

Nr 2



cena
40 zł
(w tym 5% VAT)

PRAWO i WIĘZ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK I NUMER 2 (2) ZIMA 2012 ROK

ISSN 1506-7513
ISSN 2299-405X



SPÓDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.prawoiwiedz.edu.pl • www.sin.edu.pl

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

DODATEK KWARTALNIKA NAUKOWEGO PIENIĄDZE i WIĘŹ

ISSN 1506-7513

ROK I NUMER 2 (2) ZIMA 2012

ISSN 2299-405X

Rada Programowa:

prof. **C. Mik** (UKSW) –
przewodniczący
dr **B. Banaszekiewicz**
prof. **J. Jabłońska-Bonca**
(Akademia Leona Koźmińskiego)
prof. **Z. Cieślak** (UKSW)
prof. **H. Cioch** (KUL, SIN)
ks. prof. **A. Dębiński** (KUL)
ks. abp. prof. **A. Dzięga** (KUL, SIN)
prof. **T. Jasudowicz** (UMK)
prof. **R. Kwiecień** (UMCS)
prof. **J. Majewski** (UKSW)
prof. **M. Michalski** (UKSW)
prof. **K. Pietrzykowski** (UW, SIN)
dr **J. Potrzeszcz** (KUL)
prof. **Z. Rau** (UŁ)
dr **R. Romanowski** (UKSW)
dr **K. Ujazdowski** (UŁ)
ks. prof. **A. Warchałowski** (UKSW)
prof. **K. Wojtyczek** (UJ)
dr hab. **P. Zakrzewski** (KUL)

International Board:

prof. **A. Czarnota** (Australia) –
przewodniczący
prof. **Z. Bankowski** (Wielka Brytania)
prof. **G.A. Doederlein Schwartz**
(Brazylia)
prof. **Ch. Hillgruber** (Niemcy)
prof. **H. Hydén** (Szwecja)
dr **B. Iancu** (Rumunia)
dr hab. **Z. Koudelka** (Republika Czeska)
prof. **M. Krygier** (Australia)
ks. prof. **M. Rhonheimer** (Włochy)
prof. **H. Tarumoto** (Japonia)

Zespół redakcyjny:

prof. **Lech Morawski** - redaktor naczelny
prof. **Krystyna Pawłowicz** - z-ca redaktora
naczelnego
prof. **Adam Jedliński** - z-ca redaktora
naczelnego
Agata Miętek - sekretarz
Janusz Ossowski - redaktor zarządzający
Alina Bagińska - redaktor językowy
Andrzej Kozakowski - skład

Prenumerata roczna 160 zł,
cena za jeden zeszyt 40 zł (w tym 5 % VAT),
nakład 200 egz.

Konto Wydawcy: Raiffeisen Bank
05 1750 1325 0000 0000 1303 1843

Okładka: Rogier van der Weyden, *Święty Iwo*
Źródło: Web Gallery of Art, Węgry (www.wga.hu)

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Adres:

Redakcja Wydawnictwa
Spółdzielczy Instytut Naukowy G. Bierecki sp. j.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl; redakcja_piww@skok.pl

Adres do korespondencji:

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu
Mikołaja Kopernika
ul. Władysława Bojarskiego 3, 87-100 Toruń
tel. 503 839 374, 606 285 765
www.prawoiwiedz.edu.pl
e-mail: prawoiwiedz@gmail.com

Na okładce *Święty Iwo* autorstwa Rogiera van der Weydena (ok. 1399/1400–1464).

Obraz znajduje się w Galerii Państwowej w Londynie. Ilustracja udostępniona za zgodą Web Gallery of Art (www.wga.hu)

Obraz przedstawia św. Iwo (Iwona) z Bretanii (in. Iwo z Kermartin, właśc. Iwo Helory), który żył w latach 1253 - 1303. Iwo był prezbiterem, tercjarzem franciszkańskim, ukończył prawo kanoniczne i cywilne, przez wiele lat sprawował urząd oficjała sądu biskupiego w Treguier (sądził w sprawach karnych i cywilnych w imieniu biskupa). Znany był z niezwykłej pobożności i ascezy, licznych dzieł charytatywnych; nazywano go „advokatem biedaków”. W swoim domu św. Iwo urządził szpital, łaźnię, sierociniec i przytułek dla najuboższych, dla których to przeznaczał swoje pobory. Na jego grobie wyryto inskrypcję: Sanctus Ivo erat Brito/ Advocatus et non latro/ Res miranda populo (Pochodził święty Iwo z bretońskich włości/ Chociaż adwokat, lecz o dziwo!/ Słynął z uczciwości).

Do Polski kult św. Iwona dotarł bardzo wcześnie, w II poł. XIV w. (Wrocław , Iwonicz-Zdrój); w XVII i XVIII w. powstawały bractwa św. Iwona, zrzeszające prawników (Piotrków Trybunalski, Lublin, Kraków, Warszawa, Lwów).

Św. Iwo jest patronem wszystkich zawodów prawniczych.



Spis treści

ARTYKUŁY

<i>Anna Młynarska-Sobaczewska</i> Rozliczenie z przeszłością jako działanie legitymizacyjne	7
<i>Martin Krygier</i> Why the Rule of Law is too important to be left to lawyers	30
<i>Tomasz Barankiewicz</i> W kierunku nowej etyki w administracji publicznej - stanowisko pluralizmu normatywnego	53
<i>Michał Kielb</i> Etyka i praktyka sporządzania projektów uzasadnień wyroków przez asystenta sędziego	67
<i>Jan Pfitzner</i> Jeszcze raz w sprawie sprzedaży stoczni	85

ARTYKUŁ RECENZYJNY

<i>Lidia Rodak</i> Więcej niż można się spodziewać (recenzja książki Martina Krygiera „Philip Selznick. Ideals in the World”)	109
---	-----

AUTORZY

O autorach numeru	119
-------------------------	-----



ARTYKUŁY

Rozliczenie z przeszłością jako działanie legitymizacyjne

Dealing with the past as legitimating activity

The legitimization, implied as process of seeking and providing the political power with acceptance of citizens must be founded on convictions of community. The time of democratic transition, like transition after 1989 in East and Central Europe is the best time to observe the process of legitimizing new centre of political power, making law and constitution for new, democratic state.

In such time the subject of political power must reconstruct democratic procedures, but the legitimization also includes other than procedural instruments to make conviction about legitimacy. These instruments have roots in common notion of values, national identity and remembrance, especially of the victims and repressions. The state power must externalize these concepts and – after that – create legal instruments, which can reconstruct them in a legal text to create or enlarge the common conviction about legitimacy. In consequence it brings questions about “transitional justice” and its role in legitimization of new political order and power.

The observation of the judgments of constitutional courts judgments and literature in this matter not only proves how important and fundamental is the role of such a process in postcommunist states, but it also demonstrates what is the real contemporary meaning of political community and its constitutive factors. It also shows the role of the wrong past experience in present transitional state conditions.

Anna Młynarska-Sobaczewska

*dr hab., prof. nadzw.
Katedra Prawa Konstytucyjnego,
Wydział Prawa i Administracji,
Uniwersytet Łódzki*

W refleksji dotyczącej zagadnień prawowitości sprawowanej władzy i sposobów jej uzyskiwania istnieje bardzo wiele klasyfikacji mechanizmów, instrumentów czy też formuł legitymizacyjnych¹. W takich klasyfikacjach

1 Od najbardziej klasycznego podziału Weberowskiego wprowadzającego rozróżnienie na trzy wewnętrzne uprąmocnienia panowania: 1) tradycja – autorytet tego, co „bezpowrotnie minione”, obyczaju uświęconego szacunkiem oraz wynikającym z przyzwyczajenia nastawieniem, by go przestrzegać, 2) autorytet niecodziennego, osobistego daru łaski (charyzmy), całkowicie

poważną rolę odgrywa często odwołanie do tradycji, czy szerzej – przeszłości. Jak pisze M. Weber – „podstawą wiary w prawomocność jest świętość odwiecznych «istniejących od zawsze» porządków i władzy pana”². Przekonanie o prawowitości, wiara legitymizacyjna, często znajduje zakotwiczenie w odwołaniu do porządku i reżimu politycznego i prawnego istniejącego wcześniej. Właściwie problem prawowitości władzy dostrzegalny staje się najwyraźniej w chwili utraty legitymacji dotychczasowego systemu i podmiotu władzy. W chwili transformacji – mniej lub bardziej rewolucyjnej – wszak dotychczasowy system przekonań o prawowitości staje się nieaktualny i wymaga pilnego przeobrażenia. Legitymacja zatem nowego porządku przychodzi spoza dotychczasowego porządku prawnego, legalnej legitymacji, ale też spoza, a nawet w opozycji do zastanych reguł sukcesji³ i przekonań o spełnianiu przez władzę jej funkcji. Roszczenie legitymizacyjne nowego ośrodka władzy i nowego jej systemu wymaga więc ukształtowania na nowo społecznej zgody co do jej sprawowania. We współczesnej literaturze akceptowana jest teza, że prawowitość sprawowania władzy jest cechą przypisywaną, nie zaś immanentną, zaś wspólną cechą wszystkich podmiotów władzy, a więc oddziałującą na relacje władzy jest nie tyle jej legitymacja, co raczej ciągła aktywność legitymizacji⁴. Legitymizacja jest działaniem, aktywną postawą, w odróżnieniu od legitymacji – pewnej cechy, atrybutu, które skłonni jesteśmy przypisać (albo odmówić) rządzącym – to cecha władzy, gdy jej sprawowanie spełnia pewne wymagania demokratyczne, „demokratycznego kontraktu”, jak pisze R. Barker⁵. W gruncie rzeczy owa legitymacja, jak pisze w innym miejscu, jest po prostu pewną metaforą, fikcją, jakiej potrzebujemy, żeby opisać okoliczności, w których ludzie skłonni są zaakceptować sprawowaną władzę⁶. To legitymizacja jest

osobiste oddanie oraz osobiste zaufanie do właściwości jednostki, 3) wreszcie panowanie na mocy „legalności”, na mocy wiary w ważność legalnego ustanowienia i uzasadnionej poprzez racjonalnie utworzone reguły „kompetencji” rzeczowej, M. Weber, *Polityka jako zawód i powołanie*, [w:] M. Weber, *Racjonalność, władza, odczarowanie*, Poznań 2004, s. 269. Inną klasyfikację typów legitymizacji władzy wskazuje Karl W. Teutsch, wyodrębniając następujące źródła legitymacji: tradycja, reprezentacja, procedura i skutki działania (K. W. Teutsch, *Politics and Government. How People Decide Their Fate*, Boston-Atlanta-Dallas-Geneva-Illinois-London 1976, [za:] W. Sokół *Legitymizacja systemów politycznych*, Lublin 1997, s. 29). Także w polskiej literaturze pojawiają się autonomiczne próby wyróżnienia grup formuł legitymizacyjnych – kilka z nich wymienia W. Sokół, pisząc o takich cechach władzy jak: zbieżność z naturalnym porządkiem rzeczy, odwieczność, kierowanie się szlachetnymi ideami, odnoszenie sukcesów w realizacji celów wspólnoty albo przynajmniej możliwość powołania się na sukcesy odnoszone wcześniej w tym zakresie (W. Sokół, *Legitymizacja...*, s. 32–34).

- 2 M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Warszawa 2002, s. 168.
- 3 Z pewnością nie da się legitymizować regułą sukcesji, bo właśnie o to chodzi, że rewolucja jest gwałtowną zmianą i odrzuceniem istniejących reguł – R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 19, H. Hart, *Pojęcie prawa*, s. 58., A. Khan, *Legal Theory of Revolutions*, „Boston University International Law Journal”, 1987, no 5, s. 2.
- 4 R. Barker, *Legitimizing Identities. The self-presentations of Rulers and Subjects*, Cambridge 2001, s. 2, także 22. Tam także przywołane podobne rozumienie tych terminów, np. F. Bourricaud, *Legitimacy and Legitimation*, „Current Sociology” 1987, t. 35, nr 2, s. 57–67, p. 57.
- 5 R. Barker, *op. cit.*, s. 9.
- 6 *Ibid.*, s. 19.

zatem koniecznym komponentem każdej władzy, składnikiem definiującym⁷. Rodney Barker stawia wręcz tezę, że brak aktywności w kierunku legitymizacji odejmuje władzy zdolność rządzenia. W jego ujęciu, podobnie jak u N. Luhmanna, legitymizacja jest działaniem władzy skierowanym na uprawomocnienie jej działań – właściwie więc terminem adekwatnym byłaby „autolegitymizacja” (self-legitimation)⁸; podobnie zagadnienie ujmują cytowani przez Luhmanna F. Bourricaud i R. Munch⁹.

Kwestia legitymizacji staje się zatem niezwykle ważnym problemem w państwach, które przeżyły transformację ustrojową. Znalezenie aksjologicznych podstaw nowego ustroju, uprawomocnienie władzy, znalezenie spójnego systemu instrumentów służących stworzeniu państwa demokratycznego od podstaw – poprzez prawo wyborcze, instytucje demokracji bezpośredniej, a także – co być może najbardziej newralgiczne – próba zmierzenia się z autorytarną czy totalitarną przeszłością państwa. Instrumenty legitymizacyjne, najogólniej rzecz ujmując, podzielić można na dwie grupy – sięgające do procedur i sięgające do sfery wartości uznawanych za wspólne i pożądane. Oba sięgają w gruncie rzeczy do tego samego bazowego przekonania o racji istnienia władzy, jaką jest substytut jednomyślności, starając się to przekonanie wywołać lub umocnić, choć w różny sposób. Pierwsza grupa – instrumenty proceduralne – odwołują się do wytworzenia przeświadczenia, że woła podmiotu władzy jest przez nas akceptowana, bowiem osoby sprawujące władzę zostały wybrane w wyborach powszechnych albo realizują wolę wyrażoną w głosowaniu – powszechnym lub przedstawicielei narodu jako suwerena. Są to zatem instrumenty z grupy „input”, nastawione do wewnątrz, wytwarzające przekonanie o prawowitości działań poprzez partycypację rządzonych. Druga grupa, instrumenty z grupy „output”, odwołują się do zewnętrznych obiektów wspólnych dla rządzonej społeczności i podmiotu władzy – są to obiekty zewnętrzne ze sfery wartości pożądanych, dóbr albo innych uznanych za istotne i konstytutywne dla wspólnoty. Do tej grupy zaliczyć zatem można takie mechanizmy, które odwołują się do przeszłości społeczności, doświadczenia historycznego i „pamięci zbiorowej”¹⁰ jako istotnych elementów życia społecznego wytwarzających poczucie więzi i tożsamości. Poprzez bowiem osąd zdarzeń historycznych wyrażony w aktach prawnych i aktach stosowania prawa podmiot władzy, wyrażając mniej lub bardziej samozwańczo wolę społeczności rządzonych, zamyka w nim wspomnienie i doświadczenie zbiorowości. To z kolei tworzy, jak chciał M. Halbwachs, łańcuch idei i sądów, właściwe ramy pamięci

7 R. Barker, *op. cit.*, s. 24. Podobnie wśród innych autorów H. Moerchen, który konstatuje, że brak eksplikacji legitymizacji, uprawomocnienia władzy – u Theodora Adorno i Martina Heideggera, to poważny wobec ich refleksji nad władzą zarzut (H. Moerchen, *Władza i panowanie u Heideggera i Adorna*, Warszawa 1999, s. 232–234).

8 R. Barker, *op. cit.*, s. 28. H. Hart z kolei pisze o legitymizowaniu samego siebie (legimate itself) – *The Concept of Law*, s. 58.

9 F. Bourricaud: „Un pouvoir legitime, c'est un pouvoir qui accepte ou meme qui institue son propre proces de legitimation”, *Esquisse d'une theorie de l'autorite*, Paris 1961, s. 7; R. Munch, *Legitimität und politische Macht*, Opladen 1976, s. 99 i n, [za:] N. Luhmann, *Samolegitymizacja państwa*, „Colloquia Communia” 6/41/1988–1/42/1989, s. 155–156.

10 Twórcą pojęcia „pamięci zbiorowej” jest M. Halbwachs, w swojej pracy *Spoleczne ramy pamięci* (Warszawa 1969) odróżnił pamięć indywidualną od pamięci zbiorowej, stwierdzając, że na pamięć jednostki składa się cały system schematów i wspomnień, których nie sposób oderwać od doświadczenia innych osób (s. 407). Stwierdził on zarazem, że pamięć zbiorowa jest efektem pewnych konwencji społecznych (s. 412).

zbiorowej¹¹, w którym kluczowe jest odnalezienie wspólnego punktu odniesienia, tożsamości w doświadczeniu.

Warto zatem poszukać odpowiedzi na pytanie, czy działania legitymizacyjne, to jest działania podejmowane przede wszystkim przez podmioty władzy w celu uzyskania przekonania o swej prawowitości mogą korzystać ze społecznego doświadczenia przeszłości i jak takie działania znajdują swój wyraz w instrumentach prawnych. W tym tekście postaram się jednak wykazać, że instrumenty odnoszące się do przeszłości, nazwane tu retrospektywnymi, mają naturę złożoną, poprzez pierwotne odwołanie do wspólnej przeszłości i jej oceny stwarzają odrębne procedury i warunki dyskursu należące do grupy instrumentów partycypacyjnych. Są zatem interesującym obiektem – należąc do grupy instrumentów normatywnych, wyrażonych w tekstach prawnych, stanowią zarazem wyraźną wypowiedź podmiotu władzy co do zdarzeń z przeszłości i ich oceny, a zatem pełnią funkcję komunikacyjną i legitymizacyjną.

Wyróżnić można dwie drogi szukania wiary w prawowitość obecnej władzy w odniesieniu do przeszłości; po pierwsze taka retrospekcja w działaniach podmiotu nowej władzy może poszukiwać źródeł prawowitości w kontynuacji wiary legitymizacyjnej w niektóre instytucje – S. Huntington, autor sformułowania o retrospektywnej formule legitymizacji, podaje przykłady właśnie takich działań legitymizujących jak restauracja monarchii w Hiszpanii czy oparcie legalizacji nowego porządku ustrojowego w normach już nieobowiązującej konstytucji¹².

Odwołanie do chwalebnej przeszłości jednoczącej wspólnotę w celu wywołania przeświadczenia o prawowitości panującego obecnie reżimu politycznego i prawnego znajduje niekiedy wyraz w aktach normatywnych¹³, zwłaszcza zaś w konstytucjach. Jej przykładem mogą być preambuły konstytucyjne, to jest uroczyste wstępy poprzedzające część artykułowaną i zawarte w nich odwołania do dobrej historii oraz wskazywanie w niej źródeł przekonania o właściwości obecnego, przewidzianego przez konstytucję porządku normatywnego. Większość twórców konstytucji z instrumentu tego korzysta – znacząca większość konstytucji preambułę posiada, choć jej formy i objętość, a także cel umieszczenia mocno się od siebie różnią. Tytułem przykładu podać można krótki, ale bogaty w treść wstęp do konstytucji V Republiki czy uroczyste proklamacje ze wstępów do konstytucji komunistycznych – chociażby polskiej z 1952 roku¹⁴.

11 Halbwichs, *op.cit.* s. 412.

12 S. P. Huntington, *Trzecia fala demokratyzacji*, [w:] *Elity, demokracja, wybory*, red. J. Szczupczyński, Warszawa 1993, s. 77–78. Interesujące studium legitymizującej roli historii u – J. Łopuszewski, *Legitymizacyjna i delegitymizacyjna funkcja historii w walce politycznej* [w:] *Transformacje systemowe w Polsce i w krajach postkomunistycznych*, red. M. Chałubiński, Pułtusk 2008, s. 74–79.

13 O takiej roli pamięci zbiorowej – por. szerzej: Y. Zerubawal, *Recovered Roots. Collective Memory and the Making of Israeli National Tradition*, Chicago 1995. Tam też Autorka dokonuje analizy doboru wspomnień i doświadczeń historycznych, które składać się mają na tworzącą więź narodową pamięć zbiorową, takich jak słynące z tej funkcji powstanie w Masadzie.

14 Jej fragment brzmiał: (...) *Lud nawiązuje do najszczytniejszych postępowych tradycji Narodu Polskiego i urzeczywistnia idee wyzwolenicze polskich mas pracujących. Polski lud pracujący pod przewodem bohaterskiej klasy robotniczej, opierając się na sojuszu robotniczo-chłopskim, walczył dziesiątki lat o wyzwolenie z niewoli narodowej, narzuconej przez pruskich, austriackich*

Zarówno miejsce – początek konstytucji, jak i uroczysta forma preambuły sprzyja wytwarzaniu przekonania o jej szczególnym znaczeniu dla budowania przekonania czytelnika – adresata konstytucji o wadze samego aktu, jedyne w swoim rodzaju dokumentu narodu, jakim jest konstytucja, a także nakazuje znaleźć formułę zdolną wytworzyć wrażenie zjednoczenia wokół wspólnej historii, doświadczenia i celów. To zatem szczególnie akt działający jako bezpośredni instrument legitymizowania nie tylko aktu prawnego, jakim jest konstytucja – rola ta wykracza poza ramy budowania autorytetu samej konstytucji, ma natomiast wskazywać na rangę własnej państwowości, jej historyczny kontekst, a także sposób kreowania nie tylko aktu konstytucyjnego, ale także tworzenia i obowiązywania prawa jako woli suwerena oraz struktury i pochodzenia władzy. Konstytucja zatem musi być – jak pisze M. Rozenfeld – oparta o podstawę budowaną z przeciwstawnych w pewnej mierze elementów: przeświadczenia o historycznych faktach, wspólnych dla społeczności mitach, a także normatywnej antytezie, odpowiedzi wobec tych obiektów¹⁵. One razem zatem uczynią konstytucyjną tożsamość, konieczną dla skutecznego obowiązywania norm konstytucyjnych i więzi prawnej w poddanej jej społeczności.

Nie jest zatem w kontekście powyższych uwag zaskakujące, że we wstęp zostały zaopatrzone także niemal wszystkie „nowe”, powstałe w latach dziewięćdziesiątych konstytucje państw postkomunistycznych¹⁶. W treści wstępów konstytucyjnych europejskich państw postkomunistycznych w pierwszej kolejności uwagę zwraca szerokie odwołanie do tradycji narodowej, poprzez wskazanie kontekstu powstania i chlubnych doświadczeń dawniejszej państwowości – niekiedy dość odległej. Takie wypowiedzi mają oczywisty sens legitymizacyjny – instrumentem uzyskiwania przekonania o prawowitości działania twórców konstytucji i następnie władz działających na jej podstawie jest tu eksternalizacja i przypisanie prawomocności poprzez historię narodu i wytworzenie wrażenia jedności doświadczeń w tym zakresie, a zatem wyrażenie poczucia wspólnotowości. Niekiedy, w przypadku państw powstałych jako suwerenne byty państwowe w świetle prawa międzynarodowego, ale o słabej tradycji własnej państwowości to odwołanie do tradycji bywa odległe, ale tym bardziej bogate.

i rosyjskich zaborców-kolonizatorów, tak samo jak walczył o zniesienie wyzysku polskich kapitalistów i obszarników. W okresie okupacji Naród Polski toczył nieustępliwą, bohaterską walkę z krwawym najazdem hitlerowskim. Historyczne zwycięstwo Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich nad faszyzmem wyzwoliło ziemie polskie, umożliwiło polskiemu ludowi pracującemu zdobycie władzy i stworzyło warunki narodowego odrodzenia Polski w nowych, sprawiedliwych granicach. Na wieczne czasy powróciły do Polski Ziemi Odzyskane. Wcielając w życie wiekopomne wskazania Manifestu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 22 lipca 1944 r. i rozwijając jego zasady programowe, władza ludowa – dzięki ofiarnym i twórczym wysiłkom polskiego ludu pracującego, w walce z zaciekle oporem rozbitek starego ustroju kapitalistyczno-obszarniczego – dokonała wielkich przeobrażeń społecznych. W wyniku rewolucyjnych walk i przemian obalona została władza kapitalistów i obszarników, utrwaliło się państwo demokracji ludowej, kształtuje się i umacnia nowy ustrój społeczny, odpowiadający interesom i dążeniom najszerzych mas ludowych(...).

- 15 M. Rozenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge 2010, s. 27.
- 16 Jedynie w konstytucji rumuńskiej z 1991 roku brak preambuły – podobnie jak nie było jej w konstytucji rumuńskiej z 1965 roku, co było wyjątkiem w konstytucjach socjalistycznych, T. Schweisfurth, *New Constitutional Structures in Central and Eastern Europe*, "Review of Central and East European Law" 1998, no. 3–4, s. 296.

Znamiennym przykładem jest tu konstytucja Chorwacji, którą poprzedza niezwykle długa preambuła zatytułowana „Podstawy historyczne” o tysiącletniej historii i tożsamości narodowej i ciągłości państwa, stanowiąca właściwie wykład historii narodu chorwackiego¹⁷.

17 Pierwsza część Konstytucji Chorwacji zatytułowana jest „Podstawy historyczne” ma następującą treść: *Dając wyraz tysiącletniej tożsamości narodu chorwackiego, potwierdzonych ciągłością wydarzeń dziejowych w rozmaitych formach państwowych, a także utrzymaniem i rozwojem państwowotwórczej idei historycznego prawa narodu chorwackiego do pełnej suwerenności państwowej, znajdujących przejawy:*

- *w tworzeniu się księstw chorwackich w X wieku,*
- *w średniowiecznym samodzielnym państwie chorwackim ugruntowanym w IX wieku,*
- *w Królestwie Chorwatów założonym w X wieku,*
- *w utrzymaniu chorwackiej podmiotowości prawnej w ramach chorwacko-węgierskiej unii personalnej,*
- *w samodzielnej i suwerennej decyzji Chorwackiego Saboru o wyborze monarchy z dynastii Habsburgów w 1527 r.,*
- *w samodzielnej i suwerennej decyzji Chorwackiego Saboru o Sankcji Pragmatycznej w 1712 roku,*
- *w uchwałach Chorwackiego Saboru z 1848 roku o restauracji Trójjedynego Królestwa Chorwacji pod władzą bana na podstawie historycznych, państwowych i naturalnych praw narodu chorwackiego,*
- *W Układzie Chorwacko-Węgierskim z 1868 roku o ułożeniu stosunków między Królestwem Dalmacji, Chorwacji i Sławonii a Królestwem Węgier na gruncie prawnych tradycji obu państw oraz Sankcji Pragmatycznej,*
- *w decyzji Chorwackiego Saboru z 29 listopada 1918 roku o rozwiązaniu stosunków prawno-państwowych z Austro-Węgrami i o jednoczesnym przystąpieniu z powołaniem się na historyczne i naturalne prawa narodowe samodzielnej Chorwacji, do Państwa Słoweńców, Chorwatów i Serbów, proklamowanego na terytorium dotychczasowej monarchii Habsburgów,*
- *w fakcie, że Chorwacki Sabor nigdy nie potwierdził decyzji Rady Narodowej Państwa Słoweńców, Chorwatów i Serbów o zjednoczeniu z Serbią i Czarnogórą (1 grudnia 1918) w państwo proklamowane później (3 października 1929) jako Królestwo Jugosławii,*
- *w powstaniu w 1939 roku Banowiny Chorwackiej, która stanowiła przywrócenie chorwackiej tożsamości państwowej w ramach Królestwa Jugosławii,*
- *w stworzeniu podstaw suwerenności państwowej w okresie drugiej wojny światowej, co zostało wyrażone w sprzeciwie wobec proklamowania Niezależnego Państwa Chorwackiego (1941), w uchwałach Krajowej Antyfaszystowskiej rady WYZWOLENIA Narodowego Chorwacji (1943), a następnie w Konstytucji Ludowej Republiki Chorwacji (1947) oraz w konstytucjach Socjalistycznej Republiki Chorwacji (1963–1990), w momencie dziejowego przełomu i upadku systemu komunistycznego oraz zmiany międzynarodowego porządku w Euopie naród chorwacki swobodnie wyrażając swoją wolę w pierwszych demokratycznych wyborach (1990), potwierdził swoją tysiącletnią tożsamość państwową. W nowej Konstytucji Republiki Chorwacji (1990) oraz zwycięstwem w Wojnie Ojczyźnianej (1991–1995) naród chorwacki wyraził swoją wolę i zdecydowanie utworzenia Republiki Chorwacji jako samodzielnego, niezależnego, suwerennego i demokratycznego państwa.*

Pomna przedstawionych faktów dziejowych oraz zasad przyjętych powszechnie we współczesnym świecie, jak również pomna niezbywalności, niepodzielności, nieprzenoszalności i trwałości prawa do samookreślenia i państwowej suwerenności narodu chorwackiego wraz z nienaruszalnym prawem do oddzielania się i łączenia jako podstawowych warunków pokoju oraz stabilności porządku międzynarodowego, Republika Chorwacji konstituuje się jako narodowe państwo narodu chorwackiego oraz państwo członków autochtonicznych mniejszości narodowych: Serbów, Czechów, Słowaków, Włochów, Węgrów, Żydów, Niemców, Austriaków, Ukraińców, Rusinów i innych, którzy są jej obywatelami i którym gwarantuje się równe prawa z obywatelami

Do bardzo odległej przeszłości odwołuje się także preambuła konstytucji słowackiej w sformułowaniu o „politycznym i kulturalnym dziedzictwie przodków” narodu słowackiego i „stuletnich doświadczeń walk o byt narodowy i własną państwowość, w poczuciu cyrylo-metodyjskiego dziedzictwa duchowego i historycznej spuścizny Wielkich Moraw (...)”. Podobne odniesienie do przeszłości znajduje się w preambule konstytucji Republiki Czeskiej, która zaczyna się od słów: „My, Obywatele Republiki Czeskiej w Czechach, na Morawach i na Śląsku w dobie odnowy samodzielnego państwa czeskiego, wierni wszystkim dobrym tradycjom dawnej państwowości ziem Korony Czeskiej i państwowości czechosłowackiej (...)”. Także w konstytucji litewskiej pojawia się wspomnienie tradycji państwowości Litwy w sformułowaniu: „Naród Litwinów, który przed wiekami stworzył Państwo Litewskie, uczynił jego prawnym fundamentem Statutu Litewskie i Konstytucję Republiki Litewskiej, uporczywie bronił swojej wolności i niepodległości (...)”.

O odrodzeniu suwerennej państwowości wprost mówi preambuła konstytucji Rosji, odwołując się także do dziedzictwa duchowego ojczyzny przodków („My, wielonarodowy lud Federacji Rosyjskiej, (...) zachowując historycznie ukształtowaną wspólnotę państwową, (...) czcząc pamięć przodków, po których odziedziczyliśmy miłość i szacunek do Ojczyzny, wiarę w dobro i sprawiedliwość, wskrzeszając suwerenną państwowość Rosji i umacniając jej demokratyczny fundament (...)”¹⁸). Także ostatnio uchwalona Konstytucja Węgier w szerokim zakresie odnosi się do przeszłości i dziedzictwa państwa i narodu węgierskiego, odwołując się do budowy państwa przez Św. Stefana, roli chrześcijaństwa w tworzeniu wspólnoty narodowej oraz dziejów najnowszych w preambule, nazwanej zresztą „Narodowe wyznanie wiary”¹⁹.

Z oczywistych i obiektywnych przyczyn odwołań do tak ukształtowanej tradycji musiało braknąć w konstytucjach Macedonii i Słowenii – tu zatem pojawiły się odniesienia do walki o wolność narodową zawarte w następujących sformułowaniach: „Biorąc za punkt wyjścia historyczne, kulturalne, duchowe i państwowe dziedzictwo narodu macedońskiego oraz jego trwającą wieki walkę o wolność narodową i społeczną, o zbudowanie własnego państwa (...)”²⁰ oraz „Biorąc pod uwagę (...) dziejowy fakt, iż My Słowenicy w wielowiekowej walce o wolność narodu

mniejszości chorwackiej, a także realizację ich praw narodowych, zgodnie z demokratycznymi normami ONZ i krajów wolnego świata.

Szanując wolę narodu chorwackiego i wolę wszystkich obywateli wyrażoną zdecydowanie w wolnych wyborach, niniejszym tworzy się Republikę Chorwacji, która rozwija się jako państwo suwerenne i demokratyczne, w którym gwarantuje się i zapewnia równość, wolności i prawa człowieka i obywatela oraz w którym wspiera się rozwój gospodarki, kultury i dobrobytu społecznego.

W komentarzu do zacytowanej treści dodać trzeba, że preambuła ta została uzupełniona i zmieniana po jej uchwaleniu w pierwotnym brzmieniu dwukrotnie: po raz pierwszy w roku 1997 i nowelą gruntownie zmieniającą także część normatywną konstytucji w 2001 roku.

18 *Konstytucja Rosji*, tłum. A. Kubik, Warszawa 2000.

19 *Ustawa zasadnicza Węgier*, tłum. J. Snopek, [w:] „Konstytucje państw Unii Europejskiej”, konsultacja naukowa L. Garlicki, Warszawa 2011.

20 *Konstytucja Macedonii*, tłum. T. Wójcik, Warszawa 1999.

uksztalowaliśmy naszą narodową tożsamość i zbudowaliśmy naszą państwowość”²¹. Ponadto w przypadku Słowenii istotnym uzupełnieniem proklamowania dziedzictwa narodowego budującego poczucie tożsamości jest treść preambuły do Podstawowej Karty Konstytucyjnej o Niepodległości i Suwerenności Republiki Słowenii z 25 czerwca 1991, w której znajduje się odwołanie do plebiscytu w sprawie niepodległości z 23 grudnia 1990 roku, ale także krytyczna ocena Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii jako państwa, które „nie działa jako państwo prawne, lecz raczej jako państwo, w którym łamane są prawa człowieka, prawa narodów oraz prawa republik i okręgów autonomicznych (...)”²².

Wiele jednak instrumentów legitymizacyjnych, w szczególności tych charakterystycznych dla transformacji ustrojowej, czerpie swą siłę przekonywania co do prawowitości władzy, jak i systemu prawa z zaspokajania deficytów dotychczasowego systemu politycznego, poprzez wyraźną opozycję wobec *ancien régime’u* – taki mechanizm nazwać można legitymizacją negatywną. Jednoznaczny i nieuchronny kryzys legitymizacji władzy, ale i prawa w społeczeństwach po doświadczeniu dyktatury czy autorytaryzmu szuka ucieczki przed anihilacją ładu społecznego i porządku prawnego jako takiego często w doświadczeniu historycznym, budowaniu zrębów nowego ładu na opozycji wobec niego – a więc musi odnieść się do pamięci społecznej i prawdy historycznej jako źródeł nowego ładu²³. Właśnie doświadczenie totalitarnej przeszłości i utraty niepodległości oraz łamania praw człowieka jest drugim punktem historycznych odniesień w preambułach konstytucji państw postkomunistycznych. Jednakże odniesienie to obecne jest raczej jedynie poprzez budowanie celów państwa i jego wartości jako swego rodzaju kontrapunktu do dotychczasowych doświadczeń – mowa jest o budowie państwa prawa, poszanowaniu godności ludzkiej, demokracji wielopartyjnej, czyli o elementach, których deficyt w państwie komunistycznym był oczywisty i stał się jednym z powodów utraty legitymacji prowadzącej do transformacji. Podobne sformułowania pojawiły się w preambułach Konstytucji Słowacji („Starając się o wprowadzenie w życie demokratycznych form rządów, poręczając wolność słowa(...)”, Albanii z 1998 roku („zdecydowani zbudować demokratyczne i socjalne państwo prawa, aby zagwarantować podstawowe prawa i wolności człowieka”) czy Czech („zdecydowani budować, chronić i rozwijać Republikę Czeską w duchu niepodważalnych wartości ludzkiej godności i wolności, jako ojczyznę równouprawnionych, wolnych obywateli (...) jako wolne i demokratyczne państwo oparte na poszanowaniu praw człowieka i na zasadach społeczeństwa obywatelskiego”).

Są to jednak sformułowania jedynie pośrednio nawiązujące do doświadczeń okresu totalitarnego, działające wskutek perspektywnej wizji państwa odmiennego od dotychczasowego i zadeklarowania woli przeprowadzenia zmiany (budowy lub odbudowy państwa demokratycznego). Godnym zauważenia wyjątkiem w tym zakresie jest tutaj znowu ostatnio uchwalona konstytucja węgierska, której preambuła w ostatnim fragmencie do tej przeszłości się odnosi w słowach: „Nie uznajemy komunistycznej konstytucji z 1949 roku, ponieważ stanowiła ona podstawę panowania

21 *Konstytucja Republiki Słowenii*, tłum. P. Winczorek, Warszawa 1994.

22 *Ibid.*

23 Por. G. Skąpska, *Prawo w społeczeństwie w obliczu kryzysu*, *Studia Socjologiczne* 2007, nr 2, s. 14.

tyranii, dlatego ogłaszamy jej nieważność. (...) Przywrócenie państwowej suwerenności naszej ojczyzny, utraconej 19 marca 1944 roku, datujemy od 2 maja 1990 roku, od ukształtowania pierwszego wyłonionego w wolnych wyborach przedstawicielstwa narodu. Dzień ten uważamy za początek nowej demokracji i nowego ładu konstytucyjnego w naszym kraju. Wyznajemy, że po prowadzących do kryzysu moralnego dziesięcioleciach XX wieku mamy nieodpartą potrzebę duchowej i intelektualnej odbudowy²⁴. Drugim przykładem jest polska preambuła do Konstytucji, która wprost odwołuje się do doświadczeń państwa totalitarnego, a także wyraźnie wskazuje moment odzyskania suwerenności, wytyczając jasną granicę między starym a nowym porządkiem. Być może konieczne stało się to wobec znacznego upływu czasu między datą rewolucyjnej zmiany a powstaniem konstytucji. Polska preambuła stwierdza: „W trosce o byt i przyszłość naszej Ojczyzny, odzyskawszy w 1989 roku możliwość suwerennego i demokratycznego stanowienia o Jej losie, my, Naród Polski (...) wszyscy obywatele Rzeczypospolitej (...), nawiązując do najlepszych tradycji Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej, (...) pomni gorzkich doświadczeń z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane, pragnąc na zawsze zagwarantować prawa obywatelskie, a działaniu instytucji publicznych zapewnić rzetelność i sprawność, w poczuciu odpowiedzialności przed Bogiem lub przed własnym sumieniem, ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej (...)”.

Powyższe zdania preambuły zawierają zatem co najmniej dwa punkty odniesienia do historycznych doświadczeń narodowych – po pierwsze akcentują tysiącletni dorobek państwowości polskiej i odwołują się do tradycji Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej, uznając je za szczytny i godny pamięci dziejowy etap w rozwoju, a po wtóre wspominają „gorzkie doświadczenia” czasów „łamania praw człowieka”. Brak wyraźnego określenia czasu, jak i reżimu, który się tego łamania dopuszczał, uzupełniony jest cezurą 1989 roku wskazaną w pierwszej części preambuły. Na wyraźne oddzielenie czasów sprzed 1989 roku od porządku ustrojowego dekretowanego nową konstytucją wskazuje także część zdania, która adresuje Konstytucję do „Wszystkich, którzy dla dobra Trzeciej Rzeczypospolitej tę Konstytucję będą stosowali”, a zatem numeryczne odwołanie do nowego ładu prawnego i politycznego, odmiennego od I i II, ale z pominięciem okresu 1945–1989 na terenie ziem polskich. Daty – w konstytucji węgierskiej 2 maja 1990 roku (tego dnia Zgromadzenie Krajowe dokonało wyboru tymczasowego prezydenta Árpáda Göncza), zaś w polskiej – rok 1989 (choć trudno w istocie wskazać, co dokładnie w roku 1989 stało się takiego, co przesądziło o odzyskaniu suwerenności – czy wybory z 4 czerwca, czy wybór premiera Mazowieckiego, czy też zakończenie obrad Okrągłego Stołu albo uchwalenie rewizji konstytucji z 1952 roku) stanowią daty swego rodzaju *Mayflower Compact*, rozumianej w tym przypadku jako chwila i sytuacja powszechnej zgody na powstający porządek polityczny i prawny. Znamienne, że w obu przypadkach nie są to wcale

24 Zresztą w poprzedniej konstytucji Węgier z 1949 jej preambuła, która pojawiła się właśnie w okresie transformacji, także zawierała stosowne odniesienie do budowy nowego państwa w kontrapunkcie do poprzedniego; brzmiała ona: „W celu dopomożenia w dziele pokojowej przebudowy w państwo prawne, realizujące system wielopartyjny, demokrację parlamentarną i społeczną gospodarkę rynkową, Zgromadzenie Krajowe nadaje Konstytucji Węgier – do czasu uchwalenia nowej Konstytucji naszego Kraju – brzmienie następujące”, *Konstytucja Republiki Węgierskiej*, tłum. H. Donath, Warszawa 2002.

daty pierwszych wolnych wyborów powszechnych ani symbolicznego przejścia władzy czy też jej insygniów – te przeszły niezauważone przez Ustrojodawców.

Próby legitymizowania nowego ustroju, a także często nowego bytu państwowego poprzez odniesienie do historii są w zacytowanych preambułach na tyle częste, że uzasadniony wydaje się być wniosek o ich specyficznej funkcji podniesionej do rangi instrumentu normatywnego. We wstępach konstytucyjnych funkcja komunikacyjna tekstu prawnego uwidacznia się szczególnie wyraźnie, można wręcz powiedzieć, że funkcja normatywna wypowiedzi o dziedzictwie przeszłości jest wtórna i pośrednia – staje się bowiem co najwyżej dyrektywą interpretacyjną wobec norm prawnych, nie ma natomiast samodzielnego znaczenia normatywnego²⁵. Stanowi natomiast wyraźny komunikat wobec obywateli, informujący o doświadczeniu historycznym, do jakiego podmiot władzy chce się odwołać i co w owym doświadczeniu uznaje za wartości szczególnie cenne. Wypowiedź taka, poprzez odwołanie do wspólnej chwalebnej przeszłości pomaga budować przeświadczenie o prawowitości w dość oczywisty sposób.

Jednocześnie, jak już wspomniano, preambuły konstytucji w wielu państwach wskazują często wyraźną wolę twórców konstytucji zaznaczenia swojego stosunku do przeszłości totalitarnej lub autorytarnej. Bardzo wyraźnie stosunek do przeszłości bezpośrednio poprzedzającej transformację uwieńczoną uchwaleniem konstytucji określa preambuła Konstytucji Portugalii z 2 kwietnia 1976 roku²⁶. Równie klarownie o przeszłości traktuje preambuła konstytucji Republiki

25 Sens normatywny deklaracji zawartej w preambule do polskiej konstytucji dotyczącej „gorzkich doświadczeń przeszłości” ujawnił się w wielu orzeczeniach, na przykład w orzeczeniu polskiego Trybunału Konstytucyjnego z 28 kwietnia 1999 (K 3/99). Trybunał stwierdził, między innymi, że *przemiany demokratyczne w Polsce, których istotnym etapem było proklamowanie Rzeczypospolitej Polskiej demokratycznym państwem prawnym, oznaczały radykalny w treści odwrót od formuły państwa socjalistycznego. Wynika to wyraźnie z preambuły Konstytucji RP, gdzie jest mowa o «gorzkich doświadczeniach z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane». Dezaprobatą dla totalitarnych metod i praktyk działania komunistycznego aparatu partyjnego i bezpieczeństwa legła również u podstaw obowiązujących unormowań ustawowych dotyczących przejścia na własność państwa majątku b. PZPR, rozwiązania Służby Bezpieczeństwa i weryfikacji jej b. funkcjonariuszy, konsekwencji wobec sędziów, którzy w okresie PRL sprzeniewierzyli się niezawisłości, lustracji osób pełniących odpowiedzialne stanowiska w państwie, wreszcie powołania Instytutu Pamięci Narodowej. Niezależnie od tego, że cele i treści tych współczesnych regulacji prawnych są zróżnicowane, ich wspólnym mianownikiem aksjologicznym jest niewątpliwie dezaprobatą dla owych metod i praktyk”.*

26 *25 kwietnia 1974 r., wieńcząc długotrwały opór ludu portugalskiego i wyrażając jego głębokie uczucia, Ruch Sił Zbrojnych obalił reżym faszystowski. Wyzwolenie Portugalii spod dyktatury, ucisku i kolonializmu stanowiło rewolucyjną przemianę i zapoczątkowało historyczny przełom w społeczeństwie portugalskim. Rewolucja przywróciła Portugalczykom podstawowe prawa i wolności. Korzystając z tych praw i wolności, prawowici przedstawiciele ludu zgromadzili się, aby opracować Konstytucję odpowiadającą aspiracjom kraju. Zgromadzenie Konstytucyjne potwierdza postanowienie ludu portugalskiego, aby bronić niepodległości narodowej, zagwarantować prawa podstawowe obywateli, ustanowić fundamentalne zasady demokracji, zapewnić prymat demokratycznego państwa prawnego, szanując wolę ludu portugalskiego i mając na celu budowę kraju bardziej wolnego, bardziej sprawiedliwego i bardziej braterskiego. Zgromadzenie Konstytucyjne, zebrawszy się na posiedzeniu plenarnym 2 kwietnia 1976 r., zatwierdza i uchwała niniejszą Konstytucję Republiki Portugalskiej; Konstytucja Portugalii, tłum. A. Wojtyczek-Bonnand, Warszawa 2000.*

Południowej Afryki z 1996 roku, która zaczyna się od słów: „My, Lud Południowej Afryki, uznajemy niesprawiedliwości popełnione w przeszłości; oddajemy cześć tym, którzy cierpieli za sprawiedliwość i wolność na naszej ziemi (...)”²⁷. W innych państwach, w szczególności państwach Osi z czasów II wojny światowej, refleksem przeszłości są klauzule antywojenne zawarte w części artykułowanej – obecne w konstytucji Włoch i Japonii, a także Ustawie Zasadniczej RFN. W konstytucjach japońskiej i włoskiej klauzule te mają postać formuły „wyrzeczenia się” wojny jako instrumentu zamachu na suwerenność i środka rozwiązywania sporów międzynarodowych (art. 11 konstytucji Włoch i art. 9 konstytucji Japonii). W niemieckiej Ustawie Zasadniczej klauzula ma postać uznania działalności zmierzającej do naruszenia pokojowych stosunków za niekonstytucyjną (art. 26). W państwach postkomunistycznych stosunek ustrojodawcy do najbliższej przeszłości wyrażony po lub w czasie transformacji ustrojowej wyrażony był w preambułach konstytucji niezwykle rzadko, a jeśli w ogóle, to w sposób zawoalowany. Właściwie jedynie polska konstytucja z 2 kwietnia 1997 roku wspomina w preambule o przeszłości totalitarnej. Preambuła w części przedstawiającej kontekst uchwalenia nowej ustawy zasadniczej zawiera sformułowanie o „gorzkich doświadczeniach z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa człowieka były w naszej Ojczyźnie łamane” – brak jednak jakichkolwiek prób definiowania albo określenia zakresu totalitarnej przeszłości i stosunku ustrojodawcy do niego. Natomiast w art. 13 Konstytucji znaleźć można pewne nawiązanie do totalitarnej przeszłości – przepis ten zakazuje bowiem działania partii, które w swoich programach nawiązują do „totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu”²⁸. W pozostałych konstytucjach brak takiej oceny minionego reżimu o znaczeniu normatywnym – ocena ta jedynie pośrednio może wynikać ze sformułowań o „staranie się o wprowadzenie w życie demokratycznych form rządów” (konstytucja Słowacji), budowaniu Republiki Czeskiej „jako wolnego i demokratycznego państwa opartego na poznawaniu praw człowieka i na zasadach społeczeństwa obywatelskiego” (konstytucja Czech), celu „dopomożenia w dziele pokojowej przebudowy w państwo prawne, realizujące system wielopartyjny” (dawna konstytucja Węgier). Są to jednak formuły określające zadania państwa, regulacje prospektywne, nie dotyczące wprost przeszłości. Niewiele miejsca tym kwestiom poświęca także nowa konstytucja węgierska, która choć niezwykle wyraźnie i jednoznacznie dokonuje oceny przeszłości w swej preambule, to o przeszłości w tekście artykułowanym wspomina właściwie jedynie w kontekście wskazania świąt narodowych i przyczyn ich uznania (art. J w części „Fundamenty”).

Można zatem uznać za uzasadnioną tezę, że formuła zawarta w preambule polskiej konstytucji uzyskała znaczenie normatywne, potwierdzone przez cytowane orzeczenie, służąc dokonywaniu wykładni aktów normatywnych i odegrała znaczną rolę w kształtowaniu obrazu stosunku państwa do totalitarnej przeszłości, a konkretnie do osób, które w tym czasie służyły w organach represji. Nie jest to tylko zjawisko charakterystyczne dla państw Europy Środkowej i Wschodniej.

Rola takich lub podobnych sformułowań zawartych w aktach prawnych, a odnoszących się do przeszłości ocenianej negatywnie, stwarza podstawy do głębszej

27 *Konstytucja Republiki Południowej Afryki*, tłum. A. Wojtyczek-Bonnand, K. Wojtyczek, Warszawa 2006.

28 B. Banaszekiewicz, *Rozrachunek z przeszłością komunistyczną w polskim ustawodawstwie i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Ius et Lex” 2003, nr 1, s. 445.

refleksji na temat ich roli komunikacyjnej i legitymizacyjnej. Tezą niniejszego opracowania jest, że nadrzędnymi ideami legitymizacji w okresie istotnej zmiany transzycyjnej jest uczynienie sprawiedliwości, przywrócenie akceptowanych norm moralnych, a także uczynienie zadość krzywdom i przestępstwom, czyli spełnienie funkcji odpłaty. Problem poradzenia sobie z totalitarną i często zbrodniczą przeszłością w wieku XX wystąpił w wielu państwach – jak wylicza J. Kochanowski tylko na początku lat dziewięćdziesiątych istniało co najmniej 28 państw z przeszłością „do rozliczenia” – były to państwa południoamerykańskie (Urugwaj, Chile, Argentyna, Brazylia, Peru, Boliwia, Honduras, El Salvador, Gwatemala, Haiti, Nikaragua, Panama), afrykańskie (Uganda, Zimbabwe, Namibia, Benin), azjatyckich (Filipiny, Korea Południowa, Nepal) i europejskie (Węgry, Czechosłowacja, Rumunia, NRD, Albania, Bułgaria, Turcja i ZSRR)²⁹.

Rozliczenie przeszłości przynosi w swoim założeniu dwie wartości – prawdę i niekoniumkturalność moralności, przywraca wiedzę i wiarę w istnienie jednych, tożsamyh wartości moralnych. To są wartości niezbędne dla uprawomocnienia władzy w społeczności, która składa się z ludzi wolnych i świadomyh, zdecydowanych na tworzenie struktury społecznej. Jednakże w momencie transformacji ustrojowej o takim charakterze pojawia się problem rozumienia i sensu sprawiedliwości – jej moralnego i politycznego kontekstu. Prawo pozostaje zawieszane między dwoma porządkami – starym reżimem i nowym porządkiem ustrojowym, kompletnie odmiennie kształtującym cele i środki prowadzące do ich osiągnięcia. Potrzeba znalezienia nowego paradygmatu sprawiedliwości nie jest wcale łatwa do zaspokojenia, wcale nieoczywiste są drogi odnajdywania sensu i modelu tego, co ma być efektem i punktem odniesienia dla nowego porządku prawnego i zaprowadzonego ładu politycznego i społecznego. Jak zauważa Ruti Teitel, w takim momencie konwencjonalne odniesienia i intuicyjne rozumienia sprawiedliwości, porządku, dobra mogą stać się niezbyt jasne i zawodne w próbach interpretacji w nowych, dynamicznie zmieniających się szybko warunkach społecznych, proponuje więc koncepcję sprawiedliwości skontekstualizowanej – wręcz uformowanej przez proces transformacji³⁰. Na funkcję legitymizującą nowy ład polityczny historii, rozumianej jako „pamięć przeszłości” zwraca także uwagę A. Szpociński. Wskazuje on, że pamięć zbiorowa spełnia funkcję legitymizacji współczesnego porządku politycznego, społecznego i kulturowego, wzmacnia procesy integracyjne poprzez dostarczenie zbiorowej tożsamości i identyfikacji oraz dokonuje „transpokoleniowej transmisji wartości”³¹.

Rozliczenie z przeszłością ma właściwie dwa wymiary – wysiłki w celu wyrównania niesprawiedliwości i bezprawia aktów poprzedniego reżimu, a po drugie

29 J. Kochanowski, *Rozliczenie z przeszłością w Polsce*, „Ius et Lex” 2003 nr 1, s. 230 – cyt za: N. Kritz (red.) *Transitional Justice: How Emerging Democracy Reckon with Former Regime*, Washington 1995.

30 R. Teitel, *Rządy prawa okresu transformacji*, „Ius et Lex” 2003, nr 1, s. 56.

31 A. Szpociński, *Współczesne społeczeństwo polskie wobec przeszłości*, [w:] *Różnorodność procesów zmian. Transformacja niejedno ma imię*, red. A. Szpociński, Warszawa 2004, s. 153. Zdaniem tego autora funkcję legitymizującą spełnia w szczególności tzw. „pamięć monumentalna” (s. 161).

– prawny wpływ na przeszłość, w bardziej abstrakcyjnym sensie³². Wydaje się, że ten drugi, ogólniejszy wpływ polegać ma na rozliczeniu wspólnoty, życia publicznego z doświadczeniem autorytaryzmu lub totalitaryzmu, polegające w pierwszej kolejności na przedstawieniu czy też umożliwieniu przedstawienia tejże przeszłości. W tym kontekście pojawia się w literaturze, proklamowane przez V. Havla w roku 1985, a potem – J. E. Mendeleza prawo do prawdy jako prawo wspólnoty i jednostek do dokonanych doświadczeniem reżimu niedemokratycznego³³.

Prawo w państwie o przeszłości godnej potępienia – zarówno w akcie stowienia, jak i stosowania ma za zadanie wyznaczyć granicę pomiędzy reżimami. Według Teitel, twórczyni pojęcia „sprawiedliwości okresu przejściowego” (transitional justice) konfrontacja z przeszłością i pokazanie – choćby w deklaracji, że pewne czyny oficjalnie uznane zostają za godne potępienia – jest podstawową funkcją rządów prawa okresu transformacji. Rozliczenie z przeszłością staje się więc swego rodzaju *rite de passage*³⁴. Rytuał taki, traktowany jako zjawisko kulturowe, niesie wiele funkcji, przede wszystkim integruje społeczność i pozwala określić jej tożsamość, określa zasady strukturalizujące społeczność, ustanawia i utrwala wartości istotne dla grupy, wdraża wiedzę o otaczającym świecie, łagodzi lub rozwiązuje napięcia, wyraża potrzeby jednostek oraz modeluje spojrzenie na uniwersum³⁵. Jak przytacza R. Teitel wypowiedź z okresu Wielkiej Rewolucji Francuskiej: „Rewolucjoniści muszą rozprawić się ze starym reżimem; to znaczy, że muszą znaleźć rodzaj procesu rytualnego w którym ideologia, jaką ucieleśniają, zostanie publicznie zademonstrowana”³⁶.

Choć porównanie może wydawać się odległe i ryzykowne – wszystkie funkcje rytuału przejścia, czyli obrzędowego procesu fundamentalnej zmiany właściwości, z fazami wyłączenia, liminalną (przejściową) i fazą nadania nowych cech, włączenia do społeczności, są właśnie funkcjami rozliczenia z przeszłością państwa totalitarnego. Porównanie wydaje się tym bardziej atrakcyjne, że w istocie najbardziej nośnym społecznie, znajdującym największy oddźwięk zjawiskiem rozliczenia jest kwestia ujawnienia materiałów policji politycznej, obdarzonej omnipotencją i wszechwiedzą w państwach totalitarnych. Informacje zawarte w teczkach, samo istnienie „teczek”, można było w tych państwach porównać do swego rodzaju tabu³⁷, były obiektem budzącym strach, a zarazem jednym z fundamentów niezaprzeczonego panowania. Tabu natomiast należy do cech charakterystycznych obrzędów

32 D. Robertson, *A Problem of their Own, Solutions of their Own: CEE Jurisdictions and the Problem of Lustration and Retroactivity*, [w:] *Spreading Democracy and the Rule of Law?*, red. W. Sadurski, A. Czarnota, M. Krygier, Springer 2006, s. 78.

33 J. E. Mendelez, *An Emerging Right to Truth: Latin American Experiences*, Onati 1999, [za] G. Skąpska, *Rozliczenie łamania praw człowieka w przeszłości. Analiza kulturowa*, „Ius et Lex” 2003, nr 1, s. 74.

34 Określenia tego w odniesieniu do lustracji użył J. Kurczewski, *Prawem i lewem. Kultura prawna społeczeństwa polskiego po komunizmie*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2, s. 53.

35 M. Buchnowski, *Magia i rytuał*, Warszawa 1993, s. 139–140.

36 *Regicide and Revolution: Speeches At the Trial of Louis XVI*, 1974, s. 88, [za:] R. Teitel, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*, „The Yale Law Journal” 1996–1997, vol. 106:2009, s. 2037.

37 M. Łoś, *Pytania o przyszłość i widmo totalitaryzmu*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2, s. 124.

przejścia³⁸, zaś w etnografii, jak przytacza M. Łoś, tabu polega na tym, że „określone przedmioty i osoby widziane są jako wyposażone w specjalne, magiczne moce, których należy się obawiać i wystrzegać”³⁹.

W literaturze powstało wiele klasyfikacji polityki rozliczenia przeszłości⁴⁰; można jednak przyjąć, że przyjmuje ono trzy formy: 1) postać rozliczenia konkretnych osób za ich działania oceniane jako nieprawe, a niekiedy zbrodnicze – rozliczenie zbrodni reżimu, ujawnienie konfidentów i prawdy historycznej; lustracja oraz zadośćuczynienia za represje, w związku z działalnością opozycyjną, 2) rozliczenie w sferze ekonomicznej w postaci działań mających na celu restytucję dóbr (reprzywazytacja i w mniejszym stopniu uwłaszczenie), 3) przywracanie historycznej pamięci, symboli; działania te nazywane są ostatnio „polityką historyczną” – i mają wymiar ponadnarodowy i wewnętrzny i są bardzo silnie związane ze sferą pierwszą – polityczną. Ten trzeci wymiar – choć działania takie jedynie marginalnie posługują się instrumentami prawnymi i pozostają poza głównym nurtem zainteresowania w niniejszym tekście – spełnia bardzo istotną rolę także dla kształtowania nowego porządku prawnego i ustrojowego. Jak zauważa G. Skąpska, ład demokratyczny, oparty na dyskursie i debacie publicznej nie może obyć się bez prezentacji prawdy historycznej i różnych doświadczeń poprzedniego okresu. Pominięcie tych doświadczeń i krzywd osób często mało znanych, zwykłych obywateli powoduje, że – jak pisze autorka, powołując się na teorię A. Hirschmana – lojalność znika, legitymizacja nowego demokratycznego rządu zostaje zakwestionowana i powstaje groźne dla nowych demokracji zjawisko „wycofania się”, „odmowy” współpracy i uczestnictwa w procedurach demokratycznych, określanych także jako „emigracja wewnętrzna”, a miejsce zaangażowania się w debatę publiczną zajmuje zwykły oportunizm i cynizm⁴¹.

Instrumenty retrospektywne, to jest odnoszące się do przeszłości i doświadczeń wspólnoty i państwa pozwalają płaszczyznę legitymizacji, jaką stanowi określenie stosunku podmiotów władzy, a w szczególności prawodawcy, odnieść do wspólnego doświadczenia i prawdy historycznej. Legitymizacja nowego porządku i struktur władzy nie może obyć się bez określenia przeszłości wspólnoty i jej oceny. Zadaniem nowego państwa, a także metodą uzyskania przez nowe struktury i podmioty władzy przekonania o swej prawowitości winno zatem stać się przywrócenie pamięci i prawdy, jako obiektów niekoniunkturalnych i niezmiennych. W tym przypadku podmiot władzy znajduje legitymizację w pamięci zbiorowej, rozumianej jako

38 A. van Gennep, *Obrzędy przejścia. Systematyczne studium ceremonii*, Warszawa 2006.

39 P. M. Wiedemann, *Tabor, Sin, Risk: Changes in the Social Perception of Hazards* [w:] *Risk as a Construct: Perceptions of Risk Perception*, Munich 1993, s. 43, [za:] M. Łoś, *Pytania o przyszłość i widmo totalitaryzmu*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2, s. 124.

40 Zebrał je i scharakteryzował J. Zajadło, *Polnischer Sonderweg?, Uwagi o książce*: E. Weigend, A. Zoll, Polen, [w:] A. Eser, J. Arnold (red.) *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionprozesse*, t. 5, Polen, Unagr, Freiburg 2002, s. 31-150, [w:] *Ius et Lex*, Nr (II) 1.2003, s. 374-376 i cytowana tam literatura: R. Blummel, *Der Opferaspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung*, Berlin 2002, s. 26, C. Offe, *Drogi transformacji. Doświadczenia wschodnioeuropejskie i wschodniemieckie*, Warszawa 1999, s. 109-145, A.J. McAdams, *Judging the Past in Unified Germany*, Cambridge 2001, s. 18-22.

41 G. Skąpska, *Rozliczenie łamania praw człowieka w przeszłości. Analiza kulturowa*, „Ius et Lex” 2003 nr 1, s. 81-82, cyt tam: A. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty: Response to Decline in Firms, Organizations and State*, Cambridge 1970.

zespół wyobrażeń, przekazów, przekonań i poglądów, a także podzielanych wartości (wspólnych lub zakładanych jako wspólne dla członków wspólnoty) odwołujących się do przeszłości zbiorowości. Ten zespół przekonań pozwala skonsolidować się wokół wspólnego wspomnienia lub przekonania, sentymentu, a zatem odgrywa niezwykle istotną rolę w tworzeniu przeświadczenia o jej jednomyslności, którą może podmiot władzy wykorzystać. Pamięć zbiorowa⁴² – choć oparta na pewnym wyobrażeniu łączącym wspólnotę z natury swojej jest upraszczana do pewnych mitów, które zatem mogą pełnić znaczną rolę legitymizacyjną teraźniejszości. Szczytna przeszłość, walka o pamięć represji i walki staje się kluczowym elementem nie tylko demokracji, ale także kształtowania przekonania o sile i prawowitości współczesnej władzy, bowiem w tworzeniu wrażenia substytutu jednomyslności może pełnić ważną rolę. Stąd też częste w konstytucjach i aktach prawnych państw postkomunistycznych, w szczególności w preambułach tych aktów sformułowania, odwołujące się do historii i dawnych doświadczeń państwowości. Ale jeszcze ważniejszą rolę legitymizującą pełnią instrumenty normatywne odwołujące się do doświadczenia reżimu opresyjnego i pozwalające dokonać rozliczenia tej przeszłości, zarówno w aspekcie prawnokarnym – ukarania winnych przestępstw wówczas popełnianych z mandatu aparatu bezpieczeństwa i policji politycznej, jak i zadośćuczynienia ofiarom działań opresyjnych tego okresu. Takie działania zawierać muszą z natury swojej wyraźną ocenę nie tylko cech systemu, ale także osób w nim działających. Naturalnym odruchem twórców konstytucji państwa tranzycji ustrojowej jest podkreślenie w jej treści nowych wartości, jakie tworzyć mają nowe – całkowicie odmienne państwo, stanowiące poprzez odwołanie do przeszłości i odcięcie się od niej, antytezę dawnego reżimu. Te specyficzne instrumenty rozliczenia przeszłości, jak: wykluczenie z życia publicznego osób związanych ze skompromitowaną dotychczasową władzą/ustrojem, lustracja osób pełniących funkcje publiczne, repywatyzacja, zadośćuczynienia za represje związane z walką z poprzednim reżimem oraz reakcja prawnokarna, to jest osądzenie i ukaranie osób winnych zbrodni reżimu mają konkretne znaczenie normatywne, wymagają przyjęcia konkretnych i bolesnych rozwiązań. Tymczasem rzeczywistość państw tranzycyjnych bywa całkowicie odmienna. Jednym z podstawowych elementów rozrachunku z przeszłością w państwie tranzycji ustrojowej jest ocena działań podejmowanych przez funkcjonariuszy państwa autorytarnego lub totalitarnego wobec obywateli i dokonanie rozliczenia w sferze ukarania sprawców i działania takie w jakimś stopniu znalazły odzwierciedlenie w krajach, które musiały dokonać konfrontacji z własną przeszłością. Wydaje się jednak, że współczesne sposoby rozliczenia przeszłości, w szczególności w zakresie karnej oceny czynów popełnianych w reżimie uznanym za totalitarny lub autorytarny mogą przybierać trzy modelowe rozwiązania: amnestii, koncyliacji i zastosowania reguł odpowiedzialności karnej.

42 O pojęciu pamięci zbiorowej – przypis 3. W literaturze polskiej zdefiniowane przez B. Szacką jako wszystkie wyobrażenia o zbiorowej przeszłości i odniesienie do niej w kulturze i świadomości jednostek oraz sposoby jej upamiętnienia. (B. Szacka, *Czas przeszły – pamięć – mit*, Warszawa 2006). Termin ten bywa zastępowany sformułowaniem „kultura historyczna”, co proponuje m.in. A. Szociński, przyjmując, że kulturą historyczną można określić całokształt idei, norm, wzorów zachowań, wartości oraz reguł dyrektywalnych regulujących wszelkie formy odniesień do wszystkiego, co w kulturze uznawane jest za przeszłe, minione, historyczne, A. Szpociński, *O współczesnej kulturze historycznej Polaków*, [w:] *Przemiany pamięci społecznej a teoria kultury*, red. B. Korzeniewski, Poznań 2007, s. 26–27.

Rzecz ciekawą jest, że państwa okresu tranzytji często wybierają metody koncyliacyjne lub ograniczonej odpowiedzialności karnej. Teitel konstatuje, że w rzeczywistości – choć proces rozliczenia z przeszłością zdaje się być w momencie tranzytji naturalną i niekwestionowaną potrzebą – przebiega on nader łagodnie, przynajmniej w aspekcie osądzania i karania za czyny popełnione w poprzednim reżimie i w związku z nim. Jak pisze: „Sprawiedliwość okresu transformacji jest drogą umożliwiającą rekonstrukcję zbiorowości – ponad potencjalnymi podziałami rasowymi, etnicznymi i religijnymi – zbudowanej na tożsamości politycznej wyrastającej ze szczególnej dla danego społeczeństwa spuścizny lęku i niesprawiedliwości. Chociaż musi być ona oparta na ewoluującym krytycznym samorozumieniu, odwołuje się do prawnego dyskursu prawa i odpowiedzialności, który dostarcza zarówno transcendentnej wizji normatywnej, jak i pragmatycznego wzoru postępowania”⁴³. Przykłady – rewizji i ułaskawień niemieckich zbrodniarzy wojennych w latach 1946–1958, procesy policji wojskowej w Grecji, w których zapadały wyroki nadzwyczajnie łagodne kary, amnestie w Chile, Nikaragui i Salwadorze także – co można już powiedzieć – nadzwyczaj łagodne i opieszale traktowanie sprawców przestępstw w związku z ochroną reżimów komunistycznych nie tylko w Polsce, ale w Czechach, Niemczech, Rumunii, Bułgarii i Albanii⁴⁴ wskazują na słuszność tezy, że niejednoznaczne jest pojęcie sprawiedliwego wymiaru kary, a więc sprawiedliwej odpłaty za dokonane czyny. Ruti Teitel konstatuje, że głównym celem rozpoznania i potępienia przestępstw popełnianych w przeszłości jest nie retribucja, odpłata klasycznie i trwale rozumiana, lecz wskazanie, że czyny te zasługują na potępienie i nowy porządek prawny nie toleruje ich popełnienia także w przeszłości. Innymi słowy, samo pokazanie zła i podkreślenie jego oceny w sposób wystarczający i jedyny spełnia funkcję sprawiedliwej kary, pokazuje działanie sprawiedliwości w okresie zmiany oficjalnego jej znaczenia.

Oczywiście, ograniczenie funkcji retributywnej ma także wymiar koncyliacji, wysiłku na rzecz pojednania – stosunkowo łagodne rozliczenie karne z przeszłością ma zarazem walor napiętnowania zła, ale z drugiej strony pokazuje wolę pracy na rzecz konstruowania nowej umowy społecznej, bez wykluczania czy też tworzenia wrażenia „prawa zwycięzców”. Ta sprawiedliwość, czy też prawo okresu transformacji ma więc pełnić jednocześnie rolę separującą (dawne zło od nowego ładu) i integrującą, spajającą poczucie wspólnoty społecznej i politycznej w obu porządkach⁴⁵. Gdy przyjrzeć się procesom tranzycyjnym we współczesnym świecie, teza Ruti Teitel zdaje się znajdować potwierdzenie – rozliczenie z przeszłością przybiera często nader łagodne formy, dla przykładu podać można, że amnestię ogłoszono w jedenastu doświadczonych autorytaryzmem państwach Ameryki Łacińskiej (Argentyna, Brazylia, Chile, Salwador, Gwatemala, Honduras, Nikaragua, Peru, Surinam, Urugwaj, Haiti). Amnestia była także stosowanym rozwiązaniem w Republice

43 R. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford 2002, s. 225, [za:] Z. Krasnodębski, *O genezie III Rzeczypospolitej raz jeszcze*, „Ius et Lex” 2003 nr 1, s. 308.

44 Por. R. Teitel, *Rządy prawa...*, s. 58. Por. też S. Huntington, *Trzecia fala demokratyzacji*, Warszawa 2009, s. 216–236.

45 R. Teitel, *Rządy prawa...*, s. 62–63.

Południowej Afryki oraz Kambodży⁴⁶. Widać więc, że dość silną pokusę stanowi polityka „zakopania rowów”, darowania win i zapomnienia. Zapewnienie spokoju, świeżo zadeklarowanego ładu liberalnego i demokratycznego oraz funkcja concyliacji – to jest w efekcie umożliwienia uczestniczenia w nowym życiu społecznym możliwie najszerzej liczbie obywateli są argumentami przesądzającymi o wielkiej, także legitymizacyjnej roli darowania win, zniwelowania przepaści między starym a nowym porządkiem – w których przecież uczestniczyli ci sami ludzie. Pozwala to zapobiec łatwej deprecjacji nowego porządku (skoro rezygnuje z posługiwania się metodami represji – w przeciwieństwie do poprzedniego), a także stwarza społeczny kontekst pozwalający budować społeczeństwo obywatelskie bez wykluczania *a priori* żadnej grupy. W każdym razie doświadczenia wielu państw o doświadczeniu okrutnych i masowych represji i zbrodni poprzedniego reżimu pozwala uznać, że rozwiązanie takie – choć z różnym nasileniem i uzasadnieniem – bywa najczęściej stosowane. Za uzasadnioną przyjęć trzeba wcześniej omawianą tezę R. Teitel, aprobowaną także w literaturze polskiej (m.in. M. Płachta⁴⁷), że sprawiedliwość okresu transformacji ma inne cele poza czystą retribucją i jest nim także stworzenie perspektywy normalnego funkcjonowania społeczeństwa. Te tezy Ruti Teitel, przyjęte jako swego rodzaju klasyka w refleksji o sprawiedliwości okresu przejściowego nie znalazły jednak potwierdzenia w wielu nowych doświadczeniach państw tranzycji – przykładem może być kambodżańskie rozliczenie z przeszłością, do jakiego dochodzi w ostatnim czasie, to jest 33 lata po zakończeniu rządów Czerwonych Khmerów, ocenianych jako dyktatura, która dokonała jednego z najbardziej drastycznych aktów ludobójstwa w świecie, podczas których zginęło około 2 milionów ludzi. W procesie, który rozpoczął się 27 czerwca 2012, toczącym się przed powołanym w Kambodży, choć zorganizowanym przez ONZ Trybunałem ds. Ludobójstwa w Kambodży zasiedli Nuon Chea, „Brat nr Dwa”, główny ideolog i najbliższy współpracownik Pol Pota (zmarłego w 1988 r.), Khieu Sampan, premier państwa, a po obaleniu reżimu prezydent Kampuczy, oraz Ieng Sary – wicepremier w rządzie Czerwonych Khmerów i jego żona, była minister ds. społecznych, Ieng Thirith. W lutym 2012 natomiast zakończył się proces Kaing Guek Eava, lepiej znanego jako Towarzysz „Duch”, który po upadku Czerwonych Khmerów zbiegł do Tajlandii – schwymano go jednak w 1999 roku i w 2010 roku Trybunał skazał go na 35 lat. Po apelacji jednak, w lutym 2012 roku skazano go na dożywocie⁴⁸. Warto przy tym wspomnieć, że po ostatecznym zakończeniu partyzanckich walk po śmierci Pol Pota, przywódcy partyzantki zawarli z rządem porozumienie, na mocy którego miano nie pociągać ich do odpowiedzialności – kilkanaście lat później stało się jednak inaczej.

Także w Argentynie, po ponad dwudziestu latach od zakończenia „Brudnej wojny” z lat 1976–1983 kończą się procesy wojskowych stanowiących trzon junty,

46 M. Płachta, *Jak pogodzić sprawiedliwość retributywną ze sprawiedliwością restytucyjną? Międzynarodowy Trybunał Karny a komisje pojednania narodowego i amnestie*, „Ius et Lex” 2003, nr 1, s. 98.

47 M. Płachta, *Jak pogodzić sprawiedliwość retributywną ze sprawiedliwością restytucyjną? Międzynarodowy Trybunał Karny a komisje pojednania narodowego i amnestie*, „Ius et Lex” 2003, z. 1, s. 98.

48 W. Kowalski, *Ruszył proces Czerwonych Khmerów*, <http://histmag.org/>, (30.06.2011), M. Staniul, *Nadzorca więzienia śmierci dostał dożywocie*, <http://natemat.pl/>, S. Grabowski, *Kambodżańskie rozliczenie z przeszłością*,

którzy dopuścili się zbrodni w centrach zatrzymań, mordując albo powodując „zaginięcie” blisko 30 tysięcy osób. W ostatnich latach tych procesów wszczęto aż 200, a sądzonych lub osądzonych jest ponad 500 oprawców reżimu – dwóch najsłynniejszych wojskowych junty, Antonio Bussi i Luciano Menendez w 2008 roku skazani zostali na dożywocie⁴⁹, po tym, jak w 2004 roku uchylono przepisy zakazujące ścigania zbrodni z okresu 1976–1983.

Trudno orzec, czy te przykłady wskazują na odwrót od polityki koncyliacji i czy w ogóle sprawiedliwość czasu przemiany oparta na „zakopywaniu rowów” miała miejsce, czy też była tylko wynegocjowanym podczas upadku reżimów okresem amnestii – czy też wymierzanie sprawiedliwości i nazywanie zbrodnią zbrodni możliwe jest dopiero, kiedy kurz ostatecznie opadnie. Trudno też miarę zbrodni kambodżańskich, a nawet okrucieństwa wobec *desaparecidos* w Argentynie przykładać do miar europejskich państw komunistycznych, w tym doświadczeń Polski. Wydaje się jednak, że potrzeba odnalezienia prawdy i sprawiedliwości w czasie tranzyacji przybierała tu postać dość zagadkową i mało koherentną. Posłużmy się dwoma przykładami, celowo omijając najczęściej przywoływane w tych kontekstach zdarzenia związane z tzw. lustracją czy procesami winnych masakry w kopalniach, czy też odpowiedzialności za stan wojenny. Te przykłady są tak znane i wymowne, że nie ma sensu się do nich odwoływać. Przytoczę jednak trzy przykłady orzeczeń i rozstrzygnięć ustawowych odnoszących się do czasu komunizmu – naprawienia krzywd i osądu zdarzeń z przeszłości i odpowiedzialności za nie, wszystkie trzy przykłady dotyczą okresu 2010–2012, a więc najbliższej przeszłości, dwadzieścia lat po upadku systemu.

Pierwszy przykład dotyczy osądzenia dekretu o stanie wojennym; wyrokiem z 16 marca 2011 roku (sygn. akt K 35/08) Trybunał Konstytucyjny orzekł, że dekret z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym oraz dekret z dnia 12 grudnia 1981 r. o postępowaniach szczególnych w sprawach o przestępstwa i wykroczenia w czasie obowiązywania stanu wojennego są niezgodne z art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w związku z art. 31 ust. 1 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej oraz z art. 15 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Trybunał w uzasadnieniu stwierdził po pierwsze, że istnieje potrzeba orzeczenia w tym względzie, bowiem dekret wywołuje pewne skutki prawne do dnia orzekania. Oceniając dekret, Trybunał stwierdził, że zawierał on przepisy ustanawiające bardzo daleko idącą ingerencję w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostki, znosząc lub ograniczając nietykalność osobistą (art. 87 ust. 1 Konstytucji PRL), nienaruszalność mieszkań i tajemnicę korespondencji (art. 87 ust. 2 Konstytucji PRL), prawo zrzeszania się (art. 84 ust. 1 Konstytucji PRL), wolność słowa, druku, zgromadzeń, wieców, pochodów i manifestacji (art. 83 ust. 1 Konstytucji PRL), a takie regulacje dekretu o stanie wojennym stanowiły zaprzeczenie przyjętych przez Polskę zobowiązań wynikających z Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Dekret także obejmował także przepisy o charakterze prawnokarnym, dokonywał penalizacji czynów, które nie były przed 13 grudnia 1981 r. karalne, zaostbrał odpowiedzialność karną za czyny zabronione na gruncie ówczesnego prawa oraz liczne dotychczasowe wykroczenia kwalifikował jako przestępstwa. Jak stwierdził Trybunał, dekret był aktem wojny wobec pokojowego ruchu obywatelskiego, jego

49 D. Scheimler, *Argentine chiefs jailed for life*, news bbc.co.uk, 28.08.2008.

represyjne przepisy miały na celu zduszenie wolności słowa, zrzeszania się, druku, zgromadzeń oraz innych wolności i praw, jakie przysługiwały obywatelom z mocy Konstytucji PRL oraz obowiązującego prawa międzynarodowego. Trybunał podkreślił zarazem, że represje stosowane na podstawie przepisów dekretów z 12 grudnia 1981 r., w tym między innymi skazania, dotyczyły obywateli, którzy popełniali czyny mieszczące się w pojęciu „działalności na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego”, jak i tych, którzy popełniali czyny zabronione dekretem, ale niekwalifikujące się jako związane z taką działalnością i miało bardzo szeroki zakres⁵⁰.

Trybunał stwierdził też, że wydanie orzeczenia o niekonstytucyjności dekretu jest konieczne ze względu na ich stale obecne skutki prawne (dotyczące nie tylko osób działających w opozycji) oraz skutki w dziedzinie prawa pracy (m.in. dla usunięcia skutków pozostawania bez pracy w wyniku rozwiązania stosunku pracy przez pracodawcę w czasie stanu wojennego).

Za adekwatne wzorce kontroli Trybunał uznał art. 7 Konstytucji, który znajduje on uzasadnienie aksjologiczne w zasadach sprawiedliwości tranzycyjnej, nieusprawiedliwiającej nielegalnych działań dawnej władzy i nakazujących – w miarę możliwości – usuwać nielegalne naruszenia wolności i praw, a także zakaz działania prawa wstecz w prawie karnym, ustanowiony w art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, który – jak stwierdził TK – wyraża fundamentalne zasady prawa karnego, które są adresowane zarówno do organów stanowiących prawo, jak i do organów egzekwujących prawo, nakazując tym ostatnim, by w razie jakichkolwiek wątpliwości co do znaczenia interpretowanych przepisów, odzwały się te spośród nich, przy których przepisy te miałyby moc wsteczną.

Co zupełnie oczywiste, Trybunał uznał także sprzeczność dekretów z art. 31 Konstytucji PRL, który stanowił, że Rada Państwa wydaje dekryty jedynie w okresach między sesjami Sejmu. Jak stwierdził Trybunał, organ ten nie powinien regulować zasadniczych kwestii ustroju państwowego, w tym dotyczących praw obywatelskich, a materia dotycząca stanu wojennego powinna być – ze względu na wynikający z istoty tego stanu nadzwyczajnego zakres ingerencji w gwarantowane

50 Trybunał skrupulatnie podał, na podstawie cytowanych źródeł, że za czyny z pobudek politycznych w okresie od 13 grudnia 1981 r. do 21 lipca 1983 r. sądy powszechne – jak wynika z dostępnych danych – skazały 1685 osób, w tym 979 na podstawie przepisów dekretu o stanie wojennym. Sądy wojskowe, w tym samym okresie, skazały 10 191 osób, w tym 5681 za przestępstwa na podstawie dekretu o stanie wojennym i za przestępstwa, w odniesieniu do których miał zastosowanie szczególnie tryb postępowania. Kolegia do spraw wykroczeń w okresie między 13 grudnia 1981 r. a 1 listopada 1982 r. ukarały w trybie przyśpieszonym 176 757 osób, w tym karą aresztu 6384 osoby, a karą grzywny 169 524. Ogółem kolegia do spraw wykroczeń w okresie od 13 grudnia 1981 r. do 21 lipca 1983 r. ukarały za wykroczenia na podstawie dekretu o stanie wojennym 207 692 osoby, w tym karą aresztu 4273 osoby (por. Archiwum Akt Nowych, KC PZPR, Wydział Administracyjny, sygn. 628; Informacja Ministerstwa Spraw Wewnętrznych o stosowaniu prawa w okresie stanu wojennego w celu umocnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz dyscypliny społecznej [1982], s. 5; por. B. Kopka, G. Majchrzak, *Stan wojenny w dokumentach władz PRL 1980–1983*, Warszawa 2001, s. 379). Ponadto kolegia ukarały około 30 tysięcy osób za wykroczenia na podstawie art. 21 dekretu o postępowaniach szczególnych, z tego około 2200 osób karą aresztu (por. B. Kopka, G. Majchrzak, *ibidem*). Internowano 9736 osób (wydano 10 132 decyzji o internowaniu; niektóre osoby internowano dwu- lub nawet trzykrotnie; por. T. Kozłowski, J. Olszek, *Internowani w stanie wojennym*, „Pamięć i Sprawiedliwość”, nr 2/2010, s. 505–510).

w ówczesnej Konstytucji PRL oraz z uwagi na katalog praw podstawowych wpisanych do ratyfikowanego przez Polskę Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych – regulowana wyłącznie w ustawie, zaś „Członkowie Rady Państwa nie tylko powinni, ale musieli być świadomi istnienia owych konstytucyjnych ograniczeń”. Trybunał dobitnie podkreślił, że w czasie od 13 grudnia 1981 r. do dnia rzeczywistego ogłoszenia badane dekrety nie były częścią polskiego systemu prawnego, ponieważ jako akty nieogłoszone nie obowiązywały. Obywatele mogli więc zasadnie oczekiwać, że w odniesieniu do czynów popełnionych w tym okresie stosowane będą dotychczasowe ustawy karne. Po drugie, od momentu ogłoszenia dekretów nabrały one mocy wstecznej – dekret o stanie wojennym penalizował czyny, które nie były karalne lub były karalne względnie na gruncie wcześniejszych przepisów.

Równoległe jednak, w czasie kiedy wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich o uznanie niekonstytucyjności dekretu o stanie wojennym czekał na rozpoznanie⁵¹, toczył się spór o zakres odpowiedzialności sędziów za sprzeniewierzenie się niezawisłości polegające na stosowaniu obu dekretów w czasie, kiedy jeszcze nie obowiązywały. Kwestia odpowiedzialności za sprzeniewierzenie się niezawisłości sędziowskiej przechodziła różne koleje losu. Po raz pierwszy pojawiła się, gdy 15 marca 1993 roku uchwalono nowelizację prawa o ustroju sądów powszechnych. Na jej podstawie prezydent, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa (KRS), mógł odwołać sędziego, co do którego sąd dyscyplinarny stwierdził sprzeniewierzenie się zasadzie niezawisłości. Takie rozwiązanie zostało jednak uznane przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją. Kolejny raz odpowiedzialność taka pojawiła się w nowelizacji z 17 grudnia 1997 r., wówczas uchwalona została ustawa o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw. Ale i tym razem, w związku z brakami formalnymi w procedurze uchwalania nowelizacji, TK uznał przepis art. 6 ustawy za niekonstytucyjny. Pomimo tego Trybunał wskazywał na zasadność ostatecznego, zgodnego z procedurami, uregulowania problemu: „Ograniczając jednak rozważania tylko do okresu zamkniętego datą 1989 r. trzeba przypomnieć, że zachodziły wówczas tak drastyczne nadużycia niezawisłości, że obecnie nadal istnieje potrzeba ich ujawnienia i wyjaśnienia”, zaś „ogólne zasady odpowiedzialności sędziego, dostosowane do warunków demokratycznego państwa prawnego, nie stanowią mechanizmu wystarczającego”. Ostatecznie problem doczekał się swego ustawowego rozwiązania 3 grudnia 1998 r., kiedy uchwalono ustawę o odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów, którzy w latach 1944–1989 sprzeniewierzyli się niezawisłości sędziowskiej. Mocą przepisów ustawy w stosunku do sędziego, który w latach 1944–1989, orzekając w procesach stanowiących formę represji za działalność niepodległościową, polityczną, obronę praw człowieka lub korzystanie z podstawowych praw człowieka, sprzeniewierzył się niezawisłości sędziowskiej, wyłączono stosowanie przepisów o przedawnieniu w postępowaniu dyscyplinarnym dotyczącym sędziów. Wyłączenie to nie było jednak bezterminowe – jego koniec ustalono na 31 grudnia 2002 roku. W okresie od wejścia w życie omawianej ustawy do października 2001 r. wpłynęło 30 spraw, z czego 28 zostało złożonych przez ministra sprawiedliwości, a tylko dwie były efektem wniosków rzecznika dyscyplinarnego. Krajowa Rada Sądownictwa nie złożyła żadnego wniosku. We wszystkich sprawach z wniosku ministra sprawiedliwości rzecznicy dyscyplinarni wyraźnie dystansowali się od nich,

51 Czyli po 12 grudnia 2008 roku.

wskazując, że działają z polecenia ministra. Wszystkie sprawy dotyczyły zaledwie około 50 sędziów, w większości w stanie spoczynku, spośród których tylko jeden nie był sędzią karnym. W toku postępowania aż 41 sędziów już na samym początku zostało uwolnionych od stawianych im zarzutów. W stosunku do czterech spraw została od razu zwrócona rzecznikowi dyscyplinarnemu, pozostałym zaś w wyniku przeprowadzonego postępowania nie udowodniono sprzeniewierzenia się niezawisłości sędziowskiej. Zarazem dość licznie, począwszy od 1990 r., pojawiały się wyroki, w których sądy powszechne i Sąd Najwyższy zmieniały wydawane uprzednio na podstawie dekretu o stanie wojennym wyroki skazujące za czyny popełnione 13 grudnia 1981 r. i uniewinniały oskarżonych. W uzasadnieniu powyższych orzeczeń rehabilitacyjnych Sąd Najwyższy powoływał się na obowiązywanie zasady *nullum crimen sine lege poenali anteriori*, wyrażonej w art. 1 k.k. z 1969 r. oraz obowiązywanie zasady *nullum crimen sine lege* na mocy ratyfikacji przez PRL w 1977 r. MP-POiP. Jeśli jednak chodzi o sędziów skazujących tych niewinnych – zrehabilitowanych, sprawy miały się całkowicie inaczej. Najdobitniej stanowisko swoje w tej materii wyraził Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów, w uchwale z 20 grudnia 2007 r., sygn. akt I KZP 37/07, stwierdzając, że ze względu na niezamieszczenie w Konstytucji PRL z 1952 r. zakazu tworzenia przepisów karnych z mocą wsteczną (zasady *lex retro non agit*) oraz brak mechanizmu prawnego umożliwiającego uruchamianie kontroli zgodności przepisów rangi ustawowej z Konstytucją lub z prawem międzynarodowym, a także ze względu na brak regulacji określającej miejsce umów międzynarodowych w krajowym porządku prawnym, sądy orzekające w sprawach karnych o przestępstwa z dekretu Rady Państwa z 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym (Dz. U. Nr 29, poz. 154) nie były zwolnione z obowiązku stosowania retroaktywnych przepisów karnych rangi ustawowej. Skład siedmiu sędziów postanowił o nadaniu tej uchwale mocy zasady prawnej. Po tej dacie nie zapadły uchwały zezwalające na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sędziego, a wnioski o wszczęcie postępowań dyscyplinarnych były oddalane ze względu na ich „oczywistą bezzasadność”, na podstawie art. 80 ustawy o ustroju sądów powszechnych. Wreszcie ten właśnie przepis i sposób jego wykładni Rzecznik Praw Obywatelskich zdecydował poddać ocenie Trybunałowi Konstytucyjnemu. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 27 października 2010 r. (Sygn. akt K 10/08) stwierdził, że zwrot ten („oczywista bezzasadność”) zgodnie z zasadą określoności prawa także podlega badaniu pod kątem jego poprawności legislacyjnej, bowiem w procesie stosowania takich zwrotów niedookreślonych jak i klauzul generalnych istotne znaczenie ma to, „czy mają one ugruntowaną w świadomości prawnej jednostek podstawę aksjologiczną, z której wynika konkretny normatywny imperatyw”⁵². Konkretyzacja tych zwrotów następuje każdorazowo w procesie stosowania prawa przez organy je stosujące, jednak z uwzględnieniem podstawowych zasad prawa, ogólnosystemowych wartości i standardów konstytucyjnie chronionych i – jak uznał Trybunał – w niniejszej sprawie użyte w art. 80 § 2b p.u.s.p., zakresowe zdefiniowanie oczywistej bezzasadności staje się w tym wypadku pretekstem do arbitralnego wyłączenia w stosunku do określonej kategorii podmiotów, i to już na etapie wstępnego rozpoznania wniosku o uchylenie immunitetu, możliwości poniesienia odpowiedzialności karnej za określony typ przestępstw związany ze stosowaniem retroaktywnych przepisów karnych, co

52 Tu TK odwołał się do wcześniejszego wyroku z 15 września 1999 r., sygn. K 11/99, OTK ZU nr 6/1999, poz. 116.

wyłącza indywidualną ocenę każdego wniosku o uchylenie immunitetu. Pozostaje to w sprzeczności z przyjętą w orzecznictwie i doktrynie prawnej funkcją tego z istoty ocenego i konkretyzowanego *in casu* pojęcia. Tym samym Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 80 § 2b zdanie pierwsze p.u.s.p. w zakwestionowanym zakresie jest niezgodny z zasadą określoności przepisów prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji⁵³.

Jednak kilka miesięcy wcześniej sędziowie TK zdecydowali – tym razem na swój własny temat w podobnej materii, bowiem Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału 13 lipca 2010 podjęło uchwałę, że aby postawić sędziego TK przed sądem lustracyjnym, trzeba mu najpierw uchylić immunitet. To było rozwiązanie precedensowe, bowiem od początku lustracji, to jest od 1998 roku powszechnie przyjmowano, że wobec osób podlegających lustracji immunitet nie obowiązuje. W uchwale ZO TK czytamy: „W świetle orzecznictwa TK oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (...) odpowiedzialność osób zobowiązanych do złożenia oświadczenia lustracyjnego jest odpowiedzialnością karną (...). Zgodę na pociągnięcie sędziego TK do odpowiedzialności określonej w ustawie [lustracyjnej] wyraża, na podstawie art. 196 konstytucji [mówi o tym, że sędzia TK nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej bez zgody TK] Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK”. Po tej uchwale prokurator generalny Andrzej Seremet uznał, że te same reguły (uchylenie immunitetu) obowiązują przy lustrowaniu prokuratorów. Sądy lustracyjne zaczęły zawieszać toczące się wobec sędziów, prokuratorów, a także posłów postępowania do czasu uzyskania uchylenia immunitetu, albo umarzać je, skoro immunitet nie został uchylony. Jednak jeden z sądów nie był przekonany do stanowiska, że postępowanie lustracyjne wiąże się z „odpowiedzialnością karną” i skierował pytanie o wykładnię prawa do Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy w marcu 2011 uznał, że „odpowiedzialność karna” to tylko odpowiedzialność za przestępstwo opisane w kodeksie karnym lub kodeksie karnym skarbowym – z tego m.in. względu, że w ustawie o prokuraturze jest zwrot, zgodnie z którym można uchylić prokuratorowi immunitet, „jeżeli zachodzi dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przez niego przestępstwa” (a to samo mówi ustawa o ustroju sądów powszechnych dotycząca sędziów) – skoro „przestępstwa”, to znaczy czynu opisanego w kodeksie karnym lub karnym skarbowym. Ustawa o Trybunale Konstytucyjnym jednak nieco inaczej opisuje odpowiedzialność jego sędziów niż ustawy o prokuraturze i ustroju sądów powszechnych. Mówi ona tylko o „odpowiedzialności karnej” i nie ma nic na temat uprawdopodobnienia „przestępstwa”. Sądy mogą więc przyjąć, że co innego zwykli sędziowie i prokuratorzy, a co innego sędziowie TK, i tylko w przypadku tych ostatnich wymagać uchylenia immunitetu. Natomiast immunitet poselski obejmuje odpowiedzialność „sądową”, a nie „karną”, a więc sądy mogą uznać, że trzeba im uchylić immunitet przy sprawach lustracyjnych, bo niewątpliwie są one postępowaniem „sądowym”. Te i inne spory, jakie toczą się przed polskimi sądami, są tylko drobnym przykładem aktów stosowania prawa, w których pojawia się konieczność jednoznacznej oceny często niejednoznacznych zdarzeń z przeszłości. Zastanawiające jest zarazem, wzięwszy pod uwagę przytoczone przykłady, jak też obserwując procesy już nie sędziów, ale członków WRON i innych osób odpowiedzialnych za stosowanie

53 Warto dodać jednak, że do wyroku tego złożono aż sześć głosów odrębnych – czemu trudno się dziwić, bo Trybunał niejako zastępczo uznał za niekonstytucyjną klauzulę „oczywistej bezzasadności”, w istocie uznając za niekonstytucyjną praktykę działania sądów dyscyplinarnych, pozostającą oczywiście poza jego kognicją.

represji wobec ludności w czasie Polski Ludowej, że znikomą rolę odgrywa w realiach polskiej „sprawiedliwości tranzycyjnej”, jak dosłownie tłumaczy anglosaskie sformułowanie Trybunał Konstytucyjny i znaczna część doktryny, represja karna oraz zbliżone do niej formy odpowiedzialności za stosowanie przemocy, wymuszanie współpracy z policją polityczną czy też inne akty stanowiące przestępstwa albo delikty. Znaczną natomiast rolę w debacie publicznej i dyskursie na temat sprawowania władzy odgrywają zarówno akty normatywne, jak i akty stosowania prawa dotyczące przeszłości, choć często mają one wymiar symboliczny, nie powodując naturalnych jakby się wydawało konsekwencji w postaci aktów wymierzania sprawiedliwości. Rozliczenie z przeszłością przyjmuje zatem postać przede wszystkim deklaratywną.

To z kolei każe postawić pytanie – czy działania rozliczeniowe są tylko „prawem zwycięzców” czy także prawem do prawdy i sprawiedliwości rządzonej wspólnoty. Jeśli bowiem przyjąć, że istnieje jakiś powód, dla którego nowa władza się pojawia i wraz z nią konieczność jej uprawomocnienia, to jego elementem musi być postawienie wyraźnej bariery między zachowaniami „z tamtej” i „z tej” strony, a cechą tego rozgraniczenia między starym i nowym musi być rozliczenie, dokonywane według nowych standardów, które określane są właśnie poprzez wykazanie swej odmienności wobec starego porządku. Kształtowanie świadomości społecznej co do odmienności reguł rządzących starym porządkiem prawnym i politycznym, wskazywanie i piętnowanie naruszeń norm moralnych i przyjętych za podstawę porządku liberalnego i demokratycznego poprzez budowanie instytucji prawnych regulujących rozliczenie z przeszłością uznać można zatem za jeden z mechanizmów, który spełnia funkcję uczynienia zadość prawdzie i sprawiedliwości jako podstawowym wartościom życia społecznego⁵⁴, ale rozliczeniem takim nie mogą być same deklaracje, które choć z sądów i od ustawodawców pochodzą, mają jedynie sens publicystyczny. Wymierzanie sprawiedliwości zawsze musi mieć wymiar konkretny – podobnie jak konkretny charakter miały zbrodnie i krzywdy doznane w okresie, który się rozlicza. Jeśli jednak dzieje się inaczej i wystarczające z punktu widzenia ośrodków władzy pozostają akty mniej drastycznie wkraczające w życie na nowo konstytuowanej wspólnoty państwowej, pozostające właściwie jedynie oceną przeszłości w wymiarze abstrakcyjnym, to warto rozważyć funkcjonowanie takich instrumentów właśnie w warstwie legitymizacyjnej. Pielęgnowanie pamięci zbiorowej „gorzkich doświadczeń”, deklarowanie potępienia czynów bez indywidualnego osądu ich sprawców, pewien dialog na tematy lustracji czy niejednoznaczność oceny działań sprzeniewierających się niezawisłości sędziowskiej wskazują na wagę tych wątków w dyskursie publicznym. Taki dyskurs, prowadzony środkami komunikacji w postaci aktów prawnych i orzeczeń sądowych pokazuje w niemal czystej postaci nowe znaczenie instrumentów prawnych, dotychczas ukryte czy też zasłonięte przez podstawowe funkcje prawa. W omawianej sytuacji ani funkcja kontroli, ani dystrybucji, ani też rozwiązywanie konfliktów nie jest przez prawo realizowana jako pierwszoplanowa. Na pierwszy plan wysuwa się jedynie komunikat o prawowitości obecnych ośrodków władzy zbudowanej na ocenie przeszłości – dobrej albo złej, ale zawsze wygodnie abstrakcyjnej.

54 Por. szerzej: G. Skąpska, *Prawo w społeczeństwie w obliczu kryzysu*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2. s. 28.

Why the Rule of Law is too important to be left to lawyers*

Dlaczego kwestia rządów prawa jest zbyt ważna, by pozostawić ją prawnikom?

Tekst dotyczy nieco zaniedbanego, zdaniem autora, obszaru badań nad prawem i rządami prawa – ich społecznego aspektu. Argument na rzecz idei rządów prawa składają się z dwóch elementów: filozoficznego i socjologicznego. Refleksja na ten temat powinna być podzielona na dwa następujące po sobie pytania: po co w ogóle potrzebne są rządy prawa? i: jaki jest ich cel? Autor skupia się na tej drugiej kwestii; rozważa społeczne podstawy prawa i rządów prawa, wskazując, że zazwyczaj refleksja na ten temat wychodzi od zagadnień o charakterze prawnym, zamiast zagadnień teleologicznych, które również podejmuje niniejszy tekst. Wskazuje się w nim, że skoro rządy prawa mają znaczenie w sferze prawnej i politycznej, to już z samej tej przyczyny są ważne społecznie, jednocześnie autor wskazuje, iż tak bliskie powiązanie tego zagadnienia z prawem i polityką działało na socjologów odstrasżająco. Artykuł ma na celu wypełnienie tej luki.

Martin Krygier

*profesor prawa i teorii społecznej
Uniwersytet Nowej Południowej Walii
w Australii*

1. Background

For some long time, and in a range of different contexts, I've been writing about the rule of law. It began innocently, one piece at a time, often in response to specific occasions and/or invitations. However, it came to take on a life of its own. I've become a rule of law guy.

Over time, a line of argument has emerged, been deployed and re-deployed, developed and redeveloped,

* An earlier version of this paper was presented to a legal theory seminar at Melbourne University Law School. I benefited from the discussion, and particularly from comments by Michael Crommelin, Raimond Gaita and Gerry Simpson.

cycled and recycled. I have recently decided that enough's enough. I should try to do something with all these essays, even if that turns out to be to leave them behind. For the moment I'm thinking of a book, tentatively titled 'the ideal of the rule of law'. I am not proposing to clump them between covers as they first appeared but will try to distil, develop and follow the implications of the argument that has come to underlie them. So while this might seem rather late in the day for a work-in-progress seminar, I am now at a mulling-moment. That might be viewed as progress of a sort.

The general argument, simply put, has two parts, one philosophical, the other sociological. They are connected, indeed I believe one necessarily leads to the other, but they can stand (and might fall) separately. This paper is an attempt to clarify and tighten the sociological element. However, for those who don't know the other part, which forces this sociological complement, I will begin with a brief rehearsal of it then move onto the sociological branch. That latter forms the bulk of the paper but not necessarily of the argument as a whole.

Asked what the rule of law is, lawyers typically produce lists of characteristics of official legal institutions, rules, and practices. There are plenty of them about. There are problems with many of these lists taken individually, but my concern in this paper is more general. For what they share is as questionable as where they differ. Basically, all these lists - some shorter, some longer, some like Dicey's parochially English, some blithely assuming some universalistic legal Esperanto - share two mistaken assumptions:

- a) that the question, 'what is the rule of law?' can be satisfactorily addressed by stipulating legal institutional *bric-à-brac* thought to make it up. Previously I called this approach anatomical. Now, instructed by Wikipedia, I will switch to 'morphological,' which appears to be the overarching category of which anatomy is only one part;
- b) that we are in a position to stipulate, in terms at the same time general in coverage and specific in institutional prescription, what aspects and elements of these institutions and rules add up to the rule of law.

There are no surprises here. These moves conform to the well known tendency of technical professionals to view their subject as the centre of the world. Accountants see bottom lines, dentists teeth, plumbers taps and sewers, men with hammers see nails, and lawyers see law. In itself that is an understandable foible, and most people tolerate it and largely ignore it, until the moment comes when they're in debt, pain, jail and so on. Then they enter the professionals' world and the trouble starts. They take their understanding of that world for truth: if they think their problem is financial, the accountant's truth; if their teeth hurt, the dentist's; if their toilet overflows, the plumber's. And if the rule of law is what you want, it seems obvious that it is lawyers, with their insider knowledge, who best understand it and seem best placed to understand and deliver it.

It certainly has seemed obvious to lawyers, and to those whose views of law are parasitic on lawyer-hosts, among them legal philosophers. There is today a huge literature on the rule of law and a huge, expensive, practice of rule of law promotion around the world. Within that literature and that practice there are many very different, and some competitive, accounts of the rule of law. My claim is, however, that at a deeper level they all agree in an unfortunate way, actually two unfortunate ways. Put briefly, they *start* with the wrong question, so their answers, however insightful,

are – in this case quite literally – beside the point. The proper place to start, I believe, is with the question *why*, what might one want the rule of law *for*? not *what*, what is it made up of? And that matters because no sensible answer to the second question can be given until one comes to a view on the first. Moreover, even with the first question answered, what counts in one place as a sensible answer to the second might not be too sensible somewhere else. Societies differ, so do their institutional traditions, practices, and capacities, and so do the patterns of practice, expectation and culture in which they are always embedded. So we will need to learn something about these things, not necessarily to be found in the works of the usual suspects.

My focus in this paper is on elements of the second, *what*, question, but since it makes no sense without the first, *why*?, I will briefly rehearse my argument on that.

2. Teleology

My philosophical complaint is that writings on the rule of law typically focus first on matters of legal morphology when they need to begin with teleology. Here I will be rather stipulative, merely stating what I have sought to establish elsewhere,¹ but I'm happy to expand on any of this in discussion.

Whatever the truth in the perennial debates among positivists and natural lawyers, about the concept of law itself, the rule of law cannot adequately be explicated simply by a list of features of legal institutions, rules or practices. For the rule of law occurs when and to the extent that there is a social *achievement* to which law contributes. If we say, for example, that there were lots of laws under Stalin and a lot of rule, but there was not much rule of law, we are not saying something controversial, and you wouldn't have to know much about Dicey or Fuller to agree. So at least among the legally and philosophically unwashed, the rule of law has something to do with what the law does, rather than simply with what it is.

Moreover, if the law is enlisted to do things we associate with the rule of law but the mission fails, we might say that there was an attempt to achieve the rule of law, but it was unsuccessful: laws were of the sorts we associate with the rule of law, everyone was trying, but they were overborne, for some reason or another. To say the rule of law exists in a society is to imply an accomplishment; among its partisans a valued accomplishment. An ideal connected with law has been approached.

For the rule of law is not a natural entity like a tree, simply awaiting scientific description, or even a man-made contrivance like a rule of law in a statute book, which might be identified by pointing to it. To speak of it is to characterize a state of affairs in the world, to which law is thought to contribute, though it will never do so on its own. The aspiration or ideal is satisfied only *insofar as* some purpose or goal for law is realised. While such an achievement could in principle be thought value neutral or even valueless, and has been, the rule of law also has partisans – today

1 The general view is elaborated in 'The Rule of Law: Teleology, Sociology, and Legality,' in Gianluigi Palombella and Neil Walker, eds., *Relocating the Rule of Law*, Hart, Oxford, 2009, 45-69 in 'Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?,' in James E. Fleming, ed., *Getting to the Rule of Law*, Nomos no.50, New York University Press, 2011, 64-104; also shortly to appear, 'The Rule of Law,' Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, forthcoming, Oxford 2012, 233-49.

perhaps, even too many – who think it valuable, an ideal for law. If we value that ideal we should of course seek to identify what might be necessary to generate it. But that is a second step. Without some principle of selection even if only tacit, we won't find a bunch of legal bits and pieces waiting 'out there' and recognisable as the rule of law.

In another context, Gianfranco Poggi spoke of Durkheim's concept of society – what distinguishes it from a mere mass of people – as a contingent, 'insofar as reality,' 'real *insofar as* certain things go on': socially patterned behaviours, shared and internalized norms, and so on.² I think of the rule of law that way. It is a relative and variable achievement, not all or nothing. But one can say it exists in good shape or repair insofar as a certain sort of valued state of affairs in society exists.

My contention is, then, that to understand what the rule of law requires we need to start by reflecting first on its *point* rather than by starting, as is more common, with an enumeration of purportedly defining legal-institutional *features*, whether they be particular institutions such as common law courts (Dicey), particular formal qualities of rules, such as prospectivity, clarity, etc. (Fuller), or even traditions and procedures, such as defences, *habeas corpus*, and so on (Waldron), though the last is getting closer to explicit concern with the specific value of the rule of law.

In relation to this value we have all those centuries of distinction between monarchs and tyrants for example, not to mention Aristotle on the rule of law versus that of men, available to help us. In English law, as the historian, John Philip Reid makes plain, there is a tradition alive since Bracton, talking about the rule of law, though not necessarily in those terms.³ It is true that those centuries were not always full of the mantra we now use, nor were they commonly concerned with the specific institutional, formal and procedural prescriptions, recipes, which so dominate discussions of the rule of law today. And that is part of my point. If there is some common concern of partisans of the rule of law, it has been shared by many who did not know, and would not always accept the recent, purportedly 'consensus position' of the EU's Venice Commission,⁴ or the scores of other versions today touted as necessary, still less sufficient elements of the rule of law. And yet most contemporary accounts of the rule of law give us no way of saying, what most legal historians would agree, that the ideology of the rule of law goes back a very long way in England, or that the rule of law was better exemplified in sixteenth (actually any) century England than in Russia at the same time (or any time). Should we count the number of retrospective laws, check for their clarity, consistency, etc., according to familiar modern formulae? Well, one could but would be surprised. Some of these features today seen as defining were conspicuous by their absence.⁵ It's simpler and

2 Gianfranco Poggi coins the phrase to describe Durkheim's conception of society. See his *Durkheim*, Oxford: Oxford University Press, 2000, 85.

3 John Philip Reid, *Rule of Law* (DeKalb, IL.: Northern Illinois University Press, 2004)

4 [www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)003rev-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)003rev-e.pdf)

5 Recall Dicey's boast (probably justified) about all those Continentals who on visiting England marvelled how evident the rule of law was there. Here his contemporary Maitland on eighteenth century English law:

"I take up a list of the statutes of 1786. There are 160 so-called public acts, and 60 so-called private acts. But listen to the titles of a few of the public acts: an act for establishing a workhouse at Havering, an act to enable the king to license a playhouse at Margate, an act

more enlightening to say that the law counted for more, in certain crucial ways, in England than in Russia. And still it does. Then one needs to ask why. You won't find a clear answer in Dicey. Even Fuller and Waldron are likelier to lead us to symptoms than to causes of the differences.

My candidate for that state of affairs, the point, the immanent value, of the rule of law, reflects a recurrent and central theme in rule of law traditions:⁶ a contrast between the rule of law and *arbitrary* exercise of power. Unpredictable exercise of power is one way of treating its targets arbitrarily; another is its exercise, whether predictable or not, that takes no account of the perspectives of those whom it would affect. What makes both forms arbitrary is the fact that the act of power 'is subject just to the *arbitrium*, the decision or judgement of the [power-wielding] agent; the agent was in a position to chose it or not choose it, at their pleasure.'⁷ Conversely, those subject to such power cannot in the first case take account of it in choosing how to act ahead of time nor manifest their voice and perspective in the second.

Opposition to arbitrariness in the exercise of power motivates regard for the rule of law and associated attempts to institutionalize ways of reducing the possibility of such exercise. The rule of law is in relatively good order insofar as some possible behaviours, central among them the exercise of political, social, and economic power, are effectively constrained and channelled, so that non-arbitrary exercises of such powers are relatively routine, while other sorts, such as lawless, capricious, willful exercises of power routinely occur less. The role of law in the rule of law is to contribute to this state of affairs.

I'm happy to debate this specification of the value at stake, my larger argument doesn't depend on my being right here. But I believe that suppression of the possibility of arbitrary power is the pre-eminent rule of law value, whatever else one wants to add to it, and whatever else is believed to flow from it.

for erecting a house of correction in Middlesex, an act for incorporating the Clyde Marine Society, an act for paving the town of Cheltenham, an act for widening the roads in the borough of Bodmin. Fully half of the public acts are of this petty local character. Then as to the private acts, these deal with particular persons: an act for naturalizing Andreas Emmerich, an act for enabling Cornelius Salvidge to take the surname of Tutton, an act for rectifying mistakes in the marriage settlement of Lord and Lady Camelford, an act to enable the guardians of William Frye to grant leases, an act to dissolve the marriage between Jonathan Twiss and Francis Dorrill. Then there are almost countless acts for enclosing this, that and the other common. One is inclined to call the last century the century of *privilegia*. It seems afraid to rise to the dignity of a general proposition; it will not say, 'All commons may be enclosed according to these general rules,' 'All aliens may become naturalized if they fulfil these or those conditions,' 'All boroughs shall have these powers for widening their roads,' 'All marriages may be dissolved if the wife's adultery be proved.' No, it deals with this common and that marriage." F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1965 (first edition 1908), 383.

Either eighteenth century England had a strong measure of the rule of law or it didn't. I think Dicey and Reid, not to mention E.P. Thompson (*Whigs and Hunters. The Origins of the Black Act*, Harmondsworth, Penguin, 1977), are right to think it did. I also think the sources of this blessing need to be sought somewhere else than where lawyers are accustomed to seek them.

6 See Reid, *Rule of Law*.

7 Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Cambridge UP, 1997, 55.

Not only is anti-arbitrariness a pre-eminent rule of law value; it is an *immanent* value, internal to the rule of law itself. It is common today to claim all sorts of goods as flowing from the rule of law – economic development, human rights, democracy etc. These claims are the lifeblood of the international rule of law promotion industry. But I'm not talking about those external, purported, blessings allegedly bestowed by the rule of law. Perhaps it is good for all these things, though the claims so popular in international circles today can be debated.⁸ But if it is, it is because of what it *does* immanently, as a conceptual matter as it were, and my claim is that what it does is diminish the possibility of arbitrary power. If that occurs, one might argue, as Max Weber did, that 'sober bourgeois capitalism' is likelier to get off the ground, but that is a sociological argument about what reduction of arbitrariness that flows from the achievement of the rule of law might facilitate. It is not itself a quality of the rule of law itself. Nor are democracy, human rights and other things it is now fashionable to attribute to the rule of law. There are intuitively plausible reasons, and some evidence, to support the belief that lessening of the possibility of arbitrary power might support those further good things. But if it were shown that, in an order where the rule of law in the sense sketched here was strongly in evidence, the economy had tanked, this would not be in itself a reason to conclude that there was no rule of law. Nor that the diminution in the possibility of arbitrary exercise of power was therefore not a good.

One way of clarifying the distinction I am trying to make here has been suggested to me by Raimond Gaita. Law embodies values, central among them those of the rule of law, but these are not *purposes* of law. The law doesn't have purposes, though it may well be valuable. If we look at the distinctive features of, say, English law over long periods of time, we might be tempted to say that, compared with many other legal orders, it scores high on the rule of law. But this was not anyone's purpose nor the of the law. However, if we seek to promote the rule of law as a project because we think it good, say, for economic development, human rights, or restoring peace after conflict, these are purposes we have and that we surmise the rule of law serves.

Arbitrariness is a specific and obnoxious vice when added to power. Of course it is the *combination* that is lethal. If my acts do not have potential to harm, then I can be as arbitrary as I please; indeed my eccentricity might be part of my charm. And it is not *power* of itself that is obnoxious. We need it in many forms as well. We should not want to emasculate the capacity for power to be exercised to keep peace, defend populations, enforce legal judgments, balance other powers, and so on. Further, we need to distinguish between those exercises of arbitrary power that should be of public concern and those that should not. Lovers can act arbitrarily towards each other, and that can harm one or both of them, but most of us would, I imagine, think that, unless some threshold of injury has been crossed, they will just have to deal with that themselves. Not every hurt is or should be a matter of public concern.

What we don't want is to live in circumstances where significant power can be exercised over us in an arbitrary manner. There are many other vices which depend on the *substance* of the law, but arbitrary power is vicious enough even without

8 See for example, Stephan Haggard and Lydia Tiede, 'The Rule of Law and Economic Growth: Where are We?' *World Development*, 39, 5, (2010), 673–85

them and moreover can be vicious even when the substance is fine. Arbitrary power is a free-standing vice, as it were.

Where arbitrariness is linked with significant power, it tends ineluctably to: threaten the *liberty* of anyone subject to it; generate reasonable and enduring *fear* among them; and deprive citizens of sources of reliable sources of expectations of, and *coordination* with, each other and with the state. And as Lon Fuller and Jeremy Waldron⁹ have emphasized, it threatens the *dignity* of all who find themselves mere objects of power exercisable at the whim or caprice of another. More can be said about all of this,¹⁰ but not today.

These are four good reasons to value reduction of the possibility of arbitrary exercise of power. To the extent that the rule of law can help deliver such reductions, this is reason to value it. This is not, of course, merely a negative matter of removing evils, but can be expressed positively. A society in which law contributes to securing freedom, confidence, coordination and dignity, is some great and positive distance from many available alternatives. There are other things we want from law, and many more things we might want in a good society, but ways of serving these values are goods immeasurably harder to attain without institutionalizing constraints on arbitrariness in the exercise of power.

There is, of course, controversy about how that state of affairs should be characterized, how the law might contribute to it, and what it needs to be like to do that effectively. There are also controversies about the fundamental values of, and the worth of, the rule of law itself. Anti-arbitrariness is not an eccentric choice, but many would say it is not enough. I agree it is not enough for a good society, or even good law, but these are other goods. It is enough for that precious but limited good, the rule of law. But if you don't agree, it's not the end of the world. Such controversies are inevitable, and not unique to the rule of law. Recall democracy, justice, equality. Concepts that are contested, even 'essentially contested,' are not for that reason alone meaningless or useless. On the contrary, some of them are the most important we have. Indeed that importance is a central reason for the controversies that rage about them.

My own specification cannot put an end to such controversy. Ends and means are both in play and disagreements are common in both domains. I only want to suggest that the rule of law needs first to be approached by asking after its *telos*. You can't usefully describe or explore the rule of law before clarifying what you think it's good for.

To conclude and to repeat, people might reject my parsing of the immanent value of the rule of law, and we can discuss that. The more important point for my general argument is that what we look for to achieve this end can only be decided *after* we have clarified the end in view. The argument of the rest of the paper is this: If we value the immanent end(s) of the rule of law (whatever we conclude it or them to be), we cannot assume, without further investigation, that any particular assemblage of legal institutions or practices will generate such ends or, conversely, that such ends can nowhere be generated in quite other ways, ways of which we haven't thought,

9 *The Morality of Law*, 2nd edition, Yale University Press, New Haven, 1969; Jeremy Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure,' in James Fleming, ed., *Getting to the Rule of Law*, NYU Press, 2012.

10 I discuss these four reasons more extensively in "Four Puzzles ..." *supra* n.1, at 78–81.

which might be simply beyond our ken. We need to *look*, and not only within the professional frames within which lawyers and legal philosophers view the world. And that leads, inexorably I would say, to a need to know something about society, beyond merely what we might pick up by living in one.

3. Society

Unfortunately, I can't point to a bunch of sociological writings that speak directly to these concerns. The sociology of the rule of law is not a well-populated field. Some decades ago, Philip Selznick argued that, given its centrality among legal values, the rule of law 'must be a chief preoccupation of legal sociology,'¹¹ and he pointed to a good deal of research that spoke to that theme. Though they might have spoken *to* it, however, in the sense of bearing on it, most sociologists did not speak *of* the rule of law or analyze it particularly closely.¹²

It is not obvious why, because if the rule of law, understood as at least in crucial part a brake on arbitrary exercise of power, matters legally and politically, it certainly matters socially. Arbitrary exercise of power is a common cause of social disorientation and in the worst cases catastrophe, and it is a proper matter of social concern what might be done to prevent or lessen it, as it is to understand its social preconditions. Conversely, and the point of this paper, legal institutions can't do much without social support. Where that support might come from and what it might involve are proper questions for sociological investigation. It is also true that if the end is important, we need to investigate other means, besides law, that might help us approach it. I return to this in the final section of the paper.

But there are many things that conspire against close sociological exploration of the rule of law. Prominent among them are purists' fears of disciplinary contamination. The rule of law is *so* associated with law, politics, and the state, that sociologists have tended to keep their distance from this hallowed legal ideal—too normative, too legal, too political, too formal, too disconnected from life; and how is it to be measured?¹³ That neglect is matched by legal and political theorists' immaculate conceptions, untainted as they have remained by social theory or empirical social research. This mutual ignorance is unfortunate, for some of the central questions about the rule of law are sociological ones.¹⁴

11 Selznick, 'The Sociology of Law,' *The International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 9 (New York: Macmillan, 1968), 52.

12 Although, Selznick certainly did. See my *Philip Selznick. Ideals in the World*, Stanford UP, 2012, chapters 6-9. And see Franz L. Neumann, *The Rule of Law* (Leamington Spa, UK: Berg, 1986), and other works from associates of the Frankfurt School, particularly Otto Kirchheimer. See also Vilhelm Aubert, *In Search of Law* (Totowa, NJ: Barnes & Noble, 1984).

13 For perhaps the most unguarded and disarming statement of such prejudices, see Donald Black, Donald J. Black, "Review of Philip Selznick, *Law, Society, and Industrial Justice*," *American Journal of Sociology* 78 (1972), 709-714; and Black, "The Boundaries of Legal Sociology," *Yale Law Journal* 81 (1971-1972), 1086-1100.

14 Cf. Martin Krygier, "The Rule of Law. Legality, Teleology, Sociology," in Gianluigi Palombella and Neil Walker, eds., *Relocating the Rule of Law* (Oxford, UK: Hart Publishing, 2009), 45-69.

So, what I will sketch is not a mainstream sociological concern. It is rather conceived as a contribution to what one scholar has called, once referring to Selznick, once to Fuller, part of a 'social science that doesn't exist',¹⁵ though some of its elements already do exist, if not usually considered in close connection with each other.

3.1. Law *in* Society

In 2005–06 I spent a year at an interdisciplinary centre for advanced studies at Stanford. One thing I was writing about there was the experience of rule of law promotion in post-communist societies.¹⁶ One of my colleagues was James House, a sociologist from Michigan, with whom so far as I knew I had nothing in common except that we enjoyed playing pingpong together every day. He was writing about health in the United States. One problem that the US faces is that while it spends much more, absolutely and per head, on health care than any other country in the world, its health results are worse than those of countries comparable in other relevant respects. Indeed they have declined. House argued that this problem would not be fixed by focusing on the usual suspects – hospitals, health care, medical technology, drugs – and trying to improve them. America led the world there already, but the results of all this money, technology, and expertise were disappointing. The cure would have to be sought elsewhere, in education policies, welfare, improving distressed socio-economic circumstances, and so on. The results of that research were later published in a co-authored book, *Making Americans Healthier: Social and Economic Policy as Health Policy*, which explored 'a growing paradox between its declining levels of population health relative to other wealthy nations – and even some developing ones – and its burgeoning spending on health insurance and medical care.'¹⁷

At the time, I was struck by parallels between House's argument and the core assumptions of a certain tradition of socio-legal work, which I have been trying to integrate into thinking about the rule of law. The theme of this tradition is well captured by the remark of Marc Galanter, one of its more penetrating contemporary representatives: '[j]ust as health is not found primarily in hospitals or knowledge in schools, so justice is not primarily to be found in official justice-dispensing institutions. People experience justice (and injustice) not only (or usually) in forums sponsored by the state but at the primary institutional locations of their activity – home, neighbourhood, workplace, business deal and so on.'¹⁸

People might admit this about *justice*, but still draw back from seeing implications here for *law*. After all, it is common to observe that law and justice often

15 Karol Edward Soltan, "Selznick and Civics," in Robert A. Kagan, Martin Krygier, and Kenneth Winston (eds.), *Legality and Community. On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, Maryland: Rowman and Littlefield (2002) 357.

16 See Martin Krygier and Adam Czarnota, 'After Postcommunism. The Next Phase', 2006, 2 *Annual Review of Law and Social Science*, 299-340

17 Robert F. Schoeni, James S. House, Goerge A. Kaplan, and Harold Pollack, eds., *Making Americans Healthier: Social and Economic Policy as Health Policy*, Russell Sage Foundation, New York, 2008, 3.

18 'Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law,' (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism*, 17.

come apart; rule of law too. Recall the lament in the 1990s of the former East German dissident, Barbel Bohley: 'we wanted justice; we got the rule of law.' Maybe justice is to be found in society, but law on this view is exclusively and for better or worse, what comes to us from the state and its agencies.

However, the point can be pushed further. It is common to gesture to law/society relationships with the phrase 'law *and* society.' The umbrella movement in the United States for those who study these things is the Law and Society Association, there are numerous 'law and society centres' there, the leading journal is the *Law and Society Review*, Britain, or at least Wales, has its own *Journal of Law and Society*. Yet the Harvard jurist, Lon Fuller, disapproved of this logo, not vehemently but firmly and in principle. He insisted that law was a *part* of social life, not merely a partner of it. So, 'law *in* society,' not 'law and ...' As Philip Selznick, himself head of a Law and Society Centre, was somewhat chastened to admit, Fuller 'disliked the phrase "law and society." He objected to the "and" as a distancing imagery; it seemed to counterpose what should be understood as wholly intermingled. We may not wish to indulge that bit of purism, but the point is well taken.'¹⁹

This is a very general point, of course, and in truth Fuller adorned it with little detail. It is pursued more vigorously, and for non-accidental reasons, in strands of socio-legal writings that have emanated from east European multi-national empires before the First World War. The key names are Petrażycki (intuitive law), Malinowski (law without 'central authority, codes, courts and constables') and Ehrlich ('living law'). I won't pursue their writings here, but I think there is a lot to be drawn from them, in at least 2 ways.

The first has to do with the implications of the *character* of social relations for the rule of law. For societies are patterned in differing ways. Many of these patterns endure over time, and they matter for most things, among them legal institutional function, form, social salience and performance. Societies exhibit internal continuities and differences from each other, and within them, regions and sub-societies differ too, in the character and texture of relationships they generate, enforce, and suppress. The extent to which social configurations are apt to support and resist specific institutional arrangements also varies.

At least since Edward Banfield wrote of 'amoral familism' in *The Moral Basis of a Backward Society*²⁰ social scientists have discussed whether some sorts of pervasive social arrangements are more hospitable to the relatively impersonal social

19 'Jurisprudence and Social Policy: Aspirations and Perspectives,' (1980) 68 *California Law Review*, 216. Cf. Lon L. Fuller, 'Some Unexplored Social Dimensions of the Law,' in Arthur E. Sutherland, *Path of the Law from 1967*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1968, 57: 'The intensified interest in the sociology of law that has developed in recent years has come to assume the proportions of something like an intellectual movement. In the United States this movement has found a kind of sloganized expression in the title, *Law and Society* ...

It would be captious indeed to pick any serious quarrel with this innocent renaming of the familiar. ...

At the same time there are, I believe, some dangers in this new title and in the allocation of intellectual energies it seems to imply. By speaking of law *and* society we may forget that law is itself a part of society, that its basic processes are *social* processes, that it contains within its own internal workings social dimensions worthy of the best attentions of the sociologist.'

20 Glencoe Illinois, The Free Press, 1953.

relationships that one finds in modern societies, and to the impersonal rules that Weber considered distinctive of modernity, and writers on the rule of law take to be essential to it. Banfield thought what he called (though we would never do so now) 'backward' societies were inhospitable to impersonal connections and institutions, and could only be adapted with difficulty. Thus, in societies, or sub-societies characterized by 'amoral familism,' such as the Montagnegesi of southern Italy that he studied, the underlying rule of social behaviour was, Banfield argued, 'Maximize the material, short-run advantage of the nuclear family; assume that all others will do otherwise.'²¹ No one – indeed nothing – will be interpreted as public in purpose even where it might actually be so intended and 'the law will be disregarded when there is no reason to fear punishment.'²² More pithily, a similar point has been expressed in Ernest Gellner's contrast between modern 'civil societies' and most historical societies, dominated by kings or cousins or some combination of both.²³

More recently, Robert Putnam has embroidered Banfield's theme, also on the basis of Italian data. Comparing Italian regions over 20 years since they all ostensibly received the same sets of public institutional reforms, he finds consistently over that period, and more ominously over centuries, that effective institutional performance was closely correlated with characteristics of social structure, and in particular the amount of civic association available to generate interpersonal trust among non-intimates.²⁴ Regions with plenty of such associations – football clubs, singing groups, etc. – had consistently better governmental institutions than those who lacked them. While he doesn't speak of the rule of law, some of his observations are suggestive:

Lacking the confident self-discipline of the civic regions, people in less civic regions are forced to rely on what Italians call "the forces of order," that is, the police. ... citizens in the less civic regions have no other resort to solve the fundamental Hobbesian dilemma of public order, for they lack the horizontal bonds of collective reciprocity that work more efficiently in the civic regions ... [However] In the less civic regions even a heavy-handed government – the agent for law enforcement is itself enfeebled by the uncivic social context. The very character of the community that leads citizens to demand stronger government makes it less likely that any government can be strong, at least if it remains democratic. ... In civic regions, by contrast, light-touch government is effortlessly stronger because it can count on more willing cooperation and self-enforcement among the citizenry.²⁵

21 *Ibid.*, 85.

22 *Ibid.*, 92

23 See Ernest Gellner, *Conditions of Liberty. Civil Society and its Rivals*, Harmondsworth, Penguin, 1994.

24 I have discussed the distinctiveness of such trust, and its links with civil society and the rule of law, in *The Quality of Civility: Post-Anti-Communist Thoughts on Civil Society and the Rule of Law*, in András Sajó, ed., *Out of and Into Authoritarian Law*, Kluwer, Amsterdam, 2002, 221–56, and 'The Uses of Civility,' in Krygier, *Civil Passions*, Black Inc., Melbourne, 2005, 163–76.

25 Robert D. Putnam, *Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, 1993, 112–13.

A more ambitious argument along related lines, and directed precisely at the rule of law, has recently been developed by the institutional theorist and political economist, Barry Weingast. Weingast distinguishes two social types that have developed to deal with the problem of violence in radically different ways. On the one hand, and for most countries in most periods of history, including our own, there are 'limited access orders,' which solve the problem of violence through distributing benefits differentially to and among those who are in a position to wreak it: 'In this social order, the political system manipulates the economic system to create rents so as to control violence and sustain order.'²⁶ Open access orders, by contrast and as the label suggests, open up 'entry to political and economic organizations. As a result, they exhibit political and economic competition, and this competition is central to political order and the prevention of violence. In contrast to the [limited access order] all citizens in open access orders have the ability to use the state's courts to enforce the organization's contracts. Open access therefore creates and sustains a rich civil society. Competition and open access in the economic system reinforces competition and open access in the political system, and vice versa.'²⁷ What the rule of law requires, and what most limited access orders cannot provide are accepted norms that transcend persons and statuses. Only thus can be generated 'credible commitments that institutionalize political and social mechanisms that create incentives for both political officials and citizens to honor the rules so that not only today's officials honor the rules but so too will tomorrow's.'²⁸ The differences between these systems are, not matters of free, benevolent, or malicious choice or good or bad character. They are, Weingast argues,²⁹ different institutionalized ways of insuring against the Hobbesian nightmare. The difficulty is to move from one to the other. Mere transplantation of institutions will not do the trick.

I am not interested here in defending the detail of these arguments. I am conscious that these are idealized distinctions and don't account for everyone's behaviour, and I would want to resist until intellectually forced the cosmic pessimism some of these authors exude.³⁰ But a core element common to them is surely true: socially institutionalized behaviours, expectations and sources of legitimacy are not infinitely malleable or trivial in their consequences. If anyone hopes that the 'rule of law' might transform social relationships in such a way that opportunities for the stronger arbitrarily to dominate the weaker are diminished, one needs to have thought hard about what the relationships in place are and what might be done to change them. Unless they do change, much that we graft will die, and even if it

26 Barry R. Weingast, 'Why developing countries prove so resistant to the rule of law,' in James J. Heckman, Robert L. Nelson, and Lee Cabatingan, eds., *Global Perspectives on the Rule of Law*, Routledge, 2010, 30.

27 *Ibid.*, 33.

28 *Ibid.*, 45

29 And for the theory on which this is based, see Douglass C. North, John Joseph Wallis, Barry R. Weingast, *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, 2009.

30 See my 'Institutional Optimism, Cultural Pessimism and the Rule of Law' in Krygier and Adam Czarnota, eds., *The Rule of Law after Communism*, Ashgate, Dartmouth, 1999, 77-105; 'Transitional Questions about the Rule of Law: Why, What, and How?' (2001) 28, 1 *East Central Europe-L'Europe du Centre Est. Eine wissenschaftliche Zeitschrift*, 1-34.

survives the resulting amalgam is likely to operate in ways that surprise, sometimes astound, us. For, to use a distinction of Stephen Holmes', legal and political orders are 'interaction technologies' rather than 'production technologies,' if (as I doubt) it make sense to speak of them as 'technologies' at all. Interaction technologies depend on the interactors and their routine, and their ways and existing norms and expectations of interaction, as much as or more than they depend on the technologies. And unless such matters are effectively taken into account, technologies introduced with great fanfare, money, blood and sweat, commonly end in tears.

The second significance of 'law-in-society' applies as much to modern, well-established, impersonal state legal orders as it does to those which rule of law promoters struggle to transform. Is it enough to focus on the characteristics of legal institutions, rules and practices there? Well certainly where the law counts, its nature does too. But law is still in society here too. First of all, consider the *universal* truism that an enormous amount of activity to which state law might relate will never find its way to state institutions, but will be dealt with, if at all, elsewhere. This is true *everywhere*, including in the highly state-developed and law-governed societies of the developed West. American socio-legal scholars speak, for example of the 'disputing pyramid'.³¹ At its broad base is a hurt of some kind. This needs first to be noticed as an injury, rather than, say, a natural incident. It has, in the terms of the trade, to be *named*. Then to be attributed to a culprit, who only under this condition will be *blamed*. Only then can it form the basis of a *claim*, which often is never made. Injured parties often prefer to 'lump it.' Some claims will involve third parties, only some of them lawyers. Only then will a very small proportion of this small proportion enter, and even fewer begin to ascend, layers of the official hierarchy. Ultimately a handful of potentially law-relevant activity ends up as one of those rare superior court case that lawyers and legal philosophers often speak of as the central stuff of the law. Those cases indeed matter greatly to the skewed sample of litigants who endure them, and they might be of legal importance disproportionate to their numbers, but socially the situation is more complicated. Apart from definitive resolution of the relatively few disputes that come before the courts, there are other sources of such social importance as they have. And both depend upon favourable social circumstances.

What follows from this? Let me start with a key qualification that I have not made in previous iterations of this point. I had taken the implication of what I have just written to be that dispute settlement by official institutions was *less* important than conventionally assumed and than how it affects what goes on outside them. I now think mine was a confusion of quantity with quality. And we can see my mistake if we return to House's and Galanter's reflections on health and hospitals. The fact that 'health is not found primarily in hospitals' is not an argument for the unimportance of what happens in hospitals. Even if I have only one heart attack in my long life, it's enough. And so with courts. Treated for the moment *just* in terms of what they do for those who reach them, these will include many who found nowhere else to go, no other independent institution capable of doing justice to their claims. There is an incalculable difference between societies where this possibility is available

31 W. L. Felstiner et al, 'The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming ...' (1981) 15 Law and Society Review 631.

to citizens, and ones where it is not, or is available only to certain categories, or deals so badly with them that they have no use for them.

Moreover, this is so, whether or not one ever has occasion actually to use the institutions. In the previous paragraph, I spoke only of individuals with disputes or grievances that actually do make their way to official institutions. But here hospitals differ from courts. A heart attack is a sad but individual event which may, of course, affect many apart from the sufferer. However, it is unlikely to set them on a path that might end with them tearing each other apart because there is no effective institution available to treat it. The absence of the real possibility of independent and enforceable third party intervention, by contrast, can have tragic *social* consequences. In such circumstances, people do not merely, as we often do, fend for themselves in the first instance, but are liable to do so without curb or limit, if they lack even the in principle anticipation that they might call on official agencies if all else fails. So, whatever implications might have been drawn from my earlier considerations of this point, I mean nothing I say in what follows to detract from the strategic, ultimate, significance of the provision by the state of institutions to hear and do justice to the parties who make their way to them, where circumstances are such that it can effectively do so. Of course, this is not news to most people, particularly lawyers but, driven too far by a kind of sociological anti-institutional trajectory of my argument which I didn't intend but didn't avoid, I have made too little of this in the recent past.³²

Though this concession is important, it remains consistent with two other truisms that I still maintain. First, that a crucial part of the social importance of state law stretches well beyond what it does to any specific litigants in legal proceedings. Second, that that significance can only be assessed in the light of other sources of social influence than the law itself, which may support, refract, rechannel, transform, or totally block that influence.

Legislation, of course, is always directed outwards, and court proceedings too have fundamentally important effects that radiate well beyond their direct participants. For apart from citizens' (generally rare if, for the reasons just mentioned, important) direct invocations of official channels, there is the extent to which they are able and willing to use and to rely upon legal resources as cues, standards, models, 'bargaining chips,' 'regulatory endowments,' authorizations, immunities, in relations with each other and with the state. In this respect, as Marc Galanter has emphasized,³³ courts do not act as magnets that draw disputes inward to be officially

32 This rethinking has been lurking for a while, but I owe its bursting out here to hearing and reading Hazel Genn, *Paths to Justice. What People Do and Think about Going to Law*, Oxford: Hart, 1999; and Genn, *Judging Civil Justice*, The Hamlyn Lectures, 2008, Cambridge University Press, 2010. Dame Hazel argues powerfully for the importance of the quality of official dispute settlement in these works, and I realised that I was in the uncomfortable position of agreeing with her, while she might rightly be in disagreement with me. So I changed. (This puts me in mind of Hart's reminiscence of a debate with Kelsen: Kelsen began by saying that their dispute 'was of a wholly novel kind because though he agreed with me I did not agree with him.' H. L. A. Hart, 'Kelsen Visited,' in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, 287)

33 See his 'Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law,' (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism*, 1–47. As Galanter observes, "[t]he mainstream of legal scholarship has tended to look out from within the official legal order, abetting the pretensions of

resolved. If that were their primary function, they might well be accounted failures everywhere, given the very small proportion of disputes that reach them. Rather, apart from *and* at the same time in the very process of dealing with those disputes, they act as beacons, sending signals about law, rights, costs, delays, advantages, disadvantages, and other possibilities, into the community. This has been long understood, in the well-known phrase, as ‘bargaining in the shadow of the law.’³⁴

Of course it helps if the beacons are bright rather than dim, focused and well directed, the signals sent clear and encouraging (or, in the case of criminal law discouraging). If the message is the Kafkaesque one that everything *but* justice happens in the courts, that is a bad message. Or the messages citizens receive from institutions might include confirmation that the courts apply ‘telephone law,’ or are in the pockets of oligarchs, or whatever they say won’t be implemented (all often alleged in Russia), or that even if clean the courts are less powerful than local patrons (ditto and elsewhere), or that whatever one gets from the courts won’t compensate for the costs, difficulties, delays and distress of the process (think family law). The old Bulgarian adage that ‘the law is like a door in the middle of an open field. Of course you *could* go through the door, but only a fool would bother,’ is not a good advertisement for the messages sent by the Bulgarian legal system.

So it matters to at least two constituencies (apart from those, lawyers, who make their living from them) how legal institutions settle disputes. The smaller and frequently atypical constituency is the litigants themselves, whose days in court are often of extremely highly charged significance to them and therefore significant in themselves, and who also are part of the second, much larger, constituency affected by law: all those who, often subconsciously, act and react, in their relations with other citizens and with the state itself, on the basis of their interpretations of signals that emanate from those institutions, or their attitudes towards those signals and to their sources. However even when signals are bright and visible, they do not necessarily signal or beckon engagement of the sort the signallers intend. For not everything depends on the message or the messenger.

This again might seem pretty vague. Let’s sharpen it up a little with some more of the truisms I promised. Lawyers often talk of ‘society’ in one of two ways, and if they’re very confused in both! Either the term is just a collective shorthand for ‘all of us’, understood as a mass of individuals. To speak of society in this way is just to refer in a word to all the individual persons living in some bounded space. When Margaret Thatcher denied there was any such thing as ‘society,’ she was actually saying there was nothing more than individuals (and their families). Less polemical individualists might less fastidiously use the word, but say it adds nothing but economy of expression. Alternatively, however, society can be conceived of holistically, as a kind of collective entity. On some interpretations, that is how Durkheim

the official law to stand in a relationship of hierarchic control to other normative orderings in society. Social research on law has been characterized by a repeated rediscovery of the other hemisphere of the legal world. This has entailed recurrent rediscovery that law in modern society is plural rather than monolithic, that it is private as well as public in character and that the national (public, official) legal system is often a secondary rather than a primary locus of regulation” (at 20).

34 Roberth H Mnookin and Lewis Kornhauser, ‘Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce,’ (1979) 88 *Yale Law Journal*, 950–97.

understood it. And this is often how the word is used when after dinner Bar Association speakers expatiate on the need for law to 'keep up with social change', 'serve the needs of society,' and so on.

But to live in a society is not merely to have neighbours, on the one hand, and unless it has been pulverised by war or totalitarian rule and typically even then, a society is not some sort of vast featureless porridge either. First of all,, individuals are profoundly affected by the social relations in which they are embedded; as Philip Selznick reminds us, 'Human beings are products of interaction; they are embedded in social contexts. This is a truism, but on that must be taken seriously. It is a challenge to recognize how much we depend on shared experience, including nurture, communication, stimulation, and support.'³⁵

On the other hand, society is not a *thing*, and certainly not an undifferentiated unit. Instead, it is made up of people who inhabit what one legal anthropologist has called 'semi-autonomous social fields,'³⁶ usually several simultaneously. Such fields, or perhaps in today's language networks, include the organizations in which we work, our families, localities, perhaps ethnic and religious communities, people we trust. These generate connections, sometimes loose sometimes tight, sometimes egalitarian, sometimes clientelistic, sometimes honest sometimes corrupt.

To the degree that what goes on within these fields has salience for those within them, semi-autonomous fields are likely to generate distinctive ways of viewing and handling affairs including internal disputes and those with people in other fields. Even in the most law-observant country, these informal norms have sources other than state laws, and they will affect much that happens in the fields, sometimes without more, sometimes in interaction with external norms, including official ones; sometimes in ways that redirect those norms in unpredictable ways, sometimes in ways that block or frustrate their legislative or curial formulators, or would if they knew about it which they often don't. Much to which those laws might in theory relate that never comes within the purview of state institutions will be handled on the ground, often without reference to state laws at all, sometimes 'in the shadow of the law,'³⁷ other times in some other shadow. Such dealings may at times be inconsistent with state law or reflect idiosyncratic interpretations of that law, or ignore it, and whether consistent or cognizant or whatever, will have effects that mediate, refract, and often redirect and refashion the significance and consequences of state law, whatever lawmakers intended it to accomplish.

These, it should be stressed, are general truths, not just what happens in countries with little or no rule of law. Networks might, of course, be more autonomous and powerful in such countries, and lead to greater and more dramatic deviations from official aspirations. However, it is a common mistake to compare a society thought to be drenched with 'informal practices,' as legal pathologies in benighted countries are often characterized, with some idealized model of an impersonal and sovereign western legal order, with nothing in between the state's laws and its

35 *The Moral Commonwealth*, University of California Press, Berkeley, 1992, 29.

36 Sally Falk Moore, 'Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study,' in *Law as Process*, Routledge and Kegan Paul, London, 1978, 54-81.

37 See Robert Mnookin and Lewis Kornhauser, 'Bargaining in the Shadow of the Law: the Case for Divorce,' (1979) 88 *Yale Law Journal* 950-97.

individual subjects.³⁸ Sociologically there is no such order. The character, impact and salience of informal practices in relation to official law are almost infinitely variable, and these differences can matter greatly, but their existence is universal.

An upshot of the above is that again unless it is brutally enough administered to pulverise anything in its path – a rare event, even in totalitarian countries, and hard to sustain – the effectiveness of state laws will be heavily dependent on their degree of synchronization with the ‘indigenous’ orderings generated from within social fields. Indeed in totalitarian and authoritarian polities, the very *lack* of synchronisation between exercise of state power and social realities and possibilities often generates informal practices in the society which at the same time subvert the official order and try to make up for its inadequacies.³⁹ Both in these situations of chronic lack of sync and ones where the mesh is smoother, one can talk as much of ‘the law in the shadow of indigenous ordering’⁴⁰ as of ‘bargaining in the shadow of the law.’

Finally, while the points made above are generally true, they also vary greatly in their significance and implication. Whenever law stakes a claim to rule, the upshot of the many potential sources of normative, structural, cultural and institutional overlap and collaboration and competition in every society will differ markedly between (and often within) societies. Whether and how people will interpret the state’s law and respond to it, how highly it will rate for them in comparison with other influences – these things depend only partly on what it says, how it says it, and what the law is intended by its makers to do. In complex and variable ways, people’s responses to state law depend on how, in what form and with what salience and force that law is able to penetrate all these intervening media, how attuned to it putative recipients are, and how dense, competitive, resistant or hostile to its messages they might turn out to be. So much writing on ‘the state’ and ‘law’ ignores how various are the phenomena and relationships clumped under these putatively simple and single concepts.⁴¹

Again I should stress that this is not to say that state law is unimportant. Nor that we should simply upend legal centralism and put some vaguely characterized ‘society’ in its place. In modern circumstances, and virtually the whole of the developed and undeveloped world is affected by those circumstances, the state is a crucial institutional underpinning of the whole of society, and its laws are often crucially important. But how important, and even if important, in what ways their effects work out in the world, are heavily dependent on the complex social, economic and political contexts into which they intervene. That is a universal truth, and so those interested in the rule of law need to come to terms with it.

38 See for example Vladimir Gel'man, ‘The Unrule of Law in the Making: the Politics of Informal Institution Building in Russia,’ (2004) 56 *Europe-Asia Studies*, 1021–40.

39 See Alena V. Ledeneva *Russia's Economy of Favours*, Cambridge University Press, 1998, and Ledeneva, *How Russia Really Works. The Informal Practices that Shaped Post-Soviet Politics and Business*, Cornell University Press, Ithaca, 2006.

40 See Galanter, *op. cit.*, 17.

41 On this point, see especially Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition. Towards Responsive Law*.

3.2. The Rule of Law

So much for law. What about the rule of law? How 'social' is that? Of course it has social *consequences*, but most people seek to find it in the properties and activities of legal institutions, and primarily concerned to constrain the activities of political ones, of the state. Of course, 'social,' 'legal' and 'political' are analytical distinctions which map poorly the continuities and overlaps of the real world. However, in terms of where one looks and what one expects to find there, what is taken as figure and what ground, they do point to significant differences at least of focus and emphasis.

There is nothing original or even lonely in nominating opposition to arbitrariness as a fundamental concern of the rule of law. However, taking the point seriously and starting with it rather than lists of legal hardware, has a number of implications that have not always been noted. I mention three. These implications would follow, moreover, whether or not you agree with my specification of the point of the rule of law, just so long as you think it makes sense to begin thought about the rule of law with consideration of its point.

One is that the salience of features of legal institutions, formal and procedural characteristics usually nominated to constitute the rule of law, depends on how successfully they support the attainment of this value, in the wider society. To the extent they do, they have aided us in identifying what the law needs to be like to serve the end of the rule of law – at least *there*. To the extent that they do not, however, it is not at all clear why we fix on them so, still less try to extend them to places where they might merely have parodic roles. The challenge for anyone seeking the rule of law anywhere is not primarily to emulate or parody practices that seem to have worked elsewhere, but to find ways of reducing the possibility of arbitrary exercise of power, whatever that takes, here.

A second implication is that, if the arbitrariness of the exercise of power is the target and the danger one fears, there is no reason *a priori* to limit one's attention to state power. If non-state power is arbitrarily exercised by oligarchs, Mafiosi, warlords, tribal elders, Al Qaeda, business executives or university administrators, it too has the potential to bring with it all the vices of arbitrariness mentioned above. So the rule of law is opposed to arbitrariness in the exercise of significant power, whoever is doing the exercise.

One last implication follows from the second, together with my earlier remarks: Taking the rule of law seriously may not only require different legal rules and practices from those we know, particularly in places we don't know, but also recognition that many of the most significant sources of, goods generated by, and dangers to the rule of law are to be found in the wider society, not merely in or even near the obvious institutional centres of official law.⁴² There are numerous societies in which arbitrariness flows as much or more from extra-state exercises of power, sometimes aided by suborned official agencies, sometimes opposed to them. Sources of power are many. Moreover, possible constraints on it may come, or fail to come, from many domains of social life, and from many agencies other than legal ones. Not only might this happen, but as John Braithwaite emphasized at a recent conference, it already does, and in spades. To take just one example he considers,

42 For more on this, see 'Four Puzzles ...'

The institutions of the media are important checks and balances on the judicial branch of state (and international) governance and also a protector of the relative autonomy of the judiciary from executive domination. So when the Prime Minister criticises the High Court for last week's [September 2011] momentous decision [re the 'Asian solution'], media commentators are, and were, a check and balance on her not going too far with her excoriation of the Chief Justice.

I conclude that the media as a separated power is no more constituted by the law than the rule of law is constituted by undominated media. ... conditions of modernity require us to see private concentrations of power such as ratings agencies and private armies in places like Afghanistan and Iraq as both dangers and contributors to productive balances of power. Even powerful executive governments, such as that of the United States, can be captured by these private powers (Barnett and Zurcher 2009). So can the UN. Hence, global media can become as critical as law to dynamic, pluralised separations of powers that help constrain arbitrary exercise of power (Krygier) by private and public powers.⁴³

3.3 Contexts and Variation

There are great and salient differences between societies where the rule of law is well established and those where it is not. There are also enormous differences within each of these capacious categories. Legal orders differ greatly in the extent to which the values and practices of the rule of law are strongly embedded within them. Not every legal order is strongly *socially* embedded by institutions, provisions, culture, social structure, and prior experience of the law, and ways to secure such things will necessarily differ from society to society, and among social groups in any specific society. Legal orders can be bearers of value, meaning and tradition laid down and transmitted over centuries; some are some aren't. Among those that are, some are imbued with the values of the rule of law, some are not. Among those that aren't, the rule of law faces specific difficulties, often not of recent origin or open to a quick fix. In relation to this, lawyers are always relevant but not always particularly skilled.

Members of a strong rule of law order may not need to have as great or immediate a concern with the extra-legal foundations of what they have as those where legality is pervasively weak, simply because they have, as it were, been taken care of, if rarely by many in the generations that benefit from them. They may well, of course, want to improve what they have, and if the underlying conditions of legal effectiveness are to a considerable extent met, they are often right to concentrate on legal institutions. That is not because they live in a different world, but because some universal problems have been dealt with in their part of the world, and what the law is like counts here in ways it may not elsewhere. Other problems or opportunities have priority. It might be why so much talk of the rule of law, which emanates from such places, has so little to say about the extra-legal conditions of legal effectiveness.

It's not clear, however, how far their understandings will travel. For what Stephen Holmes has observed about Russia can be generalized to other rule-of-law-poor countries:

43 John Braithwaite, 'Is Separation of Powers a Rule of Law Issue? The Media Case,' Speaker's notes for conference on 'Media, Democracy, and the Rule of Law,' September 2011, UNSW.

Lawyers are trained to solve routine problems within routine procedures. They are not trained to reflect creatively on the emergence and stabilization complex institutions that lawyering silently presupposes. Ordinary legal training, therefore, is not adequate to the extraordinary problems faced by the manager of a legal-development project in Russia. The problem is not Russian uniqueness and exceptionalism, but the opposite. In Russia, as everywhere else, legal reform cannot succeed without attention to social context, local infrastructure, professional skills, logistic capacities, and political support.... So legal knowledge alone is never enough.⁴⁴

An implication of this might be that all those international alphabet soups devoted to 'building' the rule of law in benighted parts of the world – ABA, EU, HiiL, IMF, OSCE, UNDP, USAID, USIP, WTO, etc. - which generate reports written by lawyers for lawyers, might be most apt for societies that don't need them and little use to those who need them most. But that's not how the game is played. Instead, to adapt a remark originally directed to the administration of development programs more generally, '[d]onor activity often amounts to sending "experts" who *operate* institutions in "Denmark" to *design* institutions in "Djibouti". At best this would be like sending a cab driver to design a car. But it is worse, because institutions come with their own foundation myths that deliberately obscure the social conflict the institution was designed to solve.⁴⁵

Lon Fuller spoke of the lawyer as a social architect. He appears to have had in mind both the lawyer's design of, say, contracts for clients and also the design of public legal institutions. In relation to the latter, at least, the term is sometimes an exaggeration, for there are at least two enterprises going on here. Rule of law promoters in transitional and post-conflict societies too often think about the rule of law as though establishing it where it has not existed or is being shot to pieces, at times quite literally, is in principle the same sort of job, if harder and more dangerous, as cultivating it where it has long grown and has deep roots, and where its presence is an often unreflected-upon ingredient of everyday life. Yet they are truly engaged in social architecture, often undertaken on hostile, unforgiving terrain.⁴⁶ Those fortunate to live where the rule of law is strong may have a lot to do to defend, secure, sustain, improve and extend it, but those enterprises are, by comparison, more in the nature of running repairs. They may be major repairs, and there can be significant, and sometimes novel, threats. Wars are not great for the rule of law, and that includes wars on terror. But there is something, often a great deal, of structure and helpful material there to work with and on, and there is often helpful institutional and social resilience. The ultimate goals of these activities and their common ambition—lessening the potential for arbitrary abuse of power—are not unrelated in these different circumstances, but the means appropriate to serve them can differ enormously.

44 'Can Foreign Aid Promote the Rule of Law?,' *East European Constitutional Review*, Vol.8 No.4 (1999) p. 71.

45 Lant Pritchett and Michael Woolcock, 'Solutions when *the* Solution is the Problem: Arraying the Disarray in Development,' Centre for Global Development Working Paper No. 10, September 2002, 17, at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1106236

46 I discuss some of the difficulties of the task in "Hart, Fuller and Law in Transitional Societies," *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Peter Cane, ed. (Oxford: Hart Publishing, 2010), 107.

And this points to one more difference among contexts. In societies where the rule of law has long been secure, the fact that it is misconceived might not matter too much, since to a considerable extent it runs on its own steam. However, in conflictual, post-conflict and transitional societies, where efforts are made to generate, better to *catalyse* the rule of law, these problems can be catastrophic. For those most urgently seeking the rule of law are in the end concerned not with a package of legal techniques but with an *outcome*: that salutary state of affairs where law counts in a society as a reliable constraint on the possibility of arbitrary exercise of power.

Perhaps, though, I should end this section with some good news. The World Bank World Development Report 2011 calls for justice strategies that: '1) are grounded in understanding of the socio-political context--promoting "best-fit" rather than "best practice" solutions emerging from local demand, experimentation and adaptation; 2) focus on the social and economic dimensions of justice, not merely on the justice sector; ...' That is a fairly recent declaratory change, at the level of rhetoric, after billions of dollars spent on best practice strategies of the Venice Commission sort. It's way ahead of long-conventional assumptions, and at least shows some awareness of what is at stake. Moreover, within the World Bank, and other agencies, such as the US Institute of Peace, important work has been happening over the past few years trying to explore precisely these matters, and to find ways to design programs that reflect this developing understanding. But these are not majority activities, they go against many embedded bureaucratic and ideological imperatives, tendencies and constituencies, their impacts are yet to be assessed, and such goals are harder to achieve than to state, for reasons that again we need to go beyond legal knowledge to understand.⁴⁷

4. Conclusions: Beyond (or beside) the Rule of Law?

This is roughly where I've got so far. I'm not sure it's far enough, and I will end my report of 'progress' with one question about which I'm puzzling. For some long years I've been arguing against conventional conceptions of the rule of law that I take to start with and be primarily and misguidedly focused on the rules, practices and activities of central legal institutions. I have suggested this is a misguided approach for two reasons. First, it starts with institutional features purported to add up to the rule of law, rather than with examination of the point, the *telos* in view, in terms of which the significance and usefulness of these or other features can be gauged. Secondly, if the end is what matters then it is not clear that one's view of what leads to that end should be confined to legal-institutional matters. It should range more broadly, and specifically more sociologically.

Sometimes I have felt that I was, to use what I imagine is an Australian expression, pissing into the wind. What could I possibly do to derail the rule of law train, which has such a head of steam these days. Perhaps I shouldn't try, particularly since I'm a fan of the rule of law. Let them have their institutions and check lists. I'll do something else. Recently I have been provoked to take this line of argument a little further, however, to what some might consider its logical, others its illogical,

47 See particularly the publications of the Justice for the Poor group in the Bank, among them by Deborah Isser, Michael Woolcock and their associates; and see <http://blogs.worldbank.org/governance/towards-justice-in-development>.

conclusion. The provocation came (unintentionally, I think) at a conference I organized last year, on media, democracy and the rule of law.

At that conference, John Braithwaite delivered a powerful paper with the apparently innocent title 'Is Separating Powers a Rule of Law Issue? The Media Case'. He pointed out that though many people speak of the rule of law as a 'good thing for its own sake,' it was not that. Rather, he contended, it 'is best thought of as part of a separation of powers rather than the reverse.' Why should the order matter? According to Braithwaite, who is a card-carrying classical republican (NOT in the US sense of that word, no tea parties for him):

Conceiving the separation of powers as a rule of law question constrains a republican imagination in how to struggle for more variegated separations of powers. It tracks political thought to a barren, static constitutional jurisprudence of a tripartite separation of powers. This when conditions of modernity require us to see private concentrations of power such as ratings agencies and private armies ... as both dangers and contributors to productive balances of power.

Later Braithwaite comments that:

Webs of institutions are needed to strengthen governance by making it accountable for effectiveness and integrity. Webs of state and non-state institutions that control domination and enable innovation, enterprise and learning, can be mutually enabling and mutually checking of one another's accountability failures ...

For most tasks of modern governance, networks get things done better than hierarchies. But networks must be coordinated and sometimes, but only sometimes, the state is the best candidate to coordinate. For most problems, strengthening state hierarchy to solve problems is not as effective as strengthening checks and balances on hierarchy as we also strengthen private-public partnerships, professions with technocratic expertise on that problem, civil society engagement and vigilance, and other networks of governance, while at the same time strengthening co-ordination of networked governance.

I'm not totally on board yet. I don't believe, for example that separation of powers should be regarded as the ultimate end in view, and I hang on to constraint on arbitrary power as that. Separation seems to me one technique to that end, not to be valued in itself but for what, in certain forms and for certain purposes, it can support. We need power to accomplish and enable many good, some indispensable, purposes, but it must be constrained and channelled. Separations of certain sorts are important sources of constraint and channelling, but not the only ones and not to be applauded just because separation is accomplished. If separation disintegrates sources of salutary power (eg for peacekeeping, enforcement of bargains, etc.) we should not applaud. I don't believe that Braithwaite disagrees with any of this, and he certainly shares my hostility to arbitrary power, but I fear that putting separation front and centre might mislead.

However I do believe that we might gain greatly by following his suggestion that the rule of law should be viewed, not as the always-necessary centrepiece of power-taming policy to which other measures are inferior or supplementary addenda, but as one implement among several, in some respects and circumstances (as Genn stresses) of potentially unique importance, but dependent for its success on

many other things, and perhaps not more important for the achievement of its own goal than they.

That does not make it unimportant, but it might enable us to see its importance in perspective, give due weight to other phenomena that might need enlisting to serve such goals, and release us from the hold of a mantra which in its modish ubiquity threatens to obscure the valuable purposes for which it was once pushed into the fray, and to serve virtually any purpose you might want to name.

Now I don't yet know what the substantive results of this might be, and it might turn out to be none. So just in case, I will leave open the option of reverting to my earlier persona, and banging on about the true nature of the rule of law, conceived in my 'teleological, sociological' way. Should people think I'm having it both wishy-washy ways, I have only the wisdom of Groucho Marx to fall back on: 'Those are my principles, and if you don't like them ... Well I've got others.'

W kierunku nowej etyki w administracji publicznej - stanowisko pluralizmu normatywnego

Towards new ethics for public administration

Generally in twentieth-century administrative ethics as a field of study was undeveloped. The main aim of the paper is to describe and examine relation between traditional and modern approach to administrative ethics. In the first traditional approach we "translate" principles of general ethics into some contexts of administrative ethics. In the second approach we want to use new organizational and procedural standards for moral development in public administration. New ethics for public administration is treated in categories: 1) openness, 2) transparency, 3) social responsibility, 4) citizens' participation and 5) ethics education in public administration programs. New conditions created by postindustrial society create as well new challenges for ethical discourse in public administration. These two approaches, traditional and modern, have different methodological bases. Nonetheless, I argue that we can unite traditional standards (integrity, objectivity, justice, personal responsibility) and modern standards of good administration. Contemporary values related to public administration are grounded in the long history of western thought.

Tomasz Barankiewicz

*ks. doktor
Katedra Teorii i Filozofii Prawa,
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II*

Wprowadzenie

W ostatnich latach w Polsce i na świecie nastąpił wyraźny wzrost zainteresowania problematyką standardów etycznych lub zarządzania poprzez wartości (*ethics management*) w sektorze publicznym. W procesie tym, głównie pod wpływem krajów anglosaskich, wyraźnie odchodzi się jednak od klasycznych założeń spekulatywnych, a poszukuje praktycznych narzędzi poprawy jakości i efektywności zarządzania sprawami publicznymi. Ta zasadnicza

zmiana w ujęciu etyki administracyjnej nie jest jedynie, jak się wydaje, rezultatem pewnej mody, postawy pragmatyzmu czy amerykańizacji, jak twierdzą sceptycy, europejskiej kultury administracyjnej i prawnej. Istotne zmiany w otoczeniu administracji, jak wzrost kosztów działania sektora publicznego, rozwój nowych technologii informatycznych, globalizacja procesów społecznych i wzrost oczekiwań co do jakości usług świadczonych przez sektor publiczny, zmusza do wprowadzania nowych standardów działania.

W niniejszym opracowaniu, po wstępnych uwagach terminologicznych (1) przedstawiam najpierw tradycyjne rozumienie statusu i roli etyki zawodowej (2), a następnie wskazuję na stanowisko pluralizmu normatywnego i instrumenty organizacyjno-prawne (3), stanowiące wyraz nowego, przełamującego tradycyjne myślenie o relacjach etyka – administracja publiczna. Niemniej terminów „tradycja” i „nowoczesność” nie używam tu w znaczeniu wartościującym. Niekoniecznie też relacja między tym, co tradycyjne i nowoczesne musi sprowadzać się do prostej opozycji. Twierdzę, że mimo napięcia między tym, co tradycyjne i nowoczesne, w sferze jakości życia publicznego przyjąć można te standardy i instrumenty, które umożliwiają postęp i zachowanie sprawdzonej tradycji.

1. Niektóre nowe kategorie pojęciowe

Określenia „nowa etyka w administracji publicznej” (*New Ethics for Public Administration*) użyła pod koniec lat 90. B. Dorbeck-Jung¹ inspirowana koncepcjami P. Selznicka rozwijanymi na gruncie angloamerykańskiej etyki biznesu. Autor ten przyjmuje, że kategoria odpowiedzialność społecznej przedsiębiorcy, to nie tylko odpowiedzialność indywidualna (etyka sumienia), ale to rodzaj odpowiedzialności organizacyjnej (systemowej), polegającej na „wbudowaniu w strukturę przedsiębiorstwa pewnych moralnych kompetencji funkcjonowania”², dzięki którym kadra kierownicza ma możliwość systematycznego reagowania na oczekiwania społeczne, zarówno te wewnętrzne (pracownicy firmy), jak i zewnętrzne (klienci, opinia społeczna). Problematyką odpowiedzialności społecznej w administracji publicznej zajmujemy się szeroko w trzeciej części niniejszego opracowania.

Drugi termin, który warto odnotować na użytek współczesnych rozważań etyczno-administracyjnych, to „prawo refleksyjne” (*reflexive law*)³. Dla zrozumienia osobliwości prawa refleksyjnego ważne jest, po pierwsze, rozróżnienie na odpowiedzialność bierną i czynną. W przypadku prawa w jego tradycyjnym rozumieniu jest ono istotnie związane z modelem odpowiedzialności biernej. Mianowicie, w sytuacji odpowiedzialności prawnej ktoś jest pociągany do odpowiedzialności za naruszenie normy prawnej przez upoważniony do tego organ. *A contrario* w sytuacji odpowiedzialności czynnej (np. moralnej), osoba sama bierze odpowiedzialność lub po prostu czuje się za coś odpowiedzialna, podejmując określone działanie. Natomiast

1 Zob. B. Dorbeck-Jung, *Towards Reflexive Responsibility. New Ethics for Public Administration*, [w:] A. Hondeghem (ed.) *Ethics and Accountability in Context of Governance and New Public Management*, Amsterdam 1998, s. 45–58.

2 P. Selznick, *The Moral Commonwealth. Social Theory and The Promise of Community*, Oxford 1992, s. 345.

3 W. Gasparski, A. Lewicka-Strzałecka, B. Rok, G. Szulczewski (red.) *Rola i znaczenie programów i kodeksów etycznych*, [w:] tenże (red.) *Etyka biznesu w zastosowaniach praktycznych. Inicjatywy, programy, kodeksy*, Warszawa 2002, s. 28.

prawo refleksyjne charakteryzuje się elementami odpowiedzialności biernej i odpowiedzialności czynnej. Ustawodawca nie wskazuje bezpośrednio na sankcje, ale tworząc określone procedury, wprowadza obowiązek monitorowania, ewaluacji podmiotów i kształtowania ich rozwoju w przyszłości.

Po drugie, w przypadku prawa refleksyjnego istotna jest funkcja kontrolna prawa. Przykładami instrumentów prawa refleksyjnego mogą być przepisy regulujące: 1) audyt wewnętrzny w jednostkach sektora finansów publicznych, 2) obowiązek, zasady i tryb dokonywania sprawozdań za dany okres, 3) warunki, zasady i sposoby przeprowadzania ocen pracownika administracji publicznej. Przy czym należy zaznaczyć, iż wymienione wyżej narzędzia różnią się od zwykłej kontroli. Jest to raczej dopełnienie i rozwinięcie kontroli, gdyż zasadniczym celem jest poprawa funkcjonowania danej jednostki organizacyjnej oraz oddziaływanie na uczenie się, podnoszenie kwalifikacji zawodowych i szeroko rozumiany rozwój pracownika. Chodzi o ocenę efektywności działania i możliwość jej podniesienia w przyszłości, nie zaś jedynie kontrolę nastawioną na legalność działań organów władzy.

Po trzecie, prawo refleksyjne charakteryzuje się orientacją na przepisy proceduralne⁴. Sięganie po tego typu instrumenty spowodowane jest tym, że prawo materialne okazuje się zawodne. Trudno precyzyjnie określić wszystkie kryteria i możliwe sytuacje występowania nadużyć w funkcjonowaniu administracji. Stąd wprowadza się przepisy pozwalające wpływać na odpowiedzialność osobistą (czynną) podmiotu. Jak się okazuje, ocena pracy i uwagi krytyczne, które przeszły przez „filtr” świadomości pracownika, pozwalają na czynną poprawę jakości działań, a zwłaszcza obsługi klientów.

I wreszcie warto odnotować „karierę” terminu *soft law*, który najczęściej tłumaczy się jako „miękkie prawo” i odnosi do takich aktów normatywnych, jak: deklaracje (*declarations*), rezolucje, (*resolutions*), rekomendacje (*recommendations*), kodeksy praktyk zawodowych (*codes of practice, codes of conduct*), wytyczne (*guidelines*), standardy (*standards*), karty (*charters*), raporty (*reports*), opinie (*opinions*), programy (*programs*), porozumienia międzynarodowe (*inter-institutional agreements*), miękkie prawo w formie prawa twardego (*soft law disguised as hard law*) oraz porozumienia dżentelmeńskie (*gentlemen's agreements*)⁵. W prawie międzynarodowym zjawisko *soft law* istnieje od czasów drugiej wojny światowej, ale przyjmuje się, że sam termin określający owo zjawisko pojawił się dopiero w połowie lat 70. Szczególną cezurą dla debaty wokół *soft law* jest uchwalenie *Aktu Końcowego Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie* (1975). Należy podkreślić, że miękkie prawo występuje dzisiaj w systemach prawa państw reprezentujących różne kultury prawne. W krajach *common law* z powodzeniem występuje w prawie USA, Australii i Wielkiej Brytanii, w krajach *civil law* – np. we Francji, Holandii i Niemczech⁶. Jak się podkreśla, trudno w sposób zadawalający i pozytywny podać jakąś definicję miękkiego prawa. Zazwyczaj autorzy ograniczają się do wskazania kilku charakterystycznych i najmniej kontrowersyjnych cech.

4 G. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, „Law and Society Review” 1983, Nr 2, s. 257.

5 P. Skuczyński, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008, s. 328.

6 Tamże, s. 326 oraz przywołana tam literatura i krótka dyskusja na temat, kto pierwszy użył terminu *soft law*.

Według P. Skuczyńskiego, jednym z kierunków ujmowania „miękkiego prawa” jest jego koncepcja moralna⁷. Mianowicie, próbuje się zaliczyć tego rodzaju regulacje do systemu norm moralnych lub też szerzej do systemu norm społeczno-politycznych. W tym ujęciu nie traktuje się prawa (*hard law*) oraz podobnych treściowo pozaprawnych norm kodeksów zawodowych (*soft law*) jako niepotrzebnego dublowania prawa stanowionego, np. zasady ogólne polskiego Kodeksu Postępowania Administracyjnego i dość podobne standardy Europejskiego Kodeksu Dobrej Administracji, lecz wyjaśnia się ich związek jako relację oceny i uzasadnienia prawa pozytywnego, tzn. stanowią one sformalizowaną deklarację wartości wskazujących na słuszne racje społeczno-moralne. Dzisiaj wyraźna deklaracja pewnego katalogu wartości danego zawodu okazuje się ważna, ze względu m.in. na silny społeczny pluralizm opinii, postaw i wartości, wspierany koncepcją społeczeństwa otwartego i państwa demokratycznego.

Istnieje jeszcze szereg innych nowych określeń, jak „responsywna administracja publiczna”, czy „infrastruktura etyczna administracji publicznej”, które występują w literaturze przedmiotu i wskazują na nowe rozumienie etyki w administracji publicznej, a których przybliżenie ze względu na ograniczone ramy opracowania musimy tutaj pominąć⁸.

Przedstawione uwagi terminologiczne rzucają już – jak się wydaje – pewne światło na nowe rozumienie statusu, znaczenia i roli etyki zawodowej oraz kodeksów zawodowych w badaniach nad współczesną administracją publiczną i zmianami zachodzącymi w jej otoczeniu. Na kanwie uwag terminologicznych można postawić pytanie: czy mamy do czynienia z pewnymi istotnymi przemianami w rozumieniu służby publicznej, czy też jest to rodzaj amerykańskiej europejskiej kultury administracyjnej? W dużej mierze mamy do czynienia z recepcją pojęć wypracowanych na gruncie kultury anglosaskiej. Natomiast z drugiej strony w ostatnim czasie obserwujemy pozytywny proces wzajemnego zbliżenia się społeczeństwa i państwa. W Europie po okresach traktowania państwa jako struktury ontycznie nadrzędnej w stosunku do społeczeństwa, zwłaszcza w różnych koncepcjach państwa rozwijanych przez filozofów, proces ten należy ocenić jako zjawisko właściwe.

2. Tradycyjne ujmowanie etyki w administracji publicznej

Proponuję, aby przyjąć podział na tradycyjne i nowe sposoby myślenia o etyce w administracji publicznej ze względu na status standardów etycznych (kodeksów etyki urzędniczej) w stosunku do obowiązującego systemu prawa. W tym względzie wyróżnić można trzy alternatywne stanowiska: monizm normatywny (2.1), dualizm normatywny (2.2) oraz stanowisko pluralizmu normatywnego (3.1–3), przyjmujące zarówno różne rodzaje źródeł etyki urzędniczej (ustawy, *reflexive law*, *soft law*, kodeksy, moralność społeczna, moralność ogólnoludzka), jak i różne instrumenty organizacyjno-prawne przestrzegania lub promowania postaw etycznych w sferze publicznej.

7 *Ibid.*, s. 330.

8 Zob. szerzej M. Stępień, *Responsywna administracja publiczna*, Toruń 2008; I. Bogucka, T. Pietrzykowski, *Etyka w administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 110–159.

2.1. Monizm normatywny

W Europie obserwowane dzisiaj przemiany, zbliżenie w relacji: administracja publiczna (państwo) – społeczeństwo, doprowadziły m.in. do przełamania tradycyjnego stanowiska monizmu normatywnego w ujmowaniu relacji między prawem i wymogami standardów etyki zawodowej. Monizm normatywny, który w XX wieku uznać można za stanowisko dominujące na kontynencie europejskim, traktował przepisy prawa jako jedyną kategorię normatywną, która reguluje i rozstrzyga kwestie etyki zawodowej. Monizm tego typu traktuje inne regulatory życia społecznego jako wtórne, a zatem niewiążące⁹. Wszystkie kwestie etyczno-zawodowe rozwiązywane są przez „twarde prawo”. Tworzenie norm etyki zawodowej oznacza proces ich legalizacji, wprowadzenia do systemu prawa. W tej sytuacji jedynie normy inkorporowane do systemu prawa lub ustawowe odesłania do ocen społecznych uznaje się za obowiązujące w danym zakresie praktyki zawodowej. Innymi słowy, jest to stanowisko inkorporacjonizmu w kwestii kodyfikowania i obowiązywania zasad życia zawodowego¹⁰.

Dzisiaj stanowisko monizmu normatywnego utraciło już swoją dominującą pozycję. Krytycy tego stanowiska podkreślają, iż funkcje prawa i funkcje norm moralnych są różne¹¹. Norma moralna, wprowadzona do systemu prawa staje się normą prawną, nabiera wymiaru prawnego, tracąc zarazem swoiste, osobliwe funkcje normy moralnej. W praktyce prowadzi to do zjawiska stopniowego zaniku szerszej wrażliwości aksjologicznej. Ponieważ fundamentalne kwestie zachowań nieetycznych, jak korupcja, stronnictwo, sytuacje konfliktu interesów, dyskryminacji, zostały unormowane, zatem inne naganne zachowania, np. zwykłe przejawy buty urzędniczej, nieudolności, braku stałego dokształcania się, bezczelności w traktowaniu ludzi i spraw, uznaje się za mniej ważne lub w ogóle akceptowane¹². Monizm normatywny prowadzi do redukcji pierwotnej odpowiedzialności moralnej do biernej i negatywnej odpowiedzialności prawnej. Redukcja zaś norm moralnych do pobudek czysto zewnętrznych jest „likwidacją” fenomenu moralności. Kryteria zachowań etycznych uregulowane przepisami prawa są tylko kryteriami cząstkowymi i nie odnoszą się do całego szerokiego dzisiaj obszaru odpowiedzialności etycznej urzędnika. Nadto, to norma prawna domaga się legitymacji ze strony owych norm moralnych, a nie odwrotnie.

2.2. Dualizm normatywny

W Polsce od początku lat 90. w debatach wokół etyki zawodowej i kodeksów etyki zawodowej, po przełamaniu monizmu normatywnego, zasadniczo przyjmowano stanowisko dualistyczne¹³. Dualizm normatywny głosi, że prawo pozytywne i reguły moralne wykonywania zawodu to dwa różne, autonomiczne systemy regulatorów życia społeczno-zawodowego. Zwolennicy tworzenia kodeksów

9 P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 49.

10 *Ibid.*

11 J. Boć, *Odpowiedzialność*, w: tenże (red.), *Administracja publiczna*, Kolonia Limited, 2004, s. 345.

12 *Ibid.*

13 Zob. P. Łabieniec, *O statusie etyki zawodowej i kodeksów etyki zawodowej*, [w:] H. Izdebski, P. Skuczyński (red.), *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy*, Warszawa 2008, s. 45–55.

etyki zawodowej, ze względu na swoisty fenomen normy moralnej, utrzymują, iż mają być one pozaustawowymi regulacjami zasad wykonywania zawodu¹⁴. W relacjach między prawem a normami etyki zawodowej nie może chodzić w istocie rzeczy o legalizację moralności, ta bowiem, jak wspomnieliśmy już wyżej, nie potrzebuje legitymacji legalnej. Kodeks etyki danej grupy zawodowej pełni funkcje istotnie różne od tych, które przypisujemy prawu. Kodeksy pełnią np. funkcję: 1) deklaracji społecznej wspólnych wartości zawodowych, 2) samoograniczenia się członków danej społecznej grupy zawodowej, 3) identyfikacyjną i integracyjną oraz 4) rozwiązywania dylematów moralnych danego zawodu. Między prawem i etyką zawodową w społeczeństwach demokratycznych nie powinna jednak zachodzić sprzeczność, ponieważ prawo ma odzwierciedlać społecznie uznawane wartości.

W Polsce w latach 90., kiedy liczne środowiska zawodowe, zaniepokojone narastającą korupcją i innymi patologiami, zaczęły publicznie i coraz głośniej podnosić kwestię standardów etycznych i oceny społecznej uprawiania danego zawodu, pojawił się także opór, krytyka i liczne debaty wokół problemów kodeksów etyki zawodowej. Podkreślano między innymi, że już same terminy „kodeks” i „kodyfikacja” sugerują zamiar skatalogowania norm moralnych, które co do swojej natury związane są przecież z czujnością sumienia, zdolnością do reagowania na zróżnicowane sytuacje, których ustawodawca nie może przewidzieć. Łatwo np. wyobrazić można sobie sytuację zawodową, gdy ktoś postępuje nieetycznie, a zarazem tłumaczy swoje postępowanie tym, że kodeks zawodowy nie normuje tego typu postępowania, a zatem wolno tak czynić¹⁵.

Dodajmy jednak od siebie, iż dualizm normatywny opiera się na tradycyjnym ujmowaniu kwestii etyki zawodowej, tzn. istnieje sformalizowany lub niesformalizowany kodeks etyki zawodowej i to wyczerpuje właściwie kwestię etyki zawodowej. Ten – okreśmy to tradycyjne podejście do etyki zawodowej – „kodeksualizm” zakłada, że etyka, której normy zostały ujęte w formie kodeksu, ma z kolei właściwe źródło w zasadach etyki ogólnej, która funkcjonuje w ramach określonego stanowiska filozoficznego, czy światopoglądowego. Tak rozumiany kodeks stanowi uszczegółowienie, czy też jest wyrazem lub „przełożeniem” (zastosowaniem) określonej etyki ogólnej. W innym przypadku brak jej będzie racjonalnej podstawy (*peritio principii*).

Tradycyjne i dualistyczne podejście do etyki zawodowej głosi, że zasady deontologii zawodowych w żadnym wypadku nie mogą opierać się na obowiązaniu prawnym, ale opierają się zawsze na jakimś dobrze uzasadnionym systemie filozoficznym czy światopoglądowym. W skrajnym ujęciu dualizm między prawem a etyką zawodową przejawia się w tym, że w ogóle neguje się jakiegokolwiek próby formalizacji, tworzenia kodeksu zasad postępowania zawodowego. Takie stanowisko głosił np. niezmiennie L. Kołakowski. Jako argument przytacza się zwykle to, iż wystarczy być po prostu porządnym, uczciwym, prawym, sumiennym człowiekiem, aby radzić sobie w sytuacjach różnych dylematów zawodowych. Częstym argumentem przeciwko tworzeniu kodeksów zawodowych jest także często ten, że dzisiejsze zjawisko wzmoczonego zainteresowania problematyką etyk zawodowych jest po prostu wyrazem ogólnego rozchwiania, zagubienia i kryzysu moralnego współczesnego

14 P. Skuczyński, *Status etyki...*, s. 49.

15 K. Kiciński, *Etyka zawodowa a kodeks*, *Etyka* 1994, Nr 27, s. 175–177.

społeczeństwa, które utraciło naturalny zmysł moralny. Ten kryzys moralności społecznej przekłada się na konieczność standaryzacji i stałej kontroli zasad wykonywania każdego niemal zawodu.

Na kanwie dualizmu normatywnego powstają jednak wątpliwości tak teoretyczne, jak i praktyczne: czy etyka zawodowa jest jedynie rodzajem etyki szczegółowej w stosunku do etyki ogólnej i czy uprawiając dany zawód rzeczywiście wystarczy być jedynie dobrym, uczciwym człowiekiem, by sprostać wyzwaniom danej profesji? Czy ogólne systemy etyczne rzeczywiście dobrze radzą sobie z dylematami i złożonymi sytuacjami codziennej praktyki zawodowej i czy stany świadomościowe (ideały), wysłowione bądź niewysłowione w formie kodeksu „automatycznie” przekładają się na określone postępowanie i możliwości pociągania do odpowiedzialności etycznej?

3. Nowe rozumienie etyki w administracji publicznej i jej instrumenty

W ostatnim czasie, w związku z nowymi formami działań administracji publicznej i zmianami w jej otoczeniu, wzrosło zainteresowanie innymi niż tradycyjne ujęciami statusu, ról i znaczenia etyki urzędniczej. Mianowicie wychodzi się z założenia, że zarówno monizm, jak i dualizm są stanowiskami błędnymi, a przynajmniej stanowiskami, które okazują się dzisiaj mało użyteczne w praktyce. „Kodeksualizm” – odpowiedzialność etyczna regulowana prawem lub pozaustawowym kodeksem, lecz najczęściej nieegzekwowana w praktyce prowadzi do osłabienia więzi: władza publiczna (państwo) – społeczeństwo. W tej sytuacji proponuję, by przyjąć stanowisko tzw. pluralizmu normatywnego, uznającego złożony system źródeł etyki urzędniczej (ustawowe, kodeksowe i pozakodeksowe – moralność społeczna i ogólnoludzka) oraz różne nowe instrumenty, określane jako *soft law*, czy *reflexive law*. Najczęściej zbiór tych złożonych instrumentów oddziaływania określa się dzisiaj pojęciem „infrastruktury etycznej administracji publicznej”.

Nowe, pluralistyczne spojrzenie na etykę w administracji publicznej, związane jest z praktycznymi oczekiwaniami poprawy jakości i efektywności działań administracji publicznej. Ten aspekt zainteresowania etyką ma swoje źródło w nowych, ponowoczesnych sposobach funkcjonowania jednostek i społeczeństw, nowych formach podziału pracy, narastających różnicowaniach społecznych, wielości ról społecznych pełnionych przez jednostki, a także problemie ogromnego zróżnicowania, pluralizmu wartości społeczeństwa otwartego¹⁶. Krótko mówiąc, z jednej strony współczesne życie społeczne nie sprzyja integracji moralnej, natomiast z drugiej strony, ze względu na różne nowe obszary ryzyka społecznego (ryzyko utraty zdrowia, żywności, pracy, niepewność więzi społecznych, rodzinnych) wymusza wręcz kooperację podmiotów życia społecznego i poszukiwanie wspólnych wartości życia publicznego.

16 L. Dziewięcka-Bokun, *Rola etyki w administracji publicznej*, [w:] K. Miaskowska-Daszkiewicz, M. Mazurek (red.), *Prawne i aksjologiczne aspekty służby publicznej*, Lublin 2010, s. 20.

3. 1. Komunikacyjny model administracji publicznej i etyka dyskursywna

W XX w. funkcjonowały dwa konkurencyjne modele relacji pomiędzy administracją publiczną (państwem) i obywatelami¹⁷. Pierwszy model określany nazwą „obozu warownego” opierał się na wykonywaniu prawa i jednokierunkowym przekazie informacji, od organów władzy do społeczeństwa. Model ten jest spójny z pozytywistycznym rozumieniem prawa jako rozkazów suwerena oraz rozumieniem roli i funkcji państwa jako jedyne go kreatora i zarazem strażnika porządku społecznego. Model ten charakteryzuje się w praktyce niskim stopniem wrażliwości na problemy społeczne, tak pracowników administracji, jak i odbiorców usług administracyjnych. Drugi model zwany „targowiskiem” bądź dzisiaj częściej modelem „komunikacyjnym”, obrazuje sytuację, w której przekaz informacji między administracją a społeczeństwem jest dwustronny i polega na jej stałej wymianie. W komunikacyjnym modelu administracji informacji jest kierowana od organów władzy do społeczeństwa i odwrotnie. Można mówić, że informacja jest przekazywana od jednego do wszystkich, od wszystkich do jednego, jak również od wszystkich do wszystkich. Mając na myśli model komunikacyjny relacji administracji i społeczeństwa, chodzi w istocie rzeczy nie tylko o prosty przekaz informacji, lecz sytuację dyskursu między władzą publiczną a społeczeństwem lub o tzw. responsywność administracji publicznej¹⁸. Nadawca przekazuje informację, przez którą zamierza urzeczywistnić określony cel. Co więcej, model komunikacyjny administracji podkreśla rolę wartości proceduralnych. Przede wszystkim zasadę partycypacji obywateli w sprawowaniu władzy. Natomiast w przypadku decyzji administracyjnej, za właściwą uznaje się nie tylko decyzję, która jest zgodna z prawem materialnym, lecz decyzję spełniającą także wymogi proceduralne, szanuje między innymi czynny udział strony w postępowaniu. Model komunikacyjny administracji odpowiada dzisiaj niepozytywistycznemu rozumieniu państwa i prawa.

W ten komunikacyjny model administracji dobrze wpisuje się dyskursywna koncepcja etyki życia publicznego¹⁹. Jak wspomnieliśmy wyżej, etyka tradycyjna wyrasta z określonego systemu filozoficznego, jego założeń ontologicznych i epistemologicznych. Natomiast etyka dyskursywna odkrywa, porządkuje i deklaruje (kodyfikuje) porządek normatywny na drodze dyskursu podmiotów komunikacji społecznej. W etyce dyskursywnej zastosowanej w refleksji nad administracją publiczną – pisze L. Dziewięcka-Bokun – „teoria spotyka się z praktyką w obszarze wyznaczonym przez paradygmat funkcjonalny system – środowisko. Zmieniające się otoczenie polityczne, społeczne i gospodarcze wymusza dokonywanie zmian wewnątrz administracji publicznej. Dynamika tych zmian jest potęgowana wielością i różnorodnością systemów funkcjonalnych występujących w środowisku administracji publicznej. Ryzyko chaosu i rozbitcia moralnego komunikowania jest obecnie znacznie większe niż w społeczeństwach tradycyjnych o prostej strukturze funkcjonalnej. Niepewność skutków podejmowanego działania sprawia, że prościej jest w tych

17 J. Itrich-Drabarek, *Legitymizacja władzy a prawo dostępu do informacji o działalności administracji publicznej w państwach i instytucjach Unii Europejskiej*, [w:] A. Nowak-Far (red.), *Dostosowanie polskiej administracji do członkostwa w Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 84.

18 Zob. M. Stępień, *Responsywna administracja publiczna*, Toruń 2008.

19 L. Dziewięcka-Bokun, *Rola etyki w administracji publicznej*, [w:] K. Miaskowska-Daszkiwicz (red.), *Prawne i aksjologiczne aspekty służby publicznej*, Lublin 2010, s. 22.

warunkach postępować według zasad determinujących zaufanie społeczne²⁰. Etyka dyskursywna komunikacyjnego modelu administracji podsuwa nam prawdę dość trywialną, iż zachowania społeczne nastawione na kooperację muszą być oparte na wzajemnie ustalonych lub deklarowanych regułach.

Etyka dyskursywna budzi oczywiście szereg wątpliwości ze strony refleksji metaetycznej, czy ze strony tradycyjnego (spekulatywnego) myślenia o uprawianiu etyki. Na przykład powstaje pytanie: czy moralność danej grupy zawodowej jest w sposób konieczny uwarunkowana tylko czynnikami społecznymi? Krótko mówiąc, czy etyka dyskursywna wskazując na rolę czynnika społecznego musi zakładać tezę tzw. socjologizmu moralnego, który głosi, że moralność jest swoistym „produktem” społecznym? Otóż, nic nie musi przesądzać o takim stanowisku. Możemy np. przyjąć za J. Mariańskiego, iż teza o dyskursywnym wymiarze etyki zawodowej jest jedynie postulatem metodologicznym co do sposobu odkrywania społecznego porządku moralnego, a nie postulatem ontologicznym²¹. Ponadto w przyjmowanym przez nas stanowisku pluralizmu normatywnego etyki zawodowej pamiętać należy także o innych niż tylko społeczny wymiarach moralności, jak moralność autonomiczna i moralność ogólnoludzka (uniwersalna).

3. 2. Instrumenty społecznej odpowiedzialności administracji publicznej

Jednym z praktycznych wymiarów nowego myślenia o etyce w administracji publicznej są organizacyjno-prawne instrumenty społecznej odpowiedzialności urzędników. Jak wiemy, tradycyjnie wskazywane obszary odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych (odpowiedzialność karna, cywilna, dyscyplinarna, porządkowa)²², nie wyczerpują już dzisiaj bardziej złożonego i szerszego jej zakresu. W ostatnim czasie szczególnego znaczenia nabrało pojęcie „odpowiedzialność społecznej” (*social responsibility*) funkcjonariuszy publicznych.

Jaka jest geneza pojęcia „społecznej odpowiedzialności” administracji publicznej? Po pierwsze, pierwotnie pojęcie to pojawiło się na gruncie etyki biznesu, gdzie w drugiej połowie XX w., zwłaszcza w USA, wypracowano szereg koncepcji teoretycznych i modeli praktycznych społecznej odpowiedzialności firm. Następnie na skutek zbliżania się sektorów publicznego i prywatnego nastąpiło stopniowe przenikanie nowych idei zarządzania, a także idei reagowania na problemy społeczne (*social responsiveness*) do administracji publicznej. Tak pojawiła się koncepcja administracji „słuchającej”, reagującej i wrażliwej na problemy społeczne.

Po drugie, w Europie o pojawieniu się idei społecznej odpowiedzialności administracji zdecydowały również przemiany w rozumieniu natury państwa i jego instytucji, wywołane takimi procesami, jak: demokratyzacja życia społeczno-politycznego, jawność życia publicznego, wolność gospodarcza, samorządność lokalna i regionalna, procesy integracyjne. Za podstawowy uznaje się dzisiaj model państwa, które jest rządzone przez społeczeństwo. Nastąpiło przejście od administracji zależnej od państwa do administracji służącej społeczeństwu (interesowi publicznemu). Zmienił się z jednej strony kontekst ideologiczny funkcjonowania administracji, ale

20 *Ibid*, s. 22.

21 J. Mariański, *Socjologia moralności*, Lublin 2006, s. 360.

22 Por. np. J. Borkowska (red.), *Odpowiedzialność urzędnika administracji publicznej*, Warszawa 2009.

z drugiej strony do pojawienia się kategorii odpowiedzialności społecznej przyczyniły się także liczne afery i nadużycia w sferach władzy w państwach europejskich.

W literaturze przedmiotu pojęcie społecznej odpowiedzialności administracji bywa rozumiane w szerszym albo węższym znaczeniu. W szerokim znaczeniu mówi się o tzw. „infrastrukturze etycznej administracji publicznej”. Pojęcie to zostało wprowadzone do refleksji etycznej przez Komitet Zarządzania Publicznego (PUMA) krajów OECD i obejmuje dzisiaj dwa dopełniające się zbiory instrumentów charakterystycznych dla *soft law*: 1) zarządzanie oparte na systemie norm prawnych, kreujących odpowiednie wzorce zachowań etycznych, 2) zarządzanie oparte na nieformalnych, ale deklarowanych wartościach i normach moralnych. Koncepcja tak rozumianej infrastruktury etycznej administracji zakłada, że oba podejścia, odpowiedzialności biernej i czynnej, są konieczne.

Według J. Filek konkretna infrastruktura etyczna obejmuje szeroki zespół instrumentów długofalowej polityki poprawy jakości działań administracji²³. Wymienia się następujące instrumenty: a) system rekrutacji kadry, szczególnie zaś kadry urzędników zajmujących wyższe stanowiska; b) szkolenia etyczne pracowników; c) przedstawienie pracownikom instytucjonalnych zasad strategii działania w zakresie etyki; d) przywództwo etyczne, czyli właściwe, etyczne postawy wśród kadry kierowniczej, które stają się przykładem dla innych pracowników; e) budowanie organizacyjnej kultury etycznej; f) wprowadzanie kodeksów etycznych, które są zapisami kluczowych w danej dziedzinie norm postępowania; g) instytucja doradcy do spraw etyki; h) tworzenie komisji lub komitetów do spraw etyki; i) indywidualne sposoby działania, którymi mogą się posłużyć pracownicy, jeśli uznają, że coś niewłaściwego dzieje się w ich środowisku zawodowym.

Natomiast w niniejszym opracowaniu proponuję, by używać pojęcia społecznej odpowiedzialności administracji w znaczeniu węższym. Mamy wtedy na myśli jedynie zespół instrumentów organizacyjno-prawnych i proceduralnych realizujących wartość społeczną administracji publicznej, którą jest jawność (publiczność) jej działań. W polskiej literaturze przedmiotu w tym kierunku zmiernają analizy B. Kudryckiej, za którą niżej zestawiamy europejskie standardy społecznej odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych²⁴.

Po pierwsze, chodzić będzie przede wszystkim o jawność, transparentność i dostępność informacji w procesie podejmowania decyzji administracyjnej, jak również zachowanie zasad jawności w kreowaniu aktów normatywnych przez organy administracji. Jak wskazują badania empiryczne, przeprowadzane przez różne instytucje, jedną z głównych przyczyn występowania korupcji jest brak przejrzystości i jawności postępowania administracyjnego. Przy czym zwykle każda ze stron postępowania ma coś do ukrycia przed opinią społeczną. Wnioskodawca najczęściej nie spełnia wszystkich kryteriów pozytywnego załatwienia sprawy bądź przedstawione dokumenty wymagają uzupełnienia. Natomiast osoba pełniącą funkcję

23 J. Filek, *Rola etyki w działalności samorządowej*, [w:] tenże (red.), *Etyczne aspekty działalności samorządu terytorialnego*, Kraków 2004, s. 47–51.

24 Zob. B. Kudrycka, *Stan przygotowań administracyjno-prawnych do wprowadzenia europejskich standardów odpowiedzialności społecznej funkcjonariuszy publicznych*, [w:] W. Gasparski (red.), *Europejskie standardy etyki i społecznej odpowiedzialności biznesu*, Warszawa 2003, s. 105–138; zob. też szerzej A. Hondeghem (ed.), *Ethics and Accountability in Context of Governance and New Public Management*, Amsterdam 1998.

organu, z racji korzyści własnej, również bywa zainteresowana podjęciem korzystnej dla wnioskodawcy decyzji. Nadto w polskich urzędach dopiero pod naporem żądań interesantów urzędnik w pełniejszy sposób informuje o toku postępowania i kryteriach pozytywnego załatwienia sprawy. Zazwyczaj zaś informacja ogranicza się jedynie do pouczenia o możliwości złożenia pisma lub odwołania²⁵.

Po drugie, istotnym prawnie-etycznym standardem postępowania administracyjnego jest przestrzeganie zasady konfliktu interesów. Konflikt tego rodzaju ma miejsce, gdy urzędnik podejmujący decyzję administracyjną znajduje się w sytuacji podwójnej lojalności. Z jednej strony, służba publiczna nakłada na urzędnika określone zadania publiczne, z drugiej strony, występuje równoczesna zależność w stosunku do interesu osobistego, rodzinnego, towarzyskiego czy jakiegokolwiek innego interesu partykularnego. W przestrzeni administracyjnej krajów Unii Europejskiej przyjmuje się radykalny rozdział między interesem publicznym a interesem osobistym urzędnika. Jednocześnie wystąpienie tego typu konfliktu zobowiązuje pracownika do wyłączenia od udziału w postępowaniu, z mocy prawa albo na żądanie. Reguły prawa proceduralnego wymagają, by decyzje administracyjne były obiektywne.

Po trzecie, społeczna odpowiedzialność realizowana jest w formie oświadczeń majątkowych i rejestrów korzyści otrzymywanych w związku z piastowaniem określonego stanowiska. W krajach demokratycznych ujawnianie stanu majątkowego stało się jednym z podstawowych instrumentów społecznej kontroli korzyści finansowych funkcjonariuszy publicznych. Kontrolowanie takich korzyści ma związek ze zjawiskiem korupcji urzędniczej, politycznej, czy gospodarczej, tzn. możliwością wykorzystania funkcji publicznej, głosowań, wystąpień, w zamian za otrzymywanie profitów materialnych.

Po czwarte, instrumentem kontroli społecznej jest także zachowanie zasady jawności w kontaktach urzędników z politykami, szczególnie parlamentarzystami oraz innymi podmiotami zarządzania publicznego. Celem stosowania tej zasady jest wykluczenie podejrzenia o stronnicze postępowanie urzędnika.

Po piąte, instrumentem społecznej odpowiedzialności jest metoda „świszczących gwizdków” (*whistleblowing*), czyli możliwość ujawniania informacji o działaniach nieetycznych i nadużyciach w sferze publicznej odpowiednim wydziałom wewnętrznym lub zewnętrznej opinii publicznej. Działania whistleblowerów nie są ani w krajach anglosaskich, ani w Europie przyjmowane w sposób bezkrytyczny. W Polsce, gdzie bardzo silne jest zjawisko solidarności zawodowej, tego typu demaskatorzy są po prostu traktowani jako donosiciele, zdrajcy i napiętnowani przez środowisko. Niemniej zwolennicy tego typu metody jako ważnego instrumentu jawności sprawowania władzy przekonują, że uprzedzenie wobec whistleblowerów promuje korupcję, nadużywanie władzy i patologie w administracji publicznej. Jako przykłady działań demaskujących wymienia się postaci: Paula von Buitenena, byłego inspektora UE, który w 1998 roku publicznie wykazał nielegalną działalność niektórych członków Komisji Europejskiej, między innymi francuskiej komisarz E. Cresson, wobec której w 2006 roku ETS orzekł, że jej działania miały charakter korupcyjny; Christoph Meili, który jako zwykły strażnik banku przemycił do domu dokumenty, przygotowane wcześniej do zniszczenia, dotyczące żydowskich

25 P. Szczęsny, *Obsługa klienta urzędu (przejrzysty proces decyzyjny)*, [w:] C. Trutkowski (red.) *Podręcznik dobrych praktyk*, Warszawa 2006, s. 134.

ofiar Holocaustu; Margrit Herbst, która zajmując się badaniem mięsa, ujawniła publicznie przypadki BSE²⁶.

Przywołany wyżej – za B. Kudrycką – katalog europejskich standardów społecznej odpowiedzialności urzędników wymaga pewnej pozytywnej uwagi. Miaowicie, tego rodzaju europejskie standardy w zestawieniu z polskimi standardami regulującymi postępowanie administracyjne nie są, jak widać, czymś całkowicie nowym. Warto więc podkreślić, że polska administracja jest w dużej mierze przygotowana na działanie w europejskiej przestrzeni administracyjnej. Wyważyć należy także dość stereotypowo powtarzany pogląd, że Polska administracja jest źle zorganizowana. Owszem, z punktu widzenia standardów jakości obsługi poprawy wymaga sfera relacji urzędnik – klient urzędu. Szkolenia, doradztwo etyczne i znajomość wymienionych standardów odpowiedzialności społecznej administracji, ich roli i podstaw aksjologicznych, może przyczynić się do właściwej oceny sytuacji i dalszych działań w zakresie poprawy jakości życia społecznego.

3. 3. Etyka a standardy procedur administracyjnych

Współcześnie obserwujemy także wzrost znaczenia wartości proceduralnych prawa. Jest to wyrazem stopniowego przechodzenia od modelu prawa jako techniki do modelu prawa jako rozmowy, co przejawia się również w przechodzeniu w prawie od metod sterowania materialnego i wertykalnego do stosowania metod sterowania proceduralnego i horyzontalnego, wśród których główną rolę odgrywają metody negocjacyjne i mediacyjne, tzw. metody miękkie lub alternatywne (*Alternative Dispute Resolution – ADR*), a nie metody adjudykacyjne²⁷. Geneza tej ogólnej tendencji w teorii i praktyce prawa tkwi w dyskusji wokół sprawiedliwości proceduralnej, toczonej w drugiej połowie XX w. przez takich znaczących autorów, jak: J. Rawls, R. Nozick, J. Habermas, R. Alexy, A. Kaufmann, czy N. Luhmann²⁸.

Wyżej wymieniona tendencja obejmuje dzisiaj całokształt działań w administracji publicznej. Również tutaj poszukuje się alternatywnych w stosunku do tradycyjnych sposobów podejmowania decyzji administracyjnej oraz sposobów rozstrzygnięcia sporów. Z etycznego punktu widzenia wzrasta nie tylko znacznie tzw. wartości proceduralnych, jak poszanowanie godności interesanta, zasady bezstronności, jawności, niedyskryminacji, ważanie interesu indywidualnego i interesu publicznego, udzielenie pełnych informacji, ale także podkreśla się znaczenie negocjacyjnego stylu działania administracji w podejmowaniu decyzji w sprawach indywidualnych, a szczególnie w rozstrzygnięciu konfliktów²⁹.

26 Przywołane trzy przypadki podają za H. M. Arndt, H. J. Rieger, T. Wurn, *Procesy infrastruktury etycznej na przykładzie whistleblowers*, [w:] B. Kudrycka, A. G. Peters, P. J. Suwaj (red.), *Administracja Publiczna*, Warszawa 2009, s. 522.

27 L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*. Warszawa 2003, s. 222.

28 Szerzej na ten temat zob. M. Borucka-Arczowa, *Sprawiedliwość proceduralna a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i jego rola w okresie przemian systemu prawa*, [w:] J. Trzciniński, A. Jankiewicz, (red.), *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania*, Warszawa 1996, s. 25–38; J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 133–146.

29 R. Suwaj, P. J. Suwaj, *Europejskie standardy postępowania administracyjnego jako normy kreujące wzorce postaw etycznych urzędnika*, [w:] D. Bąk, *Etos urzędnika* (red.), Warszawa 2007, s. 194.

Najogólniej konfliktem nazywamy sytuację, w której co najmniej dwa podmioty (jednostka, grupa, organizacja) występują ze sprzecznymi wobec siebie dążeniami, twierdzeniami czy roszczeniami. Źródłem konfliktów jest różnica interesów podmiotów jako ich uświadomione i ujawnione w zachowaniu potrzeby. Sytuacja konfliktowa ma swoje natężenie, przejawia się przez różne formy zachowań i rozwija zwykle w następujących fazach: 1) okres poprzedzający, 2) moment prowokacji, 3) kulminacja i rozładowanie napięcia oraz 4) porozumienie stron³⁰. Trzeba jednak zauważyć, że stanowiska obu stron nie zawsze są całkowicie spreczne. Często jest tak, iż istnieją racje tylko częściowo spreczne, zaś inne racje są wspólne. Nadto, jak się podkreśla, istnieją też uwarunkowania, które przyczyniają się do eskalacji konfliktu. Na przykład samo unikanie konfliktu blokuje pożądany przekaz informacji o różnicy w interesach podmiotów. Może to być także rezygnacja z dążeń, która staje się przyczyną dominacji jednej ze stron i źródłem kolejnych napięć, ze względu na to, że pomiędzy stronami powstaje relacja asymetryczna. Może to być również zamiar rozwiązania konfliktu przez zniszczenie przeciwnika³¹. Natomiast rzeczywistemu usunięciu konfliktu społecznego służą różne metody traktujące konflikt jako coś, co można rozwiązać. Powstaje pytanie, w jaki sposób i w jakim zakresie administracja może z tych metod korzystać, ponieważ ramy jej działania są dość ściśle określone prawem? Tutaj z pomocą przychodzą metody ADR, które są wyrazem rozumienia prawa jako rozmowy, a nie prawa jako techniki stosowania prawa materialnego.

W odniesieniu do administracji publicznej wyróżnia się przynajmniej dwa sposoby bardziej elastycznego rozstrzygania sporów i podejmowania decyzji: negocjacje i mediacje. Tryb lub metoda negocjacyjna, zwana też kontraktową, jest procesem dwustronnym. Polega na tym, że w procesie komunikacji negocjacyjnej sporne strony nie korzystają z pomocy osób trzecich. Obowiązuje zasada autonomii stron w zakresie przyjętej procedury postępowania. Strony dążą do rozstrzygnięcia sporu w formie porozumienia (umowy). Mechanizmem prowadzonych negocjacji jest poszukiwanie porozumienia, argumentacja i wzajemne ustępstwa, stąd termin „negocjować” dobrze oddaje specyfikę tego typu sytuacji. Ważnym elementem negocjacji jest także dobór osób do zespołu negocjacyjnego.

Natomiast mediacja jest metodą rozwiązywania sporu, w którym strony korzystają z pomocy osób trzecich, mediatora (gr. *medos* – pośredniczący). U podstaw idei mediacji leży założenie, iż można pogodzić zwaśnione strony bez pomocy sądu, tzn. bez uciekania się do metody właściwej dla trybu adjudykacyjnego i jego „twardych” środków. W przypadku administracji publicznej mediacja może być stosowana, gdy prawo zezwala na zastosowanie tego typu metody, gdy dochodzi do sporu jednostki z organem administracji, jak i w przypadku postępowania przed sądami administracyjnymi³².

Postawmy pytanie: jaki jest etyczny wymiar tzw. „miękkich” (alternatywnych) metod działania administracji? Przede wszystkim zwrócić należy uwagę na większy udział stron w postępowaniu. Strony same wybrać mogą osobę mediatora. W przypadku tradycyjnego adjudykacyjnego trybu postępowania strony nie mają

30 W. Broński, *Negocjacje i mediacje w administracji publicznej*, [w:] M. Domagała, A. Haładaj, S. Wrzosek (red.), *Encyklopedia prawa administracyjnego*, Warszawa 2010, s. 306.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, s. 308–309.

wpływu ani na wybór osoby rozstrzygającej, ani na wybór reguł i procedur, a decyzja rozstrzygająca konflikt jest autorytarna (władcza) i podlega przymusowemu wykonaniu. Po drugie, mediacyjny i negocjacyjny styl działania administracji publicznej opiera się na ogólnie akceptowanych regułach moralności społecznej, sprawiedliwości, uczciwości, rzetelności, zaufaniu. W tym znaczeniu standardy etyczne odgrywają większą niż tradycyjnie rolę w zarządzaniu oczekiwaną jakością życia publicznego. Po trzecie należy brać pod uwagę, że postępowanie z aktywnym udziałem spornych stron będzie uznane za *fair*, co bardzo ważne dla całkowitego zakończenia konfliktu. Natomiast jeśli postępowanie przeprowadzone w formie „twardego prawa” opiera się na braku uczciwości i poszanowania zasad moralności ogólnoludzkiej, to konflikt często się nie kończy. Po czwarte, należy także założyć, że negocjator i mediator powinni charakteryzować się odpowiednimi cechami moralnymi. Jak widać, nieklasyczne metody rozwiązywania konfliktów opierają się mocniej na zasadach etyki społecznej i ogólnoludzkiej.

Zakończenie

Przeprowadzone analizy odnotowują zasadnicze zmiany w rozumieniu statusu, roli i znaczenia etyki w administracji publicznej. Zmiany te okazują się warunkiem koniecznym nowoczesnej wizji administracji, która działając w społeczeństwie komunikacyjnym, zajmuje w nim jednocześnie wyróżnioną, centralną pozycję, a jej działania nie opierają się już tylko na wykonywaniu prawa, lecz na „rządzeniu” (*governance*). W najogólniejszym rozumieniu nowe podejście do etyki w administracji publicznej określiłem tutaj jako pluralizm normatywny. Podejście to głosi bowiem: 1) wielość źródeł standardów etycznych (ustawy, kodeksy zawodowe, etyka sumienia, etyka społeczna i ogólnoludzka), 2) charakterystyczny dla *soft law* i *reflexive law* podwójny (bierny i czynny) „kod” instrumentu oddziaływania, tzn. promowanie wartości etycznych, ale z możliwością formalnego pociągania do odpowiedzialności prawnej, dyscyplinarnej i społecznej, 3) nastawienie na działanie integralne (systemowe) i długofalowe, 4) łączenie wartości tradycyjnych (uczciwość, rzetelność, bezstronność, sprawiedliwość) z wartościami nowoczesnej administracji (jawność, transparentność, zasady sprawiedliwości proceduralnej), 5) szersze niż tradycyjne rozumienie odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych.

Etyka i praktyka sporządzania projektów uzasadnień wyroków przez asystenta sędziego

Ethics and practice of drafting written grounds of judgments by judge's assistants

In recent debate relating to the role, significance and quality of written grounds of judgment it cannot be overlooked, that in a certain number of cases, drafts of this documents are prepared by judges' assistants. Consequently, it is worth noticing, that influence on the final result of this work is, among other factors, a result of the model of cooperation between the judge's assistant and his or her judge patron.

In this paper I present possible models of cooperation between judges' assistants and their patrons in writing grounds of judgment. In particular, I analyse one of the most attractive and popular models for judges, within which the judge does not present the assistant with any reasons for the decision which has already been issued. Instead of delivering arguments, the judge quietly assumes that knowledge of the law – which assistants should necessarily have – and the information contained in the files of certain case are sufficient conditions to prepare a proper justification of the decision issued. In reaction to this, I am trying to demonstrate that this kind of “cooperation” can only produce a poor substitute for written grounds of judgments (which can, however, often seem to be professional and thus procure a judge's acceptance). In turn, those who claim the contrary, must assume a “mechanical” vision of applying the law, which is not only “mechanical” but also naive.

Michał Kielb

*doktorant w Katedrze Teorii
i Filozofii Prawa,
Uniwersytet Śląski w Katowicach*

1. Wstęp

Jestem oburzony, kiedy wysłuchują adwokatów skarżących się, że co innego usłyszeli w ustnych motywach uzasadnienia wyroku, a co innego przeczytali na piśmie¹. W dalszej części wypowiedzi,

1 A. Bodnar, *Oburzony*, „Na Wokandzie. Kwartalnik Informacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości”, 2012, nr 1(11), s. 55. W wersji elektronicznej pod adresem: <http://nawokandzie.ms.gov.pl/do-pobrania>

wytkającej grzechy funkcjonowania polskiego wymiaru sprawiedliwości, autor cytowanych słów dodaje: *każda taka skarga oznacza, że sąd dopiero przy przygotowaniu pisemnego uzasadnienia przeczytał akta. No bo jaki może być inny powód znaczących różnic w jego stanowisku?* Postawione pytanie ma raczej potwierdzać wygłoszoną wcześniej tezę niż wzywać do udzielenia odpowiedzi. Prezentowane przeze mnie rozważania mogą jednak rzucić nowe światło na poruszone zagadnienie, lokalizując również inne źródła wspomnianych rozbieżności.

Niniejszym głosem w dyskusji chciałbym zwrócić uwagę, by w debacie na temat roli, znaczenia, a przede wszystkim jakości uzasadnień sądowych orzeczeń uwzględnić fakt, iż w jakiejś części przypadków projekty owych uzasadnień przygotowywane są przez asystentów. Z konieczności skutkuje to przyjęciem pewnych modeli relacji sędziego i asystenta przy wykonywaniu tego zadania, które – obok wielu innych czynników – z pewnością mają wpływ na kształt ostatecznego rezultatu. Zagadnienia zaś związane z ukształtowaniem optymalnego modelu współpracy z sędzią – patronem i związane z tym dylematy etyczne, jak dotąd w zasadzie nie były poruszane w polskiej literaturze czy to naukowej, czy publicystycznej². Powszechnie znane są jedynie utyskiwania tej grupy zawodowej na poziom ich wynagrodzeń, który bez wątpienia może być przyczyną określania asystentów nie tylko mianem wysoko wykwalifikowanych, ale również nisko opłacanych pracowników wymiaru sprawiedliwości³. O ile jednak problem ten leży w gestii zainteresowania samych asystentów, i nie jest ważny dla innych osób pozostających w kręgu oddziaływania wymiaru sprawiedliwości, o tyle zagadnienia związane z modelem współpracy asystenta ze swoim patronem (patronami) i ich etycznymi implikacjami, mogą być istotne nie tylko dla nich samych, ale w dużej mierze dotyczą etyki sędziowskiej oraz mają realny wpływ na efekty działalności sądu – choć z pozoru na zagadnienia o takim znaczeniu nie wyglądają.

Samo zagadnienie sądowych uzasadnień jest dzisiaj niezwykle istotne. Konieczność refleksji w tym zakresie tym bardziej jest widoczna, jeśli zestawimy z jednej strony twierdzenie o olbrzymim znaczeniu, jakie przypisuje się uzasadnieniom sądowych orzeczeń, w tym ich znaczeniu pozaprocessowym, a z drugiej uwzględnimy wyrażane aktualnie dosyć negatywne opinie na temat – najogólniej mówiąc – ich jakości. Piętnaście lat temu, przedstawiając mankamenty zastanego wówczas modelu

2 por. T. Konczewski, *Sporządzanie projektów uzasadnień orzeczeń przez asystenta sędziego*, [w:] „Sprawny Sąd. Zbiór dobrych praktyk. Część druga”, red. Ł. Bojarski, Warszawa 2008, s. 51–52.

3 Art. 155 § 2 ustawy z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych: Na stanowisku asystenta sędziego może być zatrudniony ten, kto: 1) jest obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej i korzysta z pełni praw cywilnych i obywatelskich, 2) jest nieskazitelnego charakteru, 3) ukończył wyższe studia prawnicze w Polsce i uzyskał tytuł magistra lub zagraniczne uznane w Polsce, 4) ukończył 24 lata, 5) ukończył aplikację ogólną prowadzoną przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury lub zdał egzamin sędziowski lub prokuratorski albo ukończył aplikację notarialną, adwokacką lub radcowską i złożył odpowiedni egzamin. Art. 66 ust. 2 ustawy z 23.01.2009 r. – O Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury: Warunek określony w art. 155 § 2 pkt 5 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, spełnia osoba, która w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy była zatrudniona na stanowisku asystenta sędziego, oraz osoba, która na podstawie przepisów obowiązujących przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy odbyła aplikację referendarską i złożyła egzamin referendarski albo odbyła aplikację sądową lub prokuratorską bądź złożyła egzamin referendarski.

uzasadniania, postawiono w literaturze tezę, iż współczesne czasy wiążą się z podwyższeniem wymagań i oczekiwań co do legitymizacji działania władzy sądowej, a co z tym związane, również sądowych uzasadnień⁴. Współcześnie zaś, do cytowanego na wstępie głosu oburzenia można dodać jeszcze trafne stwierdzenie innych autorów, że *obecna praktyka doprowadziła wręcz do wynaturzenia formy uzasadnienia*⁵.

2. Istota problemu

Uprowadzając dalszą część analiz, które stopniowo przechodzą do sedna sprawy, już tutaj chciałbym przynajmniej nakreślić istotę problemu, który właściwie sprowadza się do podważenia zasadności oparcia modelu współpracy sędziego z asystentem w zakresie sporządzania projektu uzasadnienia wyroku, na niżej wymienionych typach 1 i częściowo 2, zwrócenia uwagi na wątpliwą ocenę etyczną ich konsekwencji oraz uznania ich za jednych z winowajców występowania rozbieżności, o których mowa we wstępie.

Przyjęcie powołanych wyżej modeli współpracy o typie 1 i częściowo 2 opiera się najczęściej na przekonaniu, że asystent „ma umieć”, tj. jako wysoko wykwalifikowany pracownik wymiaru sprawiedliwości powinien wykonywać pracę w sposób samodzielny. Przenosząc te założenia na wykonywanie zadania w postaci sporządzania uzasadnienia do wydanego wyroku oznacza to, że asystent powinien przygotować projekt uzasadnienia wyroku w oparciu o swoją wiedzę prawniczą oraz informacje zawarte w aktach sprawy. Towarzyszy temu pogląd, że sam sędzia – patron, bądź to w ogóle nie powinien uczestniczyć przy wykonywaniu owego zadania (typ 1), bądź powinien być zaangażowany w ograniczonym zakresie (typ 2) – wszakże obowiązek ten spoczywa na asystencie, który w myśl przepisów ustawy powinien wykonywać pracę samodzielnie.

Dla wprawnego prawnika spełnienie tak określonych oczekiwań może nie nastręczać większych trudności. Sporządza wówczas projekt uzasadnienia, traktując swoje zadanie tak, jak gdyby rozwiązywał równanie, w którym dostępnymi mu danymi były: informacje zawarte w aktach sprawy, posiadana przez asystenta szeroko pojęta wiedza prawnicza oraz rozstrzygnięcie zawarte w wyroku. Niewiadomą zaś, którą powinien zrekonstruować – raczej uzasadniające zawarte w wyroku rozstrzygnięcie.

Sporządzony w efekcie takich modeli współpracy projekt uzasadnienia może odpowiadać – i najczęściej pewnie odpowiada – kryteriom proceduralnym, jakie powszechnie stawia się tego typu dokumentowi. Pod względem zawartości nie ma bowiem żadnych przeszkód, by zawierał wszelkie te elementy, które przepisy proceduralne wymagają od treści uzasadnienia. Równocześnie tak sporządzony projekt może dodatkowo cechować wysoki poziom stylistyczny, prezentacja adekwatnego orzecznictwa czy wsparcia na poglądach doktryny. Najogólniej rzecz ujmując, pomimo przyjęcia takich modeli współpracy (typ 1 i częściowo 2) sporządzony projekt uzasadnienia może nosić wszelkie cechy profesjonalizmu.

Jest jednak mało prawdopodobne – choć w wyjątkowych sytuacjach nie może być zupełnie wykluczone – by tak opracowany projekt odpowiadał istocie

4 E. Łętowska, *Pozaprocessowe znaczenie uzasadnienia sądowego*, „Państwo i Prawo”, 1997, nr 5, s. 8.

5 S. Dąbrowski, A. Łazarska, *Uzasadnianie orzeczeń sądowych w procesie cywilnym*, „Przegląd Sądowy”, 2012, nr 3, s. 9.

uzasadnienia wyroku i pomimo jego powierzchownego podobieństwa do uzasadnienia – nawet jeśli uzyska podpis sędziego – uzasadnieniem nie jest w ogóle.

W związku jednak z tym, że tak sporządzony projekt uzasadnienia może wykazywać wszelkie cechy profesjonalizmu, to mimo iż profesjonalizm ten ma tylko powierzchowny charakter, projekt taki stwarza pokusę do opatrzenia go podpisem i traktowania jako uzasadnienia. Przedstawienie go stronom postępowania jako uzasadnienia w wielu przypadkach może zaś kolidować z wymogami etyki sędziowskiej. Jeśli zaś chodzi o skutki ściśle praktyczne, może być jedną z przyczyn zjawiska, na które zwraca uwagę autor cytowanych na wstępie słów oburzenia.

3. Zakres obowiązków asystentów

Zadania powierzone asystentom sędziów zostały określone m.in. w § 3 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie szczegółowego zakresu i sposobu wykonywania czynności przez asystentów sędziów (Dz.U.02.192.1613 z póź. zm.). Zgodnie z powołanym Rozporządzeniem do samodzielnych czynności asystenta należy m.in. „1) sporządzanie projektów orzeczeń; 2) sporządzanie projektów uzasadnień orzeczeń (...)”⁶.

Wykonywanie ww. zadań może być praktykowane chociażby w dwóch konfiguracjach:

1. asystent sporządza i przedstawia sędziemu-patronowi projekt rozstrzygnięcia wraz z projektem jego uzasadnienia,
2. asystent sporządza wyłącznie projekt uzasadnienia wydanego już rozstrzygnięcia, w sprawie, w której nie sporządził projektu owego rozstrzygnięcia.

Koncentruję się na kwestii wykonywania przez asystentów zadania w postaci sporządzania projektów uzasadnień rozstrzygnięć w drugiej z ww. konfiguracji. Dla uproszczenia i uniknięcia ewentualnych komplikacji, jakie mogłyby wiązać się chociażby z odrębnościami proceduralnymi związanymi z wydawaniem wyroków i postanowień, z rozmysłem biorę pod uwagę jedynie kwestię uzasadnień wyroków. Zdaję sobie jednak sprawę, że znaczna część sygnalizowanych problemów z powodzeniem może być w drodze analogii odnoszona również do kwestii sporządzania projektów postanowień. Prowadzone rozważania mają jednak charakter teoretycznoprawny i częściowo etyczny, a nie dogmatyczny. Skupiam się zatem na finalnych decyzjach sądowego stosowania prawa, tzn. decyzjach, które w sposób wiążący

6 Do pozostałych czynności asystenta Rozporządzenie zalicza: 3) sporządzanie projektów zarządzeń przygotowujących sprawę do rozpoznania na rozprawie lub posiedzeniu; 4) przygotowywanie projektów zarządzeń w zakresie warunków formalnych aktu oskarżenia; 5) kontrola sprawności, terminowości i prawidłowości wykonywania zarządzeń sędziego przez sekretariat wydziału; 6) kierowanie wystąpień do osób i instytucji o informacje niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy; 7) kontrola terminowości sporządzania opinii przez biegłych; 8) wstępna analiza akt spraw przydzielonych do referatu sędziego; 9) wstępna analiza zarzutów zawartych w środkach odwoławczych; 10) podejmowanie czynności sprawdzających w sprawach zawieszonych oraz przedstawianie sędziemu stanu spraw nierozpoznanych; 11) wypełnianie kart statystycznych; 12) gromadzenie orzecznictwa i literatury przydatnych do rozpoznawania spraw sądowych oraz wykonywanie innych czynności związanych z działalnością orzeczniczą sędziów, z którymi współpracuje, wynikających ze specyfiki danego wydziału sądu; 13) sporządzanie projektów odpowiedzi na pisma wpływające do danej sprawy, niestanowiące wniosków procesowych; 14) podejmowanie czynności w zakresie wykonywania orzeczeń w sprawach karnych i w sprawach rodzinnych.

ustalają na podstawie stosowanej normy prawnej skutki prawne faktu uznanego za udowodniony⁷, których paradygmatycznym przykładem są wyroki; choć wiadomo, że nie w każdym postępowaniu decyzją rozstrzygającą sprawę co do istoty jest właśnie wyrok. Prezentowane przemyślenia z założenia mają pozostawać na pewnym poziomie ogólności, nie odwołując się do żadnej z konkretnych procedur ani poszczególnych trybów postępowania. Mimo zatem pewnych różnic – raczej drobiazgowych niż fundamentalnych – istniejących w zakresie wymogów, jakie przepisy poszczególnych procedur wymagają od uzasadnienia, nie wprowadzam dodatkowych podziałów, które mogłyby być konsekwencjami owych różnic, uznając, że w żaden sposób nie mają one wpływu na istotę prezentowanego problemu⁸.

W związku z tym, że na najbardziej ogólnym poziomie rozróżnienia uzasadnienie sądowe można podzielić na dwie zasadniczo różniące się części, tj. sprawozdawczą (historyczną), zawierającą przedstawienie przedmiotu sporu oraz przebieg sprawy i część właściwą (motywacyjną), która prezentuje poczynione ustalenia w zakresie faktów i prawa, zastrzegam w tym miejscu, że analizuję jedynie kwestię współpracy sędziego i asystenta przy sporządzaniu części właściwej. Uznaję jednocześnie, że zagadnienie współpracy przy opracowywaniu sprawozdania z przebiegu postępowania ani nie ma większego znaczenia dla poprawności wykonania tej czynności przez asystenta, ani też nie jest interesujące pod względem teoretycznym.

Koncentruję się wyłącznie na sporządzaniu uzasadnień wyroków głównie z dwóch przyczyn. Po pierwsze, jest to jedno z najczęściej wykonywanych zadań przez asystentów. Nie jest to zatem zagadnienie o marginalnym znaczeniu praktycznym. Rzecz jasna trudno bez przeprowadzenia odpowiednich badań empirycznych postawić w tym zakresie jakąkolwiek stanowczą tezę o charakterze generalnym, niemniej jednak z znacznym stopniem prawdopodobieństwa można powiedzieć, że w przeważającej mierze to na tych właśnie czynnościach koncentruje się praca asystentów. Ponadto, zgodnie z deklaracjami zawartymi w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych

7 por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 7 i nast.

8 Przykładowo wskazuję wymogi stawiane uzasadnieniom w procedurze – odpowiednio – cywilnej, karnej i sądownoadministracyjnej:

Art. 328 § 2 k.p.c.: Uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 424. § 1. k.p.k.: Uzasadnienie powinno zawierać: 1) wskazanie, jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych, 2) wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku. § 2. W uzasadnieniu wyroku należy ponadto przytoczyć okoliczności, które sąd miał na względzie przy wymiarze kary, a zwłaszcza przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia kary, środków zabezpieczających, uwzględnieniu powództwa cywilnego oraz przy innych rozstrzygnięciach zawartych w wyroku.

Art. 141 § 4 Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi: Uzasadnienie wyroku powinno zawierać zwięzłe przedstawienie stanu sprawy, zarzutów podniesionych w skardze, stanowisk pozostałych stron, podstawę prawną rozstrzygnięcia oraz jej wyjaśnienie. Jeżeli w wyniku uwzględnienia skargi sprawa ma być ponownie rozpatrzona przez organ administracji, uzasadnienie powinno ponadto zawierać wskazania co do dalszego postępowania.

(Dz.U.2001.98.1070) celem wprowadzenia stanowiska asystenta sędziego było zagwarantowanie pomocy sędziom w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości⁹. Jeśli przy tym weźmie się pod uwagę, że sporządzenie uzasadnienia wyroku jest jedną z najbardziej czasochłonnych czynności, jakie wiążą się z pracą sędziego, to powierzenie tej czynności asystentowi – z punktu widzenia sprawnej realizacji obowiązków sędziego, jak i szybkości postępowania – jest jedną z najatrakcyjniejszych form współpracy z asystentem. Po drugie, spośród wielu różnych zadań asystentów to właśnie to zadanie, w którym następuje swego rodzaju rozdzielanie czynności orzekania od czynności uzasadnienia, jest interesujące zarówno z punktu widzenia problemu sygnalizowanego na wstępie, etyki zawodowej, jak i teorii prawa.

4. Typologia modeli współpracy asystenta i sędziego-patrona

Powierzając przedstawione wyżej czynności asystentom, prawodawca – wbrew temu co mogłaby sugerować merytoryczna nazwa powołanego rozporządzenia – nie ustanowił regulacji, które szczegółowo dotyczyłyby sposobu wykonywania owych obowiązków. Ustawodawca wskazał jedynie, że obowiązki te asystent wykonuje *samodzielnie*. W konsekwencji praktyka ich realizacji jest różnorodna. W głównej zaś mierze uzależniona jest od narzuconego przez sędziego lub wspólnie wypracowanego modelu współpracy.

Na potrzeby dalszych rozważań wyróżniam trzy możliwe typy modeli współpracy sędziego z asystentem przy wykonywaniu opisanego wyżej zadania¹⁰:

1. sędzia-patron przekazuje asystentowi akta sprawy w celu sporządzenia projektu uzasadnienia, nie przekazując asystentowi jakichkolwiek informacji ani o twierdzeniach, na jakich oparł się wydając wyrok, ani o argumentach na rzecz ich uzasadnienia,
2. sędzia-patron przekazuje asystentowi akta sprawy w celu sporządzenia projektu uzasadnienia, częściowo przedstawiając asystentowi twierdzenia, na jakich sąd oparł się wydając wyrok oraz argumentację na rzecz ich uzasadnienia,
3. sędzia-patron przekazuje asystentowi akta sprawy w celu sporządzenia projektu uzasadnienia, przedstawiając wszystkie twierdzenia, na których oparł się, wydając wyrok, oraz całość argumentacji na rzecz ich uzasadnienia.

Wykorzystując omawianą niżej terminologię, określenie autorstwa projektu uzasadnienia powstającego w wskutek wykorzystania wskazanych modeli współpracy, przedstawia się w następujący sposób¹¹:

-
- 9 Druk Sejmowy nr 1656 z dnia 12 stycznia 2000 r. Dostępny pod adresem: [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1656/\\$file/1656.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1656/$file/1656.pdf).
 - 10 Drugi z modeli współpracy może podlegać dalszym podziałom ze względu na różną konfigurację, w jakich mogą pozostawać w stosunku do siebie: zakres (część/całość) i przedmiot (teza/argumenty) informacji przekazanych asystentowi. Na potrzeby przedstawienia problemu omawianego w artykule wystarczająca jest jednak typologia, pozostająca na bardziej ogólnym poziomie rozróżnienia.
 - 11 Problem transparentnego wskazania modelu współpracy, na jakim oparte zostało przygotowanie konkretnego projektu uzasadnienia, a w konsekwencji wyraźne określenie ujęcia, w jakim asystent jest autorem projektu uzasadnienia (konceptyjny / techniczno-prezentacyjny), istotne jest również z uwagi na fakt, że praca asystentów sędziów – w tym sporządzane projekty – podlega zinstytucjonalizowanej ocenie. Wydaje się, że sensowna ocena sporządzanych przez danego asystenta projektów wymaga informacji o tym, w jakim ujęciu (konceptyjny / techniczno-prezentacyjny) projekt został przez niego sporządzony.

1. pierwszy z modeli skutkuje sporządzeniem projektu uzasadnienia, którego autorstwo zarówno pod względem koncepcyjnym, jak i techniczno-organizacyjnym należy przypisać wyłącznie asystentowi,
2. drugi z modeli współpracy można rozpatrywać w dwóch wariantach.
 - a) asystent samodzielnie uzupełnia część tezy i argumentacji przedstawionej przez sędziego; wówczas w zakresie pracy technicznej jest wyłącznym autorem, w zakresie pracy koncepcyjnej można przypisać mu współautorstwo wraz z sędzią-patronem,
 - b) asystent poprzestaje na przedstawieniu tezy i argumentacji, jaką przedstawił mu sędzia patron – wówczas w zakresie pracy technicznej jest wyłącznym autorem, w zakresie pracy koncepcyjnej wyłączne autorstwo należy przypisać sędziemu-patronowi,
3. trzeci z modeli współpracy prowadzi w efekcie do powstania projektu uzasadnienia, w którym autorstwo koncepcyjne w całości pozostaje po stronie sędziego-patrona, asystent zaś jest autorem jedynie warstwy techniczno-prezentacyjnej.

5. Analiza pojęć: „sporządzić” oraz „projekt”

Dalsza analiza wymaga omówienia sposobów rozumienia takich pojęć jak: „sporządzenie” oraz „projekt”. Z oczywistych względów ograniczam się wyłącznie do ich skrótowej charakterystyki, zawężając ją jedynie do kwestii istotnych z perspektywy głównego tematu rozważań.

„Sporządzenie” uzasadnienia jako pewnego rodzaju czynności może być rozpatrywane w dwóch aspektach: a) koncepcyjnym oraz b) techniczno-prezentacyjnym. Przez aspekt koncepcyjny sporządzenia uzasadnienia rozumiem inwencję w zakresie tezy, jakie stanowią podstawę wydania takiego, a nie innego rozstrzygnięcia oraz argumentacji na ich uzasadnienie. W ramach aspektu techniczno-prezentacyjnego rozumiem nie tylko sam „akt pisania” projektu uzasadnienia, ale również wszystko to, co dotyczy opracowania sposobu przedstawienia tezy i argumentacji należących do aspektu koncepcyjnego – oczywiście bez wprowadzania jakiegokolwiek elementu nowości modyfikującego tezę lub jej argumentację. Aspekt ten obejmuje przykładowo i w szczególności: opracowanie odpowiedniej chronologii prezentacji, wyjaśnienie pojęć, przytoczenie przepisów prawa, dobór odpowiedniej stylistyki.

Przykładowo, postawienie w danej sprawie tezy, iż *pozwany skutecznie podniósł zarzut potrącenia wierzytelności, jaka przysługiwała mu względem powoda, z wierzytelnością, jakiej powód dochodził pozwem od pozwanego* oraz wskazanie argumentów na rzecz tej tezy, kwalifikowałoby się jako koncepcyjny aspekt sporządzenia uzasadnienia. Przeniesienie tej tezy na papier, jak również jej opracowanie w postaci wyjaśnienia, czym jest potrącenie, czym wierzytelność, jakie przepisy prawa regulują instytucję potrącenia, ewentualnie wskazanie adekwatnego orzecznictwa, powołanie literatury *etc.*, zaliczam do aspektu techniczno-prezentacyjnego.

Wytyczenie precyzyjnej granicy między aspektem koncepcyjnym a prezentacyjnym z pewnością nie jest możliwe, a w konsekwencji mogą wystąpić przypadki wątpliwe, w których można obawiać się, czy i na ile ww. elementy sposobu prezentacji

Na tyle, na ile autorowi znana jest praktyka w tym zakresie, wspomniane informacje w żaden sposób nie są ujawniane w aktach sprawy czy innej dokumentacji, a przez to nie są dostępne oceniającemu.

wpłyną, czy nawet zniekształcą tezy i argumentację. Nie zmienia to jednak faktu, że zapewne w znacznej części sytuacji można wyróżnić „czysty” aspekt koncepcyjny i „czysty” aspekt techniczno-prezentacyjny. Pomimo zarysowanych wątpliwości wprowadzenie tego typu rozróżnienia będzie pomocne dla dalszych rozważań.

W monografii poświęconej metodyce pracy asystenta sędziego, zastanawiając się nad pojęciem i istotą „projektu”, autorzy podejmują się *ustalenia a zarazem usystematyzowania jego zakresu pojęciowego*. W oparciu o słownik wskazują, że w języku powszechnym pojęcie „projekt” *należy rozumieć zamierzony plan działania, postępowania, a także plan, szkic czegoś*.

Jestem przekonany, że dzień w którym asystent zacznie przedstawiać swojemu patronowi „szkice” bądź „plany” uzasadnień, będzie jednym z jego ostatnich dni asystowania. Nie poruszając tutaj niezwykle skomplikowanych kwestii dotyczących wykładni prawa, właściwej roli języka etnicznego w interpretacji i jego relacji do języka prawnego, proponuję spojrzeć na omawianą kwestię nie przez pryzmat słowników języka polskiego i rekonstrukcjonistycznych prób ujarzmiania pojęć, ale przybrać postawę charakterystyczną dla analizy deskrypcjonistycznej i spróbować opisać sposób funkcjonowania tego pojęcia w jego naturalnym otoczeniu. W konsekwencji wymaga to zbadania sposobu rozumienia owego pojęcia w kontekście, w jakim jest używane – w analizowanym przypadku chodzi o jego użycie w kontekście wykonywania pracy asystenta. Patrząc na sprawę z tej perspektywy myślę, że nie ma wątpliwości, iż „projekty” uzasadnień, jakich patroni oczekują od swoich asystentów, tym różnią się od samych uzasadnień, że brakuje im stosownych podpisów. Nikt bowiem nie oczekuje od asystenta przedstawienia szkiców czy planów, które stanowiłyby jedynie półprodukt uzasadnienia. Od asystenta oczekuje się raczej sporządzenia dokumentu, pod którym sędzia patron będzie mógł złożyć podpis bez wkładania dodatkowej pracy – wprowadzania modyfikacji, poprawek, uzupełnień *etc*. Jeśli zaś spojrzeć się na tę kwestię z punktu widzenia asystentów to również i oni – chcąc sprostać stawianym oczekiwaniom – w taki właśnie sposób rozumieją pojęcie „projektu” uzasadnienia. Ponadto, przy takim rozumieniu pojęcia „projekt uzasadnienia” praca asystenta stanowi najbardziej wartościową pomoc, a sam asystent w najwyższym stopniu realizuje wyznaczoną mu funkcję. Na problem braku adekwatności między cytowanym leksykalnym rozumieniem omawianego pojęcia, a jego funkcjonowaniem w zarysowanym kontekście zwracają uwagę również sami asystenci – autorzy wspomnianej monografii – pisząc, że sformułowanie „szkic” nie jest trafne.

6. Kwestia samodzielności asystenta sędziego

Rozważając prezentowane modele współpracy nie sposób obejść się bez poddania analizie sposobu rozumienia pojęcia „samodzielnie”, którym posługuje się prawodawca, określając sposób wykonywania powierzonych asystentowi zadań. Warto zatem zastanowić się w tym miejscu nad dwiema kwestiami. Po pierwsze, czego właściwie wymaga się od asystenta mówiąc, że jego obowiązkiem jest samodzielne wykonywanie czynności – zwłaszcza w kontekście niniejszych rozważań – samodzielne sporządzanie projektów uzasadnień do wydanych już wyroków. Po drugie, czy zasadnie można twierdzić, że wskazanie przez ustawodawcę na wymóg samodzielności stanowi uzasadnienie dla oparcia współpracy na ww. modelach typ 1 oraz częściowo 2. Za punkt wyjścia czynię zastane w tym zakresie twierdzenia prezentowane w literaturze.

W monografii poświęconej metodyce pracy sędziego, zastanawiając się nad statusem i rolą asystentów w strukturze wymiaru sprawiedliwości, autorzy w pierwszej kolejności analizują kwestię „niezależności” asystenta, dochodząc do trafnych moim zdaniem wniosków, że ustawodawca nie zapewnił asystentom statusu niezależności¹². Kwestia ta o tyle nie budzi większych kontrowersji, iż w aktualnie obowiązującym stanie prawnym brak jest jakiegokolwiek przepisu prawa, który w ten właśnie sposób charakteryzowałby status asystentów. Warto dodać, że art. 151 § 1 ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, określający status referendarzy sądowych, *expressis verbis* wskazuje, że *w zakresie wykonywanych obowiązków referendarz jest niezależny co do treści wydawanych orzeczeń i zarządzeń określonych w ustawach*. W tym stanie rzeczy stwierdzenie, że instytucja asystenta sędziego nie ma zapewnionej niezależności, jest po prostu konsekwencją faktu, iż brak jest jakichkolwiek podstaw normatywnych by twierdzić, że jest inaczej.

W odróżnieniu od zagadnienia „niezależności”, kwestia „samodzielności” wykonywanych przez asystentów czynności jedynie o tyle nie nastęrcza kłopotów, że ustawodawca wprost wskazuje, iż m.in. sporządzanie projektów uzasadnień orzeczeń należy do „samodzielnych czynności asystenta” (§ 3 ust. 2). Jeśli zatem powstaje pytanie, czy asystenci posiadają samodzielność w wykonywaniu powierzonych im obowiązków, to na gruncie normatywnym odpowiedź brzmi: tak. Ustawodawca wskazał, jak być powinno. Wskazał, by powierzone czynności asystenci wykonywali samodzielnie, co rzecz jasna, nie przekłada się automatycznie na to, czy w praktyce są oni samodzielni, tj. czy jest tak, że powierzone obowiązki rzeczywiście wykonują w sposób samodzielny.

Jeśli zaś chodzi o samo znaczenie pojęcia „samodzielnie”, powołując się na jego leksykalną definicję, autorzy przywołanej monografii wskazują, że w języku potocznym termin ten oznacza *bez niczyjej pomocy, bez niczyjego wpływu, niezależnie, niezawisłe; odrębnie, samoistnie*¹³. Równocześnie autorzy powołanej monografii wyrażają jawnie normatywne stwierdzenie, że przywołany termin należy rozumieć w tożsamy sposób w języku prawniczym. W tym miejscu chciałbym poddać w wątpliwość, czy aby na pewno owo pojęcie „samodzielności” rozpatrywane w kontekście regulacji prawnych określających zadania asystenta rzeczywiście powinno być rozumiane tak samo, jak jest ono rozumiane w języku potocznym.

Oparte na leksykalnym znaczeniu rozumienie „niezależności” prowadzi do co najmniej dwóch paradoksów. Skoro stwierdzono wcześniej – i jest to raczej twierdzenie niepodważalne – że asystentom nie przyznano statusu „niezależności” i równocześnie nie ma wątpliwości, że ustawodawca powierzył im „samodzielne” wykonywanie czynności, to trudno jest, nie popełniając jakiegoś logicznego błędu, utrzymać oba te twierdzenia, przyjmując leksykalne znaczenie pojęcia „samodzielność”. Jak wynika bowiem z cytowanej definicji – synonimem terminu „samodzielność” jest „niezależność”. Ponadto, pozostając na gruncie rozważań semantycznych, problem tym bardziej ulega komplikacjom, jeśli weźmie się pod uwagę znaczenie terminu „samodzielnie” występujące w innych słownikach niż cytowany przez ww. autorów. Przykładowo „samodzielnie” znaczy również *oryginalnie, indywidualnie, odkrywco*,

12 K. Sadowski, O. M. Piaskowska, D. Kotłowski, *Metodyka pracy asystenta sędziego*, Warszawa 2010, s. 59.

13 *Ibid*, s. 59.

co rozpatrywane w odniesieniu do projektu uzasadnienia wyroku – biorąc pod uwagę wymogi co do jego treści – prowadzi do absurdalnych rezultatów¹⁴.

Niezależnie jednak od tych kontrowersji lingwistycznych, opierając się na jakimś mniej lub bardziej sprecyzowanym – intuicyjnie pojmowanym – rdzeniu znaczeniowym pojęcia „samodzielność”, można mieć również wątpliwości, czy aby na pewno ów nakaz samodzielności odnosi się do każdego z ww. aspektów sporządzenia uzasadnienia (tj. zarówno aspektu koncepcyjnego jak i techniczno-prezentacyjnego). Źródłem tych wątpliwości jest po pierwsze charakter pracy asystenta, który przy sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości jest co do zasady jest pomocniczy. Pomocniczość ta nie idzie z kolei w parze z samodzielnością, pojmowaną w nakreślony wyżej sposób (*bez niczyjej pomocy, odrębnie*). Po drugie i co najważniejsze, takie rozumienie wymogu jego samodzielnego sporządzenia nie idzie również w parze z realną możliwością wykonania tego zadania w taki sposób, by sporządzony projekt odpowiadał istocie uzasadnienia. Aby jednak wykazać racje na rzecz tego twierdzenia, najpierw konieczne jest przybliżenie samego pojęcia uzasadnienia.

7. Pojęcie uzasadnienia

Jak już zostało na wstępie zaznaczone, omawiane zagadnienie dotyczy problematyki uzasadnień wyroków. Dla porządku należy zaznaczyć, że chodzi w takim razie o uzasadnienie finalnej decyzji stosowania prawa, która z teoretycznego punktu widzenia przybiera postać formuły, brzmiącej w skrótowym schemacie: *Według normy N, która ma znaczenie S, zgodne z dyrektywami interpretacyjnymi DII...DIIn i ocenami VII...VIIn, koniecznymi dla wyboru i zastosowania tych dyrektyw, fakt F, którego zaistnienie w czasie t i w miejscu p zostało udowodnione przez uznane dowody E1...En zgodnie z dyrektywami dowodowymi DE1...den i ocenami VE1...VEN, pociąga za sobą konsekwencje prawne C1...Cn zgodne z dyrektywami wyboru konsekwencji DC1...DCn i ocenami VCI...VCn*¹⁵. Jeśli zaś chodzi o rozumienie samego pojęcia decyzji przyjmuję, że jest to rezultat określonej działalności sędziego (sędziów). W związku z tym, że rezultat ten może być traktowany bądź to jako logiczna konkluzja, bądź to jako efekt mniej lub bardziej swobodnego wyboru, zaznaczam, że za J. Wróblewskim traktuję decyzję sądową jako rezultat wyboru¹⁶.

Pozostając przy kwestiach wstępnych, warto wyraźnie wskazać, że uzasadnienie wyroku może być rozpatrywane w ujęciu pragmatycznym oraz apragmatycznym. W pierwszym z nich uzasadnienie sprowadza się do racji, ze względu na które decyzja ta jest właściwa, w drugim zaś, uzasadnieniem jest oficjalny dokument sporządzony w ramach danej procedury sądowej, zawierający wskazanie owych racji¹⁷.

14 B. Dunaj (red), *Słownik Współczesnego Języka Polskiego*, Warszawa 1996, s. 932.

15 J. Wróblewski, *Uzasadnienie i wyjaśnienie decyzji sądowej*, Państwo i Prawo, 1976, nr 8–9, s. 17.

16 *Ibid.*, s. 12.

17 Pod pojęciem „racji” rozumiem wszystko to, co w danej kulturze prawnej liczy się jako argument uzasadniający rozstrzygnięcie, tak w zakresie ustaleń faktycznych, jak i prawnych. Zdając sobie sprawę z szeregu teoretycznych zagadnień i trudności, jakie wiążą się określeniem tego, co liczy się jako „racja”, a co ową racją już nie jest, nie podejmuję tutaj szczegółowych rozważań w tym zakresie. Zakładam, że są pewne kryteria, które kwestię tę rozstrzygają. Z perspektywy tematu niniejszego artykułu kwestia ta jest zresztą drugorzędna i wypełnienie taką czy inną treścią – blankietowego pojęcia „racji” – niczego

O tyle ma to znaczenie dla omawianego zagadnienia, iż sporządzając projekt uzasadnienia już wydanego wyroku, asystenci przygotowują projekty dokumentów, tj. uzasadnień w sensie apragmatycznym.

Najistotniejszym problemem, którego rozstrzygnięcie ma bezpośredni wpływ na zagadnienie właściwego modelu współpracy sędziego i asystenta, jest odpowiedź na pytanie, czy uzasadnienie decyzji sądowej powinno być postrzegane jako podanie tych racji, które w procesie decyzyjnym były przez decydenta brane pod uwagę i spowodowały wydanie decyzji o określonej treści, czy też jedynym wymogiem stawianym uzasadnieniu jest wskazywanie racji na rzecz danego rozstrzygnięcia, bez względu zaś na to, czy te właśnie racje były rozważane w procesie decyzyjnym i zdecydowały o podjęciu danej decyzji. Przyjęcie takiego czy innego sposobu postrzegania tego, czym jest uzasadnienie, pociąga za sobą szereg wymogów co do tego, jak owo uzasadnienie powinno być sporządzane, a dalej – skoro jego projekt sporządzany jest przez asystenta bądź przy jego udziale – jaka powinna być jego rola.

Klarowne przedstawienie zarysowanego zagadnienia wymaga prezentacja możliwych relacji w jakich racje, które rzeczywiście przesądziły rozstrzygnięcie sprawy, mogą w uzasadnieniu pisemnym (ujęcie apragmatyczne) występować w stosunku do pozostałych możliwych racji, na rzecz danego rozstrzygnięcia. Udzielenie odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność zawarcia w uzasadnieniu owych dodatkowych racji w dużej mierze uzależnione jest właśnie od konfiguracji, w jakiej te dwie kategorie racji występują. Konfiguracje te – w zasadniczym kształcie – mogą kształtować się w następujący sposób:

1. uzasadnienie zawiera wyłącznie racje, które były brane pod uwagę w procesie decyzyjnym i przesądziły o wydaniu decyzji o określonej treści,
2. uzasadnienie zawiera nie tylko racje, które były brane pod uwagę w procesie decyzyjnym i przesądziły o wydaniu decyzji o określonej treści, ale również inne racje na rzecz danego rozstrzygnięcia,
3. uzasadnienie zawiera wyłącznie inne racje na rzecz danego rozstrzygnięcia niż te, które były brane pod uwagę w procesie decyzyjnym i przesądziły o wydaniu decyzji o określonej treści.

W kontekście omawianego w niniejszym artykule tematu największe znaczenie ma kwestia dopuszczalności sporządzania uzasadnień ww. konfiguracji nr 2 i 3.

Dopuszczalność wspomnienia się w uzasadnieniu racjami, które wprawdzie nie były brane pod uwagę w procesie decyzyjnym, jednakże stanowią racje uzasadniające rozstrzygnięcie, nie budzi większych wątpliwości. W związku z tym, że nie jest to główne zagadnienie toczonych rozważań, przyjmuję argumentację zawartą w tym zakresie w literaturze¹⁸. Dodać można, że skoro jedną z funkcji sądowego

nie zmienia, jeśli chodzi o istotę sprawy. Dla przykładu wskazuję, że J. Wróblewski dzieli argumenty uzasadniające finalną decyzję stosowania prawa na cztery typy: a) reguły prawne, b) dyrektywy, c) stwierdzenia faktyczne, d) oceny, por. J. Wróblewski, *Poziomy uzasadnienia decyzji prawnej*, Studia Prawno-Ekonomiczne, 1988, t. XL, s. 25. Więcej na ten temat zob. J. Stelmach, *Typy uzasadniania prawniczych decyzji interpretacyjnych*, Państwo i Prawo, 1993, nr 5, s. 45–50 i powołaną tam literaturę.

18 por. E. Skrętowicz, *Funkcja oraz istota ustnych motywów i uzasadnienia wyroku w procesie karnym*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia, 1977, nr XXIV, 11, s. 192 i nast. oraz podaną tam literaturę.

uzasadnienia jest uzyskanie akceptacji – przekonanie stron (audytorium) o słuszności rozstrzygnięcia – wówczas powołanie w uzasadnieniu dodatkowej argumentacji wydaje się być nawet pożądane¹⁹. Równocześnie trudno wskazać wartości, ze względu na które takiej praktyki należałoby zaniechać.

Trzecią z przedstawionych konfiguracji tych dwóch typów racji wykluczają już same postanowienia przepisów proceduralnych określających wymogi stawiane uzasadnieniom. W zakresie podstawy faktycznej wyroku mowa w nich bowiem, o ustaleniu faktów, które *sąd uznał* za udowodnione, dowodów, *na których się oparł*, i przyczyn, dla których innym dowodom *odmówił* wiarygodności i mocy dowodowej (art. 328 § 2 k.p.c.) oraz o wskazaniu, jakie fakty *sąd uznał* za udowodnione lub nie udowodnione, na jakich w tej mierze *oparł się* dowodach i dlaczego *nie uznał* dowodów przeciwnych (art. 424 § 1 k.p.k.). Postanowienia te prowadzą zatem do stwierdzenia, że uzasadnienie wyroku nie powinno być postrzegane jedynie jako „obrona rozstrzygnięcia”, przedstawiająca jakiegokolwiek możliwe racje świadczących o jego poprawności, ale przede wszystkim jego istota to wskazanie tych racji, które spowodowały wydanie decyzji o określonej treści²⁰. Przedstawienie zaś innych – niejako dodatkowych racji – powinno być zaś traktowane jako element wspomagający, mający na celu np. wzmocnienie siły przekonywania. Teza ta odpowiadałaby również stanowisku Sądu Najwyższego, który stwierdza, że *uzasadnienie wyroku wyjaśnia przyczyny, dla jakich orzeczenie zostało wydane*²¹. W literaturze można zaś odnaleźć twierdzenia nawet i dalej idące, tj. że zawarte w uzasadnieniu motywowanie *ma być odzwierciedleniem procesu myślowego sędziów wydających orzeczenie. Ważone racje i argumenty powinny zostać przedstawione w uzasadnieniu orzeczenia*²².

8. Krytyka modeli: typ 1 i częściowo 2

W tym miejscu nasuwa się stwierdzenie, że skoro koniecznym elementem uzasadnienia wyroku jest wskazanie tych racji, które przesądziły o jego wydaniu, wówczas sporządzenie przez asystenta projektu uzasadnienia o tej treści musi opierać się na ścisłej współpracy z sędzią, który wyrok ten wydał bądź zasiadał w składzie orzekającym. Omawiany wcześniej wymóg samodzielności przy sporządzaniu uzasadnienia – z konieczności podyktowanej jego istotą – musi być zatem być ograniczony jedynie do warstwy prezentacyjno-technicznej, pozostawiając aspekt koncepcyjny

19 por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1994 r., III ARN 2/94, OSNP 1994/1/2, „Najkrócej rzecz biorąc, chodzi przede wszystkim o to, by dla wszystkich było wyraźne i niewątpliwie widoczne, iż w wyniku postępowania przed sądem zapadło najszlachetniejsze i najbardziej odpowiadające prawu rozstrzygnięcie. Jednym ze środków służących osiągnięciu tego celu jest wyczerpujące i wszechstronne (zarówno z merytorycznego jak i z prawnego punktu widzenia) uzasadnienie orzeczenia, a już szczególnie wówczas – gdy, tak jak w niniejszej sprawie – występują rozbieżne interesy stron, a rozstrzygnięcie musi przedłożyć jeden z tych interesów nad drugi. Wówczas właśnie szczególnie istotna rola uzasadnienia leży również w tym, by przekonać stronę, że jej stanowisko w sprawie zostało poważnie wzięte pod uwagę, a jeżeli zapadło inne rozstrzygnięcie, to przyczyną tego są istotne powody.

20 Charakterystyka ta nie pretenduje do przedstawienia wszystkich elementów stanowiących istotę uzasadnienia. Z pewnością elementów tych jest wiele. Wspomniany przeze mnie należy traktować jedynie jako jeden z nich.

21 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2011 r., II PK 202/10, LEX nr 817516.

22 S. Dąbrowski, A. Łazarska, *Uzasadnianie...*, s. 23.

rzeczywistemu decydentowi. Ewentualnie praca koncepcyjna asystenta może przejawiać się w zakresie wskazywanych wyżej racji wspomagających.

Niezależnie od prezentowanych rozważań teoretycznych można wskazać dwa dodatkowe argumenty wykluczające te modele relacji przy sporządzaniu uzasadnień wyroków między sędzią a asystentem, które właściwie cechują się brakiem współpracy na rzecz zupełnej samodzielności asystenta.

Pierwszym z nich odwołuje się do konieczności zapewnienia tożsamości racji przedstawionych w ustnych motywach rozstrzygnięcia ze sporządzanym następnie uzasadnieniem pisemnym (dokumentem). W doktrynie podkreśla się, że prezentowane po wydaniu wyroku w formie ustnej zasadnicze powody rozstrzygnięcia i jego uzasadnienie pisemne to jedność²³. Jest to zresztą wymóg tak elementarny i zdroworoządkowy, że nie wymaga dalszych rozważań. Co prawda, w literaturze można odnaleźć polemiki dotyczące tego, czy różnica między ustnymi motywami rozstrzygnięcia, a uzasadnieniem pisemnym sprowadza się wyłącznie do różnicy formy czy też zakresu treści, jednakże kontrowersja ta dotyczy jedynie tego, czy ustne motywy mogą pod względem treści być ograniczone wyłącznie do wywodów najistotniejszych²⁴. W żaden sposób wątpliwości nie dotyczą jednak wymogu zapewnienia tożsamości argumentacji między obiema formami uzasadnienia, a jedynie jej zupełności czy kompletności. W związku z kolei z tym, że w przeważającej mierze asystenci nie są obecni przy ogłaszaniu wyroku, do którego następnie sporządzają projekt uzasadnienia, to poznanie treści ustnych motywów – o ile oczywiście były prezentowane – rzecz jasna wymaga przedstawienia ich przez sędziego- patrona.

Drugi ze wspomnianych argumentów odnosi się do wymogów szeroko pojmowanej ekonomiki procesowej i oczywistej w aktualnych warunkach potrzeby zapewnienia takiej organizacji pracy, która nie będzie marnowała istniejącego potencjału, a przyczyni się do jego efektywnego wykorzystania. Biorąc pod uwagę samą ideę wprowadzenia w ramy sądownictwa instytucji asystenta, oraz wymogi w zakresie sprawności postępowania, to ich realizacja w największym stopniu może mieć miejsce przy ścisłej współpracy przy wykonywaniu – jak mówią sami sędziowie²⁵ – najbardziej czasochłonnego obowiązku sędziowskiego, jakim jest sporządzenie uzasadnienia. Rozważając zatem modele współpracy przy sporządzaniu projektów uzasadnień w tak zarysowanym kontekście, okazuje się, że wykorzystanie modelu typ 1 i częściowo 2 skutkuje niepotrzebnym, powtórnym wykonywaniem tej samej pracy. Skoro bowiem wydanie wyroku musi być poprzedzone opracowaniem racji na rzecz jego uzasadnienia (uzasadnienie w sensie pragmatycznym) to z punktu widzenia efektywności procedury znacznie bardziej korzystne jest przekazanie asystentowi (w formie ustnej chociażby) już opracowanego pod względem koncepcyjnym uzasadnienia, by ten następnie sporządził pod względem techniczno-prezentacyjnym dokument uzasadnienia (uzasadnienie w sensie pragmatycznym)²⁶. Taki z kolei

23 por. S. Dąbrowski, A. Łazarska, *Uzasadnianie...*, s. 15 i powołaną tam literaturę.

24 *Ibid.*, s. 16.

25 *Ibid.*, s. 9.

26 W teorii prawa zwraca się uwagę, że w procesie decyzyjnym można wyróżnić dwa konteksty: kontekst odkrycia i kontekst uzasadnienia. Pierwszy z nich dotyczy tego, w jaki sposób decydent dochodzi o rozstrzygnięcia, drugi zaś tego, w jaki sposób *post factum* dokonuje on uzasadnienia owego rozstrzygnięcia. Równocześnie niektóre ruchy filozoficzno-prawne, jak chociażby amerykański realizm prawniczy, zwracają uwagę, że między wyróżnionymi

model relacji, w którym ciężar rekonstrukcji owej koncepcyjnej warstwy uzasadnienia w pełni spoczywa na asystencie prowadzi do niepotrzebnego, powtórnego wykonywania pracy, która na tym etapie jest już (powinna być) wykonana.

9. Ewentualna alternatywa dla konieczności współpracy

Poprawność powyższego wniosku o konieczności ścisłej współpracy przy sporządzaniu projektu uzasadnienia bazuje na założeniu, że nie ma innego sposobu na poznanie owych racji przesądających o treści wyroku, jak tylko wykorzystanie ścisłej współpracy, w ramach której sędzia-patron po prostu przekazuje je asystentowi (ustnie, w formie notatek, nagrania ustnych motywów rozstrzygnięcia *etc.*). W tym miejscu rozważenia zatem wymaga poprawność tego założenia. Być może bowiem istnieje w tym zakresie jakaś alternatywa.

Ewentualną alternatywą dla wskazanego wyżej prostego przekazania informacji o owych racjach, nasuwającą się *prima facie* jako oczywista, może być odwołanie się do konieczności posiadania odpowiednich kwalifikacji zawodowych przez asystenta (wykształcenie prawnicze, ewentualnie ukończenie stosownych aplikacji) oraz dostępności do informacji zawartych w aktach sprawy i treści rozstrzygnięcia. Warto zatem zastanowić się, czy odwołując się do – najogólniej rzecz biorąc – konieczności posiadania wiedzy prawniczej, można wymagać od asystenta, by na tej podstawie zdołał niejako zrekonstruować te racje, które rzeczywiście przesądziły o treści rozstrzygnięcia. W mojej ocenie nie jest to zupełnie wykluczone. Powodzenie tego przedsięwzięcia uzależnione jest jednak od charakteru danej sprawy i opiera się bardziej na doświadczeniu w pracy z danym sędzią, a nie prawniczej wiedzy.

Nie wykluczam, że w standardowych, prostych, niebudzących kontrowersji, powtarzających się przypadkach stosowania prawa (*easy cases*) osoba o odpowiedniej praktyce i wiedzy, a przede wszystkim znajomości stylu orzekania sędziego-patrona, jest w stanie przeprowadzić tego typu rekonstrukcję. Jeśli zaś weźmie się pod uwagę tzw. trudne przypadki (*hard cases*), a dodatkowo takie, w których spór dotyczy szeregu obszarów stosowania prawa (np. kwestii walidacyjnych, ustaleń faktycznych, interpretacyjnych), wówczas wspomniana wcześniej rekonstrukcja skazana jest na niepowodzenie²⁷. Projekty sporządzone w tego typu sprawach, w ramach modeli: typ 1 i częściowo 2, w mniejszym lub większym zakresie, z konieczności będą opierały się na rozwiązaniach koncepcyjnych opracowanych przez samego asystenta.

kontekstami bądź to w ogóle nie ma związku, bądź nie jest on ścisły. Zgodnie z tymi twierdzeniami, w kontekście odkrycia pierwszorzędą rolę odgrywa intuicyjne poczucie prawa (*hunch*). Z kolei kontekst uzasadnienia obejmuje jedynie racjonalizację wydanych rozstrzygnięć. Por. B. Anderson, *Context of Discovery, Context of Decision and Context of Justification in the Law*, IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law, www.ivr-enc.info.

Jeśli zatem przyjmie się te twierdzenia, wówczas prezentowany argument z ekonomiki procesowej traci rację bytu – nie można wówczas uznać, że racje uzasadniające rozstrzygnięcie istnieją już w chwili rozstrzygnięcia. Warto jednak zauważyć, że koncepcja ta ma charakter opisowy. Wyjaśnia bowiem jak jest, nie wskazuje jednak, że tak być powinno. Przedstawiony przeze mnie argument z ekonomiki procesowej opiera się jednak na wzorcu wskazującym, że wydanie rozstrzygnięcia musi być poprzedzone istnieniem racji je uzasadniających.

27 O sposobach rozumienia pojęcia *hard case* zob. J. Zajadło, *Co to są hard cases?* [w:] red. J. Zajadło, *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 7–18.

Odpowiadając z kolei na pytanie o przyczyny niepowodzenia wspomnianej rekonstrukcji, warto zastanowić się nad tym, jakie niewyrażone wprost założenia muszą tkwić u podstaw twierdzenia, że jest inaczej. Innymi słowy, jaka wizja prawa – a w tym także obraz jego stosowania – z konieczności musiałaby być przyjęta, by móc sensownie mówić, iż istnieje możliwość dokonania rekonstrukcji, o której mowa.

Taką wizję prawa określiłbym mianem skrajnie twardego pozytywizmu prawniczego, wątpiąc równocześnie, czy w historii teorii i filozofii prawa ktokolwiek na serio taką wizję prawa prezentował²⁸. W bardzo ogólnym zarysie wizja ta opierałaby się na przekonaniu, że sędzia jest zawsze i jedynie *ustami wygłaszającymi brzmienie prawa*. Dokonując interpretacji prawa, nigdy nie musi mierzyć się z różnego rodzaju alternatywami, tym bardziej nigdy nie zostaje postawiony przed koniecznością angażowania się w rozważania dotyczące jakichkolwiek racji pozaprawnych (moralnych). Ustalając zaś tzw. stan faktyczny, fakty sprawy dostępne są sędziemu w pewien bezpośredni, obiektywny sposób, nie wymagający wykorzystania – opartego na wartościowaniu – aparatu poznawczego. Proces stosowania prawa to z kolei operacja ściśle „mechaniczna”. Sędzia odgrywa w nim jedynie rolę „operatora” owej maszyny wymiaru sprawiedliwości. Jego wkład ogranicza się zaś wyłącznie do ustawienia przesłanek sylogizmu prawniczego, który następnie uruchomiony generuje jedno, jedynie poprawne rozstrzygnięcie, które wówczas postrzegane jest za w pełni i zarazem wyłącznie przez prawo zdeterminowane. Ogólnie rzecz ujmując, wizja ta musiałaby nie dopuszczać powszechnie dziś podkreślanego faktu, że na każdym etapie stosowania prawa organ stosujący prawo z konieczności dokonuje szeregu ocen i wyborów – tak w zakresie oceny materiału dowodowego, jak i posłużenia się takimi czy innymi dyrektywami wykładni²⁹. Przynajmniej zaś w jakiejś części spraw stosowanie prawa polega na dokonywaniu argumentacyjnie uzasadnionych wyborów między różnymi alternatywami³⁰. Jeśli jednak przyjmuje się nakreśloną wyżej – raczej życzeniową niż rzeczywistą – wizję stosowania prawa, wówczas jesteśmy już o krok od opartego na odwołaniu się do wiedzy prawniczej, sformułowania względem asystenta wymogu wiernego odtworzenia tej samej drogi do rozstrzygnięcia sprawy, jaką przebył sam sędzia.

28 O zrębach tego typu wizji zob. H. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 171 i nast., B. Leiter, *Legal Formalism and Legal Realism*, Legal Theory, 2010, nr 16, s. 111–133, R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, Columbia Law Review 605 (1908) przypis za: B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, London 2006, s. 179; M. Robertson, *Telling the Law's Two Stories*, Vol. 20, Issue 2 (July 2007), s. 429–452, S. Veitch, E. Christodoulidis, L. Farmer, *Jurisprudence. Themes and Concept*, London and New York 2007, s. 95.

29 Por. J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2007, s. 181–182; J. Wróblewski wyróżnia cztery rodzaje luzów decyzyjnych: 1) walidacyjny, 2) interpretacyjny, 3) dowodowy, 4) wyboru konsekwencji, por. J. Wróblewski, *Kontrola decyzji sądowej – wybrane zagadnienia teoretyczne*, „Państwo i Prawo”, 1976, nr 8–9, s. 19.

30 L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 200 i nast.

10. Akceptacja projektu a etyka zawodowa

Kluczowym momentem dla przekształcenia projektu uzasadnienia w samo uzasadnienie jest uzyskanie jego akceptacji w postaci podpisu sędziego - patrona. Potencjalni obrońcy krytykowanych przeze mnie modeli typu 1 i częściowo 2 mogą zatem argumentować, że samo oparcie współpracy na ww. modelach nie niesie za sobą żadnego zagrożenia dla sporządzenia uzasadnienia - a nie jego namiastki - z uwagi na fakt, że praca asystenta ogranicza się jedynie do sporządzania projektów. Projekty te mogą następnie być modyfikowane przed ostateczną akceptacją. Jeśli zatem samodzielnie sporządzony przez asystenta projekt nie zawiera treści, które według przedstawionych wyżej rozważań stanowią jego trzon tj., wskazania tych racji, które przesądziły o wydaniu wyroku o określonej treści, wówczas albo w ogóle nie uzyska akceptacji, albo zostanie zmodyfikowany. Przyjęcie jednak założenia, że zawsze jest tak, jak według wzorca być powinno, ucina w tym miejscu dyskusję. Namysł etyczny wymaga bardziej realistycznego założenia.

W tym miejscu warto zatem zastanowić się nad tym, czy w o ogóle, a jeśli tak, to w jakich sytuacjach i dlaczego, projekt uzasadnienia, który – najogólniej mówiąc – posiada mankamenty pod względem określonej wyżej istoty uzasadnienia, ma szanse na uzyskanie akceptacji. Powstaje tutaj również wątpliwość, czy przedstawienie stronom postępowania uzasadnienia, które wprawdzie przedstawia racje uzasadniające rozstrzygnięcie, ale bądź to w całości, bądź w części pomija racje rozważane w procesie decyzyjnym, które rzeczywiście przesądziły o wydaniu rozstrzygnięcia, jest zgodne z wymogami etyki zawodowej.

Prezentacja tego zagadnienia wymaga przedstawienia typologii projektów uzasadnień, jakie mogą powstać w konsekwencji zastosowania omawianych modeli współpracy (typ 1 i częściowo 2). Kryterium podziału stanowi relacja, w jakiej racje, które przesądziły o wydaniu rozstrzygnięcia o określonej treści, pozostają w stosunku do innych racji uzasadniających wydane rozstrzygnięcie³¹. Typologia ta przedstawia się w następującym kształcie:

1. projekt zawiera wyłącznie te racje, które były brane pod uwagę w procesie decyzyjnym i przesądziły o wydaniu decyzji o określonej treści,
2. projekt zawiera nie tylko te racje, które były brane pod uwagę w procesie decyzyjnym i przesądziły o wydaniu decyzji o określonej treści, ale również inne racje na rzecz danego rozstrzygnięcia,
3. uzasadnienie zawiera wyłącznie inne racje na rzecz danego rozstrzygnięcia, niż te które były brane pod uwagę w procesie decyzyjnym i przesądziły o wydaniu decyzji o określonej treści.

Najmniej kontrowersji wzbudza pierwsza z krańcowych sytuacji. Mimo zatem, że projekt powstał w ramach modeli współpracy typ 1 i częściowo 2, uzyskanie akceptacji jak również etyczna ocena owej akceptacji w pierwszej z ww. sytuacji nie budzi wątpliwości. Wątpliwości, jakie mogą kształtować się w tym miejscu, dotyczą jedynie kwestii wcześniej już rozważanej, tj. czy chociażby w średnio skomplikowanej

31 Prezentowana typologia nie uwzględnia podziału ze względu na kryterium „kompletności racji”, tj. czy projekt uzasadnienia zawiera wszystkie czy tylko część racji – zarówno „racji przesądających” jak i „racji dodatkowych”. Mimo iż kwestia owej „kompletności” ma znaczenie dla analizowanej szansy uzyskania akceptacji projektu oraz etycznej oceny takiej akceptacji, nie uwzględniam jej ze względu na uszczerbek dla – i tak już nadszarpiętej – przejrzystości wywodu.

sprawie istnieje realna możliwość dokonania tego typu rekonstrukcji racji uzasadniających rozstrzygnięcie. Z pewnością zatem projekt o takiej treści będzie najrzadziej spotykanym w praktyce efektem braku współpracy sędziego i asystenta.

Potencjalne zagrożenie na gruncie etyki zawodowej z pewnością generuje sytuacja trzecia. Projekt taki nie powinien uzyskać akceptacji ze względu na zupełny brak treści kwalifikowanych jako trzon uzasadnienia. Jeśli jednak weźmie się pod uwagę, że projekt ten zawiera przecież racje, które stanowią uzasadnienie rozstrzygnięcia, a osoby, które nie brały udziału w procesie decyzyjnym (przede wszystkim strony postępowania) nie mają jakichkolwiek środków weryfikacji tego, czy przedstawione racje są tymi racjami, które przesądziły wydanie wyroku, wówczas powstaje pokusa akceptacji tego typu projektu i przedstawienia go stronom postępowania jako uzasadnienia. Jeśli dodatkowo uwzględnimy szereg prozaicznych czynników, jak chociażby fakt chronicznego przeciążenia sądownictwa, czy też to, że na sporządzenie wspomnianego projektu poświęcono już czas i włożono pracę, wówczas nie można w zupełności wykluczyć przypadków, w których mimo etycznych zastrzeżeń, projekt o takiej treści uzyska aprobatę. Nie można również wykluczyć, że sam sędzia-patron dojdzie do przekonania, że w całości lub w jakiejś części argumentacja przedstawiona przez asystenta, a niebrana pod uwagę w procesie decyzyjnym, w bardziej adekwatny, przekonujący czy trafny sposób stanowi uzasadnienie rozstrzygnięcia.

Analogicznie sytuacja kształtuje się w odniesieniu do drugiego typu projektu. Jak podejrzewam projekt o takiej konfiguracji „racji przesądających” i „racji dodatkowych” jest najczęstszym efektem samodzielności asystenta przy wykonywaniu tego zadania. Jeśli zaś chodzi o szanse, jakie w praktyce projekt takie ma na uzyskanie akceptacji i etyczną ocenę owej akceptacji, to można podejrzewać, że kwestia ta zależy od proporcji, w jakich te dwie kategorie racji pozostają w stosunku do siebie.

11. Zakończenie

Opracowanie zakończenia niniejszego artykułu zbiegło się w czasie z opublikowaniem projektu Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie czynności asystentów sędziów³². Regulując powierzone asystentom czynności projektodawca podzielił je – co stanowi istotne *novum* – na dwie grupy: czynności wykonywane pod kierunkiem sędziego (§ 2 pkt.1) oraz czynności wykonywane samodzielnie (§2 pkt 2). Co ważne, do pierwszej z wymienionych grup zaliczył sporządzanie *projektów zarządzeń, orzeczeń lub ich uzasadnień*. Do drugiej m.in. dokonywanie analizy akt sprawy we wskazanym zakresie (ppkt 1), gromadzenie, we wskazanym zakresie, orzecznictwa i literatury przydatnych do rozpoznania spraw lub wykonywania innych zadań powierzonych sędziom w wydziale (ppk 5). Nie wdając się w ocenę pozostałych regulacji zawartych w owym projekcie, wyraźne zaakcentowanie, iż sporządzanie uzasadnień orzeczeń odbywa się pod kierownictwem sędziego, a nie samodzielnie, jest zmianą, która z pewnością pozwoli uniknąć kontrowersji dotyczących właściwego modelu współpracy jednoznacznie wskazując na kierunek współdziałania, a nie samodzielności asystenta. Jak starałem się wykazać, niezależnie już nawet od wątpliwości co do tego, czy możliwe jest sporządzenie poprawnego projektu uzasadnienia w ramach samodzielnego działania asystenta, samodzielność przy

32 Projekt Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 22 lutego 2012 r.

wykonywaniu omawianego obowiązku może prowadzić do wątpliwych etycznie sytuacji. Mimo bowiem tego, że samodzielność przy wykonywaniu omawianego zadania sama w sobie prowadzi jeszcze do negatywnych konsekwencji, to niepotrzebnie stwarza w tym zakresie pokusę.

Jan Pfitzner

Jeszcze raz w sprawie sprzedaży stoczni*

Once again, on the shipyard sale

The subject of the article is a critical analysis of the legal aspects of the decision of the European Commission on the compatibility of the State aid granted for Polish shipyards in Gdynia and Szczecin with the internal market and the Act of 19 December 2008 on compensating proceeding in entities of special interest for the Polish shipbuilding industry, so-called „Special shipyard law”. The purpose of the article was to examine whether there were legal possibilities to prevent the release of the decision of the European Commission, and whether instead of applying the “Special shipyard law”, as a consequence of that decision, would be better to carry out the procedure of bankruptcy on the basis of the insolvency law. Comparative analysis of “Special shipyard law” to the insolvency law shows many shortcomings and adverse consequences of legal solutions adopted in “Special shipyard law”. Therefore the arguments for applying the insolvency law were indicated. Analysis of the decision sets forth that the way of the implementation of decision (which was specified in its content), that order the sale of assets of the shipyard in parts, has no legal basis. The article argues that the insolvency law satisfies the conditions laid down in case-law of the Court of Justice of the European Union to carry out the liquidation proceedings in accordance with the provisions on State aid. The execution of the decision on the basis of insolvency law rather than on the basis of “Special shipyard law” was possible. Moreover the article proposes the legal actions which Poland could take in order to avoid the negative effects of the decision.

Jan Pfitzner

*prawnik, absolwent Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego*

I

Od uznania przez Komisję Europejską pomocy publicznej udzielonej polskim stoczniom za sprzeczną z prawem wspólnotowym minęły już ponad trzy lata. Wydaje się jednak, że problematyka upadłości i sprzedaży stoczni nie straciła na aktualności. Istnieją moim zdaniem dwa zasadnicze powody, dla których warto jeszcze raz przyjrzeć się tej sprawie.

* Artykuł napisany w oparciu o pracę magisterską przygotowaną pod kierunkiem dr hab. Krystyny Pawłowicz, prof. UW, obronioną w grudniu 2010 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Autor składa serdeczne podziękowania Pani Profesor Krystynie Pawłowicz za inspirujące dyskusje i cenne uwagi.

Po pierwsze nikt nie dokonał pogłębionej analizy prawnej tego problemu, który jest bez wątpienia doniosły społecznie. W sprawie sprzedaży/likwidacji stoczni pojawiały się artykuły publicystyczne, także politologiczne, jednak nie prawnicze. Brak analizy prawnej prowadzi do wielu nieporozumień, które starałem się wyjaśnić. Przykładowo, stanowisko rządu w sprawie Specustawy uzasadniano tym, że jej uchwalenie zapobiegnie upadłości stoczni (sic!). Takie opinie krążyły również w mediach. Wynikało to z niezrozumienia, że Specustawa jest formą upadłości, nie zapobiega jej więc, a tylko zastępuje, i nie jest, jak to przedstawiano, żadnym „kompromisem” z Komisją Europejską.

Drugim powodem jest możliwość przyjrzenia się na tym przykładzie mechanizmom tworzenia prawa prowadzącym do złego prawa. Zwłaszcza tworzenie prawa „na styku” Unii Europejskiej i państw członkowskich, czy też „pod wpływem” Unii nie jest dostatecznie opisane i znane.

Warto tym miejscu odnieść się do opisywanych w prasie rzekomych prób sprzedaży stoczni w całości. Rzecz jest wysoce wątpliwa i niejasna. Chodzi tu o tzw. inwestora katarskiego. Rząd nie podał do dziś wiarygodnych informacji o jego istnieniu. Do tego według niektórych dziennikarzy miało dochodzić przy tym do nieprawidłowości. Poza tym, takie działanie rządu byłoby sprzeczne z jego dotychczasowym stanowiskiem w tej sprawie uwidocznionym w Specustawie i podczas uchwalania ustawy (uzasadnienie do projektu ustawy, praca w komisji sejmowej). Jednocześnie oznaczałoby to złamanie nakazów Komisji i wdanie się z Komisją w spór, podczas gdy wcześniej rząd wykonywał posłusznie wszystkie jej zalecenia. To wszystko uzasadniania moim zadaniem przypuszczenie, że żadnego inwestora zainteresowanego całością w ogóle nie było. I być nie mogło, skoro oferuje się do sprzedaży poszczególne części majątku.

II

Komisja Europejska uznała pomoc publiczną udzieloną w latach 2004–2008 Stoczni Gdynia S. A. i Stoczni Szczecińskiej Nowa Sp. z o. o. za sprzeczną z prawem wspólnotowym i w decyzjach (osobnych dla każdej ze stoczni lecz identycznych treścią) wydanych 6 listopada 2008 r.¹ (zwanym dalej decyzjami) zobowiązała Polskę do zwrotu Skarbowi Państwa otrzymanej przez stocznie pomocy. W celu spełnienia tego zobowiązania Sejm uchwalił 19 grudnia 2008 r. „Ustawę o postępowaniu kompensacyjnym w podmiotach o szczególnym znaczeniu dla polskiego przemysłu stoczniowego”² (zwaną dalej Specustawą, Ustawą lub SpU). Poniższa analiza poświęcona jest rozwiązaniom przewidzianym w cytowanej Ustawie oraz decyzjom Komisji Europejskiej – ich przyczynom, skutkom oraz zastrzeżeniom dotyczącym nieuchronności i słuszności przyjętych rozwiązań. Ciekawe okazało się zestawienie regulacji Specustawy i Prawa Upadłościowego³ oraz porównanie ich zastosowania do

1 Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 17/05 (ex N 194/05 i PL 34/04) udzielonej przez Polskę Stoczni Gdynia (Dz.U. L 33 z 4.2.2010); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 19/05 (ex N 203/05) udzielonej przez Polskę dla Stoczni Szczecińskiej (Dz.U. L 5 z 8.1.2010).

2 Dz. U. Nr 233, poz. 1569.

3 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535) ze zm.

przypadku stoczni z punktu widzenia ich interesów oraz ogólnych interesów gospodarczych i społecznych Rzeczypospolitej Polskiej.

Przemysł stoczniowy w Polsce (stocznie w Gdyni, Szczecinie, Gdańsku⁴) stanowił przez lata ważną i dochodową gałąź gospodarki. Jednak z wielu powodów stocznie popadły w trudności finansowe, którym państwo próbowało zaradzić, wspierając je finansowo. Jednakże od czasu akcesji Polski do Unii Europejskiej obowiązują Polskę przepisy Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z 25 marca 1957 r.⁵ (zmienionego 1 grudnia 2009 r., przekształconego w Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej – TFUE⁶) regulujące udzielanie przez państwa pomocy przedsiębiorstwom (art.87–89 TWE, art. 107–109 TFUE). *Ratio legis* tych rozwiązań jest chęć ochrony wolnej konkurencji (na obszarze wspólnego rynku UE) poprzez ograniczanie selektywnego wspierania przez państwa niektórych przedsiębiorców. Komisja na podstawie przywołanych przepisów może, po przeprowadzeniu odpowiedniej procedury, uznać określoną pomoc przyznaną przez państwo za niezgodną ze wspólnym rynkiem i nakazać beneficjentowi jej zwrot, tak jak to się stało w omawianych przypadkach polskich stoczni.

W wyniku ustaleń pomiędzy Polską a Komisją, Polska zobowiązała się do wdrożenia decyzji o zwrocie pomocy w sposób określony w tych decyzjach. Polegał on na wstrzymaniu dalszej pomocy i nakazie sprzedaży majątku stoczni w częściach (a nie całości przedsiębiorstwa). W ten sposób nabywca otrzymałby składniki majątkowe wolne od długów, a sumy uzyskane ze sprzedaży majątku posłużyłyby zaspokojeniu roszczeń wierzycieli, w tym Skarbu Państwa. Stocznie uszczuplone o sprzedany majątek miały zostać postawione w stan likwidacji. W celu wdrożenia tych decyzji uchwalono wspomnianą Specustawę.

Powyższe postępowanie, nazwane przez Specustawę kompensacyjnym, postawiło dalszą działalność Stoczni Gdynia i Stoczni Szczecińskiej pod znakiem zapytania – nie zgłosił się bowiem inwestor skłonny kupić takie części majątku stoczni, które łącznie umożliwiłyby kontynuowanie w poważnym zakresie działalności stoczniowej.

W związku z powyższym rodzi się pytanie: czy stocznie w Gdyni i Szczecinie musiały znaleźć się w tak dramatycznej sytuacji, czy też można było jej uniknąć? Aby w pełni na nie odpowiedzieć, należałoby wziąć pod uwagę wszystkie uwarunkowania prawne, ekonomiczne i polityczne. W pracy pominięto kwestie ekonomiczne, takie jak opłacalność i perspektywy branży stoczniowej, a także problematykę jakości zarządzania i ocenę przebiegu procesu restrukturyzacji. Skoncentrowano się natomiast na zagadnieniach prawnych związanych z decyzjami Komisji Europejskiej i ich skutkami. Podjęto próbę odpowiedzi na następujące, zasadnicze pytania:

1. Jakie były możliwości zapobieżenia wydaniu przez Komisję Europejską niekorzystnych dla stoczni decyzji i czy decyzje te, nakazujące zwrot pomocy, są prawidłowe pod względem prawnym?

4 Tej ostatniej stoczni Specustawa nie dotyczy i nie będzie ona przedmiotem rozważań.

5 Dz. Urz. WE C Nr 325, 24.12.2002.

6 Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569.

2. Czy zamiast uchwalenia Specustawy istniała możliwość przeprowadzenia procedury upadłości zgodnie z Prawem upadłościowym i naprawczym z 28 lutego 2003 r. (Prawo upadłościowe, PrUp)?⁷ A jeżeli tak, to:
3. Które postępowanie byłoby korzystniejsze gospodarczo i społecznie w przypadku polskich stoczni?

Decyzje KE z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwowej dla Stoczni Gdynia i dla Stoczni Szczecińskiej zobowiązują Polskę do odzyskania od stoczni całej kwoty pomocy uznanej za bezprawną, przyznanej po 1 maja 2004 r. Komisja nie posiada uprawnień do oceny pomocy, która została udzielona stoczniom przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, co oznacza, że Komisja mogła zakwestionować wyłącznie pomoc udzieloną dopiero po tej dacie jako niezgodną z dyrektywami dotyczącymi wspólnego rynku.

Sposób wdrożenia decyzji po raz pierwszy został zasugerowany w piśmie KE z dnia 27 października 2008 r. do rządu polskiego. Został on zaakceptowany przez stronę polską i odpowiednie zobowiązanie Polska zawarła w odpowiedzi pisemnej z 3 listopada 2008 r.⁸

Ostatecznie w decyzjach KE określono następujące warunki:

1. sprzedaż aktywów lub małych ich pakietów ma nastąpić w otwartym, przejrzystym, niedyskryminacyjnym i bezwarunkowym przetargu;
2. wpływy ze sprzedaży aktywów zostaną przeznaczone na spłatę wierzycieli, w tym spłatę zobowiązań wobec państwa wynikających z zakwestionowanej pomocy;
3. istniejące spółki wraz z pozostałymi po wyprzedży aktywami i zobowiązaniami zostaną postawione w stan likwidacji;
4. aktywa muszą być sprzedane po cenie rynkowej oferentowi, który zaproponuje najwyższą cenę;
5. maksymalizacja wpływów ze sprzedaży, z korzyścią dla wierzycieli stoczni, będzie jedynym kryterium wyboru zwycięskiego oferenta;
6. nie można odgórnie narzucić automatycznego transferu pracowników do nowej działalności gospodarczej;
7. jakiegokolwiek umorzenia lub spłata zobowiązań publicznych lub prywatnych finansowane przez państwo stanowiłyby dodatkową pomoc państwa i nie mogą być zaakceptowane;
8. wszyscy wierzyciele i klienci stoczni muszą być traktowani w taki sam sposób, jak miałoby to miejsce w ramach procedury upadłościowej;
9. sprzedaż musi być przeprowadzona przez niezależnego zarządcę pod ścisłą kontrolą wierzycieli, w celu zapewnienia, że proces odbywa się na warunkach rynkowych;
10. Polska i Komisja wspólnie ustanowią nadzorującego powiernika, którego zadaniem będzie weryfikacja, czy sprzedaż aktywów, jak i zwrot pomocy odbywają się w pełnej zgodności z decyzjami KE;

7 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535).

8 Punkt 401 Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 17/05 (ex N 194/05 i PL 34/04) udzielonej przez Polskę Stoczni Gdynia (Dz.U. L 33 z 4.2.2010); Punkt 347 Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 19/05 (ex N 203/05) udzielonej przez Polskę dla Stoczni Szczecińskiej (Dz.U. L 5 z 8.1.2010).

11. Polska zobowiązuje się do ukończenia procesu sprzedaży do końca maja 2009 r. Jeśli powyższe warunki będą respektowane, sprzedaż ta nie będzie uznana za nową pomoc dla nabywców aktywów stoczni, czyli aktywa będą mogły zostać przeniesione na nabywców bez zobowiązania do spłaty pomocy państwa. Nabywcy mogliby zatem rozpocząć działania gospodarcze bez obciążeń i bez jakichkolwiek ograniczeń dotyczących przyszłej działalności. Uchwalona przez Sejm Specustawa określająca tryb realizacji postanowień decyzji KE spełniała powyższe wymagania.
- Próbę odpowiedzi na sformułowane wyżej pytania poprzedzono porównawczym omówieniem regulacji Specustawy z Prawem upadłościowym. Pozwoliło to wykazać, iż zastosowane rozwiązania Specustawy są mniej korzystne dla problemów polskich stoczni niż konstrukcje obowiązującego Prawa upadłościowego.

III. Specustawa a Prawo upadłościowe

Specustawa skonstruowana jest na bazie prawa upadłościowego i na pierwszy rzut oka wykazuje do niego duże podobieństwo. Jednak dokładniejsza analiza poszczególnych przepisów ujawnia istotne różnice.

Specustawa ma *de facto* cechy decyzji administracyjnej, tj. aktu podwójnie konkretnego. Reguluje konkretną sytuację jednorazową i skierowana jest do indywidualnie oznaczonego adresata. Zaprzecza to idei ustawy, jako aktu o charakterze abstrakcyjnym i generalnym. Nadużywanie formy ustawy dla załatwienia sprawy indywidualnej budzi poważne wątpliwości. Przyjęcie Specustawy jest działaniem podjętym *ad hoc*, wprowadzającym zamęt w systemie prawnym.

Poniżej porównano wybrane konstrukcje Specustawy i Prawa upadłościowego, na którego tle uwidaczniają się niekorzystne dla polskich stoczni specjalne rozwiązania przyjęte dla ich likwidacji.

1. Ogólna charakterystyka ustaw

W Specustawie można znaleźć wiele konstrukcji prawnych podobnych do tych znajdujących się w Prawie upadłościowym. I tak np. wszczęcie postępowania kompensacyjnego jest odpowiednikiem ogłoszenia upadłości w Prawie upadłościowym. Specustawa jest jednak swego rodzaju „wstępem” do procedury upadłości, gdyż zgodnie z art. 138 SpU decyzja o zakończeniu lub umorzeniu postępowania kompensacyjnego wywołuje takie skutki, jak wniosek dłużnika o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku (art. 20 PrUp). Oznacza to, że w stosunku do stoczni, po zakończeniu procedury określonej w Specustawie, rozpoczyna się postępowanie według Prawa upadłościowego. Innymi słowy, majątek pozostały po przeprowadzeniu postępowania kompensacyjnego podlega likwidacji zgodnie z Prawem upadłościowym. Kompensacja nie zastępuje więc procedury upadłości i nie powoduje jej uniknięcia. Jest procesem poprzedzającym upadłość. Upadłość ta będzie więc dotyczyła „odchudzonego” już majątku, tj. uregulowania niezaspokojonych w procedurze kompensacji wierzytelności i ostatecznej likwidacji masy majątkowej (o ile taka jeszcze pozostanie).

2. Cel

- Definiując postępowanie kompensacyjne art. 1 SpU, określa jego cele jako:
- sprzedaż składników majątku spółek: Stocznia Gdynia S.A., Stocznia Szczecińska Nowa Sp. z o.o.;

- zaspokojenie roszczeń wierzycieli stoczni;
- ochronę praw pracowników stoczni.

Chcąc w pełni zrozumieć motyw i cele ustawodawcy dotyczące wprowadzenia Ustawy, należy przyrzeć się m.in. treści sprawozdań z prac komisji sejmowej, zajmującej się projektem Ustawy. Podczas obrad sejmowej Komisji Skarbu Państwa w dniu 20 listopada 2008 r. rozpatrującej informację Ministra Skarbu Państwa o decyzjach podjętych przez Komisję Europejską w sprawie przemysłu stoczniowego, podsekretarz stanu w Ministerstwie Skarbu Państwa cele jakie ustawie stawiał projektodawca sformułował jednak nieco inaczej⁹:

- umożliwienie kontynuacji działalności stoczniowej w takiej skali, w jakiej będzie to możliwe,
- ochrona w maksymalnym stopniu pracowników,
- ochrona wierzycieli, tak aby byli zaspokajani w nie mniejszym stopniu, niż wynika to z prawa upadłościowego.

Przepisem mającym wyrażać intencje ustawodawcy jest art. 3 Specustawy, określający jak należy prowadzić postępowanie kompensacyjne. Formułuje on wytyczne co do sposobu prowadzenia postępowania. Sam w sobie nie jest jednak gwarancją osiągnięcia celów ustawy. Odnosi się on rzeczywiście do kwestii ochrony praw pracowniczych i roszczeń wierzycieli, które mają być na podstawie ustawy zaspokojone w stopniu nie mniejszym niż w Prawie upadłościowym. Jednak jeśli chodzi o możliwość prowadzenia dalszej działalności stoczniowej, to widać, że ustawodawca z tego celu zrezygnował. W przywołanym przepisie ustawy mowa bowiem jest już tylko o dalszej działalności gospodarczej, a nie konkretnie – stoczniowej. Według art. 3 Ustawy: „postępowanie kompensacyjne należy prowadzić tak, aby [...] zależnie od wyników przetargu, składniki majątkowe stoczni służyły nadal prowadzeniu działalności gospodarczej”. Sformułowane w tym przepisie zobowiązanie do prowadzenia postępowania kompensacyjnego w taki sposób, aby składniki majątkowe służyły nadal prowadzeniu działalności gospodarczej pozbawione jest jakiegokolwiek znaczenia poprzez zwrot – „zależnie od wyników przetargu”. Prowadzenie zatem nawet ogólnie określonej „działalności gospodarczej” na częściach sprzedanego majątku nie jest pewne, nie mówiąc już o działalności stoczniowej. Nie znalazły się również w Ustawie przepisy analogiczne do treści art. 316 ust. 1 Prawa upadłościowego: „Przedsiębiorstwo upadłego powinno być sprzedane jako całość chyba, że nie jest to możliwe”, preferujący sprzedaż przedsiębiorstwa w całości, czy art. 2 Prawa upadłościowego: aby „[...] jeśli racjonalne względy na to pozwolą – dotychczasowe przedsiębiorstwo dłużnika zostało zachowane”. Tylko taka sprzedaż, tzn. przedsiębiorstwa w całości¹⁰ zwiększałyby szanse na dalsze prowadzenie działalności stoczniowej, choć oczywiście nie dawałyby gwarancji. Jak podkreśla się w literaturze sprzedaż przedsiębiorstwa w całości jest najkorzystniejsza zarówno ze względu na ocenę wartości przedsiębiorstwa, jak i interes zatrudnionych w nim pracowników. Dlatego odstąpienie od niej powinno być ostatecznością, w przypadku gdy nie można znaleźć kontrahenta chętnego do zakupu przedsiębiorstwa w całości¹¹.

9 Biuletyn z posiedzenia Komisji Skarbu Państwa (Nr 65), Nr 1550/VI kad. 20.11.2008 r.

10 Przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym w rozumieniu art. 55 KC.

11 K. Flaga-Gieruszyńska, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2009.

Podczas prac w komisji pojawiła się propozycja jeszcze innego brzmienia art. 3, określającego cele Ustawy: „[...] aby sprzedane składniki majątkowe służyły nadal prowadzeniu działalności gospodarczej polegającej na produkcji statków.” Podnoszono wówczas argument, że takie zastrzeżenie – zobowiązanie przyszłego nabywcy do utrzymania dotychczasowego profilu działalności gospodarczej – oznaczałoby przejście obowiązku zwrotu pomocy na nabywcę (wynikało to z treści decyzji Komisji) i tym samym odstraszenie potencjalnego nabywcy od zakupu. Czy słusznie i z czego miałyby wynikać takie przeniesienie zobowiązania? Odpowiedź na to pytanie zostanie udzielona poniżej.

Specustawa w ostatecznym, uchwalonym brzmieniu odzwierciedla więc deklarowane cele projektodawcy jedynie w kwestii ochrony pracowników i wierzycieli. Warto jednak zadać pytanie, czy ustawa zapewnia faktyczną realizację także tych dwóch celów; czyli jak zaspokajane są roszczenia wierzycieli i jak chronione interesy pracowników na podstawie Ustawy.

3. Zakres przedmiotowy

Zakres przedmiotowy postępowania kompensacyjnego określa art. 1 i 2 ust.2 SpU. Zgodnie z art. 1 Ustawa określa zasady, warunki oraz tryb sprzedaży składników majątku spółek: Stocznia Gdynia S.A. i Stocznia Szczecińska Nowa Sp. z o.o., zaspokojenia roszczeń wierzycieli stoczni i ochrony praw pracowników stoczni. Według art. 2 ust. 2 kompensacja obejmuje:

- zobowiązania cywilnoprawne stoczni,
- zobowiązania publicznoprawne stoczni,
- majątek stoczni,
- ochronę praw pracowników stoczni.

Z kolei zakres przedmiotowy Prawa upadłościowego określa jego art. 1 ust.1, według którego Prawo upadłościowe reguluje:

- zasady wspólnego dochodzenia roszczeń wierzycieli od niewypłacalnych dłużników będących:
 - a) przedsiębiorcami,
 - b) osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej, których niewypłacalność powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych od nich okoliczności;
- skutki ogłoszenia upadłości;
- zasady postępowania naprawczego wobec przedsiębiorców zagrożonych niewypłacalnością.

Zgodnie z ust. 2 tego artykułu przepisy ustawy stosuje się również do innych podmiotów określonych w ustawie.

Porównując zakres przedmiotowy obu ustaw, widać, że różnice między nimi są konsekwencją specyfiki Specustawy jako ustawy doraźnej. Przede wszystkim wyodrębniono w niej roszczenia pracowników spośród innych kategorii wierzycieli i ustanowiono osobny system wypłaty odpraw, czego w Prawie upadłościowym nie ma.

4. Podmioty postępowania i ich kompetencje

Niektóre podmioty postępowania kompensacyjnego, jak np. niezależny zarządca kompensacji czy tymczasowy nadzorca, posiadają podobne zadania

i kompetencje jak podmioty procedury upadłościowej. Do postępowania kompensacyjnego wprowadzono jednak także dodatkowe podmioty, nieznanie nie tylko w Prawie upadłościowym (przedstawiciel pracowników), ale w ogóle w systemie prawa polskiego (obserwator).

Mimo różnic między podmiotami postępowania kompensacyjnego i upadłościowego, których kompetencje niekiedy krzyżują się, można wskazać ich wzajemne bliższe lub dalsze odpowiedniki:

Prezes Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. (SpU) – Sąd, Sędzia-komisarz (PrUp),

Minister właściwy do spraw Skarbu Państwa – Sąd,

Niezależny zarządca kompensacji – Syndyk, Nadzorca sądowy, Zarządca,

Tymczasowy nadzorca – Tymczasowy nadzorca sądowy

Obserwator – brak analogicznego organu w Prawie upadłościowym,

Zgromadzenie wierzycieli – Zgromadzenie wierzycieli,

Rada wierzycieli – Rada wierzycieli,

Przedstawiciel pracowników – brak analogicznego organu w Prawie upadłościowym,

Sąd – Sąd,

Stocznia – Upadły.

Bliższa charakterystyka niektórych podmiotów postępowania kompensacyjnego (z odniesieniami do Prawa upadłościowego) jest następująca:

Niezależny zarządca kompensacji

Zarządcą kompensacji, zgodnie z art. 64 Specustawy, może być:

- osoba fizyczna posiadająca licencję syndyka;
- osoba wpisana na listę kandydatów na syndyków, która prowadziła likwidację;
- spółka handlowa, która prowadziła likwidację lub której wspólnicy ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem albo przynajmniej jeden z członków zarządu reprezentujący spółkę posiada uprawnienia, o których mowa w pkt. 1 i 2;
- osoba, która prowadziła likwidację.

Katalog osób uprawnionych do wykonywania funkcji Zarządcy kompensacji jest więc szerszy niż w przypadku Syndyka w prawie upadłościowym. W Specustawie dopuszczono bowiem także osobę lub spółkę, niemającą co prawda stosownych uprawnień, ale która prowadziła praktycznie likwidację. Powstaje pytanie, w jakim celu dokonano tego rozszerzenia.

W odniesieniu do osób nieposiadających uprawnień, nawet jeśli posiadają praktykę, zawsze mogą rodzić się podejrzenia o brak wystarczających kwalifikacji koniecznych do przeprowadzenia rzetelnego i sprawnego postępowania, zwłaszcza, że jest ono złożone i skomplikowane, gdyż chodzi tu o dwa duże przedsiębiorstwa – stocznie.

Problem braku dostatecznych kwalifikacji podmiotów w postępowaniu kompensacyjnym jest zresztą szerszy. Dotyczy to także ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa i Prezesa Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. pełniących w postępowaniu kompensacyjnym rolę sądu i sędziego-komisarza.

Zarządca może być odwołany przez radę wierzycieli, jeżeli jest oczywiste, że nie pełni należycie swoich obowiązków lub z powodu przeszkody nie może ich pełnić (art. 66 ust. 4 SpU). Jest to zasadnicza różnica w stosunku do Prawa

upadłościowego, według którego syndyka, nadzorcę sądowego albo zarządcę odwołuje tylko sąd (art. 169a PrUp).

Obserwator (powiernik)

Obserwator przewidziany Specustawą nie ma swojego odpowiednika w Prawie upadłościowym. Zgodnie z art. 10 SpU jest on powoływany przez ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa, spośród kandydatów uzgodnionych z Komisją Europejską. W tym samym trybie można dokonać jego zmiany lub odwołania. Musi on posiadać licencję syndyka (art.10 ust. 30 SpU). Do zadań obserwatora należy monitorowanie przebiegu postępowania kompensacyjnego (art. 10 ust. 1 SpU) i informowanie o nim Komisji Europejskiej w comiesięcznych raportach (art. 10 ust. 6 SpU). Obserwator zobowiązany jest do informowania KE o najważniejszych czynnościach podjętych przez niego w wykonaniu jego zadań oraz o najważniejszych planowanych czynnościach. Raporty te muszą także dotyczyć problemów pojawiających się w związku z prowadzeniem procedury sprzedaży składników majątku stoczni oraz procesu dokonywania podziału, wyceny i sprzedaży poszczególnych zespołów składników majątku stoczni, jak również informacji dotyczących procesów wyboru nabywców poszczególnych zespołów składników majątkowych stoczni.

Jak wspomniano obserwator to organ nieznanym wcześniej w polskim prawie. Instytucja obserwatora ma umożliwić Komisji Europejskiej czuwanie na procesem sprzedaży majątku stoczni i wykonywaniem ustawy. Jest to konsekwencja decyzji KE i tego, że określono w nich sposób jej wykonania. Zgodnie z postanowieniami decyzji zadaniem obserwatora (w tekście decyzji określonego jako powiernika), ma być pomoc KE w weryfikacji, czy proces sprzedaży i zwrot pomocy są realizowane w pełnej zgodności z wymaganiami przedstawionymi w decyzjach. W tym celu obserwator ma regularnie przedstawiać KE szczegółowe raporty na temat kolejnych etapów procedury.

Zgromadzenie i Rada wierzycieli

Regulacje dotyczące podmiotów reprezentujących wierzycieli, jakimi są zgromadzenie i rada wierzycieli, również różnią się w Prawie upadłościowym od tych w Specustawie, w której okrojono ich kompetencje.

Zgromadzenie wierzycieli zwoływane jest w toku postępowania kompensacyjnego przez Prezesa Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. tylko „w przypadku zaistnienia takiej potrzeby” (art. 24 ust. 8 SpU), natomiast w Prawie upadłościowym przez sędziego-komisarza w o wiele większej liczbie przypadków. Ma to miejsce:

- gdy przepisy ustawy tego wymagają (np. wyłączenie mienia z masy upadłości - art. 63 pkt 3 PrUp czy zamiana składu rady wierzycieli – art. 203 PrUp),
- na wniosek przynajmniej dwóch wierzycieli mających łącznie nie mniej niż trzecią część ogólnej sumy wierzytelności;
- gdy sędzia-komisarz uzna to za potrzebne (art. 191 PrUp).

Tak znaczące ograniczenie możliwości zwoływania zgromadzenia wierzycieli osłabia ochronę interesów wierzycieli.

Rada wierzycieli z kolei jest w Prawie upadłościowym organem kontrolnym i opiniodawczym. W Specustawie zrezygnowano z części uprawnień kontrolnych i rada zachowała głównie funkcje opiniodawcze. W Specustawie rada wierzycieli nie może zgłaszać uwag na temat działalności zarządcy oraz nie składa sprawozdań

Prezesowi Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. (w Prawie upadłościowym – sędziemu-komisarzowi).

W prawie upadłościowym rada wierzycieli udziela ponadto zezwolenia na określone istotne czynności, które mogą być dokonane tylko za zezwoleniem rady, jak np.: dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa przez syndyka, jeżeli ma być prowadzone dłużej niż 3 miesiące od dnia ogłoszenia upadłości, odstąpienie od sprzedaży przedsiębiorstwa jako całości, sprzedaż praw i wierzytelności, czy też wykonanie umowy wzajemnej zawartej przez upadłego albo odstąpienie od takiej umowy (art. 206 ust. 1 SpU).

Przedstawione różnice są w dużej mierze spowodowane specyfiką Specustawy i dążeniem ustawodawcy do przeprowadzenia postępowania kompensacyjnego w jak najkrótszym czasie. Gdyby rada wierzycieli miała odpowiednie możliwości i korzystała ze wszystkich uprawnień, jakie jej przysługują w Prawie upadłościowym, z pewnością cała procedura by się przedłużyła. Przyjęte rozwiązania osłabiają jednak gwarancje rzetelności postępowania i ochrony interesów wierzycieli. Czy przedkładanie zasad szybkości i ekonomiki postępowania przed inne zasady postępowania upadłościowego (w tym przypadku nazywanego kompensacyjnym), takie jak: optymalizacji, nadrzędności wspólnego interesu wierzycieli, harmonizacji ochrony interesów osób trzecich i wierzycieli, jest uzasadnione? Odpowiedź musi być jednoznacznie negatywna. Szybkość i ekonomika postępowania są tylko zasadami pobocznymi, nie będącymi konstytutywnymi elementami konstrukcji postępowania upadłościowego, stanowiącymi o jego istocie¹². Ustawodawcy najwyraźniej przyświecała chęć sprostania terminowi narzuconemu przez KE. Nie może być to jednak usprawiedliwieniem dla rezygnacji z gwarancji odpowiedniego, rzetelnego przeprowadzenia postępowania.

5. Procedury

Poniżej wskazano przykłady rozwiązań proceduralnych przyjętych w Specustawie i porównano je z ogólnymi konstrukcjami Prawa upadłościowego. Na tym tle widać nietrafność, a nawet szkodliwość (dla interesów branży stoczniowej) przyjętych rozwiązań.

a) Zgodnie z art. 76 ust. 5 SpU podział majątku ma być dokonany w taki sposób, aby podzielone zespoły składników majątkowych były atrakcyjne dla kupujących – w celu osiągnięcia maksymalizacji wpływów z ich sprzedaży. Przepis ten zawiera więc warunki postawione przez Komisję w punkcie 404 decyzji. W punkcie tym Komisja precyzuje również, że sprzedaż musi nastąpić w dużej liczbie małych pakietów, które nie mogą stanowić zorganizowanych części przedsiębiorstwa lub działalności. Art. 76 ust. 5 SpU wyraża intencje ustawodawcy co do formy sprzedaży. Skoro celem nadrzędnym jest maksymalizacja ceny poszczególnych części, to dla sprzedającego poszukiwanie kupującego zainteresowanego całościową działalnością gospodarczą o dotychczasowym charakterze nie staje się podstawowym zadaniem. W związku z tym przepis ten w połączeniu z brakiem przepisów analogicznych do art. 2 i 316 ust. 2 Prawa upadłościowego preferujących sprzedaż przedsiębiorstwa w całości i zachowanie dotychczasowej działalności przesądza o tym, że sprzedaż majątku dokonywana jest w częściach (tak jak to określono w punkcie 404 decyzji

12 K. Flaga-Gieruszyńska, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2009, str. 17–23.

Komisji), a w związku z tym, kontynuacja działalności stoczniowej w sprzedanym majątku w dotychczasowej skali – niemożliwa.

Sprzedaż składników majątkowych stoczni może być poprzedzona umową dzierżawy, jeżeli przemawiają za tym względy ekonomiczne, jednak jej przedmiotem nie może być całe przedsiębiorstwo stoczni (art. 81 SpU). O warunkach dzierżawy decyduje zarządca kompensacji, z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych oraz przepisów o komercjalizacji i prywatyzacji (art. 82 ust 4 SpU), a więc jedynie na podstawie przepisów o przetargu według Kodeksu cywilnego (art. 82 ust. 1 i 4 SpU). Oznacza to możliwość dzierżawy składników majątkowych bez konieczności ich zakupu, co musi prowadzić do spadku ich wartości w chwili sprzedaży.

Sprzedaży w procedurze kompensacji podlegają „składniki majątkowe stoczni” (Prawo upadłościowe używa tu innego pojęcia – „masa majątkowa”) należące do stoczni zarówno w dniu wszczęcia postępowania kompensacyjnego, jak i te nabyte przez stocznę w trakcie jego trwania (art. 28 ust. 3 SpU).

W Specustawie przewidziano następujące szereg „wyłączeń” ze sprzedaży (art. 28 ust. 4 SpU):

- mienie wyłączone od egzekucji na podstawie przepisów KPC;
- należące do stoczni akcje spółek publicznych w rozumieniu art. 4 p. 1 pkt 6 KSH, nieobciążonych zabezpieczeniem ustanowionym na rzecz osób trzecich, przy czym akcje te podlegają sprzedaży w trybie określonym w ustawie z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi¹³;
- nieściągalne wierzytelności w rozumieniu przepisów o rachunkowości;
- mienie przewłaszczone na zabezpieczenie roszczeń osób trzecich z tytułu udzielonych kredytów, pożyczek, poręczeń lub gwarancji;
- mienie stoczni objęte postępowaniem sądowym lub administracyjnym, jeżeli zarządca kompensacji odmówił wstąpienia do postępowania sądowego lub administracyjnego, dotyczącego tego mienia lub gdy wystąpił z tego postępowania.

W Prawie upadłościowym wyłączenia z podlegającej sprzedaży „masy majątkowej” zostały uregulowane inaczej. Katalog wyłączeń jest węższy. Jednakże wyłączono m.in. wynagrodzenie za pracę w części niepodlegającej zajęciu (art. 63 ust. 1 pkt 2 PrUp). Brak takiego wyłączenia w Specustawie jest związany z odmiennym uregulowaniem kwestii praw pracowniczych. Ponadto w Prawie upadłościowym wierzyciele mają możliwość, której nie posiadają w Specustawie, zdecydowania o wyłączeniu określonego mienia ze sprzedaży w uchwale zgromadzenia wierzycieli (art. 63 ust. 2 PrUp).

Wydaje się, że tak liczne możliwości wyłączeń części majątku ze sprzedaży, jakie przewiduje Specustawa, naruszają zasady równego traktowania wierzycieli.

Pokrzywdzenie wierzycieli, w tym Skarbu Państwa, mogło też zaistnieć w związku z terminem na przeprowadzenie całej procedury kompensacji, tj. 31 maja 2009 r. Gdyby KE nie przedłużyła tego terminu (KE mogła zgodnie z art. 82 ust. 5 SpU wyrazić zgodę na takie przedłużenie, gdyby okazało się to niezbędne dla osiągnięcia celów postępowania, co rzeczywiście się stało) doszłoby do wykonania decyzji oraz ogłoszenia upadłości stoczni (już zgodnie z Prawem upadłościowym) po uprzednim częściowym pozbawieniu ich majątku.

13 Dz. U. Nr 183, poz. 1538, z 2006 r. Nr 104, poz. 708 i Nr 157, poz. 1119 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1056.

b) Zgodnie z art. 36 SpU potrącenie wierzytelności stoczni z wierzytelności jej wierzyciela, jest dopuszczalne, jeżeli obie wierzytelności istniały w dniu wszczęcia postępowania kompensacyjnego, chociażby termin wymagalności jednej z nich jeszcze nie nastąpił. Istnieją tu pewne różnice w porównaniu z Prawem upadłościowym, w którym potrącenie nie jest dopuszczalne, jeżeli dłużnik upadłego nabył wierzytelność w drodze przelewu lub indosu po ogłoszeniu upadłości albo nabył ją w ciągu ostatniego roku przed dniem ogłoszenia upadłości, wiedząc o istnieniu podstawy do ogłoszenia upadłości (art. 94 PrUp). W Specustawie termin ten skrócono do trzech miesięcy przy jednoczesnym usunięciu wymagania do posiadania wiedzy o istnieniu podstaw do ogłoszenia upadłości (wszczęcia postępowania kompensacyjnego) (art. 37 SpU). Rozwiązania takie otwierają drogę do ewentualnych nadużyć przez niektórych wierzycieli chcących odzyskać swoje wierzytelności z pokrzywdzeniem pozostałych wierzycieli. Musieli oni przecież, na kilka miesięcy przed wszczęciem postępowania, zdawać sobie sprawę z sytuacji, w jakiej znajduje się stocznia i przewidywać negatywną decyzję KE. Sytuacja stoczni była bowiem powszechnie znana; szeroko informowały o tym media.

c) Podobne odmienności dotyczą roszczeń z umów wzajemnych. Jeżeli w dniu wszczęcia postępowania kompensacyjnego zobowiązania z umowy wzajemnej nie zostały wykonane w całości lub w części, zarządca kompensacji może wykonać zobowiązanie i zażądać od drugiej strony spełnienia świadczenia wzajemnego albo od umowy odstąpić (art. 39 SpU). Taki przepis znajduje się co prawda także w Prawie upadłościowym (art. 98 ust. 1 PrUp), jednak całokształt regulacji dotyczących roszczeń z umów wzajemnych jest jednak odmienny. Prawo upadłościowe w art. 98 ust. 3 wyłącza możliwość wstrzymania się przez stronę ze spełnieniem świadczenia wzajemnego na rzecz upadłego do czasu spełnienia lub zabezpieczenia świadczenia wzajemnego, jeżeli w czasie zawarcia umowy strona ta wiedziała lub wiedzieć powinna o istnieniu podstaw do ogłoszenia upadłości albo wiedziała o złym stanie majątkowym upadłego (wynika to także z przepisów Kodeksu cywilnego – art. 490). W Specustawie nie znalazło się zastrzeżenie dotyczące tej wiedzy. Wobec faktu powszechnej znajomości sytuacji majątkowej stoczni, taki zapis ewidentnie krzywdzi stocznię, która nie może domagać się realizacji swoich praw z umowy wzajemnej.

d) Jak wyżej wspomniano, od dnia wszczęcia postępowania kompensacyjnego nie mogą być zawierane umowy o budowę nowych statków (art. 57 ust. 1 pkt 5 SpU). Zakaz ten obowiązuje, mimo że zarządca kompensacji jest uprawniony do podejmowania niezbędnych czynności do prowadzenia działalności gospodarczej stoczni w celu ochrony majątku stoczni podlegającego sprzedaży (art. 59 SpU). Zakaz ten może ograniczyć możliwość produkcji statków w ewentualnych nowo utworzonych podmiotach powstałych w miejsce stoczni. Poza tym przyczynia się do obniżenia wartości majątku stoczni.

e) W Specustawie nie znalazły się także uregulowania dotyczące bezskuteczności czynności dokonanych przez upadłego w określonym czasie przed ogłoszeniem upadłości. Według Prawa upadłościowego bezskuteczne w stosunku do masy upadłości są czynności prawne dokonane przez upadłego w ciągu roku przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, którymi rozporządził on swoim majątkiem, jeżeli dokonane zostały nieodpłatnie albo odpłatnie, ale wartość świadczenia upadłego przewyższa w rażącym stopniu wartość świadczenia otrzymanego przez

upadłego lub zastrzeżonego dla upadłego lub dla osoby trzeciej (art. 127 ust 1 PrUp). Bezskuteczne są również zabezpieczenie i zapłata długu niewymagalnego, dokonane przez upadłego w terminie dwóch miesięcy przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Jednak ten, kto otrzymał zapłatę lub zabezpieczenie, może w drodze powództwa lub zarzutu żądać uznania tych czynności za skuteczne, jeżeli w czasie ich dokonania nie wiedział o istnieniu podstawy do ogłoszenia upadłości (art. 127 ust. 3 PrUp). Brak takiej wiedzy w tym okresie (w terminie dwóch miesięcy przed ogłoszeniem wniosku o upadłość) w omawianym przypadku – gdyby takie uregulowania znalazły się w Specustawie – należałoby, jak wspomniano, wykluczyć, jako że stan stoczni był w tamtym czasie faktem powszechnie znanym. Przepisy te, zawarte w Prawie upadłościowym, mają na celu uniknięcie uszczuplenia majątku upadłego i pogorszenia sytuacji wierzycieli, do czego mogłyby doprowadzić działania upadłego w porozumieniu z innymi podmiotami. Dzięki temu instrumenty ochrony wierzycieli są wzmocnione i oparte nie tylko na skardze pauliańskiej, a więc instytucji prawa cywilnego, odnoszącej się do czynności prawnych dłużnika dokonywanych z pokrzywdzeniem wierzycieli¹⁴. Pominięcie w Specustawie takich przepisów oznacza osłabienie ochrony wierzycieli.

f) W odniesieniu do zaspokajania wierzytelności, ich kategorie są skonstruowane podobnie jak w Prawie upadłościowym (art. 110 ust. 1 SpU), ale Specustawa określa cztery, a nie jak Prawo upadłościowe pięć kategorii wierzytelności, łącząc dwie pierwsze kategorie z Prawa upadłościowego w jedną. Specustawa wyłącza z pierwszej kategorii wydatki poniesione na realizację ochrony praw pracowników na zasadach określonych w ustawie. Jak wspomniano, jest to jedna z podstawowych różnic między obiema ustawami. Prawo upadłościowe umieszcza roszczenia pracowników wśród innych wierzytelności, natomiast Specustawa ustanawia system udzielania odpraw odchodzącym z pracy pracownikom. Czy jest to korzystna zmiana, o tym w dalszej części.

g) Kolejną znaczącą różnicą w stosunku do Prawa upadłościowego dotyczy spłacania zaległych należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, które zgodnie ze Specustawą w pierwszej kategorii spłacane są za ostatni rok przed datą wszczęcia postępowania kompensacyjnego (art. 110 ust. 1 pkt 1 SpU), natomiast w Prawie upadłościowym za ostatnie dwa lata (art. 342 ust. 1 pkt 2 PrUp). Taka zmiana oznacza pokrzywdzenie Skarbu Państwa pokrywającego zaległości ZUS w całości.

6. Ochrona praw pracowników

Jak wspomniano, jedną z podstawowych różnic o doniosłym znaczeniu między Specustawą a Prawem upadłościowym jest kwestia ochrony praw pracowników. Interes majątkowy pracowników jest lepiej zabezpieczony w uregulowaniach Specustawy. Gwarantuje ona bowiem wypłatę odpraw pracownikom, podczas gdy w Prawie upadłościowym roszczenia pracownicze z tytułu stosunku pracy zaspokajane są na takich zasadach i w takim trybie, jak wszystkie inne roszczenia, czyli umieszczane są na liście wierzytelności i zaspokajane w kolejności zależnie od kategorii, w której się znajdują. Należności ze stosunku pracy przypadające za czas przed ogłoszeniem upadłości umieszczane są w kategorii drugiej. Wypłacane są też środki

14 K. Flaga-Gieruszyńska, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2009, str. 148.

z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Specustawa zapewnia pracownikom wypłatę większych kwot.

Specustawa wprowadza system tzw. dobrowolnych odejść pracowników (art. 117 ust. 1 SpU). Polega on na złożeniu przez pracownika oferty rozwiązania stosunku pracy za porozumieniem stron (co oznacza, że pracownik nie jest uprawniony do pobierania zasiłku dla bezrobotnych – art. 122 ust. 2 SpU) – na wezwanie zarządu stoczni lub zarządcy kompensacji, w zamian za wypłatę jednorazowego odszkodowania pieniężnego (art. 117 ust. 2 SpU). Jest ono zwolnione z podatku dochodowego od osób fizycznych (art. 122 ust. 4 SpU).

Ustawa premiuje szybkie składanie oferty rozwiązania stosunku pracy za porozumieniem stron i odchodzenie z pracy. Uzależnia ona wysokość wypłaty zarówno od momentu złożenia oferty (im wcześniej złożona oferta, tym wyższa wypłata), a także od okresu zatrudnienia danego pracownika w stoczni (dłuższy staż pracy – wyższa wypłata).

Art. 115 Specustawy stanowi, że w wypadku nabycia przez kupującego składników majątkowych stoczni, które stanowią przedsiębiorstwo w rozumieniu przepisów art. 55¹ Kodeksu cywilnego, kupujący staje się z mocy prawa stroną w dotychczasowych stosunkach pracy zgodnie z przepisami art. 23¹ Kodeksu pracy. Zasadność tego przepisu jest wątpliwa, ponieważ utrzymanie dotychczasowego stosunku pracy przy zmianie pracodawcy wynika z Kodeksu pracy (art. 23¹ Kodeksu pracy).

Wszystkie stosunki pracy pracowników stoczni, nieprzejętych przez innego pracodawcę, wygasają ostatecznie z mocy prawa w dniu 31 maja 2009 r. (art. 122 ust. 1 SpU).

Pracownicy obejmowani są programem zwolnień monitorowanych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹⁵ (art. 123 ust. 1 SpU). Chodzi w nim o pomoc w zakresie pośrednictwa pracy, poradnictwa zawodowego, szkoleń, organizacji staży, przyznania środków na podjęcie działalności gospodarczej, itp.

3 tys. z 9 tys. zwolnionych stoczniovców znalazło nową pracę¹⁶.

7. Umorzenie i zakończenie postępowania kompensacyjnego

Postępowanie kompensacyjne kończy się decyzją wydaną przez Prezesa Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. o zakończeniu (art. 130 SpU) bądź umorzeniu postępowania (art. 132 ust. 1 SpU). Zakończenie ma miejsce, gdy został zatwierdzony plan podziału kwot uzyskanych ze sprzedaży majątku obu stoczni (art. 130 SpU). Natomiast umorzenie – w przypadku prawomocnego orzeczenia nieważności postanowienia o wszczęciu postępowania oraz jeżeli sprzedaż majątku stoczni nie zostanie zakończona do dnia 31 maja 2009 r., chyba, że Komisja Europejska wyrazi zgodę na przedłużenie postępowania (art. 132 ust. 1 SpU), co rzeczywiście się stało¹⁷.

15 Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415, z późn. zm.

16 Informacja o wynikach kontroli zabezpieczenia interesu publicznego w związku z realizacją ustawy kompensacyjnej wobec Stoczni Gdynia S.A. oraz Stoczni Szczecińskiej Nowa Sp. z o.o., NIK, KGP-4101-04-00/2010 Nr ewid. 16/2011/P10046/KGP

17 Termin przedłużono do końca marca 2011.

Prawomocna decyzja o zakończeniu lub umorzeniu postępowania wywołuje takie skutki, jak wniosek dłużnika o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku, o którym w mowa w przepisach Prawa upadłościowego (art. 138 ust. 1 SpU). Oznacza to, że z chwilą uprawomocnienia się decyzji w miejsce przepisów Specustawy wchodzi przepisy Prawa upadłościowego i według niego prowadzone jest dalsze postępowanie wobec stoczni i jej majątku.

Ze względu na to, że na podstawie Specustawy wykonano już część zadań przewidzianych w Prawie upadłościowym w przypadku upadłości obejmującej likwidację majątku, tj. sprzedaż części majątku i zaspokojenie części wierzytelności, wprowadzono w Specustawie rozwiązania mające wykluczyć kolizje obu procedur oraz przepisy wskazujące, co zrobić z wierzytelnościami niezaspokojonymi w postępowaniu kompensacyjnym. W związku z tym skutki wszczęcia postępowania trwają do chwili ogłoszenia upadłości stoczni, a stosunki prawne przekształcone na mocy Specustawy nie ulegają ponownemu przekształceniu na mocy przepisów Prawa upadłościowego dotyczących skutków ogłoszenia upadłości (art. 139 ust. 1 SpU). Jeśli zaś chodzi o niezaspokojone w postępowaniu kompensacyjnym wierzytelności, to po zakończeniu tego postępowania zaspokajane są zgodnie z zasadami określonymi w przepisach Prawa upadłościowego.

8. Terminy

Z racji krótkiego terminu (siedem miesięcy) na dokonanie procedury sprzedaży majątku stoczniowego, Specustawa w porównaniu z Prawem upadłościowym skraca terminy na dokonanie poszczególnych czynności. Np.:

- postępowanie kompensacyjne wszczynane jest na wniosek złożony w terminie 7 dni od dnia wejścia w życie ustawy (art. 12 ust. 2 SpU). Nie istnieje możliwość zażalenia na postanowienie o wszczęciu postępowania. Prawo upadłościowe natomiast zobowiązuje dłużnika do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości (art. 21 ust. 1 PrUp). Postanowienie w sprawie ogłoszenia upadłości sąd wydaje w terminie dwóch miesięcy od dnia złożenia wniosku. Sąd drugiej instancji rozpatruje zażalenie na postanowienie w sprawie ogłoszenia upadłości w terminie miesiąca od dnia przedstawienia mu akt sprawy (art. 27 ust. 3 PrUp).
- wstępne zgromadzenie wierzycieli zwoływane jest przez Prezesa Agencji Rozwoju Przemysłu S.A (w Prawie upadłościowym przez sąd) w postanowieniu o wszczęciu postępowania kompensacyjnego, w którym wskazuje on termin, miejsce i przedmiot obrad zgromadzenia w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia obwieszczenia postanowienia (art. 24 ust. 1 i 3 SpU). W Prawie upadłościowym termin ten wynosi 2 tygodnie (art. 192 ust. 2 PrUp).

9. Środki odwoławcze

Podobnie jak w przypadku terminów, również za pomocą zmian w środkach odwoławczych, ustawodawca postanowił skrócić postępowanie kompensacyjne w porównaniu do postępowania upadłościowego. Jednakże już samo postępowanie upadłościowe ogranicza zakres środków odwoławczych, które będąc jedną z gwarancji prawa do sądu, stosowane przesadnie powodują nieuzasadnione przewlekanie

postępowania¹⁸. W postępowaniu upadłościowym dopuszczono więc zażalenie, ale już nie skargę kasacyjną od postanowienia sądu drugiej instancji (art. 33 PrUp). Wyłączono też możliwość wznowienia postępowania (art. 35, 229 PrUp).

W Specustawie doszło do jeszcze większego zawężenia zakresu dostępnych środków odwoławczych. Nie przewiduje ona odwoływania się od postanowienia Prezesa Agencji Rozwoju Przemysłu S.A, będącego odpowiednikiem sędziego bądź sędziego-komisarza. W prawie upadłościowym sąd odwołuje syndyka (nadzorcę sądowego, zarządcę), jeżeli nie pełni należycie swoich obowiązków lub z powodu przeszkody nie może ich pełnić (art. 170 ust. 1 PrUp). W Specustawie uprawnienie do odwołania zarządcy (z tych samych powodów) przyznano radzie wierzycieli. Zarządcy nie przysługuje jednak prawo odwołania od uchwały rady wierzycieli, tak jak w Prawie upadłościowym syndykowi (nadzorcy sądowemu, zarządcy) przysługuje zażalenie na postanowienie sądu o odwołaniu (art. 172 ust. 1 PrUp).

*

W świetle powyższych uwag, patrząc na uregulowania prawne Specustawy w porównaniu do Prawa upadłościowego, trudno uznać ją za dobry akt prawny. Można mieć do niego liczne zastrzeżenia. Przede wszystkim Specustawa:

1. nie posiada cech abstrakcyjności i ogólności, które powinny charakteryzować ustawę jako akt prawny;
2. skutkuje sprzedażą majątku stoczni w małych, licznych częściach, co praktycznie uniemożliwia dalszą produkcję statków;
3. nie traktuje równo wszystkich wierzycieli stoczni;
4. nie zabezpiecza w optymalny sposób interesów majątkowych Skarbu Państwa;
5. nie zapewnia rzetelności prowadzenia postępowania.

Wady omawianej ustawy skłaniają do zastanowienia, czy istniała możliwość uniknięcia jej uchwalenia i przeprowadzenia procedury zwrotu przez stocznie zakwestionowanej przez KE pomocy państwowej w inny sposób, tj. na podstawie Prawa upadłościowego.

IV Decyzje Komisji Europejskiej dotyczące pomocy publicznej dla polskich stoczni

Poszukiwanie korzystnych rozwiązań prawnych, które należało zastosować w omawianym przypadku pomocy publicznej dla polskich stoczni, wymaga też analizy wspomnianych decyzji wydanych przez Komisję Europejską, w sprawie Stoczni Gdynia S. A. i Stoczni Szczecińskiej Nowa Sp. z o. o.¹⁹ Spróbujmy więc znaleźć odpowiedzi na następujące pytania:

1. Czy decyzje Komisji Europejskiej w sprawie pomocy państwa dla polskich stoczni nakazujące zwrot tej pomocy zostały wydane prawidłowo pod względem prawnym?

18 K. Flaga-Gieruszyńska, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2009, str. 22.

19 Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 17/05 (ex N 194/05 i PL 34/04) udzielonej przez Polskę Stoczni Gdynia (Dz.U. L 33 z 4.2.2010); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 19/05 (ex N 203/05) udzielonej przez Polskę dla Stoczni Szczecińskiej (Dz.U. L 5 z 8.1.2010).

2. Czy Komisja Europejska była uprawniona do określenia sposobu wykonania decyzji przez Polskę i czy warunki w nich postawione mają podstawę prawną?
3. Jakie istniały możliwości uniknięcia tych decyzji?

Ad 1. Czy decyzje Komisji Europejskiej w sprawie pomocy państwa dla polskich stoczni nakazujące zwrot tej pomocy zostały wydane prawidłowo pod względem prawnym?

Innymi słowy, czy dochowano wszelkich procedur przy podejmowaniu tych decyzji i prowadzeniu postępowania w sprawie pomocy publicznej dla stoczni, czy decyzje mają oparcie w prawie materialnym oraz czy dokonano właściwej oceny stanu faktycznego.

Nie ma podstaw, by twierdzić, że decyzje Komisji nie zostały wydane z zachowaniem wszelkich prawem określonych procedur. Postępowanie przed Komisją dotyczące pomocy publicznej toczyło się zgodnie z przepisami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z 25 marca 1957 (art. 87–89 TWE, obecnie art. 107–109 TFUE) i Rozporządzenia Rady nr 659/1999/83 z dnia 22 marca 1999 r. określającego procedurę postępowania przed Komisją ws. pomocy publicznej. Przy podejmowaniu decyzji kierowano się także ściśle „Wytycznymi wspólnotowymi dotyczącymi pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw”²⁰, które były właściwe do oceny zgodności ze wspólnym rynkiem omawianej pomocy dla stoczni.

Problem pojawia się natomiast przy ocenie prawidłowości subsumpcji stanu faktycznego do przytoczonych przepisów. Rzetelne sprawdzenie, czy poszczególne środki pomocowe dla stoczni rzeczywiście zakłócały konkurencję i naruszały wymianę handlową między państwami członkowskimi, a więc czy spełnione były przesłanki do uznania tej pomocy za nielegalną, jak również czy plany restrukturyzacyjne dla stoczni nie rokowały odzyskania rentowności przez przedsiębiorstwa, wymaga pogłębionych studiów, dokonania badań rynku i analizy ekonomicznej omawianego problemu. Kwestie te wykraczają poza ramy niniejszego artykułu.

Ad 2. Czy Komisja Europejska była uprawniona do określenia sposobu wykonania decyzji przez Polskę i czy warunki w nich postawione mają podstawę prawną?

KE nie ma podstaw prawnych, aby narzucić sposób wykonania decyzji. Przepisy dotyczące pomocy publicznej (art. 87–89 TWE, art. 107–109 TFUE) mówią tylko tyle, że KE może orzec o zwrocie nielegalnie przyznanej pomocy. Treść decyzji ma jednak moc prawną i jest wiążąca dla jej adresata. Jeśli określono w niej sposób jej wykonania, to adresat jest tym związany. Należy podkreślić, że może tak się stać pod warunkiem uzgodnienia sposobu wykonania decyzji przez strony, czyli przez KE i państwo będące adresatem. Z taką właśnie sytuacją mieliśmy do czynienia w omawianym przypadku. Jak wynika z przebiegu postępowania w sprawie udzielenia pomocy stoczniom, opisanego w decyzjach, Komisja Europejska zaproponowała władzom polskim warunki ramowe wdrożenia decyzji w piśmie z 27 października 2008 r. Polska, w odpowiedzi na nie, pismem z 3 listopada 2008 r.,

20 Komunikat Komisji, *Wytyczne wspólnotowe dotyczące pomocy państwa w celu ratowania i restrukturyzacji zagrożonych przedsiębiorstw* (Dz. Urz. UE C 244, 1.10.2004).

„zobowiązała się do pełnej realizacji tych warunków. KE zaakceptowała zobowiązanie władz polskich w piśmie z dnia 6 listopada 2008 r.”²¹

Czy warunki postawione przez KE w decyzjach mają jednak podstawę prawną? Jeden z nich budzi wątpliwości. Punkt 404 decyzji²² stanowi: „Elementy majątku powinny być wystawione na sprzedaż oddzielnie lub w dużej liczbie małych pakietów, ustalonych w sposób zapewniający maksymalizację wpływów ze sprzedaży. Takie pakiety nie mogą stanowić zorganizowanych części przedsiębiorstwa lub działalności.”

Co więcej, Komisja wspomina w decyzjach, że w „piśmie” (czyli dokumencie nie będącym źródłem prawa) skierowanym do Polski 6 listopada 2008 r.²³ sformułowano obietnicę, że jeśli spełnione będą warunki określone w decyzji i nie będzie kontynuacji gospodarczej pomiędzy beneficjentami pomocy a działalnością nabywców, nie będzie na nich (nabywcach) ciążył obowiązek zwrotu pomocy²⁴. Warunek postawiony przez Komisję w tym piśmie może się wydawać podobny do warunku określonego z kolei w punkcie 405 decyzji, stanowiącym, by sprzedaż „była otwarta dla wszystkich potencjalnych kategorii nabywców, bez jakiegokolwiek dyskryminacji dotyczącej celu planowanych inwestycji”. Jednak warunki te – z pisma Komisji i z punktu 405 decyzji – nie są tożsame. Punkt 405 decyzji nie wyklucza kontynuacji działalności przez nabywcę, a jedynie zakazuje sprzedaży, z której określone nabywcy byliby wyłączeni, np. tacy, którzy nie planują kontynuowania działalności stoczniowej. Natomiast pismo KE nakłania do zaprzestania działalności stoczniowej, obiecując zwolnienie (pod tym warunkiem) z obowiązku zwrotu pomocy publicznej. Żądanie KE określone w piśmie nie ma podstaw prawnych oraz nie jest prawnie wiążące, jako że pismo KE do kraju członkowskiego nie jest źródłem prawa. Władze polskie powinny więc powoływać się tylko na treść decyzji KE i tak ją interpretować, by – mając na względzie interesy Polski – można było kontynuować działalność stoczniową w oparciu o majątek stoczni.

Wracając do pierwszego z warunków – żądania sprzedaży majątku w częściach, sformułowanego w punkcie 404 decyzji – należy stwierdzić, że także on nie ma podstaw prawnych. Nie można bowiem nakazać, aby w procedurze upadłościowej (formą takiej procedury jest sprzedaż na warunkach postawionych przez KE) sprzedaż majątku nastąpiła w częściach. Taki nakaz uzasadniano (KE w przytoczonym piśmie i rząd polski podczas uchwalania Specustawy²⁵) tym, że jeśli przedsię-

21 Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 17/05 (ex N 194/05 i PL 34/04) udzielonej przez Polskę Stoczni Gdynia (Dz.U. L 33 z 4.2.2010); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 19/05 (ex N 203/05) udzielonej przez Polskę dla Stoczni Szczecińskiej (Dz.U. L 5 z 8.1.2010).

22 Decyzja Komisji z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 17/05 (ex N 194/05 i PL 34/04) udzielonej przez Polskę Stoczni Gdynia (Dz.U. L 33 z 4.2.2010).

23 A więc w dniu wydania decyzji.

24 Na takie postawienie sprawy przez Komisję Europejską powoływał się rząd polski w uzasadnieniu do projektu ustawy i podczas dyskusji w sejmowej Komisji Skarbu, argumentując, że kontynuacja działalności przez nabywcę oznaczałaby konieczność zwrotu pomocy i dlatego cały proces nie może być prowadzony na podstawie Prawa upadłościowego, lecz na podstawie nowej, specjalnie uchwalonej ustawy.

25 Biuletyn z posiedzenia Komisji Skarbu Państwa (Nr 65), Nr 1550/VI kad. 20.11.2008 r.

biorstwo zostanie sprzedane jako całość, nabywca będzie zobowiązany do zwrotu pomocy. Wydaje się, że Komisja stoi na stanowisku (wnioskowanie takie można oprzeć na obserwacji postawy Komisji w innych sprawach dotyczących pomocy publicznej), że sprzedaż wszystkich części majątku i kontynuowanie dotowanej działalności może nadal zakłócać konkurencję²⁶. Jednakże Trybunał Sprawiedliwości odmawia przyznania racji takiej argumentacji Komisji. W wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-277/00 Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej, stwierdzono że: „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w przypadku, w którym przedsiębiorstwo, które skorzystało z bezprawnej pomocy państwa, zostaje nabyte po cenie rynkowej, innymi słowy po najwyższej możliwej cenie, którą prywatny inwestor działający w normalnych warunkach konkurencji był skłonny zapłacić za spółkę w sytuacji, w której się znalazła, zwłaszcza po skorzystaniu przez nią z pomocy państwa, element pomocy został ustalony na poziomie ceny rynkowej oraz zawarty w cenie zakupu. W takich okolicznościach nie można uznać, że nabywca skorzystał z przewagi konkurencyjnej względem pozostałych operatorów rynkowych²⁷”.

Ad 3. Jakie istniały możliwości uniknięcia tych decyzji?

Pytanie to nie dotyczy pierwotnych przyczyn kłopotów stoczni, a jedynie kwestii związanych z ostatnim etapem procesu, zakończonego wydaniem decyzji i znalezieniem się stoczni w ich obecnej sytuacji.

Wydaje się, iż istniały szanse, aby postępowanie przed Komisją nie zakończyło się wydaniem decyzji stwierdzających, że pomoc przyznana stoczniom była nielegalna. Podstawą do takiego twierdzenia są nie tylko przedstawione wyżej zastrzeżenia prawne dotyczące decyzji, ale także możliwe do uniknięcia uchybienia w postępowaniu strony polskiej. Z treści decyzji, a także z raportów kontroli NIK-u w przemyśle stoczniowym²⁸, wynika, że Polska na etapie postępowania KE w sprawie udzielonej stoczniom pomocy publicznej nie wywiązywała się ze swoich obowiązków. Wymagane plany restrukturyzacyjne dotyczące stoczni przekazywano KE z opóźnieniem, a także, co ważniejsze, nie rokowały one prowadzenia rentownej działalności przez stocznie po przeprowadzeniu określonej w nich restrukturyzacji. Poza tym, jeszcze po wszczęciu przez KE postępowania wyjaśniającego w sprawie przyznanej pomocy i wysokiego prawdopodobieństwa jej zakwestionowania, stocznie nadal otrzymywały pomoc od państwa, co pogarszało sytuację i osłabiało pozycję negocjacyjną.

Warto jednak przyjrzeć się prawnym możliwościom działania, pomimo powyższych zastrzeżeń. Rysują się tu dwie możliwości:

- a) złożenie skargi do Trybunału Sprawiedliwości na nieważność decyzji KE w sprawie pomocy udzielonej stoczniom (art. 230 TWE, 263 TFUE);

26 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-277/00 Republika Federalna Niemiec przeciwko Komisji Europejskiej.

27 Patrz: wyrok z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-390/98 Banks, Zb. Orz. str. I-6117, pkt. 77.

28 Informacja o wynikach kontroli wykorzystania środków publicznych w sektorze stoczniowym w latach 2001–2005, Najwyższa Izba Kontroli; Informacja o wynikach kontroli restrukturyzacji i prywatyzacji sektora przemysłu stoczniowego w latach 2005–2007, Najwyższa Izba Kontroli, Nr ewid.: 16/2009/P/08/172/LGD.

- b) złożenie wniosku do Rady Unii Europejskiej o uznanie pomocy za zgodną ze wspólnym rynkiem na zasadzie odstępstwa od art. 87 TWE (art. 107 TFUE) lub rozporządzeń przewidzianych w art. 89 (art. 109 TFUE), jeśli wyjątkowe okoliczności uzasadniają taką decyzję (art. 88 ust. 2 zd. 3 TWE, art. 108 ust. 2 zd. 3).

Ad a) Zgodnie z art. 230 TWE (art. 263 TFUE) Państwo członkowskie jest uprawnione do złożenia skargi do Trybunału Sprawiedliwości przeciwko KE z żądaniem stwierdzenia nieważności aktu prawnego przez nią wydanego, w terminie dwóch miesięcy od daty publikacji aktu. Przesłanką stwierdzenia nieważności w tym przypadku jest naruszenie traktatu lub jakiegokolwiek normy prawnej związanej z jego stosowaniem (art. 230 akapit 2 TWE, art. 263 akapit 2 TFUE). W omawianym stanie faktycznym można było postawić zarzuty:

- błędnej oceny niezgodności spornej pomocy z zasadą wspólnego rynku na mocy art. 87 ust. 3 lit. c TWE (art. 107 ust. 3 lit. c TFUE),
- niezgodności z prawem określenia sposobu wykonania decyzji, tj. nakazu sprzedaży majątku stoczni w częściach (punkt 404 decyzji).

Ocena zgodności pomocy publicznej dla stoczni z zasadą wspólnego rynku – jak wcześniej wspomniano – nie była przedmiotem niniejszej analizy, gdyż stanowi przedmiot odrębnych, obszerniejszych badań, które wykraczają poza ramy obecnych uwag.

Jeśli zaś chodzi o drugi zarzut, to, jak wykazano, przyjęty sposób wykonania decyzji nie miał podstawy prawnej. Stanowiło to przesłankę (art. 230 akapit 2 TWE, art. 263 akapit 2 TFUE) do stwierdzenia nieważności decyzji KE. Jak wspomniano, ten sposób wykonania decyzji nie został zawarty w jej treści wbrew woli Polski, gdyż polski rząd zgodził się na taki sposób wdrożenia decyzji (niekorzystny dla skarbu państwa i ewentualnej działalności gospodarczej stoczni), przystając na warunki określone przez KE w piśmie do rządu polskiego z dnia 27 października 2008 r., pismem do KE z dnia 3 listopada 2008 r.

Ad b) Na podstawie art. 88 ust. 2 zd. 3 TWE (art. 108 ust. 2 zd. 3 TFUE), Polska mogła złożyć wniosek do Rady Unii Europejskiej o uznanie pomocy²⁹ za zgodną ze wspólnym rynkiem na zasadzie odstępstwa od art. 87 TWE (art. 107 TFUE) lub rozporządzeń przewidzianych w art. 89 TWE (art. 109 TFUE), jeśli wyjątkowe okoliczności uzasadniają taką decyzję. Jeżeli wniosek jest złożony po wszczęciu przez KE procedury wyjaśniającej, procedura podlega zawieszeniu do czasu zajęcia stanowiska przez Radę (art. 88 ust. 2 zd. 4 TWE, art. 108 ust. 2 zd. 4 TFUE). Natomiast jeśli Rada nie zajmie stanowiska w terminie trzech miesięcy od wystąpienia z wnioskiem, Komisja wydaje decyzję w sprawie (art. 88 ust. 2 zd. 5 TWE, art. 108 ust. 2 zd. 5 TFUE). Strona polska nie skorzystała także z tej możliwości. Decyzja Rady na podstawie art. 88 ust. 2 zd. 3 TWE (art. 108 ust. 2 zd. 3 TFUE) ma charakter uznaniowy, o czym świadczy zwrot: „jeśli wyjątkowe okoliczności to uzasadniają”, a więc polityczny. Przyjęcie jej, wymagałoby więc zastosowania środków i działań o tym charakterze, czego Polska nie zrobiła.

29 Przyznawanej obecnie (w momencie składania wniosku) lub w przyszłości.

V Alternatywa dla Specustawy

Twierdzenie, że sprzedaż przedsiębiorstwa w całości pociągnie za sobą w konsekwencji obowiązek zwrotu pomocy przez nabywcę, był stosowany jako argument za niedopuszczalnością wykonania decyzji KE o zwrocie pomocy na podstawie Prawa upadłościowego. Jak wykazano, pogląd ten był błędny, zaś Prawo upadłościowe spełnia warunki określone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości do przeprowadzenia procedury likwidacyjnej w zgodzie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej.

W związku z powyższym, Polska nie musiała zgodzić się na sposób wykonania decyzji określony po raz pierwszy w piśmie KE z 27 października 2008 r., a następnie w treści decyzji, i mogła przeprowadzić całą procedurę na podstawie Prawa upadłościowego. Po wydaniu przez KE decyzji o nakazie zwrotu pomocy publicznej, stocznie spełniały przesłanki do ogłoszenia upadłości. Zaproponowane rozwiązanie przeprowadzenia tej procedury na podstawie Prawa upadłościowego, a nie na podstawie nowej Specustawy, przyniosłoby szereg korzyści, jak:

- zwiększenie szansy na sprzedaż przedsiębiorstwa w całości i zachowanie dotychczasowej działalności stoczniowej,
- lepsze zabezpieczenie interesów wierzycieli,
- lepsze zabezpieczenie interesu majątkowego Skarbu Państwa (majątek sprzedany w całości ma większą wartość).

Powyższe rozwiązanie oznacza jednak na pierwszy rzut oka gorszą sytuację pracowników niż przewiduje Specustawa. Na jej podstawie pracownicy odchodzący z pracy otrzymują większe sumy pieniężne niż miałyby to miejsce na podstawie Prawa upadłościowego. Należy jednak pamiętać, że pracownicy stoczni jak i przedsiębiorstw będących podwykonawcami, stają się w wyniku przyjętych rozwiązań prawnych i w efekcie upadku przemysłu stoczniowego bezrobotni. W dłuższej perspektywie, także i w tej kwestii, Prawo upadłościowe wydaje się rozwiązaniem korzystniejszym.

Kolejnym problemem jest z pewnością termin wykonania decyzji. Procedura według Prawa upadłościowego przebiegałaby najprawdopodobniej dłużej niż według Specustawy, w której ustanowiono uproszczoną procedurę i krótsze terminy (co może odbić się niekorzystnie na rzetelności postępowania). Komisja określiła siedmiomiesięczny termin na wykonanie decyzji. Podczas prac nad ustawą wysuwano argument, że także krótki czas na wykonanie decyzji wyklucza możliwość przeprowadzenia procedury na podstawie Prawa upadłościowego³⁰. Wydaje się jednak, że nie było przeszkód, aby w przypadku wykonywania decyzji na podstawie Prawa upadłościowego ustalić z Komisją taki termin wykonania decyzji, który uwzględni czas niezbędny na przeprowadzenie procedury upadłościowej. Poza tym, jak wiadomo, skorzystano z możliwości przedłużenia postępowania kompensacyjnego, gdyż nie udało się znaleźć w wymaganym terminie do 31 maja 2009 r. nabywców na wszystkie części majątku stoczniowego.

30 Biuletyn z posiedzenia Komisji Skarbu Państwa (Nr 65), Nr 1550/VI kad. 20.11.2008 r.

VI Wnioski końcowe

Powyższe rozważania uprawniają do następujących wniosków:

1. Specustawa z wielu powodów jest aktem prawnym mniej korzystnym od Prawa upadłościowego w zakresie skutków prawnych, gospodarczych i społecznych w stosunku do upadłego, tj. stoczni.
2. Komisja Europejska nie jest uprawniona do narzucania sposobu wykonania decyzji, tj. zobowiązania nabywcy majątku upadłego do nieprowadzenia dotychczasowej działalności. Takie narzucenie sposobu wykonania decyzji nie ma podstaw prawnych i stoi w sprzeczności z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości.
3. W celu uniknięcia negatywnych skutków wydania decyzji Polska mogła podjąć następujące działania:
 - a) złożyć skargę do Trybunału Sprawiedliwości na nieważność decyzji Komisji Europejskiej w sprawie pomocy udzielonej stoczniom (art. 230 TWE, art. 263 TFUE);
 - b) złożyć wniosek do Rady Unii Europejskiej o uznanie pomocy za zgodną ze wspólnym rynkiem na zasadzie odstępstwa od art. 87 TWE (art. 107 TFUE) lub rozporządzeń przewidzianych w art. 89 (art.109 TFUE), jeśli wyjątkowe okoliczności uzasadniają taką decyzję (art. 88 ust. 2 zd. 3 TWE, art.108 ust. 2 zd. 3 TFUE).

Wydaje się zatem, że działania strony polskiej w sprawie pomocy udzielonej stoczni Gdynia i stoczni Szczecińskiej nie były optymalne z punktu widzenia prawa i interesów kraju. Jak wynika z przeprowadzonych analiz, nie wykorzystano wszystkich dostępnych możliwości prawnych w celu utrzymania produkcji statków w tych stoczniach.



ARTYKUŁ RECENZYJNY

Więcej niż można się spodziewać

(recenzja książki Martina Krygiera
„Philip Selznick. Ideals in the World”)

Lidia Rodak

*doktor nauk prawnych
Katedra Teorii i Filozofii Prawa,
Wydział Prawa i Administracji,
Uniwersytet Śląski w Katowicach*

Philip Selznick (1919–2010), uważany za jednego z mainstreamowych amerykańskich socjologów, znany jest przede wszystkim z opracowania teorii organizacji. Swoją działalnością naukową przyczynił się zarówno do rozwoju socjologii ogólnej, socjologii prawa, filozoficznej socjologii prawa, jak również szeregu wąsko sformułowanych tematów, jak np.: teoria organizacji i instytucji¹, strategia organizacyjna komunizmu² czy studia nad przywództwem w administracji³. Te ostatnie można traktować jako uszczegółowienie wielkich pytań filozoficznych w ramach normatywnej teorii socjologicznej i politycznej.

- 1 P. Selznick, *TVA and the Grass Roots. A Study of the Sociology of Formal Organizations*, Berkeley: University of California Press, 1949.
- 2 P. Selznick, *The Organizational Weapon. A Study of Bolshevik Strategy and Tactics*, Santa Monica, CA: RAND, Corporation, 1952.
- 3 P. Selznick, *Leadership in Administration. A Sociological Interpretation*, New York, Harper and Row, 1957.

Dorobek Philipa Selznicka można podzielić na trzy głównie etapy: pierwszy związany z podręcznikiem socjologii, który stał się jednym z najbardziej znanych podręczników w Stanach Zjednoczonych. Drugi etap związany jest z teorią organizacji. Efektem prac było wprowadzenie strategii organizacyjnej znanej powszechnie jako kooptacja („co-optation strategy”). Trzeci etap, począwszy od roku 1980 to czas refleksyjny, z jego *opus magnum* „The Moral Commonwealth”⁴ i ostatnią książką „A Humanist Science”⁵. Trzeci etap charakteryzuje się w szczególności metodologicznym ekumenizmem i głębokim humanizmem.

Twórczość obejmuje szeroki dobór tematów, w zakres którego wchodzi: instytucje w ujęciu prywatnym i publicznym, prawo rozważane zarówno z perspektywy filozofii prawa, jak i socjologii, a także ludzie i problem komunikacji w szerokim znaczeniu.

W myśli Philipa Selznicka niezwykle ważne pozostają dwie zasadnicze orbity: (1) substancjalna, gdzie wartości są centralnym elementem do rozumienia kontekstu społecznego oraz (2) metodologiczna, koncentrująca się na sposobie studiowania pytań badawczych stawianych przez Selznicka.

(1) Filozofia moralna dla Selznicka jest centralnym elementem jego myśli. Nie tylko ze względu na to, jaką rolę odgrywają wartości w życiu, indywidualnym czy społecznym, ale także dlatego, że dostarczają kontekstu dla nauk społecznych. Dzięki wartościom możemy w głęboki sposób rozumieć ludzką kondycję, ludzkie cierpienie i ludzki potencjał. Taki sposób rozumienia wartości nadaje myśli Selznicka głęboki wymiar humanizmu, nawet wtedy, kiedy zajmował się po prostu teorią społeczną.

Filozofia moralna Selznicka jest sformułowana w sposób dla niego specyficzny, opierający się na metodzie wychodzenia poza przeciwieństwa. To co zwykle różni stanowiska naturalistyczne i socjologiczne, to stosunek do wartości. Selznick poszukiwał przezwyciężenia opozycji faktów i wartości, pomiędzy którymi nie ma żadnego pomostu, ponieważ należą do światów odmiennych ontologicznie i epistemologicznie. Uważał, że taka sytuacja, mimo że dla filozofii oczywista, jest socjologicznie myląca. Jest przecież, jak twierdził, wiele zjawisk społecznych, takich jak na przykład przyjaźń, ojcostwo, opinia publiczna, prawo etc. które generują wartości i przez wartości mogą być zrozumiałe. Te sytuacje dostarczają przykładów, kiedy fakty społeczne generują wartości, z kolei wartości generują wewnętrzną dynamikę rozwoju instytucji.

(2) Jako intelektualista wielkiego formatu podkreślał szczególną wagę warsztatu naukowego, tak wykorzystywanego, by precyzja naukowa nie traciła z horyzontu odniesień do filozofii, kultury i historii. Zalecał praktykę zaangażowanych szczególnie stawianych pytań, jednakże w taki sposób by *cały czas mieć na horyzoncie cel klaryfikacji fundamentalnych wartości*⁶. W swoich pracach udało mu się wypełnić postulaty, które wymieniał jako niezbędne elementy do budowania teorii naukowych: normatywna refleksja nad danymi empirycznymi, które opracowywane

4 P. Selznick, *The Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley, University of California Press 1992.

5 P. Selznick, *A Humanist Science. Values and Ideals in Social Inquiry*, Stanford CA: Stanford University Press, 2008.

6 P. Selznick, *Jurisprudence and Social Policy. Aspirations and Perspectives*, „California Law Review”, (68) 1980, s. 208.

są za pomocą narzędzi stosowanych z myślą o konsekwencjach, do jakich badania prowadzą.

Książka Martina Krygiera składa się z czterech części przedstawiających w kolejności pierwsze pisma Selznicka, z których jest najbardziej znany, czyli teorię organizacji i instytucji, w następnej kolejności naturalistyczną koncepcję socjologii prawa oraz filozofię społeczną na wielką skalę wyrażoną w „The Moral Commonwealth”. Najbardziej jednak interesujące wydają się te wątki myśli Selznicka, które M. Krygier wydobywa z cienia sławnej teorii organizacji. Dlatego też w niniejszej recenzji skoncentruję się głównie na ujęciu socjologii prawa (*sociology of law*) oraz najmniej znanych wątkach myśli Selznicka, czyli naturalistycznej koncepcji socjologii prawa (*naturalistic jurisprudential sociology*).

Socjologia Prawa według Selznicka

Będąc zainspirowany E. Ehrlichem, podzielał jego poglądy dotyczące wagi społecznego kontekstu dla prawa: *Punktem ciężkości rozwoju dla prawa nie jest legislacja, ani nauka prawa ani też sędziowskie decyzje, ale społeczeństwo*⁷.

Dla Selznicka socjologia prawa była próbą porządkowania wszystkiego, co wiemy na temat (1) naturalnych elementów życia społecznego w taki sposób, by móc zastosować tę wiedzę do (2) świadomie zarządzanego przedsięwzięcia (*enterprise*), które posiada swoje szczególne cele i ideały⁸. W tej definicji pojawia się charakterystyczny dla Selznicka naturalizm oraz określenie społeczeństwa jako przedsięwzięcia, co zostanie w kolejności omówione.

Naturalizm w podejściu Selznicka nie jest oparty na antagonizmie kultury i natury, a przeciwnie – inspirując się Johnem Deweyem uważał organizację społeczną za naturalną odpowiedź na naturalne potrzeby i kłopotliwe położenie członków społeczeństwa (*predicaments*). Ze względu na zróżnicowanie potrzeb i problemów społecznych, społeczeństwa różnią się między sobą, nie różniąc się jednak w zasadniczy sposób. Jako członkowie społeczeństwa mamy ze sobą wiele wspólnego i to, co nas łączy, ma swoje naturalne źródła. Społeczeństwo jest więc naturalną odpowiedzią na to, co naturalne i wspólne wszystkim ludziom, co wyraża się w podobnych potrzebach i dążeniach, ale również w ich pluralizmie, wspólnych doświadczeniach wyrastających z podobnej socjalizacji i uczestnictwa w tej samej kulturze, wspólnie wyznawanych wartościach i powszechnych powracających praktykach (jak np. ojcostwo).

Drugim elementem definicyjnym socjologii prawa jest konceptualizacja prawa jako przedsięwzięcia, co oznacza, że jest to celowa działalność nakierowania na immanentne cele i wartości. W takim ujęciu społeczeństwa można odnaleźć echa Lona Fullera. Sam Selznick, mówi tak: *system prawa, to coś więcej niż tylko zespół zasad i norm, to rodzaj aktywności prowadzonej przez żyjącego człowieka i żyjące instytucje, które są podporządkowane różnego rodzaju ograniczeniom*⁹. Prawo istnieje więc „w” społeczeństwie, jest immanentną częścią życia społecznego, z kolei

7 E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1936.

8 P. Selznick, *Sociology of Law*, w: „Sociology Today”, red. R. Merton, 1965, s. 116.

9 P. Selznick, *Review of the Morality of Law*, „American Sociological Review”, (30) 1965, s. 947.

społeczeństwo nie jest jedynie kontekstem dla prawa. Jak podkreślał Selznick, nie mamy do czynienia z *law and society*¹⁰ ale *law within society*; samo prawo jest społeczne, a nie tylko i wyłącznie jego kontekst.

Kolejną charakterystyczną cechą myśli socjologicznej Selznicka jest antyformalizm, który nie przyjmuje jednak radykalnej formy. Jest raczej krytyką abstrakcji prawnej, gdzie antyformalizm powołuje się na argumenty sceptycyzmu i derogacji reguł w przypadku działań zorientowanych celowościowo. „Formy w działaniu” się nie mieszczą, w kontekście jakichkolwiek instytucji, więc także instytucji prawnych, „działanie się „wylewa” poza reguły, ponieważ formalizm jest wyłącznie „skrótem rzeczywistości”¹¹. System zaś składa się z reguł formalnych i nieformalnych, dlatego należy je mieć razem na uwadze, przystępując do analizy systemu prawnego.

Mimo naturalistycznej konceptualizacji społeczeństwa Selznick był zorientowany pragmatystycznie, dlatego jego ujęcie prawa jest instrumentalistyczne. W normatywnym wymiarze prawo jest odpowiedzią na społeczne potrzeby, roszczenia i interesy, więc jako instrument pozwala dostosować się do zmieniających warunków i osiągnąć aktualne cele oraz pomóc zrealizować interesy. Dodatkowo cechą charakterystyczną dla prawa jest *zacieranie różnicy pomiędzy prawem państwowym i innymi formami kontroli społecznej, a państwo jest tylko częścią i to wcale nie częścią konieczną porządku społecznego*¹².

Filozoficzna socjologia prawa – społeczny naturalizm (jurisprudential sociology)

Najbardziej oryginalnym elementem myśli P. Selznicka jest jego pomysł na filozoficzną socjologię prawa, która jest najogólniej mówiąc połączeniem naturalistycznej jurysprudenckiej i socjologii. Jakie mogą być konsekwencje takiego połączenia? Z jednej strony Selznick traktował prawo instrumentalnie, jednakże podkreślał, że ludzie, podobnie jak instytucje (również prawne) zanurzone są w wartościach. Naczelną wartością dla prawa jest legalizm, przy czym Selznick używał zamiennie tego terminu z określeniem „rule of law”¹³.

Projekt filozoficznej socjologii prawa opiera się na założeniu o naturalizmie społecznym, który zainspirowany był pragmatycznym naturalizmem w wykonaniu J. Deweya. Ten zaś głównie odróżnia się tym od klasycznych form naturalizmu, że odrzuca tezy metafizyczne. Stanowisko Deweya jest wyrazem pragmatycznego naturalizmu, polegającego na tym, że ludzkie i społeczne doświadczenia są zakorzenione w naturze kognitywnej człowieka. Selznick przenosząc naturalizm pragmatyczny na pole jurysprudenckiej, rozpoczyna proces postrzegania prawa nie jako opartego na zewnętrznej etyce, ale jako wyrastającego z dynamiki społecznej, nadal zachowując swój naturalistyczny charakter. Kolejne czterdzieści lat pracy Selznicka, koncentruje się na pytaniach, jakie zrodziły postawienie tak sformułowanego problemu jako

10 P. Selznick krytycznie nawiązuje tu do ruchu „Law and Society”.

11 P. Selznick, *Jurisprudence and Social Policy: Aspirations and Perspectives*, „California Law Review”, 68 (1980), s. 218–219.

12 P. Selznick, *Encyclopedia of Philosophy*, s. 479. cytat za M. Krygier, *Philip Selznick, Ideals in the World*, Stanford, 2012, s. 110.

13 W późniejszych pismach Selznick wyłącznie używał pojęcia „rule of law”.

centralnego zagadnienia dla socjologicznej jurysprudencji. Podsumowując, wersja prawa naturalnego według Selznicka składa się z dwóch elementów:

1. Zakorzenia prawa w autentycznych problematycznych sytuacjach społecznych a nie wypreparowanych sterylnie sytuacjach analitycznych;
2. Natury prawa, jaką jest odpowiadanie na potrzeby społeczne przez rozwiązywanie problemów oraz redukowanie konfliktów społecznych.

Jak podkreśla Selznick, prawo naturalne nie ma dobrej opinii głównie przez towarzyszącą mu „mystyczną otoczkę”, jednakże zarówno socjologia, jak i prawo naturalne są antyformalistyczne, obie patrzą poza to, co jest dane, obie skupione są na tym, by studiować problemy z perspektywą uniwersalistyczną, poza horyzontem aktualnego kontekstu, przejściowymi sądami danej epoki. A co dodatkowo podkreśla Selznick, naturalizm *pod każdym względem pozostaje w zgodzie z duchem logiki i wymagań naukowych*.

Stadia rozwoju socjologii prawa

Philip Selznick wyróżnia trzy stadia rozwoju socjologii prawa: formułowanie problemów, zbieranie danych empirycznych oraz synteza teoretyczna. Formułowanie problemów przyniosła epoka wielkich modeli (np. Pound), zbieranie danych empirycznych pozwoliło skoncentrować się na metodzie, by prawnicy i socjologowie zapoznali się wzajemnie ze swoimi technikami i zaangażowali się we współpracę, czego wyrazem były badania nad funkcjonowaniem ławników w systemie *common law* (tzw. „Chicago Jury Project”). Synteza teoretyczna formułuje tezy dotyczące autonomii socjologii prawa, które wyrażają się w trzech fundamentalnych teoriach dotyczących funkcji państwa, roli legalności oraz znaczenia wymiaru sprawiedliwości¹⁴.

Jak podkreśla Selznick największym współczesnym wyzwaniem dla socjologii prawa jest postulat integracji jurysprudencji i socjologii prawa, ponieważ dopóki jurysprudencja będzie zajmowała się sama analizą zasadniczych pytań dotyczących natury prawa, socjologia jako odrębna dziedzina będzie miała jedynie peryferyjne, intelektualne znaczenie. Jednakże można odwrócić tak postawiony problem i zapytać o zagrożenia jurysprudencji bez socjologii prawa czy też integracji z innymi dyscyplinami. Czy przyszłością jurysprudencji nie jest również peryferyjne intelektualne znaczenie, jeśli pozostanie niezintegrowana z innymi dyscyplinami? Wydaje się więc, że jakaś forma integracji leży w interesie obu dziedzin.

O samej książce

Martin Krygier dokonuje holistycznej interpretacji dzieł Selznicka, nie tylko umieszczając jego dzieła w kontekście, ale i próbując zrozumieć jego myśl na przestrzeni wszystkich dzieł. Robi to jednak z niespotykanym podziwem dla dorobku filozofa, co skutkuje głębokim rozumieniem i wyjaśnieniem jego myśli, rozpoznaniem i uznaniem jej głębokiej wartości. Jak Krygier sam tłumaczy, to, co skłoniło go do zainteresowania Selznickiem, była wrażliwość moralna i intelektualna filozofa. Czytając książkę pod względem stylu narracji, wydaje się, że cechą, która łączy obu autorów, jest właśnie podobna wrażliwość.

14 P. Selznick, *The Sociology of Law*, w: „Sociology Today: Problems and Prospects”, R. K. Merton, L. Broom, L. S. Cottrell, Jr (ed) Basic Books, New York 1959.

Książka M. Krygiera, jak mówi sam autor, nie jest intelektualną biografią ani też próbą wyjaśnienia myśli Selznicka z socjologicznego, psychologicznego czy intelektualnego punktu widzenia. Głównym celem jest sportretowanie charakteru i niezwyklego umysłu, sposobu myślenia, jaki ujawnił się w pracach Selznicka. Kryger pokazać, w jaki sposób rozwijały się idee Selznicka i jakie zachodziły między tymi ideami relacje, by postawić tezy, co do ich znaczenia i moc, gdy trzeba, ustosunkować się do nich krytycznie. Poruszającą cechą tej książki jest jej autentyczność i pasja, która zaświadcza, że autor przeżył temat, który jest dla niego ważny i emocjonalnie bliski. Taka cecha zazwyczaj charakterystyczna jest dla biografii lub intelektualnych biografii, niezwykle jednak jest to, że w tym przypadku Krygier zastosował ją do idei. Idei, która nierozdzielnie złączona jest z osobą, charakterem, wrażliwością osobowości Selznicka, czyli sposobem, w jaki prowadził swoje badania naukowe, układające się według schematu: analiza w odniesieniu do doświadczenia w horyzoncie wartości plus najwyższej klasy intelektualizm (teoria + praktyka + wartości). Nie ma właściwszego tytułu dla tej książki jak właśnie „Selznick”, gdyż nie ma jego idei bez jego szczególnej wrażliwości charakteru, którą tylko on mógł zrealizować. Wobec czego mamy esencjonalny przekład teorii socjologicznej, która teoretyzuje idee zakorzenione w życiu.

To, co zapowiada M. Krygier jako cel swojej książki, czyli charakterystykę myśli Selznicka, realizuje na przestrzeni książki. Wylicza następujące cechy myśli Selznicka: tolerancja dla dwuznaczności, impuls generalizacji, interdyscyplinarność, koherencja, integralność, wrażliwość, która wpływała na jego postawę moralną i intelektualną. Krygier, odwołując się do Berlinowskiego podziału na jeże i lisy, zastanawia się, jakim typem osobowości jest Selznick, na co z charakterystyczną dla samego Selznicka dwuznacznością odpowiada, że jest jednym i drugim zarazem.

Podsumowanie

Czytelnik otrzymuje o wiele więcej, niż zapowiada autor i nie jest to wyłącznie zasługa Philipa Selznicka. Ponieważ nawet jeśli ktoś nie podziela naturalistyczno-pragmatycznych poglądów Selznicka ani nie jest zainteresowany zagrożeniami socjologii prawa i sposobami na jej rozwój, to nadal wiele zyskuje, czytając tę książkę. Przede wszystkim nie grozi nam pustka intelektualna, często charakterystyczna dla streszczenia wyrafinowanych stanowisk intelektualnych, które z pewnością Selznick reprezentuje. Dzieje się to głównie dlatego, że wszystkie szczegółowo zadawane przez niego pytania, dotyczące wąskich dziedzin, zawsze mają w horyzoncie pytania dla nas zasadnicze i nas bezpośrednio dotyczące. Mówią o wiele więcej niż zapowiadają, działając jak technika papierka lakmusowego.

Podobnie jest z samą książką napisaną przez M. Krygiera, ponieważ czytając o pomysłach Selznicka, mamy jednocześnie dostęp do jego wrażliwości intelektualno-moralnej. Rozpoznajemy fundamentalne znaczenie poruszanych przez niego spraw formułowanych w sposób wąski, w jaki do rzeczy zabiera się filozof, który jest jednocześnie socjologiem, nie zaś socjolog, który stawia filozoficzne pytania.

M. Krygier daje nam na dzieło uniwersalne, które nawet jeśli ktoś Selznickiem nie jest w ogóle zainteresowany, może być czytane jako przykład metodologii interdyscyplinarnej. I podobnie jak Selznick, daje nam więcej niż, zapowiada.

Książka o Selznicku jest inspirująca. Jego propozycja, mimo że nie zdobyła popularności, ma bardzo odważny rozmiar i pokazuje jego interdyscyplinarne

podejście. Pomysły świeckiego naturalizmu pojawiały się od Hugo Grotiusa i nie są niczym nowym, jednakże usytuowanie naturalizmu pragmatycznego w kontekście społecznym nie jest również prostym transplantem Deweyowskiego naturalizmu pragmatycznego, a zaledwie tylko inspiracją. Tu widać metodologię interdyscyplinarną Selznicka, który stawiał problem i szedł z nim przez kilka dyskursów, kilka dyscyplin, kończąc z wartością dodaną, stając na ramionach olbrzymów: naturalizmu, pragmatyzmu i teorii organizacji społecznej i społecznej filozofii moralnej. Jak widać nie jest to przykład transplantacji idei z dyskursu do dyskursu czy prosta eklektyka, ale odrębna interdyscyplinarna metoda: analiza w odniesieniu do doświadczenia w horyzoncie wartości. Selznick władał językami wielu dyskursów i bardzo dobrze w nich się poruszał, dlatego mógł sobie na taką metodę translacji problemów pozwolić. W wielkim stopniu to właśnie może być przyczyną, z powodu której stanowisko naturalizmu społecznego jest tak mało popularne. W dobie profesjonalizmu zamykamy się w swoich własnych dyskursach, tracąc jednocześnie umiejętność rozumienia innych.

Missing what matters

Najważniejsze jest to, czego brak. Nie jest to jednak uwaga spowodowana bolesną utratą, a brakiem wyzwającym i wznoszącym. W tym przypadku jest to brak profesjonalizacji, który nie ma ograniczającego charakteru, („Nie jestem osłem, nie mam profesji”) pozwala na interdyscyplinarność i szerokie spojrzenie, ale także humanizm i ciągłe odniesienia do praktyki i działania. W antyprofesjonalnych postulatach słychać oczywiście echo Maxa Webera.



AUTORZY

O autorach numeru

dr hab. Anna Młynarska-Sobaczewska – Katedra Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. Jest autorką i współautorką publikacji, w tym: monografii *Wolność informacji w prasie* (Toruń 2003), *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej* (Toruń 2010), opracowań będących fragmentami prac zbiorowych, artykułów na tematy z zakresu wolności i praw człowieka, wolności wypowiedzi, prawa do prywatności oraz prawnych instrumentów rozliczenia z przeszłością i legitymizacji władzy.

prof. Martin Krygier – Uniwersytet Nowej Południowej Walii w Australii. Członek Australijskiej Akademii Nauk Społecznych. Autor i współautor wielu publikacji, w tym książek m.in. *Philip Selznick. Ideals in the World* (Stanford University Press 2012), *Civil Passion* (Melbourne 2005), rozdziałów w monografiach i artykułów. Jego zainteresowania badawcze koncentrują się na teorii prawa i teorii społecznej, rządach prawa i normatywnej teorii społecznej.

ks. dr Tomasz Barankiewicz – pracownik Katedry Teorii i Filozofii Prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II.

mgr Michał Kiełb – w 2008 r. ukończył studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego. Aktualnie doktorant w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa. Przygotowuje pracę doktorską dotyczącą pewności oraz nieokreśloności prawa. Jego zainteresowania naukowe skupiają się wokół problemów stosowania prawa. Prawnik praktyk. Asystent sędziego w Sądzie Okręgowym w Katowicach.

mgr Jan Pfitzner – aplikant adwokacki, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego i studium LL.M. na Uniwersytecie w Würzburgu.

dr Lidia Rodak – adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach. Absolwentka European Academy of Legal Theory w Brukseli. Doktor nauk prawnych Uniwersytetu w Gandawie oraz Uniwersytetu Śląskiego. W latach 2011/2012 otrzymała stypendium Ministra Edukacji i Szkolnictwa Wyższego na realizację międzynarodowego projektu komparatystycznego, dotyczącego obiektywności w orzecznictwie sądów, realizowanego na Uniwersytecie w Palermo. Główne zainteresowania naukowe to zagadnienia obiektywności w praktycznym dyskursie prawniczym i feministyczna jursprudencja.

