jako dokonanie wyboru pomiędzy dwoma biegunami, które Hart nazywa „rozwiązaniem problemu z góry” oraz „brakiem jasności co do kwestii, które mogą być racjonalnie rozwiązane dopiero wtedy, gdy pojawią się i zostaną rozpoznane”. Nie jest bowiem racjonalne unikanie otwartej tekstowości przez użycie języka kazuistycznego, ponieważ wówczas zostanie nieuregulowana sfera zjawisk, których w momencie tworzenia prawa nie można przewidzieć⁵⁴. Niektórzy autorzy twierdzą więc, że otwarta tekstowość nie jest zewnętrznym ograniczeniem, jakie język nakłada na stopnie pewności, które człowiek może osiągnąć, lecz stanowi konsekwencję normatywnej decyzji zmierzającej do wyważenia wymogów pewności z wymogami celowości⁵⁵. Tym samym ukazuje się ona w innym świetle – nie jako problem, z którym zmagają się każdy prawodawca, ale jako użyteczne narzędzie porządkowania szybko zmieniającego się świata.

Narzędzie to musi jednak funkcjonować w praktyce. Tutaj zaś mogą pojawić się „punkty, w których istniejące prawo zawodzi i nie dyktuje żadnej decyzji jako poprawnej, a sędzia musi się uciec do swych kompetencji prawotwórczych, jeśli ma rozstrzygnąć sprawę. Nie może jednak czynić tego arbitralnie, tj. zawsze winien mieć jakieś ogólne racje usprawiedliwiające dane rozstrzygnięcie i musi działać tak jak świadomy prawodawca, kierując się własnymi przekonaniem i wartościami”⁵⁶. Między innymi za tę koncepcję sędziowskiej dyskrecjonalności Hart był krytykowany przez R. Dworkina. Spór pomiędzy nimi zdominował zachodnią filozofię prawa w drugiej połowie XX wieku i zgromadził ogromną literaturę, stąd nie ma potrzeby referować głównych stanowisk. Z perspektywy pewności prawa mamy jednak do czynienia z ciekawą sytuacją. Przedstawiciel prawniczego pozytywizmu – czyli nurtu myślenia o prawie, którego dziewiętnastowiecznej genezy można upatrywać w zapewnieniu jego pewności – formułuje twierdzenie, że prawo w niektórych sytuacjach jest niepewne, a sędzia „musi uciec się do swych kompetencji prawotwórczych”, podczas gdy jego polemistą, określany przez niektórych komentatorów jako przedstawiciel

⁵⁴ Zob. F. Atria, *Legal Reasoning...*, s. 540.

⁵⁵ Ibidem, s. 541.

⁵⁶ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, s. 365.

niepozytywistycznej koncepcji prawa, wydaje się owej pewności zażartym obrońcą⁵⁷. Tak jest tylko na pierwszy rzut oka, ponieważ w tym wymiarze, w jakim pewność prawa oznacza przewidywalność decyzji sądowych, teza o niezeterminowaniu treści decyzji sądowej (czy to w wydaniu Hartowskim, czy w wydaniu amerykańskiego realizmu prawniczego) niekoniecznie pociąga za sobą nieprzewidywalność treści decyzji sądowej⁵⁸. Przewidywalność jest wówczas pochodną czynników innych niż prawne, wystarczy, że są one znane podmiotowi, który usiłuje przewidzieć rozstrzygnięcie. Tym samym więc sporu między Hartem a Dworkinem o zakres dyskrejonalności nie można postrzegać w kategoriach sporu o znaczenie wartości, jaką jest pewność prawa rozumiana jako przewidywalność decyzji sądowych⁵⁹. Zresztą nawet jeżeli uznać, że sędzia szuka lub powinien szukać zasad prawnych w sytuacji cienia semantycznego, to tego rodzaju stwierdzenie nie czyni decyzji opartej na zasadach prawa – w rodzaju „nikt nie powinien odnosić korzyści z wyrządzonego zła” – bardziej przewidywalną niż decyzja, w której sędzia musi „uciec się do swoich kompetencji prawotwórczych”⁶⁰.

Zarzuty Dworkina o niedocenieniu roli zasad⁶¹ można, jak sądzę, zakwalifikować jako zarzut wobec niedoceniania przez Harta roli interpretacji („Kanony interpretacji nie mogą ich [przypadków wątpliwych – M.W.] wyeliminować”). Tego rodzaju zarzut formułował i Lon Fuller, i David Lyons. Fuller kwestionował samo istnienie zwykłych przypadków. Jego argumentacja opierała się na twierdzeniu, że nie jest możliwe rozstrzyganie znaczenia reguły bez uwzględnienia kontekstu i celu wypowiedzi⁶². Jego krytyka chyba jednak celu, ponieważ Hart

⁵⁷ Zwraca na to uwagę również J. Zajadło, *Prawo i filozofia w praktyce: tylko łatwe czy także trudne przypadki?*, [w:] idem, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008, s. 21.

⁵⁸ J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity...*, s. 583.

⁵⁹ Można byłoby tak uczynić jedynie za cenę rozszerzenia problematyki pewności prawa na kwestię legitymizacji.

⁶⁰ B. Leiter, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, „American Journal of Jurisprudence” 2003, vol. 48, s. 21.

⁶¹ Z jednej strony Hart przyznaje w *Posłowie do Pojęcia prawa*, że powierzchownie potraktował zasady (s. 347), z drugiej jednak pisze, że z pewnością nie zamierzał używać słowa „reguła”, „aby sugerować, że systemy prawne obejmują tylko reguły typu »wszystko albo nic« czy też takie, które są prawie konkluzywne”. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, s. 351.

⁶² L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*, HLR 1958, vol. 71, no. 4, s. 665. Autor do opisu Hartowskiej wizji sędziego użył barwnego porównania

koncentrował swoją uwagę na zwykłych przypadkach w kontekście reguł zamiast w kontekście ich celu⁶³. Z kolei D. Lyons odrzucał twierdzenia Harta o tym, że w sytuacji semantycznej niepewności sędzia nie „opiera się” na istniejącym prawie, lecz „stwarza prawo dla danego przypadku”⁶⁴. W tym sensie zarzut ten jest zbieżny z zarzutami Dworkina. Lyons nie odwołuje się jednak do Dworkinowskich zasad prawnych, lecz wskazuje na leżącą u podstaw systemu prawa maksymę, że skoro coś nie jest zakazane, oznacza, iż jest prawnie dozwolone. W przypadku wątpliwości, czy można wjechać na rowerze do Hartowskiego parku, można je rozstrzygnąć przez odwołanie się do systemu, czyli innych norm. Jeżeli nie ma wśród nich takiej, która by tego zakazywała, to znaczy, że rowerem można do parku wjechać. Wniosek jest prosty: otwarta tekstowość ogólnych terminów nie pociąga za sobą automatycznie luk w prawie. Lyons odróżnia nieokreśloność ogólnych terminów, nieokreśloność reguł i wreszcie nieokreśloność prawa. Relacje pomiędzy nimi określa następująco: jedynie pierwszy rodzaj może implikować drugi rodzaj nieokreśloności, ale ani pierwsza, ani druga odmiana nie implikują trzeciej.

Obok odwołania się do systemu Lyons wskazuje na istniejącą praktykę prawniczą. Gdyby bowiem było tak, jak mówi Hart, że sędziowie nie orzekają na podstawie istniejącego prawa, to uprawniony byłby wniosek o naruszaniu przez nich zakazu retroakcji. Jednocześnie trudno byłoby wyjaśnić urzędowe, oficjalne zachowania prawników. Sędziowie zaś w przypadkach wątpliwych nie sugerują, że tworzą nowe prawo, lecz starają się wskazać jak najlepsze argumenty przemawiające za podjęciem takiego właśnie rozstrzygnięcia. Dotyczy to również pełnomocników. Przedstawiciele tych ostatnich w swej argumentacji nie wnoszą przecież o zmianę prawa, lecz bronią pewnych interpretacji. Gdyby więc

sędziego do bibliotekarza, który musi podjąć decyzję, gdzie umieścić daną książkę: *Pismo Święte* do działu „religia”, *O bogactwie narodów* do działu „ekonomia”, ale gdzie postawić *Kapitał* Marksa? Do działu „polityka” czy „ekonomia”? Wizję tę odrzucał, pisząc, że stosowanie prawa to coś więcej niż czynność katalogowania. Ibidem, s. 666.

⁶³ Jak sam pisze o zarzucie zlekceważenia roli celu: „Jeśli chodzi o imputowanie mi poglądu, że badania nad celem prawa są nieuprawnione czy mało ważne, wystarczy, gdy powiem, iż traktowałem zadanie *Pojęcia prawa* komplementarnie, a nie, jak Fuller, jako sprowadzające się wyłącznie do badania jednego aspektu, to jest celu”. H.L.A. Hart, *Moralność prawa*, [w:] idem, *Eseje z filizofii...*, s. 365.

⁶⁴ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, s. 364.

przyjąć stanowisko Harta, wówczas znaczyłoby to, pisze Lyons, że wspomniani przedstawiciele zawodów prawniczych są zwodzeni lub wręcz błędzą w swoich zawodowych działaniach.

David Lyons twierdzi, że teoria otwartej tekstowości idzie zbyt daleko w swoich konsekwencjach i ogranicza rolę wykładni prawa. Przypisuje Hartowi pogląd, że jeśli rozumowanie prawnicze nie jest ucieleśnieniem wnioskowania sylogistycznego, to pozostaje jedynie rozważenie racji za i przeciw stosowaniu ogólnego terminu, a następnie zdecydowanie się na „coś w kwestii natury wyboru pomiędzy nie do końca zdeterminowanymi rozwiązaniami alternatywnymi”⁶⁵. Hart sugeruje więc, zdaniem Lyonsa, że orzeczenia mogą być „wysnute” z reguł prawnych jedynie wówczas, gdy reguły te można zastosować jednoznacznie. Wybór ma więc charakter alternatywy nierozłącznej: albo jednoznaczność rozstrzygnięcia, albo rozważenie różnych racji, z podjęciem na końcu jakiejś decyzji, niemogącej jednak nosić znamienia „jedynie poprawnej” (*one right answer*). Takie zaś postawienie problemu wyklucza możliwość dokonywania wykładni. Jeżeli więc strony będą toczyć spór o to, czy dane urządzenie np. spełnia prawnie określone wymagania bezpieczeństwa, to w dyskusji znajdą się argumenty uzasadniające oba stanowiska. Zdaniem Lyonsa taka sytuacja wystarcza Hartowi do zajęcia stanowiska na temat sędziowskiej dyskrecjonalności.

Obok niedocenienia roli interpretacji zarzucono Hartowi niemożność pogodzenia perspektywy semantycznej (sytuacja cienia semantycznego) oraz pragmatycznej (związanej z kolizją wymogu przewidywalności z wymogiem celowości⁶⁶). Rolą pojęcia otwartej tekstowości miało być bowiem dostarczenie wolnego od wartościowania wyjaśnienia sporów prawnych⁶⁷. W konsekwencji, zauważają krytycy, teoria Harta wykazuje niespójność z własnymi założeniami⁶⁸. Przyjęcie pragmatycznej interpretacji otwartej tekstowości powoduje, że pytanie o to, jakie jest prawo, nie daje się odróżnić od pytania, jakie powinno być prawo. Znika tym samym zakładana aksjologiczna neutralność opisu funkcjonowania reguł prawnych. Zdaniem M. Bodig dwie perspektywy: semantyczna

⁶⁵ Ibidem, s. 175.

⁶⁶ F. Atria, *Legal Reasoning...*, s. 544.

⁶⁷ Zdaniem F. Atrii Hart nie dostrzegał tego, że w rzeczywistości dostarczał wspomniane dwa sposoby wyjaśnienia. Zob. ibidem, s. 544 (przyj. 3).

⁶⁸ Ibidem.

i pragmatyczna są nie do pogodzenia ze sobą. Jeśli bowiem otwarta tekstowość ma charakter semantyczny, to wyznaczniki (*arguments from policy*) osłabiające swobodę sędziego nie mają w tym kontekście znaczenia. Jeżeli zaś rolę odgrywają owe wyznaczniki, to w wyniku tego pojawiają się pytania z dziedziny filozofii praktycznej, sprowadzające się do fundamentalnego: jakie p o w i n n o być prawo⁶⁹. To z kolei prowadzi do niezgodności pomiędzy poglądami Harta na temat otwartej tekstowości i dyskrecjonalności sędziowskiej z przyjmowanymi przez niego deklaracjami, że *Pojęcie prawa* należy traktować jako esej z socjologii deskryptywnej.

Jako podsumowanie tej części wypada zauważyć, że oprócz powyższego zarzutu dotyczącego spójności Hartowskiej koncepcji dyskrecjonalności oś sporu zdaje się przebiegać wokół roli, jaką odgrywa wykładnia prawa. Trudno wyjść poza „stwierdzenia wiary”, której przedmiotem jest moc heurystyczna lub racjonalizacyjna dyrektyw wykładni. Hart jest sceptykiem niewierzącym w kanony interpretacji w perspektywie heurystycznej, zaś Dworkin byłby w tej samej perspektywie optymistą co do ich heurystycznej wydajności. Wydaje się, że jest to spór nierozstrzygalny, na kształt Lyotardowskiego „zatargu” (*differend*)⁷⁰, czego pojęciowym wyrazem może być pojęcie ideologii stosowania prawa, którym posługiwał się J. Wróblewski⁷¹, czy metaforyzacja poprzez stosowanie określeń, takich jak: „Szlachetny Sen” (*Noble Dream*) na określenie stanowiska, w myśl którego każda, nawet najbardziej kontrowersyjna sprawa ma prawidłowe rozstrzygnięcie, „Nocny Koszmar” (*The Nightmare*) na określenie stanowiska sceptycznego w rodzaju amerykańskiego realizmu prawniczego i „Czuwanie” (*The Vigil*) na określenie stanowiska umiarkowanego⁷².

4.2.2. Rola ocen w przewidywaniu decyzji sądowej

Konsekwencją uznania tezy o możliwym istnieniu pasa nieostrości w przypadku każdego wyrażenia językowego jest konieczność formułowania

⁶⁹ M. Bodig, *Hart's Jurisprudence: Its relation to Philosophy*, „Acta Juridica Hungarica” 2001, vol. 42, no. 1-2.

⁷⁰ A. Bator, *Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensu*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 47.

⁷¹ Zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, rozdz. XI.

⁷² J. J. Moreso, *Legal Indeterminacy...*, rozdz. V.

ocen przez podmiot stosujący prawo. Polska teoria prawa od dawna podkreśla ich rolę, dostrzegając chociażby konsekwencje dla pewności przeprowadzanych rozumowań w ramach procesu stosowania prawa⁷³. Konieczność dokonywania ocen należy wiązać jednak nie tylko z właściwościami języka naturalnego w postaci otwartej tekstowości, ale również z interpretacją klauzul odsyłających⁷⁴ oraz decyzjami uznaniowymi. Związek ocen i przewidywalności treści decyzji sądowej polega na tym, iż decyzja jest słabiej przewidywalna nie dlatego, że podstawa normatywna rozstrzygnięcia zawiera jakieś odesłanie pozaprawne, ale dlatego, że ustalenie treści takiego odesłania wymaga wartościowania. Ta zaś czynność na pierwszy rzut oka może przebiegać odmiennie w zależności od osoby ją wykonującej.

Trzeba zwrócić uwagę, że teza o względnej niepewności decyzji sądowych, spowodowanej koniecznością formułowania ocen, traci nieco na sile wyrazu, jeżeli wziąć pod uwagę wieloznaczność terminu „ocena”. W zależności od jego znaczenia inna jest również miara niepewności, a użytkownicy języka prawniczego posługują się nim właśnie w kilku znaczeniach. Na przykład Z. Pulka, podając formuły decyzji interpretacyjnej, decyzji dowodowej, decyzji wyboru konsekwencji, decyzji stosowania prawa, twierdzeń walidacyjnych, umieszcza w nich również oceny, co stanowi dla niego argument za odrzuceniem danej wypowiedzi jako zdania, któremu można by przypisać wartość logiczną⁷⁵. Jerzy Wróblewski z kolei zwracał uwagę na to, że oceny wyznaczają

⁷³ Zob. np. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 364; idem, *Oceny w prawie i oceny prawa*, St. Praw. 1970, nr 24.

⁷⁴ Nie dotyczy to odesłań do zwyczajów. L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Zakamycze 2001, s. 70.

⁷⁵ Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 30–38. Na przykład z faktu, że argumenty *a simili* i *a fortiori* opierają się na założeniu konsekwencji ocen prawodawcy, wyciąga wniosek, iż „rozstrzygnięcie o obowiązywaniu norm na podstawie tych reguł wymaga operowania ocenami, które można by przypisać aktualnemu ustawodawcy”. Trudno się jednak zgodzić z twierdzeniem, że przypisywanie ocen, jakie żywić ma prawodawca, jest tym samym co formułowanie ocen. Przypisywanie ocen przybiera postać twierdzenia „Prawodawca P stan rzeczy S ocenia jako W lub jako nie-W”, gdzie W oznacza wartościowy. Przypisywanie ocen przybiera postać zdania w sensie logicznym, zaś zupełnie inną sprawą są trudności ze sformułowaniem prawdziwego zdania na ten temat. Przypisywanie ocen byłoby tożsame z ocenianiem jedynie wówczas, gdyby uznawać przypisywanie ocen prawodawcy za czynność pozorną z racji empirycznej niemożności takiego przypisania. Gdyby zaś szukać znaczenia, w jakim mówi się tutaj o ocenach, to należałoby wskazać

zachowanie prawodawcy, interpretatora, organu stosującego prawo, wreszcie komplikują i ograniczają wykorzystanie maszyn matematycznych⁷⁶, a zatem stanowią potencjalny czynnik rozbieżności decyzji i wpływają na zmniejszenie jej przewidywalności⁷⁷.

Jeżeli mowa o ocenach prawodawcy, to oznacza to aprobatę lub dezaprobatę jakiegoś stanu rzeczy lub zdarzenia (ocena w sensie ewaluacji), a oceny organu stosującego prawo mogą mieć postać kwalifikacji, która jest efektem udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy dany stan rzeczy odpowiada określonym wzorcom – uznania (dla określenia luzu decyzyjnego), oszacowania (dla sytuacji, w których zachodzi potrzeba określenia „w sposób nie w pełni zobiektywizowany rozmiarów czy intensywności jakiegoś zjawiska” – ocena w sensie estymacyjnym)⁷⁸.

Najczęściej chyba potrzebę formułowania ocen uzasadnia się przez przywołanie czy to przepisów zawierających terminy nieostre, czy to dyrektyw formułowanych przez naukę prawa („zwrotom interpretowanym nie można bez dostatecznych powodów przypisywać swoistego znaczenia prawnego”). W takim właśnie kontekście podniesiono, że nie można utożsamiać nieostrości znamion z ich ocennym charakterem, choćby z tego powodu, że każdy wyraz języka naturalnego jest potencjalnie nieostry i prowadziłyby to do uznania, że w ogóle nie można mówić o znamionach opisowych⁷⁹. Bardzo przydatne w związku z tym jest odróżnienie przez T. Gizberta-Studnickiego predykatów ocennych w sensie ewaluacji i predykatów porównawczych (które W. Wolter określał mianem znamion ilościowych) i ukazanie, że chwiejność w stosowaniu jednych i drugich ma zupełnie inne podstawy⁸⁰.

wnioskowania o wątpliwych przesłankach, w przypadku których trzeba „ocenić”, czy są one zasadne, co, jak widać, jest jeszcze jednym sposobem rozumienia terminu „ocena”.

⁷⁶ J. Wróblewski, *Oceny w prawie...*, s. 18.

⁷⁷ J. Wróblewski, *Wartości a decyzja...*, s. 115.

⁷⁸ Korzystam z propozycji Z. Ziemińskiego mających uporządkować terminologię związaną ze stosowaniem terminu „ocena”. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 124; idem, *O czym mówią prawnicy, gdy mówią o ocenach*, PiP 1986, z. 12, s. 21–22. Przyjmuje te propozycje zarówno M. Zirk-Sadowski (*Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1984, s. 89 i n.), jak i T. Gizbert-Studnicki (*Znamiona porównawcze w kodeksie karnym*, RPEiS 1981, nr 1, s. 159).

⁷⁹ T. Gizbert-Studnicki, *Znamiona porównawcze...*, s. 158.

⁸⁰ Ibidem, s. 160.

Różnice w stosowaniu predykatów ocennych przez różnych użytkowników języka są pochodną różnic w ich postawach aprobaty bądź dezaprobaty względem jakiegoś zjawiska.

Predykaty porównawcze zaś, takie jak „znaczny”, „duży”, „wysoki”, mają charakter dwuargumentowy, a zatem opisują relację zachodzącą pomiędzy przedmiotem, o którym się dany predykat orzeka, a innym przedmiotem, którego nazwa w wypowiedzi się nie pojawia. Pojawi się ona wówczas, gdy daną wypowiedź zinterpretujemy, np. zdanie *Mały słoń to duże zwierzę*, w którym występują predykaty porównawcze, pozornie prowadzi do sprzeczności polegającej na tym, że o tym samym przedmiocie orzeka się wykluczające predykaty „duży” i „mały”. Po zinterpretowaniu brzmi ono bowiem następująco: *Słoń mniejszy od przeciętnego słonia jest zwierzęciem większym od przeciętnego zwierzęcia*⁸¹. Chwiejność w stosowaniu tego rodzaju predykatów ma przyczyny wewnętrznyjęzykowe, polegające na nieujawnieniu w wypowiedzi nazwy przedmiotu, z którym dokonywane jest porównanie⁸².

Można więc powiedzieć, że chwiejność pierwszego rodzaju ma na pierwszy rzut oka większy zasięg niż w drugim przypadku, w którym jej

⁸¹ Przykład podają za T. Gizbertem-Studnickim, *Znamiona porównawcze...*

⁸² Można mieć wątpliwości, czy rzeczywiście chwiejność ta ma charakter wewnętrznyjęzykowy. Wątpliwości te są uzasadnione nawet w świetle uzasadnienia znajdującego się w cytowanym tekście. Formułowanie wypowiedzi w pewnym sensie niezupełnych, niedających możliwości ustalenia ich sensu, wiąże się raczej z praktyką lub kompetencją językową użytkowników języka, a nie właściwościami tego ostatniego. T. Gizbert-Studnicki twierdzi, że chwiejność tę należałoby odróżnić od nieostrości *sensu stricto* i na tym określeniu poprzestaje (ibidem, s. 160). Nieostrość w myśl większości koncepcji tego zjawiska ma charakter wewnętrznyjęzykowy w tym sensie, że jest cechą niektórych lub potencjalnie wszystkich wyrażań języka naturalnego i polega na niepewności danego podmiotu co do tego, czy orzec, czy nie orzec predykatu o jakimś przedmiocie. W pewnym znaczeniu słowa „kwalifikacja” jest to kwalifikowanie, np. czy można uznać mężczyznę z liczbą włosów *X* za łysego. Niepewność ta wynika z niewiedzy, w jaki sposób inni użytkownicy języka by się w tej sytuacji zachowali. Predykat porównawczy w zdaniu *X jest bardziej łysy niż Y* tylko pozornie zachowuje tę niepewność wynikającą z użycia słowa „łysy” (bo może żaden z nich nie zasługuje na to określenie). Problem można zniwelować przez powiedzenie, że *X ma mniej włosów na głowie niż Y*. Predykaty porównawcze użyte w zdaniu w większości przypadków nie będą powodowały problemów z przypisaniem takiemu zdaniu wartości logicznej. „W większości przypadków”, ponieważ podział na predykaty porównawcze i ewaluatywne nie jest rozłączny. Ibidem, s. 165. Przykładem predykatu zachowującego właściwości obu omawianych rodzajów jest np. „szczególnie okrucieństwo”.

przyczyną jest określona praktyka językowa, polegająca na formułowaniu wypowiedzi niezupełnych wymagających zinterpretowania.

Należy pamiętać, że mówienie o zróżnicowanych podstawach chwiejności stosowania predykatów w sensie ewaluacji abstrahuje od sytuacji, w jakiej znajduje się podmiot stosujący prawo. Podmiot ten, dokonując rozmaitych wartościowań, nie formułuje ocen w sensie aprobaty lub dezaprobaty jakiegoś stanu rzeczy⁸³, ale raczej w sensie kwalifikacji lub porównania. Nie oznacza to jednak, że oceny tego rodzaju mają charakter subiektywny, co w tym miejscu oznaczałoby ich całkowite niezdeteminowanie kryteriami istotnymi z punktu widzenia praktyki społecznej. Przeciwnie, podkreśla się, że oceny tego podmiotu są typem intuicji standardowych występujących u każdego podmiotu funkcjonującego w określonym układzie organizacyjnym (instytucjonalnym)⁸⁴. To ustalenie jest fundamentalne z punktu widzenia przewidywalności decyzji, bo oznacza, że sam fakt dokonywania ocen, w jakimkolwiek znaczeniu tego słowa, niekoniecznie pociąga za sobą nieprzewidywalność treści takiej decyzji.

Dodatkowo znaczenie z punktu widzenia tego rodzaju przewidywalności ma to, czego dana ocena dotyczy. Widać to wyraźnie w przypadku ustalania treści odesłań pozaprawnych. Mogą one odsyłać do kryteriów moralnych, politycznych i ekonomicznych⁸⁵. Powstaje pytanie, jak kształtuje się stopień przewidywalności treści decyzji będącej efektem ustalenia treści odesłania w oparciu o te właśnie kryteria?

Najbardziej przewidywalne będą te decyzje, które odwołują się do kryteriów politycznych, ponieważ ich powołanie „pozwała zazwyczaj bezbłędnie zidentyfikować preferencje ustalania treści odesłania w oparciu o wartości ogólnospołeczne”⁸⁶. Należy jednak dodać, że treść takiej decyzji będzie przewidywalna pod warunkiem istnienia poważnych racji wskazujących na to, że sąd, ustalając podstawę normatywną decyzji, skorzysta z kryteriów politycznych za pośrednictwem odsyłającego do nich przepisu. W związku z tym, że udział

⁸³ Chociaż fakt powołania do życia takiego organu jak sąd jest niewątpliwie wyrazem dezaprobaty prawodawcy dla zachowań, które objął normami prawnymi o charakterze zakazu.

⁸⁴ L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul...*, s. 75.

⁸⁵ Ibidem, s. 71.

⁸⁶ Ibidem, s. 78.

kryteriów politycznych w podejmowaniu decyzji jest wynikiem wzrastającej roli państwa⁸⁷, twierdzenie o dość wysokim stopniu przewidywalności decyzji odwołującej się do kryteriów politycznych stanowi dodatkowe uzasadnianie tezy o podobnym stopniu przewidywalności decyzji w ustrojach demokratycznych i autokratycznych, czy wręcz totalitarnych⁸⁸.

W przeciwieństwie do kryteriów politycznych, wiedza podmiotu usiłującego przewidzieć treść rozstrzygnięcia o tym, że dane kryterium moralne będzie stanowiło element podstawy normatywnej decyzji, w większości przypadków nie warunkuje dodatnio trafnego przewidywania jej treści. Wskazuje się bowiem, że typowe klauzule odsyłające tego typu, jak: zasady słuszności, dobrej wiary, uczciwego obrotu, dobrych obyczajów, mogą być odczytywane zarówno jako preferencja interesów ogólnych, jak i interesów jednostkowych⁸⁹. W takiej sytuacji stopień trafnego przewidywania treści decyzji zależy od znajomości tzw. postaw oceniających, czyli dyspozycji danego podmiotu do uwzględniania jakichś zespołów wartości i ich preferencji⁹⁰.

W przypadku kryteriów gospodarczych można, jak sądzę, uznać, że przewidywalność decyzji na nich opartych ma podobny stopień jak w przypadku decyzji stosującej kryteria polityczne. W przypadku ustroju opartego na gospodarce planowej z własnością państwową kryteria gospodarcze wyrażały preferencję interesu ogólnego⁹¹. W warunkach gospodarki rynkowej uzyskują one samodzielność w stosunku do kryteriów moralnych⁹² i, przynajmniej potencjalnie, ich treść może być ustalana w sposób zobiektywizowany. W takim przypadku przewidywalność decyzji stosującej kryteria gospodarcze będzie pochodną zastosowanych danych ekonomicznych lub określonej koncepcji z tego zakresu.

⁸⁷ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 320.

⁸⁸ Można by się nawet zastanawiać, czy demokracja nie jest ustrojem, paradoksalnie, utrudniającym przewidywanie treści decyzji stosowania prawa. Jak bowiem pisze L. Leszczyński, rola aksjologii w przypadku odesłań do kryteriów moralnych i do kryteriów gospodarczych polega na „rezygnacji z programowej preferencji jednego z interesów”, czyniąc koniecznym ich ważenie. L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul...*, s. 80.

⁸⁹ Jedynie posłużenie się klauzulami typu zasad współżycia społecznego przesądza o preferencji interesów ogólnych. Ibidem, s. 79.

⁹⁰ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 408 i n.

⁹¹ L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul...*, s. 79.

⁹² Ibidem, s. 96.

4.2.3. Właściwości stosowania prawa

W drugim rozdziale wspomniałem o tendencjach we współczesnym prawie, mających polegać na zwiększeniu klauzul generalnych oraz ramowym charakterze regulacji w postaci wzrostu znaczenia zasad prawa. Stąd właśnie w tym punkcie zamierzam połączyć „sposób konstruowania przepisów” oraz „właściwości stosowania prawa”, które L. Leszczyński lokuje w dwóch różnych zbiorach źródeł luzu decyzyjnego (w zależności od tego, czy są od prawodawcy zależne, czy niezależne), i potraktować je jako dwa zjawiska połączone ze sobą relacją przyczynową. Polega ona na tym, że sposób konstruowania przepisów prawnych wpływa na właściwości stosowania prawa⁹³. W takim ujęciu „właściwości stosowania prawa” stanowią, pośrednio zależny od prawodawcy, czynnik determinujący zakres luzu decyzyjnego. Skoro bowiem prawo współczesne jest w coraz większym stopniu prawem responsywnym, w którym rośnie rola ogólnych zasad prawa, to powstaje pytanie o sposób ich stosowania, a kluczowe staje się, czy rezultat stosowania zasad prawa, czyli ich tzw. ważenia (*balancing*), jest mniej przewidywalny niż rezultat stosowania norm o charakterze reguły⁹⁴. Istnieją dwa założenia tego pytania. Pierwsze to rozróżnienie norm o charakterze reguł i norm o charakterze zasad. Drugie założenie to przyjęcie, że fundamentalne znaczenie w myśleniu prawniczym mają dwie podstawowe operacje intelektualne: subsumcja charakterystyczna dla reguł oraz ważenie charakterystyczne dla zasad⁹⁵. Nie jest jednak tak, że subsumcji nie można

⁹³ Odchodzę tym samym od znaczenia, jakie przypisał obu tym wyrażeniom L. Leszczyński, po to, by móc rozważyć przewidywalność treści decyzji będących efektem stosowania zasad prawnych.

⁹⁴ Zob. rozdz. 2.

⁹⁵ R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris” 2003, vol. 16, no. 4, s. 433. Oba te założenia są ze sobą ściśle związane. Dyskusja, jaka w swoim czasie toczyła się wśród przedstawicieli polskiej teorii prawa, koncentrowała się jedynie na poprawności formalnej rozumowań subsumcyjnych. Została ona wywołana artykułem F. Studnickiego, *O prawniczych rozumowaniach subsumcyjnych*, „Studia Filozoficzne” 1967, nr 1, który spotkał się z polemiką Z. Ziemby, *W sprawie prawniczych rozumowań subsumcyjnych. Polemika z poglądami F. Studnickiego*, „Studia Filozoficzne” 1967, nr 2 oraz reakcją L. Nowaka, *O prawomocności prawniczych rozumowań subsumcyjnych*, RPEiS 1970, nr 3. Po kilku latach wrócił do tej problematyki W. Karsz,

przeprowadzić w odniesieniu do zasady prawa. Jest ona charakterystyczna dla procesu stosowania prawa i może dotyczyć zarówno normy o charakterze reguły, jak i normy-zasady. Ważenie zasad jest typowe dla sądownictwa konstytucyjnego i pojawia się w sytuacji konfliktu zasad.

Subsumcja stanowi przedmiot zainteresowania teorii prawa od dawna, podczas gdy problematyka ważenia zasad jest stosunkowo nowa, ale niezwykle doniosła ze względu na rolę zasad w orzecznictwie sądów konstytucyjnych oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zarówno zagadnienie subsumcji, jak i zagadnienie ważenia zasad należy widzieć w perspektywie problematyki rozumowań prawniczych, która stanowi jedno z centralnych, a zdaniem niektórych, główne zagadnienie teorii prawa⁹⁶. Najczęściej dyskutowaną kwestią w tej mierze jest przydatność logiki klasycznej lub innych rachunków logicznych do modelowania (formalizacji) rozumowań prawniczych. Stanowisk w tej mierze jest wiele – od pełnej akceptacji metod logicznych (np. J. Woleński), poprzez ich akceptację z rozmaitymi zastrzeżeniami (R. Alexy), do zupełnego pominięcia (amerykański realizm prawniczy).

Wśród zastrzeżeń do możliwości uznania logicznego wynikania w przypadku rozumowań subsumcyjnych wymieniane są: nieostrość języka prawnego, możliwość kolizji pomiędzy normami, występowanie sytuacji, których opis nie „podpada” pod żadną z obowiązujących norm prawnych, możliwość podjęcia, w szczególnych przypadkach, decyzji, które są sprzeczne z dosłownym brzmieniem tekstu ustawy⁹⁷. Wskazuje się również, że nie można określić, z ilu przesłanek składa się ogólny schemat rozumowania subsumcyjnego, ponieważ w praktyce cechą rozumowań prawniczych jest to, że niemal zawsze można argumentować, iż podstawa normatywna rozstrzygnięcia winna obejmować jeszcze

O poprawności logicznej prawniczych rozumowań subsumcyjnych, AUL, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego”, seria I: Nauki Humanistyczno-Społeczne 1978, z. 28. Wymienieni autorzy nie wspominali o swoistym sposobie stosowania norm o charakterze zasad. Nie może to dziwić w przypadku artykułów F. Studnickiego i Z. Ziemby, które ukazały się w tym samym roku, co artykuł R. Dworkina *Model of Rules*, wprowadzający odróżnienie zasad od reguł. Brak wzmianki w dwóch następnych artykułach (zakładając, że znali odróżnienie wprowadzone przez R. Dworkina) może świadczyć o tym, że autorzy nie widzieli różnic w stosowaniu obu rodzajów norm.

⁹⁶ J. Woleński, *Models of Legal...*, s. 37.

⁹⁷ R. Alexy, *Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourses as a Theory of Legal Justification*, Oxford 1989, s. 1.

inne normy⁹⁸. Stąd też wynika doniosłość odróżnienia uzasadnienia zewnętrznego, czyli uzasadniania przesłanek rozumowania subsumcyjnego oraz uzasadnienia wewnętrznego, czyli związku pomiędzy sformułowanymi przesłankami a wnioskiem⁹⁹. Nieco upraszczając, można powiedzieć, że logików interesuje uzasadnienie wewnętrzne, podczas gdy prawnicy kładą nacisk głównie na uzasadnienie zewnętrzne. Spory prowadzone przez doktrynę i praktykę prawa koncentrują się bowiem głównie wokół uzasadnienia przesłanek i niezwykle rzadko lub bodaj wcale można spotkać się z zarzutem *non sequitur* kierowanym pod adresem argumentacji przeciwnika. Łatwo to wyjaśnić odmienną rolą naukowca (w tym przypadku logika zajmującego się teorią prawa) i sędziego mającego rozstrzygnąć przedłożoną mu sprawę. Jakikolwiek byłoby stanowisko logika rekonstruującego przeprowadzone rozumowanie R, stanowisko sędziego oceniającego to samo rozumowanie R będzie bazowało na innych kryteriach niż logiczne¹⁰⁰. Logika współczesna idzie dalej aniżeli logika klasyczna, próbując wyjść poza kontekst uzasadnienia czy analizując przy użyciu skonstruowanych przez siebie narzędzi nawet tzw. trudne sprawy (*hard cases*)¹⁰¹. Czy to jednak skutek odporności praktyki na tzw. nowinki naukowe, czy też skutek ich niedostatecznego rozpowszechnienia lub niepowszechniej ich akceptacji, czy wreszcie – co chyba najbardziej prawdopodobne – przekonania, że środki, jakie oferuje współczesna logika, w wyniku ich zaawansowanej formalizacji są niedostępne dla tzw. przeciętnego adresata norm prawnych, nie spotyka się w praktyce prawniczej (orzeczniczej) systematycznych i pogłębionych prób wykorzystania dorobku logiki współczesnej.

Pokazanie roli logiki pozwala stwierdzić, że problem tego, czy rozumowania prawnicze są poprawne formalnie (dedukcyjne) lub – w słabszej wersji – czy są racjonalne, nie ma znaczenia zarówno z punktu

⁹⁸ R. Alexy, *On Balancing and Subsumption...*, s. 434.

⁹⁹ Ibidem, s. 435. Zob. też: J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, s. 19.

¹⁰⁰ Pomijam tutaj fakt powoływania się na logikę w orzecznictwie sądowym. Jedynym akceptowalnym sposobem posługiwania się terminem „logika” jest wskazywanie, że ustalenia mają być wewnętrznie spójne. Przykładem swobodnego posługiwania się tym terminem jest wskazanie w orzeczeniu jednego z sądów administracyjnych, że „reguły logiki formalnej nakazują uzasadnienie sformułowanych przez stronę twierdzeń”.

¹⁰¹ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze: logika, analiza, argumentacja, hermetyka*, Zakamycze 2004, s. 101.

widzenia przewidywalności treści decyzji, jak i przewidywalności faktu wydania decyzji. Rozumowanie niededukcyjne może być równie przewidywalne lub nieprzewidywalne jak rozumowanie dedukcyjne. Zasadniczo, logika klasyczna jest adekwatna jedynie do kontekstu uzasadnienia¹⁰². Innymi słowy, logika nie „wiedzie” nas w stronę wniosku, a jedynie pozwala sprawdzić, czy ten, który wyciągnęliśmy, jest poprawny. Można „postępować” mechanicznie, uzyskiwać takie same rezultaty w podobnych sprawach, a wciąż nie spełniać wymogów logicznej poprawności. Przewidywalność danej decyzji jest natomiast pochodną wiedzy na temat przyjmowanych przesłanek danego rozumowania. Dedukcyjność danego rozumowania będzie miała znaczenie jedynie wówczas, gdy podmiot usiłujący przewidzieć daną decyzję będzie znał przesłanki danego rozumowania, które, jak wyżej powiedziano, są głównym przedmiotem sporów w praktyce prawniczej.

W przypadku ważenia zasad jednym z przedmiotów zainteresowania nauki prawa jest wykazanie racjonalności stosowania zasad. Interesującą koncepcję w tym względzie przedstawił R. Alexy¹⁰³. Nie ma tutaj ani miejsca, ani potrzeby przywoływania jej w całości. Zamierzam jedynie odwołać się do tych jej elementów, które mogą mieć znaczenie z punktu widzenia przewidywalności decyzji będącej efektem stosowania zasad.

Ważenie zasad odbywa się w sytuacji konfliktu niewyłączających się zasad. Punktem wyjścia procedury jest sformułowanie ogólnego prawa kolizji¹⁰⁴, które określa, że relacja pierwszeństwa między zasadami ma jedynie warunkowy, relatywny charakter i nigdy nie może być uznana za absolutną¹⁰⁵. Tym samym rozstrzygnięcie konfliktu zasad ma charakter czynności dokonywanej *ad casum* i w każdym kolejnym przypadku wynik tego rodzaju operacji może być odmienny, co samo w sobie ogranicza przewidywalność treści decyzji ważenia zasad. Podobną uwagę

¹⁰² Ibidem, s. 44.

¹⁰³ Zob. R. Alexy, *On Balancing and Subsumption...*; idem, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, „Ratio Juris” 2003, vol. 16, no. 2. Omówienie koncepcji R. Alexy’ego w języku polskim zob. M. Kordela, *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy’ego*, RPEiS 2007, nr 2.

¹⁰⁴ „Jeżeli zasada Z_1 ma pierwszeństwo przed zasadą Z_2 w warunkach W : ($Z_1 \text{ P } Z_2$) i jeżeli Z_1 w warunkach W zakłada skutek prawny R , to wówczas obowiązuje reguła, która zawiera W jako fakty operatywne (zakres zastosowania reguły) oraz R jako skutek prawny (zakres normowania reguły): $W \rightarrow R$ ”. M. Kordela, *Możliwość konstruowania...*, s. 15.

¹⁰⁵ Ibidem.

można sformułować pod adresem prawa wyważania stanowiącego zasadę proporcjonalności w wąskim sensie, która jest, obok zasady odpowiedniości i zasady konieczności, elementem zasady proporcjonalności, ustalającej wzorzec udziału konkurujących zasad¹⁰⁶. Prawo wyważania głosi, że „im bardziej intensywna ingerencja w zasadę Z_2 , tym większe znaczenie powinna mieć realizacja zasady Z_1 , ze względu na którą została dopuszczona ingerencja w zasadę Z_2 ”¹⁰⁷. W konsekwencji, pisze R. Alexy, należy określić stopień niespełnienia lub naruszenia danej zasady, określić ważność spełnienia konkurencyjnej zasady, wreszcie określić, czy waga zaspokojenia jednej zasady uzasadnia niespełnienie lub naruszenie zasady w stosunku do niej konkurencyjnej¹⁰⁸. Marzena Kordela wyraźnie stwierdza, że pokazanie przez Alexy’ego racjonalności rozstrzygania trudnego przypadku nie niweluje „strukturalnej niepewności” przypisanej „do działania zasad jako argumentów ze swej natury niekonkluzywnych”¹⁰⁹. Jest to szczególnie widoczne, jeżeli spojrzeć na skalę mającą zastosowanie zarówno w odniesieniu do określania stopnia ingerencji, jak i stopnia znaczenia danej zasady. Skala ta zawiera trzy stopnie, jakie można przypisać niespełnieniu lub naruszeniu danej zasady: słaby, umiarkowany, poważny¹¹⁰. Mają one wyraźnie ocenny charakter, co też podkreśla sam R. Alexy, wskazując, że zarówno opracowanie schematu rozumowania subsumcyjnego, jak i ważenie zasad ma charakter formalny¹¹¹, co dla przewidywalności decyzji podejmowanych w wyniku stosowania zasad ma takie znaczenie, że również w ważeniu zasad sporne mogą być przesłanki przyjęte przez podmiot dokonujący tej czynności. Koncepcja Alexy’ego nie ma na celu zwiększenia stopnia przewidywalności wspomnianych decyzji, lecz, jak wyraźnie sam stwierdza, pokazanie, że ważenie może przybierać postać racjonalną i uzasadnialną¹¹².

Skoro racjonalność procedury ważenia nie jest warunkiem niezbędnym przewidywalności rezultatu takiej czynności, podobnie jak dedukcyjność nie jest takim warunkiem dla przewidywalności

¹⁰⁶ Ibidem, s. 16–17.

¹⁰⁷ Ibidem, s. 17; R. Alexy, *Constitutional Rights...*, s. 136.

¹⁰⁸ R. Alexy, *On Balancing and Subsumption...*, s. 437.

¹⁰⁹ M. Kordela, *Możliwość konstruowania...*, s. 17.

¹¹⁰ R. Alexy, *On Balancing and Subsumption...*, s. 440.

¹¹¹ Ibidem, s. 448.

¹¹² R. Alexy, *Constitutional Rights...*, s. 135.

rozumowań subsumcyjnych, pozostaje porównanie stopnia przewidywalności obu tych operacji – ważenia i subsumcji. Narzucającą się odpowiedzią jest to, że z racji względnego charakteru prawa kolizji oraz faktu, że sądy wartościujące odgrywają większą rolę w przypadku czynności ważenia zasad, wynik tej ostatniej czynności jest nieco mniej przewidywalny niż rozumowań subsumcyjnych. Podzielając tę ocenę, warto jednak zauważyć, że łatwiej poznać postawy oceniające sędziów sądów konstytucyjnych, w których ważenie zasad dominuje, niż analogiczne postawy sędziów sądów powszechnych, co pokazuje, iż różnica w przewidywalności obu procesów nie musi być wcale tak znacząca, jak mogłoby się to wydawać.

4.2.4. Problem tzw. luk w prawie

Wśród powodów niepewności prawa nie tylko sprowadzonej do jej dynamicznego aspektu, czyli stosowania prawa, wymieniane są „systemowe” niedoskonałości prawa¹¹³. Mam na myśli cechy prawa jako zbioru norm, który, by spełnić kryteria systemowości, winien być zupełny i spójny. Stwierdzane niedoskonałości polegają więc na tym, że prawo nie jest zupełne ani spójne. Pojęcie systemu prawa jako zbioru norm niesprzecznego i zupełnego ma jednak charakter założenia teoriopoznawczego i rzadko dotyczy rzeczywistych cech rzeczywistego zbioru norm¹¹⁴. Stąd właśnie H. Rot odróżnił system realny i teoretyczny¹¹⁵.

¹¹³ Wskazywane one były przez przedstawicieli CLS, ale i w polskiej kulturze prawnej można znaleźć głosy krytykujące prawo za jego niską jakość przejawiającą się m.in. wstępowaniem luk. Zob. np. sprawozdanie SN za 2008 r. przytoczone w „Rzeczpospolitej” z 25 maja 2009 r.

¹¹⁴ Nie jest to jednak powszechnie przyjmowany pogląd. Toczy się bowiem dyskusja o to, czy systemowość jest dla prawa czymś immanentnym, czy transcendentnym. Zwolennik pierwszego stanowiska traktuje systemowość jako cechę daną, w którą prawo jest wyposażone jako pochodzące od racjonalnego prawodawcy. Dla zwolennika stanowiska transcendentnego systemowość jest produktem porządkującej działalności prawników. Przyjmuję terminologię K. Pleszki i T. Gizberta-Studnickiego zaprezentowaną w tekście, *Obraz systemu prawa w dogmatyce prawniczej*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990, s. 153.

¹¹⁵ M. Błachut, J. Kaczor, P. Kaczmarek, A. Sulikowski, *Systemowość w myśleniu prawniczym*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 94-95.

Praktyka prawnicza jest głównie zainteresowana systemem realnym i konkretnymi przypadkami niezgodności i luk, podstawę ich usuwania widząc w legitymizującym jego działania założeniu o systemie teoretycznym¹¹⁶.

Odróżniane są trzy pojęcia zupełności¹¹⁷, z których poniżej zamierzam się skupić na tzw. zupełności kwalifikacyjnej. System jest zupełny w sensie kwalifikacyjnym, jeżeli dowolne zachowanie posiada kwalifikację prawną w normach tego systemu, a więc jest albo przedmiotem obowiązku, albo uprawnienia, albo jest prawnie indyferentne¹¹⁸. Innymi słowy, można powiedzieć, że system jest zupełny, gdy można rozstrzygnąć, jaka jest wartość logiczna takiego zwrotu stosunkowego, czyli wypowiedzi mającej postać formuły *X jest zgodne z N*, w którym za N należy podstawić daną normę, a za X nazwę określonego zachowania¹¹⁹.

W ujęciu podręcznikowym odróżniane są rodzaje luk: aksjologiczne (sytuacja braku niezbędnej do właściwego funkcjonowania danej instytucji normy), konstrukcyjne (np. gdy norma nakazuje dokonać określonej czynności konwencjonalnej, ale nie określa sposobu jej dokonania) i niekiedy logiczne (sytuacja sprzeczności norm)¹²⁰. Największe i rzeczywiste znaczenie przypisuje się w praktyce lukom konstrukcyjnym.

Najistotniejszy jednak spór jest toczony wokół twierdzenia, czy luki w prawie w ogóle istnieją, czyli czy uzasadnione są twierdzenia o ich występowaniu. Aby rozpatrywać ich wpływ na przewidywalność decyzji sądowych, trzeba najpierw uznać ich występowanie. Warto pamiętać,

¹¹⁶ A. Bator, *Instrumentalizacja prawa a problem niezgodności i luk w systemie prawa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, no. 2342: *Przegląd Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego*, red. Z. Kegel, Wrocław 2002, s. 55–56.

¹¹⁷ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 365.

¹¹⁸ Ibidem, s. 366.

¹¹⁹ Zwrot stosunkowy może jednak dotyczyć nie tylko zgodności danego zachowania z normą, ale również zgodności oceny lub normy z inną normą. Ibidem, s. 309.

¹²⁰ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 220–223. Określanie sytuacji sprzeczności norm luką logiczną jest zasadne jedynie w sytuacji, gdy w danej kulturze prawnej przyjmuje się regułę kolizyjną, w myśl której w takiej sytuacji żadna z norm nie może znaleźć zastosowania. Taką regułę przyjmowano w dziewiętnastowiecznej nauce niemieckiej. J. Nowacki, *Normy sprzeczne a problematyka luk w prawie*, [w:] idem, *Studia z teorii prawa*, Zakamycze 2003, s. 308.

że wyrażenie „istnienie luk w prawie” traktowane dosłownie sugeruje, iż prawo jest bytem wręcz fizycznym, a przecież, mówiąc kolokwialnie, luka w prawie nie jest tym samym co dziura w drzewie – nie można jej (luki) zobaczyć. Potrzebne są bardziej złożone czynności poznawcze. Być może złożony ontologiczny status prawa jest najbardziej widoczny w sporze o występowanie luk w prawie.

Z jednej strony H. Kelsen był najbardziej znanym reprezentantem stanowiska odrzucającego możliwość zaistnienia luk w prawie. Twierdził, iż „nie ma w prawie pozytywnym żadnych braków w tym znaczeniu, że spór prawny nie może być na zasadzie istniejących norm rozstrzygnięty”¹²¹. Wychodząc bowiem z zasady: „co nie jest dozwolone”, którą nazywał „normą negatywną”, twierdził, że skoro nie ma normy zobowiązującej daną jednostkę do działania, to jednostce przysługuje „poręczona prawnie swoboda działania”¹²², zaś w przypadku, gdy podmiot A kieruje swoje roszczenie do podmiotu B, a nie ma normy zobowiązującej osobę B do określonego zachowania, wówczas sąd stosuje prawo, oddalając roszczenie podmiotu A. W podobny sposób traktował sytuacje polegające np. na tym, że dany organ ma zostać „drogą wyboru kreowany”, ale brakuje przepisów określających sposób postępowania wyborczego. Hans Kelsen twierdził, że w takiej sytuacji każdy dowolny sposób wyboru jest zgodny z ustawą, a „organ, któremu zlecono przeprowadzenie wyboru, może oznaczyć sposób jego dokonania według swego swobodnego uznania”¹²³.

W późniejszym okresie (tj. w drugim wydaniu *Czystej teorii prawa*), uzasadniając swoje stanowisko, nie powoływał się już na wspomnianą „normę negatywną”, ale twierdził, że „sąd stosuje p o r z á d e k p r a w n y jako całość [podkr. – M.W.], który umożliwia pozwanemu lub oskarżonemu na zachowanie, z powodu którego roszczenie lub oskarżenie zostało skierowane”¹²⁴.

¹²¹ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa. Metoda i pojęcia zasadnicze*, przeł. T. Przeorski, Warszawa 1934, s. 55.

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibidem, s. 57.

¹²⁴ „(...) by dismissing the case or acquitting the defendant, the court applies the legal order which permits the defendant the behaviour against which the action or charge, without foundation in the legal order, was directed”. Cyt. za: J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy...*, s. 60.

Twierdzenie Kelsena zostało zakwestionowane przez C. Alchourrona i E. Bulygina. Lukę w prawie określali oni jako sytuację, w której pewien typ sprawy nie jest powiązany z żadnym pełnym normatywnym rozstrzygnięciem (*maximal normative solution*)¹²⁵, gdzie ogólny typ sprawy oznacza klasę zdarzeń lub stanów rzeczy posiadającą określoną cechę. Przykładem ogólnego typu sprawy jest np. pojęcie morderstwa politycznego, zaś morderstwo J. Kennedy'ego jest przykładem konkretnego typu sprawy. Z kolei pełne normatywne rozstrzygnięcie polega na określeniu każdego z elementów danego zachowania przez dany operator deontyczny, czyli dozwoleństwo, zakaz, nakaz i fakultatywność. Pełne normatywne rozstrzygnięcie dla danego zachowania Z polega na tym, że Z może być: zakazane, niezakazane, fakultatywne¹²⁶. Niemożność pełnego rozstrzygnięcia, czy dane zachowanie lub element tego zachowania są zakazane, nakazane czy fakultatywne, skutkuje zatem istnieniem luki w prawie. Jednocześnie widać, że tego rodzaju definicję stosuje się jedynie do wspomnianych wyżej luk konstrukcyjnych¹²⁷.

Carlos Alchourron i Eugenio Bulygin wykorzystali odróżnienie dozwoleństwa mocnego i słabego, by odrzucić stanowisko Kelsena¹²⁸. Dozwoleństwo słabe to tyle co brak zakazu. Nie ma ono niezależnego charakteru normatywnego¹²⁹. Objasnienie dozwoleństwa mocnego podał J. Woleński,

¹²⁵ Ibidem, s. 58.

¹²⁶ Ibidem, s. 4. Należy jednak zaznaczyć, że podane rozwiązania są efektem redukcji pewnych operatorów do innych, np. nakaz jest redukowalny do negacji zakazu.

¹²⁷ Przyjęcie zaś takiej definicji łatwo wyjaśnia powody, dla których luki aksjologiczne są nazywane pozornymi. W ich przypadku nie ma bowiem problemu z normatywnym rozstrzygnięciem ogólnego typu sprawy. Problem w ich przypadku polega na niezgodzie na owo rozstrzygnięcie z powodów ogólnie określanych jako aksjologiczne. Można niekiedy odnieść wrażenie, że „pozorność” luk aksjologicznych stanowi konsekwencję ich właśnie aksjologicznego – a więc w potocznym prawniczym mniemaniu subiektywnego – charakteru. Tego rodzaju postawienie sprawy bezzasadnie umiejscawia wszystkie sytuacje, w stosunku do których właściwe jest określenie „luka aksjologiczna”, w jednym szeregu, a przecież twierdzenia o istnieniu luki (w domyśle aksjologicznej) mogą być lepiej lub gorzej uzasadnione.

¹²⁸ Wprowadzenie tego odróżnienia przypisuje się G.H. von Wrightowi, zob. K. Świrydowicz, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających”*, PiP 1975, z. 7, s. 63; J. Woleński, *Logiczne problemy wykładni prawa*, „Prace Prawnicze Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1972, z. 56, s. 32.

¹²⁹ J. Woleński, *Logiczne problemy...*, s. 33.

formułując założenie, które dzieli czyny na będące przedmiotem normowania i czyny niebędące przedmiotem normowania. Czyny dozwolone w sposób mocny to czyny, które są przedmiotem normowania i równocześnie są niezakazane¹³⁰.

Stosownie do odróżnienia dozwolenia mocnego i słabego Alchourron i Bulygin przyjmują mocną (co nie jest zakazane, jest dozwolone w mocnym sensie) i słabą (co nie jest zakazane, jest dozwolone w słabym sensie) wersję normy negatywnej¹³¹. Przybierają one odpowiednio postać następujących definicji¹³²: „W systemie prawnym S zachowanie B w przypadku C jest dozwolone w sensie słabym, wtedy i tylko wtedy, gdy z S nie może zostać wyinferowana żadna normatywna konsekwencja, która zabrania B w przypadku C.

W systemie prawnym S zachowanie B w przypadku C jest dozwolone w sensie mocnym, wtedy i tylko wtedy, gdy z S może zostać wyinferowana normatywna konsekwencja, która dozwala B w przypadku C”.

Według J.J. Moreso słaba wersja normy negatywnej jest zdaniem analitycznym, ponieważ głosi, że każde zachowanie, które nie jest zakazane w systemie, nie jest zakazane. Nie wyklucza ona jednak, w przekonaniu tego autora, występowania luk, ponieważ ilekroć się pojawia, to stosowne zachowanie jest dozwolone w sensie słabym. Silna wersja normy negatywnej wprawdzie wyklucza występowanie luk, jednak nie ma charakteru zdania analitycznego, a jedynie przygodnego¹³³, czyli jej prawdziwość jest pochodną wystąpienia takich, a nie innych zjawisk w systemie. Zatem w przypadku, gdy osoba A jest pozwana przez osobę B z powodu uczynienia C, to jeżeli C jest dozwolone w mocnym sensie, wówczas sędzia musi powództwo oddalić. Jeżeli w analogicznej sytuacji C jest dozwolone w sensie słabym (brak jest w systemie normy, która by C zakazywała), to decyzja sądu będzie zależała od innych norm w systemie, które nie zawsze muszą prowadzić do rozstrzygnięcia w postaci oddalenia powództwa¹³⁴.

¹³⁰ Ibidem, s. 33.

¹³¹ Ściśle rzecz biorąc, posługują się oni określeniem *principle of prohibition*, jednak sądzę, że ze względów językowych zgrabniej jest używać określenia „norma negatywna”.

¹³² J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy...*, s. 60.

¹³³ Ibidem, s. 61.

¹³⁴ Ibidem, s. 63.

Nie udaje się tym samym utrzymać pojęcia systemu, dla którego stwierdzenie występowania luk byłoby wewnętrznie sprzeczne (logicznie niemożliwe), stąd też płynie wniosek, że luki rozumiane jako sytuacje, dla których nie można podać pełnego normatywnego rozstrzygnięcia na podstawie obowiązujących norm prawnych, są możliwe logicznie, a dzięki temu twierdzenia o ich „empirycznym” występowaniu stają się bardziej wiarygodne¹³⁵.

Jules Coleman i Brian Leiter zwracają uwagę, że istnieje różnica pomiędzy twierdzeniem, że nie ma żadnej normy w systemie, która mogłaby służyć jako legitymowana podstawa rozstrzygnięcia, a twierdzeniem, że w rozwiniętych systemach zawsze można znaleźć normę,

¹³⁵ W polskiej teorii prawa J. Wróblewski przyjmował stanowisko, w myśl którego system prawa (w cytowanej pracy pojawia się w tym miejscu określenie „ludowy”, jednak przyjmuję, że twierdzenia J. Wróblewskiego wykraczały poza ówczesne polityczne podziały, ponieważ nigdzie w tekście dotyczącym luk nie ma uzasadnienia odwołującego się do ówczesnego ustroju politycznego) jest systemem zupełnym, mimo że pojawiają się w nim niekiedy sprzeczności usuwane w drodze analogii *legis*. Sprzeczności te dotyczyły rozstrzygnięcia negatywnego (dany fragment rzeczywistości społecznej nie jest uregulowany) i braku rozstrzygnięcia pozytywnego, do którego wydania jest zobligowany sąd. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 314. Należy też zauważyć, że odróżnienie pojęcia dozvolenia mocnego spotkało się w polskiej literaturze z krytyką prowadzoną zarówno z pozycji pragmatycznych (K. Świrydowicz, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *O nieporozumieniach...*), jak i ściśle logicznych (J. Woleński, *Logiczne problemy...*).

Wydaje się jednak, że względy ekonomii pojęciowej, o które w przypadku tej krytyki chodzi, nie odgrywają roli w przypadku problemu luk w prawie, ponieważ odróżnienie dozvolenia w sensie mocnym i słabym pozwala uzasadniać twierdzenia głoszące możliwość ich wystąpienia. Ponadto można sądzić, że przeciwnik odróżniania dozvolenia mocnego i słabego powinien również konsekwentnie odrzucać możliwość występowania luk w prawie. Skoro bowiem normę kompetencyjną można pojmować jako normę nakazującą, a system prawa nie zawiera przepisów określających tryb dokonania danej czynności konwencjonalnej, to wnioskiem winno być odrzucenie możliwości występowania luk, bo zgodnie z Kelsenowską normą negatywną sposób dokonania czynności konwencjonalnej jest pozostawiony swobodnemu uznaniu. Przedstawiciele szkoły poznawczej odrzucający pojęcie dozvolenia mocnego dopuszczają jednak występowanie luk konstrukcyjnych jako właśnie braku przepisów określających tryb dokonania takiej czynności konwencjonalnej. Tak należy bowiem traktować wzmianki o możliwości odróżnienia luk konstrukcyjnych zawarte zarówno w pracy Z. Ziemińskiego (*Problemy podstawowe...*), jak i podręczniku: A. Redelbacha, S. Wronkowskiej, Z. Ziemińskiego (*Zarys teorii...*, s. 223). Cytowani autorzy zdają się odrzucać przesłankę, akceptując wniosek w postaci uznania występowania luk w prawie.

która będzie pełnić taką funkcję. Jednak związek pomiędzy tą normą a rozstrzygnięciem jest zbyt słaby, by je uzasadnić, z czego wyciągają wniosek, że nawet w rozwiniętych systemach mogą być podejmowane niezwiązane decyzje sądowe, ale fakt ten nie jest skutkiem występowania luk w prawie¹³⁶.

Nie można też przeceniać wpływu występowania sytuacji, w których uzasadnione jest mówienie o luce w prawie, na możliwość przewidywania decyzji stosowania prawa. W przykładowej sytuacji uchylecia dotychczasowych przepisów określających przesłanki otrzymania prawa jazdy danej kategorii i ustalenia, że nowe przepisy wchodzi w życie np. rok po utracie mocy obowiązującej starych przepisów, łatwo jest przewidzieć zachowanie organów administracyjnych stosujących prawo. Nie będą wydawać decyzji, jednocześnie informując stronę, zgodnie z art. 36 k.p.a., o przyczynach niezakończona sprawy w terminie. Działanie ustawodawcy, w wyniku którego uchylono przepisy normujące przystąpienie do egzaminu prawa jazdy i nie „zauważono”, że nowe przepisy regulujące tę kwestię wejdą w życie niemal w rok po utracie mocy obowiązującej starych, nie skutkuje zatem nieprzewidywalnością decyzji stosowania prawa. Pomimo niemal rocznego *vacatio legis* można jednak twierdzić, że działanie to było zaskakujące dla adresatów norm prawnych, a zatem nieprzewidywalne w sferze tworzenia prawa. Wyżej określiłem ten rodzaj nieprzewidywalności jako polityczną. Przykład ten pokazuje, że pomiędzy twierdzeniem o wystąpieniu luki w danej sprawie a twierdzeniem o nieprzewidywalności decyzji sądowej nie ma związku koniecznego. Sytuacja opisana wyżej jest zbliżona do tzw. zaniechania legislacyjnego, które w tym kontekście niech oznacza niewydanie aktu wykonawczego pomimo obligatoryjnego upoważnienia ustawowego. Jeżeli uprawnienie zostanie przyznane przez ustawę, zaś akt wykonawczy ma przykładowo jedynie określić techniczne kwestie związane z jego realizacją, np. wzór wniosku, to niewydanie aktu wykonawczego nie powoduje niemożności realizacji uprawnienia. Fakt niewydania aktu wykonawczego może jednak opóźnić jego realizację, co w myśl odróżnienia formalnej (przewidywalność) i materialnej (akceptowalność) pewności prawa będzie wprawdzie przewidywalne, ale nieakceptowalne.

¹³⁶ J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity...*, s. 576.

4.2.5. Spójność zbioru norm prawnych

Drugą, obok zupełności, „systemową” cechą prawa ma być jego spójność. Prawo niespójne ma stanowić zagrożenie dla pewności prawa, a przedstawiciele poglądów uznawanych jako postmodernistyczne wskazują, że prawo w wydaniu zachodnim jest obciążone zasadniczymi sprzecznościami, mającymi polegać m.in. na napięciu pomiędzy ludzką potrzebą uspołecznienia a obawą przed innymi ludźmi, co ma znajdować swoją analogię w pragnieniu, aby władza chroniła naszą autonomię i obawie, że tę autonomię sobie przywłaszczy¹³⁷. W tym miejscu będą mnie interesować poglądy mniej filozoficznie obciążone i sprowadzające się do twierdzenia, że prawo jest niespójne, w wyniku czego wzrasta nieprzewidywalność decyzji jego stosowania.

Warunkiem koniecznym spójności systemu jest brak niezgodności między jego elementami¹³⁸, jednak jest to warunek niewystarczający¹³⁹.

Tradycyjnie w polskiej teorii prawa określeniem „sprzeczność norm” określane są różne rodzaje ich niezgodności¹⁴⁰. Sprzeczność w szerokim znaczeniu może mieć postać niezgodności formalnej lub prakseologicznej. Niezgodność formalna z kolei może mieć postać sprzeczności w ścisłym sensie lub przeciwieństwa. Kryterium odróżnienia w tym przypadku stanowi potrzeba lub jej brak odwoływania się do wiedzy na temat możliwości realizacji obu porównywanych norm. W przypadku sprzeczności w ścisłym sensie nie ma takiej potrzeby. Wystarczy porównanie stosunków między zakresami zastosowania porównywanych norm lub ich zakresami normowania, dlatego określa się ją niekiedy jako mającą charakter logiczny. W przypadku przeciwieństwa trzeba wiedzieć, czy zrealizowanie jednej normy wyklucza realizację drugiej. Właśnie niezgodność formalną można rozvikłać, jak pisze Z. Ziemiński, prawie zawsze, poprzez wskazanie jakichś uznanych reguł kolizyjnych¹⁴¹.

¹³⁷ Ibidem, s. 573.

¹³⁸ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 225.

¹³⁹ M. Araszkiewicz, *Koherencyjny model rozumowań prawniczych*, AFPiFS 2010, nr 1, s. 26.

¹⁴⁰ Rodzaje te przedstawiam za: Z. Ziemiński, *Problematyka ogólna zbiegu przepisów prawnych*, [w:] *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2007, s. 163.

¹⁴¹ Ibidem, s. 165.

W przypadku niezgodności prakseologicznej realizacja jednej normy nie wyklucza realizacji drugiej, jednak możliwość zrealizowania obu norm niweczy możliwość zrealizowania celów obu norm. Niezgodność tego rodzaju ma charakter stopniowalny¹⁴². Łatwo można sobie wyobrazić argumentację, że np. norma nakazująca płacić podatek dochodowy jest niezgodna prakseologicznie z normą nakazującą rodzicom troszczyć się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka (art. 96 k.r.o.).

W praktyce, chociaż niełatwo niezgodność prakseologiczną zdiagnozować, co wynika m.in. z kłopotów z ustaleniem celu porównywanych norm, twierdzi się, że „niezgodności te nie stanowią większego problemu”¹⁴³, bo można np. przyjąć, iż „domyślnie wyznaczona jest kolejność realizowania nakazów wyznaczonych przez te normy”¹⁴⁴.

Niezgodności prakseologiczne i formalne nie stanowią większego problemu nie tylko z tej racji, że podmiot mający rozstrzygnąć daną sprawę dysponuje odpowiednim warsztatem prawniczym. Nie stanowią problemu również dlatego, że niezgodności formalne w postaci sprzeczności lub przeciwieństwa norm występują rzadko. Należy jednak zastrzec, że chodzi o normy ustanowione przez upoważniony do tego organ, a nie o zdania prawne stanowiące interpretację tych norm dokonywaną przez właściwe organy. Te ostatnie mogą i są często wzajemnie sprzeczne, co znajduje swój wyraz w twierdzeniach o niejednolitości orzecznictwa.

Należy jednak zauważyć, że względnie często uznaje się daną regulację za niespójną z innymi przepisami. Tego rodzaju twierdzenie jest zasadne w sytuacji rzeczywistego sporu kompetencyjnego¹⁴⁵. Nieco mniej jest natomiast zasadne w innych sytuacjach wskazywanych przez przedstawicieli poszczególnych dogmatyk. Na przykład zarzut niespójności został

¹⁴² Ibidem, s. 166.

¹⁴³ E. Łętowska, *Zbieg norm w prawie cywilnym*, Warszawa 2002, s. 59.

¹⁴⁴ Z. Ziemiński, *Problematyka ogólna...*, s. 166. Jednak E. Łętowska, w odniesieniu do sytuacji zbiegu norm wykazującej pewne podobieństwa z niezgodnością norm wskazuje, że rozwiązywana jest w różny sposób: niekiedy reguły kolizyjne, którymi są np. przepisy prawne, same kwestionują sytuację zbiegu (konkurencyjności) sposobów zaspokojenia czyjegoś interesu, niekiedy eliminują konkurencję przez wymaganie pierwszeństwa dla bezpośredniości ochrony, czasem w tej roli wystąpi procesowa paremia *da mihi factum dabo tibi ius*. E. Łętowska, *Zbieg norm...*, s. 60, 78.

¹⁴⁵ A. Bator, *Publicznoprawne spory kompetencyjne na przykładzie dwóch konfliktów politycznych*, [w:] *W poszukiwaniu dobra...*, s. 567.

sformułowany w odniesieniu do grupy przepisów przyznających narzędzia prawnej ingerencji w działalność gminy takim organom administracji rządowej, które nie mieszczą się w konstytucyjnym i ustrojowym wyliczeniu organów nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego¹⁴⁶. Innym zarzutem, również pochodzącym z doktryny prawa administracyjnego, jest zwrócenie uwagi na nieobjęcie nadzorem nad samorządem terytorialnym podmiotów niebędących jego organami. Nie wszystkie więc podmioty samorządu terytorialnego są objęte nadzorem¹⁴⁷. Wprawdzie w tym ostatnim przypadku zarzut niespójności nie został sformułowany wprost, jednak może on zostać odczytany z cytowanej publikacji. Należy wszakże zauważyć, że te dwa przykłady, jeżeli odnieść do nich pojęcie niespójności, dotyczą różnych zagadnień. Nieobjęcie nadzorem jakiegś podklasy podmiotów samorządu terytorialnego jest negatywnie ocenianym działaniem prawodawcy z punktu widzenia zapewnienia ochrony praw jednostki. Uchwalanie natomiast przepisów ustawowych, w których kolejne organy administracji rządowej uzyskują narzędzia ingerencji w działalność samorządu terytorialnego, zasługuje na miano niezgodności z normami wyższego rzędu (ustrojowymi i konstytucyjnymi). Czy jednak niezgodność norm niższego rzędu z normami wyższego rzędu, stwierdzana przez sądy konstytucyjne, jest przejawem niezgodności formalnej lub prakseologicznej?

Niezgodność orzekana przez Trybunał Konstytucyjny najczęściej nie jest niezgodnością norm w powyższym sensie. Warunkiem zajścia sytuacji niezgodności norm jest przynależność obu porównywanych norm do tej samej kategorii: merytorycznej albo kompetencyjnej¹⁴⁸. Zasadnicza większość norm konstytucyjnych pełniących funkcję wzorca kontroli konstytucyjności ma charakter norm kompetencyjnych. Przyjrzyjmy się przykładowemu orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał orzekł, że art. 130a ust. 11 pkt 3 ustawy z 1997 r. – Prawo o ruchu

¹⁴⁶ Zob. T. Bąkowski, M. Brzeski, M. Laskowska, *Samodzielność gminy w świetle Konstytucji i ustawodawstwa zwykłego*, [w:] *Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, red. S. Wrzosek, M. Domagała, J. Izdebski, T. Stanisławski, Warszawa 2010, s. 37–40.

¹⁴⁷ T. Bąkowski, M. Brzeski, *Nadzór nad działalnością prawotwórczą podmiotów samorządu terytorialnego niebędących jego organami*, [w:] *Nadzór nad samorządem a granice jego samodzielności*, red. M. Mączyński, M. Stec, T. Bąkowski, Warszawa 2011, s. 138–139.

¹⁴⁸ S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, PiP 2001, z. 9, s. 17.

drogowym jest niezgodny z art. 64 ust. 3 Konstytucji RP¹⁴⁹. Przepis ustawy miał charakter upoważnienia dla ministra właściwego do spraw wewnętrznych do określenia trybu postępowania w zakresie przejęcia pojazdu na rzecz Skarbu Państwa. Przepis art. 64 ust. 3 Konstytucji RP wprowadza zasadę, że ograniczenia własności mogą być wprowadzone tylko w drodze ustawy. Trybunał uzasadniał swe rozstrzygnięcie za pomocą następującego rozumowania: „skoro (...) jedynym źródłem ograniczeń prawa własności może być ustawa, to tym bardziej pozbawienie prawa własności, będące przepadkiem rzeczy, winno zostać całościowo unormowane w ustawie. Ustawa powinna wskazywać przede wszystkim organ właściwy do orzekania o przepadku pojazdu”¹⁵⁰.

Wyrażając problem w języku teorii prawa: przepis ustawowy udzielał ministrowi kompetencji do dokonania określonej czynności konwencjonalnej istotnej prawnie. Przepis konstytucyjny zakazuje prawodawcy ograniczać prawo własności w innej formie niż ustawowa. Jeżeli rzecz uprościć i przyjąć, że oba przepisy wyrażają normy prawne, to nie ma pomiędzy nimi sprzeczności, ponieważ ich adresatami są różne podmioty (adresatem kompetencji jest minister, adresatem normy konstytucyjnej jest prawodawca). Nie są również przeciwne – z podobnych powodów brak elementów wspólnych między zakresami adresatów. Obie zacytowane regulacje nie są więc niezgodne w sensie formalnym.

Czy są niezgodne prakseologicznie? Jerzy Wróblewski, wyróżniając relację proceduralną i treściową jako rodzaje zgodności i niezgodności reguł różnych szczebli systemu, zdaje się odrzucać stanowisko, w myśl którego tego rodzaju niezgodności mogą być uznane za niezgodności prakseologiczne¹⁵¹. Z tego rodzaju niezgodnością możemy – jego zdaniem – mieć do czynienia w sytuacji, gdy Trybunał „prowadzi rozważania celowościowe”¹⁵². Tego rodzaju określenie jest jednak równie mało precyzyjne jak objaśnienia treści wyrażenia „niezgodności prakseologicznej” poprzez wskazanie na niweczenie skutków realizacji jednej normy przez zrealizowanie drugiej lub odwrotnie¹⁵³.

¹⁴⁹ Wyrok TK z dnia 6 marca 2008 r., P 4/06, OTK-A 2008, nr 5, poz. 76.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ J. Wróblewski, *System, tworzenie i wykładnia prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 1989, z. 2, s. 6.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 226.

Co będzie skutkiem realizacji kompetencji przez odpowiedniego ministra? Zaktualizują się różne obowiązki adresatów normy kompetencyjnej, co w tym przykładzie będzie ostatecznie oznaczało, że niektóre samochody przejdą na własność Skarbu Państwa. Co będzie lub jest skutkiem realizacji normy art. 64 ust. 3 Konstytucji RP? Pewien stan rzeczy cechujący się tym, że obowiązuje prawo w formie ustawowej, w którym podmioty nie są pozbawiane prawa własności? Czy raczej stan rzeczy polegający na tym, że podmioty nie są pozbawiane prawa własności? Jeżeli nawet przyjąć, że mamy w tej sytuacji do czynienia z niezgodnością prakseologiczną, to w moim przekonaniu w związku z chwiejnością kryteriów stosowności tego pojęcia lepiej mówić o naruszeniu przez prawodawcę normy konstytucyjnej.

Gdyby chcieć zrekonstruować typowe rozumowanie Trybunału, to w sposób bardzo uproszczony można je przedstawić następująco. Norma konstytucyjna zakazuje prawodawcy zachowań Z skutkujących rezultatem prawotwórczym P. Prawodawca podejmuje zachowania Z skutkujące rezultatem prawotwórczym P. Zatem rezultat prawotwórczy P jest niezgodny z Konstytucją RP. Nie chodzi przy tym o niezgodność formalną czy nawet prakseologiczną, ale o niezgodność pojmowaną jako wykroczenie poza granice, które wyznacza norma kompetencyjna. Sądy konstytucyjne – w przypadku stwierdzenia niezgodności normy merytorycznej z kompetencyjną – oceniają spełnianie przez normy niższego rzędu standardów wyznaczonych przez normy wyższego rzędu. Normy oceniane jako niezgodne z Konstytucją RP są więc niezgodne w sensie niespełniania standardów, a nie w sensie niezgodności formalnej lub prakseologicznej. Mówiąc zaś jeszcze inaczej, w sposób charakterystyczny dla poznańskiej szkoły teorii prawa, przedmiotem badania przez Trybunał jest zgodność aktu stanowienia prawa z regułami dokonywania aktów danego rodzaju¹⁵⁴.

Cóż wynika z powyższych ustaleń dla przewidywalności decyzji stosowania prawa? Spośród wymienionych wyżej niespójności rzeczywiście trudnością dla postulatu przewidywalności jest sytuacja sporu kompetencyjnego. Podobnie sytuacja, w której badaniu podlega spełnienie reguł dokonywania czynności tworzenia prawa, czyli badanie zgodności

¹⁵⁴ S. Wronkowska, *Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”*, PiP 2008, z. 10, s. 14.

norm niższego rzędu z normami wyższego rzędu, ze względu na swój bynajmniej nie mechaniczny charakter, wiążący się niejednokrotnie z procesem ważenia zasad, również jest istotnym czynnikiem obniżającym przewidywalność decyzji stosowania prawa. Należy jednak podkreślić, że w przypadku decyzji stosowania prawa tego rodzaju sytuacja będzie miała miejsce, gdy pojawią się wątpliwości co do zgodności z normami wyższego rzędu przepisów mających składać się na podstawę normatywną rozstrzygnięcia.

4.2.6. Sceptycyzm reguł

Na tle powyższych dobrze znanych zjawisk i problemów zarzut odwołujący się do sposobu interpretacji przez słynnego filozofa amerykańskiego Saula Kripke'a fragmentu *Dociekań filozoficznych* L. Wittgensteina brzmi dość egzotycznie, ponieważ jest przykładem zajęcia perspektywy filozoficznej, podczas gdy wcześniej omawiane czynniki, które mają obniżyć przewidywalność decyzji stosowania prawa, lokuje się w perspektywie afilozoficznej. „Odwołanie się” polega na ekstrapolacji argumentacji skonstruowanej w określonym kontekście filozoficznym do kwestii związania decyzji sądowej przez reguły prawne.

Podstawą interpretacji dokonanej przez S. Kripke'a był następujący fragment *Dociekań*: „paradoks nasz wyglądał tak: reguła nie może wyznaczać sposobu działania, gdyż każdy sposób działania daje się z nią uzgodnić”¹⁵⁵. Na tej podstawie wywodzono, że nie ma obiektywnych faktów, które sprawiają, że dane wyrażenie językowe ma takie, a nie inne znaczenie¹⁵⁶, czyli że słowa nie mają znaczeń lub – w innym ujęciu – „zastosowanie reguły, zatem i użycie słowa nie ma podstaw zapewniających jednoznaczność i reguła zawsze może być różnie zinterpretowana”¹⁵⁷.

Saul Kripke uzasadnia tę postać sceptycyzmu przez odwołanie się do reguł arytmetyki i stawia pytanie: skąd jestem pewien, że $68+57=125$ ¹⁵⁸?

¹⁵⁵ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne...*, s. 119; zob. M. Soin, *Gramatyka i doświadczenie. Problem Wittgensteina*, Wrocław 2001, s. 165.

¹⁵⁶ J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity...*, s. 568.

¹⁵⁷ M. Soin, *Gramatyka i doświadczenie...*, s. 165.

¹⁵⁸ S. Kripke, *Wittgenstein o regułach...*, s. 21 i n.

Co to bowiem znaczy „plus”, „+”? Sceptyk nie kwestionuje arytmetycznej poprawności odpowiedzi ani tego, że nie wiadomo, jaka jest poprawna odpowiedź, ale nasze przekonanie, że reguła, która nas prowadzi w rozwiązaniu tego zadania, jest tą samą regułą, którą stosowaliśmy w przeszłości. Nie mogę się odwołać do jakiejś wyższej instancji, np. innej reguły, bo ta również może być różnie zinterpretowana. Jedyne, do czego się mogę odwołać, to moja dotychczasowa praktyka. A ta przecież mogłaby być inna. Jakie jest więc rozwiązanie tego paradoksu, jeżeli chcemy wciąż twierdzić, że słowa mają znaczenie? Kripke uważa, że pojęcie „kierowania się regułą” ma sens dopiero w perspektywie społecznej, gdy owo kierowanie się jest zgodne z działaniami innych osób¹⁵⁹.

Należy jednak zauważyć, że intencją Kripke’a nie było „wywrócenie” naszego świata do góry nogami, ale pokazanie nietrafności semantyki intencjonalnej, w myśl której znaczenia słowa mają rodowód psychologiczny. Jak ma to miejsce z wieloma twierdzeniami filozoficznymi, również w tym wypadku wykorzystano wynik argumentacji poza kontekstem, w jakim została sformułowana. Jednak jak stwierdza L. Solum, argumentacja ta nie ma „siły egzystencjalnej” (*existential-force*), powołując się na słowa samego S. Kripke’a, że „nie wprowadza ona terroru w nasze życie”¹⁶⁰. Chodzi bowiem o to, że pomimo braku obiektywnych, niezależnych od nas czynników decydujących o znaczeniu praktyka społeczna całkiem dobrze realizuje zadanie ustalania znaczeń. Podobnie jest z zarzutami sceptyka w kwestii istnienia świata zewnętrznego. Niemożność podania dowodu istnienia świata zewnętrznego, jakkolwiek nazwana przez I. Kanta skandalem, nie wpływa w żaden sposób na codzienne bytowanie osób zaznajomionych z argumentacją sceptyka.

Gdyby natomiast pominąć powyższy kontrargument, to można podnieść inny, opierający się na statusie metodologicznym twierdzeń filozoficznych. Mają one bowiem głównie wyjaśniać daną praktykę społeczną. Krytyka poszczególnych twierdzeń filozoficznych nie ma na celu, co więcej, nie jest w stanie zmieniać tej praktyki. Jedyne, co może zmienić, to jej filozoficzne wyjaśnienie¹⁶¹.

¹⁵⁹ M. Soin, *Gramatyka i doświadczenie...*, s. 166.

¹⁶⁰ L. Solum, *On the Indeterminacy...*, s. 478.

¹⁶¹ J. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity...*, s. 572.

4.2.7. Zwiększanie wartości informacyjnej swoich działań

Argument ten opiera się na pojęciu wartości informacyjnej zaczerpniętej z teorii informacji oraz na pewnym, dość dyskusyjnym, założeniu dotyczącym sędziów oraz przedstawicieli doktryny prawa.

Pojęcie wartości informacyjnej jest pochodną pojęcia informacji. Istnieje znaczenie potoczne terminu „informacja”, które w uproszczeniu można by utożsamić ze znaczeniem terminu „wiadomości”, oraz znaczenie techniczne, w którym „informacją” zaczęto nazywać nie treść, lecz rzadkość występowania znaków, cyfr lub liter. Tak rozumianą informację powiązano z prawdopodobieństwem w relacji: im większe prawdopodobieństwo wystąpienia danego znaku w określonym kontekście, tym mniejsza informacja¹⁶². O tak rozumianej informacji K. Szaniawski pisał: „Ilość informacji zawartej w sygnale [tj. nośniku informacji – M.W.] zależy od zbioru, do którego ów sygnał należy. Im liczniejszy jest zbiór możliwych sygnałów, tym większą informację niesie każdy poszczególny sygnał (...). W skrajnym przypadku, gdy rozstrzygnięcie jest tylko jedno (zbiór możliwych sygnałów jest jednoelementowy), nie ma w ogóle niepewności, ów jedyny sygnał zatem niesie informację zerową”¹⁶³.

Tak określone pojęcie informacji A. D’Amato zastosował do problematyki przewidywalności treści decyzji stosowania prawa, zastępując wyrażenie „ilość informacji” wyrażeniem wartość informacyjna (*information value*)¹⁶⁴. Powołując się na teorię informacji, autor ten twierdzi, że wartość informacyjna jakiejkolwiek wiadomości rośnie w przypadku powstania rozbieżności pomiędzy treścią przewidywanego a treścią rzeczywiście wydanego rozstrzygnięcia. W przypadku sprawy o całkowicie pewnym (w pełni przewidywalnym) rozstrzygnięciu jej wartość informacyjna wynosi 0¹⁶⁵. Odpowiada to zatem sytuacji, o której cytowany wyżej K. Szaniawski pisał, że sygnał niesie informację zerową. Można więc powiedzieć, że im większa rozbieżność orzecznictwa w danej sprawie, tym bardziej zwiększa się wartość informacyjna sygnałów

¹⁶² J.J. Jadacki, *Potoczne rozumienie „informacji”*, [w:] *Analiza pojęcia informacji*, red. J.J. Jadacki, Warszawa 2003, s. 9.

¹⁶³ K. Szaniawski, *Informacja*, [w:] *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, red. Z. Cackowski i in., Wrocław 1987, s. 245.

¹⁶⁴ A. D’Amato, *Legal Uncertainty...*

¹⁶⁵ *Ibidem*, s. 19.

docierających z systemu prawnego. Pojęcie informacji (wartości informacyjnej) ma tutaj status ilościowy, nie jakościowy, bo przecież, z jakościowego punktu widzenia, sytuacja rozbieżności orzecznictwa wzmacnia niepewność podmiotu pragnącego trafnie przewidzieć decyzję sądową.

D'Amato stawia tezę, że przynajmniej niektórzy sędziowie, świadomie lub nie, pragną uznania dla swoich zawodowych czynności, zaś konsekwentne korzystanie (w znaczeniu nietworzenia nowych) z już istniejących precedensów nie zawsze prowadzi do budowania prestiżu danego sędziego. Proste kontynuowanie linii orzeczniczej nie wnosi nic nowego do orzecznictwa, nie stanowi wkładu w dorobek judykatury. Z tego rodzaju uwarunkowań D'Amato wyciąga wniosek o istniejącej wśród sędziów tendencji do maksymalizacji wartości informacyjnej swoich działań. Nie przekonuje go zarzut, że sędzia, wydając nieoczekiwane orzeczenie, może tym samym wyjaśniać prawne wątpliwości, ostatecznie je rozwiewać. Argumentuje, że żadne orzeczenie nie zakończyło uprzednich kontrowersji, wręcz przeciwnie – rodziło nowe¹⁶⁶.

Innym zarzutem, jaki odpiera D'Amato, jest twierdzenie, że sędziowie nie mogą naruszać decyzyjnych wzorców z powodów wskazanych przez niego, ponieważ postępowanie sądowe jest dwuinstancyjne i decyzje nie dość uzasadnione zostaną uchylone przez organ wyższej instancji. Odpowiada, że sędziowie starają się przedstawiać swoje decyzje tak, jak gdyby odnajdywali, a nie tworzyli prawo. Nie przeszkadza to im jednak w zwiększaniu wartości informacyjnej swoich decyzji. Jest to możliwe poprzez położenie nacisku na te elementy stanu faktycznego, które czynią go rzadkim lub wyjątkowym. Owo położenie nacisku polega na takim przeformułowaniu opisu sprawy, aby określić zagadnienia sprawy tak wąsko jak to możliwe, po to, by podkreślić wybrane fakty uzasadniające pokazanie różnicy pomiędzy sprawą rozpatrywaną a dotychczasowym precedensem¹⁶⁷. Jest to dobrze znana metoda obalania precedensów przez odróżnianie faktów relewantnych (*distinguishing*). Mówi się o niej, że bywa nadużywana przez sądy doszukujące się różnic faktycznych w sprawach, w których ich w rzeczywistości nie ma¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Ibidem, s. 20.

¹⁶⁷ Ibidem, s. 20–21.

¹⁶⁸ S. Pomorski, *Amerykańskie common law a zasada nullum crimen sine lege. Studium krytyczne prawotwórstwa sądowego w amerykańskim prawie karnym*, Warszawa 1969, s. 57–58.

Wreszcie ostatni zarzut wydaje się najmocniejszy: nie ma żadnych dowodów na to, że sędziowie świadomie zwiększają wartość informacyjną swoich decyzji. D'Amato zauważa, że tendencja ta nie musi być świadoma¹⁶⁹, co rzeczywiście obala zarzut, jednak w sposób niewywrotny, a więc naukowo bezwartościowy.

Przedstawioną wyżej argumentację trudno podzielić, choćby ze względu na dyskusyjne wyjściowe założenie dotyczące sędziów. Nawet jeżeli można przypisać tego rodzaju pragnienia niektórym sędziom, to argument powyższy zakłada, że wydając orzeczenia, kierują się głównie swoimi ambicjami, nie zaś normami prawnymi. Argumentacja tego rodzaju naraża się więc na zarzut zakładania tego, co ma dopiero wykazać. Dodatkowo warto zauważyć, że wykazuje ścisły związek z systemem precedensowym, w którym cytowanie orzeczeń odbywa się m.in. przez przywołanie nazwiska sędziego, który je wydał. Ten fakt może stanowić powód do przypuszczeń takiego typu, jakie przedstawił D'Amato. W tradycji kontynentalnej to nie sędzia wydaje wyrok, ale sąd (rejonowy, okręgowy, apelacyjny). Wprawdzie w dostępnych publikacjach orzeczeń publikowany jest skład orzekający, jednak wnioskowanie, że powodem wyłamania się z określonej „linii orzeczniczej” (co może być uznane za kontynentalny odpowiednik odstąpienia od precedensu) jest pragnienie uznania i prestiżu, jest spekulacją nieznajdującą uzasadnienia w kulturze prawa stanowionego.

Anthony D'Amato zauważa, że pragnienie zwiększenia wartości informacyjnej swoich działań cechuje również przedstawicieli doktryny. Autorstwo glosy krytycznej lub innej publikacji krytycznej wobec np. dotychczasowej linii orzecznictwa rodzi większą nadzieję na dostrzeżenie jej autora. O ile w przypadku sędziów stanowisko D'Amato jest nie do utrzymania, o tyle można przyznać mu rację co do intencji przedstawicieli nauki prawa, dla których warunkiem sprzyjającym „zaistnienia w nauce” jest opublikowanie pracy prezentującej nową koncepcję, nowe pytania, paradygmaty itp. Twierdzenie jednak, że wzrost liczby opracowań naukowych prezentujących różne koncepcje na ten sam temat zwiększa niepewność prawa, będzie uzasadnione jedynie pod warunkiem uznania, iż poglądy doktryny wywierają wpływ na orzecznictwo. Tego rodzaju twierdzenie jest trudne do zweryfikowania, ponieważ

¹⁶⁹ A. D'Amato, *Legal Uncertainty...*, s. 21.

dotyczy motywów podjęcia przez sędziego takiej, a nie innej decyzji. Niewątpliwie, poglądy doktryny stanowią wydatną pomoc w racjonalizacji swoich decyzji, których przejawem są sporządzane uzasadnienia orzeczeń. Zatem upatrywanie jednej z przyczyn nieprzewidywalności treści decyzji w zróżnicowaniu poglądów doktryny na dany temat jest zbyt daleko idące z uwagi na trudność w zweryfikowaniu takiego twierdzenia.

Rozdział 5

Pewność prawa – zasada czy wartość (ideał)?

Próby objaśnienia treści pojęcia pewności prawa, wskazanie jego złożoności nie przesądzają w żaden sposób statusu tego pojęcia. Wspominałem wcześniej, że wskutek orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego pewność prawa jest ujmowana jako zasada prawa. W tym rozdziale zamierzam odpowiedzieć na pytanie, na ile zasadna jest taka kwalifikacja i rozważyć, czy można pewność prawa kwalifikować jako ideał.

Odpowiedź na to pytanie nie wyczerpuje jednak problematyki statusu pewności prawa. Do zakresu tego zagadnienia należy również rozważenie kwestii pewności prawa jako celu i funkcji prawa. W pierwszej kolejności zajmę się pytaniami: czy pewność prawa może stanowić cel prawa oraz czy pewność prawa może stanowić funkcję prawa, a następnie przejdę do problemu pewności prawa jako zasady prawa.

5.1. Pewność prawa a problem celu prawa

Zasadność posługiwania się kategorią celu prawa wzbudzała w historii filozofii prawa kontrowersje. Z jednej strony mieliśmy stanowisko H. Kelsena głoszącego czystą teorię prawa pozbawioną elementów empirycznych, z drugiej Rudolfa Iheringa czy Leona Petrażyckiego, zwolenników naukowej polityki prawa. Współcześnie trudno znaleźć przedstawicieli stanowiska negującego jakąkolwiek refleksję nad celem prawa. Dotyczy to również autorów uznawanych za pozytywistów, jak np. H. Hart. Uczony ten w odpowiedzi na krytykę Fullera, zarzucającą niedocenia nie roli celu prawa, wyjaśniał, że rolę tę dostrzega, jednak skupia się na rzeczach, jego zdaniem, bardziej istotnych, jak „wyjaśnienie wielu

rzeczy, które Fuller traktuje jako dane”¹. Z kolei J. Raz, przedstawiciel „twardego” pozytywizmu, opracował w swoim czasie ogólną klasyfikację funkcji prawa, co z problemem celu wiąże się przez to, że jednym ze znaczeń terminu „funkcja” jest właśnie cel i że w praktyce znaczenia te trudno oddzielić². Zasadność refleksji nad celem prawa nie wyznacza już dzisiaj podziału na pozytywistów odrzucających programowo tę problematykę i realistów głoszących program inżynierii społecznej, czy zwolenników jakiejś wersji prawa naturalnego. Nie ma już chyba współcześnie badaczy kwestionujących potrzebę badania problematyki celu prawa, zaś różnice pomiędzy nimi biorą się raczej z przypisywania jej odmiennej wagi.

Drugą kategorią, istotną z punktu widzenia pracy, jest „funkcja prawa”. Spór o funkcje prawa nie wyznaczał, jak w przypadku celu prawa, stanowisk filozofii prawa. Pytań o funkcję czy też funkcje prawa nie stawia praktyka stosowania prawa, chyba że w pewnym określonym znaczeniu terminu „funkcja”, tj. w kontekście podejmowania wykładni funkcjonalnej. Problematyka funkcji prawa stanowi natomiast niewątpliwie przedmiot zainteresowania socjologii prawa oraz filozofii polityki.

W tej części niniejszego rozdziału przedstawię problem pewności prawa i bezpieczeństwa prawnego ujmowanych jako cel prawa. Przykładem takiego podejścia może być stanowisko G. Radbrucha, który bezpieczeństwo prawne przedstawił, obok dobra wspólnego i sprawiedliwości, jako najwyższy cel prawa³. Z kolei za przedstawiciela poglądu, w myśl którego pewność prawa i bezpieczeństwo prawne są funkcjami

¹ H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii...*, s. 365.

² J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, tłum. P. Maciejko, Warszawa 2000, s. 163–178.

³ G. Radbruch, *O celu prawa...*, s. 325. Należy podkreślić, że Radbruch, pisząc o celach prawa, nie odwoływał się do konkretnych systemów prawnych. Podkreślenie to jest niezbędne, by uniknąć zarzutu, że skoro ustawodawca wprowadził klauzulę państwa prawnego do konstytucji, to tym samym wyznaczył jeden z wielu możliwych celów prawa. W dalszym ciągu rozważam problem uzasadnienia twierdzenia o celu prawa bez odwołania się do postanowień jakiegokolwiek konstytucji. Twierdzenie podobne do sformułowanego przez Radbrucha można znaleźć również w: H.T. Klami, *Norma decyzyjna, stare decisis i praktyka sądowa*, St. Praw. 1985, nr 3–4, s. 113. „(...) jednym z głównych warunków (...) rozważań finalistycznych jest konsekwencja, która na poziomie polityki prawa jest równoważna ogólnie zaakceptowanym celom sprawiedliwości i pewności prawnej”.

prawa, można uznać J. Raza. Badacz ten wprowadził w tym kontekście ani określenie „pewność prawa”, ani „bezpieczeństwo prawne” nie posługiwał się, jednak wymieniane przez niego funkcje prawa, jak: rozwiązywanie konfliktów, kierowanie zachowaniami, dostarczanie narzędzi służących prywatnym układom, wykazują z bezpieczeństwem prawnym pewien związek, który przedstawię w punkcie drugim tego rozdziału.

Przejdźcie do uzasadnienia twierdzeń o funkcjach prawa w postaci pewności prawa lub bezpieczeństwa prawnego wymaga przypomnienia niezbędnych odróżnień terminologicznych.

Przeprowadzone w polskiej literaturze analizy pojęcia „funkcji” wskazują, że cel jest jednym z kilku pojęć funkcji. Wśród pozostałych wymieniane są pojęcia funkcji jako roli i jako skutku⁴. Funkcje prawa najczęściej rozpatruje się bądź w kategoriach celu, bądź w kategoriach skutku⁵.

W objaśnieniu treści pojęcia celu I. Bogucka przypomina różne rodzaje celów, które dadzą się jednak sprowadzić do dwóch grup. Pierwsza przejawia się w takich określeniach, jak: cel-zamiar, Kelsenowski cel ujęty podmiotowo, cel pojmowany psychologicznie, cel stawiany przez podmiot działający (*finis operantis*), drugą zaś wyrażają: cel rzeczowy, cel ujęty przedmiotowo, cel pojmowany niepsychologicznie oraz cel dzieła (*finis operis*)⁶. Mimo to cytowana autorka przyjmuje, że cele może mieć tylko człowiek, czego uzasadnienie podaje jedynie w postaci każdorazowej możliwości sprowadzenia celu należącego do drugiej grupy do wypowiedzi przypisującej cel jakiemuś podmiotowi. Ma to duże znaczenie z punktu widzenia postawionego wyżej pytania.

Jak można więc uzasadnić, że jakikolwiek stan rzeczy stanowi cel prawa? Pozytywnym założeniem tego pytania jest przyjęcie, że sensowne jest mówienie o celu całego prawa. Nie wchodząc w filozoficzny spór na temat treści pojęcia prawa, przyjmuję, że poprzez określenie „całego prawa” rozumiem wszystkie normy prawa pozytywnego uchwalone lub ustanowione przez kompetentne organy i ogłoszone w urzędowy sposób, zasady prawa, nie tylko te, które zostały wyodrębnione przez doktrynę na podstawie tekstu prawnego, ale również te, o których mówi orzecznictwo sądów powszechnych, Wojewódzkiego i Naczelnego Sądu

⁴ I. Bogucka, *Funkcje prawa: analiza pojęcia*, Zakamycze 2000, rozdz. II i IV.

⁵ Ibidem, s. 47.

⁶ Ibidem, s. 55–56.

Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego, a także reguły walidacyjne oraz interpretacyjne.

Mówienie o celu całego prawa implikuje pytanie o jedyność/wielość celów, to znaczy, czy prawo ma jeden jedyny cel, do którego wszystkie partykularne cele dają się sprowadzić, czy też celów jest wiele i problemem jest ich wzajemna harmonizacja. Sądzę, że tezy o jednym bądź wielu celach prawa nie wykluczają się, lecz dopełniają⁷. Pojmowanie prawa jako jedności (całości) może stanowić przesłankę dla przyjęcia tezy o jednym celu prawa. Takie ujęcie prawa zbliża je do pojęcia zbioru w znaczeniu kolektywnym⁸. Tego rodzaju pojmowanie prawa byłoby charakterystyczne dla postawy filozoficznej⁹.

Bardziej zgodna z powszechnymi intuicjami prawniczymi, opinią orzecznictwa, doktryny jest jednak teza o wielu celach prawa¹⁰. Poprzednie stanowisko wymagałoby bowiem sprowadzenia partykularnych celów poszczególnych norm, instytucji, aktów, gałęzi do jednego mianownika. To z kolei wymagałoby ujednolicenia postaw oceniających wśród badaczy, którzy takiego sprowadzenia mieliby się podjąć. Trywialne jest spostrzeżenie, że takie ujednolicenie obecnie nie występuje i trudno wyobrazić sobie warunki, w jakich mogłoby się zrealizować. Innym faktem, mogącym służyć jako argument przeciwko takiej możliwości, jest niejednorodność orzecznictwa sądowego. Niejednokrotnie można bowiem odnotować w nim przykłady, które pokazują fundamentalne różnice w pojmowaniu prawa, jego celu, funkcji czy wartości, jakim ma ono służyć. Przyjmuję więc hipotetycznie, że pewność prawa i bezpieczeństwo prawne mogą być jedynie jednym z wielu celów prawa¹¹.

⁷ Terminów tych używam w znaczeniu określonym przez logikę formalną. Dwa zdania wykluczają się wzajemnie, gdy nie mogą być zarazem prawdziwe, zaś dopełniają, gdy mogą być zarazem fałszywe. K. Ajdukiewicz, *Zarys logiki...*, s. 100.

⁸ Na temat pojęcia zbioru w znaczeniu kolektywnym i dystrybutywnym zob. np. B. Stanosz, *Wprowadzenie do logiki formalnej*, Warszawa 2001, s. 88–89.

⁹ J. Wróblewski, *Postawa filozoficzna...*; a także P. Jabłoński, *O postawie filozoficznej w polskiej ogólnej refleksji o prawie*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. S. Czepita, O. Bogucki, Szczecin 2008.

¹⁰ Taki pogląd formułuje np. L. Fuller, *Anatomia prawa*, tłum. R. Tokarczyk, Lublin 1993, s. 58. Co więcej, zwraca on uwagę na to, że fakt ten powoduje „dwuznaczności i niepewności”. Ibidem, s. 62.

¹¹ Jako inne wskazywane są np. realizacja wartości moralnych, realizacja sprawiedliwości, realizacja dobra wspólnego. I. Bogucka, *Funkcje prawa...*, s. 62.

Pytanie o uzasadnienie twierdzenia o danym celu prawa nie różni się od pytań o uzasadnienie twierdzeń o innego rodzaju celach. Jeżeli przyjąć, że cele wyznacza i realizuje zawsze człowiek, to wyrażenie „cel prawa” jest skrótem myślowym, pod którym „kryje” się cel prawodawcy. Tym samym otwiera to całą zawiłą problematykę rozpoznania prawodawcy oraz jego celów, której jednak nie można uniknąć, szukając uzasadnienia dla twierdzenia, że pewność prawa i bezpieczeństwo prawne są celem prawa.

W codziennych sytuacjach najprostszym sposobem poznania celu zachowania jakiejś osoby jest zadanie pytań typu: „Dokąd zmierzasz?”, „Jaki jest cel twojego działania?” itp. W przypadku celów prawa ten prosty sposób nie jest możliwy do wykorzystania z wielu względów. Przede wszystkim termin „prawodawca” w teorii prawa jest wieloznaczny. Odróżnia się bowiem np. prawodawcę empirycznego oraz prawodawcę racjonalnego jako idealizacyjny konstrukt niezbędny prawnikom do wypełniania swej społecznej roli¹².

Przyjęcie, że chodzi o cele prawodawcy empirycznego, nie rozwiązuje problemu, chociażby z tego powodu, iż nie jest możliwe wskazanie, kto nim jest, gdyż współcześnie liczba osób zaangażowanych w proces prawodawczy jest dość znaczna (opracowywanie projektów wspólnie przez zespoły do tego powołane, kolegialność organów władzy ustawodawczej, podmioty, z którymi przeprowadzane są konsultacje społeczne). Pozostaje więc rekonstruowanie celów empirycznego prawodawcy z innych źródeł. Podstawowe podręczniki i opracowania wskazują tutaj na materiały przygotowawcze oraz preambuły do tekstów prawnych. Z kolei z badań orzecznictwa wynika, że cele są ustalane nieco inaczej¹³: przez odwołanie się do powszechnie uznawanych przez prawników funkcji¹⁴ danych instytucji prawnych lub przez dokonywanie wnioskowania redukcyjnego, wreszcie z rzadka przez odwoływanie się do tytułu danego aktu.

¹² L. Nowak, *Interpretacja prawnicza...*

¹³ Nawiasem mówiąc, badania te wskazywały, że w okresie objętym badaniem nie korzystano z materiałów przygotowawczych. Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, St. Praw. 1985, nr 3-4, s. 55.

¹⁴ Cytowany w poprzednim przypisie tekst T. Gizberta-Studnickiego posługuje się tym terminem. Na temat odróżnienia pojęcia funkcji, celu zob. Z. Ziemiński, *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, PiP 1987, z. 12.

Dla postawionego na wstępie pytania tak rekonstruowane cele mają jedynie ograniczoną przydatność. Nawet jeżeli w wyniku tych czynności pojawiałyby się wskazanie pewności prawa czy bezpieczeństwa prawnego jako celów danej regulacji, to i tak byłoby niewystarczające, by uznać wnioszek, że któraś z nich stanowi cel całego prawa. Skrajny i oczywiście nierealistyczny wymóg to np. pojawienie się którejś z tych nazw w preambule, która poprzedzałaby każdy akt prawny.

Drugim sposobem jest odwołanie się do pojęcia prawodawcy racjonalnego, w takim kształcie, w jakim został zaproponowany przez L. Nowaka. Założenie racjonalnego prawodawcy w polskiej teorii prawa jest niezwykle wpływowe, a także, jak się wydaje, nie ma odpowiedników w literaturze zagranicznej¹⁵. Model ten miał wyjaśnić tzw. głęboką strukturę podstawowych czynności podejmowanych w ramach prawnoznawstwa. Problematyka celu, który L. Nowak nazywa racją danego przepisu, pojawia się w cytowanej pracy w rekonstrukcji rozumowania dokonywanego w oparciu o celowościowe reguły wykładni¹⁶, w postaci przesłanki, której uzasadnieniem jest jedynie fakt, że prawnicy w swoich rozumowaniach jakiś stan rzeczy oznaczają jako rację przepisu. Leszek Nowak przyznaje jednocześnie, że „nie zawsze wiadomo jest dokładnie, jaki to stan rzeczy jest racją przepisów wydanych przez prawodawcę”, zaś „prawnicy przypisują prawodawcy – w mniemaniu samego środowiska – »najszlachetniejsze« intencje” często bez uzasadnienia¹⁷. Autor ten nie zajmował się jednak, co rozumiał na gruncie założeń jego pracy, sposobem uzasadnienia tej przesłanki.

Nie można tym samym uzasadniać twierdzenia, że celem prawa jest pewność prawa lub bezpieczeństwo prawne, za pomocą interpretacji

¹⁵ Wpływowość tego modelu przejawia się również w oderwaniu pojęcia racjonalnego prawodawcy od kontekstu, w jakim posługiwał się nim L. Nowak. Przykładem może być krytyka przeprowadzona przez L. Morawskiego (*Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, PiP 2000, z. 11), którego głównym argumentem jest wskazanie sytuacji z orzecznictwa, w których czy to wprost, czy też *implicite* odrzucano założenie o racjonalności prawodawcy. Nie sposób jednak nie zwrócić uwagi na to, że L. Morawski, pisząc: „Bywa bowiem i tak, że interpretator wprowadzie założenie o racjonalności odrzuca i wytyka mu określony błąd legislacyjny (...)” (ibidem, s. 34), popełnia błąd ekwiwokacji. Założenie o racjonalności prawodawcy dotyczy bowiem prawodawcy jako konstruktu myślowego, podczas gdy błąd popełnia prawodawca empiryczny.

¹⁶ L. Nowak, *Interpretacja prawnicza...*, s. 141.

¹⁷ Ibidem, s. 142.

humanistycznej, która została zastosowana na gruncie prawoznawstwa w koncepcji L. Nowaka.

Można również podnieść, że cel prawa implikuje odróżnienie co najmniej dwóch momentów czasowych: t_0 , w którym prawa nie ma oraz momentu t_1 , w którym prawo to już obowiązuje. Innymi słowy, przypisuje ono cel zjawisku społecznemu, jakim jest prawo, podczas gdy założenie racjonalności prawodawcy ma, jeśli można tak powiedzieć, wymiar wewnętrzny. Koncepcja ta opiera się na fundamentalnym dla interpretacji humanistycznej założeniu racjonalności¹⁸. W przypadku prawoznawstwa jest to racjonalność prawodawcy. Jest ona niezbędna, by wyjaśnić typy czynności podejmowanych przez prawników w ramach ich zawodowej działalności. Jeżeli jednak przyjąć konwencję terminologiczną, że uzasadnienie twierdzenia o celu całego prawa ma charakter zewnętrzny, to odpowiedzi, których składnikiem jest koncepcja racjonalności prawodawcy, mają charakter wewnętrzny w tym sensie, iż mówią zawsze o celu interpretowanej regulacji stanowiącej element całości – całego prawa.

Ponadto należy przypomnieć, że interpretacja humanistyczna jest odmianą wyjaśniania, które w myśl J. Kmity ma charakter zawsze dedukcyjny. Wyjaśnianie zaś to poszukiwanie odpowiedzi na pytanie „Dlaczego P?” W interesującym mnie przypadku byłoby to pytanie: „Dlaczego powstało prawo?” Niewiadoma tego pytania różni się zasadniczo od niewiadomej pytania: „Po co (w jakim celu) powstało prawo?”¹⁹ Prowadzi to do wniosku, że w drodze procedury interpretacji humanistycznej nie jesteśmy w stanie uzasadnić twierdzenia, iż pewność prawa i bezpieczeństwo prawne stanowią cele prawa w znaczeniu zakreślonym powyżej.

Można wyrażenie „cel prawa” rozumieć również inaczej, aniżeli w sposób opisany powyżej i polegający na wyróżnieniu zakładanych

¹⁸ Sformułowanie założenia o racjonalności dla czynności podejmowanej w sytuacji pewności, tj. wówczas, gdy jednostka jest pewna interesujących ją skutków czynności, jakie mogą być przez nią podjęte, podaje J. Kmity w swojej pracy *Z metodologicznych problemów interpretacji humanistycznej*, Warszawa 1971, s. 28.

¹⁹ Oktawian Nawrot tak objaśnia pojęcie niewiadomej pytania: „Udzielając odpowiedzi na pytanie: *gdzie zostawiłeś kluczyki do samochodu?*, posłużymy się schematem: *kluczyki do samochodu zostawiłem w x*, zaś konstruując odpowiedź na pytanie: *jaką ocenę dziś otrzymałeś?*, posłużymy się schematem: *dzisiaj dostałem x*. Zawarta w danej pytania zmienna (x) nazywana jest niewiadomą pytania”. O. Nawrot, *Wprowadzenie do logiki dla prawników*, Warszawa 2007, s. 281.

momentów czasowych. Pokazanie innego znaczenia tego wyrażenia wymaga przypomnienia typologii celów prawodawcy, jaką można znaleźć w literaturze. Mogą one bowiem mieć charakter materialny (cele społeczno-ekonomiczne, polityczne, prakseologiczne) lub formalny (cele-efekty i cele pielęgnacyjne²⁰, cele bezpośrednie i pośrednie, długofalowe i doraźne, pozytywne i negatywne)²¹. Można więc określenie „cel prawa” rozumieć w taki sposób, że jest to cel aktualnego prawodawcy i twierdzić, iż pewność prawa i bezpieczeństwo prawne są pielęgnacyjnym celem tak pojmowanego prawodawcy. Wraca jednak pytanie o uzasadnienie takiego twierdzenia. Szukając odpowiedzi na nie, trudno korzystać z ustaleń T. Gizberta-Studnickiego, który, przypomnę, przy uzasadnieniu twierdzenia, jaki cel należy realizować, wskazywał na rolę preambuł do tekstów prawnych, wnioskowań redukcyjnych oraz swoistej oczywistości celu ustanowienia niektórych instytucji prawnych²². Nie można oczywiście wnioskować, że skoro celem poszczególnej regulacji jest pewność prawa, to taki jest właśnie cel całego prawa²³. Wystarczy wskazać akty prawne pozbawiające osoby o określonej przeszłości politycznej przywilejów emerytalnych, których celem, na podstawie wiedzy potocznej, było poczucie sprawiedliwości, nie zaś pewność prawa czy bezpieczeństwo prawne. Rację ma więc I. Bogucka, pisząc, że „w poszukiwaniach własnej wewnętrznej funkcji całego prawa dostrzec da się przede wszystkim aksjologiczny charakter prawa i chodzi w nich raczej o cele (funkcje założone) prawa. Otrzymywane rezultaty zależą zaś w bezpośredni sposób od apriorycznie przyjętych założeń dotyczących

²⁰ T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa...*, s. 57.

²¹ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwowa...*, s. 378-379.

²² T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa...*, s. 55. Dostępne orzecznictwo pokazuje, że określeniem „pewność prawa” najczęściej posługuje się Trybunał Konstytucyjny.

²³ Przykładem wskazywania na pewność prawa jako na cele danej regulacji są orzeczenia WSA, wskazujące, że taki właśnie cel przyświecał instytucji interpretacji podatkowych z rozdziału 1a pt. *Interpretacje przepisów prawa podatkowego* ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926 z późn. zm.). Na przykład: „Nowe regulacje art. 14-14e Ordynacji podatkowej (...) inspirowane były nie tylko przesłankami z dziedziny prawa podatkowego, ale również prawa gospodarczego, głównie zaś potrzebą zwiększenia swobody działalności gospodarczej oraz pewności i bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorców” – orzeczenie WSA we Wrocławiu, I SA/Wr 68/07, niepubl.

obrazu życia społecznego, miejsca jednostki w zbiorowości lub od zaakceptowanej definicji prawa”²⁴. Mówienie o celu całego prawa jest więc zamaskowanym sądem wartościującym, typu: „Prawo winno realizować wartości w postaci $W_1, W_2 \dots W_n$ ” z następującym zastrzeżeniem. Jeżeli przyjąć, że prawo, zgodnie ze słowami J. Raza, ma posiadać zdolność kierowania naszym zachowaniem²⁵, to niezbędnym wymogiem tej zdolności są pewne cechy formalne prawa. Zestaw tych cech podał nie tylko L. Fuller, uczynił to również J. Raz²⁶. Marcin Matczak zbiór tego rodzaju cech nazywa formalnością prawa w odróżnieniu od formalizmu jego stosowania²⁷. Jeżeli zaś, obecną we współczesnych państwach demokratycznych, tendencję do intensyfikacji tych warunków nazywać celem prawa, to wówczas nie pozostaje nic innego, jak uszanować tego rodzaju decyzję terminologiczną. Trzeba jednak zaznaczyć, że rozumienie terminu „cel prawa” w takim przypadku ma charakter projektujący.

5.2. Pewność prawa i bezpieczeństwo prawne jako funkcja prawa

Drugim pytaniem, które należy rozważyć, jest, czy pewność prawa lub bezpieczeństwo prawne stanowią funkcję prawa, przy czym chodzi o znaczenie terminu „funkcja” jako skutku. Przyjmując takie znaczenie tego terminu, należy wspomnieć o wyróżnieniu funkcji społecznych prawa (polegających na oddziaływaniu na realnie istniejące osoby lub instytucje) oraz funkcji normatywnych (zdeteminowanych przez istotę samego prawa)²⁸. Podział funkcji prawa dokonany przez J. Raza jest właśnie podziałem funkcji społecznych. Przedstawia się on następująco:

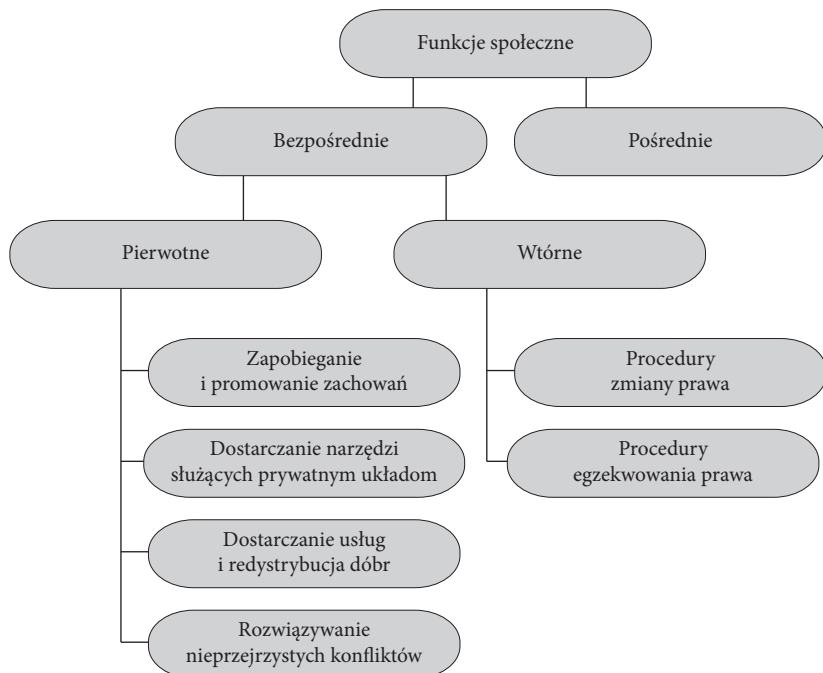
²⁴ I. Bogucka, *Funkcje prawa...*, s. 102–103.

²⁵ J. Raz, *Autorytet prawa...*, s. 214.

²⁶ 1) Wszystkie prawa powinny odnosić się do przyszłości, 2) prawa powinny być względnie stabilne, 3) Tworzenie poszczególnych praw powinno zależeć od jawnych, stabilnych, jasnych i powszechnych reguł, 4) musi istnieć gwarancja niezależności władzy sądowniczej, 5) muszą być przestrzegane zasady sprawiedliwości naturalnej, 6) sądy powinny mieć władzę rewidowania zastosowania innych zasad, 7) dostęp do sądów powinien być łatwy, 8) nie można dopuścić, aby działania instytucji zwalczających przestępczość naruszały prawo. Ibidem, s. 214–218.

²⁷ M. Matczak, *Summa iniuria...*, rozdz. 2.

²⁸ I. Bogucka, *Funkcje prawa...*, s. 95.



Rys. 1. Funkcje społeczne prawa

Źródło: J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, tłum. P. Maciejko, Warszawa 2000, s. 175.

Z punktu widzenia wyjściowego pytania o ujęcie pewności prawa, bezpieczeństwa prawnego jako funkcji prawa zwraca uwagę brak na powyższym rysunku wyrażen „pewność prawa” i „bezpieczeństwo prawne”. Traktuję jednak tę klasyfikację jedynie jako przykładową, ale doniosłą, bo intuicyjną i zgodną z prawniczym „zdrowym rozsądkiem”. Stanowi ona punkt wyjścia do zastanowienia się nad tak określonymi funkcjami prawa w kontekście prawa i bezpieczeństwa prawnego²⁹.

²⁹ Przykładem bezpośredniego ukazania takiego związku jest ujęcie, wedle którego metafunkcja (funkcja naczelna) prawa jako całości polega na „tworzeniu form życia zbiorowego i określaniu ich struktury (...) oraz na utrzymywaniu ładu społecznego”. M. Borucka-Arctowa, *Społeczne funkcje prawa formułowane w doktrynie, ustawodawstwie i orzecznictwie*, [w:] *Społeczne poglądy na funkcje prawa*, red. M. Borucka-Arctowa, Wrocław–Warszawa–Kraków 1982, s. 14.

Przejdę do omówienia funkcji pierwotnych, czyli skierowanych „na zewnątrz, mających wpływ na całe społeczeństwo”, stanowiących rację i usprawiedliwienie istnienia prawa³⁰. Sposobem wykazania związku pomiędzy nimi a rozważanymi przeze mnie pewnością prawa i bezpieczeństwem prawnym może być poprzedzenie każdej z nazw funkcji pierwotnych operatorem *Wiem...* Na przykład:

- 1) *Wiem, jakie zachowania są nakazane lub zakazane.*
- 2) *Wiem, w jaki sposób mogę np. przenieść własność mojego samochodu na Y-a.*
- 3) *Wiem, na podstawie jakich reguł będzie rozstrzygany mój spór z Y-em.*
- 4) *Wiem, w jaki sposób dostarczane są usługi oraz redystrybuowane dobra.*

Poprzedzenie nazw funkcji pierwotnych operatorem „wiem” jest uzasadnione tym, że jeżeli X posiada wiedzę (lub ma możliwość jej posiadania) obrazowaną przez typy zdań (1)-(3), to tym samym jako obywatel czuje się bardziej bezpiecznie niż w sytuacji, gdyby tej wiedzy nie miał. Z racji zaś tego, że źródłem owego poczucia jest prawo, poczucie to stanowi składnik bezpieczeństwa prawnego³¹. Mogę zaś wiedzieć to, o czym mówią zdania (1)-(4), ponieważ prawo posiada cechy, dzięki którym jest to możliwe.

Warto zwrócić uwagę na odmiennność zdania (4). W odróżnieniu od zdań (1)-(3) ma ono słabszy „wydźwięk aksjologiczny”. Słabszy jednak nie w tym sensie, że funkcja dostarczania usług i redystrybucji dóbr stoi niżej w danej hierarchii wartości, ale słabszy z owego swoiście epistemologiczno-aksjologicznego punktu widzenia, którego wyrazem jest operator „wiem”. Ma on charakter aksjologiczny, dlatego że wiedza wyrażana przez zdania (1)-(3) jest dodatnio oceniana w kulturze prawnej, w której bezpieczeństwo prawne stanowi jedną z wartości. Innymi słowy, prawodawca powinien dążyć do takiego stanu rzeczy, w którym uzyskanie wiedzy (1)-(3) będzie możliwe. Wiedza (4) z tego punktu

³⁰ J. Raz, *Autorytet prawa...*, s. 168. Widać więc, że w tym kontekście termin „funkcja” użyty jest w znaczeniu skutku.

³¹ Można wprawdzie podnieść argument, że oskarżony w procesie karnym wcale nie czuje się bezpiecznie, bo wie, iż grozi mu wymierzenie sankcji za jego wcześniejsze zachowanie. Jednak nie o tego rodzaju bezpieczeństwo chodzi w przypadku bezpieczeństwa prawnego. Jego strach dotyczy konsekwencji czynu przestępnego, ale nie arbitralności postępowania organów władzy.

widzenia nie jest czymś niezbędnym. Istotne jest bowiem, żeby usługi były dostarczane, a dobra redystrybuowane i nie wiedza na temat sposobu dostarczania i dystrybucji jest tutaj niezbędna, lecz możliwość skorzystania ze wspomnianych dóbr i usług. Funkcja dystrybucji dóbr jest związana nie z bezpieczeństwem prawnym, ale ze sprawiedliwością.

Powyższy wywód uzasadnia więc twierdzenie, że jeżeli uznać, iż prawo pełni te funkcje społeczne, o których pisał J. Raz, to można przyjąć bezpieczeństwo prawne jako jedną z jego funkcji. Nie można natomiast określić jako funkcji prawa „zadekretowanej” pewności prawa, ponieważ ma ona charakter „wewnętrzny” w tym sensie, że jest zbiorem jego cech. Byłoby niedorzeczne, gdyby uznać, że cecha prawa jest skutkiem jego obowiązywania. Inaczej rzecz wygląda w odniesieniu do przewidywalności decyzji stosowania prawa, ponieważ przyjęcie, że systemowa pewność prawa pozytywnie wpływa na przewidywalność decyzji *in abstracto*, uprawnia do postawienia tezy, iż pewność w znaczeniu przewidywalności decyzji stosowania prawa może być uznana za funkcję prawa w wyżej określonym znaczeniu.

Należy jednak rozważyć pytanie – analogiczne jak w przypadku twierdzeń o celu całego prawa – o uzasadnienie twierdzeń o funkcjach społecznych prawa³². Pytanie to wyraża swoisty sceptycyzm wobec zasadności twierdzeń o wywieraniu wpływu prawa na rzeczywistość społeczną oraz na zachowania ludzi. Można to stanowisko wyrazić w formie przykładowego pytania: „Na jakiej podstawie formułowane jest twierdzenie, że względnie niska liczba zabójstw stanowi zasługę norm prawa pozytywnego, a nie norm moralnych lub religijnych?”. Tego rodzaju sceptyczne podejście jest uzasadnione brakiem badań empirycznych na ten temat³³.

Argumenty te można potraktować podobnie jak filozoficzne argumenty sceptyka, tj. podnieść kwestię ciężaru „dowodu”, czyli obowiązku podania racji dla formułowania takiego, a nie innego twierdzenia. Filozoficzny sceptyk odmawia swojemu przeciwnikowi prawa do formułowania kategoriycznych twierdzeń, nie tyle z tego powodu, że „nie można niczego wiedzieć”, ile dlatego, że „być może niczego się nie wie”. Podobnie można postrzegać przywołany wyżej sceptycyzm w odniesieniu do twierdzeń o społecznych funkcjach prawa. Zasadne jednak będzie pytanie o racje odrzucenia twierdzenia o takich, a nie innych funkcjach prawa.

³² Pytanie takie stawia I. Bogucka, *Funkcje prawa...*, s. 97.

³³ Ibidem, s. 97–99.

Wydaje się, że rozumowania, które kwestionuje sceptyk, można przedstawić w postaci następujących przykładów:

- 1) Jeżeli znacząca większość zachowań społecznych jest zgodna z normami prawnymi, a normy prawne zakazują/nakazują określone zachowania, to funkcją prawa jest zapobieganie i promowanie określonych zachowań. Znacząca większość zachowań społecznych jest zgodna z normami prawnymi, a normy prawne zakazują/nakazują określone zachowania, a zatem funkcją prawa jest zapobieganie i promowanie określonych zachowań.
- 2) Jeżeli praktyka życia społecznego obejmuje ogromną liczbę zawieranych umów, a normy prawne zawierają regulacje, z którymi strony umów mogą lub muszą się liczyć³⁴, to funkcją prawa jest dostarczenie narzędzi służących prywatnym układom. Praktyka życia społecznego obejmuje ogromną liczbę zawieranych umów, a normy prawne zawierają regulacje, z którymi strony umów mogą lub muszą się liczyć, a zatem funkcją prawa jest dostarczenie narzędzi służących prywatnym układom.
- 3) Jeżeli określona część zachowań społecznych obejmuje zachowania w sytuacji konfliktu, a normy prawne zawierają regulacje przewidujące sposoby rozwiązywania konfliktów, to funkcją prawa jest rozwiązywanie konfliktów. Określona część zachowań społecznych obejmuje zachowania w sytuacji konfliktu, a normy prawne zawierają regulacje przewidujące sposoby rozwiązywania konfliktów, a zatem funkcją prawa jest rozwiązywanie konfliktów.

Każde z tych wnioskowań przebiega według schematu *modus ponendo ponens*³⁵. Dobrane przykłady odpowiadają funkcjom pierwotnym podanym przez J. Raza z wyjątkiem tej, którą określiłem jako związaną ze sprawiedliwością (dostarczanie usług i dystrybucja dóbr). Poprzednik okresu warunkowego w każdym z przykładów stanowi koniunkcję dwóch zdań, z których pierwsze ma charakter empiryczny – stwierdza coś na temat rzeczywistości pozajęzykowej. Drugie zaś zdanie, w każdym z przykładów, mówi w sposób bardzo ogólny o tym, jaka jest treść prawa. Można więc powiedzieć, że odnosi się do prawa jako faktu językowego i w tym

³⁴ Chodzi oczywiście o przepisy względnie i bezwzględnie wiążące.

³⁵ W postaci sformalizowanej wygląda on następująco $\{[(p \wedge q) \rightarrow f] \wedge (p \wedge q)\} \rightarrow f$. Naturalnie w zależności od przykładu zmieniać się będą zmienne zdaniowe.

sensie drugie zdanie stanowiące element koniunkcji w każdym z trzech przykładów ma charakter językowy. Sceptyk nie kwestionuje zdania odnoszącego się do rzeczywistości pozajęzykowej. Kwestionuje natomiast z w i ą z e k pomiędzy poprzednikiem a następnikiem okresu warunkowego w postaci twierdzenia, że społecznym następstwem (funkcją) prawa jest dane zjawisko (zapobieganie określonym zachowaniom, dostarczanie narzędzi służących prywatnym układom, rozwiązywanie konfliktów). Spór ze sceptykiem nie jest więc sporem o wartości, jak w przypadku uzasadnienia twierdzenia o celu całego prawa, ale o związek pomiędzy prawem a rzeczywistością społeczną. W pewnym sensie można powiedzieć, że jest to pytanie o skuteczność prawa. Należy jednak doprecyzować, że chodzi o skutki prawa nie zamierzone, ale wyrażane obiektywizującą formułą społecznych następstw działania prawa.

Poza wspomnianą wyżej kwestią argumentacyjnego „ciężaru dowodu” zarzut sceptyka może być również odrzucony, a z pewnością osłabiony przez zwrócenie uwagi, że twierdzenie o społecznych funkcjach prawa wcale nie zakłada wyłącznego wpływu norm prawnych na określone stosunki i zjawiska społeczne. Co więcej, trudno byłoby znaleźć badacza, który wyznawałby tego rodzaju pogląd o wyłącznej roli prawa i kwestionującego rolę norm moralnych, obyczajowych czy religijnych w utrzymaniu ładu społecznego. Nie stanowi to przeszkody w uznaniu, że część zachowań regulowanych przez prawo jest indyferentna z punktu widzenia norm moralnych (np. sposób zawarcia umowy cywilnoprawnej, termin wniesienia odwołania od decyzji organu lub sądu I instancji). Wreszcie można zadać retoryczne i stare pytanie, czy w sytuacji zniesienia obowiązku podatkowego podatki byłyby opłacane przez taką samą liczbę osób? Wszystkie te argumenty przemawiają za tym, by uznać bezpieczeństwo prawne za społeczną funkcję prawa.

5.3. Pewność prawa jako zasada prawa w poglądach doktryny

Mimo że obecnie dzięki orzecznictwu Trybunału Konstytucyjnego określanie pewności prawa mianem „zasady” jest powszechne, to taki status pewności prawa jest przypisywany stosunkowo od niedawna. Przed przemianami ustrojowymi z 1989 roku wyrażenie „pewność prawa” rzadko

było poprzedzane terminem „zasada” w polskojęzycznych pracach z zakresu teorii prawa, a jeśli nawet ten ostatni termin pojawiał się w tym kontekście, to raczej bez szczególnych zobowiązań terminologicznych.

Jerzy Nowacki w 1964 roku pisał, że „problematyce pewności prawa w literaturze polskiej nie poświęcono niemal żadnej uwagi”³⁶, a następnie przytacza kwalifikację pewności prawa jako zasady lub wartości, powołując się na literaturę obcojęzyczną, głównie niemiecką, w której problematyka *Rechtssicherheit*, a zatem i pewności prawa, była obecna już w XIX wieku³⁷. Jerzy Wróblewski wyrażenie „pewność prawa” poprzedza słowami „postulat” lub „wartość”³⁸. Tadeusz Zieliński nie poprzedza określenia „pewność prawna” żadnym terminem, jeżeli zaś jakaś kategoria pojęciowa tam się pojawia, to jest to „wartość” lub „idea”³⁹.

W monografii *Zasady prawa* nie ma mowy o zasadzie pewności prawa⁴⁰. Pojawiają się natomiast nazwy wywołujące skojarzenia z zasadą pewności prawa: zasada bezpieczeństwa obrotu, zasada pewności stanowiska sędziowskiego, zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa.

Zasada pewności stanowiska sędziowskiego jedynie sugeruje, że jej treść jest w jakimś stopniu zbieżna z ewentualną treścią zasady pewności prawa. W rzeczywistości chodzi bowiem o gwarancję niezawisłości sędziowskiej.

Zasada bezpieczeństwa obrotu określana jest jako konkretyzacja zasady bezpieczeństwa prawnego na gruncie prawa cywilnego⁴¹. Nie jest ona wyrażona wprost w polskim prawie cywilnym, zaś jej omówienie polega na przedstawieniu „konkretnych przejawów zastosowania zasady bezpieczeństwa obrotu”⁴², takich jak: zasada *lex retro non agit*,

³⁶ To przekonanie można uznać już za nieaktualne. Por. przyp. 1. rozdz. 1.

³⁷ J. Nowacki, *Pewność prawa a zasada lex retro non agit*, ZNUŁ, seria I: Nauki Humanistyczno-Społeczne 1964, z. 35, przedruk w: J. Nowacki, *Studia z teorii prawa*, Zakamycze 2003.

³⁸ J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 156 oraz idem, *Wartości a decyzja...*, s. 126. Określenie pewności prawa jako „wartości ideologii sądowego stosowania prawa” w: J. Wróblewski, *Wartości a decyzje...*, s. 124.

³⁹ T. Zieliński, *Pewność prawna...*, s. 4 i 49.

⁴⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974.

⁴¹ A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 99.

⁴² Taki sposób omawiania tej zasady przyjmuje również M. Safjan, *Zasady prawa prywatnego*, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 288.

ochrona praw osób trzecich, instytucja uproszczenia transakcji. Autorzy *Zasad prawa* ograniczają się do konstatacji, że określenie zakresu zastosowania dyrektywy bezpieczeństwa obrotu „jest sprawą bardzo skomplikowaną”⁴³.

Zasada zaufania obywateli do organów państwa znalazła swój wyraz pierwotnie w treści art. 6 k.p.a. z 1961 r. „Organy administracji państwowej powinny prowadzić postępowanie w taki sposób, aby pogłębiać zaufanie obywateli do organów Państwa”. Następnie treść ta, z dodaniem na końcu słów „oraz świadomość i kulturę prawną obywateli”, została umieszczona w art. 8 k.p.a. i w takim kształcie obowiązuje do dzisiaj. Jest to szczególna zasada z punktu widzenia pewności prawa, ponieważ została wyrażona w akcie prawnym pochodzącym jeszcze z lat 60. XX wieku, czyli zanim pojawiła się w polskim systemie prawnym klauzula demokratycznego państwa prawnego⁴⁴.

Marian Cieślak był jednym z pierwszych autorów w polskiej literaturze, który pisał o pewności prawa *expressis verbis* jako o zasadzie prawa⁴⁵. Autor ten nazywał ją zasadą stałości (pewności) prawnej i określał jako jedną z naczelných zasad drugiego stopnia w procesie karnym, czyli „dyrektyw najogólniejszych, które wyrażają podstawowe wartości i cele prawa”⁴⁶. Jego zdaniem przybiera ona postać koniunkcji dwóch dyrektyw: „sytuacja prawna każdego podmiotu powinna być jasna i stała, a konflikty prawne likwidowane szybko i skutecznie”. Pierwsza dyrektywa jest skierowana do ustawodawcy, zaś druga do organów rozstrzygających konflikty prawne⁴⁷. Powstaje więc pytanie, jaki jest jej zakres zastosowania. Nie można uznać, że jest nieograniczony, bo „bycie przeciwwagą” dla zasady sprawiedliwości stanowi ograniczenie tego zakresu⁴⁸. Z kolei zakres normowania poprzez użycie metaforycznych

⁴³ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa...*, s. 117.

⁴⁴ Więcej na temat ustawowej zasady zaufania wyrażonej zarówno w kodeksie postępowania administracyjnego, jak i Ordynacji podatkowej zob. M. Wojciechowski, *Zaufanie instytucjonalne...*

⁴⁵ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 215–216.

⁴⁶ Ibidem, s. 207.

⁴⁷ Ibidem, s. 215.

⁴⁸ Co ciekawe, M. Cieślak nie traktuje konfliktu pomiędzy zasadą sprawiedliwości a pewności prawa jako sytuacji wymuszającej każdorazowe „ważenie” (w sensie nadanym przez R. Alexy’ego) zasad. Ów konflikt dostrzega jedynie na poziomie tworzenia prawa.

określeń sytuacji, takich jak „jasna” i „stała”, domaga się dalszych eksplikacji. Wreszcie dyrektywa, by konflikty rozwiązywać szybko i skutecznie, daje się zredukować do zasady szybkości postępowania, którą M. Cieślak umieszcza wśród naczelných zasad kinetycznych, czyli dotyczących ściśle postępowania procesowego (autor ten pisze o „funkcjonowaniu maszyny procesowej”⁴⁹).

Na podstawie powyższego przeglądu niezmiernie trudno wskazać zakres zastosowania i zakres normowania zasady pewności prawa. W tym celu należy przyrzeć się, w jaki sposób ją charakteryzuje Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie.

5.4. Pewność prawa jako zasada prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

Zasada pewności prawa, podobnie jak np. zasada ochrony praw nabytych czy niedziałania prawa wstecz, jest „wywiedzona” z zasady demokratycznego państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP. Sposób owego „wywodzenia”, czy w innym sformułowaniu „wynikania”, „wyprowadzania”, był w swoim czasie przedmiotem krytyki niektórych przedstawicieli polskiej teorii prawa, głównie L. Morawskiego i J. Nowackiego. Do niektórych z tych zarzutów wróć w dalszej części tego rozdziału, teraz jednak przedstawię treść zasady pewności prawa podawaną przez Trybunał Konstytucyjny.

W orzeczeniu z 2 marca 1993 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Pewność prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa, która w tej dziedzinie w określonej sytuacji ekonomicznej państwa może być trudna do osiągnięcia, co możliwość przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywateli. Przewidywalność działań państwa gwarantuje zaufanie do ustawodawcy i do stanowionego przez niego prawa. Służy zatem w konsekwencji realizacji zasady państwa prawnego. Z takiego rozumienia pewności prawa w dziedzinie danin publicznych, bezpośrednio ceł, Trybunał Konstytucyjny

Tak bowiem odczytuję następujący cytat: „Poszczególne systemy procesowe dają wyraz obu tym zasadom wedle swegoistego kompromisu; oczywiście proporcje między nimi przedstawiają się różnie na tle różnych systemów”. Ibidem, s. 215.

⁴⁹ Ibidem, s. 204.

wyprowadza wniosek, że zwiększenie obciążeń celnych – także zniesienie wcześniej przysługujących ulg i zwolnień – poprzez zmianę prawa powinno być dokonywane w ten sposób, by podmioty prawa, których ono dotyczy, miały odpowiedni czas do rozporządzenia swoimi interesami. Ustawodawca w tej dziedzinie prawa powinien zatem tak postąpić, jak w każdym przypadku zmiany prawa podmiotowego, a zatem zastosować technikę przepisów przejściowych lub co najmniej określone *vacatio legis* w celu wdrożenia w życie nowego prawa⁵⁰.

Tego rodzaju stwierdzenie potwierdza odróżnienie, które przeprowadziłem w rozdziale drugim, pomiędzy polityczną nieprzewidywalnością decyzji tworzenia prawa a jurydyczną nieprzewidywalnością decyzji tworzenia prawa. Znaczenie dla systemu prawnego ma jedynie ten ostatni rodzaj nieprzewidywalności. Może ona polegać np. na braku odpowiednich przepisów przejściowych lub stosownego *vacatio legis* czy też na naruszeniu którejś ze wskazywanych przez Trybunał Konstytucyjny zasad: zasady niedziałania prawa wstecz⁵¹, zasady ochrony praw nabytych lub zasady ochrony interesów w toku⁵², zasady jawności prawa⁵³.

Do nieco innej kategorii należy ta grupa orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, w których wskazuje on na związek zasady pewności prawa z określonością i jasnością stanowionych przez prawodawcę przepisów

⁵⁰ Orzeczenie TK z dnia 2 marca 1993 r., K 9/92, niepubl.

⁵¹ Orzeczenie TK z dnia 29 marca 1994 r., K 13/93, niepubl.; orzeczenie TK z dnia 24 maja 1994 r., K 1/94, niepubl., przy czym TK stwierdza, że „naruszenie zasady niedziałania prawa wstecz jest niezgodne z zasadami pewności prawa i zaufania obywateli do państwa”, co pokazuje, że zasada niedziałania prawa wstecz jest zasadą odrębną od pewności prawa. Co więcej, tego rodzaju sformułowanie („o niezgodności z...”) sugeruje, że zasada pewności prawa jest zasadą jak gdyby wyższego rzędu.

⁵² Wyrok TK z dnia 30 października 2007 r., P 28/06, niepubl.: „Ogólne zasady ochrony zaufania jednostki do państwa i prawa oraz pewności prawa zostały skonkretyzowane w zasadach szczegółowych: zasadzie ochrony praw nabytych oraz zasadzie ochrony interesów w toku”.

⁵³ Postanowienie TK z dnia 13 lutego 1991 r., W 3/90, niepubl.: „Brak ogólnego wymogu publikacji ustaw i aktów wykonawczych oraz innych aktów normatywnych – jako warunku uzyskania przez nie mocy powszechnie obowiązującej – stoi w sprzeczności z zasadami demokratycznego państwa prawnego. Godzi w zasadę lojalności państwa względem obywateli, zasadę jawności prawa oraz zasadę zaufania do prawa i pewności prawa.” Zob także wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, niepubl., w którym TK łączy możliwość zapoznania się z tekstem ustawy z zasadą pewności prawa.

prawa. Wymogi te funkcjonują również pod nazwą zasad poprawnej legislacji. Trybunał Konstytucyjny często przypomina, że „nakaz przestrzegania zasad poprawnej legislacji jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa, a same zasady obejmują między innymi wymóg dostatecznej określoności przepisów, które winny być formułowane w sposób precyzyjny i jasny oraz poprawny pod względem językowym. Wymóg jasności oznacza zaś obowiązek tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla adresatów, którzy mogą oczekiwać od racjonalnego ustawodawcy stanowienia norm niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Precyzja przepisu winna przejawiać się w konkretności obowiązków i praw, by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie”⁵⁴. W tym samym wyroku Trybunał wskazuje trzy „zasadnicze założenia istotne dla oceny zgodności treści określonego przepisu prawa z wymaganiami poprawnej legislacji. Po pierwsze, każdy przepis przyznający prawa lub nakładający obowiązki winien być sformułowany w sposób pozwalający na jednoznaczne ustalenie, kto, kiedy i w jakiej sytuacji mu podlega. Po wtóre, powinien być na tyle precyzyjny, by możliwe były jego jednolita wykładnia i jednolite stosowanie. Po trzecie, winien być tak skonstruowany, by zakres jego stosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację tworzącą prawa lub obowiązki”⁵⁵.

Jednak „dla stwierdzenia niezgodności z Konstytucją nie wystarczy tylko i wyłącznie abstrakcyjne stwierdzenie niejasności tekstu prawa, wynikającej z posłużenia się przez ustawodawcę wyrażeniem czy zwrotem niedookreślonym. Nie w każdym wypadku nieprecyzyjne brzmienie lub niejednoznaczna treść przepisu uzasadniają bowiem tak daleko idącą ingerencję w system prawny, jaką jest wyeliminowanie z niego tego przepisu w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Do wyjątków należą sytuacje, gdy dany przepis jest w takim stopniu wadliwy, że w żaden sposób, przy przyjęciu różnych metod wykładni, nie daje się interpretować w sposób racjonalny i zgodny z Konstytucją. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego niejasność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, o ile jest tak

⁵⁴ Np. wyrok TK z dnia 5 grudnia 2007 r., K 36/06, niepubl.

⁵⁵ Ibidem.

daleko posunięta, iż wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednorodności w stosowaniu prawa. Pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym, okażą się niewystarczające⁵⁶.

Z punktu widzenia teorii prawa tak przedstawiony postulat przywołuje spór wokół maksymy *clara non sunt interpretenda*. Spór ten A. Kozak wyjaśnia w taki sposób, że z jednej strony wskazuje na istnienie „fenomenologicznej koncepcji języka”, wedle której „wypowiedzi prawidłowo sformułowane w świetle reguł danego języka cechują się (...) zrozumiałością dla wszystkich uczestników procesu komunikacyjnego, czyli jasnością” (podejście akontekstowe)⁵⁷, zaś z drugiej umieszcza poglądy podnoszące zależność, a więc potencjalną zmienność, znaczenia tekstu od kontekstu sytuacyjnego, w jakim znajdują się nadawca i odbiorca danego komunikatu (podejście kontekstowe lub inaczej – pragmatyczne)⁵⁸. Przejawem podejścia akontekstowego jest pogląd o istnieniu tzw. rzeczywistego (obiektywnego) znaczenia językowego⁵⁹. Problem jednak w tym, że współcześnie trudno znaleźć zwolenników tego stanowiska. Na przykład S. Wronkowska w latach 70. ubiegłego wieku pisała, że jasne prawo to „normy postępowania rozumiane jako wypowiedzi jednoznacznie i bezpośrednio nakazujące lub zakazujące pewnym podmiotom (adresatom tych norm) zachowywać się w określonych okolicznościach w określony sposób oraz (...) jednoznaczne na gruncie języka powszechnego danej populacji (co gwarantowałoby ich komunikatywność dla wszystkich posługujących się językiem powszechnym)”⁶⁰, zaznaczając, że tego rodzaju jasność prawa jest jedynie ideałem realizowalnym tylko w pewnym stopniu. Autorka ta dodaje również następującą definicję „jasnego tekstu prawnego”: „dany tekst jest jasny dla określonych podmiotów,

⁵⁶ Wyrok TK z dnia 9 października 2007 r., SK 70/06, niepubl.

⁵⁷ A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002, s. 82.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Zdaniem A. Kozaka tego rodzaju pogląd wyznawał J. Wróblewski w latach 50. XX wieku.

⁶⁰ S. Wronkowska, *Postulat jasności prawa i niektóre metody jego realizacji*, PiP 1976, z. 10, s. 20.

jeżeli podmioty te z rozważanego tekstu i przy zastosowaniu znanych im i zaakceptowanych przez nie dyrektyw wykładni odtworzą normy tej samej treści⁶¹. Jasność tekstu w takim ujęciu nie jest jednoznacznością na gruncie reguł danego języka, ale jednoznacznością rozumienia przez jakieś podmioty. Stopień zbliżenia się do wspomnianego ideału jest warunkowany, zdaniem S. Wronkowskiej, przestrzeganiem określonych dyrektyw przy redagowaniu tekstów prawnych.

Tego rodzaju stanowisko wydaje się ucieleśniać przedstawioną przez A. Kozaka fenomenologiczną koncepcję języka. Czy jednak zastrzeżenie, że jasność prawa jest ideałem, ponieważ nie jest możliwa sytuacja, w której wszyscy użytkownicy danego języka będą rozumieli dane wyrażenie w ten sam sposób, powoduje, iż nie jest już ono wyrazem fenomenologicznej koncepcji języka? Sławomira Wronkowska nie wspomina wprawdzie o wskazywanych przez A. Kozaka indywidualnych czynnikach wpływających na odczytanie tekstu, takich jak: wiedza teoretyczna, poglądy ideologiczne, indywidualna sytuacja życiowa⁶², jednak dopuszcza *implicite* rozbieżności i wątpliwości interpretacyjne, zastrzegając możliwość urzeczywistnienia jasności prawa jedynie w pewnym stopniu. Różnica pomiędzy powyższym poglądem S. Wronkowskiej a kontekstowym podejściem do problemu jasności tekstu tkwi jedynie w tym, jakie czynniki mogą powodować niejasność lub rozbieżność interpretacyjną.

Tego rodzaju czynniki wpływające na brak jasności prawa wymienił J. Wróblewski⁶³. Są to:

- cechy charakteryzujące użytkownika języka, czyli kompetencja językowa sędziego i wiedza o faktach związanych z prawnym użyciem języka prawnego,
- istnienie cienia semantycznego,
- zakładane właściwości systemu prawa, do którego dana reguła prawna należy, ale „jeżeli reguła prawna w swym bezpośrednim rozumieniu byłaby sprzeczna lub niekoherentna z inną regułą obowiązującą w systemie, powstaje wątpliwość, czy bezpośrednie rozumienie jest właściwe”⁶⁴.

⁶¹ Ibidem, s. 22

⁶² A. Kozak, *Granice prawniczej władzy...*, s. 86.

⁶³ J. Wróblewski, *Pragmatyczna jasność prawa*, PiP 1988, z. 4, s. 9-10.

⁶⁴ Ibidem, s. 10.

Przyczyny braku jasności prawa wskazane przez J. Wróblewskiego tylko częściowo znajdują odzwierciedlenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Pierwsza ze wskazanych przez niego przyczyn – kompetencje językowe – z oczywistych względów nie wchodzi w grę w przypadku orzeczeń wydawanych przez Trybunał Konstytucyjny, w składzie którego zasiadają osoby o najwyższych kwalifikacjach. Druga przyczyna – cień semantyczny – również nie znajduje zastosowania z racji abstrakcyjnego charakteru wykładni dokonywanej przez Trybunał. Jak bowiem pisze J. Wróblewski, „cień semantyczny istnieje w związku z użyciem języka J w danej sytuacji (...)” [podkr. – M.W.]. Trybunał nie zajmuje się natomiast wykładnią konkretną, ale abstrakcyjną, oderwaną od „danej sytuacji”. Fakt posłużenia się przez prawodawcę nazwą nieostrą dla konstytucyjności przepisu, w którym się ona znajduje, ma znaczenie wówczas, gdy ustawodawca tej nieostrości w innych przepisach rangi ustawowej nie dookreśli.

Przyczyną braku jasności prawa, którą można odnaleźć w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, są zakładane właściwości systemu prawa⁶⁵. Gdyby chcieć typizować przyczyny naruszenia zakazu stanożenia przepisów niejasnych, wówczas należałoby wskazać również:

- 1) nieostrość użytych wyrażeń ustawowych powodującą:
 - możliwość arbitralnego korzystania ze swoich uprawnień przez organy państwa⁶⁶ lub

⁶⁵ Jako przykład takiego orzeczenia traktuję wyrok TK z dnia 10 czerwca 2008 r. (SK 17/07, niepubl.), w którym TK badał zgodność z Konstytucją art. 263 § 3 k.p.k. z 1997 r. o treści „Łączny okres stosowania tymczasowego aresztowania do chwili wydania pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji nie może przekroczyć 2 lat”. Przyczyną uznania konstytucyjności badanego przepisu była niemożność udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na pytania, jak liczyć okres tymczasowego aresztowania w sytuacji faktycznego odbywania kary pozbawienia wolności oraz jakie przysługują takiej osobie uprawnienia.

⁶⁶ Przykładem przepisu stwarzającego takie niebezpieczeństwo może być art. 7b ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. Nr 100, poz. 442), stanowiący, że „organy kontroli skarbowej mogą zbierać i wykorzystywać w celu realizacji ustawowych zadań informacje, w tym dane osobowe, oraz przetwarzać je w rozumieniu przepisów o ochronie danych osobowych, także bez wiedzy i zgody osoby, której dane te dotyczą. Administrator danych jest obowiązany udostępnić dane osobowe na podstawie imiennego upoważnienia organu kontroli skarbowej, okazanego przez inspektora lub pracownika wraz z legitymacją służbową. Informacja o udostępnieniu tych danych podlega ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych”. Przepis ten został uznany przez TK za niespełniający przesłanki precyzyjności i mogący skutkować

- ich dookreślenie w aktach wykonawczych do ustawy⁶⁷;
- 2) nieostrość użytych wyrażen językowych powodującą możliwość nadużyć ze strony innych uczestników obrotu prawnego⁶⁸.

Wspomniałem wyżej, że treść zasady pewności prawa jest „redukowana” w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego do wymogów będących treścią innych zasad⁶⁹. Oznaczałoby to, że na jej zakres normowania

arbitralnym korzystaniem ze swoich uprawnień przez organy państwa oraz wyrok, w którym stwierdzono, iż przepis art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o ABW i Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 74, poz. 676) mówiący, że funkcjonariusze ABW „mają prawo wydawania osobom poleceń określonego zachowania się”, pozwala na nadmierną ingerencję w sferę wolności” (wyrok TK z dnia 45/02, niepubl.).

⁶⁷ Zob. np. wyrok TK z dnia 5 grudnia 2007 r. (P 28/07, niepubl.), w którym TK uznał, że na podstawie zapisu art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne (Dz. U. Nr 115, poz. 1229), który przewiduje, że dokumentacje hydrologiczne mogą być wykonywane tylko przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje, „adresaci norm prawnych nie są w stanie określić nawet w ogólnym zarysie, jakie są przesłanki nabycia uprawnień do wykonywania dokumentacji hydrologicznych”. Dodajmy, że ustawodawca upoważnił ministra środowiska do określenia w drodze rozporządzenia kwalifikacji ogólnych i zawodowych wymaganych od osób wykonujących dokumentacje hydrologiczne.

⁶⁸ Przykładem może być wyrok TK z dnia 27 listopada 2006 r. (K 47/04, niepubl.), w którym przepis art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancjach zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1759) („jeżeli wykonawca nie uzyska wystarczającej gwarancji zapłaty w odpowiednim, wyznaczonym przez siebie terminie, uprawniony jest do wstrzymania się od wykonywania robót”) został uznany za sprzeczny z art. 2 Konstytucji z powodu użycia nieprecyzyjnych określeń, takich jak: „wystarczającej” [gwarancji], „odpowiedni” [termin], z uwagi na to, że nie chroni zamawiających przed nadużyciami ze strony wykonawców.

⁶⁹ Ich katalogi można konstruować w różny sposób. Po pierwsze, można wyszukiwać te zasady, na których związek z zasadą pewności prawa wskazuje sam TK w swoim orzecznictwie. Po drugie, można uznać, że wszystkie zasady wyprowadzane z zasady demokratycznego państwa prawnego wykazują z zasadą pewności prawa ów związek. Przeciwko temu rozwiązaniu przemawia jednak fakt, że wśród zasad składających się na zasadę demokratycznego państwa prawnego wymieniane są również zasada prawa do sądu oraz zasada podziału władz (M. Kordela, *Formalna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006), których związek z zasadą pewności prawa jest wątpliwy. Trzecim rozwiązaniem jest skorzystanie z orzecznictwa TK, czyli wybór rozwiązania pierwszego, uzupełnionego o zasady wykazujące z zasadą pewności prawa związek polegający na intuicji znaczeniowej (np. J. Potrzeszcz, omawiając zasadę *ne bis in idem*, powołuje się na wyrok TK z dnia 8 października 2002 r., K 36/00, w którym wzorcem kontroli nie był art. 2 Konstytucji, stąd próżno szukać w uzasadnieniu tego wyroku odniesień do zasady pewności

składają się zakresy normowania zasad bardziej szczegółowych. Skoro więc treść jakiejś zasady jest redukowana w treści innych zasad, to można postawić pytanie, czy pewność prawa jako zasada ma jakąś autonomiczną nieredukowalną treść i w razie odpowiedzi negatywnej, na ile zasadne jest kwalifikowanie pewności prawa jako zasady prawa w sensie dyrektywalnym?

5.5. Wątpliwości wokół ujmowania pewności prawa jako zasady prawa

Chcąc podjąć trudny problem rozważenia, na ile uzasadnione jest ujmowanie pewności prawa jako zasady prawa, należy przypomnieć podstawowe rozróżnienia terminologiczne poczynione w tym zakresie przez polską teorię prawa. W tym względzie najbardziej doniosłe jest rozróżnienie zasad prawa pojmowanych dyrektywalnie i pojmowanych opisowo⁷⁰ oraz zasad systemu prawa i zasad – postulatów systemu prawa⁷¹.

Zasadą prawa pojmowaną dyrektywalnie jest dyrektywa postępowania zawierająca nakaz określonego zachowania skierowany do danego podmiotu⁷². Nakaz ten może dotyczyć sposobu konstruowania systemu norm prawnych lub formułować „bezpośrednio” jakąś dyrektywę postępowania⁷³. Pojęć zasady w sensie opisowym jest kilka: charakterystyka wzorcowego sposobu uregulowania danej instytucji prawnej, podstawa kompetencyjna lub polityczna określonego kształtu danej instytucji,

prawa, zasady bezpieczeństwa prawnego, czy zasady zaufania do państwa i stanowiącego przezeń prawa. J. Potrzebszcz, *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Lublin 2007, s. 241). To spowodowałoby zwiększenie katalogu np. o zasadę praworządności, zasadę *ne bis in idem*, zasadę *pacta sunt servanda*.

⁷⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa...*, rozdz. II, § 1.

⁷¹ J. Wróblewski, *Prawo obowiązujące a „ogólne zasady prawa”*, ZNUŁ, seria I: Nauki Humanistyczno-Społeczne 1965, z. 42, s. 18 i n.; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 92.

⁷² Autorzy monografii określeniem „zasada prawa” posługują się również w odniesieniu do wypowiedzi oceniającej, „jeżeli na podstawie tego rodzaju wypowiedzi łatwo można przejść do sformułowania »zasady« o charakterze wyrażnie dyrektywalnym”. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa...*, s. 25.

⁷³ Ibidem, s. 26. Podstawa podziału w tym przypadku jest dość niejednoznaczna, bo wygląda, że jest nim przedmiot zachowania nakazywanego: konstruowanie systemu i niekonstruowanie systemu, czyli każde inne zachowanie, szczególnie doniosłe.

rejestracja prawidłowości w danym systemie prawnym, oznaczenie jakiegoś systemu lub koncepcji, na podstawie której uregulowano daną instytucję⁷⁴. Trzeba się jednak częściowo zgodzić z krytyką możliwości wyróżnienia „czystych” zasad w sensie opisowym⁷⁵. Bolesław Maciej Ćwiertniak zwraca uwagę, że w momencie, gdy wzorzec stanowi narzędzie wypełnienia istniejącej luki konstrukcyjnej, to uzyskuje charakter normatywny⁷⁶. Można wskazać również na inne źródło normatywnego charakteru zasady. Na przykład w literaturze twierdzi się, że prawodawca uznaje zasadę prawdy materialnej, z czego wnioskuje się, że adresaci norm procesowych mają obowiązek realizować tę zasadę, a zatem ma ona charakter dyrektywalny. Mówienie o zasadach w rodzaju wspomnianej zasady prawdy materialnej jest przejawem myślenia kategoriami bardziej ogólnymi, właściwymi myśleniu naukowemu. Potoczne myślenie praktyki prawniczej mogłoby się bez niego obejść i odwoływać wyłącznie do konkretnych uregulowań, nie tworząc ogólnej kategorii „zasada prawdy materialnej”. Można więc powiedzieć, że tylko w pewnym sensie, będącym efektem istnienia nauk dogmatycznoprawnych, można mówić, że zasada opisowa ma również wymiar dyrektywalny.

Drugim ważnym odróżnieniem jest dokonany przez J. Wróblewskiego podział na zasady systemu prawa i zasady – postulaty systemu prawa.

Zasady systemu prawa to „te normy (lub uznane konsekwencje grupy norm) danego systemu prawa pozytywnego, które posiadają charakter »zasadniczy«”⁷⁷. Tak określony charakter jest, zdaniem J. Wróblewskiego, konsekwencją: hierarchicznej struktury systemu prawa, możliwości bycia racją dla innych niezasadniczych norm, roli, jaką odgrywa w konstrukcji danej instytucji (np. z tego punktu widzenia zasadniczy charakter będą miały normy wskazujące *essentiali a negotii* danego typu umowy), dominujących ocen społeczno-politycznych (np. w określonym

⁷⁴ Ibidem, s. 32.

⁷⁵ B.M. Ćwiertniak, *Pozadyrektywne rozumienia „zasad prawa”*, St. Praw. 1976, nr 3. Zasadnicze tezy krytyczne tego tekstu to: przypisywane zasadom w sensie opisowym role charakterystyczne dla wypowiedzi dyrektywalnych, a nie opisowych, „u podłoża” porządkującej funkcji tych zasad leżą arbitralnie wybrane kryteria (s. 51). Autor zdaje się jednak zapominać (mimo że w swoim tekście te znaczenia przywołuje), że „zasada prawa” w znaczeniu opisowym ma kilka znaczeń i nie do wszystkich zarzut oceniającego charakteru będzie się stosował.

⁷⁶ Ibidem, s. 48.

⁷⁷ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 92.

systemie politycznym prawa człowieka będą miały zasadniczy charakter, w innym ich zasadniczy charakter będzie jedynie deklarowany)⁷⁸.

Postulaty systemu prawa J. Wróblewski charakteryzuje negatywnie jako reguły niebędące zasadami systemu prawa, ponieważ nie są ani normami prawa pozytywnego, ani uznanymi konsekwencjami tych norm⁷⁹.

Odróżnienie to spotkało się z krytyką autorów monografii *Zasady prawa*, przy czym nie do końca jest jasne, co dokładnie stało się jej przedmiotem. W jednym miejscu autorzy piszą bowiem: „Opierając się na koncepcji J. Wróblewskiego, osiąga się podstawę do rozstrzygnięcia [podkr. – M.W.], jaka norma jest normą należącą do prawa pozytywnego, ale dzieje się to kosztem przyjęcia tak uproszczonej koncepcji »prawa pozytywnego«, według której ogranicza się ono do zespołu norm wyinterpretowanych z przepisów oraz norm stanowiących ich »logiczne« konsekwencje”⁸⁰. W innym piszą jednak: „Dopiero przy przyjęciu idealizującego założenia, że rozporządzamy taką koncepcją źródeł prawa rozważanego systemu, która pozwala na jednoznaczne rozstrzygnięcie problemów walidacyjnych (...), problemów interpretacyjnych, problemów inferencyjnych (...), albo też przy arbitralnym uproszczeniu koncepcji źródeł prawa przez przyjęcie reguł znacznie prostszych niż ma to miejsce w rzeczywistości – uzyskiwalibyśmy możliwość odróżniania w sposób bezsporny »zasady prawa« od »postulatów«”⁸¹.

Pierwszy cytat krytykuje ujęcie Wróblewskiego za zbyt ubogą koncepcję „prawa pozytywnego”, przyznając jednocześnie, że daje ona jasne kryterium odróżnienia zasad systemu i postulatów systemu. Drugi, poprzez użycie okresu warunkowego, sugeruje, że bezspornego kryterium nie ma. Ponieważ dwa powyższe twierdzenia, jeśli trafnie odczytane, są wzajemnie sprzeczne, należy dokonać pomiędzy nimi wyboru.

⁷⁸ Niektóre wskazane cechy „zasadniczości” zasad pokrywają się z cechami „nadrzędności” wskazanymi przez autorów monografii *Zasady prawa...* Podobnie jak J. Wróblewski wskazują na hierarchiczność i doniosłość społeczną. Ponadto podnoszą, że nadrzędność może stanowić następstwo „bycia” normą udzielającą kompetencji do stanowienia norm oraz umieszczenia w rozdziałach ustaw zatytułowanych „Przepisy ogólne”. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa...*, s. 64–65.

⁷⁹ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 95.

⁸⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa...*, s. 56.

⁸¹ Ibidem, s. 57.

Sądzę, że samo kryterium nie jest bezsporne. Nie tylko dlatego, że kryterium hierarchiczności prowadziłoby do uznania wszystkich norm konstytucji za konstytucyjną zasadę prawa⁸², ale również z tego powodu, iż sposób ustalenia, czy dana norma jest zasadą systemu, też może budzić wątpliwości. Zdaje się to przyznawać sam J. Wróblewski, dostrzegając rolę dyrektyw interpretacyjnych w ustaleniu, czy dana norma jest, czy nie jest zasadą prawa⁸³. Sporność dotyczy więc nie tylko tego, czy jakaś norma ma charakter ogólnej zasady prawa, ale również tego, czy jest ona zasadą systemu, czy postulatem. Problem pierwszego rodzaju wiąże się z uzasadnieniem („legitymowaniem”, jak proponował w swoim czasie W. Pogasz⁸⁴) twierdzenia o obowiązywaniu danej zasady prawa. Sprawa ta ma kluczowe znaczenie dla odpowiedzi na pytanie, na jakiej podstawie, poza wskazaniem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, uzasadnione jest twierdzenie, że pewność prawa stanowi zasadę polskiego prawa pod rządami Konstytucji RP z 1997 r., stąd pokrótce przypomnę te sposoby legitymowania zasad dokonywane przez dogmatykę prawa⁸⁵.

Z analiz W. Pogasza wynika, że opierają się one na tekście prawnym w sposób bezpośredni albo pośredni; wskazuje się też niekiedy, iż dana norma ma charakter normy prawa zwyczajowego. Z pierwszym przypadkiem mamy do czynienia, gdy przepis wysławia normę o charakterze zasady i żadne czynności interpretacyjne nie są już potrzebne. Taka sytuacja ma miejsce w art. 1 § 1 k.k.⁸⁶ Częściej jednak dogmatycy korzystają z interpretacyjnych dyrektyw pozajęzykowych. Przykładem może być interpretacja art. 3 k.p.c. autorstwa W. Broniewicza: „Wbrew jednak sformułowaniu powołanego przepisu, chodzi w nim nie tyle

⁸² M. Zieliński, *Konstytucyjne zasady prawa*, [w:] *Charakter i struktura norm konstytucji*, red. J. Trzciński, Warszawa 1997, s. 64.

⁸³ J. Wróblewski, *Prawo obowiązujące...*, s. 19.

⁸⁴ W. Pogasz, *O legitymowaniu zasad prawa*, RPEiS 1987, nr 2.

⁸⁵ Przedstawiam te sposoby na podstawie badań W. Pogasza (ibidem). Należy jednak podkreślić, że cytowany artykuł powstał w okresie, gdy w Polsce nie było Trybunału Konstytucyjnego, stąd autor nie mógł uwzględnić sposobu legitymowania, o którym kilka razy już wspominałem, to znaczy pojawienia się w orzecznictwie Trybunału. Podobnie rzecz się ma z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

⁸⁶ „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. Przykład pochodzi ode mnie, nie zaś z tekstu W. Pogasza.

o obowiązek, ile raczej o ciężar mówienia prawdy”⁸⁷. Sam autor przyznaje, że zasada prawdy materialnej nie przejawia się bezpośrednio, ale poprzez realizację innych zasad: kontradiktoryjności, jawności, bezpośredniości, koncentracji materiału procesowego.

Drugim sposobem legitymowania zasad prawa jest pośrednie oparcie się na tekście prawnym, polegające na przyjęciu, że zasada w pełnej postaci nie została wyrażona w przepisie, mimo że zostały sformułowane odmiany tej zasady. Jest to wnioskowanie przypominające indukcję niezupełną, to znaczy na podstawie wybranych przepisów, którym przypisuje się to samo uzasadnienie aksjologiczne, wyprowadza się wniosek w postaci normy ogólnej, nakazującej postępować tak samo we wszystkich sytuacjach danego typu⁸⁸. Sądzę, że przykładem takiego sposobu postępowania może być uzasadnienie zasady ustności/pisemności postępowania⁸⁹. Nie ma jednego przepisu w kodeksie postępowania cywilnego wysławiającego normę postępowania, która nakazywałaby danej czynności procesowej dokonać w formie ustnej. Wobec tego autorzy przytaczają „przejawy” zasady ustności: rozprawa, proces. Analogiczne uwagi można wypowiedzieć na temat legitymowania zasady formalizmu procesowego.

Powstaje pytanie, czy można oceniać krytycznie wspomniane wyżej sposoby legitymowania zasad. Jeżeli chodzi o pierwszy sposób, który w skrócie można by nazwać uznaniem przepisu prawnego za wysławiający normę o charakterze zasadniczym, to krytyczne uwagi stanowiłyby pochodną zarzutów względem uznania „zasadniczego” (w terminologii J. Wróblewskiego) czy „nadrzędnego” (w terminologii autorów *Zasad prawa*) charakteru danej normy. Najbardziej trudne do uchwycenia byłoby oczywiście kryterium doniosłości społecznej. Odniesienie się do drugiego sposobu wymaga zróżnicowania odpowiedzi w zależności od tego, czy mowa jest o zasadach w znaczeniu dyrektywalnym, czy w znaczeniu opisowym. Nie ma niczego niewłaściwego w tego rodzaju legitymowaniu zasad w sensie opisowym. Co więcej, trudno byłoby

⁸⁷ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2006, s. 54. Wbrew pozorom nie chodzi o metaforę, ale o ciężar procesowy, który autor określa jako „powinność, której nie można realizować w sposób przymusowy”. Ibidem, s. 106.

⁸⁸ W. Pogasz, *O legitymowaniu zasad...*, s. 131.

⁸⁹ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne...*, s. 59; H. Dolecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 63-65.

czynić to w inny sposób. Nieco inaczej sytuacja przedstawia się, jeśli chodzi o zasady w sensie dyrektywalnym. Według W. Pogasza zawodność schematu, wedle którego wnioskowanie to przebiega, polega na tym, że „biorąc za przesłanki normy niewątpliwie obowiązujące prawnie (wyraźnie ustanowione), otrzymać można wniosek w postaci normy, której przynależność do systemu prawa pozytywnego jest sporna”⁹⁰. Nie dodaje ani nie wyjaśnia jednak, na czym sporność owa miałaby polegać. Sądzę, że miałaby ona swoje źródło w użyciu innych terminów do jej sformułowania, aniżeli są użyte w przepisach mających stanowić ich legitymację. Stąd sporna nie byłaby jej przynależność do systemu prawa pozytywnego, ale zakres jej zastosowania i normowania. Przykładem tego rodzaju zasady jest pewność prawa, o której M. Kordela pisze, że sformułowanie językowe tej zasady nie przesądza sposobu jej realizacji⁹¹.

Tym samym można wrócić do pytania, czy rzeczywiście pewność prawa jest zasadą prawa. Wszak metodologiczna wskazówka stanowi, że „w żadnym razie nie godzi się uznawać jakiejś dyrektywy za »zasadę prawa«, jeśli nie ma się możliwości wskazania podstaw, ze względu na które uznaje się daną zasadę za wiążącą prawnie”⁹². Tego rodzaju podstawą dla przedstawicieli nauki prawa jest orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Gdyby nie zadowolić się tego rodzaju formalnym kryterium, to sądzę, że istnieją racje, by podważyć status pewności prawa jako zasady prawa. Są one odmiennego rodzaju aniżeli te, z powodu których Trybunał był krytykowany przez L. Morawskiego i J. Nowackiego⁹³.

Punktem wyjścia jest uznanie dwóch twierdzeń. Po pierwsze, że zasada w sensie dyrektywalnym jest normą. Po drugie, norma ta w postaci określonej zasady ma swoją nazwę. Z faktu, że zasada jest normą postępowania, wynika konieczność określenia jej zakresu zastosowania i zakresu normowania. Jeżeli wskazać przykłady naruszeń zasady pewności prawa w orzecznictwie, to polegają one na naruszeniu zasad, które wskazałem wyżej. Najczęściej jest to nakaz stanowienia przepisów jasno określających sytuację prawną ich adresata, który bywa nazywany

⁹⁰ W. Pogasz, *O legitymowaniu zasad...*, s. 131.

⁹¹ M. Kordela, *Zasady prawa jako normatywna postać wartości*, RPEiS 2006, nr 1, s. 41.

⁹² S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa...*, s. 57.

⁹³ L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, PiP 1994, z. 4; J. Nowacki, *O uzasadnianiu zasady zaufania w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Zasady prawa. Materiały konferencyjne*, red. Cz. Matan, Z. Tobor, Bydgoszcz–Katowice 2007.

„zasadą określoności”⁹⁴. Można by więc powiedzieć, że zakresem normowania zasady pewności prawa jest suma zakresów normowania poszczególnych zasad. Stąd też mówi się niekiedy, że zasada pewności prawa jest zasadą ogólną, którą wspomniane i omówione wyżej zasady uszczegóławiają. Pogląd ten nasuwa dwa pytania:

- 1) czy zasada pewności prawa ma jakąś autonomiczną treść wykraczającą poza konkretyzacje w postaci wspomnianych zasad?

Jeżeli nie, to:

- 2) czy nazwa „zasada pewności prawa” nie powinna podlegać postulatom ekonomii pojęciowej w tradycyjnym ujęciu Ockhamowskiej brzytwy: „nie mnożyć bytów ponad potrzebę”?

Pytanie pierwsze przywodzi na myśl problem autonomicznej treści zasady demokratycznego państwa prawnego, to znaczy pytania o relację pomiędzy przepisem zawierającym odesłanie do koncepcji państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP) a poszczególnymi przepisami konstytucyjnymi, które są przejawami tej koncepcji. Sławomira Wronkowska zajmuje w tej sprawie stanowisko, że „suma »przejawowych« postanowień konstytucyjnych nie składa się na wyczerpującą koncepcję państwa prawnego”⁹⁵, zaś „przepisy konstytucyjne, w których odnajdujemy przejawy przyjętej przez ustrojodawcę koncepcji państwa prawnego, pełnią funkcję doprecyzowania koncepcji doktrynalnej w szczególnie istotnych dla prawodawcy elementach oraz modyfikowania tej koncepcji”⁹⁶. W innym miejscu wyraźnie dodaje, że „odczytując art. 2 [Konstytucji RP – M.W.] jako normę-zasadę, która daje się wyrazić w postaci koniunkcji zasad oraz mającą charakter programowy oraz optymalizacyjny, powinność (powinności), którą ona [ta norma – M.W.] wyznacza, pozostanie nieuchronnie niedookreślona”⁹⁷.

⁹⁴ Zob. np. wyrok TK z dnia 19 listopada 2008 r., Kp 2/08, niepubl.

⁹⁵ S. Wronkowska, *Charakter prawny klauzuli demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej)*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006, s. 107.

⁹⁶ Ibidem, s. 108.

⁹⁷ Ibidem, s. 120. Na podstawie następującego cytatu można uznać, że TK podziela to stanowisko. „W ocenie Trybunału Konstytucyjnego podstawę kontroli konstytucyjności prawa powinny stanowić przede wszystkim szczegółowe zasady konstytucyjne. Naruszenie zasady szczegółowej, wynikającej z określonej zasady ogólnej, oznacza jednocześnie naruszenie samej zasady ogólnej. W razie stwierdzenia naruszenia zasady szczegółowej zbędne staje się odrębne rozważenie kwestii naruszenia zasady ogólnej.

Fakt, że zasada pewności prawa daje się również przedstawić w postaci koniunkcji zasad, rodzi pytanie, czy powinność, jaką nakłada zasada pewności prawa, pozostanie także „nieuchronnie niedookreślona”? Sądzę, że trudno byłoby udzielić odpowiedzi analogicznej, jak w przypadku zasady demokratycznego państwa prawnego w odniesieniu do zasady pewności prawa. Wprawdzie zasada pewności prawa jest wywodzona przez Trybunał Konstytucyjny z zasady demokratycznego państwa prawnego, jednak owo „wywodzenie” nie oznacza przejścia wszystkich cech zasady demokratycznego państwa prawnego, choćby z tego powodu, że wówczas znikłaby pomiędzy nimi jakakolwiek różnica. Wystarczy powtórzyć, że do grupy formalnych zasad demokratycznego państwa prawnego zalicza się zasady tworzące gwarancje instytucjonalne, takie jak: zasada prawa do sądu i zasada podziału władzy⁹⁸, które nie należą do zakresu zasady pewności prawa.

Sądzę zatem, że zasada pewności prawa nie odgrywa takiej samej roli jak zasada demokratycznego państwa prawnego i nie ma swojej autonomicznej treści. Jaka jest więc jej funkcja? Pytanie to jest o tyle zasadne, że w świetle ustaleń doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zasada demokratycznego państwa prawnego stanowi szczyt swojej piramidy. Z niej bowiem wynika zasada pewności prawa, a z zasady pewności prawa zasada niedziałania prawa wstecz, zasada ochrony praw nabytych itd. Czy nie można więc „szczebla”, jakim jest zasada pewności prawa w owej piramidzie zasad prawnych, „pominąć” i mówić o wyprowadzaniu zasad przeze mnie wyżej omówionych bezpośrednio z zasady demokratycznego państwa prawnego?

Jeżeli bowiem uznać zasadę pewności prawa za zasadę ogólną w tym sensie, że ma swe konkretyzacje w poszczególnych zasadach, to można przeprowadzić pewną analogię. Nazwa normy w postaci „zasada pewności prawa” jest bowiem nazwą ogólną, należącą do tej samej kategorii, co np. nazwa „zwierzę” lub „człowiek”. Tak jak w przypadku „zwierzęcia”,

Odwołanie się do zasad ogólnych jest potrzebne tylko w sytuacji, w której zasady szczegółowe nie zapewniają adekwatnej ochrony jednostce”. Wyrok TK z dnia 30 października 2007 r., P 28/06, LEX nr 31034. Także M. Kordela pisze, że „Mając charakter pojęcia otwartego, stale kształtowanego na nowo ze względu na zmieniające się warunki, w których funkcjonuje, państwo prawne zawsze będzie mogło stać się podstawą do wyprowadzenia nieznanych dotąd zasad, jeżeli ich sformułowanie okaże się niezbędne do ochrony jego własnej istoty”. M. Kordela, *Formalna interpretacja...*, s. 157.

⁹⁸ M. Kordela, *Formalna interpretacja...*, s. 155.

którego desygnatem jest np. lis, kot, wilk itp., tak w przypadku „zasady pewności prawa” jej desygnatami są zasady: niedziałania prawa wstecz, jawności prawa itd.

Uznanie, że zasada pewności prawa ma charakter ogólny w powyższym sensie, rodzi pytanie, wokół którego ogniskował się słynny spór o uniwersalia, czyli czy wyrażenia ogólne do czegoś się odnoszą, czy też są nazwami pozornymi. „Skoro można zdać sprawę ze wszystkiego, nie przyjmując żadnych innych przedmiotów oprócz indywiduów, po cóż przyjmować jeszcze przedmioty ogólne”⁹⁹? Nie zamierzam oczywiście transponować złożonego sporu o uniwersalia do problematyki statusu pewności prawa. Zwracam jedynie uwagę, że można zasadnie wątpić w naukową i praktyczną użyteczność ujmowania pewności prawa jako zasady prawa w sensie dyrektywalnym.

Gdyby jednak wątpić w użyteczność ujmowania zasady pewności prawa jako zasady prawa w sensie dyrektywalnym jedynie z tej racji, że ma ona charakter ogólny w wyżej podanym sensie, byłoby to równoznaczne z zajęciem stanowiska nominalistycznego, w myśl którego wszelkie nazwy ogólne nie mają swojego odniesienia przedmiotowego. Zajęcie takiego stanowiska wymagałoby obszernego uzasadnienia i napisania odrębnej pracy, stąd nominalizm służy mi jedynie jako pokazanie możliwych założeń filozoficznych przyjmowanego stanowiska w sprawie zasad prawa. Uniknięcie rozważań związanych z problemem uniwersaliów, a jednocześnie uzasadnienie wątpliwości na temat użyteczności statusu pewności prawa jako zasady ogólnej wymaga właśnie rozważenia, jaką funkcję pełni zasada pewności prawa i czy funkcja ta pokrywa się z tradycyjnie wymienianymi funkcjami zasad prawa. To zaś wymaga krótkiego przypomnienia, jakie funkcje zasadom prawa są przypisywane przez naukę prawa.

Podręcznikowym ujęciem jest wskazanie, że zasady wyznaczają kierunek działań prawodawczych, ukierunkowują proces interpretacji przepisów prawnych, wskazują kierunki stosowania prawa, a zwłaszcza sposoby korzystania z luzów decyzyjnych¹⁰⁰. Maciej Zieliński dodaje, że zasady w ujęciu dyrektywalnym obok funkcji interpretacyjnej mogą

⁹⁹ T. Kotarbiński, *Wykłady z dziejów...*, s. 55. Na temat różnych wersji sformułowania „brzytwy Ockhama” zob. M. Łagosz, *Brzytwa Ockhama a wykazywanie nieistnienia*, Warszawa 2002, rozdz. I.

¹⁰⁰ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 188.

służyć jako środek do uzupełniania luk konstrukcyjnych¹⁰¹. Marek Safjan wskazuje, że zasady konstytucyjne stanowią „podstawę do konstruowania ważnych dyrektyw interpretacyjnych”, „ustanawiają aksjologię systemu” oraz wskazują na hierarchizację zasad gałęziowych dzięki swojemu walorowi nadrzędności¹⁰². W odniesieniu do prawa wspólnotowego podnosi się, że zasady ogólne prawa wspólnotowego mogą stanowić podstawę stwierdzenia przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości nieważności aktu prawnego lub zakwestionowania przez sąd krajowy aktu wydanego z naruszeniem tych zasad¹⁰³.

Pozornie wydaje się, że funkcję w postaci wyznaczania kierunku działań prawodawczych pełni zasada pewności prawa. Powyżej zgłoszona wątpliwość co do jej autonomicznej treści pokazuje jednak, że kierunek działań prawodawczych mogą wyznaczać równie dobrze zasady szczegółowe, dla których zasada pewności prawa jest racją uzasadniającą.

Nieco odmiennie sprawa przedstawia się w odniesieniu do funkcji interpretacyjnej. Ukierunkowywanie procesu interpretacji jest związane ze stosowaniem pozajęzykowych reguł systemowych poziomych. Są one stosowane w sytuacji, gdy przepis niewyrażający normy-zasady jest związany zakresowo ze sferą normowania przez jakąś normę-zasadę. W takiej sytuacji wykładnia przepisu musi uwzględniać treść normy-zasady¹⁰⁴. Zasada pewności prawa w takim kształcie jak omówiona wyżej jest natomiast zasadą konstytucyjną związaną z zagadnieniem stosowania pozajęzykowych pionowych reguł systemowych, nakazujących „takie zinterpretowanie przepisu prawnego zawartego w akcie hierarchicznie niższym, które jest zgodne z normą odtworzoną z przepisu zawartego w akcie hierarchicznie wyższym”¹⁰⁵. Jak twierdzi M. Zieliński, przypadki niezgodności normy niższego rzędu z normą wyższego

¹⁰¹ M. Zieliński, A. Munczewski, *Interpretacyjna rola zasad prawa*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 781.

¹⁰² M. Safjan, *Pojęcie i funkcje zasad prawa prywatnego*, [w:] *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, red. A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowska, Warszawa 2007, s. 9–10.

¹⁰³ A. Kalisz-Prakopik, L. Leszczyński, *Zasady prawa w stosowaniu prawa wspólnotowego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, s. 25.

¹⁰⁴ M. Zieliński, A. Munczewski, *Interpretacyjna rola...*, s. 779.

¹⁰⁵ Ibidem, s. 777–778.

rzędu są rozpatrywane przez Trybunał Konstytucyjny przez pryzmat reguł walidacyjnych, a nie przez pryzmat reguł interpretacyjnych¹⁰⁶; nie stanowią więc problemu interpretacyjnej roli zasad prawnych.

Nie oznacza to, że konstytucyjna zasada pewności prawa nie ma swojego odpowiednika na poziomie ustawowym. W postępowaniu administracyjnym oraz postępowaniu podatkowym jest to zasada zaufania. W prawie cywilnym jest to zasada bezpieczeństwa (pewności) obrotu¹⁰⁷. Zasady te niewątpliwie mogą pełnić funkcję interpretacyjną w ramach stosowania poziomych reguł systemowych.

Funkcja zasad prawnych, polegająca na wskazywaniu kierunków stosowania prawa, a zwłaszcza sposobu korzystania z luzów decyzyjnych, również jest relewantna dla stosowania prawa, ale już nie dla orzecznictwa konstytucyjnego. Wydaje się jednak, że wskazywanie kierunków stosowania prawa, w zakresie nieobjmującym sposobu korzystania z luzów decyzyjnych, należy przypisywać raczej wartościom aniżeli zasadom prawa. Jerzy Wróblewski, pisząc bowiem o ideologii związanej i swobodnej decyzji sądowej, wskazywał nie na rolę zasad, lecz rolę wartości¹⁰⁸. Podobnie L. Leszczyński, podejmując problem aksjologii wyznaczającej proces stosowania prawa, pisze o wartościach. Spośród nich, obok pewności i jednolitości stosowania prawa, wskazuje na legalność oraz elastyczność stosowania prawa, stojące w naturalnej opozycji wobec siebie¹⁰⁹. Jedynie o legalności można powiedzieć, że można ją ujmować jako zasadę prawa. Byłoby to jednak nieuzasadnione w odniesieniu do elastyczności.

Natomiast w zakresie wyznaczania sposobów korzystania z luzu decyzyjnego to zasady rzeczywiście pełnią tę funkcję, co jest szczególnie widoczne w decyzjach podejmowanych w warunkach tzw. uznania administracyjnego. Zasady prawa nie są jedynym czynnikiem wyznaczającym zakres luzu decyzyjnego¹¹⁰. Tak jak zaznaczyłem wyżej, konstytucyjna zasada pewności prawa nie będzie wyznaczać sposobu korzystania z luzu decyzyjnego, ale funkcje tę będą pełnić ewentualnie zasada bezpieczeństwa obrotu lub ustawowa zasada zaufania.

¹⁰⁶ Ibidem, s. 778.

¹⁰⁷ Na temat tej zasady zob. M. Safjan, *Zasady prawa...*, s. 288 i n.

¹⁰⁸ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 337 i n.

¹⁰⁹ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 52-53.

¹¹⁰ Na temat innych zob. ibidem, s. 45-48.

Tradycyjnie wskazuje się funkcję zasad prawnych jako środka uzupełniania luk konstrukcyjnych w drodze wnioskowania *per analogiam*. W sytuacji, w której zachodzi kolizja norm stanowiących podstawę wnioskowania *per analogiam*, należy za podstawę wnioskowania przyjąć normę będącą jednocześnie zasadą¹¹¹. Ze względu na brak autonomicznej treści zasady pewności prawa nie można przyjąć, by tego rodzaju funkcję pełniła ta właśnie zasada. Rolę taką mogą natomiast odgrywać zasady szczegółowe, jak: zasada niedziałania prawa wstecz, zasada jawności itd.

Jeżeli chodzi o możliwość stwierdzenia nieważności danego aktu prawnego przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości na podstawie naruszenia zasady pewności prawa, to można powtórzyć uwagi poczynione w odniesieniu do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Naruszenie zasady pewności prawa przybiera zawsze postać jakiejś konkretnej zasady¹¹².

Powyższe uwagi umożliwiają zatem twierdzenie, że funkcje zasady pewności prawa jako zasady konstytucyjnej mogą być pełnione przez inne zasady szczegółowe, zaś funkcje zasady pewności prawa na poziomie ustawowym są pełnione przez takie zasady, jak zasada zaufania oraz zasada bezpieczeństwa obrotu.

Obok ogólnego charakteru zasady pewności prawa i argumentu z funkcji zasad, można też wskazać trzeci argument uzasadniający wątpliwość co do słuszności ujmowania pewności prawa jako zasady. Bazuje on na wskazaniu racji uzasadniającej stosowanie takich, a nie innych dyrektyw interpretacyjnych. Nie chodzi w tym przypadku o interpretacyjną rolę zasad prawa na etapie wykładni systemowej, ale o odpowiedź na pytanie, jakie jest uzasadnienie np. dyrektywy, w myśl której proces wykładni należy zawsze rozpoczynać od wykładni językowej. Takim uzasadnieniem może być wskazanie właśnie na znaczenie pewności prawa, ale ujmowanej już nie jako zasada prawa, lecz jako wartość, idea, postulat.

Sądzę zatem, że trzy powyższe argumenty odwołujące się do ogólności zasady pewności prawa, funkcji zasad prawnych oraz racji stosowania dyrektyw stanowią podstawę do poddania w wątpliwość ujmowania pewności prawa jako zasady prawa w sensie dyrektywalnym.

¹¹¹ M. Zieliński, A. Munczewski, *Interpretacyjna rola...*, s. 781.

¹¹² J. Raitio, *The Principle...*

5.6. Pewność prawa jako wartość (ideał) prawa

Konkluzja poprzedniego punktu prowadzi do pytania: skoro nie jest zasadne określanie pewności prawa mianem zasady w sensie dyrektywalnym, to jaki wobec tego przypisać jej status? Pytanie jest tym bardziej uprawnione, że pojęcie pewności prawa ma bogatszą treść obejmującą również pewność stosowania prawa.

Jak już wyżej pisałem, pewność prawa jest ujmowana jako zasada prawa głównie dzięki orzecznictwu Trybunału Konstytucyjnego¹¹³, ponieważ przed powołaniem do życia tego organu w poglądach doktryny ujmowana była jako wartość lub postulat (J. Wróblewski), idea (T. Zieliński). O idei bezpieczeństwa prawnego pisał G. Radbruch. Chciałbym więc w dalszej części rozważyć, czy nie byłoby bardziej użyteczne w odniesieniu do statusu pewności prawa posługiwać się terminem „wartość” lub „ideał”.

Najczęściej w dyskursie dogmatycznoprawnym przyjmuje się, że wartości są przez prawo chronione, czyli, jak interpretuje to stanowisko M. Kordela, nie wchodzą w skład elementów konstytutywnych prawa – są wobec prawa czymś zewnętrznym¹¹⁴. Cytowana autorka zajmuje stanowisko przeciwne. Zasady prawa określa jako „nakaz (zakaz) realizacji określonej wartości”¹¹⁵. W konsekwencji zasada pewności prawa nakazuje realizować wartość pewności prawa¹¹⁶.

Relacja instrumentalna łącząca zasady z wartościami ma swoje konsekwencje. Jeżeli bowiem uznajemy dany stan rzeczy SRZ za wartość, to wówczas za wartość powinniśmy również uznawać taki stan rzeczy SRZ₁, który jest niezbędnym warunkiem zrealizowania się SRZ¹¹⁷.

¹¹³ W orzecznictwie sądów powszechnych przed powołaniem Trybunału Konstytucyjnego pojawiały się sporadycznie odwołania do zasady pewności obrotu. Zob. jednak postanowienie SN z dnia 6 grudnia 1963 r., NRw 39/63, LEX nr 122441, w którego uzasadnieniu sąd powołuje się na zasadę pewności prawnej i zasadę „trwałości prawomocnego orzeczenia”.

¹¹⁴ M. Kordela, *Zasady prawa jako normatywna...*, s. 42.

¹¹⁵ M. Kordela, *Zasady prawa. Studium...*, s. 102.

¹¹⁶ Ibidem, s. 278–279.

¹¹⁷ Można by to rozumowanie określić jako aksjologiczną postać instrumentalnego nakazu. Te właśnie racje doprowadziły H. Elzenberga do odróżnienia wartości ostatecznych i instrumentalnych. Zob. H. Elzenberg, *Pisma aksjologiczne*, Lublin 2002, s. 136.

Wspomniane środki są jednak chyba innego rodzaju wartościami. Dla osoby wierzącej Bóg jest wartością i zapewne „drogi” do niego prowadzące również, jednak taka osoba nie postawi drogi i Boga w tym samym rzędzie. Można oczywiście uznać, że prócz wartości wysokich, takich jak: sprawiedliwość, równość, godność człowieka, dobro wspólne, są też wartości w postaci „aktu realizacji normy postępowania regulujące kwestie życia codziennego”¹¹⁸, jednak samo użycie określenia „wartości wysokie” implikuje jakąś postać ich hierarchii. Stąd właśnie H. Elzenberg odróżnia wartość *pretium* i wartość *dignitas*, uznając tylko tę ostatnią za przedmiot aksjologii. Wartość *pretium* to wartość dla kogoś, jej przykładem jest wartość ekonomiczna. Wartość *dignitas* określano wieloma terminami: „godność”, „szacowność”, „wyborność”, „*honestum*”, „*decorum*”¹¹⁹. Jeśli więc zasady szczegółowe nakazujące realizację pewności prawa uznawać za wartość na mocy powyższego aksjologicznego rozumowania, które stanowi odpowiednik reguły instrumentalnego nakazu, to są one wartościami co najwyżej w sensie wartości instrumentalnej. Uznanie, że jakaś zasada prawa jest wartością, napotyka trudności związane ze statusem – by tak rzec – ontologicznym zasady. Czy wartością jest jej treść, kształt słowny, fakt obowiązywania? Dlatego najlepszym sposobem uniknięcia tych trudności jest przyjęcie definicji zasady prawa zaproponowanej przez M. Kordelę („nakaz realizacji określonej wartości”).

Ostatecznie różnica pomiędzy twierdzeniem, które rozważam, a stanowiskiem M. Kordeli sprowadza się do tego, jak uzasadnić tezę, że pewność prawa jest wartością. Wedle wspomnianej autorki pewność prawa jest wartością, bo obowiązuje zasada pewności prawa, która nakazuje realizować tę wartość. Stanowisko bronione w niniejszej pracy zgadza się z twierdzeniem, że pewność prawa jest wartością, ale nie dlatego, że jest ona zasadą, lecz m.in. właśnie z tego powodu, że ujmowanie jej jako zasady prawa jest zbędne¹²⁰. Kwalifikacja pewności prawa wyłącznie jako wartości (idei) prawa wydaje się prostsza.

¹¹⁸ M. Kordela, *Zasady prawa jako normatywna...* s. 45.

¹¹⁹ H. Elzenberg, *Pisma aksjologiczne...*, s. 95. Na gruncie teorii prawa odróżnienie to znajduje odzwierciedlenie w terminach „wartości zasadniczych” i „instrumentalnych”. Zob. np. J. Wróblewski, *Wartości a decyzja...*, s. 47 i n.

¹²⁰ Na uwagę zaś zasługują cztery sposoby uzasadnienia twierdzenia, że prawo powinno charakteryzować się pewnością, przedstawione przez H. Filipczak: analityczne

Spory na temat statusu wartości od wielu lat krążą wokół dychotomii kognitywizmu i nonkognitywizmu oraz stanowisk wyróżnianych w ich ramach¹²¹. Próbą wyjścia poza tę dychotomię jest zaproponowane przez Sanne'a Taekemę ujęcie wartości (idei, ideałów) jako bytów transcendentnych albo immanentnych¹²².

Konieczna jest jednak w tym miejscu uwaga terminologiczna. Ściśle rzecz biorąc, praca S. Taekemy dotyczy koncepcji ideałów (ang. *ideals*). Ideały w polskim języku filozoficznym są niejednokrotnie oddawane przez termin „idea”, czego przykładem jest np. koncepcja Platona¹²³, która w cytowanej pracy jest omawiana. Sanne Taekema również nie przeprowadza żadnej granicy pomiędzy zakresami obu pojęć¹²⁴, stąd w dalszym ciągu terminami „ideał” i „idea” będę posługiwał się zamiennie. Z kolei stosunek znaczenia terminu „wartość” do znaczenia terminu „ideał” kształtuje się odmiennie w ujęciu transcendentnym, dla którego ideały to szczególny rodzaj wartości, a inaczej według stanowiska immanentnego, dla którego ideał i wartość są tym samym¹²⁵. Widać więc bardzo bliski związek znaczeniowy pomiędzy „wartościami” i „ideałami”. To zaś uzasadnia potrzebę zwrócenia uwagi na wspomnianą dychotomię pomiędzy transcendentnym a immanentnym ujęciem ideałów. Jest to zasadne tym bardziej, że pojęcia ideałów oraz Kantowskich idei regulatywnych są obecne w polskim języku prawniczym. Tego

(prawo niepewne w ogóle nie jest prawem), etyczne (jako konieczny warunek istotnych dla człowieka wartości, jak wolność, godność), tetyczne (jest to nakazane przez przepisy prawa, np. artykuł konstytucji), utytarne (brak pewności prowadzi do niekorzystnych skutków). H. Filipczak, *Postulat pewności...*, s. 28–32.

¹²¹ Zwięźle na ten temat zob. Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, rozdz. 3, pkt 3.2. Szerzej: *Metaetyka*, red. I. Lazari-Pańkowska, Warszawa 1975.

¹²² S. Taekema, *The Concept of Ideals in Legal Theory*, Haga–London–New York 2003.

¹²³ Należy jednak zaznaczyć, że nie chodzi w tym przypadku o znaczenie terminu „idea” przypisywane mu przez G. Berkeley'a, J. Locke'a czy D. Hume'a, pojmujących je jako swego rodzaju treści umysłu. S. Blackburn, *Oksfordzki słownik...*, s. 162

¹²⁴ Nie znaczy to jednak, że dla wszystkich znaczeń obu wspomnianych terminów można utożsamienie ustanowić. Na przykład I. Kant pisał, że „musimy przyznać, że rozum ludzki zawiera nie tylko idee, lecz także ideały, które wprawdzie nie posiadają jak platońskie siły twórczej, lecz przecież posiadają siłę praktyczną (jako zasady regulatywne), leżą u podstaw możliwości doskonałości pewnych działań”. I. Kant, *Krytyka czystego...*, t. 2, s. 311.

¹²⁵ Ibidem, s. 40.

rodzaju terminami określa się bowiem np. status państwa prawa, czego dobrym przykładem mogą być poniższe cytaty: „Państwo prawa jest ideałem, do którego należy dążyć, ale nie ma co liczyć na jego osiągnięcie”¹²⁶, „Państwo prawa jest tzw. ideą regulatywną, tj. pewnym ideałem, do którego zmierzają konkretne ustroje. Żadne państwo nie jest w pełni państwem prawa i nigdy nie będzie”¹²⁷. Wprost stwierdzana w nich niemożność realizacji tego ideału wymaga rozważenia, czy tego typu kwalifikacja będzie miała zastosowanie w odniesieniu do pewności prawa.

5.6.1. Koncepcja ideałów transcendentnych

Koncepcje transcendentne są dualistyczne, ponieważ zakładają rozdzielenie sfery faktu od sfery wartości. Do tej grupy należy zaliczyć m.in. Platona z jego koncepcją idei, Kanta z ideami regulatywnymi, także subiektywizm, wedle którego ideały nie są niczym więcej, aniżeli osobistymi pragnieniami i preferencjami¹²⁸. Cechy ideałów pojmowanych transcendentnie dadzą się sprowadzić do czterech:

- doskonałości,
- abstrakcyjności,
- niemożności ich pełnego sformułowania (opisu),
- niemożności całkowitej realizacji¹²⁹.

Wprawdzie doskonałość jako cecha ideału jest wiązana głównie z platońskimi ideami, to jednak przysługuje ona również ideałom w rozumieniu

¹²⁶ W. Hyla, *W stronę państwa prawa*, „Rzeczpospolita” 19.05.2008.

¹²⁷ J. Woleński, *Zawody prawnicze w państwie prawa*, [w:] *Notariat w polskim systemie prawa*, Kraków 2002, s. 40, cyt. za: T. Biernat, *Państwo prawa – kategoria polityczna*, [w:] *Zrozumieć politykę. Główne problemy teorii polityki i współczesnej myśli politycznej*, red. R. Backer, J. Marszałek-Kawa, J. Modrzyńska, Toruń 2004, s. 12. O ideach konstytucjonalizmu, demokracji, państwa prawnego, podziału władz oraz sprawiedliwości społecznej pisał A. Pułło, *Idee ogólne a zasady prawa konstytucyjnego*, PiP 1995, z. 8, s. 23–24; zob. też: Z. Brodecki, *Idee, zasady ogólne i zasady w porządku prawnym Unii Europejskiej*, [w:] *Zasady prawa ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, Toruń 2007, s. 7.

¹²⁸ S. Taekema, *The Concept of Ideals...*, s. 18–24.

¹²⁹ Ibidem, s. 25. W związku z tym, że poszczególnym stanowiskom filozoficznym cechy te można przypisać w różnym stopniu lub wcale (jak np. abstrakcyjność ideału subiektywizmowi), mają one status typów.

nadany im przez I. Kanta. Jest więc niezależna od przyjmowanego stanowiska ontologicznego. Konsekwencją ich doskonałości jest możliwość bycia kryterium oceny i porządkowania praktyki. Abstrakcyjność wiąże się z niemożnością całkowitego sformułowania ideału. Ideał jest abstrakcyjny, ponieważ wymyka się konkretyzacji. Upostaciowany samochód, określony przez kogoś jako ideał, nie może nim jednak być w myśl tego stanowiska, ponieważ ma właśnie konkretną postać. Z kolei niemożność sformułowania ideału wzmacnia jego nierealizowalność. Nie zachodzi jednak relacja odwrotna, to znaczy cecha nierealizowalności nie implikuje niemożności sformułowania ideału. Ta ostatnia cecha jest pochodną wspomnianej abstrakcyjności¹³⁰.

Przedstawicielem transcendentnego podejścia do statusu wartości jest G. Radbruch, dla którego filozofii prawa odróżnienie rzeczywistości od wartości jest założeniem fundamentalnym¹³¹. Prawo według niego jest „zjawiskiem kultury, to znaczy faktem, implikującym wartość”¹³². To zaś wyznacza określony do niego stosunek, który mieści się w ramach jednej z kilku możliwych postaw wobec wartości, a mianowicie postawy oceniającej charakterystycznej dla filozofii prawa oraz postawy odnoszącej się do wartości charakterystycznej dla nauk prawnych¹³³.

¹³⁰ Ibidem, s. 25–27. Wywód S. Taekemy jest w tym miejscu niejasny, ponieważ nie bardzo wiadomo, jaki status przypisać niemożności realizacji ideału: empiryczny czy logiczny. Z jednej bowiem strony twierdzi właśnie, że niemożność realizacji nie implikuje niemożności sformułowania, gdyż np. z faktu, że ludzie nie latają, nie wynika, iż nie można podać warunków, przy których byłoby to możliwe. Tym samym można sądzić, że niemożność realizacji ma charakter empiryczny, skoro nie jest analityczną sprzecznością zdanie: *człowiek potrafi latać*. Z drugiej jednak strony twierdzenie, że nierealizowalność wynika z doskonałości, skłania do uznania, iż ma ona jednak charakter logiczny (analityczny), będący konsekwencją przyjętego znaczenia słowa „doskonałość”.

¹³¹ G. Radbruch, *Zarys filozofii prawa*, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa–Kraków 1938, s. 2. Założenie to jest charakterystyczne dla genezy jego poglądów, które źródło upatrywane jest w neokantyzmie heidelberskim. Więcej na ten temat zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, s. 140. Na temat wątpliwych związków poglądów Radbrucha z poglądami I. Kanta zob. D. von der Pfordten, *Radbruch as Affirmative Holist. On the Question of What Ought to Be Preserved of His Philosophy*, „Ratio Juris” 2008, vol. 21, no. 3, s. 391–396.

¹³² G. Radbruch, *Zarys filozofii...*, s. 6.

¹³³ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha...*, s. 145. Postawa oceniająca nie jest ostatnim możliwym stosunkiem (poprzedza ją postawa wobec wartości obojętnej). To miejsce

Już chociażby to wyjaśnia racje, dla których Radbruch jako metodę stworzenia pojęcia prawa przyjmuje metodę aprioryczną. Dostrzega wprowadzić metodę indukcyjną, ale zasadniczo ją odrzuca z racji przygodnego (nie zaś koniecznego) charakteru pojęć w ten sposób utworzonych¹³⁴. Prawo jest określane przez stosunek do „wartości prawnej, czyli idei”. Stosunek ten polega na „służeniu”¹³⁵. Pojęcie prawa Radbruch wyprowadza z idei sprawiedliwości, która należy do zbioru wskazywanych przez niego wartości absolutnych, takich jak dobro, prawda, piękno. Sprawiedliwość nie wyczerpuje idei prawa, ponieważ jedynie wyznacza jego formę¹³⁶. Drugim niezbędnym pojęciem jest idea celowości, przy czym nie chodzi o to, „jakie faktycznie stawiano cele, tworząc prawo, lecz o ponadempiryczną ideę celu, która ma być miernikiem prawa”¹³⁷. Trzecim składnikiem idei prawa jest bezpieczeństwo prawne, które wymaga, aby prawo było stanowione¹³⁸ czy też, mówiąc inaczej, żeby prawo w ogóle było. Jak pisze Radbruch: „ważniejszą rzeczą jest to, iż istnieje porządek prawny, niż to, że ten porządek jest sprawiedliwy i celowy, to bowiem jest dopiero drugim, wielkim zadaniem prawa”¹³⁹. W późniejszym okresie wskutek sformułowania tzw. formuły Radbrucha nastąpi zmiana w rozłożeniu akcentów – nacisk zostanie położony na istnienie sytuacji, w których stopień naruszenia sprawiedliwości uzasadnia mówienie o „ustawowym bezprawiu”. Istnieje jednak wśród historyków prawa kontrowersja, czy zmiana ta miała charakter „rewolucyjny”, czy „ewolucyjny”¹⁴⁰.

W jakim stosunku pozostają do siebie idee prawa? Radbruch pisze o ich antynomiach. Sprzeczność pomiędzy ideą sprawiedliwości

zajmuje postawa przezwyłączająca wartość, charakterystyczna dla filozofii religii. G. Radbruch, *Zarys filozofii...*, s. 7.

¹³⁴ G. Radbruch, *Zarys filozofii...*, s. 40.

¹³⁵ Ibidem, s. 41.

¹³⁶ Ibidem, s. 71.

¹³⁷ Ibidem, s. 72. Tego rodzaju twierdzenia pozwalają stanowisko Radbrucha zakwalifikować z punktu widzenia ewentualnej typologii na temat metodologicznego statusu twierdzeń o celu całego prawa.

¹³⁸ Ibidem, s. 101.

¹³⁹ Ibidem, s. 102.

¹⁴⁰ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha...*, s. 137–139; a także: D. Bogusz, *Formuła i filozofia prawa Gustava Radbrucha (w związku z książką J. Zajadło: „Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury”)*. Art. recenzyjny, RPEiS 2002, nr 3.

i celowości a bezpieczeństwem polega na tym, że „prawo stanowione chce obowiązywać bez względu na to, czy jest sprawiedliwe i celowe”¹⁴¹. Związek trzech idei polega na byciu racją uzasadniającą ustanowienie takich, a nie innych przepisów. Na przykład ustanowienie przepisów emerytalnych ma na celu finansowe zabezpieczenie starszych ludzi pod koniec życia, gdy nie są już w stanie zarabiać na własne utrzymanie, natomiast sposób ukształtowania przesłanek świadczeń emerytalnych oraz ich wysokość powodowane są określoną koncepcją sprawiedliwości, o ile prawodawca działa wewnętrznie spójnie. Wreszcie są przepisy, dla których trudno znaleźć cel poza faktem uregulowania danej sytuacji. Radbruch podaje w takim kontekście przykład treści (nie faktu ustanowienia) przepisów ruchu drogowego, np. to, że zakaz przekraczania jezdni związany jest z kolorem czerwonym. Zasadnie więc badacz ten twierdzi, że wspomniane trzy składniki idei prawa „wszechstronnie i wspólnie panują nad prawem”¹⁴². Innymi słowy oznacza to, że podział racji uzasadniających ustanowienie danego przepisu ma charakter adekwatny, czyli każdemu przepisowi prawa możemy przypisać jedną z tych racji uzasadniających, ale nie rozłączny, a więc danemu przepisowi możemy przypisać więcej niż jedną rację uzasadniającą.

Powstaje pytanie: czy koncepcji idei Radbrucha można przypisać wszystkie cztery wyżej podane cechy, charakteryzujące stanowisko transcendentne?

Pojęciem doskonałości Radbruch się nie posługiwał, ale wykorzystał pojęcie wartości absolutnych. Wprawdzie cecha idei (wartości) w postaci absolutyzmu nie jest tożsama z cechą ich doskonałości, ponieważ pierwsza z nich odnosi się do ważności i uznawania idei, podczas gdy druga ma charakter kwalifikacji jakościowej, to jednak obie te cechy często idą

¹⁴¹ G. Radbruch, *Zarys filozofii...*, s. 104. Widać w takim podejściu jeszcze pozytywistyczne nastawienie Radbrucha, którego powojenne poglądy stały się wszak dla R. Alexy'ego podstawą budowania jego własnej niepozytywistycznej koncepcji prawa, która konstituowana jest przez odrzucenie pozytywistycznej tezy o rozdziale i przyjęciu, że włączenie elementów moralnych do pojęcia prawa poprzez ustanowienie słabego związku, tj. związku kwalifikującego pomiędzy prawem a moralnością, jest nie tylko pojęciowo możliwe, ale również pożądane ze względu na możliwe konsekwencje takiego aktu. Tego rodzaju konsekwencje lokujące cały tekst w płaszczyźnie normatywnej przedstawił R. Alexy w artykule *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, tłum. L. Morawski, PiP 1993, z. 11-12.

¹⁴² G. Radbruch, *Zarys filozofii...*, s. 107.

w parze. Problematyczna jest natomiast możliwość przypisania cechy abstrakcyjności Radbruchowskiemu ideom. Z jednej strony określenia, jakich Radbruch używa na oznaczenie swych idei, mają charakter nazw abstrakcyjnych (w logicznym sensie), które oznaczają stosunki, własności, zdarzenia¹⁴³. Z drugiej strony, jeżeli uznać twierdzenie Taekemy, według którego niemożność sformułowania ideału jest pochodną jego abstrakcyjności i nie może być orzeczona w odniesieniu do idei opisywanych przez Radbrucha, bo przecież podał dość precyzyjną formułę zasadniczej dla niego idei sprawiedliwości¹⁴⁴, to dochodzimy do ewidentnej sprzeczności pomiędzy implikacją cechy abstrakcyjności w postaci nieformułowalności ideału a konstатовaną abstrakcyjnością ideału w ujęciu Radbrucha i faktem podania przez niego formuły ideału w odniesieniu do sprawiedliwości. W związku z tym, że dwa sprzeczne poglądy nie mogą być prawdziwe, należy przyjąć prawdziwość któregoś z nich. W moim przekonaniu nie jest tak, że abstrakcyjność pociąga za sobą niemożność sformułowania ideału. Można zatem przyjąć, że Radbruchowskie idee mają charakter abstrakcyjny, jednak mimo to poddają się sformułowaniu.

Pozostaje więc ważna kwestia możliwości pełnej realizacji ideału. Z jednej strony można by sądzić, że skoro można podać formułę ideału, jak to uczynił Radbruch w odniesieniu do idei sprawiedliwości, to nie ma logicznych (pojęciowych) przeszkód, by uznać możliwość jego pełnej realizacji. Z drugiej jednak strony stoi temu na przeszkodzie, zakładany przez koncepcję ideałów transcendentnych, dualizm rzeczywistości i wartości, który można uznać za ontologiczną przeszkodę w pełnej realizacji ideału. Oparcie się wyłącznie na twierdzeniu o dualizmie jest jednak niewystarczające dla odrzucenia możliwości pełnej realizacji ideału. Można bowiem bronić stanowiska, że Radbruch twierdziłby, iż dana regulacja prawna w pełni realizuje daną ideę. Temu jednak nie sprzeciwia się wyłącznie wspomniany dualizm, ale również te z jego poglądów, które sprawiają, że uznawany jest za przedstawiciela stanowiska holistyczno-afirmatywnego¹⁴⁵. Ów holizm przejawia się w koncepcji

¹⁴³ Jak wiadomo, dla T. Kotarbińskiego, twórcy poglądu zwanego reizmem ontologicznym, nazwy abstrakcyjne były nazwami pozornymi. Zob. T. Kotarbiński, *Kurs logiki dla prawników*, Warszawa 1974, s. 16 i n.; J. Woleński, *Filozoficzna szkoła lwowsko-warszawska*, Warszawa 1985, rozdz. XI.

¹⁴⁴ S. Taekema, *The Concept of Ideals...*, s. 157–158.

¹⁴⁵ D. von der Pfordten, *Radbruch as Affirmative Holist...*, s. 388.

antynomicznej natury prawa, wyrażającej się w konflikcie wspomnianych wyżej trzech idei¹⁴⁶. To jest właśnie racja uzasadniająca twierdzenie o niemożności pełnej realizacji ideału w wydaniu Radbrucha. Niemożność ta ma więc charakter analityczny, wynikający z przyjęcia przez tego badacza antynomicznej treści pojęcia prawa.

5.6.2. Immanentna koncepcja ideałów

Immanentyzm jest stanowiskiem monistycznym, które kwestionuje dualizm sfery rzeczywistości i faktu oraz przyjmuje, że ideał jest elementem rzeczywistości. Do koncepcji immanentnych S. Taekema zalicza: arystotelizm z jego koncepcją entelechii¹⁴⁷, współczesną odmianę arystotelizmu zwaną naturalizmem, który, nie odrzucając biologicznych uwarunkowań, dostrzega i zakłada nie tylko społeczną koncepcję natury człowieka, ale również jej kulturowe zróżnicowanie, a także pragmatyzm odrzucający koncepcje natury człowieka i widzący ideały jako te czynniki lub aspekty rzeczywistości, które umożliwiają rozwiązywanie problemów¹⁴⁸.

Wspólnymi cechami pozwalającymi zaliczyć te koncepcje do jednego typu są: ugruntowanie ideału w zjawiskach naturalnych lub społecznych, jego realizowalność oraz domniemanie (pierwotnie ukryty ideał)¹⁴⁹.

Ugruntowanie ideału w rzeczywistości jest różne w zależności od tego, czy będzie to ujęcie arystotelesowskie, naturalistyczne czy pragmatyczne¹⁵⁰. U Arystotelesa cel każdego bytu jest określony przez jego specyficzną

¹⁴⁶ Z kolei nastawienie afirmatywne wyraża się w nastawieniu do filozofii jako potencjalnego źródła mądrości. Ibidem.

¹⁴⁷ Chociaż słowo „entelechia” w opracowaniu Taekemy nie pada, to jest oczywiste, że właśnie koncepcja entelechii, czyli zasada bytu urzeczywistniająca to, co już w materii jest zawarte, służy za przykład immanentnego podejścia do kwestii ideału. Mówiąc innymi słowami, entelechia jest koncepcją wyjaśniającą rozwój organizmów żywych, np. człowieka powstającego z zarodka.

¹⁴⁸ S. Taekema, *The Concept of Ideals...*, s. 28–32. Jako przykład koncepcji pragmatycznej, która jest przeciwstawiana transcendentalizmowi Radbrucha, autorka podaje i szeroko omawia prace P. Selznicka, znanego w polskiej literaturze przedmiotu jako twórca opisu ewolucji prawa od etapu prawa autonomicznego, poprzez prawo responsywne aż do etapu prawa refleksyjnego. Kryterium tej ewolucji stanowi stosunek do ideału legalności.

¹⁴⁹ Ibidem, s. 35–38.

¹⁵⁰ Przedstawiam je za: ibidem, s. 28–35.

naturę. Słynny przykład z ziarnem dębu zawierającym już w sobie istotę dorosłego dębu jest tego ilustracją. W podejściu naturalistycznym ugruntowanie w rzeczywistości oznacza jeszcze biologiczną podstawę ideałów, jednak obejmującą również społeczny charakter ludzkiego życia. Wreszcie w pragmatyzmie ideały są częścią konkretnego doświadczenia, które jest sposobem rozwiązywania problemów.

Ważna, zwłaszcza w świetle wyżej przytoczonych cytatów na temat idealnego statusu państwa prawa, jest realizowalność ideałów. Nie oznacza ona jednak oczywiście, że ideały są, według powyższych stanowisk, zawsze realizowane. Cecha ta przypomina w pewnym stopniu optymalizacyjne kryterium wyróżniające zasady prawa spośród innych norm. Nie można obu tych cech do siebie sprowadzić właśnie z uwagi na brak normatywnego charakteru ideału w ujęciu immanentnym, co widać w poniższej charakterystyce domniemania ideału. Gdyby chciał bowiem zapytać zwolennika tej koncepcji ideału o uzasadnienie jego twierdzenia („skąd wiesz, że właśnie taki jest ideał?”), to odpowiedź wskazywałaby odpowiednio na przyrodę, kulturę i skuteczność. Można by więc zaryzykować twierdzenie, że koncepcje immanentne mają charakter genetyczny, tyle że wskazujący na różne czynniki odpowiadające za mówienie o takich, a nie innych ideałach.

Domniemanie ideału polega na jego „obecności” w rzeczywistości, co oznacza, że ideał jest „w niej” obecny nawet przed jego wyraźnym sformułowaniem, zaś w momencie owego sformułowania ma ono charakter deskryptywny, a nie normatywny. Ideały odgrywają w tej koncepcji rolę czynników odpowiedzialnych za funkcjonowanie praktyki bez przeszkód, nawet wówczas, gdy nie są uświadamiane lub nazywane¹⁵¹.

Stwierdzenia typu: „prawo jest pewne dlatego, że po prostu jest prawem”¹⁵², podobnie jak twierdzenie, że pewność prawa stanowi definicyjną cechę prawa, gdyż „różne aspekty systemu prawa są stabilne strukturalnie”¹⁵³, można, wykorzystując pojęciowy aparat przedstawionych dwóch koncepcji ideałów, zakwalifikować jako przejaw myślenia o pewności prawa jako ideale immanentnym. Bartosz Brożek wykorzystuje matematyczne pojęcie stabilności strukturalnej i odnosi je do pewności prawa, konstruując trzy definicje pewności prawa, odpowiednio

¹⁵¹ Ibidem, s. 37.

¹⁵² J. Stelmach, *Czy interpretacja...*, s. 18.

¹⁵³ B. Brożek, *Pewność prawa...*, s. 27.

w aspekcie komunikacyjnym, kwalifikacyjnym i dynamicznym. (1) Prawo jest pewne w sensie komunikacyjnym, jeżeli niewielka zmiana po stronie nadawcy jakiegoś komunikatu w języku prawnym lub prawniczym powoduje równie niewielkie zmiany w odbiorze tego komunikatu. (2) Prawo jest pewne w sensie kwalifikacyjnym, jeżeli niewielkie zmiany w stanie faktycznym nie powodują znacznych zmian w kwalifikacji prawnej danego zachowania. (3) Prawo jest pewne w sensie dynamicznym, jeżeli niewielkie zmiany legislacyjne nie pociągają za sobą znacznych zmian w stosunkach społecznych w ogólności i w praktyce prawniczej w szczególności¹⁵⁴.

Prawo więc nadal będzie można określać jako pewne, nawet jeżeli wystąpią niewielkie, jak je nazywa B. Brożek, perturbacje, czy to w postaci zmiany przepisów, czy to faktów będących przedmiotem kwalifikacji prawnej. Na podstawie ujmowania pewności prawa jako stabilności strukturalnej rodzi się porównanie systemu prawnego do budowlanej konstrukcji poddanej różnym siłom, np. wiatru, które jednak nie powodują zawalenia się całości. Zawalenie się całości w kontekście pewności prawa oznaczałoby bowiem utratę pewności, a w konsekwencji utratę charakteru prawa jako narzędzia do kierowania i wpływania na ludzkie zachowania.

Należy odpowiedzieć na pytanie: jeżeli ujmować pewność prawa jako ideał, to czy można, w świetle ustaleń pojęciowych dokonanych w tej pracy, zakwalifikować ją jednoznacznie jako ideał transcendentny czy immanentny? Przypomnijmy jeszcze raz cechy ideałów:

Tab. 4. Cechy ideałów w ujęciu transcendentnym i immanentnym

Lp.	Transcendentna koncepcja ideałów	Koncepcja ideałów immanentnych
1	Doskonałość	
2	Abstrakcyjność	Ugruntowanie w przyrodzie, kulturze lub skuteczności
3	Niemożność całkowitej realizacji	Realizowalność
4	Niemożność sformułowania	Domniemane istnienie ideału powodujące zbędność jego formułowania

Źródło: Opracowanie własne.

¹⁵⁴ Ibidem, s. 24–26.

- 1) Trudno stosować pojęcie doskonałości do ideału pewności prawa, ponieważ znaczenia „doskonałości” różnią się w zależności o tego, czy mowa jest o doskonałości ontologicznej, teologicznej, etycznej¹⁵⁵. Doskonałość ideału należy widzieć w perspektywie ontologicznej, w której jedna z definicji bytu doskonałego określała go, jako „to, czemu nic nie brak”¹⁵⁶. Sensowne jest więc mówienie o „doskonałym prawie”, trudniej zaakceptować wyrażenie „doskonała pewność prawa”. Jego objaśnienie bowiem musiałoby się sprowadzić do mówienia o cesze (właśnie pewności), której „nic nie brak”. Określenie bytu doskonałego jako tego, czemu nic nie brak, jest właśnie stwierdzeniem, że nie brak mu żadnej niezbędnej cechy, zaś te, które posiada, posiada w pełni (jeśli poddają się stopniowaniu). Jeżeli zaś rozważyć określenie „doskonale pewne prawo”, to słowo „doskonały” jest użyte w innym znaczeniu: jako to, co całkowicie spełnia swe funkcje.
- 2) „Pewność prawa” jest nazwą niewątpliwie abstrakcyjną. Podobnie rzecz się ma z „przewidywalnością”. Są to nazwy określające cechy (własności) odpowiednio norm i zdarzeń. Jednocześnie trudno bronić poglądu, że pewność prawa jest wartością uzasadnianą apriorycznie. W swoim czasie T. Kotarbiński pisał: „nie zachęcamy (...) nikogo do operowania terminem »aprioryczny«, a to ze względu na sugestie, które on ubocznie nasuwa, a które mają źródło w reprezentowanych dziejowo domysłach o istnieniu jakichś tajemniczych, nie uwarunkowanych przez jakiekolwiek doświadczenie, źródeł wiedzy ludzkiej”¹⁵⁷. Jest zresztą zbyt wiele racji wskazywanych przez psychologów, akcentujących rolę potrzeby bezpieczeństwa człowieka, rozwoju instytucji społecznych mających tę potrzebę zaspokajać, że twierdzenie odwołujące się do apriorycznego uzasadnienia wartości pewności prawa niepotrzebnie sięga tak „wysoko”. Bez większych problemów można empirycznie uzasadnić twierdzenie na temat pewności prawa jako wartości.
- 3) Przeprowadzone w pracy analizy i odróżnienia upoważniają do sformułowania następujących wniosków odnośnie do możliwości całkowitej realizacji pewności prawa. Możliwość całkowitej

¹⁵⁵ W. Tatarkiewicz, *O doskonałości*, Warszawa 1976.

¹⁵⁶ Ibidem, s. 67.

¹⁵⁷ T. Kotarbiński, *Wykłady z dziejów...*, s. 186.

realizacji zadekretowanej pewności prawa, a której kryterium polegało, przypomnę, na uznaniu określonego katalogu zasad prawnych za obowiązujące w danym systemie, zależy od uznania owego katalogu za zamknięty. Pod tym warunkiem tak pojmowana pewność będzie mogła być zrealizowana całkowicie. Kryterium takiej pewności jest czysto formalne i bazuje na podobnym odróżnieniu jak to, które zostało sformułowane w odniesieniu do demokratycznego państwa prawnego, tj. odróżnieniu pojęcia klauzuli demokratycznego państwa prawnego i zasady demokratycznego państwa prawnego¹⁵⁸. Jeżeli natomiast wziąć pod uwagę, że na zadekretowaną pewność prawa składają się zasady prawa mające, w myśl jednego z kryteriów definicyjnych, optymalizacyjny charakter, to naturalnie nie jest możliwa pełna realizacja tak ujętej pewności.

Odpowiedź na pytanie o możliwość pełnej realizacji ideału pewności prawa w znaczeniu przewidywalności decyzji sądowego stosowania prawa wydaje się prosta. Przewidywalność jest wymogiem słabszym od maksymalnego wymogu, jakim jest pewność. „Przewidywalny” to bowiem tyle co „prawdopodobny w jakimś stopniu”. Skoro więc „decyzję pewną” objaśnia się przez „decyzję przewidywalną”, to z przyczyn pojęciowych ideał nie jest realizowalny w pełni.

Jeżeli jednak powiemy, że ideałem jest przewidywalność, to odpowiedź rysuje się nieco inaczej. Przewidywalność decyzji sądowego stosowania prawa w aspekcie historycznym nie stanowi już w ogóle ideału, ponieważ można uznać, że w państwie demokratycznym, jeżeli decyzja jest wydawana na podstawie i zgodnie z prawem, postulat ten jest realizowany. Ideałem nierealizowalnym natomiast jest przewidywalność dyskursywna, a to m.in. z powodu występowania spraw określanych powszechnie w anglojęzycznej literaturze przedmiotu jako *hard cases*¹⁵⁹, przez R. Dworkina jako sytuacje remisu¹⁶⁰, przez D'Amato po prostu jako sytuacje niepewności prawa¹⁶¹.

¹⁵⁸ Zob. T. Chauvin, J. Winczorek, P. Winczorek, *Wprowadzenie klauzuli demokratycznego państwa prawnego do porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa...*

¹⁵⁹ Na temat pojęcia oraz przykładów trudnych spraw powstałych w różnych gałęziach prawa zob. J. Zajadło, *Wprowadzenie. Co to są hard cases?*, [w:] *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007.

¹⁶⁰ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 504.

¹⁶¹ A. D'Amato, *Legal Uncertainty...*, s. 2.

Odpowiedź na pytanie, czy ideał pewności prawa da się sformułować, wymaga objaśnienia samego tego wymogu. Nie czyni tego wyraźnie i jasno S. Taekema. Jeżeli np. za ideał uznać doskonałą miłość, to niemożność jego sformułowania polega, mówiąc kolokwialnie, na niewiedzy, jak ma owa idealna miłość wyglądać. W przypadku pojęć, takich jak „pewność prawa”, niemożność sformułowania ideału w sposób pełny rozumiem jako niemożność podania definicji równościowej tego terminu. Jedną z możliwych definicji pewności prawa, wykorzystująca cechy wewnętrznej moralności prawa wskazane przez Fullera, brzmi następująco: prawo pewne to normy spełniające wymogi wewnętrznej moralności podane przez L. Fullera (ogólne, jasne, niedziałające wstecz itd.). Jest ona nieadekwatna, bo nie uwzględnia licznych zasad prawa, których obowiązywanie jest uzasadnione przez wzgląd na pewność prawa. Ponadto same elementy definicji są stopniowalne, co utrudnia realizację przez tego rodzaju definicję celu diagnostycznego, który ma ułatwiać rozpoznawanie przedmiotów definiowanych.

Niemożność podania równościowej definicji pewności prawa, a więc sformułowania w sposób pełny treści ideału, nie oznacza, że nie można pewności prawa uznać za immanentny ideał w tym sensie, iż ma postać domniemaną, nie wyrażoną wprost. Niemożność pełnego sformułowania to jednak zupełnie co innego niż zbędność podania formuły. Dla Radbrucha pewność prawa jest immanentną wartością każdego prawa jako porządku prawnego¹⁶². To ostatnie twierdzenie wymaga relatywizacji. Nie posiada bowiem cechy realizowalności ideału immanentnego, np. pewność prawa w znaczeniu dyskursywnej przewidywalności decyzji stosowania prawa. Posiada jednak pewność prawa charakterystykę immanentną w tym sensie, że ma ona niejako „ukryty” charakter. Można bowiem powiedzieć, odwołując się do trzech idei Radbrucha, że pewność prawa jest swego rodzaju „ostatnią” wartością, bowiem w sytuacji, gdy pytamy o rację danego przepisu czy instytucji prawnej, a racją tą nie jest sprawiedliwość lub celowość, to zawsze pozostaje racja w postaci samej pewności prawa, której służyć ma sam fakt ustanowienia tego przepisu.

Należy jednak zaznaczyć, że wspomniana właśnie charakterystyka immanentna w postaci ukrytego charakteru ideału pewności prawa jest

¹⁶² T. Gizbert-Studnicki, *Koncepcje „natury rzeczy” w zachodnioniemieckiej filozofii prawa*, „Etyka” 1981, z. 19, s. 136.

trafna tylko w odniesieniu do wąskiego, Radbruchowskiego, pojmowania pewności prawa. Nie będzie ona natomiast adekwatna w odniesieniu do pewności prawa w postaci przewidywalności decyzji stosowania prawa ani w odniesieniu do cech składających się na zadekretowaną pewność prawa.

Odniesienie ustaleń i odróżnień dokonanych w pracy do koncepcji ideałów transcendentnych i immanentnych prowadzi do wniosku, że pewność prawa trudno zaliczyć do jednej lub drugiej grupy. Nie wynika z tego, że pewność prawa nie jest ideałem, ale że jest ideałem zbyt wielowarstwowym, zbyt złożonym, by można było go uznać jednoznacznie za ideał transcendentny lub immanentny. Z jednej bowiem strony niektóre znaczenia tego terminu posiadają charakterystykę transcendentną (jak np. niemożność pełnej realizacji systemowej pewności prawa w tym sensie, że jej składnikiem są zasady prawne o optymalizacyjnym charakterze). Z drugiej strony pewność prawa jako cecha prawa pozytywnego, pisanego i stanowionego ma charakter immanentny.

Zakończenie

Wartości i zasady prawa mają swoje nazwy. Niekiedy treść tych nazw wyznacza treść wartości oraz zasad. W przypadku pewności prawa tak nie jest. „Pewność” jest terminem epistemologicznie uwikłanym, stawiającym wysokie wymagania i na gruncie prawoznawstwa może on być pojmowany jedynie potocznie, a nie tak jak w filozofii. Termin „pewność” w ograniczonym jedynie stopniu wyznacza treść pojęcia pewności prawa. Pojęcie to jest bowiem złożone. Wyrazem tego jest odróżnienie prawniczych nośników pewności: decyzji tworzenia prawa, decyzji stosowania prawa, zbioru norm. To zróżnicowanie może służyć jako wyjaśnienie trudności z konstruowaniem definicji pewności prawa. W efekcie można przyjąć stanowisko, że każdy prawniczy nośnik pewności prawa należy definiować odrębnie. Próba wyjścia z tej trudności jest posłużenie się unifikującym pojęciem zdania prawnego, definiowanego jako pewne wtedy i tylko wtedy, kiedy możliwe będzie rozstrzygnięcie jego wartości logicznej. Dla strony zainteresowanej rozstrzygnięciem wiążącym będzie to możliwe dopiero w momencie podjęcia decyzji przez upoważniony do tego organ. Zanim to nastąpi, wszelkie zdania prawne formułowane przez stronę mogą być jedynie mniej lub bardziej pewne. W rezultacie zdanie zawierające prognozę, która odnosi się do treści rozstrzygnięcia, jakie ma zostać wydane, nie może być pewne. Nie jest ono wprawdzie zdaniem prawnym, ale jest objęte wymogami wartości pewności prawa. Z powodów pojęciowych przewidywalność decyzji stosowania prawa nigdy więc nie osiągnie poziomu pewności.

Poziom tej przewidywalności jest pochodną z jednej strony okoliczności konkretnej sprawy, dowodów, jakimi dysponują strony, czy nawet prawniczych kwalifikacji pełnomocników reprezentujących stronę (przewidywalność *in concreto*). Z drugiej strony wpływają na niego: cecha

języka naturalnego w postaci potencjalnej nieostrości, znajomość postaw oceniających sędziów, znaczenie precedensów czy stopień uwzględniania poglądów doktrynalnych (przewidywalność *in abstracto*).

W dyskursie prawniczym wydaje się dominować praktyczny wymiar pewności prawa, przejawiający się w pytaniu: „jak zwiększyć lub zagwarantować pewność prawa?”. W kontekście przewidywalności decyzji stosowania prawa odpowiedź jest raczej sceptyczna. Na przewidywalność *in concreto* prawodawca nie ma wpływu. Niewiele więcej można też zrobić ponad historyczne dokonania, o których pisałem w rozdziale czwartym, by zapewnić przewidywalność *in abstracto*. Można rozważać powrót jakiejś formy wytycznych Sądu Najwyższego, ponieważ, jak zauważa L. Leszczyński, system demokratyczny niweluje niebezpieczeństwa wpływu polityki na orzecznictwo, zaś jego wewnętrzne właściwości pozwalają osiągnąć rozsądne porozumienie w posługiwaniu się określonymi konstrukcjami prawnymi¹. Można wreszcie uciekać w coraz bardziej szczegółowe regulacje, jednak to wiąże się z ryzykiem chybienia celu regulacji oraz kreowania formalistycznych zachowań ze strony organów stosujących prawo. Głosy domagające się większej przewidywalności stosowania prawa należy jednak uznać, podobnie jak to czynił Jerome Frank, za przejaw myślenia mitycznego, poszukującego takiego stopnia pewności, jakiego prawo zapewnić nie może².

Aspekt praktyczny dotyczy również pewności tworzenia prawa. W wymiarze tworzenia prawa na straży przewidywalności w sensie jurystycznym stoi Trybunał Konstytucyjny. Jednocześnie winien dbać, by jego orzeczenia również były przewidywalne. Wartość przewidywalności decyzji Trybunału i wartość przewidywalności decyzji tworzenia prawa, na której straży on stoi, nie zawsze są równe. Zdarzają się bowiem sytuacje, gdy trafne przewidywanie treści decyzji Trybunału nie ma tak wielkiego znaczenia. Na przykład konstytucyjność aktu przyznającego nowe uprawnienia i obowiązki, badanego w ramach kontroli wstępnej,

¹ L. Leszczyński, *Pewność i jednolitość sądowego stosowania prawa a odesłania pozaprawne*, „Rejent” 2000, nr 4, s. 67–68.

² J. Frank, *Law and Modern Mind*, New Brunswick 2008, s. 8. Wyjaśniał to myślenie, odwołując się do analogii z rozwojem psychicznym dziecka, które po przejściu etapu rozwoju polegającego na przekonaniu się, że rodzice są tylko ludźmi i staniu się dorosłym poszukuje substytutów pewności i bezpieczeństwa, jakie w przeszłości zapewniali mu matka i ojciec.

nie jest tak istotna dla adresatów tej regulacji jak konstytucyjność aktu, na podstawie którego podmioty obrotu gospodarczego podjęły już pewne inwestycje i w efekcie zagrożone są ich interesy. W tej ostatniej sytuacji przedmiotem czynności przewidywania przez takie podmioty będzie objęcie lub nieobjęcie ich sytuacji zakresem zastosowania zasady ochrony interesów w toku.

Choć ochrona przewidywalności, którą w pracy określiłem jako polityczną, leży poza sferą kontroli konstytucyjności, nie oznacza to, że prawodawcze decyzje nieprzewidywalne politycznie nie mają konsekwencji. Zależą one wszakże od aktywności społecznej obywateli oraz wykorzystania przez nich narzędzi, jakie stwarza ustroj demokratyczny.

Czynnikiem ważnym zarówno z punktu widzenia tworzenia, jak i stosowania prawa jest poziom ogólności norm. Zdawać by się mogło, że dla modelu prezentowanego przez obowiązujące w Polsce Zasady techniki prawodawczej, w których struktura aktu normatywnego składa się z części ogólnej, poświęconej m.in. zasadom oraz części szczególnej, mającej zawierać bardziej konkretne postanowienia, nie może być alternatywy. Okazuje się jednak, że poszukiwanie bardziej precyzyjnego języka ma swoją cenę. Jest ona na tyle wysoka, że podejmowane są próby wykazywania, iż model odwrotny – z dominującą rolą zasad i uzupełniającą funkcją przepisów (reguł) – nie niesie tylu niebezpieczeństw i, co więcej, jest skuteczny, jeżeli chodzi o realizację zamierzeń prawodawcy. Nawet gdyby nie posuwać się tak daleko, to uzasadniony wydaje się przynajmniej postulat pod adresem legislatora, by każdorazowo podejmował refleksję, na ile uzasadnione jest rozwiązanie bardzo szczegółowe i czy nie dałoby się obowiązku, który ma być w nim zawarty, wyinterpretować z innej bardziej ogólnej normy.

Należy przy tym podkreślić silny związek pomiędzy ogólnym modelem regulacji a zaufaniem. W takiej sytuacji tzw. geometria zaufania przedstawia się następująco: ufającym jest podmiot stanowiący prawo, zaś adresatem zaufania podmioty stosujące prawo, ale także adresaci norm prawnych. Jest to, jak widać, inna geometria niż ta rekonstruowana z konstytucyjnej zasady zaufania jednostki do państwa i stanowionego przezeń prawa, której adresatem mają być organy państwa, a ufającym jednostka.

Związek poziomu ogólności norm prawnych, a w konsekwencji pewności prawa, z zaufaniem jest widoczny również w perspektywie

akceptowalności rozstrzygnięć jako składowej materialnej pewności prawa. Element ten został dodany przez A. Peczenika i A. Aarnio, by uniknąć nieintuicyjnych konsekwencji objaśniania pewności prawa wyłącznie poprzez kategorię przewidywalności (kazus reżimów autorytarnych). Można go określić mianem etycznego komponentu pojęcia pewności prawa. Podobny w swym charakterze jest element pojęcia zaufania, w innej pracy nazwany elementem korzyści³, który polega na tym, że treścią oczekiwań podmiotu ufającego są pozytywne dla niego działania ze strony adresata zaufania. Fałszem analitycznym jest bowiem stwierdzenie w rodzaju: „Ufam, że mnie skrzywdzisz”. Stąd, być może, właściwa byłaby zmiana terminologiczna, polegająca na odstąpieniu w objaśnianiu pewności prawa od kategorii przewidywalności na rzecz kategorii zaufania, które jednak, rozumiane postulatywnie, nakazywałoby działania na rzecz nie tylko zwiększenia zaufania do państwa, ale i państwa do jednostek podległych prawu przezeń stanowionemu.

Pewność prawa jest tego rodzaju wartością, na którą mogą się powoływać dwie strony danego sporu. Możliwą przyczyną takiego stanu rzeczy jest niemożność jednoznacznego zakwalifikowania pewności prawa do grupy wartości immanentnych albo transcendentnych. Z jednej bowiem strony zasadne do pewnego stopnia jest twierdzenie, że istnieje związek pojęciowy pomiędzy prawem a pewnością i w tym aspekcie pewność prawa stanowi wartość immanentną. Z drugiej jednak strony istnieją aspekty pewności prawa (postulat przewidywalności decyzji), które nakazują pewność prawa ujmować w kategoriach ideału transcendentnego.

Janusowe oblicze pewności prawa jest również dobrze widoczne w opozycji pomiędzy formalistycznym a holistycznym sposobem stosowania prawa. Formalizm jest charakteryzowany przez ograniczenie się do określonego rodzaju argumentów, np. językowych, w imię właśnie pewności prawa. Natomiast podejście holistyczne proponowane w polskiej literaturze przez M. Matczaka ma na celu zapewnienie „przewidywalności i stabilności w stosowaniu prawa”⁴. Formalizm można określić „krzywym odbiciem pewności prawa”, ponieważ argumenty przedstawione przez M. Matczaka (argument socjologiczny i argument z różnicy w wiedzy bazowej sędziów) są przekonujące⁵, jednak w tym kontekście

³ M. Wojciechowski, *Zaufanie instytucjonalne...*, s. 9–10.

⁴ M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 9.

⁵ Ibidem, s. 200 i n.

istotne okazuje się to, że pewność prawa jest wartością uznawaną dość powszechnie. Różnice pomiędzy stanowiskami teoretycznoprawnymi z tego punktu widzenia dotyczą raczej rozłożenia akcentów. Wbrew pozorom np. pozytywizmu prawniczego nie wyróżnia stanowisko w sporze o (nie)pewność prawa, ale tezy o źródłach i o rozdziale lub tezy składające się na określony paradygmat badawczy. Związek twierdzeń konstytucyjnych dla pozytywizmu z pewnością prawa jest co najwyżej pośredni. Jeżeliby zaś w sporze o pewność prawa, mimo wszystko, umieszczać pozytywistów, to – jak widać na przykładzie stanowiska zajętego przez H. Harta w sprawie tzw. otwartej tekstowości – okazuje się, że większym optymistą w zakresie heurystycznej wydolności dyrektyw interpretacyjnych jest niepozytywista R. Dworkin. Również dla niepozytywizmu w wydaniu R. Alexy'ego pewność prawa jest wartością istotną, choć nie bezwzględną, jak o tym przekonuje treść formuły Radbrucha.

Jeżeli zaś szukać przedstawicieli myślenia odrzucającego wagę pewności prawa, to amerykański realizm prawniczy formułował nie tylko tezy deskryptywne na temat określonego poziomu przewidywalności decyzji sądów odwoławczych, ale taki stan rzeczy określał jako wartościowy⁶. Współcześni autorzy spod znaku postmodernizmu zajmują raczej postawę krytyczną, podważając rzekomą, ich zdaniem, pewność i spójność wiedzy interpretatora⁷. Nie jest jednak jasne, czy demaskacja pozorów pewności stanowi wyraz tęsknoty za nią czy raczej przejaw jej odrzucenia.

Nie było zamierzeniem badawczym wyczerpanie problematyki pewności prawa. Nie jest to zapewne możliwe w jednej pracy. Ważną kwestią jest np. podjęcie badań empirycznych polegających na swoistym „pomiarze pewności”, których przedmiotem byłyby poszczególne, pojęciowo zanalizowane w pracy aspekty. W kontekście błędnej wykładni oznaczałoby to ilościową i jakościową analizę orzecznictwa sądów kasacyjnych pod kątem zidentyfikowania naruszanych reguł wykładni. W kontekście tworzenia prawa mogłoby to być pytanie o różnice stopnia pewności prawa poszczególnych gałęzi systemu. W kontekście

⁶ „Much of the uncertainty of law is not unfortunate accident: it is of immense social value”. J. Frank, *Law and Modern...*, s. 7.

⁷ A. Sulikowski, *Trzy filary nowoczesnego logosu sądownictwa i ich postmodernistyczna krytyka*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 218.

stosowania prawa na uwagę zasługuje badanie poziomu przewidywalności skorelowanego z poziomem jednolitości orzecznictwa sądów administracyjnych, Sądu Najwyższego czy Trybunału Konstytucyjnego. Wiele więc w zakresie badania pewności prawa pozostaje jeszcze do zrobienia.

Literatura

- Aarnio A., *The Rational as Reasonable. Treatise on Legal Justification*, Dordrecht–Boston–Lancaster 1987.
- Ajdukiewicz K., *Klasyfikacja rozumowań*, [w:] idem, *Język i poznanie*, t. 2, Warszawa 2006.
- Ajdukiewicz K., *Zagadnienia i kierunki filozofii*, Kęty 2003.
- Ajdukiewicz K., *Zarys logiki*, Warszawa 1955.
- Alexy R., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, „Ratio Juris” 2003, vol. 16, no. 2.
- Alexy R., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, „Ratio Juris” 2003, vol. 16, no. 4.
- Alexy R., *Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourses as a Theory of Legal Justification*, Oxford 1989.
- Alexy R., *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, tłum. L. Morawski, PiP 1993, z. 11–12.
- Araszkiewicz M., *Koherencyjny model rozumowań prawniczych*, AFPiFS 2010, nr 1.
- Askenazy Sz., *Księżę Józef Poniatowski 1763–1813*, Warszawa–Kraków 1910.
- Atria F., *Legal Reasoning and Legal Theory Revisited*, „Law and Philosophy” 1999, vol. 18, no. 5.
- Banakar R., *Reflexive Legitimacy in International Arbitration*, [w:] *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, red. V. Gessner, A.C. Budak, Aldershot UK–Brookfield USA–Singapore 1998.
- Bator A., *Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensu*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007.
- Bator A., *Instrumentalizacja prawa a problem niezgodności i luk w systemie prawa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” no. 2342: *Przegląd Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego*, red. Z. Kegel, Wrocław 2002.
- Bator A., *Publicznoprawne spory kompetencyjne na przykładzie dwóch konfliktów politycznych*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2010.

- Bauman Z., *Etyka ponowoczesna*, Warszawa 1996.
- Bauman Z., *Ponowoczesność jako źródło cierpień*, Warszawa 2000.
- Bąkowski T., Brzeski M., *Nadzór nad działalnością prawotwórczą podmiotów samorządu terytorialnego niebędących jego organami*, [w:] *Nadzór nad samorządem a granice jego samodzielności*, red. M. Mączyński, M. Stec, T. Bąkowski, Warszawa 2011.
- Bąkowski T., Brzeski M., Laskowska M., *Samodzielność gminy w świetle Konstytucji i ustawodawstwa zwykłego*, [w:] *Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, red. S. Wrzosek, M. Domagała, J. Izdebski, T. Stanisławski, Warszawa 2010.
- Beck U., *Spółczesność ryzyka. W drodze do innej nowoczesności*, tłum. S. Cieśla, Warszawa 2004.
- Berteau S., *Toward a New Paradigm of Legal Certainty*, „*Legisprudence*” 2008, vol. II, no. 1.
- Bielska-Brodziak A., *Rodzaje argumentów interpretacyjnych*, niepubl. maszynopis referatu wygłoszonego na XVIII Ogólnopolskim Zjeździe Katedr Teorii i Filozofii Prawa, 22-24 września 2008 r. w Warszawie.
- Bielska-Brodziak A., *Zarzutek błędnej wykładni*, RPEiS 2006, nr 1.
- Biernat T., *Państwo prawa – kategoria polityczna*, [w:] *Zrozumieć politykę. Główne problemy teorii polityki i współczesnej myśli politycznej*, red. R. Backer, J. Marszałek-Kawa, J. Modrzyńska, Toruń 2004.
- Bix B., *Global Error and Legal Truth*, „*Oxford Journal of Legal Studies*” 2009, vol. 29, no. 3.
- Blackburn S., *Oksfordzki słownik filozoficzny*, tłum. C. Cieśliński i in., Warszawa 2004.
- Błachut M., Kaczor J., Kaczmarek P., Sulikowski A., *Systemowość w myśleniu prawniczym*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008.
- Bodig M., *Hart's Jurisprudence: Its relation to Philosophy*, „*Acta Juridica Hungarica*” 2001, vol. 42, no. 1-2.
- Bogucka I., *Funkcje prawa: analiza pojęcia*, Zakamycze 2000.
- Bogusz D., *Formuła i filozofia prawa Gustava Radbrucha (w związku z książką J. Zajadło: „Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury”)*. Art. recenzyjny, RPEiS 2002, nr 3.
- Bonn R.L., *The Predictability of Nonlegalistic Adjudication*, „*Law & Society Review*” 1972, vol. 6, no. 4.
- Borucka-Arctowa M., *Spółeczne funkcje prawa formułowane w doktrynie, ustawodawstwie i orzecznictwie*, [w:] *Spółeczne poglądy na funkcje prawa*, red. M. Borucka-Arctowa, Wrocław–Warszawa–Kraków 1982.

- Braithwaite J., *Rules and Principles. A Theory of Legal Certainty*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 2002, no. 27.
- Brodecki Z., *Idee, zasady ogólne i zasady w porządku prawnym Unii Europejskiej*, [w:] *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, red. C. Mik, Toruń 2007.
- Broniewicz W., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2006.
- Brożek B., *Defeasibility of Legal Reasoning*, Kraków 2004.
- Brożek B., *Pewność prawa jako stabilność strukturalna*, FP 2011, nr 6.
- Brożek B., Cyrul W., *Globalny system prawa*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, t. 2, Kraków 2003.
- Canale D., *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, [w:] *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, red. D. Canale, P. Grossi, H. Hofman (red. naczelny E. Pattaro), seria: *Treatise of Legal Philosophy*, t. 9, Dordrecht–Heidelberg–London 2009.
- Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2011.
- Chauvin T., Winczorek J., Winczorek P., *Wprowadzenie klauzuli demokratycznego państwa prawnego do porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006.
- Chisholm R., *Teoria poznania*, tłum. R. Ziemińska, Lublin 1994.
- Chwedeńczuk B., *Spór o naturę prawdy*, Warszawa 1984.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984.
- Coleman J., Leiter B., *Determinacy, Objectivity, and Authority*, „University of Pennsylvania Law Review” 1993, vol. 142, no. 2.
- Cunningham L.A., *A Prescription to Retire the Rhetoric of „Principle-Based Systems” in Corporate Law, Securities Regulation and Accounting*, „Vanderbilt Law Review” 2007, vol. 60.
- Cyrul W., Brożek B., *Globalny system prawa*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, t. 2, Kraków 2003.
- Czapska J., *Bezpieczeństwo obywateli. Studium z zakresu polityki prawa*, Kraków 2004.
- Czarnecki T., *Moore i Wittgenstein. Niekartezjańskie rozwiązania problemu pewności*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Krakowskiej”, seria: *Nauki Humanistyczne, Społeczne i Ekonomiczne*, 2001, nr 22.
- Czepita S., *Derywacyjna koncepcja wykładni a zagadnienie otwartej tekstowości pojęć prawnych*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.
- Ćwiertniak B.M., *Pozadyrektywne rozumienia „zasad prawa”*, *St. Praw.* 1976, nr 3.

- D'Amato A., *Legal Uncertainty*, „California Law Review” 1983, vol. 71, no. 1.
- Danielewiczowa M., *Wiedza i niewiedza. Studium polskich czasowników epistemicznych*, Warszawa 2002.
- Devlin K., *Żegnaj Kartezjuszu. Rozstanie z logiką w poszukiwaniu nowej kosmologii umysłu*, tłum. B. Stanosz, Warszawa 1999.
- Dobrzański B., Lisiewski M., Resich Z., Siedlecki W., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1969.
- Dolecki M., *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.
- Douglas M., *Risk. Acceptability According to Social Science*, London 1985.
- Dutkiewicz P., *Problem aksjologicznych podstaw prawa we współczesnej polskiej filozofii i teorii prawa*, Kraków 1996.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998.
- Dworkin R., *Law's Empire*, London 1986.
- Elzenberg H., *Pisma aksjologiczne*, Lublin 2002.
- Encyklopedia socjologii*, t. 3, Warszawa 2000.
- Ereciński T., *Apelacja i kasacja w procesie cywilnym*, Warszawa 1996.
- Filipczak H., *Postulat pewności prawa w wykładni operatywnej prawa podatkowego*, Warszawa 2013.
- Frank J., *Law and Modern Mind*, New Brunswick 2008.
- Frick K., *Third Cultures versus regulators: Cross-border Legal Relations of Banks*, [w:] *Emerging Legal Certainty. Empirical Studies on the Globalization of Law*, red. V. Gessner, A.C. Budak, Aldershot UK–Brookfield USA–Singapore 1998.
- Fuchs B., *Lex mercatoria w międzynarodowym obrocie handlowym*, Zakamycze 2000.
- Fuller L., *Anatomia prawa*, tłum. R. Tokarczyk, Lublin 1993.
- Fuller L., *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1978.
- Fuller L., *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*, HLR 1958, vol. 71, no. 4.
- Gessner V., *Globalization and Legal Certainty*, [w:] *Emerging Legal Certainty. Empirical Studies on the Globalization of Law*, red. V. Gessner, A.C. Budak, Brookfield USA–Singapore–Sydney 1998.
- Gizbert-Studnicki T., *Dyrektwy wykładni drugiego stopnia*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.
- Gizbert-Studnicki T., *How Many Theories of Truth are Needed in Jurisprudence*, „Archiv für Recht und Sozialphilosophie” 1985, Beiheft 25.
- Gizbert-Studnicki T., *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, ZNUJ, seria: *Prace z Nauk Politycznych*, z. 26, Kraków 1986.
- Gizbert-Studnicki T., *Koncepcje „natury rzeczy” w zachodnioniemieckiej filozofii prawa*, „Etyka” 1981, z. 19.

- Gizbert-Studnicki T., *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978.
- Gizbert-Studnicki T., *Wykładnia celowościowa*, St. Praw. 1985, nr 3-4.
- Gizbert-Studnicki T., *Znamiona porównawcze w kodeksie karnym*, RPEiS 1981, nr 1.
- Gizbert-Studnicki T., Pleszka K., *Obraz systemu prawa w dogmatyce prawniczej*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wrótkowska, M. Zieliński, Poznań 1990.
- Grabowski A., *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009.
- Gradoń K., Waszkiewicz P., *Skuteczność kryminalizacji posiadania środków odurzających – przykład Polski w kontekście tzw. dopalaczy*, [w:] *Skuteczność prawa. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, 27 lutego 2009 r.*, red. T. Giaro, Warszawa 2009.
- Grobler A., *Wykład 4. Internalizm a eksternalizm*, <http://adam-grobler.w.interia.pl/Epi4.html> [dostęp: 25.01.2013].
- Guś J., *Ład społeczny, poczucie bezpieczeństwa a prawo – kilka uwag z zakresu teorii prawa*, GSP 2002, t. IX.
- Guś J., *System prawa w warunkach nadmiaru prawa*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. S. Czepita, O. Bogucki, Szczecin 2008.
- Guś J., Łokucijewski K., *Globalizacja a jurydyzacja. O wpływie globalizacji na skalę prawotwórstwa w liberalnym państwie demokratycznym*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003.
- Hart H., *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Hart H.L.A., *Moralność prawa*, [w:] idem, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Hart H.L.A., *Niebo pojęć Iheringa i współczesna analityczna filozofia prawa*, [w:] idem, *Eseje z filozofii prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Hart H., *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.
- Hospers J., *Wprowadzenie do analizy filozoficznej*, tłum. B. Chwedeńczuk, Warszawa 2001.
- Hyla W., *W stronę państwa prawa*, „Rzeczpospolita”, 19.05.2008.
- Jabłońska-Bonca J., *Policentryczność źródeł norm w zakresie bezpieczeństwa obywateli. Problem czy margines?*, [w:] *Prawo, język, logika. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Malinowskiego*, red. S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel, Warszawa 2013.
- Jabłońska-Bonca J., *Przesłanki stanowienia norm bez sankcji*, RPEiS 1984, nr 4.
- Jabłońska-Bonca J., *Soft justice w państwie sieciowym*, [w:] *Alternatywne formy rozwiązywania sporów w teorii i w praktyce*, red. H. Duszko-Jakimko, S.L. Stadniczeńko, Opole 2008.

- Jabłońska-Bonca J., Zieliński M., *Aspekty jawności prawa*, RPEiS 1988, nr 3.
- Jabłoński P., *O postawie filozoficznej w polskiej ogólnej refleksji o prawie*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. S. Czepita, O. Bogucki, Szczecin 2008.
- Jadacki J.J., *Potoczne rozumienie „informacji”*, [w:] *Analiza pojęcia informacji*, red. J.J. Jadacki, Warszawa 2003.
- Jan Paweł II, *Encyklika Fides et Ratio. O relacjach między wiarą a rozumem. Tekst i komentarze*, Lublin 2003.
- Jodłowski J., Resich Z., Lapiere J., Misiuk-Jodłowska T., *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2000.
- Kaczmarek P., *Era prawodawców czy era tłumaczy. O dylemacie wyboru roli interpretatora. Czy koniec teorii prawa?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, seria: Prawo 2011, nr 312.
- Kalisz A., *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, RPEiS 2007, nr 4.
- Kalisz-Prakopik A., Leszczyński L., *Zasady prawa w stosowaniu prawa wspólnotowego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1.
- Kant I., *Krytyka czystego rozumu*, t. 1–2, tłum. R. Ingarden, Warszawa 1957.
- Kant I., *Logika. Podręcznik do wykładów*, tłum. A. Banaszkiewicz, Gdańsk 2005.
- Kantola I., *Probability and Moral Uncertainty in Late Medieval and Early Modern Times*, Helsinki 1994.
- Karsz W., *O poprawności logicznej prawnych rozumowań subsumcyjnych*, AUL, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego”, seria I: Nauki Humanistyczno-Społeczne 1978, z. 28.
- Kelsen H., *Czysta teoria prawa. Metoda i pojęcia zasadnicze*, przeł. T. Przeorski, Warszawa 1934.
- Kiełb M., *Pewność prawa vs. nieokreśloność prawa*, FP 2011, nr 3.
- Klami H.T., *Norma decyzyjna, stare decisio i praktyka sądowa*, St. Praw. 1985, nr 3–4.
- Kloska G., *Pojęcia, teorie i badania wartości w naukach społecznych*, Warszawa 1982.
- Kmita J., *Z metodologicznych problemów interpretacji humanistycznej*, Warszawa 1971.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. A. Zieliński, Warszawa 2005.
- Kodeks postępowania cywilnego*, t. I: *Komentarz do artykułów 1–505⁴*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006.
- Kołąkowski L., *Jeśli Boga nie ma... O Bogu, diable, grzechu i innych zmartwie- niach tak zwanej filozofii religii*, przeł. T. Baszniak, M. Panufnik, Kraków 2010.
- Konieczny J., *Pojęcia prawdopodobieństwa ze stanowiska procesu karnego i kry- minalistyki*, Katowice 1987.

- Kordela M., *Formalna interpretacja klauzuli demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006.
- Kordela M., *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy'ego*, RPEiS 2007, nr 2.
- Kordela M., *Zasady prawa jako normatywna postać wartości*, RPEiS 2006, nr 1.
- Kordela M., *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012.
- Korzonek J., Piasecki W., *Kodeks postępowania cywilnego i przepisy wprowadzające kodeks postępowania cywilnego (Rozp. Prez. Rzp. z 29 listopada 1930 Dz. U. R.P. Nr 83, poz. 651 i 652) z komentarzem uwzględniającym wszystkie przepisy pozostające w związku z procesem, materiały Komisji Kodyfikacyjnej, orzecznictwo Sądów Najwyższych b. państw zaborczych i polskiego oraz literaturę procesu cywilnego*, [b.m.] 1931.
- Kosielińska-Grabowska U.A., *The Rule of Recognition – a Remedy for the External Uncertainty of Law*, AFPIFS 2012, nr 1.
- Kotarbiński T., *Błąd praktyczny i jego rodzaje*, [w:] *Między prawdą i normą a błędem*, red. E. Żarnecka-Biały, seria: Dialogicon, t. VI, Kraków 1997.
- Kotarbiński T., *Kurs logiki dla prawników*, Warszawa 1974.
- Kotarbiński T., *Wykłady z dziejów logiki*, Warszawa 1985.
- Kozak A., *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002.
- Kramer M., *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge 2007.
- Kress K., *Legal Indeterminacy*, „California Law Review” 1989, vol. 77, no. 2.
- Kripke S., *Wittgenstein o regułach i języku prywatnym*, tłum. K. Posłajko, L. Wroński, Warszawa 2007.
- Król M., *Przewidywalność decyzji sądowych*, AUL „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego”, seria I: Nauki Humanistyczno-Społeczne 1977, z. 19.
- Kurczewski J., *O badaniu prawa w naukach społecznych*, Warszawa 1977.
- Kustra E., *Polityczne problemy tworzenia prawa*, Toruń 1994.
- Kustra E., *Rozwojowy model tworzenia prawa*, AUNC „Nauki Humanistyczno-Społeczne”, seria: Prawo XXXVI, Toruń 1996.
- Kustra A., *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, PiP 2006, z. 6.
- Labenz P., *Kto się boi zagwozдки sceptycznej?*, pkt 1: *Zagwozodka sceptyczna*, <http://kf.mish.uw.edu.pl/labenz/paper0.htm> [dostęp: 10.06.2008].
- Lang W., *Wokół „Multicentryczności systemu prawa”*, PiP 2005, z. 5.
- Lang W., Wróblewski J., *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986.
- Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979.
- Laporta F.I., *Globalization and the Rule of Law. Provisional Draft for Discussion with Some Doubts and Perplexities of an Old Westphalian*, http://www.tamperclub.org/e-publications/vol3_laporta.pdf [dostęp: 13.10.2013].

- Leiter B., *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, „American Journal of Jurisprudence” 2003, vol. 48.
- Leiter B., *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, „Texas Law Review” 1997, vol. 76, issue 2.
- Leszczyński L., *Pewność i jednolitość sądowego stosowania prawa a odesłania pozaprawne*, „Rejent” 2000, nr 4.
- Leszczyński L., *Podejmowanie decyzji prawnych. Tworzenie i stosowanie prawa*, Zamość 2003.
- Leszczyński L., *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Zakamycze 2001.
- Leszczyński L., *Zagadnienia teorii i stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze 2001.
- Lindley D.V., *Subjective Probability, Decision Analysis and their Legal Consequences*, „Journal of the Royal Statistical Society”, seria A: Statistics in Society 1991, vol. 154, no. 1.
- Litewski W., *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001.
- Luhmann N., *Risk: A Sociological Theory*, Berlin–New York 1993.
- Lyons D., *Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation*, „Law and Philosophy” 1999, no. 18, s. 297–309.
- Łagosz M., *Brzytwa Ockhama a wykazywanie nieistnienia*, Warszawa 2002.
- Łaszczyca G., Martysz A., Matan A., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Łętowska E., *Być sędzią w trudnych czasach*, „Kultura”, marzec 1998.
- Łętowska E., *Glosa do wyroku NSA z 11 grudnia 2001 r., II Sa/Po 1478/00, LEX nr 33842*.
- Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, PiP 2005, z. 4.
- Łętowska E., *Zbieg norm w prawie cywilnym*, Warszawa 2002.
- Malcolm N., *Certainty and Empirical Statements*, „Mind” 1942, New Series, vol. 51, no. 201.
- Mały słownik języka polskiego*, red. E. Sobol, Warszawa 2000.
- Marciszewski W., *Błędne koło w rozumowaniu*, [w:] *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970.
- Marciszewski W., *Logika*, [w:] *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970.
- Mariański J., *Kryzys moralny czy transformacja wartości. Studium socjologiczne*, Lublin 2001.
- Matczak M., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.
- Metaetyka*, red. I. Lazari-Pawłowska, Warszawa 1975.
- Milkowski M., *Krótki kurs semiotyki logicznej*, <http://marcinmilkowski.pl>.

- Moore G.E., *Dowód na istnienie świata*, [w:] idem, *O metodzie filozoficznej. Wybór tekstów*, wstęp, wybór, tłum. W. Sady, Warszawa 1990.
- Moore G.E., *Philosophical Papers*, New York 1959.
- Morawski L., »Autopoiese« i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin Profesor Marii Boruckiej-Arctowej*, red. G. Skąpska, Toruń 2000.
- Morawski L., *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001.
- Morawski L., *O dwóch sposobach definiowania pojęć w prawie*, AUNC „Nauki Humanistyczno-Społeczne”, seria: Prawo XIX, 1981, z. 115.
- Morawski L., *O pewnym rozumieniu prawa i faktu oraz niektórych jego zastosowaniach*, RPEiS 1980, nr 1.
- Morawski L., *Spór o pojęcie państwa prawnego*, PiP 1994, z. 4.
- Morawski L., *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, PiP 2000, z. 11.
- Morawski L., *Wykłady w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002.
- Moreso J.J., *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht 1998.
- Moreso J.J., *Putting Legal Objectivity in its Place*, „Analisi et Diritto” 2004.
- Nawrot O., *Wprowadzenie do logiki dla prawników*, Warszawa 2007.
- Nieznański E., *Logika: podstawy, język, uzasadnianie*, Warszawa 2000.
- Nonet P., Selznick P., *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York 1978.
- Nowacki J., *Normy sprzeczne a problematyka luk w prawie*, [w:] idem, *Studia z teorii prawa*, Zakamycze 2003.
- Nowacki J., *O uzasadnianiu zasady zaufania w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Zasady prawa. Materiały konferencyjne*, red. Cz. Matan, Z. Tobor, Bydgoszcz–Katowice 2007.
- Nowacki J., *Pewność prawa a zasada lex retro non agit*, [w:] idem, *Studia z teorii prawa*, Zakamycze 2003.
- Nowacki J., *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995.
- Nowak L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973.
- Nowak L., *O prawomocności prawniczych rozumowań subsumcyjnych*, RPEiS 1970, nr 3.
- Nowak L., Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Czynności konwencjonalne w prawie*, St. Praw. 1972, nr 33.
- Odrowąż-Sypniewska J., *Zagadnienie nieostrości*, Warszawa 2000.
- Olgati V., *Political Economy of Milan Chamber of Commerce*, [w:] *Emerging Legal Certainty. Empirical Studies on the Globalization of Law*, red. V. Gessner, A.C. Budak, Aldershot UK–Brookfield USA–Singapore 1998.

- Oniszczyk J., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Zakamycze 2004.
- Oniszczyk J., *Państwo prawne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 1996.
- Opalek K., Wróblewski J., *Pozytywizm prawniczy*, PiP 1954, z. 1.
- Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.
- Patryas W., *Definiowanie pojęć prawnych*, Poznań 1997.
- Patryas W., *Uznawanie zdań*, Warszawa 1987.
- Patterson D., *Law and Truth*, New York–Oxford 1996.
- Pawłowski T., *Tworzenie pojęć i definiowanie w naukach humanistycznych*, Warszawa 1978.
- Peces-Barba-Martinez G., *Legal Security from the Point of View of the Philosophy of Law*, „Ratio Juris”, vol. 8, July 1995, no. 2.
- Peczenik A., *On Law and Reason*, Dordrecht 2008.
- Pelc J., *Wstęp do semiotyki*, Warszawa 1984.
- Perelman Ch., *Rozumowanie prawnicze*, [w:] *Współczesna teoria i filozofia prawa na zachodzie Europy*. Wybór tekstów, oprac. T. Gizbert-Studnicki, K. Pleszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach, Kraków 1985.
- Pewność sytuacji prawnej jednostki w prawie administracyjnym: II Krakowsko-Wrocławskie Spotkania Administratywistów*, red. A. Błaś, Warszawa 2012.
- Pfordten von der D., *Radbruch as Affirmative Holist. On the Question of What Ought to Be Preserved of His Philosophy*, „Ratio Juris” 2008, vol. 21, no. 3.
- Pietrzykowski T., *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012.
- Plachta M., *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Zakamycze 2004.
- Plazowski J.W., *Błędy Natury i błędy kultury*, „Prakseologia” 1993, nr 3-4.
- Pleszka K., *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010.
- Pleszka K., Gizbert-Studnicki T., *Obraz systemu prawa w dogmatyce prawniczej*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wróńska, M. Zieliński, Poznań 1990.
- Pogasz W., *O legitymowaniu zasad prawa*, RPEiS 1987, nr 2.
- Poletyło M., *Błąd formalny, błąd materialny*, [w:] *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970.
- Pomorski S., *Amerykańskie common law a zasada nullum crimen sine lege. Studium krytyczne prawotwórstwa sądowego w amerykańskim prawie karnym*, Warszawa 1969.
- Popper K., *Wiedza obiektywna. Ewolucyjna teoria epistemologiczna*, tłum. A. Chmielewski, Warszawa 1992.
- Potrzeszcz J., *Idea prawa w myśli filozoficznoprawnej Gustawa Radbrucha i Arthura Kaufmanna*, „Prawo – Administracja – Kościół” 2005, nr 1-2.

- Potrzeszcz J., *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Lublin 2007.
- Pszczółowski T., *Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji*, Wrocław 1978.
- Pulka Z., *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, seria: Prawo CCXCIII, 2004, nr 2697.
- Pułło A., *Idee ogólne a zasady prawa konstytucyjnego*, PiP 1995, z. 8.
- Putnam H., *Analityczne i syntetyczne*, [w:] *Wiele twarzy realizmu i inne eseje*, tłum. A. Grobler, Warszawa 1998.
- Quine W.O., *Z punktu widzenia logiki. Eseje logiczno-filozoficzne*, tłum. B. Stanosz, Warszawa 1969.
- Raban O., *The Fallacy of Legal Certainty: Why Vague Legal Standards May Be Better for Capitalism and Liberalism*, „Boston University Public Interest Law Journal”, vol. 19, 2010, no. 175.
- Rabault H., *Granice wykładni sędziowskiej*, tłum. B. Janicka, Warszawa 1997.
- Radbruch G., *O celu prawa*, RPEiS 1938, nr 3.
- Radbruch G., *Zarys filozofii prawa*, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa–Kraków 1938.
- Radwański Z., Zieliński M., *Stosowanie i wykładnia prawa cywilnego*, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2007.
- Raitio J., *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht–Boston–London 2003.
- Raz J., *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, tłum. P. Maciejko, Warszawa 2000.
- Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1994.
- Rescher N., *The Coherence Theory of Truth*, Oxford 1973.
- Ruger T.W., Kim P.T., Martin A.D., Quinn K.M., *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking*, „Columbia Law Review” 2004, vol. 104, no. 4.
- Russell B., *Nasza wiedza o świecie zewnętrznym jako pole badań dla metody naukowej w filozofii*, tłum. T. Baszniak, Warszawa 2000.
- Sadowski K., *Pewność prawa jako podstawa demokratycznego państwa prawnego*, niepublikowana praca doktorska napisana pod kierunkiem prof. H. Izdebskiego, Warszawa 2012.
- Safjan M., *Pojęcie i funkcje zasad prawa prywatnego*, [w:] *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, red. A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowska, Warszawa 2007.
- Safjan M., *Zasady prawa prywatnego*, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2007.

- Sarkowicz R., *Amerykańska etyka prawnicza*, Zakamycze 2004.
- Selinger M., *Formalna ocena argumentacji*, „Przegląd Filozoficzny. Nowa Seria” 2012, nr 1.
- Siemianowski A., *Poznawcze i praktyczne funkcje nauk empirycznych*, Warszawa 1976.
- Skąpska G., *Prawo a dynamika zmian społecznych*, Warszawa 1991.
- Skorupka S., Anderska H., Łempicka Z., *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1968.
- Skuczyński P., *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008.
- Skwara B., *Problem normatywności rozporządzeń w świetle orzecznictwa TK*, Prz. Leg. 2007, nr 1.
- Smolak M., *Uzasadnianie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Zakamycze 2003.
- Soin M., *Gramatyka i doświadczenie. Problem Wittgensteina*, Wrocław 2001.
- Solum L.B., *Legal Theory Lexicon: Rules, Standards, and Principles*, <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2009/09/legal-theory-lexicon-rules-standards-and-principles.html> [dostęp: 22.01.2013].
- Solum L., *On the Indeterminacy Crisis. Critiquing Legal Dogma*, „The University of Chicago Law Review” 1987, vol. 54, no. 2.
- Sójka-Zielińska K., *Wykładowia prawa w programach kodyfikacyjnych epoki oświecenia*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni*, red. P. Winczorek, Warszawa 2005.
- Spellmann B., Schauer F., *Legal Reasoning*, „Virginia Public Law and Legal Theory Research” 2012, no. 9, <http://ssrn.com/abstract=2000788> [dostęp: 10.07.2013].
- Spyra T., *Błędna wykładnia i niewłaściwe zastosowanie prawa materialnego (w świetle teorii prawa)*, PiP 2013, z. 4.
- Spyra T., *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Zakamycze 2006.
- Szrednicki J., *Filozofia błędu*, „Prakseologia” 1993, nr 3-4.
- Stammel Ch., *Back to the Courtroom? Developments in the London Reinsurance Market*, [w:] *Emerging Legal Certainty. Empirical Studies on the Globalization of Law*, red. V. Gessner, A.C. Budak, Aldershot UK–Brookfield USA–Singapore 1998.
- Stanosz B., *Wprowadzenie do logiki formalnej*, Warszawa 2001.
- Stelmach J., *Czy interpretacja może być gwarantem pewności prawa*, FP 2011, nr 6.
- Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995.
- Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze: logika, analiza, argumentacja, hermetyka*, Zakamycze 2004.
- Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998.

- Stevens S.S., *The Uncertainty of Legal Rights*, New York–London 2001.
- Studnicki F., *O prawnych rozumowaniach subsumcyjnych*, „Studia Filozoficzne” 1967, nr 1.
- Szulikowski A., *Konstytucjonaliści i postmodernizm*, PiP 2011, z. 12.
- Szulikowski A., *O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego*, PiP 2010, z. 2.
- Szulikowski A., *Trzy filary nowoczesnego logosu sądu i ich postmodernistyczna krytyka*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007.
- Szulikowski A., *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008.
- Sunstein C.R., *Problems with Rules*, „California Law Review” 1995, vol. 83.
- Szacki J., *Historia myśli socjologicznej*, wydanie nowe, Warszawa 2005.
- Szaniawski K., *Informacja*, [w:] *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, red. Z. Cackowski i in., Wrocław 1987.
- Sztompka P., *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007.
- Sztompka P., *Zaufanie w erze globalizacji (szkic problematyki)*, [w:] *Prawo – władza – społeczeństwo – polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałeckiego*, Toruń 2006.
- Szymanek K., *Perswazja, argumentacja, słaby argument, mocny argument*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, t. 2, red. J. Stelmach, Kraków 2003.
- Szymanek K., Wieczorek K.A., Wójcik A.S., *Sztuka argumentacji. Ćwiczenia w badaniu argumentów*, Warszawa 2003.
- Świrydowicz K., Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *O nieporozumieniach dotyczących tzw. „norm zezwalających”*, PiP 1975, z. 7.
- Taekema S., *The Concept of Ideals in Legal Theory*, Haga–London–New York 2003.
- Tałasiewicz M., *O pojęciu „racjonalności”*, „Filozofia Nauki” 1995, nr 1–2.
- Tatarkiewicz W., *O doskonałości*, Warszawa 1976.
- Taylor Ch., *Źródła podmiotowości. Narodziny tożsamości nowoczesnej*, Warszawa 2012.
- Teubner G., *Sprawiedliwość alienująca o dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda*, „Ius et Lex” 2002, nr 1.
- Teubner G., *Substantive & Reflexive Elements in Modern Law*, „Law & Society Review” vol. 17, 1983, no. 2.
- Waldron J., *Safety and Security*, <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/2006papers/waldron-safetyandsecurity.pdf> [dostęp: 10.07.2013].
- Weber M., *Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology*, California 1978.

- Wierczyński G., *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Wierczyński G., *Urzędowe ogłoszenie aktu normatywnego*, Warszawa 2008.
- Wittgenstein L., *Dociekania filozoficzne*, tłum. B. Wolniewicz, Warszawa 2004.
- Wojciechowski B., *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004.
- Wojciechowski M., *Zaufanie instytucjonalne w kontekście ustawowej zasady zaufania jednostki do państwa*, RPEiS 2012, nr 2.
- Woleński J., *Epistemologia*, t. 2: *Wiedza i poznanie*, Kraków 2001.
- Woleński J., *Filozoficzna szkoła lwowsko-warszawska*, Warszawa 1985.
- Woleński J., *Logiczne problemy wykładni prawa*, „Prace Prawnicze Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1972, z. 56.
- Woleński J., *Logika błędu*, „Prakseologia” 1993, nr 3-4.
- Woleński J., *Models of Legal Reasoning*, [w:] 23rd IVR World Congress, August 1-6, 2007, Cracow Poland. *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity. Plenary Lectures*, red. T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach, Warszawa 2007.
- Woleński J., *Zawody prawnicze w państwie prawa*, [w:] *Notariat w polskim systemie prawa*, Kraków 2002.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1996.
- Woś T., Knysiak-Molczyk H., Romańska M., *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Wódz J., *Czy stabilny ład społeczno-normatywny to utopia?*, [w:] *Spotkania z utopią w XXI wieku*, red. P. Żuk, Warszawa 2008.
- Wronkowska S., *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973.
- Wronkowska S., *Charakter prawny klauzuli demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej)*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006.
- Wronkowska S., *Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”*, PiP 2008, z. 10.
- Wronkowska S., *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. A. Szmyt, Warszawa 2005.
- Wronkowska S., *Postulat jasności prawa i niektóre metody jego realizacji*, PiP 1976, z. 10.
- Wronkowska S., *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, PiP 2001, z. 9.
- Wronkowska S., Zieliński M., *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.

- Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974.
- Wróblewski J., *Decyzja sądowa a koncepcja systemu prawa*, AUL „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego”, seria I: Nauki Humanistyczno-Społeczne, 1978, z. 28.
- Wróblewski J., *Funkcje prawa a pewność prawa*, St. Pr.-Ek. 1974, t. XIII.
- Wróblewski J., *Interpretatio secundum, praeter et contra legem*, PiP 1961, z. 4-5.
- Wróblewski J., *Łatwe i trudne przypadki orzecznictwa Sądu Najwyższego*, St. Pr.-Ek. 1989, t. XLII.
- Wróblewski J., *Oceny w prawie i oceny prawa*, St. Praw. 1970, nr 24.
- Wróblewski J., *Postawa filozoficzna i afilozoficzna we współczesnej teorii prawa*, St. Praw. 1966, nr 13.
- Wróblewski J., *Pragmatyczna jasność prawa*, PiP 1988, z. 4.
- Wróblewski J., *Prawo obowiązujące a „ogólne zasady prawa”*, ZNUŁ, seria I: Nauki Humanistyczno-Społeczne 1965, z. 42.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.
- Wróblewski J., *System, tworzenie i wykładnia prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 1989, z. 2.
- Wróblewski J., *Uzasadnienie i wyjaśnienie decyzji sądowej*, St. Pr.-Ek. 1976, t. XVI.
- Wróblewski J., W. Lang, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986.
- Wróblewski J., *Wartości a decyzja sądowa*, Warszawa 1973.
- Wróblewski J., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959.
- Wróblewski J., *Zarys teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959.
- Zajadło J., *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.
- Zajadło J., *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008.
- Zajadło J., *Prawo i filozofia w praktyce: tylko łatwe czy także trudne przypadki?*, [w:] idem, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008.
- Zajadło J., *Wprowadzenie. Co to są hard cases?*, [w:] *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007.
- Zieliński M., *Konstytucyjne zasady prawa*, [w:] *Charakter i struktura norm konstytucji*, red. J. Trzcíński, Warszawa 1997.
- Zieliński M., *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*, Pal. 2011, nr 3-4.
- Zieliński T., *Pewność prawna w stosunkach prawa pracy*, St. Praw. 1988, z. 3.
- Zieliński M., *Podstawowe zasady wykładni prawa*, [w:] *Teoria i praktyka wykładni prawa. Materiały konferencji naukowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego odbytej w dniu 27 lutego 2004 roku*, red. P. Winzorek, Warszawa 2005.
- Zieliński M., *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979.

- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2007.
- Zieliński M., Munciczewski A., *Interpretacyjna rola zasad prawa*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000.
- Zieliński M., Ziemiński Z., *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988.
- Zieliński M., Zirk-Sadowski M., *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa*, RPEiS 2011, nr 2,
- Zirk-Sadowski M., *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, t. 1, red. J. Stelmach, Kraków 2001.
- Zirk-Sadowski M., *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1984.
- Ziomba Z., *W sprawie prawniczych rozumowań subsumcyjnych. Polemika z poglądami F. Studnickiego*, „Studia Filozoficzne” 1967, nr 2.
- Ziemiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 1974.
- Ziemiński Z., *O czym mówią prawnicy, gdy mówią o ocenach*, PiP 1986, z. 12.
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, PiP 1987, z. 12.
- Ziemiński Z., *Problematyka ogólna zbiegu przepisów prawnych*, [w:] *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2007.
- Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.
- Ziemiński Z., *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990.
- Ziemiński Z., *Założenia faktyczne wypowiedzi normatywnych*, „Etyka” 1977, nr 15.
- Ziemińska R., *Epistemologia Rodericka Chisholma*, Bydgoszcz 1998.
- Żegnaj Kartezjuszu. *Rozstanie z logiką w poszukiwaniu nowej kosmologii umysłu*, tłum. B. Stanosz, Warszawa 1999.

Monografie Prawnicze to seria, której celem jest popularyzowanie publikacji na temat różnych dziedzin i gałęzi prawa. W zamierzeniu seria ta ma umożliwić szeroki dostęp do objętych nią monografii, co jest realizowane dzięki temu, że wersji drukowanej każdorazowo towarzyszy wersja elektroniczna publikacji.

Dr Maciej Wojciechowski – adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Uniwersytetu Gdańskiego. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Słuchacz Wielkopolskiej Szkoły Filmu Radia i Telewizji w Poznaniu. Studiował również filozofię na Uniwersytecie Warszawskim. Członek Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej (IVR).

Wśród nazw oznaczających wartości prawne są stare i powszechnie znane, jak „sprawiedliwość” czy „wolność”, ale są i takie, którym przeciętnemu użytkownikowi języka naturalnego trudno byłoby przypisać jakąś wyraźną treść. Należy do nich „pewność prawa”. W języku polskim niewiele jest monograficznych opracowań na jej temat. Książka jest próbą spojrzenia na pewność prawa z teoretycznoprawnego punktu widzenia. Autor prowadzi swoje analizy w obszarze pewności decyzji tworzenia prawa oraz pewności decyzji stosowania prawa. Rozważa również status, jaki można przypisać pewności prawa.



Książka wydana we współpracy z:



ISBN 978-83-7865-137-6