

**SUMMA  
INIURIA**



Marcin Matczak

---

# SUMMA INIURIA

---

O błędzie formalizmu  
w stosowaniu prawa



Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR  
Warszawa 2007

Recenzent: prof. dr hab. *Tomasz Gizbert-Studnicki*

Redakcja i korekta: *Anna Kaniewska*

Projekt okładki: *Katarzyna Juras*

Zdjęcie na okładce: *Maciej Koniuszy*

Copyright for the Polish edition © by Wydawnictwo Naukowe Scholar Sp. z o.o., Warszawa 2007

Copyright © by Marcin Matczak, Warszawa

Publikacja dofinansowana przez Kancelarię Prawniczą  
Domański Zakrzewski Palinka Sp. k.

ISBN: 978-83-7383-257-2

Wydawnictwo Naukowe Scholar Sp. z o.o.  
ul. Krakowskie Przedmieście 62, 00-322 Warszawa  
tel./faks: 022 828 93 91, 022 826 59 21, 022 828 95 63  
dział handlowy: jak wyżej w. 105, 108  
e-mail: [info@scholar.com.pl](mailto:info@scholar.com.pl); [scholar@neostrada.pl](mailto:scholar@neostrada.pl)  
[www.scholar.com.pl](http://www.scholar.com.pl)

Wydanie pierwsze

Skład i łamanie: WN „Scholar” (*Stanisław Beczek*)

Druk i oprawa: Paper & Tinta, Warszawa

## SPIS TREŚCI

<b>Słowo wstępne</b> . . . . .	9
<b>Synopsis</b> . . . . .	13
<b>Prolog. Formalizm w praktyce polskich sądów</b> . . . . .	33
1. Założenia generalne badania . . . . .	33
1.1. Zasady doboru badanych orzeczeń . . . . .	33
1.2. Relacja pomiędzy kontekstem rozstrzygnięcia a kontekstem uzasadnienia . . . . .	34
1.3. Typologia standardów, do których odwołują się sędziowie . . . .	35
1.4. Odniesienia do standardów a charakter praktyki orzeczniczej . . . . .	39
2. Analiza orzeczeń . . . . .	41
2.1. Metodologia . . . . .	41
2.2. Wyniki badania . . . . .	42
3. Konkluzja badania . . . . .	48
4. Interpretacja wyników . . . . .	49

## **Część I** **Mniejsze zło**

Wprowadzenie do części I . . . . .	52
<b>Rozdział 1. Formalizm i jego krytycy</b> . . . . .	53
1. Oblicza formalizmu . . . . .	53
1.1. „Stary” formalizm . . . . .	53
1.2. „Nowy” formalizm . . . . .	56
1.3. Inne ujęcia formalizmu . . . . .	63
2. Czym jest formalizm? Próba zdefiniowania . . . . .	64
3. Krytyki formalizmu . . . . .	70
3.1. Uwagi ogólne . . . . .	70
3.2. Krytyka sylogistyczności formalizmu . . . . .	71
3.3. Krytyka redukcjonizmu przesłanek interpretacyjnych . . . . .	74
3.4. Krytyka twierdzenia o związaniu interpretatora . . . . .	78
4. Podsumowanie krytyki formalizmu . . . . .	80

<b>Rozdział 2. Formalizm a formalność prawa</b>	82
1. Wprowadzenie	82
2. Formalność prawa – uwagi ogólne	82
3. Jak stosować formalne prawo?	85
4. Formalność prawa a dwa rodzaje reguł – preskrypcyjne i konstruujące czynności prawne	88
5. Formalność reguł preskrypcyjnych	90
5.1. Generalizacja jako cecha formalna reguł preskrypcyjnych i problem ich nadmiernej lub niedostatecznej pojemności	90
6. Formalność reguł konstruujących czynności prawne	96
6.1. Cechy formalne reguł konstruujących czynności prawne	96
6.2. Problem instrumentalizowania reguł konstruujących czynności prawne	97
6.3. Formalność reguł konstruujących czynności prawne – wnioski	109
7. Podsumowanie – stosowanie prawa jako proces usuwania wad formalności prawa	110
<b>Rozdział 3. Siła formalizmu</b>	111
1. Wprowadzenie	111
2. Formalizm a pozytywizm prawniczy	111
3. Formalizm a idea rządów prawa	114
3.1. Uwagi wprowadzające	114
3.2. Formalizm a przewidywalność procesu stosowania prawa	116
3.3. Formalizm a ograniczenie dyskrecjonalności prawników	119
4. Psychospołeczna atrakcyjność formalizmu prawniczego	122
5. Siła formalizmu – podsumowanie	126

## Część II

### Nasze słowa i nasza historia

Wprowadzenie do części II	130
---------------------------	-----

<b>Rozdział 4. Właściwości semantyczne tekstu prawnego a błąd formalizmu</b>	133
1. Językowy charakter prawa w ujęciu pozytywistycznym	133
2. Znaczenie tekstu prawnego a wpływ czasu pomiędzy uchwaleniem prawa a jego interpretacją	134
3. Semantyka Kripkego–Putnama a język prawny	141
3.1. Różnice pomiędzy tradycyjnymi ujęciami semantyki a semantyką K–P	142
3.2. Metody ustalania kolejnych znaczeń tekstu prawnego w czasie	151
4. Podsumowanie	156

<b>Rozdział 5. Syntaktyka i pragmatyka komunikacji przez prawo a błąd formalizmu</b> . . . . .	158
1. Uwagi wprowadzające . . . . .	158
2. Założenia o wielokanałowości, hierarchiczności i diachroniczności komunikacji przez prawo . . . . .	160
3. Prawodawca realny a prawodawca idealny – metafora tygła . . . . .	165
4. Hierarchiczność komunikacji poprzez prawo . . . . .	170
5. Syntaktyka i pragmatyka języka prawnego a zastosowanie prawa do konkretnego przypadku . . . . .	173
6. Problem z intencją . . . . .	176
7. Podsumowanie . . . . .	179
<b>Rozdział 6. Formalizm versus holizm interpretacyjny</b> . . . . .	181
1. Trzy błędy formalizmu i wypaczenie idei pozytywistycznej . . . . .	181
1.1. Błąd jednokanałowości a holistyczne podejście do interpretacji prawa . . . . .	183
1.2. Błąd unichroniczności a podejście holistyczne . . . . .	189
1.3. Błąd ahierarchiczności a podejście holistyczne . . . . .	195
2. Możliwe zarzuty pod adresem podejścia holistycznego . . . . .	199
2.1. Holizm interpretacyjny a nieprzewidywalność (niestabilność) decyzji stosowania prawa . . . . .	200
2.2. Holizm interpretacyjny a nadmierna dyskrejonalność prawników . . . . .	207
3. Holizm interpretacyjny a naruszenie autonomii prawa . . . . .	212
3.1. Uwagi wprowadzające . . . . .	212
3.2. Argument z powołania wielokrotnych ugruntowań a autonomia prawa . . . . .	215
4. Podsumowanie . . . . .	216
<b>Epilog. Jak przeciwstawiać się formalizmowi w praktyce</b> . . . . .	217
1. Wprowadzenie . . . . .	217
2. Sugestie w zakresie metodologii stosowania prawa . . . . .	218
<b>Bibliografia</b> . . . . .	223





## SŁOWO WSTĘPNE

Celem niniejszej pracy jest krytyka koncepcji stosowania prawa, nazywanej formalizmem, która, najogólniej rzecz ujmując, polega na stosowaniu prawa ściśle według zapisów tekstu prawnego, nawet wtedy, gdy osiągnięte rozstrzygnięcie jest niesprawiedliwe lub sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem. Choć powszechnie uważa się, że takie właśnie stosowanie prawa jest zgodne z ideą prawa pozytywnego, a więc prawa pochodzącego od ludzi (a nie np. od absolutu, jak w przypadku niektórych koncepcji prawa naturalnego), w pracy tej formalizm jest krytykowany za jego niekompatybilność z założeniami pozytywizmu prawniczego i ideą rządów prawa. Jednocześnie przedstawiono propozycję alternatywnej strategii stosowania prawa, która jest z tymi założeniami zgodna, a więc, w szczególności, jest oparta na analizie semantycznej tekstu prawnego, zapewnia przewidywalność i stabilność w stosowaniu prawa oraz ogranicza wpływ indywidualnych preferencji osoby decydującej na kształt rozstrzygnięcia (ogranicza prawniczą dyskrecjonalność).

Realizacja powyższych celów, a więc krytyki formalizmu i przedstawienia kontrstrategii stosowania prawa zgodnej z ideą prawa pozytywnego, wydaje się interesująca z następujących powodów:

- a) formalizm jako podejście do stosowania prawa jest rozpowszechniony w praktyce orzeczniczej sądów polskich (zob. badanie orzecznictwa sądów administracyjnych, przedstawione w prologu pracy) i zagranicznych. Oznacza to, że praca poświęcona formalizmowi może mieć znaczenie dla praktyki prawniczej;
- b) formalizm stanowi, obok intencjonalizmu i wykładni opartej na celu, jedną z tzw. wielkich teorii stosowania prawa<sup>1</sup>. Praca krytykująca formalizm może mieć zatem znaczenie dla rozwoju teorii interpretacji;
- c) częstym uzasadnieniem dla formalizmu jest teza o jego rzekomej kompatybilności z pozytywizmem prawniczym i ideą rządów prawa,

---

<sup>1</sup> W.N. Eskridge Jr., P.F. Frickey, *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, „Stan. L. Rev.” 1990, 42, s. 321, 323.

w szczególności z takimi wartościami, jak supremacja legislatywy nad sądownictwem, konieczność ograniczenia dyskrecjonalności sędziów w procesie stosowania prawa czy przewidywalność rozstrzygnięć sądowych. Praca podająca takie twierdzenia w wątpliwość może mieć znaczenie falsyfikacyjne;

- d) wydaje się, że dotychczasowe krytyki formalizmu były głównie prowadzone z pozycji niepozytywistycznych (np. krytyka Dworkina, krytyka pragmatystów). Krytyki pozytywistów natomiast albo zakładały istotną rolę nieskrepowanej dyskrecjonalności sędziowskiej (Hart), albo były prowadzone z pozycji zakładających istotną rolę wartości wchodzących do systemu prawa z pominięciem tzw. testu pochodzenia (np. moralność polityczna), przy odpowiednim zmniejszeniu roli tekstu prawnego. Podejście pierwsze, zakładające istotną rolę dyskrecjonalności sędziowskiej, jest trudne do pogodzenia z ideą supremacji legislatywy i ideą związania sędziów w procesie stosowania prawa. Podejście drugie nie zadowala zwolenników formalizmu, ponieważ nie opiera się na tekstualizmie i nie broni w tak silny sposób, jak rzekomo robi to formalizm, idei autonomii prawa. Przeprowadzenie krytyki formalizmu z punktu widzenia podstawowych założeń pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa oraz przedstawienie propozycji alternatywnej, sformułowanej z tych samych pozycji, mogą zatem nadać pracy charakter oryginalny.

Oprócz doniosłości teoretycznej, problem formalizmu prawniczego jest istotny z praktycznego punktu widzenia, ponieważ jest obecny w życiu każdego z nas. Spotykamy się z tym problemem, gdy, kontaktując się z sądami czy urzędami, doznajemy zawodu związanego ze specyficzną, formalistyczną racjonalnością działania tego typu instytucji. Zawód ten jest wynikiem frustracji, którą przeżywamy, kiedy rozstrzygnięcie w naszej sprawie wydaje się zupełnie sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem<sup>2</sup>. Jak jednak zostajemy poinformowani, choć wydaje się ono całkowicie bezsensowne, zostało podyktowane tzw. literą prawa. Większość osób kierujących swoje kroki do sądu lub urzędu oczekuje, że rozstrzygnięcia tam wydawane będą sprawiedliwe. Rozstrzygnięcia zgodne z literą prawa bardzo często niewiele jednak mają wspólnego ze sprawiedliwo-

<sup>2</sup> O „sztuczności”, ale także nieefektywności rozstrzygnięć administracyjno-prawnych będących wynikiem podejścia formalistycznego pisze m.in. R.P. Bezahson, *An Essay On Our Faith That Formalism Yields Fairness And Effectiveness In Public Administration*, „Iowa L. Rev.” 1984, 69, s. 957, 958.

ścią, o czym wiedział już Cicero, formułując znaną paremię: *Summum ius, summa iniuria* – najwyższe prawo może być najwyższą niesprawiedliwością<sup>3</sup>. Jaki jest tego powód? Czy wyrażenie „zgodne z prawem niesprawiedliwe rozstrzygnięcie” nie jest oksymoronem? W pracy staram się przedstawić także i ten problem, wyjaśniając, że nieprzystawalność rozstrzygnięć opartych na tekście prawnym do naszego poczucia sprawiedliwości nie musi być wynikiem błędu czy złej woli rozstrzygającego. Istnieją bowiem poważne argumenty za tym, aby rozstrzyganie kwestii prawnych odbywało się w sposób formalistyczny, zgodny raczej z literą prawa niż z jego duchem. Argumenty te przedstawia pierwsza część pracy, gdzie w dobrej wierze staram się zrekonstruować stanowisko formalizmu, w szczególności twierdzenie, że rolą sędziego nie jest realizacja sprawiedliwości, ale danie wyrazu prawu, bez jego poprawiania, nawet jeśli prowadzi to do gorszych rozstrzygnięć niż te, które nakazuje zdrowy rozsądek. Druga część pracy wskazuje, że stanowisko formalizmu jest jednak błędne. Należy podkreślić, że nie jest tak przede wszystkim z tego powodu, iż rozstrzygnięcia formalistyczne są niesprawiedliwe, ale dlatego, że podejście formalistyczne nie da się pogodzić z samą ideą prawa w jego pozytywistycznym ujęciu. Ta część pracy wykazuje, że prawo pozytywne musi być stosowane w sposób nieformalistyczny, ponieważ tego wymaga język, w jakim prawo to jest formułowane. Ze względu na cechy tego języka, a co za tym idzie – ze względu na strukturę komunikacji społecznej przez prawo – sędziowie powinni wyklądać prawo w sposób dynamiczny, powinni uwzględniać cel i funkcję prawa, historię legislacyjną oraz bezpośrednio stosować do rozpatrywanego przypadku zasady ogólne (konstytucyjne, ponadnarodowe i międzynarodowe). Podstawową tezą tej książki jest więc twierdzenie, że oparta na pełnym kanonie wykładni, nieformalistyczna i dynamiczna interpretacja prawa znajduje swoje uzasadnienie w podstawowych założeniach pozytywizmu prawniczego i nie oznacza naruszenia autonomii prawa wobec innych porządków normatywnych, takich jak polityka, moralność czy obyczajowość.

Wymowa tej książki jest zatem optymistyczna. Nie polega ona na pełnym rezygnacji twierdzeniu, że formalizm jest podejściem wprawdzie błędnym, ale nie istnieje inne podejście do stosowania prawa w tak wysokim stopniu realizujące wartości pozytywizmu prawniczego. Konkluzja

---

<sup>3</sup> Cicero, *De officiis* I, 10, 33.

tej książki to twierdzenie, że prawo pozytywne bez uwzględniania wzniosłych wartości moralnych i prawnonaturalnych może zbliżać się do naszego poczucia sprawiedliwości, jednocześnie nie opuszczając granic swojej formalności.

\* \* \*

Napisanie tej książki było możliwe dzięki uprzejmości i dobrej woli następujących osób i instytucji: partnerów kancelarii Domański Zakrzewski Palinka Sp. k., którzy udzielili mi urlopu naukowego w celu jej ukończenia, organizatorów Programu Ernst & Young „Sprawne państwo”, który to program udzielił mi grantu na badanie poziomu formalizmu w orzecznictwie polskich sądów, Centrum Badań Socjologiczno-Prawnych Uniwersytetu w Oksfordzie, w szczególności dzięki uprzejmości jego dyrektora Pana Prof. Denisa Galligana, który umożliwił mi pobyt w Centrum w czasie przygotowywania tej książki, Katedry Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego, pod kierownictwem Pana Prof. Andrzeja Batora, oraz Katedry Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, pod kierownictwem Pana Prof. Marka Smolaka, dzięki którym to katedrom mogłem dogłębnie przedyskutować treść tej książki na kolejnych etapach jej przygotowywania. Wszystkim wymienionym serdecznie dziękuję.

Marcin Matczak

Warszawa, wrzesień 2007 r.

## SYNOPSIS

Książka ta jest dosyć obszerna, dlatego należałoby przedstawić na wstępie skrótowo jej treść. Jest ona podzielona na cztery części: prolog, dwie części teoretyczne oraz epilog. W prologu przedstawiono wyniki badań strategii orzeczniczych stosowanych przez sędziów polskich sądów administracyjnych<sup>1</sup>. Wyniki badania wskazują, że wśród sędziów dominuje strategia formalizmu. Wyraża się ona przede wszystkim w fakcie, że aż 83% wszystkich powołań standardów rozstrzygnięć w 807 badanych orzeczeniach, wydanych pomiędzy rokiem 1999 a 2004, to odniesienia do standardów formalnych (takich jak wykładnia językowa, poprzestanie na literalnym wyniku wykładni, wykładnia systemowa i inne). Jednocześnie sędziowie bardzo rzadko uzasadniają swoje rozstrzygnięcia przez odwołanie się do standardów substancjalnych (nazywanych w badaniu „standardami zewnętrznymi dla prawa”<sup>2</sup>), takich jak intencja ustawodawcy, cel czy funkcja prawa. Równie rzadkie w praktyce orzeczniczej sądów są odwołania do zasad (standardów) ogólnych prawa, w szczególności zasad konstytucyjnych i zasad prawa wspólnotowego. Ukazane podejście do stosowania prawa powoduje, że aż 63% wszystkich badanych spraw jest rozstrzyganych wyłącznie na podstawie standardów wewnętrznych dla

---

<sup>1</sup> Badanie to skonstruowano i przeprowadzono dzięki grantowi badawczemu udzielonemu autorowi przez Program Ernst & Young „Sprawne państwo”. Wyniki badania zaprezentowane zostały w: D. Galligan, M. Matczak, *Strategie orzekania sądowego. O wykonywaniu władzy dyskrecjonalnej przez sędziów sądów administracyjnych w sprawach podatkowych i gospodarczych*, Raport Programu „Sprawne państwo”, Ernst & Young, Warszawa 2005 ([www.sprawnepanstwo.pl](http://www.sprawnepanstwo.pl)) oraz w D. Galligan, M. Matczak, *Strategies of Judicial Review*, The Foundation for Law and Justice Policy Brief, Oxford 2006. Zgodnie z informacją zawartą w przypisie 1 raportu *Strategie orzekania sądowego*, mój udział w badaniu polegał na zaprojektowaniu i przeprowadzeniu badania orzecznictwa polskich sądów administracyjnych, które następnie wraz z prof. Galliganem poddaliśmy interpretacji w świetle celów raportu. Treść prologu opiera się na skonstruowanym i przeprowadzonym przez autora badaniu oraz przedstawia jego interpretację odmienną od zaprezentowanej w raporcie.

<sup>2</sup> Standardy te określono jako zewnętrzne, ponieważ są one zaczerpnięte ze światów instytucjonalnych innych niż prawo – przede wszystkim z obszaru polityki (chodzi tu o takie standardy, jak polityczna intencja prawodawcy, funkcja społeczna prawa, efekt prewencyjny i inne).

prawa (standardów formalnych), a udział zasad ogólnych w argumentacji sędziowskiej (np. zasady proporcjonalności) kształtuje się na poziomie promili. Rzadkie uwzględnianie przez sędziów elementów celowościowych i funkcjonalnych oraz rzadkie stosowanie zasad ogólnych prowadzą zatem do przekonania, że w praktyce orzeczniczej polskich sądów administracyjnych dominuje strategia formalizmu.

Wyniki badania zaprezentowane w prologu są punktem wyjścia do analizy teoretycznych aspektów formalizmu. Pierwsza część książki, zatytułowana *Mniejsze zło*, poświęcona jest przedstawieniu formalizmu jako koncepcji stosowania prawa. Rozdział pierwszy prezentuje obecne w literaturze wersje formalizmu, w szczególności tzw. stary i nowy formalizm, a także inne ujęcia formalistycznego podejścia do stosowania prawa, wśród których znajdują się tekstualizm, oryginalizm oraz koncepcje interpretacji zakładające jasność prawa, w tym klaryfikacyjna koncepcja wykładni Jerzego Wróblewskiego.

Po omówieniu różnych wersji formalizmu następuje przegląd sformułowanych w opracowaniach poświęconych interpretacji prawniczej definicji tego podejścia do stosowania prawa. Rozpoczyna go powołanie rozbudowanej definicji Bixa, który wyróżnia trzy znaczenia tego terminu:

- a) Formalizm w ujęciu pejoratywnym to podejście do analizy zagadnień prawnych, prowadzonej zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzeczeniach sądowych, które zakłada mechaniczne albo automatyczne przechodzenie od kategorii ogólnych lub pojęć do konkluzji, bez brania pod uwagę kwestii politycznych, moralnych czy praktycznych.
- b) Formalizm w ujęciu niepejoratywnym to inaczej tekstualizm – twierdzenie, że przepisy ustawowe lub konstytucyjne powinny być interpretowane zgodnie z ich zwykłym znaczeniem (*according to their plain meaning*), a nie zgodnie z celami, które stały u podstaw ich wydania, czy też intencjami ich autorów (gdyby to drugie, celowościowe podejście miało prowadzić do innych wyników).
- c) Formalizm w trzecim znaczeniu (nazwijmy je neutralnym) to grupa poglądów na interpretację prawniczą, obejmująca tekstualizm, ale i inne poglądy, wyrażające preferencję raczej dla zapisanych reguł prawnych niż dla ogólnych standardów, a także uznające za poprawną interpretację zgodną z oryginalną intencją prawodawcy<sup>3</sup>; w tym ujęciu

<sup>3</sup> Formalizm w tym ujęciu jest statyczną teorią wykładni prawa. Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959, s. 159 i n.

formalizm wyraża także przekonanie, że stosowanie reguł prawnych prowadzi do ograniczenia swobody osób je stosujących, ograniczenia, które może mieć zarówno dobre, jak i złe skutki<sup>4</sup>.

Następnie omówione zostały inne definicje formalizmu, m.in. bardzo trafna definicja F. Schauera, który uznaje, że formalizm oznacza zaprzeczanie, iż istnieje inna, uzasadniona prawnie możliwość rozstrzygnięcia danego zagadnienia prawnego niż rozstrzygnięcie wynikające wprost z lektury przepisu prawnego<sup>5</sup>.

Po omówieniu definicji formalizmu zaprezentowano cechy wspólne wszystkich koncepcji formalistycznych. Oto ich katalog:

- a) przekonanie o sylogistyczności procesu stosowaniu prawa – a więc twierdzenie, że stosowanie prawa jest operacją mechaniczną, polegającą na przechodzeniu od przesłanek do wniosku (w której „przesłankami” są np. stan faktyczny i jasny tekst prawny, a „wnioskiem” norma indywidualno-konkretna); dodatkowym elementem twierdzenia o sylogistyczności procesu stosowania prawa jest zaprzeczanie, że proces ten jest silnie uwikłany aksjologicznie,
- b) postulat zredukowania liczby przesłanek interpretacyjnych wpływających na decyzję stosowania prawa, wyrażający się w (i) odmowie uwzględniania w stosowaniu prawa innych wartości kultury prawnej niż tekst i oryginalna intencja prawodawcy (w tym m.in. odmowa uwzględniania zmiany znaczenia tekstu prawnego w czasie), oraz (ii) odmowie uwzględniania w stosowaniu prawa zasad ogólnych (standardów), których używanie wymaga ważenia wartości; ten ostatni przejaw redukcjonizmu przesłanek interpretacyjnych występuje często pod postacią koncepcji stosowania do danego przypadku najbardziej szczegółowej reguły prawnej (*most locally applicable rule*)<sup>6</sup>;
- c) przekonanie o związaniu prawnika przez formalistyczny proces stosowania prawa, a więc twierdzenie, że formalizm zapewnia przewidywalność decyzji interpretacyjnej oraz pozwala ograniczać dyskrejonalność prawników, podczas gdy sięganie do wartości innych niż tekst prawny czy oryginalna intencja prawodawcy jest równoznaczne z brakiem kontroli nad sędziowską władzą dyskrejonalną.

<sup>4</sup> B.H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2004.

<sup>5</sup> F. Schauer, *Formalism*, „Yale L.J.” 1988, 97, 509, s. 511.

<sup>6</sup> Por. idem, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford 1991, s. 188 i n.

Po scharakteryzowaniu formalizmu omówiono głosy krytyczne formułowane pod jego adresem, w rozbiciu na krytykę sylogistyczności formalizmu, krytykę redukcjonizmu przesłanek interpretacyjnych oraz krytykę twierdzenia o możliwości związania interpretatora. W tym miejscu uwzględniono krytykę przedstawioną przez takich autorów, jak A. Marmor, C. Sunstein, R. Dworkin, S. Fish czy A. Barak<sup>7</sup>. Zakończenie rozdziału pierwszego rekonstruuje kilka głównych zarzutów pod adresem formalizmu, z uwzględnieniem ich słabych i mocnych stron.

Drugi rozdział pracy poświęcony jest przedstawieniu relacji pomiędzy formalizmem a formą i formalnością w prawie. Rozdział ten rozpoczyna proces pogłębionej analizy formalizmu, który w drugiej części pracy doprowadzi do twierdzenia o niekompatybilności formalizmu z pozytywizmem prawniczym i ideą rządów prawa. Podstawową tezę tego rozdziału jest twierdzenie, że nie istnieje konieczny związek pomiędzy uznaniem doniosłej roli formy i formalności w prawie (a więc także doniosłej roli języka prawnego) a formalizmem w stosowaniu prawa. Przedstawienie poglądów na istotę formalności jako cechy prawa w rozdziale tym opiera się głównie na opiniach R.S. Summersa oraz E.J. Weinriba. Za pierwszym z nich przyjęto, że forma w prawie to „celowe, systematyczne zorganizowanie” (*purposive systematic arrangement*)<sup>8</sup>, co odróżnia tak zdefiniowaną formę od „treści”, którą Summers określa jako „materialne i inne składniki instytucji” (*material and other components of a functio-*

<sup>7</sup> Literatura angielskojęzyczna poświęcona problemowi formalizmu jest bardzo obszerna. Do ważnych pozycji z jej zakresu należy zaliczyć: G. Calabresi, *Two Functions of Formalism*, „U. Chi. L. Rev.” 2000, **67**, s. 479; D. Patterson, *The Metaphysics of Legal Formalism*, „Iowa L. Rev.” 1992, **77**, s. 742; M. Corrado, *The Place of Formalism in Legal Theory*, „N. C. L. Rev.” 1992, **70**, s. 1545; H. Stewart, *Contingency and Coherence: The Independence of Realism and Formalism in Legal Theory*, „Val. U. L. Rev.” 1995, **30**, s. 1; J.E. Moliterno, *Why Formalism*, „U. Kan. L. Rev.” 2000, **49**; R.H. Pildes, *Forms of Formalism*, „U. Chi. L. Rev.” 1999, **66**, s. 607; P.N. Cox, *An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism*, „Ind. L. Rev.” 2003, **36**, s. 57; D.A. Farber, *Legal Formalism and the Red-Hot Knife*, „U. Chi. L. Rev.” 1999, **66**, s. 597; K. Kress, *Coherence and Formalism*, „Harv. J. L. & Pub. Pol.” 1993, **16**, s. 639; J. Malkan, *Literary Formalism, Legal Formalism*, „Cardozo L. Rev.” 1998, **19**, s. 1393; J.G. Wilson, *The Morality of Formalism*, „UCLA L. Rev.” 1985, **33**, s. 431; L. Alexander, *“With Me, It’s All er Nuthin’”: Formalism in Law and Morality*, „U. Chi. L. Rev.” 1999, **66**, s. 530; C. R. Sunstein, *Must Formalism Be Defended Empirically?*, „U. Chi. L. Rev.” 1999, **66**, s. 636. Jeszcze bardziej obszerna jest literatura poświęcona tekstualizmowi jako podejściu do stosowania prawa.

<sup>8</sup> R. Summers, *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Cambridge University Press, 2006, s. 5 i n.



*nal legal unit*). W odniesieniu do reguł prawnych uznano, że wyznacznikiem ich formalności są cechy wynikające z ich językowego sformułowania. W przypadku reguł preskryptywnych (wyrażających nakaz lub zakaz) podstawową cechą formalną jest ich generalność, polegająca na konieczności opisywania adresatów i okoliczności istotnych z punktu widzenia reguły poprzez użycie nazw generalnych. Ta formalna cecha reguł ma zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki. Generalność reguł, w przeciwieństwie do kazuistyki, z jednej strony zapewnia ich długotrwałe funkcjonowanie jako narzędzi wpływania na zachowanie obywateli oraz gwarantuje realizację takich wartości, jak równość wobec prawa. Z drugiej strony jednak prowadzi do zbyt dużej czy też zbyt małej pojemności reguły (*over- and underinclusiveness*), a więc sytuacji, w której z punktu widzenia celu reguły dotyczy ona zbyt szerokiej albo zbyt wąskiej grupy adresatów i okoliczności<sup>9</sup>. To właśnie generalność reguły prowadzi do sytuacji określanej przez L. Alexandra mianem „rozbieżności” (*gap*)<sup>10</sup> – sytuacji, w której zastosowanie językowego brzmienia reguły do danego przypadku prowadzi do stanu rzeczy niezgodnego z celem, dla którego ta reguła została ustanowiona. Aby zobrazować tę sytuację przykładem, wystarczy przywołać stare florenckie prawo, zakazujące „wylewać krew na ulicę”<sup>11</sup>, którego celem było zapobieżenie ulicznemu zamieszkom. Ze względu na generalność sformułowania „wylewać krew” powstała w pewnym momencie wątpliwość, czy regułę tę należy zastosować do lekarza, który w celu ratowania ciężko chorego pacjenta leżącego na ulicy upuścił mu krwi. Mimo spełnienia znamion czynu zakazanego jasne jest, że celem tak sformułowanej reguły nie było karanie lekarzy pomagających chorym. Rozbieżność pomiędzy zastosowaniem językowej treści reguły (które będzie prowadziło do skazania lekarza) oraz bezpośrednim odwołaniem się do celu, leżącego u podstaw jej ustanowienia (które będzie prowadziło do jego uniewinnienia), to właśnie „rozbieżność”, o której mówi L. Alexander. Tematyka „rozbieżności” prowadzi do punktu, w którym z całą jasnością uwidacznia się różnica między formalnością prawa i for-

<sup>9</sup> F Schauer, *Playing...*, op. cit., s. 31 i n.

<sup>10</sup> L. Alexander, *The Gap*, „Harv. J. L. & Pub. Pol.” 1991, 14, s. 695–696.

<sup>11</sup> Ten klasyczny przykład Puffendorfa jest cytowany m.in. w orzeczeniu *United States v. Kirby*, 74 U.S. 482, 487 (1868); zob. także V.M. Dougherty, *Absurdity and the Limits of Literalism: Defining the Absurd Result Principle in Statutory Interpretation*, „Am. U. L. Rev.” 1994, 44, s. 127 i n. Podobna regulacja weneckiego prawa przywołana została przez Szekspira w *Kupcu weneckim*.

malizmem w jego stosowaniu. Otóż formalność prawa, polegająca na zasadniczej zgodzie co do wagi formalnych cech reguł, a więc np. na popieraniu generalności reguł, nie musi prowadzić do formalistycznego stosowania reguł. Formalizm rozpoczyna się bowiem dopiero w miejscu, w którym podejmujemy decyzję o korygowaniu albo niekorygowaniu rozbieżności pomiędzy zastosowaniem języka reguł a zastosowaniem ich celu czy też innych mniej formalnych przesłanek. Jeżeli obierzemy drogę korygowania rozbieżności, np. poprzez zawężenie zakresu zastosowania reguły ze względu na jej cel lub obecne w prawie zasady ogólne, to wybierzemy drogę nieformalistyczną, choć jednocześnie nie zaprzeczemy formalności jako istotnej cesze prawa.

Kolejną część rozdziału drugiego stanowi ponowna analiza relacji pomiędzy formalnością a formalizmem, tym razem w odniesieniu do reguł konstruujących czynności prawne<sup>12</sup>. W ich przypadku formalność także prowadzi do pozytywnych i negatywnych skutków. Pozytywne skutki formalności reguł konstruujących czynności prawne polegają na tym, że co do zasady spełnienie formalnych wymogów dokonania danej czynności powoduje uznanie jej za *prima facie* ważnie dokonaną, a w konsekwencji prowadzi do podporządkowania się jej skutkom. Fenomen ten opisuje m.in. konstrukcja „domniemania legalności” aktów prawnych czy innych czynności prawnych. Ze względu na ochronę bezpieczeństwa obrotu prawnego konieczne jest bowiem honorowanie czynności (np. wydania aktu prawnego czy decyzji administracyjnej) ze względu na samo spełnienie formalnych wymogów ich dokonania. W przeciwnym razie reguły dokonywania czynności nie mogłyby pełnić swej funkcji, ponieważ każdy adresat czynności prawnej mógłby odmówić uznania jej za skuteczną wobec siebie ze względu na niespełnienie innych, materialnych wymogów jej poprawności. Wskazana, formalna cecha reguł konstruujących czynności prawne jest jednak także powodem wad w ich funkcjonowaniu. Wadą taką jest podatność reguł konstruujących czynności prawne na instrumentalizowanie<sup>13</sup>. To samo bowiem domniemanie

<sup>12</sup> Reguły te są nieraz określane jako reguły dokonywania czynności konwencjonalnych, reguły konstytucyjne czy reguły kompetencyjne. Na temat reguł stanowiących podstawę dokonywania czynności konwencjonalnych zob. S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 1996, s. 164 i n. Reguły te na gruncie prawa mogą mieć zarówno prywatnoprawny, jak i publicznoprawny charakter.

<sup>13</sup> Na temat instrumentalizmu i instrumentalności prawa zob. m.in. L. Morawski, *Legal Instrumentalism*, w: A. Aarnio, R. Alexy, G. Bergholz (red.), *Justice, Morality*

ważności danej czynności, które zapewnia jej skuteczne funkcjonowanie, jest wykorzystywane, kiedy dokonuje się danej czynności w innym celu niż dla niej przewidziany albo też z intencją wywołania innych skutków niż zazwyczaj z nią związane. Znowu warto odwołać się do przykładu – reguła konstruująca czynność odosobnienia ze względu na podejrzenie choroby zakaźnej może zostać wykorzystana w celu uwięzienia przeciwnika politycznego, którego nie da się z powodu braku dowodów aresztować. Ze względu na domniemanie legalności, spełnienie formalnych przesłanek przez podmiot zarządzający odosobnienie spowoduje skutek w postaci zatrzymania przeciwnika politycznego. Jednak użycie wskazanej reguły nie będzie poprawne, ponieważ zostanie dokonane z niewłaściwą intencją i dla wywołania innych skutków (w szczególności nie po to, by chronić społeczność przed zakażeniem<sup>14</sup>). Tym samym dojdzie do zinstrumentalizowania reguły, a będzie to możliwe właśnie ze względu na jej cechy formalne – moc, jaką niesie ze sobą wypowiedzenie słów uznawanych przez regułę za doniosłe prawnie. W tym momencie ujawnia się różnica pomiędzy formalnością reguł a formalizmem w ich stosowaniu. W sytuacji zinstrumentalizowania reguły istnieją dwa wyjścia – albo zdecydujemy się dać pierwszeństwo formalnej zgodności dokonanej czynności z wymogami reguły, a więc uznamy, że inne, nieformalne kryteria, takie jak właściwa intencja czy zgodny z jej przeznaczeniem cel dokonania reguły, nie mogą wpływać na ważność dokonanej czynności, albo też uznamy, że niespełnienie wymogów nieformalnych prowadzi do jej nieważności. W pierwszym przypadku zajmiemy stanowisko formalistyczne – uznamy, że spełnienie kryteriów formalnych jest warunkiem wystarczającym uznania czynności za ważną. W drugim przypadku uznamy, że formalność reguł konstruujących czynności prawne może prowadzić do negatywnych skutków w postaci instrumentalizowania reguł, i dlatego należy tę wadę formalności korygować przez odwołanie się do innych, nieformalnych kryteriów. Wydaje się, że współczesne systemy prawne decydują się najczęściej na nieformalistyczne podejście do sprawy wad

---

*and Society*, Juristförlaget, Lund 1997, passim; idem, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, „Państwo i Prawo” 1993, 6, passim; W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, „Państwo i Prawo” 1991, 12; W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, „Kolonial”, Wrocław 2000, passim; idem, *Zagadnienie granic instrumentalizacji prawa*, w: A. Kozak (red.), *Instrumentalizacja prawa (seria Z zagadnień teorii i filozofii prawa)*, „Kolonial”, Wrocław 2000, s. 74 i n.

<sup>14</sup> Zob. więcej na ten temat M. Matczak, *Nadużycie kompetencji. Zarys problemu*, „RPEiS” 2007, 1.

formalności reguł. Przewidują one bowiem szereg narzędzi przeciwdziałających instrumentalizowaniu czy nadużywaniu prawa, takich np., jak uznawanie czynności będącej zinstrumentalizowaniem czy nadużyciem prawa za nieważną ze względu na naruszenie zasad ogólnych lub niezgodność czynności z jej przeznaczeniem<sup>15</sup>. Nie oznacza to, że jednocześnie negują one potrzebę powszechnego honorowania formalności reguł i czynności prawnych oraz uznawania – co do zasady – że czynność dokonana zgodnie z wymogami formalnymi jest co najmniej *prima facie* ważna. Podobnie więc jak w przypadku reguł preskrypcyjnych, uznanie formalności za istotną cechę prawa nie musi być koniecznie powiązane z formalizmem w stosowaniu tych reguł, polegającym na ocenianiu ich skuteczności. Unieważnienie czynności prawnej poprawnej formalnie, ale niespełniającej innych, materialnych warunków poprawności (np. właściwej intencji dokonania czy też osiągnięcia skutków niesprzecznych z zasadami ogólnymi), jest wyrazem stanowiska, które, uznając formalność prawa, nie postuluje jednocześnie formalizmu w jego stosowaniu.

W zakończeniu rozdziału drugiego ponownie omawiane jest powiązanie pomiędzy formalizmem a pozytywizmem prawniczym i ideą rządów prawa. W tym miejscu podkreśla się, że tym, co jest kompatybilne z pozytywizmem prawniczym, jest raczej formalność prawa, nie zaś formalizm w jego stosowaniu. Niewątpliwie bowiem prawo pozytywne nie mogłoby funkcjonować bez formułowania reguł generalnych czy honorowania (choćby tylko *prima facie*) czynności prawnych dokonanych poprawnie pod względem formalnym. Akceptacja formalności w prawie nie pociąga jednak za sobą formalizmu w stosowaniu reguł, zarówno tych o charakterze preskrypcyjnym, jak i tych, które konstruują czynności prawne. Systemy prawa pozytywnego znają bowiem wiele narzędzi, które pozwalają na zminimalizowanie negatywnych skutków stosowania formalnych reguł. Fakt, że narzędzia takie istnieją, pozwala sądzić, iż możliwe jest zaproponowanie koncepcji stosowania prawa, która nie godzi się na formalizm (a więc – w przedstawionym tu kontekście – na bezwarunkowe honorowanie cech formalnych w procesie stosowania reguł), a jednocześnie podkreśla istotną rolę formy i formalności w prawie. Koncepcja taka zdecydowanie różniłaby się od podejścia formalistycznego, a jednocześnie byłaby kompatybilna z pozytywizmem prawniczym i ideą rządów prawa, ponieważ honorowałaby doniosłość formy i formalności w pra-

wie, a także spełniała szereg innych warunków, o których mowa w dalszej części pracy.

Rozdział trzeci, zatytułowany *Sila formalizmu*, poświęcony jest przedstawieniu powiązań pomiędzy formalizmem a pozytywizmem prawniczym, a ściślej rzecz ujmując – twierdzeń formalistów, że powiązania te są szczególnie silne. Najmocniejszym argumentem formalizmu jest jego rzekoma, a szeroko deklarowana bliskość ideałom pozytywizmu prawniczego, w szczególności idei rządów prawa. Formalizm jako koncepcja stosowania prawa deklaruje wierność prawodawcy poprzez dokładne trzymanie się tekstu prawnego oraz uznaje, że urzeczywistnia ideę rządów prawa, ponieważ interpretuje tekst prawny w sposób przewidywalny dla obywateli, dla których tekst ten jest jedynym dostępnym materiałem, skąd czerpią wiedzę o obowiązującym prawie. Formalizm, na poziomie deklaracji, nie angażuje się w sądową legislację (*judicial lawmaking*), a więc – jak czasami się to określa – twórczą wykładnię prawa<sup>16</sup>, bo jedynie potwierdza w rozstrzyganej sprawie to, co wcześniej wyraził prawodawca. Jednocześnie formalizm prawniczy jest koncepcją łatwo dającą się adaptować do warunków sądowego stosowania prawa ze względów społecznych i psychologicznych. Rozdział ten ma za zadanie szerzej wyjaśnić, że formalistyczne podejście do prawa jest stosunkowo efektywne czasowo i umożliwia sędziemu zastosowanie mechanizmu obronnego, nazywanego „ucieczką w formalizm”<sup>17</sup>. Jednocześnie szkody wynikające ze stosowania prawa w sposób formalistyczny są trudno weryfikowalne. Formalistyczne stosowanie prawa przynosi zatem korzyści, których nie da się wyraźnie potwierdzić, oraz wyrządza szkody, które nie są wyraźnie widoczne (np. powoduje nadmierną surowość orzeczeń ze względu na ignorowanie zasad ogólnych). W oczywisty sposób taka sytuacja utrudnia dokonanie bilansu korzyści i strat formalistycznej strategii stosowania prawa. Bilans ten jest natomiast zdecydowanie ujemny.

---

<sup>16</sup> Zob. L. Morawski, *Kilka uwag na temat wykładni*, w: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 31 i n.

<sup>17</sup> K. Pałeczki, *Stressing legal decisions. Basic assumptions*, w: T. Biernat, K. Pałeczki, A. Peczenik, C. Wong, M. Zirk-Sadowski (red.), *Law and Politics; In search of balance; Stressing legal decisions*, IVR 21<sup>st</sup> World Congress, Lund, Sweden, 12–18 August 2003, Cracow 2004: „[formalno-pozytywistyczny model rozstrzygania sporów prawnych] jest rodzajem «osłony» przed osobistą odpowiedzialnością [za rozstrzygnięcie] albo drogą ucieczki dla osób rozstrzygających, szczególnie jeśli chodzi o rozstrzyganie trudnych, kontrowersyjnych przypadków” (s. 18).

Druga część pracy, zatytułowana *Nasze słowa i nasza historia*, poświęcona jest krytyce formalizmu, prowadzonej z punktu widzenia semantyki, syntaktyki i pragmatyki tekstu prawnego, i przedstawieniu alternatywnej wobec formalizmu koncepcji stosowania prawa. Sposób prowadzenia argumentacji oparty jest na strategicznym założeniu, że należy atakować najsilniejsze, a nie najsłabsze punkty przeciwnika. Jak wskazano w części pierwszej, najpoważniejszym argumentem formalistów jest twierdzenie, że ich podejście do stosowania prawa najlepiej przystaje do wymagań pozytywizmu prawniczego, idei rządów prawa, czy też takich wartości, jak supremacja władzy ustawodawczej nad sądowniczą. Dlatego w tej części pracy zostanie zrekonstruowanych kilka podstawowych założeń pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa, aby następnie wykazać, że w rzeczywistości formalizm nie realizuje tych wartości, ponieważ konstrukcyjnie nie jest do tego zdolny. Ujęcie pozytywizmu, jakie przyjęto w pracy, jest w dużej mierze tożsame z koncepcją prawa H.L.A. Harta przedstawioną w książce *The Concept of Law*<sup>18</sup>. Stąd m.in. wynika założenie, że prawo jest porządkiem normatywnym odrębnym od moralności, że jest identyfikowane ze względu na tzw. test pochodzenia i że takim testem jest reguła mająca charakter reguły uznania<sup>19</sup>, a system prawa zawiera jedynie reguły, które spełniają test pochodzenia. Jednocześnie warto uzupełnić koncepcję Harta o dwa założenia, jedno o charakterze semantycznym, drugie o charakterze syntaktyczno-pragmatycznym. Pierwsze zakłada stosowalność tzw. semantyki Kripkego i Putnama (semantyka K–P<sup>20</sup>) do języka prawnego i prawniczego i wynikają z niego tezy (i) o uniezależnieniu znaczenia terminów języka prawnego od intencji prawodawcy i przeniesieniu nacisku z tej intencji na praktykę użycia tych terminów w praktyce językowej danej społeczności, (ii) o zmianie znaczenia językowego tekstu prawnego w czasie oraz (iii) o wpływie sposobów użycia języka prawnego na proces ustalania jego znaczenia. Drugie

<sup>18</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, wyd. polskie: *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.

<sup>19</sup> Zob. A. Marmor, *Exclusive Legal Positivism*, w: J. Coleman, S. Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 104 oraz K.E. Himma, *Inclusive Legal Positivism*, ibidem, s. 125.

<sup>20</sup> Prezentację założeń semantyki K–P i omówienie jej warunków zastosowania do prawa zawiera praca N. Stavropoulos, *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford 1996.

zaś to założenie o wielokanałowości, hierarchiczności i diachroniczności komunikacji prawodawcy z adresatami reguł.

Punktem wyjścia dla krytyki formalizmu podjętej w tej części pracy jest przekonanie, że formalizm tylko w sferze deklaracji jest realizacją idei pozytywizmu prawniczego w obszarze stosowania prawa. W rzeczywistości, po odpowiednio dogłębnym wniknięciu w założenia pozytywizmu, da się wykazać daleko idącą niekompatybilność podejścia formalistycznego z ideą pozytywistyczną. W tej części pracy w pierwszej kolejności odwołano się do założenia banalnego, zgodnie z którym językowy charakter przepisów i reguł prawnych (będący jednym z założeń pozytywizmu) wymaga poddania ich analizie semantycznej. Tradycyjne ujęcia semantyki nadają rozumieniu języka (a więc i analizie przepisów lub reguł) charakter operacji:

- a) opierającej się na badaniu intencji mówiącego,
- b) badającej, jakie obiekty pozajęzykowe spełniają kryteria składające się na treść nazw,
- c) nieskupiającej się na ewolucji znaczeń danych nazw w czasie.

Tym samym, w świetle tradycyjnych ujęć semantyki, formalizm wydaje się uzasadniony w swoim podejściu do analizy języka prawnego – jak wykazano to w treści pracy, opiera się on na podejściu intencjonalnym (często oryginalistycznym), ustala znaczenie terminów prawnych przez formułowanie ich definicji, na którą składają się kryteria wchodzące w skład treści nazwy, oraz jest co do zasady statyczną teorią wykładni<sup>21</sup>.

Jeżeli jednak uwzględnić współczesne koncepcje semantyczne, to prawidłowość podejścia formalistycznego nie jest już tak oczywista. W rozdziale czwartym omówiono założenia tzw. semantyki K–P (od nazwiska Kripkego i Putnama), będącej przykładem współczesnej koncepcji semantycznej, w szczególności następujące twierdzenia tej koncepcji:

- a) brak potrzeby uwzględniania intencji mówiącego w celu identyfikacji obiektu, do którego się on odnosi,
- b) odejście od dokonywania analizy kryterialnej treści nazw oraz
- c) twierdzenie, że to, do jakiego obiektu odnosi się nazwa, może zmieniać się w czasie.

Wszystkie trzy założenia semantyki K–P nadają się doskonale do wykazania, że z semantycznego punktu widzenia formalistyczna analiza języka prawnego oparta jest na błędnych założeniach i nie realizuje

<sup>21</sup> Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 159 i n.

w rzeczywistości idei pozytywizmu czy idei rządów prawa. W szczególności wykorzystanie semantyki K–P pozwala wykazać, że analiza znaczenia przepisów prawnych nie musi oznaczać podejścia tekstualistycznego. Językowe podejście do przepisów i reguł prawnych nie pozostaje w sprzeczności z analizą społecznego kontekstu ich użycia oraz analizą tradycji użycia danych terminów prawnych, zarówno przed ustanowieniem danego aktu normatywnego, jak i później, aż do momentu jego zastosowania. Oznacza to daleko idące skomplikowanie, a nie uproszczenie procesu stosowania prawa, oraz rozszerzenie, a nie redukcję zakresu wykorzystywanych przesłanek interpretacyjnych. Rozszerzenie zakresu przesłanek interpretacyjnych oraz skomplikowanie procesu interpretacji wynika przede wszystkim z roli, jaką w semantyce K–P odgrywa pojęcie „wielokrotnych ugruntowań”<sup>22</sup>, a więc – mówiąc w uproszczeniu – wielokrotnego użycia danego terminu przez społeczność, przez które to użycie utrwała się lub ewolucyjnie zmienia znaczenie słów. Przy użyciu koncepcji wielokrotnych ugruntowań wydaje się możliwe w szczególności wykazanie, że całkowicie uzasadnione jest badanie w ramach analizy znaczenia języka prawnego takich zagadnień, jak historia legislacyjna danego aktu prawnego, niewiążące precedensy sądowe i opinie zawarte w piśmiennictwie prawniczym, czy wreszcie dorobek innych porządków prawnych. Analizy biorące pod uwagę takie elementy są w rzeczywistości badaniem wielokrotnych ugruntowań terminów używanych w tekstach prawnych i w świetle semantyki K–P mogą być uznane za instrumenty ustalenia znaczenia języka tekstów prawnych (w sensie ścisłym, a nie pomocniczym). Tym samym analizy tego typu mogą być legitymowane argumentem o ich pozostawaniu w obrębie analizy językowej przepisów prawnych. Takie techniki wykładni, jak wykładnia historyczna, wykładnia dynamiczna, wykładnia prawnoporównawcza, wykładnia odwołująca się do piśmiennictwa prawniczego, dają się więc – w świetle przedstawionej koncepcji – pogodzić z ideą językowości przepisów i reguł prawnych, ponieważ mogą być traktowane jako sposoby ustalania znaczenia tekstu prawnego. Tym samym strategia stosowania prawa wykorzystująca te metody zbliża się do idei pozytywizmu prawniczego. Formalizm i będący jego elementem tekstualizm nie są zatem jedynymi legitymowanymi przez pozytywizm prawniczy sposobami interpretacji prawa.

<sup>22</sup> Chodzi w tym przypadku zarówno o użycie terminów odnoszących się do przedmiotów fizycznych (np. pojazd), jak i terminów nacechowanych aksjologicznie (np. okrutna kara, niedbalstwo itp.).



Drugim założeniem przyjętym w tej części jest omawiane w rozdziale piątym założenie o wielokanałowości, hierarchiczności i diachroniczności komunikacji prawodawcy z adresatami reguł. Jego prezentacja ma na celu ponowne wykazanie, że preferencja dla tekstualizmu i oryginalizmu, będąca istotnym elementem formalistycznego podejścia do stosowania prawa, jest sprzeczna z założeniami pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa. W tej części pracy oparto się na następujących twierdzeniach:

- a) system prawa jest zbiorem komunikatów nadanych przez różne podmioty (wielokanałowość komunikacji poprzez prawo) i w różnym czasie (diachroniczność komunikacji poprzez prawo),
- b) komunikaty nadane później mogą uzupełniać lub modyfikować te nadane wcześniej,
- c) adresat tych komunikatów co do zasady musi traktować wszystkie komunikaty z równą uwagą, chyba że mają one inne miejsce w hierarchii prawa. Oznacza to, że adresat reguł nie może komunikatów mających to samo miejsce w hierarchii rozróżniać jako „lepsze” lub „gorsze”, na przykład ze względu na to, że pochodzą od jednego z prawodawców, a nie od innego, albo też przywiązywać większej wagi do tych, które zostały nadane wcześniej, niż do tych, które stały się elementem systemu później. W szczególności oznacza to, że w procesie stosowania prawa nie może pomijać znaczenia zasad ogólnych prawa.

Innymi słowy, adresat komunikatów składających się na system prawa co do zasady zachowuje się tak, jak gdyby odbierał komunikaty pochodzące od jednego nadawcy, wypowiedziane w tym samym czasie. To system prawa „mówi” do niego, nie poszczególni prawodawcy. W pewnym sensie mamy tu więc do czynienia z konstrukcją „prawodawcy idealnego”, uosabiającego wszystkich, rzeczywistych, realnych prawodawców, których komunikaty pozostają w systemie prawa w momencie *n*<sup>23</sup>.

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, zgodnie z którą prawnik analizujący tekst prawny i stwierdzający w efekcie tej analizy, że zaszła zmiana znaczenia terminów języka prawnego w czasie, nie musi automa-

---

<sup>23</sup> Jak wskazano w tekście, koncepcja prawodawcy idealnego jest niewyartykułowanym elementem derywacyjnej koncepcji wykładni M. Zielińskiego. Zob. M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Poznań 1972, passim. Koncepcja ta nie jest tożsama z koncepcją prawodawcy racjonalnego, sformułowaną przez L. Nowaka.

tycznie wybierać znaczenia oryginalnego, jeśli chce pozostawać w zgodzie z założeniami pozytywizmu prawniczego. Przeciwnie, jak dalej zostanie wykazane, w sytuacji takiej prawnik musi dokonać skomplikowanej operacji pogodzenia znaczenia oryginalnego i znaczenia zmienionego w czasie, a dodatkowo rozpatrywać oba te znaczenia w świetle obowiązujących zasad ogólnych prawa. Tylko takie podejście czyni zadość wymogom rządów prawa, ponieważ kładzie większy nacisk na system prawa jako taki, nie zaś na wolę jednego z prawodawców realnych, którzy mieli wpływ na jego powstanie.

Do tak zarysowanego obrazu komunikacji pomiędzy prawodawcami realnymi a podmiotem stosującym prawo musimy dodać jeszcze element hierarchiczności prawa. Oprócz tego, że komunikaty prawne są nadawane przez różnych prawodawców realnych (wielokanałowość komunikacji) oraz w różnym czasie (diachroniczność), prawodawcy mogą być zróżnicowani ze względu na swoją hierarchię, a ta przenosi się na ważność nadawanych przez nich komunikatów. Hierarchiczność systemu prawa wymaga rozstrzygnięcia, czy należy ją brać pod uwagę jedynie w aspekcie tworzenia prawa (a więc uznawać, że prawodawca realny nie może ustanawiać reguł niezgodnych z regułami wyższego rzędu), czy także w aspekcie jego stosowania. Należy założyć, że oba aspekty są tak samo ważne, co zresztą potwierdzają aktualne tendencje w rozwoju prawa konstytucyjnego czy prawa ponadnarodowego<sup>24</sup>. Oznacza to, że adresat reguł nadanych w różnym czasie przez różnych prawodawców realnych musi dokonać analizy tych reguł właśnie z punktu widzenia hierarchii. Oznacza to, że jest on zobowiązany w jakiś sposób nadać większą wagę komunikatom mającym wyższe miejsce w hierarchii, aż do zastosowania reguły *lex superior derogat legi inferiori*. W przeciwieństwie do takiego podejścia, formalizm przyjmuje założenie o stosowaniu do danego przypadku najbardziej szczegółowej i doprecyzowanej reguły (*priority of the most locally applicable rule*)<sup>25</sup>. Tym samym formalizm zaprzecza idei hierarchiczności prawa. Założenie o stosowaniu najbardziej lokalnej reguły powoduje odmowę zastosowania w danej sprawie zasad ogólnych, sformułowanych na wyższym poziomie hierarchii prawa, a odmowa taka jest zaprzeczeniem realizacji zamierzeń prawodawcy, w przypadku sędziego zaś – zaprzeczeniem

<sup>24</sup> Por. np. zasadę bezpośredniego stosowania konstytucji wyrażoną w art. 8 ust. 2 Konstytucji RP czy zasadę bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego w porządku prawnym państw członkowskich.

<sup>25</sup> F. Schauer, *Playing...*, op. cit., s. 188 i n.

idei supremacji legislatury nad trzecią władzą. Po raz kolejny więc założenia formalizmu, w tym przypadku nieuwzględnianie zasad ogólnych w procesie stosowania prawa, raczej oddalają, niż zbliżają tę doktrynę do pozycji pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa.

Jak podkreślono w kolejnym, szóstym rozdziale, w świetle przedstawionych rozważań przedstawiciele formalizmu popełniają trzy błędy:

- a) uznają, że komunikacja przez prawo przebiega jednokanałowo, a więc traktują komunikację poprzez tekst prawny jak komunikację w bezpośredniej sytuacji językowej (*błąd jednokanałowości*),
- b) zaprzeczają istnieniu problemu diachroniczności prawa lub go upraszczają poprzez branie pod uwagę jedynie historycznej intencji jednego z prawodawców realnych (*błąd unichroniczności*) oraz
- c) ignorują fakt, że komunikaty prawne mają charakter hierarchiczny, i nie uwzględniają wpływu zasad ogólnych na decyzję stosowania prawa (*błąd ahierarchiczności*).

Zdaniem formalistów, w typowej sytuacji stosowania prawa adresat komunikatu prawnego ma do czynienia z fragmentem tekstu, który izoluje od innych komunikatów, i koncentrując się na komunikacie jednego z prawodawców realnych, uznaje go za komunikat prawodawcy idealnego. Tymczasem typowa sytuacja stosowania prawa to sytuacja wielokanałowości komunikacji, i to nie ze względu na występujące często zbiegi przepisów, ale przede wszystkim ze względu na konstytucjonalizację współczesnych systemów prawnych. Przez konstytucjonalizację rozumie się sytuację, w której prawodawcy regulują życie społeczne nie za pomocą szczegółowych reguł, ale ogólnych zasad (standardów). Niekoniecznie muszą to być regulacje zawarte w konstytucjach. Współcześnie w większości gałęzi prawa spotyka się akty grupujące tzw. zasady – dyrektywy o charakterze ogólnym, kierunkowym czy programowym. W przedstawionym ujęciu, wychodzącym od testu pochodzenia i trwania przepisów w czasie, te komunikaty są równie ważne (a często, ze względu na hierarchię systemu prawa, ważniejsze) jak komunikaty zawarte w szczegółowych aktach prawnych.

Jak wskazano w pracy, wielokanałowość, diachroniczność i hierarchiczność komunikacji przez prawo powodują, że stan wątpliwości co do znaczenia wypowiedzi prawodawcy jest stanem raczej permanentnym niż wyjątkowym. Wątpliwości te wynikają jednak nie tyle z niedookreśloności tekstu prawnego, ale ze zderzenia komunikatów prawodawcy nadanych w różnych momentach czasowych, a w szczególności z różnych

poziomów hierarchii systemu prawa. Ze względu na permanentny stan niejasności języka prawnego potrzeba jego interpretacji także ma charakter permanentny.

Koncentracja na jednej, szczegółowej regulacji (preferencja dla najbardziej lokalnej reguły) powoduje, że pod adresem formalizmu sformułować można zarzut stosowania prawa w sposób preferujący danego prawodawcę realnego w stosunku do innych prawodawców realnych, w tym wyższych hierarchicznie. Preferencja ta wyraża się po pierwsze poprzez wyizolowanie danego komunikatu (przepisu) spośród innych, stosujących się do rozpatrywanej sprawy, a po drugie poprzez danie priorytetu historycznej intencji prawodawcy, który wprowadził ten przepis do systemu prawa. Zarzut preferowania jednego z prawodawców realnych jest poważny, ponieważ w ten sposób formaliści podważają jeden z filarów pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa – uznanie trwania prawa w czasie niezależnie od zmian na pozycji prawodawcy realnego oraz powiązany z tym uznaniem brak zróżnicowania wagi komunikatów spełniających test pochodzenia. Formalizm koncentruje się na jednym momencie – nadania komunikatu przez danego prawodawcę realnego – oraz przedkłada ten komunikat nad inne, niesprzeczne z nim komunikaty innych prawodawców. Tym samym formalizm promuje raczej rządy ludzi – rządy konkretnych prawodawców realnych, a nie rządy prawa. Te ostatnie wymagają skupienia się na systemie prawa raczej niż na poszczególnych autorach reguł.

Ze względu na powyższe błędy formalizmu w dalszej części rozdziału szóstego zaproponowano alternatywne podejście do stosowania prawa, nazywane holizmem interpretacyjnym. Przedstawiono to podejście, mające swe źródło w hermeneutyce filozoficznej, jako pozbawione wad formalizmu, a jednocześnie mocno zakorzenione w tekście prawnym. Jego głównym założeniem jest przyjmowanie takiej metody interpretacji, która:

- a) jest adekwatna do wielokanałowego, diachronicznego i hierarchicznego języka prawnego, ponieważ interpretuje prawo kontekstowo, z uwzględnieniem nie tylko najbardziej szczegółowych reguł, lecz także zasad ogólnych prawa,
- b) pozwala na traktowanie go jako języka o zmieniającym się w czasie odniesieniu (referencji) do rzeczywistości, która to zmiana odbywa się poprzez wielokrotne ugruntowania – użycie nazw tego języka przez jego użytkowników i wreszcie,

- c) zakłada, że język prawny ma charakter performatywny, a co za tym idzie – elementem badania jego znaczenia jest badanie elementów kontekstu wypowiedzianych komunikatów prawnych – w tym m.in. celu, w jakim wypowiedzianie tych komunikatów następuje, oraz skutków, jakie przez wypowiedzianie tych komunikatów się powoduje.

Po przedstawieniu założeń holizmu interpretacyjnego porównano formalizm i holizm, odnosząc je do zagadnienia dyskrecjonalności sędziowskiej. W sprawie dyskrecjonalności formalizm zajmuje dosyć jednostronne stanowisko. Uznaje więc, że wierność tekstowi prawnemu lub intencji prawodawcy jest wystarczającym ograniczeniem dla władzy dyskrecjonalnej prawnika. Tymczasem, jak wskazuje się w wielu opracowaniach, jest to przekonanie naiwne. Słuszne wydaje się np. twierdzenie A. Kozaka, że dojrzałe ograniczenie dyskrecjonalnej władzy prawników jest możliwe tylko poprzez tzw. juryscentryczny model praktyki prawniczej, w którym dyskrecjonalna władza prawnika ograniczona jest nie przez literalnie rozumiany tekst czy intencję prawodawcy, ale przez kulturę prawną, w której prawnik funkcjonuje<sup>26</sup>. Model juryscentryczny da się przełożyć na język holizmu interpretacyjnego rozumianego jako analiza tekstu prawnego oparta na semantyce K–P i założeniach o wielokanałowości, diachroniczności i hierarchiczności komunikacji przez prawo. Analiza ta zakłada przecież bardzo szerokie ujęcie wartości kultury prawnej, w szczególności poprzez analizę wcześniejszych wielokrotnych ugruntowań terminów prawnych, a osoba stosująca prawo i próbująca ustalić znaczenie tekstu prawnego musi sięgnąć do wielu wartości i standardów tworzących kulturę prawną, by potwierdzić prawidłowość swej decyzji interpretacyjnej.

Oprócz twierdzenia o rzekomej supremacji formalizmu w dziedzinie ograniczania dyskrecjonalności prawników, jego zwolennicy głoszą także tezę, że ta strategia stosowania prawa zapewnia stałość i przewidywalność owego procesu. W rozdziale szóstym podano w wątpliwość także tę tezę, w szczególności argumentując, że formalistyczne stosowanie prawa często zaskakuje jego adresatów, a więc nie istnieje znak równości pomiędzy formalizmem a przewidywalnością stosowania prawa. Tymczasem holizm interpretacyjny, jak wykazano, jest w stanie zapewnić taką przewidywalność – choć twierdzenie to może wydawać się zaskakujące w świetle dłu-

---

<sup>26</sup> A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2002, s. 132 i n.

goletniego lansowania tezy formalizmu, że maksymalizacja przesłanek interpretacyjnych i zaliczenie do nich niedookreślonych standardów prowadzi do zachwiania stabilności orzecznictwa sądowego.

Wreszcie, w zakończeniu rozdziału szóstego przedstawiono porównanie formalizmu i holizmu interpretacyjnego pod względem zdolności do zapewnienia autonomii prawa, a więc oddzielenia jego domeny od domeny innych porządków normatywnych, takich jak polityka czy moralność. Ponownie, wbrew powszechnemu twierdzeniu o wyższości formalizmu w tym zakresie, przedstawiono argument, że holistyczne podejście do interpretacji i stosowania prawa nie jest zagrożeniem dla autonomii prawa, ponieważ jest mocno zakorzenione w języku prawnym, który stanowi filtr oddzielający prawo od moralności i polityki. Jednocześnie, ze względu na uwypuklenie właściwości semantycznych języka prawnego, holizm interpretacyjny i związana z nim koncepcja wielokrotnych ugruntowań utrudniają manipulowanie prawem dla doraźnych celów politycznych czy indywidualnych preferencji moralnych.

Epilog pracy wraca na grunt praktyki stosowania prawa. Analiza przeprowadzona uprzednio prowadzi do wniosku, że formalizm, mimo swojej słabości teoretycznej, jest atrakcyjny z powodów psychologiczno-społecznych. Stąd istnieje ryzyko, że walka z nim na gruncie teoretycznym, nawet zwycięska, nie musi oznaczać rzeczywistego pokonania tej koncepcji, ponieważ może ona nadal przodować jako najbardziej praktyczna wśród podejść do stosowania prawa. Dlatego też w epilogu pracy wskazano kilka konkretnych działań, dzięki którym osoby stosujące prawo mogą z jednej strony uniknąć podejścia formalistycznego, a z drugiej strony zapewnić praktyczne podejście do stosowania prawa i kontrolę dyskrejonalności prawniczej. Główne postulaty sformułowane w tej części pracy oparto na dwóch przesłankach. Na pierwszą z nich składają się wnioski płynące z analizy semantycznej, syntaktycznej i pragmatycznej języka prawnego, dokonanej w rozdziale czwartym i piątym. Prowadzą one do przekonania o konieczności szeroko zakrojonego poszukiwania potwierdzenia dla przyjętego rozumienia terminów języka prawnego w wielokrotnych ugruntowaniach tych terminów w przeszłości, a więc w tradycji ich użycia. W praktyce polega ono na wskazywaniu w uzasadnieniu decyzji stosowania prawa jak największej liczby przykładów użycia relewantnych dla sprawy terminów języka prawnego w przeszłości, m.in. w wypowiedziach okołolegislacyjnych, we wcześniejszych decyzjach i wyrokach, literaturze przedmiotu czy w rozwiązaniach zaczerpniętych z innych porządków

prawnych. Wskazywanie wielokrotnych ugruntowań nie może być jednak selektywne, ponieważ tylko próba jak najpełniejszego wpisania rozstrzygnięcia w tradycję prawną pozwoli na twierdzenie o związaniu prawnika przez dorobek tej tradycji, czy też przez szerszą w stosunku do tego dorobku – kulturę prawną. Wymóg takiego wpisania stanowi, zgodnie z tezami juryscentrycznego modelu stosowania prawa, narzędzie zdolne do ograniczania dyskrecjonalności prawnika<sup>27</sup>.

Drugą przesłanką formułowania prezentowanych w epilogu sugestii dotyczących praktyki stosowania prawa są wnioski z przedstawionego w prologu badania doboru standardów przez sędziów sądów administracyjnych; w szczególności oparte na sposobie argumentacji sędziów rozstrzygających sprawy w rozszerzonych składach. Z przedstawionego badania wynika, że w tych sprawach sędziowie stosują średnio o wiele więcej standardów rozstrzygnięć niż w innych sprawach. Sędziowie, oprócz wykładni językowej, stosują argumenty z zasad ogólnych, intencji ustawodawcy, oceniają skutki orzeczenia, odwołują się do zmiany warunków społeczno-gospodarczych itp. Innymi słowy, mocniej osadzają swoje rozstrzygnięcie w tradycji prawnej, analizując szeroki zakres wielokrotnych ugruntowań, o których mowa w rozdziale czwartym. Jednocześnie taki sposób analizy zbliżony jest do proponowanego przez Eskridge'a i Frickeya podejścia do stosowania prawa, opartego na uzasadnianiu praktycznym (*practical reasoning*)<sup>28</sup>. Zgodnie z tym podejściem sędziowie nie powinni rozstrzygać spraw według jednostronnego podejścia, bazującego na jednej z tzw. wielkich teorii stosowania prawa (np. formalizmie czy intencjonalizmie), ale raczej powinni odnaleźć rozwiązanie problemu prawnego, które pozwala pogodzić jak największą liczbę wartości prawnych. Takie podejście wymaga holistycznego spojrzenia na interpretację, w szczególności rozpatrywania analizowanego tekstu w perspektywie historycznej. W wymiarze praktycznym holistyczne podejście do stosowania prawa sprowadzić można do kilku postulatów, kierowanych do prawników. Zaliczyć można do nich postulaty następujące:

- a) podejście formalistyczne (tekstualistyczne) powinno być ograniczone do ustalenia znaczenia językowego poszczególnych komunikatów prawodawców realnych (przepisów prawnych) i jest tylko punktem wyjścia dla procesu stosowania prawa;

<sup>27</sup> Ibidem, s. 157 i n.

<sup>28</sup> W.N. Eskridge Jr., P.F. Frickey, op. cit., passim.

- b) analiza znaczenia przepisów prawnych musi opierać się na wskazaniu maksymalnej liczby wielokrotnych ugruntowań terminów kluczowych dla rozumienia przepisu (np. wypowiedzi ujawniających intencję prawodawcy realnego, dokumentacji procesu legislacyjnego, orzeczeń sądowych, wypowiedzi literatury prawniczej, analiz prawnoporównawczych);
- c) analiza znaczenia terminów języka prawnego musi zdawać relację z ewentualnych zmian znaczenia tych terminów w czasie; w tym celu prawnik stosujący prawo musi wykazać, że kolejne użycia kluczowych terminów (w tym użycia współczesne) wskazują na zawężenie albo rozszerzenie zakresu użytych terminów albo też zmianę co do przedmiotu referencji;
- d) w następnym etapie prawnik powinien zrekonstruować wstępne brzmienie normy prawnej, biorąc pod uwagę ewentualne zmiany w znaczeniu terminów użytych w interpretowanych przepisach;
- e) wreszcie tak ustalone brzmienie normy należy poddać ocenie w świetle relewantnych zasad (konstytucyjnych, wspólnotowych, gałęziowych) i dokonać ewentualnych modyfikacji normy w sposób zapewniający zgodność z tymi zasadami; na tym etapie szczególnie istotna jest ocena skutków zastosowania normy w świetle odpowiednich zasad<sup>29</sup>.

Powyższe postulaty zbliżają proponowaną strategię stosowania prawa do koncepcji wykładni opartej na celu (*purposive interpretation*) A. Baraka<sup>30</sup>, której podstawą jest ciągle ważenie statycznych i dynamicznych oraz subiektywnych i obiektywnych wartości prawnych. Koncepcję tę łączy także z prezentowanym tu stanowiskiem brak akceptacji dla izolowania poszczególnych komunikatów prawodawcy i akontekstualnego ich rozpatrywania. To ostatnie podejście, przedstawiane jako preferencja dla stosowania najbardziej lokalnej (szczegółowej) reguły do danego przypadku, jest – jak pokazano wcześniej – charakterystyczne dla strategii formalizmu, a jednocześnie niezgodne z ideą pozytywizmu prawniczego i ideą rządów prawa.

---

<sup>29</sup> Zob. K. Płeska, *Uzasadnienie decyzji interpretacyjnej przez ich konsekwencje*, „Universitas”, Kraków 1996, *passim*.

<sup>30</sup> A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton–Oxford 2005, *passim*.



# PROLOG

## FORMALIZM W PRAKTYCE POLSKICH SĄDÓW

Poniżej przedstawione zostały metodologia i wyniki empirycznego badania orzecznictwa polskich sądów administracyjnych w latach 1999–2004. Prezentowanie tego typu badania w pracach teoretycznych nie jest często spotykane<sup>1</sup>, wydaje się jednak, że krytyka teoretyczna nabiera innego wymiaru, kiedy odnosi się nie tylko do koncepcji prawnych, lecz także do praktyki stosowania prawa.

Celem prezentacji badania jest wykazanie, że formalizm prawniczy jest obecny w codziennych działaniach sądów i jako taki stanowi problem wykraczający poza obszar teorii prawa. Oznacza to, że krytyka prowadzona w dalszej części książki musi się zmierzyć nie tylko z koncepcją, ale i z praktyką formalizmu, a potwierdzony przez badanie fakt wprowadzenia w życie postulatów formalistów nadaje krytykowanej koncepcji poważniejszy charakter – staje się ona koncepcją zastosowaną, co przynajmniej *prima facie* dowodzi jej przystawalności do rzeczywistości. Tym samym krytyka takiej koncepcji staje się jeszcze większym wyzwaniem.

### 1. ZAŁOŻENIA GENERALNE BADANIA

#### 1.1. Zasady doboru badanych orzeczeń

Badanie dotyczyło 807 orzeczeń wydanych przez polskie sądy administracyjne między 1999 a 2004 rokiem i opublikowanych w oficjalnie dostępnych publikatorach<sup>2</sup>. Zbadane orzeczenia dotyczyły w połowie

---

<sup>1</sup> Ważnym wyjątkiem w tym zakresie jest praca L. Morawskiego, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, TNOiK, Toruń 2002, *passim*, prezentująca praktykę wykładni prawa dokonywanej przez polskie sądy.

<sup>2</sup> Orzeczenia wybrane do badania pochodziły w ogromnej większości z dwóch publikatorów: ONSA i „Przeglądu Orzecznictwa Podatkowego”. Fakt wybrania do badania wyłącznie orzeczeń publikowanych ma doniosłe znaczenie w świetle celu badania. Orzeczenia publikowane stanowią tę część orzeczeń wydawanych przez sądy administracyjne, które cechują się względną atrakcyjnością dla uczestników życia publicznego. Atrakcyjność ta jest związana z oryginalnym, a nie powielaczowym charakterem tych orzeczeń lub z faktem, że zawierają one rozstrzygnięcie trudnej,

spraw podatkowych, a w połowie decyzji administracyjnych istotnych dla prowadzenia działalności gospodarczej (np. orzeczenia w sprawach instytucji ubezpieczeniowych i bankowych, w sprawach decyzji istotnych dla inwestycji, w sprawach zezwoleń i koncesji itp.).

## **1.2. Relacja pomiędzy kontekstem rozstrzygnięcia a kontekstem uzasadnienia**

Badanie oparte było na założeniu, że sędziowie prezentują w uzasadnieniach swoich rozstrzygnięć zakres standardów, jakich użyli do rozstrzygnięcia sprawy. Ze względu na to założenie w ramach badania poddano analizie raczej uzasadnienia rozstrzygnięć niż treść sentencji, zakładając, że w uzasadnieniu orzeczenia sędzia podaje do wiadomości publicznej, z jakimi standardami spójne jest jego rozstrzygnięcie. Sędzia może jednak także wskazywać w uzasadnieniu, z jakimi standardami nie szukał (nie znalazł) spójności, ponieważ – w jego opinii – nie było to konieczne. W obu przypadkach – zarówno wykazania spójności, jak i wykazania, że nie zachodzi taka konieczność – sędzia określa relację swego rozstrzygnięcia w odniesieniu do standardów, a więc dokonuje selekcji standardów, na których opiera swoje rozstrzygnięcie.

W badaniu przyjęto, że analiza prowadzona w kontekście uzasadnienia jest wystarczająca dla wypowiedzania się o drodze myślowej sędziego, prowadzącej do rozstrzygnięcia. Potraktowano zatem uzasadnienie jako zapis dialogu pomiędzy sędzią a środowiskiem prawniczym i pozaprawniczym. Można oczywiście kwestionować to założenie, argumentując, że w rzeczywistości sędzia nie ujawnia w uzasadnieniu wartości, które doprowadziły go do rozstrzygnięcia, a jedynie prezentuje akceptowalne publicznie usprawiedliwienie dla decyzji, którą podjął, wykorzystując inne założenia. Wydaje się jednak, że treść uzasadnienia jest jedynym dostępnym medium,

a doniosłej prawnie kwestii. Obie charakterystyki – oryginalność orzeczenia lub rozstrzygnięcie skomplikowanej kwestii prawnej – czynią wybrane orzeczenia szczególnie interesującymi z punktu widzenia zakresu standardów wykorzystywanych przez sędziów. Orzeczenia oryginalne są dobrym przykładem wykorzystania przez sędziów przysługującego im zakresu swobody decyzyjnej i niepodlegania rozstrzygnięciom precedensowym. Orzeczenia, w których rozstrzyga się skomplikowaną kwestię prawną, są natomiast przykładami Dworkinowskich „trudnych przypadków”. W tego typu orzeczeniach sędziowie są zmuszeni sięgać poza tekst prawny w celu poszukiwania standardów rozstrzygnięcia, a sposób doboru tych standardów jest kluczowy w badaniu. Taki dobór orzeczeń pozwalał spodziewać się szerokiego spektrum standardów wykorzystywanych przez sędziów.

dzięki któremu da się weryfikować drogę myślową sędziego. Co więcej, założenie o odmienności przesłanek decyzji ujawnionych w uzasadnieniu i przesłanek rzeczywistych danego rozstrzygnięcia, choć podnoszone często przez przedstawicieli realizmu prawniczego, kwestionowałoby dobrą wiarę sędziów, co jest założeniem krzywdzącym. Jednocześnie nie należy zapominać, że (i) wymóg pełnego i precyzyjnego uzasadnienia jest często przedstawiany jako jedno z istotnych narzędzi w ograniczaniu swobody sędziego<sup>3</sup>; (ii) rozbieżności pomiędzy rzeczywistymi a deklarowanymi powodami danego rozstrzygnięcia można stwierdzić po zbadaniu kompatybilności rozstrzygnięcia i jego oficjalnego uzasadnienia.

W badaniu postanowiono analizować dobór standardów przez sędziów dzięki analizie częstotliwości odniesień do określonych grup standardów w dużej grupie orzeczeń. Formułowane tu twierdzenia dotyczące doboru standardów rozstrzygnięcia odnoszą się zatem nie do konkretnych orzeczeń, ale do praktyki orzeczniczej. Na przykład konkluzja, że sędziowie rzadko odwołują się do standardów prawa wspólnotowego, nie oznacza braku takiej argumentacji w konkretnym orzeczeniu, ale relatywnie małą liczbę odniesień do standardów prawa wspólnotowego w całej grupie badanych orzeczeń, a więc na poziomie praktyki sędziowskiej w danym miejscu i czasie.

### 1.3. Typologia standardów, do których odwołują się sędziowie

Zbadanie, w jaki sposób sędziowie dobierają standardy swoich rozstrzygnięć, wymagało choćby ogólnego zakreslenia potencjalnej grupy tych standardów, spośród których sędziowie dokonują selekcji. W badaniu przyjęto, że zbiór standardów rozstrzygnięć sędziowskich należy traktować możliwie szeroko, tak by mogły się wśród nich znaleźć zarówno standardy rozstrzygnięć mające charakter formalny, takie jak np. pierwszeństwo wykładni językowej tekstu prawnego, jak i trudne do uchwycenia standardy-zasady, takie jak słuszność czy sprawiedliwość. Z tego względu założono, że określanie grupy standardów, spośród których sędziowie dokonują wyboru, szukając podstaw rozstrzygnięcia danej sprawy, umożliwia odwołanie się do pojęcia kultury prawnej<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> M. Smolak, *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 59 i n.

<sup>4</sup> M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 16.

Kultura prawna traktowana jako zbiór wartości wykorzystywanych przez prawników dla prowadzenia dyskursu prawniczego<sup>5</sup> ma w tym ujęciu charakter normatywny – wartości ją tworzące stanowią argumenty przemawiające za takim a nie innym rozstrzygnięciem konkretnej sprawy. Przyjęto zatem założenie, że prawnicy, uzasadniając dokonywane przez siebie rozstrzygnięcia, wykazują w ramach dyskursu prawniczego spójność tych rozstrzygnięć z określoną grupą wartości tworzących kulturę prawną. Ważne jest przy tym, że uzasadnienie danego rozstrzygnięcia może być dokonane na kilka sposobów, poprzez dobór (selekcję) różnych wartości. W takim przypadku możemy mówić o rozstrzygnięciu bardziej lub mniej spójnym z wartościami tworzącymi kulturę prawną. W danej sprawie możliwe jest także sformułowanie kilku różnych potencjalnych rozstrzygnięć, które są wzajemnie konkurencyjne, a ich ocena może być oparta na stopniu spójności z wartościami danej kultury prawnej, który dane rozstrzygnięcie osiąga.

Traktując standardy rozstrzygnięć jako wartości – elementy kultury prawnej, wybrano następujące kryteria określenia grup standardów (wartości), które mogą być wykorzystywane przez sędziów do uzasadniania ich rozstrzygnięć:

- a) formalny albo materialny charakter standardu,
- b) precyzyjna albo wymagająca dookreślenia przez sędziego treść standardu,
- c) względna łatwość wykorzystania standardu przez sędziego – brak elementu aktywizmu sędziowskiego<sup>6</sup> (występująca w sytuacji, gdy standard jest uznanym elementem uzasadnień decyzji interpretacyjnych lub elementem wyposażenia edukacyjnego każdego prawnika, tak jak np. w przypadku standardu wykładni językowej) albo względna trudność wykorzystania standardu – konieczny element aktywizmu (występująca wtedy, gdy standard nie jest powszechnie wykorzystywany lub nie

<sup>5</sup> Ujęcie takie jest charakterystyczne dla hermeneutycznego zwrotu w filozofii prawa – zob. A. Kozak, *Granice...* op. cit., s. 152 i n.

<sup>6</sup> Na temat pojęć aktywizmu i pasywizmu sędziowskiego zob. w literaturze polskiej L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2000, s. 197 i n.; w literaturze anglosaskiej np. G. Jones, *Proper Judicial Activism*, „Regent U.L. Rev.” 2002, 14, passim oraz Ch. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Rowman and Littlefield, Lanham, Md., 1994, s. 375.

jest elementem wyposażenia edukacyjnego prawnika – np. uwzględnianie skutków gospodarczych rozstrzygnięcia.

W świetle powyższych rozważań dokonano następującej typologii standardów wykorzystywanych w rozstrzyganiu administracyjnych spraw sądowych.

(i) Grupa standardów wewnętrznych dla prawa<sup>7</sup>

Standardy te mają charakter formalny, nie substancjalny. W skład tej grupy wchodzi np. takie standardy, jak pierwszeństwo stosowania wykładni językowej tekstu prawnego, zgodność rozstrzygnięcia z literalnym znaczeniem tekstu czy spójność systemowa prawa. Są one zbliżone do wartości tworzących wewnętrzną moralność prawa w ujęciu Fullera, można je także przyrównać do „przesłanek wewnętrznych” rozstrzygnięcia prawnego, o których pisze K. Pałeczki<sup>8</sup>. Odwołanie się do standardów wewnętrznych prawa zapewnia sędziemu pozostanie na gruncie najlepiej mu znanym i ochronę przed ewentualnymi naciskami na prawo ze strony innych systemów normatywnych (np. przed naciskami politycznymi). Wykorzystanie tego typu standardów nie wymaga aktywizmu po stronie sędziego, ponieważ odwołania do standardów wewnętrznych są immanentne dla jego pracy. Standardy te nie wymagają także doprecyzowania ze strony sędziego, ponieważ są one najczęściej dokładnie przedstawione w piśmiennictwie prawniczym (np. sposób dokonywania wykładni językowej).

<sup>7</sup> W tabeli, która służyła odnotowywaniu odniesień do poszczególnych standardów, wymieniono następujące standardy wewnętrzne prawa: zastosowanie wykładni językowej, poprzestanie na literalnym wyniku wykładni (zakaz interpretacji tekstu niebudzącego wątpliwości), wykładnia systemowa (wewnętrzna i zewnętrzna), racjonalność prawodawcy (*argumentum ad absurdum*), niesprzeczność systemu prawnego, reguły kolizyjne związane ze szczegółowością/ogólnością przepisów prawnych (*lex specialis derogat legi generali*), istota (natura) regulacji, odwołanie do poprzednich rozstrzygnięć sądowych (z podziałem na odwołania do wcześniejszych orzeczeń sądów administracyjnych, Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, odwołania do literatury prawniczej (komentarze, artykuły, glosy), inne standardy wewnętrzne.

<sup>8</sup> K. Pałeczki, *Stressing...*, op. cit., s. 18, gdzie czytamy: „(...) każdy rodzaj rozstrzygnięcia prawnego jest rządzony przez dwa zasadniczo różne typy przesłanek: te wprowadzane z «wewnątrz» systemu prawnego, który ma charakter autopojetyczny – «przesłanki wewnętrzne» (*inner premises*); i inne, wzięte ze społecznego i naturalnego otoczenia osoby dokonującej prawnego rozstrzygnięcia, z «zewnątrz» danego, sterowanego prawem procesu rozstrzygania – «przesłanki zewnętrzne» (*the outer premises*)”. Tłumaczenia tego i innych przytaczanych w książce cytatów z języka angielskiego dokonał autor.

(ii) Grupa standardów zewnętrznych wobec prawa<sup>9</sup>

W skład tej grupy wchodzi standardy substancjalne, takie jak zgodność z intencją ustawodawcy, wsparcie celu społecznego, który dana regulacja ma realizować, funkcja prewencyjna prawa i inne. Tego typu standardy są rodzajem „przesłanek zewnętrznych” w ujęciu K. Pałeckiego<sup>10</sup>. Odniesienie się do tej grupy standardów przez sędziów oznacza wyjście poza hermetyczny krąg prawa i próbę realizacji przez prawo zadań społecznych spełnianych przez państwo. Mimo to trudno mówić w przypadku odniesienia się przez sędziego do tej grupy standardów o znaczącym elemencie aktywizmu, ponieważ także tradycyjne i będące elementem edukacji prawniczej narzędzia wykładni przewidują odwołanie do standardów zewnętrznych wobec prawa (pod postacią wykładni celowościowej i funkcjonalnej). Niewątpliwie jednak standardy tego typu wymagają od sędziego doprecyzowania w procesie ich stosowania (np. identyfikacji intencji ustawodawcy)<sup>11</sup>.

(iii) Grupa standardów konstytucyjnych<sup>12</sup>

Do tej grupy zaliczono odniesienia do aktu prawnego, jakim jest konstytucja. Odniesienia takie mają z jednej strony charakter wewnętrzny (konstytucja jest w polskim prawie ustawą, a więc elementem systemu prawa), z drugiej jednak zewnętrzny, ponieważ przepisy konstytucji posługują się klauzulami generalnymi (zasadami<sup>13</sup>), odnoszącymi się do licznych wartości pozaprawnych. Mimo że nowa polska konstytucja weszła w życie

<sup>9</sup> W tabeli, która służyła odnotowywaniu odniesień do poszczególnych standardów, wymieniono następujące standardy zewnętrzne prawa: zgodność z intencją prawodawcy, celem regulacji, funkcją regulacji, zasada rozstrzygania wątpliwości na rzecz dopuszczalności/wolności danego działania (*in dubio pro libertate, in dubio pro tributario*), wymogi prewencyjne (podejście „złego człowieka”), konieczność realizacji interesu publicznego (np. fiskalnego), inne standardy zewnętrzne.

<sup>10</sup> Zob. przypis nr 7 na temat pojęcia *outer premises* u K. Pałeckiego.

<sup>11</sup> Zob. G.C. Mac Callum Jr., *Legislative Intent*, „Yale L. J.” 1966, 75, s. 754.

<sup>12</sup> W tabeli, która służyła odnotowywaniu odniesień do poszczególnych standardów, uwzględniano każde odniesienie do konstytucji, zarówno do jej konkretnych przepisów, jak i całości (np. w sytuacji, gdy sędzia powoływał się na konstytucyjne prawa i wolności bez ich uszczegółowienia). Tytułem przykładu przed rozpoczęciem badania w tabeli wymieniono następujące standardy konstytucyjne: interpretacja w zgodzie z konstytucją, zasada proporcjonalności, zasada równości, ochrona interesów w toku, swoboda działalności gospodarczej, swoboda wypowiedzi komercyjnej, bezpośrednie stosowanie konstytucji, inne standardy konstytucyjne.

<sup>13</sup> Zob. M. Zieliński, *Konstytucyjne zasady prawa*, w: J. Trzcziński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, *passim*.

dziesięć lat temu, wydaje się, że sięganie przez sędziego sądu administracyjnego do standardów konstytucyjnych wymaga istotnego elementu aktywizmu po jego stronie. Niewątpliwie natomiast standardy konstytucyjne, ze względu na swą ogólność, wymagają istotnego uszczegółowienia przez sędziego, który chce je stosować w procesie orzekania.

#### (iv) Grupa standardów wspólnotowych<sup>14</sup>

Ta grupa standardów, podobnie jak grupa standardów konstytucyjnych, ma charakter mieszany – wewnątrzno-zewnętrzny. Jej wprowadzenie do badania jest konieczne ze względu na akcesję Polski do Unii Europejskiej. Podobnie jak standardy konstytucyjne, wartości wspólnotowe wymagają najczęściej dookreślenia przez sędziego stosującego je w procesie orzekania. Co do kwestii aktywizmu, wydaje się, że do momentu akcesji sięganie po standardy wspólnotowe w procesie orzekania mogło być jego symptomem. Po 1 maja 2004 roku wykorzystywanie tego typu standardów jest jednak obowiązkiem sędziego, a nie daną mu szansą. Stąd poziom aktywizmu sędziowskiego, który powinniśmy przypisywać sięganiu po te wartości, jest obecnie o wiele niższy.

### 1.4. Odniesienia do standardów a charakter praktyki orzeczniczej

Wyróżnienie powyższych czterech typów standardów pozwala na zdemontowanie różnicy pomiędzy formalistycznym i nieformalistycznym podejściem do stosowania prawa. Możemy założyć, że sędziowie opierający się przede wszystkim na wewnętrznych standardach prawa, w szczególności wyłącznie na językowym rozumieniu przepisów i poprzestający na literalnym wyniku wykładni, stosują model orzekania zbliżony do postulatów formalizmu. Podstawową rolę w tej grupie odgrywiają odesłania do tekstu prawnego oraz innych, formalnych standardów stosowania prawa, takich chociażby, jak wykładnia systemowa. Wszystkie standardy zaliczone do tej grupy są ponadto dość precyzyjnie dookreślone. Tym

<sup>14</sup> Podobnie jak w przypadku standardów konstytucyjnych, w tabeli odnotowano każde odwołanie do prawa wspólnotowego – zarówno do konkretnego aktu prawnego, jak i ogólne odwołania do jego zasad czy choćby idei integracji europejskiej. Tytułem przykładu wyróżniono następujące standardy prawa wspólnotowego: interpretacja w zgodzie z przepisami prawa wspólnotowego, zasada niedyskryminacji w obrocie transgranicznym, zasada proporcjonalności w wymiarze wspólnotowym, inne standardy prawa wspólnotowego.

samym spełniają one postulat formalistów, aby sędziowie nie orzekali na podstawie otwartych znaczeniowo pojęć. Inaczej rzecz się ma w przypadku trzech pozostałych grup standardów. Można przyjąć, że im więcej w badanych orzeczeniach odniesień do pozostałych trzech grup standardów, tym bardziej model orzekania ewoluuje w kierunku nieformalistycznej koncepcji orzekania sądowego. Standardy te bowiem albo mają charakter pozatekstowy, jak to jest w przypadku standardów zewnętrznych wobec prawa (np. funkcji czy celu regulacji), albo, choć wyrażone w tekście, są raczej niedookreślonymi zasadami niż precyzyjnymi regułami (dotyczy to zarówno zasad konstytucyjnych, jak i zasad prawa wspólnotowego). Obie wskazane właściwości powodują, że sędziego, który często sięga do argumentacji funkcjonalnej, konstytucyjnej i wspólnotowej, trudno określić mianem formalisty, ponieważ nie nadaje on procesowi interpretacji charakteru sylogizmu i nie redukuje zakresu przesłanek, do których powinno się sięgać w tym procesie (obie cechy – sylogistyczność i redukcjonizm – są charakterystyczne dla formalizmu, jak zostanie wykazane w następnych częściach pracy).

Rozważania prowadzone w literaturze poświęconej modelom stosowania prawa zdają się potwierdzać, że uzasadnione jest rozróżnienie standardów na charakterystyczne dla formalizmu i obce tej koncepcji stosowania prawa. Jak wskazuje L. Morawski, wyłączenie odwołania się do standardów wewnętrznych prawa w procesie decyzyjnym sędziego jest typowe dla subsumpcyjnego (sylogistycznego) modelu stosowania prawa<sup>15</sup>, który przez innych autorów nazywany jest formalistycznym<sup>16</sup>. Model ten, określany także mianem jurysdykcji skomputeryzowanej lub *bright-line-jurisdiction*<sup>17</sup>, charakteryzuje się bowiem m.in. ściśle tekstową koncepcją prawa oraz dążeniem do maksymalnej precyzji stosowanych reguł. Natomiast odwołanie się do „przesłanek zewnętrznych”, takich jak otoczenie społeczno-gospodarcze, czy też do zasad i reguł ogólnych (za takie uznajemy zasady konstytucyjne oraz większość zasad i regulacji prawa wspólnotowego), cechuje argumentacyjny model prawa. Podstawowymi wyznacznikami tego modelu są: rosnący zakres otwartości języka prawnego oraz wzrost znaczenia zasad prawnych i innych niedefinitywnych

<sup>15</sup> Zob. L. Morawski, *Główne problemy...*, op. cit., s. 153 i n.

<sup>16</sup> P.N. Cox, *An Interpretation...*, op. cit., s. 57, 58 i n.

<sup>17</sup> A. Marmor, *The Immorality of Textualism*, „USC Legal Studies Research Papers” 2005, nr 05–5, s. 1.



reguł w argumentacjach prawniczych<sup>18</sup>. Zbieżność grup standardów przyjętych dla celów badania z tymi, które za charakterystyczne dla modelu sylogistycznego i subsumpcyjnego uznaje L. Morawski, pozwala podtrzymać tezę o przydatności wyróżnionych grup do zdiagnozowania formalistycznego bądź nieformalistycznego charakteru praktyki orzeczniczej polskich sądów administracyjnych.

W świetle powyższych rozważań można zatem założyć, że wynik badania, zgodnie z którym: (i) w praktyce orzeczniczej sądów administracyjnych przeważają odwołania do standardów wewnętrznych oraz (ii) poziom tej przewagi nie ulega zmianie w czasie<sup>19</sup>, będzie można uznać za wyznacznik formalistycznego charakteru praktyki orzeczniczej polskich sądów administracyjnych. Analogicznie (i) przewagę odniesień do standardów zewnętrznych lub zasad ogólnych lub też, co ważniejsze, (ii) zwiększającą się w czasie, który obejmowało badanie, częstotliwość odwołań do standardów zewnętrznych, konstytucyjnych czy wspólnotowych<sup>20</sup>, będzie można uznać za symptomy nieformalistycznego charakteru praktyki orzeczniczej polskich sądów administracyjnych.

## 2. ANALIZA ORZECZEŃ

### 2.1. Metodologia

Analiza orzeczeń koncentrowała się na badaniu ilościowym<sup>21</sup>, dotyczącym liczby odniesień do poszczególnych grup standardów i liczby odnie-

<sup>18</sup> L. Morawski, *Główne problemy...*, op. cit., s. 157.

<sup>19</sup> Przekonanie, że zmiana w tym zakresie powinna nastąpić, wynika z istotnych zmian w zewnętrznym otoczeniu prawnym, przede wszystkim z faktu uchwalenia nowej polskiej konstytucji w 1997 r. oraz znajdowania się Polski w okresie przedakcesyjnym i akcesyjnym przed rokiem 2004 i po tej dacie. Zmiana ta ma oczywiście swoje źródła w całym procesie transformacji ustrojowej, który rozpoczął się w Polsce po roku 1989. Zob. M. Smolak, *Zmiana paradygmatu interpretacyjnego w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „RPEiS” 1998, 3–4, passim.

<sup>20</sup> Założenie o zmianie praktyki orzeczniczej sądów administracyjnych w czasie, który obejmowało badanie, jest uzasadnione ze względu na istotne zmiany w otoczeniu prawnym (uchwalenie i wdrażanie w życie nowej konstytucji z 1997 r. oraz przygotowania akcesyjne). Zmiany te mogły z pewnym opóźnieniem odbić się na praktyce sądów, a ich charakter mógł wpłynąć na zwiększenie liczby odniesień zwłaszcza do standardów konstytucyjnych czy wspólnotowych.

<sup>21</sup> Na temat wykorzystywania metod ilościowych w badaniu orzecznictwa sądowego zob. D. Robertson, *Judicial Discretion in the House of Lords*, Clarendon Press, Oxford 1998.

sień do poszczególnych standardów w ramach grup. Badanie orzeczeń było prowadzone poprzez szczegółową lekturę uzasadnienia danego orzeczenia i odnotowanie w tabeli w formacie Excel faktu powołania danego standardu przez sędziego w danym orzeczeniu. Za powołanie standardu uznawano przede wszystkim wyraźne jego wskazanie przez sędziego (np. za powołanie standardu wykładni językowej uznawano użycie słów „wykładnia językowa przepisu wskazuje na...”; w przypadku sformułowania „celem omawianego przepisu jest...” przyjęto, że sędzia powołuje się na cel przepisu). W niektórych przypadkach za odwołanie się do danego standardu uznawano jego powołanie w sposób opisowy, który jednak pozwalał wnioskować o dokonanej przez sędziego referencji. Na przykład stwierdzenie: „zgodnie z brzmieniem art. ... przedsiębiorca powinien...” uznawano za odwołanie się do standardu, jakim jest poprzestanie na wykładni językowej przepisów, natomiast twierdzenie: „okoliczności uchwalenia tego przepisu wskazują, że miał on zapobiec...” – za odwołanie do intencji prawodawcy lub – w zależności od kontekstu – do celu danej regulacji. W tabeli dokumentującej badanie wskazywano także w odniesieniu do każdego orzeczenia wiele danych uzupełniających, m.in. sygnaturę orzeczenia, typ sądu, który je wydał (sąd pierwszej czy drugiej instancji), skład sądu (typowy albo rozszerzony), typ orzeczenia (wyrok, uchwała), charakter sprawy (materialnoprawny czy proceduralny<sup>22</sup>). Zbieranie dodatkowych danych pozwoliło następnie ustalić, czy zakres odniesień dokonywanych przez sędziów zmienia się w zależności od typów rozstrzygnięć.

## 2.2. Wyniki badania<sup>23</sup>

### 2.2.1. Wyniki ogólne w zakresie liczby i typu referencji dokonywanych przez sędziów

Tabela 1 ilustruje proporcje pomiędzy dokonywanymi przez sędziów odniesieniami do poszczególnych grup standardów we wszystkich badanych orzeczeniach w latach 1999–2004.

<sup>22</sup> Kryterium podziału w tym zakresie stanowił charakter przepisu (proceduralny czy materialny), który poddawał interpretacji sąd w wiodącym wątku danej sprawy.

<sup>23</sup> Autor pragnie podziękować Bartłomiejowi Osiece za nieocenioną pomoc w zakresie gromadzenia i przetwarzania danych liczbowych w trakcie prowadzenia badania oraz całemu zespołowi badawczemu, który prowadził lekturę orzeczeń według

Tabela 1. Odniesienie do poszczególnych grup standardów we wszystkich badanych orzeczeniach\*

	Standardy prawa wspólnotowego	Standardy konstytucyjne	Wewnętrzne standardy prawa	Standardy zewnętrzne dla prawa	Wszystkie
Liczba odniesień	25	201	2427	267	2920
Udział procentowy	1%	7%	83%	9%	100%

Źródło: opracowanie własne.

\* Dane pochodzą z 807 przebadanych orzeczeń opublikowanych w latach 1999–2004.

Jak wynika z uzyskanych rezultatów, sędziowie sądów administracyjnych bezdyskusyjnie preferują odwołania do standardów wewnętrznych prawa – 83% wszystkich odniesień w badanych orzeczeniach dotyczy tej grupy standardów. W ramach grupy standardów wewnętrznych sędziowie odwołują się przede wszystkim do wyników wykładni językowej tekstu prawnego (32% wszystkich odwołań do tej grupy). Innymi często wskazywanymi standardami są: zgodność z wcześniejszymi wyrokami sądów administracyjnych (14% odniesień w ramach grupy standardów wewnętrznych), wynik wykładni systemowej (12%) i odwołania do literatury prawniczej (10% odniesień w ramach grupy standardów wewnętrznych).

Na drugim miejscu pod względem liczby odwołań sklasyfikowane zostały odwołania do grupy standardów zewnętrznych dla prawa – 9% wszystkich odwołań. W ramach tej grupy sędziowie odwołują się najczęściej do celu regulacji prawnej (32% odwołań spośród wszystkich referencji w tej grupie), intencji prawodawcy (21% odwołań) oraz funkcji społecznej prawa (7%). Odnotowano znaczącą liczbę referencji do tzw. innych standardów czy wartości zewnętrznych (32%). Były to odniesienia do otoczenia społecznego i ekonomicznego, w którym zarówno administracja państwowa, jak i podmioty prywatne wykonują swoje prawa i obowiązki. W świetle próby badawczej (orzeczenia istotne dla działalności gospodarczej) interesującym odkryciem są zaskakująco rzadkie odwołania do doktryny *in dubio pro libertate* (w razie wątpliwości należy

---

przedstawionej instrukcji oraz wprowadzał dane do tabel. W skład zespołu wchodził prawnicy kancelarii Domański Zakrzewski Palinka Sp.k. i działu doradztwa podatkowego Ernst Young Sp. z o.o.

rozstrzygnąć na rzecz wolności/dopuszczalności działania) i będącej jej odmianą zasady *in dubio pro tributario*. Odniesienia do tego standardu stanowią jedynie 3% wszystkich odniesień w ramach grupy standardów zewnętrznych (2,4%o wszystkich odniesień dokonywanych przez sędziów w badanych orzeczeniach).

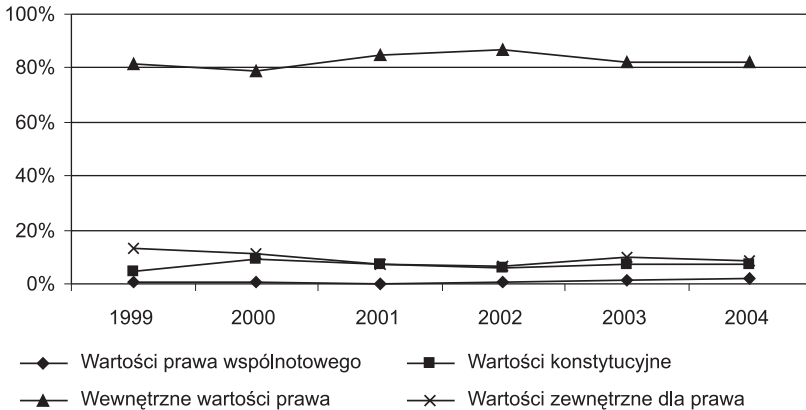
Odniesienia do standardów konstytucyjnych stanowiły 7% wszystkich odniesień do standardów dokonywanych przez sędziów w badanych orzeczeniach. W ramach tej grupy standardów 40% odniesień stanowiły odniesienia do konstytucji jako całości (np. bliżej nieokreślonych praw i wolności konstytucyjnych) lub poszczególnych szczegółowych zasad (np. art. 217 Konstytucji RP poświęconego zasadom opodatkowania). 12% odniesień w ramach grupy standardów konstytucyjnych dotyczyło zasady równości, a 10% – zasady bezpośredniego stosowania konstytucji, zawartej w art. 8 ust. 2 ustawy zasadniczej. Interesujące jest, że zaledwie 0,5% odniesień (tylko jedno) sięgało do zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), stanowiącej wszak kluczową gwarancję konstytucyjną prowadzenia działalności gospodarczej, a takiej działalności dotyczyły badane orzeczenia.

Tylko 1% wszystkich odniesień w badanych orzeczeniach odwołuje się do grupy standardów wspólnotowych. Najczęstsze referencje w ramach tej grupy to odniesienia do zasady wykładni prawa wewnętrznego w zgodzie z prawem wspólnotowym (48% odniesień w ramach tej grupy) oraz do szczegółowych regulacji wspólnotowych (48%). 4% referencji stanowiły odniesienia do zasady niedyskryminacji. W badanej grupie orzeczeń nie odnotowano odniesień do zasady proporcjonalności w ujęciu prawa wspólnotowego.

### 2.2.2. Zmiany częstotliwości odniesień do poszczególnych standardów w czasie

Poniżej zaprezentowane zostały zmiany częstotliwości odniesień do poszczególnych grup standardów w czasie, jaki obejmowało badanie. Jak pokazuje wykres, w ciągu pięciu lat częstotliwość odwołań do poszczególnych grup standardów istotnie się nie zmieniała. Mimo niewielkich wahań, standardy wewnętrzne dla prawa zajmują niezmiennie wysoką pozycję wśród standardów wykorzystywanych w argumentacji sędziowskiej, odwołania do pozostałych grup standardów pozostają natomiast na niskim poziomie. Należy zwrócić uwagę na fakt, że ta stabilność pozo-

staje w kontraście do istotnie zmieniającego się otoczenia prawnego w Polsce, zarówno w aspekcie konstytucyjnym, jak i wspólnotowym, o których pisano wcześniej.



Wykres 1. Porównanie częstotliwości odwołań do poszczególnych grup standardów w czasie

Źródło: opracowanie własne.

### 2.2.3. Wzorce argumentacji stosowane przez sędziów

Ta część prezentuje najczęstsze kombinacje standardów, jakich w uzasadnieniach orzeczeń używali sędziowie polskich sądów administracyjnych w badanym okresie.

Przy obliczaniu poniższych wyników założono, że powołanie kilku grup standardów w jednym orzeczeniu jest tożsame z zastosowaniem wzorca argumentacji opartego na tych grupach standardów (np. odwołanie się do wykładni językowej i wykładni funkcjonalnej w jednym orzeczeniu uznawane jest za zastosowanie wzorca argumentacji opartego na tych dwóch standardach). Założenie to jest oczywiście pewnym uproszczeniem. Nie we wszystkich bowiem przypadkach powołanie dwóch grup standardów w danym orzeczeniu oznaczało ich logiczne lub funkcjonalne powiązanie we wzorzec. W celu zminimalizowania błędów w orzeczeniach o wielowątkowym charakterze (np. orzeczeniu, które najpierw rozstrzyga kwestię wstępną, proceduralną, a następnie przechodzi do rozstrzygnięcia kwestii głównej o charakterze materialnym) za wzorzec uznawano tylko

występowanie dwóch grup standardów w tym samym wątku. Niemniej jednak należy przyjąć, że prezentowany poniżej udział procentowy wzorców opartych na dwóch grupach standardów lub ich większej liczbie może być nieco zawyżony. Oznacza to jednak jeszcze większą niż wykazana poniżej dominację wzorców opartych na jednej tylko grupie standardów – a więc jeszcze większą dominację wzorców argumentacji wykorzystujących wyłącznie grupę standardów wewnętrznych.

Jak wskazuje tabela 2, 63% orzeczeń zostało wydane przy użyciu argumentacji opartej wyłącznie na standardach wewnętrznych prawa. Drugą co do częstotliwości wykorzystania kombinacją (18% orzeczeń) jest odwołanie się w jednym orzeczeniu do standardów wewnętrznych i zewnętrznych. Na dalszych miejscach plasują się kombinacje „standardy wewnętrzne + standardy konstytucyjne” oraz „standardy wewnętrzne + zewnętrzne + konstytucyjne”.

Tabela 2. Najczęstsze kombinacje grup standardów stosowane przez sędziów – wszystkie orzeczenia\*

Standardy wewnętrzne	Standardy wewnętrzne i zewnętrzne	Standardy wewnętrzne i konstytucyjne	Standardy wewnętrzne, zewnętrzne i konstytucyjne	Inne kombinacje
63%	18%	10%	6%	3%

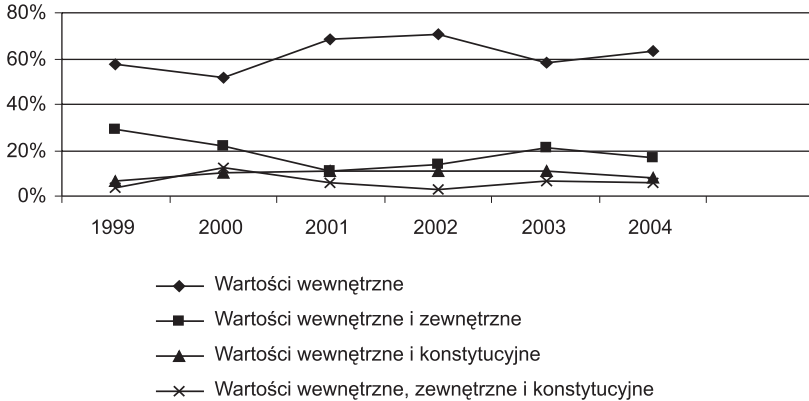
Źródło: opracowanie własne.

\* Dane pochodzą z 807 przebadanych orzeczeń.

Jak pokazuje to kolejny wykres, także różnice w popularności wykorzystywanych przez sędziów wzorców argumentacji, mimo niewielkich wahań, pozostają w całym badanym okresie względnie stałe.

Przy formułowaniu założeń badania przyjęto, że ewentualny wysoki udział standardów wewnętrznych dla prawa w uzasadnieniach rozstrzygnięć sądów administracyjnych może być wynikiem charakteru spraw, jakie rozstrzyga ten typ sądów. Ze względu na dużą liczbę spraw związanych z procedurami administracyjnymi oraz na sformalizowanie postępowania przed sądem przewaga standardów formalnych (choćby wykładni językowej czy systemowej) byłaby naturalna. Z tego też powodu dokonano dodatkowego pomiaru częstotliwości stosowanych wzorców argumentacji w grupie orzeczeń dotyczących przepisów proceduralnych i grupie orzeczeń dotyczących przepisów materialnych. Jak pokazują poniższe wyniki, także w grupie orzeczeń dotyczących regu-

lacji o charakterze materialnym przewaga argumentacji opartej wyłącznie na standardach wewnętrznych jest znaczna (58%), choć nie tak duża jak w grupie orzeczeń dotyczących przepisów proceduralnych (72%) czy w grupie wszystkich badanych orzeczeń (63%).



Wykres 2. Kombinacje grup standardów w czasie\*

Źródło: opracowanie własne.

\* Cztery najczęściej występujące kombinacje.

Tabela 3. Najczęstsze kombinacje grup standardów stosowane przez sędziów – orzeczenia wydane w odniesieniu do przepisów o charakterze proceduralnym i wydane w odniesieniu do przepisów o charakterze materialnym\*

	Standardy wewnętrzne	Standardy wewnętrzne i zewnętrzne	Standardy wewnętrzne i konstytucyjne	Standardy wewnętrzne, zewnętrzne i konstytucyjne	Inne kombinacje
Wszystkie	63%	18%	10%	6%	3%
Proceduralne	72%	16%	7%	2%	3%
Materialne	58%	21%	11%	7%	3%

Źródło: opracowanie własne.

\* Spośród wszystkich 807 orzeczeń 233 miały charakter proceduralny, a 463 materialny. Pozostałe orzeczenia, ze względu na mieszany lub trudny do określenia charakter, zostały wyłączone z tego pomiaru.

Zmiana w proporcjach pomiędzy powoływanymi wzorcami argumentacji jest natomiast widoczna, jeśli analizuje się ją w rozbiciu na typ orzeczeń lub typ składów sędziowskich. Jak pokazuje to następująca tabela,

w uchwałach i orzeczeniach wydawanych w rozszerzonym składzie (większym niż trzyosobowy) udział argumentacji opartej wyłącznie na standardach wewnętrznych jest mniejszy niż 50%, jednocześnie zwiększa się oczywiście procent spraw rozpatrywanych przy użyciu kombinacji standardów uwzględniających standardy zewnętrzne, konstytucyjne i wspólnotowe. Wynik ten potwierdza tezę, zgodnie z którą orzeczenia wydawane w trudnych sprawach (za takie można uznać z pewnością sprawy, w których zapadła uchwała sądu, lub sprawy rozpatrywane w rozszerzonych składach) wymagają wyjścia poza grupę standardów wewnętrznych, związanych z tekstem i systemem prawa, i sięgnięcie do standardów bardziej ogólnych<sup>24</sup>.

Tabela 4. Kombinacje standardów w uchwałach i orzeczeniach wydanych w rozszerzonym składzie\*

	Standardy wewnętrzne	Standardy wewnętrzne i zewnętrzne	Standardy wewnętrzne i konstytucyjne	Standardy wewnętrzne, zewnętrzne i konstytucyjne	Inne kombinacje
Wszystkie orzeczenia	63%	18%	10%	6%	3%
Rozszerzony skład (>3)	47%	23%	18%	9%	3%

Źródło: opracowanie własne.

\* Spośród wszystkich 807 orzeczeń 120 to orzeczenia i uchwały w rozszerzonym składzie sędziowskim (>3).

### 3. KONKLUZJA BADANIA

Uzyskane rezultaty, w szczególności istotna przewaga wzorca argumentacyjnego opartego wyłącznie na standardach wewnętrznych, wskazują, że:

- sędziowie relatywnie rzadko rozstrzygają sprawy przez odniesienie się do ogólnych zasad prawa, w tym zasad konstytucyjnych i wspólnotowych;
- sędziowie jedynie okazjonalnie uzasadniają swoje decyzje przez odniesienie się do standardów zewnętrznych dla prawa, takich jak społeczny

<sup>24</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 155 i n.



cel prawa, inne jego funkcje czy też specyfika otoczenia społeczno-gospodarczego, w którym działają strony postępowania sądowego.

Jednocześnie, jak pokazują badania trendów odwołań do poszczególnych grup standardów w okresie objętym badaniem (1999–2004), znaczna przewaga wzorca argumentacji opartego na standardach wewnętrznych nie ulega zmianie w czasie. Jak wiadomo, jest to okres istotnych zmian w otoczeniu prawnym – po uchwaleniu nowej konstytucji oraz okres bezpośrednio przed- i poakcesyjny. Wyniki badania pokazują, że w tym czasie udział argumentacji opartej na standardach zewnętrznych, konstytucyjnych i wspólnotowych utrzymuje się na niezmiennym, niskim poziomie. Zgodnie zatem z hipotezą sformułowaną przed rozpoczęciem badania, należy uznać, że praktyka orzecznicza polskich sądów administracyjnych jest bardziej zbliżona do formalistycznego modelu orzekania, a co więcej – nie zachodzi zmiana ewolucyjna w kierunku modelu antyformalistycznego.

#### 4. INTERPRETACJA WYNIKÓW

Uzyskane wyniki pokazują, że na gruncie praktyki orzeczniczej polskich sądów administracyjnych mamy do czynienia ze zdecydowanym preferowaniem pewnych grup standardów, na których opierają się orzeczenia. Linia preferencji przebiega pomiędzy standardami o charakterze formalnym, w większości dookreślonymi co do znaczenia i sposobu wykorzystania w procesie stosowania prawa, oraz standardami ogólnymi, niedookreślonymi, które w dodatku są częściowo elementem raczej otoczenia kulturowego prawnika niż samego tekstu prawnego (chodzi tu o niektóre standardy zewnętrzne wobec prawa, takie jak cel czy funkcja prawa). Tak ukształtowana preferencja w zakresie doboru standardów rozstrzygnięć jest zgodna z postulatami formalizmu jako koncepcji stosowania prawa. Pierwszy z rezultatów badania, a więc relatywnie rzadkie wykorzystywanie zasad i standardów prawnych o charakterze ogólnym, stanowi odbicie propozycji formalizmu, aby w procesie stosowania prawa skupiać się na najbardziej dookreślonych, szczegółowych regułach (*most locally applicable rules*<sup>25</sup>). Drugi z rezultatów, a więc rzadkie uwzględnianie w procesie stosowania prawa względów pozaprawnych, takich jak cele i intencje politycznego prawodawcy czy też wymogi zmieniającego

---

<sup>25</sup> Zob. F. Schauer, *Playing...*, op. cit., s. 188.

się otoczenia społecznego, odpowiada z kolei twierdzeniu formalizmu o immanencji i autonomii prawa, które powinno skupić się na tekście prawnym i unikać uwzględniania czynników pozaprawnych w procesie orzekania<sup>26</sup>.

---

50 <sup>26</sup> B.Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 51–52.

# **CZĘŚĆ I**

## **MNIEJSZE ZŁO**

## WPROWADZENIE DO CZĘŚCI I

Zaprezentowane w poprzedniej części badanie ukazuje, że formalizm w wydaniu praktycznym jest obecny w polskiej praktyce orzeczniczej. Formalizm jest jednak także poważnym stanowiskiem teoretycznym, uzasadnianym szeroko przez prawników-akademików na całym świecie. Ta zbieżność praktyki orzeczniczej i stanowiska teoretycznego jest niepokojąca dla krytyka formalizmu, ponieważ może być ona dowodem na adekwatność formalizmu jako koncepcji stosowania prawa, koncepcji, która jako jedna z niewielu łączy analizę teoretyczną z łatwymi do zaakceptowania postulatami praktycznymi. Poniżej, w kolejnych rozdziałach, zostaną poddane analizie zarówno teoretyczne, jak i praktyczne aspekty formalizmu w celu wykazania, że formalizm teoretyczny jest koncepcją, która nie opisuje właściwie praktyki stosowania prawa, a wykorzystanie niektórych jego postulatów przez tę praktykę wynika raczej z możliwości łatwej adaptacji tych postulatów do warunków psychologicznych i socjologicznych pracy urzędników państwowych i sędziów niż z wartości samej koncepcji. Celem pracy jest zatem krytyka formalizmu, który, jak pisze Weinrib, „był zabijany wielokrotnie przez prawoznawstwo w ciągu dwustu ostatnich lat, lecz ciągle odmawiał pozostania martwym”<sup>27</sup>. Dzisiaj, jak pokazuje badanie oraz analizy teoretyczne przedstawione poniżej, wydaje się on szczególnie żywy, stąd też jego krytyka może być szczególnie atrakcyjna.

---

<sup>27</sup> E. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, „Yale L.J.” 1988, 97, s. 951.

## FORMALIZM I JEGO KRYTYCY

### 1. OBLICZA FORMALIZMU

Ze względu na wieloaspektowość zagadnienia formalizmu, w tym rozdziale przedstawione zostaną obecne w literaturze poglądy na jego istotę, poczynając od omówienia kilku charakterystycznych podejść do procesu stosowania prawa, którym w literaturze prawniczej nadano miano formalistycznych. Następnie, poprzez analizę definicji formalizmu, wyekstrahowano najważniejsze jego cechy i przedstawiono definicję formalizmu, która będzie przyjmowana w dalszej części pracy.

#### 1.1. „Stary” formalizm

Jak słusznie podkreśla P. Cox, formalizm w klasycznym wydaniu (albo raczej „formalizmy”, ze względu na wiele odmian tego zjawiska) był najlepiej charakteryzowany nie przez jego zwolenników, ale krytyków<sup>1</sup>. Za przedstawicieli „starego” formalizmu uznaje się tradycyjnie grupę prawników-akademików, tworzących pod koniec XIX wieku, a związanych głównie z Harvard Law School, w szczególności dziekana tej szkoły, Christophera Columbusa Langdella<sup>2</sup>. Jak pisze N. Duxbury:

Po zakończeniu wojny secesyjnej prawo amerykańskie zaczęło wchodzić w okres formalizmu. Unikając roli aktora politycznego (*policy-making rule*), sądy powróciły do węższego, dedukcyjnego podejścia do orzekania, w którym stosunki prawne były traktowane jako w pewien sposób podporządkowane małej grupie podstawowych pojęć prawnych<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> P.N. Cox, *An Interpretation...*, op. cit., s. 57, 58.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1995, s. 9. Autor ten wskazuje, że tzw. stary formalizm był jednym z elementów szerszej obecności formalizmu w nauce, m.in. w ekonomii, biologii czy historii. W tym szerszym ujęciu był on rozumiany jako „próba traktowania poszczególnych obszarów

Jak wskazuje T. Grey, zgodnie z poglądami grupy Langdella prawo musi spełniać trzy wymogi: po pierwsze musi być określone (*determinate*), co pozwoli, aby decyzje prawne wynikały z zastosowania norm do faktów, po drugie, musi mieć charakter systemu (*systematic*), tworząc spójną strukturę względnie abstrakcyjnych pojęć i zasad, i po trzecie, musi być autonomiczne (*autonomous*), derywując swoje normy z wyłącznie prawnych źródeł, nie zaś z wątpliwych żądań religii, filozofii czy ekonomii politycznej<sup>4</sup>.

Poglądy grupy uczonych związanych z Langdellem zostały szczegółowo scharakteryzowane przez ich ideologicznych przeciwników, określanych jako przedstawiciele protorealizmu prawniczego (początek XX wieku), realizmu „właściwego” (lata 30. XX wieku), postrealizmu czy też pragmatycznego instrumentalizmu. Wszystkie te grupy określa się mianem „antyformalistów”.

W pracach antyformalistów wskazywano na następujące cechy „starego” czy też „klasycznego” formalizmu<sup>5</sup>:

- a) twierdzenie o autonomii prawa – a więc przekonanie, że rozwiązania zagadnień prawnych należy poszukiwać wyłącznie w obszarze materiałów prawnych, bez odnoszenia się do źródeł zewnętrznych wobec prawa;
- b) tekstualizm – powiązane ściśle z twierdzeniem o autonomii prawa przekonanie, że wiodącym źródłem argumentów prawnych jest tekst prawny, a nie, przykładowo, interpretacja odwołująca się do celu regulacji,
- c) konceptualizm – twierdzenie, że (i) pojęcia prawne (takie np. jak pojęcie własności czy wolności) mogą być zidentyfikowane w drodze indukcji, opartej na analizie poszczególnych przepisów lub orzeczeń sądowych, a także (ii) twierdzenie, że z tak skonstruowanych pojęć można następnie logicznie derywować szczegółowe reguły, będące podstawą rozstrzygnięć sądowych;

---

wiedzy jako rządzonych przez powiązane, podstawowe i logicznie wytłumaczalne prawa nauki (ibidem, s. 11).

<sup>4</sup> T. Grey, *The New Formalism*, „Stanford Law School Working Papers” 1999, 4, s. 5.

<sup>5</sup> Charakterystykę klasycznego formalizmu, przedstawioną w tym miejscu, oparto na opracowaniu P. Coxa, *An Interpretation...*, op. cit. oraz opracowaniu Thomasa C. Greya, op. cit.

- d) oryginalizm (intencjonalizm)<sup>6</sup> – przekonanie, że decydująca rolę w rozstrzygnięciu wątpliwości interpretacyjnych związanych z wieloznacznością tekstu prawnego odgrywa intencja historycznego prawodawcy lub pierwotne jego rozumienie przez czytelników żyjących w momencie napisania tekstu,
- e) „geometryzacja” procesu stosowania prawa – przekonanie, że rezultat procesu stosowania prawa to wewnętrznie spójne, usystematyzowane i zrjonalizowane prawo, podobne do systemu geometrycznego Euklidesa, zawierającego teoremy i aksjomaty, w którym odpowiedź na pytania prawne może być udzielona dzięki odniesieniu się do logiki tego systemu, i dlatego jest ona idealnie dedukcyjna i zawsze pewna; ta ostatnia cecha „starego” formalizmu była także określana mianem „jursprudencki mechanicki”<sup>7</sup>.

Jak wskazuje T. Grey, cechy charakterystyczne „starego” formalizmu pozostawały w stosunku do siebie w relacji częściowego wykluczenia<sup>8</sup>. W szczególności dotyczyło to takich par pojęć, jak tekstualizm i oryginalizm, z których pierwsze – jak się zdaje odmawia jakiegokolwiek roli intencji prawodawczej, a drugie czyni ją kluczową przesłanką interpretacyjną, czy też pary konceptualizm i tekstualizm/oryginalizm (konceptualizm – jak się zdaje – w drodze indukcji – ukazuje całościowy obraz pewnych obszarów prawa, podczas gdy zarówno tekstualizm, jak i oryginalizm mają tendencję do rozpatrywania poszczególnych regulacji w oderwaniu od siebie). Wskazane cechy formalizmu w ujęciu klasycznym były oczywiście przedmiotem zdecydowanej krytyki, zwłaszcza ze strony realistów. Krytyka ta zostanie omówiona w części prezentującej zarzuty formułowane pod adresem formalizmu.

<sup>6</sup> Jak wskazuje A. Barak, powinniśmy rozróżniać dwa podejścia do interpretacji tekstu prawnego – „intencjonalizm” i „oryginalizm”: „Intencjonalizm jest czymś innym niż oryginalizm. Według tego pierwszego stanowiska, tekst powinien być interpretowany zgodnie z subiektywną intencją jego autora. Zgodnie z tym drugim podejściem, tekst powinien być interpretowany zgodnie z jego (obiektywnym) rozumieniem przez czytelników w czasie, gdy został napisany” (A. Barak, op. cit., s. 260). Wskazane rozróżnienie zostanie wykorzystane w rozdziale czwartym, w którym omówiona zostanie różnica między znaczeniem mówiącego (*speaker's meaning*) a znaczeniem konwencjonalnym (*conventional meaning*).

<sup>7</sup> R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, „Col LR” 1908, 8, passim.

<sup>8</sup> T. Grey, op. cit., s. 3.

## 1.2. „Nowy” formalizm

Współcześnie najpełniejszy obraz formalizmu przedstawia dwóch autorów – Frederick Schauer<sup>9</sup> i William Eskridge Jr.<sup>10</sup> F. Schauer zwraca uwagę, że zarzut formalizmu, formułowany pod adresem sposobu interpretacji prawa czy też konkretnego rozstrzygnięcia sądowego, jest często równoznaczny z zarzutem „wąskiego” pojmowania rozstrzyganego zagadnienia prawnego<sup>11</sup>. Osoba występująca z takim zarzutem uznaje, że konkretna decyzja stosowania prawa powinna brać pod uwagę wszystkie dostępne argumenty, nie zaś ograniczać się do argumentów wybranych, w szczególności poprzestawać na językowym rozumieniu tekstu prawnego. W tym ujęciu formalizm jest więc stanowiskiem, które zawęża pole działań interpretacyjnych, a tym samym zaprzecza, że w konkretnej sprawie istnieją inne, uzasadnione możliwości interpretacji niż ta wynikająca z brzmienia tekstu prawnego. Formalizm wyraża zatem przekonanie, że język tekstu prawnego determinuje wynik interpretacji w sposób „nieubłagany”, zmuszając interpretatora do wyboru danego rozstrzygnięcia.

Jak wskazuje Schauer, formalizm rozumiany jako zaprzeczanie, że w danej sprawie istnieją inne uzasadnione rozwiązania interpretacyjne, może być zrozumiały w sytuacji, gdy interpretacji poddajemy proste terminy, odnoszące się do świata fizycznego, takie jak termin „ptak”. Jeśli interpretator ma za zadanie stwierdzić, czy pelikan jest objęty regułą, która posługuje się terminem „ptak”, to rzeczywiście stanowisko formalizmu wydaje się uzasadnione. Termin „ptak” bowiem w sposób „nieubłagany” nakazuje objąć regułą pelikana, który niewątpliwie jest ptakiem. Jeśli jednak poddaje się interpretacji takie terminy jak „wolność”, to intuicyjnie wydaje się, że kwestia uznania pewnych stanów rzeczy za wypełniające znamiona wolności lub będące jej zaprzeczeniem nie jest już tak oczywista. Problem formalizmu polega na tym, jak wskazuje F. Schauer, że także przypadki, gdy interpretacja jest w rzeczywistości istotnym wyborem aksjologicznym, formalizm traktuje jak sytuacje, w których rozstrzygnięcie jest całkowicie determinowane przez tekst. W konsekwencji, jak pisze Schauer, „wybór jest maskowany poprzez mówienie o językowej

<sup>9</sup> Zob. F. Schauer, *Formalism...*, op. cit., passim; idem, *Playing...*, op. cit., passim.

<sup>10</sup> Zob. W.N. Eskridge Jr., *The New Textualism*, „UCLA L. Rev.” 1990, 37, passim.

<sup>11</sup> F. Schauer, *Formalism...*, op. cit., s. 512.



nieuchronności [danej decyzji]<sup>12</sup>. Ma to oczywiście negatywne skutki dla jakości dyskursu publicznego na temat prawa, ponieważ ukrywanie wyborów aksjologicznych pod maską językowej interpretacji uniemożliwia stawianie pytań o to, jak wybór ten został dokonany oraz czy nie powinien być dokonany inaczej<sup>13</sup>.

Formalizm, zdaniem Schauera, może przejawiać się nie tylko w zaprzeczaniu, że w ramach danej reguły istnieje możliwość innego rozstrzygnięcia interpretacyjnego niż to dyktowane przez język tej reguły. Innym obliczem formalizmu jest zaprzeczanie, że wyborem aksjologicznym jest decyzja o zastosowaniu tej a nie innej reguły do danego przypadku<sup>14</sup>. W obu wersjach formalizm przeciwstawia się jednak temu samemu twierdzeniu – jest to twierdzenie, zgodnie z którym w każdym systemie prawnym istnieją tzw. drogi ucieczki (*escape routes*), dzięki którym interpretator może unikać niepożądanych skutków decyzji stosowania prawa, wynikających z mechanicznego użycia nieelastycznej reguły do danego przypadku<sup>15</sup>. Formalistyczne podejście do stosowania prawa jest zatem oparte na przekonaniu, że w sytuacji, w której bezpośrednio zastosowanie reguły prowadzi do rozstrzygnięcia innego (gorszego) niż to, które wynikałoby z uwzględnienia wszystkich aspektów danej sprawy, podejmujący decyzję nie może wybrać „drogi ucieczki”. Ten brak możliwości wyboru wynika po pierwsze z tego, że – zdaniem formalistów – system prawa nie zawiera reguł pełniących funkcję „dróg ucieczki”, po drugie z tego, że podejmujący decyzję nie jest uprawniony, aby taką regułę o charakterze „drogi ucieczki” wykreować *ad hoc*<sup>16</sup>.

Definiując formalizm jako zaprzeczanie, że w rozstrzygnięciu konkretnej sprawy istnieje inne rozwiązanie niż to, które wynika z literalnego rozumienia języka reguły, Schauer wskazuje, iż możliwe jest także inne rozumienie formalizmu. W tym drugim rozumieniu podejście formalistyczne nie zaprzecza, że istnieje wybór w ramach danej reguły lub wybór pomiędzy regułami, ale uznaje, że celem formalizmu jest ograniczenie tego wyboru<sup>17</sup>. Narzędziem ograniczenia jest natomiast język reguły. W tym ujęciu formalizm jest procesem stosowania prawa, który, jak pisze

<sup>12</sup> Ibidem, s. 512.

<sup>13</sup> Ibidem, s. 514.

<sup>14</sup> Ibidem, s. 516.

<sup>15</sup> Ibidem, s. 519.

<sup>16</sup> Ibidem, s. 520.

<sup>17</sup> Ibidem, s. 521.

Schauer, „faworyzując efekt literalnego zastosowania najbardziej szczegółowej normy prawnej (*most locally applicable legal norm*) w porównaniu z, być może lepszym, efektem zastosowania szerszego spektrum czynników decyzyjnych, wzmacnia systemową izolację czy zamknięcie systemu prawnego”<sup>18</sup>. Taki formalizm, jak zaznacza przywoływany autor, jest najczęściej krytykowany, ponieważ uznaje, że decyzja w danej sprawie jest mechanicznie dedukowana z języka reguł prawnych (*mechanically deducible from the language of legal rules*)<sup>19</sup>. Przeciwnieństwem tak rozumianego formalizmu jest funkcjonalizm<sup>20</sup>, którego przedstawiciele postrzegają proces stosowania prawa jako nakierowany na zmniejszenie rozbieżności pomiędzy rozstrzygnięciem wskazywanym przez język reguły a rozstrzygnięciem biorącym pod uwagę wszystkie aspekty danej sprawy, w tym przede wszystkim cel ustanowienia reguły, która powinna tę sprawę rozstrzygać. Funkcjonalizm, jak podkreśla Schauer, nie da się jednak obronić, ponieważ orzekanie na podstawie celu (uzasadnienia) reguły zamiast orzekania opartego na regule powoduje, że ta ostatnia staje się niepotrzebna. Rolą reguły jest bowiem jednorazowe ustalenie na przyszłość sposobu rozstrzygania danego typu spraw. Tymczasem osoba stosująca prawo w sposób funkcjonalny w każdym przypadku powtarza proces myślowy ustawodawcy, rozważając, czy uzasadnienie leżące u podstaw reguły znajduje zastosowanie do tego przypadku. Postawa taka jest niezgodna z rolą reguł, których cechą szczególną, jak uważa Schauer, jest zdolność do formalnego wyłączenia konieczności rozważania wszystkich relewantnych aspektów danej sprawy i wpływania na rozstrzygnięcie przez sam ich językowy kształt<sup>21</sup>. Tak pojęty formalizm, rozumiany jako wynikający z istoty reguł, jest, zdaniem Schauera, pożądanym podejściem do stosowania prawa, ponieważ zapewnia przewidywalność procesu aplikacji reguł i autonomię prawa<sup>22</sup>.

Szerokie omówienie zjawiska nazywanego „nowym formalizmem” czy też „nowym tekstualizmem” znajdujemy w opracowaniu W.N. Eskridge’a Jr.<sup>23</sup> Jak wskazuje ten autor, renesans formalizmu, przypadający na lata 80. XX wieku, polegał na popularyzowaniu poglądu, zgodnie z którym

<sup>18</sup> Ibidem, s. 522.

<sup>19</sup> Ibidem, s. 522.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 537.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 544.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 549.

<sup>23</sup> W.N. Eskridge Jr., *The New Textualism...*, op. cit., passim.

prawnik interpretujący prawo powinien być ściśle związany przez obiektywnie możliwe do określenia znaczenie tekstu prawnego. Jakakolwiek swoboda w tym zakresie miałaby bowiem stanowić zagrożenie dla demokratycznego porządku<sup>24</sup>. Jednocześnie formalizm w nowszym ujęciu zmienia swój stosunek do kwestii wykorzystywania w procesie interpretacji i stosowania prawa historii legislacyjnej i historycznej intencji prawodawcy. Obie przesłanki, uważane przez przedstawicieli „starego” formalizmu za umożliwiające ograniczenie „sądowego prawodawstwa”, według postulatów przedstawicieli nowej fali formalizmu powinny być raczej unikane przez interpretatorów. Powodują one bowiem oddalenie interpretacji od tekstu prawnego, a przez to są zagrożeniem dla tradycyjnych wartości formalizmu, np. takich jak przewidywalność procesu stosowania prawa. W szczególności groźne jest powoływanie się przez osoby stosujące prawo na intencję prawodawcy. Jak pisze Eskridge, formalisści uznają odwołanie do intencji prawodawcy (*intended meaning*), wyrażonej w materiałach okołolegislacyjnych, za odwołanie do pozaustawowej interpretacji ustawy dokonanej przez prawodawców. Z jednej strony stanowi to naruszenie wyłącznej kompetencji sądów do dokonywania interpretacji obowiązującego prawa, a z drugiej strony daje interpretatorom okazję do uzurpowania sobie władzy prawodawczej<sup>25</sup>. Korzystanie z historii legislacyjnej czy intencji prawodawczej, zwłaszcza jeśli wpływa na inne rozumienie tekstu prawnego niż to, które wprost z niego wynika, zwiększa zakres dyskrecjonalności sędziowskiej w zakresie dokonywania wyborów o charakterze politycznym. Tymczasem do dokonywania takich wyborów sędzia nie jest uprawniony. Odwołanie się do historii legislacyjnej i intencji prawodawcy poszerza także zakres rozwiązań danego problemu interpretacyjnego, co umożliwia sędziemu wpisanie w rozstrzygnięcie własnych preferencji politycznych<sup>26</sup>.

Rezygnacja z dodatkowych przesłanek wykorzystywanych w procesie stosowania prawa powoduje, że jedynym wyznacznikiem dla interpretatora pozostaje „zwykłe znaczenie” (*plain meaning*) tekstu prawnego. Nakaz koncentracji na tekście (tekstualizm) ogranicza bowiem zakres narzędzi, dzięki którym sędzia może „uciec od zwykłego znaczenia ustawy” w obszar sędziowskiej legislacji<sup>27</sup>. To właśnie obszar „zwykłego

---

<sup>24</sup> Ibidem, s. 646.

<sup>25</sup> Ibidem, s. 648.

<sup>26</sup> Ibidem, s. 648.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 656.

znaczenia” jest obecnie polem, na którym rozgrywa się walka pomiędzy zwolennikami i przeciwnikami formalizmu<sup>28</sup>. Wydaje się, że istnieją co najmniej dwie możliwości rozumienia terminu „zwykłe znaczenie”. Pierwsze z nich, przyjmowane w tej pracy, oznacza znaczenie przyjmowane powszechnie przez społeczność, której członkiem jest interpretator. Takie rozumienie zwykłego znaczenia tekstu (*plain meaning*) zakłada zamaskowane uwspółcześnienie znaczenia tekstu prawnego w stosunku do znaczenia oryginalnego. Drugie rozumienie tego terminu prezentuje F. Schauer. Utożsamia on „znaczenie zwykłe” ze znaczeniem akontekstowym danego terminu będącym funkcją autonomii semantycznej języka, a więc jego zdolności do przenoszenia znaczeń bez względu na intencję mówiącego, a nawet bez istnienia mówiącego (jak np. w znanym przykładzie z wyrzuconymi na plażę muszlami, układającymi się w napis KOT)<sup>29</sup>.

Jak wiadomo, przedstawiciele formalizmu prawniczego, w szczególności tekstualiści, podnoszą często w argumentacji prawniczej argument zwykłego znaczenia tekstu, który polega na utrzymywaniu, jakoby pierwsze, intuicyjne rozumienie tekstu, lub też bliżej niedookreślone rozumienie go przez racjonalnego czytelnika, rozstrzygało o treści reguły prawnej wyinterpretowanej z tego tekstu<sup>30</sup>. Wydaje się, że można wykazać podobieństwo argumentu zwykłego znaczenia tekstu do twierdzenia o sylogistyczności procesu stosowania prawa. Polega ono na tym, że w jednym i drugim przypadku interpretator zamyka dyskusję nad znaczeniem danego tekstu i nie ujawnia procesu myślowego, który doprowadził go do takiej decyzji interpretacyjnej. Takie podejście uniemożliwia podnoszenie kontrargumentacji merytorycznej, ponieważ twierdzenie, że rozumienie X jest zwykłym rozumieniem danego tekstu, jest nieweryfikowalne. Trudno jest podnosić wobec niego argument, że rozumienie to jest z jakiegoś powodu „złe” lub „dobre” – ono po prostu takie jest, podobnie jak nie jest „zły” ani „dobry” wynik rozumowania sylogistycznego. W jednym i drugim przypadku mamy do czynienia z przejściem ze sfery ocen

<sup>28</sup> Do grona koncepcji określaných w tej pracy mianem „nowego formalizmu” zaliczono klasyfikacyjną koncepcję wykładni J. Wróblewskiego, ze względu na oparcie jej na koncepcji „zwykłego znaczenia” czy też „bezpośredniego rozumienia” tekstu prawnego. Zob. J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Ossolineum, Wrocław–Łódź 1990, s. 59.

<sup>29</sup> Zob. F. Schauer, *Formalism...*, op. cit., s. 527.

<sup>30</sup> Zob. tzw. sytuację izomorfii u J. Wróblewskiego – J. Wróblewski, *Rozumienie prawa...*, op. cit., s. 55.

do sfery faktów, ze sfery normatywności do sfery konieczności – wynik rozumowania sylogistycznego jest taki, bo na mocy logiki nie może być inny, i nie możemy nic w tej sprawie zrobić. Podobnie jest ze zwykłym znaczeniem tekstu – jest ono takie, ponieważ takie być musi – jest od nas jako interpretatorów niezależne, nie mamy na nie wpływu. Obrazowo przedstawia to B. Leiter:

Klasyccy formalisci postrzegają system sądowy jako gigantyczną maszynę sylogistyczną (*giant syllogism machine*), z precyzyjną, posiadającą zewnętrzne uzasadnienie normą prawną jako przesłanką większą i obiektywnie prawdziwymi faktami jako przesłanką mniejszą. Zadaniem sędziego jest działać jako wysoko wykwalifikowany mechanik, obciążony ważną odpowiedzialnością zidentyfikowania prawidłowej, mającej zewnętrzne uzasadnienie normy prawnej, któremu jednak pozostawiono bardzo mało dyskrecjonalności w wyborze tej reguły. Zadaniem przysięgłych jest zrobić co w ich mocy, aby odkryć „prawdziwe” fakty i nakarzyć nimi maszynę. Wniosek, na zasadzie logiki, pojawia się sam<sup>31</sup>.

Oprócz odnowienia wiary w moc zwykłego znaczenia tekstu prawnego, nowy formalizm okazuje, zdaniem Eskridge’a, duże zainteresowanie wykładnią systemową<sup>32</sup>. Zainteresowanie to jest zresztą powiązane z ideą zwykłego znaczenia, ponieważ element strukturalny najwyraźniej uzupełnia narzędzia syntaktyczne i semantyczne, pozwalające na ustalenie tego znaczenia. Jak wyjaśnia powoływany przez Eskridge’a sędzia Antonin Scalia, możemy mówić o „strukturalnym” ujęciu zwykłego znaczenia ustawy:

Konstrukcja ustawy jest zjawiskiem całościowym. Postanowienie, które może wydawać się wieloznaczne, jeśli rozpatrywać je w izolacji, często jest dookreślone przez pozostałe części ustawy, ponieważ ta sama terminologia jest używana gdzie indziej w kontekście, który czyni znaczenie tego niejasnego postanowienia jasnym, albo ponieważ tylko jedno z dopuszczalnych znaczeń tego wieloznacznego postanowienia daje efekt zgodny z resztą regulacji<sup>33</sup>.

Zdaniem Eskridge’a, formalizm w swojej nowej wersji jest atrakcyjną teorią stosowania prawa<sup>34</sup>. Pierwszą przyczyną jego atrakcyjności

<sup>31</sup> B. Leiter, *Positivism, Formalism, Realism*, „Colum. L. Rev.” 1999, 99, s. 1145.

<sup>32</sup> W.N. Eskridge Jr., *The New Textualism...*, op. cit., s. 660.

<sup>33</sup> Ibidem, s. 661–662.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 667.

jest fakt, że formalistyczne (a więc poniekąd niezależne od interpreta-tora) uzasadnienie procesu stosowania prawa lepiej niż np. intencjon-alizm radzi sobie z obawą prawników związaną z dokonywaniem przez sędziów wyborów politycznych, które mogą różnić się od wyborów demokratycznej większości. Po drugie, formalizm, poprzez swoje sku-pienie się na zwykłym znaczeniu tekstu prawnego, odwołuje się do intu-icji, która nakazuje sięganie w procesie interpretacji do najbardziej kon-kretnego dowodu oczekiwań prawodawcy i do materiału prawnego, który jest najszerzej dostępny zwykłym obywatelom. Czyż bowiem nie tekst prawny jest tym, o czym najczęściej myślimy, mówiąc „prawo”? Po trze-cie wreszcie, w odróżnieniu od starego formalizmu, formalizm w nowym ujęciu zadowala, zdaniem Eskridge’a, prawników oczekujących wyrafi-nowanej teorii stosowania prawa. Wysoki poziom wyrafinowania zapew-nia w ramach formalizmu uwzględnianie przezeń całościowej struktury aktu prawnego i wpisanie poszczególnych postanowień w kontekst więk-szych struktur tekstu prawnego oraz rezygnacja z „prawniczej archeo-logii”, a więc ślepego przywiązania do historycznej intencji prawo-dawcy czy historii legislacyjnej. Szczególnie ta ostatnia cecha nowego formalizmu stanowi, zdaniem cytowanego autora, o jego atrakcyjności. Formalizm w nowym ujęciu, oderwawszy się od oryginalizmu, uwzględ-nia bowiem, jak uważa Eskridge, zmianę znaczenia tekstu prawnego w czasie i przekształca się ze statycznej w dynamiczną koncepcję stoso-wania prawa<sup>35</sup>. Jak wskazuje ten autor, całościowe podejście do interpre-tacji prawa, reprezentowane np. przez sędziego Scalię, otwiera drzwi dla ewoluowania ustaw w czasie poprzez odnoszenie ich do otaczających tek-stów prawnych, które są wydawane w czasie późniejszym. Tym samym klasyczne zadanie sędziego, polegające na pogodzeniu wielu regulacji wydawanych w ciągu wielu lat i nadaniu im wspólnego sensu, w spo-sób nieunikniony zakładać musi, że skutki stosowania wcześniej uchwa-lonego prawa mogą być zmienione przez skutki stosowania późniejszej ustawy<sup>36</sup>. Jak wprost pisze Eskridge, nowy formalizm pozwala na uaktual-nianie dawnego prawa w miarę pojawiania się nowego prawa i w miarę rozwoju otoczenia konstytucyjnego<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Ibidem, s. 668.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Ibidem.

### 1.3. Inne ujęcia formalizmu

Wskazane powyżej ogólne omówienie starego i nowego formalizmu nie powinno przesłaniać nam faktu wielości „formalizmów”, z jakimi mamy do czynienia w literaturze przedmiotu. W wielu przypadkach można dyskutować, czy wspomniane „formalizmy” łączy cokolwiek innego niż tylko nazwa. Ostatecznie daje się jednak zauważyć w nich pewien wspólny mianownik, który najczęściej sprowadza się do trzech elementów:

- a) preferencji dla języka tekstu prawnego, a nie celu czy funkcji prawa,
- b) preferencji dla szczegółowych reguł, a nie ogólnych standardów,
- c) apolityczności lub amoralności formalizmu.

Wśród wyróżnianych w literaturze prawniczej formalizmów można wyliczyć, bez aspiracji do kompletności listy, następujące poglądy:

- a) formalizm jako odmowa uznania, że istnieje swoboda wyboru rozstrzygnięcia w przypadkach uwzględniających semantyczną wykładnię reguły prawnej (H.L.A. Hart<sup>38</sup>),
- b) formalizm jako odmowa przyznania, że prawo pełni funkcje instrumentalne (M. Horowitz<sup>39</sup>),
- c) formalizm jako przesadne poleganie na kanonicznym języku zapisanych reguł (K. Llewellyn<sup>40</sup>),
- d) formalizm jako nieswobodne i apolityczne podejmowanie decyzji stosowania prawa (R. Unger<sup>41</sup>),
- e) formalizm jako pogląd, że mechaniczne stosowanie reguł jest sprawiedliwe (D. Kennedy<sup>42</sup>),
- f) formalizm jako sztuczne zawężanie dostępnych wyborów interpretacyjnych (M. Tushnet<sup>43</sup>),
- g) formalizm jako (i) niekonsekwencjonalistyczna moralność prawa, (ii) podążanie za regułami bez uwzględniania ich celu oraz (iii) narzę-

<sup>38</sup> H.L.A. Hart, *The Concept...*, op. cit., s. 124–130.

<sup>39</sup> M.J. Horowitz, *The Transformation of American Law 1780–1860*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1977, s. 254.

<sup>40</sup> K.N. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, University of Chicago Press, Chicago 1962, s. 183–188.

<sup>41</sup> R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.–London 1986, s. 1–2.

<sup>42</sup> D. Kennedy, *Legal Formality*, „J. Legal Stud.” 1973, 2, s. 351, 355.

<sup>43</sup> M. Tushnet, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, „Mich. L. Rev.” 1985, 83, s. 1502, 1506–1507.

dzie regulacyjne służące osiągnięciu optymalnie wydajnej kombinacji prawa i norm w reżimach egzekucji umów (R. Pildes)<sup>44</sup>.

Nowe oblicze formalizmu kształtowane jest także przez innych autorów niż wymienieni powyżej. Wśród ważnych postaci współczesnego formalizmu należy wymienić J.F. Manninga<sup>45</sup>, E. Weinriba<sup>46</sup> czy wspomnianego już A. Scalię<sup>47</sup>. Przedstawione powyżej ujęcia formalizmu – jak się wydaje – prezentują jednak na tyle całościowo istotę tego zjawiska, że nie ma potrzeby omawiać szczegółowo poglądów innych przedstawicieli tego podejścia do interpretacji prawniczej.

## 2. CZYM JEST FORMALIZM? PRÓBA ZDEFINIOWANIA

Ze względu na wielość i różnorodność podejść określanых mianem formalizmu, przedstawionych w poprzedniej części tego rozdziału, zdefiniowanie tego pojęcia nie jest zadaniem łatwym. W literaturze poświęconej interpretacji i stosowaniu prawa termin „formalizm” pojawia się w różnych konfiguracjach, w znaczeniach zarówno pozytywnych, jak i pejoratywnych, w zależności od sympatii autora. Rozpocznijmy zatem od definicji słownikowej, sformułowanej przez B. Bixa, który określił go w sposób następujący:

- a) formalizm w ujęciu pejoratywnym to podejście do analizy zagadnień prawnych, prowadzonej zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzeczeniach sądowych, które zakłada mechaniczne albo automatyczne przechodzenie od kategorii ogólnych lub pojęć do konkluzji, bez brania pod uwagę kwestii politycznych, moralnych czy praktycznych;
- b) formalizm w ujęciu niepejoratywnym to inaczej tekstualizm – twierdzenie, że przepisy ustawowe lub konstytucyjne powinny być interpretowane zgodnie z ich zwykłym znaczeniem (*according to their plain*

<sup>44</sup> R. Pildes, op. cit., passim.

<sup>45</sup> J.F. Manning, *Textualism and the Equity of Statutes*, „Col. L. Rev.” 2001, **101**, s. 1.

<sup>46</sup> E. Weinrib, op. cit., passim; krytyczne ujęcie koncepcji Weinriba znajdujemy w D. Patterson, op. cit., passim oraz w K. Kress, op. cit., passim.

<sup>47</sup> A. Scalia, *Common-Law Courts in Civil-Law System: The Role of United States Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, w: idem, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law: An Essay*, Princeton University Press, Princeton 1997; w literaturze polskiej zob. B. Brzeziński, *Poglądy Sędziego Antonina Scalii na wykładnię prawa i ich odbiór w amerykańskiej doktrynie prawniczej*, w: S. Pikulski et al. (red.), *Przemiany doktrynalne i systemowe prawa publicznego. Studia dedykowane prof. Wincentemu Bednarkowi*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn 2002.



*meaning*), a nie zgodnie z celami, które stały u podstaw ich wydania, czy też intencjami ich autorów (gdyby to drugie, celowościowe podejście miało prowadzić do innych wyników);

- c) formalizm w trzecim znaczeniu (nazwijmy je neutralnym) to grupa poglądów na interpretację prawniczą, obejmująca tekstualizm, ale i inne poglądy, wyrażające preferencję raczej dla zapisanych reguł prawnych niż dla ogólnych standardów, a także uznające za poprawną interpretację zgodną z oryginalną intencją prawodawcy<sup>48</sup>; w tym ujęciu formalizm wyraża także przekonanie, że stosowanie reguł prawnych prowadzi do ograniczenia swobody osób je stosujących, które może mieć zarówno dobre, jak i złe skutki<sup>49</sup>.

Przywołana definicja Bixa nie tyle rozstrzyga o znaczeniu terminu „formalizm”, ile prezentuje wieloaspektowość tego zjawiska. Wynika z niej z całą pewnością, że:

- a) formalizm zakłada swego rodzaju autonomię i ezoteryczność procesu stosowania prawa, w którym osoba go dokonująca, np. sędzia, nie wyjaśniając tego osobom z zewnątrz, przeprowadza rozumowanie, polegające na osiągnięciu konkluzji w drodze zastosowania sylogizmu (nazwijmy tę cechę formalizmu *sylogistycznością*);
- b) formalizm jest podejściem do interpretowania i stosowania prawa, które cechuje skupienie się na wybranym elemencie tego procesu. W niektórych ujęciach jest to skupienie się na tekście, w innych na historycznej intencji autora tekstu prawnego, jeszcze w innych na

<sup>48</sup> Formalizm w tym ujęciu jest statyczną teorią wykładni prawa. Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 159 i n.

<sup>49</sup> B.H. Bix, *A Dictionary...*, op. cit. Zaprezentowane przekonanie o możliwości ograniczenia swobody interpretacyjnej prawników jest zbliżone do paradygmatu interpretacyjnego nazywanego „ideologią związanej decyzji sądowej” (J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988, s. 343 i n.). Jak wskazuje J. Wróblewski, za ideologią tą stoi „po pierwsze, ideał wolności, której zabezpieczeniem ma być między innymi decyzja sędziowska oparta na prawie. Po drugie zaś, zabezpieczenie pewności prawnej i bezpieczeństwa prawnego jako korelatów wolności jednostki, a zwłaszcza jej wolności w podejmowaniu decyzji”. Jak z kolei pisze A. Kozak, źródła tej ideologii leżą „w twierdzeniach Monteskusza, że w ustroju republikańskim ustawa to akt suwerennej woli powszechnej, powstrzymujący arbitralność każdej jednostki, w tym także sędziego. Demokracja musi tworzyć prawa jasne i precyzyjne, by ograniczać samowolę sędziego” (*Granice...*, op. cit., s. 78). Zob. także K. Płeszka, *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni*, w: M. Zirk-Sadowski (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1997, s. 69 i n.

„zwykłym” znaczeniu przepisu prawnego. Efektem skupienia się na wybranym elemencie procesu stosowania prawa (np. na najbardziej szczegółowej regule) jest pomijanie innych jego elementów – takich jak cel czy funkcja interpretowanego przepisu, zasady moralne czy polityczne (tę cechę formalizmu można nazywać *redukcjonizmem przesłanek interpretacyjnych*);

- c) formalizm, ze względu na swój sylogistyczny i redukcjonistyczny charakter, ma możliwość ograniczania swobody osób interpretujących prawo (tę cechę można nazwać *zdolnością do związania interpretatora*).

Trudno jednoznacznie stwierdzić, która ze wskazanych cech formalizmu ma charakter wiodący, które natomiast są służebne lub stanowią skutek uboczny tej wiodącej cechy. Nie jest pewne w szczególności, czy to sylogistyczność formalizmu decyduje o związaniu interpretatora, czy też związanie jest możliwe dzięki redukcji czynników, które interpretator ma brać pod uwagę w swojej pracy. Nie wiemy także, czy to nie redukcjonizm właśnie jest wiodącym aspektem formalizmu, a pozostałe dwie cechy towarzyszą tylko podejściu redukcjonistycznemu – czy to w charakterze nieuniknionego skutku (związanie interpretatora), czy to jako zamaskowanie i nadanie autorytetu logicznego dokonywanym operacjom (sylogistyczność).

Istnieją poglądy, zgodnie z którymi to redukcjonizm formalizmu jest jego główną cechą. Jak pisze C. Sunstein:

Formalizm jest równoznaczny z metodą interpretacji, która opiera się na tekście właściwego prawa i wyłącza albo minimalizuje pozatekstowe jego źródła (*extratextual sources of law*)<sup>50</sup>.

Formalizm jest więc traktowany jako metodologia wyłączenia z procesu stosowania prawa elementów, które w innych podejściach uznawane są za istotne i wartościowe (np. zasady moralności politycznej czy kwestie utilitaryzmu prawa). Wyłączenie to może obejmować także niektóre elementy czysto prawne, takie jak zasady ogólne prawa, często sformułowane w aktach wyższego rzędu (np. zasady konstytucyjne, ogólne zasady danej gałęzi prawa itp.). Redukcjonizmowi jako cesze formalizmu sporo uwagi poświęca F. Schauer<sup>51</sup>. Jak pokazano wcześniej, zauważa on, że cechą rozpoznawczą formalizmu jako podejścia do sto-

<sup>50</sup> C. Sunstein, *Must Formalism...*, op. cit., s. 639.

<sup>51</sup> F. Schauer, *Formalism...*, op. cit., passim.

sowania prawa jest zaprzeczenie, iż w konkretnym przypadku istnieją inne możliwości rozumienia tekstu prawnego niż rozumienie wynikające wprost z niego samego. Schauer podkreśla więc wyłączający efekt podejścia formalistycznego, który polega na nieuwzględnianiu tych możliwości rozumienia tekstu prawnego, jakie wynikają np. z podejścia celowościowego, funkcjonalnego czy zorientowanego na skutki stosowania prawa. W ujęciu Schauera jest więc formalizm świadomą decyzją interpretatora, który samoogranicza paletę dostępnych decyzji interpretacyjnych i skupia się tylko na wybranych opcjach, mających oparcie czy to w zwykłym językowym rozumieniu tekstu prawnego, czy to w oryginalnej intencji prawodawcy.

Wydaje się, że redukcjonizm jako cecha formalizmu może być realizowany na kilku poziomach:

- a) *redukcjonizm standardów*, rozumiany jako redukovanie zakresu dostępnych interpretatorowi podstaw prawnych rozstrzygnięcia, a więc poprzez postulat, aby interpretator opierał swoje decyzje interpretacyjne wyłącznie na jasno określonych regułach, a nie brał pod uwagę przepisów prawnych, które mają charakter ogólnych standardów<sup>52</sup>;
- b) *redukcjonizm narzędzi interpretacyjnych*, rozumiany jako redukovanie zakresu narzędzi interpretacyjnych, dzięki którym interpretator może dookreślać znaczenie tekstu prawnego, a więc poprzez postulowanie, by ograniczył się on jedynie do tekstu interpretowanego aktu prawnego, ewentualnie prowadził analizę intratekstualną (systemową), natomiast nie brał pod uwagę takich źródeł wiedzy o znaczeniu tekstu prawnego, jak historia legislacyjna czy informacje o intencji prawodawcy, pochodzące z historii legislacyjnej, ale także z innych źródeł, np. kontekstu uchwalenia danego aktu prawnego<sup>53</sup>;

<sup>52</sup> Zob. F.I. Michelman, *A Brief Anatomy of Adjudicative Rule-Formalism*, „U. Chi. L. Rev.” 1999, t. 66, nr 3, s. 936, który dla określenia tego podejścia formalizmu do interpretacji tekstu prawnego używa sformułowania: „Nie twórz standardów, nie dostrzegaj standardów” (*Make no standards, see no standards*). W jego ujęciu oznacza ono, że formalizm formuluje postulat dotyczący stanowienia prawa, zgodnie z którym prawodawcy powinni regulować rzeczywistość społeczną poprzez jasne i precyzyjne reguły, a nie zasady prawa, a tym samym sędziowie powinni unikać rozumienia przepisów prawnych jako standardów i sprowadzania ich do precyzyjnych reguł. Zob. także D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, „Harv. L. Rev.” 1976, 89, s. 1687 oraz W. Huhn, *The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy and Realism*, „Vill. L. Rev.” 2003, 48, s. 309.

<sup>53</sup> Redukcjonizm ten jest przeciwieństwem idei „zupełności kanonów interpretacji”, zgodnie z którą w procesie wykładni prawa należy zastosować wszystkie dostęp-

- c) *redukcjonizm aktualizacji znaczenia tekstu prawnego*, rozumiany jako redukowanie liczby punktów czasowych, w odniesieniu do których należy badać znaczenie tekstu, oraz zaprzeczanie, że znaczenie tekstu prawnego zmienia się w czasie.

Ten ostatni aspekt redukcjonizmu wiąże się z relacją formalizmu do zagadnienia dynamicznej teorii wykładni prawa<sup>54</sup>, rozumianej jako niebranie pod uwagę argumentów płynących ze zmiany okoliczności zewnętrznych wobec tekstu. Pierwotne wersje podejścia formalistycznego, nazywane czasami „starym formalizmem”, uznawały, że decydujące dla prawidłowości procesu stosowania jest odwoływanie się do oryginalnej intencji prawodawcy. Tym samym podejścia te zdawały się skłaniać ku statycznej teorii wykładni prawa. Skoro bowiem zadaniem interpretatora jest odkrycie historycznej intencji prawodawcy, to działania interpretacyjne muszą być nakierowane na konkretny punkt w czasie, mianowicie moment uchwalenia danego aktu prawnego. Interpretacja nie powinna zatem zajmować się dostosowywaniem znaczenia tekstu prawnego do zmieniającego się otoczenia, ponieważ odkrycie „historycznej” intencji oznacza koniec i sukces procesu interpretacji. Uznanie, że wiążące interpretatora znaczenie tekstu mogłoby się zmieniać w czasie, jest sprzeczne z ideą odkrywania intencji prawodawcy. Jeśli więc chodzi o „stary formalizm”, to możemy z całą pewnością uznać, że jego elementem jest redukcjonizm aktualizacji znaczenia tekstu prawnego.

Nieco inaczej wygląda sytuacja w przypadku nurtów nazywanych „nowym formalizmem” czy też „nowym tekstualizmem”<sup>55</sup>. Jak wskazuje powoływany wcześniej W.N. Eskridge Jr, nowy tekstualizm (zaliczany do nurtów nowego formalizmu), reprezentowany m.in. przez sędziego Scalia, w odniesieniu do interpretacji ustaw odrywa się od pierwotnej

---

ne kanony interpretacji, w tym kanony wykładni systemowej, celowościowej, historycznej i funkcjonalnej, aby upewnić się co do prawidłowości wyniku wykładni. Zob. na ten temat T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Zakamycze, Kraków 2006, s. 134 i powoływany tam R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1991, s. 336.

<sup>54</sup> Na temat statycznych i dynamicznych teorii wykładni zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 159 i n. Zob. także W.N. Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, „Univ. Pennsylvania L. Rev.” 1987, 135, s. 1479. Na temat dynamicznej wykładni prawa jako narzędzia sędziowskiej polityki zob. G. Drewry, *Judicial Politics in Britain*, w: M.L. Volcansek (red.), *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Frank Cass, London 1992, s. 17.

<sup>55</sup> Zob. W.N. Eskridge Jr., *New Textualism...*, op. cit., passim.

intencji prawodawcy i zakłada zmianę znaczenia tekstu prawnego w czasie, a tym samym przyznaje, że konieczne jest stosowanie dynamicznej wykładni prawa. Przedstawiciele tego nurtu w szczególności zakładają, że konieczne jest odnoszenie znaczenia danego fragmentu tekstu prawnego do aktualnego stanu legislacji, a więc do innych postanowień danego aktu prawnego, które mogły być nowelizowane, czy też innych aktów prawnych regulujących tę samą materię, w tym do aktów uchwalonych w innym czasie niż interpretowany akt prawny. Takie odnoszenie interpretowanego tekstu do tekstów pochodzących z innych momentów wymaga m.in. ujednolicenia znaczeń terminów zawartych w obu tekstach. Ujednolicenie to może polegać na zmianie znaczenia przyjmowanego przez historycznego prawodawcę w kierunku znaczenia przyjmowanego przez prawodawcę współczesnego, a tym samym prowadzić do dynamicznej wykładni tekstu prawnego. Jednocześnie w odniesieniu do interpretacji konstytucji stanowisko nowego formalizmu pozostaje oryginalistyczne. Wszystko to oznacza, że nowemu formalizmowi nie jest tak łatwo postawić zarzut redukcjonizmu aktualizacji znaczenia tekstu prawnego, jak w przypadku starego formalizmu. W tej pracy uznano jednak, że także nowy formalizm cechuje się redukcjonizmem aktualizacji znaczenia tekstu prawnego, ponieważ:

- a) wprost opowiada się za podejściem oryginalistycznym w przypadku interpretacji konstytucji,
- b) uwzględnia jedynie współczesne znaczenie tekstu prawnego, nie biorąc pod uwagę innych etapów ewolucji znaczeń w czasie, choć w niektórych przypadkach uzasadnione może być sięgnięcie do innych momentów aktualizacji znaczenia tekstu (np. ze względu na konieczność stosowania zasady *tempus regit actum*, zgodnie z którą kwalifikując prawnie dane zdarzenia, należy używać w tym celu norm obowiązujących w momencie, gdy te zdarzenia zachodziły, a która to zasada może odnosić się do sytuacji zmiany znaczenia tekstu prawnego).

Ze względu na wskazane powyżej różnice pomiędzy poszczególnymi „formalizmami” musimy obecnie zdecydować, jakie przyjmujemy kryteria odróżnienia nurtu nazywanego w tej pracy ogólnie „formalizmem” od innych podejść do interpretacji prawa. Jak podkreślono powyżej, w świetle przedstawionych definicji formalizmu jest on podejściem do stosowania prawa charakteryzującym się (i) deklarowaną sylogistycznością prowadzonego rozumowania, oznaczającą nieangażowanie się interpretatora w wybory aksjologiczne, (ii) redukcjonizmem w doborze możliwych

przesłanek rozumowania oraz (iii) dążeniem do związania interpretatora poprzez ograniczenie jego swobody sformułowania konkluzji w procesie stosowania prawa, które to dążenie jest realizowane przez sylogistyczność i redukcjonizm w procesie stosowania prawa. Jednocześnie kierunek redukcjonizmu w doborze przesłanek nie jest jednolity – w niektórych ujęciach zmierza on do oparcia procesu stosowania prawa wyłącznie na przesłankach zaczerpniętych z tekstu prawnego, w innych – także na przesłankach pozatekstowych, takich jak intencja historycznego prawodawcy.

W efekcie możemy przyjąć, że podejście do stosowania prawa nazywane w tej pracy formalizmem charakteryzuje się następującymi cechami:

- a) zakłada, że praca interpretatora ma charakter operacji logiczno-technicznej, polegającej na przechodzeniu od przesłanek do wniosku, bez angażowania w tę operację ocen i wyborów aksjologicznych,
- b) postuluje co najmniej jedną z form redukcjonizmu w stosowaniu prawa, a więc redukcjonizm standardów, redukcjonizm narzędzi interpretacyjnych lub redukcjonizm aktualizacji tekstu prawnego,
- c) wyraża przekonanie, że przyjmowany przez nią redukcjonizm i sylogistyczność rozumowania zapewniają ograniczenie swobody interpretatora w procesie dochodzenia do konkluzji interpretacyjnej.

W świetle tych kryteriów za formalizm uznamy niewątpliwie zarówno tzw. stary formalizm, którego treść teoretyczna jest zgodna z wszystkimi trzema powyższymi punktami, jak i nowy tekstualizm, który – jeśli chodzi o pierwszą przesłankę – w odniesieniu do ustaw wprawdzie nie postuluje redukcjonizmu aktualizacji tekstu prawnego, ale proponuje redukcjonizm narzędzi interpretacyjnych i redukcjonizm standardów, a poza tym formułuje twierdzenia o sylogistyczności rozumowania prawniczego i związaniu interpretatora poprzez sylogistyczność rozumowania i redukcję standardów.

### 3. KRYTYKI FORMALIZMU

#### 3.1. Uwagi ogólne

W poprzedniej części tego rozdziału wysnuto wniosek, że na koncepcję formalizmu jako podejścia do stosowania prawa składają się trzy główne twierdzenia: twierdzenie o sylogistyczności procesu podejmowania decyzji stosowania prawa, twierdzenie o konieczności redukcji liczby

przesłanek interpretacyjnych oraz twierdzenie o możliwości związania interpretatora poprzez wspomnianą sylogistyczność i redukcję przesłanek interpretacyjnych. Ten rozdział przedstawia głosy krytyczne, formułowane pod adresem formalizmu. Podzielono je na głosy odnoszące się do poszczególnych twierdzeń formalizmu – zaczynając od krytyki sylogistyczności procesu stosowania prawa, przez krytykę redukcjonizmu przesłanek branych pod uwagę w procesie stosowania prawa, a kończąc na głosach krytycznych pod adresem twierdzenia formalizmu o związaniu interpretatora poprzez ograniczenie jego swobody doboru przesłanek w procesie stosowania prawa i sylogistyczność tego procesu.

### 3.2. Krytyka sylogistyczności formalizmu

Krytyka twierdzenia o sylogistyczności procesu stosowania prawa była prezentowana już przez najwcześniejszych krytyków formalizmu – amerykańskich realistów prawnych. Koncentrowała się ona na wykazywaniu, że istnieją poważne wątpliwości co do tego, czy skomplikowany proces podejmowania decyzji interpretacyjnej da się zamknąć w prostą i przejrzystą formułę sylogizmu. Realisci podkreślali, że podejście formalizmu wiąże się z ryzykiem nieujawniania wszystkich przesłanek interpretacyjnych i etapów pracy myślowej interpretatora, że może stanowić swoistą przykrywkę dla realizowania osobistych preferencji osoby podejmującej decyzję interpretacyjną. Deklarowana przez formalizm oczywistość rozumowań prawnych była więc przez realistów traktowana jako fasada. Jej funkcją miało być niedopuszczanie do krytyki czy dyskusji osiągniętych rezultatów procesu stosowania prawa. Jedną z odmian sylogistyczności procesu stosowania prawa w rozumieniu formalizmu był krytykowany przez realistów konceptualizm, polegający na wprowadzaniu do rozumowań prawnych pojęć ogólnych, takich jak „własność” czy „uprawnienie”, wytworzonych najczęściej przez doktrynę. Mimo że konceptualizm może wydawać się na pierwszy rzut oka odległy od sylogizmu, łączy je jedna wspólna cecha – jest nią nieprzejrzystość procesu podejmowania decyzji interpretacyjnej. W przypadku konceptualizmu polega ona na stosowaniu w rozumowaniu prawniczym abstrakcyjnych pojęć, bez wyjaśniania, jaka jest ich treść i założenia leżące u podstaw ich formułowania. Nieprzejrzystość sylogistycznego podejścia do stosowania prawa oraz nieujawnianie podstaw rozumowania w przypadku konceptualizmu doprowadziły do realistów do twierdzenia o potrzebie odkrywania

(*debunking*) właściwych działań formalistów, dokonywanych pod przykrywką prostoty i oczywistości procesu stosowania prawa<sup>56</sup>.

W odniesieniu do nowego formalizmu krytyka twierdzenia o sylogistyczności procesu stosowania prawa przybiera postać krytyki koncepcji zwykłego znaczenia (*plain meaning*)<sup>57</sup>. Jak już wskazano, tym, co łączy sylogistyczność i koncepcję zwykłego znaczenia, jest ukrywanie pod przykryciem prostoty i oczywistości decyzji interpretacyjnej rzeczywistych, skomplikowanych wyborów aksjologicznych.

Problem zwykłego znaczenia polega na braku kryteriów stwierdzenia, w jakich sytuacjach tekst prawny jest jasny, a w jakich nie. Jak podkreślają krytycy, twierdzenie, że tekst prawny jest „jasny”, jest zupełnie niesprawdzalne. Dlatego też możliwe jest, że ukrywa ono w rzeczywistości nieświadomie przyjęty cel interpretowanego tekstu albo jest dowodem na ignorancję sędziego. Jak piszą Hart i Sachs:

Znaczenie ustawy nigdy nie jest jasne, chyba że wpisuje się w jakiś możliwy do odczytania cel (*intelligible purpose*). Wyrok sądowy, który stwierdza, że ustawa ma zwykłe znaczenie, bez rozważania jego celu, dyskwalifikuje sam siebie. Wyrok taki jest językowo, filozoficznie, prawnie i w każdym innym sensie ignorancki. Nie zasługuje na nic innego jak potępienie<sup>58</sup>.

Przez przyjęcie „zwykłego” znaczenia tekstu prawnego może zatem dokonywać się niezauważalne przyjęcie przez interpretatora kontekstu, w którym dany fragment tekstu prawnego wydaje się jasny. Jak pisze A. Barak:

Ustalenie, że instrukcje płynące z tekstu są jasne, a w związku z tym nie wymagają interpretacji, stanowi ustalenie o charakterze interpretacyjnym, które jest następcze wobec aktu interpretacji, a nie poprzedza go. Określenie tekstu jako „niejasny” jest efektem procesu interpretacyjnego, a nie okazją do rozpoczęcia go. W niektórych przypadkach sędziowie nieświadomie ustalają stopień jasności tekstu poprzez jego interpretację, stwierdzając w efekcie – o ironio – że tekst ten ma zwykłe znaczenie i nie potrzebuje być interpretowany (...). Twierdzenie, że „jasny” tekst

<sup>56</sup> R. Pound, op. cit., passim oraz współcześnie C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York 1996, s. 24.

<sup>57</sup> W.N. Eskridge Jr., P.F. Frickey, op. cit., s. 341 i n.

<sup>58</sup> H. Hart, A. Sachs, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, red. W. Eskridge, P. Frickey, Westbury, New York 1994, s. 1374.



nie wymaga interpretacji, jest nie tylko błędne, ale także niebezpieczne, ponieważ maskuje nieświadomy akt interpretacji<sup>59</sup>.

Krytyka podejścia *plain meaning* oparta jest więc, podobnie jak w przypadku krytyki sylogistyczności podejmowanej przez realistów, na żądaniu przejrzystości w procesie stosowania prawa. Skoro podejście formalizmu umożliwi interpretatorowi dokonanie złożonego rozstrzygnięcia aksjologicznego lub interpretacyjnego, a następnie zaprezentowanie go jako wyniku oczywistego, bo wynikającego ze „zwykłego” znaczenia tekstu prawnego, to nie jest możliwe prześledzenie drogi myślowej, która doprowadziła do takiego rezultatu. Tym samym uniemożliwia się debatę publiczną nad procesem stosowania prawa i doprowadza do akceptacji jego rezultatu raczej argumentem siły niż siłą argumentów (oprócz bowiem argumentu zwykłego znaczenia i jasności tekstu nie formuluje się innych uzasadnień dla podjętego rozstrzygnięcia). Jak dodatkowo podkreślają krytycy, podejście „zwykłego znaczenia”, przy braku kryteriów jego „zwykłości”, umożliwia daleko idącą dyskrecjonalność sędziów, co wpływa negatywnie na przewidywalność stosowania prawa, choć ten aspekt zwykło się uważać za silną stronę podejścia formalistycznego<sup>60</sup>.

Krytycy formalizmu wskazują na pozorny obiektywizm, który uzyskuje się dzięki sylogistyczności, jak się bowiem zdaje, uniezależnia ona wynik interpretacji od preferencji interpretatora i dlatego jest obietnicą ucieczki od subiektywizmu. Obietnica ta nigdy jednak nie zostaje spełniona, gdyż pojęcie zwykłego rozumienia tekstu jest zależne od wielu czynników, w szczególności od kontekstu, w którym się to znaczenie próbuje odtworzyć. Oznacza to, że poszukiwanie obiektywnego punktu oparcia w zwykłym znaczeniu tekstu nie jest dobrym rozwiązaniem – wystarczy bowiem zmienić kontekst interpretacyjny (np. osobę dokonującą interpretacji), a ulegnie zmianie także owo zwykłe znaczenie tekstu, jak wskazuje chociażby cytowany nieco niżej S. Fish. Ponadto wielu teoretyków interpretacji prawniczej uznaje, że akceptacja zwykłego rozumienia tekstu jest możliwa, jeżeli rozumienie to nie prowadzi do absurdalnego wyniku procesu interpretacji. Ewentualną absurdalność sprawdza się natomiast przez odniesienie do wartości substancjalnych, takich jak intencja prawodawcy czy wyznawane przez niego wartości. Wydaje się,

<sup>59</sup> A. Barak, op. cit., s. 13.

<sup>60</sup> Ibidem, s. 274.

że ta tzw. doktryna absurdu (*absurdity doctrine*<sup>61</sup>) stawia pod znakiem zapytania cały sens mówienia o zwykłym znaczeniu tekstu prawnego. Skoro bowiem akceptacja tego znaczenia zależy od jego zgodności z wartościami przyjmowanymi przez prawodawcę, to tak naprawdę powracamy z obszaru faktu i konieczności na obszar ocen – skoro zestaw wartości wyznawanych przez prawodawcę jest tak zróżnicowany i zmienny w czasie, że odwołanie do zwykłego znaczenia tekstu z pewnością nie odnosi się do jakiegokolwiek obiektywnej rzeczywistości.

### 3.3. Krytyka redukcjonizmu przesłanek interpretacyjnych

Krytyka redukcjonizmu jest podejmowana z trzech pozycji – kontekstualistycznej, uutilitarystycznej i moralnej. Krytyka kontekstualistów opiera się na twierdzeniu, że rozumienie tekstu prawnego nie jest w ogóle możliwe bez uwzględnienia przesłanek interpretacyjnych zaczerpniętych z kontekstu, w którym stworzono tekst lub w którym się go interpretuje. Stanowisko to wyraża m.in. A. Barak:

Skróty myślowe języka i te dokonywane przez autora powodują, iż niemożliwe jest, aby tekst znaczył to samo w każdych okolicznościach. Te skróty myślowe zmuszają interpretatora do patrzenia poza tekst w poszukiwaniu kryteriów jego rozumienia. Czynią one koniecznym rozważanie otoczenia tekstu, aby go zrozumieć<sup>62</sup>.

Analogiczne stanowisko prezentuje Stanley Fish<sup>63</sup>, pisząc:

Stanowisko tekstualistyczne nie istnieje, ponieważ nie ma kandydata, w imieniu którego potencjalny tekstualista mógłby argumentować. Tekstualiści, tacy jak Scalia, powiedzieliby, że tym kandydatem jest tekst i że jego znaczenie może być zdekodowane przez spojrzenie na kombinację leksemów (tak jak są one opisane w słownikach) i na struktury gramatyczne, z małą pomocą historii legislacyjnej lub precedensu, w przypadku niejasności czy dwuznaczności. Jednak, jak argumentowałem, leksemy i struktury gramatyczne same z siebie nie będą miały znaczenia – nie będą nawet postrzegane jako leksemy czy struktury gramatyczne, dopóki nie będą postrzegane jako wygenerowane przez jakiś działający intencjonalnie podmiot. Tekst, którego znaczenie wydaje się od razu oczywiste, to taki, dla którego już założono określony kontekst intencjonalny.

<sup>61</sup> Zob. J.F. Manning, *The Absurdity Doctrine*, „Harv. L. Rev.” 2003, **116**, passim.

<sup>62</sup> A. Barak, op. cit., s. 26.

<sup>63</sup> S. Fish, *There Is No Textualist Position*, „San Diego L. Rev.” 2005, **42**, s. 629.

I jest to także tekst, którego jasność i stabilność może zawsze zostać podana w wątpliwość przez argument umiejscowienia go w innym kontekście intencjonalnym i nadania mu innego oczywistego znaczenia. To założenie intencji pojawia się pierwsze, a jako drugie pojawia się znaczenie. Tekst, mówiąc krótko, nie jest niezależny; jest zjawiskiem całkowicie derywowanym – coś innego (ożywiająca intencja) musi być obecne, zanim pojawi się tekst. O tekście jako zjawisku derywowanym nie można powiedzieć, że jest źródłem lub lokalizacją znaczenia<sup>64</sup>.

Krytyka utylitarystyczna proponowanego przez formalizm redukcjonizmu przesłanek interpretacyjnych polega na wykazywaniu, że redukcja przesłanek interpretacyjnych skutkuje gorszym wynikiem procesu stosowania prawa niż szerokie uwzględnianie wszelkich przesłanek interpretacyjnych, takich przykładowo, jak cel i intencja ustawodawcy<sup>65</sup>, zmiana warunków społecznych od momentu ustanowienia prawa, indywidualna sytuacja osoby, wobec której stosuje się prawo, czy wreszcie skutki decyzji interpretacyjnej<sup>66</sup>. Jak twierdzą krytycy redukcjonizmu, uwzględnienie tych wszystkich czynników doprowadziłoby do osiągnięcia – dzięki decyzji stosowania prawa – większych korzyści dla podmiotów podległych prawu oraz generalnie dla społeczeństwa. Tym samym decyzja uwzględniająca zredukowaną liczbę przesłanek interpretacyjnych, np. jedynie zwykłe rozumienie tekstu prawnego, jest gorsza niż decyzja oparta na wszystkich relewantnych przesłankach (*an all-things-considered decision*<sup>67</sup>). Przykładem krytyki formalistycznego redukcjonizmu z pozycji utylitarystycznych jest opinia Eskridge’a i Frickeya, którzy podkreślają, że pełnowartościowe rozumowanie prawnicze powinno być oparte na idei rozumowania praktycznego, którego zasadą jest raczej maksymalizacja danych i przesłanek wykorzystywanych w procesie podejmowania decyzji niż ograniczanie ich liczby<sup>68</sup>. Dzięki takiej maksymalizacji przesłanek ostateczna decyzja jest optymalna.

<sup>64</sup> Ibidem, s. 635; na temat iluzoryczności nadziei formalizmu (tekstualizmu) co do możliwości interpretacji niewymagającej zewnętrznego kontekstu, w którym funkcjonuje język, zob. L. Solan, *Learning Our Limits: The Decline of Textualism in Statutory Cases*, „Wis. L. Rev.” 1997, **235**, s. 251.

<sup>65</sup> Zob. np. F.I. Michelman, op. cit., s. 937; ten autor za cechę formalizmu uznaje wyłączenie celu legislacyjnego (*exclusion of legislative purpose*). Na temat wykorzystania celu regulacji w procesie wykładni zob. szerzej T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze” 1985, **3–4**, passim.

<sup>66</sup> Zob. K. Pleszka, *Uzasadnienie...*, op. cit., passim.

<sup>67</sup> F. Schauer, *Playing...*, op. cit., s. 113.

<sup>68</sup> W.N. Eskridge Jr., P.F. Frickey, op. cit., s. 348.

W odpowiedzi na tę krytykę niektórzy autorzy (np. F. Schauer) wskazują wręcz, że podstawowym wyróżnikiem formalizmu jest skłonność do zaakceptowania gorszego wyniku procesu stosowania prawa niż ten, który dałoby się osiągnąć, uwzględniając wszystkie ważne dla danej sprawy czynniki (zjawisko suboptymalizacji reguł)<sup>69</sup>. Sędzia formalista godzi się więc z faktem, że decyzja podjęta bez uwzględnienia formalnej reguły byłaby lepsza niż decyzja oparta na tej regule. Robi to jednak, jak podkreślają formalisci, ze względu na „wierność” tej regule oraz zakładany przez formalizm brak uprawnienia interpretatora do modyfikacji wyniku wykładni, który jest nieoptymalny, a w niektórych sytuacjach wręcz absurdalny.

Gorsza w sensie utylitarnym decyzja w danej sprawie przekłada się jednak, jak twierdzą przedstawiciele formalizmu, na generalnie i długofalowo wyższą jakość prawa i instytucji prawnych, ponieważ:

- a) zmniejsza ryzyko popełnienia błędu przez sędziów stosujących prawo, nieposiadających (w przeciwieństwie do władzy ustawodawczej i wykonawczej) narzędzi do profesjonalnej oceny wielości czynników, które powinny wpływać na sytuację prawną podmiotów podległych prawu (twierdzenie to jest oparte na tzw. *non-delegation doctrine*, która zakłada, że sędziowie nie mogą podejmować samodzielnych decyzji w procesie stosowania prawa, ponieważ podlegają władzy prawodawczej, która, tworząc reguły, nie deleguje na sędziów kompetencji do każdorazowego rozpatrywania jednostkowego przypadku w świetle wszystkich relewantnych czynników),
- b) wymusza na władzy ustawodawczej precyzyjne tworzenie prawa – dzięki redukcji przesłanek interpretacyjnych i nieuwzględnianiu np. intencji prawodawcy czy też historii legislacyjnej ustawodawcy nie może żywić nadziei na korektę źle napisanych przepisów w procesie stosowania prawa,
- c) zmniejsza koszty stosowania prawa oraz zwiększa jego stabilność i przewidywalność, które to wartości w niektórych przypadkach mogą okazać się ważniejsze niż jakość poszczególnych decyzji stosowania prawa.

Inna krytyka redukcjonizmu przesłanek interpretacyjnych, uwzględniająca punkt widzenia moralności, odnosi się do wspomnianego „wymuszania” na władzy ustawodawczej precyzyjnego tworzenia prawa. Zdaniem A. Marmora podejście tekstualistyczne, będące elementem koncepcji for-

malizmu, jest niemoralne w tym sensie, w jakim wyraża przekonanie o możliwości wpływu na poprawę jakości systemu prawa poprzez niepoprawianie ustawodawcy. Marmor podkreśla, że odmowa użycia w procesie interpretacji prawa innych przesłanek niż tekst prawny jest motywowana m.in. brakiem uzasadnienia dla poprawiania prawodawcy w sytuacji, gdy używa on nieprecyzyjnego języka. Tekstualizm jest w pewnym sensie „projektem edukacyjnym”<sup>70</sup>, dzięki któremu sędziowie mają nauczyć prawodawcę precyzyjnego formułowania tekstu. Ponieważ prawodawca nie może liczyć na to, że sędziowie w procesie stosowania prawa dookreślą język ustawy, będzie on – zdaniem tekstualistów – wykazywał większą troskę o jakość i przejrzystość legislacji. Stanowisko to Marmor ocenia zdecydowanie negatywnie:

Projekt edukacyjny tekstualizmu, nawet jeśli uznamy, że jest możliwy do przeprowadzenia, nie jest usprawiedliwiony moralnie. Nie powinno być sprawą sądów oświecanie legislatury co do tego, jak tworzyć prawo i jak czynić je bardziej precyzyjnym. Moralnym obowiązkiem sądów jest przede wszystkim czynić sprawiedliwość wobec stron procesu oraz – o ile wydawane przez nie wyroki mają moc wiążących precedensów – tworzyć prawo [precedensowe] w sposób możliwie najlepszy (biorąc pod uwagę wszystkie ograniczenia nałożone na praktykę prawną). Próba uczenia legislatury, jak tworzyć lepsze prawo, nie powinna więc być sprawą sądów, szczególnie jeśli wiąże się z niesprawiedliwością wobec uczestników procesu lub jeśli oznacza tworzenie złego prawa [precedensowego].

Krytykę redukcjonizmu przesłanek interpretacyjnych odnajdujemy w innych, licznych pracach teoretycznych, których autorzy podkreślają, że ograniczenie podstawy orzeczenia jedynie do tekstu prawa jest albo nieadekwatne opisowo do praktyki stosowania prawa (a więc podejście formalizmu jest fałszywe, ponieważ w rzeczywistości sędziowie orzekają, wykorzystując szerokie spektrum przesłanek, ale nie ujawniają tego), albo niepożądane (ponieważ lepsze dla społeczeństwa byłoby orzekanie na podstawie szerokiego spektrum przesłanek). Rozmiary tego rozdziału nie pozwalają na omówienie wszystkich głosów krytycznych formułowanych pod adresem redukcjonizmu przesłanek, wydaje się jednak, że przytoczone powyżej przykłady przedstawiają ich istotę<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> A. Marmor, *The Immorality...*, op. cit., s. 10.

<sup>71</sup> Oczywiście do najbardziej znanych krytyk redukcjonizmu przesłanek interpretacyjnych można zaliczyć krytykę Dworkina (*Biorąc prawa poważnie*, op. cit., passim) w stosunku do pozytywizmu prawniczego, rozumianego jako idea nieuwzględn-

### 3.4. Krytyka twierdzenia o związaniu interpretatora

Jak powiedziano, formalizm broni twierdzenia o możliwości związania interpretatora przez sylogistyczność procesu stosowania prawa oraz redukcję przesłanek, na których może on oprzeć swoją decyzję interpretacyjną. Związanie to pozwala kontrolować władzę dyskrecjonalną interpretatora, a tym samym realizuje ideę rządów prawa, a nie rządów ludzi, i pomaga w zapewnieniu przewidywalności i stabilności procesu stosowania prawa.

Związanie interpretatora dokonuje się głównie przez tekst prawny, ponieważ to on stanowi jedyną dopuszczalną przesłankę interpretacyjną w ujęciu formalizmu. W ujęciu tym odwołanie się do innych niż tekst przesłanek interpretacyjnych stwarza ryzyko dowolności interpretatora w ich doborze i uzasadnieniu faworyzowanego przez siebie, subiektywnego wyniku procesu stosowania prawa. Ta właśnie wiara w ograniczającą dyskrecjonalność interpretatora właściwości tekstu jest przedmiotem krytyki kierowanej pod adresem formalizmu. Przejawia się ona przede wszystkim w zaprzeczeniu, że tekst, zwłaszcza interpretowany akontekstualnie, może ograniczyć swobodę interpretatora. Krytyka ta dotyczy więc tekstualistycznego elementu formalizmu.

Krytyka twierdzenia o związaniu interpretatora wykazuje, że ze względu na cechy semantyczne języka, w tym języka prawa, nie jest w ogóle możliwe tekstualistyczne podejście do interpretacji prawa, a tym samym ograniczenie przez tekstualizm dyskrecjonalności prawników. Język jest ze swojej natury kontekstowy, co oznacza, że nie możemy mówić o stabilności znaczenia, a co za tym idzie, o jasności tekstu prawnego, ponieważ rozumienie tekstu jest bezpośrednio zależne od tworzących ten kontekst cech czytelnika oraz okoliczności odczytania.

Jak pisze S. Fish:

same słowa nie mogą ani generować znaczenia, ani go ograniczać (*constrain*), nie mogą zatem rozstrzygać sporów o to, co dana wypowiedź czy zapis znaczą<sup>72</sup>.

niania w rozumowaniach prawniczych zasad moralnych czy też zasad moralności politycznej. Wydaje się, że krytyka Dworkina opiera się przede wszystkim na twierdzeniu, że redukcjonizm przesłanek interpretacyjnych proponowany w ramach pozytywizmu (pozytywizmu w rozumieniu Dworkina) jest nieadekwatny opisowo do praktyki orzekania, ponieważ w rzeczywistości sędziowie orzekają, opierając się na zasadach moralności.

Jak z kolei pisze A. Kozak:

Indywidualny proces odczytania tekstu kształtowany jest przez wiele czynników osobliwych dla każdego uczestnika procesu komunikacji, od wiedzy teoretycznej, przez poglądy ideologiczne, po indywidualną sytuację życiową<sup>73</sup>.

Przeciwko twierdzeniu o możliwości ograniczenia samowoli prawnika przez tekst przemawia więc pragmatyczny charakter języka, a w szczególności wpływ jego pragmatycznych aspektów na aspekty semantyczne – wpływ zmiennych okoliczności, w których posługujemy się tym samym tekstem, na zmiany w jego znaczeniu.

Inny argument na rzecz twierdzenia, że formalistyczne (tekstualistyczne) podejście do interpretacji prawa nie zapewnia związania interpretatora, opiera się na założeniu, iż interpretacja tekstu jest tylko jednym z wielu składników szeroko pojętego procesu stosowania prawa. Nawet jeśli uznamy, że tekst może ograniczać interpretatora, to nie ogranicza on swobody decyzji rozstrzygnięcia w danej sprawie, ponieważ ustalenie znaczenia reguły jest tylko etapem procesu rozstrzygnięcia. Z tego punktu widzenia, jak podkreśla ponownie S. Fish<sup>74</sup>, proponowane przez formalizm reguły zakończenia interpretacji w sytuacji, gdy tekst wydaje się jasny (tzw. *stopping rules*), mogą paradoksalnie być traktowane nie jako reguły interpretacji, ale jako niemające wiele wspólnego z interpretacją reguły rozstrzygnięcia danej sprawy. Oto bowiem interpretator decyduje się zakończyć proces interpretacji w pewnym momencie, choć istnieją dalsze możliwości poszukiwania znaczenia (np. odwołanie się do celu regulacji), a robi to dlatego, że proces dalszego poszukiwania znaczenia byłby niezwykle utrudniony. Powodem dla zakończenia procesu interpretacji (szukania znaczenia) i przejścia do etapu rozstrzygnięcia sprawy jest natomiast konieczność zapewnienia społeczeństwu możliwości w miarę sprawnego rozstrzygnięcia sporu prawnego. Jak jednak podkreśla Fish, rozstrzygnięcie sprawy w danej sytuacji nie jest już interpretacją, ale wynika ze względów pragmatycznych, związanych z efektywnością działania wymiaru sprawiedliwości. Tym samym trudno uznać, że w procesie niebędącym interpretacją interpretator jest ograniczony znaczeniem tekstu prawnego.

<sup>73</sup> A. Kozak, *Granice...*, op. cit., s. 86.

<sup>74</sup> S. Fish, op. cit., s. 634.

#### 4. PODSUMOWANIE KRYTYKI FORMALIZMU

Przedstawiona krytyka formalizmu jest wielowątkowa i wypływa z różnych pozycji metodologicznych. Tym, co łączy jej różne głosy, jest przekonanie (intuicja?), że podejście formalizmu do stosowania prawa jest nazbyt uproszczone, nienaturalne i ostatecznie prowadzi do gorszych jakościowo rezultatów stosowania prawa niż podejścia konkurencyjne. Intuicyjne przekonanie o niższości formalizmu znajduje przełożenie głównie na argumenty utylitarystyczne lub zaczerpnięte z innych niż prawo porządków normatywnych (polityka, moralność, skuteczność rządzenia). Mimo że formalizm także wykorzystuje tego typu argumenty na swą obronę (żeby przywołać chociażby argument o minimalizowaniu możliwości popełnienia błędu przez sędziów), to u jego podstaw leży uzasadnienie natury nie utylitarystycznej, ale – można by powiedzieć – ontycznej. Otóż przedstawiciele formalizmu twierdzą, że to podejście do stosowania prawa jest immanentnie powiązane z pozytywizmem prawniczym i ideą rządów prawa. To, czego brakuje w krytyce formalizmu, to uzasadnienie, że konkurencyjne wobec niego podejścia do stosowania prawa lepiej niż on sam „pasują” do prawa w ujęciu pozytywistycznym czy też lepiej realizują ideę rządów prawa. Takich głosów krytycznych nie formułuje się jednak, co być może jest powodem nieustającej popularności formalizmu. Dzięki sposobowi uzasadniania swojej prawidłowości, opartemu na podejściu tekstualistycznym, formalizm wydaje się ciągle najbardziej zbliżony do idei samego prawa pozytywnego pod względem sposobu jego stosowania. Proponowane przez krytyków alternatywy natomiast w jakiś sposób poświęcają autonomię prawa kosztem realizacji innych, pozaprawnych wartości: skuteczności, korzyści społecznych i gospodarczych czy wreszcie wyższego poziomu moralności. Być może ta słabość krytyki formalizmu decyduje o jego niegasnącym powodzeniu. Okazuje się bowiem, co zostanie szerzej omówione w rozdziale trzecim, że siła formalizmu tkwi w obszarze, którego nie dotyka krytyka formalizmu – a mianowicie w jego związkach z pozytywizmem prawniczym i ideą rządów prawa. Jak pokażą następne rozdziały, krytyka formalizmu uderzająca w jego powiązania z pozytywizmem i rządami prawa może okazać się jedynym skutecznym sposobem wykazania niższości tego podejścia do stosowania prawa wobec podejść alternatywnych, np. holizmu interpretacyjnego.

Zanim jednak omówione będą powiązania pomiędzy formalizmem a pozytywizmem i ideą rządów prawa, w rozdziale drugim zaprezentowa-



wane zostanie kluczowe dla niniejszej pracy rozróżnienie między formalizmem a formalnością w prawie. Rozróżnienie to jest konieczne ze względu na dość powszechne, a błędne utożsamianie formalizmu, formy i formalności w rozważaniach teoretycznoprawnych. Jak pokaże to rozdział drugi, możliwa jest krytyka formalizmu, która jednocześnie w pełni akceptuje formalność prawa. Dzięki analizie przeprowadzonej w rozdziale drugim zarówno omówienie powiązań między formalizmem a pozytywizmem prawniczym, prezentowane w rozdziale trzecim, jak i krytyka formalizmu, przedstawiona w drugiej części pracy, charakteryzować się będzie odpowiednią precyzją – dotyczyć będzie formalizmu prawniczego, pojmowanego jako koncepcja stosowania prawa, nie zaś formalności prawa, będącej jego immanentną cechą.

## FORMALIZM A FORMALNOŚĆ PRAWA

### 1. WPROWADZENIE

Celem tej części pracy jest wykazanie, że nie istnieje konieczny związek między formalnością prawa a formalistycznym podejściem do jego stosowania. Teza o istnieniu takiego związku pojawia się często w pracach przedstawicieli formalizmu<sup>1</sup>, dlatego niezbędne jest jej zaprzeczenie. Poniżej zaprezentowano sposoby rozumienia formalności prawa w opozycji do formalistycznego podejścia do stosowania prawa, aby następnie wykazać, że formalne prawo wolą współczesnych prawodawców powinno być stosowane w sposób nieformalistyczny.

### 2. FORMALNOŚĆ PRAWA – UWAGI OGÓLNE

Jak wielokrotnie podkreślano w literaturze przedmiotu<sup>2</sup>, prawo pozytywne cechuje się formalnością. Formalność ta jest określana jako przeciwieństwo „treści prawa”, a więc, jak należy zakładać, treści obowiązków i uprawnień zawartych w prawie. R. Summers wskazuje, że wszystkie najważniejsze struktury czy instytucje prawne, obecne w niemal każdym porządku prawnym, począwszy od konstrukcji procesu legislacyjnego, poprzez konstrukcje związane z przenoszeniem publicznym i prywatnych obowiązków i uprawnień, a skończywszy na procedurach orzekania sądo-

<sup>1</sup> Zob. np. A. Scalia, *A Matter of Interpretation...*, op. cit., s. 25: „Ze wszystkich głosów krytycznych pod adresem tekstualizmu najbardziej bezsensowny jest zarzut, że tekstualizm jest «formalistyczny». Odpowiedź na ten zarzut brzmi: «oczywiście, że jest formalistyczny!». W idei rządów prawa (*rule of law*) chodzi [przecież] o formę”. Cytat ten wskazuje, że A. Scalia, jak się zdaje, szuka argumentów na uzasadnienie formalistycznego stosowania prawa w pojęciu formy czy formalności prawa, charakterystycznego dla idei rządów prawa.

<sup>2</sup> Zob. np. R. Summers, *The Formal Character of Law*, „Cambridge Law Journal” 1992, 51(2), s. 242 i n.

wego, są formalne<sup>3</sup>. Autor ten formę danej instytucji prawnej charakteryzuje jako jej „celowe, systematyczne zorganizowanie” (*purposive systematic arrangement*)<sup>4</sup>, odróżniając tak zdefiniowaną formę od „treści”, którą określa jako „materialne i inne składniki instytucji prawnej” (*material and other components of a functional legal unit*). Ważne jest przy tym, że za instytucje prawne Summers uznaje nie tylko tradycyjne zjawiska instytucjonalne, takie jak legislatywę czy sądy, ale także reguły prawne czy metodologię interpretacji i stosowania prawa<sup>5</sup>. Każda z tych instytucji ma, oprócz aspektu treściowego, pewne powtarzalne cechy formalne. W przypadku reguł są to np. określoność, generalność czy kompletność, w przypadku metodologii stosowania prawa – kryterium wierności ustawie, proceduralna kolejność stosowania reguł interpretacji czy spójność tej metodologii<sup>6</sup>.

W ujęciu Summersa forma prawa odgrywa na pewno nie mniejszą, a w przypadku niektórych instytucji nawet większą rolę niż jego treść. W przypadku tworzenia prawa czy zawierania umów cywilnoprawnych w opinii tego autora forma jest pierwotna w stosunku do treści. Nie możemy bowiem mówić o ważnie ustanowionym prawie czy ważnie zawartej umowie bez prawnie rozpoznawalnej całościowej formy, jaką taki akt czy umowa mają przyjąć<sup>7</sup>. Forma więc umożliwia prawu funkcjonowanie i rozpoznawanie go przez członków społeczeństwa. Jak pisze Summers:

Aby system prawny był efektywny, urzędnicy i laicy, z asystą prawników, muszą być zdolni do zidentyfikowania obowiązującego prawa. Wymaga to istnienia akceptowanych, ogólnych kryteriów, które obywatele, urzędnicy i inni członkowie społeczeństwa mogą powołać dla zidentyfikowania obowiązującego prawa i odróżnienia go od tego, co prawem nie jest. Te kryteria (...) obejmują poszczególne źródła obowiązującego prawa, takie jak „uchwalone przez parlament”, „zasądzone przez sąd” czy „ustanowione przez upoważniony organ administracji”. Tego typu zorientowane na źródło kryteria ważności prawa zakładają istnienie źródła instytucjonalnego, które z kolei zakłada złożoną całościową formę, niezbędną dla istnienia takiego źródła<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Ibidem, s. 245.

<sup>4</sup> R. Summers, *Form...*, op. cit., s. 5 i n.

<sup>5</sup> Ibidem, s. 136 oraz s. 241.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 251.

<sup>7</sup> Ibidem, s. 14.

<sup>8</sup> Ibidem, s. 18.

Formalność jest zatem według Summersa bezpośrednio powiązana z publicznym rozpoznawaniem prawa, a więc z jego językowym i komunikacyjnym charakterem, dzięki któremu prawo może pełnić swą publiczną funkcję. Możemy przyjąć, że publiczna funkcja prawa jest realizowana w dwóch obszarach: w kierowaniu przez rządzących zachowaniem członków danej społeczności (relacja wertykalna) oraz w umożliwieniu komunikowania się tej społeczności w kwestiach alokacji praw i obowiązków pomiędzy jej członkami (relacja horyzontalna). W aspekcie kierowania zachowaniem ludzkim formalność prawa objawia się w konieczności społecznego identyfikowania źródła obowiązków, a więc w konieczności identyfikowania autorytetu prawodawczego w danej społeczności. Jeżeli prawo ma wiązać także w miejscu i czasie, w których autorytet prawodawczy nie jest fizycznie obecny, konieczne jest ustalenie formy, jaką będą przybierać nakazy autorytetu prawodawczego, tak by ich adresaci mieli pewność, że nakazy te pochodzą od tego właśnie autorytetu, a tym samym pewność, że do tych właśnie nakazów mają obowiązek się stosować<sup>9</sup>. We współczesnych państwach na tego rodzaju formę składają się procedury uchwalania i ogłaszania aktów prawnych, a na straży ich formalnego obowiązywania stoją konstrukcje typu „domniemania legalności”. Innym ważnym elementem formalności prawa w aspekcie kierowania ludzkim zachowaniem jest związana bezpośrednio z ideą rządów prawa kwestia perspektywności i trwałości prawa. Tylko gdy ustalą się wyraźną formę ustanawiania nowych obowiązków oraz formę ich zmiany, możliwe jest wyłącznie perspektywne tworzenie prawa. Gdy forma tworzenia i zmiany prawa nie jest precyzyjnie określona, możliwe jest późniejsze wsteczne jego modyfikowanie, jednoznaczne z retroaktywnością.

Jeśli chodzi o aspekt komunikowania się społeczności co do alokacji prywatnych praw i obowiązków, także w tym przypadku formalność prawa jest elementem nieodzownym dla sprawnego funkcjonowania reguł, nazywanych przez Harta *private power conferring rules*<sup>10</sup>. Tylko gdy zmiana w alokacji praw lub obowiązków zostanie potwierdzona w sposób formalny (np. w drodze umowy, a więc za pomocą z góry określonych, formalnych zachowań lub słów), jednostki mogą liczyć na to, że zmiana ta będzie honorowana przez społeczność i władzę. Innymi słowy, konieczny jest formalny ślad przeniesienia prywatnego uprawnienia lub

<sup>9</sup> L. Alexander, „*With me...*”, op. cit., s. 536.

<sup>10</sup> H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 61.

ustanowienia prywatnego obowiązku, by istniały one w sensie prawnym. Niemożliwe jest w tym zakresie pozostanie przy substancjalnie określonych obowiązkach i prawach moralnych, ponieważ nawet przy założeniu dobrej woli członków danej społeczności<sup>11</sup> brak formalnego potwierdzenia np. sprzedaży nieruchomości doprowadziłby do trudno rozwiązywalnych sporów i nie pozwoliłby zapobiec problemom koordynacji wewnątrz tej społeczności.

### 3. JAK STOSOWAĆ FORMALNE PRAWO?

Jak widać, zarówno w sferze formułowania obowiązków o charakterze generalnym i abstrakcyjnym (sferze prawa publicznego), jak i w sferze relacji prywatno-prawnych formalność prawa ma do spełnienia bardzo ważną funkcję. Funkcja ta jest ściśle powiązana z wartościami pozytywizmu prawniczego, takimi np. jak perspektywność prawa, jego generalność i dostępność publiczna czy dookreśloność i publiczna identyfikowalność, a więc wartości kluczowe dla realizacji przez prawo funkcji koordynacyjnej. Ze względu na te funkcje niesłuszne byłoby krytykowanie formalności jako cechy prawa czy też nawoływanie do jej porzucenia. Celem pracy jest raczej przekonanie czytelnika, że możliwe jest pozytywistyczne podejście do prawa, uwzględniające ważną rolę formalności prawa, które jednak odrzuca formalizm jako podejście do jego stosowania. Innymi słowy, jest nim przedstawienie takiego obrazu prawa, w ramach którego współegzystują elementy substancjalne i formalne, ale którego proces stosowania nie zakłada sylogistyczności rozumowania prawniczego i redukcjonizmu przesłanek interpretacyjnych.

Podobne zresztą stanowisko w odniesieniu do relacji „formalność prawa – formalizm w jego stosowaniu” zajmuje R. Summers. Forma czy formalność prawa, traktowane jako pożądane cechy prawa, powinny być jednocześnie wyraźnie oddzielane, według Summersa, od formalizmu w jego stosowaniu. Jak pisze ten autor:

Profesorowie i teoretycy prawa generalnie zgadzają się co do tego, że formalistyczna interpretacja jest zła, i to jest także moje stanowisko. Niektórzy jednak, jak się wydaje, uważają, że jest po prostu niemożliwe, by uczony-prawnik był zwolennikiem dobrze zaprojektowanej formy prawa i formalności ustaw oraz dobrze zbudowanej formalnej metodo-

<sup>11</sup> L. Alexander, *“With me...”,* op. cit., s. 534.

logii interpretacji bez jednoczesnego akceptowania albo choć wspierania formalistycznej interpretacji ustaw. Niektórzy powszechnie znani krytycy formalistycznej interpretacji ustaw nie zdołali w sposób zadowalający odróżnić formy, formalności i formalizmu (*form, the formal and the formalistic*). Być może ci krytycy zakładają, że jeśli dokonuje się formalistyczna interpretacja, to musi być ona jakoś zarachowana na rzecz formy czy formalnych cech reguł czy też na rzecz formalnych cech metodologii interpretacji (...). Stanowisko takie nie może się jednak ostać (...)<sup>12</sup>.

W świetle powyższego stanowiska R. Summersa jasne jest, że nie musi zachodzić relacja utożsamiania formalności prawa z formalizmem w jego stosowaniu. Formalność jest bowiem cechą prawa, podczas gdy formalizm – koncepcją jego stosowania. Aby lepiej zobrazować relację między formalnością prawa a formalizmem w jego stosowaniu, przywołajmy jeszcze rozważania L. Alexandra. U autora tego, podobnie jak u Summersa, pojawia się swoiste napięcie między formalnością prawa i akceptowalnością wyniku zastosowania formalnego prawa do konkretnego przypadku<sup>13</sup>. Jak już wspomniano, L. Alexander wskazuje, że w sytuacji stosowania prawa może dochodzić do powstania „rozbieżności” czy „luki” (*gap*). Polega ona na tym, że wynik zastosowania reguły prawnej do danego przypadku jest „gorszy” aksjologicznie niż efekt zastosowania do tego samego przypadku ogólnych standardów moralnych. Sytuacja taka powstaje np. wtedy, gdy jednostka łamie prawo ze względu na realizację innego dobra, a naruszana reguła nie przewiduje żadnych wyjątków, przesłanek egzoneracyjnych czy kontratypów (np. sytuacja wartownika, który opuszcza posterunek, by ratować tonące dziecko, choć reguła zakazuje opuszczania posterunku). W sytuacjach takich osoba rozstrzygająca przypadek naruszenia prawa musi zdecydować, czy zastosować formalną regułę, czy też ogólne standardy moralne. Jak podkreśla L. Alexander, nie ma wówczas idealnego rozwiązania – zastosowanie formalnej reguły doprowadzi do gorszego ostatecznego wyniku aksjologicznego, jednak jej niezastosowanie będzie skutkowało podważeniem obowiązywania reguł formalnych na rzecz bezpośredniego stosowania standardów moralnych. Dylemat ten ukazuje napięcie pomiędzy formą a treścią reguł prawnych oraz problem związany z pytaniem, czy formalne reguły należy stosować w sposób formalistyczny, czy nieformalistyczny.

<sup>12</sup> R. Summers, *Form...*, op. cit., s. 276.

<sup>13</sup> L. Alexander, *The Gap...*, op. cit., s. 695.

Problemowi rozbieżności poświęca uwagę również R. Summers, według którego każda reguła prawna realizuje pewne zadania na dwóch poziomach. Na pierwszym poziomie, który Summers nazywa „politycznymi wyborami pierwszego rzędu” (*first-level policy choice*), reguła realizuje określony cel społeczny – np. reguła „zakaz wjazdu pojazdów do parku” realizuje na poziomie politycznych wyborów pierwszego rzędu cel, jakim jest zapewnienie ciszy osobom odpoczywającym w parku. Funkcja każdej reguły jest jednak widoczna także na drugim poziomie, który Summers określa mianem uzasadnień drugiego rzędu (*second-level rationale*). Na tym poziomie obowiązywanie i przestrzeganie reguły jest uzasadnione, ponieważ w przeciwnym razie zaprzeczono by autorytetowi prawa – niepodporządkowano by się formalnie ważnemu obowiązkowi prawnemu. Można więc powiedzieć, że o ile uzasadnieniem dla obowiązywania reguły na pierwszym poziomie są względy substancjalne (konieczność zapewnienia spokoju ludziom odpoczywającym w parku), o tyle na drugim poziomie uzasadnienie dla reguły ma charakter formalny (tetyczny – konieczność przestrzegania ważnie ustanowionych reguł). Summers wskazuje, że w konkretnych przypadkach stosowania prawa uzasadnienie substancjalne i uzasadnienie formalne wchodzi w konflikt. Kiedy bowiem osoba stosująca regułę musi rozstrzygnąć, czy do parku mogą wjeżdżać cichobieżne, napędzane elektrycznie wózki inwalidzkie, przeciwstawia ona sobie oba uzasadnienia. W świetle uzasadnienia z pierwszego poziomu, niepowodujące hałasu wózki powinny być wpuszczone do parku, ponieważ ich obecność nie jest sprzeczna z realizacją celu, jakim jest zapewnienie spokoju osobom tam wypoczywającym. Uzasadnienie formalne, z drugiego poziomu, nie pozwala jednak na wpuszczenie tego typu wózków do parku, ponieważ są one pojazdami, a więc decyzja o ich wpuszczeniu naruszałaby regułę, rozumianą formalnie (zatem bez uzasadnienia substancjalnego).

Zarówno Alexander, jak i Summers, zarysowując napięcie, jakie powstaje między elementami formalnymi i substancjalnymi w sytuacji stosowania prawa, dostrzegają, że myśl prawnicza zawsze poszukiwała sposobu rozładowania tego napięcia. Summers wskazuje, że w takich przypadkach sędziowie próbują znaleźć rozwiązanie przez odwołanie się do preferencji aktualnego prawodawcy i uzasadniają swoje rozstrzygnięcie raczej substancjalnie niż formalnie. Tym samym autor ten zdaje się z jednej strony potępiać takie rozwiązanie, choć z drugiej przyznaje, że nie zawsze można dawać pierwszeństwo racjom formalnym.

Poniżej bardziej szczegółowo rozważany jest problem formalistycznego lub nieformalistycznego stosowania prawa, które z natury rzeczy jest formalne. W celu uzyskania większej precyzji rozważań podzielono je na dwie części. Najpierw analizie poddano aspekt wertykalny – stosowanie norm postępowania, a więc wypowiedzi prawodawcy zakazujących określonego zachowania lub je nakazujących (reguł pierwotnych w rozumieniu Harta), następnie aspekt horyzontalny – kwestie stosowania reguł konstrukcyjno-upoważniających (reguł wtórnych w ujęciu Harta). Uwagi te poprzedzono krótkim wprowadzeniem, omawiającym sens różniczenia obu typów reguł w rozważaniach o formalności prawa.

#### 4. FORMALNOŚĆ PRAWA A DWA RODZAJE REGUŁ – PRESKRYPCYJNE I KONSTRUUJĄCE CZYNNOŚCI PRAWNE

Relacja pomiędzy oboma wskazanymi typami reguł jest przedmiotem kontrowersji pośród teoretyków prawa. Różnice zdań na ten temat szeroko zostały przedstawione w innym miejscu<sup>14</sup>, tutaj można ograniczyć się tylko do wskazania, iż niektórzy autorzy uznają, że w systemie prawa funkcjonują jedynie reguły preskrypcyjne (a więc reguły zakazujące określonego zachowania lub je nakazujące). Reguły konstruujące czynności prawne są przez tych autorów uznawane za element składowy reguł preskrypcyjnych, najczęściej za element zakresu zastosowania reguł preskrypcyjnych. Przykładowo, dla tych autorów reguła konstruująca czynność prawną zawarcia umowy jest elementem zakresu zastosowania reguły nakazującej wykonanie świadczenia (a więc reguły preskrypcyjnej). W tym ujęciu reguły preskrypcyjne są więc pierwotnym elementem systemu prawa. Stanowisko, zgodnie z którym system prawa składa się wyłącznie z reguł preskrypcyjnych, było pierwotnie reprezentowane przez teoretyków skandynawskich, w tym A. Rossa, jest także popierane przez przedstawicieli tzw. szkoły poznańskiej (Z. Ziemińskiego, M. Zielińskiego i S. Wronkowską)<sup>15</sup>.

Drugie podejście do relacji między regułami preskrypcyjnymi a regułami konstruującymi czynności prawne uznaje, że reguły obu typów

<sup>14</sup> Zob. M. Matczak, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Zakamycze, Kraków 2004, rozdz. 2, *passim*.

<sup>15</sup> Zob. K. Świrydowicz, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *O nieporozumieniach dotyczących tzw. norm zezwalających*, „Państwo i Prawo” 1975, 7, s. 57–63.



współwystępują w systemie prawa. Zgodnie z tym podejściem to reguły konstruujące czynności prawne są pierwotne w stosunku do reguł preskrypcyjnych. Te pierwsze bowiem nie dadzą się sprowadzić do elementów reguł preskrypcyjnych, mają one samodzielnią rolę do odegrania. Takie stanowisko najpełniej zaprezentował H.L.A. Hart przez rozróżnienie reguł pierwotnych i wtórnych<sup>16</sup>. W polskiej literaturze za niemożliwością redukcji reguł konstruujących czynności prawne do elementów norm postępowania opowiadali się m.in. W. Lang i A. Bator<sup>17</sup>. W dalszych rozważaniach przyjęto to drugie stanowisko, uznając, że redukcja różnorodności reguł do jednego typu – reguł preskrypcyjnych – ma mniejszy potencjał eksplikacyjny niż podejście uznające dwoistość typów reguł<sup>18</sup>.

W tym miejscu należy podkreślić, że także sposób prowadzenia rozważań na temat formalizmu zależy od przyjęcia pierwszego lub drugiego podejścia do kwestii typów reguł. Przykładowo, F. Schauer w pracy *Playing by the Rules* przyjmuje założenie, że w systemie prawa mamy do czynienia jedynie z regułami preskrypcyjnymi, a reguły konstruujące czynności prawne także wyrażają nakazy lub zakazy. Podejście takie wydaje się błędne, czyni analizę Schauera częściową, a przez to osłabia jego argumentację.

Przyjąwszy założenie o odmiennym charakterze reguł preskrypcyjnych i reguł konstruujących czynności prawne, można teraz wskazać, na czym polegają podstawowe problemy związane z formalnością tych reguł. Najpierw omówiono formalność reguł preskrypcyjnych, wskazując, że trudnością związaną z ich stosowaniem jest kwestia ich nadmiernej lub zbyt małej pojemności (*over- i under-inclusiveness*). Następnie postawiono tezę, że podstawowym problemem związanym z formalnością reguł konstruujących czynności prawne jest ich podatność na pejoratywnie rozumiane instrumentalizowanie. Oba problemy wynikające z formalności reguł prawnych wymagają nieformalistycznego ich stosowania, ponieważ w przeciwnym razie problemy te ulegają pogłębieniu. Tym samym po rozważaniu zagadnienia formalności poszczególnych typów reguł oraz problemu nadmiernej lub zbyt małej pojemności, a także nie-

<sup>16</sup> Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 61.

<sup>17</sup> W. Lang, *Zarys analitycznej teorii uprawnień*, „Studia Prawnicze” 1985, 3–4; A. Bator, *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, „Kolonia Limited”, Wrocław 2000.

<sup>18</sup> Potencjał eksplikacyjny podejścia zakładającego dwoistość typów reguł w systemie prawa najdobitniej dotąd został wykazany przez Harta w *Pojęciu prawa* (op. cit.).

bezpieczeństwa zinstrumentalizowania, zaprezentowana została konkluzja, że formalność reguł prawnych nie tylko da się pogodzić z nieformalistycznym stosowaniem, ale wręcz konieczne wymaga takiego podejścia, korygującego wady formalności.

## 5. FORMALNOŚĆ REGUŁ PRESKRYPCYJNYCH

### 5.1. Generalizacja jako cecha formalna reguł preskrypcyjnych i problem ich nadmiernej lub niedostatecznej pojemności

Podstawowym problemem w zakresie formalności reguł formułujących zakazy i nakazy jest ich nadmierna lub zbyt mała pojemność. Problem ten omawiają szeroko F. Schauer i L. Alexander. Analizy Schauera wychodzą od pojęcia reguły (*rule*), którą charakteryzuje jako wypowiedź językową będącą generalizacją<sup>19</sup>. Schauer wyjaśnia pojęcie generalizacji przez wskazanie, że zarówno reguły o charakterze opisowym („O tej porze roku Alpy pokryte są śniegiem”, „Wino niemieckie jest słodsze od francuskiego”), jak i hipotezy reguł o charakterze preskrypcyjnym (a więc w bliższej naszej kulturze terminologii – hipotezy norm postępowania) – np. „Psy nie mogą być wprowadzane do restauracji”, są wyrazem uogólnienia naszych doświadczeń. Przykładowo, w przypadku reguły zakazującej wprowadzenia psów do restauracji generalizacja naszego doświadczenia polega, zdaniem Schauera, na tym, że mogliśmy doświadczyć niewłaściwego zachowania konkretnego psa w konkretnej restauracji i aby zapobiec takim zdarzeniom w przyszłości, formułujemy ogólną regułę, zgodnie z którą nie tylko ten pies, który zachowywał się niewłaściwie, ale wszystkie psy mają zakaz wstępu do restauracji.

Generalizacja, która stoi u podstaw formułowania reguł, ma swoje wady. Otóż, jak wskazuje Schauer, niemal każda generalizacja prowadzi do tego, że reguła deskrypcyjna lub hipoteza reguły preskrypcyjnej są zbyt pojemne (*over-inclusive*) lub za mało pojemne (*under-inclusive*). Oznacza to, że mimo sformułowania reguły „Wino niemieckie jest słodsze od francuskiego”, może istnieć wino niemieckie, które jest mniej słodkie niż wino francuskie. Reguła jest zatem zbyt pojemna, ponieważ odnosi się także do przedmiotów, które jej nie podlegają. Podobnie, zdaniem Schauera, wygląda kwestia pojemności reguł preskrypcyjnych.

Reguła zakazująca wprowadzania do restauracji psów jest pod pewnym względem zbyt pojemna, ponieważ obejmuje także małe psy (kanapowe), które nie powodują hałasu lub zamieszania w restauracji. Ze względu na doświadczenie leżące u podstaw sformułowania tej reguły (niewłaściwe zachowania się psa w restauracji) nie ma więc powodu, dla którego reguła ta powinna się odnosić do nieszkodliwych psów kanapowych. Jednocześnie jest ona za mało pojemna w świetle doświadczenia, ponieważ nie obejmuje innych zwierząt posiadanych przez ludzi, które mogą zachowywać się niewłaściwie w restauracji (np. kotów).

Według Schauera nadmierna lub niedostateczna pojemność oznacza, że decyzja podejmowana na podstawie reguły w odniesieniu do konkretnego przypadku może obejmować zbyt dużą albo zbyt małą grupę podmiotów czy sytuacji, w stosunku do uzasadnienia tej reguły. W wykorzystywanym przez F. Schauera przykładzie reguły („Zakaz wprowadzania psów do restauracji”), uzasadnionej koniecznością zapewnienia spokoju gościom, decyzja zakazująca wprowadzenia małego psa kanapowego lub np. psa przewodnika osoby niewidomej będzie oznaczać, że reguła jest zbyt pojemna w relacji do swojego uzasadnienia, ponieważ wejście do restauracji wytrenowanego i spokojnego psa pomagającego w poruszaniu się osobie niewidomej nie naruszy spokoju gości restauracji. Z kolei decyzja o wpuszczeniu do restauracji kota lub niedźwiedzia (oba zwierzęta nie są objęte literalnie rozumianym tekstem reguły, ponieważ nie są psami) będzie oznaczać, że reguła jest zbyt mało pojemna w relacji do swojego uzasadnienia. Nie obejmuje ona bowiem podmiotów i sytuacji, które są istotne z punktu widzenia jej celu.

F. Schauer podkreśla, że proces decyzyjny oparty na regule nie może korygować nadmiernej czy zbyt małej pojemności reguł, ponieważ w ten sposób nieuchronnie zamienia się w partykularystyczny proces decyzyjny, a tym samym czyni regułę zbędną<sup>20</sup>. Jak wskazuje cytowany autor, każda reguła ma swoje bezpośrednie uzasadnienie, ale to uzasadnienie jest oparte na jeszcze innym. W przykładzie z restauracją i psami uzasadnieniem dla konieczności zapewnienia gościom spokoju jest chęć zwiększenia atrakcyjności restauracji i związanych z tym dochodów właściciela. Z kolei zwiększenie dochodów właściciela jest uzasadnione innymi wartościami, takimi np. jak konieczność tworzenia nowych miejsc pracy.

<sup>20</sup> Na ten temat zob. także J. Raz, *Reasoning with Rules*, „Current Legal Problems” 2001, 54, s. 5 i n.

Problem z zarysowanym ciągiem uzasadnień polega, zdaniem Schauera, na tym, że decyzja oparta na regule może praktycznie nigdy nie realizować swoich wszystkich kolejnych uzasadnień, a tym samym zawsze wymagać modyfikacji co do swojej pojemności. Tę właściwość reguł Schauer pokazuje na przykładzie zaczerpniętym ze znanej polemiki Harta i Fullera, w której ten pierwszy wykorzystał przykładową regułę „Żadnych pojazdów w parku” (*No vehicles in the park*). Uzasadnieniem dla tej reguły jest zapewnienie ciszy i spokojnego wypoczynku mieszkańcom miasta, w którym znajduje się park. Z kolei uzasadnieniem dla niego jest zwiększenie atrakcyjności miasta, co przełoży się np. na liczbę inwestycji czy zapobiegnie migracjom młodych, zdolnych naukowców do innych miast. Schauer wskazuje, że decyzja podejmowana zgodnie z regułą „Żadnych pojazdów w parku”, a odnoszona literalnie np. do hałaśliwych deskorolek i cichobieżnych wózków inwalidzkich, będzie albo zbyt mało pojemna (w pierwszym przypadku), albo nadmiernie pojemna (w drugim), jeśli odwołamy się do pierwszego uzasadnienia, czyli zapewnienia ciszy w parku. Omawiana reguła może jednak zostać zastosowana do przejazdu przez park kawalkady autokarów wiozących drużynę piłkarską, która zdobyła medal mistrzostw świata. Przejazd drużyny mógłby odbywać się dodatkowo w obecności prezydenta kraju, którego ochrona porusza się opancerzonymi samochodami. W takiej sytuacji decyzja o zakazie przejazdu, wydana na podstawie reguły, będzie idealnie dopasowana do jej pierwszego uzasadnienia, czyli zapewnienia ciszy w parku, jednocześnie ukáže zbyt dużą pojemność reguły, kiedy odniesiemy ją do kolejnego uzasadnienia, a więc zapewnienia atrakcyjności miasta. Z całą pewnością bowiem przejazd zwycięskiej drużyny i obecność prezydenta podniosą tę atrakcyjność. Tym samym wydanie zakazu przejazdu będzie wskazywało, że reguła obejmuje zbyt dużo sytuacji w świetle swojego – drugiego w kolejności – uzasadnienia. Znowu więc wymagałaby modyfikacji w obliczu rozpatrywanego przypadku, co oczywiście oznacza przejście od procesu decyzyjnego opartego na regułach do nigdy niekończącego się, partykularystycznego procesu decyzyjnego, wykorzystującego kolejne uzasadnienia danej reguły.

Wskazany problem, polegający na praktycznym unicestwieniu reguły poprzez jej ciągle modyfikacje mające na celu dopasowanie jej pojemności do jej uzasadnienia, świadczy zdaniem Schauera o konieczności tolerowania istnienia reguł zbyt lub niedostatecznie pojemnych. W przeciwnym wypadku musielibyśmy bowiem zanegować sam sens ustanawiania

reguł i podejmowania decyzji na ich podstawie oraz zaakceptować fakt, że w każdej sytuacji stosowania prawa zachodzi partykularystyczny proces decyzyjny.

W tym miejscu F. Schauer dokonuje przejścia od twierdzenia o formalności prawa do twierdzenia o konieczności jego formalistycznego stosowania. Zakłada on bowiem, że reguły mogą odegrać swoją rolę tylko w przypadku, gdy są stosowane bez jakichkolwiek modyfikacji. Podejście to, które moglibyśmy określić mianem „wszystko albo nic”, przypomina podejście do reguł reprezentowane przez Dworkina<sup>21</sup>. Według niego, cechą charakterystyczną reguł, w przeciwieństwie do zasad, jest to, że można je jedynie stosować w całości lub nie stosować ich wcale. Zasady natomiast można ważyć, co oznacza, że w niektórych przypadkach stosuje się je częściowo, jeżeli inna, ważniejsza zasada tego wymaga.

Wydaje się, że obaj autorzy, formułując twierdzenia o zero-jedynkowej formule stosowania reguł, nie biorą pod uwagę pewnej istotnej cechy komunikacji poprzez prawo. Cechą tą jest omawiana szeroko w następnej części pracy wielokanałowość. Polega ona na tym, że osoba podejmująca decyzję interpretacyjną ma najczęściej do czynienia z wielością różnorodnych komunikatów stosujących się do danego przypadku. Komunikaty te są jednocześnie różnorodne pod względem charakteru – mogą być one zarówno zasadami, jak i regułami. Ta koegzystencja w systemie prawa reguł i zasad<sup>22</sup> oraz ich jednoczesne odnoszenie się do konkretnego przypadku wymagają odpowiedzi na pytanie, jak należy stosować w danym przypadku reguły obok zasad i zasady obok reguł.

W tym momencie rozważań możemy sformułować dwie różne konkluzje. Pierwsza z nich oparta będzie na założeniu, że mimo istnienia zasad w danym systemie prawa, reguły należy stosować niezależnie od tych zasad. Takie podejście może np. opierać się na twierdzeniu, że zasady ogólne sformułowane w konstytucjach są kierowane do prawodawcy, nie zaś do podmiotów stosujących prawo. Inną konkluzją może być twier-

<sup>21</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, op. cit., s. 60 i n.

<sup>22</sup> Pisząc w tym miejscu o zasadach, paradoksalnie rozumie się je tak samo i inaczej niż Dworkin. W przyjętym ujęciu zasady te dają się ważyć, a więc stosować jedynie częściowo, co zbliża ich rozumienie do ujęcia Dworkina. Jednocześnie za zasady uznaje się wypowiedzi prawodawcy pozytywnego, sformułowane w konstytucjach lub innych aktach zawierających generalne dyrektywy rządzące procesem tworzenia i stosowania prawa. Dworkin uważa natomiast, że zasady nie mają pozytywnego rodowodu, ponieważ nie spełniają testu pochodzenia. Ich źródłem jest moralność polityczna funkcjonująca w danej wspólnocie interpretacyjnej.

dzenie, że reguły i zasady należy stosować w jakimś stopniu jednocześnie. Oznacza to np., że daną regułą, zakazującą wpuszczania psów do restauracji, stosujemy jednocześnie z zasadą proporcjonalności, nakazującą przyjmowanie tylko takich ograniczeń prawnych, które są uzasadnione w świetle celu stojącego za ich wprowadzeniem.

Analizując współczesne systemy prawa, dochodzimy do wniosku, że najczęściej wolą prawodawców jest, aby zasady i reguły stosować jednocześnie. Oznacza to, że bardziej adekwatna jest konkluzja druga. Dla kwestii stosowania reguł oznacza to, sięgając chociażby do przywołanej zasady proporcjonalności, że wolą podmiotu ustanawiającego reguły może być, aby w procesie ich stosowania korygować wady nadmiernej lub zbyt małej pojemności<sup>23</sup>. Prawodawcy – jak się zdaje – mają pełną świadomość niedoskonałości reguł i dlatego właśnie, oprócz ich formułowania, kierują do podmiotów stosujących reguły wiele komunikatów, których celem jest poinstruowanie, jak rozstrzygać sytuacje ujawniania się niedoskonałości reguł. W takich właśnie sytuacjach osoba podejmująca decyzję stoi przed wyborem: zastosować regułę czy zastosować bezpośrednio cel, dla którego została ustanowiona. Kwestia, której F. Schauer nie bierze pod uwagę, to obecność w każdym systemie prawa zasad ogólnych, których celem jest właśnie modelowanie wyniku zastosowania reguły w sytuacji, gdy zastosowanie to prowadzi do skutków niepożądanych w świetle celu czy uzasadnienia reguły. W świetle zjawiska nadmiernej i zbyt małej pojemności reguł w relacji do ich celu doskonałym przykładem takiej zasady jest zasada proporcjonalności. Zasada ta, odnośzona do zakazów lub nakazów ograniczających prawa i wolności jednostek, wymaga, aby stosowane działania były współmierne do celu ograniczenia tych praw i wolności. Jeżeli więc zastosowanie reguły do danego przypadku prowadziłyby do objęcia jej zakresem zastosowania podmiotów, które nie powinny być nią objęte w świetle celu ograniczenia (a więc ujawniłaby się nadmierna pojemność reguły), to zasada proporcjonalności nakazuje w takim przypadku uznać ten sposób zastosowania reguły za nieprawidłowy i wymaga adaptacji wyniku zastosowania reguły do wymogu proporcjonalności.

<sup>23</sup> Taką rolę zasad ogólnych dostrzega zresztą w innym swym opracowaniu sam Schauer. Jak pisze, „zasada słuszności (*equity*), na przykład, była u swego zarania pomyślana dokładnie jako metoda ucieczki od nieuniknionej nadmiernej lub niedostatecznej pojemności rozstrzygania opartego na regułach” (F. Schauer, *Rules, the Rule of Law and the Constitution*, „Const. Comment” 1989, 6, s. 70).

Zasada proporcjonalności daje sędziemu możliwość oceny skutku decyzji interpretacyjnej, prowadzącej do ograniczenia praw i wolności obywateli, w trzech aspektach: przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*<sup>24</sup>. Badanie przydatności polega na ocenie, czy nakaz lub zakaz będący efektem decyzji sędziowskiej pozwala na skuteczną realizację założonego przez prawodawcę celu. Jeśli wrócimy teraz do naszego modelowego przykładu wpuszczenia do restauracji kota, to jasne staje się, że decyzja popierana przez formalizm nie spełnia wymogu przydatności i narusza przez to zasadę proporcjonalności, ponieważ nie prowadzi do realizacji celu, jaki założył sobie prawodawca – a więc w przypadku reguły „Zakaz wprowadzania psów do restauracji” – nie zapewnia spokoju jej klientom.

Podobnie rzecz się ma, kiedy skonfrontujemy popieraną przez formalistów decyzję opartą na nadmiernie lub zbyt mało pojemnej regule z pozostałymi składnikami zasady proporcjonalności – wymogiem konieczności i wymogiem proporcjonalności *sensu stricto*. Badanie spełnienia wymogu konieczności polega na sprawdzeniu, czy spośród możliwych, a tak samo skutecznych działań ograniczających prawa i wolności osób (w naszym przykładzie – prawa zwierząt), decyzja interpretacyjna stanowi wybór środka najmniej uciążliwego dla jej adresata. Podobnie jak w przypadku warunku przydatności, także i tu rekomendacja Schauera (i najbardziej prawdopodobna rekomendacja formalistów) zawodzi. Decyzja o niewpuszczeniu psa kanapowego nie jest bowiem konieczna z punktu widzenia realizacji celu, jakim jest zapewnienie spokoju klientom restauracji.

Decyzja oparta wyłącznie na regule nie spełnia wreszcie wymogu proporcjonalności *sensu stricto*. Zgodnie z nim, środki i ciężary nałożone na jednostkę muszą pozostawać w proporcji do osiąganego celu, a więc

<sup>24</sup> K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności*, w: A. Preisner, B. Banaszak (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 670. W tym miejscu rozpatrywana jest zasada proporcjonalności nie tylko jako zasada znajdująca zastosowanie do prawodawcy, który musi dbać, by uchwalane przez niego normy generalne i abstrakcyjne spełniały wymogi proporcjonalności, lecz także jako zasada kierowana do urzędników i sędziów, rozstrzygających sprawy indywidualne obywateli. Takie szerokie traktowanie owej zasady wydaje się uzasadnione nie tylko ze względu na formalne nakazy stosowania zasad konstytucyjnych w konkretnych postępowaniach (takich np. jak nakaz bezpośredniego stosowania konstytucji, zapisany w art. 8 par. 2 Konstytucji RP). Skuteczne i zgodne z ideą państwa prawa funkcjonowanie administracji i sądownictwa nie jest wręcz możliwe, jeśli narusza ono zasadę proporcjonalności.

muszą być uzasadnione w świetle wagi dobra publicznego, które mają realizować<sup>25</sup>. Nie trzeba rozbudowanej analizy, by stwierdzić, że w omawianym przykładzie tak nie jest – formalistyczna decyzja zakazująca wstępu do restauracji jest nieproporcjonalna w świetle celu, jaki przyświecał osobie ustanawiającej tę regułę.

Podsumowując, można uznać, że formalność reguł preskrypcyjnych, manifestująca się m.in. w ich nadmiernej lub zbyt małej pojemności, jest we współczesnych systemach prawnych wiązana zazwyczaj z zestawem zasad, które mają powodować korygowanie tej wady reguł w procesie ich stosowania. Oznacza to, że formalność reguł, będąca źródłem ich niedopasowanej pojemności, jest wiązana raczej z nieformalistycznym niż formalistycznym procesem ich stosowania. Dla naszych rozważań najważniejsze jest to, że istnienie zasad odnoszących się do modyfikowania formalnych reguł w procesie ich stosowania dowodzi, iż możliwe jest koncepcyjne (ale i praktyczne) rozdzielenie formalności jako cechy prawa i formalizmu jako metody jego stosowania.

## 6. FORMALNOŚĆ REGUŁ KONSTRUUJĄCYCH CZYNNOŚCI PRAWNE

### 6.1. Cechy formalne reguł konstruujących czynności prawne

Reguły konstruujące czynności prawne mają charakter formalny, ponieważ, jak wskazano powyżej, umożliwiają publiczne rozpoznanie faktu przeniesienia obowiązków lub uprawnień prywatno-prawnych oraz służą do stwierdzenia, czy doszło do ustanowienia lub zmiany prawa.

Reguła konstruująca czynność prawną stanowi wypowiedź o charakterze reguły konstytutywnej<sup>26</sup>, a więc wypowiedź co do zasady opartą na konstrukcji „X jest uznawane za Y w kontekście C”<sup>27</sup>. Podstawowym elementem reguł konstruujących czynności prawne jest kreowanie formalnych, proceduralnych wymogów, które muszą być spełnione przez

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Na temat struktury i postaci językowej takich reguł zob. J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, London 1977, wyd. polskie: *Czynności mowy. Rozważania z filozofii języka*, przeł. B. Chwedeńczuk, Instytut Wydawniczy „Pax”, Warszawa 1987, s. 34–35 oraz w literaturze polskiej S. Czepita, op. cit., s. 164 i n. oraz T. Gizbert-Studnicki, *Normy celowościowe a reguły konstytutywne w prawie*, w: A Bodnar (przew. kom. red.), *Prawo a polityka. Księga pamiątkowa ku czci prof. Kazimierza Opalka*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988, passim.

<sup>27</sup> J.R. Searle, op. cit., s. 34–35.



wykonujący daną czynność podmiot, by ważne dokonał on tej czynności. Poniższe rozważania dotyczące charakteru warunków ważnego dokonywania czynności prawnych dowodzą, że nie ograniczają się one do wymogów proceduralno-formalnych. W stosowaniu reguł konstruujących czynności prawne, w szczególności w ocenie ważności czynności prawnych, wymogi o charakterze nieformalnym mają równie ważne znaczenie. Tym samym rozważania poświęcone regułom konstruującym czynności prawne prowadzą do wniosku, że formalne w swej naturze reguły wymagają nieformalistycznego stosowania. W innym wypadku bardzo łatwo podlegają one zinstrumentalizowaniu, które jest zjawiskiem zagrażającym idei rządów prawa.

## 6.2. Problem instrumentalizowania reguł konstruujących czynności prawne

Przechodząc do analizy zagadnienia instrumentalizowania reguł konstruujących czynności prawne, można postawić roboczą tezę, że formalność tych reguł pozwala na ich wykorzystanie w sposób niezgodny z ich przeznaczeniem. Fenomen niezgodnego z przeznaczeniem wykorzystania reguł konstruujących czynności prawne jest różnie określany w literaturze przedmiotu – albo jako nadużycie, np. w odniesieniu do nadużycia władzy, nadużycia prawa czy nadużycia kompetencji, albo też jako instrumentalizowanie prawa<sup>28</sup>. W tej pracy użycie reguły konstruującej czynność prawną dla osiągnięcia celu niezgodnego z przeznaczeniem tej reguły będzie określane mianem „nadużycia reguły”.

Otóż nadużycie reguły jest rodzajem nieprawidłowego jej użycia (wykonania), którego cechą charakterystyczną jest to, iż z powodu spełnienia wszystkich wymogów formalnych oraz niektórych wymogów materialnych, ustanowionych w regule, użycie to *prima facie* wydaje się prawidłowe. W dalszej części rozważań zbadane zostaną dwa zagadnieniach. Pierwszym z nich będzie odpowiedź na pytanie, co w szczególności decyduje o tym, że nadużycie reguły *prima facie* wydaje się jej pra-

<sup>28</sup> Zob. m.in. referaty prezentowane na konferencji Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego zatytułowanej „Nadużycie prawa”, gdzie wielokrotnie przy okazji rozważań nad nadużyciem prawa porusza się kwestię nadużycia kompetencji. H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), *Nadużycie prawa*, „Liber”, Warszawa 2003, s. 169. Zob. także L. Leszczyński, *Argumenty interpretacyjne w stosowaniu konstrukcji nadużycia prawa*, „Monitor Prawniczy” 2003, 3, passim.

widlowym użyciem. Drugim zagadnieniem, bardziej doniosłym, będzie odpowiedź na pytanie, na czym polega nieprawidłowość użycia reguły w przypadku jej nadużycia oraz jak w świetle prawa traktować skutki wywołane przez akt nadużycia.

Odpowiedź na każde ze wskazanych pytań wymaga dokonania szczegółowej analizy aktu użycia reguły konstruującej daną czynność prawną. Używanie reguł konstruujących czynności prawne, a więc dokonywanie czynności prawnych, może być analizowane za pomocą narzędzi nie tylko semantycznych i syntaktycznych, ale przede wszystkim pragmalingwistycznych, ponieważ akt dokonania czynności prawnej jest aktem użycia języka. Pragmalingwistyka, jako nauka o użyciu języka, wypracowała wiele interesujących narzędzi analizy, które doskonale nadają się do opisu użycia języka prawnego. Spośród nich najbardziej wartościowe są analizy przeprowadzone przez J.L. Austina, a dotyczące teorii aktów mowy<sup>29</sup>, można zatem podjąć próbę zastosowania tych narzędzi do analizy aktów dokonywania czynności prawnych i faktu nadużywania czy zinstrumentalizowania reguł takie czynności konstruujących.

W ujęciu pragmalingwistyki podstawowymi elementami niezbędnymi do prawidłowości aktu użycia reguły (który to akt ma na gruncie prawa charakter aktu mowy – komunikacji) są: odpowiedni stan świadomości działającego podmiotu (tzw. wymóg „szczerości” czy „dobrej wiary” w terminologii Austina<sup>30</sup>) oraz prawidłowość samego aktu. Prawidłowość samego aktu należy rozważyć natomiast w podziale na trzy, wydzielone

<sup>29</sup> Zob. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Clarendon Press, Oxford 1962, wyd. polskie: *Jak działać słowami*, w: idem, *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, przeł. B. Chwedeńczuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993. Szerzej na temat możliwości wykorzystania koncepcji aktów mowy Austina w prawoznawstwie zob. M. Matczak, *Pragmalingwistyka a prawoznawstwo. O zastosowaniu teorii aktów umowy w teorii prawa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” (Filozofia) 1999, 36, s. 375–385 oraz M. Matczak, *Nadużycie kompetencji*, „RPEiS” 2007, 1, s. 17 i n.

<sup>30</sup> Wymóg ten pojawia się u Austina wielokrotnie – przykładowo zob. op. cit., s. 559–560, gdzie Austin rozważa znaczenie złej wiary dla fortunnosci wykonania aktu obietnicy, a także s. 564–565, gdzie jeden z warunków prawidłowego wykonania aktu mowy opisuje w następujący sposób: „Kiedy, co zdarza się często, dana procedura jest przeznaczona do użytku dla osób, mających pewne myśli i uczucia, lub do wszczynania, jako następstwa, pewnego postępowania jakiegoś uczestnika, wtedy osoba uczestnicząca, a więc powołująca daną procedurę, musi faktycznie mieć owe myśli i żywić te uczucia, a intencją uczestników musi być postępowanie w ten sposób”. Wydaje się, że ten wymóg można by nazwać wymogiem dobrej wiary (szczerości).

przez Austina aspekty tego aktu: akt lokucyjny, akt illokucyjny oraz akt perlokucyjny<sup>31</sup>.

Z kolei konstrukcja reguły konstruującej daną czynność prawną zakłada pięć elementów istotnych dla aktu jej wykonania: właściwy podmiot, wymogi proceduralne, wymóg zgodności z normami wyższego rzędu, efekt wykonania (nowo powstałą normę lub regułę, ewentualnie inny efekt użycia reguły) oraz skutki rzeczywiste efektu użycia reguły (zachowanie się określonych podmiotów, zmiany w rzeczywistości pozajęzykowej).

Nakładając na siebie oba wskazane rozwarstwienia aktu użycia reguły, można by powiedzieć, że prawidłowość jej użycia jest zależna od:

- a) właściwości podmiotu (jego tożsamości i stanu świadomości),
- b) właściwości aktu:
  - i) w aspekcie aktu lokucyjnego – od zgodności tego aktu z wymogami reguły, co powoduje kwalifikację aktu lokucyjnego jako określonego aktu illokucyjnego,
  - ii) w aspekcie aktu perlokucyjnego – od wywołania w rzeczywistości pozajęzykowej skutków zgodnych z celem reguły i oczekiwaniami podmiotu działającego.

Kontynuacją tezy roboczej, sformułowanej wcześniej, jest twierdzenie, że w którymś ze wskazanych elementów musi tkwić niezgodność aktu użycia reguły z wymogami tej reguły, by można było mówić o jej nadużyciu. Jednocześnie niezgodność ta musi mieć taki charakter, który powoduje, że nie jest ona oczywista, a wprost przeciwnie – *prima facie* wydaje się, że nie występuje. Publiczne rozpoznanie danej czynności jako *prima facie* zgodnej z wymogami jej dokonywania wynika z „zewnętrznej”

<sup>31</sup> Zob. J.L. Austin, op. cit., s. 640 i n., gdzie znajdujemy definicje aktów (czynności) lokucyjnych, illokucyjnych i perlokucyjnych oraz opis relacji zachodzących pomiędzy tymi aktami w akcie mowy. Zgodnie z ujęciem Austina wykonanie czynności lokucyjnej to „mówienie czegoś” (s. 640), wykonanie czynności illokucyjnej to „wykonanie czynności kryjącej się w powiedzeniu czegoś, w przeciwieństwie do wykonania czynności powiedzenia czegoś” (s. 645; podawanymi przez Austina przykładami czynności illokucyjnej są: zadanie pytania, wydawanie wyroku, mianowanie lub apelowanie i inne, zob. s. 644), natomiast wykonanie czynności perlokucyjnej charakteryzuje on następująco: „powiedzenie czegoś wywołuje często, a nawet normalnie, w następstwie pewne skutki w sferze uczuć, myśli lub działań słuchaczy lub mówiącego bądź innych osób, a powiedzenie to może być wygłoszone z przeznaczeniem, intencją lub zamiarem wywołania owych skutków. Możemy też wówczas powiedzieć, że mówiący wykonał pewną czynność (...). Wykonanie czynności tego rodzaju będziemy nazywać wykonaniem czynności «perlokucyjnej»” (s. 646–647).

zgodności dokonanej czynności z wymogami formalnymi. To publiczne rozpoznanie danej czynności jako prawidłowo dokonanej umożliwia jej „zinstrumentalizowanie” czy „nadużywanie”, bo tylko wtedy czynność ta ma jakiegokolwiek znaczenie dla osób, które są jej świadkami. Ostatecznie jednak, ze względu na naruszenie wymogów o charakterze materialnym, a mianowicie wymogów odpowiedniej intencji podmiotu dokonującego czynności albo wymogu osiągnięcia określonych skutków przez daną czynność, dokonana czynność jest prawnie dyskwalifikowana. Ponownie więc, jak w przypadku reguł preskrypcyjnych, w procesie stosowania reguł konstruujących czynności prawne mamy do czynienia z ostatecznym przewyciężeniem siły elementów formalnych przez uwzględnienie elementów materialnych.

Poniżej omówione zostaną poszczególne warunki ważności czynności wykonywanych na podstawie reguły konstruującej daną czynność.

a) Wymóg właściwej tożsamości podmiotu dokonującego czynności prawnej

Badanie cech podmiotu, który dokonuje danej czynności prawnej, musi się odbywać przede wszystkim w dosyć oczywistym obszarze zgodności cech konkretnego i indywidualnego podmiotu działającego w akcie wykonania reguły z generalnie i abstrakcyjnie określonymi cechami podmiotu, który jest upoważniony przez regułę konstruującą czynność prawną do dokonania tej czynności. Jest to w istocie kwestią dokonania subsumpcji – uznania cech faktycznego podmiotu za odpowiadające cechom podmiotu uprawnionego do dokonania czynności, określonym w regule konstruującej daną czynność.

Nieprawidłowości w zakresie cech podmiotu używającego reguły są stosunkowo łatwe do stwierdzenia, a ewentualne ich niespełnienie nie decyduje o fakcie jej nadużycia. Nie nazywamy przecież aktem nadużycia reguły sytuacji, gdy decyzje administracyjne wydaje osoba przebrana za wójta, nie zaś sam wójt. Podobnie nie za nadużycie reguły, lecz za zwyyczajne błędne jej użycie uznamy fakt zawarcia umowy przez osobę nieposiadającą w ogóle zdolności do czynności prawnych. W obu przypadkach nieprawidłowość użycia reguły ma charakter ewidentny. Użycie to zatem w żadnym wypadku nie może być uznane za *prima facie* prawidłowe, a tym samym nie ten rodzaj nieprawidłowości wchodzi w grę, gdy mówimy o nadużyciu reguły czy jej instrumentalizowaniu. Jednocześnie

nej ma charakter formalny – jego spełnienie czy niespełnienie jest łatwo postrzegalne dla zewnętrznego obserwatora.

b) Zgodność dokonania czynności z wymogami proceduralnymi

Jak wskazano powyżej, istnieją pewne paralele pomiędzy konstrukcją typowego aktu mowy w ujęciu Austina a konstrukcją aktu użycia reguły konstruującej daną czynność prawną. Jeśli uznamy, że konstrukcja aktu mowy obejmuje akt mówienia (akt lokucyjny), akt kreowania przez mówienie (akt illokucyjny) oraz akt zmiany rzeczywistości w wyniku aktu kreowania przez mówienie (akt perlokucyjny), to każdemu z tych elementów możemy przyporządkować odpowiedni element konstrukcyjny aktu użycia reguły. I tak elementowi aktu lokucyjnego będą odpowiadały w strukturze aktu użycia reguły czynności stanowiące tzw. substrat materialny czynności konwencjonalnej<sup>32</sup>. W skład tych czynności wchodzi te wszystkie działania psychofizyczne i konwencjonalne pierwszego stopnia (w tym oczywiście wypowiedzianie lub pisanie odpowiednich słów), których reguła wymaga dla uznania, że doszło do udanego (ważnego, skutecznego) dokonania czynności konwencjonalnej danego typu. Elementowi aktu illokucyjnego natomiast odpowiadać będzie oczywiście czynność konwencjonalna, której podmiot działający w wykonaniu reguły dokonał przez zrealizowanie wszystkich wymaganych czynności z zakresu substratu materialnego czynności psychofizycznej.

Prawidłowa realizacja czynności z zakresu substratu materialnego stanowi warunek *sine qua non* prawidłowości aktu użycia reguły. Tylko wtedy bowiem, gdy czynności substratu materialnego są wykonane w sposób prawidłowy, możemy w ogóle mówić o dokonaniu czynności konwencjonalnej, a więc i o akcie użycia reguły. Z tego powodu ewentualne nieprawidłowości w zakresie czynności należących do substratu materialnego nie mogą być uznane za nieprawidłowości powodujące nadużycie. Wadliwości tego typu mają bowiem charakter stosunkowo łatwo zauważalny – w przyjętej tu nomenklaturze uznamy, że mają one formalny charakter. Co więcej, nieprawidłowości w zakresie wymogów pro-

<sup>32</sup> Substrat materialny czynności konwencjonalnej to czynność psychofizyczna (np. ruch ręki policjanta trzymającego lizak drogowy) lub czynność konwencjonalna prosta (np. wypowiedzianie lub napisanie określonych słów), które – na mocy określonej reguły dokonywania/rozpoznawania czynności konwencjonalnej – zostają uznane za czynność konwencjonalną. Na temat substratu materialnego czynności konwencjonalnej zob. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia Prawnicze” 1972, 33, s. 73 i n.

ceduralnych, np. brak podpisu pod decyzją administracyjną czy też niezachowanie formy aktu notarialnego dla umowy sprzedaży nieruchomości (bo o tego typu nieprawidłowościach mówimy), powodują całkowitą nieważność lub przynajmniej daleko idącą nieskuteczność czynności, a więc są nieprawidłowościami o zupełnie innym charakterze niż te, z którymi mamy do czynienia w akcie nadużycia reguły.

c) Wymóg „szczerości” podmiotu dokonującego czynności prawnej

W aspekcie podmiotowym, oprócz zgodności cech osoby używającej reguły z cechami abstrakcyjnie i generalnie określonego podmiotu upoważnionego do korzystania z niej w aspekcie podmiotowym, istotny jest także inny obszar zagadnień. Chodzi mianowicie o wymóg „szczerości” podmiotu używającego danej reguły, który może być także określony jako wymóg „dobrej wiary”. Zgodnie z ujęciem Austina, szczerosc podmiotu działającego w akcie mowy oznacza, że podmiot ten dokonuje aktu mowy z intencją wywołania skutków konwencjonalnie temu aktowi przypisanych – przykładowo, składając obietnicę, chce się z niej wywiązać, wydając rozkaz, chce, by został on wykonany.

Wydaje się, że na gruncie teorii aktów mowy można postawić tezę, iż wymóg szczerości podmiotu działającego powinien obejmować wszystkie trzy akty składające się na akt mowy, a więc akt lokucyjny, illokucyjny i perlokucyjny. Oznacza to, że podmiot działający, aby dokonać udanego aktu mowy, powinien dokonywać aktu lokucyjnego z intencją dokonania aktu illokucyjnego, będącego – zgodnie z obowiązującą regułą – efektem wykonania aktu lokucyjnego, a jednocześnie chcieć, aby tak osiągnięty akt illokucyjny wywołał w rzeczywistości pozajęzykowej skutki dla niego przewidziane. Podmiot dokonujący czynności (aktu mowy) powinien więc obejmować swą intencją akt perlokucyjny, który reguła przyporządkowuje dokonaniem aktowi illokucyjnemu.

Rozumowanie powyższe wydaje się dosyć oczywiste, jednak w praktyce dokonywania aktów użycia reguły może występować brak spójności „intencyjnej” pomiędzy poszczególnymi etapami aktu mowy. Wynika to z faktu, że w praktyce obrotu prawnego poszczególne etapy aktu używania reguł są często rozciągnięte w czasie. Powoduje to, że są one postrzegane przez podmioty prawa jako w pewnym sensie niezależne i mogące wywoływać określone skutki faktyczne, a nawet prawne, które podlegają ocenie w kategoriach prawnych.

Przykładowo, w akcie użycia reguły konstruującej czynność wydania decyzji administracyjnej mamy do czynienia ze stosunkowo rozciągnię-

tym w czasie „aktem lokucyjnym” – dokonywaniem czynności składających się na substrat materialny czynności konwencjonalnej wydania decyzji. Czynności te obejmują zarówno właściwe przeprowadzenie postępowania administracyjnego, jak i przygotowanie odpowiedniego dokumentu, zawierającego treści przewidziane w art. 107 kodeksu postępowania administracyjnego, a na koniec doręczenie decyzji adresatowi. Z momentem zakończenia czynności składających się na substrat materialny czynności konwencjonalnej następuje odpowiednik aktu illokucyjnego – czynności dokonywane przez organ zostają uznane, na mocy odpowiedniej reguły – za wydanie decyzji administracyjnej. Wreszcie, decyzja ta wywołuje określone skutki w rzeczywistości pozajęzykowej (odpowiednik aktu perlokucyjnego w teorii aktów mowy). Skutki te należą do etapu nazywanego wykonaniem decyzji, zarówno dobrowolnym (podporządkowanie się decyzji przez jej adresata), jak i przymusowym (egzekucja administracyjnoprawna).

Skutki czynności konwencjonalnej charakteryzują się jeszcze jedną właściwością, istotną z punktu widzenia nadużycia reguły. Nie są one mianowicie unikatowe dla danej czynności konwencjonalnej. Wprost przeciwnie, skutki czynności konwencjonalnej A mogą być identyczne jak skutki czynności konwencjonalnej B. Przykładowo, umieszczenie w odosobnieniu przeciwnika politycznego może być zarówno efektem nakazu aresztowania wydanego przez sąd, jak i decyzji o uznaniu za zakaźnie chorego, wydanej przez organ administracji odpowiedzialny za ochronę epidemiologiczną. Sytuacja taka umożliwi realizację jednej ze wskazanych czynności konwencjonalnych (np. wydanie decyzji o odosobnieniu ze względu na podejrzenie choroby zakaźnej) w celu osiągnięcia efektu charakterystycznego dla drugiej ze wskazanych czynności (decyzji o areszcie). Czynnikiem decydującym w takich sytuacjach o wyborze procedury mogą być kwestie pozamerytoryczne, np. łatwiejszy sposób uzasadnienia interesem publicznym decyzji o odosobnieniu z powodu podejrzenia choroby zakaźnej, czy też mniej skomplikowana procedura przy osiągnięciu tego samego efektu. Wymóg szczerości w wykonaniu czynności konwencjonalnej oznacza zatem intencję wywołania skutków przewidzianych dla dokonywanej przez dany podmiot czynności konwencjonalnej, nie zaś skutków przewidzianych dla czynności innej (choćby były podobne lub nawet identyczne).

Ryzyko instrumentalizacji, związane z rozłożeniem w czasie czynności fizycznych lub psychofizycznych składających się na substrat materialny

czynności konwencjonalnej, oraz możliwość wykonywania określonych czynności w celach innych niż cel dokonywanej czynności są dostrzegane przez prawodawcę. I tak, przepisy postępowania administracyjnego nakazują przeprowadzać postępowanie w sposób jak najszybszy i nieuciążliwy dla strony. Postępowanie egzekucyjne powinno być prowadzone także w sposób, który z jednej strony zapewnia osiągnięcie celu postępowania (a więc zaspokojenie wierzyciela), ale z drugiej strony jest jak najmniej uciążliwy dla dłużnika. Tego typu normy mają na celu zapobieganie wykorzystywaniu poszczególnych etapów postępowania do realizacji celów autonomicznych wobec głównego celu postępowania, a więc działaniom, które określa się często mianem instrumentalizacji prawa.

Dochodzimy więc do wniosku, że spełnienie wymogu szczerości w akcie wykonania reguły oznacza:

- a) zgodność celu, jaki przyświeca podmiotowi działającemu, z celem dokonywanej czynności,
- b) tożsamość intencji podmiotu działającego w zakresie wszystkich trzech etapów aktu wykonywania czynności, w szczególności etapu aktu lokucyjnego i illokucyjnego w intencji osiągnięcia skutków przypisanych tym aktom (właściwego dla nich aktu perlokucyjnego).

Według przyjętej w tej części rozważań metodologii, wymóg szczerości podmiotu dokonującego czynności prawnej trudno uznać za wymóg formalny. Szczerość czy nieszczerość podmiotu nie jest dostrzegalna dla zewnętrznego obserwatora, nie stanowi więc wymogu o charakterze komunikacyjnym (językowym). Dopiero przeanalizowanie kontekstu dokonania czynności może ujawnić nieprawidłowości w spełnieniu tego wymogu. Nieprawidłowości w zakresie wymogu szczerości mogą decydować o tym, że akt użycia reguły uznamy za akt jej nadużycia. Nieprawidłowości te są bowiem stosunkowo trudno stwierdzalne – wymagają przede wszystkim analizy *ex post*, dokonywanej po zakończeniu działań danego podmiotu. W efekcie *prima facie*, do czasu przeprowadzenia takiej analizy, akt użycia reguły może uchodzić za prawidłowy. W przypadku uznania, że czynność została dokonana w sposób nieprawidłowy ze względu na niespełnienie wymogu szczerości, dochodzi do przewyciężenia prawidłowości formalnej dokonanej czynności (wynikającej np. z właściwej tożsamości podmiotu jej dokonującego). Dzieje się tak, ponieważ kwestionujemy prawidłowość formalną dokonanej czynności ze względu na niedochowanie wymogu o charakterze nieformalnym.



nie dyskwalifikujemy czynność postrzeganą przez uczestników obrotu prawnego jako prawidłowa. Taka możliwość zakwestionowania formalnie poprawnego dokonania czynności prawnej jest powszechnie akceptowana przez współczesne regulacje prawne. Przykładowo, z badaniem szczerości podmiotu dokonującego czynności prawnych spotykamy się zarówno na gruncie prawa podatkowego, jak i konstytucyjnego<sup>33</sup>. Z oceną podobnego rodzaju mamy do czynienia na gruncie analiz dokonywanych przez sądy konstytucyjne, badające, czy nie doszło do nadużycia reguł dokonywania czynności prawodawczych. W szczególności w praktyce orzeczniczej Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jedną z metod oceny prawidłowości ustanowienia aktu normatywnego jest tzw. *motive test*<sup>34</sup>. Test ten polega na analizie historii legislacyjnej, wypowiedzi kongresmanów i innych osób zaangażowanych w proces tworzenia aktu oraz analizie tekstu uzasadnienia danego aktu w celu identyfikacji intencji, które przyświecały legislatorom. W sytuacji, gdy tak zidentyfikowany cel (intencja) zostanie uznany za niezgodny z porządkiem prawnym, lub też wykazane zostanie, że akt prawny w rzeczywistości miał osiągnąć cel inny od oficjalnie deklarowanego, Sąd Najwyższy może orzec o niekonstytucyjności takiego aktu, a więc o jego nieskuteczności (nieważności).

#### d) Wymóg osiągania przez czynność prawną określonych skutków

W terminologii Austina osiągnięcie pewnych skutków pozajęzykowych przez akt mowy realizuje się poprzez akt perlokucyjny<sup>35</sup>. Ontycznie akt ten jest więc odmienny od dwóch pierwszych aktów wchodzących w skład aktu mowy. Przede wszystkim nie jest on aktem komunikacji, ponieważ

---

<sup>33</sup> I tak, organ podatkowy, oceniając, czy działanie podatnika nie stanowi obejścia prawa podatkowego poprzez dokonywanie czynności mających na celu osiągnięcie wyłącznie obniżenia obciążeń podatkowych, analizuje szczegółowo faktyczną sytuację podejmowania decyzji o czynnościach istotnych dla wysokości płaconego podatku i stąd wnioskuje o zamiarach podatnika. Elementem oceny dokonywanej w takim przypadku jest ocena sekwencji zdarzeń poprzedzających czynności podatnika, czy też ocena rodzaju korzyści, jakich mógł się on spodziewać w wyniku podejmowanych czynności. Na podstawie takiej analizy stwierdza się, jaka była rzeczywista intencja podatnika i czy działał on w dobrej wierze. W przypadku stwierdzenia złej wiary może dojść do uznania za bezskuteczne pewnych czynności, przynajmniej dla celów podatkowych.

<sup>34</sup> Zob. J.H. Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, „Yale L.J.” 1970, 79, passim; P. Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, „Sup. Ct. Rev.” 1971, 95, passim.

<sup>35</sup> Zob. J.L. Austin, op. cit., s. 647.

jego treścią są zmiany w stanie świadomości lub zachowaniu osób, wobec których dokonano aktu mowy (aktu użycia reguły).

W odniesieniu do realiów prawa akt perlokucyjny opisywałby więc ten element aktu użycia reguły, który odnosi się do sytuacji podmiotów zależnych od wyniku dokonania danej czynności. Chodzi tu o takie podmioty, na które wskutek dokonania czynności prawnej nakłada się określone obowiązki lub wobec których takie obowiązki się aktualizuje, takie, które na mocy dokonania danej czynności uzyskują nowe kompetencje, czy wreszcie takie, które uzyskują możliwość wykonania kompetencji już im przysługującej. Efektem dokonania czynności konwencjonalnej (odpowiednik aktu illokucyjnego) przez dany podmiot jest bowiem zmiana w sytuacji tych podmiotów – jedne z nich uzyskują możliwość działania, inne stają się adresatem nakazów lub zakazów. Oczywiście za zmianą sytuacji prawnej idzie zmiana sytuacji faktycznej. Są to zmiany związane z lepszymi lub gorszymi warunkami życia, możliwością czy brakiem możliwości samorealizacji itp. Wydaje się, że w ujęciu Austina także i te zmiany obejmuje akt perlokucyjny<sup>36</sup>.

Analiza „prawidłowości” aktu perlokucyjnego musi być odmienna od analizy prawidłowości dokonania aktu lokucyjnego i illokucyjnego. W procesie jej oceny nie będziemy bowiem badać zgodności proceduralnej – reguła konstruująca czynność prawną, na mocy której dokonuje się tej czynności, nie obejmuje przecież procedury zachowania się osób będących adresatem czynności dokonywanych w akcie użycia reguły. Ten element jest regulowany przez efekt wykonania reguły (np. nowo ustanowioną normę czy też nowo ustanowioną regułę konstruującą czynność prawną), nie zaś przez regułę będącą podstawą dokonania czynności.

Badania prawidłowości aktu perlokucyjnego dokonuje się na podstawie szczególnego rodzaju przepisów formułujących zakazy albo nakazy

---

<sup>36</sup> Nie jest całkowicie jasne, które ze skutków czynności prawnej zaliczyć jeszcze do aktu illokucyjnego, a które już do aktu perlokucyjnego w ujęciu Austina. Przykładowo, skoro efektem czynności złożenia oświadczenia woli jest powstanie obowiązku, a z kolei spełnienie tego obowiązku wymaga zmniejszenia stanu majątkowego zobowiązanego (np. przez dokonanie darowizny na czyjąś rzecz), to można uznawać, że powstanie obowiązku jest elementem aktu illokucyjnego, ale już jego wykonanie należy do obszaru aktu perlokucyjnego. Rozstrzygnięcie wątpliwości tego typu nie jest decydujące dla prowadzonych tu rozważań, ponieważ możemy mówić o zgodności skutków danej czynności prawnej z określonymi wymogami także bez precyzyjnego odwoływania się do Austinowskiej triady: akt lokucyjny – illokucyjny – perlokucyjny.

osiągania określonych stanów rzeczy przez dokonywanie czynności prawnych. Przepisy te mają zazwyczaj charakter dosyć ogólny i z tego powodu odkodowane z nich wypowiedzi są nazywane zasadami. Umiejscowione są zazwyczaj w ustawie zasadniczej lub w częściach ogólnych poszczególnych kodeksów lub ustaw<sup>37</sup>. W polskim prawie można wyróżnić wiele regulacji uznających za niedopuszczalne osiągnięcie określonych stanów rzeczy przez dokonywanie czynności prawnych. Tytułem przykładu można wymienić przepisy konstytucji, w szczególności art. 32, wyrażający zasadę równości, który wymaga od organów państwowych równego traktowania wszystkich podmiotów prawa. Efekt czynności konwencyjnej dokonanej przez organy administracji powinien być oceniany w świetle tej zasady. Jeżeli okaże się, że brak w tym zakresie zgodności (np. w efekcie dokonania czynności prawodawczej doszło do ustanowienia reguły konstruującej czynność prawną, dającej możliwość działania w określonym zakresie jedynie mężczyznom, co w sposób oczywisty narusza wymóg równego traktowania przedstawicieli obu płci), to istnieje podstawa do stwierdzenia wadliwości samej czynności.

Nieprawidłowości w zakresie aktu perlokucyjnego, a więc niezgodności efektów użycia danej reguły z wymogami prawa, są bez wątpienia jednym z obszarów, które decydują o fakcie nadużycia czy zinstrumentalizowania reguły. Użycie reguły jest w takim przypadku najczęściej prawidłowe w zakresie proceduralnym. Podmiot działający jest podmiotem wskazywanym przez regułę jako upoważniony do dokonania czynności

<sup>37</sup> Istnieje wątpliwość, czy wypowiedzi odkodowywane z tych przepisów powinny być uznawane za normy postępowania, czy też elementy reguły konstruującej czynność prawną. Bardziej uzasadnione wydaje się drugie stanowisko. Tylko wtedy bowiem, gdy wypowiedź uznająca za niedopuszczalny np. stan rzeczy, w którym podmioty prawa traktuje się nierówno mimo braku relewantnej podstawy nierówności, będzie uważać się za element reguły konstruującej daną czynność prawną, skutkiem jej niezachowania będzie mogło być orzeczenie nieskuteczności czynności, która do takiego stanu rzeczy doprowadziła. Teza, że wypowiedź uznająca za niedopuszczalny określony stan rzeczy stanowi element reguły konstruującej czynność prawną, jest nawiązaniem do znanego w literaturze rozróżnienia reguł na reguły regulatywne i reguły konstytutywne, a tych z kolei na reguły konstrukcyjne czynności konwencyjnej i czynności konsekwencyjne czynności konwencyjnej (S. Czepita, op. cit., s. 107 i 148; A. Bator, *Użycie...*, op. cit., s. 131). W tym ujęciu wypowiedź zakazująca realizacji określonego stanu rzeczy nabierałaby dwójstego charakteru – z jednej strony mogłaby być traktowana jako reguła regulatywna (wyrażająca zakaz), z drugiej strony jako reguła konstytutywna o charakterze konsekwencyjnym (ponieważ odnosi się ona do skutków czynności konwencyjnej, a jej „niespełnienie” ma znaczenie dla oceny ważności samej czynności).

konstruowanej przez tę regułę, a czynności z zakresu substratu materialnego są kompletne i wykonane poprawnie. Powoduje to, iż dla obserwatorów zewnętrznych użycie reguły może się wydawać prawidłowe. Jednak ze względu na niezgodność efektu użycia reguły z innymi wymogami prawa prawidłowość owego aktu jest pozorna.

Osiągnięcie przez formalnie poprawną czynność prawną efektów nieakceptowanych przez zasady ogólne ponownie ukazuje nam napięcie między formalnością reguły a nieformalistycznym procesem oceny, czy reguły te zostały poprawnie użyte. W procesie tym szczegółowym i precyzyjnym regulacjom proceduralnym przeciwstawiamy ogólne, niedookreślone standardy prawne, takie jak równość, zakaz dyskryminacji czy proporcjonalność. Niewątpliwie też uznanie, że formalnie poprawna czynność nie może być uznana za skuteczną ze względu na naruszenie standardów, zakłóca pewność obrotu prawnego, chronioną przez formalny aspekt reguł. Niemniej jednak współcześni prawodawcy przyjmują taki właśnie sposób oceny prawidłowości czynności prawnych. Równocześnie w praktyce obrotu prawnego również często poddaje się ocenie skutki podjętej czynności prawnej (i to zarówno czynności tworzenia, jak i stosowania prawa), a następnie z perspektywy tych skutków ocenia się poprawność dokonanej czynności. Tego typu oceny stanowią więc drugi typ analiz, które mają za zadanie zidentyfikować fakt nadużycia reguł konstruujących czynności prawodawcze. Sięgając ponownie do praktyki sądów konstytucyjnych, warto wskazać jako przykład takiej praktyki tzw. *impact test*<sup>38</sup>, stosowany przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Tego rodzaju test, wykorzystywany najczęściej w sprawach, w których bada się naruszenie zasady równości, służy do oceny, czy skutki danej czynności prawnej nie doprowadzają do dyskryminacji, faworyzowania lub

<sup>38</sup> T. Eisenberg, *Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication*, „NY University L.R.” 1977, 1, s. 47. Z oceną skuteczności działań prawnych przez pryzmat ich skutków mamy do czynienia także w innych obszarach prawa. Np. na gruncie prawa wspólnotowego spotykamy tzw. zasadę *effet utile*, dzięki której Europejski Trybunał Sprawiedliwości interpretuje prawo wspólnotowe nie tyle na płaszczyźnie formalno-językowej, ale raczej w świetle materialnych skutków tej interpretacji. Podobną funkcję pełni idea środków ograniczających swobody wspólnotowe, a w jej ramach idea ograniczeń ilościowych i środków o ekwiwalentnym skutku (*quantitative restrictions and measures having equivalent effect*) – kolejna instytucja prawa wspólnotowego przewidująca prymat substancji działań, w tym działań prawnych, nad ich formą. Na gruncie prawa podatkowego podobną funkcję pełni zasada *substance over form*, stosowana do oceny prawidłowości kwalifikacji podatkowej czynności prawnych.

innego nierównego traktowania adresatów prawa. Jeśli zostanie stwierdzone takie działanie aktu prawnego, może to stanowić podstawę do orzeczenia jego niekonstytucyjności.

### 6.3. Formalność reguł konstruujących czynności prawne – wnioski

Powyższe rozważania prowadzą do następujących wniosków:

- a) nadużycie reguły konstruującej czynność prawną jest nieprawidłowym użyciem tej reguły – naruszającym prawo aktem, który jednak pozornie wydaje się prawidłowy;
- b) pozornie prawidłowości aktu nadużycia reguły wynika ze spełnienia przez ten akt formalnych wymogów zawartych w regule konstruującej daną czynność (a więc dokonywania aktu przez odpowiedni podmiot oraz prawidłowego wykonania czynności składających się na substrat materialny czynności konwencjonalnej);
- c) o niepoprawności (nielegalności) aktu użycia reguły w przypadku jej nadużycia decyduje brak zgodności z wymogami reguły, odnoszącymi się do elementów odrębnych od samego działania podmiotu, a więc dotyczącymi intencji podmiotu dokonującego czynności prawnej (nie-szczerość, brak dobrej wiary) lub efektów jego działania (skutki wykonania niezgodne z innymi regulacjami prawnymi);
- d) poprzez badanie jedynie formalnej prawidłowości użycia reguły (a więc zbadanie tożsamości podmiotu działającego oraz prawidłowości dokonania czynności składających się na substrat materialny czynności) nie można dojść do twierdzenia o prawidłowości takiego użycia;
- e) aby rzeczywiście zbadać, czy reguły użyto w sposób prawidłowy, należy ocenić także prawidłowość elementów nieformalnych. W szczególności należy ocenić szczerą (dobrą wiarę) podmiotu działającego w wykonaniu reguły oraz zgodność efektów wykonania z wymogami norm prawnych zakazujących osiągnięcia określonych stanów rzeczy (zasad prawa).

Jak wskazano, we współczesnych porządkach prawnych widoczne jest dążenie do kontrolowania, czy formalnie poprawne czynności prawne nie stanowią nadużycia lub zinstrumentalizowania czynności prawnych. Owo dążenie prawodawców jest kolejnym dowodem na to, że formalność reguł nie prowadzi do formalistycznego sposobu ich stosowania. Kontrolowanie to jest możliwe tylko gdy formalność reguł i pewność obrotu prawnego,

której formalność ta służy, są przewyżczone przez wymogi o charakterze nieformalnym, niedookreślonym, pozostawiającym miejsce na partykularną ocenę. Zaliczyć do nich można z pewnością wymóg szczerości (dobrej wiary) podmiotu dokonującego czynności prawnej oraz wymóg nieosiągania przez czynność prawną skutków, które są zakazane przez reguły prawne o charakterze standardów. Fakt obowiązywania takich wymogów oraz ich wysoka pozycja we współczesnych porządkach prawnych powodują, że trudno mówić o preferencji prawodawców dla formalizmu w stosowaniu reguł konstruujących czynności prawne.

## 7. PODSUMOWANIE – STOSOWANIE PRAWA JAKO PROCES USUWANIA WAD FORMALNOŚCI PRAWA

Powyżej dużo miejsca poświęcono wykazaniu, że formalność prawa, która, będąc nieusuwalną cechą prawa pozytywnego, ma swoje dobre i złe strony, nie musi się wiązać z formalizmem w jego stosowaniu. Takie powiązanie formalności z formalizmem powoduje bowiem, że uwypuklają się złe strony formalności prawa, w tym przede wszystkim związana z nią nadmierna i niedostateczna pojemność reguł (jeśli odnosimy się do formalności reguł preskrypcyjnych) albo możliwość pejoratywnie rozumianego instrumentalizowania prawa (jeśli odnosimy się do formalności reguł konstruujących czynności prawne). W szczególności przywołane w niniejszym rozdziale rozważania L. Alexandra i R. Summersa wskazują, że możliwe i uzasadnione jest postawienie dwóch osobnych pytań. Pierwsze dotyczy tego, czy prawo ma charakter formalny, drugie zaś – czy w konkretnym przypadku stosowania prawa należy zawsze rozstrzygać na rzecz elementów formalnych. Rozważania tych dwóch autorów prowadzą do wniosku, że całkowicie uzasadniona jest analiza, czy formalne w swej naturze prawo może być stosowane w sposób nieformalistyczny, a więc bez sylogistyczności i redukcjonizmu, przypisanych formalizmowi.

## SILA FORMALIZMU

### 1. WPROWADZENIE

Krytyka formalizmu przedstawiona w rozdziale pierwszym, mimo swej długotrwałości, rozległości i głębi argumentacyjnej, jak się zdaje, nie odnosi skutku. Formalizm nadal jest najpopularniejszym praktycznym podejściem do stosowania prawa wśród sędziów i urzędników. Co więcej (albo co gorsza), zdobywa on coraz większe uznanie jako uzasadniona ideologia stosowania prawa, do tego stopnia, iż jest wymieniany wśród tzw. wielkich teorii stosowania prawa<sup>1</sup>. Rozdział niniejszy ma odpowiedzieć na pytanie, co decyduje o sile formalizmu. W szczególności interesująca wydaje się odporność tego podejścia do stosowania prawa na formułowaną krytykę oraz źródła jego popularności zarówno wśród praktyków, jak i coraz większej rzeszy teoretyków prawa.

### 2. FORMALIZM A POZYTYWIZM PRAWNICZY

Najpoważniejszym czynnikiem decydującym o popularności formalizmu jest jego rzekoma kompatybilność z pozytywizmem prawniczym oraz takimi wartościami, które są z pozytywizmem powiązane, jak (i) konieczność realizacji zasady rządów prawa, (ii) konieczność zapewnienia przewidywalności procesu stosowania prawa oraz (iii) konieczność ograniczania dyskrecjonalności sędziego. Poniżej zostanie omówiony stosunek formalizmu do każdej z wymienionych wartości, najpierw jednak warto sformułować kilka uwag na temat ogólnej relacji pomiędzy formalizmem a pozytywizmem prawniczym.

Kłęska idei pozytywistycznej, związana z tragedią nazizmu i kompromitacją instytucji prawnych Trzeciej Rzeszy, doprowadziła po drugiej wojnie światowej do zwiększonego zainteresowania niepozytywistycznymi

---

<sup>1</sup> W.N. Eskridge Jr., P.F. Frickey, op. cit., passim.

podejściami do prawa i jego stosowania. W tym czasie odżyły wszelkie odmiany idei prawnonaturalnych oraz inne koncepcje prawnicze, mające na celu odnalezienie bariery, poza którą prawo nie da się zinstrumentalizować. Taką barierą w wielu przypadkach była określona moralność czy inny zestaw wartości, mające na celu niedopuszczenie do uznania za wiążącą interpretacji prawa, która, jakkolwiek uzasadniana przez odwołania do aktów prawnych, prowadziłyby do naruszania podstawowych wartości.

Renesans idei prawnonaturalnych przypadł na okres przechodzenia współczesnych społeczeństw od ery industrialnej do ery postindustrialnej, a więc ery społeczeństwa informacyjnego. Okres przejściowy nie ułatwiał zastosowania owych idei do rozwiązywania zagadnień prawnych. Społeczeństwo informacyjne charakteryzuje różnorodność moralności, bo samo ono, ze względu na proces globalizacji i wymiany migracyjno-kulturowej, jest różnorodne, począwszy od różnorodności religijnej, a skończywszy na różnorodności preferencji seksualnych. Podstawowym problemem, który napotkało ponowne zainteresowanie ideami prawnonaturalnymi, było więc pytanie o to, co jest „naturalne” w społeczeństwie postindustrialnym. Co może stanowić punkt odniesienia dla prawnika, który szuka trwałego gruntu poza ściśle rozumianymi przepisami, po to, by zakotwiczyć swoją decyzję interpretacyjną poza prawem, a tym samym legitymizować ją moralnie? Różnorodność społeczeństwa postindustrialnego była pierwszym czynnikiem, który stawiał pod znakiem zapytania możliwość odejścia od prawa pozytywnego, formalnego i proceduralnego, stanowiącego neutralne moralnie narzędzie rozwiązywania konfliktów wielokulturowych współczesnych społeczeństw<sup>2</sup>.

Problem rozwijania nurtów niepozytywistycznych w społeczeństwie informacyjnym pogłębił rozwój postmodernizmu filozoficznego, poddającego poważnej krytyce jakąkolwiek możliwość konsensusu moralnego we współczesnym świecie. W opinii prawników postmodernizm zagroził podstawowym wartościom kultury prawnej, wywodzącej się ze społeczeństw na wskroś „modernistycznych”, a więc kultury prawnej Rzymu i oświecenia. Teza postmodernizmu o końcu znaczenia czy twierdzenie

<sup>2</sup> Przeciwwstawienie pozytywizmu prawniczego, który „podporządkowuje istnienie prawa warunkom formalnym”, oraz podejścia prawnonaturalnego, które odchodzi od tej formalności, znajdujemy m.in. w: H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, przeł. B. Janicka, Wydawnictwo Naukowe „Scholar”, Warszawa 1997, s. 27. Na temat neutralności prawa wobec moralności zob. W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa*, „Państwo i Prawo” 1990, 7, passim.



o istnieniu nieskończonej wręcz ilości poprawnych interpretacji brzmiały jak memento dla praktyki prawniczej, której podstawowym zadaniem jest odnajdywanie jednej, powszechnie legitymizowanej odpowiedzi na dane pytanie interpretacyjne<sup>3</sup>.

Obie wskazane tendencje, a więc renesans nurtów prawnonaturalnych oraz filozoficzny dorobek postmodernizmu, spotykały się w punkcie najistotniejszym dla prawa, a mianowicie w ich stosunku do kwestii określoności prawa i przewidywalności jego stosowania. Zarówno propozycja koncepcji prawnonaturalnych, by szukać legitymizacji dla prawa poza nim samym, w świecie niedookreślonych moralności, jak i stanowisko postmodernizmu zakładające, że szukanie to jest z góry skazane na niepowodzenie, ponieważ każda interpretacja jest równie legitymowana, kreowały dla praktyki prawniczej ogromny problem – braku namacalnego punktu oparcia w procesie stosowania prawa. Nic więc dziwnego, że konieczne stało się nagle jego odnalezienie. Taki punkt oparcia zaoferował formalizm z jego tekstualistycznym podejściem do prawa.

Formalizm jako koncepcja stosowania prawa dawał nadzieję na powrót do określoności znanej z tradycyjnej szkoły pozytywistycznej<sup>4</sup>. Jego cechy, omówione w poprzednich częściach pracy, w szczególności prezentowanie rozumowania prawniczego jako operacji sylogistycznej, niewymagającej dokonywania wyborów aksjologicznych, oraz przekonanie o tym, że redukcja przesłanek, które musi rozważać interpretator, doprowadzi do ograniczenia jego swobody w poszukiwaniu rozwiązań interpretacyjnych, były bezpośrednią odpowiedzią na prawnonaturalne i postmodernistyczne ryzyko rozchwiania interpretacji prawniczej. Formalizm zaproponował prawnikom solidny punkt oparcia w tekście i jego „zwykłym” znaczeniu bądź w historycznej intencji prawodawcy. Tym samym stanowił atrakcyjną alternatywę praktyczną, ponieważ poprzez swoją

<sup>3</sup> Zob. na ten temat M. Rosenfeld, *Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism*, w: D.G. Carlson, D. Cornell, M. Rosenfeld (red.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge, New York 1992, s. 152 i n.

<sup>4</sup> Zob. np. E. Chemerinsky, *Getting Beyond Formalism in Constitutional Law: Constitutional Theory Matters*, „Okla L. Rev.” 2001, 54, s. 5, który określa formalizm mianem „poszukiwania neutralnego aksjologicznie sądenia” (*the quest for value-neutral judging*).

koordynacyjną funkcję umożliwił prawnikom w miarę stabilne funkcjonowanie w zróżnicowanym społeczeństwie i świecie<sup>5</sup>.

Pełnienie przez formalizm funkcji stabilizującej wymagało wykazania jego kompatybilności z podstawowymi wartościami tradycyjnego pozytywizmu prawniczego. Poniżej zrekonstruowano relację podstawowych elementów podejścia formalistycznego do trzech wartości kojarzonych z pozytywizmem prawniczym: idei rządów prawa, przewidywalności procesu stosowania prawa dla obywateli oraz ograniczania swobody interpretacyjnej prawników.

### 3. FORMALIZM A IDEA RZĄDÓW PRAWA

#### 3.1. Uwagi wprowadzające

Wypowiedzi przedstawicieli formalizmu o jego ścisłym powiązaniu z ideą rządów prawa są wygłaszane na dwóch poziomach. Pierwszy z nich to poziom potocznego przekonania prawników, że oparcie się wyłącznie na tekście aktu prawnego i pominięcie innych, niedookreślonych przesłanek interpretacyjnych, zapewnia realizację rządów prawa, nie zaś rządów ludzi<sup>6</sup>. Jak pisze S. Burton:

Warunek określoności jest często uznawany za odgrywający kluczową rolę w idei rządów prawa, wymagającej, aby „rządy realizowały się przez prawo, a nie przez dyskrecjonalność”<sup>7</sup>.

Przekonanie to jest powiązane z tezą (głoszoną przede wszystkim przez przedstawicieli nowego formalizmu), że pozatekstowe przesłanki interpretacyjne (w szczególności historia legislacyjna) nie powinny być brane pod uwagę przy interpretacji tekstu, ponieważ:

- a) tekst prawny stanowi najbardziej przejrzystą przesłankę interpretacyjną, podczas gdy sięganie do przesłanek pozatekstowych wiąże się z możliwością ich selektywnego doboru (ze względu na ich liczebność) i błędnym rozumieniem (ze względu na ich niedookreśloność);

<sup>5</sup> Na temat związków między koordynacyjną funkcją prawa a pozytywistyczną jego wizją zob. L. Green, *Positivism and Conventionalism*, „Can. J.L. & Juris.” 1999, 12, s. 42 i n.

<sup>6</sup> Zob. m.in. L. Morawski, *Państwo prawa – przyczynek do dyskusji*, w: M. Zirk-Sadowski (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1997, s. 11 i n.

<sup>7</sup> S. Burton, *Judging in Good Faith*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 141.

b) prawem jest jedynie tekst zaakceptowany w procesie legislacyjnym, nie zaś np. przekonania parlamentarzystów o celu lub funkcji uchwalanego aktu.

Celem obu członów powyższej tezy jest ograniczenie wpływu na stosowanie prawa czynnika indywidualno-ludzkiego i nadanie priorytetu autonomicznie pojmowanemu tekstowi prawnemu, który uosabia prawo. Pierwszy człon wyraża przekonanie, że formalistyczne podejście do stosowania prawa umniejsza potencjalny wpływ indywidualnych preferencji i błędów interpretatora na wynik jego stosowania. Drugi człon powołanej tezy głosi, że formalizm pozwala ograniczyć wpływ indywidualnego parlamentarzysty czy też grupy parlamentarzystów na rozumienie prawa, i także daje pierwszeństwo prawu zawartemu w uchwalonym tekście. Oba człony przywołanej tezy da się więc sprowadzić do twierdzenia: „Rządy prawa przed rządami ludzi”.

Przekonanie o promowaniu rządów prawa poprzez skoncentrowanie się na tekście prawnym wyrażał wielokrotnie sędzia Antonin Scalia<sup>8</sup>. Także badanie opinii polskich sędziów wskazuje na ich preferencję dla tekstualistycznego podejścia do stosowania prawa<sup>9</sup>.

Oprócz przedstawionego powyżej potocznego przekonania prawników o kompatybilności formalizmu z ideą rządów prawa, w literaturze znajdujemy analizy o poważniejszej podbudowie teoretycznej, które także prowadzą do konkluzji o ścisłym powiązaniu formalizmu z ideą rządów prawa. Co do zasady koncentrują się one na wykazaniu wyższości formalizmu w zakresie podstawowych aspektów idei rządów prawa, a mianowicie przewidywalności procesu stosowania prawa, kwestii ograniczenia swobody interpretacyjnej (dyskrecjonalności) prawników oraz zapewnienia autonomii prawa<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Zob. przede wszystkim A. Scalia, *Common-Law...*, op. cit., passim. Krytykę podejścia Scalii do interpretacji prawa znajdujemy m.in. w: C. Sunstein, *Justice Scalia's Democratic Formalism*, „Yale L.J.” 1997, 107, passim; W.D. Popkin, *An „Internal” Critique of Justice Scalia's Theory of Statutory Interpretation*, „Minn. L. Rev.” 1992, 76, passim oraz B.C. Karkkainen, „Plain Meaning”: *Justice Scalia's Jurisprudence of Strict Statutory Construction*, „Harv. J.L. & Pub. Pol.” 1994, 17, passim.

<sup>9</sup> K. Pałeczki, *Spolecznie oczekiwany wzorzec orzekania sądowego*, w: M. Borucka-Arczowa, K. Pałeczki (red.), *Sądy w opinii społeczeństwa polskiego*, Wydawnictwo „Polpress”, Kraków 2003, s. 155.

<sup>10</sup> Na temat tego ostatniego aspektu zob. interesujące rozważania o wzajemnych powiązaniach pomiędzy formalizmem a ideą rządów prawa w P. Craig, *Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy*, „Public Law” 2003, SPR, s. 92–111.

### 3.2. Formalizm a przewidywalność procesu stosowania prawa

Przewidywalność procesu stosowania prawa jest warunkiem zachowania jego pewności, będącej z kolei elementem idei rządów prawa. Jak pisze B. Wojciechowski:

Z zasadą demokratycznego państwa prawnego wiąże również zagadnienie pewności prawnej. Pewność prawa oznacza, iż posiada ono cechy gwarantujące możliwość polegania na przepisach, jest wiarygodne i rodzi poczucie bezpieczeństwa połączonego z możliwością poznania prawa i przede wszystkim zrozumienia jego treści, jak również przewidywania zachowania określonych podmiotów<sup>11</sup>.

Zwolennicy formalizmu podnoszą, skądinąd słusznie, że idea rządów prawa jest równoznaczna z działaniem prawa wyłącznie na przyszłość. Będący efektem wyłącznie prospektywnego działania prawa zakaz retroaktywności jest uzasadniany postulatem, aby prawo było znane obywatelom przed podjęciem przez nich działań objętych jego regulacją<sup>12</sup>. Z tych, niewątpliwie słusznych twierdzeń zwolennicy formalizmu wyprowadzają jednak daleko idące wnioski. Uznają oni, że stosowanie prawa w sposób formalistyczny, a w szczególności redukcja przesłanek interpretacyjnych polegająca na oparciu decyzji interpretacyjnej wyłącznie na literalnym rozumieniu tekstu prawnego, z pominięciem takich kwestii, jak intencja ustawodawcy czy cel regulacji, zapewnia przewidywalność procesu stosowania prawa.

Twierdzenie to opiera się na założeniu, że obywatele poznają prawo przez jego tekst, opublikowany w urzędowym publikatorze. Skoro tekst jest źródłem wiedzy o prawie, to w pewnym sensie nieuczciwe byłoby opieranie decyzji interpretacyjnej na innych przesłankach, w szczególności intencji prawodawcy (w myśl paremii *non quod voluit sed quod dixit*). Przesłanki takie jak intencja prawodawcy czy cel regulacji są po pierwsze trudno dostępne zwykłemu obywatelowi, a po drugie poddają się różnorodnym interpretacjom. W takiej sytuacji, zdaniem zwolenników formalizmu, oparcie decyzji interpretacyjnej na przesłankach innych niż tekst prawny prowadzi do egzekwowania wobec obywateli obowiązków, których nie mieli oni szansy poznać przed podjęciem swoich dzia-

<sup>11</sup> B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, „Mado”, Toruń 2004, s. 219–220.

<sup>12</sup> T. Pietrzykowski, *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz*, Zakamycze, Kraków 2004, passim.

łań. Decyzja taka będzie dla obywateli w oczywisty sposób zaskakująca, ponieważ – jak zdają się zakładać przedstawiciele formalizmu – wplecenie w proces decyzyjny przesłanek innych niż tekst musi doprowadzić do wydania decyzji niewynikającej z tego tekstu czy też niedającej się z nim pogodzić. Angażowanie w proces decyzyjny innych przesłanek niż publicznie komunikowany tekst może być z tego punktu widzenia uznawane nawet za kreowanie obowiązków *ex post facto*.

Analizę wskazującą na ścisły związek między formalistycznym podejściem do stosowania prawa a przewidywalnością decyzji interpretacyjnych przedstawił Larry Alexander<sup>13</sup>, przeprowadzając rozumowanie uzasadniające konieczny, jego zdaniem, związek między formalizmem reguł a ich ogólnością i abstrakcyjnością. Występowanie obu tych cech jest warunkiem koniecznym pełnienia przez prawo funkcji koordynacyjnej i usuwania niepewności co do przyszłych rozstrzygnięć.

L. Alexander rozpoczyna swoją analizę od metafory – opisuje funkcjonowanie wyimaginowanej społeczności osób, które wyznają określone zasady moralne i są gotowe je realizować, mają jednak świadomość, że zasady te są w dużej mierze niedookreślone. W szczególności członkowie społeczności nie wiedzą, jak w sytuacjach konkretnych sporów decydować, które rozwiązanie jest zgodne z zasadami moralnymi. W tym celu społeczność powołuje ogólnie szanowanego człowieka o imieniu Lex, nadając mu kompetencję do rozstrzygania sporów. Wybranie Lexa ma zaradzić trzem problemom społeczności – brakowi koordynacji, niedoborowi specjalistycznej wiedzy i nieefektywności. Każdy z tych problemów ma swoje źródło w charakterze norm moralnych, panujących w społeczeństwie – są one zbyt ogólne, by mogły koordynować zachowania ludzi w normalnych sytuacjach życiowych (np. ruch pojazdów), nie pozwalają rozwiązywać konfliktów, dla których rozwiązania konieczna jest specjalistyczna wiedza (np. problemy zanieczyszczenia środowiska), a wreszcie ich niedookreśloność powoduje niepewność i przedłużanie się konfliktów pomiędzy członkami społeczeństwa.

Jak wskazuje L. Alexander, dopóki Lex może osobiście rozstrzygać powstałe konflikty, dopóty wystarczające jest formułowanie przez niego indywidualnych i konkretnych nakazów, w każdej sprawie, którą rozpatruje. Kiedy jednak społeczność się rozrasta i zaczyna zamieszkiwać coraz większy obszar, Lex jest zmuszony formułować reguły o bardziej ogól-

<sup>13</sup> L. Alexander, *“With Me...”,* op. cit.

nym charakterze, ponieważ nie jest już w stanie rozstrzygać wszystkich konfliktów osobiście. Powstałe w ten sposób normy (np. norma nakazująca nieprzekraczanie przez kierujących pojazdami prędkości 55 mil na godzinę) mają jednak, jak wskazuje L. Alexander, pełnić tę samą funkcję co osobiste rozstrzygnięcie sporów przez Lexa, a mianowicie zaradzić problemom braku koordynacji, braku wiedzy specjalistycznej i braku efektywności, wiążącym się z funkcjonowaniem norm moralnych. Normy ustanowione przez Lexa są więc uszczegółowieniem i dookreśleniem norm moralnych, a normy moralne są racją dla ustanowienia przezeń norm prawnych.

Jeśli ustanowione przez Lexa normy prawne mają zaradzić wskazanym trzem problemom, to nie jest uzasadnione odnoszenie się do racji moralnych, które legły u podstaw ich ustanowienia (a więc do innych niż tekst reguły przesłanek interpretacyjnych). W szczególności nie jest uzasadnione odwoływanie się do celu czy funkcji tych reguł w sytuacji, gdy w konkretnym przypadku wydaje się, że rozstrzygnięcie oparte bezpośrednio na regule doprowadzi do skutków sprzecznych z racjami moralnymi, które tę regułę uzasadniają. Takie odwołanie się powodowałoby bowiem powrót do sytuacji, której zaradzić miało ustanowienie Lexa – funkcjonowania w społeczności ogólnych, niedookreślonych reguł, które powodują problemy braku koordynacji, braku wiedzy specjalistycznej i braku efektywności. Jak podkreśla L. Alexander:

Jeśli prawo jest odpowiedzią na niepewność i spory dotyczące moralności (...), to prawo, które jest nieformalne – które inkorporuje zasady moralne lub się do nich odnosi, choć ich sposób zastosowania jest niepewny i budzący spory – do niczego się nie nadaje<sup>14</sup>.

Rozważania L. Alexandra prowadzą do następującej konkluzji – prawo, jeśli ma być prawem, musi mieć ogólny i abstrakcyjny charakter. Ustanawianie i stosowanie reguł prawnych, z konieczności ogólnych i abstrakcyjnych, zawsze będzie obarczone ryzykiem powstania rozbieżności między wynikiem zastosowania generalnej reguły prawnej do danego przypadku a wynikiem bezpośredniego, *ad hoc* rozstrzygnięcia konkretnego przypadku bezpośrednio na podstawie norm moralnych. Zawsze też w sytuacji powstania rozbieżności zaistnieje pokusa, by porzucić regułę prawną i rozstrzygnąć dany przypadek wprost na podstawie standardu moralnego, ze względu na który ustanowiono daną regułę.

Ulegnięcie tej pokusie, a więc zarzucenie podejścia zakładającego podporządkowanie się regule, a nie standardowi, który za nią stoi, będzie jednak, jak wskazuje L. Alexander, równoznaczne z podważeniem sensu ustanawiania reguł i powrotem do sytuacji przedprawnej. W konsekwencji stosowanie przesłanek innych niż tekst reguły doprowadzi do nieprzewidywalności rozstrzygnięć i niepewności prawnej w opisywanej społeczności. Ostatecznie więc, jak zaznacza C. Sunstein:

kiedy przewidywalność jest szczególnie istotna – tak jak w przypadku prawa handlowego czy karnego – formalizm może mieć przewagę<sup>15</sup>.

### 3.3. Formalizm a ograniczenie dyskrecjonalności prawników

Istnieje oczywisty związek pomiędzy ideą rządów prawa, koniecznością przewidywalności procesu stosowania prawa oraz postulatem ograniczenia swobody interpretacyjnej prawników. Jak pisze A. Barak:

Sędzia nie ma wolnej ręki w interpretacji tekstu prawnego. Jak każdy dzierżyciel władzy sędzia jest ograniczony w tym, co może robić. Takie jest znaczenie rządów prawa w przeciwieństwie do rządów sędziów<sup>16</sup>.

Tematyka związania sędziów w procesie interpretacji i stosowania prawa (*judicial restraint*) oraz jej przeciwieństwo – ich szeroka władza dyskrecjonalna – jest ostatnio szeroko dyskutowana w Polsce i na świecie<sup>17</sup>. W ramach tej dyskusji głos formalizmu wydaje się szczególnie atrakcyjny, ponieważ oferuje proste rozwiązanie tego skomplikowanego problemu. Postulat formalizmu, dotyczący redukcji przesłanek interpretacyjnych, oparty jest na przekonaniu, że zmniejszenie liczby przesłanek interpretacyjnych, do których może sięgać prawnik, ograniczy pole

<sup>15</sup> C. Sunstein, *Must Formalism...*, op. cit., s. 654. Innym opracowaniem, w którym znajdujemy wyraźną pochwałę formalizmu ze względu na zapewnienie przewidywalności procesu stosowania prawa, jest: A.N. Adler, *Can Formalism Convey Justice? – Oaths, 'Deeds' and Other Legal Speech Acts in Four English Renaissance Plays*, „St. John's L. Rev.” 1998, 72, s. 248.

<sup>16</sup> A. Barak, op. cit., s. 54.

<sup>17</sup> Zob. D.J. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, Oxford 1986, passim; A. Kozak, *Granice...*, op. cit., passim; B. Wojciechowski, op. cit.; O. Wiklund (red.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Kluwer Law International, Stockholm 2003, passim.

dostępnych decyzji interpretacyjnych, spośród których można by wybrać, wykorzystując władzę dyskrejonalną<sup>18</sup>.

Zwolennicy formalizmu uznają ponadto, że nie tylko samo liczbowe zmniejszenie grupy przesłanek interpretacyjnych przyczyni się do związania interpretatora. Ważniejsze być może jest wykluczenie z grupy czynników wpływających na wynik interpretacji tych przesłanek, które charakteryzują się szczególną niedookreślonością. Do grupy tej należą z pewnością takie przesłanki, jak cel czy intencja ustawodawcy, ale także ogólne zasady prawa, sformułowane w konstytucjach, ustawach organicznych i innych aktach prawnych o charakterze generalnym. Dzięki wykluczeniu tych czynników proces stosowania prawa będzie się cechował, zdaniem zwolenników formalizmu, mniejszym udziałem „czynnika ludzkiego”, co doprowadzi do jego obiektywizacji<sup>19</sup>. W przeciwnym razie, a więc w sytuacji zezwolenia interpretatorowi na wykorzystywanie wszelkich dostępnych przesłanek interpretacyjnych, będzie on dysponował zbyt dużą władzą dyskrejonalną. Oznaczać to będzie uzależnienie wyniku procesu stosowania prawa od indywidualnych preferencji prawnika, wyrażających się w selektywnym doborze przesłanek, faworyzujących jedno odpowiadające interpretatorowi rozwiązanie przed innymi<sup>20</sup>. W sytuacji takiej zagrożona zostaje idea rządów prawa, ponieważ zamiast nich ustanowione zostają rządy sędziów, a w konsekwencji – jak przedstawia to R. Hodder-Williams – następuje „usędziowienie polityki” (*judicialisation of politics*), ponieważ sędziowie, zamiast stosować prawo, dokonują decyzji politycznych, zarezerwowanych dla wybieralnej i legitymowanej demokratycznie władzy<sup>21</sup>.

O zdolności formalizmu do ograniczenia subiektywizmu prawnika pisze także H. Rabault:

<sup>18</sup> Zob. np. twierdzenia na temat znaczenia stosowania podejścia oryginalistycznego dla ograniczenia dyskrejonalności sędziów w L.M. Seidman, *Ambivalence and Accountability*, „S. Cal. L. Rev.” 1988, 61, s. 1580 i n.

<sup>19</sup> Na zauważalne w praktyce i teorii prawa tendencje zmierzające do ochrony procesów decyzyjnych przed skrajną indywidualizacją rozstrzygnięć, która jest sprzeczna z wartościami i paradygmatami argumentacji prawniczej, głównie z koniecznością porównywalności argumentowania i zachowań decyzyjnych, zwraca uwagę B. Wojciechowski, op. cit., s. 223. Zob. także R. Sarkowicz, *Autorytet a obiektywna interpretacja tekstu*, w: G. Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie: księga jubileuszowa profesora Marii Boruckiej-Arcowej*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1992, passim.

<sup>20</sup> Zob. E. Łętowska, *Wstęp* do: H. Rabault, op. cit., s. 5.

<sup>21</sup> R. Hodder-Williams, *Judges and Politics in the Contemporary Age*, Bowerdean, London 1996, s. 2.



Prawo jest systemem wykazującym krańcową nieufność wobec interpretatora, który się zabezpiecza przed jego subiektywnością, wykorzystując w tym celu formalną organizację znaków. Pojęcie prawa formalnego – zwornik konstrukcji pierwotnego pozytywizmu w jego walce z prawno-naturalizmem – charakteryzuje więc nie tylko teoretyczną koncepcję prawa, ale również metodologiczną praktykę prawa i jej własną koncepcję hermeneutyczną. Za tzw. filozofiami prawa kryje się zatem pewna szczególna jego koncepcja, prowadząca do swoistego usamodzielnienia interpretatora, dzięki stwierdzeniu prymatu jego etyki, subiektywnie przez niego wypracowanej, nad prawem formalnym<sup>22</sup>.

Podobne w swej wymowie rozważania, które mogą przemawiać za ścisłym powiązaniem między formalizmem a ograniczeniem wpływu cech indywidualnych interpretatora na proces stosowania prawa, prowadzi F. Schauer<sup>23</sup>. Analizy te skupiają się na wykazaniu, że mimo wad, rozumowanie prawnicze oparte na akontekstualnym rozumieniu języka reguły, a więc redukujące zakres przesłanek interpretacyjnych do tekstu, jest bardziej pożądane niż rozstrzyganie wątpliwych przypadków wykorzystujące bezpośrednie zastosowanie argumentów celowościowych i funkcjonalnych, odnoszących się raczej do uzasadnienia reguły niż do niej samej.

Schauer podkreśla, że reguły, w szczególności reguły prawne, stanowią generalizacje<sup>24</sup>, i właśnie dzięki temu są przydatne w życiu społecznym. Generalizacje mają na celu zmniejszenie ryzyka popełnienia błędu przez osobę, która musi zdecydować, jak rozstrzygnąć konkretny przypadek. Osoba ta może oczywiście próbować rozstrzygnąć ten przypadek bez użycia tekstu reguły, decydując *ad hoc* na podstawie powodów, dla których ustanowiono regułę.

Jeżeli jednak w odniesieniu do reguł prawnych uznamy, że w konkretnym przypadku nie mamy obowiązku podjęcia decyzji na podstawie reguły, ale powodów, które ją uzasadniają, a więc wykorzystamy inne przesłanki niż sam tekst reguły, to zakwestionujemy sens istnienia tej reguły. To rozumowanie obrazuje konflikt między formalizmem i anty-formalizmem. Jeżeli w konkretnej sytuacji zamiast reguły zastosujemy do danego przypadku powody jej ustalenia (a więc np. skorzystamy z takich przesłanek, jak cel czy intencja ustawodawcy, wyrażone w historii legi-

<sup>22</sup> H. Rabault, op. cit., s. 200.

<sup>23</sup> F. Schauer, *Playing...*, op. cit., s. 157 i n.

<sup>24</sup> Ibidem, s. 17 i n.

slacyjnej), to doprowadzimy do zanegowania sensu funkcjonowania reguł, które są ustanawiane, zdaniem Schauera, właśnie po to, by zdjąć z osoby podejmującej decyzję o zastosowaniu reguły ciężar powtarzania rozumowania przeprowadzonego już raz przez ustanawiającego regułę. Tym samym wzmocnimy indywidualny wpływ interpretatora na wynik procesu stosowania prawa, a pomniejszymy wpływ prawa, uosobianego przez tekst reguły.

Analizy powyższe stanowią mocny argument na rzecz ograniczenia przez formalizm wpływu interpretatora na wynik procesu stosowania prawa. W świetle tej argumentacji decyzja o zastosowaniu reguły (*rule-based decision-making*) albo jej uzasadnienia do konkretnego przypadku (*particular reasoning*) staje się wyborem między podporządkowaniem się decyzji osoby ustanawiającej regułę a samodzielną decyzją osoby rozstrzygającej dany przypadek. Redukcja przesłanek interpretacyjnych do samego tekstu jest zatem, jak podkreślają przedstawiciele formalizmu, bardziej kompatybilna z wartościami pozytywizmu prawniczego. Oznacza ona podporządkowanie się autorytetowi prawodawczemu. Decyzja oparta na regule jest bardziej niezależna od osoby interpretatora, jest więc oparta na przedmiocie (prawie), nie zaś na podmiocie (człowieku). Natomiast decyzja oparta na pozatekstowych przesłankach, w tym celu reguły, angażuje w większym stopniu osobiste przekonania i preferencje podejmującego decyzję, jest więc tym samym bardziej zbliżona do idei rządów ludzi, nie rządów prawa.

#### 4. PSYCHOSPOŁECZNA ATRAKCYJNOŚĆ FORMALIZMU PRAWNICZEGO

Formalizm jest atrakcyjnym podejściem do stosowania prawa także ze względu na jego adekwatność do uwarunkowań psychicznych i społecznych, którym podlegają sędziowie czy urzędnicy państwowi stosujący prawo. Cechy formalizmu, takie jak sylogistyczność procesu stosowania prawa, zapewniają interpretatorowi pewnego rodzaju hermetyczność wnioskowania prawniczego, w szczególności są osłoną przed zewnętrzną ingerencją w ten proces. Sama ochrona przed czynnikami zewnętrznymi nie jest oczywiście rzeczą złą. Hermetyczność ta jednak także powoduje, że interpretator nie jest zobowiązany uzasadniać w szczególny sposób, dlaczego doszedł do takiego a nie innego wyniku interpretacyjnego. Skoro bowiem jego rozumowanie oparte jest na sylogizmie lub na innym formalnym sposobie wnioskowania, to wynik takiego wnioskowania jest

sprawą oczywistą i niepodlegającą debacie. Sędzia lub urzędnik, który podnosi, że jego rozumowanie ma charakter sylogizmu, nie musi wyjaśniać, jak wypracował swoje wnioski, podobnie jak nie musi wyjaśniać, dlaczego w działaniu matematycznym „ $2 + 2$ ” osiągnął 4. Tego rodzaju formalny parasol ochronny jest bardzo cenny z punktu widzenia niezależności sędziego czy urzędnika. Sprawia jednak istotne kłopoty, jeśli chodzi o kontrolę zgodności działania funkcjonariuszy państwa ze standardami ich pracy (a więc jest problematyczny w zakresie, w jakim interesuje nas nie tyle niezależność, ale dobrze pojęta odpowiedzialność – *accountability* – sędziów i urzędników przed społeczeństwem). Skoro bowiem osoba interpretująca prawo nie musi objaśniać drogi swojego rozumowania, może pokusić się o rozstrzygnięcie spraw, wykorzystując własne, subiektywne preferencje. Formalizm w podejściu do stosowania prawa może więc być narzędziem, które pozwala ukryć pod przykrywką rozumowania logicznego realizację własnych preferencji sędziego, a jednocześnie, ze względu na brak obowiązku szerokiego uzasadniania tego rozumowania, ogranicza możliwość kontrolowania przebiegu procesu interpretacji przez inne, uprawnione do tego podmioty.

O atrakcyjności formalistycznego podejścia do stosowania prawa świadczą preferencje samych sędziów co do wyboru metod interpretacji prawniczej, kształtowane w czasie studiów prawniczych i aplikacji. Specyfika edukacji prawniczej nakierowana jest na wyposażanie sędziów przede wszystkim w umiejętność posługiwania się argumentacją opartą na standardach formalnych. Jest to widoczne chociażby w poglądach samych sędziów na temat poprawnych sposobów interpretowania prawa. Jak wskazują dostępne w Polsce badania opinii sędziów (ale także prokuratorów), większość z nich sprzyja stosowaniu wykładni literalno-językowej i odrzuca konieczność dokonywania wykładni funkcjonalnej<sup>25</sup>. Uzasadnienia dla tej postawy są mocno zakorzenione w potrzebie ochrony takich wartości jak stabilność prawa i jego autonomia. Badani sędziowie i prokuratorzy wskazują, że stanowisko przyznające prymat wykładni literalno-językowej i odrzucające konieczność stosowania wykładni funkcjonalnej jest uzasadnione, ponieważ „zapewnia bezpieczeństwo prawne i jednolite orzecznictwo” oraz „uwalnia od nacisków społecznych i nacisków w mediach”<sup>26</sup>. Przekonania te niewątpliwie sytu-

<sup>25</sup> K. Pałecki, *Spolecznie...*, op. cit., s. 155.

<sup>26</sup> Ibidem.

ują badanych sędziów bliżej pozycji formalizmu (tekstualizmu) niż całościowego podejścia do interpretacji prawniczej i uwzględniania w jej procesie wszystkich, także pozatekstowych przesłanek interpretacyjnych.

Za atrakcyjnością psychospołeczną formalizmu przemawia także inna wskazywana już jego cecha, a mianowicie redukcjonizm przesłanek interpretacyjnych. Zmniejszenie liczby przesłanek branych pod uwagę w procesie stosowania prawa ma istotny wpływ na czas rozpatrywania danej sprawy. Jak wiadomo, jedną z często podkreślanych bolączek wymiaru sprawiedliwości jest brak odpowiednio długiego czasu na bardzo szczegółowe rozpatrzenie każdej ze spraw ze względu na liczbę spraw rozstrzyganych przez sądy. W sytuacji ograniczeń czasowych strategią postępowania może być tzw. ucieczka w formalizm<sup>27</sup>. Strategia ta, o charakterze mechanizmu obronnego, polega na prowadzeniu spraw w sposób angażujący sędziego w stopniu minimalnym, ale pozostającym w ramach porządku prawnego. Tego typu postępowanie sądów jest dostrzegane przez opinię publiczną – jak wskazują badania, niektóre badane grupy twierdzą, że cechą sądów jest m.in. niezdolność do wydawania kontrowersyjnych wyroków<sup>28</sup>. Niewątpliwie, wydawanie wyroków kontrowersyjnych, przez które należy rozumieć wyroki niezgodne z dotychczasową praktyką orzeczniczą (orzeczenia precedensowe), ma charakter atypowy, tym samym angażuje więcej czasu sędziego, który musi w szczególności sposób uzasadnić swoje rozstrzygnięcie. W świetle małej ilości czasu na rozpatrzenie każdej sprawy sędziowie są zapewne skłonni do rozpatrywania ich w sposób typowy.

Formalnym przejawem oszczędzania czasu sądów wyższego stopnia (sądów najwyższych czy administracyjnych) są np. ścisłe wymogi dotyczące podstaw formalnych pism procesowych czy też przymus adwokacki, który ma m.in. na celu zapewnienie odpowiedniego poziomu merytorycznego czynności dokonywanych przed sądami wyższych instancji.

<sup>27</sup> K. Pałecki, *Stressing...*, op. cit., s. 18: „[formalno-pozytywistyczny model rozstrzygania sporów prawnych] jest rodzajem «osłony» przed osobistą odpowiedzialnością [za rozstrzygnięcie] albo «drogą ucieczki» dla osób rozstrzygających, szczególnie jeśli chodzi o rozstrzyganie trudnych, kontrowersyjnych przypadków”.

<sup>28</sup> J. Czapska, *Wizerunek sądu w opinii społecznej*, w: M. Borucka-Arctowa, K. Pałecki (red.), *Sądy...*, op. cit., s. 20–21. Opinię taką wyrażają, zgodnie z badaniem źródłowym, adwokaci. Należy brać pod uwagę, że ta grupa może oczekiwać kontrowersyjnych wyroków ze względu na potrzeby reprezentowanych przez siebie klientów, których sytuacja procesowa przy wydawaniu wyroków „niekontrowersyjnych”, typowych, może być gorsza.

To dążenie do możliwej minimalizacji czasu poświęcanego przez sąd na rozpatrzenie spraw jest, jak się zdaje, przenoszone na dobór argumentacji w sprawie. Nie ulega wątpliwości, że jeśli chodzi o nakład pracy, to sięgnięcie do standardów formalnych jest optymalne. Nie wymaga od sędziów dużego wysiłku, ponieważ wzorce argumentacji, oparte na standardach takich jak wykładnia językowa, są im najlepiej znane oraz szeroko opracowane w literaturze. Ponadto, ze względu na wskazywane już zjawisko „sylogistyczności”, ich zastosowanie nie wymaga rozbudowanego uzasadnienia.

Zupełnie inaczej wygląda kwestia dostępności gotowych wzorców argumentacji opartych na standardach ogólnych, niedookreślonych. Omówmy ten problem na przykładzie sądu administracyjnego i standardu konstytucyjnego, jakim jest zasada proporcjonalności. Budowanie argumentacji sędziowskiej na tej zasadzie wymaga wszechstronnej analizy sytuacji, w której działał organ administrujący, w tym analizy warunków pozaprawnych (gospodarczych, technicznych i innych). W sytuacji dużego obciążenia sędziowie mogą po prostu nie dysponować odpowiednią ilością czasu na dokładne sprawdzenie tych kwestii. Dodatkowo właściwe uzasadnienie rozstrzygnięcia opartego na zasadzie proporcjonalności wymaga szczególnie precyzyjnego wywodu prawniczego. W przeciwnym razie argumentacja taka, jak wskazuje się w literaturze, jest łatwa do obalenia<sup>29</sup>. Z tych powodów względna trudność i czasochłonność budowania takiej argumentacji może mieć istotne znaczenie dla selekcji standardów rozstrzygnięcia dokonywanej przez sąd administracyjny. W takiej sytuacji formalizm proponuje redukcję przesłanek rozstrzygnięcia, a tym samym pozwala zaoszczędzić cenny czas na rozpatrywanie innych spraw.

Tendencja do przyjmowania literalnego podejścia do tekstu prawnego, będąca elementem formalizmu, jest często krytykowana właśnie z pozycji, które dostrzegają psychospołeczną atrakcyjność formalizmu. W mocnych słowach zjawisko to opisuje M. Zander:

Ostateczna krytyka literalnego podejścia do interpretacji polega na twierdzeniu, że jest ono [postawą] dezertera i lenia. Sędzia rezygnuje z próby zrozumienia dokumentu już za pierwszym podejściem. Zamiast wysilić się, aby odkryć, co ten tekst znaczy, przyjmuje on po prostu najprostszą interpretację przedmiotowych słów – bez uwzględniania, czy ta interpretacja ma jakikolwiek sens w danym kontekście. Nie chodzi o to, że literalne

<sup>29</sup> K. Wojtyczek, op. cit., s. 692.

podejście koniecznie prowadzi do złego rezultatu, ale o to, że rezultat ten jest czysto przypadkowy. Podejście to jest intelektualnym odpowiednikiem rozstrzygnięcia sprawy poprzez rzucanie monetą. Literalny **wynik interpretacji** w danym przypadku może być w rzeczywistości najlepszą i najmądrzejszą z alternatyw, ale **literalne podejście do interpretacji** jest zawsze błędne, ponieważ jest ono równoważne ze zrzeczeniem się przez sędziego odpowiedzialności (*abdication of responsibility*). Zamiast podejmowania decyzji na podstawie rozumowania i zasad, sędzia-literalista opiera swoją decyzję na jednym, arbitralnie preferowanym znaczeniu<sup>30</sup>.

Zasygnalizowane powyżej przyczyny psychospołecznej atrakcyjności formalizmu nie mogą być lekceważone. To właśnie one, jak się zdaje, powodują, że mimo poważnej krytyki teoretycznej, jakiej formalizm jest poddawany od lat, nadal jest on tak popularny wśród praktyków prawa. Praktyczna atrakcyjność formalizmu jest zagadnieniem godnym analizy (mimo teoretycznego charakteru niniejszej pracy), ponieważ toczona tu dyskusja ma doprowadzić do takiego modelu stosowania prawa, który nie tylko będzie uzasadniony teoretycznie jako kompatybilny z wartościami pozytywizmu prawniczego, ale jednocześnie będzie na tyle praktyczny, by mógł zostać wykorzystany w pracy sędziego czy urzędnika państwowego. Aby to osiągnąć, analizy prowadzone w drugiej części nie mogą zakończyć się na teoretycznej krytyce formalizmu, tak bowiem często bywało, bez skutku dla jego popularności jako praktycznego podejścia do stosowania prawa. Konieczne jest pójście o krok dalej i, oprócz teoretycznego zakwestionowania formalizmu, sformułowanie postulatów praktycznego podejścia do stosowania prawa, które mogłyby konkurować z formalizmem pod względem przydatności psychospołecznej dla codziennej pracy sędziów i urzędników państwowych.

## 5. SIŁA FORMALIZMU – PODSUMOWANIE

W tej części zidentyfikowano kilka czynników, które decydują o popularności formalizmu. Należą do nich, w kolejności omawiania: deklarowana kompatybilność formalizmu z ideami pozytywizmu prawniczego, w tym z ideą rządów prawa, zapewnienie przewidywalności procesu stosowania prawa, ograniczenie dyskrecjonalnej władzy prawników oraz zgodność postulowanych przez formalizm zachowań osób zajmujących

<sup>30</sup> M. Zander, *The Law-Making Process*, Butterworths, London 1999, s. 54 (podkreślenia w oryginale).

się stosowaniem prawa z psychospołecznymi warunkami ich codziennej pracy. Dzięki wyróżnieniu powyższych czynników, które mają mieszany charakter – praktyczno-teoretyczny – możliwe jest wyjaśnienie, dlaczego teoretyczna krytyka formalizmu jako podejścia do stosowania prawa nie odnosi oczekiwanego skutku. Co więcej jednak, wydaje się, że wyróżniona lista czynników wskazuje także, na jakich kwestiach musi skupić się każda antyformalistyczna koncepcja stosowania prawa, jeśli chce skutecznie konkurować z formalizmem.

W postulacie formalizmu dotyczącym ograniczenia władzy dyskrejonalnej prawników pobrzmiewają idee jurysprudencji mechanicznej (*mechanical jurisprudence*), o której pisał R. Pound<sup>31</sup>. Widać w nich także elementy poglądów europejskich kodyfikatorów, którzy uznawali za możliwe takie sformułowanie praw pisanych, aby sędziowie automatycznie orzekali o konsekwencjach prawnych, bez udziału osobistej oceny czy ważenia wartości. Jak wskazywano w poprzednich rozdziałach, krytyka formalizmu, począwszy od realistów amerykańskich, wielokrotnie ostrzegała, że proces interpretacji tekstu prawnego nie da się zamknąć w przewidywalną i obiektywną formułę sylogizmu, a sam język tekstu prawnego nie może istotnie ograniczyć swobody decyzyjnej prawnika. Problem w tym, że propozycje innego podejścia do interpretacji i stosowania prawa nie dawały łatwych i praktycznych odpowiedzi dotyczących związania sędziów. Generalnie podejścia antyformalistyczne prezentują w zakresie ograniczania dyskrejonalności sędziowskiej dwa stanowiska. Przeważające jest stanowisko, zgodnie z którym w wielu przypadkach po prostu nie da się uniknąć istotnego udziału dyskrejonalności sędziowskiej w rozstrzyganiu spraw i należy się z tym pogodzić (jest to stanowisko prezentowane m.in. przez Harta). Drugie stanowisko, którego zwolennikiem jest Dworkin, formułuje niejako zaprzeczenie, że prawnik stosujący prawo dysponuje jakąkolwiek dyskrejonalnością, ponieważ ma on obowiązek odnaleźć jedyną poprawną odpowiedź dla danej kwestii prawnej<sup>32</sup>. Teza Dworkina jest jednak bardziej normatywna niż opisowa – prezentuje raczej pożądaną stan rzeczy, niż opisuje rzeczywistość stosowania prawa. W szczególności Dworkin nie wskazuje konkretnych, nadających się do codziennego zastosowania technik, które zapewniłyby ograniczenie swobody interpretacyjnej prawnika. W tym zakresie

<sup>31</sup> R. Pound, op. cit., passim.

<sup>32</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, op. cit., s. 505–507; B. Wojciechowski, op. cit., s. 46.

nawet jego zdecydowany pogląd na brak dyskrecjonalności po stronie interpretatora jest mniej atrakcyjny niż prosty pomysł formalizmu, by ograniczyć swobodę prawników przez redukcję przesłanek interpretacyjnych i sylogistyczność procesu stosowania prawa, co w efekcie oznacza ich związanie albo przez tekst prawny, albo przez intencję historycznego prawodawcy.

Ostatecznie teza formalizmu o ograniczeniu władzy dyskrecjonalnej prawników jest bardziej atrakcyjna z praktycznego punktu widzenia niż propozycje antyformalistów. Daje ona stosunkową prostą receptę na rozstrzygnięcie skomplikowanego problemu związania interpretatora przy jednoczesnym zapewnieniu, że to związanie nie tylko nie sparaliżuje procesu stosowania prawa, ale nada mu charakter obiektywnie przeprowadzanej operacji myślowej. Z tego powodu nie wystarczy dyskutować z formalistami na gruncie teoretycznym. Propozycja antyformalistycznego podejścia do stosowania prawa musi nadawać się do praktycznego wdrożenia w codziennej praktyce, by mogła konkurować z propozycją formalizmu. Jego siła polega, jak pokazano, na odnalezieniu pozornego balansu pomiędzy zubożeniem skomplikowanego procesu stosowania prawa, jego w miarę akceptowalną efektywnością i praktycznymi postulatami ograniczenia dyskrecjonalności prawników. Formalizm jest jednak, jak podkreślają to sami formaliści<sup>33</sup>, mniejszym złem. Wybór mniejszego zła pozostaje wyborem złym, ponieważ wiąże się on z utratą czegoś cennego. W następnych częściach książki pokazano, ile traci prawo, gdy jest stosowane w sposób formalistyczny, a także że możliwa jest taka propozycja nieformalistycznego stosowania prawa, która da się relatywnie łatwo praktycznie wykorzystać, a równocześnie zapewni skuteczne kontrolowanie dyskrecjonalności interpretatorów.

Jednocześnie przedstawiona w drugiej części koncepcja stosowania prawa będzie się opierać na założeniu, że kompatybilna z ideami pozytywizmu prawniczego jest formalność prawa, nie zaś formalizm w jego stosowaniu. Koncepcja taka będzie więc godzić formalność prawa z nieformalistycznym procesem jego stosowania.



## **CZĘŚĆ II**

### **NASZE SŁOWA I NASZA HISTORIA**

## WPROWADZENIE DO CZĘŚCI II

Rozważania w poprzedniej części pozwoliły wysnuć wniosek, że charakterystyczne dla formalizmu są trzy twierdzenia: (i) twierdzenie o sylogistyczności rozumowania prawniczego, (ii) twierdzenie o konieczności zredukowania liczby przesłanek interpretacyjnych, na których opiera się decyzja interpretacyjna, oraz (iii) twierdzenie o możliwości ograniczenia swobody interpretatora przez sylogistyczność rozumowania prawniczego i redukcjonizm przesłanek interpretacyjnych. Jednocześnie, jak wskazano, twierdzenia składające się na koncepcję formalizmu prawniczego czynią z niego rzekomo podejście do stosowania prawa kompatybilne z wartościami pozytywizmu prawniczego i ideą rządów prawa. W rozdziale drugim starano się wykazać, że kompatybilna z wartościami pozytywizmu prawniczego jest w rzeczywistości formalność jako cecha prawa, nie zaś formalizm w jego stosowaniu. Rozważania w tym rozdziale pozwoliły ostatecznie stwierdzić, że zarówno praktyka, jak i teoria stosowania prawa sporo uwagi poświęca odróżnieniu formalności prawa od procesu stosowania formalnego prawa i nie jest wcale oczywiste, że uzupełnieniem formalności prawa powinien być formalizm w jego stosowaniu. Wprost przeciwnie – współczesne systemy prawne rozwinięły wiele koncepcji zapobiegania wadom formalności prawa w procesie jego stosowania. Koncepcje te zazwyczaj nakazują odejście od formalizmu w stosowaniu reguł, skupiając się na sformułowaniu zasad dotyczących używania reguł preskrypcyjnych i reguł konstruujących czynności prawne. Zasady te nakazują sięganie do celów i funkcji pełnionych przez te reguły, a tym samym pozwalają nadać procesowi ich stosowania nieformalistyczny charakter. Jeżeli bowiem okazuje się, że formalnie stosowana reguła doprowadza do realizacji stanu rzeczy niezgodnego z celem, dla którego została ustanowiona, to metanormy, sformułowane najczęściej w aktach rangi konstytucji czy kodeksów, nakazują bezpośrednią realizację celu, doprowadzając w rzeczywistości do modyfikacji reguły. Modyfikacja ta jest zaprzeczeniem idei formalnej niezmienności reguł, która, jak wskazywano, stanowi podstawowy warunek formalizmu w stosowaniu prawa.

Powszechny w literaturze przedmiotu brak wyraźnego odróżnienia formalizmu od formalności powoduje, że ten pierwszy w sposób niejako pasożytniczy czerpie korzyści z zasłużonego szacunku, jakim prawnicy obdarzają formalność prawa. Między innymi z tego powodu możliwe jest ściśle wiązanie formalizmu prawniczego z pozytywizmem i ideą rządów prawa, przedstawione w rozdziale trzecim, które oczywiście wzmaga popularność formalistycznych koncepcji stosowania prawa.

W drugiej części pracy kwestionuje się kompatybilność formalizmu prawniczego (odróżnianego od formalności prawa) z jednej oraz pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa z drugiej strony.

Część ta skupia się na wykazaniu po pierwsze, że twierdzenia składające się na koncepcję formalizmu nie dają się obronić, a po drugie, że pozytywizm prawniczy oraz związana z nim formalność prawa wymagają całkowicie innego niż formalizm podejścia do stosowania prawa. Rozważania w tej części rozpoczyna kluczowa teza, zgodnie z którą pozytywizm prawniczy uznaje za prawo publiczne komunikaty językowe wypowiedziane w pewien szczególny sposób, tzn. w formie i treści, jaka zgodnie z obowiązującą w danym społeczeństwie regułą uznania czyni je wypowiedziami doniosłymi prawnie.

Charakter komunikatów będących według pozytywizmu prawem, w szczególności:

- (i) semantyczne właściwości każdego z komunikatów z osobna oraz treściowe powiązania pomiędzy komunikatami,
- (ii) syntaktyka komunikacji przez prawo, a więc sposób konstruowania komunikatów prawnych, najczęściej w rozbiciu na komunikat główny i komunikaty go modyfikujące i uzupełniające oraz
- (iii) właściwości pragmatyngwistyczne komunikacji poprzez prawo, w szczególności zależności czasowe, treściowe i hierarchiczne pomiędzy poszczególnymi komunikatami składającymi się na prawo,

prowadzi do następujących tez:

(T1)

semantyka, syntaktyka i pragmatyka komunikacji poprzez prawo (ujmowane pozytywistycznie) powoduje, że rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego nie przebiega według prostego rozumowania sylogistycznego, ale stanowi skomplikowany proces poszukiwania rozstrzygnięcia, które jest twierdzeniem o obowiązującym prawie, spójnym z możliwie największą liczbą przesłanek interpretacyjnych obecnych w danej tradycji i kulturze prawnej (*teza antysylogistyczna*);

(T2)

semantyka, syntaktyka i pragmatyka komunikacji poprzez prawo (ujmowane pozytywistycznie) powoduje, że nie do pogodzenia z ideą rządów prawa i zasadą prymatu władzy prawodawczej jest rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego na podstawie grupy przesłanek interpretacyjnych zredukowanej liczbowo w stosunku do całości przesłanek interpretacyjnych dostępnych w danej tradycji i kulturze prawnej (*teza antyredukcjonistyczna*).

Wreszcie, w zakończeniu tej części pracy formuluje się twierdzenie, że możliwe jest prowadzenie rozumowania prawniczego opartego na tezie antysylogistycznej i antyredukcjonistycznej w sposób zapewniający ograniczenie swobody interpretacyjnej prawnika i nienaruszający autonomii prawa. Ograniczenie dyskrecjonalności prawnika i zachowanie autonomii prawa zapewnia podejście do stosowania prawa, nazywane holizmem interpretacyjnym. Jego podstawowym wymogiem jest wykazanie maksymalnej spójności z całością przesłanek interpretacyjnych, obecnych w danej kulturze prawnej. Realizacja tego zadania jest możliwa tylko poprzez odwoływanie się w każdym rozstrzygnięciu interpretacyjnym do maksymalnej liczby dostępnych przesłanek interpretacyjnych oraz wykazywanie, dlaczego niektórym z nich przyznano większą wagę argumentacyjną niż innym. Wykazanie, że holizm interpretacyjny pozwala ograniczyć władzę dyskrecjonalną prawnika jest przeciwwagą dla trzeciego twierdzenia formalizmu, zgodnie z którym takie ograniczenie umożliwia sylogistyczność i redukcjonizm przesłanek interpretacyjnych.

W efekcie część druga jest poświęcona wykazaniu, że podejście do stosowania prawa, nazywane holizmem interpretacyjnym, oparte na tezie antysylogistycznej i tezie antyredukcjonistycznej, jest bardziej niż formalizm adekwatne opisowo w stosunku do języka prawnego. Jednocześnie jest ono lepiej niż formalizm uzasadnione w aspekcie normatywnym, ze względu na realizację założeń pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa, oraz jest zdolne do ograniczenia swobody interpretacyjnej prawnika, zapewnienia przewidywalności decyzji interpretacyjnych oraz zachowania autonomii prawa.

## WŁAŚCIWOŚCI SEMANTYCZNE TEKSTU PRAWNEGO A BŁĄD FORMALIZMU

### 1. JĘZYKOWY CHARAKTER PRAWA W UJĘCIU POZYTYWISTYCZNYM

Pozytywistyczne ujęcie prawa zakłada, że reguły, normy czy standardy będące prawem dadzą się rozpoznać w praktyce społecznej i odróżnić od tych reguł, norm czy standardów, które mają inny charakter (np. obyczajowy czy moralny)<sup>1</sup>. Narzędziem odróżniania jest tzw. test pochodzenia (*test of pedigree*)<sup>2</sup>, a więc swoista procedura, dzięki której daną normę, regułę czy standard można poddać ocenie z punktu widzenia zespołu kryteriów, a następnie – jeśli spełnia ona owe kryteria – uznać, że należy do prawa. W ujęciu pozytywistycznym test pochodzenia co do zasady opiera się na konstrukcji autorytetu prawodawczego<sup>3</sup>. Oznacza to, że zasadniczo pozytywizm za prawo uznaje reguły, normy i standardy ustanowione przez autorytet prawodawczy funkcjonujący w danej społeczności. Opierając się na tej dość oczywistej konkluzji, możemy stwierdzić, że rozpoznanie danej normy, reguły czy standardu jako pochodzącego od autorytetu prawodawczego wymaga spostrzeżenia aktu ich ustanawiania. Spostrzeżenie to jest natomiast możliwe tylko w sytuacji, gdy autorytet prawodawczy w określony sposób zakomunikował ustanowienie reguły, normy czy standardu – zakomunikował, czyli pozwolił publicznie rozpo-

<sup>1</sup> Zob. rozważania na temat taksonomicznego pojęcia prawa (*taxonomic concept of law*), które jest charakterystyczne dla pozytywizmu prawniczego, w szczególności dla pozytywizmu w wydaniu J. Raza (R. Dworkin, *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2006, s. 232 i n.).

<sup>2</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, op. cit., s. 87 (tłumaczony jako „sprawdzian rodo-  
wodu”).

<sup>3</sup> Zob. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 1979, passim; idem, *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*, „Minn. L. Rev.” 2006, 90, s. 1004, a także K.E. Himma, *Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Concept of Authority*, „APA Newsletter on Philosophy and Law”, t. 6, nr 2, s. 20.

znać swoje działanie jako ustanawiające prawo. Aby to zrobić, autorytet ów w ujęciu pozytywistycznym musi posłużyć się jakimś językiem, który jest zrozumiały dla osób będących adresatami prawa. Tym samym dochodzimy do wniosku, że ujęcie pozytywistyczne prawa jest szczególnie zależne od języka, w przeciwieństwie do ujęć innych, w szczególności ujęcia prawnonaturalnego, które uznaje za możliwe powstawanie prawa na drodze innej niż jego publiczna komunikacja językowa dokonywana przez autorytet prawodawczy. Zastosowanie testu pochodzenia jest bowiem możliwe tylko w stosunku do norm, reguł czy standardów sformułowanych w języku. Tylko w takim kształcie są one na tyle namacalne, by można było o nich orzec, czy stanowią element systemu prawnego czy też innych systemów normatywnych, w szczególności systemu norm moralnych.

Językowy charakter prawa jako cecha charakterystyczna pozytywizmu prawniczego powoduje, że poznanie prawa odbywa się poprzez poznanie języka prawodawcy. Język ten jest zazwyczaj poddawany trójaspektowej analizie – analizie semantycznej, analizie syntaktycznej i analizie pragmatycznej, przez którą rozumie się odpowiednio analizę znaczenia terminów tego języka, analizę konstrukcji rozbudowanych komunikatów danego języka (np. zdań, a w przypadku prawa także norm) oraz analizę sposobu i kontekstu użycia terminów danego języka. Niniejszy rozdział skupi się na semantyce języka prawnego, natomiast w rozdziale następnym będą rozważane jego aspekty syntaktyczne i pragmatyczne. W zakresie wszystkich trzech aspektów języka prawnego celem jest wykazanie, że formalizm prawniczy jako metoda interpretacji i stosowania prawa nie odpowiada charakterowi języka prawnego.

## 2. ZNACZENIE TEKSTU PRAWNEGO A UPŁYW CZASU POMIĘDZY UCHWALENIEM PRAWA A JEGO INTERPRETACJĄ

Prawnik, interpretując komunikaty językowe wypowiedziane przez prawodawcę, prowadzi analizę semantyczną, a więc ustala ich znaczenie. W tym miejscu pojawia się pytanie, jaki sposób analizy semantycznej przyjąć, które z kolei wymaga odpowiedzi na dwa konkretne zagadnienia. Po pierwsze, chodzi o to, jaką koncepcję znaczenia przyjmuje prawnik analizujący tekst prawny oraz – co jest ściśle z koncepcją znaczenia powiązane – jaki sposób odnoszenia (referencji) terminów używanych w prawie do rzeczywistości pozajęzykowej zakłada. Po drugie, chodzi

o aspekt czasowy, o moment, dla którego kwestie znaczenia i referencji prawnik ustala.

Co do pierwszego zagadnienia możliwe jest rozróżnienie dwóch podejść. Pierwsze z nich, oparte na intencjonalnej (asocjacionistycznej) koncepcji znaczenia<sup>4</sup>, zakłada, że znaczenie i referencja terminów prawnych są zależne od intencji mówiącego, ewentualnie tego, co w chwili wypowiedzania danego słowa przychodzi mu na myśl, a więc, w przypadku prawa, od intencji prawodawcy. Autor tekstu prawnego, w myśl tego podejścia, które możemy nazwać *semantyką intencjonalną*, ma intencje odnoszenia się poprzez wypowiedziane słowa do konkretnych elementów rzeczywistości pozajęzykowej. Zadaniem interpretatora jest natomiast zidentyfikowanie tej intencji, ustalenie, jaka jest treść nazw stosowanych przez autora tekstu, a następnie zidentyfikowanie w rzeczywistości pozajęzykowej desygnatów tych nazw, czyli rzeczy, ludzi i okoliczności, które spełniają kryteria składające się na treść nazw, jakie w tekście prawnym zamieścił jego autor. Drugie podejście do kwestii znaczenia, określane mianem semantyki K–P (od nazwisk Saula Kripkego i Hilarego Putnama), odchodzi od intencjonalnej koncepcji znaczenia na rzecz przyczynowej koncepcji referencji, która zakłada, jak pisał Putnam, że „znaczenia nie mieszkają w naszych głowach”<sup>5</sup>. Szukając znaczenia, semantyka K–P odwołuje się nie do intencji podmiotu mówiącego, ale do społecznej praktyki używania konkretnych nazw, która to praktyka ze względu na odpowiednio długą tradycję standardowego używania danych terminów decyduje o tym, do jakich przedmiotów i sytuacji w rzeczywistości pozajęzykowej odnoszą się słowa wypowiedziane czy napisane przez daną osobę.

Podejście semantyki intencjonalnej pozwala ukryć błędy formalizmu jako koncepcji interpretacji tekstu prawnego. Semantyka intencjonalna dopuszcza uznawanie za główny cel interpretatora odkrycie intencji autora tekstu, co uzasadnia podejście oryginalistyczne, charakterystyczne dla starego formalizmu i – w odniesieniu do konstytucji – dla nowego formalizmu. Jednocześnie skupienie pracy interpretatora na analizowaniu działań historycznego autora tekstu, nie zaś wspólnoty komunikacyjnej,

<sup>4</sup> Zob. np. K. Ajdukiewicz, *O znaczeniu wyrażen*, w: idem, *Język i poznanie*, t. 1: *Wybór pism z lat 1920–1939*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1985, s. 109.

<sup>5</sup> H. Putnam, *The Meaning of Meaning*, w: *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers*, t. 2, Cambridge University Press, Cambridge 1975, s. 215–271.

w której funkcjonuje, pozwalało spychać na plan dalszy kwestię trwania tekstu w czasie, a więc kwestię, jak pisał Ricoeur, oderwania się tekstu od jego autora i powstania dystansu między autorem i czytelnikiem<sup>6</sup>, która to kwestia jest jedną z podstawowych dla scharakteryzowania języka prawnego. Z tych prawdopodobnie powodów dotychczasowa dominacja semantyki intencjonalnej, zwłaszcza na gruncie prawa, była jedną z przyczyn powodzenia formalizmu. Formalizm nie da się jednak obronić, jeśli zastosuje się do jego analizy semantykę K–P. Jak zostanie poniżej wykazane, semantyka K–P nakazuje interpretatorowi skupić się nie na autorze tekstu, ale na jego słowach i praktyce językowej wspólnoty komunikacyjnej, w której tekst został stworzony i jest interpretowany, oraz na rzeczywistości, do której tekst ten się odnosi<sup>7</sup>. A ponieważ pomiędzy momentem stworzenia tekstu i momentem jego interpretowania najczęściej występuje różnica czasowa, semantyka K–P o wiele wyraźniej niż semantyka intencjonalna stawia przed interpretatorem pytanie o to, którą praktykę językową i którą rzeczywistość pozajęzykową, do której tekst odnosi, wybrać. Te współczesne momentowi powstania tekstu czy też te, z którymi mamy do czynienia w czasie jego interpretowania?

Z przedstawionych powodów spośród wielu zagadnień możliwych do rozważania w ramach analizy semantycznej tekstu prawnego szczególnie interesujący jest sposób, w jaki interpretator radzi sobie z powszechną w prawie zmianą znaczenia tekstu prawnego w czasie<sup>8</sup>. W starszych ujęciach formalizmu za wiążące dla interpretatora uznaje się znaczenie przyjmowane przez oryginalnego prawodawcę, dostępne dzięki analizie historycznej okoliczności wydania danego aktu prawnego. Tak zwany stary formalizm przyjmował więc co do zasady podejście oryginalistyczne, zgodnie z którym ustalenie wiążącego znaczenia tekstu prawnego możliwe jest na dwa sposoby – albo poprzez odwołanie się do intencji historycznego prawodawcy, albo poprzez ustalenie zwykłego znaczenia interpretowanego tekstu w momencie jego ustanawiania – a więc znaczenia powszechnego w tym czasie lub znaczenia przyjmowanego przez racjo-

<sup>6</sup> Zob. P. Ricoeur, *Język, tekst, interpretacja: wybór pism*, przeł. P. Graff i K. Rosner, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1989, s. 129.

<sup>7</sup> Zob. na ten temat B.H. Bix, *Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy*, „Ratio Juris” 2003, t. 16, nr 3, s. 281–295.

<sup>8</sup> Na temat konieczności odnalezienia spójności znaczenia (*consistency of meaning*) w czasie i trudności z tym związanych zob. M.V. Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, „Harv. L. Rev.” 1983, 96, s. 804–805.



nalnego czytelnika będącego członkiem społeczności interpretacyjnej w momencie ustanawiania interpretowanego aktu prawnego<sup>9</sup>. To drugie podejście jest bardziej zbliżone do stanowiska semantyki K–P, ponieważ przenosi akcent z autora tekstu na wspólnotę komunikacyjną, w której funkcjonował.

W przeciwieństwie do starego formalizmu, nurty klasyfikowane jako nowy formalizm – jak się zdaje – uprzywilejowują zwykle znaczenie tekstu prawnego nie w momencie jego ustanowienia, ale w momencie jego interpretacji<sup>10</sup>. Odrywają się one tym samym od oryginalizmu i intencji historycznego prawodawcy, a uznają za wiążące znaczenie tekstu prawnego, które przyjmowałby racjonalny jego czytelnik, będący członkiem społeczności współczesnej interpretatorowi, a nie historycznemu prawodawcy. Jednocześnie, co oczywiście pogłębia rozdźwięk wewnątrz podejścia formalistycznego, przedstawiciele nowego formalizmu (m.in. Antonin Scalia), choć na poziomie interpretacji ustaw stosują podejście „uwspółcześniające”, w odniesieniu do interpretacji konstytucji nadal popierają stosowanie podejścia oryginalistycznego.

W nowszych ujęciach formalizmu uznaje się, że znaczenie danego komunikatu językowego będącego elementem prawa jest nam dostępne w prostym akcie poznawczym, pozwalającym na uchwycenie jego „zwykłego znaczenia” (*plain meaning*)<sup>11</sup>. Analiza komunikatu prawniczego polegająca na pozostaniu przy jego „zwykłym” znaczeniu oznacza, że interpretator rozumie tekst w sposób współczesny jemu samemu i jego społeczności. Cóż bowiem oznacza „zwykłe” znaczenie? Zwykłość powinna być rozumiana jako powszechność, a powszechność może być rozumiana tylko w odniesieniu do jakiejś grupy społecznej. Wydaje się więc, że interpretator, ustalając zwykłe znaczenie tekstu, nie ustala jego obiektywnego, ponadczasowego znaczenia (takie, jak się zdaje, nie istnieje), lecz jedynie znaczenie w miejscu i czasie dokonywania interpretacji, i to znaczenie powszechnie uznawane w społeczności, której on sam jest członkiem. Nie trzeba dodawać, że może ono się różnić od znaczenia, które dany termin czy bardziej rozbudowany komunikat miał w momen-

<sup>9</sup> Na temat różnic pomiędzy starym i nowym formalizmem (tekstualizmem) zob. W.N. Eskridge Jr., *The New Textualism...*, op. cit., s. 626 i n.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 667 i n.

<sup>11</sup> Zob. A. D’Amato, *Counterintuitive Consequences of “Plain Meaning”*, „*Ariz. L. Rev.*” 1991, **33**, passim oraz S.F. Ross, *The Limited Relevance of Plain Meaning*, „*Wash. U. L. Q.*” 1995, **73**, passim.

cie, gdy był ustanawiany przez autorytet prawodawczy danej społeczności, zwłaszcza jeśli od momentu ustanowienia danej reguły, normy czy standardu minęło sporo czasu.

Czy można więc przyjąć, że ustalając „zwykłe” znaczenie terminu czy komunikatu prawnego, prawnik dokonuje w rzeczywistości „uaktualnienia” znaczenia, w porównaniu ze znaczeniem nadawanym tym samym terminom i komunikatom przez prawodawcę? Czy, innymi słowy, ustalając „zwykłe” znaczenie tekstu, prawnik dokonuje jego dynamicznej wykładni? Jest chyba za wcześnie, by odpowiedzieć na te pytania (będzie to możliwe w zakończeniu następnej części tego rozdziału). Z całą pewnością możemy jednak powiedzieć, że w samym łonie formalizmu powstają wątpliwości co do tego, które znaczenie tekstu należy przyjmować za wiążące – to historyczne, właściwe autorytetowi prawodawczemu, czy też to będące powszechnym (zwykłym) znaczeniem w społeczności, której członkiem jest interpretator.

Oba wskazane powyżej ujęcia znaczenia tekstu prawnego proponowane przez formalizm są powiązane z podstawowymi twierdzeniami składającymi się na tę koncepcję stosowania prawa, a mianowicie z twierdzeniami o sylogistyczności i konieczności zredukowania liczby przesłanek interpretacyjnych. Oba podejścia w sposób dogmatyczny opierają się na wybranej przesłance interpretacyjnej lub grupie takich przesłanek, pomijając jednocześnie inne przesłanki, możliwe do przyjęcia w danym przypadku. Podejście oryginalistyczne uznaje za słuszne odnoszenie się do znaczenia tekstu z momentu jego uchwalenia, nie uwzględniając ewolucji znaczenia w czasie. Przyjmując takie podejście, interpretator wyklucza z procesu swojego rozumowania znaczną część stosowanych przez prawoznawstwo argumentów interpretacyjnych, określanych wspólnym mianem „dynamicznych teorii stosowania prawa”<sup>12</sup>. Z kolei podejście nowego formalizmu uwzględnia znaczenie tekstu prawnego z momentu jego interpretacji, bez brania pod uwagę znaczenia historycznego i intencji prawodawcy. Podejście nowego formalizmu, polegające na uchwyceniu zwykłego znaczenia tekstu, charakteryzuje się dodatkowo daleko posuniętą sylogistycznością. Uznanie tego znaczenia za wiążące interpretatora powoduje, że nie jest konieczne uzasadnianie przed opinią publiczną procesu dojścia do danego znaczenia (proces ten jest bowiem intuicyjny i automatyczny – z tego powodu określamy to znaczenie właśnie jako znaczenie „zwykłe”).

Bez względu na to, które ze stanowisk semantycznych formalizmu uznamy za reprezentatywne, musimy uznać, że próbują one znaleźć oparcie dla swoich twierdzeń w tekście prawnym. Problem podejść antyformalistycznych, jeśli chodzi o analizę semantyczną języka prawnego, polega na tym, że proponując odejście od oryginalizmu lub odejście od analizy zwykłego znaczenia tekstu, oddalają się one od tekstu prawnego jako takiego. Tym samym mogą one budzić sprzeciw co bardziej tradycyjnie nastawionych przedstawicieli środowiska prawniczego. Doskonałym przykładem odchodzenia od tekstu jest model dynamicznej wykładni prawa W.N. Eskridge'a Jr<sup>13</sup>. Autor ten wyróżnia trzy perspektywy, które są stosowane w interpretacji prawa. Są to: perspektywa tekstualistyczna (*textual perspective*), oznaczająca skupienie się interpretatora na tekście jako formalnym elemencie ograniczającym liczbę dostępnych opcji interpretacyjnych, perspektywa historyczna (*historical perspective*), która na pierwszym miejscu uwzględnia oczekiwania historycznego prawodawcy, uchwalającego interpretowany tekst, oraz perspektywa ewolucyjna (*evolutive perspective*), uwzględniająca zmianę kontekstu, w jakim funkcjonuje akt prawny, w szczególności zmianę otoczenia społecznego i prawnego w okresie od momentu uchwalenia tego aktu do momentu poddawania go interpretacji. Charakterystyczne dla dokonanego rozróżnienia jest wyraźne oddzielenie przez autora perspektywy tekstualistycznej od perspektywy ewolucyjnej. Oznacza ono, że dynamiczne podejście do interpretacji prawa jest możliwe tylko niejako w oderwaniu od tekstu, jeśli nie w opozycji do niego. Przekonują o tym inne fragmenty opracowania W.N. Eskridge'a, w których przeciwstawia on perspektywę ewolucyjną perspektywie tekstualistycznej, pisząc m.in., że ta pierwsza w niektórych przypadkach powinna wziąć górę nad drugą<sup>14</sup>.

Podejście Eskridge'a nie jest wyjątkiem, ale raczej regułą. Podstawową bolączką antyformalistów jest zdecydowane popieranie tezy o ewolucji prawa w czasie i postulowanie uwzględniania w procesie interpretacji zmiany okoliczności zewnętrznych wobec tekstu, przy jednoczesnym przyznawaniu, że takie podejście nie znajduje oparcia w tekście prawnym. Stanowisko tego typu musi powodować pytania o jego legitymację. Odejście od tekstu prawnego jest bowiem powszechnie – i słusznie – kojarzone z samowolą interpretatora i kwestionowaniem supremacji

<sup>13</sup> Zob. W.N. Eskridge Jr., *Dynamic...*, op. cit., passim.

<sup>14</sup> Ibidem, s. 1484.

władzy prawodawczej. Jak się zdaje, z tego powodu m.in. krytyki formalizmu podejmowane z perspektywy ewolucjonistycznej nie cieszą się powszechnym powodzeniem i nie znajdują tak szerokiego zastosowania w praktyce orzeczniczej jak postulaty formalizmu.

W tym rozdziale zaproponowano podejście do interpretacji tekstu prawnego, które zakłada – posługując się terminologią Eskridge’a – że perspektywa tekstualistyczna i perspektywa ewolucyjna nie tylko nie pozostają w opozycji, ale się pokrywają. Poniżej zostanie przedstawiony sposób, w jaki nowsze teorie semantyczne pozwalają uznać, że znaczenie terminów zawartych w tekście, w tym tekście prawnym, zmienia się w czasie. Jednocześnie ta ewolucja znaczenia w czasie nakłada na interpretatora liczne obowiązki. Powoduje mianowicie, że interpretator nie tylko nie może autorytatywnie twierdzić, iż jedynym słusznym znaczeniem tekstu prawnego jest jego historyczne czy tzw. zwykłe znaczenie, ale że jest on zmuszony wykorzystywać dużą liczbę przesłanek interpretacyjnych w celu ustalenia wiążącego go znaczenia tekstu.

Przedstawione poniżej rozważania, polegające na zastosowaniu semantyki K–P do interpretacji tekstu prawnego, doprowadzą do uzasadnienia tezy antysylogistycznej i antyredukcjonistycznej dzięki sformułowaniu dwóch twierdzeń. Zgodnie z **pierwszym** twierdzeniem, tekst prawny może mieć nawet do kilku znaczeń w zależności od momentu, w którym albo dla którego to znaczenie próbujemy ustalić. Jednym z tych znaczeń jest znaczenie pierwotne, właściwe dla momentu uchwalania aktu, innym – znaczenie właściwe dla momentu dokonywania interpretacji. Twierdzenie to popiera tezę antyredukcjonistyczną, ponieważ uniemożliwia ono dogmatyczne przyjęcie jednego tylko znaczenia tekstu – np. znaczenia historycznego – przy jednoczesnym pominięciu innych znaczeń. Zgodnie z **drugim** twierdzeniem, ustalenie każdego ze znaczeń tekstu wymaga poznania praktyki posługiwania się użytymi w nim terminami w każdym interesującym interpretatora momencie, a więc zarówno w momencie uchwalenia aktu, jak i w późniejszych, w których dany tekst pozostawał elementem systemu prawa. Poznanie kolejnych znaczeń tekstu umożliwiałoby m.in. badanie wypowiedzi używających tych samych terminów w momencie, dla którego chcemy ustalić znaczenie tekstu. Wypowiedzi te obejmują np. zdania sformułowane jako część tzw. historii legislacyjnej, a więc wypowiedzi dotyczące kwestii regulowanych w danym akcie, a sformułowane przy okazji jego uchwalenia, wypowiedzi nauki prawa będące częścią dorobku nauk prawnoporównawczych itd.

To drugie twierdzenie popiera tezę antysylogistyczną. Wskazuje ono, że interpretacja tekstu prawnego jest skomplikowanym procesem poszukiwania znaczenia poprzez analizę wielu „dowodów” przemawiających za przyjęciem danego znaczenia, a nie prostą operacją logiczną.

W konsekwencji, rozważania przedstawione w tym rozdziale prowadzą do wniosku, że założenia formalizmu o sylogistyczności procesu interpretacji i konieczności zredukowania liczby przesłanek interpretacyjnych nie są adekwatne ani jako tezy o charakterze opisowym, ani jako tezy o charakterze normatywnym. Tezy te nie są adekwatne opisowo, ponieważ nie oddają właściwie przebiegu procesu interpretacji. Nie są one także wartościowe jako tezy normatywne, ponieważ podporządkowanie się im powoduje nieznajdujące uzasadnienia zubożenie procesu interpretacji i może prowadzić do błędnego rozstrzygnięcia interpretacyjnego, przez które na tym etapie można rozumieć błędne ustalenie znaczenia tekstu prawnego.

Zakwestionowanie tez o sylogistyczności rozumowania prawniczego i redukcjonizmie przesłanek interpretacyjnych stanowi destrukcyjną część pracy, którą musi wykonać każdy krytyk formalizmu. Pozostaje jeszcze część konstrukcyjna. Wymaga ona wykazania, że perspektywa ewolucyjna rozpatrywania interpretacji prawa jest immanentnie związana z perspektywą językową tej interpretacji. A to z kolei oznacza, że tak jak perspektywa językowa interpretacji jest jednym z istotnych aspektów pozytywistycznego podejścia do prawa, tak też perspektywa ewolucyjna powinna się nim stać. Ostatecznie więc konkluzją tego rozdziału będzie twierdzenie, że kompatybilna z pozytywizmem prawniczym koncepcja stosowania prawa może opierać się na założeniu o ewolucji znaczenia tekstu prawnego w czasie. Innymi słowy – że przyjęcie założenia o językowości komunikacji przez prawo nie tylko nie wyklucza akceptacji dynamicznej teorii wykładni, ale w istotnym zakresie tego wymaga.

### 3. SEMANTYKA KRIPKEGO—PUTNAMA A JĘZYK PRAWNY

Ta część pracy ma wykazać, że formalistyczne podejście do interpretacji i stosowania prawa opiera się na tradycyjnym ujęciu semantyki, którego głównym założeniem jest skupienie się na osobie używającej języka, jej myślach i zachowaniu. Podejście to nie docenia wagi kontekstu, w jakim używa się języka, a w szczególności wagi praktyki wspólnoty językowej, do której należy mówiący. Na te elementy zwracają natomiast uwagę nowsze ujęcia semantyki i dlatego uznaje się je za bardziej

adekwatne do badania praktyki językowej w świecie prawa. Głównym powodem dla uznania wyższości nowszego ujęcia jest charakterystyczne dla niego przesunięcie akcentu z jednostki na wspólnotę komunikacyjną i powodowana tym swoista obiektywizacja interpretacji, która zostanie szerzej omówiona poniżej.

Poniżej zaprezentowane zostaną pokrótce najważniejsze różnice pomiędzy tradycyjnymi podejściami semantycznymi a semantyką K–P, a następnie przedyskutowane skutki wykorzystania semantyki K–P dla analizy języka prawnego.

### 3.1. Różnice pomiędzy tradycyjnymi ujęciami semantyki a semantyką K–P

Tradycyjne ujęcia semantyki nadają rozumieniu języka (a więc i analizie przepisów lub reguł) charakter operacji:

- a) badającej, jakie obiekty pozajęzykowe spełniają kryteria składające się na treść nazw<sup>15</sup>,
- b) opierającej się na badaniu intencji i wiedzy mówiącego, a więc na badaniu tzw. znaczenia psychologicznego albo znaczenia osoby mówiącej (*speaker meaning*)<sup>16</sup> oraz
- c) zakładającej, że znaczenia nazw nie zmieniają się (nie ewoluują) w czasie.

Ujęcia tradycyjne nadają analizie języka (a więc i analizie przepisów lub reguł) charakter operacji dwuetapowej: najpierw ustala się, do jakich kryteriów odwołuje się nazwa użyta przez osobę mówiącą (treść nazwy), a następnie próbuje się zidentyfikować obiekt, który spełnia te kryteria (desygnat). Taka analiza zakłada, że za odnoszenie się nazw do rzeczywistości odpowiada głównie intencja mówiącego. To on, posługując się nazwą, ma na myśli kryteria składające się na jej znaczenie, a odbiorca, aby ustalić, do czego mówiący się odnosi, musi zidentyfikować obiekt

<sup>15</sup> Takie ujęcie analizy językowej przepisów było przedmiotem krytyki ze strony antypozytywistów, a najbardziej znanym jej przykładem jest idea „semantycznego ukąszenia” (*semantic sting*), którą sformułował Dworkin. Zob. R. Dworkin, *Law’s Empire*, Belknap Press, Cambridge, Mass. 1986, s. 45 i n.

<sup>16</sup> Taki charakter ma m.in. analiza „znaczenia psychologicznego” w ujęciu K. Ajdukiewicza (K. Ajdukiewicz, op. cit., s. 109). W sprawie *speaker’s meaning* zob. M. Devitt, *Designation*, Columbia University Press, New York 1981, s. 80 i n. Na temat analizy semantycznej języka prawnego zob. ogólnie J. Woleński, *Język prawny w świetle współczesnych metod analizy semantycznej*, „Zeszyty Naukowe UJ”, Prace Prawnicze 1967, nr 31, passim.

spełniający te kryteria. Jednocześnie skoncentrowanie się tradycyjnych ujęć semantycznych na intencji mówiącego i na kryteriach, które zalicza on do kryteriów tworzących treść danej nazwy, powoduje niejako zatrzymanie znaczenia (sposobu referencji<sup>17</sup>) w czasie. Skoro bowiem koncentrujemy się na intencji mówiącego i znaczeniu, które miał on na myśli, to zakładamy, że znaczenie to nie ulega zmianie w czasie, ponieważ jest trwale powiązane z osobą mówiącego, a więc i z momentem wypowiedzi. Tradycyjne ujęcia semantyczne, opierające się na intencji mówiącego, analizie kryterialnej nazw oraz niezmienności znaczenia w czasie, dają się tym samym pogodzić z podejściem formalistycznym do stosowania prawa. Jak wskazywano w rozdziale pierwszym, podejście to także koncentruje się na intencji podmiotu posługującego się językiem (w tym przypadku intencji prawodawcy), skupia się na analizie, czy dany obiekt (np. element stanu faktycznego) spełnia kryteria określone w przepisie, oraz odmawia uwzględniania zmiany w czasie sposobu odnoszenia się nazw do rzeczywistości.

W ostatnio prezentowanych pracach prawniczych do analizy języka prawnego wykorzystuje się dorobek nowszych koncepcji semantycznych, w tym w szczególności tzw. semantyki K–P, nazywanej tak od nazwisk jej twórców: Saula Kripkego i Hilarego Putnama<sup>18</sup>. Nowsze koncepcje semantyki, nazywane w skrócie semantyką Kripkego–Putnama (semantyką K–P), prezentują stanowisko odmienne niż ujęcia tradycyjne, ponieważ:

- a) odchodzą od analizy znaczenia terminów polegającej na analizie kryteriów składających się na treści nazw i wyszukiwaniu w rzeczywistości językowej desygnatów spełniających te kryteria,
- b) zaprzeczają potrzebie uwzględniania intencji i wiedzy mówiącego w celu identyfikacji obiektu, do którego się on odnosi, ponieważ są zainteresowane znaczeniem konwencjonalnym (*conventional meaning*), a nie znaczeniem osoby mówiącej (*speaker meaning*)<sup>19</sup> oraz

<sup>17</sup> Pojmowanie znaczenia jako sposobu referencji jest powszechne w semantyce, choć istnieją poglądy definiujące znaczenie bez odwoływania się do pojęcia referencji. Zob. R. Wójcicki, *Ajdukiewicz. Teoria znaczenia*, Prószyński i S-ka, Warszawa 1999, s. 52 i n.

<sup>18</sup> Zob. N. Stavropoulos, op. cit., passim.

<sup>19</sup> Tym samym semantyka K–P proponuje koncepcję znaczenia odmienną od koncepcji znaczenia psychologicznego K. Ajdukiewicza, która stała m.in. u podstaw teorii wykładni J. Wróblewskiego. Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, passim. O nie-

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

Pierwszym założeniem semantyki K–P jest zakwestionowanie tradycyjnego pojęcia treści nazwy jako zespołu charakterystycznych cech przysługujących desygnatowi danej nazwy, na podstawie których można uznać dany przedmiot za desygnat danej nazwy, bądź wobec braku którejs z nich odmówić mu tego charakteru<sup>20</sup>. Kripke kwestionuje tradycyjne ujęcie odnoszenia się nazwy do jej desygnatu – według niego nie polega ono na zgodności cech przedmiotu, do którego odnosi się mówiący, z zespołem cech tworzących treść nazwy (tzw. wiązką własności lub wiązką deskrypcji). Do wyjaśnienia swojego podejścia Kripke używa przykładu, w którym występuje profesor Gödel, autor twierdzenia o zupełności arytmetyki. Kripke zakłada na moment, że w rzeczywistości autorem tego twierdzenia jest niejaki Schmidt, który został następnie w podejrzany sposób zamordowany, a jego rękopis trafił do profesora Gödla, ten zaś opublikował go jako swój. Bazując na tym przykładzie, Kripke wskazuje, że jeżeli treścią nazwy „Gödel” jest „człowiek, który odkrył zupełność arytmetyki”, to według tradycyjnej teorii odnoszenia się nazw musieliśmybyśmy przyjąć, że mówiąc „Gödel”, odnosimy się w rzeczywistości do Schmidta. Tak jednak nie jest – mówiąc „Gödel”, odnosimy się bowiem do Gödla. Oznacza to więc, według Kripkego, że fałszywe jest twierdzenie, jakoby spełnienie przez dany przedmiot większości czy nawet wszystkich warunków wymaganych przez treść nazwy czyniło ten przedmiot desygnatem tej nazwy. Schmidt, nawet jeśli spełnia kryterium bycia „człowiekiem, który odkrył zupełność arytmetyki”, nie jest desygnatem nazwy „Gödel”. Podając ten przykład, Kripke prezentuje swoją koncepcję odnoszenia się nazw do przedmiotów pozajęzykowych:

Obraz, który prowadzi do teorii wiązki deskrypcji [będącej podstawą tradycyjnych koncepcji semantycznych – przyp. M.M.] jest mniej więcej taki: jestem odosobniony w jakimś pokoju; cała społeczność innych mówiących może zniknąć, ja zaś określam odniesienie dla siebie, mówiąc: „Przez Gödla będę rozumiał człowieka, niezależnie od tego, kim jest, który dowiódł zupełności arytmetyki” (...). Ale więk-

kórych aspektach relacji teorii Ajdukiewicza i semantyki K–P zob. R. Wójcicki, op. cit., s. 52 i n. W sprawie *conventional meaning* zob. M. Devitt, op. cit., s. 80 i n.

<sup>20</sup> Zob. S. Kripke, *Naming and Necessity*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1980; wydanie polskie *Nazywanie a konieczność*, przeł. B. Chwedeńczuk, Fundacja Aletheia, Warszawa 2001.



szość z nas tego nie robi. Rodzi się, powiedzmy dziecko; jego rodzice zwą je pewnym imieniem. Mówią o nim do swoich przyjaciół. Spotykają je inni ludzie. Przez różnego rodzaju wypowiedzi nazwa szerzy się od ogniwa do ogniwa, jak w łańcuchu. Mówiący umieszczony w odległym końcu tego łańcucha, który słyszał, powiedzmy, o Richardzie Feynmanie na mieście lub gdzie indziej, może odnosić się do Richarda Feynmana, choć nie może sobie przypomnieć, od kogo po raz pierwszy lub od kogo w ogóle o nim słyszał. Pewien ciąg komunikacyjny, docierający ostatecznie do samego człowieka, dociera do mówiącego. Odnosi się on wówczas do Feynmana, nawet gdy nie może go jednoznacznie zidentyfikować. (...) [U]stanowiony zostaje łańcuch komunikacyjny, sięgający samego Feynmana, dzięki uczestnictwu mówiącego w społeczności przekazującej to imię od ogniwa do ogniwa, nie zaś w prywatnej ceremonii, którą mówiący odbywa w swoim gabinecie: „Przez Feynmana będę rozumiał człowieka, który zrobił to, a to, a to, a to”<sup>21</sup>.

Koncepcja semantyki Kripkego, nazywana przyczynową koncepcją referencji, przenosi zatem punkt ciężkości semantyki z intencji odizolowanej od społeczeństwa jednostki na sposób posługiwania się nazwą przez wspólnotę komunikacyjną. Wprowadza do rozważań semantycznych tradycję wcześniejszych wypowiedzi. Jak mówi Kripke:

Odniesienie faktycznie wydaje się określać fakt, że mówiący jest członkiem społeczności mówiących, którzy używają danej nazwy. Nazwa przeszła do niego, od ogniwa do ogniwa, za sprawą tradycji<sup>22</sup>.

M. Devitt z kolei podkreśla:

Centralną ideą przyczynowej teorii nazw jest [twierdzenie], że nasze obecne użycie nazwy, powiedzmy „Arystoteles”, oznacza sławnego greckiego filozofa Arystotelesa nie ze względu na rozmaite atrybuty, co do których sądzimy (zgodnie z prawdą), że mu przysługują, ale ze względu na sieć przyczynową rozciągającą się wstecz od naszego użycia [nazwy] do pierwszego używania nazwy w celu oznaczenia Arystotelesa. W ten właśnie sposób nasze obecne użycie nazwy „zapożycza” swoją referencję od wcześniejszych. To ten społeczny mechanizm umożliwia nam wszystkim oznaczanie tej samej rzeczy przez nazwę. Owa centralna idea czyni nasze obecne użycie nazwy przyczynowo zależnym od jego wcześniejszego używania<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> S. Kripke, *Nazywanie...*, op. cit., s. 127–128.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 147.

<sup>23</sup> M. Devitt, op. cit., s. 27.

Odejście semantyki K–P od kryterialnej analizy przystawiania danego obiektu do treści nazwy jest bardzo istotne dla krytyki formalizmu. Ten właśnie aspekt tradycyjnych podejść semantycznych powodował, że analiza języka zakładała silne elementy sylogistyczne. Są one szczególnie widoczne właśnie w procesie ustalania, czy desygnat spełnia kryteria zawarte w treści nazwy, zwłaszcza jeśli kryteria te mają charakter klasyfikacyjny. Tym samym tradycyjne podejście semantyczne w naturalny sposób wspiera sylogistyczność formalizmu, pozwalając traktować interpretację i stosowanie prawa jako działanie oparte na subsumpcji. Jak pisze M. Moore, „kryterialna teoria znaczenia doskonale spełnia potrzeby formalizmu”<sup>24</sup>. W przeciwieństwie do tego nowsze ujęcia semantyki, oparte w głównej mierze na ustalaniu znaczenia przez analizę tradycji użycia języka w danej wspólnotie komunikacyjnej, unikają sztucznej sylogistyczności rozumowania. Jak wskazuje N. Stavropoulos,

Semantyka K–P podkreśla, że ustalanie treści pojęcia nie jest działaniem mechanicznym, ale jest złożoną, teoretyczną procedurą, przenikniętą twierdzeniami ocennymi<sup>25</sup>.

Jest oczywiste, że takie podejście czyni z semantyki K–P doskonałe narzędzie do wykazania prawdziwości tezy antysylogistycznej, a pośrednio także tezy antyredukcjonistycznej.

Drugie założenie semantyki K–P, polegające na przeniesieniu akcentu ze znaczenia osoby mówiącej na znaczenie konwencjonalne, jest istotne dla naszych rozważań, ponieważ wiąże się z wizją języka, w której podmiot posługujący się danym językiem (np. językiem prawnym) schodzi na plan dalszy, a podstawowym przedmiotem zainteresowań staje się sama wypowiedź. Na to założenie semantyki K–P zwraca uwagę Ch. Hughes, omawiając podkreślaną przez Kripkego różnicę między odniesieniem mówiącego (*speaker's reference*) i odniesieniem semantycznym (*semantic reference*):

Założmy, że widzisz Smitha grabiącego liście i mylnie bierzesz go za Jonesa. Kiedy mówisz „Widzę, że Jones grabi liście”, nazwa, której używasz przy tej okazji, odnosi się do Jonesa. Ale istnieje pewnie sens, w którym odnosisz się do Smitha (choć pomyliłeś go z Jonesem). Przedmiot, do którego odnosi się mówiący (*speaker's referent*), jest nam dany przez specyficzną intencję odnoszenia się do określonej jednostki (w tym przypadku

<sup>24</sup> M.S. Moore, *Semantics of Judging*, „S. Cal. L. Rev.” 1980–1981, 54, s. 173.

<sup>25</sup> N. Stavropoulos, op. cit., s. 10.

do mężczyzny grabiącego liście). Nie musi się ona zbiegać (i w tym przypadku się nie zbiega) z przedmiotem odniesienia semantycznego (*semantic referent*) nazwy, której mówiący używa, aby odnieść się do osoby, do której chce się odnieść<sup>26</sup>.

Takie przesunięcie zainteresowania z mówiącego na to, co zostało powiedziane, a tym samym zmniejszenie roli intencji osoby mówiącej w procesie ustalania znaczenia tego, co mówi, powoduje, że pod znakiem zapytania staje idea oryginalizmu w interpretacji, przynajmniej w tym wymiarze, w jakim zakłada się, że celem interpretacji jest odkrycie intencji autora wypowiedzi<sup>27</sup>. Tym samym ujęcie języka, prezentowane przez semantykę K–P, pozwala nam krytycznie spojrzeć na postulaty oryginalizmu zgłaszane przez stary formalizm. Przyjęcie podejścia semantyki K–P do kwestii identyfikowania obiektów, do których odnosi się mówiący, oznacza interpretowanie wypowiedzi danego języka nie poprzez ustalenie, który obiekt miał na myśli mówiący, ale poprzez ustalenie, do którego obiektu odnosi się nazwa, na podstawie „najbardziej koherentnego wyjaśnienia praktyki użycia danej nazwy lub terminu”<sup>28</sup>.

Zainteresowanie semantyki K–P znaczeniem konwencjonalnym jest jednak ważne także z innego punktu widzenia, kluczowego dla prowadzonej tu krytyki formalizmu. Jak będzie o tym mowa w następnym rozdziale, problemem formalizmu jest zbytne skupienie się na jednym, konkretnym prawodawcy, a nie na systemie prawa, który jest tworem zbiorowym wielu prawodawców. To skupienie się na jednym prawodawcy wyraża się w idei preferencji dla najbardziej lokalnej reguły<sup>29</sup>. Semantyka K–P ewidentnie przenosi akcent z twórcy wypowiedzi na tę wypowiedź. Tym samym jest zgodna z założeniem holizmu interpretacyjnego, przedstawi-

<sup>26</sup> Ch. Hughes, *Kripke. Names, Necessity, and Identity*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 36 oraz S. Kripke, *Speaker's Reference and Semantic Reference*, w: P.A. French, T.E. Uehling, H.K. Wettstein (red.), *Contemporary Perspectives in the Philosophy of Language*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1979, passim.

<sup>27</sup> Zob. B.H. Bix, *Can Theories...*, op. cit., s. 287 (który krytykuje teorie semantyczne wywodzące się od Kripkego i Putnama, zarzucając im, że zbyt daleko odchodzą od „znaczenia mówiącego” (*speaker's meaning*) na rzecz „znaczenia słowa” (*word meaning*), co uznaje on za niezgodne z istotą prawa i nieuwzględniające możliwości zmiany znaczenia słów przez prawodawcę w procesie stanowienia prawa.

<sup>28</sup> N. Stavropoulos, op. cit., s. 8. Kwestii tej odmiany oryginalizmu, która nie odwołuje się do oryginalnej intencji autora wypowiedzi, ale do znaczenia słów z perspektywy zwyczajnego użytkownika języka w chwili, w której wypowiedź miała miejsce, zostaną poświęcone osobne rozważania.

<sup>29</sup> F. Schauer, *Playing...*, op. cit., s. 188 i n.

nym w następnych rozdziałach, które co do zasady polega na skupieniu uwagi interpretatora na systemie prawa jako wytworze prawodawcy, nie zaś na samym prawodawcy.

Trzecie założenie semantyki K–P, dotyczące zmiany znaczenia w czasie, wiąże się z dorobkiem komentatorów Kripkego, w szczególności z pracami G. Evansa<sup>30</sup> i M. Devitta<sup>31</sup>. Dla rozważań obu filozofów kluczowe są dwa pojęcia – „chrztu pierwotnego”<sup>32</sup>, wprowadzone przez Kripkego, oraz pojęcie *multiple groundings*, który to termin można przetłumaczyć jako „wielokrotne ugruntowania”, oparte na wskazywanej przez Evansa zmianie referencji w czasie, a wprowadzone przez M. Devitta<sup>33</sup>. U Kripkego „chrzt pierwotny” oznacza pierwsze nadanie nazwy obiektowi. Odbywa się ono przez deskrypcję lub proste wskazanie (jak w opisywanym przez Kripkego przypadku chrztu dziecka). Evans wskazuje, że nie tylko to pierwsze nazwanie jest doniosłe dla znaczenia danej nazwy. Oto bowiem kolejne osoby w łańcuchu przyczynowym odnoszą się do obiektu przez używanie jego nazwy, ugruntowując niejako jej odniesienie. Jednym z kluczowych twierdzeń składających się semantykę K–P jest twierdzenie, że wielokrotnie ugruntowania mogą w ostateczności prowadzić do modyfikacji odniesienia nazwy, tak jak nastąpiło to w przypadku nazwy „święty Mikołaj”, która pierwotnie odnosiła się do biskupa, a następnie, przez wieki, była używana w inny sposób i obecnie odnosi się do domniemanego roznosiciela prezentów, który działa w okresie Świąt Bożego Narodzenia.

Możliwości zmiany odniesienia danej nazwy (*designation change*<sup>34</sup>) ze względu na upływ czasu i nowe sposoby jej użycia dużo uwagi poświęca także M. Devitt. Również on wskazuje, że kolejne użycia nazwy mogą różnić się od pierwotnych do tego stopnia, że w efekcie ta sama nazwa odnosi się do innego obiektu, albo też odnosi się jednocześnie do dwóch obiektów. Jak pisze Devitt:

Aby zaszła zmiana odniesienia, sieć powiązań pierwotnie ugruntowanych w jednym obiekcie musi zostać ugruntowana w innym obiekcie. Ustalenie, czy nastąpiła zmiana odniesienia, musi więc polegać na usta-

<sup>30</sup> Zob. G. Evans, *The Causal Theory of Names*, w: idem, *Collected Papers*, Oxford University Press, Oxford 1985, passim.

<sup>31</sup> M. Devitt, op. cit., passim.

<sup>32</sup> Zob. ibidem, s. 26 i n. Devitt, oprócz terminu *original baptism*, używa także określenia *naming ceremony*.

<sup>33</sup> Ibidem, s. 56.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 138 i n.

leniu, czy obiekt, [do którego odnosi się] w ostatnich ugruntowaniach, jest tym samym obiektem, do którego odnoszono się we wcześniejszych ugruntowaniach. Prawdziwość twierdzeń zawierających przedmiotową nazwę będzie zależeć od tego, co ustalimy. A ustalenie to będzie często bardzo trudne<sup>35</sup>.

Zmiana odniesienia, która może nastąpić na skutek wielu nowych użyć danej nazwy w ciągu długiego czasu, jest głównym punktem zainteresowania niniejszych rozważań w kontekście dorobku semantyki K–P. Zakładając, że dorobek ten, oryginalnie związany z analizą imion własnych i terminów naturalnorodzajowych<sup>36</sup>, da się ekstrapolować na obszary praktyki społecznej, w których używa się pojęć o charakterze teoretycznym<sup>37</sup>, a do takich należą pojęcia prawne, możemy sposób komunikacji poprzez prawo przedstawić sobie w następujący sposób. Oto w momencie sformułowania wypowiedzi języka prawnego (przepisu, normy) prawodawca używa terminów języka potocznego, które, zgodnie z koncepcją semantyki K–P, mają już łańcuch wielokrotnych ugruntowań, ponieważ są używane w praktyce językowej danej wspólnoty komunikacyjnej. Gdyby było inaczej, komunikacja pomiędzy prawodawcą a podmiotami podległymi prawu byłaby oczywiście niemożliwa. Ze względu na specyfikę języka prawnego niektóre z terminów już w momencie wprowadzenia ich do języka prawa uzyskują specyficzne, prawnicze znaczenie, które może być ustalone np. przez sformułowanie definicji legalnej o charakterze definicji projektującej. Większość wyrażen języka prawnego jest jednak przejmowana z języka potocznego bez zmian. Wraz z upływem czasu zarówno na gruncie języka prawnego, jak i na gruncie języka potocznego coraz mocniej ugruntowują się terminy, których użyto dla wysłowienia prawa. Wynika to z faktu, że dana wspólnota komunikacyjna ciągle posługuje się tymi terminami, odnosząc je do rzeczywistości,

<sup>35</sup> Ibidem, s. 151–152.

<sup>36</sup> J. Odrowąż-Sypniewska, *Rodzaje naturalne (rozważania z filozofii języka)*, Wydawnictwo Naukowe Semper, Warszawa 2006, passim.

<sup>37</sup> Granice niniejszego opracowania nie pozwalają na pełne wykazanie prawdziwości wskazanego założenia. Możliwość ekstrapolacji twierdzeń semantyki K–P do pojęć innych niż imiona własne i terminy naturalnorodzajowe została jednak wykazana w cytowanej już wielokrotnie pracy N. Stavropoulou (op. cit., s. 46 i n.), gdzie znajdujemy szerokie rozważania na temat stosowalności semantyki K–P do języka prawa, oraz pracach M. Devitta (op. cit., s. 199 i n.), gdzie autor wskazuje na możliwość zastosowania przyczynowej teorii referencji do terminów innych niż nazwy i terminy naturalnorodzajowe, w tym do terminów teoretycznych.

w której funkcjonuje. Należy rozróżnić przy tym dwa obszary, w których dochodzi do ugruntowań terminów języka prawnego. Pierwszym, najbardziej naturalnym jest język potoczny. Na tym polu członkowie wspólnoty komunikacyjnej używają terminów istotnych dla prawa, zarówno takich, które są względnie jednoznaczne, jak „czerwony” na określenie koloru światła na skrzyżowaniu, takich, które są wieloznaczne (np. terminu „pojazd”), jak i terminów całkowicie nieostrych czy ocennych, takich jak „okrutna kara” czy też „dobry obyczaj”. Jedynie w odniesieniu do pierwszej kategorii terminów można twierdzić, że co do zasady ich odniesienie nie zmienia się w czasie. Co do dwóch następnych kategorii musimy co najmniej zakładać, że taka zmiana jest możliwa. Ze względu na rozwój technologiczny termin „pojazd” może być odnoszony do coraz szerszej grupy obiektów. Podobnie, ze względu na wielokrotne używanie terminów takich jak „okrutna kara”, „równe traktowanie” czy „dobry obyczaj”, zmianie może podlegać fragment rzeczywistości (np. sytuacje czy stany rzeczy), do którego terminy te odnoszą. Szczególną rolę w tym zakresie odgrywają wielokrotne ugruntowania na obszarze prawa. Dyskurs w ramach języka prawnego konstrukcyjnie nie różni się od dyskursu wspólnoty komunikacyjnej języka potocznego. Także w dyskursie prawniczym dochodzi do wielokrotnych ugruntowań takich terminów, jak „własność”, „nadmierna uciążliwość” czy „gospodarze przeznaczenie prawa”. Polem, na którym toczy się dyskurs prawniczy, a więc obszarem, na którym dochodzi do wielokrotnych ugruntowań terminów języka prawnego, są oczywiście przede wszystkim orzeczenia sądów i rozstrzygnięcia organów administracji. Należą jednak do nich także wypowiedzi doktryny, zawarte w literaturze prawniczej. Również w tych wypowiedziach prawnicy używają przecież terminów języka prawnego i odnoszą je do rzeczywistości, a przez kolejne odniesienia mogą ewolucyjnie zmieniać znaczenie nazw, w drodze opisanej powyżej zmiany desygnacyjnej (*designation change* czy też *designation shift*).

Jak wskazano powyżej, wielokrotne ugruntowania mogą prowadzić do zmiany odniesienia terminów, w tym terminów języka prawnego. Dlatego też przed każdym interpretatorem, a interpretatorem języka prawnego w szczególności, staje trudne zadanie, jak pisał Devitt w przytoczonym powyżej cytacie, sprawdzenia, czy sposoby użycia terminów, które podaje interpretacji, nie doprowadziły do zmiany obiektu, sytuacji czy stanu

rzeczy, do jakich terminy te odnoszą<sup>38</sup>. W ten sposób dochodzimy do pytania o metody, za pomocą których prawnicy ustalają, czy od momentu sformułowania tekstu prawnego do momentu, w którym został on poddany interpretacji, zaszła zmiana semantyczna, a jeśli tak, co to oznacza dla decyzji interpretacyjnej.

### 3.2. Metody ustalania kolejnych znaczeń tekstu prawnego w czasie

Akcentowanie przez semantykę K–P możliwości zmiany znaczenia języka w czasie ma szczególne znaczenie dla przeprowadzenia krytyki formalizmu z pozycji pozytywizmu prawniczego. Jak podkreślano, to właśnie formalisci, w szczególności reprezentujący „stary” formalizm, skupiają się na intencji historycznego prawodawcy oraz są przeciwni uwzględnianiu zmian znaczenia terminów języka prawnego, spowodowanych wpływem czasu od momentu ustanowienia aktu prawnego do momentu jego zastosowania. W świetle semantyki K–P jasne zaś staje się, że analiza znaczenia przepisów prawnych nie musi oznaczać podejścia tekstualistycznego. Językowe podejście do przepisów i reguł prawnych nie pozostaje w sprzeczności z analizą społecznego kontekstu ich użycia oraz analizą tradycji użycia danych terminów prawnych, zarówno przed ustanowieniem danego aktu normatywnego, jak i później, aż do momentu zastosowania (interpretacji) tego aktu prawnego. Wynika to z roli, jaką w semantyce K–P grają wspomniane wielokrotne ugruntowania, do których dochodzi zarówno na gruncie języka potocznego, jak i w dyskursie prawniczym. Dzięki użyciu koncepcji wielokrotnych ugruntowań wydaje się możliwe wykazanie, że badanie znaczenia języka prawnego nie musi opierać się na podejściu tekstualistycznym, polegającym

<sup>38</sup> Proces sprawdzenia, czy tekst nie zmienił znaczenia w czasie, jest jednym z elementów hermeneutycznego uaktualniania przez rozumienie, o którym pisali H.G. Gadamer (*Prawda i metoda: zarys hermeneutyki filozoficznej*, przeł. B. Baran, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004) i P. Ricoeur (op. cit., s. 129). Na gruncie prawa o ciągłym przechodzeniu pomiędzy teraźniejszością a przeszłością, na którym opiera się interpretacja, pisał A. Barak (op. cit., s. 57–58): „Choć tekst został stworzony w przeszłości, pytania, na które odpowiada, są współczesne. Jest to dialog, który ma zarówno statyczny, jak i dynamiczny aspekt. Czasami tekst niesie ze sobą znaczenia, których jego autor nie przewidywał i których nie był świadom. Dialog między interpretatorem a tekstem nigdy się nie kończy (...). Tekst nie mówi sam z siebie. On odpowiada na pytania, które stawia mu interpretator. Te pytania są zewnętrzne wobec tekstu. Są one produktem teraźniejszości i są powiązane z naszą zdolnością rozumienia tekstu we współczesności, w relacji do wydarzeń przeszłości”.

na redukcji przesłanek interpretacyjnych, odcięciu interpretatora od szerokiej wiedzy na temat kontekstu językowego i pozajęzykowego, w którym powstawał i funkcjonuje tekst prawny. Z uwagi na postulaty semantyki K–P takie akontekstowe podejście nie ma racji bytu, ponieważ nie pozwala ustalić znaczenia terminów języka prawnego. Ustalenie to umożliwia zaś prześledzenie historii wielokrotnych ugruntowań, a więc używanych przez członków danej wspólnoty komunikacyjnej sposobów odnośnienia terminów do fragmentów rzeczywistości. Z tego powodu zamiast formalistycznego redukcjonizmu bardziej adekwatne wydaje się badanie w ramach analizy znaczenia języka prawnego wszelkich sytuacji językowych, w których dochodzi do posługiwania się terminami owego języka. Do takich sytuacji z pewnością należą poniżej wyliczone.

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

W ujęciu semantyki K–P wypowiedzi dotyczące aktu prawnego<sup>39</sup>, zawarte w dokumentacji procesu legislacyjnego, m.in. odnoszące się do zakresu spraw regulowanych w tym akcie i problemów społecznych, którym miał on zarządzać, można traktować jak użycia terminów identycznych lub podobnych do terminów zawartych w akcie prawnym, pochodzące z tego samego okresu co ten akt. Jak pisze Brian Bix:

W większości przypadków odniesienie do intencji legislacyjnej oznacza użycie wypowiedzi prawodawców (zazwyczaj wypowiedzi padających w instytucjonalnych ramach procesu legislacyjnego) do uzasadnienia konkretnego sposobu rozumienia (*reading*) [tekstu prawnego]<sup>40</sup>.

Dzięki korzystaniu z wypowiedzi, które padały w historii legislacyjnej, osoba analizująca tę historię nie wychodzi poza językowe badanie tekstu aktu prawnego, ale jedynie próbuje dookreślić jego znaczenie przez zebra-

<sup>39</sup> Fakt, że historia legislacyjna jest przede wszystkim dostępna dzięki wypowiedziom językowym (np. w raportach komisji parlamentarnych, protokołach z posiedzeń plenarnych itp.), jest wskazywany w literaturze – zob. np. A. Barak, op. cit., s. 348. Językowość historii legislacyjnej i związana z nią jej wieloznaczność jest zresztą uznawana za dowód słabości „argumentu z historii legislacyjnej” i stanowi powód kwestionowania korzyści płynących z wykorzystywania jej w procesie stosowania prawa.

<sup>40</sup> B. Bix, *Questions in Legal Interpretation*, w: A. Marmor, *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1997, s. 143.



nie swoistego „materiału porównawczego”. Taka analiza może pozwolić na lepsze odtworzenie sposobu odniesienia konkretnych terminów zawartych w samym akcie prawnym.

b) Niewiążące precedensy sądowe<sup>41</sup> i opinie zawarte w piśmiennictwie prawniczym

Podobnie jak w przypadku wypowiedzi składających się na historię legislacyjną, odwołanie do precedensów sądowych w rozstrzygnięciu interpretacyjnym można traktować jako odwołanie do innych użytych terminów występujących w akcie prawnym, a tym samym jako próbę ustalenia ich znaczenia. W przypadku odwołania do precedensów poprzedzających lub współczesnych aktowi normatywnemu użycia te tworzą kontekst, w którym należy rozpatrywać treść aktu. Odwołania do rozstrzygnięć wydanych już po ustanowieniu stanowią również wielokrotnie ugruntowania danych terminów i także mogą służyć do określenia znaczenia wyrażen zawartych w samym akcie prawnym. Szczególnie duże znaczenie dla krytyki formalizmu z pozycji pozytywizmu prawniczego ma kwestia precedensów w systemach prawnych, w których nie obowiązuje zasada *stare decisis*. Nawet w systemie, w którym sędzia nie ma obowiązku stosowania się do poprzednich rozstrzygnięć sądowych, i tak korzysta się z odwołań do innych rozstrzygnięć, natomiast nie da się ich wyjaśnić argumentacją pozytywistyczną. W takich systemach wcześniejsze rozstrzygnięcia nie spełniają bowiem testu pochodzenia, a tym samym nie są częścią obowiązującego prawa. Uznanie rozstrzygnięć sądowych za wielokrotnie ugruntowania znaczeń terminów zawartych w akcie prawnym pozwala więc wyjaśnić, że w systemie prawa, który nie opiera się na precedensie wiążącym, odwołanie się do rozstrzygnięć sądowych jest elementem analizy znaczenia tekstu prawnego. Na podobnej zasadzie za wielokrotnie ugruntowania można uznać użycia terminów języka prawnego w piśmiennictwie prawniczym. Także w tym przypadku praktyka orzekania wskazuje, że sędziowie w argumentacji swoich rozstrzygnięć często używają argumentów z literatury prawniczej, choć przecież *communis opinio doctorum* nie jest źródłem prawa w naszym porządku prawnym. W świetle semantyki K–P wypowiedzi prawników zawarte w komentarzach i głosach mogą jednak być pomocne w ustaleniu znaczenia termi-

<sup>41</sup> Na ten temat zob. m.in. M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” 1980, 6, passim; L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, 10, passim oraz J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1971, 10, passim.

nów tekstu prawnego, ponieważ są one innymi użyciami tych terminów przez członków danej wspólnoty komunikacyjnej. Tym samym argument z literatury prawniczej, pozornie niepozytywistyczny, w świetle semantyki K–P może być zaprezentowany jako argument z zakresu analizy językowej tekstu aktu prawnego.

### c) Analizy prawnoporównawcze

W procesie interpretacji prawa pomocne mogą być analizy prawno-porównawcze, a więc badanie, jak instytucje prawne podobne do analizowanej przez interpretatora funkcjonują w innych porządkach prawnych. Także i ten argument pozornie nie daje się pogodzić z pozytywistycznym podejściem do prawa. Jak bowiem w świetle testu pochodzenia uzasadnić użycie w argumentacji prawniczej przepisów czy rozstrzygnięć sądowych dokonywanych na gruncie obcego prawa? Analiza oparta na założeniach formalizmu odrzuca ten typ argumentacji, podobnie zresztą jak argument z literatury prawniczej czy niewiążącego precedensu. Kiedy jednak spojrzymy na kwestię analiz prawno-porównawczych w świetle semantyki K–P, możemy po raz kolejny uznać je za badanie, w jaki sposób terminy języka prawnego były lub są używane w ramach danej wspólnoty komunikacyjnej. Oczywiście miano wspólnoty komunikacyjnej nie obejmuje w tym przypadku jedynie obywateli podlegających danemu prawu krajowemu, ale wspólnotę kulturową, a więc wspólnotę ludzi podzielających te same wartości. Z tego powodu polski prawnik z pewnością nie przeprowadzi analizy prawno-porównawczej odwołującej się do prawa Koranu, natomiast uzasadniona będzie taka analiza odwołująca się w kwestiach cywilnoprawnych do prawa francuskiego czy prawa niemieckiego, jeśli chodzi o kwestie konstytucyjne.

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

formalizm i będący jego elementem tekstualizm, poprzez zakorzenie-  
nie w tekście prawnym, są jedynymi legitymowanymi przez pozytywizm  
prawniczy sposobami interpretacji.

Wszystkie zaprezentowane sposoby analizy tekstu prawnego pole-  
gają na badaniu użyciu terminów języka prawnego. Niektóre odnoszą się  
do badania użyciu współczesnych momentowi uchwalenia aktu prawnego,  
inne badają użycia terminów współczesne raczej interpretatorowi niż pra-  
wodawcy. Powstaje zatem pytanie o to, czy analizy takie powinny prowa-  
dzić do uznania za właściwe znaczenia tekstu prawnego w ujęciu pierwot-  
nym, a więc znaczenia wynikającego z użyciu terminów tekstu prawnego  
w momencie jego uchwalenia, czy też powinny uwzględniać ewolucję  
znaczenia tekstu w czasie. Odpowiedź na to pytanie wymaga rozstrzygnię-  
cia, czy analiza innych rozstrzygnięć sądowych bądź poglądów doktryny  
(uznanych powyżej za wielokrotnie ugruntowania), a także analiza współ-  
czesnych interpretatorowi użyciu terminu języka prawnego, może w świe-  
tle idei pozytywistycznej prowadzić do uwzględnienia zmiany znaczenia  
języka prawnego w czasie. Czy w sytuacji, gdy osiemnastowieczny pra-  
wodawca konstytucyjny zakazuje stosowania kar „okrutnych”, współcze-  
sny nam interpretator powinien rozumieć ten termin w ujęciu pierwot-  
nym, czy też obowiązany jest uwzględnić zmianę znaczenia tego terminu  
w czasie i objąć nim karę śmierci<sup>42</sup>? Postulat uwzględniania zmiany zna-  
czenia w czasie pojawia się wielokrotnie w pracach z teorii stosowania  
prawa<sup>43</sup>, jednak, co interesujące, pozbawiony jest uzasadnienia innego niż  
użytylarystyczne, a tym bardziej uzasadnienia z punktu widzenia pozyty-  
wizmu prawniczego.

W ramach samej tylko analizy semantycznej trudno jest odpowiedzieć  
jednoznacznie na to pytanie. Zwolennicy „starego” formalizmu mogą  
bowiem argumentować, że zmiana znaczenia języka w czasie, nawet  
jeżeli następuje, nie przeszkadza w preferencyjnym traktowaniu pierwot-  
nej intencji prawodawcy czy też historycznego znaczenia terminów języka  
prawnego. Mogą oni podnosić, że uwspółcześnienie znaczenia języka  
prawnego jest równoznaczne z realizacją woli interpretatora, a nie pra-  
wodawcy. Z kolei przedstawiciele nowego formalizmu są w stanie prze-

<sup>42</sup> Dyskusję dotyczącą konieczności uwspółcześniania konstytucji albo zamknię-  
cia jej w ramach oryginalizmu przedstawia m.in. w odniesieniu do konstytucji amery-  
kańskiej J.H. Ely, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge  
University Press, Cambridge, Mass.–London 2002, s. 43 i n.

<sup>43</sup> Zob. W.N. Eskridge Jr., *Dynamic...*, op. cit., passim; A. Barak, op. cit., pas-  
sim.

ciwstawić powyższym twierdzeniom tezę sylogistyczną – skoro znaczenie danego fragmentu tekstu jest jasne, nie ma potrzeby sięgać do historii legislacyjnej, dorobku doktryny czy analiz prawnoporównawczych.

Dlatego w tym momencie konieczne jest przedstawienie kolejnego założenia, przemawiającego za koniecznością rezygnacji z podejścia formalistycznego, opartego zarówno na oryginalizmie, bronionym przez stary formalizm, jak i na twierdzeniu o sylogistyczności procesu stosowania prawa, prezentowanym przez nowy formalizm. Tym razem będzie to założenie co do konstrukcji komunikacji między prawodawcą a adresatami reguł, a więc dotyczące raczej syntaktyki i pragmatyki języka prawnego niż jego semantyki. Dzięki niemu można wykazać, że wybór między znaczeniem historycznym tekstu prawnego a znaczeniem współczesnym nie jest wyborem między wolą prawodawcy a wolą (samowolą?) interpretatora. Stanowi on raczej kompromisowe wyważenie woli prawodawcy historycznego i woli innych, następujących po nim prawodawców, albo też – inaczej rzecz ujmując – próbę nadania spójności systemowi prawnemu, który obowiązuje w momencie dokonywania interpretacji.

#### 4. PODSUMOWANIE

O przydatności dorobku semantyki K–P dla prawoznawstwa świadczy co najmniej kilka argumentów. Po pierwsze, semantyka ta pozostaje bezpośrednio powiązana z analizą znaczenia, a więc można ją stosować do analizy językowej przepisów prawnych, czyli do budowania koncepcji prawoznawczych, opierających się na założeniu o językowości reguł prawnych. Po drugie, koncepcje Kripkego i Putnama zakładają, że błędne jest pojmowanie treści nazwy jako zbioru kryteriów, które muszą spełniać obiekty pozajęzykowe, by je uznać za desygnaty tej nazwy. Dzięki przeniesieniu tego założenia na grunt języka prawnego unikamy Dworkinowskiego zarzutu „semantycznego ukąszenia” (*semantic sting*). Oto bowiem semantyka K–P daje szansę na prowadzenie na gruncie prawa rozważań o treści pojęć prawnych bez jednoczesnej próby ustalenia, jakie kryteria składają się na ich istotę, i ustalania, czy kryteria te w przypadku konkretnego obiektu są spełnione. Analiza znaczenia w rozumieniu tego nurtu semantyki opiera się raczej na badaniu sposobu użycia danych terminów w tradycji komunikacyjnej danej

wspólnoty kulturowej<sup>44</sup>, uwzględnia więc czasowość prawa (traktowanego jako zbiór wypowiedzi językowych) oraz jego uwikłanie w kulturę i tradycję. Jak wiadomo, brak obu tych właściwości zarzucał Dworkin koncepcjom „sparaliżowanym przez semantyczne ukąszenie”<sup>45</sup>. Po trzecie wreszcie, semantyka K–P uznaje za zupełnie oczywiste, że znaczenia wyrażeń językowych, w tym wyrażeń języka prawnego, mogą być określone bez odniesienia do intencji osoby, która danymi wyrażeniami się posługuje, oraz że znaczenie to może zmieniać się w czasie. Zmianę tę umożliwiają następujące po „chrzcie pierwotnym” dalsze „wielokrotne ugruntowania”, a więc wielokrotne użycia danego wyrażenia przez członków wspólnoty komunikacyjnej. Tym samym semantyka K–P pozwala zobaczyć w nowym świetle takie argumenty prawnicze, jak powoływanie wcześniejszych orzeczeń sądowych – nawet jeśli orzeczenia te nie są wiążące w danym systemie prawnym – powoływanie wypowiedzi doktryny czy analizy prawno-porównawcze. Wszystkie one dadzą się przedstawić jako argumenty lingwistyczne, a więc argumenty służące ustaleniu znaczenia języka prawnego. Dzięki temu nie muszą być skazywane na banicję poza obszar argumentacji prowadzonej w ramach pozytywistycznej koncepcji prawa i objęte proponowanym przez formalizm redukcjonizmem. Lingwistyczny charakter przedstawionych argumentów służących ustaleniu znaczenia tekstu prawnego i jego zmiany w czasie powoduje, że mogłyby one korzystać z zasady preferencji argumentów lingwistycznych w procesie stosowania prawa<sup>46</sup>. Można by więc powiedzieć, że semantyka K–P pozwala budować argumentacyjną wizję prawa, która niekoniecznie musi mieć pozapoztywistyczny rodowód<sup>47</sup>. W konsekwencji sposoby argumentacji opartej na niewiążącym precedensie, analiza doktryny i analiza prawno-porównawcza mogą być pełnoprawnym składnikiem nieformalistycznej strategii interpretacyjnej, którą da się pogodzić z ideą pozytywizmu prawniczego.

---

<sup>44</sup> Na temat znaczenia koncepcji wspólnoty interpretacyjnej dla konstruowania teorii interpretacji zob. W.S. Blatt, *Interpretive Communities: The Missing Element in Statutory Interpretation*, „Nw. U. L. Rev.” 2001, **95**, passim.

<sup>45</sup> R. Dworkin, *Law's...*, op. cit., s. 45.

<sup>46</sup> Zob. R. Alexy, *Juristische Interpretation*, w: idem, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main 1995, s. 89 i n.

<sup>47</sup> O niemożliwości takiej konstrukcji zob. L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1988, s. 11 i n.

## SYNTAKTYKA I PRAGMATYKA KOMUNIKACJI PRZEZ PRAWO A BŁĄD FORMALIZMU

### 1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Poprzedni rozdział poświęcony był wykazaniu, że właściwości semantyczne tekstu prawnego nie pozwalają na zaakceptowanie tez formalizmu o sylogistyczności procesu stosowania prawa oraz o konieczności zredukowania liczby przesłanek interpretacyjnych wykorzystywanych w tym procesie. Podstawowy powód, dla którego przyjęcie tych tez nie jest możliwe, to fakt, że tekst prawny może zmieniać swoje znaczenie w czasie, co oznacza, iż zazwyczaj znaczenia tekstu w momencie jego sformułowania i w momencie jego zastosowania są różne. Co więcej, każde z tych znaczeń jest ustalane poprzez analizę praktyki używania terminów występujących w tekście przez wspólnotę kulturową, w której ten tekst powstał i funkcjonuje. Analiza użycia terminów odbywa się poprzez badanie wielokrotnych ugruntowań terminów zawartych w tekście prawnym, a ugruntowaniami tymi mogą być wypowiedzi będące częścią historii przed- i polegislacyjnej, rozstrzygnięcia oficjalnych organów, w tym sądów, wypowiedzi nauki prawa i analogiczne wypowiedzi stanowiące element ogólnej praktyki językowej tej samej wspólnoty kulturowej. Zmiana, a co za tym idzie, wielość znaczeń tekstu prawnego w czasie oraz sposoby ustalania poszczególnych znaczeń, powoduje po pierwsze, że proces stosowania prawa nie jest prostą operacją logiczną, jak chce tego formalizm, ale złożonym procesem ustalania, a następnie porównywania poszczególnych znaczeń tekstu prawnego. Efekt tego procesu, jakim jest decyzja interpretacyjna, wymaga więc przejrzystego uzasadniania. Po drugie, wielość znaczeń tekstu prawnego oraz różnorodność sposobów ich ustalania sprawia, że postulowana przez formalizm konieczność zredukowania liczby przesłanek interpretacyjnych jest w rzeczywistości propozycją

arbitralnego wyboru jednego ze znaczeń tekstu prawnego w czasie, np. znaczenia historycznego, jak czyni to stary formalizm, czy też tzw. zwykłego znaczenia prezentowanego przez nowy formalizm jako znaczenie uaktualnione. Arbitralność ta, w świetle założeń pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa, zwłaszcza założenia o racjonalności i sprawdzalności decyzji interpretacyjnych, nie może być zaakceptowana.

Do przeprowadzonych powyżej analiz semantycznych, które przekonują, że bogactwo procesu stosowania prawa nie da się zamknąć w jakiegokolwiek prostej formule, obecnie zostanie dodana analiza syntaktyczna i pragmatyczno-językowa<sup>1</sup>. Analiza syntaktyczno-pragmatyczna, skupiona nie tyle na znaczeniu komunikatów prawnych, ile na sposobie ich konstruowania i użycia w procesie komunikacji poprzez prawo, doprowadzi do twierdzenia o jeszcze większym skomplikowaniu procesu stosowania prawa, niż wynika to z samych analiz semantycznych. Skomplikowanie to wynika z **wielokanałowości, diachroniczności i hierarchiczności** komunikacji przez prawo<sup>2</sup>. Rozważania zawarte w tym rozdziale pozwa-

<sup>1</sup> Waga podejścia pragmatyczno-językowego do zagadnień interpretacji prawniczej nie zawsze była doceniana w literaturze prawniczej. Charakteryzuje to w szczególności rozważania J. Wróblewskiego, który pisał: „Przepis prawny jest sformułowany w języku prawnym. Język charakteryzuje się z punktu widzenia składni, semantyki i pragmatyki. Dla rozważań nad wykładnią podstawową doniosłość mają właściwości semantyczne tekstu oraz różnice znaczeniowe, jakie występują między znaczeniami zwrotów języka prawnego a znaczeniami równokształtnych zwrotów w języku potocznym” (idem, *Sądowe...*, op. cit., s. 129). Zainteresowanie aspektem pragmatycznym języka prawnego rosło w kolejnych pracach J. Wróblewskiego (np. *Pragmatyczna jasność prawa*, „Państwo i Prawo” 1988, 4), chyba jednak nigdy nie stał się on głównym tematem rozważań Profesora. Mniejsze zainteresowanie aspektami pragmatycznymi komunikacji przez prawo jest widoczne także w pracach szkoły poznańskiej (zob. na ten temat M. Matczak, *Próba pragmatyngwistycznej interpretacji koncepcji normy kompetencyjnej Z. Ziemińskiego*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Tomasza Langer*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Gdańskiego”, Gdańsk 2002, passim). Natomiast istotną rolę kwestie pragmatyngwistyczne odgrywały w pracach szkoły krakowskiej – zob. np. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, „ZNUJ” (Prace z Nauk Politycznych) 1986, 26 oraz A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics. A Study on the Extension of the Theory of Legal Argumentation*, Księgarnia Akademicka, Kraków 1999.

<sup>2</sup> W dalszej części tekstu stosowany jest często termin „komunikacja poprzez prawo”, ponieważ używanie częściej spotykanego terminu „tekst prawny” nie oddaje w pełni istoty sprawy w odniesieniu do wielokanałowości, diachroniczności i hierarchiczności. Wynika to po pierwsze z tego, że termin „tekst prawny” jest najczęściej używany w znaczeniu apragmatycznym – bardziej odnosi się do produktu końcowego aktu komunikacji niż do samego procesu komunikowania. Po drugie, w przypadku

lają zatem wysunąć wniosek, że nie tylko właściwości semantyczne tekstu prawnego, lecz także specyfika syntaktyczna i pragmatyczna języka prawa wskazuje na błąd założeń formalizmu o sylogistyczności i konieczności redukcjonizmu liczby przesłanek interpretacyjnych w procesie stosowania prawa.

Przedstawienie założeń o wielokanałowości, diachroniczności i hierarchiczności komunikacji przez prawo ma na celu wykazanie, że preferencja dla tekstualizmu i oryginalizmu, będąca kluczowym elementem formalistycznego podejścia do stosowania prawa, jest w swej istocie sprzeczna z założeniami pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa. Prowadzi to do konkluzji, zgodnie z którą prawnik analizujący tekst prawny i stwierdzający w efekcie tej analizy, że zaszła zmiana znaczenia terminów języka prawnego w czasie, nie musi automatycznie wybierać znaczenia historycznego czy znaczenia akontekstualnego tekstu, jeśli chce pozostać w zgodzie z założeniami pozytywizmu prawniczego. Przeciwnie, w sytuacji takiej prawnik musi dokonać skomplikowanej operacji pogodzenia znaczenia pierwotnego i znaczenia zmienionego w czasie, a dodatkowo rozpatrywać oba w świetle obowiązujących zasad ogólnych prawa. Tylko takie podejście czyni zadość wymogom rządów prawa, ponieważ kładzie większy nacisk na system prawa jako taki, nie zaś na wolę jednego z prawodawców realnych, którzy mieli wpływ na jego powstanie.

## 2. ZAŁOŻENIA O WIELOKANAŁOWOŚCI, HIERARCHICZNOŚCI I DIACHRONICZNOŚCI KOMUNIKACJI PRZEZ PRAWO

Przedstawiając założenie o wielokanałowości, hierarchiczności i diachroniczności komunikacji przez prawo, ponownie można wyjść od tematyki testu pochodzenia. Jak wiadomo, jednym z założeń pozytywistycznej koncepcji prawa jest twierdzenie, że reguły wchodzące w skład systemu prawa są identyfikowane ze względu na spełnianie określonych kryteriów<sup>3</sup>. Generalnie rzecz ujmując, dana reguła staje się zatem elementem

zjawiska diachroniczności i hierarchiczności często mówi się o kilku tekstach prawnych (tekstach poszczególnych aktów prawnych), co w oczywisty sposób powodowałoby konfuzję.

<sup>3</sup> W tym miejscu należy podkreślić, że kryterialny charakter reguły uznania nie musi stać w sprzeczności z niekryterialnym charakterem semantyki języka prawnego, który uwypukla semantyka K-P. Spełnienie kryteriów w przypadku reguły uznania może być postrzegane minimalistycznie – może polegać na sprawdzalnym dla obserwatora zewnętrznego sposobie wprowadzenia do porządku prawnego reguły pierwot-



systemu prawa, gdy sposób jej powstania spełnia określone warunki: np. reguła taka została uchwalona w formie aktu prawnego przez odpowiedni organ ustawodawczy, uzyskano inne potrzebne akceptacje oraz ogłoszono ją we właściwy sposób (a następnie nie została z systemu usunięta przez derogację). W koncepcjach teoretycznych o proveniencji pozytywistycznej kryteria pochodzenia reguł były różnie nazywane. W ujęciu Kelsena określała je norma podstawowa (*Grundnorm*), w ujęciu Harta takim zbiorem kryteriów była reguła uznania, w polskiej teorii prawa natomiast niewątpliwie przykładem konstrukcji teoretycznej będącej zbiorem kryteriów pochodzenia reguły jest norma kompetencyjna w ujęciu Z. Ziemińskiego lub w ujęciach późniejszych<sup>4</sup>. Jednocześnie formułowanie testu pochodzenia reguł było uznawane przez niepozytywistów za główną cechę (i jednocześnie wadę) pozytywizmu, o czym świadczy najdobitniej krytyka pozytywizmu przez Dworkina i fakt, że odkryte niejako przez niego zasady prawne nie spełniają wymogów tego testu<sup>5</sup>.

Wychodząc zatem od tematyki testu pochodzenia, należy zadać pytanie o cel tej konstrukcji w koncepcjach pozytywistycznych. Nie jest tezą odkrywczą twierdzenie, że podstawowym celem testu pochodzenia jest umożliwienie odróżnienia reguł, które w sposób legitymowany weszły do systemu prawa, od tych, które – choć sformułowane przez człowieka lub obecne w kulturze dzięki zwyczajowi – nie są jego elementem (w ujęciu pozytywizmu prawniczego oczywiście). Takie odróżnienie jest w koncepcjach pozytywistycznych warunkiem koniecznym odróżnienia prawa od

nej (np. przez uchwalenie i ogłoszenie w przewidziany sposób ustawy). W tym ujęciu spełnienie kryteriów zakładanych przez regułę uznania jest podobne do spełnienia przez akt mowy wymogów „udaności” przewidzianych dla typu tego aktu. Warto wskazać na brak tej sprzeczności, ponieważ wydaje się, że i Hart, i Dworkin pojmują kryterialny charakter reguły uznania maksymalistycznie – jako ostateczny zespół kryteriów, zarówno formalnych, jak i materialnych, decydujących o tym, czy dana reguła jest uznawana za obowiązującą (czy będzie egzekwowana). W takim ujęciu reguła uznania zapoznaje diachroniczny charakter prawa – odnosi się ona jednocześnie do warunków wejścia reguły pierwotnej do systemu oraz warunków jej egzekwowalności. Tymczasem moment egzekwowalności następuje zazwyczaj w momencie odległym od momentu ustanowienia reguły. Ponadto, przy założeniu ważenia wartości w procesie stosowania prawa, nieegzekwowanie danej reguły pierwotnej w danym przypadku nie oznacza, że nie została ona wprowadzona do systemu prawnego w sposób ważny i może być stosowana w innych przypadkach.

<sup>4</sup> Zob. Z. Ziemiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „RPEiS” 1969, 4. Na temat innych ujęć kompetencji zob. M. Matczak, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Zakamycze, Kraków 2004, rozdział 2 passim.

<sup>5</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, op. cit., s. 87 i n.

innych systemów normatywnych (np. moralności). Co jednak ważniejsze, test pochodzenia jest niezbędny do stwierdzenia, czy dana reguła wciąż jeszcze jest elementem systemu prawa. Określa on bowiem nie tylko moment wejścia reguły do systemu, lecz także moment jej wyjścia. Test pochodzenia jest zatem narzędziem określającym trwanie prawa w czasie, pozwalającym względnie precyzyjnie określić moment początkowy i końcowy tego trwania.

Dlaczego trwanie prawa w czasie jest tak ważne? Wynika to z faktu zauważonego już przez Kelsena – system prawa ma charakter dynamiczny (w przeciwieństwie np. do systemu statycznego, jaki tworzą normy moralne). Oznacza to, że prawo zmienia się w czasie, kolejni prawodawcy dodają lub ujmują z jego domeny, oczywiście pod warunkiem że ich wytwory spełniają wymogi testu pochodzenia. Tym samym system prawa w momencie  $n$  składa się z reguł wprowadzonych w wielu momentach poprzedzających moment  $n$ , a reguły te najczęściej zostały włączone do systemu przez różnych prawodawców. W ten sposób kształtuje się fenomen „rządów prawa”, a nie „rządów ludzi”, ponieważ prawo trwa w czasie, podczas gdy prawodawcy przychodzą i odchodzą.

Czy zatem możemy powiedzieć, że test pochodzenia, będący w centrum doktryny pozytywistycznej, swą pozycję zawdzięcza temu, że wiąże się z podstawową cechą prawa, jaką jest jego trwanie w czasie, a trwanie w czasie prawa, mimo zmieniających się prawodawców, jest wyznacznikiem rządów prawa, a nie rządów ludzi? Twierdzenie to nie jest zbytnio kontrowersyjne. Jeżeli jednak zaakceptujemy je, to musimy się zgodzić z twierdzeniem, że system prawa jest zbiorem komunikatów nadanych przez różne podmioty (wielokanałowość komunikacji poprzez prawo) i w różnym czasie (diachroniczność<sup>6</sup> komunikacji poprzez prawo). Wielokanałowość komunikacji przez prawo oznacza wielość nadawców i komunikatów szczegółowych, z których ujednoceniem, jak zostanie pokazane poniżej, musi sobie poradzić interpretator. Diachroniczność komunikacji przez prawo oznacza odrębność czasową sytuacji nadania i sytuacji odbioru komunikatu prawnego i wiążącą się z tym konieczność

<sup>6</sup> Diachroniczność rozumiana jest tu zgodnie z definicją zawartą w: S. Blackburn, *Oksfordzki słownik filozoficzny*, przeł. C. Cieśliński, „Książka i Wiedza”, Warszawa 2004, s. 85: „Diachroniczność (ang. *diachronic* z gr.: poprzez czas). O procesach mówimy, że są diachroniczne, gdy mamy na myśli to, że ich istnienie rozciągnięte jest w czasie. Temu sposobowi istnienia przeciwstawia się niekiedy sposób, w jaki istnieją zdarzenia (chwilowo) czy nawet przedmioty”.

uwzględniania zmiany znaczenia tekstu w czasie powodowanej przez zmianę kontekstu nadania i odbioru tego tekstu jako kluczowej przesłanki interpretacyjnej. Jak pisze A. Kozak:

Sytuacje faktyczne, w jakich działają obaj uczestnicy relacji komunikacyjnej, żadnemu z nich nie są dane przecież bezpośrednio, lecz przez interpretację, w której podstawowe znaczenie ma pojęciowe uposażenie podmiotowe. Prawodawca, który chce przekazać swoją wolę prawnikowi, musi uwzględniać te elementy po drugiej stronie relacji komunikacyjnej, ale – z oczywistych powodów – może to dotyczyć co najwyżej współczesnego mu środowiska prawniczego, a decyzja legislacyjna jest przecież skierowana w przyszłość, ku nieokreślonemu, najlepiej jak najdłuższemu horyzontowi czasowemu. Istnieje wiele przesłanek do przypuszczenia, że prawnik i prawodawca, działając w odmiennych strukturach instytucjonalnych, odmiennie postrzegają otaczający ich świat, ulegają odmiennym motywacjom, różnie oceniają ważność elementów otaczającego ich świata i nie tyle komunikują się ze sobą (przekazując informacje), ile interpretują jeden drugiego we właściwych sobie kategoriach<sup>7</sup>.

Z kolei H. Rabault podkreśla ewolucyjny charakter systemu prawa, który jest jednym z aspektów czasowości prawa. Jak pisze ten autor:

Pojęcie systemu wprowadza ponadto do systemu czynnik czasu, pozwalający radykalnie zerwać więź pomiędzy sensem normy a jej pierwotnym redaktorem. Z samej swej istoty system norm nie może być skostniały. Niemniej jednak, mimo zmian, jakim podlega formalny kontekst warunkujący istnienie systemu norm, ten ostatni pozostaje zawsze heurystyczną granicą podejmowanych działań interpretacyjnych<sup>8</sup>.

Ze względu na upływ czasu pomiędzy nadaniem a odbiorem komunikatu prawnego istnieje dodatkowo możliwość, że komunikaty nadane później mogą usuwać z systemu, uzupełniać lub modyfikować te nadane wcześniej<sup>9</sup>. W sposób oczywisty jeszcze bardziej komplikuje to pracę interpretatora.

Wielokanałowość i diachroniczność komunikacji przez prawo nie wpływają na to, że adresat tej komunikacji (interpretator) co do zasady musi traktować wszystkie komunikaty z równą uwagą, chyba że mają one inne miejsce w hierarchii prawa, o czym traktuje dalsza część tego roz-

<sup>7</sup> A. Kozak, *Granice...*, op. cit., s. 116.

<sup>8</sup> H. Rabault, op. cit., s. 133.

<sup>9</sup> Zob. typy kompetencji wskazane w: Z. Ziemiński, *Kompetencja...*, op. cit. oraz w: M. Matczak, *Kompetencja...*, op. cit., rozdział 3, *passim*.

działu. Oznacza to, że adresat reguł nie może co do zasady rozróżnić na „lepsze” lub „gorsze” komunikatów mających to samo miejsce w hierarchii, np. ze względu na to, że pochodzą od jednego z prawodawców, a nie od innego, albo też przywiązywać większej wagi do tych, które zostały nadane wcześniej, niż do tych, które stały się elementem systemu później (i odwrotnie)<sup>10</sup>. Innymi słowy, adresat komunikatów składających się na system prawa co do zasady zachowuje się tak, jak gdyby odbierał komunikaty pochodzące od jednego nadawcy, wypowiedziane w tym samym czasie. To system prawa „mówi” do niego, nie poszczególni prawodawcy realni. W pewnym sensie mamy tu więc do czynienia z konstrukcją „prawodawcy idealnego”<sup>11</sup> lub ideą „permanentnej legislatury”<sup>12</sup>, uosabiającą wszystkich prawodawców realnych, których komunikaty pozostają w systemie prawa w momencie *n*. Skoncentrujmy się na momencie na koncepcji prawodawcy idealnego.

<sup>10</sup> Chyba że dochodzi do kolizji norm, którą należy rozstrzygnąć za pomocą reguły kolizyjnej *lex posterior derogat legi priori*.

<sup>11</sup> Pojęcie prawodawcy idealnego nie jest tożsame z pojęciem prawodawcy racjonalnego w ujęciu L. Nowaka i innych ujęciach, ponieważ jest założeniem dotyczącym sposobu nadawania komunikatów prawnych, a nie ich treści (np. spójności, niesprzeczności itd.). Por. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawnictwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1973, passim; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawnictwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1980, s. 25; E. Kustra, *Racjonalny ustawodawca. Analiza teoretycznoprawna*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1980, passim oraz S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, w: S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczególnych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1990, passim. Por. jednak rozważania na temat jedności prawodawcy R. Sarkowicza, w których ściśle wiąże on założenie o jedności autora tekstu prawnego (rozumiane jednak kontrfaktycznie, a nie jako adekwatne opisowo ujęcie komunikacji poprzez prawo) z koncepcją prawodawcy racjonalnego czy doskonałego L. Nowaka (R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1995, s. 31 i n.).

<sup>12</sup> A. Barak (op. cit., s. 339), gdzie czytamy: „Ustawa nie jest jednorazowym tworem przejściowej legislatury działającej w ramach na chybił-trafił zgromadzonego społeczeństwa. Ustawa jest częścią ciągłego tworzenia permanentnej legislatury, działającej w ramach społeczeństwa demokratycznego”.

### 3. PRAWODAWCA REALNY A PRAWODAWCA IDEALNY – METAFORA TYGLA

Pojęcie prawodawcy idealnego jest, jak się zdaje, niewyartykułowanym elementem derywacyjnej koncepcji wykładni M. Zielińskiego<sup>13</sup>. Badacz ten odróżnia wyraźnie w swojej koncepcji język przepisów prawnych od języka norm<sup>14</sup>, a zakładając, że każdy z tych języków ma swojego nadawcę, możemy przyjąć, że język przepisów to język poszczególnych prawodawców realnych, język norm zaś to ten, którym posługuje się prawodawca idealny. M. Zieliński podkreśla, że język przepisów jest tylko punktem wyjścia w procesie ustalenia brzmienia normy prawnej. Jest on kodem, a jego zakodowanie może mieć charakter zakodowania rozczłonkowanego lub skondensowanego<sup>15</sup>. Zakodowanie rozczłonkowane polega na tym, że kilka wyrażeń kodu (a więc kilka wyrażeń języka przepisów) przekształca się na język jednej normy prawnej, natomiast termin „zakodowanie skondensowane” opisuje sytuację odwrotną – gdy jednemu przepisowi prawnemu odpowiada kilka norm postępowania.

Dekodowanie norm prawnych z języka przepisów ma, jak wskazuje M. Zieliński, m.in. charakter ujednoznaczniający. Dzieje się tak wtedy, gdy wieloznacznemu wyrażeniu języka kodu (a więc języka przepisów) przyporządkowujemy wyrażenie danego języka (a więc języka norm), które jest jednoznaczne na gruncie reguł tego języka<sup>16</sup>. Osiągnięte w tym procesie dekodowania wypowiedzi językowe, mające charakter norm postępowania, jednoznacznie nakazują lub zakazują określonego

<sup>13</sup> Koncepcja ta została przedstawiona w pracach: M. Zieliński, *Interpretacja...*, op. cit. oraz idem, *Wykładnia prawa: zasady, reguły, wskazówki*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2002, a także w pracy M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Dyrektywy i sposób ich wypowiedzania*, Polskie Towarzystwo Semiotyczne, Warszawa 1992. Elementy derywacyjnej koncepcji wykładni odnajdujemy także wcześniej w opracowaniach Z. Ziemińskiego: *Przepis prawny a norma prawna*, „RPEiS” 1960, **1**, s. 105 i n. oraz *Logiczne podstawy prawoznawstwa. Wybrane zagadnienia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1966, s. 208. Na temat relacji pomiędzy derywacyjną a klaryfikacyjną koncepcją wykładni zob. K. Pleszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni. Próba konfrontacji*, „ZNUJ” (Prace z Nauk Politycznych) 1984, **20**.

<sup>14</sup> M. Zieliński, *Interpretacja...*, op. cit., s. 8.

<sup>15</sup> Ibidem, s. 15.

<sup>16</sup> Jak pisze M. Zieliński, w wielu sytuacjach interpretacji praca interpretatora polega na przechodzeniu od wieloznacznego języka przepisów do języka norm, na którego poziomie interpretator musi dokonać wyboru jednego ze znaczeń (zob. ibidem, s. 33).

zachowania<sup>17</sup>. Wśród przepisów, które, zgodnie z przyjmowaną przez M. Zielińskiego definicją, są zapisanymi w tekście prawnym zdaniem, brany od kropki do kropki, wyróżnić można kilka typów. Dla prowadzonych tu rozważań najistotniejsze jest wyróżnienie przepisów zrębowych, modyfikujących i uzupełniających. Przepisy zrębowe zawierają w sobie trzon normy postępowania, którą chcemy odkodować z przepisów prawnych. Najczęściej trzonem tym jest wyrażenie w odniesieniu do konkretnego adresata nakazu lub zakazu postępowania w określonych okolicznościach. Przepisy modyfikujące i uzupełniające mogą następnie wpływać na kształt nakazu/zakazu zawartego w przepisie zrębowym, np. przez zmniejszanie lub zwiększanie jego zakresu podmiotowego czy też poszerzenie lub zwężenie jego zakresu zastosowania. Ostatecznie norma prawna jest odkodowywana z jednego przepisu zrębowego oraz wielu przepisów modyfikujących i uzupełniających. Jej finalny kształt jest efektem połączenia wypowiedzi, które mogą pochodzić z różnych

---

<sup>17</sup> M. Zieliński, zgodnie z tradycją szkoły poznańskiej, przyjmuje, że prawo składa się tylko z jednego rodzaju reguł, mianowicie norm postępowania, a więc wypowiedzi wyrażających nakaz lub zakaz określonego postępowania. Inne wypowiedzi występujące w prawie, w szczególności tzw. wypowiedzi zezwalające lub reguły konstruujące czynności prawne, dadzą się, w ujęciu szkoły poznańskiej, sprowadzić ostatecznie do elementów strukturalnych norm postępowania. Takie ujęcie ma swoje źródło w pracach teoretyków skandynawskich, przede wszystkim Alfa Rossa (*Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London 1968), a następnie było szeroko przedstawiane w takich pracach teoretyków poznańskich, jak: Z. Ziemiński, *Kompetencja...*, op. cit., passim czy K. Świrydowicz, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, op. cit. Krytykę takiego podejścia przedstawia praca: M. Matczak, *Kompetencja...*, op. cit., rozdział 2, passim. W niniejszej pracy przyjęto założenie o dwouściowości reguł w systemie prawa, może więc powstać wrażenie niekompatybilności koncepcji M. Zielińskiego, opartej na założeniu o jednorodności norm prawnych, i niniejszych rozważań, zaprzeczających temu założeniu. Wrażenie takie jest pozorne – dla owocnego wykorzystania elementów derywacyjnej koncepcji wykładni nie jest konieczne rozstrzygnięcie, jaka jest konstrukcja reguły (normy prawnej), która osiąga interpretator jako efekt analizy przepisów prawnych. Najbardziej interesujące w koncepcji M. Zielińskiego jest założenie o dwuetapowości interpretacji, która polega najpierw na odczytaniu przepisów, a następnie na odkodowaniu normy prawnej. Ta dwuetapowość jest elementem autonomicznym w stosunku do struktury normy, jaka jest efektem interpretacji (co pokazano w pracy: M. Matczak, *Kompetencja...*, op. cit., przez zastosowanie derywacyjnej koncepcji wykładni do reguł konstruujących czynności prawne).

aktów prawnych, różnych momentów oraz z różnych miejsc w hierarchii prawa<sup>18</sup>.

M. Zieliński używa terminu „tekst prawny w momencie  $t_0$ ” na określenie „agregatu wszystkich przepisów wszystkich tekstów prawnych danego państwa, ogłoszonych do momentu  $t_0$ ”. Ten agregat przepisów odpowiada całości wypowiedzi prawodawcy, zawartych na różnych poziomach hierarchii prawa, obowiązujących w danym momencie, np. momencie dokonywania interpretacji. Podobną wizję tekstu prawnego prezentuje A. Barak, pisząc:

Każdy tekst jest interpretowany jako część systemu prawnego, traktowanego jako całość. Ktokolwiek interpretuje jeden tekst, interpretuje wszystkie teksty. Każdy pojedynczy tekst jest połączony z całością tekstów w systemie prawa<sup>19</sup>.

Takie całościowe ujęcie tekstu prawnego jest bliskie poglądom prezentowanym w niniejszej pracy, ponieważ uwzględnia tematykę diachroniczności, wielokanałowości i hierarchiczności komunikacji przez prawo, która stanowi fundament tych rozważań. Tekst prawny w momencie  $t_0$  można bowiem traktować w przedstawionym ujęciu jako wypowiedź prawodawcy idealnego. Jednocześnie dla M. Zielińskiego całościowe ujęcie tekstu prawnego ma „zasadniczą doniosłość”<sup>20</sup>, ponieważ jest bezpośrednio powiązane z „podstawową regułą interpretacyjną wskazującą na konieczność odpoznawania norm nie z tekstu jakiegoś jednego tylko aktu, lecz z całego tekstu prawnego”<sup>21</sup>. W innym miejscu M. Zieliński wskazuje, że

nieuzasadnione jest interpretowanie jakiegoś jednego przepisu w odizolowaniu od innych elementów tekstu prawnego<sup>22</sup>.

Takie podejście jest oczywiście zgodne z założeniem, że test pochodzenia nadaje wypowiedziom prawodawcy, które zostały przezeń pozytywnie zweryfikowane, równą rangę i nie pozwala ich różnicować interpretatorowi, choćby w charakterystyczny dla formalizmu sposób, polegający na preferowaniu najbardziej lokalnej reguły.

<sup>18</sup> Na temat trudności z ustaleniem miejsca w hierarchii prawa normy odkodowanej z przepisów zawartych w aktach prawnych różnego rzędu zob. więcej M. Matczak, *Z rozważań...*, op. cit., passim.

<sup>19</sup> A. Barak, op. cit., s. xii.

<sup>20</sup> M. Zieliński, *Interpretacja...*, op. cit., s. 25.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 27.

Wskazane powyżej założenia derywacyjnej koncepcji wykładni M. Zielińskiego pokazują, że doskonale opisuje ona proces interpretacji, w którym interpretator komunikuje się z wieloma prawodawcami realnymi, jacy w różnym czasie i na różnych poziomach hierarchii prawa wprowadzali do systemu prawa przepisy zrębowe, modyfikujące i uzupełniające. Efekt interpretacji w ujęciu derywacyjnym to jednak norma postępowania – wypowiedź jednolita pod względem syntaktycznym, semantycznym i pragmatycznym (w tym ostatnim aspekcie przede wszystkim jednolita pod względem czasowym, tzn. niewypowiedana w częściach, diachronicznie). Tym samym wydaje się, że niewysłowionym elementem derywacyjnej koncepcji wykładni musi być założenie istnienia prawodawcy idealnego – podmiotu, który jest nadawcą normy postępowania, będącej, jak wskazywano, wypowiedzią jednolitą we wszystkich interesujących nas aspektach. Ten prawodawca idealny, posługujący się językiem norm, nie jest tożsamy z żadnym z prawodawców realnych, posługujących się językiem konkretnych przepisów prawnych, w tym nie jest tożsamy z prawodawcą realnym formułującym przepis zrębowy<sup>23</sup>. Z tych względów określono go mianem „prawodawcy idealnego”<sup>24</sup>.

Wprowadzenie pojęcia prawodawcy idealnego i prawodawcy realnego zakłada zatem, że – w ujęciu derywacyjnej koncepcji wykładni – językiem przepisów posługują się prawodawcy realni, natomiast podmiotem, któremu przypisujemy język norm, jest właśnie prawodawca

<sup>23</sup> W ujęciu M. Zielińskiego nie jest do końca jasne, czy roli prawodawcy idealnego nie odgrywa po prostu interpretator. Taki wniosek można wysnuć z następującego fragmentu: „trzeba by przyjąć zasadę, że nie będzie się oceniało odpoznanej normy jako zgodnej lub niezgodnej treściowo z tą, którą ustawodawca zawarł w przepisie, lecz że wyinterpretowanie jakiejś normy na gruncie reguł R (uznanych w danej kulturze prawnej), będzie przesądzało o tym, jaką normę ustawodawca w przepisie zawarł” (ibidem, s. 31).

<sup>24</sup> Pojęcie prawodawcy idealnego jest efektem personifikowania systemu prawa. Personifikowanie takie spotykamy także w innych opracowaniach poświęconych interpretacji prawniczej. Np. A. Barak (op. cit., s. 90), pisząc o subiektywnych i obiektywnych elementach w interpretacji prawa, wskazuje, że w ramach elementów obiektywnych, a więc tych przesłanek interpretacyjnych, które są oderwane od konkretnych, historycznych prawodawców, możemy mówić o obiektywnym „celu” prawa, który Barak określa mianem „intencji” lub „woli systemu prawa”. Stąd już niedaleko do konstrukcji prawodawcy idealnego, który może być podmiotem tej intencji czy woli. Podobna personifikacja (czy antropomorfizacja) w odniesieniu do tekstu jest spotykana w literaturze hermeneutycznej (zob. na ten temat P. Campos, *That Obscure Object of Desire. Hermeneutics and the Autonomous Legal Text*, „Minn. L. Rev.” 1993, 77, s. 1091).



idealny. Założenie o istnieniu prawodawcy idealnego jest odpowiedzią interpretatora na wielokanałowość, diachroniczność i hierarchiczność komunikacji poprzez prawo. Bez tego założenia nie byłoby możliwe jednocześnie trwanie prawa w czasie, zachowanie jego dynamicznego charakteru oraz dokonywanie jego interpretacji. Kluczowy zatem z punktu widzenia prawodawcy idealnego jest proces „scalania” (w terminologii M. Zielińskiego) przepisów w normę prawną. W ramach tego procesu wypowiedzi wielu prawodawców realnych, przyjmujące postać przepisów prawnych, zostają zamienione na jednoznaczną i jednorodną wypowiedź w postaci normy prawnej.

Aby jeszcze lepiej zobrazować konstrukcję prawodawcy idealnego, warto przedstawić metaforę, którą można nazwać *metaforą tygla*. Otóż można by powiedzieć, że tworzenie prawa przez prawodawców realnych przypomina wrzucanie przez różne osoby (obrazują one właśnie prawodawców realnych) złotych przedmiotów (które odzwierciedlają przepisy prawne) do wielkiego tygla, w którym przedmioty te zostają stopione (tygiel symbolizuje prawodawcę idealnego). Ze względu na konieczność spełnienia testu pochodzenia, oczywiście nie każdy może podejść do tygla i wrzucić do niego swój przedmiot. Ci, którzy są do niego dopuszczani, muszą spełniać określone warunki, a złote przedmioty, które wrzucają do tygla, muszą zostać poddane próbie autentyczności, by nie dopuścić do wrzucenia przedmiotu niebędącego złotem. Po stopieniu wrzuconych przedmiotów osoba stojąca u dołu tygla (symbolizująca podmiot stosujący prawo) odkręca kurek, pobiera z niego określoną masę stopionego złota i formuje nowy, złoty przedmiot, który symbolizuje normę prawną, znajdującą zastosowanie do danego przypadku.

Metafora tygla ukazuje, jak się zdaje, wiele istotnych aspektów komunikacji pomiędzy prawodawcami realnymi a podmiotami stosującymi prawo. Po pierwsze, dany prawodawca realny nie ma monopolistycznego wpływu na to, jak będzie wyglądała norma wyinterpretowana przez podmiot stosujący prawo, ponieważ na jej treść mogą wpływać także inni prawodawcy realni – usuwając, modyfikując bądź dodając komunikaty prawne do domeny prawa. Po drugie, tworzone przepisy muszą ulec wchłonięciu przez system prawa i to ten system, zawierający przepisy wprowadzone przez wielu prawodawców, niejako komunikuje się z podmiotem stosującym prawo. Po trzecie, podmiot stosujący prawo nie może ominąć tygla systemu i w celu sformułowania normy postępowania komunikować się z poszczególnymi prawodawcami realnymi, wpro-

wadzającymi przepisy do systemu prawa, ponieważ w ten sposób podaje w wątpliwość ideę samego systemu prawa, jego trwania w czasie oraz konieczność zapewnienia spójności w ramach systemu. Tym samym podważa konieczność realizacji idei rządów prawa, preferując rządy konkretnego prawodawcy realnego.

Metafora tygła odzwierciedla ideę jednego tekstu prawnego, rozumianego jako zbiór wszystkich tekstów aktów prawnych obowiązujących w danym momencie (tekst prawny w momencie  $t_0$  w ujęciu M. Zielińskiego). Tekst ten musi cechować pewnego rodzaju spójność, jeśli prawo ma zachować swą efektywność. Spójność ta ma charakter wieloaspektowy – dotyczy np. ujednoczonego rozumienia tych samych terminów używanych w różnych aktach prawnych, jednolitości teleologicznej (jednolitości celu) tekstu prawnego, czy wreszcie jednolitości założeń aksjologicznych. Biorąc pod uwagę fakt, że elementy składowe systemu prawa mają różnych autorów i powstają w różnym czasie, trudno oczekiwać, że spójność ta zostanie zapewniona na etapie stanowienia prawa. Osobą, która łączy te wszystkie elementy w całość, jest interpretator – to na nim spoczywa główna część odpowiedzialności za nadanie spójności tekstowi prawnemu, który interpretuje.

#### 4. HIERARCHICZNOŚĆ KOMUNIKACJI POPRZEZ PRAWO

Do tak zarysowanego obrazu komunikacji między prawodawcami realnymi a podmiotem stosującym prawo musimy dodać jeszcze element hierarchiczności komunikacji przez prawo<sup>25</sup>. Oprócz tego, że komunikaty prawne są nadawane przez różnych prawodawców realnych (wielokanałowość komunikacji) oraz że są nadawane w różnym czasie (diachroniczność), prawodawcy mogą być zróżnicowani ze względu na swoją hierarchię, a ta przenosi się na ważność nadawanych przez nich komunikatów. W systemie prawa kontynentalnego, który nie musi brać pod uwagę zasady *stare decisis* i hierarchii precedensów prawnych, jedynym kryterium decydującym o miejscu komunikatu prawnego w hierarchii prawa jest jakość legitymacji demokratycznej, która stoi za danym komunikatem. I tak, najwyższe miejsce w hierarchii zajmuje konstytucja, uchwalana przy zachowaniu szczególnych wymogów legitymacyjnych, w tym

<sup>25</sup> Na temat hierarchiczności systemu prawa w ujęciu teoretycznym zob. K. Pleszka, *Hierarchia w systemie prawa*, „ZNUJ” (Prace z Nauk Politycznych), 1988, 33, passim.

często wymogu demokratycznej legitymacji bezpośredniej, udzielanej w drodze referendum, a następnie plasują się ustawy i akty wykonawcze, także różnicowane przede wszystkim ze względu na jakość legitymacji demokratycznej. Do tego porządku włącza się obecnie w coraz większym stopniu prawo międzynarodowe i – w Europie – prawo wspólnotowe. Oba te porządki sprawiają wiele kłopotów z umieszczeniem danych aktów w hierarchii prawa, co tylko potwierdza, jak doniosłą rolę w świecie prawa odgrywa kwestia hierarchiczności. Wymaga ona rozstrzygnięcia, czy należy ją brać pod uwagę jedynie w aspekcie tworzenia prawa (a więc uznawać, że prawodawca realny może ustanawiać tylko reguły zgodne z regułami wyższego rzędu), czy też także w aspekcie jego stosowania<sup>26</sup>. Załóżmy, że oba aspekty są tak samo ważne, co zresztą potwierdzają aktualne tendencje w rozwoju prawa konstytucyjnego czy prawa ponadnarodowego<sup>27</sup>. Oznacza to, że adresat reguł nadanych przez różnych prawodawców realnych, w różnym czasie, musi dokonać ich oceny także z punktu widzenia hierarchii. W szczególności jest on zobowiązany w jakiś sposób nadać większą wagę komunikatom mającym wyższe miejsce w hierarchii, aż do zastosowania reguły *lex superior derogat legi inferiori*.

Jasna wydaje się funkcja hierarchiczności systemu prawnego z punktu widzenia obowiązków podmiotu stanowiącego prawo i podmiotu je stosującego. W pierwszym przypadku podmiot stanowiący prawo nie może wprowadzać do systemu reguł sprzecznych z regułami wyższego rzędu, w drugim przypadku podmiot stosujący prawo niższego rzędu nie powinien poprzez swoje decyzje interpretacyjne doprowadzać do powstawania sytuacji niezgodnych z regułami wyższego rzędu. W tym miejscu należałoby jednak rozważyć uzasadnienie dla hierarchiczności prawa z nieco innego punktu widzenia, a mianowicie z punktu widzenia techniki regulowania życia społecznego. Reguły zawarte w aktach wyższych hierarchicznie mają najczęściej charakter reguł ogólnych, często programo-

<sup>26</sup> Niektórzy autorzy, jak się zdaje, rozpatrują zagadnienia hierarchiczności systemu prawa jedynie w aspekcie tworzenia prawa, pomijając doniosłość hierarchii w procesie stosowania reguł. W niektórych, zwłaszcza dawniejszych pracach może to wynikać ze słabego rozwoju idei bezpośredniego stosowania zasad ogólnych prawa jako podstawy decyzji stosowania prawa, która to idea została istotnie rozwinięta w ostatniej dekadzie.

<sup>27</sup> Por. np. zasadę bezpośredniego stosowania konstytucji wyrażoną w art. 8 ust. 2 Konstytucji RP czy zasadę bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego w porządku prawnym państw członkowskich.

wych<sup>28</sup>. Taki ich charakter jest powiązany z pełnioną przez nie funkcją. Wprowadzanie reguł ogólnych (norm programowych) do systemu prawa jest związane z ograniczeniami wiedzy prawodawcy, który nie może przewidzieć wszystkich konkretnych sytuacji stosowania prawa, ani tym bardziej wszystkich skutków stosowania prawa. Dlatego jest on zmuszony wprowadzić do systemu komunikaty natury ogólnej. Do reguł takich zalicza się m.in. zasadę równego traktowania, zasadę proporcjonalności czy zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Konieczność ich stosowania najlepiej ukazuje powołany przez G. Mac Calluma<sup>29</sup> przykład z popielniczkami. W przykładzie tym profesor uniwersytetu prosi studenta, by ten przyniósł mu z sąsiedniego budynku kampusu popielniczkę. Profesor potrzebuje ich do zorganizowania przyjęcia, jednak nie komunikuje studentowi swojej intencji, nie podaje mu także żadnych zasad, których powinien się trzymać, pozyskując popielniczkę. Student, udając się do sąsiedniego budynku, może zachować się na kilka sposobów. Po pierwsze, może wrócić do profesora z pustymi rękoma, twierdząc, że ten nie wyraził się dość precyzyjnie, ponieważ nie dookreślił, co ma dokładnie na myśli, prosząc o przyniesienie popielniczek (ta odpowiedź symbolizuje postępowanie sędziego, który odmawia rozstrzygnięcia danego przypadku ze względu na niejasność języka prawnego). Po drugie, może przynieść kilka popielniczek, które stały na parapetach w korytarzu budynku. Wreszcie, może przynieść kilkadziesiąt popielniczek, w tym popielniczki zabrane osobom, które właśnie ich używały, popielniczki wyrwane ze ścian, w których były na stałe umieszczone, oraz te wykradzione z prywatnych pokoi profesorów, po uprzednim wyważeniu drzwi prowadzących do tych pomieszczeń. Zauważmy, że przy podejściu formalistycznym do stosowania prawa, w szczególności wykorzystującym założenia tekstualizmu, wszystkie zaprezentowane działania (możemy mieć wątpliwość jedynie co do pierwszego z nich) mieszczą się w kształcie językowym reguły „Przynieś mi popielniczkę!”. Dopiero wprowadzenie zasady ogólnej, np. odmiany zasady proporcjonalności, która mogłaby brzmieć „Pod żadnym pozorem jednak nie używaj do realizacji zadania środków wiążących się z kosztami nadmiernymi

<sup>28</sup> Na temat norm programowych zob. T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, w: J. Trzeciński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997. O roli klauzul generalnych w prawie zob. L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Zakamycze, Kraków 2001, *passim*.

<sup>29</sup> G.C. Mac Callum Jr., *op. cit.*, s. 771.

w porównaniu z uzyskiwanymi korzyściami!”), pozwala na stwierdzenie, że tylko postępowanie nr 2 uznamy za właściwe zastosowanie reguły „Przynieś mi popielniczki!”. Funkcja zasad ogólnych ma zatem charakter uzupełniający w stosunku do reguł, a jednocześnie modelujący wyniki interpretacji reguł szczegółowych w sposób, który zbliża te wyniki do założeń prawodawcy. Odmowa zastosowania w danej sprawie zasad ogólnych, sformułowanych na wyższym poziomie hierarchii prawa (a takie rozwiązanie proponuje formalizm poprzez konstrukcję priorytetu dla stosowania najbardziej szczegółowej reguły), jest zaprzeczeniem realizacji zamierzeń prawodawcy, a w przypadku sędziego – zaprzeczeniem idei supremacji legislatywy nad trzecią władzą. Po raz kolejny więc założenia formalizmu, w tym przypadku nieuwzględnianie zasad ogólnych w procesie stosowania prawa, raczej oddalają, niż zbliżają tę koncepcję do stanowiska pozytywizmu prawniczego i do idei rządów prawa.

## 5. SYNTAKTYKA I PRAGMATYKA JĘZYKA PRAWNEGO A ZASTOSOWANIE PRAWA DO KONKRETNEGO PRZYPADKU

Mając w pamięci powyższe rozważania o wielokanałowości, diachroniczności i hierarchiczności komunikatów prawodawcy, wyobraźmy sobie teraz sprawę *x*. Do sprawy tej mogą – i najczęściej odnoszą się – różne komunikaty prawne nadane w różnym czasie (np. dwa uzupełniające się przepisy dwóch ustaw albo dwa przepisy tej samej ustawy – jeden z części ogólnej, drugi z części szczegółowej, bądź dwa komunikaty o różnym poziomie w hierarchii prawa, np. przepis ustawy i przepis konstytucji). W szczególności zachodzi sytuacja, w której prawodawca realny A nakazuje adresatowi komunikatu zachować się w określony sposób, a prawodawca realny B modyfikuje ten obowiązek, zastrzegając, że nie dotyczy on sytuacji *Y*; z kolei prawodawca realny C kieruje do adresata komunikat, zgodnie z którym powinien on wykonywać wszystkie obowiązki sformułowane przez innych prawodawców realnych w taki sposób, by nie przynosić więcej szkód niż pożytku. W omawianej sytuacji zakładamy, że wszystkie komunikaty, które odbiera ich adresat, spełniają test pochodzenia, a więc adresat co do zasady musi je odczytać bez różnicowania ich ważności (co nie wyklucza zabiegów różnicujących w momencie stwierdzenia sprzeczności pomiędzy komunikatami).

Ten przykład uwidacznia problem niejasności języka prawnego wynikający z wielości komunikatów prawodawców realnych, które odno-

są się do tej samej sytuacji. Problem niejasności języka prawnego jest doniosły, ponieważ koncepcje formalistyczne, w tym np. doktryna *claritas*, zakładają, że sylogistyczność i redukcjonizm przesłanek interpretacyjnych mają zastosowanie do tych przypadków, w których mamy do czynienia z jasnym, niebudzącym wątpliwości tekstem prawnym<sup>30</sup>. Koncepcje te natomiast dopuszczają sięgnięcie po inne przesłanki, a tym samym skomplikowanie procesu interpretacji prawa, gdy analiza językowa doprowadza interpretatora do twierdzenia, że tekst prawny jest niejasny. Wydaje się, że ze względu na założenia formalizmu, w szczególności założenie o jednokanałowości komunikacji poprzez prawo, dotychczas problem jasności lub niejasności tekstu prawnego był rozpatrywany na poziomie pojedynczego komunikatu – przepisu. W tym zakresie o jasności lub niejasności tekstu prawnego decydowała precyzja terminów użytych do sformułowania tego komunikatu. Tekst mógł więc być niejasny ze względu na otwartą tekstowość terminów prawnych. Jeżeli terminy użyte do sformułowania pojedynczego komunikatu były jasne lub dawały się ujednoznaczyć w danym kontekście językowym, to według koncepcji formalistycznych nie zachodziła potrzeba korzystania z innych niż tekst przesłanek interpretacyjnych, np. brania pod uwagę celu danej regulacji czy też intencji ustawodawcy.

Jeżeli jednak uwzględnimy w naszych rozważaniach wielokanałowość, diachroniczność i hierarchiczność komunikacji poprzez prawo, to okazuje się, że może być ona niezależnym, niepodkreślanym dotąd źródłem niejasności komunikatów prawnych. Problem niejasności, o której mowa, nie da się rozwiązać przez proste zastosowanie tekstu w jego normalnym znaczeniu, jak proponuje formalizm. Oto bowiem interpretator stoi przed kilkoma komunikatami, które – choć każdy z nich może cechować się jasnością – wymagają jednoczesnego uwzględnienia<sup>31</sup>. Oznacza to, że nawet oczywiście jasny komunikat prawodawcy realnego A wymaga zderzenia z oczywiście jasnym komunikatem prawodawcy realnego B, a czasami i prawodawcy C, który może dodatkowo nadawać swój komunikat z wyższego poziomu hierarchii prawa. Dopiero połączenie tych trzech komunikatów daje odpowiedź na pytanie, czego oczekuje od adresata reguł pra-

<sup>30</sup> J. Wróblewski, *Rozumienie...*, op. cit., s. 59.

<sup>31</sup> Zob. B. Brożek, *Derywacyjna koncepcja wykładni z perspektywy logicznej*, „RPEiS” 2006, 1, s. 87 i n., który przedstawia interesujący, logiczny argument na rzecz derywacyjnej koncepcji wykładni, wykazując, że ujmowane literalnie dwie wypowiedzi prawodawcy na ten sam temat mogą prowadzić do sprzecznych konkluzji.

wodawca idealny. Sposób postępowania, jaki oferuje formalizm, a więc zignorowanie komunikatów bardziej ogólnych, wyizolowanie komunikatu najbardziej szczegółowego i jego tekstualistyczne zastosowanie do danej sprawy, nie jest z pewnością rzetelną próbą wyjścia z zarysowanej sytuacji, ponieważ nie realizuje założenia o równej wartości komunikatów prawodawcy, które spełniają test pochodzenia. A założenie to, jak wskazano, jest jednym z kluczowych elementów pozytywistycznej koncepcji prawa.

Wracając do postulatów formalizmu co do oparcia procesu interpretacji na zwykłym znaczeniu tekstu prawnego, jeśli tekst ten jest jasny, można by powiedzieć, że wielokanałowość, diachroniczność i hierarchiczność komunikacji przez prawo powoduje permanentny stan niejasności tekstu prawnego. Wynika to z tego, że interpretując prawo, zawsze mamy do czynienia z kilkoma subkomunikatami, zaczerpniętymi z różnych poziomów systemu prawa, i zawsze musimy dokonać ich „ujednoznacznienia” (w terminologii M. Zielińskiego). Skoro więc koncepcje formalistyczne przewidują możliwość rozszerzenia zakresu przesłanek interpretacyjnych w sytuacji niejasności tekstu prawnego, to można powiedzieć, że permanentna niejasność tekstu oznacza permanentną potrzebę rozszerzania katalogu przesłanek interpretacyjnych w celu ustalenia znaczenia tekstu (np. przez uwzględnianie historii legislacyjnej, celów prawodawcy czy dorobku doktryny). Tym samym uwzględnienie cech syntaktycznych i pragmatycznych języka prawnego prowadzi nas do konkluzji, że interpretacja tego języka nie może opierać się na sylogistyczności i redukcjonizmie przesłanek interpretacyjnych, które proponuje formalizm. Po pierwsze, interpretacja ta musi godzić znaczenia co najmniej kilku komunikatów poszczególnych prawodawców realnych, odnoszących się do danej sprawy, co wymaga skomplikowanych operacji myślowych, a co za tym idzie – szczegółowego uzasadnienia, a nie prostego twierdzenia o oczywistości decyzji interpretacyjnej w danym przypadku. Po drugie, ze względu na permanentną niejasność tekstu prawnego, wynikającą ze zderzenia kilku komunikatów prawodawców realnych, stosujących się do danej sprawy, stale istnieje potrzeba weryfikacji przyjmowanego znaczenia przez odwołanie się do innych niż tekst przepisu przesłanek interpretacyjnych, co jest w jaskrawy sposób sprzeczne z formułowanym przez formalizm postulatem redukcjonowania liczby przesłanek interpretacyjnych wykorzystywanych przez prawników.

## 6. PROBLEM Z INTENCJĄ

Uwzględnienie wielokanałowości, diachroniczności i hierarchiczności komunikacji poprzez prawo komplikuje i tak niełatwą kwestię identyfikacji intencji prawodawcy w procesie stosowania prawa. Ścisłej rzecz ujmując, powstaje pytanie, którą z intencji prawodawcy należy brać pod uwagę – intencję któregoś z prawodawców realnych czy też intencję prawodawcy idealnego, prawodawcy wyższego czy niższego hierarchicznie?

Na problem ten, w aspekcie czasowości prawa, zwraca uwagę A. Barak, pisząc:

Kwestia czasowości jest bardziej skomplikowana, gdy mamy do czynienia z ustawą, w przypadku której chcemy rozważyć zarówno intencję historycznej legislatury, która uchwaliła tę ustawę, jak i intencję legislatury współczesnej. Problemem jest to, że ludzie z krwi i kości, których intencja tworzy intencję legislatury, zmieniają się wraz z upływem lat<sup>32</sup>.

A w innym miejscu:

Interpretacja prawa nastawiona na cel jest rodzajem dialogu pomiędzy intencją racjonalnego autora, intencją systemu i intencją rzeczywistego autora tekstu. Interpretatorzy odgrywają podwójną rolę w tym dialogu. Z jednej strony żyją oni w teraźniejszości i ich rozumienie (świadomie lub nieświadomie) jest produktem współczesnych wartości systemu prawa. Z drugiej strony interpretatorzy próbują zrozumieć tekst, który został stworzony w przeszłości. Poszukują intencji w samym sercu tekstu. Interpretatorzy bez przerwy „poruszają się” tam i z powrotem pomiędzy przeszłością i teraźniejszością. Biorą pod uwagę historyczną intencję autora tekstu i nowoczesną intencję systemu<sup>33</sup>.

Jak wskazano wcześniej, formalizm cechuje tendencja do upraszczania dylematu „czyja intencja?” i uwzględniania jednej, wybranej, najczęściej historycznej intencji prawodawcy realnego, będącego twórcą interpretowanego komunikatu. Taka tendencja jest zrozumiała, jeśli rozpatruje się ją w szerszym świetle założenia o redukcjonizmie przesłanek interpretacyjnych. Skoro formalizm uznaje, że do danej sprawy stosuje się interpretowany komunikat, a odrzuca jednoczesne zastosowanie zasad ogólnych, także odnoszących się do tego typu przypadków, to w kwestii intencji właściwie nie ma wyboru. W ujęciu prezentowanym w niniejszej pracy, wyprowadzanym z podstawowych założeń pozytywizmu prawniczego,

<sup>32</sup> A. Barak, op. cit., s. 33.

<sup>33</sup> Ibidem, s. 112.



odpowiedź na pytanie: „Którą intencję uwzględnić?” nie jest już tak oczywista. Rozważania dotyczące intencji wychodzą z założenia, że nadawanie komunikatów prawnych ma charakter performatywny<sup>34</sup>. Oznacza to, że konkretny prawodawca realny, nadając komunikat prawny (wydając rozkaz, ustanawiając regułę wtórną czy też usuwając te komunikaty z systemu reguł), dokonuje aktu mowy. W typowej sytuacji politycznej, jaka następuje np. po wygranych wyborach, prawodawca realny dokonuje niejako przeglądu reguł obecnych w systemie i decyduje, które z nich należy zmienić, w jakich obszarach należy wydać nowe regulacje, a wreszcie – które z regulacji utrzymać. Gdy dany prawodawca realny dokonuje zatem odpowiednich aktów mowy (o skutku w postaci ustanowienia albo derogowania konkretnych regulacji), możemy założyć, że obejmuje on swoją intencją zarówno ustanowienie nowych reguł, jak i utrzymanie w systemie prawa reguł ustanowionych przez wcześniejszych prawodawców realnych. Podobnie w przypadku zmiany w systemie powstaje pytanie o intencję stojącą u podstaw tej zmiany i to, w jakim stopniu intencja ta wpływa na intencję całego systemu (intencje podsystemów).

Jak wynika z powyższych rozważań, podmiot stosujący prawo musi rozstrzygnąć problem (co najmniej) kilku intencji. Z całą pewnością musi rozważyć intencję prawodawcy, który ustanowił daną normę, oraz intencję prawodawcy, który zmienił ją lub utrzymał w systemie prawa. Dodatkowo musi wziąć pod uwagę intencję prawodawcy, który wprowadził do systemu prawa na innym poziomie hierarchicznym zasady ogólne stosujące się do danego przypadku. Problem ten wymaga rozstrzygnięcia, które może być dokonane na trzy sposoby: poprzez danie priorytetu intencji pierwotnego „twórcy” reguły, intencji prawodawcy aktualnego, który regułę tę zmienił lub utrzymał<sup>35</sup>, albo też próbę pogodzenia tych dwóch

<sup>34</sup> Na temat aspektu performatywnego języka, w tym języka prawnego, zob. J.R. Searle, op. cit. oraz J.L. Austin, op. cit. W literaturze prawniczej polskiej zob. przede wszystkim S. Czepita, op. cit.

<sup>35</sup> Stanowisko, zgodnie z którym w procesie interpretacji powinno się dawać pierwszeństwo intencji prawodawcy współczesnego momentowi dokonywania interpretacji, prezentuje m.in. Ch. Perelman, który pisze: „[P]roponuję, że jeśli sędzia ma dokonywać wykładni na podstawie woli ustawodawcy, należałoby przez to rozumieć nie wolę tego, kto ustawę – zwłaszcza dawną – uchwalił, lecz wolę ustawodawcy aktualnego. Istotnie, dawny ustawodawca – bez względu na to, jaka była jego rzeczywista wola, a sędzia może się jej tylko domyślać – nie jest w stanie sprzeciwić się przypisywanej mu wykładni. Może być i tak, że przypisanie to okaże się tylko fikcją, dzięki której sędzia swą własną wykładnię prawa przedstawia jako zgodną z wolą ustawodawcy. Jeżeli natomiast nawiązuje on do woli ustawodawcy aktualnego, for-

intencji. W każdym z powyższych przypadków konieczne jest jeszcze włączenie do procesu interpretacji intencji prawodawcy konstytucyjnego czy ustawodawcy, który sformułował zasady ogólne danej gałęzi prawa. Wymaga tego hierarchiczność komunikacji poprzez prawo.

Formalizm zdecydowanie upraszcza ten proces. Większość jego przedstawicieli uznaje, że zdecydowany priorytet należy nadawać intencji historycznej, a więc intencji realnego prawodawcy, który wprowadził do systemu prawa interpretowany przepis. Wydaje się, że brakuje przekonujących argumentów za oczywistością takiego wyboru. Nie przemawia za nim na pewno kwestia uwzględniania supremacji legislatywy nad podmiotami stosującymi prawo, ponieważ wybór intencji historycznego prawodawcy realnego jest co najwyżej uznaniem supremacji jednej legislatywy (tej historycznej) nad inną (np. legislatywą, która dokonała modyfikacji lub uzupełnienia danego przepisu, czy legislatywą obecną, która utrzymała go w systemie prawa).

Stanowisko formalizmu, uwzględniające jedynie intencję historyczną, jest niesłuszne. Fakt, że każdy z prawodawców realnych obejmuje swoją intencją trwanie w czasie przepisów ustanowionych wcześniej, powoduje, że w sytuacji stosowania prawa stoimy wobec trudnego zadania, polegającego na konieczności przynajmniej częściowego uwzględnienia intencji prawodawców realnych późniejszych w stosunku do tego, który ustanowił daną regułę. W szczególności konieczne jest branie pod uwagę intencji prawodawcy realnego współczesnego momentowi stosowania prawa. Wynika to także z konieczności zapewnienia spójności teleologicznej i aksjologicznej danego systemu prawa<sup>36</sup>. Funkcjonowanie w jego obrębie bardzo różnych „intencji” i różnych znaczeń, a jednocześnie uwzględnianie w każdym przypadku stosowania prawa jedynie historycznej intencji twórcy danego przepisu (i związanego z nią znaczenia przepisu), może prowadzić do nieefektywności prawa. Intencja utrzymania reguły w systemie może się z kolei różnić od intencji jej wprowadzenia do systemu. Intencja wprowadzenia przepisu modyfikującego przepis zrębowy może

---

mułaje hipotezę, której prawdziwość można skontrolować. Ustawodawca aktualny może bowiem wypowiedzieć się, i gdy nie podzieli opinii sędziego, ustanowić regułę interpretacyjną” (Ch. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, przeł. T. Pajor, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, s. 200).

<sup>36</sup> Jak pisze A. Barak (op. cit., s. 267), „Interpretowanie ustawy X zgodnie z intencją jej autora z momentu ustanowienia tego aktu, przy jednoczesnym interpretowaniu ustawy Y według intencji innego autora, z innego momentu, powodowałoby dysharmonię”.

się różnić od intencji wprowadzenia do systemu przepisu zrębowego<sup>37</sup>. Wydaje się zatem, że istnieją tylko dwa rozwiązania tego problemu – albo uwzględniamy w procesie stosowania prawa wiele intencji prawodawców realnych i próbujemy je pogodzić (wyważyć), albo też rezygnujemy z brania pod uwagę intencji prawodawcy. Skoro jednak formalizm nie chce rezygnować z uwzględniania intencji prawodawcy, trudno zrozumieć, dlaczego ogranicza się jedynie do intencji historycznego prawodawcy.

## 7. PODSUMOWANIE

Powyższe rozważania wskazują po raz kolejny, że teza o sylogistyczności i redukcjonizmie przesłanek jako immanentnych cechach rozumowania prawniczego jest niezwykle trudna do obrony, zwłaszcza w świetle założeń pozytywizmu prawniczego. Na wskazaną w poprzednim rozdziale wielość znaczeń tekstu prawnego w czasie nałożyliśmy obecnie wielość komunikatów prawnych, ich zróżnicowanie pod względem czasu nadania oraz różną pozycję w hierarchii systemu prawa. Wszystkie te czynniki powodują, że proces stosowania prawa wymaga od interpretatora nie lada wysiłku intelektualnego, zmierzającego do pogodzenia rozmaitych czynników wpływających na kształt ostatecznego rozstrzygnięcia. Wszystkie te czynniki ulegają stopieniu w pojęciu prawodawcy idealnego, co do którego interpretator kontrfaktycznie zakłada, że posługuje się on jednolitym syntaktycznie, czasowo i hierarchicznie językiem oraz że posiada jeden cel i jedną intencję. Ustalenie kształtu normy – wypowiedzi prawodawcy idealnego – wyinterpretowanej z wielu przepisów prawnych wymaga jednak najpierw pogodzenia rozmaitych czynników. Proces ten nie przebiega z pewnością sylogistycznie, ponieważ interpretator stoi zazwyczaj przed arcytrudnym zadaniem ustalenia liczby, wagi i znaczenia przesłanek (np. różnych intencji, które powinien brać pod uwagę, czy ciężaru gatunkowego przepisów, w zależności od ich miejsca w hierarchii prawa). Nawet wtedy, gdy zarówno liczba, jak i jakość przesłanek zostanie ustalona, interpretator nadal nie może zastosować sylogistycznego rozumowania, ponieważ przesłanki procesu interpretacji mogą być sobie przeciwstawiane. W szczególności konkretny przepis prawny może wskazywać na słuszność decyzji interpretacyjnej o zakazie danego dzia-

---

<sup>37</sup> Na temat przepisu zrębowego i przepisów modyfikujących zob. M. Zieliński, *Interpretacja...*, op. cit., s. 53 i n.

łania, ale zasada ogólna, nakazująca działać proporcjonalnie, wymagać będzie, aby uznać dane działanie za dozwolone. Wszystko to wskazuje na wybitnie skomplikowany raczej niż sylogistyczny charakter rozumowania prawniczego<sup>38</sup>.

Przedstawiony powyżej charakter języka prawnego skłania do konkluzji, że kompatybilne z tym charakterem (choć niepodbudowane teoretycznie związkiem z semantyką, syntaktyką i pragmatyką języka prawnego) jest podejście proponowane przez pragmatystów, m.in. przez W.N. Eskridge'a i P. Frickeya. Jak piszą ci autorzy:

Nasz model utrzymuje, że interpretator będzie patrzył na szeroką gamę przesłanek – na tekst, przesłanki historyczne i ewolucję tekstu – i w ten sposób sformułuje wstępną wizję [znaczenia] ustawy. Następnie rozwinie tę wstępną wizję przez testowanie różnych możliwych interpretacji w świetle wielorakich kryteriów wierności tekstowi, adekwatności historycznej i zgodności ze współczesnymi warunkami i wartościami. Każde z tych kryteriów jest istotne, ale żadne z nich nie przeważa koniecznie nad innymi<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Na potrzebę ciągłego ważenia przesłanek interpretacyjnych, wynikających z różnych komunikatów prawnych, różnych intencji legislacyjnych i celów prawodawczych, wskazuje w swojej pracy A. Barak. Wprowadza on, konstrukcyjnie analogiczne do przedstawionego w tej pracy rozróżnienia na prawodawców realnych i prawodawcę idealnego, rozróżnienie subiektywnych i obiektywnych przesłanek interpretacyjnych (subiektywnego i obiektywnego celu regulacji). W ujęciu A. Baraka proces interpretacji i stosowania prawa polega na ciągłym przeciwstawianiu tych elementów i ich ważeniu. W zależności od rodzaju interpretowanego zapisu prawnego (przepisu konstytucji, ustawy, zapisu umowy czy treści testamentu) górę powinny brać obiektywne albo subiektywne przesłanki interpretacyjne. Zob. A. Barak, op. cit., s. 91.

## FORMALIZM *VERSUS* HOLIZM INTERPRETACYJNY

### 1. TRZY BŁĘDY FORMALIZMU I WYPACZENIE IDEI POZYTYWISTYCZNEJ

Rozważania w poprzednich rozdziałach prowadzą do wniosku, że stanowisko formalizmu obarczone jest trzema błędami:

- a) zakłada, że komunikacja poprzez prawo przebiega jednokanałowo, podczas gdy ma ona charakter wielokanałowy, to znaczy po stronie nadawców znajduje się co najmniej kilka podmiotów (prawodawców realnych), których komunikaty musi scalić odbiorca (podmiot stosujący prawo); ten błąd nazwiemy **błędem jednokanałowości**;
- b) nie uwzględnia faktu, że komunikacja przez prawo ma charakter diachroniczny, a więc że momenty nadania poszczególnych komunikatów prawnych są najczęściej rozłożone w czasie, oraz – co najważniejsze – że odebranie tych komunikatów przez podmiot stosujący prawo następuje w innym momencie niż nadanie tych komunikatów. Tym samym formalizm nie radzi sobie z problemem zmiany znaczenia tekstu prawnego w czasie, ponieważ bierze pod uwagę jedynie historyczną intencję jednego z prawodawców realnych (stary formalizm), lub upraszcza problem diachroniczności, gdyż nie ujawnia procesu zmiany znaczenia tekstu prawnego w czasie (nowy formalizm); ten błąd nazwiemy **błędem unichroniczności**;
- c) ignoruje fakt, że komunikaty prawne mają charakter hierarchiczny, a więc że waga poszczególnych komunikatów prawodawców realnych jest różna oraz że komunikaty prawodawców wyższych hierarchicznie mogą modyfikować znaczenie tych nadawanych przez prawodawców niższych w hierarchii. Tym samym formalizm nie uwzględnia wpływu zasad ogólnych (np. konstytucyjnych) na decyzję stosowania prawa; ten błąd nazywać będziemy **błędem ahierarchiczności**.

Poniżej omówiono bardziej szczegółowo charakter każdego z błędów formalizmu oraz w odniesieniu do każdego z nich przedstawiono argumenty na rzecz podejścia konkurencyjnego wobec formalizmu, nazwa-

nego holizmem interpretacyjnym<sup>1</sup>. Holizm interpretacyjny zakłada, że komunikacja przez prawo przebiega wielokanałowo, diachronicznie i hierarchicznie, a tym samym interpretator powinien stosować takie narzędzia rozumienia tekstu prawnego, które odzwierciedlą jej charakter. Generalnie rzecz ujmując (o szczegółach podejścia holistycznego w dalszej części tego rozdziału), można powiedzieć, że holizm interpretacyjny jest więc podejściem do interpretacji prawa, które:

- a) zakłada nieoczywistość (niesylogistyczność) i wysoki poziom skomplikowania procesu interpretacji, związany z wielością i różnorodnością poszczególnych komunikatów składających się na prawo;
- b) postuluje maksymalizację przesłanek interpretacyjnych stosowanych w procesie ustalania znaczenia tekstu prawnego,
- c) podkreśla podstawową rolę standardów i zasad ogólnych (zawartych w konstytucjach i aktach prawa ponadnarodowego oraz w kodeksach) w procesie ustalania znaczenia danego komunikatu prawnego.

Z tych powodów holizm interpretacyjny nie popełnia błędów formalizmu, a dzięki temu jest bardziej kompatybilny z ideałami pozytywizmu prawniczego i ideą rządów prawa niż podejście formalistyczne. W szczególności świadczy o tym fakt, że podejście holistyczne radzi sobie z problemami przewidywalności (stabilności) orzecznictwa sądowego, związania interpretatora przez język prawny oraz problemem zachowania autonomii prawa, co będzie wykazane w ostatniej części tego rozdziału.

<sup>1</sup> Podejście do interpretacji prawa nazywane holistycznym jest przedstawiane w literaturze poświęconej interpretacji prawniczej jako zakorzenione w hermeneutyce filozoficznej. O podejściu holistycznym (*holistic approach*) pisze m.in. A. Barak, choć jego klasyfikacja ma wymiar bardziej praktyczny niż teoretyczny ze względu na brak uzasadnienia teoretycznego dla wyższości podejścia holistycznego, np. poprzez zakorzenienie go w charakterze języka prawnego. Jak pisze Barak: „Hermeneutyka uczy nas przyjmować holistyczne podejście do tekstu (...). Usuwamy bariery pomiędzy interpretatorem a tekstem, aby pozwolić na swobodny ruch od tekstu do interpretatora i z powrotem. Usuwamy bariery czasu. Nie istnieje już «wcześniej» i «później». Nie ma żadnego progu dopuszczalności [dowodów]. Każdy wiarygodny dowód – wewnętrzny czy zewnętrzny wobec tekstu – jest dopuszczalny. (...) Tekst nie może być rozumiany bez kontekstu, którego granice nie są z góry określone. Interpretator może brać pod uwagę wszystkie okoliczności” (op. cit., s. 231). Stanowisko prezentowane w tej pracy nie pokrywa się ze stanowiskiem Baraka, ponieważ uwzględnia ograniczającą rolę języka, choć jest to język ewoluujący w czasie. Podobna konstrukcyjnie do prezentowanej w niniejszej pracy koncepcji holistycznej jest koncepcja całościowej w sensie czasowym interpretacji konstytucji prezentowana przez Vicki C. Jackson w artykule *Holistic Interpretation, Comparative Constitutionalism, and Fiss-ian Freedoms*, „U. Miami L. Rev.” 2003, 58, s. 266 i n.

### 1.1. Błąd jednokanałowości a holistyczne podejście do interpretacji prawa

W opinii formalistów typowa sytuacja stosowania prawa to sytuacja, w której adresat komunikatu prawnego ma do czynienia z fragmentem tekstu, który izoluje od innych komunikatów prawnych (innych przepisów ustawy, regulacji konstytucyjnych), i koncentrując się na komunikacie jednego z prawodawców realnych, uznaje go za komunikat prawodawcy idealnego. Tymczasem, jak wskazywano w poprzednich rozdziałach, typowa sytuacja stosowania prawa polega na wielokanałowości komunikacji, i to nie ze względu na występujące często zbiegi przepisów, ale przede wszystkim ze względu na konstytucjonalizację współczesnych systemów prawnych<sup>2</sup>. Konstytucjonalizacja jest tu rozumiana w ten sposób, że prawodawca, oprócz szczegółowych komunikatów „zwykłych”, a więc np. szczegółowych regulacji na poziomie ustawy czy rozporządzeń, kieruje do adresatów komunikaty ogólniejszej natury. Niekoniecznie muszą to być komunikaty zawarte w konstytucjach. Współcześnie większość gałęzi prawa ma akty grupujące tzw. zasady – regulacje o charakterze ogólnym, kierunkowym czy programowym. Funkcje zasad prawa są wielorakie – począwszy od łagodzenia regulacji szczegółowych, które w konkretnej sytuacji stosowania prawa mogą okazywać się nieproporcjonalne<sup>3</sup> (ze względu na nadmierną pojemność reguł, por. rozdział drugi), przez nadawanie regułom szczegółowym elastyczności<sup>4</sup> (w sytuacji, gdy ich pojemność jest zbyt mała, a więc nie obejmują one swym zakresem pewnych kategorii sytuacji lub podmiotów, które w świetle ich celu powinny

<sup>2</sup> Opis zjawiska konstytucjonalizacji znajdujemy m.in. w C.L. Ten, *Konstytucjonalizm i praworządność*, w: R. Goodin, F. Pettin (red.), *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, przeł. C. Cieśliński, M. Poręba, „Książka i Wiedza”, Warszawa 2002, s. 508 i n. oraz – przedstawiane jako „liberalizm konstytucyjny” – w F. Zakaria, *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, W.W. Norton & Co., New York 2004, s. 17; zob. także G.A. Spann, *Constitutionalisation*, „St. Louis U. L. J.” 2005, 49, passim.

<sup>3</sup> Z takim wpływem zasad na stosowanie reguł mamy do czynienia przede wszystkim w obszarze prawa publicznego, w szczególności prawa administracyjnego, publicznego gospodarczego i karnego.

<sup>4</sup> Na temat znaczenia klauzul ogólnych dla elastyczności procesu stosowania prawa zob. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 312.

być nimi objęte<sup>5</sup>), wreszcie kończąc na uniemożliwieniu nadużywania czy obchodzenia reguł szczegółowych. W tym ostatnim przypadku rola zasad polega na określaniu generalnych celów, które nie mogą być osiągnięte przez zastosowanie reguł<sup>6</sup>.

Oczywiście w sporadycznych przypadkach formalizm dopuszcza wyjście poza pojedynczy komunikat – np. wtedy, gdy komunikat ten jest niejasny (np. ze względu na swoją otwartą tekstowość) albo gdy konsekwencje jego zastosowania (w wersji literalnej) wydają się sprzeczne z innymi wartościami, które można przypisać prawodawcy (tzw. doktryna absurdu). Jedynie sporadyczne stosowanie tego podejścia nie znajduje jednak uzasadnienia. Ze względu na założenie braku zróżnicowania ważności komunikatów prawodawców realnych adresat komunikatów prawnych nie może bezpodstawnie ignorować niektórych z nich (zwłaszcza jeśli nie pozostają one w sprzeczności z komunikatem szczegółowym, a jedynie uzupełniają go czy modyfikują, albo też są metakomunikatami). Należy tu podkreślić, że nie chodzi o sytuacje zastosowania reguł kolizyjnych (np. *lex specialis derogat legi generali*<sup>7</sup>), ponieważ w wielu, jeżeli nie w większości sytuacji stosowania prawa nie dochodzi do żadnej kolizji. Przykładowo, nie zachodzi kolizja pomiędzy stosowaniem szczegółowego przepisu prawa administracyjnego i zasady proporcjonalności – komunikaty te w sposób zamierzony mają koegzystować w systemie prawa i mają być stosowane łącznie. Wymaga to oczywiście ich zestawienia, porównania, a często i kompromisowego pogodzenia. Tymczasem przedstawiciele formalizmu przedstawiają taką właśnie relację wykluczania się między regulacjami szczegółowymi (regułami) a regulacjami o charakterze zasad ogólnych (standardami).

<sup>5</sup> Ta z kolei sytuacja występuje na gruncie prawa prywatnego. Z reguły rozszerzający wpływ zasad na zakres zastosowania reguł nie występuje na gruncie prawa publicznego, ponieważ groziłoby to niekontrolowanym poszerzaniem zakresu obowiązków obywateli, a tym samym naruszałoby podstawowe gwarancje wolności obywatelskich.

<sup>6</sup> Nadużycie reguły, opisane szerzej w rozdziale drugim, może występować zarówno na gruncie prawa publicznego (gdymówimy o instrumentalizowaniu czy nadużywaniu prawa przez administrację państwową), jak i na gruncie prawa prywatnego, w której to dziedzinie mamy do czynienia ze zjawiskiem nadużycia prawa podmiotowego.

<sup>7</sup> Na temat podejścia formalizmu do konfliktu norm zob. C.E. Gonzalez, *The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms*, „Or. L. Rev.” 2001, **80**, passim.



Stanowisko to jest bezpodstawne. Warunkiem zastosowania reguł kolizyjnych, takich jak *lex specialis derogat legi generali*, jest powstanie kolizji między dwoma regulacjami. W takim przypadku konieczne jest usunięcie tej kolizji przez użycie rozstrzygającej metareguly, opartej na założeniu, że prawodawca pełniej wyraził swoją wolę w regulacji bardziej szczegółowej, ponieważ dokładniej analizował problem, który zamierzał rozwiązać. W relacji „reguła szczegółowa – zasada ogólna” nie mamy do czynienia z jakąkolwiek kolizją. Przeciwnie, przeznaczeniem zasad jest ich stosowanie łącznie z regułami szczegółowymi, tylko wtedy bowiem zasady mogą odegrać rolę temperowania czy uelastyczniania tych reguł.

Formalizm popełnia zatem błąd jednokanałowości w podejściu do komunikacji poprzez prawo, ponieważ bezpodstawnie różnicuje znaczenie szczegółowych i ogólnych komunikatów prawodawcy. Różnicowanie to jest widoczne w Schauerowskiej propozycji pierwszeństwa najbardziej lokalnej reguły (*priority of the most locally applicable rule*). Pomijanie roli zasad prawnych, sformułowanych w prawie pozytywnym, jest widoczne także w przywoływanych już we wcześniejszych rozdziałach rozważaniach F. Schauera, poświęconych kwestii wyższości procesu decyzyjnego opartego na regułach (*rule-based decision making*) nad partykularystycznym procesem decyzyjnym (*particularistic decision-making*), który bierze pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Różnicowanie wartości precyzyjnych reguł i ogólnych zasad wyrażonych w tekście prawnym nie ma żadnego uzasadnienia w świetle charakteru komunikacji poprzez prawo, przede wszystkim w świetle charakteru języka prawnego w jego wymiarze syntaktycznym i pragmatycznym. Nie istnieje żadne uzasadnienie dla pomniejszania roli zasad (standardów) względem reguł szczegółowych, zwłaszcza w przypadku, jeśli przyjmuje się pozytywistyczną wizję prawa z podstawową rolą testu pochodzenia jako bramy łączącej świat prawa i światy innych porządków normatywnych. Zasady i standardy ogólne, sformułowane w konstytucjach i częściach ogólnych podstawowych aktów prawnych, przeszły test pochodzenia i dlatego stanowisko odmawiające im wpływu na proces stosowania prawa nie da się pogodzić z wartościami pozytywizmu prawniczego. Jedynym argumentem na rzecz zmarginalizowania zasad ogólnych wyrażonych w aktach prawnych może być argument utylitarystyczny, a więc zakorzeniony poza domeną prawa. W dyskusji tej, która z zakresu jurisprudencki analitycznej wkracza już w obszar polityki prawa, można podnieść argument, że oto pominięcie zasad w procesie stosowania prawa

powoduje, iż proces ten jest łatwiejszy do przeprowadzenia, bardziej stabilny i przewidywalny. Argument ten będzie rozważany w następnej części tego rozdziału.

Błąd jednokanałowości umożliwia postawienie formalizmowi zarzutu stosowania prawa w sposób preferujący konkretnego prawodawcę realnego w stosunku do innych prawodawców realnych oraz w stosunku do systemu prawa jako całości. Dokonuje się to przede wszystkim przez izolowanie danego komunikatu (przepisu) spośród innych, stosujących się do rozpatrywanej sprawy, i niekonfrontowanie go z zasadami ogólnymi, które stanowią równoprawny element szeroko rozumianego tekstu prawnego. Takie podejście powoduje, że konkretny prawodawca realny uzyskuje niemal monopolistyczny wpływ na końcowy efekt procesu stosowania prawa, ponieważ formalistyczny interpretator nie dopuszcza do udziału w tym procesie innych prawodawców realnych, którzy wypowiedzieli się w formie bardziej ogólnych komunikatów i którzy mają pełne prawo do uwzględniania ich wkładu do systemu prawa przy podejmowaniu decyzji interpretacyjnej. W przypadku starego formalizmu błąd jednokanałowości, a co za tym idzie – preferencja dla konkretnego prawodawcy realnego – jest jeszcze bardziej widoczny ze względu na dodatkowy element oryginalizmu. Oryginalizm ten, a więc nadanie priorytetu historycznej intencji prawodawcy, który wprowadził ten przepis do systemu prawa, wzmacnia „lokalność” formalistycznej interpretacji prawa. Lokalność nie polega bowiem już tylko na daniu pierwszeństwa najbardziej szczegółowej regule, co sprzeciwia się syntaktycznemu i pragmatycznemu charakterowi języka prawnego. Oryginalizm, którego istotą jest uchwycenie znaczenia terminów użytych w tekście prawnym w momencie ich wprowadzenia do systemu prawa i odmowa przyznania, że znaczenie to może ewoluować, zaprzecza także semantycznym właściwościom języka prawnego, opisanym w rozdziale czwartym. Oznacza to, że podejście formalizmu do stosowania prawa, a w szczególności starego formalizmu, jest nieadekwatne do charakteru języka prawnego w każdym z jego trzech wymiarów.

Waga zarzutu preferowania jednego z prawodawców realnych jest znaczna, ponieważ preferencja ta podważa jeden z filarów pozytywizmu prawniczego i idei rządów prawa – uznanie trwania prawa w czasie niezależnie od zmian prawodawcy realnego oraz powiązany z tym uznaniem brak zróżnicowania wagi komunikatów spełniających test pochodzenia.

komunikatu przez danego prawodawcę realnego – oraz przedkłada ten komunikat nad inne, niesprzeczne z nim komunikaty innych prawodawców. Tym samym promuje raczej rządy ludzi – rządy konkretnych prawodawców realnych, a nie rządy prawa. Te ostatnie wymagają skupienia się na systemie prawa raczej niż na poszczególnych autorach reguł.

Holistyczne podejście do interpretacji i stosowania prawa unika błędu jednokanałowości i dzięki temu jest bardziej niż formalizm kompatybilne z pozytywizmem prawniczym i ideą rządów prawa. Podejście to zakłada równouprawnienie każdego z elementów tekstu prawnego, bez względu na jego poziom ogólności (niedookreśloności) językowej. To założenie holizmu nie jest niczym nowym ani odkrywczym. Jednym z podstawowych założeń derywacyjnej koncepcji wykładni prawa jest twierdzenie, że decyzja interpretacyjna nie może prowadzić do sytuacji, w której jakiś element tekstu prawnego uznaje się za niepotrzebny<sup>8</sup>. Założenie to wyprowadza się z szerszego założenia o racjonalności prawodawcy, które z kolei jest, jak się zdaje, wynikiem przyjęcia założenia o jednym autorze tekstu prawnego, a więc o istnieniu prawodawcy idealnego.

Istotną konsekwencją przyjęcia stanowiska holizmu jest akceptacja twierdzenia, że tekst prawny jest permanentnie niejasny, a zatem zawsze wymaga interpretacji. Ta niejasność wynika z dwupoziomowej struktury komunikatów prawnych. Pierwszym poziomem jest zbiór komunikatów nadanych przez prawodawców realnych, a więc – w terminologii derywacyjnej koncepcji wykładni – zbiór przepisów prawnych. Do zbioru tych komunikatów zaliczamy zarówno przepisy ustaw zwykłych i rozporządzeń, jak i przepisy konstytucji oraz inne regulacje zawierające zasady ogólne. Drugim poziomem jest poziom komunikatu prawodawcy idealnego – poziom jednej wypowiedzi, którą buduje się poprzez wykorzystanie wszystkich komunikatów prawodawców realnych, wzajemne ich skonfrontowanie, zmodyfikowanie i uzupełnienie. Wypowiedź ta – w terminologii derywacyjnej koncepcji wykładni nazywana normą prawną<sup>9</sup> –

<sup>8</sup> M. Zieliński, *Interpretacja...*, op. cit., s. 25.

<sup>9</sup> Nie poruszono w tym miejscu zagadnienia struktury normy prawnej, ponieważ jest to zagadnienie odrębne i wymagające osobnego opracowania. Należy jedynie podkreślić, że nie przyjęto tu oryginalnego założenia derywacyjnej koncepcji wykładni, zgodnie z którym norma prawna jest wypowiedzią nakazującą albo zakazującą określonego postępowania, oraz że nie istnieją tzw. normy zezwalające. Stanowisko w tym zakresie przedstawiono w pracy: M. Matczak, *Kompetencja...*, op. cit., zgodnie z założeniem, że derywacyjna koncepcja wykładni da się zastosować w sytuacji, w której przyjmujemy funkcjonowanie w systemie prawnym dwóch rodzajów wypo-

jest zatem efektem skomplikowanego procesu myślowego, zbudowanego co najmniej z następujących etapów:

- a) ustalenia zbioru relewantnych komunikatów prawnych prawodawców realnych (przepisów prawnych),
- b) ustalenia, który z tych komunikatów ma charakter podstawowy (zrębowy, w terminologii derywacyjnej koncepcji wykładni),
- c) ustalenia znaczenia poszczególnych komunikatów, w tym zmiany tego znaczenia w czasie,
- d) ustalenia, w jaki sposób inne komunikaty prawodawców realnych modyfikują lub uzupełniają komunikat podstawowy (w szczególności, w jaki sposób należy zmodyfikować zakres podmiotowy lub przedmiotowy przepisu prawnego ze względu na zasady ogólne),
- e) sformułowania komunikatu prawodawcy idealnego (normy prawnej, w terminologii derywacyjnej koncepcji wykładni).

Przedstawiony proces jest tylko jednym z elementów szeroko rozumianego procesu stosowania prawa i nie jest jasne, czy przebiega on na pewno w przedstawionej kolejności. Nie jest jasne w szczególności, czy już na podstawie kształtu językowego komunikatów prawodawców realnych da się ustalić, w jaki sposób należy zmodyfikować komunikat podstawowy. Może być i tak, że potrzeba modyfikacji pojawia się dopiero wtedy, gdy językowe brzmienie tego komunikatu odniesiemy do konkretnego stanu faktycznego. Wtedy może się dopiero okazać, że istnieje konieczność korekty brzmienia komunikatu ze względu na inny komunikat – np. wyrażoną w konstytucji zasadę równości czy proporcjonalności, ponieważ dopiero w konfrontacji ze stanem faktycznym widoczna jest nadmierna lub zbyt mała pojemność komunikatu, który chcemy do tej sytuacji odnieść. Ostatecznie więc możemy przyjąć, że przedstawione elementy procesu interpretacji są składowymi każdego procesu stosowania prawa, nie wyczerpują jednak tego procesu, a ich przedstawienie nie ma charakteru chronologicznego, ponieważ mogą być one przeplatane tworzeniem hipotetycznych komunikatów prawodawcy idealnego, które są potwierdzane lub kwestionowane po zestawieniu ich ze stanem faktycznym danej sprawy.

---

wiedzi dyrektywalnych na poziomie „normy postępowania” – normy zakazującej/nakazującej i reguły konstrukcyjno-upoważniającej, nazywanej także regułą kompetencyjną. W tym ujęciu norma postępowania odpowiada Hartowskiej regule pierwotnej, a reguła kompetencyjna – Hartowskiej regule wtórnej lub też *power conferring rule*.

Przedstawiony powyżej schemat procesu konstruowania komunikatu prawodawcy idealnego nie uwzględnia jeszcze jednego, istotnego elementu. Nie mówi mianowicie nic o celu, w jakim ustalenie kształtu językowego komunikatu prawodawcy idealnego jest dokonywane. A cel ten może być różnorodny – jeśli komunikat prawodawcy idealnego ma charakter normy postępowania, to będzie on służył zakwalifikowaniu określonego stanu faktycznego jako przez tę normę regulowanego lub nieregulowanego. Jeśli natomiast odtworzony komunikat będzie miał charakter reguły konstruującej czynność prawną, to celem może być ustalenie, czy czynność prawna, której ważność jest oceniana, spełnia wszystkie wymogi zawarte w zrekonstruowanym komunikacie prawodawcy idealnego. Także na tym etapie zastosowania komunikatu prawodawcy powstaje wiele pytań, które inaczej są rozstrzygane przez podejście formalistyczne i podejście holistyczne.

Podstawowym spornym zagadnieniem na tym etapie jest odpowiedź na pytanie, czy zakres przesłanek interpretacyjnych powinien obejmować jedynie obszar semantyczny i syntaktyczny komunikacji przez prawo (a więc znaczenie i strukturę wypowiedzi prawodawców realnych i końcowej wypowiedzi prawodawcy idealnego), czy też należy go rozszerzyć na elementy pragmatyczno-językowe, a więc elementy rzeczywistości pozajęzykowej, które jednak mogą wpływać na znaczenie wypowiedzi padających w komunikacji przez prawo. Chodzi tu w szczególności o kwestię wiedzy, intencji oraz innych składowych sytuacji, w której znajdował się prawodawca, wypowiadając swój komunikat, oraz o element przeznaczenia (celu) tej wypowiedzi. Przed przejściem do omawiania interesujących zagadnień związanych z tym tematem trzeba odpowiedzieć na pytanie, o wiedzę i intencje którego prawodawcy w danej sytuacji chodzi – prawodawcy realnego czy prawodawcy idealnego. Aby rozstrzygnąć ten problem, musimy przyjrzeć się najpierw innemu błędowi formalizmu, a mianowicie błędowi unichroniczności, a więc nieuwzględnianiu trwania prawa w czasie i zmian w jego strukturze i znaczeniu z tym trwaniem związanemu.

## **1.2. Błąd unichroniczności a podejście holistyczne**

Pragmatyczny aspekt języka prawnego, któremu poświęcono w niniejszej pracy dużo uwagi, zmusza nas do analizy nie tylko samego komunikatu językowego, lecz także kontekstu, w jakim komunikat ten jest

wypowiadany. Chodzi tu o sytuację językową, na którą składają się takie elementy, jak cechy podmiotu posługującego się językiem i jego otoczenie społeczne (w tym otoczenie socjolingwistyczne). Jednym z najważniejszych elementów analizy tego otoczenia społecznego (kontekstu) jest zbadanie jego aspektu czasowego: momentu wypowiedzenia komunikatu, relacji czasowej między wypowiedzeniem a odbiorem komunikatu i zmian, które zaszły w otoczeniu społecznym w okresie oddzielającym te dwa momenty.

Analizę pragmatylingwistycznego aspektu języka prawa rozpoczęliśmy już w momencie, w którym wprowadzone zostało rozróżnienie na prawodawców realnych oraz prawodawcę idealnego. Wskazano wtedy na istotny fakt wielości autorów tekstu prawnego jako na ważny czynnik wpływający na dobór narzędzi interpretacyjnych adekwatnych do analizy języka prawnego. Jeżeli twierdzenie o wielości autorów tekstu prawnego, a więc twierdzenie o wielokanałowości komunikacji poprzez prawo, uzupełnimy twierdzeniem o ewolucji znaczenia języka prawnego, przedstawionym w rozdziale czwartym, oraz twierdzeniem o diachroniczności tej komunikacji, przedstawionym w rozdziale piątym, to uwidacznia się kolejny błąd formalizmu, który możemy nazwać błędem unichroniczności.

Jak starano się to wykazać w punkcie poświęconym błędowi jednokanałowości, formalizm postrzega język aktu prawnego jak język komunikacji między jednym autorem (prawodawcą realnym) i jednym odbiorcą (interpretatorem). Takie podejście jest przyczyną pierwszego kroku w kierunku błędu unichroniczności – skoro formalizm zakłada, że komunikat prawny jest nadawany przez jednego prawodawcę realnego, nie może dostrzegać różnicy czasowej pomiędzy kształtowaniem tego komunikatu przez kilku prawodawców realnych na tym samym poziomie hierarchicznym (np. autora ustawy oraz autorów jej kolejnych nowelizacji). Tym bardziej, co oczywiste, stanowisko formalizmu nie pozwala dostrzegać różnicy w czasie między komunikatem podstawowym a komunikatami modyfikującymi czy uzupełniającymi, które mogą kształtować komunikat główny z innych poziomów hierarchii systemu prawa (np. z poziomu konstytucji). Na tym jednak nie koniec. Drugim krokiem w kierunku błędu unichroniczności jest niedostrzeżenie przez formalizm różnicy czasowej między momentem nadania komunikatu prawnego a momentem jego odbioru. Świetnie oddaje to cytat z jednego z orzeczeń amerykańskiego Sądu Najwyższego:

Konstytucja jest dokumentem pisanym (*a written instrument*). Jako taka, nie zmienia swojego znaczenia. To, co znaczyła, kiedy była uchwalana, znaczy też dzisiaj<sup>10</sup>.

Zarzut ten w szczególności dotyczy starego formalizmu, z jego elementami oryginalistycznymi, które petryfikowały komunikat prawny w momencie jego wypowiedzenia przez danego prawodawcę realnego, tym samym petryfikując dla celów interpretacji otoczenie społeczne, w którego kontekście ten komunikat należy analizować<sup>11</sup>. Jak wskazywał bowiem W.N. Eskridge<sup>12</sup>, nowy formalizm zawiera w sobie elementy dynamicznej wykładni prawa, gdyż analizuje tekst prawny w kształcie, jaki przybiera on w momencie dokonywania interpretacji, bez sięgania do przesłanek interpretacyjnych związanych z momentem jego wprowadzenia do systemu, a więc do intencji historycznego prawodawcy czy też zwykłego znaczenia słów użytych w tekście prawnym według kryterium zwykłego użytkownika języka żyjącego w momencie wprowadzenia danej regulacji do systemu prawa.

Można oczywiście zadać pytanie, co wynika z popełnianego przez formalizm błędu unichroniczności. Być może celem podejścia formalistycznego jest niekomplikowanie sytuacji językowych związanych z powstawaniem oraz interpretowaniem tekstu prawnego, i dlatego właśnie należałoby pozostać przy uproszczonym traktowaniu aspektu czasowości komunikacji przez prawo. Nie jest to jednak dobre rozwiązanie. Podejście formalizmu do problemu czasowości komunikacji przez prawo jest nacechowane charakterystycznym dla tego nurtu upraszczaniem problemów interpretacyjnych, którego najpełniejszym wyrazem jest postulowana przez formalizm sylogistyczność rozumowania prawniczego, omawiana szerzej w pierwszym rozdziale niniejszej pracy. Można pokazać, że uwzględnianie diachroniczności komunikacji przez prawo jest zagadnieniem kluczowym dla teorii interpretacji, ponieważ tylko jego dokładne rozpoznanie pozwala wypracować strategię podejścia do tekstu prawnego, która najpełniej wpisuje się w ideę pozytywizmu prawniczego i rządów prawa.

<sup>10</sup> *South Carolina vs. United States*, 199 U.S. 437 (1905). Zob. komentarz do takiego podejścia w E. Chemerinsky, op. cit., s. 3.

<sup>11</sup> Jak pisze T.A. Aleinikoff, „Jeśli tekstualizm jest rozumiany jako poszukiwanie historycznego znaczenia, to nie ma w nim miejsca, z definicji, na uaktualnienie [znaczenia]”. Zob. T.A. Aleinikoff, *Updating Statutory Interpretation*, „Mich. L. Rev.” 1988, **87**, s. 37.

<sup>12</sup> W.N. Eskridge Jr., *The New Textualism...*, op. cit., s. 668.

Do problemu czasowości prawa można podejść na dwa sposoby, z których każdy jest zupełnie odmiennie podbudowany teoretycznie. Pierwsze podejście, które można by nazwać historycznym – indywidualizuje każdego nadawcę komunikatu prawnego co do czasu nadania komunikatu i uwzględnia historyczne przesłanki interpretacyjne – historyczną intencję, kontekst społeczny z momentu nadania komunikatu. To podejście zwykliśmy nazywać za J. Wróblewskim statyczną teorią wykładni<sup>13</sup>. Drugie podejście, aktualizujące, zakłada, że tekst prawny powinien być interpretowany tu i teraz, bez uwzględniania intencji historycznej i w oderwaniu od kontekstu społecznego jego nadania, za to z uwzględnieniem zmiany otoczenia społecznego i zmiany znaczenia terminów użytych w tekście prawnym (dynamiczna teoria wykładni w ujęciu J. Wróblewskiego)<sup>14</sup>. Problemem formalizmu jest brak jasnego opowiedzenia się za którymkolwiek z tych stanowisk. Wynika to, jak się zdaje, z nieprzejrzystości założeń metodologicznych tego podejścia do stosowania prawa, co jest oczywiście istotną wadą, ale jednocześnie utrudnia krytykę. Oto bowiem stary formalizm skłania się ku podejściu historycznemu, nie ustosunkowując się do możliwego zarzutu nieuwzględniania trwania prawa w czasie, które, jak wskazano, jest nieodłącznym elementem idei prawa pozytywnego i idei rządów prawa. Z kolei nowy formalizm, jak wskazuje Eskridge, zdaje się wyznawać dynamiczną teorię wykładni<sup>15</sup>, nie uzasadniając, dlaczego uwzględnia kontekst współczesny i w jaki sposób takie podejście radzi sobie z utratą zakorzenienia w woli politycznej konkretnego prawodawcy, a więc – w rozumieniu oryginalistów – z legitymacją demokratyczną prawa. Oba wskazane podejścia mają więc wady, wynikające z ich niezdolności do poradzenia sobie z problemem diachroniczności. Ich teoretyczne podstawy są wystarczające jedynie do uchwycenia jednego momentu trwania prawa – albo momentu początkowego, momentu powołania tekstu prawnego do życia, albo momentu w pewnym sensie końcowego<sup>16</sup>, a więc momentu jego interpretacji.

<sup>13</sup> Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 159 i n.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Dynamiczna ideologia wykładni jest przez formalizm stosowana tylko w odniesieniu do ustaw zwykłych. Konstytucja powinna być, według tego podejścia, interpretowana w sposób oryginalistyczny. To niczym nieuzasadnione rozróżnienie jest kolejnym sygnałem, że podstawy metodologiczne formalizmu są dalece niejasne.

<sup>16</sup> Należy tu użyć sformułowania „w pewnym sensie końcowego”, ponieważ oczywiście tekst po momencie interpretacji nadal trwa w czasie, ale także dlatego, że możliwe jest rozpatrywanie momentu interpretacji nie jako ostatniego punktu w cza-



Podejście holistyczne nie popełnia błędu unichroniczności, ponieważ dzięki odpowiednim założeniom metodologicznym może analizować język prawa w ujęciu diachronicznym. Wynika to przede wszystkim z przyjęcia założenia o odrębności prawodawców realnych od prawodawcy idealnego i z – wynikającej z tego rozróżnienia – dwupoziomowości języka prawnego, który jest rozpatrywany na poziomie poszczególnych komunikatów prawodawców realnych oraz na poziomie będącego ich wypadkową komunikatu prawodawcy idealnego. Dzięki tej dwupoziomowości holizm interpretacyjny może stosować jednocześnie statyczną i dynamiczną teorię wykładni. Statyczna teoria wykładni może mieć zastosowanie na poziomie komunikatów prawodawców realnych. Jest to całkowicie uzasadnione, ponieważ na tym poziomie interpretator wsłuchuje się w głosy konkretnych większości politycznych, które wprowadzały do systemu prawa konkretne przepisy. Dotyczy to także regulacji konstytucyjnych, które, szczególnie ze względu na ich ogólność, możemy lepiej rozumieć dzięki wykładni historycznej i poznaniu intencji historycznego prawodawcy. Jeszcze na tym samym poziomie analizy językowej konieczne jest zbadanie, czy od momentu wprowadzenia danych komunikatów do systemu prawa nastąpiły zmiany w znaczeniu terminów wykorzystanych w tych komunikatach<sup>17</sup>. Jak pokazano to w rozdziale czwartym, zmiana znaczenia terminów języka prawnego może następować poprzez kolejne wielokrotne ugruntowania. W świecie prawa, jak wcześniej wspomniano, wielokrotne ugruntowania mogą mieć charakter wyroków sądowych, wypowiedzi doktryny, innych wypowiedzi ustawodawcy czy też być elementami dorobku innych, choć zbliżonych kulturowo porządków prawnych. W przypadku takich terminów użytych w przepisach prawnych obecnego języku potocznym należy dodatkowo przeanalizować, czy nie nastąpiła zmiana w ich znaczeniu, spowodowana wielokrotnymi ugruntowaniami języka potocznego. W konsekwencji, w momencie, w którym przystępujemy do sformułowania wypowiedzi

---

się, który jesteśmy w stanie objąć analizą, ale jako punktu środkowego – możliwe jest bowiem uwzględnianie w procesie interpretacji konkretnego tekstu prawnego także jego stanu w przyszłych momentach. Dzieje się tak m.in. wtedy, gdy interpretujący rozważa skutki swojej decyzji interpretacyjnej dla rozumienia danego tekstu w przyszłości. Zob. na ten temat K. Pleszka, *Uzasadnianie...*, op. cit.

<sup>17</sup> Zob. rozważania M. Zielińskiego na temat „momentu interpretacyjnego”, rozumianego jako moment, do którego odniesiona jest interpretacja. Rozważania te ukazują relację derywacyjnej koncepcji wykładni do problemu trwania tekstu prawnego w czasie (M. Zieliński, *Wykładnia...*, op. cit., s. 295).

przypisywanej prawodawcy idealnemu, otrzymujemy wypowiedź zawierającą w sobie terminy o zaktualizowanym znaczeniu.

Można oczywiście zapytać, dlaczego wypowiedź przypisywana prawodawcy idealnemu powinna być zaktualizowana co do znaczenia terminów, które się na nią składają. Otóż wydaje się, że kiedy stajemy przed wyborem między podejściem oryginalistycznym (stacyczną teorią wykładni prawa) a podejściem aktualizującym (dynamiczną teorią wykładni prawa), musimy ponownie zadać sobie pytanie o funkcję tekstu prawnego we współczesnych systemach prawnych oraz – szerzej – o funkcję całego instrumentarium teoretycznego związanego z zasadami tworzenia tekstów prawnych, terminologią w nich stosowaną oraz ich promulgacją. Gdyby funkcją tą było jedynie danie wyrazu woli politycznej konkretnego prawodawcy, mogłaby ona znaleźć swój wyraz w dowolny sposób – np. poprzez odczytanie dekretu na dziedzińcu pałacu prezydenckiego. Dla takiego jednorazowego wyrażenia woli prawodawcy nie ma sensu tworzenie zunifikowanego systemu komunikacji tekstów prawnych, a nawet jeśli ma, to tylko w ramach władzy tego prawodawcy. Wydaje się jednak, że funkcją tekstu prawnego, zasad jego tworzenia i ogłaszania jest oderwanie tekstu prawnego od woli konkretnego prawodawcy i uczynienie go elementem systemu, który przetrwa czas trwania przy władzy tego prawodawcy. Zbiór tekstów prawnych tworzonych w różnych momentach musi być spójny. Jeśli każdy z jego elementów będziemy wiązać semantycznie z momentem jego powstania, to spójność ta, w aspekcie semantycznym, zostanie zaburzona. Stąd można wyprowadzić konkluzję, że semantyczna jedność tekstu prawnego *sensu largo*, a więc zbioru wszystkich tekstów obecnych w systemie prawa w danym momencie, jest uzależniona od powiązania tego tekstu z jednym momentem, dla którego to momentu badać będziemy historię wielokrotnych ugruntowań. Nie może być nim żaden z momentów wypowiedzania komunikatów składających się na tekst prawny, ponieważ oznaczałoby to preferencję dla któregośkolwiek z nich, a przecież ich status z definicji jest równy. Dlatego jedyną opcją jest w tym zakresie uznanie, że momentem, dla którego badamy aktualność tekstu prawnego i historię jego zmian semantycznych, jest moment jego interpretacji.

Uznawszy, że właściwym momentem dla ustalania znaczenia tekstu prawnego, traktowanego jako wypowiedź prawodawcy idealnego, jest moment interpretacji tego tekstu, można wrócić do pytania postawionego pod koniec poprzedniej sekcji, poświęconej błędowi jednokanałowości.

Dotyczyło ono tego, czyją intencję i wiedzę powinniśmy brać pod uwagę w procesie stosowania prawa – te przypisywane prawodawcom realnym, czy też te, które cechują prawodawcę idealnego. Wydaje się, że odpowiedź jest następująca: na pierwszym etapie interpretacji, gdy ustalamy znaczenie komunikatów poszczególnych prawodawców realnych, powinniśmy odwoływać się do ich intencji i wiedzy w celu ustalenia znaczenia komunikatów przez nich nadanych. Kiedy jednak przechodzimy na poziom scalania komunikatów prawodawców realnych w jednolity komunikat prawodawcy idealnego, nie powinny zajmować nas intencje i wiedza poszczególnych prawodawców realnych. Na tym etapie ważne jest ukształtowanie wypowiedzi prawodawcy idealnego w sposób, który najlepiej godzi wypowiedzi wszystkich prawodawców realnych, z uwzględnieniem hierarchii ich komunikatów, której poświęcona jest następna sekcja.

### 1.3. Błąd ahierarchiczności a podejście holistyczne

Trzeci błąd formalizmu polega na nieuwzględnianiu hierarchii komunikatów prawnych, nadawanych przez poszczególnych prawodawców realnych. Po raz kolejny trzeba tu przywołać tezę Schauera o preferencji dla stosowania najbardziej lokalnej reguły<sup>18</sup>, którą jest najczęściej reguła umieszczona w aktach niższego rzędu. Teza ta stoi w sprzeczności z podstawową cechą konstrukcyjną każdego systemu prawa, a mianowicie z jego hierarchicznością.

Poczawszy od Kelsenowskiej idei normy podstawowej (*Grundnorm*), możemy śledzić w dorobku jurysprudencki szerokie rozważania na temat funkcji hierarchii w systemie prawa. Praca ta nie jest miejscem dla szerokich rozważań w tym zakresie, wystarczy jednak wskazać tutaj jeden z aspektów hierarchii w prawie, który szczególnie ukazuje wagę błędu formalizmu, ponieważ unaocznia niekompatybilność tego podejścia z ideą rządów prawa. Chodzi tu o jakość legitymacji demokratycznej, która jest kryterium umieszczenia aktu prawnego na danym stopniu hierarchii prawa. Akty zajmujące najwyższe pozycje w hierarchii systemu prawa, takie jak konstytucje, najczęściej cieszą się najszerzą legitymacją demokratyczną. Często procedura ich uchwalania przewiduje specjalną większość głosów, zdarza się, że większość ta musi być uzyskana w ramach połączonych izb

<sup>18</sup> F. Schauer, *Playing...*, op. cit., s. 188 i n.

parlamentu, wreszcie konstytucje są zatwierdzane w drodze referendum narodowego, co nadaje im bezpośrednią legitymację demokratyczną. Nie ulega zatem wątpliwości, że zasady ogólne, zawarte w tekście konstytucji, są wyrazem demokratycznej większości i cieszą się poparciem większej części społeczeństwa niż szczegółowe regulacje ustaw zwykłych. Jeżeli rozważymy teraz stanowisko formalizmu, które nakazuje pomijać zasady ogólne, w tym zasady konstytucyjne, w procesie stosowania prawa, ponieważ postuluje stosowanie najbardziej lokalnej, a więc najbardziej szczegółowej reguły, to jasne staje się, że podejścia formalistycznego nie da się pogodzić z ideą demokratycznej legitymizacji prawa. Jednocześnie, ponieważ idea demokratycznej legitymizacji prawa jest ekwiwalentem idei zgody na ograniczanie praw i wolności obywatelskich, nie da się pogodzić stanowiska formalizmu z ideą rządów prawa. Nie da się bowiem obronić tezy, że formalizm realizuje ideał rządów prawa, skoro w procesie jego stosowania nie zapewnia się legitymizacji demokratycznej dokonywanych rozstrzygnięć. Rozstrzygnięcie danej sprawy bez uwzględnienia zasad ogólnych jest równoznaczne z nieuwzględnieniem tych elementów systemu prawa, które cieszą się najszerszą legitymacją demokratyczną. Możliwe jest zatem w takiej sytuacji podjęcie decyzji interpretacyjnej, która ogranicza prawa i wolności obywatelskie w stopniu większym, niż wynikało to z woli prawodawcy konstytucyjnego. Tym samym decyzja interpretacyjna oparta na założeniach formalizmu nie da się pogodzić z ideą rządów prawa.

Z tego powodu uzasadnione wydaje się podejście przeciwne do podejścia formalizmu, a więc takie, które w największym możliwym stopniu uwzględnia zasady prawa<sup>19</sup>, w tym zasady konstytucyjne i inne ogólne regulacje zamieszczane w aktach wyższego rzędu. Podejście to oparte jest m.in. na dyrektywach wykładni prawa w zgodzie z konstytucją<sup>20</sup> czy

<sup>19</sup> Na temat uwzględniania zasad prawa w procesie interpretacji zob. M. Zieliński, A. Municzewski, *Interpretacyjna rola zasad prawa*, w: J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności: księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2000, s. 774 i n. Zob. także rozważania na temat systemowych reguł interpretacyjnych w: J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2002, s. 258.

<sup>20</sup> Na temat teoretycznych aspektów wykładni w zgodzie z konstytucją zob. A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją*, w: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 43 i n., a także A. Kozak, *Konstytucja jako podstawa decyzji stosowania prawa*, w: A. Bator (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1999, **2157**, s. 101 i n.; A. Mączyński, *Bezpośrednie stosowanie*

też w zgodzie z prawem międzynarodowym bądź ponadnarodowym<sup>21</sup>. Dyrektywy te doskonale wpisują się w rozważaną w sekcji poprzedniej sytuację wielości komunikatów prawodawców realnych, które to komunikaty interpretator musi połączyć w jeden komunikat prawodawcy idealnego. Sytuacja łączenia (scalania) tych komunikatów musi uwzględniać różnice w ich doniosłości, a więc różnicę w poziomie hierarchii. Stąd nie jest dopuszczalne uznanie, że komunikat prawodawcy idealnego oparty jest wyłącznie lub w głównej mierze na szczegółowej regule, sformułowanej przez jednego z prawodawców realnych, skoro funkcjonują w systemie zasady ogólne, które w oczywisty sposób powinny zmodyfikować kształt tej reguły w procesie przechodzenia z poziomu zbioru komunikatów prawnych prawodawców realnych do poziomu wypowiedzi prawodawcy idealnego. Konieczność modyfikacji reguły szczegółowej jest często podnoszona w literaturze poświęconej interpretacji prawa. Przykładowo, jak pisał J. Wróblewski:

W razie sprzeczności przepisu z zasadą systemu prawa należy tak ustalić znaczenie interpretowanego przepisu, by nie był on z zasadą sprzeczny<sup>22</sup>.

W podobnym duchu, podkreślając pełnoprawność zasad jako elementu prawa, wypowiadał się T. Gizbert-Studnicki:

Zasady wyznaczają idealną powinność, czyli postulują pewien stan rzeczy, który powinien być zrealizowany w możliwie najwyższym stopniu. Optymalna realizacja tego stanu rzeczy jest prawnym obowiązkiem organów stosujących prawo, gdyż zasady są obowiązującymi normami prawnymi. W sytuacjach „otwartej struktury” reguł organ stosujący prawo jest związany ideałem normatywnym, wyznaczonym przez zasady – nie ucieka więc do pozaprawnych wartościowań, lecz opiera swe decyzje na prawie<sup>23</sup>.

---

*konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo” 1996, **10**, passim, oraz S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2001, **9**, passim.

<sup>21</sup> Zob. M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia i rozumienie prawa w Polsce po akcesji do Unii Europejskiej*, w: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura...*, op. cit., s. 93 i n. oraz C. Mik, *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej*, ibidem, s. 115 i n.

<sup>22</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, op. cit., s. 136.

<sup>23</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988, **3**, s. 25.

Proces scalania szczegółowych reguł i ogólnych zasad w jednej wypowiedzi prawodawcy idealnego ma kluczowe znaczenie dla jeszcze jednego aspektu hierarchiczności prawa, którego nie uwzględni formalizm, a na którego uchwycenie pozwala podejście holistyczne. Chodzi tu o kontrolę konstytucyjności przepisów ustaw zwykłych czy rozporządzeń, której we współczesnych systemach prawnych dokonuje często orzecznictwo sądów powszechnych<sup>24</sup>. Kontrola ta jest wyrazem wpływu hierarchiczności prawa na konkretne efekty orzecznicze, a nie tylko na tekst prawny, jak to ma miejsce w przypadku abstrakcyjnej kontroli konstytucyjności, która prowadzi do usunięcia danego przepisu prawnego z tekstu prawnego i przez to pośrednio wpływa na proces stosowania prawa.

Należy zdecydowanie podkreślić, że podejście formalistyczne uniemożliwia kontrolę konstytucyjności przez sądy powszechne. Wynika to z prostego faktu, że formalizm, ze względu na preferencję dla najbardziej lokalnej reguły, nie pozwala na konfrontację szczegółowych regulacji z bardziej ogólnymi zasadami, w tym z zasadami konstytucyjnymi. W takiej sytuacji nie jest możliwe powzięcie wątpliwości co do zgodności danej regulacji z aktami hierarchicznie wyższymi, ponieważ formalistyczna metodologia stosowania prawa nie przewiduje zestawienia ze sobą „przedmiotu kontroli” (a więc szczegółowej reguły) i „wzorca kontroli” (czyli zasady konstytucyjnej). Podejście holizmu interpretacyjnego jest inne. Kontrola zgodności szczegółowych regulacji prawnych z konstytucją odbywa się na etapie scalania komunikatów prawodawców realnych. Przede wszystkim realizuje się ona poprzez modyfikowanie komunikatu głównego (zrębowego) w celu dopasowania go do wymogów zasad konstytucyjnych czy innych regulacji wyższego rzędu (wykładnia w zgodzie z konstytucją lub wykładnia w zgodzie z prawem wspólnotowym). Ponadto, w szczególnie skrajnych przypadkach możliwe jest, że niezgodność między regulacją szczegółową a zasadą ogólną jest tak daleko idąca, że nie da się jej usunąć przez modyfikację regulacji szczegółowej. Wówczas należy zastosować inne narzędzia kontroli zgodności hierar-

<sup>24</sup> Ten typ kontroli konstytucyjności jest spotykany zarówno w tradycji *common law*, jak i na gruncie *civil law*. W Polsce przejawem tego typu kontroli jest instytucja pytań prawnych, które sąd powszechny może kierować do Trybunału Konstytucyjnego w konkretnej sprawie oraz – wypracowana przez orzecznictwo sądowo-administracyjne – możliwość kontroli zgodności z ustawą rozporządzenia wykonawczego, której to kontroli może dokonać sędzia nawet bez zwracania się do Trybunału Konstytucyjnego, ze względu na to, że podlega jedynie konstytucji i ustawom. Zob. wyrok NSA I SA/Po 461/01 z 14 lutego 2002 r.

chicznej, w tym wystąpienia z pytaniem prawnym do sądu konstytucyjnego. Tytułem przykładu wskazać można, że sytuacja, w której wykładnię prokonstytucyjną da się zastosować, to modyfikacja szczegółowej reguły nakazującej określone działanie przez wykorzystanie zasady proporcjonalności – a więc zmniejszenie pojemności reguły szczegółowej w taki sposób, aby nie obejmowała ona kategorii podmiotów czy sytuacji, które nie powinny być nią objęte ze względu na tę zasadę. Natomiast przykładowa sytuacja, w której modyfikacja na etapie wykładni nie jest możliwa, zatem konieczne jest wystąpienie do sądu konstytucyjnego, to sytuacja, w której reguła w niekonstytucyjny sposób obejmuje tylko jedną grupę podmiotów czy sytuacji, a więc modyfikowanie jej zakresu nie doprowadzi do zniesienia stanu niezgodności hierarchicznej, albo też sytuacja naruszania przez daną regułę zasady konstytucyjnej, która nie ma charakteru stopniowalnego, np. zasady nieretroaktywności prawa.

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że błąd ahierarchiczności, popełniany przez formalizm, skutkuje zmniejszeniem legitymizacji demokratycznej dokonywanych przez sądy rozstrzygnięć i uniemożliwia albo znacznie utrudnia kontrolę zgodności hierarchicznej prawa w procesie jego stosowania. Holizm interpretacyjny, dzięki kontroli zgodności hierarchicznej w procesie scalania komunikatów prawodawców realnych, wydaje się zatem lepszą alternatywą, ponieważ przez zapewnienie legitymizacji demokratycznej orzeczeniom, które w nieunikniony sposób ograniczają prawa i wolności obywatelskie, lepiej realizuje ideał rządów prawa.

## 2. MOŻLIWE ZARZUTY POD ADRESEM PODEJŚCIA HOLISTYCZNEGO

Przedstawwszy różnice pomiędzy formalizmem a holizmem interpretacyjnym, ta część rozdziału ustosunkuje się do możliwych zarzutów pod adresem podejścia holistycznego. Można wyobrazić sobie trzy takie zarzuty – wszystkie oparte na przekonaniu, że koncepcja stosowania prawa, która sprzeciwia się formalizmowi, będącemu przykładem ideologii związanej decyzji sądowej<sup>25</sup>, sama musi wyznawać ideologię swobodnej decyzji sądowej<sup>26</sup>. Jak pisał J. Wróblewski:

<sup>25</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, op. cit., s. 357.

<sup>26</sup> Ibidem.

Ideologia swobodnej decyzji sądowej historycznie powstaje jako negacja pozytywistycznej ideologii związanej z decyzją sądową. Jest przejawem „buntu przeciwko formalizmowi”, którego ucieleśnieniem była myśl pozytywistyczna<sup>27</sup>.

Zrównywanie formalizmu z pozytywizmem prawniczym, widoczne w powyższej myśli J. Wróblewskiego, jest nieuprawnione. Nie jest także słuszne, aby każda koncepcja stosowania prawa, która krytykuje formalizm, znajdowała się tylko z tego powodu w opozycji do pozytywizmu prawniczego albo by stawała się przykładem ideologii swobodnej decyzji sądowej. Poniżej zostanie przedstawione uzasadnienie tych przekonań autora, wraz z ustosunkowaniem się do możliwej krytyki holizmu interpretacyjnego ze strony pozytywizmu prawniczego.

Pierwszy z możliwych zarzutów pod adresem holizmu interpretacyjnego opiera się na twierdzeniu, że podejście to, że względu na odejście od litery prawa (rozumianej w sposób formalistyczny), zwiększy nieprzewidywalność decyzji sądowych i doprowadzi do niespójności i braku stabilizacji w orzecznictwie. Drugi to zarzut niekontrolowanego wzrostu władzy dyskrecjonalnej prawników, w szczególności sędziów, którzy, w myśl podejścia holistycznego, będą mogli korzystać z bardzo szerokiego wachlarza przesłanek interpretacyjnych. Trzeci wreszcie możliwy zarzut dotyczy naruszenia przez holizm autonomii prawa, ze względu na rzekome niekontrolowane wprowadzanie do systemu prawa elementów innych porządków normatywnych, takich jak moralność czy polityka.

## **2.1. Holizm interpretacyjny a nieprzewidywalność (niestabilność) decyzji stosowania prawa**

### **2.1.1. Uwagi wstępne**

Podejście, że odejście od litery prawa na rzecz innych przesłanek, nazywanych jego „duchem”, doprowadzi do zdestabilizowania orzecznictwa sądowego, jest niewątpliwie związane z tradycją nieufności wobec sędziów, charakterystycznej dla kontynentalnej kultury prawnej. Jej najlepszym wyrazem jest pomysł Monteskiusza, by sędziowie byli jedynie ustami prawa. Poza elementem ograniczenia dyskrecjonalności sędziów, o którym mowa w następnej sekcji, idea Monteskiusza sprowadza się



także do postulatu niezmienniania treści prawa przez osoby powołane do jego stosowania. Usta prawa to jedynie przekaźnik tego, co ustalone wcześniej, a więc jeżeli sędziowie będą zadaniem przekaźników wypełniać wiernie, to efekt tego przekazywania powinien być bez względu na miejsce i czas taki sam. Dzięki temu da się zapewnić stabilność i jednolitość orzecznictwa sądowego, a ich skutkiem będzie jego przewidywalność, która jest jednym z elementów ideału rządów prawa, ponieważ pozwala obywatelom planować ważne dla nich przedsięwzięcia w zaufaniu do prawa.

Przekonanie, że ograniczenie roli sędziego do roli ust ustawy zapewni przewidywalność orzecznictwa, jest ściśle powiązane z zaufaniem do wiążącej mocy tekstu, który stawia opór interpretatorowi i nie pozwala się dowolnie naginać dla konkretnej sprawy<sup>28</sup>. Stąd już tylko krok do akceptacji formalizmu, z jego silnymi elementami tekstualistycznymi, jako najlepszej metody zapewnienia przewidywalności rozstrzygnięć sądowych. Oczywiście jest zatem, że propozycje holizmu interpretacyjnego, który, oprócz litery prawa, postuluje uwzględnianie szerokiego spektrum innych przesłanek, takich jak cel regulacji, generalne standardy czy wypowiedzi doktryny, muszą rodzić wątpliwości z punktu widzenia tradycji Monteskiuszowskiej. Intuicyjnie przecież czujemy, że zwiększona liczba przesłanek interpretacyjnych daje większą swobodę rozstrzygnięcia, większa swoboda rozstrzygnięcia prowadzi do wielu możliwych decyzji stosowania prawa, a wielość możliwych decyzji stosowania prawa nie pozwala przewidzieć, która z nich zostanie podjęta w danym przypadku<sup>29</sup>.

### 2.1.2. Argument socjologiczny

Przeciwko zarzutowi zwiększania przez holizm interpretacyjny nieprzewidywalności decyzji interpretacyjnych, a tym samym destabilizowania orzecznictwa, można przedstawić dwa argumenty. Pierwszy z nich ma charakter raczej socjologiczny. Otóż tym, co decyduje o przewidywaniach obywateli wobec rozstrzygnięć sądowych, nie jest litera prawa,

<sup>28</sup> D.A. Farber, *The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law*, „Vand. L. Rev.” 1992, 45, s. 547.

<sup>29</sup> Na temat związków pomiędzy stosowaniem standardów generalnych (zawartych często w tzw. klauzulach odsyłających) a przewidywalnością decyzji stosowania prawa zob. L. Leszczyński, *Stosowanie...*, op. cit., s. 197 i n.

ale jego cel. Wynika to z dwóch przesłanek. Po pierwsze, proces tworzenia prawa zawsze rozpoczyna się od deklaracji politycznej dotyczącej problemu społecznego, który przez prawo zamierza się rozwiązać. W komunikacji publicznej między przedstawicielami władzy a obywatelami komunikuje się przede wszystkim intencję regulacyjną oraz określa się zło społeczne, któremu chce się zaradzić. W następnym etapie dochodzi do przełożenia zamiaru politycznego na język prawa, który ostatecznie jest stosowany w praktyce orzeczniczej sądów. Oznacza to, że źródłem przewidywań społecznych co do obowiązków i praw nie jest sam tekst, ale inne źródła, w tym wypowiedzi stanowiące element historii legislacyjnej i publicznych komentarzy dotyczących treści prawa<sup>30</sup>. Ponadto jest oczywiste, że przełożenie intencji politycznej na język prawa nie jest doskonałe, co powoduje znany problem polityki prawa, polegający na rozbieganiu się przewidywań co do sposobu działania prawa i rzeczywistych skutków, które prawo to wywołuje. W wielu sytuacjach to rozbieganie się zamierzeń i skutków prowadzi do poczucia niesprawiedliwości rozstrzygnięć sądowych w odbiorze obywateli. Jak dowodzą prowadzone w Polsce badania opinii publicznej na temat sądów<sup>31</sup>, obywatele są często zaskoczeni formalistycznym podejściem sądów do stosowania prawa i oczekują jego odformalizowania w celu dania wyrazu indywidualnym aspektom każdej sprawy oraz uwzględnienia „ducha” prawa, przez który rozumie się najczęściej cel regulacji prawnej oraz wartości uosabiane przez standardy ogólne zawarte w aktach wyższej rangi. Tylko w takim przypadku bowiem zachodzi w ich opinii konwergencja między poczuciem sprawiedliwości a konkretnym rozstrzygnięciem sądowym. Wyniki wskazanych badań pokazują, że nie ma oczywistego powiązania między ścisłym stosowaniem litery prawa a przewidywalnością rozstrzygnięć sądowych.

Przedstawione powyżej założenie formalizmu, jakoby jedynie decyzja oparta wyłącznie na tekście prawnym zapewniała przewidywalność procesu stosowania prawa, bazuje na przekonaniu, że tekst, i to tekst rozumiany literalnie, jest jedynym źródłem oczekiwań obywateli wobec

<sup>30</sup> Zob. na ten temat E.L. Rubin, *Law and Legislation in the Administrative State*, „Col. L. Rev.” 1989, **89**, s. 381, 383, który stwierdza, że współcześnie większość ustaw nie jest komunikowana obywatelom przez ich słowne sformułowanie w oficjalnych publikacjach, ale raczej przez działania agencji administracyjnych; zdaniem Rubina większości regulacji prawnych nie da się nawet przełożyć na język zrozumiały dla zwykłego obywatela.

<sup>31</sup> Zob. J. Czapska, op. cit., s. 31.

prawa. Pomijając fakt, że twierdzenie to da się podważyć, należy w tym miejscu wskazać, iż literalne rozumienie tekstu jest często utożsamiane z rozumieniem akontekstowym, a więc takim, na które nie mają wpływu ani okoliczności stworzenia tekstu, ani okoliczności jego interpretowania. Tymczasem oczekiwania społeczne co do decyzji interpretacyjnych opartych na konkretnych regulacjach prawnych są silnie „ukontekstowane”, związane raczej z komunikowanym publicznie uzasadnieniem dla uchwalenia danej regulacji niż z jej technicznym zapisem w akcie normatywnym. Tym samym oparcie interpretacji na literalnym rozumieniu tekstu może paradoksalnie raczej zaskakiwać obywateli, niż dawać im poczucie przewidywalności procesu stosowania prawa. Przykładem takiej sytuacji jest zachowanie diabła ze starej polskiej baśni o Mistrzu Twardowskim. Wykrzykując „Ta karczma Rzym się nazywa!”, zastosował on literalną wykładnię cyrografu, zgodnie z którym w miejscu nazywanym „Rzym” mógł zrealizować swoje uprawnienie do zabrania duszy szlachcica. Oczywiście przyjęte przez niego rozumienie słowa „Rzym” ma charakter akontekstowy. Jak wiadomo, ewentualne tłumaczenia, że nie o to chodziło autorom cyrografu, nie pomogły Twardowskiemu, który musiał uciec się do innych środków, by uniknąć marnego końca (zdaje się zresztą, że jego los często podzielają podsądni). Sytuacja ta wskazuje, że obywatele mają prawo oczekiwać, iż planowane społeczne działanie danej regulacji będzie realizowane w procesie jej stosowania. Tymczasem opieranie decyzji interpretacyjnych na literalnym (a więc, jak powiedziano, akontekstowym) rozumieniu tekstu oznacza pomijanie tego właśnie, planowanego społecznego działania prawa, będącego niewątpliwie częścią kontekstu tworzenia aktu prawnego, poddawanego interpretacji. Dlatego może prowadzić raczej do zaskakiwania obywateli decyzjami stosowania prawa niż do przewidywalności tego procesu.

### 2.1.3. Argument z różnicy w wiedzy bazowej sędziów

Drugim, poważniejszym argumentem, który przeciwstawia się twierdzeniu, że holizm interpretacyjny powoduje niestabilność i nieprzewidywalność orzecznictwa, jest argument z różnicy w wiedzy bazowej sędziów<sup>32</sup>. Argument ten, podniesiony przez A. Greena, wychodzi od

<sup>32</sup> A.S. Green, *The Missing Step of Textualism*, „Fordham L. Rev.” 2006, 74, s. 1913.

analizy głównego założenia tekstualizmu i formalizmu, zgodnie z którym sędzia stosujący prawo powinien koncentrować się na tekście prawnym i jego zwykłym znaczeniu, jednocześnie odcinając się od wszelkich innych przesłanek interpretacyjnych, takich jak historia legislacyjna, cel prawa czy intencje prawodawcy. Tekstualiści, jak podkreśla Green, upatrują w tym odcięciu się (*cutting off*) sędziego od wiedzy bazowej o kontekście, w jakim powstał i powinien być interpretowany tekst, remedium na dowolność w rozstrzyganiu danej sprawy, a tym samym remedium na niestabilność orzecznictwa.

Jednocześnie jednak według Greena tekstualiści przyznają co do zasady, że nie jest możliwe całkowicie pozakontekstowe rozumienie tekstu prawnego. Jak wskazuje cytowany przez Greena sędzia Easterbrook,

Słowa nie mają naturalnego znaczenia. Język jest zjawiskiem społecznym. Tekstualiści, tak jak inni użytkownicy języka, chcą znać jego kontekst, a w szczególności założenia podzielane przez posługujących się tym językiem oraz ich odbiorców<sup>33</sup>.

Z kolei jeden z najzagorzalszych obrońców tekstualizmu, J. Manning, uznaje, że głównym pytaniem interpretacyjnym jest „jak rozsądna osoba, uczestnik dyskursu w ramach społecznych i językowych konwencji, przeczytałaby dany tekst w kontekście”<sup>34</sup>. To stanowisko tekstualizmu w zakresie istotności kontekstu jest zdaniem Greena trudne do pogodzenia z intencją odcięcia sędziego od wszelkiej wiedzy bazowej przez zmuszenie go do skupienia się na tekście prawnym. Ta niekonsekwencja prowadzi cytowanego autora do podniesienia problemu wiedzy bazowej sędziów. Jak pisze:

Skoro ustaliliśmy, że [w procesie interpretacji] (...) koncentrujemy się na zwyczajnym znaczeniu słów postrzeganych na tle kontekstu, i skoro ustaliliśmy, że rozumienie znaczenia słów w kontekście zawiera w sobie rozumienie zamiaru lub celu danej regulacji ustawowej, musimy zapytać, jakie dowody na rzecz ustalenia tego celowościowego znaczenia sędzia może analizować? To jest kluczowe pytanie, a jednocześnie miejsce, w którym tekstualizm popełnia błąd w argumentacji. Choć bowiem tekstualizm przedstawia wiele argumentów na rzecz odcięcia dostępu sędziów do informacji, które mogłyby im pomóc w ustaleniu celowościowego znaczenia słów ustawy, tekstualizm nie rozważa, skąd sędziowie wiedzą to,

<sup>33</sup> F.H. Easterbrook, *What Does Legislative History Tell Us?*, „Chi.-Kent. L. Rev.” 1990, 66, s. 441, 443.

<sup>34</sup> J. Manning, *Textualism...*, op. cit.

co wiedzą, w pierwszym momencie, w którym zaczynają przeglądać akta sprawy, kiedy po raz pierwszy czytają przepisy właściwe dla danej sprawy i kiedy po raz pierwszy zaczynają formułować znaczenie terminów użytych w ustawie. Poprzez akceptację zewnętrznej wiedzy sędziowskiej i odgradzanie sędziów od dalszej wiedzy tekstualizm przyjmuje stanowisko, które nie daje się obronić<sup>35</sup>.

Wykazując niekonsekwencję w podejściu formalistów do wiedzy o kontekście, w ramach którego sędzia dokonuje interpretacji, A. Green zwraca uwagę na ważny problem nierówności bazowej wiedzy sędziowskiej, a więc nierówności wyjściowych sytuacji sędziów, którzy przystępują do interpretacji danego tekstu prawnego. Nierówność ta w sensie szerokim wynika z różnych historii indywidualnych sędziów, różnic w posiadanej wiedzy i doświadczeniu, w sensie wąskim natomiast – z różnych poziomów wiedzy o historii i kontekście tworzenia interpretowanego aktu prawnego. Wszystko to powoduje, że sędzia analizujący jedynie zwykłe znaczenie tekstu prawnego nie zapewnia obiektywizmu i przewidywalności rozstrzygnięcia, ponieważ kontekst rozpatrywania tego samego tekstu w każdym przypadku może być różny. I nie chodzi tu o kontekst zewnętrzny wobec interpretatora, ale o cechy samego sędziego. Jak podkreśla Green:

Ponieważ wiedza bazowa sędziów na temat wyrażeń użytych w ustawie jest różna, sędziowie mogą upierać się przy twierdzeniu, że ich rozumienie ustawy jest poprawne, opierając się na selektywnej lub częściowej wiedzy bazowej. Chcę podkreślić, że jeśli ktoś jest zatroskany o problem sędziowskiej dowolności, to przez ograniczanie pozatekstowych, nowych źródeł wiedzy nie może przyczynić się do ograniczenia sędziów, ponieważ [ich] wiedza bazowa różni się zarówno w szczegółach, jak i co do stopnia, w jakim sędzia jest świadom tego, w jaki sposób zdobył wiedzę i jak jej używa, interpretując ustawę<sup>36</sup>.

W konkluzji swoich rozważań Green podnosi zatem, że sędziowie powinni mieć dostęp do szerszego katalogu przesłanek interpretacyjnych i do wiedzy o kontekście, w jakim powstawała ustawa, ponieważ nieograniczony dostęp do takich informacji wyrównuje ich wiedzę bazową (*evens out their knowledge base*). Tym samym dochodzi do wniosku sprzecznego ze wstępnymi intuicjami – oto rozszerzenie dostępu sędziów do dodatkowych przesłanek interpretacyjnych, takich jak intencja legisla-

<sup>35</sup> A.S. Green, op. cit., s. 1923.

<sup>36</sup> Ibidem, s. 1928.

cyjna, cel ustawy, historia legislacyjna i inne, zamiast zmniejszać jednolitość orzeczeń, może ją zwiększać, bo wyrównuje wiedzę bazową sędziów. Tym samym zwiększenie katalogu przesłanek interpretacyjnych, które proponuje holizm interpretacyjny, może prowadzić do większej spójności orzeczeń wydawanych przez różnych sędziów. Ostatecznie zaś spójność orzecznictwa prowadzi do większej stabilności i przewidywalności orzecznictwa.

#### 2.1.4. Argument z powołania wielokrotnych ugruntowań a przewidywalność orzeczeń

Dodatkowy argument, który można przedstawić na rzecz tezy o przewidywalności rozstrzygnięć interpretacyjnych dokonywanych według metodologii holizmu interpretacyjnego, opiera się na konstrukcji wielokrotnych ugruntowań, omówionej w rozdziale czwartym. Jak wskazano, uzasadnienie decyzji interpretacyjnej powinno zawierać maksymalną możliwą liczbę powołanych przykładów użycia istotnych dla danej decyzji interpretacyjnej terminów we wcześniejszej praktyce językowej. Takimi przykładami mogą być rozstrzygnięcia precedensowe, w tym rozstrzygnięcia sądów zagranicznych, cytaty z literatury prawniczej, fragmenty wypowiedzi zaczerpnięte z historii legislacyjnej, przykłady użycia tych samych terminów w innych aktach prawnych. Już samo zakorzenienie decyzji interpretacyjnej w historii użycia danych terminów prawnych powoduje, że rozstrzygnięcie w danej sprawie nie powinno być całkowitym zaskoczeniem dla obywateli.

Wielokrotne ugruntowania mogą być także wskazywane w języku potocznym, zwłaszcza gdy interpretowane terminy języka prawnego nie mają specjalistycznego, prawniczego znaczenia (przykładem mogą być wyrażenia ocenne i zabarwione aksjologicznie, takie jak „dobre obyczaje”, „przeznaczenie prawa”, „szczególne okrucieństwo” itp.). Ponieważ tego rodzaju ogólnojęzykowe wielokrotne ugruntowania dotyczą najczęściej terminów niedookreślonych, ich zanurzenie w praktyce językowej społeczeństwa odgrywa istotną rolę w zapewnieniu przewidywalności rozstrzygnięć sądowych. Można powiedzieć, że sędzia, który podejmuje, a następnie uzasadnia swoje rozstrzygnięcie poprzez zakorzenienie go w praktyce językowej, mówi tym samym językiem co społeczeństwo. Dzięki temu jego rozstrzygnięcia są przewidywalne.

## 2.2. Holizm interpretacyjny a nadmierna dyskrecjonalność prawników

### 2.2.1. Uwagi wstępne

W odniesieniu do dyskrecjonalności prawników formalizm zajmuje dosyć jednostronne stanowisko. Uznaje, że wierność tekstowi prawnemu lub intencji prawodawcy jest wystarczającym ograniczeniem dla władzy dyskrecjonalnej prawnika. Tymczasem, jak wskazuje się w wielu opracowaniach, jest to przekonanie naiwne. Między innymi w pracy A. Kozaka wykazuje się wyraźnie, że modele ograniczenia dyskrecjonalnej władzy prawniczej poprzez tekst i intencję prawodawcy nie wypełniają tego zadania<sup>37</sup>. Stanowisko takie potwierdza literatura międzynarodowa, w której wskazuje się, że wieloznaczność leksykalna języka prawnego oraz jego zależność od kontekstu podają w wątpliwość obiektywizujący wpływ języka prawnego na decyzje sędziego<sup>38</sup>, do którego to argumentu można dodać jeszcze problem różnic w wiedzy bazowej sędziów, omówiony w sekcji poprzedniej. Podobnie jak w przypadku związania intencją prawodawcy, powstają przede wszystkim duże problemy z udowodnieniem, że coś takiego jak intencja prawodawcy w ogóle istnieje<sup>39</sup>, a następnie – nawet przyjmując, że istnieje – z jej właściwą identyfikacją i interpretacją (bo intencja prawodawcy także wyrażona jest w języku)<sup>40</sup>. W takiej sytuacji słuszna wydaje się konkluzja A. Kozaka, że dojrzałe ograniczenie dyskrecjonalnej władzy prawników umożliwia tylko tzw. juryscentryczny model praktyki prawniczej, w którym dyskrecjonalna władza prawnika limitowana jest przez kulturę prawną, w jakiej on funkcjonuje. Model juryscentryczny da się przełożyć na język analizy prowadzonej za pomocą semantyki K–P i założenia o wielokanałowości, diachroniczności i hierarchiczności komunikacji przez prawo, a więc na założenia holizmu interpretacyjnego. Analiza ta zakłada przecież bardzo szerokie ujęcie wartości kultury prawnej, a jak wskazano, osoba stosująca prawo i próbująca ustalić znaczenie tekstu prawnego musi sięgnąć do wielu wartości i standardów, by potwierdzić prawidłowość swej decyzji interpreta-

<sup>37</sup> A. Kozak, *Granice...*, op. cit., s. 79 i n. oraz s. 112 i n.

<sup>38</sup> T.A. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford 2000, s. 72 i n.

<sup>39</sup> K.A. Shepsle, *Congress is a "They", not an "It": Legislative Intent as Oxymoron*, „Int'l Rev. L. & Econ.” 1992, 12, s. 239.

<sup>40</sup> P. Brest, op. cit., passim.

cyjnej. Poniżej przedstawione są argumenty na rzecz tezy, że podejście holistyczne w rzeczywistości pozwala lepiej niż formalizm kontrolować władzę dyskrejonalną prawników.

### 2.2.2. Argument z wielorakości (*redundancy argument*)

Możliwość kontrolowania dyskrejonalności prawników w ramach podejścia holistycznego wynika z możliwości wykorzystania tzw. argumentu z wielorakości (*redundancy argument*, ‘two heads are better than one’ argument)<sup>41</sup>. Argument ten jest często wykorzystywany w praktyce obrotu prawnego i opiera się na założeniu, że ogląd danej sprawy z wielu punktów widzenia pozwala zobaczyć ją w sposób bardziej obiektywny, a tym samym utrudnia osąd subiektywny, oparty na własnych przekonaniach oceniającego. Wykorzystanie argumentu z wielorakości w prawie ma długą tradycję. Jego najprostszym zastosowaniem jest zasada *auditor et altera pars*, będąca fundamentem zasady kontrydiktoryjności procesu cywilnego i karnego. Podejmowanie decyzji w procesach sądowych także oparte jest na sile argumentu z wielorakości – właśnie z potrzeby zachowania obiektywizmu rozstrzygnięć i konieczności ograniczenia wpływu na jego treść indywidualnych przekonań decydenta wynika tradycja kilkuosobowego składu sędziowskiego w systemie kontynentalnym czy też dwunastoosobowy skład ławy przysięgłych w procesie karnym w systemie prawa amerykańskiego. We wszystkich wskazanych przypadkach zakłada się, że ocena sytuacji dokonywana z wielu punktów widzenia jest bardziej obiektywna i daje większą gwarancję ochrony przez indywidualnymi preferencjami podmiotu oceniającego daną sprawę. Na gruncie prawa takiemu przekonaniu daje wyraz A. Barak, pisząc:

Dyskrejonalność sędziego, który musi rozważyć intencję legislacyjną oraz podstawowe zasady systemu, staje się węższa niż dyskrejonalność sędziego, który ma swobodę skupienia się wyłącznie na tekście<sup>42</sup>.

Tym, co łączy argument z wielorakości z holistycznym podejściem do interpretacji i stosowania prawa, jest wykorzystywanie przez holizm

<sup>41</sup> Interesujące, że przedstawiciele formalizmu doceniają wartość argumentu z wielorakości w innych aspektach funkcjonowania prawa, a nie dostrzegają możliwości zastosowania go w teorii interpretacji. Zob. F. Schauer, *Neutrality and Judicial Review*, Harvard University Faculty Research Working Papers Series, 2003, <http://ssrn.com/abstract=385208>.

<sup>42</sup> A. Barak, op. cit., s. 282.



wielu punktów widzenia dla oceny prawidłowości decyzji interpretacyjnej. Formalizm, jak przedstawiono to w rozdziale pierwszym, cechuje się redukcjonizmem przesłanek interpretacyjnych, powodując, że prawnikowi pozostaje jedynie odwołanie do literalnego znaczenia tekstu prawnego. W przeciwieństwie do tego redukcjonizmu, holizm postuluje szerokie wykorzystywanie przez prawników dostępnych w danej kulturze prawnej przesłanek interpretacyjnych. Można uznać, że wielorakość przesłanek, które wykorzystuje prawnik w procesie interpretacji, stanowi odpowiednik wielorakości punktów widzenia, o których była mowa przy okazji argumentu z wielorakości. Każda z przesłanek – zgodność z tekstem, zgodność z intencją (celem) prawodawcy, zgodność z zasadami ogólnymi czy wreszcie zgodność z precedensem – ma, można by powiedzieć, roszczenie, by być rozważoną, podobnie jak osoba biorąca udział w zespołowej dyskusji ma roszczenie, by zostać wysłuchaną. Uznanie przez interpretatora roszczenia danej przesłanki do bycia rozważoną powoduje, że obiektywizuje się wynik jego pracy. Im więcej przesłanek interpretator rozważa, tym mniej subiektywna staje się jego decyzja. Interpretator wchodzi tym samym w dyskurs z punktami widzenia, reprezentowanymi przez poszczególne przesłanki. A jak pisze N. Stavropoulos:

Czynienie treści pojęć przedmiotem substancjalnego sporu sprawia, że treść ta staje się bardziej stabilna<sup>43</sup>.

Przedstawiając tę sytuację inaczej – interpretator szuka spójności z jak największą liczbą przesłanek, by wykazać, że jego decyzji nie można postawić zarzutu niezgodności z żadną z nich. Taki brak „zarzucalności” jest w literaturze filozoficznoprawnej uznawany za miernik obiektywizmu rozstrzygnięcia<sup>44</sup>.

Jednym z warunków uzyskania obiektywnego rozstrzygnięcia poprzez rozważanie dużej liczby przesłanek interpretacyjnych jest brak dowolności w doborze tych przesłanek. Z tego powodu argument z wielorakości wiąże się ściśle z tezą o konieczności stosowania tzw. zupełnego (pełnego) kanonu wykładni<sup>45</sup>. Założyć należy, że tylko wtedy decyzja interpretacyjna nie jest dowolna, gdy interpretator jest zobowiązany skonfrontować ją z ustalonym z góry zestawem przesłanek interpretacyjnych – roszczeń

<sup>43</sup> N. Stavropoulos, op. cit., s. 38.

<sup>44</sup> Zob. K. Greenawalt, *Law and Objectivity*, Oxford University Press, New York–Oxford 1995, s. 34.

<sup>45</sup> Zob. T. Spyra, op. cit., s. 134.

do bycia rozpatrzonym. W innym wypadku możliwa jest selektywność, a tym samym dyskrecjonalność w doborze przesłanek interpretacyjnych, a co za tym idzie – większa swoboda w dochodzeniu do ostatecznej decyzji interpretacyjnej. Taki sens kryje się także za tezą o zupełności kanonu wykładni. Teza ta wyraża przekonanie, że właściwa decyzja interpretacyjna musi przejść każdorazowo pełny test wykładni językowej, historycznej, systemowej (w tym hierarchicznej) i celowościowej. Tylko wtedy możemy mówić o rzeczywistej weryfikacji hipotezy interpretacyjnej. Tym samym postulat zupełności kanonów wykładni jest z pewnością bardziej zbliżony do idei holizmu interpretacyjnego niż formalizmu, który postuluje poprzestanie na wykładni językowej, ewentualnie systemowej, ale pozbawionej aspektów hierarchicznych.

### 2.2.3. Metafora strażnika

Praktyczny aspekt ograniczenia władzy dyskrecjonalnej osoby stosującej prawo poprzez wymóg odwołania się do pełnego kanonu przesłanek interpretacyjnych (a więc tym samym do kanonu wartości kultury prawnej) można zobrazować poprzez metaforę strażnika. Otóż według popularnego obecnie sposobu ochrony budynków, pracownik ochrony zobowiązany jest obchodzić chroniony obiekt, przykładając w ściśle określonych miejscach kartę magnetyczną do elektronicznego czujnika. Technika ta zapewnia z jednej strony kontrolę nad sumiennością strażnika, który, chcąc czy nie chcąc, zobowiązany jest regularnie chodzić wokół chronionej posesji, a z drugiej strony jego bezpieczeństwo, ponieważ brak „odbicia” karty w danym miejscu i czasie, mogący oznaczać, że strażnik został na przykład napadnięty, automatycznie uruchamia sygnał alarmowy. Przykład strażnika pozwala dostrzec wyraźną korelację pomiędzy liczbą punktów, w których zobowiązany jest on odbić swoją kartę, a swobodą wyboru drogi obejścia chronionej posesji. Ustalenie, że karta musi być odbita w jednym lub dwóch punktach, pozostawia ochroniarzowi relatywnie duże pole wyboru trasy. Nakazanie mu odwiedzania kilkunastu miejsc swobodę tę w oczywisty sposób zmniejsza. Wydaje się, że ten sam mechanizm można metaforycznie odnieść np. do sędziego stosującego prawo. Sytuacja, w której wykazuje on zgodność swojego rozstrzygnięcia z jedną lub dwiema wartościami prawnymi (np. tylko z historyczną intencją ustawodawcy albo jedynie z literalnie rozumianym tekstem), nie ogranicza w sposób istotny jego swobody w wykonaniu

zadania, jakim jest zastosowanie normy prawnej. Jeżeli jednak nałożymy na niego obowiązek „odbijania karty” w wielu miejscach, a więc szukania spójności z wieloma wartościami – przesłankami interpretacyjnymi – na poparcie tezy o takim a nie innym sposobie rozumienia danego terminu prawnego, to jego swoboda działania zostanie odpowiednio zmniejszona. Paradoksalnie więc i niezgodnie z powszechną intuicją, im więcej standardów w danej sprawie prawnik bierze pod uwagę, tym większe jest ograniczenie jego swobody interpretacyjnej.

#### 2.2.4. Argument z powołania wielokrotnych ugruntowań a dyskrecjonalność

Ważną rolę w ograniczaniu dyskrecjonalności prawników odgrywa również wymóg uzasadniania rozstrzygnięć interpretacyjnych przez szerokie wskazywanie wielokrotnych ugruntowań terminów użytych w tekście prawnym, zarówno w obszarze specjalistycznej praktyki prawnej, jak i w języku potocznym. Jak wskazano, koncepcja wielokrotnych ugruntowań jest ściśle powiązana z koncepcją semantyki K–P, która zakłada silne zobiektywizowanie znaczenia przez przeniesienie semantycznego punktu ciężkości z subiektywnych intencji mówiącego podmiotu na zdecydowanie bardziej intersubiektywną praktykę użycia danych terminów przez wspólnotę komunikacyjną. W efekcie tego przesunięcia trudniej jest prawnikowi dokonać rozstrzygnięcia na podstawie własnych, subiektywnych przekonań i wycucia języka. Zakładając, że w rzetelny sposób analizuje on praktykę użycia terminów języka prawnego, można mieć pewność, że decyzja interpretacyjna staje się trudna do zmanipulowania. Albo jest ona bowiem wpisana w historię wielokrotnych ugruntowań, a wtedy nie może być dowolna, bo zależy od zachowania innych użytkowników języka, albo też nie da się uzasadnić ciągiem wielokrotnych ugruntowań, a przez to staje się subiektywna, bo nie uwzględnia praktyki językowej innych członków społeczeństwa. Z tego właśnie względu koncepcja semantyki K–P służy współcześnie filozofom prawa jako narzędzie zapewniania obiektywizmu interpretacji prawniczej<sup>46</sup>.

W efekcie zastosowania argumentu z wielokrotnych ugruntowań jasne staje się, że to sylogistycznie zorientowane podejście formalizmu, nieskrępowane koniecznością wskazywania przykładów użycia terminów języka prawniczego w praktyce językowej wspólnoty komunikacyjnej,

<sup>46</sup> Zob. N. Stavropoulos, op. cit., passim.

może sprzyjać rozwojowi dyskrecjonalności prawników w większym stopniu niż podejście holizmu interpretacyjnego.

### 3. HOLIZM INTERPRETACYJNY A NARUSZENIE AUTONOMII PRAWA

#### 3.1. Uwagi wprowadzające

Autonomię prawa rozumiemy najczęściej jako pewnego rodzaju niezależność prawa od innych porządków normatywnych, w szczególności polityki czy moralności<sup>47</sup>. Niezależność ta jest uznawana za jeden z warunków wykonywania przez prawo jego funkcji społecznej, a w kategoriach ocennych naruszenie autonomii prawa jest uznawane za niewłaściwe, ponieważ prowadzi często do jego zinstrumentalizowania w celu osiągnięcia doraźnych celów politycznych. W szczególności pozytywizm prawniczy dużą wagę przywiązuje do oddzielenia porządku normatywnego prawa od moralności<sup>48</sup>, czego najlepszym przykładem jest najpierw sławna dyskusja Harta z Fullerem, a następnie Dworkinowski atak na tezę Harta i całego pozytywizmu o separacji prawa i moralności. Nie jest celem niniejszej pracy referowanie żadnej z tych dyskusji w tym miejscu. Należy jedynie podkreślić, że każda koncepcja interpretacji tekstu prawnego musi opowiedzieć się po stronie jednej z tez, które starły się ze sobą w przywołanych dyskusjach. Formalizm zdaje się opowiadać po stronie tezy o separacji prawa od innych porządków normatywnych. Przekonuje nas o tym jego tekstualistyczny aspekt, który, na skutek wyłącznego oparcia się na tekście prawnym, rzekomo stanowi barierę dla przenikania do prawa takich czynników, jak intencje polityczne, moralne preferencje interpretatora czy względy utilitarystyczne. Powstanie tej bariery jest wynikiem oparcia procesu interpretacji na języku reguły i swoistym zakazie sięgania poza nią w celu jej modyfikacji (teza prezentowana przede wszystkim przez Schauera), nawet jeśli osiągnany rezultat nie jest optymalny w świetle innych porządków normatywnych<sup>49</sup>. Skoro holizm inter-

<sup>47</sup> Zob. W. Gromski, *Autonomia prawa i jego instrumentalny charakter*, „Kolo-  
nia” Wrocław 2000, passim, a w pracach poświęconych relacji formalizmu i auto-  
nomii prawa przede wszystkim E. Weinrib, op. cit.

<sup>48</sup> H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, „Harv. L. Rev.”  
1958, 71, passim oraz L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – a Reply to Professor  
Hart*, ibidem, passim.

<sup>49</sup> Zob. D.A. Farber, *Legal Formalism and the Red-Hot Knife*, „U. Chi. L. Rev.”  
1999, 66, s. 599.

pretacyjny krytykuje podejście tekstualistyczne, to może się wydawać, że znosi on tę barierę chroniącą autonomię prawa, nie proponując nic w zamian. W świetle tezy Schauera z kolei holizm interpretacyjny łamie opór reguły, ponieważ każe sięgać do zasad ogólnych i celu danej reguły w procesie dochodzenia do jej prawdziwego znaczenia. W tym miejscu warto zatem ustosunkować się do potencjalnego zarzutu naruszenia autonomii prawa przez holizm interpretacyjny.

W poprzednich rozdziałach wykazano, że holizm interpretacyjny jest strategią podejścia do interpretacji prawa bardzo mocno zakorzenioną w języku prawnym. Można by nawet prowokacyjnie powiedzieć, że jest on tekstualistyczny, ale korzysta ze znacznie szerszego pojęcia tekstu prawnego niż tekstualizm formalistyczny. Holizm po pierwsze uznaje, że tekstem prawnym jest wszystko to, co wypowiedział prawodawca na jakimkolwiek poziomie komunikacji przez prawo, a nie tylko najbardziej lokalne reguły. Po drugie, jedynym celem holizmu jest odkrycie znaczenia tekstu prawnego, jednak znaczenie to w ujęciu holistycznym pojmuje się inaczej, niż czyni to tekstualizm formalistyczny. W szczególności w podejściu holistycznym nie mamy do czynienia z intencjonalną koncepcją znaczenia, która za główną jego determinantę uznaje mentalny stan podmiotu wypowiadającego wyraz czy zdanie (przepis prawny), ale ujęciem znaczenia proponowanym przez semantykę K–P. Jak wykazano w rozdziale czwartym, podejście to zakłada, że znaczenie danej wypowiedzi jest uzależnione od praktyki społecznej jej wcześniejszych użyć. To właśnie te użycia, a nie intencja mówiącego, determinują, do czego odnosi się wypowiedź. Oznacza to, że odpowiadając na pytanie, co znaczy wypowiedź X, nie poszukujemy odpowiedzi w stanie mentalnym mówiącego, jego intencjach i jego wiedzy, ale poprzez wskazanie, że praktyka dotychczasowych użyć tej wypowiedzi wskazuje, iż odnosi się ona do przedmiotu lub stanu rzeczy X. Jak dowiodły rozważania w rozdziale czwartym, sytuacjami użycia wypowiedzi języka prawnego są orzeczenia sądowe, w tym orzeczenia sądów innych krajów, które funkcjonują w ramach zbliżonej kultury prawnej (a więc posługują się podobnymi pojęciami prawnymi), wypowiedzi doktryny, a także szersza praktyka użycia danego terminu czy wypowiedzi przez ogół społeczeństwa. Wszystko to oznacza, że holistyczna interpretacja tekstu prawnego, choć bardziej złożona niż interpretacja formalistyczna, ma taki sam cel – dąży do ustalenia znaczenia języka reguły prawnej. Oczywiście jest, że ustalając znaczenie reguły i sięgając do praktyki użycia języka, otwie-

ramy furtkę (a może i ogromną bramę) dla wartości innych porządków normatywnych, które wchodzą do prawa. Czyż jednak to miałyby decydować o naruszenia autonomii prawa i odejściu od pozytywistycznego ideału? Przecież każde odwołanie się do języka, nawet w podejściu skrajnie formalistycznym, wiąże się z kontrolowanym otwieraniem domeny prawa na wpływy innych porządków normatywnych. Dokonuje się to przez użycie w przepisach prawnych terminów ocennych, nacechowanych emocjonalnie czy też wprost odsyłających poza system prawa. Sam fakt przenikania wartości pozaprawnych do prawa nie decyduje o utracie przezeń autonomii, jak uczą nas przedstawiciele autopojetycznych koncepcji prawa<sup>50</sup>. Kwestią podstawową jest bowiem kontrola nad tym przenikaniem, rozumiana jako niezależne od zewnętrznych nacisków decydowanie o otwarciu systemu na inne wartości. Wydaje się, że metodą kontroli wejścia tych wartości do systemu prawa jest stosowanie medium języka. Niepozytywistyczne koncepcje prawa, w szczególności koncepcje prawnonaturalne i koncepcja Dworkina, dlatego właśnie mają charakter niepozytywistyczny, ponieważ uznają, że elementem prawa może stać się wartość istniejąca poza tekstem prawnym i „niezapraszana” do prawa przez jego język. Holizm różni się od tego typu koncepcji tym, że nie porzuca medium języka, lecz przeciwnie, zakorzenia w nim proces interpretacji. To zakorzenie powoduje, że tylko pozornie może się on wydawać koncepcją, która niesie ze sobą ryzyko naruszenia autonomii prawa. W ujęciu holistycznym tylko język prawa może zdecydować o wprowadzeniu do systemu prawa wartości spoza tego systemu. W tym zakresie nie różni się ono niczym od podejścia formalistycznego.

Można nawet powiedzieć, że holistyczne podejście do interpretacji prawa, ze swoistym dla siebie stosunkiem do koncepcji znaczenia, opartej na semantyce K–P, zwiększa w niektórych aspektach autonomię prawa. Chodzi tu o ciekawy aspekt autonomii porządku prawnego wobec prawodawcy. Jeśli uznamy, że znaczenie danej wypowiedzi prawodawcy nie jest określane przez jego intencje czy stan mentalny, ale przez dotychczasową praktykę użycia tej wypowiedzi czy jej elementów składowych przez uczestników kultury prawnej, to musimy uznać, że prawodawca nie ma pełnej swobody we wpływaniu na system prawa. Nie jest on bowiem właścicielem słów i zdań, które wypowiada. Zostają one zawłaszczone

<sup>50</sup> Zob. np. H. Baxter, *Autopoiesis and the Relative Autonomy of Law*, „Cardozo L. Rev.” 1998, 19, s. 2003 i n.

przez historię i praktykę dyskursu prawniczego, a tym samym przekształcone według wewnętrznych zasad tego dyskursu<sup>51</sup>.

### 3.2. Argument z powołania wielokrotnych ugruntowań a autonomia prawa

Wzmacnianie autonomii prawa następuje także poprzez wykorzystywanie w procesie interpretacji konstrukcji wielokrotnych ugruntowań. Jak podkreślono w rozdziale czwartym, poprzez ciąg wielokrotnych ugruntowań możliwa jest zmiana referencji danej wypowiedzi. Jeśli zgodzimy się z tym założeniem, musimy przyznać, że zmiana znaczenia wypowiedzi (w tym wypowiedzi o charakterze prawnym) następuje w sposób zdecentralizowany – wielokrotne ugruntowania mogą być dokonywane przez każdego uczestnika dyskursu prawniczego (sędziego wydającego precedensowe orzeczenie, wpływowego glosatora itp.), a więc nie jest możliwa odgórna, scentralizowana kontrola kierunku tych zmian. Nie możemy także zapominać, że zmiana znaczenia danej wypowiedzi nie polega na jednokrotnym jej użyciu (ugruntowaniu), w którym odnosi się ona do innego niż dotychczas stanu rzeczy. Jak wskazuje sama nazwa, ugruntowanie musi mieć charakter wielokrotny, co oznacza, że zmiana znaczenia języka w czasie ma charakter raczej ewolucyjny niż rewolucyjny. Obie wskazane cechy, zdecentralizowanie oraz ewolucyjność zmiany znaczenia języka, w tym języka prawnego, w czasie, przemawiają raczej za wzmocnieniem autonomii prawa niż jej osłabieniem. Decentralizacja powoduje, że trudno jest jednemu podmiotowi naruszyć stabilność systemu prawa przez decyzję o nadaniu nowego znaczenia terminom prawnym. Konieczna jest w tym zakresie pewnego rodzaju „demokratyczna” decyzja większości uczestników dyskursu, którzy zdecydują się używać danej wypowiedzi w nowy sposób<sup>52</sup>. Ewolucyjność zmiany znaczenia języka prawnego natomiast uniemożliwia nagłe zaburzenie funkcjono-

<sup>51</sup> Warto wskazać na paralelę takiego podejścia z ideą argumentatywnej praktyki prawnej R. Dworkina, z tą różnicą, że praktyka argumentatywna jest prowadzona w ramach języka prawa, a nie poza nim, np. w obszarze zasad moralnych. Zob. R. Dworkin, *Law's Empire...*, op. cit., s. 13.

<sup>52</sup> Można oczywiście powiedzieć, że prawodawca realny ma możliwość wprowadzenia definicji ustawowej i w ten sposób utrudnić czy wręcz uniemożliwić swobodne kształtowanie się znaczenia w drodze kolejnych wielokrotnych ugruntowań. Wydaje się jednak, że praktyka stosowania definicji legalnych nigdy nie zastąpi zasady korzystania przez prawodawcę z języka potocznego. Oznacza to, że pozostanie ona zawsze

wania systemu. Każda taka zmiana wymaga czasu, co ponownie zapewni ochronę systemu przed wstrząsem, ochronę, która jest elementem jego autonomii<sup>53</sup>.

#### 4. PODSUMOWANIE

W rozdziale tym starano się wykazać, że holistyczne podejście do stosowania prawa, choć skrajnie różne od formalizmu prawniczego, pozwala na realizację wszystkich wartości, które zwykło się przypisywać formalizmowi. Holizm zapewnia przewidywalność decyzji stosowania prawa, pozwala ograniczyć dyskrejonalność prawników, a także nie narusza autonomii prawa, a nawet – ze względu na wykorzystywanie wielokrotnych ugruntowań w procesie ustalania znaczenia tekstu prawnego – pozwala tę autonomię lepiej chronić. Celem rozważań było wykazanie, że holizm interpretacyjny nie tylko lepiej przedstawia rzeczywisty charakter komunikacji przez prawo, ale też funkcjonalnie nadaje się do praktycznego stosowania w praktyce orzeczniczej. Zaprzecza to potocznemu przekonaniu, że otwarcie decyzji interpretacyjnej na wpływ wielu czynników i przesłanek musi prowadzić do destabilizacji procesu orzekania i zwycięstwa osobistych preferencji interpretatora nad (rozumianą metaforycznie) wolą prawodawcy. Wydaje się jednak, że podejście holistyczne jest mocno uzasadnione teoretycznie, zakorzenione w języku prawnym, a przez to zgodne z ideami pozytywizmu prawniczego i ideą *rule of law*.

---

pomocniczym, a nie głównym narzędziem komunikacji prawodawcy z adresatami reguł.

<sup>53</sup> Te rozważania po części tłumaczą, dlaczego niektóre systemy władzy decydują się na odcięcie od tradycji. Takie odcięcie uwalnia bowiem rządzących od niewygodnego podążania za łańcuchem wielokrotnych ugruntowań, który niewątpliwie autonomizuje system prawa wobec wpływów doraźnych intencji politycznych. Stąd podkreślanie końca pewnej epoki i rozpoczęcia nowej (jak chociażby w przypadku ogłaszanego obecnie w Polsce przejścia pomiędzy III i IV Rzeczpospolitą) jest wykorzystywane jako narzędzie zmiany kulturowej i daje możliwość rozpoczęcia dyskursu prawniczego niejako od nowa. Oczywiście, takie postępowanie jest poważnym zagrożeniem dla autonomii prawa.



## JAK PRZECIWSZTAWIĆ SIĘ FORMALIZMOWI W PRAKTYCE

### 1. WPROWADZENIE

W tej części należałoby powrócić do praktycznych zagadnień stosowania prawa, od których wychodzi prolog niniejszej pracy. Powstaje bowiem pytanie, w jaki sposób teoretyczne rozważania prowadzone w poprzednich rozdziałach przekładają się na praktyczne dyrektywy dotyczące procesu stosowania prawa. Poniżej zostanie zaprezentowanych kilka ogólnych sugestii, które są realizacją strategii holizmu interpretacyjnego, a więc podejścia do stosowania prawa, które jest antyformalistyczne, ale odpowiada charakterowi języka prawnego i stanowi realizację idei pozytywizmu prawniczego oraz idei rządów prawa.

W świecie idealnym poniższe sugestie mogłyby być kierowane do wszystkich prawników, w tym do urzędników administracji i prawników praktyków. Jednak w świecie realnym urzędnicy organów administracji mogą nie być przygotowani do ich stosowania, ponieważ nie przechodzą specyficznego sędziowskiego treningu, natomiast prawnicy praktycy (radcowie prawni, adwokaci, doradcy podatkowi) najczęściej stosują argumentację odzwierciedlającą preferencje sędziów, które – jak wskazywano – są obecnie w większości formalistyczne. Dlatego poniższe sugestie należy poddać pod ocenę sędziów, którzy mają najlepsze przygotowanie zawodowe do odpowiedzialnego stosowania holizmu interpretacyjnego w praktyce, w nadziei, że jeśli sędziowie uznają przedstawione sugestie za warte wykorzystania, to urzędnicy administracji zaczną je także pośrednio stosować poprzez wykorzystywanie w swojej argumentacji wyroków sądów jako niewiążących precedensów (wielokrotnych ugruntowań), a prawnicy praktycy skorzystają z tych sugestii, ponieważ będą one szeroko obecne w pracy sędziów.

## 2. SUGESTIE W ZAKRESIE METODOLOGII STOSOWANIA PRAWA

### Sugestia 1

#### **Pełny kanon wykładni stosowany w każdej sprawie**

Przepis prawa, stanowiący przedmiot sporu lub przewidywaną podstawę rozstrzygnięcia, powinien być interpretowany w świetle maksymalnej liczby przesłanek interpretacyjnych. Oznacza to, że konieczne jest najpierw wyróżnienie możliwych alternatywnych znaczeń opartych na języku przepisu, a następnie wybór tego znaczenia, które da się **jednocześnie** pogodzić z intencją prawodawcy, celem regulacji, zasadami ogólnymi prawa, w tym zasadami konstytucyjnymi i zasadami prawa wspólnotowego, oraz wcześniejszymi rozstrzygnięciami sądowymi, a także wypowiedziami literatury. Ostatecznie, uzasadnienie rozstrzygnięcia powinno wykazywać zgodność przyjętej interpretacji przepisu stanowiącego przedmiot sporu co najmniej z jedną z każdej grupy przesłanek interpretacyjnych (standardów), wyróżnionych w prologu, to jest z jedną przesłanką o charakterze wewnętrznym (np. tekst przepisu, wykładnia systemowa lub wcześniejszy wyrok sądu), jedną przesłanką o charakterze zewnętrznym (np. intencją ustawodawcy lub celem regulacji) oraz – koniecznie – przesłanką konstytucyjną i, jeśli ma zastosowanie, przesłanką zaczerpniętą z prawa wspólnotowego.

### Sugestia 2

#### **Niepowoływanie zwykłego znaczenia tekstu**

Proste powołanie się na zwykłe znaczenie tekstu prawnego lub jedynie przytoczenie brzmienia przepisu, który stanowi przedmiot sporu lub podstawę rozstrzygnięcia, jest niedopuszczalne. Jeżeli sędzia uznaje, że tekst ma tylko jedno, oczywiste znaczenie, powinien to wykazać co najmniej przez odwołanie się do praktyki posługiwania się tym znaczeniem przez społeczność prawników (np. przez odwołanie się do innych rozstrzygnięć sądowych lub do literatury prawniczej) oraz wykazać niesprzeczność takiego znaczenia z zasadami konstytucyjnymi.

**Sugestia 3****Badanie zgodności zakresu stosowania zakazów i nakazów  
formułowanych przez normy postępowania z celem tych norm**

Stosując normy postępowania, sędzia powinien najpierw określić, jaki jest ich przedmiotowy i podmiotowy zakres zastosowania, a następnie ocenić, czy zakres ten nie jest zbyt szeroki lub zbyt wąski w świetle celu danej normy. Jeśli zachodzi niespójność między zakresem zastosowania normy a jej celem, sędzia powinien dostosować zakres normy do jej celu, jeśli pozwalają na to zasady danej gałęzi prawa (może to być niedopuszczalne np. w dziedzinie prawa karnego).

**Sugestia 4****Badanie prawidłowości dokonywanych czynności prawnych  
przez analizę ich zgodności z celem danej czynności  
i charakterem wywołanych skutków**

Ocena prawidłowości dokonywanych czynności prawnych (zarówno czynności prawa prywatnego, jak i czynności prawa publicznego – np. wydawania decyzji administracyjnych czy aktów legislacyjnych) powinna uwzględniać spójność dokonywanej czynności z jej celem oraz z przewidywanymi lub faktycznymi skutkami. Niespójność dokonywanej czynności z jej celem (widoczna np. ze względu na atypowość danej czynności w danym kontekście lub ewidentny brak możliwości zrealizowania celu czynności w danych okolicznościach) jest symptomem naruszania przez tę czynność zasad konstytucyjnych (w szczególności jeśli chodzi o czynności o charakterze publicznoprawnym) lub ogólnych zasad kodeksowych (czynności prywatnoprawne i publicznoprawne). Podobnym symptomem naruszenia zasad ogólnych prawa jest niespójność czynności z osiąganymi przez nią skutkami (w szczególności osiąganie skutków nietypowych dla danej czynności lub uciążliwość skutków ubocznych danej czynności). Uwaga – w przypadku przepisów o charakterze proceduralnym (np. ustalających terminy zawite) surowy skutek zastosowania przepisu, którym jest nieodwracalne pozbawienie strony uprawnień, nie musi oznaczać niezgodności z konstytucją. Wiele przepisów proceduralnych niesie ze sobą surowe konsekwencje, jednak jest to skutek zamierzony, ze względu na konieczność dyscyplinowania uczestników procesu. W sytuacji zastosowania takiego przepisu jego skutki są zazwyczaj w pełni zgodne z jego

celem i takie surowe zastosowanie regulacji nie ma charakteru formalistycznego w sensie pejoratywnym.

## **Sugestia 5**

### **Badanie zmian znaczenia tekstu prawnego w czasie**

W przypadku stosowania aktów prawnych, od których uchwalenia minęło stosunkowo dużo czasu<sup>1</sup> lub które zostały uchwalone w innych okolicznościach społeczno-politycznych (np. pod rządami innego ustroju lub w czasie obowiązywania wcześniejszej konstytucji), sędzia powinien prześledzić ewentualną zmianę znaczenia użytych w akcie terminów. W tym celu powinien porównać współczesne sposoby użycia kluczowych terminów z użyciem w czasie uchwalania aktu i – jeśli wynik porównania wskazuje na zmianę znaczenia w czasie – przyjąć znaczenie współczesne. Dobrą metodą wykrycia zmiany znaczenia w czasie jest wskazywanie, że w nowszych rozstrzygnięciach lub wypowiedziach literatury dany termin użytkownicy języka odnoszą do węższego lub szerszego fragmentu rzeczywistości niż wcześniej<sup>2</sup>.

## **Sugestia 6**

### **Ustalanie znaczenia klauzul ogólnych i pojęć niedookreślonych**

W przypadku interpretacji klauzul ogólnych i pojęć niedookreślonych sędzia powinien zwiększyć liczbę przesłanek interpretacyjnych w stosunku do liczby przesłanek, o których mowa w sugestii 1. W szczególności powinien przedstawić dowody, że przyjęte przez niego rozumienie tego typu wypowiedzi prawodawcy jest ugruntowane w orzecznictwie (np. orzecznictwie sądu konstytucyjnego) czy literaturze przedmiotu. Dopuszczalne jest powołanie się na rozumienie danych terminów w orzecznictwie sądów zagranicznych, jeśli w ich praktyce stosuje się takie same lub zbliżone terminy czy pojęcia prawne. Nie jest dopuszczalne ustalenie znaczenia klauzuli ogólnej lub terminu niedookreślonego

<sup>1</sup> Zob. podobnie A. Barak, op. cit., s. 397 (Appendix 3).

<sup>2</sup> Analizy tego typu można odnaleźć w niektórych orzeczeniach polskiego Trybunału Konstytucyjnego, który na początku badania zgodności danego przepisu z konstytucją dokonuje swoistej retrospekcji, polegającej na wskazaniu, jak dana zasada była i jest rozumiana w praktyce Trybunału, w tym m.in. wskazuje zmiany w jej rozumieniu, dochodząc do współczesnego jej rozumienia. Ostatecznie właśnie to współczesne rozumienie danej zasady znajduje zastosowanie w sprawie.

na podstawie jednej przesłanki, w szczególności na podstawie odosobnionego w literaturze poglądu, któremu można przeciwstawić bardziej rozpowszechnione stanowisko przeciwne.

### **Sugestia 7**

#### **Bezpośrednie stosowanie konstytucji, prawa międzynarodowego i ponadnarodowego oraz zasad ogólnych danej gałęzi prawa**

Zgodnie z sugestią 1, przesłanki konstytucyjne i zasady ogólne powinno się uwzględniać w każdej rozpatrywanej sprawie. Sędzia ma w szczególności ocenić, czy nie należy zawęzić zakresu interpretowanego przepisu ze względu na zasadę konstytucyjną lub zasadę ogólną (kodeksową) – a w szczególnych przypadkach, gdy dany obszar prawa na to pozwala, rozszerzyć ten zakres. Jeśli poprzez zawężenie lub rozszerzenie zakresu znaczeniowego przepisu nie da się uwzględnić wymogów zasady konstytucyjnej, to sędzia powinien wystąpić z pytaniem prawnym do sądu konstytucyjnego lub zastosować inną dopuszczalną formę kontroli konstytucyjności (np. odmówić zastosowania niedającego się pogodzić z konstytucją lub ustawą przepisu rozporządzenia).

### **Sugestia 8**

#### **Uwzględnianie skutków rozstrzygnięcia interpretacyjnego**

Sędzia musi mieć świadomość, że przyjęte przez niego w rozstrzygnięciu rozumienie danych terminów prawnych stanie się jednym z wielokrotnych ugruntowań znaczenia tych terminów. Tym samym jego rozumienie terminów prawnych będzie przedstawiane w przyszłości jako argument interpretacyjny dla rozstrzygnięcia innych spraw. Ta świadomość powinna skłaniać sędziego do wzięcia pod uwagę znaczenia jego rozstrzygnięcia nie tylko dla pojedynczej sprawy, lecz także dla spraw przyszłych<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Konieczność rozważenia przyszłego wykorzystania danego wyroku przez społeczność prawników jest odmianą argumentu z konsekwencji (*consequentialist argument*). Zob. na ten temat N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978 (reprinted 2003), s. 129 i n. Wpisanie argumentu z konsekwencji w łańcuch wielokrotnych ugruntowań jest obiecującym kierunkiem rozważań, które mogą doprowadzić do ujęcia tego typu argumentu z pozytywistycznego punktu widzenia.

## **Sugestia 9**

### **Holizm interpretacyjny w rozstrzygnięciach kontrolnych wyższych instancji**

Jednym z podstawowych kryteriów oceny poprawności rozstrzygnięcia niższej instancji powinien być całościowy charakter argumentacji zawartej w uzasadnieniu. Sędzia kontrolujący dane rozstrzygnięcie powinien ocenić, czy sędzia niższej instancji zastosował pełny kanon wykładni, w szczególności czy uwzględnił cel regulacji oraz zasady ogólne, zarówno konstytucyjne, jak i kodeksowe. Sędzia kontrolujący rozstrzygnięcie niższej instancji nie może zgodzić się z przyjętym rozumieniem terminów, jeśli uzasadnienie dla przyjęcia tego rozumienia jest selektywne, to znaczy opiera się tylko na jednej przesłance (bez względu na to, czy jest to przesłanka o charakterze wewnętrznym – formalnym, czy też przesłanka nieformalistyczna). Sędzia wyższej instancji powinien szczególnie dbać o wskazanie sposobu prawidłowego rozumienia klauzul ogólnych i terminów niedookreślonych w celu wskazania sądowi niższej instancji i całej społeczności prawników kierunków ich właściwej interpretacji. W tym celu powinien w szczególności skorzystać z sugestii 6.

## BIBLIOGRAFIA

- Adler A.N., *Can Formalism Convey Justice? – Oaths, ‘Deeds’ and Other Legal Speech Acts in Four English Renaissance Plays*, „St. John’s Law Review” 1998, **72**.
- Ajdukiewicz K., *O znaczeniu wyrażeń*, w: idem, *Język i poznanie*, t. 1: *Wybór pism z lat 1920–1939*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1985.
- Aleinikoff T.A., *Updating Statutory Interpretation*, „Michigan Law Review” 1988, **87**.
- Alexander L., *The Gap*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1991, **14**, s. 695.
- Alexander L., *“With Me, It’s All er Nuthin’”: Formalism in Law and Morality*, „University of Chicago Law Review” 1999, **66**, s. 530.
- Alexy R., *Juristische Interpretation*, w: idem, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main 1995.
- Alexy R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1991.
- Austin J.L., *How to Do Things with Words*, Clarendon Press, Oxford 1962, wyd. polskie: *Jak działać słowami*, w: idem, *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, przeł. B. Chwedeńczuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993.
- Barak A., *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Princeton–Oxford 2005.
- Bator A., *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*, „Kolonія Limited”, Wrocław 2000.
- Bator A., Kozak A., *Wykładnia prawa w zgodzie z konstytucją*, w: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Baxter H., *Autopoiesis and the Relative Autonomy of Law*, „Cardozo Law Review” 1998, **19**, s. 1987.
- Bezhanson R.P., *An Essay On Our Faith That Formalism Yields Fairness And Effectiveness In Public Administration*, „Iowa Law Review” 1984, **69**, s. 957.
- Bix B.H., *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Bix B.H., *Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy*, „Ratio Juris” 2003, t. 16, nr 3, s. 281–295.
- Bix B., *Questions in Legal Interpretation*, w: A. Marmor, *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1997.

- Blackburn S., *Oksfordzki słownik filozoficzny*, przeł. C. Cieśliński, „Książka i Wiedza”, Warszawa 2004.
- Blatt W.S., *Interpretive Communities: The Missing Element in Statutory Interpretation*, „Nw. University Law Review” 2001, **95**, s. 629.
- Brest P., *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, „Sup. Ct. Review” 1971, **95**, s. 104.
- Brożek B., *Derywacyjna koncepcja wykładni z perspektywy logicznej*, „RPEiS” 2006, **1**, s. 87 i n.
- Brzeziński B., *Poglądy Sędziego Antonina Scalii na wykładnię prawa i ich odbiór w amerykańskiej doktrynie prawniczej*, w: S. Pikulski et al. (red.), *Przemiany doktrynalne i systemowe prawa publicznego. Studia dedykowane prof. Wincentemu Bednarkowi*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn 2002.
- Burton S., *Judging in Good Faith*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Calabresi G., *Two Functions of Formalism*, „University of Chicago Law Review” 2000, **67**, s. 479.
- Campos P., *That Obscure Object of Desire. Hermeneutics and the Autonomous Legal Text*, „Minnesota Law Review” 1993, **77**, s. 1065.
- Carlson D.G., Cornell D., Rosenfeld M. (red.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge, New York 1992.
- Cicero, *De officiis*.
- Chemerinsky E., *Getting Beyond Formalism in Constitutional Law: Constitutional Theory Matters*, „Oklahoma Law Review” 2001, **54**, s. 1.
- Corrado M., *The Place of Formalism in Legal Theory*, „N.C. Law Review” 1992, **70**, s. 1545.
- Cox P.N., *An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism*, „Indiana Law Review” 2003, **36**, s. 57.
- Craig P., *Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy*, „Public Law” 2003, SPR, s. 92–111.
- Czapska J., *Wizerunek sądu w opinii społecznej*, w: M. Borucka-Arctowa, K. Pałeczki (red.), *Sądy w opinii społeczeństwa polskiego*, „Polpress”, Kraków 2003.
- Czepita S., *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 1996.
- D’Amato A., *Counterintuitive Consequences of „Plain Meaning”*, „Arizona Law Review” 1991, **33**, s. 529.
- Devitt M., *Designation*, Columbia University Press, New York 1981.
- Dougherty V. M., *Absurdity and the Limits of Literalism: Defining the Absurd Result Principle in Statutory Interpretation*, „Am. U. Law Review” 1994, **44**, s. 127.
- Drewry G., *Judicial Politics in Britain*, w: M.L. Volcansek (red.), *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Frank Cass, Portland, Oregon–London 1992.



- Duxbury N., *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1995.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Dworkin R., *Justice in Robes*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2006.
- Dworkin R., *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge, Mass. 1986.
- Easterbrook F.H., *What Does Legislative History Tell Us?*, „Chicago-Kent Law Review” 1990, **66**, s. 441, 443.
- Eisenberg T., *Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication*, „NY University Law Review” 1977, **52**, 1.
- Ely J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass.–London 2002.
- Ely J.H., *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, „Yale Law Journal” 1970, **79**, s. 1205, 1209.
- Endicott T.A., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford 2000.
- Esckridge W.N. Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, „University of Pennsylvania Law Review” 1987, **135**, s. 1479.
- Esckridge W.N. Jr., *The New Textualism*, „University of California Law Review” 1990, **37**, s. 621.
- Esckridge W.N. Jr., Frickey P.F., *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, „Stanford Law Review” 1990, **42**, s. 321.
- Evans G., *The Causal Theory of Names*, w: idem, *Collected Papers*, Oxford University Press, Oxford 1985.
- Farber D.A., *Legal Formalism and the Red-Hot Knife*, „University of Chicago Law Review” 1999, **66**, s. 597.
- Farber D.A., *The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law*, „Vanderbilt Law Review” 1992, **45**, s. 533.
- Fish S., *There Is No Textualist Position*, „San Diego Law Review” 2005, **42**, s. 629.
- Fuller L., *Positivism and Fidelity to Law – a Reply to Professor Hart*, „Harvard Law Review” 1958, **71**, s. 630.
- Gadamer, H.G., *Prawda i metoda: zarys hermeneutyki filozoficznej*, przeł. B. Baran, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004.
- Galligan D., *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, Oxford 1986.
- Galligan D., Matczak M., *Strategie orzekania sądowego. O wykonywaniu władzy dyskrecyjnej przez sędziów sądów administracyjnych w sprawach podatkowych i gospodarczych*, Raport Programu „Sprawne państwo”, Ernst & Young, Warszawa 2005.
- Galligan D., Matczak M., *Strategies of Judicial Review*, The Foundation for Law and Justice Policy Brief, Oxford 2006.
- Gizbert-Studnicki T., *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1986, **26**.

- Gizbert-Studnicki T., *Normy celowościowe a reguły konstytucyjne w prawie*, w: A. Bodnar (przew. kom. red.), *Prawo a polityka. Księga pamiątkowa ku czci prof. Kazimierza Opalka*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988.
- Gizbert-Studnicki T., *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze”, 1985, 3–4.
- Gizbert-Studnicki T., *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988, 3.
- Gizbert-Studnicki T., Grabowski A., *Normy programowe w konstytucji*, w: J. Trzcziński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997.
- Gonzalez C.E., *The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms*, „Oregon Law Review” 2001, 80, s. 447.
- Grabowski A., *Judicial Argumentation and Pragmatics. A Study on the Extension of the Theory of Legal Argumentation*, Księgarnia Akademicka, Kraków 1999.
- Green A.S., *The Missing Step of Textualism*, „Fordham Law Review” 2006, 74, s. 1913.
- Green L., *Positivism and Conventionalism*, „Canadian Journal of Law & Jurisprudence” 1999, 12, s. 35.
- Greenawalt K., *Law and Objectivity*, Oxford University Press, New York–Oxford 1995.
- Grey T.C., *The New Formalism*, „Stanford Law School Working Papers” 1999, 4.
- Gromski W., *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, „Kolonja”, Wrocław 2000.
- Gromski W., *Zagadnienie granic instrumentalizacji prawa*, w: A. Kozak (red.), *Instrumentalizacja prawa (seria: Z zagadnień teorii i filozofii prawa)*, „Kolonja”, Wrocław 2000.
- Hart H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, „Harvard Law Review” 1958, 71, s. 593.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, wyd. polskie: *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Hart H., Sachs A., *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, red. W. Eskridge, P. Frickey, Westbury, New York 1994.
- Himma K.E., *Inclusive Legal Positivism*, w: J. Coleman, S. Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Himma K.E., *Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Concept of Authority*, „APA Newsletter on Philosophy and Law”, t. 6, nr 2.
- Hodder-Williams R., *Judges and Politics in the Contemporary Age*, Bowerdean, London 1996.
- Horwitz M.J., *The Transformation of American Law: 1780–1860*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

- Hughes Ch., *Kripke. Names, Necessity, and Identity*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Huhn W., *The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy and Realism*, „Villanova Law Review” 2003, **48**, s. 305.
- Izdebski H., Stepkowski A. (red.), *Nadużycie prawa*, „Liber”, Warszawa 2003.
- Jabłońska-Bonca J., *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2002.
- Jackson V.C., *Holistic Interpretation, Comparative Constitutionalism, and Fissian Freedoms*, „University of Miami Law Review” 2003, **58**, s. 265.
- Jones G., *Proper Judicial Activism*, „Regent University Law Review” 2002, **14**, s. 141.
- Karkkainen B.C., *“Plain Meaning”: Justice Scalia’s Jurisprudence of Strict Statutory Construction*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1994, **17**, s. 401.
- Kennedy D., *Form and Substance in Private Law Adjudication*, „Harvard Law Review” 1976, **89**, s. 1685.
- Kennedy D., *Legal Formality*, „Journal of Legal Studies” 1973, **2**.
- Kozak A., *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2002.
- Kozak A., *Konstytucja jako podstawa decyzji stosowania prawa*, w: A. Bator (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2157, 1999.
- Kress K., *Coherence and Formalism*, „Harvard Journal of Law & Pub. Policy” 1993, **16**, s. 639.
- Kripke S., *Naming and Necessity*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1980; wyd. polskie: *Nazywanie a konieczność*, przeł. B. Chwedeńczuk, Fundacja Aletheia, Warszawa 2001.
- Kripke S., *Speaker’s Reference and Semantic Reference*, w: P.A. French, T.E. Uehling, H.K. Wettstein (red.), *Contemporary Perspectives in the Philosophy of Language*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1979.
- Kustra E., *Racjonalny ustawodawca. Analiza teoretycznoprawna*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1980.
- Lang W., *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, „Państwo i Prawo” 1991, **12**.
- Lang W., *Zarys analitycznej teorii uprawnienia*, „Studia Prawnicze” 1985, **3–4**.
- Leiter B., *Positivism, Formalism, Realism*, „Columbia Law Review” 1999, **99**, s. 1138.
- Leszczyński L., *Argumenty interpretacyjne w stosowaniu konstrukcji nadużycia prawa*, „Monitor Prawniczy” 2003, **3**.
- Leszczyński L., *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Zakamycze, Kraków 2001.
- Leszczyński L., *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Zakamycze, Kraków 2004.

- Llewellyn K.N., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, University of Chicago Press, Chicago 1962.
- Łętowska E., *Wstęp do: H. Rabault, Granice wykładni sędziowskiej*, przeł. B. Janicka, Wydawnictwo Naukowe „Scholar”, Warszawa 1997.
- Mac Callum Jr. G.C., *Legislative intent*, „Yale Law Journal” 1966, **75**, s. 754.
- MacCormick N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978 (reprinted 2003).
- Malkan J., *Literary Formalism, Legal Formalism*, „Cardozo Law Review” 1998, **19**, s. 1393.
- Manning J., *Textualism and the Equity of the Statute*, „Columbia Law Review” 2001, **101**, s. 1, 107.
- Manning J.F., *The Absurdity Doctrine*, „Harvard Law Review” 2003, **116**, s. 2387.
- Marmor A., *Exclusive Legal Positivism*, w: J. Coleman, S. Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Marmor A., *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992.
- Marmor A., *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1997.
- Marmor A., *The Immorality of Textualism*, „USC Legal Studies Research Papers” 2005, nr 05–5, 2005.
- Matczak M., *Kompetencja organu administracji publicznej*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Matczak M., *Nadużycie kompetencji*, „RPEiS” 2007, **1**.
- Matczak M., *Pragmalingwistyka a prawoznawstwo. O zastosowaniu teorii aktów umowy w teorii prawa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” (Filozofia) 1999, **36**, s. 375–385.
- Matczak M., *Próba pragmalingwistycznej interpretacji koncepcji normy kompetencyjnej Z. Ziemińskiego*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Tomasza Langerę*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Gdańskiego”, Gdańsk 2002.
- Matczak M., *Z rozważań nad koncepcją normy kompetencyjnej*, w: A. Bator (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1999, **2157**.
- Mączyński A., *Bezpośrednie stosowanie konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo” 1996, **10**.
- Michelman F.I., *A Brief Anatomy of Adjudicative Rule-Formalism*, „University of Chicago Law Review” 1999, t. **66**, nr **3**, s. 934.
- Mik C., *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej*, w: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Moliterno J.E., *Why Formalism*, „University of Kansas Law Review” 2000, **49**.
- Moore M.S., *Semantics of Judging*, „Southern California Law Review” 1980–1981, **54**, s. 173.

- Morawski L., *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1988.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2000.
- Morawski L., *Instrumentalizacja prawa (Zarys problemu)*, „Państwo i Prawo” 1993, **6**.
- Morawski L., *Kilka uwag na temat wykładni*, w: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Morawski L., *Państwo prawa – przyczynek do dyskusji*, w: M. Zirk-Sadowski (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1997.
- Morawski L., *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, **10**.
- Morawski L., *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, TNOiK, Toruń 2002.
- Nowak L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1973.
- Nowak L., Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia Prawnicze” 1972, **33**.
- Odrowąż-Sypniewska J., *Rodzaje naturalne (rozważania z filozofii języka)*, Wydawnictwo Naukowe Semper, Warszawa 2006.
- Pałeczki K., *Spolecznie oczekiwany wzorzec orzekania sądowego*, w: M. Borucka-Arctowa, K. Pałeczki (red.), *Sądy w opinii społeczeństwa polskiego*, „Polpress”, Kraków 2003.
- Pałeczki K., *Stressing legal decisions. Basic assumptions*, w: T. Biernat, K. Pałeczki, A. Peczenik, C. Wong, M. Zirk-Sadowski (red.), *Law and Politics; In Search of Balance; Stressing Legal Decisions*, IVR 21<sup>st</sup> World Congress, Lund, Sweden, 12–18 August 2003, Cracow 2004.
- Patterson D., *The Metaphysics of Legal Formalism*, „Iowa Law Review” 1992, **77**, s. 742.
- Perelman Ch., *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, przeł. T. Pajor, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984.
- Pietrzykowski T., *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Pildes R.H., *Forms of Formalism*, „University of Chicago Law Review” **66**, s. 607.
- Płeszka K., *Hierarchia w systemie prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” (Prace z Nauk Politycznych) 1988, **33**.
- Płeszka K., *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni*, w: M. Zirk-Sadowski (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1997.
- Płeszka K., *Uzasadnienie decyzji interpretacyjnych przez ich konsekwencje*, „Universitas”, Kraków 1996.
- Płeszka K., Gizbert-Studnicki T., *Dwa ujęcia wykładni. Próba konfrontacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” (Prace z Nauk Politycznych) 1984, **20**.

- Popkin W.D., *An „Internal” Critique of Justice Scalia’s Theory of Statutory Interpretation*, „Minnesota Law Review” 1992, **76**, s. 1133.
- Pound R., *Mechanical Jurisprudence*, „Columbia Law Review” 1908, **8**, s. 605.
- Putnam H., *The Meaning of Meaning*, w: *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers*, t. 2, Cambridge University Press, Cambridge 1975.
- Rabault H., *Granice wykładni sędziowskiej*, przeł. B. Janicka, Wydawnictwo Naukowe „Scholar”, Warszawa 1997.
- Raz J., *Intention in Interpretation*, w: R. George (red.), *The Autonomy of Law, Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996.
- Raz J., *Reasoning with Rules*, „Current Legal Problems” 2001, **54**, s. 1–18.
- Raz J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford 1979.
- Raz J., *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception*, „Minnesota Law Review” 2006, **90**, s. 1003–1044.
- Ricoeur P., *Język, tekst, interpretacja: wybór pism*, przeł. P. Graff, K. Rosner, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1989.
- Robertson D., *Judicial Discretion in the House of Lords*, Clarendon Press, Oxford 1998.
- Rosenfeld M., *Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy and the Temptations of the New Legal Formalism*, w: D.G. Carlson, D. Cornell, M. Rosenfeld, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Routledge, New York 1992.
- Ross A., *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London 1968.
- Ross S.F., *The Limited Relevance of Plain Meaning*, „Washington University Law Quarterly” 1995, **73**, s. 1057.
- Rubin E.L., *Law and Legislation in the Administrative State*, „Columbia Law Review” 1989, **89**, s. 369, 381, 383.
- Sadurski W., *Neutralność moralna prawa*, „Państwo i Prawo” 1990, **7**.
- Sarkowicz R., *Autorytet a obiektywna interpretacja tekstu*, w: G. Skąpska (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie: księga jubileuszowa profesor Marii Boruckiej-Arctowej*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1992.
- Sarkowicz R., *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1995.
- Scalia A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law: An Essay*, Princeton University Press, Princeton 1997.
- Scalia A., *Common-Law Courts in Civil-Law System: The Role of United States Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, w: idem, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law: An Essay*, Princeton University Press, Princeton 1997.
- Scalia A., *Originalism: The Lesser Evil*, „University of Cincinnati Law Review” 1989, **57**, s. 849.
- 230 Schauer F., *Formalism*, „Yale Law Journal” 1988, **97**, s. 509.

- Schauer F., *Neutrality and Judicial Review*, Harvard University Faculty Research Working Papers Series, 2003 (<http://ssrn.com/abstract=385208>).
- Schauer F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford 1991.
- Schauer F., *Rules, the Rule of Law and the Constitution*, „Constitutional Commentary” 1989, **6**, s. 69.
- Searle J.R., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, London 1977, wyd. polskie: *Czynności mowy. Rozważania z filozofii języka*, przeł. B. Chwedeńczuk, Instytut Wydawniczy „Pax”, Warszawa 1987.
- Seidman L.M., *Ambivalence and Accountability*, „Southern California Law Review” 1988, **61**, s. 1571.
- Shepsle K.A., *Congress is a „They”, not an „It”: Legislative Intent as Oxymoron*, „International Review of Law & Economics” 1992, **12**, s. 239.
- Smolak M., *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej. O legitymizacji władzy sędziowskiej*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Smolak M., *Zmiana paradygmatu interpretacyjnego w okresie transformacji ustrojowej w Polsce*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, **3–4**.
- Solan L., *Learning Our Limits: The Decline of Textualism in Statutory Cases*, „Wisconsin Law Review” 1997, **235**, s. 235.
- Spann G.A., *Constitutionalisation*, „St. Louis University Law Journal” 2005, **49**, s. 709.
- Spyra T., *Granice wykładni prawa*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Stavropoulos N., *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford 1996.
- Stewart H., *Contingency and Coherence: The Independence of Realism and Formalism in Legal Theory*, „Val. University Law Review” 1995, **30**, s. 1.
- Summers R., *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Summers R., *The Formal Character of Law*, „Cambridge Law Journal” 1992, **51(2)**.
- Sunstein C., *Justice Scalia’s Democratic Formalism*, „Yale Law Journal” 1997, **107**, s. 529.
- Sunstein C., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York 1996.
- Sunstein C.R., *Must Formalism Be Defended Empirically*, „University of Chicago Law Review” 1999, **66**, s. 636.
- Świrydowicz K., Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *O nieporozumieniach dotyczących tzw. norm zezwalających*, „Państwo i Prawo” 1975, **7**.
- Tamanaha B.Z., *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 51–52.
- Ten C.L., *Konstytucjonalizm i praworządność*, w: R. Goodin, F. Pettin (red.), *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, przeł. C. Cieśliński, M. Poręba, „Książka i Wiedza”, Warszawa 2002.

- Tushnet M., *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, „Michigan Law Review” 1985, **83**.
- Tushnet M.V., *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, „Harvard Law Review” 1983, **96**, s. 781.
- Unger R., *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.–London 1986.
- Weinrib E., *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, „Yale Law Journal” 1988, **97**.
- Wiklund O. (red.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Kluwer Law International, Stockholm 2003.
- Wilson J.G., *The Morality of Formalism*, „University of California Los Angeles Law Review” 1985, **33**, s. 431.
- Wojciechowski B., *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, „Mado”, Toruń 2004.
- Wojtyczek K., *Zasada proporcjonalności*, w: A. Preisner, B. Banaszak (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Woleński J., *Język prawny w świetle współczesnych metod analizy semantycznej*, „Zeszytu Naukowe UJ”, Prace Prawnicze 1967, nr 31.
- Wójcicki R., *Ajdukiewicz. Teoria znaczenia*, Prószyński i S-ka, Warszawa 1999.
- Wolfe Ch., *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Rowman and Littlefield, Lanham, Maryland 1994.
- Wronkowska S., *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, w: S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczególnych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Poznań 1990.
- Wronkowska S., *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2001, **9**.
- Wróblewski J., *Pragmatyczna jasność prawa*, „Państwo i Prawo” 1988, **4**.
- Wróblewski J., *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1971, **10**.
- Wróblewski J., *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Ossolineum, Wrocław–Łódź 1990.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1988.
- Wróblewski J., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959.
- Zakaria F., *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, W.W. Norton & Co., New York 2004.
- Zander M., *The Law-Making Process*, Butterworths, London 1999.
- Zieliński M., *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Poznań 1972.



- Zieliński M., *Konstytucyjne zasady prawa*, w: J. Trzeciński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa: zasady, reguły, wskazówki*, Wydawnictwo Prawnicze „Lexis Nexis”, Warszawa 2002.
- Zieliński M., Munczewski A., *Interpretacyjna rola zasad prawa*, w: J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności: księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2000.
- Zieliński M., Ziemiński Z., *Dyrektywy i sposób ich wypowiedania*, Polskie Towarzystwo Semiotyczne, Warszawa 1992.
- Ziemiński Z., *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, 4.
- Ziemiński Z., *Logiczne podstawy prawoznawstwa. Wybrane zagadnienia*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1966.
- Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1980.
- Ziemiński Z., *Przepis prawny a norma prawna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1960, 1.
- Zirk-Sadowski M. (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1997.
- Zirk-Sadowski M., *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” 1980, 6.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Zirk-Sadowski M., *Wykładnia i rozumienie prawa w Polsce po akcesji do Unii Europejskiej*, w: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2005.