

Postlegislacyjna ocena skutków regulacji na szczeblu federalnym w Stanach Zjednoczonych

Post-Legislative Regulatory Impact Analysis in American Federal System

In all legal systems, particular importance is attached to legislation. Nowadays, it is the domain of two authorities: legislative and executive power. This understanding of legislation conditioned by this assumption covers, therefore, both statutes, acts of the rank of the statutes and generally applicable acts of executive nature. It also allows analyzing an institution particularly interesting in the American system – Regulatory Impact Analysis. Such analysis is prepared in relation to executive acts issued by federal regulatory agencies. President Donald Trump decided to introduce in 2017 the „two out-one in” principle, which may significantly change the process of preparing such analysis. These issues are important due to the possible plans to reform Polish solutions in that manner. In the United States, there is also a procedure for checking the effectiveness of regulations conducted by the services subordinated to Congress. As far as its basis is concerned, this solution does not differ from those of the Polish Bureau of Research of the Chancellery of the Sejm.

Paweł Króliczek

*magister prawa
Uniwersytet Śląski w Katowicach*

ORCID – 0000-0001-9714-1085

Słowa kluczowe:

ocena skutków regulacji, legislacja, postlegislacyjna ocena regulacji, amerykańskie prawo konstytucyjne

Key words:

regulatory impact analysis, legislation, postlegislative regulatory impact analysis, American constitutional law

<https://doi.org/10.36128/priv.vi34.141>

Wprowadzenie

Zarządzanie państwem wymaga od władzy politycznej podejmowania decyzji, których wprowadzenie okupione jest kosztami społecznymi, gospodarczymi i politycznymi. Dlatego konieczne jest by tworzeniu prawa towarzyszyło powstawanie analiz, które określą ich skutki – zarówno pozytywne, jak i negatywne. Szczególnie istotnym elementem procesu legislacyjnego musi być zatem analiza przewidywanych konsekwencji wprowadzanych rozwiązań oraz przegląd istniejących już przepisów pod kątem ich ewentualnego uchylenia lub udoskonalenia. To właśnie proces powstawania

ocen skutków regulacji stanowi przedmiot zainteresowania niniejszego opracowania. W Stanach Zjednoczonych, podobnie jak w pozostałych państwach demokratycznych, stanowienie prawa jest domeną zarówno legislatywy, jak i egzekutywy. Dlatego analizie poddano tutaj Regulatory Impact Analysis sporządzane przez agendy władzy wykonawczej oraz raporty tworzone przez Congressional Research Center dla parlamentarzystów.

W części pierwszej niniejszego opracowania znalazły się rozważania dotyczące roli amerykańskiego rządu federalnego w kształtowaniu polityk regulacyjnych państwa. Jest to ciekawe, zwłaszcza że konstytucja z 1787 r. właściwość władz centralnych normuje dość wąską. W drugiej części analizie poddano instytucję agencji regulacyjnych, które są – co do zasady – obce polskiemu prawu konstytucyjnemu, a mają zasadnicze znaczenie w stanowieniu prawa w Stanach Zjednoczonych. Kolejne dwie części poświęcono pozaparlamentarnym ocenom skutków regulacji oraz zmianom, które wprowadzono do procesu ich tworzenia w 2017 r. W piątej części natomiast opisano działalność służb parlamentarnych w omawianym zakresie. Niniejsze opracowanie ma przedstawiać ciekawe rozwiązania przyjęte w państwie o rozwiniętej demokracji proceduralnej. Być może niektóre, dotąd nierecypowane w Polsce okażą się warte zastanowienia.

1. Ewolucja znaczenia rządu federalnego w Stanach Zjednoczonych

Przed przystąpieniem do szczegółowej analizy postawionego w tytule problemu należy odnieść się do zakresu władztwa rządu federalnego. Tylko bowiem te kwestie, które ustrojodawca poddał władzy centralnej, podlegać mogą przecież ocenie skutków regulacji (*ex ante* oraz *ex post*) na szczeblu federalnym. Konieczne jest w tym zakresie przywołanie treści art. I §8 konstytucji federalnej. Stanowi on, że Kongres uprawniony jest do prawodawstwa w zakresie państwowej polityki daninowej, budżetowej, handlowej, poczty, edukacji, sądownictwa federalnego, spraw wojskowych (tzn. tworzenia i utrzymywania wszystkich rodzajów sił zbrojnych) oraz przyjmowania ustaw koniecznych dla zapewnienia sprawnego działania organów państwa w innych kwestiach należących do ich właściwości, wynikających także z osobistych uprawnień piastunów poszczególnych urzędów (z ang. *necessary and proper clause*)¹.

Pierwotnie dość wąskie granice właściwości władzy federalnej² zostały znacznie rozszerzone dopiero po zakończeniu wojny secesyjnej. To właśnie

1 Artykuł I § 8 Konstytucji Stanów Zjednoczonych.

2 W polskiej literaturze przedmiotu problem ten poruszają m.in.: Wacław Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych* (Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969), 78-84; Cezary Błaszczyk, *Amerykańska myśl wolnościowa: od liberalizmu do libertarianizmu* (Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2018), 84; Anna M. Ludwikowska,

wówczas zaszły w Stanach Zjednoczonych ogromne przemiany, które w zasadzie stworzyły amerykańską tożsamość państwową i narodową. Ogromną rolę w poszerzeniu uprawnień rządu federalnego odegrała XIV nowela do konstytucji³. Jej §5 stanowi, że centralna władza ustawodawcza uprawniona jest do wprowadzenia przepisów zapewniających wykonanie powierzonych jej w tej noweli kompetencji, wśród nich obowiązku zagwarantowania wszystkim obywatelom Stanów Zjednoczonych tzw. równej ochrony prawa i ochrony przed prawodawstwem stanowym ingerującym w sferę ich uprawnień⁴. Przepis z pozoru dotyczący przede wszystkim byłych niewolników i innych osób pozbawionych dotąd prawa do obywatelstwa w stanach Południa stał się podstawą do zmiany całego amerykańskiego konstytucjonalizmu, a także relacji pomiędzy władzą centralną a lokalną⁵. Podobnie jak we wszystkich innych dziedzinach ustroju, tak i w tym zakresie szczególną rolę odegrało sądownictwo, zwłaszcza Sąd Najwyższy. Nie jest możliwe omówienie w tym miejscu linii orzeczniczej poświęconej temu zagadnieniu, jednak warto zauważyć, iż w orzeczeniach *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985)⁶, *City of Rome v. United States* (1980)⁷ oraz *National League of Cities v. Usery* (1976)⁸ Sąd Najwyższy orzekał o zgodności z konstytucją USA przepisów federalnych, które nakładały na władze stanowe pewne obowiązki w sferach zarezerwowanych dotąd do wyłącznej właściwości stanów (np.

System źródeł prawa Stanów Zjednoczonych: prawo i prawnicy, struktura władzy, spory prawne (Toruń: TNOIK. Dom Organizatora, 1999), 119-137.

- 3 Arthur Selwyn Miller, „The Changing Role of the United States Supreme Court” *Modern Law Review*, nr 6 (1962): 642.
- 4 XIV nowela do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, §1 i 5. Krótkiego wyjaśnienia wymaga to, że w artykule tym wykorzystuje się pojęcie noweli zamiast poprawki. Biorąc pod uwagę semantyczne znaczenie drugiego z tych terminów, powinno się z niego korzystać przy wprowadzaniu zmian do istniejących przepisów. W przypadku amerykańskiej konstytucji zmiany wprowadzane od 1791 r. mają – w zdecydowanej większości – charakter oryginalny, wprowadzają nowe treści i kategorie do ustawy zasadniczej. Dlatego słowo „nowela” wydaje się być bardziej odpowiednie.
- 5 Akhil Reed Amar, „Fourteenth Amendment as a New Constitution”, [w:] *Encyclopedia of the American Constitution vol. 3*, red. Leonard W. Levy, Kenneth. L. Karst, Adam Winkler (New York: MacMillan Reference, 2000), 1090-1092.
- 6 *Garcia v. San Antonio Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985).
- 7 *City of Rome v. United States*, 446 U.S. 156 (1980).
- 8 *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976).

konieczność podniesienia wynagrodzeń pracowników zatrudnionych przez stan do wysokości ustalonej przez władze centralne), rozszerzając tym samym faktycznie zakres władzy rządu centralnego. W jednym z nich stwierdzono wprost, że przepisy XIII, XIV i XV noweli zostały wprowadzone do ustawy zasadniczej przede wszystkim po to, by ograniczyć autonomię stanów⁹.

Dla rozszerzania zakresu właściwości państwa amerykańskiego szczególnie istotne było zmieniające się podejście do wykładni konstytucji. Już sam wstęp do ustawy zasadniczej dostarczył pewnych środków ułatwiających ten proces. Wymienia on szereg ogólnych obowiązków ciążyących na rządzie federalnym. Wśród nich na szczególne podkreślenie zasługują zapewnienie ogólnego dobrobytu, utrzymanie wszelkich dobrodziejstw wolności, ustanowienie sprawiedliwości etc. Umieszczanie w aktach prawnych tego rodzaju nieostrych określeń umożliwia dokonywanie pewnych zmian w stosowaniu aktu prawnego bez konieczności spełnienia wymogów związanych z procedurą zmiany jego tekstu. W dużym uproszczeniu można stwierdzić, że wynikająca zeń klauzula ogólnego dobrobytu (z ang. *general welfare clause*) sprawiła, iż stany zostały sprowadzone w praktyce do roli jedynie wykonawcy socjalnych programów federalnych, co ma istotne znaczenie dla tematyki tego opracowania. To bowiem agencje regulacyjne są odpowiedzialne w dużej części za prowadzenie tej polityki. Wsparciem dla rosnących aspiracji władzy centralnej okazała się również stanowiąca podstawę dla uznania prawa federalnego za nadrzędne względem prawa stanowego klauzula supremacyjna (z ang. *supremacy clause*¹⁰). Niemal od zarania istnienia USA pozwala ona Sądowi Najwyższemu orzekać o zgodności prawa stanowego z przepisami prawa federalnego¹¹. W budowaniu przewagi centrum nad

-
- 9 „Those Amendments were specifically designed as an expansion of federal power and an intrusion on state sovereignty” (zob. *City of Rome*, część III lit C uzasadnienia).
- 10 Zob. Art. VI §2 Konstytucji USA („Niniejsza konstytucja i zgodnie z nią wydane ustawy Stanów Zjednoczonych oraz wszystkie traktaty, które zostały lub zostaną zawarte z ramienia Stanów Zjednoczonych, stanowią najwyższe prawo krajowe. Jest ono wiążące dla sędziów każdego stanu, nawet gdyby było sprzeczne ze stanową konstytucją lub ustawą”).
- 11 Zob. *Ware v. Hylton*, 3 U.S. 199 (1796). Sprawa ta dotyczyła bezpośrednio prawa międzynarodowego, tj. Traktatu Jay’a zawartego w 1794 r. pomiędzy Wielką Brytanią i Stanami Zjednoczonymi. Problem prawny, który musiał rozstrzygnąć Sąd Najwyższy polegał w istocie jednak na tym, czy stan jest związany umową międzynarodową, zawartą przez rząd federalny, i poprzez odpowiednią ratyfikację inkorporowaną do system prawa federalnego. Sąd Najwyższy po raz pierwszy skorzystał wówczas z klauzuli supremacyjnej, która zakłada pierwszeństwo prawa

stanami istotną rolę odegrała również wspomniana wyżej klauzula art. I ustawy zasadniczej, która uprawnia Kongres do uchwalania przepisów zapewniających wykonanie przysługujących władzy centralnej kompetencji. Pozwala ona na przyjmowanie w zasadzie dowolnych rozwiązań w tej mierze.

Powołać w tym miejscu wypada jeszcze jeden istotny fragment amerykańskiego *acquis constitutionnel*, który ma wpływ na kompetencje władz federalnych (także rozmaitych agend rządowych). Jest to tzw. *implied powers clause*, która została ugruntowana już w 1819 r. w precedensowym wyroku w sprawie *McCulloch v. Maryland*¹². Treścią wprowadzonego nim rozwiązania było wywodzenie z tekstu konstytucji kompetencji wyraźnie w niej nieprzesądzonych, wynikających z celu, który przyświecał Ojcom Założycielom. Odwoływano się doń wielokrotnie. Jej znaczenie jest w tej kwestii nie do przecenienia, warto więc przypomnieć myśl Williama Rehnquista. Stwierdził, że ograniczona właściwość Kongresu (i innych organów władz federalnych) jest największym mitem amerykańskiego konstytucjonalizmu obalonym raz po raz przez sam Sąd¹³.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że Sąd Najwyższy, przyjmując rozszerzającą wykładnię konstytucji, co obecnie poddaje się ostrej krytyce (zwłaszcza w odniesieniu do spraw światopoglądowych), kierował się także zmianami społeczno-ekonomicznymi, którym podlegały Stany Zjednoczone w ostatnich dwustu latach. Najistotniejsze niewątpliwie miały miejsce na przełomie XIX i XX wieku oraz kolejnych dziesięcioleciach. Wydarzenia takie jak ekspansja terytorialna za zachód kontynentu, pierwsza (a później druga) wojna światowa, kryzys ekonomiczny lat trzydziestych, ale również wzrost mobilności ludności uwidoczniły konieczność podejmowania działań, które skuteczne mogły być jedynie wówczas, gdy obejmowały obszar całego państwa¹⁴, a zapewnić może to jedynie władza federalna.

2. Instytucja agencji regulacyjnych w amerykańskim prawie publicznym

W amerykańskim konstytucjonalizmie instytucja agencji regulacyjnych (ang. *regulatory agencies*) znana jest w zasadzie od początku

federalnego nad stanowym w sprawach przekazanych właściwości rządowi centralnego. Z tego powodu w doktrynie powszechnie uważa się, że orzeczenie to jest fundamentem relacji pomiędzy rządem centralnym a poszczególnymi stanami.

12 *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316, (1819).

13 Zdanie odrębne Sędziego SN W. H. Rehnquista do orzeczenia ws. *Hodel v. Virginia Surface Mining & Recl. Assn.*, 452 U.S. 264 (1981), nb. 79.

14 Dennis J. Mahoney, „State”, [w:] *Encyclopedia of the American Constitution vol. 5*, red. Leonard W. Levy, Kenneth. L. Karst, Adam Winkler (New York: MacMillan Reference, 2000), 2481.

funkcjonowania rządu federalnego, jednak rozwinęła się w obecnej formie w drugiej połowie XIX wieku, kiedy to Kongres powołał na podstawie *necessary and proper clause* Komisję ds. Handlu Międzystanowego (ang. Interstate Commerce Commission). Zasadniczym zadaniem tego rodzaju podmiotów jest przygotowywanie projektów aktów prawnych dotyczących zagadnienia objętego zakresem właściwości danej agencji, wydawanie przepisów, które mieszczą się w upoważnieniu ustawowym oraz rozwiązywanie kontrowersji powstających w praktyce stosowania tak przyjętych norm prawnych. Oznacza to więc, że swoje analizy sporządzają na zupełnie innym etapie tworzenia prawa niż tradycyjnie przyjęło się to w większości systemów europejskich (np. w Wielkiej Brytanii). Na etapie postlegislacyjnym jest to najbardziej widoczne. Tutaj to agencje, które są organami odpowiedzialnymi za wydanie, wprowadzenie i w ogromnej mierze stosowanie przepisów, są zobowiązane do oceny skutków ich obowiązywania. W klasycznym, europejskim modelu jest to obowiązek ciała eksperckiego, które ma jedynie głos doradczy przy podejmowaniu decyzji prawodawczych.

Funkcjonowanie agencji regulacyjnych w amerykańskim systemie prawnym wiąże się z pewnymi ustrojowymi wątpliwościami wynikającymi z ich umiejscowienia w systemie organów władzy publicznej¹⁵. W zasadzie nie można ich włączyć do którejkolwiek z władz wyodrębnionych w tradycyjnej monteskiuszowskiej koncepcji. Sprawy nie ułatwia również to, że istnieją trzy ich rodzaje. Kryterium tego podziału jest przede wszystkim procedura powoływania organów zarządzających. Pierwszym z nich są niezależne komisje (wśród nich wymienić należy ICC, Federal Trade Commission itd.), które zarządzane są przez rady złożone z członków nominowanych za radą i zgodą Senatu przez prezydenta. Wpływ na ich działalność jest w zasadzie niemożliwy. Pozbawienie fotela członków ich zarządów możliwe jest bowiem jedynie po przejściu długiej i ryzykownej procedury w Kongresie. Drugim z rodzajów agencji regulacyjnych są agencje wykonawcze (ang. *executive agency*), które inaczej niż niezależne komisje należałoby ocenić jako bliskie egzekutywie, gdyż to prezydent dokonuje w nich zmian personalnych i wyznacza im priorytety zbieżne z jego własnym programem politycznym. Ostatnim z nich są korporacje rządowe (z ang. *government corporations*), których działalność przyrównać można w pewnym stopniu do znanej na gruncie polskim instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego¹⁶. Z uwagi na praktykę

15 Zob. Cass R. Sunstein, „Cost-Benefit Analysis and the Separation of Powers” *Arizona Law Review*, 23 (1981): 1267 i n.

16 Szczegółowe omówienie instytucji agencji rządowych znaleźć można zwłaszcza w: James O. Freedman, *Crisis and Legitimacy. The Administrative Process and American Government* (Cambridge: Cambridge University Press, 1978); Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969).

agencji regulacyjnych najistotniejsze dla poznania amerykańskiego modelu oceny skutków regulacji jest poznanie funkcjonowania pierwszych dwóch ich rodzajów.

W Stanach Zjednoczonych przeprowadza się co raz więcej związanych z wytworzeniem *Regulatory Impact Analysis*¹⁷. Tak duża liczba sporządzanych studiów wynika przede wszystkim z konieczności wprowadzania wielu szczegółowych przepisów. W konsekwencji aparat urzędniczy opracowujący te analizy stale się rozrasta. Tendencja ta jest częścią szerszego zjawiska, obecnego w wielu państwach – patologizacji biurokracji władzy publicznej. Warto przypomnieć to, co podczas jednego ze swych orędzi o stanie Unii w Kongresie powiedział prezydent Barack Obama. Zauważył z dezaprobatą, że Stanach Zjednoczonych, na szczeblu federalnym, funkcjonuje 12 agencji regulacyjnych zajmujących się eksportem, a przynajmniej 5 jest odpowiedzialnych zagadnienia związane z mieszkalnictwem. Wskazał również dość absurdalny przykład, który miał ostatecznie przekonać wszystkich adwokatów zwiększania zatrudnienia w administracji publicznej. Okazuje się bowiem, że federalny Departament Zasobów Wewnętrznych odpowiada za łososie, gdy te znajdują się w wodzie słodkiej, natomiast Departament Handlu wówczas, gdy pływają w słonej¹⁸.

3. Pozaparlamentarne procedury oceny skutków regulacji – *Regulatory Impact Analysis*

Ocena skutków regulacji jako jedna z funkcji agencji regulacyjnych została wprowadzona już przez Richarda Nixona¹⁹. W latach siedemdziesiątych uznał, że powinien mieć większy wpływ na administrację, co zapewnić miało powołanie w ramach Executive Office of the President of the United States (dalej: EOP) Office of Management and Budget (dalej: OMB), które zobowiązane jest do tej pory do koordynowania polityki regulacyjnej państwa. Dla usprawnienia tej sfery Kongres z inicjatywy Jimmy'ego Cartera uchwalił

17 Dane dostarczone przez OIRA, zob. https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/02/icb_2017-FINAL-1.pdf. [dostęp: 17.08.2020].

18 Orędzie Prezydenta B. Obamy o Stanie Unii z 25 stycznia 2011 r. (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-2001-01-25/pdf/CREC-2001-01-25-pti-PgH457-6.pdf>) za Joddy Freeman, Jim Rossi, „Agency Coordination in Shared Regulatory Space” *Harvard Law Review*, 125 (2012): 1134.

19 Szczegółowe opracowanie historycznych uwarunkowań omawianej instytucji także można znaleźć w polskiej literaturze; zob. Jarosław Adamowski, „Instytucje oceny skutków regulacji w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej w kontekście negocjacji nad TTIP” *Stosunki Międzynarodowe*, 2 (2015): 258-269.

dziesięć lat później Paperwork Reduction Act²⁰, w którym powołał do życia Office of Information and Regulatory Affairs (dalej: OIRA²¹), kluczowy organ w procedurze analizy przedstawianych przez agencje ocen powołanym do kontroli ich działalności. Ronald Reagan był natomiast pierwszym prezydentem, który wymagał od pracowników agencji regulacyjnych sporządzania analiz²². Zaangażowanie prezydenta w kształtowanie polityki regulacyjnej za pożądane i zgodne z konstytucją uznaje Elena Kagan. Wskazuje, że wynika to przede wszystkim ze stale rosnących oczekiwań opinii publicznej i komentatorów wobec sprawczości prezydenta, konieczności koordynowania rozbudowanego, wielostopniowego aparatu władzy oraz ogólną akceptacją Kongresu dla podejmowanych w ramach tego nadzoru działań²³. Wówczas zresztą pojawiły się wątpliwości, czy prezydent jako zwierzchnik całej administracji, a przede wszystkim OIRA, wyznaczający właściwą w konkretnej sprawie agencję ma zbyt duży wpływ na tak przeprowadzoną analizę²⁴. Wcześniej, mimo że prezydenci otrzymywali tego rodzaju studia, związane najczęściej z ekonomicznymi skutkami wprowadzanych przepisów, nie było to sformalizowane i działo się stosunkowo rzadko. Przepisy obowiązujące w trakcie jego prezydentury (oraz w okresie pełnienia urzędu przez Georga Busha seniora) nie będą jednak przedmiotem przeprowadzonych tutaj rozważań, ponieważ zostały uchylone przez prezydenta Clintona, który wydał 30 września 1993 r. obowiązujący do dzisiaj Executive Order 12866 (dalej E.O. 12866)²⁵. To właśnie rozwiązania przyjęte wówczas sprawiły, że udział prezydenta w tej sferze działania rządu federalnego przybrał obecne rozmiary²⁶.

Rozpoczyna się on od krótkiego wstępu, w którym prezydent wyjaśnił cel wprowadzenia tych przepisów, odwołując się do tego, że Amerykanie zasługują na to by prawotwórstwo prowadzone było „dla nich, a nie przeciwko nim”. Jakkolwiek oceniać umieszczanie w aktach wykonawczych tego rodzaju deklaracji należy zgodzić się z wymową tych słów. To właśnie tworzenie prawa jak najlepszego dla obywateli stanowi zasadniczy cel wprowadzenia

20 Paperwork Reduction Act (Pub. L. No. 96-511, 94 Stat. 2812).

21 Tłumaczenie tych nazw na język polski z wielu względów jest problematyczne, dlatego najlepszym rozwiązaniem było pozostawienie ich w oryginalnym brzmieniu.

22 Materii tej dotyczył *Executive Order 12291 Federal Regulation* z 17 lutego 1981 r.

23 Elena Kagan, „Presidential administration” *Harvard Law Review*, (2001): 2245-2385.

24 Sunstein, „Cost-Benefit”, 1276.

25 *Executive Order 12866 Regulatory Planning and Review* z 30 września 1993 r., Federal Register vol. 58 no. 190.

26 Kagan, „Presidential”, 2245-2385.

takich instrumentów jak ocena skutków regulacji. Wskazać wypada, że w tej części wymieniono również priorytety, które przyświecać mają całemu aparatowi urzędniczemu państwa: troska o zdrowie obywateli, ich bezpieczeństwo, środowisko naturalne i ogólny dobrostan Amerykanów.

Przechodząc do szczegółowych uregulowań tego aktu prawnego, w sec. 2 lit. b przewidziano szereg założeń, którym sprostać powinna agencja regulacyjna w swej działalności. Są one dość ogólne wyznaczają jednak kierunek, w którym powinny zmierzać działania dotyczące projektowanych przepisów, a więc także sporządzanie *RIAs*. Najważniejszymi z nich są: identyfikacja najistotniejszych problemów związanych z proponowaną regulacją; ocena istniejących przepisów poświęconych tej kwestii; opracowanie kilku wariantów proponowanych zmian; rozważenie zagrożeń wynikających z ich wprowadzenia. Przepisy precyzują, iż ocena skutków regulacji powinna być sporządzana przy zastosowaniu analizy kosztów i korzyści (ang. Cost-Benefit Analysis, dalej: CBA). Zagadnienie to jest szczególnie istotne, ponieważ wybrana metoda walnie przyczynia się do treści takiego studium.

O sposobie przeprowadzania RIA, formalnych wymogach stawianych tego rodzaju studiom stanowi okólnik A-4²⁷ wydany przez OMB. Zgodnie z sec. E, choć najważniejszym aspektem oceny powinna być analiza skutków stosowania przepisów w kontekście sytuacji obywateli i rezydentów USA, dopuszczalna jest również analiza w aspekcie globalnym. W sec. E pkt. 2 przewidziano natomiast podstawowe założenia, zgodnie z którymi powinna zostać ona przeprowadzona. Są nimi:

- *willingness to pay* (WTP) – polega ono na ocenie, jak wielkie koszty są w stanie ponieść podmioty, których interesy ograniczać będzie projektowana lub obowiązująca już regulacja zwłaszcza w kontekście przewidywanych przed jej wejściem w życie korzyści. W analizie postlegislacyjnej zadaniem agencji powinno być więc w takim przypadku również wykazanie, w jakim stopniu sprawdziły się jej prognozy sprzed uchwalenia ocenianych przepisów²⁸;
- *willingness to accept* (WTA) – polega ono na ocenie, jak daleko może posunąć się prawodawca w negatywnym wpływaniu na sytuację prawną jednostki bez rekompensowania tych uciążliwości. Po wejściu w życie przepisów konieczne w tym zakresie powinno być przeprowadzenie

27 Zob. *Circular A-4 OMB* z 17 września 2003 r. https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/circulars_a004_a-4/#e. [dostęp: 17.08.2020].

28 Zob. Cheryl Asmus, Paul Bell, John B. Loomis, „A Comparison of Actual and Hypothetical Willingness to Pay of Parents and Non-parents for Protecting Infant Health: The Case of Nitrates in Drinking Water” *Journal of Agricultural and Applied Economics*, 41 (2009): 697 i n.

badań, zwłaszcza statystycznych, odnoszących się do społecznego odbioru wprowadzonych rozwiązań²⁹;

- wykorzystanie danych rynkowych – opracowywanie tego rodzaju informacji jest niezbędne zwłaszcza wówczas, gdy w wyniku wprowadzonego przepisu doszło (lub może dojść później) do ograniczeń lub zamrożenia sprzedaży lub produkcji pewnego artykułu handlowego;
- wykorzystanie analizy kosztów poniesionych przez budżet federalny i wpływu przyjętych rozwiązań na sytuację gospodarczą Stanów Zjednoczonych;
- wykorzystywanie kryteriów obiektywnych a najlepiej ekonomicznych³⁰.

Ostatnie z tych wskazań jest bardzo dyskusyjne, szczególnie w odniesieniu do wartości, które nie mają charakteru materialnego, choć wielu uważa, że wszystko da się przeanalizować poprzez ich przeliczenie na wartości ekonomiczne³¹. Takie jako punkt odniesienia dla ocen skutków regulacji wprowadzono do porządku prawnego poprzez wydanie EO 12866, w którym wskazuje się na słuszność i sprawiedliwość uzupełnione przez Baracka Obamę w Executive Order 13563³². Zostanie on omówiony poniżej, ale w tym miejscu powinno się wspomnieć o godności człowieka, która na jego podstawie została uczyniona właśnie jednym z czynników podlegających ocenie po wejściu analizowanych przepisów w życie. Ekonomiczna analiza tego rodzaju okoliczności może być trudna do przeprowadzania, a przede wszystkim do zaakceptowania ze względów moralnych³³. Trudno sobie bowiem wyobrazić ekonomiczną analizę naruszeń godności jednostki. Dlatego przepisy obowiązujące już od czasów Reagana wyraźnie stwierdzały, że w kontekście tych kryteriów należy porzucić te monetarne kryteria na korzyść bardziej zniuansowanej analizy.

29 Elisabeth Hoffman, Matthew L. Spitzer, „Willingness to Pay Vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications” *Washington University Law Quarterly*, 71 (1993): 64.

30 *Circular A-4 OMB*.

31 Elisabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics*, (Cambridge: Harvard University Press, 1993), 191; Frank Ackerman, Lisa Heinzerling, „Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection” *University of Pennsylvania Law Review*, 150 (2002): 1553.

32 *Executive Order 13563 Improving Regulation and Regulatory Review* z 18 stycznia 2011 r., Federal Register vol. 76, No. 14.

33 Rachel Bayefsky, „Dignity As a Value in Agency Cost-Benefits Analysis” *Yale Law Journal*, 123 (2014): 1747-1752, 1764-1766.

Na przeprowadzanie *Regulatory Impact Analysis* ogromny wpływ ma fakt, że są one często przedmiotem kontroli sądowej³⁴. Jest to istotne szczególnie wówczas, gdy to agencja legitymowana była do samodzielnego wydania przepisów, które negatywnie wpłynęły na sytuację jednostki³⁵. Z praktyki orzeczniczej sądów federalnych wynika fakt, że ich kontrola ma więcej niż tylko formalny charakter, obejmuje ona przede wszystkim: ocenę ustawowych przepisów delegujących uprawnienia prawodawcze na tę konkretną agencję, to czy wybrane przez agencję kryteria oceny zysków i strat były adekwatne do wynikających z natury regulowanej kwestii okoliczności oraz to, czy analiza została przeprowadzona poprawnie pod względem metodologicznym³⁶. Sądowa kontrola RIAs nie ma bezpośredniego związku z postlegislacyjną oceną przepisów. Podnosi się jednak, że wskazania sądu mogą pokazać problemy wynikające ze stosowania analizowanych przepisów i niedociągnięcia opinii sporządzonej na etapie legislacyjnym, co pozwoli na przygotowanie konstruktywnej analizy w interesującym nas stadium.

Wszystkie przepisy E.O. 12866 stosuje się odpowiednio wobec RIAs *ex post* (zgodnie z sec. 1 lit b. *E.O. 13563*). Należy więc w tym miejscu przywołać ten jego przepis, wskazujący sytuacje, w których sporządzenie oceny skutków regulacji jest obligatoryjne. Jest to konieczne wówczas, gdy mamy do czynienia z tzw. znaczącym działaniem regulacyjnym (ang. *significant regulatory action*). Sec. 3 lit. f *mutatis mutandis* precyzuje, że są to takie działania, których funkcjonowanie doprowadziło lub z dużym prawdopodobieństwem może doprowadzić do: powstania kosztów dla budżetu federalnego na poziomie przynajmniej 100 milionów dolarów (rocznie) lub innego niekorzystnego zjawiska wpływającego na gospodarkę państwa, jednego z jej sektorów, wydajność, konkurencyjność, rynek pracy, środowisko naturalne, zdrowie lub bezpieczeństwo publiczne, działalność władz lub społeczności stanowych, lokalnych lub plemiennych; stworzenia niepewności prawnej wynikającej z równoczesnego z nimi obowiązywania innych przepisów; wpłyną na wydatki budżetowe przeznaczone na niektóre świadczenia socjalne oraz zobowiązania ich beneficjentów; powstania nowych problemów politycznych wykraczających poza zakres ich uprawnień lub priorytetów prezydenta lub zasad uregulowanych w tym akcie prawnym. Należy jednak zwrócić uwagę, że przepisy tego E.O. nie są definitywne, pozostawiając prezydentowi i podległym mu urzędnikom *de facto* dowolność w podejmowaniu decyzji,

34 Na podstawie *Administrative Procedure Act* (Pub.L. 79–404, 60 Stat. 237).

35 Caroline Cecot, W. Kip Viscussi, „Judicial Review of Agency Benefit-Cost Analysis” *George Mason Law Review*, 22 (2015): 576-577; zob. też Sunstein, „Cost-Benefit”, 1276.

36 Caroline Cecot, W. Kip Viscussi, „Judicial”, 577 oraz wybrane przez autorów orzecznictwo.

w których przypadkach RIA ex post zostanie sporządzona. Żaden z analizowanych w tym opracowaniu przepisów nie przewiduje bowiem sankcji za sprzeniewierzenie się temu obowiązkowi, także w odniesieniu do oceny, która powinna zostać opracowana na etapie legislacyjnym. Doskonale obrazuje to fakt, że nie sporządzono ich względem żadnego z aktów wykonawczych towarzyszących wprowadzeniu Affordable Care Act (zwanej popularnie w mediach amerykańskich i polskich Obamacare), mimo że spełniały nie jedno a w zasadzie wszystkie z wymienionych wyżej kryteriów³⁷. Dopiero na etapie postlegislacyjnym w okresie, gdy republikanie zdobyli większość w Kongresie, ich skutki poddane zostały ocenie.

Podstawę dla przeprowadzenia postlegislacyjnych ocen skutków regulacji mógł stanowić właśnie E.O. 12866. Wydaje się, że wniosek taki uzasadnia np. jego *sec. 5*, która wyraźnie stanowi, że dla zapewnienia sprawności państwa, zapobieżenia obowiązywaniu regulacji nieprzystających do rzeczywistości, nieefektywnych lub szkodliwych wskutek zmieniających się okoliczności lub niezgodnych z priorytetami prezydenta, każda agencja regulacyjna powinna przeprowadzić ocenę skutków obowiązujących aktów prawnych. Jednym z elementów tej analizy, co także przewiduje wspomniany przepis, powinno być przygotowanie alternatywnych wersji wadliwych przepisów. Co więcej, *sec. 5. lit. a* stanowi obowiązek przedstawienia organowi kontrolującemu poczynania agencji, tzn. OIRA wykazu najistotniejszych przepisów wchodzących w zakres jej właściwości oraz harmonogramu ich cyklicznych analiz. Dziwi fakt, że w okresie po jego wejściu w życie RIAs *ex post facto* nie były w Stanach Zjednoczonych powszechne. Odnaleźć je można jedynie sporadyczne. Dla przykładu, w początkowym okresie jego obowiązywania Agencja ds. Ochrony Środowiska (ang. Environment Protection Agency) przygotowała raport dotyczący wpływu zmian z 1990 r. wprowadzonych do Clean Air Act³⁸ na krajowy rynek dwutlenku siarki. Stwierdzono w niej, że wnioski wynikające z przeprowadzonej na etapie legislacyjnym RIA zawyżyły korzyści z wprowadzenia tej regulacji o prawie 80%³⁹. Pokazuje to, że rozszerzająca wykładnia E.O. 12866 była akceptowana przez władzę wykonawczą.

37 Sytuację tę opisywało wiele organizacji zajmujących się transparentnością życia publicznego, negatywnie wypowiadając się o zaniechaniu przeprowadzania tego rodzaju procedur wobec tak poważnej reformy systemu ubezpieczeń zdrowotnych na szczeblu federalnym i stanowym. Zob. <http://piperreport.com/blog/2013/01/17/analyzing-costs-benefits-cms-rules-affordable-care-act/>. [dostęp: 21.09.2017].

38 CAAA 1990, zob. <https://www.epa.gov/clean-air-act-overview/1990-clean-air-act-amendment-summary>. [dostęp: 21.09.2017].

39 *Regulatory Impact Analysis for the Final Clean Air Interstate Rule*. epa-452/R-05-002. Washington, DC: U.S. epa. <http://yosemite1.epa.gov/ee/epa/ria.nsf/vwRef/A.2005.4+A?OpenDocument>. [dostęp 21/09/2017].

Dopiero prezydent Barack Obama wydając wspomniany E.O. 13563 ostatecznie uregulował tę kwestię. Jak już wspomniano, przepisy tego aktu prawnego mają charakter uzupełniający względem obowiązujących już aktów prawnych, zwłaszcza E.O. 12866. Z tego właśnie wynika poddanie RIA *ex post* wszystkim rygorom obowiązującym wobec analiz sporządzanych przed wejściem przepisu w życie. Sec. 6 E.O. 13563 *expressis verbis* stwierdza, że dla usprawnienia okresowej analizy obowiązujących regulacji o szczególnym znaczeniu agencje powinny rozważyć, jaką należy przyjąć metodologię, by ocenić, czy analizowane przepisy nie są anachroniczne, nieskuteczne, niewystarczające czy nadmierne uciążliwe dla społeczeństwa. Wprost wskazuje się więc tutaj na konieczność sporządzania RIA *ex post* oraz pytania, na które powinna zawierać odpowiedzi. Za dopuszczalne uznać należy zatem na podstawie powołanych przepisów formułowanie w nich wniosków *de lege ferenda* odnoszących się do usunięcia wad w ocenianych regulacjach. Okazuje się, że już w pierwszym roku obowiązywania tych przepisów agencje regulacyjne przedstawiły plan oceny skutków regulacji postlegislacyjnej ponad 500 regulacji, zmiany, w których miały wpłynąć na oszczędności amerykańskiego fiskusa liczone w miliardach dolarów⁴⁰.

W późniejszym okresie przyjęto przepisy, których zadaniem było dookreślenie sposobu przeprowadzenia tego rodzaju analiz (oczywiście także RIAs *ex ante*). Najistotniejszym z nich jest z pewnością Executive Order 13610⁴¹, nakładający na agencję regulacyjną obowiązek ich przygotowywania z udziałem obywateli, na których oceniane regulacje mają wpływ, a także przedstawicieli administracji stanowej, przywódców plemiennych, którzy mogą być pomocni w ustaleniu rzeczywistych skutków ich stosowania. W sec. 2 przewiduje również obowiązek stworzenia warunków do swobodnej wypowiedzi tych podmiotów co do tego, które z istniejących przepisów powinny stać się przedmiotem RIA *ex post*. Zaangażowanie obywatela w ten proces może być korzystnym wzorcem również dla polskiego systemu prawnego, zwłaszcza tam, gdzie kontrolowana materia ma charakter mniej polityczny a bardziej praktyczny.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że w USA opisywane instrumenty nie są stosowane wobec przepisów o charakterze ustrojowym, te bowiem nie są oczywiście przedmiotem właściwości żadnej z agencji regulacyjnych. Wynika to nie tylko z definicji legalnej działania regulacyjnego o szczególnym znaczeniu zawartym w E.O. 12866. Jednym z fundamentów systemu RIAs w Stanach Zjednoczonych, co wynika zarówno z litery prawa, jak i praktyki agencji regulacyjnych, jest poddanie tej procedurze jedynie tych przepisów, które są gospodarczo istotne w skali całego państwa. Ekonomiczny aspekt regulacji

40 *Executive Order 13610 Identifying and Reducing Regulatory Burdens* z 10 maja 2012 r., Federal Register vol. 77, No. 93 (sec. 1).

41 *Ibidem*.

ocenianych w RIAs *ex post* podkreśla zwłaszcza Executive Order 13609⁴², na których podstawie wprowadzono obowiązek sporządzania analiz względem aktów prawnych dotyczących relacji międzynarodowych Stanów Zjednoczonych, które mają handlowy charakter i tylko w odniesieniu do partnerów, z którymi wymiana handlowa jest znacząca. Celem przeprowadzenia tych analiz będzie więc w tym wypadku przede wszystkim wyszukiwanie w systemie prawnym niepotrzebnych z punktu widzenia amerykańskiego systemu prawnego różnic pomiędzy uregulowaniami przyjętymi przez USA i ich partnerów oraz koniecznych zdaniami agencji zmian w tym zakresie. Z natury rzeczy więc studia te najczęściej sporządzane będą na etapie postlegislacyjnym.

Analiza *instytucji RIA* w amerykańskim porządku prawnym nie była by kompletna bez wskazania jej kluczowych elementów strukturalnych. Nie są one enumeratywnie wymienione w żadnym z powołanych wyżej przepisów, wykaz znajdujący się poniżej opiera się na kilkudziesięciu analizach sporządzonych w ostatnich dwóch latach. Podobnie jak w innych sferach, tak i do tego aspektu oceny *ex post* stosuje się te same wymagania co względem RIA sporządzanych na etapie przyjmowania konkretnego przepisu. Najczęściej zawierają one:

- *statement of need* – ta część RIA ma na celu wyjaśnienie konieczności przyjęcia proponowanych rozwiązań, wskazanie powodów, dla których konieczne jest nowelizowanie konkretnych przepisów;
- *overall impact* – w tej części znajduje się natomiast przede wszystkim wskazanie ogólnych celów ewentualnej reformy, analiza realizacji założonych wcześniej celów przepisów w procesie ich stosowania oraz ogólna ocena ich wpływu na porządek prawny, obywateli i rezydentów USA oraz amerykańską gospodarkę;
- *detailed impact analysis* – struktura, metodologia i treść tej części zależy od natury analizowanej regulacji. Znajdują się w tym miejscu najczęściej szczegółowe dane dotyczące konkretnych aspektów stosowania ocenianych przepisów;
- *regulatory alternatives* – zgodnie z obowiązującymi przepisami każda z agencji jest zobowiązana do przedstawienia innych niż projektowane rozwiązania wraz z uzasadnieniem, dlaczego wybrano te, a nie inne;
- wymagania wynikające z *Regulatory Flexibility Act* – ta część powinna zawierać przedstawienie danych uzyskanych w wyniku wykorzystania innych metod badawczych niż te, które zostały użyte w poprzednich częściach tego dokumentu. Jest to szczególnie istotne właśnie na etapie postlegislacyjnym. Dzięki nim możliwe jest przedstawienie najszerszej analizy stosowania obowiązujących przepisów, czego wymaga się dla sporządzenia rzetelnej oceny;

42 *Executive Order 13609 Regulatory Working Group Guidance* z 4 maja 2012 r., Federal Register vol. 77, No. 87.

- *unfunded mandates* – na ten element RIA składają się głównie wydatki i przychody budżetowe związane ze stosowaniem analizowanych przepisów (i postulowanych zmian), zwłaszcza te, które nie zostały przewidziane w budżecie federalnym;
- *on federalism* – jeżeli proponowana nowelizacja doprowadziła lub może doprowadzić do powstania istotnych kosztów po stronie władz stanowych lub plemiennych, skutków na prawo stanowe albo w jakikolwiek inny sposób wpłynąć na relacje pomiędzy stanami a władzą centralną, na podstawie Executive Order 13132 należy dołączyć ich analizę dotyczącą tych zagadnień⁴³.

4. Ocena rozwiązań wprowadzanych do systemu RIAs po 2017 r.

System oceny skutków regulacji w postępowaniu pozaparlamentaryjnym w Stanach Zjednoczonych daleki jest od ideału. Jego wprowadzenie służyć miało przede wszystkim zwiększeniu i usprawnieniu nadzoru prezydenta nad działaniem agencji regulacyjnych, by ich funkcjonowanie zgodne było z priorytetami jego polityki⁴⁴. Polityczność materii, których dotyczą RIAs jest w przekonaniu większości doktryny główną jego bolączką. Jest to zauważalne niezależnie od tego, w jakiej procedurze powołuje się kierownictwo danej agencji regulacyjnej. W systemie amerykańskim oczywiste jest to, że gdy kierownictwo agencji i prezydent wywodzą się z tego samego środowiska. Na tym tle można zaobserwować, że w przypadku agencji niezależnych od rządu federalnego, wyniki przeprowadzanych analiz uzależnione są od politycznego stanowiska jej kierownictwa, często wrogiego prezydentowi⁴⁵. W publikacjach poświęconych temu problemowi wskazuje się, że najpowszechniejsze jest zawyżanie kosztów lub korzyści wynikających z przeprowadzenia reformy oraz stosowania jej przepisów⁴⁶. Wydaje się, że rację trzeba przyznać tym autorom, którzy uważają, że to właśnie dla urealnienia wpływu władzy

43 Przykładem takiego układu jest HHS Notice of Benefit and Payment Parameters for 2016 (zob. *Federal Register*, vol. 80, no. 39).

44 Allan B. Morrison, „OMB Interference With Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation” *Harvard Law Review*, 99 (1985): 1060-1063.

45 Zob. Stuart Shapiro, John F. Morall III, „The Triumph of Regulatory Politics Benefit–Cost Analysis and Political Salience” *Regulation & Governance*, 6 (2012): 189-206.

46 Zob. np. Winston Harrington, Richard D. Morgenstern, Peter Nelson, „On the Accuracy of Regulatory Cost Estimates” *Journal of Policy Analysis and Management*, 19 (2000): 297-332.

wykonawczej na agencje regulacyjne zdecydowano się umieszczenie w EO 16563 rozwiązania dotyczącego *expressis verbis* kontroli postlegislacyjnej⁴⁷.

Wspomniany już kilkakrotnie E.O. 13563, którego nazwa (Improving Regulation and Regulatory Review) jasno wskazuje cel wprowadzanych nim przepisów, stanowiąc najbardziej chyba obiektywną ocenę amerykańskiej praktyki w zakresie sporządzania analizy skutków regulacji. Administracja Donald Trumpa także podejmuje starania zmierzające do naprawy tej sytuacji. Prezydent zdecydował się na w pierwszych dniach swojej kadencji wydanie Executive Order 13771 (dalej: E.O. 13771)⁴⁸ oraz 13777⁴⁹ (dalej: E.O. 13777). Ich podstawowym celem jest ograniczenie kosztów sporządzania RIA. Zdaniem OMB, środki przeznaczane przez rząd federalny na dokonywanie tych analiz są bowiem niewspółmiernie wysokie do efektów tych procedur. Mimo że wprowadzenie E.O. 13771 uznać trzeba za uzasadnione, trudno zaakceptować wszystkie wynikające zeń rozwiązania. Jedno z najbardziej dyskusyjnych rozwiązań przewiduje sec. 2 lit a. Polega ono na nakazaniu wszystkim podmiotom odpowiedzialnym za analizowanie istniejących regulacji, w przypadku propozycji wprowadzenia nowej regulacji, wskazanie przynajmniej dwóch, które należałoby uchylić. Nie budzi wątpliwości, że tego rodzaju przepis może być szkodliwy nawet wówczas, gdy system prawny jest przeładowany. Tego rodzaju wymagania wydają się nie mieć konstruktywnego charakteru. Ich wprowadzenie w Stanach Zjednoczonych jest, na co wskazuje Stuart Shapiro, odejściem od klasycznej analizy kosztów i korzyści z wprowadzanych regulacji poprzez przeniesienie środka ciężkości na konieczność wykazania obniżenia kosztów, które będzie efektem wprowadzania nowych przepisów⁵⁰. Krytyka zasady *two for one* podnoszona przez specjalistów koncentruje się przede wszystkim na dwóch problemach: jej niezgodności z zasadą podziału władzy poprzez wykroczenie przez prezydenta poza przyznane mu w konstytucji uprawnienia oraz nałożeniu na

47 Zob. Winston Harrington, Lisa Heinzerling, Richard D. Morgenstern, *Reforming Regulatory Impact Analysis. Resources for the Future Report* (Washington DC: Resources for the Future, 2009), 36-37.

48 *Executive Order 13771 Reducing Regulation and Controlling Regulatory Agency* z 30 stycznia 2017 r., Federal Register, vol. 82, no 22.

49 *Executive Order 13777 Enforcing the Regulatory Reform Agenda* z 24 lutego 2017 r., Federal Register vol. 82, no 39.

50 Stuart Shapiro, *OIRA's Dual Role and the Future of Cost-Benefit Analysis (working paper)* przygotowany przez autora na seminarium „The Future of White House Regulatory Oversight and Cost-Benefit Analysis”, które odbyło się na George Mason University 13 września 2019 r. <https://administrativestate.gmu.edu/wpcontent/uploads/sites/29/2019/09/Shapiro-Working-Paper-19-18.pdf>).

agencje regulujące arbitralnych ograniczeń uniemożliwiających im prawidłowe funkcjonowanie⁵¹. To Kongres jest bowiem jedynym podmiotem uprawnionym do ustanawiania kolejnych obligatoryjnych czynników oceny wprowadzanych regulacji, co zresztą znalazło swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁵². Wokół E.O. 13771 powstał spór sądowy pomiędzy administracją prezydenta Trumpa a kilkoma organizacjami pozarządowymi wskazującymi te wątpliwości. Holly L. Weaver uważa, że dla oceny tego E.O. 13771 sąd rozpoznający tę sprawę powinien kierować się przepisami Administrative Procedure Act dotyczącymi sądowej oceny polityk regulacyjnych wprowadzanych przez organy federalne, zwłaszcza zaś testem, czy nie jest on „arbitralny lub bezpodstawny”. Ów test jest w zasadzie systemem skomplikowanych wskazań wynikających z orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz obowiązujących przepisów, które można ująć jako następujące wątpliwości czy jego wprowadzenie było oparte na merytorycznej analizie istniejących rozwiązań oraz przewidywanych skutkach jego stosowania oraz czy owe obostrzenia są racjonalne⁵³. Jeżeli sąd uzna, że którąś z nich można odnieść do zakwestionowanych przepisów tego *executive order*, powinny one zostać jego wyrokiem uchylone. Należy się zgodzić z konkluzjami, które formułuje cytowana autorka. Dla poprawienia procedur regulacyjnych powinno się wykorzystać wprowadzony przez E.O. 12866 doroczny plan regulacyjny poprzez konieczność przedstawienia w nim przynajmniej określonego odsetka (np. 10%) aktów prawnych tego szeregu, za których egzekwowanie odpowiedzialna jest dana agencja podlegających w kolejnym roku analizie co do ich dalszej przydatności i przewidywalnej efektywności oraz ekonomicznych skutków dalszego ich obowiązywania zestawionych z ewentualnymi zyskami fiskalnymi wynikających z ich uchylecia⁵⁴.

Dobrym pomysłem wprowadzonym przez administrację prezydenta Trumpa wydaje się powołanie urzędników odpowiedzialnych za wprowadzanie innych założeń tych przepisów w życie (Regulatory Reform Officers, dalej: RRO). Powierzono im przede wszystkim koordynację analiz skutków regulacji, zwłaszcza w sytuacji gdy oceniane przepisy funkcjonują na styku wielu branż i właściwości wielu podmiotów. Gdyby polski prawodawca zdecydował się na przyjęcie amerykańskich rozwiązań dotyczących RIA w stosunku

51 Holly L. Weaver, „One for the Price of Two. The Hidden Costs of Regulatory Reform Under Executive Order 13771” *Administrative Law Review*, 70 (2018): 503.

52 *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 546 U.S. 519 (1978); za: Weaver, „One for the Price of Two”, 504.

53 Weaver, „One for the Price of Two”, 504.

54 Ibidem, 511.

do rozporządzeń, wydaje się, że powołanie takich urzędników byłoby pożądane.

5. Parlamentarna ocena skutków regulacji – Congressional Research Service

Na zakończenie rozważań poświęconych amerykańskiemu systemowi oceny skutków regulacji na etapie postlegislacyjnym należy odnieść się do funkcjonowania tej instytucji w parlamencie. Poniższe uwagi przekonują, że rozwiązania przyjęte w Polsce nie odbiegają znacząco od amerykańskich.

Organem odpowiedzialnym za sporządzanie analiz dotyczących skutków regulacji (zarówno *ex post*, jak i *ex ante* bez zasadniczych różnic formalnych) jest obecnie Congressional Research Service, która jako Legaslativ Reference Center została powołana już w 1914 r⁵⁵. Instytucjonalnie służba ta stanowi część Biblioteki Kongresu. Jej działalność jest natomiast regulowana w §166 Tytułu II Kodeksu Stanów Zjednoczonych (z ang. United States Code, dalej: USC) poświęconego federalnej władzy ustawodawczej.

Zgodnie z przepisami powołanej sekcji USC każdy z deputowanych, komisja lub połączone komisje Senatu i Izby Reprezentantów mogą zwrócić się do CRS o wydanie szczegółowej analizy dotyczącej konkretnej kwestii związanej z projektem przepisów prawnych, funkcjonowaniem obowiązujących już przepisów oraz przedstawionych przez agencję regulacyjną RIA⁵⁶. Dyspozycyjność względem członków obu izb rozumiana jako sporządzanie analiz na prośbę deputowanych jest znana także w odniesieniu do Biura Analiz Sejmowych. W odróżnieniu od uregulowania polskiego do korzystania ze Służby podczas dokonywania postlegislacyjnej oceny przepisów uprawnione są obie izby Kongresu. Jedyne różnice, które występują w zależności od konkretnej komisji, wynikają z przyjętych dlań zasad funkcjonowania (każda z nich przyjmuje własne).

Do zadań Congressional Research Service należy sporządzanie na żądanie komisji Senatu, Izby Reprezentantów lub połączonych komisji Kongresu analiz, ocen projektów ustaw, które wchodzi w zakres właściwości konkretnej Komisji oraz rekomendacji dotyczących aktów przedstawionych Kongresowi przez prezydenta lub agencję wykonawczą. Zgodnie z §166 lit. d pkt 1 treścią tych opracowań powinno być przede wszystkim przeanalizowanie celowości wprowadzenia proponowanych rozwiązań

55 Niniejsze opracowanie nie może zostać poświęcone kwestii genezy tej agendy rządu federalnego, zob. Harry Willmer Jones, „Bill-drafting Services in Congress and the States Legislatures” *Harvard Law Review*, 65 (1952): 443-447.

56 Wynika ona z kontroli, do której wobec agencji regulacyjnych uprawniony jest Kongres USA. Kompetencja ta wynika z ustawy zasadniczej oraz z *Legislative Reorganization Act* z 1946 r.

oraz co szczególnie istotne z perspektywy postawionego w tym opracowaniu problemu ocena stosowania obowiązujących przepisów i sformułowanie ewentualnych wniosków *de lege lata* i *de lege ferenda*. Pkt. 2 i 3 wprowadzają natomiast obowiązek sporządzenia wykazu regulacji, którymi deputowani w dwuletnim okresie obrad Kongresu powinni się zająć z uwagi na ich przewidziane prawem wygaśnięcie. Poza tym na żądanie komisji lub chociażby jednego z deputowanych oraz z własnej inicjatywy CRS powinno opracowywać w dowolnej formie (monografii, raportów, biuletynów, notatek, memorandumów etc.) informacje istotne dla podejmowanych przez władzę ustawodawczą decyzji. Udział Służby w procedurze ustawodawczej rozumiany jako sporządzenie pogłębionej analizy dotyczącej działań parlamentarzystów nie jest obligatoryjny na gruncie przepisów ustanawiających procedurę legislacyjną. Zwykle przedstawiane są podczas prac w komisjach lub w trakcie prac nad projektem przepisów przed ich wniesieniem pod obrady jednej z izb. Rozwiązanie to jest bardzo elastyczne, co pozwala na koncentrowanie uwagi zatrudnionych ekspertów na zagadnieniach rzeczywiście wymagających dogłębnej analizy. Zapewnia to możliwość swobodnego decydowania o sporządzeniu opinii w odniesieniu do wybranych przepisów, a nie wszystkich, które spełniają sztywne kryteria. Dla prawidłowego funkcjonowania tego rodzaju służb jest zapewnienie im pewnej dozy niezależności w wyborze materii, którymi będą się zajmować. Oczywiście jest jednak to, że powinny być jednocześnie w pewnej mierze dyspozycyjne dla deputowanych, którym zobowiązane są służyć radą.

Dla BAS szczególnie ważne wydaje się wskazanie, jakie zasady regulują funkcjonowanie jego amerykańskiego odpowiednika. Podobnie jak BAS, CRS została zorganizowana w kilku zespołach: prawa amerykańskiego, polityki socjalnej, spraw zagranicznych, obrony i handlu; rządu i finansów publicznych; złożeń, nauki i przemysłu. Na jej czele stoi wskazywany przez Głównego Bibliotekarza Kongresu po zasięgnięciu opinii połączonej komisji obu izb do spraw Biblioteki Kongresu (z ang. Librarian of Congress, dalej: LoC) dyrektor i powołany na jego wniosek przez LoC zastępca. Do uprawnień LoC należy również powoływanie (na wniosek dyrektora CRS) specjalistów i starszych specjalistów w wymienionych w §166 lit. e USC polach badawczych. Apolityczność tej służby zapewnić ma nie tylko zupełnie normalny z polskiej perspektywy nakaz powstrzymywania się od działalności politycznej (§166 lit. c pkt 2 USC), ale także rozwiązania uniemożliwiające w zasadzie odwołanie jej kierownictwa⁵⁷ (w grę wchodzić może jedynie *impeachment*). Należy jednak stwierdzić, że są one archaiczne, dlatego ich adopcja na gruncie polskim nie byłaby chyba możliwa.

57 Ciekawostką jest, że w historii Stanów Zjednoczonych było 45 prezydentów (wielu pełniło urząd więcej niż raz), tylko 17 prezesów Sądu Najwyższego i jedynie 14 Głównych Bibliotekarzy Kongresu.

W budżecie federalnym na 2018 r.⁵⁸, wprowadzono diametralną zmianę w funkcjonowaniu CRS. Dopiero wówczas wszystkie opracowania sporządzone przez kongresowych analityków dostępne są dla obywateli. Wcześniej wgląd do nich mieli jedynie deputowani oraz członkowie Government Accountability Office (w Stanach Zjednoczonych jest to odpowiednik Najwyższej Izby Kontroli, ustrojowo umiejscowiony w ramach władzy ustawodawczej) oraz Congressional Budget Office. Warto zwrócić uwagę, że analizy przedstawiane przez Congressional Research Service są w dużym stopniu – inaczej niż RIAs – odformalizowane, przyjmują rozmaite kształty raportów, materiałów do wystąpień ekspertów na posiedzeniach odpowiednich komisji oraz publikacji naukowych przygotowywanych po zorganizowanych przez CRS konferencjach i seminariach. Wszystkie, z wyjątkiem opracowań zawierających informacje objęte klauzulą tajności, dostępne są na dedykowanej witrynie internetowej.

6. Podsumowanie

Analiza polskich przepisów nie była przedmiotem niniejszego opracowania, wypada jednak stwierdzić, że część z obowiązujących w systemie amerykańskim wzorców odpowiada regulacjom przyjętym w Polsce, zwłaszcza w zakresie procedur parlamentarnych. Doświadczenia ostatnich dekad funkcjonowania Centrum Analiz Sejmowych przekonują, że przyjęty kierunek jest prawidłowy. Udoskonalanie funkcjonujących tam mechanizmów jest jednak uzależnione od lepszego jego finansowania. Więcej miejsca na zmiany niewątpliwie jest na etapie rządowym. Na podstawie doświadczeń amerykańskich należy przyjąć, że pożądane jest sformalizowanie w Polsce mechanizmu analizy – zarówno *ex ante*, jak i *ex post* – tj. przyjęcie szczegółowych kryteriów jakim odpowiadać powinna treść tych opracowań. Najnowsze wydarzenia na gruncie amerykańskim przekonują, że polski prawodawca powinien unikać jednak przede wszystkim arbitralnych kryteriów – takich jak zasada *two for one* – które wprowadzają nadmierne restrykcje do skomplikowanego i, ze swej istoty zniuansowanego, procesu sporządzania analiz polityk regulacyjnych.

Bibliografia

- Ackerman Frank, Lisa Heinzerling, „Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection” *University of Pennsylvania Law Review*, 150 (2002): 1553-1584.
- Adamowski Jarosław, „Instytucje oceny skutków regulacji w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej w kontekście negocjacji and TTIP” *Stosunki Międzynarodowe*, 2 (2015): 255-280.

58 The Consolidated Appropriations Act, Pub.L. 115-141.

- Amar Akhil Reed, „Fourteenth Amendment as a New Constitution”, [w:] *Encyclopedia of the American Constitution vol. 3*, red. Leonard W. Levy, Kenneth. L. Karst, Adam Winkler. 1090-1092. New York: MacMillan Reference, 2000.
- Anderson Elizabeth, *Value in Ethics and Economics*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- Asmus Cheryl, Paul Bell, John B. Loomis, „A Comparison of Actual and Hypothetical Willingness to Pay of Parents and Non-parents for Protecting Infant Health: The Case of Nitrates in Drinking Water” *Journal of Agricultural and Applied Economics*, 41 (2009): 697-712.
- Bayefsky Rachel, „Dignity As a Value in Agency Cost-Benefits Analysis” *Yale Law Journal*, 123 (2014): 1732-1783.
- Błaszczuk Cezary, *Amerykańska myśl wolnościowa: od liberalizmu do libertarianizmu*. Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2018.
- Cecot Caroline, W. Kip Viscussi, „Judicial Review of Agency Benefit-Cost Analysis” *George Mason Law Review*, 22 (2015): 575-618.
- Davis Kenneth Culp, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.
- Freedman James O., *Crisis and Legitimacy. The Administrative Process and American Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- Freeman Joddy, Jim Rossi, „Agency Coordination in Shared Regulatory Space” *Harvard Law Review*, 125 (2012): 1131-1211.
- Harrington Winston, Lisa Heinzerling, Richard D. Morgenstern, *Reforming Regulatory Impact Analysis. Resources for the Future Report*. Washington DC: Resources for the Future, 2009.
- Harrington Winston, Richard D. Morgenstern, Peter Nelson, „On the Accuracy of Regulatory Cost Estimates” *Journal of Policy Analysis and Management*, 19 (2000): 297-332.
- Hoffman Elisabeth, Matthew L. Spitzer, „Willingness to Pay Vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications” *Washington University Law Quarterly*, 71 (1993): 59-114.
- Jones Harry Willmer, „Bill-drafting Services in Congress and the States Legislatures” *Harvard Law Review*, 65 (1952): 441-451.
- Kagan Elena, „Presidential Administration” *Harvard Law Review*, 114 (2001): 2245-2385.
- Ludwikowska Anna M., *System źródeł prawa Stanów Zjednoczonych: prawo i prawnicy, struktura władzy, spory prawne*. Toruń: TNOIK. Dom Organizatora, 1999.
- Mahoney Dennis J., „State”, [w:] *Encyclopedia of the American Constitution vol. 5*, red. Leonard W. Levy, Kenneth. L. Karst, Adam Winkler, 2481. (New York: MacMillan Reference, 2000).
- Miller Arthur Selwyn, „The Changing Role of the United States Supreme Court” *Modern Law Review*, 25 (1962): 641-653.

- Morrison Allan B., „OMB Interference With Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation” *Harvard Law Review*, 99 (1985): 1059-1074.
- Shapiro Stuart, John F. Morall III, „The Triumph of Regulatory Politics Benefit–Cost Analysis and Political Salience” *Regulation & Governance*, 6 (2012): 189-206.
- Shapiro Stuart, *OIRA’s Dual Role and the Future of Cost-Benefit Analysis*. <https://administrativestate.gmu.edu/wpcontent/uploads/sites/29/2019/09/Shapiro-Working-Paper-19-18.pdf>.
- Sunstein Cass R., „Cost-Benefit Analysis and the Separation of Powers” *Arizona Law Review*, 23 (1981): 1267-1282.
- Szyszkowski Waław, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969.
- Weaver Holly L., „One for the Price of Two. The Hidden Costs of Regulatory Reform Under Executive Order 13771” *Administrative Law Review*, 70 (2018): 504-512.