

MIĘDZY PEWNOŚCIĄ A EFEKTYWNOŚCIĄ

MARGINALIZM INSTYTUCJONALNY
WOBEC PRAWOTWÓRCZEGO
STOSOWANIA PRAWA

Mariusz Jerzy Golecki

MONOGRAFIE LEX



LEX

a Wolters Kluwer business

MIĘDZY PEWNOŚCIĄ A EFEKTYWNOŚCIĄ

MARGINALIZM INSTYTUCJONALNY
WOBEC PRAWOTWÓRCZEGO
STOSOWANIA PRAWA

Mariusz Jerzy Golecki



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2011

Praca naukowa finansowana ze środków na naukę w latach 2008–2010
jako projekt badawczy

Recenzent:
Dr hab. Wojciech Załuski

Wydawca:
Magdalena Stojek-Siwińska

Redaktor prowadzący:
Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne:
Agnieszka Bąk

Łamanie:
Kamila Tomecka

Układ typograficzny:
Marta Baranowska

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2011

ISBN 978-83-264-1499-2
ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Książkę dedykuję pamięci mojej Matki, śp. Anny Goleckiej,
która z pasji przekazywania wiedzy oraz formowania postaw
uczyniła przedmiot swojej służby tym, którzy ją otaczali

Spis treści

Wykaz skrótów / 9

Podziękowania / 11

Wstęp / 13

Rozdział 1

Prawotwórcze stosowanie prawa jako problem teorii prawa / 21

- 1.1. Zjawisko wzrostu prawotwórczej roli sądów / 21
- 1.2. Próba dookreślenia pojęcia prawotwórczego sądowego stosowania prawa / 39
- 1.3. W stronę wyjaśnienia zjawiska prawotwórstwa sądowego – opisowe teorie prawotwórczego stosowania prawa / 50
- 1.4. Granice sensowności wypowiedzi na temat prawotwórstwa sądowego – zarys metateorii prawotwórczego stosowania prawa / 63

Rozdział 2

Marginalizm instytucjonalny jako metoda prawoznawstwa ekonomicznego / 80

- 2.1. Interpretacja czy instytucja? Filozoficznoprawne aspekty instytucjonalnych teorii prawotwórczego stosowania prawa / 80
- 2.2. Koncepcja zwrotu instytucjonalnego w teorii i filozofii prawa / 106
- 2.3. Prawo jako szczególna metoda zarządzania / 118
- 2.4. Ogólne założenia marginalizmu instytucjonalnego / 126

- 2.5. Teoria firmy R.H. Coase'a jako przykład zastosowania analizy marginalistycznej / 134
- 2.6. Ronalda H. Coase'a koncepcja kosztu ekonomicznego / 137

Rozdział 3

W stronę efektywności – marginalizm instytucjonalny wobec niezupełności prawa / 142

- 3.1. Twierdzenie R.H. Coase'a jako punkt wyjścia ekonomii kosztów transakcyjnych / 142
- 3.2. Istota uprawnień w świetle programu badawczego R.H. Coase'a / 144
- 3.3. Prawotwórcze stosowanie prawa w świetle twierdzenia R.H. Coase'a / 152
- 3.4. Ekonomiczna teoria niezupełności prawa / 190

Rozdział 4

Prawotwórcze stosowanie prawa jako przejaw ekonomicznej optymalizacji procesu tworzenia prawa / 202

- 4.1. Prawotwórcze stosowanie prawa w świetle tezy o ograniczeniu zasobów i kompetencji sądownictwa / 202
- 4.2. Prawotwórcze stosowanie prawa w świetle tezy o tzw. ścieżce zależności (*path dependence*) / 224
- 4.3. Prawotwórstwo sądowe jako rozwinięcie formuły R.H. Coase'a / 231
- 4.4. Model internalizacji zewnętrznych efektów prawotwórczego stosowania prawa / 237

Zakończenie / 247

Bibliografia / 253

Wykaz skrótów

BverfGe	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
EKPC	europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.)
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
FCC	amerykańska Federalna Komisja Łączności
FSK	niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny
Konstytucja PRL	Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz. U. Nr 33, poz. 232 z późn. zm.)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
KPP	Kwartalnik Prawa Prywatnego
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PiP	Państwo i Prawo
p.p.s.a.	ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.)
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SN	Sąd Najwyższy
TFUE	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010, s. 47)

TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TWE	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006)
ustawa o SN	ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Naj- wyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 z późn. zm.)

Podziękowania

Niniejsza praca została przygotowana w ramach realizacji kierowanego przez Prof. Marka Zirk-Sadowskiego grantu badawczego Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, poświęconego prawotwórczemu stosowaniu prawa. Panu Profesorowi serdecznie dziękuję za bezcenne uwagi oraz życzliwą zachętę do prowadzenia badań nad prawotwórstwem sądowym z perspektywy ekonomicznej analizy prawa.

Ponadto wdzięczny jestem Prof. Jerzemu Stelmachowi za zaproszenie do współpracy przy realizacji projektu poświęconego ekonomicznej analizie prawa, co stanowiło punkt wyjścia do zarysowania metody badawczej prezentowanej w niniejszej pracy.

Za przygotowanie wnikliwej recenzji wydawniczej serdeczne podziękowania kieruję do Dr. hab. Wojciecha Załuskiego.

W trakcie pobytu badawczego w latach 2008–2009 na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Cambridge miałem okazję wielokrotnie konsultować się w kwestiach dotyczących teoretycznoprawnych aspektów stosowania prawa z Prof. Johnem Bellem oraz Prof. Matthew H. Kramerem, za co kieruję do nich wyrazy wdzięczności.

Dziękuję także za istotne uwagi dotyczące prezentowanego w tej pracy rozumienia twierdzenia Coase'a wyrażone przy różnych okazjach przez Prof. Simona Deakina, Prof. Roberto Pardolesiego oraz Prof. Andrew Halpina.

Bezcenną pomoc przy ukończeniu niniejszej pracy stanowiło uzyskane przeze mnie stypendium KOLUMB Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej, w związku z czym składam podziękowania na ręce jej Prezesa, Prof. Macieja Żylicza.

Za wiele koleżeńskich rad serdecznie dziękuję Kolegom i Koleżankom z Katedry Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Łódzkiego, w szczególności Prof. Bartoszowi Wojciechowskiemu. Za możliwość przedyskutowania niektórych ekonomicznych i instytucjonalnych aspektów pracy składam

podziękowania Kolegom i Koleżankom z Polskiego Stowarzyszenia Ekonomicznej Analizy Prawa.

Szczególne podziękowania składam na ręce mojej Żony, Dobrochny, bez której wsparcia i wyrozumiałości książka ta zapewne nigdy nie powstałaby.

Wstęp

Jest rzeczą oczywistą, że historia debat intelektualnych nie może wyznaczać pola zainteresowań badawczych. Niemniej jednak nie sposób nie wspomnieć tytułem wstępu o dwóch rocznicach: pół wieku temu ukazały się drukiem dwa niezwykle istotne teksty. Po pierwsze, w 1961 r. ukazała się pod wieloma względami przełomowa dla prawoznawstwa praca H.L.A. Harta zatytułowana *Pojęcie prawa*¹; po drugie, w 1960 r. opublikowany został artykuł R.H. Coase'a zatytułowany *The Problem of Social Cost*² – jest on najczęściej cytowanym tekstem ekonomicznym, zarówno przez ekonomistów, jak i... prawników.

Monografia autorstwa H.L.A. Harta zawiera zarys opisowego modelu prawa, rozumianego jako związek reguł pierwotnych oraz wtórnych. Punkt wyjścia przyjęty przez Harta, zgodnie z którym prawo stanowi szczególny przykład systemu reguł społecznych, zapośredniczonych przez normy prawne, stał się punktem odniesienia nie tylko dla współczesnego pozytywizmu, ale dla wszelkich koncepcji teoretycznoprawnych.

Ujęcie Harta zawiera dwa niezwykle istotne z punktu widzenia niniejszej pracy elementy. Posiadając właściwą tradycyjnej angielskiej jursprudencji analitycznej wrażliwość, związaną z uznaniem wyjątkowej roli języka, stanowiącego środek zapośredniczający powinność oraz zinstytucjonalizowane formy zachowań społecznych, Hart postawił tezę o otwartej tekstowości prawa. Język, który stanowi środek wyrażenia powinności, nie poddaje się normatywnym ograniczeniom, przejawiającym się w próbie jego doprecyzowania. Zjawisko to przejawia się w postaci zbyt dużego (*overinclusivness*) bądź też zbyt małego (*underinclusivness*)

¹ Zob. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961; wyd. polskie: *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.

² R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law and Economics* 1960, vol. 3, s. 1–44.

zakresu znaczeniowego norm, stanowiąc poważne ograniczenie regulacyjnej zdolności prawa.

Sam charakter języka, konkretnie zaś jego niejasność czy nieokreśloność nie wyczerpują jednak katalogu ograniczeń, z jakimi zmierzyć się musi zarówno prawodawca, jak i organy stosujące prawo. Dodatkowo bowiem Hart wskazuje na ograniczenie zdolności przewidywania nowych zjawisk przez ustawodawcę jako na jedną z podstawowych przyczyn otwartej tekstowości. Zinstytucjonalizowanym remedium wobec takiego stanu rzeczy pozostaje jedynie aktywna postawa sędziów i urzędników, zmuszonych w niektórych przypadkach do tworzenia w sposób prowizoryczny nowych regulacji bądź też dostosowywania dawnych do aktualnych potrzeb.

Wydaje się, że niezupełność, nieokreśloność oraz niejasność reguł prawnych prowadzą do wzrostu prawotwórczej roli sądów. Jednocześnie można wyrazić przekonanie, że H.L.A. Hart w kwestii opisanja relacji pomiędzy tworzeniem a stosowaniem prawa pozostawił po sobie więcej pytań niż odpowiedzi. Pytania te nie przestają jednak przyciągać uwagi kolejnych pokoleń teoretyków prawa. W tym kontekście warto przytoczyć ostatnie zdania Posłowa do *Pojęcia prawa*: „Sędziowie nie są zazwyczaj wybierani, a twierdzi się, że w demokracji jedynie wybieralni przedstawiciele powinni mieć władzę prawodawczą. Jest wiele odpowiedzi na ten zarzut. To, że sędziowie powinni być wyposażeni w kompetencje do tworzenia prawa, aby uporać się z problemami tam, gdzie prawo zawodzi w swej regulacji, można traktować jako konieczną cenę, którą trzeba zapłacić za uniknięcie innych dostępnych metod regulacji prawnej, jak odwołanie się do legislatury. Cena ta zdaje się niezbyt wielka, pod warunkiem, że sędziowie są ograniczeni w korzystaniu ze swych uznaniowych kompetencji i nie mogą układać kodeksów czy wprowadzać szerokich reform, a jedynie ustalać reguły traktowania szczególnych kwestii wysuwanych przez konkretne sprawy”³.

Jeden z twórców współczesnego pozytywizmu prawniczego wskazał zatem na trzy potencjalne warunki dopuszczalności prawotwórczego stosowania prawa⁴. Po pierwsze, prawotwórcze kompetencje sądów powinny być ściśle określone i ograniczone. Po drugie, prawotwórstwo sądowe powinno ograniczać się do ustanawiania norm o wąskim zakresie zastosowania i wysokim stopniu szczegółowości. Po trzecie, prawotwór-

³ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Posłowie, Warszawa 1998, s. 368.

⁴ *Ibidem*.

cze stosowanie prawa nie może stanowić środka, przy pomocy którego realizowane są szeroko zakrojone reformy społeczne.

Jednocześnie w zawartym w Posłowie komentarzu samego Harta znaleźć można wskazówkę dotyczącą kryterium, przez pryzmat którego oceniać można zjawisko prawotwórczego stosowania prawa. Hart jednoznacznie stwierdza bowiem, że problem prawotwórczego stosowania prawa sprowadza się do tego, na ile wysokie są koszty związane z akceptacją zinstytucjonalizowanej praktyki tworzenia prawa przez sądy. Wyrażona przez niego intuicja stanowić może punkt wyjścia do opracowania takiego rozwiązania problemu prawotwórczego stosowania prawa, które będzie prowadziło do ograniczenia tej praktyki, do tych przypadków, gdy związane z nią koszty nie przewyższają korzyści.

Hart we wspomnianym wyżej tekście wspomina o cenie, jaką społeczeństwo zmuszone jest w tej sytuacji płacić. Wszystkie intuicyjne odniesienia do kosztów, korzyści czy cen wskazywać mogą na konieczność sięgnięcia po adekwatne w tym przypadku narzędzie analizy, jakie stanowić powinna ekonomiczna analiza prawotwórczego stosowania prawa. Tym samym zarysowuje się związek pomiędzy nakreślonym przez Harta problemem prawotwórczego stosowania prawa a podejściem, czy też szerzej programem badawczym, stanowiącym potencjalnie użyteczny instrument pozwalający problem ten, przynajmniej na poziomie teoretycznym, zbadać i rozwiązać.

W tym kontekście warto zatem odwołać się do drugiej ze wspomnianych na wstępie publikacji. Nie tyle jednak sama metoda badawcza przyjęta przez instytucjonalistów, co przedmiot badań, jakim jest prawotwórstwo sądowe, zdaje się niezwykle odległy od zainteresowań badawczych Ronalda H. Coase'a. Nic bardziej mylnego. Uważna lektura artykułu *Problem kosztu społecznego* pozwala na postawienie tezy, że jest to tekst poświęcony przede wszystkim dwóm zagadnieniom. Po pierwsze, dotyczy on niezupełności prawa oraz wynikających z tego zjawiska konsekwencji, zarówno prawnych, jak i gospodarczych. Po drugie, stanowi rozwinięcie zarysowanego wcześniej przez R.H. Coase'a modelu prawotwórczego stosowania prawa, stanowiącego istotny element ekonomicznej teorii regulacji.

Problematyka prawotwórczego stosowania prawa od dawna stanowi przedmiot zainteresowania teorii i filozofii prawa. Niemniej jednak niniejsza praca stanowi pierwszą w literaturze polskiej próbę kosztowego ujęcia problematyki stosowania prawa. Punkt wyjścia przyjęty w pracy stanowi nawiązanie do dwóch kierunków badań obecnych od kilku już

lat w polskiej literaturze teoretyczno- i filozoficznoprawnej. Zastosowanie perspektywy metodologicznej właściwej prawoznawstwu ekonomicznemu w celu wyjaśnienia zjawiska prawotwórstwa sądowego stało się możliwe dzięki prowadzonym od kilku lat przez J. Stelmacha oraz jego zespół badaniom dotyczącym zakresu zastosowania, przydatności, a także potencjalnych ograniczeń metod właściwych szeroko rozumianej ekonomicznej analizie prawa. Dostrzeżenie problemu kosztowego charakteru prawotwórstwa sądowego stało się możliwe dzięki wprowadzeniu do teorii i filozofii prawa argumentacji opierającej się na różnych formach argumentu z efektywności.

Jednocześnie przyjęte w niniejszym opracowaniu założenie, zgodnie z którym prawotwórcza aktywność sądów stanowi na tyle istotny problem teoretycznoprawny oraz organizacyjny i instytucjonalny, że konieczne jest zarysowanie zarówno opisowej teorii tego zjawiska, jak i podjęcie próby jego wyjaśnienia w kontekście efektywności procesu stosowania i tworzenia prawa, znalazło wcześniej wyraz w pracach L. Morawskiego. Sformułował on szereg twierdzeń na temat charakteru oraz przejawów prawotwórstwa sądowego, zarysowując rodzaj opisowej teorii prawotwórczego stosowania prawa. Ponadto wskazał także na rolę argumentu z efektywności w dyskursie dotyczącym uznania precedensu prawotwórczego za źródło prawa w polskim systemie prawa. Zwrócenie uwagi na efektywność prawotwórstwa sądowego otwiera w oczywisty sposób pole zastosowania dla ekonomicznej analizy tego zjawiska.

W szerszym kontekście można wskazać, że przyjęte w niniejszej pracy podejście badawcze stanowi także próbę dokonania swoistej syntezy w odniesieniu do dwóch koncepcji sytuujących się na styku prawoznawstwa oraz szeroko rozumianego podejścia instytucjonalnego, coraz częściej stanowiącego istotny punkt odniesienia dla nauk społecznych, takich jak socjologia czy ekonomia. Należy w tym kontekście wymienić teorię prawotwórczego stosowania prawa zarysowaną przez H.L.A. Harta. Stanowiła ona istotny i – jak się wydaje – jeden z bardziej kontrowersyjnych elementów programu badawczego Harta, określonego przez niego jako próba zarysowania opisowej socjologii zjawisk prawnych albo opisowej analizy instytucji prawnych.

Zgodnie z założeniami ekonomicznej analizy prawa można przyjąć, że zarówno tworzenie, jak i stosowanie prawa stanowi przejaw działalności wytwórczej. Może ona być realizowana w ramach jednego z dwóch podstawowych modeli prawoznawstwa ekonomicznego: modelu kooperacyjnego, w wyniku zawierania porozumień (schemat transakcyjny) lub

też w wyniku zewnętrznej ingerencji określonych instytucji, podejmujących decyzje dotyczące alokacji zasobów, również w odniesieniu do tych sfer, które zasadniczo leżą poza zakresem działalności gospodarczej. Akceptacja modelu pierwszego wiąże się z przyjęciem wielu założeń pozwalających na rekonstrukcję procesu wymiany rynkowej. Tymczasem adekwatność modelu drugiego opiera się na założeniu o zawodności rynków, przejawiając się w postaci poszukiwania alternatywnych w stosunku do nich instytucji, umożliwiających ich skuteczne zastąpienie. Wskazanie dwóch podstawowych modeli wymaga wyjaśnienia istniejących pomiędzy nimi zależności oraz wskazania, jaka kombinacja instytucji przynależących do obydwu modeli byłaby korzystna z punktu widzenia optymalnego wykorzystania zasobów. Odpowiedź na tak postawione pytanie badawcze domaga się uwzględnienia dwóch stanowisk. Zgodnie z podejściem opisowym (deskryptywnym) możliwe jest wskazanie czynników wewnętrznych i zewnętrznych decydujących o instytucjonalnej charakterystyce danej działalności. Zgodnie z podejściem normatywnym (preskryptywnym) wymagane jest przyjęcie zestawu ocen i wartości, stanowiących punkt wyjścia do sformułowania rekomendacji, dotyczących optymalizacji struktury instytucjonalnej w odniesieniu do przyjętych zmiennych instytucjonalnych.

Obydwa przedstawione wyżej podejścia – deskryptywne oraz preskryptywne – w istotny sposób wiążą się ze sobą. Wynika to z faktu, że dyrektywy przyjmowane na gruncie ekonomii uznać można za instrumentalnie zrelatywizowane. Relatywizacja odnosi się do zbioru wartości i ocen przyjmowanych w ramach ekonomii normatywnej. W odniesieniu do omawianego obszaru niezwykle istotną kwestią jest przyjęcie takiego zbioru ocen i wartości wyrażonych w postaci dyrektyw odnoszących się do wskazania, jaka wartość w skali działania społeczeństwa powinna podlegać maksymalizacji. W kontekście działalności prawotwórczej w ramach prawoznawstwa ekonomicznego przyjmuje się, że pożądaną zmienną, która powinna podlegać maksymalizacji, stanowi efektywność, wyrażająca się w postaci optymalnego wykorzystania zasobów.

Pojęcie efektywności nie jest jednak jednoznaczne. W ramach ekonomicznej analizy prawa zasadniczo przyjmuje się jedno z trzech kryteriów efektywności: efektywność rozumianą w sensie Pareta, efektywność w rozumieniu Kaldora-Hicksa albo efektywność jako maksymalizację dobrobytu, w znaczeniu zaproponowanym przez R.A. Posnera. Problem tworzenia i stosowania prawa, rozumianego jako proces produkcyjny w sensie ekonomicznym, domaga się jednak przyjęcia odmiennej mia-

ry efektywności, określanej jako efektywność produkcyjna. Stan efektywności produkcyjnej zostaje osiągnięty w przypadku, gdy dojdzie do zrównania krańcowych kosztów produkcji z krańcowymi przychodami, pochodzącymi z danej działalności produkcyjnej. Takie ujęcie efektywności opiera się zatem na zastosowaniu analizy marginalnej. Zgodnie z tym ujęciem efektywność prawa zostaje osiągnięta w przypadku, gdy zrównane zostaną koszty krańcowe oraz krańcowe korzyści towarzyszące jego tworzeniu i stosowaniu⁵. Jak zostanie to dowiedzione w rozdziale drugim i trzecim, taka właśnie koncepcja efektywności stanowi najwłaściwsze kryterium dla porównywania różnych metod regulacji oraz form tworzenia prawa. Stanowiła ona pierwotnie punkt wyjścia do przedstawienia przez R.H. Coase'a problematyki instytucjonalnej struktury rynku oraz zagadnień związanych z internalizacją kosztów zewnętrznych.

Można przy tym postawić tezę, że problematyka prawotwórczego stosowania prawa znajduje się w centrum uwagi zarówno R.H. Coase'a, jak i – w szerszym kontekście – zwolenników zapoczątkowanego przez niego programu badań, jaki stanowi analiza instytucji tworzących i stosujących prawo przy zastosowaniu założeń rachunku marginalnego. Założenia te wyrastają z jednego z głównych nurtów współczesnej ekonomii, za jaki uznać można marginalizm, a co za tym idzie otwarte są na krytykę skierowaną pod jego adresem. Przedmiotem niniejszej pracy nie jest jednak obrona marginalizmu na gruncie ekonomii, a jedynie próba zastosowania tej metody w celu rozwiązania jednego z najbardziej interesujących z teoretycznego i znaczących z praktycznego punktu widzenia problemów prawoznawstwa, jaki stanowi współcześnie zjawisko prawotwórczego stosowania prawa, ściślej zaś proces prowadzący do wzrostu zakresu oraz roli prawa tworzonego przez sądy w ramach czy też w ścisłym związku z procesem jego stosowania. Analiza tego zjawiska oraz interpretacja jego przejawów stanowi przedmiot pierwszego rozdziału. Punkt wyjścia niniejszej pracy stanowi przyjęcie hipotezy, zgodnie z którą proces ewolucji współczesnych systemów prawa zasadniczo prowadzi do sytuacji, w której nie jest spełniony żaden z postulatów H.L.A. Harta, a tym samym prawotwórcze stosowanie prawa stanowić zaczyna podstawową formę tworzenia prawa.

⁵ Zob. N. Mercuro, S.G. Medema, *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton 1997, s. 31–37; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 37–39; R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, tłum. J. Beldowski, J. Czabański, K. Metelska-Szaniawska, M. Olender, B. Targański, Warszawa 2009, s. 29–32.

Rozdział drugi pracy poświęcony jest natomiast przedstawieniu przyjętego w ramach różnych nurtów podejścia badawczego określanego jako marginalizm instytucjonalny. Wychodząc od opisowego modelu tworzenia prawa, zwolennicy tego podejścia koncentrują się na ekonomicznych oraz instytucjonalnych aspektach prawotwórstwa sądowego, formując jednak odmienne postulaty. Próba wyjaśnienia oraz rozwiązania problemu prawotwórczego stosowania prawa w świetle założeń marginalizmu instytucjonalnego stanowi przedmiot odpowiednio trzeciego i czwartego rozdziału. Proponowane dotychczas w ramach ekonomicznej analizy prawa rozwiązania nie wydają się bowiem zadowalające. Tym samym w ostatnim rozdziale zaproponowana zostanie próba rozwiązania problemu prawotwórczego stosowania prawa przez sądy w tym sensie, że zarysowany zostanie mechanizm internalizacji zewnętrznych kosztów prawotwórczego stosowania prawa wynikających z retroakcyjności. Uwzględnienie kosztów retroakcyjności prowadzi do osiągnięcia punktu równowagi, wyznaczającego optymalny zakres aktywizmu sędziowskiego oraz nakładów poniesionych przez ustawodawcę. Mechanizm ten zapewnia obniżenie całkowitych kosztów społecznych tworzenia prawa, zgodnie z podstawowymi założeniami marginalizmu instytucjonalnego.

Rozdział 1

Prawotwórcze stosowanie prawa jako problem teorii prawa

1.1. Zjawisko wzrostu prawotwórczej roli sądów

Zagadnienie prawotwórstwa sądowego od dawna budzi kontrowersje, zarówno w teorii, jak i w dogmatyce prawa. Problem ten w szczególności w ostatnim czasie nabrał znaczenia w odniesieniu do systemów prawnych, dotychczas stojących na stanowisku, zgodnie z którym sądy jedynie stosują prawo, nie mają natomiast kompetencji do jego tworzenia. W systemach prawnych należących do tzw. kultury prawa stanowionego, czy też kontynentalnej kultury prawnej, kompetencje prawotwórcze zazwyczaj należą wyłącznie do ustawodawcy⁶. Tradycyjnie takiemu podejściu przeciwstawiany jest anglosaski model prawa precedensowego, gdzie prawo tworzone jest także przez sądy, a precedens prawotwórczy należy do istotnych źródeł prawa⁷.

Tymczasem współcześnie zaobserwować można proces wzrostu znaczenia sądów oraz istotne przekształcenia w obrębie władzy sądowniczej, zarówno w systemach prawa opartych na precedensie, jak i w systemach

⁶ Przegląd rozwiązań dotyczących roli orzecznictwa w różnych systemach prawnych zawiera praca *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. N. MacCormick, R. Summers, Dartmouth 1997, *passim*.

⁷ Na odmiennosc anglosaskich precedensów oraz wyroków sądów w systemach prawa stanowionego wskazuje ostatnio M. Koszowski, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzecniczą*, Warszawa 2009, s. 111–143. Por. jednak J. Wróblewski, *The Concept and the Function of Precedent in Statute-Law Systems*, Archivum Juridicum Cracoviense 1974, nr 7, s. 7–20. Na pewne podobieństwa koncepcji precedensu w systemach *common law* oraz w prawie polskim zwracają uwagę L. Morawski oraz M. Zirk-Sadowski, *Interpreting (w:) Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. N. MacCormick, R. Summers, Dartmouth 1997, s. 222–224 i 248–256.

prawa stanowionego⁸. W tych pierwszych dostrzec można wzrost działalności prawotwórczej sądów przejawiającej się w odchodzeniu od ustanowionych wcześniej wiążących precedensów⁹. W wielu państwach tradycyjnie zaliczanych do grupy państw prawa precedensowego wykształcił się model kontroli konstytucyjności realizowanej przez sądy powszechne¹⁰. W tym kontekście wyróżnić można różne przejawy wzrostu władzy sądowniczej, a nawet podjąć próbę zarysowania typologii tych zjawisk, przy jednoczesnym uwzględnieniu różnic występujących w różnych systemach prawnych.

Ślady prawotwórczej działalności organów stosujących prawo znaleźć można w klasycznym prawie rzymskim, w ramach którego jedną z cech charakterystycznych stanowiła prawotwórcza działalność pretorów¹¹. Zasadniczo kompetencje prawotwórcze organów orzeczniczych nie były kwestionowane do momentu skierowania przeciwko utożsamianemu z precedensowym prawem sędziowskim „iusnaturalizmowi” *common law* postulatu ograniczenia prawotwórczej roli sądu na rzecz kompetencji ustawodawczych parlamentu¹². Program taki stał się jednym z podstawowych postulatów wczesnego analitycznego pozytywizmu prawniczego oraz utylitaryzmu J. Benthama¹³. W odniesieniu do Europy kontynentalnej wykluczenie prawotwórstwa sądowego sta-

⁸ Por.: N. Tate, V. Torbjorn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York 1995; A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford 2000; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 197–222; *idem*, *Czy sądy mogą się angażować politycznie?*, PiP 2006, z. 3, s. 6.

⁹ R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass. 2004, s. 1–31; R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge, Mass. 2008, s. 269–324. Posner stwierdza nawet w odniesieniu do Sądu Najwyższego USA, że: „The statistics make plain that the Court is indeed out of the error-correction business, and this is a clue to how far it has departed from conventional model of appellate adjudication and should prepare us to accept the Court’s basically legislative character. If the court tried to make law the common law way—that is, in tiny incremental steps, which is a form of legislating but one remote from how legislatures proceed—it would have little control over development of the law; it would be deciding to few decisions to provide significant guidance to the lower courts. So the Court tries to use the few cases that it agrees to hear as occasions for laying down rules or standards that will control a large number of future cases” (*ibidem*, s. 270).

¹⁰ Por. M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton 2007, s. 18–21.

¹¹ A. Watson, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford 1974, s. 65–69.

¹² Por. M. Lobban, *The Common Law and English Jurisprudence*, Oxford 1991, s. 258–288.

¹³ J. Bentham, *Truth versus Ashhurst or Law as It Is Contrasted with What It Is Said to Be*, London 1823 [1792], s. 11–12.

nowiło także jeden z podstawowych elementów dziedzictwa rewolucji francuskiej¹⁴.

Ostatecznie w XIX w. za sprawą postępującego ruchu konstytucyjnego i kodyfikacyjnego doszło do postawienia tezy o sprzeczności prawotwórstwa sądowego z zasadą podziału władz oraz z podstawowymi postulatami ustawowego pozytywizmu prawniczego na kontynencie europejskim. W Anglii i innych krajach prawa precedensowego doszło natomiast do wykształcenia się zasady *stare decisis*, w znacznej mierze zawężającej zakres prawotwórczej działalności sądów, co z kolei w dłuższej perspektywie doprowadzić miało do scentralizowania kompetencji prawotwórczych i przewzięcia istniejącej wcześniej konkurencji prawotwórczej działalności różnych sądów¹⁵. Spektakularnym zjawiskiem była w tym zakresie unifikacja *common law* i *equity* dokonana po 1873 r. w Anglii¹⁶.

Z upływem czasu okazało się jednak, że ani francuski model związania sądów treścią przepisów ustawowych, ani brytyjska koncepcja formalnie wiążącego precedensu nie są w stanie wyeliminować prawotwórczej działalności sądów. W systemie prawa francuskiego coraz większą rolę zaczęła odgrywać nieformalna praktyka tworzenia prawa przez sądy¹⁷. Odnosiło się to zarówno do prawa cywilnego, gdzie wiele konstrukcji i instytucji prawa cywilnego stanowiło wytwór praktyki orzeczniczej Sądu Kasacyjnego, jak i do prawa administracyjnego czy nawet karnego¹⁸. Praktyka ta zapewne utorowała drogę kształtującemu się we francuskiej teorii prawa przekonaniu o kluczowej roli sądów w dostosowywaniu prawa do zmiennych potrzeb. Doprowadziło to do ukształtowania całkowicie nowego podejścia do funkcji sądowego stosowania prawa, wyrażającego się w radykalnych postulatach zwolenników tzw. szkoły wolnego prawa¹⁹. Uwzględnianie dynamiki zmian społecznych, ewolucji norm społecznych

¹⁴ Sama doktryna zakazująca sądom tworzenia prawa została jednak sformułowana znacznie wcześniej. Por. Ch. L. Montesquieu, *O duchu praw*, księga VI, rozdział 1, tłum. T. Boy-Żeleński, Warszawa 1957 [1748].

¹⁵ Proces ten szczegółowo analizuje N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 1–31.

¹⁶ J. Evans, *Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century* (w:) *Precedent in Law*, red. L. Goldstein, Oxford 1987, s. 57–72.

¹⁷ Odnosnie do roli precedensu w prawie francuskim por. M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *Precedent in France* (w:) *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. N. McCormick, R. Summers, Dartmouth 1997, s. 118.

¹⁸ Por. K. Zweigert, H. Koetz, *Comparative Law*, Oxford 1998, s. 95; J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker, *Principles of French Law*, Oxford 2008, s. 37–55.

¹⁹ F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai sur critique*, t. 1, Paris 1932.

i obyczajowych czy wreszcie licznych zmian technologicznych stanowiło zadanie organów sądowiczych²⁰.

Analogiczne procesy na przełomie XIX i XX w. miały miejsce w USA, gdzie sądy coraz aktywniej włączały się w tworzenie nowych rozwiązań regulacyjnych²¹. Zjawisko to zauważalne było szczególnie w odniesieniu do prawa prywatnego, gdzie takie gałęzie prawa precedensowego, jak prawo odpowiedzialności deliktowej czy kontraktowej stały się areną prawotwórczych orzeczeń Sądu Najwyższego, stanowiąc w wielu wypadkach punkt wyjścia do wprowadzonego znacznie później ustawodawstwa społecznego²². Jednocześnie w teorii prawa, czy też szerzej – w prawoznawstwie, utrzymywało się napięcie pomiędzy różnymi podejściami do zjawiska aktywizmu sędziowskiego. Wynika ono z tego, że przyjmowane były różne, często zasadniczo odmienne normatywne teorie wykładni prawa²³.

Brak jednego dominującego normatywnego modelu wykładni prowadzi do sytuacji, w której samo określenie prawotwórczego bądź też czysto odtwórczego działania sądu staje się przedmiotem sporów doktrynalnych powstałych w związku z dokonywaniem ocen charakteru decyzji podejmowanych przez sądy²⁴. Oceny takie mogą różnić się diametralnie w zależności od przejętych uprzednio założeń. W związku z tym istnieje konieczność wykroczenia poza dyskusję toczącą się pomiędzy zwolennikami poszczególnych teorii wykładni i odniesienia problematyki prawotwórczego stosowania prawa do innej niż czysto językowa perspektywy badawczej. Postulat ten stawiają przede wszystkim zwolennicy podejścia instytucjonalnego w prawoznawstwie, wskazując na to, że niemożliwe

²⁰ Niektórzy autorzy francuscy postawili nawet tezę o całkowitej dominacji prawa tworzonego przez sądy w warunkach dostosowania prawa do zmian społecznych i technologicznych. Por. w szczególności G. Ripert, *Le Régime démocratique et le droit civil modern*, wyd. 2, Paris 1948, s. 85.

²¹ J.M. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780–1860*, Cambridge, Mass. 1977, s. 23–25; L.M. Friedman, *A History of American Law*, New York 1985, s. 378–381. Jest to szczególnie widoczne w sprawach dotyczących granic reglamentacji działalności gospodarczej czy zasady swobody umów. Por. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) oraz *Board of Trade of Chicago v. Christie Grain & Stock Co.*, 198 U.S. 236 (1905).

²² Proces ten szczegółowo analizował J.R. Commons, stwierdzając, że gospodarką amerykańską w pierwszej połowie XX w. kierowały „niewidzialna ręka rynku” oraz „widzialna ręka sądów”. Por. J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, New York 1924, s. 290.

²³ Przegląd stanowisk zawiera praca A. Vermeule, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge Mass.–London 2006, s. 18–59.

²⁴ W polskiej literaturze z zakresu teorii prawa na zjawisko to znacznie wcześniej zwrócił uwagę M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, PiP 1980, z. 6, s. 75–77.

jest formułowanie ocen poszczególnych normatywnych teorii wykładni bez uwzględnienia instytucjonalnej specyfiki działalności orzeczniczej.

W tym miejscu należy zatem odpowiedzieć na pytanie, na czym polega postępująca od drugiej połowy XX w. zmiana podejścia do prawotwórczego stosowania prawa? Po pierwsze, u schyłku XX w. dominacja prawa tworzonego przez sądy zaczęła mieć charakter uniwersalny, zaprzeczając tezie, jakoby prawotwórcze stosowanie prawa stanowiło domenę wyłącznie *common law*²⁵. Po drugie, należy uwzględnić teoretycznoprawne uwarunkowania prawotwórczego stosowania prawa, nie zaś jedynie uwarunkowania konstytucyjnoprawne czy komparatystyczne. Inaczej mówiąc, w ramach zarówno prawoznawstwa, jak i innych nauk społecznych, postulowane jest przeprowadzenie badań dotyczących tego, czy – i ewentualnie jakie – uwarunkowania (cechy samego prawa oraz sposobu jego tworzenia i stosowania) przesądzają o rozpowszechnieniu się w ostatnim czasie takiej formy tworzenia prawa, która w większości systemów prawnych staje się formą najistotniejszą, zarówno z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia. Po trzecie, problem wzrostu znaczenia prawotwórczego stosowania prawa wykracza poza tradycyjny paradygmat związku państwa i prawa. Niezwykle istotny przejaw wzrostu znaczenia prawotwórstwa sądowego stanowi jego rola, jako podstawowej formy tworzenia prawa w ramach działalności innych niż tradycyjne państwa podmiotów, takich jak organizacje międzynarodowe. W szczególności należy tu wymienić trzy obszary: prawo UE z centralną rolą sądów europejskich (Europejski Trybunał Sprawiedliwości, Sąd Pierwszej Instancji czy Trybunał Sprawiedliwości UE po wejściu w życie traktatu lizbońskiego), europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz rolę Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie tylko w kształtowaniu orzecznictwa w zakresie stosowania EKPC, ale także jego pośredniego wpływu na prawo konstytucyjne wielu państw europejskich w obszarze praw człowieka, w szczególności w sytuacji, gdy EKPC zostaje inkorporowana do krajowego systemu prawa, stanowiąc część ustawodawstwa konstytucyjnego, jak ma to miejsce w Wielkiej Brytanii. Ponadto coraz istotniejszą rolę odgrywają orzeczenia organów quasi-sądowych działających w ramach Światowej Organizacji Handlu²⁶.

²⁵ Por. A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law 2008, vol. 47, s. 72–129.

²⁶ H.U. Petersmann, *Judging judges: from 'principal-agent theory' to 'constitutional justice' in multilevel 'judicial governance' of economic cooperation among citizens*, Journal of International Economic Law 2008, nr 11, s. 827–884.

W tym kontekście można postawić tezę o tym, że prawo międzynarodowe w odniesieniu do pewnych obszarów, wyróżnionych bądź to terytorialnie jako regionalne porządki prawne, jak ma to miejsce w przypadku systemu praw człowieka w Europie, w postaci *sui generis* porządku prawnego o charakterze międzypaństwowym, jaki stanowi prawo Unii Europejskiej, bądź też jako specyficzny reżim prawny wyodrębniony na zasadzie funkcjonalnej, jak ma to miejsce w przypadku WTO, stanowi w znacznej mierze rezultat prawotwórstwa sądowego. Działalność tego typu dotyczy przy tym sądów o charakterze autonomicznym, niebędących organami poszczególnych państw, a jedynie stanowiących element struktury instytucjonalnej poszczególnych organizacji regionalnych czy międzynarodowych.

Wykształcenie się ponadpaństwowego czy pozapaństwowego prawotwórstwa sądowego nie jest jednak jedynym nowym zjawiskiem związanym z ekspansją prawotwórstwa sądowego. Niektórzy obserwatorzy wskazują na to, że autonomia organów sądowych w stosunku do krajowych porządków prawnych dodatkowo wzmacniana jest poprzez wykształcenie się ponadnarodowego dyskursu sądowego. Dyskurs ten w odniesieniu do sądów międzynarodowych stanowi punkt odniesienia dla nowej formy zarządzania sprawami międzynarodowymi przez koordynujące swoje działania sądy. W tym kontekście wskazuje się na proces powstawania międzynarodowego systemu wielopoziomowego zarządzania przez sądy (*international multilevel judicial governance*)²⁷. Jednocześnie w międzynarodowym, wielopoziomowym dyskursie sądowym uczestniczą także sądy krajowe, w szczególności sądy konstytucyjne.

Sądowy dyskurs praw człowieka rozszerzając swoje granice, przyczynia się równocześnie do ujednolicenia dyskursywno-argumentacyjnego modelu stosowania prawa, opartego na wyważaniu konkurencyjnych zasad. Model ten – opracowany na gruncie niemieckiej nauki prawa – został ostatecznie dopracowany w ramach teorii praw konstytucyjnych R. Alexy'ego²⁸, a następnie w tej formie został upowszechniony w wielu

²⁷ Por.: L. Garlicki, *Cooperation of Courts: the Role of Supranational Jurisdictions in Europe*, *International Journal of Constitutional Law* 2008, nr 6, s. 509–530; H.U. Petersmann, *Judging judges: from 'principal-agent theory'...*, s. 827–884; E. Mak, *The European Judicial Organisation in a New Paradigm: The Influence of Principles of 'New Public Management' on the Organisation of European Courts*, *European Law Journal* 2008, nr 14, s. 718–734; D. Piana, *Judicial Accountabilities in New Europe. From Rule of Law to Quality of Justice*, Farnham–Burlington 2010, s. 159–193.

²⁸ Por. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, tłum. z niem. J. Rivers, Oxford 2010; B. Brożek, *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007, s. 284–287.

państwach, przyczyniając się do ujednolicenia praktyki orzeczniczej oraz swoistej metody polegającej na wyważaniu zasad konstytucyjnych nie tylko w obszarze prawa konstytucyjnego, ale z czasem także w ramach innych gałęzi prawa²⁹.

Procesy te byłyby pozbawione istotnego znaczenia, gdyby nie towarzyszyło im wiele reform instytucjonalnych, prowadzących do swoistej legalizacji prawotwórstwa sądowego, także w tych systemach prawnych, gdzie tradycyjnie negowano możliwość tworzenia prawa przez sądy. W tym kontekście zazwyczaj przeciwstawia się niedopuszczające takiej możliwości systemy prawa kontynentalnej Europy, klasyfikowane w ramach prawoznawstwa porównawczego jako systemy *civil law* oraz systemy wywodzące się z tradycji anglosaskiego prawa precedensowego, tzw. *common law*.

Za wzorcowy przykład kontynentalnego systemu prawa uznawano dotychczas model francuski. Od czasów rewolucji francuskiej ukształtowany został we Francji model, w ramach którego, zgodnie z obrazowym stwierdzeniem Monteskiusza, sędzia stawał się jedynie ustami ustawy. Niedopuszczalność tworzenia prawa przez sądy uzasadniania była w ciągu ostatnich dwustu lat we Francji w rozmaity sposób, zasadniczo jednak dominowały dwa argumenty, nawiązujące do podstawowych wartości konstytucyjnych kolejnych republik. Po pierwsze, tworzenie prawa przez sądy uważano za sprzeczne z konstytucyjną zasadą podziału władzy. Po drugie, niepodleganie przez sędziów odpowiedzialności przed wyborcami oznaczało, że prawo tworzone przez sądy pozbawione byłoby legitymacji demokratycznej³⁰.

Ta teoretycznoprawno-ustrojowa ortodoksja w praktyce od początku swego powstania stała jednak w ostrej sprzeczności z praktyką stosowania prawa przyjętą przez francuskie sądy. M.S.E. Lasser podkreśla występującą w sądownictwie francuskim strategię biuryfikacji oraz rozróżnia dyskurs pozorny i realny, albo racje i uzasadnienia³¹. Wyjaśnienie dokonuje się w obrębie wewnętrznego dyskursu integrującego, natomiast uzasadnienie polega na przytoczeniu normatywnych podstaw decyzji w postaci generalnych i abstrakcyjnych norm prawnych. Niemniej jednak funkcjonowanie tego systemu napotkało zasadniczą trudność w postaci przekształcenia Rady Konstytucyjnej w rodzaj sądu konstytucyjnego, co

²⁹ Por. A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing...*, s. 72–85.

³⁰ Por. R. Lukic, *Théorie de l'état et du droit*, Paris 1974, s. 498–507.

³¹ Por. M.S.E. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford 2004, s. 27–62.