

Witold Zontek¹

Dyskrecjonalność sędziowska jako mechanizm sprawowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (zarys teoretyczny)²

Judicial Discretion as an Element of the Administration of Criminal Justice (Theoretical Outline)

1. Wstęp

Debata o sądownictwie w Polsce w ostatnich latach oscyluje zasadniczo wokół kwestii związanych z kryteriami jego niezależności i niezawisłości. Jest to oczywiście fundament, na którym oparty jest wymiar sprawiedliwości w demokratycznym państwie prawa. Podkreślał to Trybunał Konstytucyjny, akcentując, że tożsamość konstytucyjna sądu (wymiaru sprawiedliwości) jest wyznaczana oczywistym wymogiem niezależności, bezstronności i niezawisłości³, Sąd Najwyższy, uzasadniając, że sąd musi być niezależny i niezawisły od jakichkolwiek bezpośrednich i pośrednich wpływów władzy rządu i parlamentu, partii politycznych i grup finansowych⁴, a także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, konkludując, że wymóg niezawisłości sędziowskiej, stanowiącej integralny element sądownictwa, wchodzi w zakres istoty prawa do skutecznej ochrony sądowej

¹ Witold Zontek – dr, Katedra Prawa Karnego, Uniwersytet Jagielloński / Ph.D., Department of Criminal Law, Jagiellonian University; ORCID: 0000-0002-7850-3930; ✉ witold.zontek@uj.edu.pl.

² Praca jest wynikiem realizacji projektu badawczego nr 2015/19/D/HS/00091 (SONATA10) pt. „Postdeliktualne zachowanie sprawcy jako przesłanka niepodlegania karze za czyn zabroniony. Przyczyny i konsekwencje. Analiza modelu na tle porównawczym” finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.

³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2006 r., SK 30/05.

⁴ Uchwała połączonych Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/20.

oraz prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego⁵. Sąd kar-ny w tym ujęciu ma rolę szczególną, gdyż rozstrzyga o najdalej idących ograniczeniach praw i wolności. Ustawodawca, kształtując zasady odpowiedzialności karnej, musi mieć na uwadze, że nie jest jego rolą rozstrzygnięcie spraw indywidualnych, która to kompetencja konstytucyjnie zarezerwowana jest dla sądów. Analiza systemu prawnego w obszarze prawa karnego niechybnie prowadzi do wniosku, że na wszelkich obszarach związanych z decydowaniem o odpowiedzialności karnej jednostki prawo materialne, procesowe oraz wykonawcze przewidują mozaikę instrumentów czy instytucji prawnych zapewniających jakiś margines swobody dla sądu. Specyfika odpowiedzialności za czyn zabroniony pod groźbą kary powoduje, iż swoboda ta jest w niego niejako wdrukowana. Wynika to po części z treści normy sankcjonującej wysławianej w przepisie typizującym, która zawiera komunikat kierowany do organów wymiaru sprawiedliwości, by w sytuacji zrealizowania określonych przesłanek sprawcy została wymierzona kara. Ponadto odpowiedzialność karna także rzutuje na interesy społeczeństwa jako zbiorowości, odrywając sprawę od jednostkowego pokrzywdzonego. Sens wyodrębnienia prawa represyjnego ze struktur prawa regulującego relacje wewnątrzspołeczne oparty jest na dwóch równorzędnych przesłankach.

Pierwsza z nich to uznanie, że jednostka nie jest w stanie samodzielnie chronić swoich dóbr, stosując standardowe mechanizmy prawa prywatnego. Podobnie państwowa sfera regulacyjna określonego wycinka relacji społecznych nie wystarcza, by *in concreto* zapewnić obywatelowi adekwatną ochronę przed potencjalnymi naruszeniami. Ma w założeniu minimalizować to ryzyko, lecz w pewnym sensie jest bezradna, gdy sytuacja zagrożenia dla dobra wyjdzie poza ową fazę przedpola regulacyjnego. Oznacza to, że państwo identyfikuje pewną sferę negatywnych oddziaływań, w których system prawny oddający jednostce cały wachlarz instrumentów o charakterze prywatnym (pozew o odszkodowanie, obowiązek naprawienia szkody, umowne uregulowanie relacji z innymi, uzyskanie limitowanej koncesji itp.) nie może efektywnie chronić interesów jednostki. W tym obszarze przejmuje rolę ochronną wobec jednostki i swoim *imperium* gwarantuje jej przestrzeganie ustalonych

⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 lipca 2021 r. w sprawie Komisja Europejska Przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, skarga nr C-791/19.

często w innych gałęziach prawa reguł. Państwo staje się przysłowiowym policjantem, choć bardziej adekwatne byłoby stwierdzenie, że w tym zakresie jest raczej ochroniarzem. Jego rolą jest pomoc jednostce w sytuacji zagrożenia, którego ona sama nie jest w stanie adekwatnie opanować.

Druga przesłanka to swoiste uwspólnotwienie niebezpieczeństwa. W przypadku kradzieży czy uszczerbku na zdrowiu możemy uznać, że oprócz oczywistego naruszenia czyjejs prywatnej własności lub zdrowia pojawiło się pewne systemowe ryzyko dla innych członków wspólnoty. Jego oszacowanie nie jest możliwe *in abstracto*, ale z uwagi na obserwację rzeczywistości uznać z pewną dozą prawdopodobieństwa można, iż owa kradzież jest zagrożeniem abstrakcyjnym dla innych osób, gdyż prawdopodobne, że cel tej konkretnej kradzieży czy uszczerbku był wybrany przypadkowo. Oczywiście to założenie leć może w gruzach, gdy *in concreto* zdajemy sobie sprawę, że zagrożenie wspólnoty nie nastąpiło. A przynajmniej nie w sposób, o jakim mowa wcześniej. Jednak narażenie wspólnoty na stratę może objawić się także w inny sposób, a mianowicie kradzież czy uszczerbek na dobrach osoby może oddziaływać na tę wspólnotę pośrednio. Ktoś utraciłszy mienie, nie może regulować swoich zobowiązań albo wykonywać zawodu, a więc świadczyć społeczności określonych usług, a przynajmniej płacić danin publicznych powiązanych z wypracowanymi dochodami lub zakupami. Osoba ponosząca uszczerbek na zdrowiu korzysta chociażby ze wspólnej służby zdrowia, chwilowo redukując jej zdolności do reagowania na inne zdarzenia o neutralnej proweniencji. Podobnie jak ofiarę kradzieży, uszczerbek może wyeliminować czasowo osobę z życia społecznego i zawodowego. Owych pośrednich konsekwencji wyobrazić można bardzo wiele. Zapewne przy przyjęciu określonego modelu matematycznego byłyby one zresztą policzalne. Stąd interes społeczności także musi być brany pod uwagę w procesie ponoszenia odpowiedzialności karnej przez sprawcę. Prawo karne w tym sensie jest prawem publicznym, które bierze pod uwagę nie tylko jednostkowe interesy (nawet gdy to one stały się powodem penalizacji). Do tego w określonym obszarze można dodać elementy tak charakterystycznego dla tradycyjnego prawa karnego elementu potępienia zachowania uznanego za szkodliwe czy wolę kształtowania postaw społecznych (funkcja edukacyjna, formacyjna). Tych czynników wymieniać można bardzo wiele w zależności od cech, jakie przypisuje się prawu represyjnemu. Powyższe zastrzeżenie jest istotne o tyle, o ile

indywidualny wymiar sprawiedliwości, który sprawują sądy w sprawach karnych, nie musi dotyczyć jedynie interesów indywidualnych sprawcy i pokrzywdzonego, ale uwzględniać także realia społeczności, w której do przestępstwa doszło. Reprezentantem tejeż jest oskarżyciel publiczny, który ma swoje własne kompetencje do oceny jej interesów i deklarowania celów polityki karnej.

Skoro zatem sąd karny jest tak szczególnym podmiotem, to jego relacja z ustawodawcą musi uwzględniać potrzebę przydania mu bardzo konkretnej sfery swobody na każdym z etapów ustalania odpowiedzialności karnej, by w istocie realizować on mógł ów indywidualny wymiar sprawiedliwości. Na czym zatem od strony funkcjonalnej polegać ma sprawowanie wymiaru sprawiedliwości i rozpoznawanie spraw karnych? Na ile ustawodawca może ograniczać tę konstytucyjną kompetencję sądów do rozpoznania sprawy przez władcze kształtowanie przesłanek, jakie należy brać pod uwagę, by uzyskać optymalne aksjologicznie rozstrzygnięcie danej sprawy. Czy wciąż sądem jest organ niezależny i bezstronny, ale pozbawiony swobody w rozstrzygnięciu sprawy, „zmuszony” niejako przez kazuistykę ustawy do konkretnych rozstrzygnięć na poszczególnych etapach ustalania zakresu odpowiedzialności karnej?

Prowadzi to do konieczności poczynienia refleksji nad znaczeniem kompetencji sądu karnego, który w doktrynie i orzecznictwie określa się jako „dyskrecjonalność” lub „uznanie sędziowskie”.

Pojęcie dyskrecjonalności w rodzimej literaturze jest zasadniczo związane ściśle z teorią lub filozofią prawa⁶. Uważam jednak, że zagadnienie to, mimo iż jego współczesne teoretyczne zręby tworzone były właśnie przez teoretyków prawa z H.L.A. Hartem i R. Dworkinem na czele, dla aktualnej debaty na temat nowoczesnego demokratycznego państwa i roli wymiaru sprawiedliwości zwłaszcza w sprawach karnych ma znacznie głębsze znaczenie. Dalsze rozważania rozpocząć wypada jednak od pewnej obserwacji, którą można wyciągnąć niejako przed nawias. Naturalnym punktem wyjścia dla zawartych w niniejszym artykule analiz będą kanoniczne już pozycje⁷ wspomnianych dwu teoretyków wraz z ich

⁶ Należy tutaj wskazać przede wszystkim na monografię pod redakcją M. Araszkiewicza, *Dyskrecjonalność...*, będącą pokłosiem XVIII Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa. Zjazd odbył się w dniach 22–24 września 2008 roku w Miedzeszynie k. Warszawy, a także B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*

⁷ R. Dworkin, *Judicial...*; R. Dworkin, *Taking...*; H.L.A. Hart, *Discretion...*; H.L.A. Hart, *The concept...*

krytycznymi analizami⁸. Obaj poświęcili fenomenowi dyskrecjonalności sędziowskiej sporo miejsca w swych pracach, jednak odnieść można wrażenie, że był on elementem ściśle związanym z zaproponowanymi przez nich (i modyfikowanymi z czasem) teoriami dotyczącym istoty prawa. W zależności, jak postrzegali części składowe systemu prawnego, rola sędziego naturalnie musiała być nieco inaczej ukształtowana. Co najbardziej cięży (w neutralnym tego zwrotu znaczeniu) nad obserwacjami H.L.A. Harta i R. Dworkina, to niezaprzeczalny fakt, że pisali oni o rodzimym, anglo-amerykańskim systemie. Obserwowali sobie znany świat prawa i sądów, i na tej podstawie rekonstruowali jego struktury. Lektura dzieł obu teoretyków pozwala na przyjęcie, że tradycja precedensu i zasady *stare decisis* (przyjmowana przez nich jako immanentny element systemu) stanowiła konstytutywną część postulowanych przez nich koncepcji. Wokół zagadnienia „czy sędzia tworzy prawo” orientowali znaczną część obserwacji dotyczących istoty i natury reguł, zasad, polityk i standardów⁹. Twierdzenie, że decyzja sądu, nawet jeśli wedle określonych kryteriów postrzegana jako nieprawidłowa i niezmieniona, np. w drodze kontroli instancyjnej, petryfikować może prawo jako precedens, na mocy *stare decisis*, wiązać na przyszłość, ma niebagatelne znaczenie. Sędzia pomimo tego, że może czasami okazać się nieracjonalny i błędzić – wyposażony jest w niezwykle potężny instrument mogący zmieniać treść prawa¹⁰. Ta cecha systemu prawnego w naturalny sposób musi wpływać na postrzeganie znaczenia nawet pojedynczej decyzji sędziego, a także pozycjonować nieco inaczej debatę niż w przypadku, gdy owego związania w sensie formalnym się nie identyfikuje. Zakres strukturalnej swobody sędziego w orzekaniu musi być postrzegany inaczej w zależności od jego znaczenia dla innych spraw w przyszłości. Ten aspekt tradycji *common law*, która ze swej natury pozycjonuje nieco inaczej relacje ustawodawcy i sądów, stanowił istotny element rozważań R. Dworkina i H.L.A. Harta, a także następczych krytycznych analiz ich prac. Mając ten aspekt na uwadze, aplikacja i uniwersalizacja ich poglądów musi zderzyć się z fundamentalną trudnością

⁸ R. Sartorius, *Social...*; A. Barak, *Judicial...*; D. Jennex, *Dworkin...*; M. Klatt, *Taking...*

⁹ Nie jest to cel niniejszej pracy ani też przedmiot moich naukowych zainteresowań czy też kompetencji badawczych, ale niezwykle frapujące byłoby dokonanie przekrojowej analizy strukturalnej koherentności teorii Harta i Dworkina, gdyby wyjąć z nich precedens i sędziego kultury *common law*.

¹⁰ R. Sartorius, *Social...*, s. 152.

metodologii prawnoporównawczej, czyli przekładania obcych poglądów na charakterystyczną dla własnego systemu siatkę pojęciową. Chodzi zwłaszcza o przeniesienie elementów konstrukcyjnych, fundamentów danego poglądu na realia innego modelu sądownictwa. Z natury rzeczy niektóre tezy H.L.A. Harta czy R. Dworkina mogą nie mieć w ogóle znaczenia lub znaczenie marginalne podczas analiz polskiego czy szerzej – nieprecedensowego systemu prawa. Inne z kolei mają wymiar uniwersalny i recypowalny.

Zastrzeżenie powyższe jest moim zdaniem istotne, by nie narażać się na zrzut błędów metodologicznych w prowadzonych analizach. Nie jest celem niniejszego artykułu rekapitulowanie całości poglądów obu teoretyków na prawo i śledzenie ich ewolucji (zwłaszcza w przypadku R. Dworkina). Nie ma on charakteru traktatu nad istotą prawa, ale jedynie nad związanym z nim elementem, jakim jest zakres uznania sądowego w stosowaniu prawa represyjnego w celu rozstrzygnięcia o czyjejś odpowiedzialności karnej lub jej braku. W przeciwieństwie do pracy B. Wojciechowskiego, nie poruszam wątków wykraczających poza szeroko pojęte prawo karne, mimo świadomości, że pewne przykłady z cywilistyki mogłyby być często bardziej perswazyjne. Jendakowoż konieczne byłoby wówczas obudowanie ich poszerzoną argumentacją o czysto cywilistycznej proveniencji, a to moim zdaniem zaburzałoby jedynie klarowność zakładanego przekazu. Jestem w pełni świadomy, że teoretyk bądź filozof prawa specjalizujący się w pozytywistycznych i niepozytywistycznych nurtach w prawoznawstwie mógłby podjąć krytyczny dialog, ukazując jeszcze inne perspektywy rozumienia teorii H.L.A. Harta i R. Dworkina. Bez wzięcia jednak pod uwagę mojego metodologicznego zastrzeżenia – jego zarzuty mogłyby strzelać poza cel.

Powyższe nie było jednak jedynym zastrzeżeniem, jakie chcę poczynić na początku. Rozważania H.L.A. Harta i R. Dworkina o fenomenie dyskrecjonalności sędziowskiej były, o czym już wyżej pisałem – lokowane w ścisłym powiązaniu z preferowanymi przez każdego z nich postulatami co do kompozycji systemu prawnego. Zdecydowana większość, a przynajmniej tenor tej większości rozważań dotyczył zasadniczo uznania sędziowskiego w procesie wykładni prawa. Sam ten problem był, jak należy rozumieć, wystarczającym polem do pogłębionych analiz

strukturalnych. Jednak, mimo iż wykładnia przepisu stanowi zawsze początek procesu stosowania norm w nim wyrażonych, to dyskrecjonalność sędziowska objawia się na wielu innych etapach realizacji dyspozycji normy sankcjonującej w przypadku odpowiedzialności karnej. Stąd nie wszystkie tezy H.L.A. Harta i R. Dworkina, a dotyczące sfery uznania w interpretacji mogą być przełożone na inne fazy stosowania prawa. Można postulować wąski zakres upoważnienia sądu do dokonywania interpretacji przepisu, który stanowić następnie ma podstawę do kreowania prawnej sytuacji osoby, ale zupełnie inaczej orientować swoje presupozycje na chociażby zagadnienie oceny i gromadzenia dowodów czy też proces wymiaru kary lub np. oceny proporcji dobra ratowanego i poświęcanego w przypadku stanu wyższej konieczności. Naturalnie to zrekonstruowanie treści normy stanowi punkt wyjścia do oceny, czy w fazie subsumcji nie wykroczone poza granice normy wyinterpretowanej z przepisu, jednak inne zasady wydają się adekwatne dla pozostałych etapów realizacji postanowień owej normy. Nieco upraszczając to zagadnienie, jeżeli wyobrazimy sobie następujący przepis: „W przypadku A należy orzec karę w wymiarze od 1 do 10 lat pozbawienia wolności, mając na uwadze B, C oraz D”, to ocena rezultatu wykładni treści elementów A–D, przy założeniu, że są one nieostre, oparta będzie na innych kryteriach związanych z przyjętymi w danej kulturze prawnej metodami wykładni tekstu prawnego i potencjalnymi regułami kolizyjnymi niż ocena rezultatu samej operacji wymierzenia kary. Nasz krytycyzm wobec konkretnej kary może mieć dwa niezależne źródła i zawierać dwa odrębne zestawy argumentów:

- a) kontestujemy adekwatność wykładni pojęć A–D, która przełożyła się na wymiar kary,
- b) kontestujemy wymiar kary z uwagi na inne preferencje w zakresie wpływu elementów B–D, co do wykładni których się zgadzamy z sądem.

Powyższy przykład można dodatkowo zmodyfikować, dokładając do niego fazę procesową w postaci kolejnego przepisu o treści: „Ocena, czy zaszło A, wymaga dokonania oceny dowodów mając na uwadze E, F i G”. Wówczas możemy dołożyć kolejną perspektywę naszej kontestacji, pokazując, że okoliczności zdarzenia A zostały nieprawidłowo ocenione z uwagi albo na:

- c) nieadekwatną wykładnię przesłanek E–G [podobnie jak w przypadku a)], co wpłynęło na błędną ocenę zajścia zdarzenia A i w konsekwencji na wymiar kary,
- d) nieadekwatną ocenę okoliczności zdarzenia A z uwagi na odmienne preferencje w zakresie uwzględniania ciężaru i znaczenia przesłanek procesowych E–G, co zaś wpłynęło na ustalenie wszystkich konsekwencji związanych z wymiarem kary.

Ponadto, by dodatkowo zwiększyć złożoność możliwości zarysowanych w pkt a) oraz c), wskazać można, że wszak inne są niektóre metody wykładni prawa karnego materialnego, a inne prawa procesowego. Zwłaszcza gdy chodzi o ewentualne gwarancje konstytucyjne lub prawno międzynarodowe. Zatem już w samej fazie wykładni przepisu możemy debatować nad swobodą sądu.

Powyższe jest naturalnie uproszczoną egzemplifikacją zagadnienia, ale mam nadzieję, że przynajmniej na wstępnym, deklaratywnym etapie mojego drugiego zastrzeżenia metodologicznego w odpowiednim stopniu je uzasadnia. Innymi słowy – niektóre postulaty H.L.A. Harta i R. Dworkina można zasadnie podzielić w odniesieniu do roli sądów w procesie wykładni przepisów prawa, ale niekoniecznie w odniesieniu do stosowania prawa. Fundamenty teoretycznie zrestrukturyzowanej koncepcji dyskrecjonalności mogą być z pewnymi modyfikacjami, wynikającymi z chociażby odmiennego postrzegania struktury systemu prawnego, inspirujące dla bardziej złożonej analizy istoty i granic władzy sądowniczej w sprawach karnych. Zagadnienie to znacznie częściej podnoszone jest w pracach przedstawicieli nauki prawa administracyjnego, jednak w specyficznym kontekście tzw. uznania administracyjnego, jego granic oraz mechanizmów ewentualnej sądowej kontroli¹¹. Tematyka ta, poza wskazanymi obszarami w rodzimej nauce, nie jest przedmiotem bardzo intensywnej eksploracji, a w odniesieniu do prawa karnego chociażby w przekrojowej pracy B. Wojciechowskiego jako przykład dyskrecjonalności wskazuje się jedynie postępowanie w przedmiocie wymierzania kary, bez szczególnie głębszej analizy tego fenomenu¹². Należy przynajmniej zrębowo omówić koncepcję dyskrecjonalności sędziowskiej, przekładając teoretyczno-filozoficzne

¹¹ K. Ziemiński, M. Jędrzejczak, *Dyskrecjonalność...*; M. Jaśkowska, *Uznanie...*, s. 219 i n.; W. Jakimowicz, *Zewnętrzne...*, s. 42–54; *Discretionary...*; M. Zimmermann, *Pojęcie...*

¹² B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, s. 170–173.

założenia na karnistyczną siatkę pojęciową¹³, zwłaszcza że pojęcie to pojawia się w orzecnictwie sądowym, często jednak bez jakiegokolwiek głębszego rozwinięcia¹⁴.

2. Siedem znaczeń pojęcia

Nathan Isaacs, poddając ocenie orzecznictwo amerykańskiego Sądu Najwyższego drugiej połowy XIX w., zidentyfikował 7 rozpoznawanych wówczas rozumień pojęcia dyskrecjonalności:

- 1) refleksyjność, wnikliwość i rozważa (*faculty, thoughtfulness*), czyli tradycyjne psychologiczne rozumienie pewnych intelektualnych przymiotów,
- 2) ostateczność rozstrzygnięcia jako wyraz braku możliwości weryfikacji jego prawidłowości (*finality*),
- 3) czynienie ustaleń faktycznych (*fact-finding*),
- 4) quasi-władza prawotwórcza (*quasi-legislative power*),
- 5) brak reguł rozstrzygnięcia *in concreto* (*absence of rules*),
- 6) elastyczność w aplikacji standardów prawnych (*flexible limit of judgement in application of standards*),
- 7) uznanie zespołu reguł, jakie należy zastosować w sprawie (*designation of one body or another of rules within the law*)¹⁵.

Sam autor podkreśla, że większość z zastanych rozumień pojęcia nie jest w żaden sposób adekwatna dla rozważań o władzy sędziowskiej i jedynie zaburza obraz. Nieporozumieniem bowiem byłoby uznanie roztropności czy rozsądku za jakąś kwalifikowaną cechę sędziego, która w szczególny sposób determinowałaby jego rolę. Podobnie samo istnienie środków odwoławczych nie oznacza, że sąd I instancji nie realizował swojej własnej dyskrecjonalności. Ograniczenie pojęcia jedynie do czynienia ustaleń faktycznych także nie jest zgodne z rozwiązaniami procedur, które często zagadnienia faktów przekazują ławie przysięgłych,

¹³ Mając na uwadze poczynione przeze mnie na początku dwa metodologiczne zastrzeżenia.

¹⁴ „Oceniając współmierność kary w relacji do dyrektyw i okoliczności wyznaczających jej wymiar, nie wolno zapominać, że art. 53 § 1 k.k. pozostawia wymiar kary sędziowskiemu uznaniu, nakazując, aby mieściła się ona w granicach przewidzianych przez ustawę” – wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2019 r., II AKa 262/18.

¹⁵ N. Isaacs, *The Limits...*, s. 339–340.

wyjmując je spod kompetencji sędziego. Pozostałe definicje wydają się zatem być bliższe temu, jak postrzegamy rzeczywistość wymiaru sprawiedliwości. Nacisk kładą one bowiem na granice swobody sędziego w decydowaniu o regułach (*rules*), jakie zastosować należy, rozstrzygając złożone zagadnienie (*controversy*), o ile naturalnie prawo takie wyznacza¹⁶. I tutaj autor dopatruje się *clou* zagadnienia – nieco uwspółcześniając – w jaki sposób sędzia realizuje cele prawa? Na ile jest związany sztywnymi ramami ustawy? Autor nie zadaje tego pytania wprost, ale można pośrednio odczytać, że nurtuje go kwestia poprawności radykalnego postulatu (który wydaje się być obecnie niezwykle silnie eksponowany), jakoby prawo w założeniu musiało ewoluować w zamknięty system, w którym każda potencjalna sprawa ma jasne normatywne rozstrzygnięcie. Przeciwnieństwem tego, jak to ujmuje autor – estetycznie atrakcyjnego konstrukt, miałyby być tyrania wszechwładnego, niekontrolowanego człowieka (sędziego). Wskazuje¹⁷ na dwa bardzo znane *dicta* orzeczeń sądowych, w których problem dyskrecjonalności był eksponowany i raczej oceniony negatywnie (choć ich tenor jest tak ogólny, że uważam, iż można z nich wyczytać dowolną tezę w zależności od przyjętych założeń). Pierwszy to fragment orzeczenia *Osborn v. Bank of the United States*:

Władza sądownicza, w odróżnieniu od władzy ustawodawczej, nie ma samodzielnego znaczenia. Sądy są zwykłymi instrumentami prawa i nie mają woli sprawczej. Kiedy mówi się, że korzystają ze swobody uznania, jest to jedynie dyskrecjonalność oparta na prawie, z której należy korzystać przy rozeznaniu kierunku wskazanego przez to prawo; a gdy to nastąpi, obowiązkiem sądu jest przestrzeganie tego. Władza sądownicza nigdy nie jest wykonywana w celu urzeczywistnienia woli sędziego; zawsze w celu wykonania woli ustawodawcy; lub innymi słowy, woli prawa¹⁸

oraz słynne dictum Lorda Mansfielda ze sprawy *John Wilkes, Esq v The King*: „Dyskrecjonalność, gdy mowa o sądzie oznacza rozsądną dyskre-

¹⁶ N. Isaacs, *The Limits...*, s. 342.

¹⁷ N. Isaacs, *The Limits...*, s. 343.

¹⁸ „Judicial power, as contradistinguished from the power of the laws, has no existence. Courts are the mere instruments of the law, and can will nothing. When they are said to exercise a discretion, it is a mere legal discretion, a discretion to be exercised in discerning the course prescribed by law; and, when that is discerned, it is the duty of the Court to follow it. Judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the Judge; always for the purpose of giving effect to the will of the Legislature; or, in other words, to the will of the law” – *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. (9 Wheat.) 738, 866 (1824).

cyjność regulowaną prawem. Musi być rządzona regułą a nie nastrojem; nie może być arbitralna, niejasna lub ekstrawagancka, ale oparta na prawie i powtarzalna¹⁹.

Powyższe prowadzi autora do wniosku, że istnieją poważne trudności w sprowadzeniu prawa jedynie do sztywnych reguł niejako automatycznie stosowalnych do każdego zaistniałego stanu faktycznego. Zwraca uwagę, że prawo wyróżnia zasady oraz standardy postępowania. Obserwacja niektórych gałęzi prawa umacnia przekonanie, że przewidują one mozaikę przepisów, które już w swym językowym ujęciu (np. należyta staranność) wymagają od sędziego stworzenia reguły (choć wydaje się, że autorowi chodzi jednak o zdekodowanie jej niż wykreowanie; choć na pewnym poziomie, jak już wskazywałem wcześniej, to jedynie kwestia etykiet), zastosowania standardu, który musi uwzględniać wszelkie okoliczności. Jak podkreśla, w niektórych przypadkach technika ustawodawcza nie jest w stanie uchwycić wszelkich kasusów w skończony zbiór, a często wprost i świadomie deleguje się decyzyjność sądowi (wspomniane już chociażby znamię ocenne „należytej staranności”)²⁰. Jednak najważniejszą obserwacją N. Isaacs, mimo że przeszło 30 lat przed erą H.L.A. Harta i R. Dworkina już pozycjonował dyskrecjonalność w perspektywie reguł i zasad, jest jednak coś innego. Nieco na marginesie głównych rozważań podkreśla, że tradycyjnie, jeżeli już akceptuje się dyskrecjonalność sędziowską, lokuje się ją raczej w procedurze, gdyż ta wymaga elastyczności z przyczyn konstrukcyjnych, w przeciwieństwie do prawa materialnego. To ostatnie może być skodyfikowane znacznie bardziej precyzyjnie, wyłączając praktycznie dyskrecjonalność, by zapewnić przewidywalność rozstrzygnięć. Jednak, na co trafnie wskazuje autor, ocena, czy rozstrzygnięcie narusza prawa strony (te wynikające z prawa materialnego), nie jest w zasadzie możliwa, jeżeli samo prawo powierza w jakimś obszarze sędziemu ostateczną decyzję. Nazywa taką relację strona–sąd warunkową (*conditional right-duty relation*), co należy rozumieć jako uznanie, że każda z decyzji sądu może „naruszać” interes którejś ze stron w zależności, w którym kierunku sąd orzeknie, bazując na przyznanej mu swobodzie, pozostając wciąż wiernym prawu.

¹⁹ „Discretion when applied to a court of justice, means sound discretion guided by law. It must be governed by rule not by humour; it must not be arbitrary, vague and fanciful, but legal and regular” – (1770) 98 ER 327 (B).

²⁰ N. Isaacs, *The Limits...*, s. 345.

Dalej autor konkluduje, że dyskrecjonalność lokuje się gdzieś pomiędzy „łagodzeniem” rygorów prawa (*allaying the rigor of law*) i naruszeniem zasad regulujących daną sferę (*contradicting or overturning the grounds or principles*).

Owa sfera inicjatywy sądu stanowi istotę orzekania. Ma ona służyć nie uwolnieniu prawa od reguł, ale wymierzaniu sprawiedliwości, co nie byłoby możliwe w przypadku braku swobody sądu²¹. Niewątpliwą wartością pracy N. Isaacs jest próba uporządkowania zastanych, tradycyjnych pojęć, w jak na tamte czasy i rodzimy system prawny autora wyjątkowo przemyślany sposób, z intencją ukazania fenomenu dyskrecjonalności jako immanentnej cechy sądenia. Wyraźnie akcentował konieczność odejścia od tych sposobów rozumienia pojęcia, które albo nie są specyficzne dla prawa oraz tych, które (jak np. pogląd utożsamiający dyskrecjonalność z wymogiem ostateczności orzeczenia) nie przystaje do realiów systemu procedury sądowej. Zwrócenie uwagi na fakt, że prawo nie jest w stanie uregulować każdej potencjalnej sytuacji i przewidzieć dla niej jasnych, niepodważalnych i znamienych reguł, było niezwykle istotne zwłaszcza w kontekście ówczesnych debat nad sposobem w pierw rozumienia, a następnie realizacji maksymy J. Adamsa o „rządzie praw, a nie ludzi”²². Stanowiła ona intelektualnie atrakcyjny argument za ograniczeniem do minimum sfery swobody nie tylko sędziego, ale innych organów egzekutywy, by nie dopuścić do rządów tyra. Nathan Isaacs trafnie wypunktował ten postulat, zwracając uwagę, że prawo to nie tylko sztywne reguły, ale także zasady i standardy, które nie mogą być ze swej istoty predefiniowane. Spojrzenie autora moim zdaniem jest o tyle interesujące, że wydaje się być nie tylko oceną określonego fenomenu w warstwie czysto deskryptywnej, ale doszukiwaniem się w nim cech swoistego modelu-wzoru dla konstruowania systemowych rozwiązań związanych z m.in. realizacją norm prawa materialnego. Akademickie rozważania o dyskrecjonalności balansują właśnie pomiędzy tymi dwoma metodologicznymi podejściami – czy mamy do czynienia z czymś immanentnie wpisany w system prawny, który stanowi konstytucyjny

²¹ N. Isaacs, *The Limits...*, s. 349 i 352.

²² „A government of laws and not of men” – J. Adams, *Novanglus...* Bardzo interesująca rozwinęta przez W.J. Graynora, sędziego Sądu Najwyższego Stanu Nowy Jork, w: *A Government...*, s. 282–286, gdzie wskazuje on, że ludzie ustanawiają prawa i powołują inne osoby do ich wykonywania, przy czym nie po to, by ci ostatni działali wedle własnego uznania, ale w ramach prawa.

warunek istnienia współczesnego trójpodziału władzy pomiędzy poszczególne domeny, czy też jest to jedynie pewna cecha aktualnego systemu, która nie ma dla niego znaczenia definiującego, a jedynie czysto funkcjonalne. Innymi słowy – dopuszczamy pewien stopień swobody sędziego w rozstrzyganiu sprawy związanej z odpowiedzialnością karną jednostki, gdyż dostrzegamy w tym pragmatyczny wymiar, ale nie jest to coś, co stanowi element kluczowy dla sądu, stanowiąc jedynie uznaniową i arbitralną delegację pewnej decyzyjności dokonywaną *casu a casu* przez ustawodawcę.

3. Dyskrecjonalność według H.L.A. Harta

O istocie dyskrecjonalności oraz jej różnorodnych odcieniach w ramach systemu prawnego pisał także H.L.A. Hart. Jednak, co ciekawe, swoje pierwsze fundamentalne analizy tego zagadnienia przedstawił nie w *Pojęciu prawa* z 1961 r., ale w tzw. zaginionym eseju z 1956 r.²³ Postawił wówczas 5 pytań związanych z istotą analizowanego przez siebie fenomenu:

- 1) Co to jest dyskrecjonalność lub na czym polega jej realizowanie?
- 2) Na jakich warunkach i dlaczego faktycznie akceptujemy lub tolerujemy dyskrecjonalność w systemie prawnym?
- 3) Czy musimy ją akceptować lub tolerować, a jeśli tak, to dlaczego?
- 4) Jakim wartościom grozi korzystanie z dyskrecjonalności, a które ona petryfikuje lub promuje?
- 5) Co można zrobić, aby zmaksymalizować korzystne działanie wykonywania władzy dyskrecjonalnej i minimalizować te szkody, które to wyrządza?²⁴

Przyjął w swojej analizie powyższych zagadnień specyficzną metodologię, polegającą nie tylko na rekonstrukcji czy też dekonstrukcji pojawiających się definicji, ale rozstrzygnięciu istoty i sensu wyróżniania tego zjawiska w systemie prawnym. Założeniem wstępnym rozważań

²³ W 1956 r. H.L.A. Hart podczas wizyty w Harvard Law School wygłosił wykład dla wydziałowej grupy roboczej, w którym analizował naturę i cechy „dyskrecjonalności” w prawie i w życiu. Uważano, że wykład zaginął w historii, dopóki Geoffrey C. Shaw nie odkrył kopii przygotowanej później przez Harta wersji pisemnej wśród dokumentów Henry’ego Harta i Paula Freundta w Archiwum Biblioteki Harvard Law School. Wykład został opublikowany w „Harvard Law Review” w 2013 r. H.L.A. Hart, *Discretion...*, s. 652–665.

²⁴ H.L.A. Hart, *Discretion...*, s. 652.

było przyjęcie, że dyskrecjonalność stanowi realny element systemu prawnego i przyjmuje zdaniem autora 3 formy:

- 1) Wyrażna lub zadeklarowana (*express or avowed*), do której zaliczył w przypadku sądów stosowanie określonych standardów w procesie (rozumienie przesłanek różnych instytucji, takich jak wysokie prawdopodobieństwo, uzasadniona obawia itp.), dyskrecjonalne orzeczenia, jak chociażby zabezpieczenie lub zobowiązanie do szczególnego zachowania lub powstrzymania się od zachowania (*injunction*) oraz wymiar kary w sprawach karnych²⁵.
- 2) Milcząca lub ukryta (*tacit or concealed*), do której zaliczył interpretację ustaw oraz stosowanie prawa precedensowego (ocena, czy dane rozstrzygnięcie stanowi precedens dla sprawy aktualnie rozpoznawanej).
- 3) Dyskrecjonalna ingerencja w uznane reguły lub odstępianie od ich stosowania (*discretionary interference or dispensation from acknowledge rules*), do których zaliczył m.in. prawo łaski²⁶.

Herbert Lionel Adolphus Hart akcentuje, że dyskrecjonalność ma różne oblicza w zależności, którą sferę funkcjonowania systemu prawnego badamy. Wprowadza dychotomiczny podział, następnie nieco dogłębniej wyjaśniony w *Pojęciu prawa*, i który to stał się następnie osią sporu z R. Dworkinem, że kategoria przypadków „jawnej” dyskrecjonalności nie jest kontrolowana za pomocą szczegółowych reguł. Wskazuje na jakościową różnicę pomiędzy tymi przypadkami (gdzie ustawa posługuje się niedookreślonymi klauzulami w rodzaju „istotny”, „rozsądny”, „sprawiedliwy” itp.) a tymi, które oparte są na sztywnych regułach, niezależnie, czy wynikają one od początku z tekstu prawnego, czy też są klaryfikowane w drodze praktyki sądowej (jako przykłady pokazuje wykładnię prawa i ocenę, czy zastosowanie w sprawie ma precedens). Ta ostatnia kategoria zdaniem autora, mimo iż zakłada dyskrecjonalność, w procesie jej realizacji nakazuje brać pod uwagę inne zupełnie czynniki niż kategoria pierwsza²⁷. I już w tej początkowej metodologicznej deklaracji kryje się coś, co powo-

²⁵ Wyróżnił także specyficzne uprawnienia amerykańskiego sędziego w odniesieniu do kontroli ławy przysięgłych, lecz wątek ten nie jest tutaj istotny.

²⁶ Przytoczył także specyficzne dla systemu anglosaskiego instrumenty zapobiegające stosowaniu wykształconych w *common law* mechanizmów.

²⁷ H.L.A. Hart, *Discretion...*, s. 656.

duje, iż można mieć obecnie zasadne wątpliwości co do poprawności tego konkretnego podziału. Nie chodzi o obserwację, że w różnych sferach funkcjonowania systemu prawnego władza dyskrecjonalna ma inny charakter i nieco inne przesłanki czy granice, ale o nie do końca klarowne przeciwstawienie interpretacji ustawy w celu zdekodowania konkretnej reguły aplikowalnej *in concreto* od realizacji kompetencji do dokonania subsumcji²⁸ opartej na ustawowych nieostrych kryteriach. Czy zatem w przypadku tej grupy sąd nie dokonuje wykładni przepisu, by ustalić granice swojej kompetencji? Herbert Lionel Adolphus Hart nie wyjaśnia, czym różni się stosowanie prawa w tych przypadkach od procedury tej w każdym innym, gdzie z jakiegoś powodu konieczna jest wykładnia tekstu ustawy. Nie można uznać za dostateczną klaryfikację skądinąd słusznej obserwacji, że stany faktycznie, które mogą być opisywane za pomocą reguły, są tak złożone i unikalne, iż nie można uzyskać jednej odpowiedzi, jak postępować, dlatego konieczna jest dyskrecjonalność po stronie organu stosującego prawo. Nawet konstatacja, że często przecież okoliczności faktyczne wykraczają poza zakres zastosowania konkretnej reguły, biorąc pod uwagę moment jej ustawowego sformułowania, jedynie zaciemnia obraz. Czy wówczas sąd kreuje nową regułę, czy jedynie adaptacyjnie „odkrywa”, że może ona jednak znaleźć zastosowanie do konkretnego stanu faktycznego? Jak zatem H.L.A. Hart rozumie fenomen dyskrecjonalności? Píše, że: „dyskrecjonalność zajmuje pośrednie miejsce pomiędzy wyborem dyktowanym wyłącznie osobistym lub chwilowym kaprysem, a tym który realizować ma jasne metody osiągnięcia jasnych celów lub zgodnym z regułami, których zastosowanie w konkretnym przypadku jest oczywiste”²⁹.

Postrzega więc ten fenomen jako rodzaj wyboru dyktowanego jednak możliwością następczego uzasadnienia w odwołaniu do sprawdzalnych kryteriów. Wiąże to z cechą, którą w pewnym sensie dyskredytował N. Isaacs jako mało dla prawnika konkluzywną, tj. mądrością i rozsądkiem decydenta. Herbert Lionel Adolphus Hart píše, że gdy nie

²⁸ Sam Hart naturalnie tym pojęciem się nie posługuje, ale z sensu przykładowego wyliczenia należy inferować, że w istocie o ten etap stosowania prawa chodzi.

²⁹ „(...) discretion occupies an intermediate place between choices dictated by purely personal or momentary whim and those which are made to give effect to clear methods of reaching clear aims or to conform to rules whose application to the particular case is obvious” – H.L.A. Hart, *Discretion...*, s. 658.

można zidentyfikować żadnej zasady, która tłumaczy określony wybór (podaje przykład pytania o ulubionego drinka czy też wybór pomiędzy nożem a widelcem, by zaostrzyć ołówek), trudno mówić w takim przypadku o jakiegokolwiek dyskrecjonalności. Jeżeli wybór jawi się jako jedyny oczywisty z uwagi na zakładany cel podejmowanego działania (zaostrenie ołówka nożem a nie widelcem) lub odwrotnie – jest całkowicie zależny o subiektywnych preferencji, żadna szczególna kompetencja do jego podjęcia nie jest potrzeba (np. wybór ulubionego drinka)³⁰. Ergo – identyfikowanie w tych przypadkach jakiegokolwiek mechanizmu wartościowego dla realizacji sprawiedliwości przez sądy jest zbędne. Jakie więc czynniki pozwalają na identyfikację, że w istocie do czynienia mamy ze stanem faktycznym, w którym realizacja dyskrecjonalności jest relewantna i jako taka pragmatycznie uzasadniona?³¹ Herbert Lionel Adolphus Hart identyfikuje pięć wniosków:

- 1) Nie ma klarownego dobrego/złego rozwiązania, natomiast można dostrzec mozaikę argumentów o różnym ciężarze, które mogą przedstawić inne osoby, obserwując daną sytuację.
- 2) Brak jest precyzyjnie definiowalnego celu, jaki ma zostać osiągnięty, jednak można opisać zakładane rezultaty w sposób generalny i nieostry, biorąc pod uwagę wszystkie rozproszone cele, jakie są identyfikowalne.
- 3) Nie są znane precyzyjnie okoliczności, w odniesieniu do jakich decyzja, gdy zostanie podjęta, będzie wywierała swoje skutki, aczkolwiek możliwa jest *ex ante* mniej lub bardziej dokładna tego prognoza.
- 4) W ramach ogólnie zarysowanego celu można wyróżnić istotne składowe lub czynniki, jednak nie ma klarownych reguł lub zasad, którymi można by zrelatywizować ich znaczenie dla ostatecznej decyzji lub gdy da się je jednak wyróżnić – jak precyzyjnie rozstrzygać kolizje pomiędzy nimi.
- 5) Ostateczna decyzja będzie mogła zostać oceniona jedynie przez pryzmat tego, czy była rozsądna, sensowna lub w sposób dodatkowo wartościujący – rozsądniejsza, bardziej sensowna niż inna.

³⁰ H.L.A. Hart, *Discretion...*, s. 658.

³¹ W swoim referacie Hart posługuje się barwnym przykładem osoby, która ma zorganizować przyjęcie i zastanawia się, czy użyć zestawu starych noży, które są srebrne, piękne i będą się doskonale komponowały z zastawą stołową i obrusami. Są one jednak tępe, ciężkie i nieco ostentacyjne.

Dla autora równie ważną komponentą dyskrecjonalności są także ewentualne kryteria oceny decyzji podjętej w powyższym kontekście. Wskazuje na dwa sposoby ewaluacji:

- 1) Z uwagi na sposób podejmowania samej decyzji w sytuacji, gdy jako zewnętrzni obserwatorzy dysponujemy zestawem przekonujących argumentów, jakie są optymalne warunki do podjęcia decyzji w danej sytuacji, lecz nie mamy jasnego przekonania, który rezultat jest dobry/zły.
- 2) Mając na uwadze założony cel, który – analizując dostępne parametry wstępne – można uznać za spełniony (ocena *ex post*).

Jeżeli pierwszy nazwiemy uzasadnieniem (*justification*), a drugi realizacją (*vindication*), może okazać się, że pomimo *ex post* braku pełnej realizacji założonego celu (choćby opisanego w sposób nieostry), kryteria podjęcia decyzji były uzasadnione. Ewolucyjnie dostrzegamy wówczas, że należy na przyszłość dokonać korekty przesłanek w celu lepszej optymalizacji wyników (by obiektywnie ocenić je jako np. rozsądniejsze)³².

Dlaczego zatem mielibyśmy w sytuacjach, które wypełniają wskazane powyżej charakterystyki, tolerować na gruncie systemu prawnego rezultaty przedmiotowych wyborów np. sądu? Herbert Lionel Adolphus Hart proponuje przyjrzenie się dwóm czynnikom – względnej nieświadomości faktu (*Relative Ignorance of Fact*) i względnej nieokreśloności celu (*Relative Indeterminacy of Aim*). Pierwszy sprowadza się do tego, że nie funkcjonujemy w świecie, gdzie zwłaszcza sferze systemu prawnego *ex ante* identyfikujemy precyzyjnie skończoną liczbę okoliczności i ich wzajemnych interakcji w powiązaniu z równie skończoną liczbą cech i czynników istotnych dla projektowanej regulacji. Tworząc reguły, racjonalnie zakładamy, że odnoszą się one do bardzo konkretnego zakresu przypadków. Tych, które chcemy opisać. Wydaje się to ponadczasową istotą ustawodawstwa – wola uregulowania określonych stanów faktycznych. W prawie karnym ma to jeszcze dalej idące uzasadnienie, gdyż poddajemy opisy typów czynów weryfikacji w perspektywie m.in. zasady *nullum crimen*. Obrazuje to m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2017 r.:³³

³² H.L.A. Hart, *Discretion...*, s. 659–660.

³³ II KK 162/17.

Jedną z fundamentalnych zasad prawa karnego – *nullum crimen sine lege* zakłada m.in. wewnętrzną określoność typu czynu zabronionego, czyli nakazuje konstruowanie takiego opisu poszczególnych zachowań karalnych by było możliwe ich wzajemne rozróżnienie. Powszechnie przyjmuje się, że w kategoriach błędu ustawodawcy rozpatrywać należy przypadek, gdy dwa typy czynów mają identyczny zakres zastosowania i normowania. Oznacza to, że jeżeli ustawodawca decyduje się na wprowadzenie do systemu odrębnych typów czynów zabronionych domniemywać należy, że regulują one odrębne kategorie zachowań (dotyczy to także typów zmodyfikowanych, które do opisu typu podstawowego dodają kolejne znamiona bądź znamiona doprecyzowują). Zatem w abstrakcyjnym ujęciu można twierdzić, że niektóre zachowania w aspekcie materialnym są w określonym zakresie tożsame – kradzież i kradzież z włamaniem (posiadając jednocześnie pewne odrębne cechy) inne są z kolei zupełnie rozłączne.

Jednak nawet w wydawałoby się klarownych przypadkach (H.L.A. Hart podaje zakaz wjazdu pojazdów do parku) okazać się może, że w chwili ustanawiania reguły nie byliśmy w stanie wyobrazić sobie mniej oczywistych lub podówczas nieistniejących jeszcze stanów faktycznych czy desygnatów określonego pojęcia prawnego. Owe przypadki będą podobne do tych „oczywiście” objętych pierwotną regułą, ale pojawi się szereg czynników, które należy rozważyć, by ostatecznie dokonać racjonalnej oceny, czy pierwotna reguła je obejmuje (H.L.A. Hart podaje przykłady nowych rodzajów urządzeń, co do których należałoby się zastanowić, czy powinniśmy je w kontekście ogólnego zakazu nazywać w ogóle pojazdami)³⁴.

Z kolei drugi czynnik dotyczy rzeczy także immanentnie związanej ze stanowieniem prawa, czyli ustalenia celu danej regulacji. Znów

³⁴ O tym na gruncie polskiego ustawodawstwa pisze M. Iwański, wskazując na zmianę paradygmatu konstytucyjnego i jego wpływu na przepis, który pierwotnie służyć miał innemu celowi: „Trzeba przy tym zauważyć, że celem wprowadzenia unormowania art. 138 k.w. oraz jego wcześniejszych odpowiedników było przede wszystkim wymuszenie na osobach zajmujących się zawodowo świadczeniem usług świadczenia ich po cenach urzędowych. Regulacje te wprowadzone były w całkowicie odmiennych realiach społeczno- ekonomicznych, związanych z gospodarką nakazowo-rozdzielczą, która z ekonomicznego punktu widzenia była gospodarką niedoboru. Realia te powodowały, że ustawodawca zmuszony był walczyć z zjawiskiem tzw. spekulacji. Jednym z jej przejawów było zaś zjawisko odmowy świadczenia usług przez świadczeniodawców w celu wymuszenia na klientach zapłaty ceny wyższej niż urzędowa. Oczywistym jest zatem, że unormowania te całkowicie nie przystają do dzisiejszych realiów gospodarczych. (...) Tymczasem, aby regulacja ta mogła dalej znaleźć jakiegokolwiek zastosowanie w praktyce wymiaru sprawiedliwości, należy nadać jej nowy sens. W braku możliwości jego znalezienia, należałoby stwierdzić, że art. 138 k.w. nie powinien być stosowany w praktyce” – M. Iwański, *Odpowiedzialność...*, s. 5–6.

możemy jasno wykazać, że określony zakaz miał reagować na konkretne zdarzenia. Jednak nie możemy *ex ante* wykluczyć, że nasz cel nie będzie inaczej rozumiany wraz z upływem czasu lub zmieniającymi się okolicznościami społecznymi (H.L.A. Hart mówi o celu, jakim np. jest zapewnienie spokoju w parku)³⁵. Wobec uznania naszych ograniczeń, które wykluczają w większości przypadków tworzenie zamkniętych i skończonych co do zakresu zastosowania reguł lub zasad, konieczność ważenia wartości stojących za konkretnym rozwiązaniem normatywnym stanowi naturalny element sprawiedliwego systemu prawnego. Jedyne zastrzeżenie do przekonywującego metodologicznie sposobu prezentacji fenomenu dyskrecjonalności przez H.L.A. Harta to to sygnalizowane już na wstępie. Odnosi on bowiem je stosunkowo swobodnie raz do procesu wykładni prawa, a innym razem do fazy jego stosowania, w drodze wykonywania kompetencji opartej na nieostrym kryterium. Jakkolwiek podzielam owe spostrzeżenie, że dyskrecjonalność ma różną charakterystykę w zależności od fazy procesu, np. pociągania osoby do odpowiedzialności karnej, jednak nie pokazuje w żaden sposób, na czym owe różnice miałyby polegać. Zrzucić to można naturalnie na karb realiów prawnych i rozwoju teorii prawa w chwili, gdy prezentował on swoje rozważania, jednak równocześnie należy podchodzić do tez prezentowanych w jego pracy z adekwatną dozą krytycyzmu i dostrzegając, że nie jest prawidłowe transponowanie ich do każdego typu systemu prawnego, a nawet w jego ramach do każdej gałęzi prawa.

Omawiane zagadnienie jest także przedmiotem rozważań autora w jego fundamentalnym i zapewne najszerzej chyba komentowanym dziele, tj. *Pojęciu prawa*, lecz w nieco innej perspektywie. Herbert Lionel Adolphus Hart koncentruje się bardziej na systemowym kontekście stojącym na przedpolu konieczności wyróżnienia czegoś takiego jak dyskrecjonalność sędziowska. Co istotne, spora część rozważań związana jest z zagadnieniami precedensu w prawie anglosaskim, które jednak w pewnym zakresie można przełożyć na realia systemu prawa, który tego mechanizmu w swojej tradycji nie wykształcił. Sam H.L.A. Hart zrównuje konstrukcje językowe ustawy oraz precedensu, wskazując na w dużej mierze zbyt ostre ich przeciwstawianie w ówczesnej jurejurisprudencji. Zatem niezależnie, czy mówimy o tekście ustawy, czy tekście orzeczenia

³⁵ H.L.A. Hart, *Discretion...*, s. 662–663.

precedensowego, problemy pojawiające się w konsekwencjach poprawnego odczytania reguł wynikających z tych komunikatów są identyczne. Język ma charakter otwarty (*open-texture*), co naturalnie prowadzi do uznania, że prawo w nim wysłowione nie może uciec od tej jego immanentnej cechy. Na co zasadnie wskazuje H.L.A. Hart:

W rzeczywistości wszystkie systemy, w różny sposób, stanowią kompromis pomiędzy dwoma potrzebami społecznymi: potrzebą pewnych reguł, które mogą być bezpiecznie stosowane przez jednostki prywatne w odniesieniu do szerokiego spektrum postępowania, bez nowych oficjalnych wskazań lub rozważania kwestii społecznych, oraz potrzebą pozostawienia otwartych, do późniejszego rozstrzygnięcia przez świadomy, oficjalny wybór, kwestii, które mogą być odpowiednio docenione i rozstrzygnięte tylko wtedy, gdy pojawią się w konkretnej sprawie. W niektórych systemach prawnych w niektórych okresach może się okazać, że zbyt wiele poświęca się dla pewności i że sądowa interpretacja ustaw lub precedensów jest zbyt formalna i nie odpowiada na podobieństwa i różnice między sprawami, które są widoczne tylko wtedy, gdy są rozpatrywane w świetle celów społecznych. W innych systemach lub w innych okresach może się wydawać, że zbyt wiele jest traktowane przez sądy jako wiecznie otwarte lub możliwe do rewidowania w orzeczeniach, a zbyt mało szacunku poświęca się takim ograniczeniom, jakie język ustawy, pomimo swojej otwartej struktury, przecież przewiduje³⁶.

Ta obserwacja umacnia przekonanie, że system prawny to w pewnym sensie płynna arena walki pomiędzy dwiema przeciwstawnymi tendencjami – pełnym sformalizowaniem i kazuistyką prawa oraz pozostawieniem sądom zakresu uznania w celu elastyczniejszego i sprawliwskiego reagowania na stany faktyczne, które *prima facie* nie stanowią zbioru przypadków oczywistych (zazwyczaj stanowiących pierwotny powód do uchwalenia określonego prawa). Jak argumentuje H.L.A. Hart, w obu komentowanych pracach – pierwszy, nieco mechanistyczny wariant jest po prostu niemożliwy z powodu naszych ograniczeń

³⁶ „In fact all systems, in different ways, compromise between two social needs: the need for certain rules which can, over great areas of conduct, safely be applied by private individuals to themselves without fresh official guidance or weighing up of social issues, and the need to leave open, for later settlement by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case. In some legal systems at some periods it may be that too much is sacrificed to certainty, and that judicial interpretation of statutes or of precedent is too formal and so fails to respond to the similarities and differences between cases which are visible only when they are considered in the light of social aims. In other systems or at other periods it may seem that too much is treated by courts as perennially open or revisable in precedents, and too little respect paid to such limits as legislative language, despite its open texture, does after all provide” – H.L.A. Hart, *The concept...*, s. 130.

intelektualnych (nie potrafimy wyobrazić sobie *ex ante* wszelkich potencjalnych konfiguracji stanów faktycznych stanowiących potencjalne desygnaty pojęć wyrażonych w przepisie) oraz ograniczeń wynikających z samej otwartej – tekstowości języka. Drugi z kolei nigdy nie jest oparty na dowolności, ale pozostaje limitowany językiem ustawy i dającymi się z niego wyinterpretować granicami, a w przypadku precedensu – kulturą systemu prawnego w tym aspekcie, ale także, co H.L.A. Hart akcentował celami stojącymi za danym rozwiązaniem legislacyjnym: „Otwarta struktura prawa oznacza, że rzeczywiście istnieją sfery zachowań, w których wiele musi być pozostawionych do rozstrzygnięcia dla sądów lub innych urzędników, którzy w świetle okoliczności zachowują równowagę, między sprzecznymi interesami, które różnią się swą wagą/ istotnością w zależności od konkretnego przypadku”³⁷.

Jednak tę kompetencję do rozstrzygnięcia sporów o treść reguł postrzega jako regułę drugiego stopnia, czyli swoistą meta-regulację systemową. W obecnej nomenklaturze moglibyśmy sparafrazować to jako konstytucyjną normę ustrojową kreującą dany organ i jego zadania oraz uprawnienia. Herbert Lionel Adolphus Hart ponownie posługuje się plastycznym przykładem sędziego w grze, który zostaje ustanowiony, by właśnie ostatecznie i wiążąco decydować o wyniku gry. Jeżeli akceptujemy jego rolę jako arbitra (niezależnie, czy ostatecznego słowa, czy system przewiduje możliwość odwołania i zakwestionowania jego stanowiska), to powstaje pytanie, czy np. wynik gry jest obiektywnie identyfikowalny z uwagi na określone odczytanie wiążących jej reguł, czy też jest tylko i wyłącznie tym, co powie sędzia w ramach swego uznania. Herbert Lionel Adolphus Hart wyraźnie czyni tutaj subtelną, acz istotną dystynkcję – *prima facie* okoliczność, że w istocie ten wynik jest ostateczny, który zostanie ogłoszony przez sędziego, stanowi jedynie pewien obiektywny opis gry i jej organizacyjnego kontekstu. Nie stanowi ona natomiast samodzielnej reguły tej gry. Jest ona regułą innej kategorii, autoryzującą do wiążącego wskazania wyniku. Zakłada ona jednak możliwość błędu sędziego, co samo w sobie nie powoduje, że uznajemy, iż sama gra została wypaczona i tak naprawdę mamy do czynienia już z zupełnie

³⁷ „The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case” – H.L.A. Hart, *The concept...*, s. 135.

inną dyscypliną sportu, ale wymaga uznania, że istnieje pewien limit błędnych rozstrzygnięć o samych regułach gry lub zdarzeniach na ich podstawie (H.L.A. Hart nie rozróżnia kategorycznie tutaj fazy wykładni od fazy subsumcji). Po jego przekroczeniu zasadnie można wskazać, że do czynienia mamy już z inną grą (która ma inne reguły). Ewidentnie jednak jest to cecha zewnętrzna wobec samego systemu reguł owej, gdy i tyczy jej organizacji. Przenosząc ten przykład na realia systemu prawnego, w praktyce prawem i rozstrzygnięciem na podstawie prawa jest to, co zostaje zawarte w prawomocnym wyroku, natomiast jest to pewien skrót myślowy, który nie dotyczy tyle samego prawa, co raczej kompetencji ustrojowej sądów. Dla H.L.A. Harta kwestia ostateczności decyzji sądu ma o tyle większe znaczenie niż dla prawnika kontynentalnego, że *ratio decidendi* orzeczenia stać się może precedensem i wiązać *erga omnes*, dopóki nie zostanie zmienione w drodze interwencji ustawodawczej lub przez sąd wyższej instancji. Jednak każdy sędzia funkcjonuje w ramach konkretnego systemu prawnego zawierającego reguły, które są na tyle klarowne w swojej istocie, że stanowią zobiektywizowany mechanizm kontrolny wobec poprawności orzeczeń, których to reguł sąd nie może zignorować.

Zatem H.L.A. Hart konkludował, że w przypadku, gdy reguła nie rozstrzyga danego zagadnienia wprost i charakteryzuje się otwartą strukturą, wówczas sędzia, realizując kompetencję dyskrejonalną, sięgać musi po pozaprawne kryteria (*extra-legal*) i tym samym tworzy nową regułę, zachowując się tym samym jak ustawodawca. W tym upatrywał, zdaje się, istotę kompetencji do dyskrejonalnego rozstrzygania spraw przez sądy.

4. Dyskrejonalność według R. Dworkina

Powyższy sposób patrzenia na system prawny i rolę, jaką w istocie spełnia dyskrejonalność sędziowska, został w części zakwestionowany przez R. Dworkina w kilku jego pracach. Sytuacja, jaką identyfikował R. Dworkin rozpoczynając swoje rozważania w przedmiocie dyskrejonalności, obejmowała dwa źródła decyzji sądów – reguła i dyskrejonalność. Ten dualizm swoje źródło ma w samym systemie prawnym, w którym występują przypadki, gdzie reguły nie przewidują klarownego rozwiązania, wobec czego sędzia musi dokonać wyboru. Nie stanowi to zaś wyłącznie jednostkowego ewenementu (*occasional misfiring*), ale stanowi

charakterystyczną cechą procesu stosowania prawa³⁸. Do czynienia z przypadkami trudnymi (*hard cases*), które nie stanowią przykładów podręcznikowych (do których stosuje się jasną regułę) mamy do czynienia w wielu konfiguracjach, które zmuszą sąd do niejednorodnych sposobów postępowania. Chodzi mianowicie o stany faktyczne, w których:

- 1) Sąd zmuszony jest uchylić dotychczas obowiązującą regułę lub zastąpić ją zupełnie nową.
- 2) Nawet jeśli sąd jest zdecydowany przestrzegać określonej klarownej reguły, jeśli ma ona zastosowanie, reguła ta może być tak niejednoznaczna, że nie jest jasne, czy w istocie ma ona zastosowanie, a sąd nie może podjąć decyzji po prostu studiując język, w którym reguła została wyrażona.
- 3) W tym samym czasie obowiązują dwie reguły i sąd musi wybrać, która stosuje się do konkretnego stanu faktycznego.
- 4) Sąd dochodzi do wniosku, że do czynienia mamy z luką (brakiem reguły).
- 5) Sprawa rozstrzygana jest przez odwołanie do reguł o nieostrym charakterze (zawierających zwroty ocenne – „konieczne”, „rozsądne”, „istotne” itp.), co nie oznacza, że nawet przy poprawnie ustalonych faktach wątpliwości co do zastosowania takiej reguły zostaną rozwiązane³⁹.

Ronald Dworkin uważa, że w tego rodzaju trudnych przypadkach sądy odwołują się do swoistych meta-reguł (takich jak cele polityk stojących u podstaw ustawy czy wymogów szeroko pojętej sprawiedliwości), które uzasadnić miałyby określony kierunek rozstrzygnięcia. Ale to jedynie przesuwa problem na inny poziom, gdyż należałoby poszukać z kolei meta-meta reguł do oceny zastosowanych meta reguł. Autor próbuje tę obserwację zilustrować dwoma *prima facie* kategorialnie odmiennymi przykładami:⁴⁰

- 1) Sędzia w grze, w której obowiązują sztywne reguły, może jednak decydować, czy doszło do zmaterializowania się przesłanki zastosowania danej reguły (np. odgwizdania faulu); w takiej konfiguracji

³⁸ R. Dworkin, *Judicial...*, s. 626.

³⁹ R. Dworkin, *Judicial...*, s. 627.

⁴⁰ Amerykańscy teoretycy mają manierę ilustrowania swoich teorii przykładami z baseballa, co czyni je tym trudniejszymi do zrozumienia dla prawnika kontynentalnego. Zatem uproszę podawane przykłady, zachowując ich sens.

jego dyskrecjonalność jest ograniczona zdarzeniami faktycznymi na boisku i może wpłynąć na wynik gry jedynie w ograniczonym zakresie (musi dojść do jakiegoś rodzaju kontaktu między zawodnikami lub innego konkretnego zdarzenia).

- 2) Podobnie jak w przypadku 1), precyzyjne reguły gry obowiązują, ale sędzia ma kompetencję do ich modyfikacji, jeśli uzna, że sprowadzi to grę w większym stopniu do realizacji określonych polityk (*fixed policies*) lub zasad (*fixed principles*) takich jak chociażby zmniejszenie kontuzjogenności gry, uatrakcyjnienie zawodów itp.; sędzia ma obowiązek uzasadnić, dlaczego podjął decyzję o zmianie reguły i udostępnić ją publicznie (np. ustalenie, że określone zachowanie dotychczas traktowane jako faul, wg reguł prowadzące wyłącznie do oddania gry przeciwnikowi, musi od tego momentu być jednak ukarane żółtą kartką).

Zatem dyskrecjonalność według R. Dworkina może być ograniczona na dwa sposoby – pełna swoboda decyzyjna przyznawana jest jedynie w pewnej sferze lub fazie aktywności, lub też przestaje być pełna z uwagi na limitacje obowiązujące całość aktywności. Zaś w swojej czystej postaci oznacza, że standardy, o ile jakieś istnieją i są uznane, dają podmiotowi prawo podejmowania decyzji (w określonych ramach) i jednocześnie negują roszczenie innej osoby do uzyskania konkretnej (innej) decyzji. Takie założenie wstępne prowadzi go do wniosku, że przypadek 2) nie stanowi przykładu dyskrecjonalności dlatego, że uczestnicy gry są jednak uprawnieni do rozstrzygnięcia gry w oparciu o znaną i ograniczoną ilość reguł, a sędzia nie jest uprawniony do podejmowania decyzji dowolnych (zmian reguł w trakcie). Gdyby było inaczej, musielibyśmy uznać, że reguły wskazane sędziemu jako wiążące nie mają znaczenia albo są wadliwe. Wszak reguły, jeżeli są sztywne i mają zerojedynkowy charakter, nie mogą mieć względnej „wagi” wobec siebie. Sędzia nie może wartościować ich względem siebie, a jedynie odmówić zastosowania, jeżeli uzna, że dana reguła jest nieważna (*invalid*). Kolidującymi regułami musi rozstrzygnąć inny uprawniony do tego podmiot, modyfikując ich zakres zastosowania (odrębna kompetencja niezwiązana już z dyskrecjonalnością, ale ze stanowieniem prawa). Z kolei polityki i zasady jak najbardziej mogą być „ważone” przez decydenta i w tym sensie mogą być stosowane w określonym stopniu. W przeciwieństwie do kolidacji reguł, kolidacja zasad i polityk może być rozwiązana wewnątrz samej gry

(faul zasługujący na żółtą kartkę czy nie). To z kolei prowadzi autora do konkluzji, że jeżeli w świecie reguł podmiot znajdujący się w sferze ich zastosowania ma prawo do rozstrzygnięcia, które jest najlepsze w świetle przyjmowanych zasad i polityk. Te zaś mają charakter zuniwersalizowany, społeczny, wymagają akceptacji i swoistej werbalizacji, co wyklucza możliwość powoływania się przez sędziego na swoje prywatne poglądy⁴¹. Ronald Dworkin stawia roboczą tezę, że trudne przypadki są rozwiązywane w oparciu nie tylko o reguły (jak to postulował H.L.A. Hart), ale o nieostre, lecz nie arbitralnie rozumiane standardy⁴².

Jednak nie do końca pozostaje jasne, jakie jest na kanwie tych rozważań ostateczne stanowisko autora, gdyż mimochodem (w przypisie) wskazuje, że istnieją w systemie prawnym przypadki, gdy funkcjonariusz publiczny otrzymuje władzę dyskrecjonalną, np. w przypadku ustalenia wymiaru kary. Realizowana jest ona w granicach i nie może być nadużyta (*abused*), ale uczestnik takiego postępowania nie jest uprawniony do konkretnego rozstrzygnięcia. Dodaje także, że kontrola konstytucyjności prawa jako część działalności sądownictwa jest czymś tak specyficznym, że kategorie przez niego prezentowane niekoniecznie mogą znaleźć zastosowanie. Zastrzega, że jego wywód odnosi się jedynie do przypadków, w których twierdzi się, że sędzia „tworzy prawo”, korzystając z dyskrecjonalności, nie rozwijając jednak tego wątku⁴³.

Swoje rozważania o dyskrecjonalności rozwinął w *Biorąc prawa poważnie*⁴⁴, zmieniając nieco swoje pierwotne podejście do problemu.

⁴¹ R. Dworkin, *Judicial...*, s. 628–632.

⁴² R. Dworkin, *Judicial...*, s. 634.

⁴³ „I am speaking throughout of cases in which the judge is said to «make law» by the exercise of his discretion. There are cases in law, as in baseball, where the officials are explicitly granted discretion—the judge, for example, in fixing sentences and in certain other remedial or procedural matters, and the umpire in calling official times out and in certain disciplinary matters. This discretion is exercised «within limits» and cannot be abused,» but we would not say that the participants were entitled to any particular decision on such a question. I have ignored throughout the question of whether the judge, the jury, or the iudex has discretion in determining «what happened,» not because I want to say they do, but because there is no space in which to consider the question. Similarly, I wish to exclude the role of the Supreme Court in deciding constitutional cases from the scope of this essay. There is distinguished opinion that this judicial function is unique, and consideration of the alleged differences would not be manageable here” – R. Dworkin, *Judicial...*, s. 634, przypis nr 6.

⁴⁴ Choć warto wskazać, że wcześniej w *Model of rules* przedstawił zręby tego, co w *Taking the rights seriously* nabrało nieco kompletniejszego kształtu. Ze względu na to, że rozdział w książce jest bardzo wierną (nieco zmodyfikowaną) wersją artykułu z 1967 r. – będą odnosił się do książki.

Wskazuje, że o dyskrecjonalności możemy mówić jedynie w kontekście, tj. gdy ktoś podejmuje decyzje podporządkowane jednak standardom pochodzącym od jakiegoś uprawnionego podmiotu (*authority*). Obrazowo wskazuje, że: „Dyskrecjonalność jest jak dziura w (amerykańskim) pączku, nie istnieje inaczej niż jako część otoczona ograniczeniami. Stawowi więc względny koncept”⁴⁵. Następnie wyróżnia (co stanie się osią wielu polemik i sporów o sens jego teorii w tym obszarze) trzy rozumienia (modele?) dyskrecjonalności:

- 1) Słabe (*weak sense*), gdy standardy, jakie ma zastosować decydent, nie mogą być aplikowane mechanicznie, ale wymagają rozważań (*judgment*); zwłaszcza gdy zewnętrzny obserwator nie zna szczegółów powinności decydenta lub nie rozpoznaje, dlaczego w danym zakresie powinność działania została zakreślona nieostro.
- 2) Słabe w innym znaczeniu, tj. ostateczności rozstrzygnięcia, zwłaszcza w zhierarchizowanych strukturach, gdy brak podmiotu, który mógłby zastąpić osąd decydenta własnym.
- 3) Silne, gdy decydenta nie wiążą żadne ustalone standardy; nie tyle chodzi o przypadki, gdy te są nieostre czy złożone, ani czy mogą być poddane kontroli; chodzi o ich zakres (*range*) i decyzje, które miałyby kontrolować⁴⁶.

Wprowadzenie przez R. Dworkina silnego rozumienia dyskrecjonalności ma znaczenie jedynie na potrzeby uzasadnienia jego „ataku” na pozytywistyczne ujęcie zaprezentowane przez H.L.A. Harta. Stało się ono przedmiotem moim zdaniem zasadnej krytyki części komentatorów, którzy wytykali mu metodologiczne niedostatki⁴⁷. Trudno zrozumieć czym tak naprawdę ta wersja dyskrecjonalności różniłaby się od pozostałych. Jeżeli rozumieć przez nią przypadek, gdy żadne obowiązujące standardy nie determinują lub ograniczają swobody w podejmowaniu decyzji, to nie jest to żadna dyskrecjonalność; nie spełnia ona definicji zaproponowanej przez samego autora. Mówilibyśmy wówczas jedynie o dowolnym i arbitralnym wyborze. Wyjaśnienie istoty tej koncepcji nie jest do końca jasne. Ronald Dworkin pisze:

⁴⁵ „Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction. It is therefore a relative concept” – R. Dworkin, *Taking...*, s. 31.

⁴⁶ R. Dworkin, *Taking...*, s. 32–33.

⁴⁷ M. Klatt, *Taking...*; K. Greenawalt, *Discretion...*, s. 359–399.

Silne rozumienie dyskrecjonalności nie jest równoznaczne z upoważnieniem i nie wyklucza krytyki. Niemalże w każdym przypadku, gdy ktoś działa (...) uznaje za relewantne pewne standardy racjonalności, uczciwości i efektywności. Krytykujemy te zachowania w kontekście powyższych standardów i nie ma powodów by robić to, gdy nie wykroczone poza centrum owych granic zewnętrznych upoważnienia. (...) Władza dyskrecjonalna podmiotu nie oznacza, że jest on wolny w decydowaniu bez konieczności odwołania się do standardów uczciwości i rozsądku, ale tylko tyle, że jego ostateczna decyzja nie jest kontrolowana przez standard ustanowiony przez upoważniony podmiot, o jakim myślimy mówiąc o dyskrecjonalności (...) Można powiedzieć, że decydent się pomylił, ale nie że pozbawił inną osobę jej prawa do uzyskania określonej decyzji⁴⁸.

To nieco sztuczne wyodrębnienie pojęciowe służy, biorąc pod uwagę dalsze wywody autora, do uzasadnienia, że sądy związane są nie tylko regułami (jak chciał H.L.A. Hart), ale także zasadami i politykami. Stanowią one taką samą część prawa jak reguły. Stawia przy okazji ważne pytanie, które mam wrażenie nie do końca jest doceniane, a dotyczy istoty wymierzania sprawiedliwości. Czy sąd instytucjonalnie zobligowany jest brać pod uwagę zasady podczas rozstrzygania o regule, czy jedynie chodzi o jakiś szeroko pojęty obowiązek moralny? Związanie instytucjonalne właśnie oznaczałoby systemowe związanie sędziego owymi zasadami w celu wykonywania przydanej mu ustrojowo funkcji (jak to nazywa sam R. Dworkin – stanowi część rzemiosła zawodowego). Autor naturalnie stawia twardą tezę, że podobnie jak reguły, także zasady i polityki wiążą sądy i stanowią część porządku prawnego. Bowiem jeśli tylko reguły determinują konkretny rezultat, a sądy uważają, że muszą podejmować decyzje w Hartowskim przypadku dyskrecjonalności w oparciu o pozaprawne standardy, by ustalić, jaki winien być wynik sprawy, to tak naprawdę nie robią niczego innego niż w przypadku „zwykłego” stosowania reguł. Nie nazywa tego jednak dyskrecjonalnością w silnym rozumieniu właśnie z uwagi na to, że finalnie i tak sędzia jest związany zasadami, których wzajemne ważenie prowadzi go do oceny, jak brzmi reguła w danej sprawie⁴⁹. Cała ekwilibrystyka R. Dworkina wydaje się mieć na celu zdyskredytowanie poglądu pozytywistów o dyskrecjonalności, a w konsekwencji ich poglądów na kompozycję samego systemu prawnego. Uważam, że w tym wąskim zakresie nie ma ona większej wartości dla samej debaty o dyskrecjonalności, gdyż *summa summarum*

⁴⁸ R. Dworkin, *Taking...*, s. 33.

⁴⁹ R. Dworkin, *Taking...*, s. 36.

sprowadza się do pewnego *Etikettenschwindel*. Ronald Dworkin nie tłumaczy chociażby, czy utożsamia pojęcie „zmiany reguł” (*rule alteration*) z „wykładnią/reinterpretacją reguł” (*rule reinterpretation*). Opisując angielski system prawny, akcentuje, że: „Sądy wyższych instancji często odrzucają ustalone reguły. Reguły common law – te wypracowane wcześniej przez sądy – są czasem wprost uchylane a czasem radykalnie zmieniane w drodze dalszego rozwoju orzecznictwa. Reguły ustawowe podlegają interpretacji i reinterpretacji, czasem prowadząc do rezultatu niekorespondującego z pierwotnymi intencjami ustawodawcy”⁵⁰.

Dalej konkluduje, że gdyby sądy mogły zmieniać reguły, oznaczałoby to, że tak naprawdę żadne reguły ich nie wiążą (prawo pozytywne ich nie obowiązuje). Tego paradoksu można byłoby zatem uniknąć, gdyby uznać, że istnieją pewne zasady wiążące sądy (meta standard), które wymagają, dla odstąpienia od uznanej reguły na rzecz innej, wykazania, że przyjęcie tego kierunku wzmocni i w lepszym zakresie zrealizuje istotniejszą zasadę. I nie może to zależeć od osobistych preferencji sędziego, ale od prawnego uznania wagi i wpływu określonych zasad. Akcentuje, że jedne zasady muszą wiązać bardziej, inne mniej. Wskazuje chociażby na doktrynę precedensu czy supremacji parlamentu, które wyznaczają granice swobody sędziowskiej i co do czego sami sędziowie zdają się nie mieć wątpliwości.

Wydaje się jednak, że R. Dworkin nie do końca odrzuca koncepcję owej silnej dyskrecjonalności, ale lokuje ją (trzeba przyznać, że dość arbitralnie) w przypadkach, gdy prawo wprost taką przekazuje sędziemu. Uważam jednak, że przykład z wymiarem kary określonej w stosownych widełkach nie jest fortunny, gdyż wbrew twierdzeniom autora, sąd nie jest wolny i niezwiązany żadnymi standardami w tym procesie. Dyferencjacja decyzji dyskrecjonalnej od dowolnej opiera się u R. Dworkina na założeniu, że prawo to system uprawnień (*entitlements*). Jeśli tak, to strona ma prawo do prawidłowej decyzji (*one right answer*), która nawet w trudnych przypadkach jest możliwa do identyfikacji. Uważa, że owych trudnych przypadkach sędziowie tak naprawdę dostrzegają, że wiążą ich pewne standardy i przyjmuje się określoną wzajemną wagę zasad, ale kontestują ten stan rzeczy w realiach konkretnej sprawy. Wciąż jednak zasady i standardy, jako obowiązująca część porządku

⁵⁰ R. Dworkin, *Taking....*, s. 37.

prawnego, umożliwiając dotarcie do owego słusznego rozwiązania, do którego jest uprawniony konkretny podmiot, wyznaczając konkretne granice wyboru. Zatem dyskrecjonalność w silnym rozumieniu nie stanowi mechanizmu, jaki sądy mogłyby stosować, chyba że ustawodawca wprost je w niego wyposaży⁵¹. Problem polega na tym, że cały sens wyróżniania słabej i silnej dyskrecjonalności wynika z dwóch okoliczności – obserwacji systemu prawnego przez R. Dworkina oraz jego interpretacji poglądów H.L.A. Harta. Obie te sfery są w jakimś sensie subiektywne (zwłaszcza ta pierwsza). Można odnieść wrażenie, że wywód o silnym rozumieniu dyskrecjonalności wynikał z tego, że jej istnienie jako jedynej formy dyskrecjonalności, zdaniem R. Dworkina, postulował H.L.A. Hart. W tym zakresie łatwiej jest zrozumieć poglądy autora, gdyż wewnątrznie spójnie prowadził swój wywód, lecz w przypadku braku podzielenia takiej interpretacji koncepcji H.L.A. Harta – okazuje się zupełnie zbędny. Co zaś tyczy obserwacji rzeczywistości normatywnej – zacytowany wyżej fragment dotyczący interpretacji i zmian reguł powoduje, że tak naprawdę nie wiadomo, ile różnych znaczeniowo i jakościowo pojęć wyodrębnia R. Dworkin. Uznanie, co nie stanowi chyba niczego nadzwyczajnego, biorąc pod uwagę nawet dość konserwatywne nurty prawoznawstwa, że treść reguły ustalana jest wiążąco w drodze wykładni, prowadzić musi do konstatacji, że sąd nie zmienia ani nie uchyla żadnej reguły. *In concreto* ocenia, uwzględniając zasady i przyjęte standardy wykładni, jaka jest treść normy. Powstaje pytanie, czy można ten proces także nazywać realizacją dyskrecjonalności? Brak spójności i klarowności koncepcji R. Dworkina nie pozwala na głębszą refleksję w tym obszarze, co nie zmienia jednak faktu, że pewne teoretyczne zręby istoty tego fenomenu w kontekście kompozycji systemu prawnego stanowią z pewnością inspirację dla bardziej współczesnych rozważań.

Warto zasygnalizować, że sam H.L.A. Hart odniósł się do zarzutów R. Dworkina w drugim wydaniu *Pojęcia prawa*, gdzie zdaje się nieco trywializować i relatywizować główne punkty sporu. Jednak wszystko sprowadza się znów do własnej obserwacji rzeczywistości sądowej. Herbert Lionel Adolphus Hart uważa, że nie jest prawidłowa teza o niesprzeczności i kompletności systemu prawnego (w tym sensie, że nie miałyby być w nim nieuregulowanych obszarów). Twierdzenie to miałyby być

⁵¹ R. Dworkin, *Taking...*, s. 71.

z jednej strony sprzeczne z tym, jak sami sędziowie postrzegają ów system prawny i uzasadnione z kolei zbyt konserwatywnym rozumieniem trójpodziału władzy. Broni prawotwórczej kompetencji sądów, akcentując, że są one (inaczej niż ustawodawca) związane szeregiem ograniczeń w realizacji tego uprawnienia i nie mogą wprowadzać reform *erga omnes*, ale reagują na konkretne sprawy, jakie zostały im przedłożone. Jest to znacznie bardziej opłacalna społecznie kompetencja niż jej alternatywa, tj. odmowa orzeczenia z powołaniem na konieczność interwencji ustawodawcy. Najmocniejszym i chyba najbardziej spójnym wewnątrznie argumentem, który daje się jakoś zuniwersalizować, jest ten, że w trudnych przypadkach, nawet jeżeli sędzia jest związany zasadami i politykami, na które musi się powoływać w rozstrzyganiu sprawy, gdy reguła nie daje jednoznacznej odpowiedzi, dochodzi do momentu, gdzie istnieje wiele rozwiązań zależnych od wzajemnego spozycjonowania wagi poszczególnych zasad. Tutaj H.L.A. Hart upatruje owej dyskrecjonalności. Interesująco obrazuje ten sposób myślenia następujące stwierdzenie:

Ponieważ w każdej trudnej sprawie mogą pojawić się różne zasady wspierające konkurencyjne kierunki, a sędzia często będzie musiał wybierać między nimi, polegając, podobnie jak sumienny prawodawca, na swoim poczuciu tego, co jest najlepsze, a nie na żadnym już ustalonym porządku priorytetów, który został mu narzucony przez prawo. Tylko gdyby dla wszystkich takich przypadków zawsze można było znaleźć w istniejącym prawie jakiś unikalny zestaw zasad wyższego rzędu, przypisujących względne wagi lub priorytety konkurującym zasadom niższego rzędu, moment tworzenia prawa przez sędziego byłby nie tylko wątpliwy, ale wręcz wyeliminowany⁵².

Innymi słowy, H.L.A. Hart twierdzi, że nawet gdyby przyjąć optykę R. Dworkina, to i tak na końcu sędzia musi móc wybierać pomiędzy potencjalnymi rezultatami, wartościując i oceniając wpływ zidentyfikowanych przez niego zasad aplikowalnych w danym przypadku.

5. Zasady i polityki według R. Sartoriusa

Nieco więcej światła na konsekwencje pierwotnego sporu na temat dyskrecjonalności rzuca R.R. Sartorius, który – mimo iż podziela pogląd R. Dworkina, iż zasady i polityki stanowią elementy obowiązującego prawa i wiążą sędziego, a Hartowski obraz prawa jest nazbyt wąski –

⁵² H.L.A. Hart, *The Concept...*, s. 273–276.

akcentuje pewne subtelności oraz konsekwencje Dworkinowskich argumentów. Kluczowym elementem pozycji R.R. Sartoriusa jest teza, że prawo stanowi system uprawnień dla jednostek, które, stając przed sądem, występują jako podmioty mające prawo żądania konkretnego rozstrzygnięcia ich sprawy, a nie jedynie uzyskania arbitralnej decyzji od stojącego ponad nimi organu (*begging a favor from a potential benefactor*). Ma to swoje źródło w dwojakim przekonaniu. Po pierwsze, że prawo rozpoznaje określone uprawnienie (*recognition*), po drugie, że ma ono pierwszeństwo przed innymi uprawnieniami i zobowiązaniami (*weight*) w danej sprawie. Jak operuje dyskrecjonalność w takim systemie? Według R. Sartoriusa sąd musi uzasadnić, dlaczego uznaje określone standardy czy polityki za mające znaczenie normatywne oraz następnie przydać im *in concreto* określone znaczenie czy wartość w przypadku zbiegu lub kolizji⁵³. Znow jednak debata sprowadza się do tego, w jaki sposób można przekonywująco wykazać, że określona zasada czy szerzej – racjonalizacja decyzji ma charakter prawny i wiążący, a zatem konsekwentnie może stać się podstawą wiążącego orzeczenia sądu, a kiedy stanowi jedynie amorficzną *extra-legal principle*. Rolf Sartorius przekonuje, że pewnie wiele potencjalnie poza-prawnych, społecznie relewantnych zasad nabywa prawny charakter nie przez decyzje sądów (co miałyby być namiastką legislacji), ale z uwagi, że pierwotna i zewnętrzna wobec prawa wspólnota jest na nich oparta. Podaje chociażby przykład sprawiedliwości i uczciwości, na których musi opierać się państwo prawa⁵⁴. Niektóre z tych ogólnych zasad czy polityk wpisane są wszak w konstytucje lub poszczególne akty normatywne, więc, zdaje się, problem może być nieco iluzoryczny. Wnioski autora co do kwestii rozpoznania, które istotne z punktu widzenia sądu zasady są w istocie częścią prawa i mają znaczenie dla kształtowania procesu decyzyjnego, wydają się obecnie nieco trywialne, gdyż odwołuje się on do ustaw, które albo wprost artykułują określone zasady, albo wskazują, jakie wartości społeczne mają znaczenie dla prawa. Wydaje się to jedynie kolejnym przykładem *Etiketteschwindel*.

Bardziej interesujące dla istoty koncepcji dyskrecjonalności sędziowskiej (a właściwie dla fundamentalnego zagadnienia, tj. czy taka w ogóle istnieje lub powinna istnieć) ma kwestia ważenia kolidujących lub

⁵³ R. Sartorius, *Social...*, s. 153–155: „demanding a particular decision as a matter of right, as something to which the law entitles him”.

⁵⁴ R. Sartorius, *Social...*, s. 155.

zbiegających się zasad reprezentujących preferowaną przez dany system prawny aksjologię. Jeżeli podzieli się poglądem R. Dworkina, że w każdej sprawie istnieje rozstrzygnięcie, które konstytuuje najlepsze rozwiązanie zbiegu zasad i polityk, należy przesądzić, jaki mechanizm dojścia do tego leży w rękach sądów. Wszak nie jest czymś szczególnym stwierdzenie, że w niektórych przypadkach sędzia napotyka na trudność w ocenie zidentyfikowanych w danej sprawie wiążących zasad, polityk czy standardów. A zwłaszcza nie dostrzega jasnego kryterium ich wzajemnej oceny, mającego prowadzić go do owej (jak należy rozumieć) ontycznej jedynie słusznej decyzji. Dla R. Sartoriusa sędzia musi w swym rozumowaniu mieć wsparcie instytucjonalne, czyli zaakcentować, że jego decyzja podejmowana jest w określonym kontekście zastanych wiążących standardów, zasad itp. W tym ujęciu najlepsze rozwiązanie to takie, które jest systemowo koherentne (formalnie), a nie wyłącznie optymalne w oparciu o preferencje zdeterminowane jedną zasadą lub osobistymi przekonaniem konkretnego sędziego. Sędzia wobec tego, w przeciwieństwie do ustawodawcy, nie może opierać decyzji na ocenie tylko istotności konkurujących polityk społecznych, ale musi zawsze odwołać się do całego zastanego formalnego, instytucjonalnego kontekstu systemowego. Innymi słowy, dwa rozwiązania w konkretnym stanie faktycznym mogą być równie optymalne i pożądanym z punktu widzenia identyfikowalnych w ustawodawstwie celów, ale niekoniecznie tak można na nie patrzeć, gdy weźmie się pod uwagę np. spójność systemową (czyli m.in. dotychczasowe rozstrzygnięcia sądów lub ustawodawcy, praktykę organów władzy wykonawczej). Autor rolę sędziego postrzega jako obowiązek rozstrzygnięcia konkretnej sprawy niezależnie od zasygnalizowanych wyżej trudności w ocenie adekwatnego stanu prawnego. Skoro ich przyczyną zazwyczaj jest nieostrość, niejasność czy inna niekonkretność zasad i polityk wiążących w danej kategorii przypadków, *prima facie* można byłoby uznać, że w istocie w danej sprawie nie istnieje prawidłowe rozstrzygnięcie. Zdaniem autora jednak brak jednoznacznego prawnego kryterium, które pozwalałoby na stwierdzenie, że tak, rzeczywiście nie można odnaleźć w konkretnej sprawie prawidłowego rozstrzygnięcia, przekłada się na obowiązek sędziego traktowania każdej, nawet najbardziej skomplikowanej sprawy jako mającej jednak owo optymalne systemowo rozstrzygnięcie⁵⁵. Innymi

⁵⁵ R. Sartorius, *Social...*, s. 158–159.

słowy – sędzia zawsze musi dążyć do rozpoznania sprawy i wiążącego rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach podmiotu, a trudność polega na tym, że każdorazowo musi uzasadnić wybór. Wówczas sędzia, jak się wydaje, nie dysponuje dyskrecjonalnością, która zdaniem autora ze swej istoty zakłada brak możliwości do ustalenia *ex ante* prawidłowej odpowiedzi na zadany problem.

Niezależnie od tego, czy nazwiemy sędziego quasi ustawodawcą (ograniczonego standardami), czy „odkrywcą” nieznanego wcześniej, ale zakodowanego w prawie rozstrzygnięcia, wciąż nie rozwiązujemy problemu fundamentalnego – możliwości oceny poprawności danego orzeczenia i granic upoważnienia sędziego do jego wydania. Autor wprawdzie wskazuje w zakończeniu swojego wywodu, że nieprawidłowe decyzje sądów są wszak obecne w systemie (nie zostały zaskarżone i uchylone), co nie czyni ich prawidłowymi. Nie podaje jednak kryterium oceny tego. Można zaobserwować, że dyskrecjonalność dla H.L.A. Harta była istotna z uwagi na rezultat, a dla R. Dworkina i R. Sartoriusa znaczenie miał sam proces dochodzenia do niego.

6. Zasady jako fundament według J. Raza

W interesujący sposób tezy R. Dworkina odczytuje J. Raz, co warto podkreślić – spoglądając na nie także z perspektywy prawnika kultury *common law*. Rozumie on pojęcie silnej dyskrecjonalności jedynie jako przypadek, w którym sądy są zobowiązane do rozstrzygnięcia, ale konkretna decyzja nie została zdeterminowana przez standardy prawne. Warto jednak zwrócić uwagę, że pod tym pojęciem rozumie wszystkie rodzaje norm – zarówno te o charakterze szczegółowym, jak i generalnym (do których zaś zalicza zarówno reguły, jak i zasady). Ma to znacznie, gdyż prowadzi go do wniosku, że Dworkinowska silna dyskrecjonalność zdefiniowana jest przez niego przy przyjęciu bardzo wielu dość arbitralnych założeń. Bowiem gdy sąd opiera decyzję o owe szeroko rozumiane standardy prawne, to nie realizuje żadnej dyskrecjonalności, gdyż rezultat danej sprawy jest *de facto* przesądzony przez prawo, które zawiera prawidłowe rozstrzygnięcie. Dyskrecjonalność ma miejsce jedynie wówczas, gdy dochodzi do sytuacji, w której dana sprawa nie jest przedmiotem regulacji prawa. Oznaczałoby to, że kiedy mówilibyśmy o dyskrecjonalnej kompetencji sądu do podejmowania decyzji, zawężalibyśmy ją jedynie do

przypadków, gdy brane są pod uwagę argumenty pozaprawne (*extralegal*). Joseph Raz uważa, że rozbieżności pomiędzy H.L.A. Hartem i R. Dworkinem wynikają poniekąd z zamieszania terminologicznego i H.L.A. Hart używa pojęcia reguł w właśnie w tym najszerszym ujęciu (jako ogólnych standardów prawnych, ale także społecznych). Zdaniem autora ze względu na niedostateczne uwzględnienie, że reguły i zasady mogą mieć w stosowaniu prawa bardzo podobne role, pojęcie dyskrecjonalności było przez przedstawicieli ówczesnego pozytywizmu rozumiane zbyt szeroko. A, jak twierdzi J. Raz, bardzo często tylko *prima facie* reguła wydaje się nieostra, gdyż w kontekście kontekstu normatywnego w postaci zasad da się doprecyzować jej treść na tyle, że nie pozostawia miejsca na dyskrecjonalność. Zdaniem J. Raza jednak fenomen dyskrecjonalności ma trojaki źródła:

- 1) Nieostrość języka, która jest jego inherentną częścią; może być ona w wielu przypadkach przewyciężona, jednak często zasady, które należy uwzględniać kontekstowo, także są nieostre i dyskrecjonalność pojawia się na innym poziomie.
- 2) Wzajemne znaczenie (waga) reguł i zasad; typowo systemy prawne pozostawiają kwestie oceny relacji pomiędzy poszczególnymi zasadami i regułami mającymi zastosowanie w danej sprawie właśnie dyskrecjonalności sądów. Prawo wówczas daje część wskazówek, ale nie feruje kompletnego rozwiązania; wskazuje raczej, jakie rodzaje rozważań powinny towarzyszyć decydentowi, a nie konkretnie, które rozwiązanie jest jedynie poprawne.
- 3) Klarowne rozwiązania prawne, które w sposób bezsprzeczny przekazują sferę uznania w ręce sądów; tego rodzaju normy prawne charakteryzują się tym, że ograniczają dyskrecjonalność, a nie determinują końcowe rozwiązanie.

Joseph Raz konkluduje, że wyróżnienie zasad, jako istotnego składnika systemu prawnego, nie eliminuje koncepcji dyskrecjonalności, ale wręcz przeciwnie – zakłada jej istnienie i określa jej charakter. Sądy nigdy nie działają arbitralnie, ale są związane ogólnymi zasadami prawa (zwłaszcza tymi o charakterze fundamentalnym, konstytucyjnym). Racje, jakie musi przedstawić sędzia, muszą mieć oparcie w standardach prawa, a rolą sądu jest ocena, która iteracja rozstrzygnięcia problemu jest tą najwłaściwszą *in concreto*⁵⁶.

⁵⁶ J. Raz, *Legal...*, s. 843–847.

7. Sprawiedliwa procedura a konkretny rezultat według K. Greenwalta

Na istotne mankamenty z kolei wąskiego rozumienia dyskrecjonalności i jej praktycznego wyeliminowania wskazuje przekrojowo K. Greenwalt. Uważa, że oparcie argumentacji na zrównaniu dyskrecjonalności z wyborem nie jest trafnym odwzorowaniem rzeczywistości systemu prawnego i ustrojowej pozycji sądów. Zresztą sędziowie świadomi swojej roli i kompetencji (nawet tych bardzo szeroko rozumianych) i równoległe dostrzegający ograniczenia własnej kognicji zdaniem autora lepiej wykonują swoją ustrojową rolę. Naturalnie, jeśli R. Dworkin i R. Sartorius identyfikują zasady i polityki, mimo że są niedookreślone normatywnie, jako mające równie istotne znaczenie dla podejmowania przez sądy decyzji co szczegółowej normy (reguły) – zakres dyskrecjonalności jest potencjalnie bardzo szeroki. Jednak nie oznacza to, że sędziowie w praktyce orzeczniczej przykładają równą wagę do szczegółowych i klarownych rozstrzygnięć normatywnych (ustawa i precedens), jak do stanowiących pewien normatywny kontekst interpretacyjny zasad (zwłaszcza tych wysłowionych w aktach prawnych wyższego rzędu lub kulturowo przyjętych zasadach prawa)⁵⁷. Powyższa konstatacja ma znaczenie, gdy w istocie rozróżniamy systemy, w których sądy mają, z uwagi na tradycję legislacyjną i ustrojową, większe kompetencje (nominalnie systemy *common law* w zakresie, w jakim ustawa nie reguluje określonego zagadnienia kazuistycznie) i te, w których pozycja ustrojowa sądu zawodowego wydaje się być bliższa roli specyficznego urzędu władzy wykonawczej. Ponadto w każdym z tych skrajnych modeli niuansować można praktyczny zakres kompetencji orzeczniczych w zależności od szczebla instancyjnego czy dziedziny prawa (sprawy karne i cywilne lub z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych). Stąd trudność w dobrym przełożeniu poglądów R. Dworkina na siatkę pojęciową systemu innego niż *common law*. Ale nawet na stosunkowo nieznianowanym poziomie ogólności spory o istotę dyskrecjonalności sędziowskiej toczą się zasadniczo wokół pierwotnego założenia o tym, co składa się na system prawny, gdyż wówczas można racjonalnie argumentować, w oparciu o jakie jego elementy sędzia może podejmować decyzje i w jakim zakresie korzystać powinien lub musi ze swobody.

⁵⁷ K. Greenawalt, *Discretion...*, s. 362.

Propozycje H.L.A. Harta i R. Dworkina w tym zakresie są złożone i niniejszy zarys nie ma w swym założeniu dokonywać ich kompleksowej oceny. Mają one znaczenie w tym wycinku, w jakim zdaniem ich zwolenników determinują rolę ustrojową sądu w optyce ich kognicji i kompetencji. Słusznie relatywizuje pewne rozbieżności K. Greenwalt, podkreślając, że niektóre zasady są wpisane w ustawy, a niektóre są identyfikowane przez doktrynę i orzecznictwo. Gdyby spojrzeć na rodzimy system prawny – wiele fundamentalnych zasad prawnych wyrażonych zostało albo w Konstytucji RP⁵⁸, albo w wiążących Rzeczpospolitą umowach międzynarodowych. Nikt nie ma wątpliwości, że stanowią one element porządku prawnego.

Co do czego można toczyć spory, to właśnie ich „waga” czy też „znaczenie” w procesie interpretacji i stosowania prawa *in concreto*. Przykładowo prawo do milczenia i zakaz zmuszania do samooskarżenia, jako jedna z najistotniejszych gwarancji związanych z szeroko pojętym uczciwym procesem i prawem do obrony, nie jest wyrażona wprost w katalogu praw i wolności w Konstytucji, podobnie milczy o nim art. 6 EKPC⁵⁹, z kolei MPPOiP⁶⁰ w art. 14 ust. 3 g) wprost ją statuuje⁶¹, podobnie jak k.p.k.⁶² w art. 74 oraz 175. Prawo to jest jednakże wyraźnie identyfikowane w perspektywie konstytucyjnej przez Trybunał Konstytucyjny i Sąd Najwyższy oraz w perspektywie konwencyjnej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Niezależnie więc od tego, czy *explicite* dana zasada wpisana jest do określonego aktu normatywnego – interpretator może ją uznać za aksjologicznie oczywisty element systemu mający znaczenie normatywne. Z kolei tak fundamentalne zasady jak chociażby te dotyczące wykładni (*lex posterior* itp.) nie są wyrażone w żadnym akcie normatywnym wprost, a powszechnie przyjmuje się, że wiążą interpelatora w procesie wykładni i ich błędne zastosowanie lub pominięcie ma realne znaczenie chociażby w przypadku postępowania odwoławczego,

⁵⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP, Konstytucja.

⁵⁹ Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.

⁶⁰ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Dz.U. 1977, nr 38, poz. 167.

⁶¹ „Każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo, na zasadach pełnej równości, co najmniej do następujących gwarancji (...) g) nieprzymuszania do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy”.

⁶² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2018, poz. 1987, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks postępowania karnego, k.p.k.

gdy zarzuca się naruszenie prawa materialnego. W jaki sposób bowiem ocenić, która norma miała zastosowanie *in concreto*, bez powołania się na owe niewysłowione reguły czy zasady? W tym zatem sensie raczej ma K. Greenwalt, relatywizując znaczenie sporu metodologicznego H.L.A. Harta i R. Dworkina jako mającego ograniczony wpływ na rozważania o roli sądów⁶³.

W takim ujęciu sędzia nigdy nie ma swobody orzeczniczej, a jedynie ma, za pomocą określonych, wiążących norm i zasad, dotrzeć do istniejącego ontycznie rezultatu, który może zostać przez zewnętrznego obserwatora uznany za prawidłowy lub nie. Jeżeli bowiem uznamy, że prawo zawsze przewiduje jedno prawidłowe (optymalne) rozwiązanie w każdej ze spraw, to w istocie dyskrecjonalność istnieje jedynie wówczas, gdy owo prawo wyraźnie zrzeka się swojej ostatecznie regulatywnej roli i ustawodawca w pełni przekazuje swoje kompetencje innemu podmiotowi (tak R. Sartorius zdaje się postrzegać proces wymierzania kary kryminalnej). Natomiast nieco inne spojrzenie, odrobinę zniuansowane i niekoniecznie zrywające z założeniem, iż prawo to nie tylko reguły, ale i zasady, standardy i polityki, pozwala skonstatować, że podejmowanie decyzji przez sędziego zawsze we współczesnej demokracji jest ograniczone niezliczoną ilością zasad: sprawiedliwości, racjonalności, logicznego wnioskowania, doświadczenia życiowego, braku dyskryminacji, domniemania niewinności, rozstrzygania wątpliwości na korzyść, godności, humanitaryzmu itp. Nawet gdyby spojrzeć na brzmienie art. 53 i 54 k.k.⁶⁴ – ów wymiar kary stawiany jako przykład swoistej absolutnej dyskrecjonalności jest obwarowany wieloma ograniczeniami. Stąd krótka droga do zakwestionowania Dworkinowskiego podziału na słabą i silną dyskrecjonalność. Jak wskazuje K. Greenwalt, jeśli standardy czy zasady charakteryzują się większą nieokreślonością (*more open-ended*), to w istocie rozróżnienie to się zaciera. Wszak nie można twierdzić, że prawo albo jest w pełni precyzyjne (nawet w sensie założenia o jedynym prawidłowym rezultacie osiąganym za pomocą mniej lub bardziej złożonych operacji argumentacyjnych), albo decydent ma pełną swobodę i nie jest skrupowany niczym oprócz własnego przekonania. Prawo w interesującym nas zakresie przewiduje spektrum rozwiązań pomiędzy

⁶³ K. Greenawalt, *Discretion...*, s. 364.

⁶⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2018, poz. 1600, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

tymi ekstremami⁶⁵. Pozwala to na postawienie tezy, że dyskrecjonalność to mechanizm, który zakłada, że sąd jest uprawniony do wyboru jednego z kilku rozwiązań, które nie są zdeterminowane przez jednoznaczne preferencje ustawodawcy, tj. nie ma organu, który władczo zmusiłby go do wyboru konkretnej. Wynika to albo ze świadomej decyzji ustawodawcy, który w realizacji przekuwanej w prawo polityki społecznej czy szerzej – rozstrzygnięcia aksjologicznego – pozostawia określoną sferę swobody sądowi, albo stanowi to rezultat immanentnie wpisanej w język i konsekwentnie w prawo nieostrości pojęć. Stopień powyższego zależy od tradycji legislacyjnej (syntetyczne kontra kazuistyczne ujęcie przepisów), dziedziny prawa (bardziej dookreślone prawo karne kontra otwarte prawo prywatne), ustrojowej roli sądów (spektrum od sądu powszechnego uprawnionego do pełnej rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa po sądy urzędnicze) itd.

Instytucjonalne uwarunkowania związane z alokacją kompetencji w poszczególnych domenach władzy państwowej mają często dominujący wpływ na istotę dyskrecjonalności w konkretnym systemie prawnym, nie mniejszy niż same struktury (językowe) ustaw. Ronald Dworkin uważa, że skoro istnieje jedyne prawdziwe rozstrzygnięcie w każdej sprawie, to musi istnieć obiektywny mechanizm weryfikacji tego, czy sędzia wywiązał się ze swojego zadania, tj. orzekł prawidłowo. Ma to zakorzenienie w poglądzie o prawie jako systemie uprawnień (*entitlements*). Kent Greenawalt zwraca uwagę, że strona jest uprawniona nie tyle do konkretnego wyniku sprawy (owego jedyne słusznego), ale raczej do sprawiedliwego, rozsądnego oraz bezstronnego rozpoznania jej żądania, gdy miała pełne gwarancje zaprezentowania swojego stanowiska. Z niewielkimi modyfikacjami jest to uniwersalne stanowisko, niezależnie czy mówimy o postępowaniu karnym, czy cywilnym. Jednocześnie, by uczynić zadość wymogowi stawianemu przez *one-right-answer-thesis*, musiałyby równolegle istnieć dostępny każdemu test na poprawność rozstrzygnięcia. Oznaczałoby to, że w każdym przypadku złożone rozważania sądu dałyby się sprowadzić do jakiegoś wspólnego mianownika z preferencjami każdego obserwatora. Zwrócić wypada jednak uwagę, że każdy aktor w postępowaniu reprezentuje swoje własne interesy i preferencje aksjologiczne. Nie muszą być one całkowicie przeciwstawne (choć zapewne

⁶⁵ K. Greenawalt, *Discretion...*, s. 366.

często przyjmują charakter zerojedynkowy), ale stanowią wypadkową unikatowych ocen otaczającej rzeczywistości prawnej i społecznej. Obie te perspektywy mogą wszak pozwalać na przyjęcie wielorakich rezultatów. Czy któraś z nich wobec tego jest tą jedyną prawidłową? Wydaje się, że przy takim, zdaje się stosunkowo uzasadnionym podejściu do tego, czym jest sprawa np. karna (od ustalenia sprawstwa, przez kwalifikację prawną, po wymiar konsekwencji), nie można zasadnie twierdzić, że dla każdego z uczestników sprawy oraz społeczeństwa konkretny jej rezultat będzie ontycznie jedynym zasadnym. Na tym właśnie zasadza się rola sądu, gdy prawo nie daje jasnej wskazówki, co robić w danym przypadku (nie daje, bo nie może lub nie chce). Wówczas sąd staje się swoistym katalizatorem zbiegających się w sprawie polityk społecznych, preferencji aksjologicznych oraz zbiegu/kolizji zasad i reguł determinujących ocenę treści prawa. Kent Greenawalt podsumowuje ten wątek, akcentując, że:

Kiedy sędziemu pozostawiono podjęcie decyzji w oparciu o kontrowersyjne i złożone teorie filozofii moralnej i społecznej, z których każda znajduje wsparcie w strukturze ustrojowej, wszyscy prawnicy wymagają, a twórcy ustaw i przepisów konstytucyjnych mogliby racjonalnie wymagać – by sędzia postępował racjonalnie i skrupulatnie dokonał wyboru tej najrozsądniejszej wedle jego przekonania. Jeśli spełnione są te wymagania, nie można obwiniać sędziego za jego zachowanie, co stanowiłoby typowe następstwo negatywnej oceny nieprawidłowego wykonania obowiązku, nawet gdybyśmy sam postąpili inaczej⁶⁶.

Powyższe najczęściej (zwłaszcza w owych *hard cases*) ujawnia się w uzasadnieniach orzeczeń, gdzie sąd zobligowany jest metodycznie wyjaśnić tok swojego rozumowania. Świetnym przykładem tego są chociażby rozbudowane uzasadnienia uchwał Sądu Najwyższego, w których, choć dotyczą one wyłącznie zagadnień wykładni ustawy, prezentowane są aksjologiczne preferencje składu. Gdy zestawia się tezę uchwały ze stanowiskami uczestników, ewentualnymi zdaniem odrębnymi oraz głosami krytycznymi, dostrzec można złożoność materii, o jakiej autorytatywnie orzekał sąd. Samo to ukazuje, że mogło ono mieć wiele rozwiązań w zależności od wagi przydawanej poszczególnym, uznanym za relewantne zasadom czy politykom. Uzasadnienie konkretnego rozwiązania ludzko przypomina uzasadnienia aktu normatywnego, a sama teza regułę⁶⁷.

⁶⁶ K. Greenawalt, *Discretion...*, s. 377.

⁶⁷ Przykładem dobrze odzwierciedlającym to podejście może być chociażby teza uchwały polskiego Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2021 r. w sprawie I KZP 5/20: „Użyty

Powyzszą obserwację K. Greenwalta w interesujący sposób krytycznie analizuje D. Jennex, akcentując, że wyraża ona dwa postulaty. Pierwszy, iż skoro nie ma w praktyce mechanizmu oceny poprawności rozstrzygnięcia w tzw. *hard cases*, sędzia konsekwentnie nie może mieć obowiązku rozstrzygnięcia w konkretny sposób. Jednak nie musi chodzić tylko i wyłącznie o poprawną w rozumieniu ontycznym decyzję, ale raczej o taką, która biorąc pod uwagę instytucjonalne wsparcie np. precedensu, doktryny lub systemu prawnego, wydaje się najrozsądniej odpowiadać na zadany problem. Jeśli pojawi się jednak sprawa, w której sędzia nie będzie w stanie orzec, jaki jest optymalny rezultat, zdaniem D. Jennex nie oznacza to, że takiego nie ma, ale że po prostu metoda przyjęta przez sędziego na to nie pozwala. Drugi postulat zawarty w wypowiedzi K. Greenwalta dotyczy tego, że w przypadku fundamentalnego sporu wśród prawników sędzia nie może zostać obciążony odpowiedzialnością za przychylenie się do jednego poglądu. To także nie oznacza, że nie można mówić o poprawnej (w rozumieniu najlepiej uargumentowanej) decyzji, a jedynie zakłada, że prawo, podobnie jak inne dziedziny nauki, wymaga stawiania hipotez. Są one poddane następnie falsyfikacji. Sędziowie w złożonych przypadkach muszą zatem

w treści art. 552 § 4 k.p.k. zwrot «tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie» obejmuje swoim zakresem również zastosowane przez obce państwo wobec osoby ściganej rzeczywiste pozbawienie wolności: 1) na skutek wydania przez polski sąd europejskiego nakazu aresztowania, o którym mowa w art. 607a k.p.k. 2) na wniosek ekstradycyjny uprawnionego polskiego organu, chyba że nastąpiło ono na podstawie decyzji organu Państwa wezwanego w ramach procedury ekstradycyjnej wyłącznie w wyniku naruszenia zobowiązań wynikających z: – umowy międzynarodowej, na podstawie której pierwotny wniosek został złożony, które to naruszenie nie było możliwe do przewidzenia w dacie składania wniosku lub w trakcie jego realizacji albo – ustaleń poczynionych na szczeblu dyplomatycznym w przedmiocie konkretnego postępowania ekstradycyjnego, w przypadku braku umowy w tym zakresie”. Od strony konstrukcyjnej blisko jej do charakterystycznej formuły definicyjnej znanej chociażby z art. 115 k.k. Zdaniem K. Greenwalta to doskonale ukazuje powierzchowność tezy o braku dyskrecjonalności oraz o tym, że działalność sądów nigdy nie ma nic wspólnego ze stanowieniem prawa. Nie chodzi w tym miejscu o to, by na nowo toczyć dyskusję o prawotwórstwie sądowym, ale by pokazać, że mechanizm argumentacyjny sądu niekoniecznie jest tak różny od tego, co robi ustawodawca. Naturalnie inne są instytucjonalne bariery dla obu tych podmiotów, ale od strony metodologicznej dostrzec można szereg podobieństw. Zatem skoro R. Dworkin uważa, że ustawodawca w oczywisty sposób posiada dyskrecjonalność, to kategoryczna teza o braku takiej po stronie sądów wydaje się być niewystarczająco uzasadniona. Wszystko to jednak jest pochodną przyjętych przez niego definicji, które – jak trafnie pokazuje K. Greenwalt – są co najmniej niedostatecznie uzasadnione, gdy chodzi o rzeczywistość sądową, by nie rzec arbitralne i nieweryfikowalne.

w obliczu kontrowersji wydać orzeczenie, które wspiera najwięcej faktów instytucjonalnych. Alternatywne ujęcie może być następnie testowane w kolejnych sprawach jako konkurencyjna hipoteza, która z czasem zostanie albo konkluzywnie sfalsyfikowana, albo stanie się wiążąca, zastępując poprzednią. Zdaniem autora w naukach społecznych metodologia weryfikacji poprawności określonej tezy nie różni się tak bardzo od nauk ścisłych (zwłaszcza eksperymentalnych)⁶⁸. W tym sensie zdaje się nieco modyfikować tradycyjne (i kwestionowane) rozumienie teorii *one right answer* w kierunku nieco bardziej elastycznej koncepcji rozstrzygnięcia optymalnego, mającego największe argumentacyjne wsparcie. Takie zatem może być traktowane jak każda hipoteza naukowa i następnie weryfikowane. Założyć należy, że autorowi chodzi o ewaluację w tych samych warunkach, tj. w sprawie przed sądem. Inne rozumienie powodowałoby, że w istocie postulat ten niewiele wnosi, gdyż, co już zostało zasygnalizowane – z uwagi na rozbieżne interesy uczestników postępowania w sprawie i ich usytuowanie instytucjonalne czy też rolę ustrojową – ocena poprawności orzeczenia podejmowana jest w odmiennych systemowo realiach. Odmienna ocena orzeczenia przez prokuratora, pokrzywdzonego, skazanego czy członków społeczności dotkniętej przestępstwem nie stanowi adekwatnego narzędzia, które pozwalałoby na obalenie hipotezy, iż to, co się wydarzyło, w optymalny sposób odpowiada poczuciu sprawiedliwości. Dopiero testowanie określonego sposobu rozstrzygania sprawy, na wszelkich jej etapach (gromadzenia i oceny dowodów, interpretacji prawa, subsumcji, wymiaru konsekwencji karnych itp.) w kolejnych postępowaniach, w których do czynienia mamy z podobnymi okolicznościami w nieco „laboratoryjnie ekwiwalentnych” warunkach sformalizowanej sprawy sądowej, pozwoli na weryfikację, czy zespół decyzji częściowych składający się na ostateczne orzeczenie jest bardziej trafny niż alternatywa.

8. Instytucjonalny wymiar dyskrecjonalności

Na instytucjonalną rolę zagadnienia dyskrecjonalności sędziowskiej zwraca uwagę z kolei M. Klatt, akcentując, że nie jest to wyłącznie zagadnienie teoretyczno-argumentacyjne, ale obejmuje fundamentalne

⁶⁸ D. Jennex, *Dworkin...*, s. 479–483.

kwestie podziału władzy, związania sędziów prawem, wyodrębnieniem kategorii *hard cases* i różnicy między wykładnią a prawotwórstwem. Adekwatnie opisana koncepcja dyskrecjonalności ma także znaczenie dla oceny legitymizacji orzeczeń sądowych i ich społecznej oceny w perspektywie poprawności i sprawiedliwości. Autor podkreśla, z czym należy się zgodzić, że analizowane z osobna pozycje H.L.A. Harta i R. Dworkina sprowadzają się w zakresie rozumienia dyskrecjonalności do następujących wniosków:

- 1) Herbert Lionel Adolphus Hart przecenia „prawotwórczy” aspekt orzekania, co prowadzi do zidentyfikowania bardzo szerokiego rozumienia dyskrecjonalności.
- 2) Ronald Dworkin nie docenia tego aspektu i argumentuje za minimalnym stopniem dyskrecjonalności⁶⁹.

Autor sięga po paralełę do poglądów R. Alexego o relacjach pomiędzy konstytucją a ustawodawcą, argumentując, że w istocie kluczowe elementy tej koncepcji można *per analogiam* odnieść do relacji ustawodawca – sądy, z uwagi na podobieństwa w strukturze owej relacji opartej na upoważnieniu jednego podmiotu przez drugi. Wyróżnia zatem trzy modele dyskrecjonalności:

- 1) Model proceduralny, w którym prawo nie zawiera żadnych nakazów ani zakazów by ograniczyć zakres dyskrecjonalności, co oznacza, że sądy mają pełną swobodę, o ile stosują się do uregulowań procesowych i ustrojowych wyznaczających ich kognicję, kompetencje, procedury i formy funkcjonowania. Uniezależnia on dyskrecjonalność od regulacji prawnomaterialnych, jednak wydaje się być niefunkcjonalny i sprzeczny z aktualnymi porządkami prawnymi państw demokratycznych, które niezależnie od kodyfikacji procedur obwarowanych szeregiem gwarancji – opierają funkcjonowanie państwa właśnie o rozstrzygnięcia prawa materialnego, a sądy są zobowiązane do zabezpieczenia prawidłowej ich realizacji.
- 2) Model materialny, gdzie prawo materialne reguluje kompleksowo każde zagadnienie, z czego wynika zupełny brak swobody sądów z uwagi na założenie *one-right-answer*.
- 3) Model mieszany zakładający w niektórych sprawach jasne wskazówki materialno-prawne (w rozumieniu Hartowskich reguł) oraz

⁶⁹ M. Klatt, *Taking...*, s. 9–10.

proceduralne upoważnienie do dyskrecjonalności w tzw. *hard cases*, gdzie nie ma jednoznacznego rozstrzygnięcia i należy w analizie brać pod uwagę kontekst tzw. pozaprawnych zasad.

Autor uważa, że model mieszany najlepiej obrazuje rzeczywistość, jednak wymaga pewnego niuansowania. Prawo determinuje tę rzeczywistość trojako – jedno rozstrzygnięcia są nakazane, drugie zakazane, a inne ani zakazane, ani nakazane, co oznacza, iż dopuszczalny jest w tych przypadkach wybór. Autor powołuje się na pogląd R. Alexego o strukturalnym polu manewru⁷⁰. Autor ten uważa, że w przypadku praw pozytywnych, tj. nakazania czegoś, nie każde zachowanie mające w rezultacie ochronić lub wspierać daną wartość musi zostać przedsięwzięte. Zatem w przypadku nakazów istnieje obowiązek podjęcia jednego z wielu adekwatnych dla ochrony celu i środka zachowań ochraniających lub wspierających. Nie wszystkie są niezbędne do osiągnięcia zakładanego optymalnego rezultatu, ale tylko niektóre z nich. Mogą one być skuteczne w tożsamy sposób. W tym sensie, zdaniem R. Alexego, adresat nakazu ma owo pole manewru. W przypadku zaś zakazu, prawo wyklucza zastosowanie wszelkich środków niszczących lub utrudniających (teoretycznie samo to stanowi warunek konieczny i zarazem wystarczający dla spełnienia postulatu ochrony). Jednak ten prosty system oceny nie wystarcza i w przypadku bardziej złożonych realiów prawno-społecznych nie można postrzegać sposobów ochrony wartości wyłącznie zerojedynkowo (efektywnych i nieefektywnych), gdyż zazwyczaj do dyspozycji mamy pewne spektrum. Obowiązki (zarówno negatywne, jak i pozytywne) często mają charakter zasad, więc należy je realizować w największym stopniu, mając jednocześnie na uwadze, że dojść może, a czasem musi do kolizji z innymi zasadami. Wobec tego komplikacje pojawiają się w przypadku problemów z ich wyważaniem i ostateczną efektywnością kierunku działania. Matthias Klatt identyfikuje tzw. poznawcze pole manewru w odniesieniu do wyważania i oceny efektywności. To ostatnie jest kluczowe w perspektywie prospektywnej oceny oddziaływania obecnie stosowanych środków w przyszłości⁷¹. Owo poznawcze pole manewru (czy też poznawcza dyskrecjonalność) wynika niejako z naszych ograniczeń w identyfikacji granic samego prawa. Dyskrecjonalność taka

⁷⁰ M. Klatt używa zwrotu „discretion”, natomiast w polskim tłumaczeniu R. Alexego autorstwa J. Zajadły pojawia się pojęcie „pola manewru”.

⁷¹ R. Alexy, *Teoria...*, s. 348–350.

może przybrać formę empirycznej, jak i normatywnej, w zależności do czego się owo pole manewru odnosi. Przyjmuje, że przykładowo sądy niższej instancji realizują poznawczą dyskrecjonalność empiryczną, gdyż czynią wiążące ustalenia faktyczne i dokonują oceny dowodów. Sądy wyższych instancji co do zasady są już w jakimś zakresie związane ustaleniami poczynionymi na etapie pierwszoinstancyjnym, ale za to ich rola ogniskuje się w realizacji poznawczej dyskrecjonalności normatywnej, czyli wiążącego decydowania o treści prawa regulującego dany (ustalony od strony empirycznej) przypadek. Zatem zdaniem M. Klatta dyskrecjonalność w aspekcie ustrojowym, a nie tylko teoretyczno-prawnym, doskonale ujawnia się właśnie w systemach procedury sądowej, gdzie zakłada się istnienie co najmniej dwóch instancji (a przynajmniej możliwości odwołania i zakwestionowania orzeczenia). W takim przypadku sama idea dwuinstancyjności wymusza niejako choćby minimalną formę dyskrecjonalności, gdyż wówczas sąd wyższej instancji może, ale nie musi zmienić orzeczenia sądu *meriti*. Jest jednak związany zakresem sprawy rozpoznanej w pierwszej instancji⁷². Jest to jednak założenie bardzo warunkowe, gdyż nie uwzględnia, jak się wydaje, chociażby modelu reformatoryjnej apelacji, który może w pewnych wypadkach uniezależniać sąd *a quo* od ustaleń sądu *a quem*, zwłaszcza gdy dopuszczalne jest kwestionowanie poczynionych ustaleń faktycznych jako odrębny zarzut odwoławczy⁷³. Wówczas należy dyskrecjonalności upatrywać w nieco innym miejscu, a mianowicie kwantyfikatorach determinujących wymóg minimum dla wzruszenia i następczej modyfikacji ustaleń faktycznych (np. wymóg rażącego charakteru błędów).

Powyższe zastrzeżenie nie dezawuuje podstawowego wniosku M. Klatta o tym, że dyskrecjonalność ma zasadniczo formalny charakter i sama nie mówi nic o materialnej treści rozstrzygnięcia. Jako narzędzie jest jednak zależne od przedmiotu ważenia – jeśli kolidują ze sobą zasady dotyczące praw podstawowych, tym istotniejsza jest pewność co do dającej się zidentyfikować bezsprzecznie w treści każdej z tych zasad ich

⁷² M. Klatt, *Taking...*, s. 14–15.

⁷³ Dobitnie widać to na przykładzie chociażby Kodeksu postępowania cywilnego, gdzie obowiązujący model apelacji pełnej (*cum beneficio novorum*) polega nie na rozpoznaniu apelacji przez sąd drugiej instancji, ale na ponownym merytorycznym rozpoznaniu sprawy w granicach zaskarżenia i nie mogą stać temu na przeszkodzie wady uzasadnienia sądu pierwszej instancji, także niewytknięte w apelacji – tak postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2021 r., I USK 166/21.

aksjologicznej relacji. W pierwszej kolejności zatem należy ocenić, czy mamy do czynienia z rozstrzygnięciem jednoznacznie nakazanym lub zakazanym, by dopiero w przypadku uznania, że jesteśmy w sytuacji patowej (nie mamy normatywnych argumentów za jednym bądź drugim) móc skorzystać z kompetencji do wyboru jednego z ekwiwalentnych rezultatów. Zdaniem M. Klatta powyższe może zostać wykorzystane nie tylko w przypadkach rozważań o wyważaniu zasad, ale także w procesie wykładni, gdzie możemy wskazywać na jednoznacznie wykluczony lub nakazany jej rezultat, ale również zidentyfikować sferę, w której poprawność konkretnego rozstrzygnięcia wykładniczego nie jest zdeterminowana *ex ante* obiektywnymi i niezmiennymi kryteriami⁷⁴.

9. Pragmatyczny wymiar dyskrecjonalności według A. Baraka

Fenomen dyskrecjonalności sędziowskiej, jak pokazuje powyższe syntetyczne jedynie zarysowanie stanu poniekąd historycznej już debaty, został silnie spozycjonowany przez spór o istotę i kompozycję prawa. Naturalnym jego elementem była dyskusja o istocie kompetencji sędziego w rozstrzyganiu spraw. Była ona jednak pewną pochodną pierwotnych założeń o samym prawie i tym, z jakich elementów się składa. Ale także z niewysłowionym założeniem, że chodzi o sędziego angloamerykańskiego i jego funkcjonowanie w jakiejś mutacji tradycji *common law*. Odnieść można jednak wrażenie, że w zasadniczym wymiarze, pomimo iż uczestnicy debaty deklarowali, jakoby ich koncepcje były efektem obserwacji rzeczywistości sądowej, wywody teoretyczne mają stosunkowo wąski zakres odniesienia. Można traktować to jako pewne metodologicznie uzasadnione uproszczenie, ale z drugiej strony lokowanie akurat dyskrecjonalności jako istotnego czynnika weryfikacji zasadności proponowanej teorii wymagało jednak nieco bardziej zniuansowanego spojrzenia. To najbardziej podstawowe twierdzenie, że sędzia korzysta z dyskrecjonalności, gdy reguła nie dyktuje jednoznacznego rozstrzygnięcia, jest z jednej strony niezwykle pojemne, gdyż potencjalnie obejmuje wszelkie fazy wykładni i stosowania prawa, ale równie dobrze można odnieść ją jedynie do procesu interpretacji tekstu ustawy w celu ustalenia treści prawa, które następnie mamy zastosować *in concreto*. Cóż bowiem

⁷⁴ M. Klatt, *Taking...*, s. 16.

znaczy stwierdzenie, że sędzia w rozstrzyganiu sprawy dysponuje lub nie dyskrecjonalnością? W jakiej jej fazie? A jeżeli w każdej, to czy należy ten mechanizm rozumieć jednorodnie? Czy dążenie do optymalnego rozstrzygnięcia, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych, społecznych i prawnych, może być obiektywnie weryfikowane? A także, jak rola ustrojowa sądu wpływa na rozumienie dyskrecjonalności i jej granic? I na końcu – jak ocenić, czy mamy do czynienia z *hard case*? Wszak niektóre elementy w danym stanie faktycznym są jasne, a co do innych należy wybrać z możliwych rozwiązań.

Przynajmniej część z tych wątpliwości została omówiona w pracy, która nie ma tak wyraźnie teoretyczno-filozoficznego profilu, ale pisana była raczej z perspektywy bardziej holistycznej oceny dyskrecjonalności, jako wręcz fundamentalnej cechy sądenia. Chodzi mianowicie o prace byłego prezesa izraelskiego Sądu Najwyższego A. Baraka⁷⁵. Wychodzi on z założenia, że pomimo wątpliwości wysuwanych przez R. Dworkina i jego zwolenników, dyskrecjonalność sędziowska istnieje jako mechanizm immanentny dla systemu prawnego demokratycznego państwa. Obserwacja funkcjonowania prawa nakazuje przyjąć, że do jego naturalnych cech należy pewna doza nieostrości jego zewnętrznej formy (choćby z uwagi na język ustawy albo decyzję ustawodawcy, by nie rozstrzygać zagadnienia kazuistycznie), co wymusza niejako istnienie instrumentarium, które jest akceptowalne, by stosowanie tegoż prawa *in concreto* mogło w ogóle nastąpić. Skoro sprawowanie wymiaru sprawiedliwości to m.in. obowiązek wydania wiążącego i ostatecznego rozstrzygnięcia o czyichś prawach i obowiązkach, nie jest możliwe, by ostatecznemu decydentowi nie pozostawić możliwości elastycznego podejścia w konkretnej sprawie na podstawie jej unikalnych realiów w kontekście albo nieostrego przepisu, albo kolizji kilku rozstrzygnięć ustawowych. Prawo nie może ostatecznie uregulować każdego przypadku w sposób, który pozwalałby na czysto mechaniczne i algorytmiczne orzekanie. Dlatego A. Barak definiuje dyskrecjonalność w podobny sposób, jak uczynili to w latach 50-tych H. Hart oraz A. Sacks⁷⁶, jako: „władzę, którą prawo

⁷⁵ A. Barak, *Judicial...*

⁷⁶ W książce *The legal...*, s. 162 przedstawili syntetyczną definicję, bez następczego jej rozwijania: „Discretion means the power to choose between two or more courses of action each of which is thought of as permissible” – H.M. Hart, A.M. Sacks, W.N. Eskridge, P.P. Frickey, *The legal...*, s. 7.

daje sędziemu do dokonania wyboru spośród alternatyw, z których każda jest zgodna z prawem⁷⁷. Dyskrecjonalność stanowi instrumentarium sędziego wyłącznie, gdy:

- a) istnieją co najmniej dwa potencjalne rozstrzygnięcia danego zagadnienia,
- b) żadne nie jest jednoznacznie wskazane przez system prawny jako prawidłowe,
- c) możliwe jest wyznaczenie granicy pomiędzy rozstrzygnięciem akceptowalnym prawnie a tym niezgodnym z prawem.

Aharon Barak odnosi powyższe do trzech sfer aktywności sędziego, tj. interpretacji (ustalenia treści normy), oceny faktów oraz zastosowania normy do faktów⁷⁸. Nie jest to twierdzenie w żadnej mierze rewolucyjne, ale w przeciwieństwie do czysto teoretycznych sposobów zarysowanych wcześniej, tak stanowczo wskazano w literaturze dotyczącej omawianego tutaj zagadnienia, że rozstrzyganie przez sędziego kwestii prawnych nie ogranicza się jedynie do zagadnień wykładni, ale obejmuje także inne etapy regulowane prawem, w których nie jest wykluczone, że będzie musiał używać instrumentarium dyskrecjonalnego. Ma to zwłaszcza znaczenie dla odpowiedzi na pytanie, czy dyskrecjonalność jest cechą charakterystyczną działalności sądu w każdej sprawie (a precyzyjniej – na każdym jej etapie), czy też stanowi jedynie konstrukt teoretyczny pozwalający na radzenie sobie w tzw. *hard cases*. Ma to znaczenie dla tematyki niniejszego opracowania, gdyż wstępne ustalenie, na czym polega sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, nasuwa szereg pytań, z jednym wysuwającym się na czoło. Otóż, uwzględniając specyfikę odpowiedzialności karnej w kontekście społecznym, konstytucyjnym i praw człowieka, a także swoiście ukształtowanej procedury, kluczowe jest ustalenie, czy dyskrecjonalność w którymś z jej elementów stanowi nie tylko teoretyczny instrument przydatny w rozpoznawaniu spraw złożonych, ale konstytucyjnie obowiązkowy element kompetencji sądu karnego. Aharon Barak próbuje pokazać różnice pomiędzy grupami spraw łatwych (*easy*), średnich (*intemediate*) oraz trudnych (*hard*), z pewnym wstępnym założeniem, że gdyby przyjąć, iż w każdej nawet najprostszej sprawie istnieje sfera luzu

⁷⁷ H.M. Hart, A.M. Sacks, W.N. Eskridge, P.P. Frickey, *The legal...*, s. 7.

⁷⁸ A. Barak, *Judicial...*, s. 12–16.

decyzyjnego sędziego – prawo stałoby się w jakimś aspekcie względne i utraciłoby swój potencjał do regulowania życia społecznego⁷⁹.

10. Próba zdefiniowania dyskrecjonalności w sprawie karnej

Naturalnie, jak często bywa w sporach prawniczych, z uwagi na okoliczność, że prawo to nauka społeczna, wiele zagadnień rodzi problemy w dużej mierze z uwagi na terminologię i wstępne założenia definicyjne. Dlatego też, dla uniknięcia zarzutu dowolności, poniżej zaprezentuję zarys własnego poglądu na fenomen dyskrecjonalności. Powyższe rozważania pozwalają moim zdaniem na przyjęcie, że dyskrecjonalność sędziowska to w istocie instrument stanowiący element sprawowania wymiaru sprawiedliwości polegający na wyposażeniu przez ustawodawcę sądu w kompetencję, by ten w konkretnej sprawie dokonał wiążącego i ostatecznego wyboru pomiędzy co najmniej dwoma możliwymi do zidentyfikowania rozstrzygnięciami, z których żadne nie jest jednoznacznie *ex ante* uznane za wyłącznie dopuszczalne (prawidłowe) lub jednoznacznie zakazane na gruncie danego aktu normatywnego, ale każde jednocześnie uważane jest za zgodne z celem, funkcją oraz aksjologią tego aktu normatywnego.

Zaproponowana wyżej definicja skonstruowana jest w oparciu o szereg pojęć, które same w sobie wymagają dookreślenia, gdyż bynajmniej nie panuje co do każdego z tych elementów konsensus. Uważam zatem, że owe alternatywy pojawiające się w sprawie, a stanowiące przedmiot realizacji kompetencji sądu, muszą wypełniać brzegowe warunki aksjologiczne aktu normatywnego, na gruncie którego występują, przy czym, w zależności od konkretnych uwarunkowań sprawy, wybór sądu uznany zostać musi za optymalny. Natomiast przez akt normatywny w omawianym kontekście rozumiem wszelkie akty prawa powszechnie obowiązującego, które w danej sprawie, z uwagi na uwarunkowania systemowe, mają zastosowanie w procesie ustalania treści normy, na

⁷⁹ A. Barak, *Judicial...*, s. 35. Ta konstatacja jest o tyle zaskakująca, gdyż dla jej zilustrowania autor posługuje się jedynie przykładami zasadniczo jednoznacznych przepisów, których wykładnia nie nastrocza większych problemów i nie budzi kontrowersji. Pomija tym samym to, co moim zdaniem jest w jego oglądzie sprawy najcenniejsze – odebranie dyskrecjonalności od płaszczyzny interpretacji. Zdaje się przy tym opacznie rozumieć sam koncept, jaki tak celnie zdefiniował.

podstawie której należy dokonać rozstrzygnięcia w sprawie. Chodzi zatem o recypowanie na grunt rozważań o naturze dyskrecjonalności do robku współczesnego prawoznawstwa, a zwłaszcza szeroko uznanej za najbardziej adekwatną w interpretacji karnistycznej koncepcji derywacyjnej oraz koncepcji norm sprzężonych. Niezależnie od ewentualnych rozbieżności wśród przedstawicieli doktryny w odniesieniu do powyższych koncepcji teoretycznych, kluczowym elementem w derywacyjnej koncepcji wykładni jest postulat tzw. harmonizowania kontekstów i brania pod uwagę wszelkich normatywnych wyrażań pozwalających na rekonstruowanie treści normy prawnej. W tym sensie nawiązuję tutaj do R. Dworkina i J. Raza, którzy uznawali, że nie tylko konkretne normy (reguły) są elementami systemu prawnego, ale także konstytuują go mniej dookreślone zasady i polityki. W przypadku systemu konstytucyjnego opartego na prawie stanowionym oraz jego jasnej hierarchii, konieczność uwzględniania w procesie wykładni, a następnie stosowania prawa zasad ogólnych o proveniencji konstytucyjnej, unijnej lub prawnomiędzynarodowej jawi się obecnie jako coś oczywistego. Inną kwestią jest, w jaki sposób w praktyce tego dokonywać i czy sądy powszechne i Sąd Najwyższy dysponują adekwatną metodologią.

Dyskrecjonalność traktuję zatem jako immanentną cechę sądownego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, który ogniskuje się wokół wiążącego rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach podmiotu, które prawo karne lokuje w sferze własnego zainteresowania⁸⁰. Powstaje wobec tego pytanie o tożsamość tak rozumianej dyskrecjonalności na poszczególnych etapach stosowania prawa w konkretnym przypadku. Fazy te to m.in. interpretacja przepisów procedury i przepisów prawa materialnego, czynienie ustaleń faktycznych przez gromadzenie dowodów, ich ocena, subsumcja ustalonych faktów pod zinterpretowane przepisy prawa, wymierzenie kary lub środka reakcji karnej, lub rozpoznanie środka odwoławczego. Jeśli uznamy, że istota każdego z tych etapów zakłada konieczność wyposażenia sądu w kompetencję do dyskrecjonalnego rozstrzygania (mniejszą lub większą), to czy możliwe jest ustalenie, jaki stopień swobody sądu wystarczy dla możliwości przyjęcia, że tak skonstruowane instytucjonalne instrumentarium jest adekwatne dla

⁸⁰ Mówiąc o podmiocie, należy uwzględnić tutaj nie tylko sprawcę, ale także pokrzywdzonego, którego interesy prawo karne w określonych przypadkach identyfikuje jako na tyle istotne, że ich ochrona wymaga reakcji karnej.

możliwości realizacji systemowej roli, jaką jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Zagadnienie to nie sprowadza się wyłącznie do debaty nad relacjami reguł i zasad, ale przede wszystkim do oceny, jaką rolę w demokratycznym państwie pełnić powinien sąd i jak ma wyglądać jego „komunikacja” z ustawodawcą, by nie doszło do naruszenia ich wyłączności kompetencyjnej. Jest to moim zdaniem kwestia równie istotna jak dyskusja toczona nad zakresem niezależności i bezstronności sądu, gdyż jest to jedna ze składowych holistycznego myślenia o sądownictwie w demokracji. Nie wydaje się, by do zaakceptowania jako sąd był organ wprawdzie niezależny i bezstronny, lecz pozbawiony możliwości dyskrecjonalnego rozstrzygnięcia o sprawach indywidualnych. Lecz konstatacja ta jest jedynie zaczątkiem szerszej refleksji nad tym problemem. Refleksji – co warto podkreślić – wykraczającej poza rozważania filozofii czy teorii prawa, ale nakierowanej na ustrojowe spozycjonowanie dysponentów poszczególnych domen władzy państwowej.

Summary

The concept of discretion in the domestic literature is generally associated closely with the theory or philosophy of law. This issue, despite the fact that its modern theoretical framework was created precisely by legal theorists headed by H.L.A. Hart and R. Dworkin, has a much deeper significance for the current debate on the modern democratic state and the role of the judiciary, especially in criminal cases. The text shows theoretical approaches to the phenomenon of discretion. The requirement of judicial independence, which is an integral element of the judiciary, falls within the essence of the right to effective judicial protection and the fundamental right to a fair trial. The criminal court in this view has a special role, as it decides on the most far-reaching restrictions on rights and freedoms. When shaping the rules of criminal liability, the legislator must bear in mind that it is not its role to decide individual cases, a competence constitutionally reserved for the courts.

Keywords

judicial discretion, administration of justice, court, criminal law, separation of powers

Bibliography

- Adams J., *Novanglus Papers*, no. 7.—*The Works of John Adams*, red. Ch.F. Adams, vol. 4, 1851, < <https://oll.libertyfund.org/title/adams-the-works-of-john-adams-vol-4> >.
Alexy R., *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010.

- Barak A., *Judicial Discretion*, New Haven 1989.
- Discretionary Power of Public Administration: Its Scope and Control*, ed. L. Leszczyński, A. Szot, P. Lang, Frankfurt am Main 2017.
- Dworkin R., *Judicial Discretion*, „The Journal of Philosophy” 1963, t. 60, nr 21.
- Dworkin R., *Taking rights seriously*, London 1977.
- Dyskrecjonalność w prawie*, red. M. Araszkievicz, Warszawa 2010.
- Graynor W.J., *A Government of Laws, Not of Men*, „The North American Review” 1903, vol. 176, no. 555.
- Greenawalt K., *Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges*, „Columbia Law Review” 1975, vol. 75, no. 2.
- Hart H.L.A., *Discretion*, „Harvard Law Review” 2013, t. 127.
- Hart H.L.A., *The concept of law*, Oxford University Press 1961.
- Hart H.M., Sacks A.M., Eskridge W.N., Frickey P.P., *The legal process: Basic problems in the making and application of law*, Westbury 1994.
- Isaacs N., *The Limits of Judicial Discretion*, „The Yale Law Journal” 1923, t. 32, nr 4.
- Iwański M., *Odpowiedzialność za odmowę świadczenia usługi (art. 138 Kodeksu wykroczeń) na tle kolizji zasad konstytucyjnych. Rozważania na kanwie przypadku łódzkiego drukarza o styku prawa karnego sensu largo i prawa konstytucyjnego*, „e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 7.
- Jakimowicz W., *Zewnętrzne granice uznania administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 5.
- Jaśkowska M., *Uznanie administracyjne a inne formy władzy dyskrecjonalnej administracji publicznej*, w: *Instytucje prawa administracyjnego. System Prawa Administracyjnego*, t. 1, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2015.
- Jędrzejczak M., Ziemiński K., *Dyskrecjonalność w prawie administracyjnym*, Poznań 2015.
- Jennex D., *Dworkin and the Doctrine of Judicial Discretion*, „Dalhousie Law Journal” 1992, t. 14, nr 3.
- Klatt M., *Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion*, „Ratio Juris” 2007, vol. 20, nr 4.
- Raz J., *Legal Principles and the Limits of Law*, „The Yale Law Journal” 1972, vol. 81, no. 5.
- Sartorius R., *Social Policy and Judicial Legislation*, „American Philosophical Quarterly” 1971, vol. 8, no. 2.
- Wojciechowski B., *Dyskrecjonalność sędziowska. Studia teoretycznoprawne*, Toruń 2004.
- Zimmermann M., *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Warszawa 2009.