

Tomasz Grzybowski

Konkluzywność argumentacji konstytucyjnej jako kryterium oceny prawotwórstwa interpretacyjnego

1. Dysonans poznawczy – wprowadzenie

Upływające dwa lata rządów formacji politycznej Jarosława Kaczyńskiego i wiążący się z nimi kryzys relacji pomiędzy legislatywą i egzekutywą z jednej strony, a szeroko rozumianym wymiarem sprawiedliwości z drugiej, włączając w to spór o Trybunał Konstytucyjny, przeniosły debatę wokół miejsca i roli sądów we współczesnej Polsce na agorę, by nie powiedzieć, że wręcz „na ulicę”.

Jednym z wątków tej dyskusji jest, jakby to ujęła H. Dębska, „demystyfikacja tabu”, „podwójnej prawdy”¹, w jakiej działają sądy, która ma polegać na odsłonięciu ich zaangażowania w proces dystrybucji władzy w nowoczesnym państwie. Obecnie orzecznictwo nie ogranicza się bowiem tylko do regulowania relacji pomiędzy jednostkami (wymiar wertykalny). Równie ważna jest na tym tle ingerencja w relację jednostka–zbiorowość i to zarówno w kontekście sporu na linii obywatel–państwo, który jest charakterystyczny dla sądownictwa administracyjnego, jak też w odniesieniu do ram instytucjonalnych tych stosunków, a więc w odniesieniu do relacji poszczególnych władz, w tym zwłaszcza na płaszczyźnie: sądy a pozostałe władze (wymiar horyzontalny)².

1 Zob. H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015, s. 299–301.

2 Jest wiele spektakularnych przykładów wkraczania sądów w formułę polityczno-ustrojową państwa. Wiodącą rolę pełnił w tym zakresie do niedawna Trybunał Konstytucyjny. Nie brakuje

Ta modyfikacja o wymiarze systemowym znajduje oczywiste już obecnie zapośredniczenie w (bezpośrednim) stosowaniu i wykładni norm konstytucyjnych. To bowiem poprzez interpretację Konstytucji³ wymiar sprawiedliwości, zajmując stanowisko częstokroć w sprawach głęboko spornych, przejmuje w pewnym stopniu, w iście Dworkinowskim stylu, rolę organizatora życia społecznego. Jest też już przy tym pewnym truizmem, że taki charakter owej wykładni wymusza niejednokrotnie sama treść postanowień konstytucyjnych. „Interpretacja konstytucyjna jest bowiem, zwłaszcza w fundamentalnych sprawach, interpretacją standardów”⁴, w przeciwieństwie do wykładni ustaw dotyczącej przeważnie reguł⁵. Standardy te bywają bardzo pojemne⁶, wręcz do tego stopnia – jak miał przewrotnie stwierdzić J. Bainville – że każdy znajdzie w nich to, co chce znaleźć⁷, jak np. klauzulę państwa prawnego (art. 2). Wyrażają w sposób wysoce abstrakcyjny konkurencyjne wartości i zasady prawne, których hierarchię można ustalić jedynie *in concreto*⁸, wskazują też generalne cele społeczne, takie jak np. zwalczanie bezrobocia (art. 65), ochrona zdrowia (art. 68) czy ochrona środowiska (art. 74), które wszak również są uwzględniane jako kryteria oceny aktów normatywnych⁹.

Naturalnym korelatem takiego charakteru sądowej wykładni Konstytucji jest wzmocnienie sędziowskiej władzy dyskrecjonalnej, tym bardziej że przyjmowane w tym względzie metody przypominają nieraz

też jednak ważnych z tej perspektywy orzeczeń sądów administracyjnych czy Sądu Najwyższego, jak choćby głośna w ostatnim czasie uchwała SN z 31 V 2017 r. w sprawie skuteczności prawa ła-ski wykonywanego przez Prezydenta RP przed datą prawomocności wyroku skazującego, I KZP 4/17, OSNKW 2017, nr 7, poz. 37.

- 3 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja RP”, „Konstytucja”.
- 4 L. Morawski, *Kilka uwag na temat wykładni*, w: *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2005, s. 39.
- 5 Zob. L. Morawski, *Kilka...*, s. 36–39.
- 6 Szerzej W. Sokolewicz, *O osobliwościach wykładni przepisów konstytucyjnych*, w: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka, Warszawa 2012, s. 371–376, 384–387.
- 7 Za: A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, s. 64.
- 8 Szerzej R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010.
- 9 Zob. L. Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4, s. 60.

konstrukcje zbudowane na ruchomych piaskach¹⁰. Zarazem jednak ogromny wysiłek wkładany jest w podtrzymywanie wizerunku sądowej wykładni prawa, a Konstytucji w szczególności, jako pewnego „neutralnego miejsca”, tj. bezstronnego i obiektywnego dochodzenia do rezultatu interpretacji, „wynikającego” z postanowień konstytucyjnych, a więc w podtrzymanie, jak pisał A. Scalia, „wiary w sędziego-moralistę”¹¹.

Powstały przy takiej narracji rozdziew pomiędzy praktyką wykładni (Konstytucji) a przyjmowanymi czy też deklarowanymi twierdzeniami co do jej istoty¹², zwłaszcza na poziomie sądownictwa konstytucyjnego, musi w związku z powyższym generować silne polityczne napięcie. Wymiar sprawiedliwości przestaje bowiem w tych warunkach „pełnić rolę «przedłużonego ramienia» suwerena, a staje się trzecią władzą *sui generis* – równie niezależną od legislatury jak legislatura od władzy wykonawczej, czy władza wykonawcza od sądowniczej i od legislatury”¹³. W rezultacie powstaje problem redefinicji relacji i zasady równowagi tych władz, który – jak sądzę – stanowi jeden z najbardziej pilnych problemów ustrojowych i zarazem źródło współczesnego kryzysu „zarządzania poprzez prawo”¹⁴. Adam Sulikowski nie waha się wręcz w tym kontekście

-
- 10 Zob. W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008, s. 365–378. Autor, nawiązując do koncepcji R. Alexy’ego, konkluduje, że „równoważenie oferuje iluzję oceny naukowej: opiera się na metaforze działania matematycznego, w którym ważone i porównywane są jakieś wymierne dobra. [...] Jest to oznaka tego, jak bardzo ten rodzaj stosowanej przez sądy konstytucyjne metodologii zbliża się do domeny legislacji i jak ostrożnie powinien być używany”.
- 11 Zdaniem Scalii nie ma jednak powodu, aby wierzyć, że wykształceni w prawie profesjonalści mogą udzielić w kwestiach zasadniczych lepszych odpowiedzi „niż, powiedzmy, lekarze, inżynierowie, czy etycy lub nawet zwykły Jan Kowalski”. Jak przyznaje: „[...] nic, czego nauczyłem się na zajęciach z prawa na Harvardzie, żadne z doświadczeń, jakie nabyłem praktykując prawo, nie kwalifikuje mnie do decydowania, czy powinno być (a zatem czy istnieje) fundamentalne prawo do aborcji czy wspomaganego samobójstwa” – A. Scalia, *Mullowie zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, tłum. A. Legutko-Dybowska, < www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf >, s. 33. Zob. także A. Scalia, *Mullowie...*, s. 28, 33–35.
- 12 Kanoniczna w tym względzie jest już wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego, że w wykładni swej „niczego nie ujmuje ani niczego nie dodaje do systemu obowiązujących norm prawnych, a tylko stwierdza, jaka jest treść tych norm” – uchwała TK z 7 III 1995 r., W 9/94, OTK 1995, nr 1, poz. 20.
- 13 M. Zirk-Sadowski, *Trzecia władza w procesie autonomizacji prawa*, w: *Profesjonalna kultura prawnicza*, red. M. Pichlak, Warszawa 2012, s. 128–129.
- 14 W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że granica trwającego w tym zakresie sporu przebiega między specyficznie (by nie powiedzieć – prymitywnie) rozumianym państwem

stawiać tezę o kryzysie paradygmatu, który określa w kontekście sądownictwa konstytucyjnego jako starcie „mitu «rady mędrców» [...] z mitem demokratycznym”¹⁵. Jak zauważa, w dzisiejszych czasach „każda decyzja i każde uzasadnienie pozostawia poza nawiasem jakieś jednostki i grupy, które nie dzielają założeń leżących u podstaw dokonanych operacji”, toteż „termin «apolityczny» jest coraz częściej używany w znaczeniu «będący po mojej stronie»”. Sądy konstytucyjne tracą w tych warunkach „oparcie w uniwersaliach, powszechnie podzielanych «prawdach obiektywnych»”, wobec czego rozstrzygając kwestie konstytucyjne, „coraz częściej postrzegane są jako organy polityczne, które lepiej lub gorzej kamuflują prawdziwe motywy swoich rozstrzygnięć”¹⁶.

2. Prawotwórstwo orzecznicze jako problem granic wykładni

Nie jest jednak moją intencją odpowiedź na zadane już skądinąd pytanie, „czy sądy mogą się angażować politycznie”¹⁷, które w jursprudencji

demokratycznym a konstytucyjnym państwem prawnym (zob. A. Kotowski, *Więcej demokracji czy konstytucji?*, „Gazeta Prawna” z dn. 25 VII 2017 r., dodatek „Prawnik”, s. D3). To pierwsze niejako programowo nie dostrzega tzw. *counter-majoritarian difficulty*, a w tych ramach niebezpieczeństwa „tyranii większości”, sygnalizowanej już przez de Tocqueville’a (zob. A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, tłum. M. Król, Warszawa 1976, s. 183–185). Natomiast wariant neokonstytucyjny, charakterystyczny dla większości ustrojów europejskich, kładzie nacisk na historyczne fiasko koncepcji omnipotencji ustawodawcy, tj. zwłaszcza parlamentu, jako gwaranta konstytucyjności prawa, a to z uwagi na doświadczenia reżimów totalitarnych (zob. np. D. Rousseau, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie*, tłum. M. Granat, Warszawa 1999, s. 23), i jako alternatywę wskazuje wzmocnienie pozycji trzeciej władzy. Oczywiście radykalne przeciwstawienie władzy sądowniczej (jako niedemokratycznej) pozostałym władzom nie wydaje się w ogóle przystawać do współczesnej wizji demokracji (zob. J. Zajadło, *Falszywość hasła „demokracja, a nie sędziokracja” – analiza filozoficzno-prawna*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2017, nr 3, s. 5–12).

15 A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 54. Zdaniem tego autora historyczna rola Trybunału Konstytucyjnego w dotychczasowej formule dobiega końca. Sulikowski wątpi w zdolność Trybunału do obiektywnego rozstrzygnięcia zasadniczych kwestii społecznych, a więc w wizję sądu konstytucyjnego jako pewnego „świeckiego *sacrum*”, wskazując na potrzebę rewizji poglądów dotyczących społecznej roli tej instytucji, jak też jej funkcjonowania w przestrzeni ustrojowej państwa. Zob. A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 4, s. 12–14.

16 A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 91–93.

17 Zob. L. Morawski, *Czy sądy mogą się angażować politycznie?*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 3, s. 6–23.

anglosaskiej obecne jest już od dłuższego czasu¹⁸, podczas gdy w rodzimym prawoznawstwie do niedawna choćby „nieuniknioną na gruncie teoretycznym legitymizacyjną sprzeczność między legislatywą a sądem konstytucyjnym” traktowano, poza nielicznymi wyjątkami, jako „niezbyt istotny składnik transformacyjnej «ekologii»”¹⁹. Kwestie te wymagały zasygnalizowania przede wszystkim z tego powodu, że stanowią niejako głęboką strukturę zagadnienia prawotwórczej wykładni²⁰ norm konstytucyjnych, tj. aktywizmu jako pewnej postawy czy też metadoktryny interpretacyjnej²¹, jako że „spór o twórczy charakter interpretacji to w istocie spór o władzę”²². Pozwalają też na sformułowanie kilku twierdzeń wyjściowych, istotnych z perspektywy zarysowanego w tytule przedmiotu rozważań.

Po pierwsze wspomniany dysonans poznawczy dotyczący działalności interpretacyjnej sądów z jego politycznymi asocjacjami dalece wykracza dziś poza przysłowiowy, Hartowski, wewnętrzny punkt widzenia

18 Jak sądzę, słusznie podkreśla się w tamtejszej debacie, zwłaszcza na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego USA, że nie jest istotne to, czy w ogóle, lecz w jakiej formie i w jakim zakresie sądy powinny przejawiać takie zaangażowanie. To właśnie pytanie o formę partycypacji sądów w systemie politycznym państwa wyznacza linię podziału pomiędzy doktrynami sędziowskiej wstrzeźliwości (*judicial modesty*) oraz aktywizmu (*judicial activism*), jak też pomiędzy korespondującymi z nimi normatywnymi koncepcjami wykładni. Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności prawa*, Toruń 2017, s. 150–174, 191–215, 234–254.

19 A. Sulikowski, *Trybunał...*, s. 8.

20 Określę „wykładnia twórcza” i „wykładnia prawotwórcza” używam zamiennie, chociaż według niektórych definicji mogą one denotować odmienne typy „sytuacji interpretacyjnych”; w szczególności przyjęcie, że w pewnych przypadkach interpretator „kreatywnie” wywodzi pewne treści z tekstu prawnego, nie musi automatycznie oznaczać (bez spełnienia pewnych dodatkowych warunków), że tworzy nowy stan prawny. Między innymi cytowany niżej O. Bogucki uznaje wykładnię prawotwórczą za „szczególny przypadek wykładni twórczej ontologicznie”.

21 Należy więc już w tym miejscu zasygnalizować dwa poziomy omawianego zagadnienia, tj. płaszczyznę teorii prawa z jednej i teorii polityki z drugiej strony, które przeplatają się zwłaszcza w kontekście interpretacji konstytucyjnej. Problematyka wykładni (prawo)twórczej prowadzi bowiem do rozważenia kwestii aktywizmu sędziowskiego, a z kolei ta ostatnia odsyła do zagadnienia granic interpretacji. W niniejszym opracowaniu skoncentrowano się na teoretycznoprawnym aspekcie wskazanego wyżej szerszego problemu, co nie oznacza braku nawiązań do perspektywy politycznej (aktywizmu; o tym szerzej np. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny...*, s. 234–254, 284–293).

22 R. Sarkowicz, *Uwagi o współczesnej interpretacji prawniczej*, w: *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2005, s. 29 i n.

(tzn. poza obszar wyspecjalizowanego dyskursu prawniczego) i zdążył się już zadomowić w przestrzeni społecznej *in genere*. Owo ideowe pęknięcie jest szczególnie widoczne w bieżącej polskiej debacie publicznej, w której strona rządząca podkreśla konsekwentnie swój mandat wyborczy, jej krytycy wskazują zaś na związanie władz Konstytucją i niezależne sądy, w tym sąd konstytucyjny, jako zabezpieczenie tej zasady²³. Co istotne, obie strony akcentują umocowanie swojego stanowiska w porządku konstytucyjnym, kładąc nacisk odpowiednio na demokratyczność oraz praworządność jako zasadnicze ramy ustrojowe państwa²⁴. Wykładnia Konstytucji okazuje się wobec tego jednym z zasadniczych wątków tej dyskusji. Współcześnie więc to „interpretacja bardziej niż tekst jest konstytucją”, tzn. „konstytucja w działaniu jest współtworzona przez jej interpretatorów”²⁵. Stąd też nie tyle sama idea kontroli konstytucyjności prawa czy bezpośredniego stosowania konstytucji, ile przede wszystkim „uzasadnienie trafności przyjmowanej interpretacji konstytucji” i związana z tym instytucjonalna formuła owej kontroli są przedmiotem kontrowersji²⁶. To wszystko skłania do traktowania tezy, że wykładnia konstytucji może mieć i niejednokrotnie ma charakter twórczy, jako punktu wyjścia dla dalszych rozważań.

Po drugie nie wydaje się nadużyciem przyjęcie, że taki atrybut można przypisać nie tylko wykładni Konstytucji dokonywanej w ramach hierarchicznej kontroli norm przez Trybunał Konstytucyjny, który może być postrzegany w tym zakresie jako „pierwszy pośród równych”, lecz w określonych warunkach również tej, która nie jest legitymizowana orzecznictwem wyżej wymienionego sądu. W szczególności możliwe jest, że walor taki uzyska argumentacja konstytucyjna stosowana przez inne sądy, zwłaszcza

23 Nie można oczywiście zapominać w tym kontekście o czynniku, który P. Winczorek określił mianem „pociągu do «muskularnych» rządów osobistych” czy też „administracyjnym etatyzmem”. Zob. P. Winczorek, *Konstytucja stała czy zmienna?*, w: *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 460 i n.

24 Dobrą ilustracją tej różnicy stanowisk jest polemika M. Matczaka z tezami Raportu Zespołu Ekspertów do spraw Problematyki Trybunału Konstytucyjnego. Zob. M. Matczak, *Demokratyczne czy prawne? Uwagi na tle Raportu Zespołu Ekspertów do spraw Problematyki Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 1, s. 96–105.

25 S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, w: *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, red. M. Smolak, Warszawa 2016, s. 19.

26 Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny...*, s. 62, 175.

najwyższe, biorąc pod uwagę ich „precedensową” (w sensie sprawowanego nadzoru judykacyjnego) rolę w strukturze wymiaru sprawiedliwości i wiążącą się z nią kompetencję wydawania tzw. uchwał interpretacyjnych²⁷. Wszak Trybunał nie posiada monopolu na wykładnię Konstytucji, a nawet na kontrolę konstytucyjności prawa. Ograniczenie podmiotowe pojęcia sędziego konstytucyjnego do członka składu sądu konstytucyjnego wydaje się aktualnie anachronizmem²⁸. Bo choć ustawa zasadnicza nawiązuje do wzorca kelsenowskiego, to na nim nie poprzestaje, co notabene – w dobie kryzysu konstytucyjnego – inspirowane do poszukiwania alternatywnych form tejże kontroli, w szczególności w postaci tzw. *judicial review*²⁹.

Po trzecie wspomniany rozdzźwięk pomiędzy tym, co sądy czynią, interpretując Konstytucję, a co o charakterze tej wykładni twierdzą, przekłada się na wyraźny deficyt teorii wykładni Konstytucji, który można by metaforycznie określić mianem „logocentrycznej pułapki Kelsena”. W dużym uproszczeniu można bowiem przyjąć, że wpływ myśli tego wybitnego uczonego, inspirowanego wszak ideą empiryzmu logicznego, na polską myśl konstytucyjną był jednym z bardziej znaczących czynników „uwiadu” dyskusji wokół metod interpretacji Konstytucji³⁰. Dla Kelsena bowiem kontrola konstytucyjności prawa sprowadzała się do operacji analitycznej, zorientowanej na ocenę logicznego powiązania norm, czy raczej niewystąpienia w tym zakresie błędu w procesie reprodukcji prawa. Było to więc „przedsięwzięcie techniczne” w systemie norm, zapewniające tworzenie prawa w odpowiednim stopniu ogólnego, spójnego i zupełnego³¹. Problem interpretacji czy też

27 Kwestię tę omawiam m.in. w artykule: T. Grzybowski, *O charakterze prawnym uchwał NSA i formach stosowania Konstytucji przez składy powiększone*, w: *Kontrola konstytucyjności prawa a stosowanie prawa w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego*, red. J. Sułkowski, J. Podkowik, J. Królikowski, Warszawa 2017, s. 179–200.

28 Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznopravny...*, s. 314–318.

29 Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów*, „Palestra” 2016, nr 5, s. 58–62; M. Gutowski, P. Kardas, *O relacjach między demokracją a prawem, czyli kilka uwag o istocie demokracji konstytucyjnej*, „Palestra” 2017, nr 1–2, s. 25 i n.

30 Marek Zirk-Sadowski pisze w tym kontekście o koncepcjach Kelsena jako o „czynniku obciążającym polskie podejście do współczesnego prawa”. Zob. M. Zirk-Sadowski, *Kelsen a polski Trybunał Konstytucyjny*, w: *Podstawowe założenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Studia i materiały Trybunału Konstytucyjnego. Tom XXXIII*, Warszawa 2010, s. 24–27.

31 Zob. A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 43, 50.

niedeterminacji rozumienia normy konstytucyjnej był w tym kontekście marginalizowany³². To podłoże teoretyczne miało stosowne przełożenie na orzecznictwo, w ramach którego wzorzec konstytucyjny był konstruowany jako mniej lub bardziej bezpośrednia relacja „wynikania” z tekstu konstytucji. Sulikowski określa tę praktykę mianem „kelsenowskiego kamuflażu”, jako że „sądy przekroczyły w sferze działania granicę wyznaczaną przez kelsenowską koncepcję kontroli konstytucyjności prawa, choć nadal posługiwały się terminologią z tą koncepcją związaną w warstwie ewokacyjnej (w «retoryce»)»³³.

Okoliczności te nie sprzyjały opracowaniu spójnej teorii wykładni Konstytucji³⁴ w rodzimym prawoznawstwie³⁵. Do niedawna nieliczni autorzy podnosili kwestię specyfiki wykładni Konstytucji, wskazując na potrzebę autonomicznego rozumienia jej pojęć w związku z jej supremacyjną rolą w systemie prawnym. Również orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego było w tym zakresie powściągliwe³⁶. Zasadniczo dominowały próby „przeszczepienia” pewnych ustaleń ogólnej teorii prawa na grunt wykładni Konstytucji³⁷. Obecnie jednak teoretyczne podstawy funkcjonowania sądów konstytucyjnych zdają się „coraz bardziej pękać, wraz z utratą wiary w obiektywność konstytucji, stałość i prawdziwość

32 Jak spostrzegł L. Adamovich, były prezes austriackiego sądu konstytucyjnego, „słabą stroną architektury Kelsenowskiej jest pojęcie prawa i jego interpretacji, odpowiadające wizji naukowców, której to wizji zwykli obywatele nie przyjmują za swoją” – cyt. za: A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 59.

33 A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 46, 48, 52.

34 Tomasz Stawecki zwraca uwagę, że dokonania prawoznawstwa na tym polu mają charakter swoiście „resortowy”, tzn. niewykraczający poza daną dziedzinę, w szczególności teorię prawa z jednej strony, a z drugiej naukę prawa konstytucyjnego; tworzą też swego rodzaju „*patchwork*”, który choć atrakcyjny, niekoniecznie pozwala udowodnić swoją spójność w wymiarze teoretycznym i aksjologicznym” – T. Stawecki, *Koncepcje wykładni konstytucji we współczesnych polskich naukach prawnych*, w: *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, red. T. Stawecki, J. Winczorek, Warszawa 2014, s. 160 i 211.

35 Kwestia ta przedstawia się odmiennie, gdy spojrzeć na nią z perspektywy prawnoporównawczej. Zob. choćby cytowany wyżej R. Alexy, *Teoria praw...*, rozdz. III, *passim*.

36 Szerzej kwestie te opisuje T. Stawecki, *Koncepcja autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych: od praktyki do teorii*, w: *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, red. T. Stawecki, J. Winczorek, Warszawa 2014, s. 250–258.

37 Omówienie zob. M. Romanowicz, *Pomiędzy uniwersalnym a partykularnym wymiarem wykładni prawa. Wpływ teorii prawa i nauki prawa konstytucyjnego na wzorce wykładni konstytucji*, w: *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, red. T. Stawecki, J. Winczorek, Warszawa 2014.

wiedzy oraz apolityczność sędziów³⁸. Zaowocowało to w ostatnim czasie kilkoma znaczącymi publikacjami w całości poświęconymi problematyce wykładni Konstytucji i zarazem inicjującymi wszechstronną debatę w tym zakresie³⁹. Skoro jednak brak jest spójnej koncepcji interpretacji konstytucyjnej, to trudno też mówić o jej względnie choćby klarownych granicach, pomimo licznych wypowiedzi akcentujących aktywizm sądów, zwłaszcza konstytucyjnych.

Po czwarte zatem wolno twierdzić, że znajdujemy się obecnie w trudnym momencie przejściowym, który wpisuje się w ukute przez C. Sunsteina pojęcie „niedomkniętej teoretycznie zgody” (*incompletely theorized agreement*)⁴⁰. Z jednej bowiem strony prawnicy zgadzają się co do tego, że problem prawotwórstwa sądowego nie sprowadza się już do kwestii dopuszczalności (współ)tworzenia prawa przez sądy. Tak postawione pytanie, niejako ontologizujące zasadę podziału władz, postrzegane jest jako niewłaściwe⁴¹; dążenie do możliwie najściślejszej separacji kompetencyjnej i personalnej poszczególnych władz jest zwyczajnie nieoperatywne, a wręcz niemożliwe do zrealizowania we współczesnym państwie⁴². Z drugiej strony nierzadkie są głosy, że „prawotwórstwo sądowe wykroczyło poza akceptowalne granice”, a przy tym „nie sposób dostrzec tego, w jaki sposób granice te zostały zarysowane”⁴³. Zarzuty te nabrzmiały do postaci oskarżeń o „sędziowską hegemonię” czy też „rządy sędziowskiej arystokracji”⁴⁴.

Temat prawotwórstwa w orzecznictwie pozostaje więc aktualny, zwłaszcza na gruncie argumentacji konstytucyjnej, a jego (polityczny w swej istocie) kontekst, o którym była wyżej mowa (spór o władzę),

38 A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 94.

39 Zob. *Wykładnia...*, red. T. Stawecki, J. Winczorek; *Wykładnia...*, red. M. Smolak.

40 Zob. C.R. Sunstein, *Incompletely theorized agreements in constitutional law*, „Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper” 2007, nr 147, < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369 >, s. 1–2.

41 Zob. B. Ackerman, *Good-bye, Montesquieu*, w: *Comparative administrative law*, red. S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, Cheltenham, Northampton (Mass.) 2010, s. 133.

42 Zob. L. Morawski, *Zasada...*, s. 62.

43 M.J. Golecki, *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011, s. 247–248.

44 Zob. A. Scalia, *Mułłowie...*, s. 33, 37.

jest w istocie niezmienny. Co do istoty chodzi w nim o to, by wskazać na tyle obiektywne granice tej działalności, by były z jednej strony akceptowalne dla pozostałych władz, a z drugiej utrudniały próby uzyskania przez nie wpływu na decyzje sądów⁴⁵. Zamyśl sformułowania takich kryteriów brzmi trochę jak pieśń tęsknoty za doktryną autonomii prawa, która wszak wydaje się powoli przemijać⁴⁶. Szanse na sukces w realizacji tego zamierzenia dodatkowo maleją, jeżeli uwzględnić, że dychotomia: wykładnia twórcza (konstytutywna) i odtwórcza (deklaratywna)⁴⁷ jest trudna do utrzymania i ma w istocie charakter umowny, tj. zależny od przedmiotu odniesienia⁴⁸. Prawnicy nie ustają jednak w próbach sformułowania kryteriów prawotwórstwa sądowego.

3. Teoretycznoprawne koncepcje wykładni prawotwórczej

W doktrynie podjęto szereg prób uchwycenia momentu tworzenia prawa poprzez jego kreatywną wykładnię. Można przy tym zaobserwować pewną ewolucję tych poglądów, która daje się przedstawić za pomocą zaproponowanego przez O. Boguckiego podziału na wykładnię twórczą w sensie ontologicznym i metodologicznym⁴⁹. Bogucki wskazuje, że interpretacja twórcza ma charakter ontologiczny, „gdy prowadzi do powstania nowego bytu, czegoś, czego «nie było» wcześniej”, z kolei wykładnia twórcza metodologicznie polega na tym, że interpretator, znając odpowiednie reguły egzegezy, „po poddaniu ich krytycznej refleksji postępuje w sposób

45 Podobnie L. Morawski, *Zasada...*, s. 61, 65.

46 Zob. także B. Bix, który stwierdza, że współcześnie ta doktryna „wyrządza więcej szkód niż przynosi pożytku” – B. Bix, *Law as an autonomous discipline*, w: *The Oxford handbook of legal studies*, red. P. Cane, M. Tushnet, Oxford 2003, s. 985.

47 Nawiasem mówiąc, w rodzimej teorii prawa to właśnie to rozróżnienie związane jest z neutralnym bądź zaangażowanym modelem orzecznictwa konstytucyjnego. Zob. M. Smolak, *Sądownictwo konstytucyjne a autonomia prawa wobec polityki*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2003, nr 1, s. 14–15.

48 Zob. R. Sarkowicz, *Uwagi...*, s. 26–27. Według autora granice tego podziału są rozmyte, w istocie mamy „do czynienia ze «stopniowalnością» wykładni pod względem jej twórczego charakteru”.

49 Odminną typologię zaoferował A. Sulikowski. Autor ten wymienia cztery możliwe kryteria dystynkcji wykładni twórczej i odtwórczej, tj. treściowe, funkcjonalne, inferencyjne oraz celowościowe, przy czym pierwsze trzy zostały przejęte od J. Wróblewskiego, a ostatnie od R. Dworkina. Zob. A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 8, s. 25–29.

odmienny – jego zdaniem właściwy⁵⁰. Pierwsza postać wykładni kreatywnej ma więc charakter substancjalny, a druga proceduralny. Polska myśl teoretycznoprawna w początkowym okresie odwoływała się do ontologicznego ujęcia prawotwórstwa interpretacyjnego, obecnie zaś dominująca wydaje się perspektywa metodologiczna, co zresztą odpowiada do pewnego stopnia postępom wspomnianej wyżej dyskusji o możliwych interpretacjach zasady podziału władz (ontologicznej oraz w wersji *check and balances*)⁵¹.

Dla stanowisk ontologicznych charakterystyczne jest twierdzenie, że działanie prawotwórcze musi prowadzić do powstania generalnej i abstrakcyjnej normy postępowania, niezdeterminowanej treścią przepisów prawa. Do tej tezy można, upraszczając, sprowadzić np. poglądy J. Wróblewskiego⁵², A. Stelmachowskiego⁵³ czy Z. Ziemińskiego⁵⁴. Substancjalnie uzasadniana teza o wykładni prawotwórczej odnosi się więc nie tyle do reguł egzegezy, ile do rezultatu takiej interpretacji, którą stanowi nowość normatywna. Taka perspektywa ma jednak tę słabość, że wymaga niejako podwójnej relatywizacji: po pierwsze do przedmiotu ustaleń interpretacyjnych, a po drugie do uwzględnianego normatywnego modelu wykładni. Żaden z tych punktów odniesienia nie jest jednoznaczny ani bezsporny.

Jak chodzi o stronę przedmiotową, to:

[...] odpowiednia relatywizacja może dotyczyć co najmniej następujących kategorii: intencji znaczeniowej realnego autora przepisu, intencji znaczeniowej modelowego autora tekstu prawnego (racjonalny prawodawca), znaczenia wyrażanego przez syntaktyczno-semantyczną strukturę tekstu, czy znaczenia określonego przez pragmatyczny kontekst, w jakim tekst jest rozpatrywany⁵⁵.

50 Pomijam dalsze rozróżnienia na słabe i mocne wersje obu tych rodzajów interpretacji – zob. O. Bogucki, *O sposobach pojmowania twórczego charakteru interpretacji*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 1, s. 21–31.

51 Podobnie R. Sarkowicz, *Uwagi...*, s. 28.

52 Zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 402 i n.

53 Zob. A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola sądów (w świetle orzecznictwa cywilnego)*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 4–5, s. 612.

54 Zob. Z. Ziemiński, *Tworzenie a stosowanie prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, nr 4, s. 50.

55 O. Bogucki, *O sposobach...*, s. 23–24.

Ontologiczne definicje interpretacji prawotwórczej presuponują więc pytanie o przedmiot (kategorię obiektów definiowaną jako prawo) i cel wykładni. Jak wiadomo, nawet w tej materii prawnicy nie są w stanie się porozumieć, by tylko sygnalizacyjnie wskazać na tym tle znany spór pomiędzy koncepcją derywacyjną a klaryfikacyjną⁵⁶.

Tymczasem jeszcze gorzej jest na gruncie drugiej determinanty, tj. normatywnej koncepcji wykładni. Jak bowiem wykazał M. Zirk-Sadowski, aby (logiczna) nowość normatywna była możliwa, niezbędna jest zgoda co do normatywnej teorii wykładni przyjmowanej w dyskursie interpretacyjnym. Definicja nowości normatywnej nieodwołująca się do przesłanek wartościujących zakłada więc zwłaszcza akceptację (podzielanie) ocen determinujących proces wykładni. Rzecz jednak w tym, że osiągnięcie tego etapu rozważań, na którym można postawić zarzut (logicznej) nowości normatywnej, jest bardzo rzadkie. Zazwyczaj dyskusja nie osiąga takiego poziomu, ponieważ wyznaczenie powszechnie uznawanych granic wykładni jest praktycznie niemożliwe. Spór o poprawną wykładnię staje się wówczas sporem o oceny warunkujące jej przebieg, tj. stanowiące punkt wyjścia wykładni sądowej, występujące w sformułowaniach dyrektyw interpretacyjnych oraz przesądzające o wyborze tychże dyrektyw. Podłoże takiej dyskusji stanowią przede wszystkim odmienne systemy wartości akceptowane przez interpretatorów. Posługiwanie się w tym kontekście zarzutem wykładni prawotwórczej ma więc wymiar przede wszystkim perswazyjny (tzw. aksjologicznej nowości normatywnej)⁵⁷.

Pierwszym symptomem pewnej reorientacji namysłu teoretyczno-prawnego była koncepcja wykładni prawotwórczej L. Morawskiego. Mimo że propozycja tego autora jest zasadniczo kwalifikowana jako substancjalna⁵⁸,

56 Pierwsza z nich czyni przedmiotem wykładni przepisy prawne, a za jej cel stawia sobie sformułowanie jednoznacznej i zupełnej normy postępowania, druga odnosi interpretację do norm prawnych i ma służyć wyjaśnieniu wątpliwości co do ich treści ujawnionych na tle konkretnego przypadku, co może wszak oznaczać odkodowanie jedynie pewnego fragmentu normy. Zob. A. Grabowski, *Clara non sunt interpretanda vs. omnia sunt interpretanda: A neverending controversy in Polish legal theory?*, „Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law” 2015, nr 27, s. 92 i n.

57 Zob. M. Zirk-Sadowski, *Problem nowości normatywnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1979, nr 22, s. 48–49, 59–61.

58 Zob. O. Bogucki, *O sposobach...*, s. 30.

ma ona w istocie charakter hybrydowy⁵⁹. Zasadniczo bowiem Morawski zgadza się z koncepcjami ontologicznymi, wskazując, że prawotwórstwo jest właściwym określeniem dla sytuacji, gdy „sędzia podejmuje decyzję, która nie jest zdeterminowana przez przepisy prawne”, tj. „zaczyna zastępować prawodawcę”⁶⁰. Zarazem jednak otwarcie relatywizuje w tych ramach pojęcie wykładni twórczej i odtwórczej do wykładni językowej⁶¹. Dla Morawskiego „granica wykładni jest możliwy sens językowy, a wszystko, co poza ten sens wykracza, stanowi już twórczą interpretację”⁶². Widoczne jest tym samym odniesienie z jednej strony do konkretnego typu wykładni jako zapewniającego zgodność jej wyniku z literą prawa, a z drugiej wskazanie na tezę interpretacyjną (rezultat) odbiegającą od językowego sensu tekstu prawnego jako prawotwórczą. Podstawą kwalifikacji wykładni jako twórczej bądź odtwórczej jest zaś ostatecznie „relacja rezultatu wykładni do językowego znaczenia terminu”⁶³ – „akty wykładni (w sensie apragmatycznym) [...] są prawotwórcze, gdy są ontologicznie twórcze [...] w relacji do znaczenia wyrażanego przez syntaktyczno-semantyczną strukturę tekstu prawnego”⁶⁴.

Mocną stroną koncepcji Morawskiego jest jej czytelna, prosta konstrukcja. Zasadza się ona na skądinąd zrozumiałym założeniu, że to język jest podstawą naszej komunikacji, również prawniczej, i wobec tego powinien grać pierwsze skrzypce wśród reguł egzegezy⁶⁵. Wydaje się jednak, że jest

59 Taki charakter koncepcji potwierdza pośrednio sam autor, wywodząc, że ostrze jego krytyki nie jest wymierzone „przeciwko twierdzeniu, iż w toku wykładni w wielu sytuacjach należy uwzględniać także konteksty pozajęzykowe [...], ale przeciwko tezie, że konteksty te odgrywają rolę samodzielną i niezależną od kontekstów językowych” – L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 274 i n. Stanowisko takie straciło jednak na aktualności, zważywszy choćby na zmianę paradygmatu interpretacyjnego, związaną z multicytrycznością współczesnych systemów prawnych.

60 L. Morawski, *Zasada...*, s. 65.

61 Zob. L. Morawski, *Główne...*, s. 278 i n.; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 18.

62 L. Morawski, *Kilka...*, s. 34.

63 T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 80.

64 O. Bogucki, *O sposobach...*, s. 31.

65 Autor wspiera swoją tezę argumentem, że reguły wykładni językowej mają mocne oparcie w *ius interpretandi*, rozumianym jako swego rodzaju fakt instytucjonalny, tj. zespół historycznie uwarunkowanych reguł interpretacji tekstów prawnych respektowanych przez ośrodki decyzyjne. Zob. L. Morawski, *Główne...*, s. 275–278.

to typowy przykład „przeceniania roli wykładni językowej” w związku z tym, że poza nią „nie mamy żadnych dobrych dyrektyw interpretacyjnych”⁶⁶. Po pierwsze argumenty Morawskiego zasadzają się na bardzo silnym założeniu, trudnym do utrzymania nawet w świetle aktualnych tendencji w filozofii analitycznej, do której nawiązuje sam autor⁶⁷, a znajdujących coraz szerszy oddźwięk w naukach prawnych. W szczególności takie nurty teoretyczne jak hermeneutyka czy neopragmatyzm porzucają założenia o jakiejś głębokiej strukturze rzeczywistości (normatywnej) dostępnej przez semantyczną analizę znaczenia pojęć, którymi posługujemy się w języku (prawnym). Znaczenia w ujęciu tych formacji myślowych są konstytuowane w dialogu, tj. poprzez uczestnictwo w grze językowej, a tym samym punkt ciężkości zostaje przeniesiony z koncepcji znaczenia jako tworu podmiotu odizolowanego od społeczeństwa na rozumienie znaczenia jako sposób posługiwania się nazwą przez daną społeczność⁶⁸.

Drugą niewygodną konsekwencją tej koncepcji wskazuje sam autor, wywodząc, że na jej gruncie „w wielu wypadkach wykładnia ze swej istoty ma charakter twórczy i sędzia, czy tego chce czy nie, musi w sposób twórczy interpretować przepisy prawne”⁶⁹. Biorąc pod uwagę stopień złożoności i konwencjonalizacji współczesnych systemów prawnych, jak i skalę wiążącego się z tym zapotrzebowania na pozajęzykowe instrumenty interpretacyjne, zwłaszcza w kontekście harmonizacji porządków prawnych w ponadpaństwowej przestrzeni prawnej, należałoby zatem uznać, że albo wskazane kryterium będzie mogło zostać uznane za adekwatne w coraz mniejszej liczbie przypadków⁷⁰, albo też – co bardziej

66 M. Zirk-Sadowski, *Trzecia...*, s. 132.

67 Zob. L. Morawski, *Główne...*, s. 274. Zdaniem autora konteksty pozajęzykowe stanowią co najwyżej „derywat znaczenia językowego”.

68 Zob. M. Zirk-Sadowski, *Pojęcie, koncepcje i przebieg wykładni prawa administracyjnego*, w: L. Leszczyński, B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, *System prawa administracyjnego. Tom 4. Wykładnia prawa administracyjnego*, Warszawa 2012, s. 151–155.

69 L. Morawski, *Główne...*, s. 272 i n.

70 O ile bowiem kryterium językowe sprawdza się na gruncie takich terminów prawnych o charakterze empirycznym jak „budynek”, „drzewo”, „pojazd mechaniczny”, o tyle już twierdzenie, że „decyzja sądu w kwestii tego jakie prawa zostały słusznie nabyte, a jakie nie, czy w kwestii tego jakie sytuacje uzasadniają odejście od zasady *lex retro non agit*, a jakie nie, jest tego samego rodzaju decyzją, co decyzja biologa, który orzeka, czy dane drzewo jest drzewem liściastym, czy iglastym, to ontologiczny absurd” (L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 10, s. 6 i n.). Pojęć tego ostatniego typu dotyczy zaś coraz więcej sędziowskich rozstrzygnięć interpretacyjnych.

niepokojące – że konsekwentnie wzrasta poziom prawotwórstwa organów stosujących prawo w ogóle, sądów zaś w szczególności.

Czołowy przykład metodologicznych definicji wykładni prawotwórczej stanowi z kolei koncepcja T. Gizbert-Studnickiego. Autor ten przedstawił swoje stanowisko w opozycji do Morawskiego, kontestując kryterium semantyczne, i zaferował definicję interpretacji prawotwórczej poprzez jej odniesienie do czynników, które można zgrupować na dwóch poziomach: po pierwsze kontekstów, w których funkcjonują przepisy prawne, a po drugie przyjętych w kulturze prawnej reguł interpretacji. Propozycja Gizbert-Studnickiego opiera się na zasadniczym spostrzeżeniu, że „tekst prawny uzyskuje sens tylko poprzez odniesienie do wskazanych kontekstów”⁷¹. W rezultacie granicą wykładni jest dana kultura prawna, tj. akceptowane w niej reguły interpretacyjne, a odpowiedź na pytanie o twórczy charakter wykładni wymaga zbadania, czy reguły te „pozwalają, w odpowiednich kontekstach [językowym, systemowym oraz funkcjonalnym – przyp. T.G.], udzielić jednoznacznej odpowiedzi na postanowione zagadnienie interpretacyjne”. Gizbert-Studnicki proponuje w celu odpowiedzi na tak sformułowane pytanie o twórczy bądź odtwórczy charakter danej interpretacji posłużyć się „idealizacją idealnego interpretatora”, która zdaje się czerpać z konstrukcji racjonalnego prawodawcy, ponieważ interpretator taki ma dysponować: a) doskonałą znajomością dyrektyw wykładni należących do danej kultury prawnej oraz b) pełną wiedzą o wszystkich kontekstach funkcjonowania interpretowanych regulacji. Operacjonalizację tej propozycji teoretycznej ma zaś umożliwiać swoiste domniemanie dobrej wiary interpretatora, który działając w ten sposób, skłonny jest zaakceptować rezultat wykładni na gruncie tychże kontekstów i reguł wykładni⁷².

Problemem tej koncepcji jest jej nadmierna pojemność (*overinclusiveness*) i w rezultacie (nie)operatywność. Jakkolwiek uchwycono w niej pewne intuicje dotyczące roli i miejsca normatywnych teorii wykładni

71 Wszak „ustawy i inne akty prawodawcze są pisane przez ludzi mających określoną kulturę prawną”, przeto „przy braku znajomości odpowiedniej doktryny prawniczej nawet bardzo przejrzyste redagowane przepisy prawne stają się dla ich czytelnika niekomunikatywne lub co gorsza – tylko pozornie komunikatywne” – Z. Ziemiński, *Fakty prawotwórcze a reguły egzegezy*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 8–9, s. 80.

72 Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni...*, s. 79–83.

w porządku prawnym, to jednak jak trafnie zauważa D. Bunikowski: „[...] trudno wyobrazić sobie sytuację wyraźnego określenia, co jest wykładnią twórczą na gruncie tej koncepcji”⁷³; odwołanie się do idealizacji idealnego interpretatora ma zaś w tym kontekście charakter „hermetyczny”, zakłada bowiem zgodę co do systemów wartości i wspartych na nich reguł oraz kontekstów interpretacyjnych przynajmniej u większości interpretatorów, co we współczesnych, pluralistycznych społeczeństwach jest mrzonką⁷⁴. Nie ma więc, by posłużyć się Popperowską metaforą, zamkniętej wspólnoty interpretacyjnej, zdolnej artykułować tezy interpretacyjne na podstawie powszechnie akceptowanego, spójnego katalogu dyrektyw wykładni, tj. w oparciu o względnie choćby jednolitą ocenę relewantnych kontekstów interpretacyjnych, a zwłaszcza wizję celów i wartości społecznych. Szczególnie wyraźnie dostrzegalne jest to zaś właśnie na poziomie argumentacji konstytucyjnej, która zdaje się wykazywać cechy hermeneutycznego modelu wykładni, zorientowanego na rekonstrukcję pewnych koncepcji (polityczno-ustrojowych) aktualnych w danym kontekście historycznym. W oczywisty sposób wyklucza to homogeniczną strukturę takiej interpretacji na gruncie operatywnym⁷⁵. Te słabości omawianej koncepcji dostrzega zresztą sam Gizbert-Studnicki, zwracając uwagę nie tylko na brak zgody, zwłaszcza co do reguł interpretacyjnych drugiego stopnia (które determinują wszak m.in. wybór kontekstu interpretacyjnego), ale też zaangażowanie subiektywnych ocen interpretatora w ramach wykładni funkcjonalnej⁷⁶. W związku z tym, nawet pomijając podważalny charakter założenia dobrej wiary interpretatora⁷⁷ (użytkownika tekstu prawnego), nie gwarantuje ono, że sens tekstu prawnego „nie zostanie

73 D. Bunikowski, *Teoria deklaratoryjna i konstytucyjna wykładni (Aktywizm i pasywizm prawniczy)*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 11, s. 49–50. Autor jest zwolennikiem koncepcji L. Morawskiego. Zob. D. Bunikowski, *Teoria...*, s. 52.

74 Jak spostrzegł M. Smolak, nie mamy katalogu zobiektywizowanych prawideł wykładni, a nawet zgody co do tego, czy taki katalog istnieje. Zob. M. Smolak, *Legalizm a polityczne problemy sądowej wykładni prawa*, w: *Prawoznawstwo a praktyka stosowania prawa*, red. Z. Tobor, Katowice 2002, s. 166 i n.

75 Zob. A. Kotowski, *Argumentacja z tożsamości konstytucyjnej – celem podsumowania*, w: *Argumentacja konstytucyjna w orzecznictwie sądowym. Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Materiały naukowe. Tom IV*, red. A. Kotowski, E. Maniewska, Warszawa 2017, s. 190–191.

76 Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni...*, s. 82 i n.

77 W tę interpretacyjną dobrą wiarę otwarcie wątpi we współczesnych realiach A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 67.

«wypaczony» przez pewien system wartości⁷⁸, uwzględniany przez danego decydenta w (złudnym nieraz) przekonaniu, że ma on (przynajmniej potencjalnie) walor uniwersalny⁷⁹.

Na gruncie omówionych wyżej skrótowo koncepcji nasuwa się spostrzeżenie, że tworzą one swego rodzaju mozaikę, która wprawdzie daje pewien przegląd sytuacji możliwych do zakwalifikowania jako nadużycie sędziowskiej władzy dyskrecyjnej w dyskursie interpretacyjnym, niemniej obraz ten ma charakter fragmentaryczny i – co gorsza – niejednolity. Koncepcje ontologiczne są nieoperatywne, zwłaszcza bez spójnej normatywnej teorii wykładni⁸⁰. Z kolei sformułowane dotychczas konstrukcje teoretyczne, zawierające elementy proceduralne (Morawski) bądź mające taki właśnie metodologiczny charakter *in specie* (Gizbert-Studnicki), prowadzą do skrajnych wniosków, w obu przypadkach trudnych do zaakceptowania z perspektywy zarysowanego na wstępie sporu o systemową pozycję sądów. Albo bowiem mamy do czynienia z sytuacją, gdy lwia część orzecznictwa powinna być traktowana jako prawotwórcza (Morawski), albo „odróżnienie wykładni twórczej i odtwórczej wydaje się tracić wszelkie podstawy”⁸¹.

Obie konsekwencje są wysoce niepożądane. Pierwsza z nich potwierdzałyby zarzuty o „sądowy zamach stanu”⁸², „zaburzający klasyczną zasadę trójpodziału władzy”⁸³. Druga może, podobnie jak wspomniany wyżej

78 D. Bunikowski, *Teoria...*, s. 50.

79 Nie jest wszak, jak zauważono, możliwe ustalenie zamkniętego, sztywnego katalogu podstawowych wartości, a zwłaszcza ich abstrakcyjnej hierarchii. Stąd „wszyscy prawnicy mają jakąś [własną – przyp. T.G.] filozofię prawa”, mimo że „większość o tym nie wie” (R. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tybinga 1975, s. 33). Kwestię niewspółmierności wartości i jej konsekwencje dla dyskursu prawniczego omówiła w rodzimej literaturze B. Polanowska-Sygulska, *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Kraków 2008, a także S. Wojtczak, *O niewspółmierności wartości i jej konsekwencjach dla stosowania prawa*, Łódź 2010.

80 Co do zasady bowiem o tym, „czy określona interpretacja jest prawidłowa [...] decyduje ustalenie, czy zrealizowano odpowiednie reguły wykładni” – O. Bogucki, *O sposobach...*, s. 28 i n.

81 L. Morawski, *Główne...*, s. 279.

82 Zob. A.S. Sweet, *The juridical coup d'État and the problem of authority*, „German Law Journal” 2007, vol. 8, nr 10, s. 915–919.

83 Zob. M.J. Golecki, *Między pewnością...*, s. 33, 55 i n. Jak tymczasem wskazuje T. Spyra, wartości podziału władz, demokracji i związania sędziego ustawą postulują wprawdzie istnienie granic wykładni, jednak niekoniecznie granicy językowej. Zob. T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006, s. 191.

„kelsenowski kamuflaż”, służyć jako swego rodzaju listek figowy, który przykrywa rzeczywisty aktywizm sądów, generując dalsze napięcie pomiędzy tym, co sądy czynią (*law in action*), a co deklarują (*law in books*). Sądzę więc, że żadne z tych rozwiązań nie ułatwia dyskusji o zasadniczo nieuniknionej rewizji relacji trzeciej władzy do pozostałych władz w duchu postmonteskiuszowskim⁸⁴, a podkreślić należy, że przedmiotem odniesienia obu koncepcji była zasadniczo interpretacja trybunalska (konstytucyjna). W konsekwencji, jak podnosi M. Golecki, możemy mieć do czynienia z niełatwym, również w odbiorze społecznym, impasem wynikającym m.in. z niedoboru w rodzimym prawoznawstwie konceptualnych ram wskazanej na wstępie debaty⁸⁵.

4. W stronę statycznej koncepcji wykładni Konstytucji

Pytanie, które nasuwa się na tle powyższych rozważań, brzmi następująco: czy możliwe jest sformułowanie względnie intersubiektywnego i operatywnego kryterium odróżnienia wykładni twórczej i odtwórczej, tj. takiego, które nie byłoby uwikłane w jakąś doktrynę interpretacyjną, tzn. nie dawało się całkowicie zredukować do sporu o określoną (wiodącą) normatywną koncepcję wykładni? Nie sądzę, by można było udzielić na nie odpowiedzi twierdzącej. Tym niemniej możliwe wydaje się rozwiązanie kompromisowe; chodzi o przyjęcie określonej teoretycznej konstrukcji zamknięcia argumentacji, tj. pewien zwrot ku jej konkluzywności jako granicy wykładni⁸⁶.

Samo pojęcie konkluzywności wykładni poddaje się różnym interpretacjom w zależności od stopnia uniwersalizacji audytorium argumentacji prawniczej. W szczególności można próbować definiować to pojęcie

84 Pierwsze z nich stawiało sprawę na ostrzu noża, drugie ją odraczało, jednakże obecnie dalsza zwłoka nie wchodzi już w grę, tym bardziej że to właśnie wykładni konstytucyjnej przypisuje się rolę niwelowania wpisanego w trójpodział władzy napięcia pomiędzy „demokracją a konstytucjonalizmem”. Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny...*, s. 284.

85 Zob. M.J. Golecki, *Między pewnością...*, s. 50.

86 Omówiony poniżej zarys koncepcji nie spełnia ww. warunków brzegowych, tj. nie uwalnia dyskusji o prawotwórstwo sędziowskie od preferencji dotyczących normatywnych teorii wykładni, stanowiąc w istocie pewną metadoktrynę (ideologię) interpretacyjną. Jest to próba wypełnienia przestrzeni pomiędzy koncepcjami Morawskiego i Gizbert-Studnickiego, abstrahująca od kontekstów interpretacyjnych wskazanych przez obu autorów (językowego – bądź wszystkich razem wziętych).

poprzez jego odniesienie do jednostkowej decyzji interpretacyjnej, dyskursu określonej wspólnoty interpretacyjnej bądź kulturowej funkcji prawa jako regulatora stosunków społecznych⁸⁷. W przypadku wykładni twórczej (Konstytucji) w grę wchodzi drugi i ewentualnie trzeci sposób pojmowania konkluzywności. Perspektywa pojedynczej decyzji interpretacyjnej koncentruje się bowiem na kwestii efektywnego zakończenia konkretnego sporu o wykładnię⁸⁸. Trudno więc w tym ujęciu o wzorzec interpretacyjny zewnętrzny względem tego sporu, który mógłby posłużyć za punkt odniesienia dla rezultatu interpretacji w nim uzyskanego. Pomijam ponadto w tym miejscu wymienioną w ostatniej kolejności płaszczyznę kulturową, jakkolwiek odnotować wypada, że może być ona pomocna w kontekście analizy głębokiej struktury sporu o wykładnię twórczą⁸⁹. Zagadnienie wykładni prawotwórczej zostanie zatem zestawione z problemem konkluzywności wykładni rozpatrywanym na poziomie dyskursu interpretacyjnego.

Tak rozumiana konkluzywność interpretacji odnosi się do metod kończenia sporów o wykładnię toczonych w ramach określonej wspólnoty interpretacyjnej, w szczególności w orzecznictwie sądowym. Chodzi tu zwłaszcza o mechanizmy stabilizujące rozumienie tekstów prawnych czy też utrwalające określone postawy interpretacyjne. Owo dyskursywne ujęcie akcentuje więc aspekt petryfikacyjny wykładni prawa. Każda znana mi kultura prawna zakłada pewną koncepcję zamknięcia argumentacji, tj. eliminowania jej potencjalnej nieskończoności (regresu *ad infinitum*) czy zapętlenia⁹⁰. Niekiedy rozwiązania takie funkcjonują na poziomie języka

87 Szerzej omawiam tę kwestię w artykule: T. Grzybowski, *Effectiveness of interpretation in the context of Polish theories of legal interpretation*, „Jurysprudencja” (w druku).

88 W aspekcie deskryptywnym ujęcie to zorientowane jest na wskazanie czynności uwzględniających swego rodzaju ekonomikę argumentacji prawniczej. W wymiarze normatywnym wyraża się ona w postulatcie redukcji kompleksowości, który wyklucza wykładnię, w przypadku gdy sprawa nie nasuwa wątpliwości interpretacyjnych.

89 W ujęciu tym kluczowa jest bowiem warstwa legitymizacyjna prawniczej wykładni prawa, tj. akceptowalność dyskursu interpretacyjnego w przestrzeni publicznej. Tym samym perspektywa ta nawiązuje do wspomnianych wyżej (zob. pkt 1 i 2) zagadnień z pogranicza teorii prawa i polityki.

90 Na poziomie filozoficznym zagadnienie to występuje pod postacią pytania o fundamenty naszej wiedzy i jej uzasadnienia. Sceptycyzm wobec możliwości odnalezienia takiego Archimedesowego punktu podparcia wyraża w szczególności sformułowany przez H. Alberta trylemat Münchhausena, wedle którego każde uzasadnienie prowadzi w ostateczności do do-

prawnego, jak choćby w przypadku uchwał interpretacyjnych sądów najwyższych, innym razem stanowią element kultury prawniczej, jak zasada *stare decisis* w systemach anglosaskich. W europejskiej przestrzeni prawnej również mamy z nimi do czynienia, choćby za sprawą doktryny *acte éclairé*, rozwiniętej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Orzecznictwo sądowe odgrywa istotną rolę także w rodzimym porządku prawnym. Jak przyznał Trybunał Konstytucyjny:

[...] utrwalona praktyka sądowa dotycząca interpretacji przepisów prawnych, zwłaszcza gdy jest ona dość jednoznaczna, wskazuje na treść stosowanego prawa, a więc na wolę ustawodawcy, choćby teoretycznie istniała możliwość innej wykładni⁹¹.

Na kanwie takich spostrzeżeń M. Zirk-Sadowski doszedł do przekonania, że współcześnie kategorię bezpośredniego rozumienia tekstu prawnego możemy odnosić do sytuacji, gdy nie budzi on wątpliwości z tego powodu, że na przykład został „poprzedzony” linią orzecniczą czy też uchwałą interpretacyjną (wykładnią legalną). Jeśli znaczenie tekstu prawnego zostaje w taki sposób zbudowane, to taki instytucjonalnie objaśniony tekst traktuje się w kolejnych orzeczeniach jako jasny⁹², co można postrzegać jako jedną z form zakończenia dyskusji nad jego interpretacją⁹³.

gmatyizmu, regresu w nieskończoność albo też błędnego koła w dedukcji. A ponieważ nie sposób „zgodzić się ani na ciąg nieskończony, ani na błędne koło, przyjęła się tendencja do [...] przerywania procesu uzasadniającego”, tj. odwołania się do dogmatu (zob. H. Albert, *Pewność czy prawda?*, tłum. I. Lazari-Pawłowska, w: *Kierunki filozofii współczesnej. Cz. I*, red. J. Pawlak, Toruń 1995, s. 252 i n.). Podobnie problem ten przedstawił J. Fries (zob. K. Popper, *Logika odkrycia naukowego*, tłum. U. Niklas, Warszawa 2002, s. 89 i n.). Podkreślić przy tym należy, że problem ten odnosi się do każdego typu argumentacji.

91 Wyrok TK z 6 IX 2001 r., P 3/01, OTK 2001, nr 6, poz. 163. Stanowisko to uzyskało aprobatę w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego. Zob. np. wyrok NSA z 12 VII 2017 r., I FSK 2233/15, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, < orzeczenia.nsa.gov.pl >, dalej: „CBOSA”.

92 Zob. M. Zirk-Sadowski, *Pojęcie...*, s. 157 i n. Stanowisko to nie jest odosobnione. Według A. Kozaka: „«twarda» rzeczywistość instytucjonalna wyznaczająca decyzję w łatwym przypadku jest produktem procedur rozwiązywania trudnych przypadków oraz instytucjonalnego mechanizmu «odciążania», dzięki któremu rzeczywistość wypracowana w dyskursie staje się po pewnym czasie jedyną i niekwestionowaną”. Zdaniem tego autora „ogromna większość tego, co dziś traktujemy jako przypadki łatwe, kiedyś było przypadkami mniej lub bardziej trudnymi” – A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002, s. 147.

93 Omawiam tę kwestię w artykule: T. Grzybowski, *O charakterze...*, s. 188 i n.

W świetle powyższych uwag można zaryzykować twierdzenie, że na utrwaloną praktykę interpretacyjną można spojrzeć jako na granicę wykładni, tym bardziej że odejście od utrwalonego rozumienia normy prawnej (np. w formie precedensu czy linii orzeczniczej) stanowi jedną z interpretacji aktywizmu⁹⁴. Przenosząc to spostrzeżenie na grunt wykładni konstytucyjnej, należałoby więc przyjąć, że probierzem twórczego lub odtwórczego odczytywania tekstu Konstytucji może być dotychczasowa „tradycja” czy też doktryna rozumienia pojęć konstytucyjnych. Aktywność (w sensie kreatywności) wobec norm konstytucyjnych jest więc w tym ujęciu konfrontowana nie tyle z tekstem ustawy zasadniczej, ile z prawniczym rozumieniem jej norm⁹⁵. Proponowane ujęcie stawia tym samym na *acquis constitutionnel*⁹⁶ i instytucjonalnie rozumianą doktrynę *claritas* jako jego teoretyczne zaplecze, jako wyznacznik granicy pomiędzy twórczą i odtwórczą interpretacją Konstytucji. Wykładnia pojęć konstytucyjnych jest w tej perspektywie limitowana zarówno przez tekst, jak i przez praktykę interpretacyjną; poprzednie wzorce interpretacyjne (praktyki orzekania) są równie istotne dla rezultatu wykładni Konstytucji, jak jej tekst⁹⁷.

Tym samym proponowane rozwiązanie angażuje swoiście statyczną wizję interpretacji konstytucyjnej. Wytoczona przez dorobek konstytucyjny linia demarkacyjna pomiędzy twórczą i odtwórczą wykładnią pojęć konstytucyjnych zbliża się do recepcji zasady *stare decisis*⁹⁸. Pewność prawa, której wyrazem jest m.in. ciągłość decyzji interpretacyjnych, jest tu wartością nadrzędną⁹⁹, stabilność wykładni norm konstytucyjnych ma zaś stanowić czynnik ograniczający luz decyzyjny w tym zakresie.

94 W szczególności na gruncie doktryny amerykańskiej stanowisko noninterpretatywistyczne odwołuje się do negacji utrwalonych praktyk jako przejawu aktywizmu.

95 Szerzej M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny...*, s. 235, 245, 288–289.

96 Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w wyroku TK z 20 XI 2002 r., K 41/02, OTK-A 2002, nr 6, poz. 83: „[...] wzorce kontroli konstytucyjnej są zespołami zasad i wynikających z nich konsekwencji, nie tylko wyrażonych wprost w treści przepisów, ale także będących dorobkiem interpretacyjnym Konstytucji (*acquis constitutionnel*)”.

97 Konceptualnie wskazana konstrukcja zbliża się tym samym do doktryny *constitutional common law*. Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny...*, s. 254–263.

98 Zdaniem M. Koryckiej-Zirk silna argumentacyjna rola analogii sprzyjałaby też rozwojowi dwutorowej kontroli konstytucyjności prawa, tj. przez sąd konstytucyjny i pozostałe sądy. Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny...*, s. 315–318.

99 Zob. J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, s. 230.

Taka postawa interpretacyjna ma tę zaletę, że zabezpiecza do pewnego stopnia przed politycznym naciskiem, a więc uwalnia od zarzutu kierowania się woluntaryzmem przy rozstrzyganiu głęboko spornych zagadnień interpretacyjnych (a przecież na poziomie konstytucyjnym zdecydowana większość spraw stanowi tzw. *hard case*)¹⁰⁰. Tradycja jako czynnik podejmowania decyzji i zarazem je legitymizujący, tj. wskazujący na kontynuację utrwalonych praktyk jako wyraz braku arbitralności przy podejmowaniu kolejnych rozstrzygnięć, jest bowiem właściwa wszelkim formom sprawowania władzy, nie tylko sądowym.

5. Konstytucyjne prawo precedensowe?

Powyższe spostrzeżenia nie oznaczają, że *a limine* niedopuszczalna jest nowa interpretacja pojęć konstytucyjnych. Przeciwnie – jak zauważono we wstępie, norma konstytucyjna, zwłaszcza gdy odwołuje się do standardów implikujących oceny moralne, niejako z założenia jest otwarta na nowe interpretacje¹⁰¹, wymuszając „stałą gotowość do rewizji dotychczasowych sposobów rekonstruowania szczegółowych zasad prawa”¹⁰². Nie jest wszak tak, że prawa jednostki mogą zostać „apriorycznie określone w swym kształcie i treści, nie sposób także nieomylnie przewidzieć, jakie będą w danym miejscu i czasie (np. za lat kilkadziesiąt)”¹⁰³.

100 Ustawa może zostać uznana za nieprawidłową (niezgodną z Konstytucją) tylko z tego względu, że jest sprzeczna z ugruntowaną doktryną konstytucyjną (np. wskazaniami prawidłowej legislacji). Przykład orzeczenia wydanego m.in. w oparciu o takie rozumowanie stanowi głośny wyrok TK z 9 III 2016 r., K 47/15 (OTK-A 2016, nr 2), dotyczący ustawy z dn. 22 XII 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. 2015, poz. 2217), w którym odwołując się do swojego dotychczasowego dorobku orzeczniczego, sąd konstytucyjny „orzekł o niekonstytucyjności całej ustawy nowelizującej z uwagi na wadliwą procedurę jej uchwalenia, a konkretnie o niezgodności tej ustawy [...] z zasadą poprawnej legislacji, wynikającą z art. 2 Konstytucji”.

101 Zob. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 251, 273.

102 M. Smolak, *Sądownictwo...*, s. 20.

103 A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 39. Autor spostrzega dalej, że „dziś wątpliwości znaczeniowe budzą niegdyś bezdyskusyjne słowa «płeć», «śmierć», «małżeństwo», czy «rodzina»” (A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 75). Zob. np. zawisłą w Trybunale Konstytucyjnym sprawę o sygn. SK 12/15, dotyczącą tzw. związków partnerskich, w której kwestionowane są przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (ustawa z dn. 25 II 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 1964, nr 9, poz. 59), w którym nie przewidziano jakiegokolwiek formy legalizacji takich związków.

Co więcej, „społeczny cel petryfikacji zasad ustroju nie ma charakteru absolutnego, lecz jest równoważony przez społeczną potrzebę zmian (rozwijania) prawnych fundamentów ustroju”¹⁰⁴. Rozwój jest zatem wpisany w pojęcia konstytucyjne, z tym zastrzeżeniem, że powinien mieć charakter ewolucyjny, a nie rewolucyjny¹⁰⁵.

Istotę zamknięcia argumentacji wyraża więc raczej maksyma *minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt* („jak najmniej należy zmieniać to, co zawsze miało jednoznaczną interpretację”). Poszanowanie dla tradycji konstytucyjnej nie przekreśla możliwości adaptacji postanowień ustawy zasadniczej do zmieniającej się rzeczywistości, pod tym jednak warunkiem, że jej konceptualne ramy wyznaczać będzie ukształtowana instytucjonalnie normatywna doktryna wykładni pojęć konstytucyjnych. Wówczas zmiana interpretacji może być postrzegana jako pochodna „akomodacji mądrości poprzednich pokoleń”¹⁰⁶. Wydaje się przy tym, że aktywizm konstytucyjny sprzężony z tak określoną wizją rozwoju bądź (ewolucyjnej) modyfikacji wykładni pojęć konstytucyjnych nie budzi aż tak silnego sprzeciwu, gdyż zostaje do pewnego stopnia oderwany od negatywnych konotacji, takich zwłaszcza jak autorytatywność interpretacji.

Ostatnie spostrzeżenia sygnalizują zarazem pewne niedobory proponowanego kryterium prawotwórstwa sądowego. Najpoważniejszym jego mankamentem jest, że na obecnym etapie nie opiera się ono pewnej wersji krytyki sformułowanej wyżej pod adresem dotychczasowych koncepcji, a to w związku ze wspomnianym już brakiem jednolitej teorii wykładni Konstytucji. Nie dysponujemy, w szczególności w rodzimym prawoznawstwie, należycie opracowanymi narzędziami intelektualnymi pozwalającymi na przyjęcie, że: a) mamy do czynienia z objaśnionym instytucjonalnie tekstem prawnym, ewentualnie – że: b) dotychczasowa praktyka interpretacyjna jest nieaktualna, nieadekwatna w realiach sprawy bądź zwyczajnie nieprawidłowa.

104 A. Sulikowski, *Tworzenie...*, s. 30 i n. (w nawiązaniu do poglądów J. Raza).

105 Na gruncie filozoficzno-prawnym kwestię ewolucyjnego rozwoju pojęć prawnych omawia np. M. Matczak, *A theory that beats the theory? Lineages, the growth of signs, and dynamic legal interpretation*, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595519 >.

106 Zob. D.A. Strauss, *The living constitution*, Nowy Jork 2010, s. 64–66; cyt. za: M. Korycka-Zirk, *Filozoficzno-prawny...*, s. 258.

Jeśli chodzi o ten pierwszy warunek, to jego ustalenie nie powinno nastręczać większych trudności np. w przypadku uchwały interpretacyjnej. Nie można jednak tracić z pola widzenia, że takie sytuacje stanowią swego rodzaju wyjątek od zasady¹⁰⁷, podczas gdy już sformułowanie tezy o utrwalonej praktyce interpretacyjnej w oparciu o analizę orzecznictwa bywa niejednokrotnie bardzo intuicyjne. Jerzy Wróblewski zauważa, że konstytuują się ona na dwa sposoby, które można traktować jako komplementarne: poprzez *ratio decidendi* (precedens) oraz uzasadnienie przez analogię (*from case to case*). Rzecz jednak w tym, że to, czy jakaś decyzja jest precedensem, czy też mamy stabilną linię orzeczniczą, można stwierdzić tylko *ex post*, tj. biorąc pod uwagę późniejszą praktykę. Jeżeli obowiązuje zasada *stare decisis*, można to zweryfikować poprzez analizę jej przestrzegania w późniejszych orzeczeniach. Gorzej, gdy – jak w naszej kulturze prawnej – zasada taka nie jest składnikiem porządku prawnego. Pozostaje wówczas ocena, czy kolejne składy orzekające kierują się tą linią, czy rozstrzygnięciem „precedensowym”¹⁰⁸. Nie udzielono jednak jeszcze odpowiedzi na pytanie, na jakim etapie dyskursu orzeczniczego mamy do czynienia z jednolitym, względnie dominującym poglądem prawnym w danej kwestii, tj. gdzie leży kompromis pomiędzy związaniem *de facto* i *de iure*. Rozważania dotyczące rozumowania *per analogiam* rzadko odnoszone są do zagadnienia linii orzeczniczych, z kolei w ramach omówienia problematyki precedensu nieraz pomija się bogatą dyskusję dotyczącą rozwijanych w tym zakresie technik argumentacyjnych¹⁰⁹. Badania T. Staweckiego dotyczące dorobku rodzimej doktryny w wyżej wymienionym zakresie wykazały, że:

[...] dla większości autorów polskich problem precedensu to niemal wyłącznie kwestia źródeł prawa, a nie zasad rozumowania prawniczego. Tymczasem w prawie angielskim i amerykańskim rozłożenie

107 Na przykład uchwały składów powiększonych pełnią rolę subsydiarną względem argumentu z linii orzeczniczej i dopiero niejako „postępująca” zasadnicza rozbieżność rodzi konieczność sięgnięcia po prawne instrumenty standaryzacji orzecznictwa. Zob. np. postanowienie NSA z 3 II 2014 r., II FPS 10/13, CBOŚA.

108 Zob. J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 135–143.

109 Trzeba jednak odnotować, że coraz więcej autorów dostrzega argumentacyjną warstwę doktryny precedensu. Zob. np. L. Leszczyński, *Inne decyzje stosowania prawa w wykładni prawa administracyjnego*, w: L. Leszczyński, B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, *System...*, s. 346–355; A. Jakubowski, S. Gajewski, *Argument z linii orzeczniczej w orzecznictwie sądów administracyjnych*, Warszawa 2015, rozdz. V, *passim*.

akcentów jest odwrotne. Najnowsza anglosaska literatura filozoficzno-prawna traktuje precedens przede wszystkim jako jeden z argumentów, po który można sięgnąć w procesie rozumowania prawniczego, zwłaszcza w procesie uzasadniania orzeczenia¹¹⁰.

To ostatnie spostrzeżenie dotyczy również drugiego z wyżej wymienionych braków oferowanego kryterium. Nie sposób bowiem zaprzeczyć, że:

[...] dodatnia ocena precedensu z punktu widzenia funkcjonowania prawa jest warunkowa – powinien to być „dobry” precedens. „Złe” precedensy mogą wprawdzie ujednolicić stosowanie prawa, ale ze szkodą dla funkcjonowania prawa jako środka kontroli społecznej, realizującego założone wartości¹¹¹.

Można tę uwagę odnieść odpowiednio do utrwalonej praktyki orzeczniczej¹¹². Poza tym nie tylko błąd może powodować konieczność poszukiwania innej drogi interpretacyjnej aniżeli wyznaczona przez precedens. Interpretacja może się bowiem zmieniać z uwagi na zmienność kontekstów, do których odsyłają przyjęte w kulturze prawnej reguły interpretacyjne, a wówczas „to, co było trafną wykładnią w pewnym momencie lub dla pewnego okresu, może się okazać nietrafne w innym momencie lub w innym okresie”¹¹³. Rozwiązywaniu m.in. takich dylematów praktycznych służą odpowiednio doktryny przełamania precedensu (*overruling*) oraz wyróżniania (*distinguishing*).

To tylko niektóre z podstawowych kwestii, które wymagają opracowania, podczas gdy wbrew „mitycznej interpretacji precedensu”¹¹⁴ w odniesieniu

110 T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, w: *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 97.

111 J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 149.

112 Tym bardziej że jej autor nie dostrzega różnicy jakościowej pomiędzy tymi typami rozumowań, uznając, że „istotne podobieństwo» faktów można ująć jako uzasadnienie typowych [...] cech faktów, poza którymi istnieją jeszcze cechy przypadkowe” – J. Wróblewski, *Wartości...*, s. 137.

113 T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni...*, s. 85.

114 Tak T. Stawecki nazywa przekonanie o jednolitości tej instytucji w poszczególnych subkulturach kręgu anglosaskiego. Zob. T. Stawecki, *Precedens jako zadanie dla nauk prawnych*, w: *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 229–230.

do wielu z nich specjalizujący się w wyżej wymienionej materii prawnicy anglosascy pozostają głęboko podzieleni¹¹⁵. Skromne ramy tego artykułu nie pozwalają na rozwinięcie wskazanego wątku, ważny jest jednak wniosek z niego płynący, że zasadniczo dopiero dojrzała koncepcja myślenia „analogicznego”¹¹⁶ pozwoliłaby przyjąć, że propozycja upatrująca granicy wykładni w instytucjonalnej jasności tekstu prawnego nie zagraża wymogom poprawności rozumowania oraz wartościom słuszności i pewności prawa¹¹⁷.

Kolejny dylemat, który wiąże się z zaproponowanym kryterium, można ująć następująco. Przyjęcie, że to utarta praktyka limituje interpretację prawniczą, jest niewątpliwie rozwiązaniem o charakterze proceduralnym (metodologicznym). Natomiast uwzględnienie tezy o twórczym ontologicznie charakterze interpretacji nie skutkuje logiczną koniecznością przyjęcia tezy, że odpowiednia interpretacja powinna być twórcza metodologicznie; taka relacja nie musi zachodzić również w odwrotną stronę – uznanie metodologicznej twórczości nie wymusza logicznie uznania ontologicznej twórczości interpretacji. Między odpowiednimi tezami nie zachodzi wynikanie w żadnym kierunku¹¹⁸. W związku z tym może się zdarzyć, że praktyka orzecznicza uznawana w świetle omawianej koncepcji za wyznaczającą granicę interpretacji będzie dla obywatela niezrozumiała w tym sensie, że będzie mogła zostać odebrana jako prawotwórcza (substancjalnie).

Ponadto na tle prezentowanego zarysu koncepcji nader aktualne pozostaje pytanie: „czyja jest ta Konstytucja?”¹¹⁹, które w kontekście niniejszych rozważań można sparafrazować jako: czyja praktyka wykładni Konstytucji jest wiodąca („wiążąca”)? Problemem, który do niedawna wzbudzał w tym zakresie największe kontrowersje, była heterogeniczność wymiaru sprawiedliwości, opartego na niezależnych pionach sądownictwa z trzema „supersądami” na czele. Dodatkowo konstytucyjny model

115 Zob. przegląd zagadnień związanych z rozumowaniem precedensowym przedstawiony przez tego autora: T. Stawecki, *Precedens jako zadanie...*, s. 229–265.

116 Problematyka ta, wbrew przytoczonej tezie Wróblewskiego, jest bardziej złożona; w szczególności wnioskowanie przez *ratio decidendi* nie daje się sprowadzić do rozumowania *per analogiam*, choć trzeba podkreślić, że w dużej mierze na nim bazuje (kwestię tę omawia T. Stawecki w artykułach: T. Stawecki, *Precedens w polskim...*; T. Stawecki, *Precedens jako zadanie...*).

117 Zob. M. Romanowicz, *Kognitywna teoria wykładni prawa*, maszynopis rozprawy doktorskiej obronionej w Instytucie Nauk o Państwie i Prawie Uniwersytetu Warszawskiego, s. 363–367.

118 Zob. O. Bogucki, *O sposobach...*, s. 25.

119 M. Zirk-Sadowski, *Trzecia...*, s. 129.

zasady pierwszeństwa Konstytucji zakłada jej realizację „równocześnie na dwóch płaszczyznach – generalno-abstrakcyjnej, gdzie gwarantuje ją Trybunał Konstytucyjny i konkretno-indywidualnej, gdzie gwarantują jej realizację sądy”¹²⁰. Spór o to, komu w tych warunkach przypadnie tytuł „króla filozofów”, był nieunikniony. Trybunał Konstytucyjny wkraczał na płaszczyznę stosowania prawa (poprzez tzw. wyroki interpretacyjne)¹²¹, a sądy na płaszczyznę stanowienia prawa (poprzez odmowę stosowania aktów w randze ustawy)¹²². Kryzys konstytucyjny odsłonił jednak kolejne pole tego sporu. Oczywista dla prawników idea, że ostatecznym wyrazicielem oraz gwarantem praw i wolności jednostki jest władza sądownicza, jest obecnie coraz częściej przedstawiana jako wątpliwa¹²³. Swoisty renesans przeżywają alternatywne wizje dystrybucji władzy. Zwłaszcza w retoryce przedstawicieli obozu rządzącego, ale i w wypowiedziach osób wywodzących się ze środowiska prawniczego pobrzmiewają echa wizji ustawodawcy¹²⁴, a nawet głowy państwa jako (dominującego) strażnika Konstytucji. Oczywiście proponowane w niniejszym opracowaniu kryterium prawotwórstwa ze swej istoty zakłada, że to sądowa wykładnia stanowi miarę konstytucyjności prawa, trzeba jednak mieć na uwadze, że nie jest to bezdyskusyjny jego aspekt¹²⁵.

120 P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, Kraków 2003, s. 375.

121 Zdaniem M. Koryckiej-Zirk wyroki interpretacyjne i zakresowe, które Trybunał Konstytucyjny traktuje jako wyraz wstrzemięźliwości sędziowskiej wobec prawodawcy, stanowią zarazem przejaw budzącego sprzeciw sądów aktywizmu w relacji: sąd konstytucyjny – władza sądownicza. Zob. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny...*, s. 348.

122 Zob. P. Tuleja, *Stosowanie...*, s. 375.

123 Tę sytuację przewidział A. Sulikowski, pisząc, że „porządek ustalania znaczeń, który bez wątpienia należał do sędziów, coraz częściej wywołuje roszczenia wielu. Zwłaszcza na poziomie konstytucyj” – A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 75.

124 Tak moim zdaniem należy odczytywać niektóre twierdzenia raportu Zespołu Ekspertów do spraw Problematyki Trybunału Konstytucyjnego, z którymi polemizuje M. Matczak, *Demokratyczne...*, s. 100–102.

125 Podobna dyskusja toczy się w zachodniej jurysprudencji, gdzie wielu prawników uważa koncepcję sądów jako gwaranta konstytucyjnych praw i wolności jednostki za obciążoną błędem *non sequitur*, „ponieważ, jak twierdzą, chociaż ograniczenia konstytucyjne stanowią część prawa, to niekoniecznie właśnie sądom, a nie samym organom ustawodawczym, nadano władzę rozstrzygania, czy w określonym przypadku doszło do naruszenia prawa”. Dworkin odpiera wspomniany zarzut, wskazując na zasadę *nemo iudex in causa sua* (zob. R. Dworkin, *Biorąc...*, s. 264). Mark Tushnet zauważa z kolei, że nie ma uzasadnienia *a priori*, aby uznawać sądową wykładnię konstytucji za kryterium poprawności interpretacji ustawy zasadniczej, jako że sądy również popełniają błędy. Zob. M. Tushnet, *Is congress capable of conscientious*,

Last but not least – na poziomie metodologicznym przedmiotowa propozycja może być postrzegana jako „kulawa” w rozumieniu Petrażycańskim. Proponowane kryterium odpowiada bowiem tylko pewnej kategorii sytuacji interpretacyjnych, a mianowicie tych, w których mamy do czynienia z utartym poglądem orzeczniczym w zakresie danego zagadnienia prawnego (konstytucyjnego) bądź co do których możliwe jest wywiedzenie z dotychczasowego orzecznictwa pewnej ogólnej reguły znajdującej zastosowanie w rozpatrywanym przypadku. Taka jednak, jak sądzę, jest cena za pewne odseparowanie kwestii prawotwórstwa od spornej ze swej istoty problematyki dyrektyw wykładni¹²⁶. Skoro uznajemy, że nie mamy takiej koncepcji wykładni, która byłaby w stanie „w zadowalający sposób kontrolować decyzje sędziowskie”¹²⁷, to być może warto czynić próby poszukiwania ich granic gdzie indziej, m.in. w samej konstrukcji dyskursu prawniczego¹²⁸. Poza tym wiele wskazuje na to, że teorie zgłaszające roszczenie do uniwersalizmu opierają je na ogół na dość chwiejnych podstawach¹²⁹, stąd też tendencja ta zdaje się obecnie znajdować w odwrocie.

Przynajmniej niektóre z wyżej wymienionych pytań muszą na obecnym etapie rozważań pozostać otwarte. Nie mamy tu zatem do czynienia

responsible, constitutional interpretation? Some notes on congressional capacity to interpret the constitution, „Boston University Law Review” 2009, vol. 89, s. 500–501.

126 Chyba że potraktujemy to kryterium w kategoriach ściśle interpretacyjnych, zwłaszcza jako odmianę argumentacji funkcjonalnej. Zob. T. Grzybowski, *Między teorią a praktyką orzecznictwa sądów administracyjnych – uwagi na tle monografii „Argument z linii orzeczniczej w orzecznictwie sądów administracyjnych”*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, nr 6, s. 74 i n.

127 L. Morawski, *Kilka...*, s. 40–41.

128 Inne propozycje zorientowane są m.in. na tzw. zwrot etyczny w wykładni prawa (zob. np. P. Skuczyński, *Etyka wykładni prawa? Uwagi na tle książki Susanny Lindroos-Hovineimo pt. Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, w: *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy*, red. S. Sykuna, M. Hermann, Warszawa 2016, s. 371–373) bądź też na próbę wskazania instytucjonalnych granic interpretacji prawniczej (zob. M.J. Golecki, *Między pewnością... passim*; T. Grzybowski, *O charakterze...*, s. 193–200).

129 Szerzej T. Gizbert-Studnicki, *Teoria prawa między uniwersalnością a partykularnością*, w: T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka politywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 196–261.

z pełnokrwistą (operatywną) teorią prawotwórstwa interpretacyjnego, a raczej ze wskazaniem możliwego kierunku rozważań. Niezależnie jednak od dostrzeżonych słabości omówionego zarysu koncepcji wydaje się, że jest ona warta dalszego namysłu. Opiera się bowiem na bardzo silnych podstawach aksjologicznych. Warto przywołać w tym kontekście słowa M. Safjana, który przypomniał, że *acquis constitutionnel* jest budowane krok po kroku, kontynuacja opracowanych w tych ramach linii interpretacyjnych odgrywa zaś kluczową rolę w kontekście przewidywalności rozstrzygnięć sądowych i stabilności ustroju konstytucyjnego jako całości. Stąd też „kontynuacja bądź dramatyczny przełom w orzecznictwie stanowi swego rodzaju test” dla argumentacji konstytucyjnej¹³⁰. Podczas gdy stabilność znaczeń konstytucyjnych stanowi wartość samą w sobie jako derywat zasady pewności prawa, to rezygnacja z ugruntowanej wykładni bez wyraźnych, transparentnych i przekonujących motywów może łatwo podważyć zaufanie i autorytet organu roztrząsającego kwestię konstytucyjną i tym samym legitymizację takiego rozstrzygnięcia¹³¹. Ów „nieuzasadniony” zwrot w orzecznictwie konstytucyjnym jest więc bardzo ryzykowny, czyniąc je podatnym na polityczny w swej istocie zarzut nadużycia kompetencji (aktywizm) poprzez interpretację prawotwórczą.

Taki jest, w mojej ocenie, sens krytyki rozstrzygnięcia konstytucyjnego odwołującej się do tezy o prawotwórczym rezultacie dokonanej w nim wykładni. Nawiasem zaś mówiąc, teza ta zyskała w ostatnim czasie pewien wymiar uniwersalny, wykraczając poza orzecznictwo sądowe jako swój zasadniczy (dotychczas) przedmiot. W dobie pluralizmu ośrodków zgłaszających roszczenie do (autorytatywnej) wykładni konstytucyjnej, jak też gwałtownego wzrostu liczby osób przypisujących sobie rolę

130 Zob. M. Safjan, *Politics and constitutional courts. A judge's personal perspective*, „EUI Working Paper LAW” 2008, nr 10, s. 20–21.

131 Tak odczytuję np. polemikę M. Florczak-Wątor z głośnym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgromadzeń cyklicznych. Nie ulega wątpliwości, że stanowisko zajęte w tym orzeczeniu zostało (nie tylko) przez autorkę odebrane jako zaskakujące, a ostrze krytyki stanowiły m.in. argumenty wskazujące na zignorowanie przez Trybunał wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego wolności zgromadzeń (zob. M. Florczak-Wątor, *Glosa do wyroku TK z 16 III 2017 r., Kp 1/17, Lex/el. 2017, pkt 2.2*). Zauważyć przy tym należy, że takie „dynamiczne” podejście do wykładni Konstytucji, niejednokrotnie prezentowane też zresztą przez polityków partii rządzącej, byłoby trudne do zaakceptowania na gruncie oferowanej propozycji teoretycznej, forsującej pewną wersję doktryny *claritas*.

społeczną konstytucjonalisty nie należy bowiem do rzadkości formułowanie „przewrotnych” tez interpretacyjnych, zrywających z dotychczasową tradycją wykładni ustawy zasadniczej¹³².

Conclusiveness of the constitutional argumentation as a criterion of the evaluation of creative interpretation

The article presents briefly the discussion about problem of the so-called creative (law-making) interpretation of the Constitution. Author indicates that previous concepts of the creative interpretation offered by the Polish legal doctrine did not deliver any noncontroversial criteria, which could mark difference between declaratory and creative constitutional argumentation. This problem is also connected with the political question about judicial activism and the limits (legitimacy) of the third power, *ergo* the questions that are currently arising during the ongoing constitutional crisis in Poland. For that reason the alternative solution is proposed, namely to perceive the stable interpretative practice (for instance a line of precedents, or settled case law, *etc.*) as the cutoff point for the declaratory/creative interpretation. From this point of view every unjustified (revolutionary instead of the evolutionary) change of settled interpretation of the Constitution should be evaluated as invalid. Nevertheless, presented conception is not fully elaborated and have some weak points, i.e. matters which need to be developed to make it applicable in the interpretation practice. Especially there is lack of the analogous (precedential) doctrine in the Polish legal culture, which excludes possibility to precisely indicate the state of stable interpretation practice from one side, and proper correction of the previous case law on the other.

Keywords: legal theory, law-making (creative) interpretation, constitutional argumentation, judicial activism

Tomasz Grzybowski – dr, Instytut Prawa, Kolegium Ekonomiczno-Społeczne Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie

132 Zob. M. Zubik, *O przewrotnych interpretacjach przepisów Konstytucji dotyczących władzy sądzienia*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 10, s. 10–18. Pojawia się w tym kontekście również teza o „wrogim przejęciu” wykładni tekstu konstytucyjnego. Zob. W. Brzozowski, *O potrzebie reformy konstytucyjnej*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 12, s. 6.