WYKŁADNIA KONSTYTUCJI

INSPIRACJE, TEORIE, ARGUMENTY

redakcja naukowa
Tomasz Stawecki
Jan Winczorek

MONOGRAFIE LEX

LEX
a Wolters Kluwer business

WYKŁADNIA KONSTYTUCJI

INSPIRACJE, TEORIE, ARGUMENTY

redakcja naukowa
Tomasz Stawecki
Jan Winczorek

LEX
a Wolters Kluwer business

Warszawa 2014

Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2009–2012 jako projekt badawczy N N110 121237

Recenzent
Prof. dr hab. Marek Smolak, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Wydawca
Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący
Joanna Maź

Opracowanie redakcyjne
Anna Krzesz

Łamanie
Andrzej Gudowski

Układ typograficzny
Marta Baranowska

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na **www.legalnakultura.pl**
Polska Izba Książki

© Copyright by
Wolters Kluwer SA, 2014

ISBN 978-83-264-3495-2
ISSN 1897-4392
ISBN PDF-a: 978-83-264-8568-8

Wydane przez:
Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów **/ 7**

Tomasz Stawecki
Wykładnia konstytucji jako przedmiot analiz teoretycznych, porównawczych oraz badań empirycznych / 9

Część I
Inspiracje / 35

Monika Zalewska
Czysta teoria wykładni prawa? Hans Kelsen – teoretyk i konstytucjonalista / 37

Krzysztof J. Kaleta
Wykładnia prawa jako forma władzy politycznej. Stanowiska wobec interpretacji konstytucji w doktrynie francuskiej / 57

Mikołaj Barczentewicz
Inspiracje amerykańskie w dyskusjach wokół interpretacji konstytucji / 80

Tomasz Stawecki
Wczesna refleksja nad wykładnią konstytucji: polska literatura prawnicza przed 1939 r. / 93

Tomasz Stawecki, Jędrzej Maśnicki
Wykładnia i stosowanie konstytucji w naukach prawnych państw Europy Środkowej i Wschodniej / 130

Część II
Teorie / 157

Tomasz Stawecki
Koncepcje wykładni konstytucji we współczesnych polskich naukach prawnych / 159

Marcin Romanowicz
Pomiędzy uniwersalnym a partykularnym wymiarem wykładni prawa. Wpływ teorii prawa i nauki prawa konstytucyjnego na wzorce wykładni konstytucji / 212

Tomasz Stawecki
Koncepcja autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych: od praktyki do teorii / 242

Wiesław Staśkiewicz
Wykładnia konstytucji w kręgu ideologii / 269

Tomasz Stawecki
Dyskusje wokół aktywizmu i pasywizmu sądów konstytucyjnych jako spór o wykładnię konstytucji / 350

Część III
Argumenty / 385

Jan Winczorek / 387
Wzorce wykładni konstytucji w świetle analizy treści uzasadnień orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego / 387

Marcin Matczak, Szymon Łajszczak
Wartości, zasady i typy wykładni w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Badanie ilościowe słownictwa użytego w uzasadnieniach orzeczeń / 461

Marcin Romanowicz
Argument z autorytetu w dyskursie sądowym – próba wyjaśnienia / 483

Posłowie **/ 517**

Podstawowa literatura **/ 531**

Autorzy **/ 559**

Wykaz skrótów

Źródła prawa polskiego

Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)

Organy orzekające

ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
SN	Sąd Najwyższy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Czasopisma i publikatory prawnicze

Archiwum	Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej
CPH	Czasopismo Prawno-Historyczne
Dz. U.	Dziennik Ustaw
ECR	European Court Reports
FP	Forum Prawnicze
M.P.	Monitor Polski
OTK-A, OTK-B	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, seria A, B
PiP	Państwo i Prawo
PS	Przegląd Sejmowy
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny

Tomasz Stawecki

Wykładnia konstytucji jako przedmiot analiz teoretycznych, porównawczych oraz badań empirycznych

1. Znaczenie sporów o wykładnię konstytucji

Nikt poważny nie kwestionuje współcześnie opinii, że zagadnienia wykładni prawa, w tym także wykładni konstytucji, zasługują na wnikliwą refleksję. Przyjmowane w praktyce zasady interpretacji aktów normatywnych mają doniosłe skutki dla orzecznictwa sądów, zwłaszcza sądów konstytucyjnych, dla tworzenia prawa, dla funkcjonowania całego porządku prawnego i politycznego, a także dla rozwoju nauk prawnych.

W Polsce wykładnia i bezpośrednie stosowanie ustawy zasadniczej odegrały szczególną rolę w procesie zmian ustrojowych, politycznych i społecznych, które miały miejsce w ostatnim ćwierćwieczu. Nawet wcześniej podejmowano działania mające na celu urzeczywistnienie idei praworządności, później sformułowanej jako zasada demokratycznego państwa prawnego. Wprowadzenie sądownictwa administracyjnego (1980), a po wstrząsie stanu wojennego powołanie Trybunału Stanu i Trybunału Konstytucyjnego (1985) oraz instytucji Rzecznika Praw Obywatelskich (1987) stanowiły istotne etapy tego procesu. Instytucje te mogły wszakże tylko w ograniczonym zakresie pełnić swoją rolę, gdyż podstawą całego systemu prawa była konstytucja z 1952 r., z założenia bardziej deklaracja zasad ustroju Polski Ludowej niż ustawa zasadnicza demokratycznego państwa. Dlatego kulminacyjnym momentem zmian ustrojowych było przyjęcie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. Wprowadzono w niej między innymi zasadę bezpośredniego stosowania konstytucji, zasadę ostateczności orzeczeń TK oraz instytucję skargi konstytucyjnej. To istotne, przynajmniej potencjalnie, gwarancje realizacji zasady państwa prawnego.

Jednak nawet najlepiej zredagowana ustawa zasadnicza, zwłaszcza gdy jest przedmiotem kompromisów politycznych i gdy obowiązuje w państwie doświadczającym radykalnych zmian społecznych, ma jedynie ograniczone zastosowanie, jeśli nie jest przedmiotem spójnej i przekonującej wykładni[1]. To interpretacja konstytucji nadaje ostateczną treść i sens szczegółowym instytucjom oraz rozwiązaniom prawnym.

Doniosłość rozważań nad wykładnią konstytucji staje się tym większa, że w piśmiennictwie światowym spotykamy interesujące, a zarazem rozbieżne stanowiska w tej materii. Zasady interpretowania konstytucji są współcześnie przedmiotem licznych sporów prawników, filozofów, politologów i językoznawców. W spory te angażują się zarówno akademicy różnych specjalności, jak i sędziowie sądów najwyższych, sądów konstytucyjnych, a niekiedy nawet autorytety publiczne, politycy, dziennikarze itp. W rezultacie w literaturze przedmiotu, zwłaszcza amerykańskiej, ale nie tylko, omawia się różne postacie formalizmu: tekstualizm, oryginalizm, nowy (lub neo-) oryginalizm, a także koncepcje antyformalistyczne: pragmatyzm, neopragmatyzm, intencjonalizm i podobne[2]. Pisze się też o hermeneutyce konstytucyjnej[3], „hermeneutyce prawniczej zaangażowanej duchowo" (*faithful hermeneutics*)[4], celowościowej wykładni konstytucyjnej[5], wykładni typowej dla konstytucjonalizmu treściowego

[1] „Odtworzenie norm z konstytucyjnych przepisów jest skądinąd, co banalne, warunkiem koniecznym każdego aktu stosowania konstytucji". S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, PiP 2001, z. 9, s. 12.

[2] Por. np. R.A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge, MA 1995. Zob. też: W. Waluchow, *Constitutionalism*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/ [3.07.2014] oraz L.E. Wolcher, *Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom*, IVR encyclopedia, http://ivr-enc.info/index.php?title=Constitutional_Interpretation_in_the_United_States_and_the_United_Kingdom [3.07.2014]; w literaturze polskiej najszerzej, choć nie w pełni precyzyjnie, omawia te teorie B. Brzeziński w pracach: *Współczesne amerykańskie teorie wykładni prawa*, PiP 2006, z. 7, s. 22–39 oraz *Zasady wykładni prawa podatkowego w krajach anglosaskich*, Warszawa 2007, s. 19–55. B. Brzeziński zaciera bowiem różnicę między interpretowaniem konstytucji (*constitutional interpretation*) i wykładnią ustaw zwykłych (*statutory interpretation*).

[3] G. Leyh, *Toward a Constitutional Hermeneutics*, American Journal of Political Science, May 1988, vol. 32, no. 2, s. 369–387; W.J. Wagner, *The Role of Basic Values in the Contemporary Constitutional Hermeneutics of Germany and the United States*, Heidelberg Journal of International Law 1996, vol. 56, s. 178 i n.

[4] F.J. Mootz III, *Faithful Hermeneutics*, Michigan State Law Review 2009, s. 361 i n.

[5] A. Barak, *Hermeneutics and Constitutional Interpretation*, Cardozo Law Review 1992–1993, vol. 14, s. 772 i n.

i konstytucjonalizmu systemowego[6] itp. Do tych kategorii dodaje się też podejścia określane jako maksymalizujące wartości (*value maximizing*), historyczne, krytyczne, a także rozmaite kwalifikacje wymienionych teorii, typu: szeroka, wąska, semantyczna, moralna, konserwatywna[7] i inne. Sięga się także po ciekawe metafory, takie jak dziedzictwo martwej ręki lub żyjące drzewo[8]. Co ważniejsze, mimo że pierwsze różnice poglądów w kwestii wykładni ustawy zasadniczej dało się dostrzec już u zarania konstytucjonalizmu, w końcu XVIII wieku, obecnie napięcie między poszczególnymi stanowiskami jest nieporównanie silniejsze.

Wskazaną wielość szkół i teorii tłumaczy się rozmaitymi przyczynami. Jedni podkreślają, że podłożem takich sporów są różnice polityczne, głównie między konserwatywnymi, liberalnymi i komunitarystycznymi wizjami społeczeństwa. Spory te w pewnym zakresie znalazły swoje odbicie w dyskusjach na temat aktywizmu, pasywizmu i powściągliwości sędziowskiej[9]. Inni sugerują, że w latach 80. XX w. doszło do wyczerpania się inspiracyjnej siły tzw. zwrotu lingwistycznego (*linguistic turn*) w prawoznawstwie, a jednocześnie pojawienia się tzw. zwrotu interpretacyjnego (*interpretative turn*), niekiedy zwanego też „zwrotem hermeneutycznym". Później wybrane zmiany metod badawczych, a także preferencji aksjologicznych określano mianem zwrotu aretycznego (*aretaic turn*), zwrotu praktycznego oraz zwrotu narracyjnego (*narrative turn*). Jednocześnie wskazuje się na wzrost zainteresowania nauk prawnych filozofią hermeneutyczną, nowym spojrzeniem na rolę wartości w prawie, niektórymi kierunkami filozofii postmodernistycznej itp.[10] Ewolucja poglądów na interpretację konstytucji ma więc bogate i zróżnicowane źródła.

[6] J. d'Aspremont, F. Dopagne, *Two Constitutionalisms in Europe:Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders*, Heidelberg Journal of International Law 2008, vol. 68, s. 939 i n.

[7] K.E. Whittington, *Dworkin's "Originalism": The Role of Intentions in Constitutional Interpretation (Critical Essay)*, The Review of Politics, Spring 2000, vol. 62, no. 2, s. 197–229. Por. też N. Stoljar, *Interpretation, Indeterminacy and Authority: Some Recent Controversies in the Philosophy of Law*, The Journal of Political Philosophy 2003, vol. 11, no. 4. O „moralnym" ujęciu orzecznictwa SN USA przez R. Dworkina pisze np. J. Zajadło (w:) *Wewnętrzna legitymacja Sądu Konstytucyjnego*, PS 2009, 4(93), s. 130.

[8] Por np. J.M. Balkin, *Framework originalism and the living constitution*, Northwestern University Law Review 2009, vol. 103, no. 2, s. 549 i n.; A. Samaha, *Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation*, Columbia Law Review 2008, vol. 108. Zob. też artykuł M. Barczentewicza w niniejszej książce.

[9] Zob. szerzej: M. Romanowicz (s. 212 i n.), W. Staśkiewicz (s. 334 i n.) i T. Stawecki (s. 350 i n.) w niniejszej książce.

[10] Literatura poświęcona wymienionym zwrotom jest niezwykle bogata. Zob. np. D. Bell, *The Turn to Interpretation: An Introduction*, Partisan Review 1984, vol. 51,

2. Podstawowe pytania

W sporach o wykładnię przepisów konstytucji istotna jest wszakże nie tylko wielość stanowisk, ale również rodzaje i zakres pytań oraz problemów, o których się dyskutuje. Uczestnicy dyskursu starają się uzasadnić własne opinie i twierdzenia co do możliwych znaczeń przepisów konstytucyjnych i możliwości ich rozumienia, odnosząc się do pytań o naturę porządku prawnego, rolę wartości w prawie, zwłaszcza w konstytucji, o dopuszczalność i granice dyskrecjonalnej władzy sędziowskiej, o szczegółowe dyrektywy interpretacji i zasady rozumowania prawniczego (nazywane niekiedy „kanonami prawa konstytucyjnego”[11]), w tym zwłaszcza o rolę precedensów, o związek między wybieraniem określonych teorii interpretacji a poglądami politycznymi, a nawet o takie okoliczności faktyczne, jak wcześniejsze kariery sędziów. Tak szeroka perspektywa wynika z faktu, że współcześnie coraz częściej przyjmuje się, iż określona teoria wykładni musi nie tylko być spójna z całościową koncepcją prawa, ale musi po prostu stanowić część szerszej teorii społecznej[12].

s. 215–219; D. Kennedy, *The Turn to Interpretation*, Southern California Law Review 1985, vol. 58, s. 251 i n.; W.N. Eskridge Jr., *Gadamer/Statutory Interpretation*, Columbia Law Review 1990, vol. 90, s. 609–681; K.J. Kress, *The Interpretative Turn*, Ethics 1987, no. 97, s. 834–860; M. Moore, *The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?*, Stanford Law Review 1989, vol. 41, s. 871 i n.; A. Marmor, *Interpretation and legal theory*, Oxford 2005, s. 8, 79; A. Schiavello, *Law, Interpretation and Authority*, Analisi e diritto, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Year 2007, s. 199 i n. Wskazuje się też inne istotne zmiany w dziedzinie filozofii prawa. Zob. np. B. Bix, *H.L.A. Hart and the hermeneutic turn in the legal theory*, SMU Law Review 1999, vol. 52, s. 167–199; L.B. Solum, *The Aretaic Turn in Constitutional Theory*, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Spring 2004, Research Paper no. 04–03; M. Rosenfeld, *Derrida's Ethical Turn and America: Looking Back from the Crossroads of Global Terrorism and the Enlightenment*, Cardozo Law Review 2006, vol. 27, s. 815 i n. Z kolei K.E. Whittington oryginalizm w teorii konstytucyjnej określa mianem „zwrotu ku historii”. Porównaj też: M. Stępień, *Droga przemiany „duszy sędziowskiej”. Ku aretycznej koncepcji orzekania sądowego?* (w:) W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, Warszawa 2010, s. 277–291; a także M. Październiora, *Uprzywilejowanie praktyki, czyli o tzw. zwrocie praktycznym w teorii i jego konsekwencjach* (w:) M. Błachuta (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, Wrocław 2007, s. 185 i n.

[11] Np. J.M. Balkin, S. Levinson, *The Cannons of Constitutional Law*, Harvard Law Review 1998, vol. 111, s. 963 i n.

[12] J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie: teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 210–212. Por. też J. Stelmach, *Dyskrecjonalność sędziowska w pozytywistycznych i niepozytywistycznych koncepcjach prawa* (w:) W. Staśkiewicz, T. Stawecki, *Dyskrecjonalność w prawie...*, s. 56–57.

Gdyby uporządkować różne problemy wskazywane w literaturze światowej i wiążące się z wykładnią konstytucji, można byłoby wskazać pięć najważniejszych typów zagadnień i pytań[13]:

1. pytania o granice ludzkich zachowań (*boundary questions*), przy czym granice te są w zasadniczym zakresie wyznaczane przez prawo, w szczególności przez samą konstytucję;
2. pytania o wartości, które są inkorporowane w prawie, oraz o sposoby wyrażania i urzeczywistniania tych wartości;
3. pytania o legitymację określonych instytucji lub ludzi, czyli o polityczny lub moralny tytuł do pełnienia powierzonych im ról; pytania te są w części konsekwencją rozbieżnych odpowiedzi udzielonych na pytania z grupy 1 oraz 2;
4. pytania *stricte* polityczne, czasem zwane *social questions*, które skupiają się na przyczynach określonych decyzji oraz na skutkach takich decyzji dla społeczeństwa[14], a także
5. pytania analityczne, wskazujące na tekst konstytucji jako przedmiot interpretacji, na sposoby sformułowania poszczególnych przepisów konstytucji, kulturowo uznawane metody interpretacji oraz argumentacji[15].

Oczywiście poszczególne problemy mogą czasem mieścić się w różnych teoretycznie wyodrębnionych grupach zagadnień. Ma to miejsce zwłaszcza wtedy, gdy pytania filozoficzne lub teoretyczne są stawiane w kontekście dyskusji toczących się wokół konkretnych, ważnych kwestii publicznych. Autorzy jednej z książek poświęconych wykładni konstytucji podkreślają, że „współczesne spory o aborcję, akcję afirmatywną, modlitwę w szkołach, granice wolności słowa (*hate speech*) i inne podobne problemy wywołały poważną debatę społeczną wokół kwestii, jak konstytucja USA powinna być interpretowana. Te spory wraz ze zmianami w składzie Sądu

[13] Podobne pytania stawiane są m.in. w pracy R. Posta (red.), *Law and the Order of Culture*, Berkeley 1991, http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft9q2nb693/ [3.07.2014].

[14] W tym sensie pytanie, „jak interpretować konstytucję", przeplata się z pytaniem, „kto ją interpretuje". Por. S.A. Barber, J.E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions,* New York 2007, s. xiv. Są to głównie pytania o filozoficzne, religijne i polityczne poglądy sędziów.

[15] Ciekawą analizę sposobów ujmowania relacji między tekstem prawnym (tekstem konstytucji) a jego znaczeniem przedstawia M. Matczak w pracy: *Dwupoziomowość języka prawnego w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa i jej znaczenie dla współczesnych sporów w anglosaskiej teorii interpretacji prawniczej* (w:) A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 129 i n.

Najwyższego niewątpliwie doprowadziły do odrodzenia się zainteresowania teoriami wykładni konstytucyjnej"[16]. Również w Polsce można dostrzec związek między zainteresowaniem rolą Trybunału Konstytucyjnego i zasadami stosowania prawa (w tym wykładni Konstytucji) a bieżącymi debatami politycznymi, np. o lustracji, roli zawodów zaufania publicznego, roli religii w życiu publicznym, ochronie własności, reprywatyzacji, ochronie praw nabytych itp.

Analiza efektów prawie stu lat dyskusji o wykładni konstytucyjnej w Polsce wskazuje, że akcenty w krajowym piśmiennictwie rozkładają się nieco inaczej niż w literaturze zagranicznej. Miały na to wpływ różne okoliczności, od odmiennych tradycji filozoficznoprawnych (dominacja pozytywizmu prawniczego, a nie funkcjonalizmu i realizmu prawnego) i szczególnej drogi rozwoju nauk prawnych (zarówno po okresie rozbiorów, jak i w latach 1945–1989), po istotnie różne współczesne warunki życia obywateli i inne. Można jednak wyodrębnić pięć kwestii najczęściej podnoszonych w dyskusjach o wykładni konstytucji w naszym kraju. Wydaje się, że są to:

a) **prawne ramy wykładni konstytucji**. Istotne jest, czy istnieją prawne (zwłaszcza konstytucyjne) reguły przesądzające o dopuszczalności, metodach i zasadach (dyrektywach) wykładni konstytucji. Idzie przede wszystkim o to, czy z określonych przepisów konstytucji, np. dotyczących utworzenia sądu konstytucyjnego, jego kompetencji lub funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, procedury ustawodawczej itp., wynikają wnioski odnoszące się do wzorców wykładni konstytucji, które powinny być brane pod uwagę;
b) **ustrojowa rola i kluczowe kompetencje Trybunału Konstytucyjnego**. Praktyka stosowania konstytucji w istotnym zakresie zależy od tego, czy został powołany wyspecjalizowany sąd konstytucyjny, czy też wykładnia konstytucji powinna pozostawać w gestii sądów powszechnych lub innych organów państwa oraz w jakim zakresie. Mimo że polski ustrojodawca na tak postawione pytania odpowiedział już w 1985 r. i 1997 r., wiele szczegółowych problemów rodzi jeszcze spory. Dotyczy to np. kwestii prawnych skutków orzeczeń TK, sposobu procedowania w sprawie skargi konstytucyjnej, rozstrzygania przez TK sporów kompetencyjnych między naczelnymi organami władzy państwowej, ale także wpływu działalności TK na pozycję

[16] S.J. Brison, W. Sinott-Armstrong, *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Boulder–New York 1993, s. 1.

i orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów administracyjnych, w szczególności w kontekście tzw. wewnętrznego multicentryzmu porządku prawego, stosunku TK wobec międzynarodowych trybunałów itp.;

c) **kontekst ideowy (ideologiczny) wykładni konstytucji**. Rozważa się także problem, czy odpowiedzi na pytania a) oraz b) są kształtowane przez pozaprawne przesłanki, takie jak ponadlokalne tradycje prawne (np. germańska, romańska, socjalistyczna itp.) lub ideologie polityczne (konserwatyzm, liberalizm polityczny, marksizm itp.). Są to w części także pytania o wartości, które prawo wyraża, oraz o sposoby odkrywania i urzeczywistniania przez interpretatora tych wartości, ale oczywiście kontekst ideowy jest znacznie bogatszy i nie ogranicza się do kwestii aksjologicznych. Uprzedzając dalsze szczegółowe rozważania, można natomiast zauważyć, że w dorobku polskich nauk prawnych bardzo rzadko pojawiały się pytania o filozoficzne, religijne i polityczne poglądy sędziów, o ich status społeczny itp. W publicystyce spierano się głównie o zasadność trybu wyboru sędziów TK w myśl partyjnych uzgodnień;

d) **odrębność i specyfika wykładni konstytucji względem innych typów wykładni lub wykładni prowadzonej w innych dziedzinach prawa**. Ważną kwestią w dyskursie konstytucyjnym jest to, czy z innych powodów niż wymienione należy dopuszczać i ewentualnie eksponować różnice między wykładnią konstytucyjną a wykładnią ustaw i innych aktów normatywnych. W tym zakresie kluczowe znaczenie ma też pytanie, czy podstawowe teorie wykładni prawa sformułowane w odniesieniu do ustaw zwykłych i aktów podstawowych (np. tzw. teoria derywacyjna i teoria klaryfikacyjna, teoria konstrukcyjna, poziomowa teoria wykładni, koncepcje argumentacyjne itp.) mogą być wykorzystane w procesie interpretacji konstytucji. Kwestia ta obejmuje także sposób rozstrzygnięcia sporu o normatywny lub wyłącznie programowy charakter niektórych postanowień konstytucji;

e) **praktyka wykładni konstytucji**. Spory teoretyczne i filozoficznoprawne ewokują wreszcie pytania o to, czy w kulturze prawnej, a w szczególności w ugruntowanych wśród prawników koncepcjach rozumowań prawniczych, ideologiach decyzji sądowej itp., są uznawane specyficzne zasady wykładni konstytucji oraz standardy, wartości lub inne wzorce wykładni konstytucji. Oczywiście w tej sferze najważniejsze jest zrekonstruowanie praktyki orzeczniczej TK. Ponad dwadzieścia pięć lat działania TK oznacza rozpatrzenie kilku tysięcy

spraw i wydanie ponad dwóch tysięcy orzeczeń[17]. W ich rezultacie TK zinterpretował wiele przepisów konstytucyjnych, zarówno ustawy zasadniczej z 1952 r., tzw. Małej Konstytucji z 1992 r., jak i Konstytucji z 1997 r. Na tej podstawie sformułowano bogatą paletę zasad ustrojowych, na czele z kilkudziesięcioma szczegółowymi standardami wyprowadzonymi z zasady demokratycznego państwa prawnego[18]. Z drugiej strony brano pod uwagę zagadnienie wpływu orzecznictwa TK na działanie sądów i innych instytucji publicznych. Było to przedmiotem zarówno prac teoretycznych, jak i badań empirycznych[19].

Uprzedzając dalsze szczegółowe analizy, należy podkreślić, że niniejsza książka obejmuje swoim zakresem tylko niektóre z wymienionych kwestii. Autorzy zamieszczonych w książce artykułów skupiają się na zagadnieniach z grupy c), d) oraz e), pozostałe zagadnienia, w tym kwestie prawne objęte punktami a) i b), czynią jedynie zmiennymi wyjaśniającymi, a nie samodzielnym przedmiotem badań.

3. Przedmiot rozważań, podstawowe założenia metodologiczne i kluczowe twierdzenia

Niniejsza książka przedstawia wyniki analiz teoretycznych i porównawczych przeprowadzonych w latach 2009–2013 oraz badań empirycznych nad orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego. Ich celem była rekonstrukcja toczącego się w Polsce i poza nią, bogatego i różnorodnego dyskursu wokół interpretacji konstytucji, a także praktyki interpretacyjnej i argumentacyjnej TK.

[17] Od początku swojej działalności TK wydał: 783 orzeczenia dotyczące stwierdzenia zgodności ustaw z Konstytucją; 235 orzeczeń dotyczących stwierdzenia zgodności podustawowych aktów normatywnych z ustawami i Konstytucją; 513 orzeczeń w sprawach z pytań prawnych; 639 orzeczeń w sprawach ze skargi konstytucyjnej; 5 orzeczeń dotyczących stwierdzenia zgodności z Konstytucją celów lub działalności partii politycznych; 2 postanowienia dotyczące rozstrzygania sporów kompetencyjnych pomiędzy centralnymi konstytucyjnymi organami państwa oraz 88 postanowień sygnalizacyjnych (według strony: http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/statystyka/, stan na 30 czerwca 2014 r.).

[18] W tej kwestii polskie piśmiennictwo jest dziś niezwykle bogate. Szerzej omawia ją W. Staśkiewicz w rozdziale pt. *Wykładnia konstytucji w kręgu ideologii*.

[19] Por. np. E. Łętowska, *Promieniowanie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na poszczególne gałęzie prawa* (w:) M. Zubik (red.), *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006; T. Stawecki, W. Staśkiewicz, J. Winczorek, *Między policentrycznością a fragmentaryzacją. Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*, Warszawa 2008.

3.1. Wcześniejsze inspiracje

Dla niektórych autorów rozważań podjęcie prac nad niniejszą książką stanowiło z jednej strony sposób włączenia się do dyskusji nad stosowaniem Konstytucji z 1997 r., a z drugiej kontynuację wcześniejszych studiów, udokumentowanych przede wszystkim w opracowaniu pt. *Między policentrycznością a fragmentaryzacją. Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*[20]. W pracach nad zagadnieniem oddziaływania TK na inne instytucje polskiego porządku prawnego autorzy sprawdzali między innymi, czy sposób dokonywania wykładni określonych przepisów konstytucyjnych oraz ustawowych przez TK jest następnie powtarzany przez inne sądy. Już wtedy okazało się, że mocno zakorzeniona w polskiej teorii prawa praktyka analizowania trzech typów wykładni, wyodrębnionych ze względu na kontekst procesu interpretacji (wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej utożsamianej zwykle z wykładnią celowościową), prowadzi do nieoczywistych i niekiedy spornych rezultatów.

Niewątpliwie na sceptycyzm wobec zasadności opisywania praktyk interpretacyjnych w Polsce oraz projektowania tych praktyk przy pomocy trzech typów wykładni wpływ miały także trwające w polskich naukach prawnych spory o możliwe teorie i koncepcje wykładni. Co prawda w ostatnich latach pojawiło się kilka prac wieszczących osiągnięcie kompromisu lub nawet integrowanie rozbieżnych dotąd stanowisk[21]. Niektórych liczących się autorów takie opinie jednak nie przekonywały i starali się oni wykazać brak uzasadnienia dla założeń teorii derywacyjnej, uznawanej za podstawę zintegrowanej teorii wykładni[22]. Uwagi wobec derywacyjnej koncepcji wykładni prawa zgłaszali też autorzy, którzy co do zasady właśnie tę koncepcję uznawali za posiadającą największą potencjalną moc wyjaśniającą i projektującą procesy interpretacyjne[23]. Prace rzeczników integracji teorii wykładni nie koncentrują się wszakże na problemach wykładni konstytucji. Tymczasem można znaleźć prace, które sugerują wyraźnie, że in-

[20] Por. T. Stawecki, W. Staśkiewicz, J. Winczorek, *Między policentrycznością...*, *passim*.

[21] Por. np. M. Zieliński, O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Municzewski, *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*; RPEiS 2009, z. 4, s. 23–39; M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa*, RPEiS 2011, z. 2, s. 99–111.

[22] Np. B. Brożek, *Derywacyjna koncepcja wykładni z perspektywy logicznej*, RPEiS 2006, z. 1.

[23] Np. M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 187–188.

terpretowanie ustawy zasadniczej i innych aktów normatywnych rządzi się przynajmniej w istotnej części odmiennymi regułami i przesłankami[24].

3.2. Przedmiot analiz i badań oraz struktura książki

Mając na względzie przedstawione wyżej podstawowe pytania dotyczące wykładni konstytucji i stan obecnego dyskursu, autorzy prezentowanych niżej analiz i badań przyjęli, że dla wzbogacenia dyskusji w tej dziedzinie należy co najmniej:

a) wskazać możliwe inspiracje rozważań nad wykładnią konstytucji. Mogą to być zarówno rzeczywiste korzenie współczesnych stanowisk teoretycznych i rozwiązań instytucjonalnych, jak i idee mogące stanowić punkt odniesienia do dalszych refleksji;
b) poddać analizie koncepcje teoretyczne rekonstruujące i omawiające sposoby wykładni konstytucji w Polsce, a także prezentujące tzw. normatywne koncepcje wykładni ustawy zasadniczej. Powinny to być stanowiska prezentowane w obrębie teorii prawa, w tym socjologicznoprawne i filozoficznoprawne, a także stanowiska formułowane przez autorów reprezentujących naukę prawa konstytucyjnego (dogmatykę prawniczą);
c) rzetelnie zbadać praktykę orzeczniczą TK pod kątem standardów (wzorców), po które Trybunał sięga, stosując przepisy konstytucji, a także uzasadniając własne orzeczenia.

Dlatego też podtytuł niniejszej książki wskazuje szczegółowy przedmiot badań: inspiracje, teorie i uzasadnienia. Powody podjęcia wskazanych tematów nie wydają się budzić szczególnych wątpliwości. Wystarczy podkreślić, że w polskich naukach prawnych dobrze zagospodarowano dwa pola badawcze, ale zbudowano bardzo słabe „pomosty" między nimi. Z jednej strony opublikowano znaczące, szczegółowo omawiane dalej prace dotyczące wykładni prawa w ogóle. Z drugiej strony powstało wiele prac z dziedziny nauki prawa konstytucyjnego, w tym także poświęconych orzecznictwu TK. Niewiele natomiast można znaleźć współczesnych prac, w tym żadnej monografii, bezpośrednio dotyczących wykładni konstytucji.

Dostępne źródła pozwoliły na podzielenie opracowanego materiału na trzy części. Pierwsza część książki została poświęcona początkom refleksji

[24] Zob. m.in. rozdział pt. *Koncepcje wykładni konstytucji we współczesnych polskich naukach prawnych*, pkt 4.1. *Ewolucja dyskursu*.

nad interpretacją ustaw zasadniczych i zatytułowana ***Inspiracje***. Świadomie przy tym nie użyliśmy określeń typu „korzenie" lub „źródła", aby podkreślić dwie ważne cechy owych inspiracji: po pierwsze, zakładamy, że inspiracje mogą mieć nieostre granice, mogą być nawet nieco amorficzne i dzielić pewne przekonania z innymi inspiracjami, programami, koncepcjami, a po drugie, nie przesądzamy, czy owe inspiracje znajdują swoje konsekwentne kontynuacje, tak jakbyśmy to domniemywali w przypadku „źródeł" i „korzeni". Tak czy inaczej, pierwsza część książki obejmuje pięć rozdziałów odnoszących się do głównych idei, według których tworzone były i działają obecnie sądy konstytucyjne w Europie Środkowej i Wschodniej (i nie tylko). Konieczny oczywiście był wybór inspiracji prezentowanych w tej historyczno-porównawczej części. Naszą uwagę zdecydowaliśmy się poświęcić:

a) tradycji austriackiej, przede wszystkim skoncentrowanej wokół czystej teorii prawa Hansa Kelsena. Kelsen jest bowiem powszechnie znany jako twórca subtelnej teorii normy prawnej i systemu prawnego, do którego przynależność zapewnia normie formalne obowiązywanie. Jednocześnie Kelsen cieszy się wielką estymą, gdyż to on sformułował koncepcję odrębnego sądu konstytucyjnego, instytucji odpowiedzialnej za kontrolę konstytucyjności ustaw i innych aktów normatywnych, „sądu prawa"[25]. W literaturze prawniczej poświęconej Kelsenowi sugeruje się jednak niekiedy, że nie rozwinął on teoretycznej koncepcji wykładni prawa, w szczególności wykładni konstytucji. Odpowiedź na taki zarzut stanowi artykuł Moniki Zalewskiej pt. *Czysta teoria wykładni prawa? Hans Kelsen – teoretyk i konstytucjonalista*;
b) tradycji francuskiej, która została przedstawiona w artykule Krzysztofa Kalety pt. *Wykładnia prawa jako forma władzy politycznej. Stanowiska wobec interpretacji konstytucji w doktrynie francuskiej*. Popularność koncepcji Kelsena zdaje się przyćmiewać znaczenie francuskiego konstytucjonalizmu. Baczna analiza ewolucji sporów o wykładnię konstytucji w polskich naukach prawnych od 1918 r. po lata 90. XX wieku wskazuje jednak, że dziedzictwo francuskie w Polsce jest bardziej wpływowe niż się potocznie sądzi i tworzy ważny kontekst dla refleksji w omawianej dziedzinie;

[25] *Nota bene* już zatem u Kelsena spotykamy dwojakie podejście do problemu konstytucji i jej wykładni: teoretycznoprawne i konstytucyjnoprawne.

c) myśli i konstytucyjnej praktyce amerykańskiej omówionej przez Mikołaja Barczentewicza w artykule pt. *Inspiracje amerykańskie w dyskusjach wokół interpretacji konstytucji*. Autor skupia się przede wszystkim na sporach między zwolennikami oryginalizmu i jego krytykami. Dzięki temu, mimo pozornie wąskiego ujęcia, można dostrzec, jakie wątki są obecne, a jakie bywają pomijane we współczesnych europejskich sporach o wykładnię konstytucji;
d) polskim dyskusjom nad wykładnią konstytucji w latach 1918–1939. Tomasz Stawecki nie przesądza, czy owe przedwojenne inspiracje były później kontynuowane, czy zarzucone, na przykład jako „burżuazyjne" bądź „sanacyjne". Analiza polskiej myśli przedwojennej pozwala wszakże dostrzec i zrozumieć, co najmniej które rozwiązania bądź jakie idee podjął ustawodawca w 1985 r. i ustrojodawca w 1997 r. i jak dziś nauka prawa radzi je rozwijać, interpretować i stosować;
e) kontekstowi doświadczeń państw Europy Środkowej i Wschodniej. Obecne konstytucje tych krajów powstawały lub były zasadniczo zmieniane w procesie skomplikowanych politycznych transformacji w pierwszej połowie lat 90. Dodatkowo większość państw regionu przystąpiła do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a także uzyskała członkostwo w Unii Europejskiej. Wszystkie te okoliczności stanowią istotny kontrapunkt dla rozważań nad wykładnią konstytucji w Polsce. Zagadnieniom tym poświęcone są artykuły Tomasza Staweckiego i Jędrzeja Maśnickiego oraz (w drugiej części książki) Wiesława Staśkiewicza. Pierwszy tekst to typowa prawnicza, porównawcza analiza rozwiązań normatywnych i doktryn z nimi związanych, druga stanowi raczej przykład zastosowania narzędzi wypracowanych przez socjologię organizacji i historię idei do rozpatrywania problemów stosowania konstytucji.

Warto dodać, że tradycje konstytucyjne nie były w zamierzeniu autorów pierwszoplanowym przedmiotem analizy teoretycznej i porównawczej. Opracowania zamieszczone w początkowej części książki mają na celu przede wszystkim opisanie tła, na którym toczy się współczesny polski i środkowoeuropejski dyskurs wokół zasad interpretacji konstytucji.

Druga część książki pt. ***Teorie*** obejmuje dwie płaszczyzny rozważań: teoretyczną oraz socjologiczną, skupioną na doktrynach konstytucyjnych jako postaci ideologii. Zawarto tu łącznie pięć opracowań dotyczących kwestii wykładni konstytucji w polskiej teorii prawa. Pierwsze, autorstwa Tomasza Staweckiego, poświęcone jest kształtowaniu się koncepcji interpretacji ustawy zasadniczej w okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej

(1945–1989), a następnie aż do początków obecnego stulecia. Przedstawienia ujętej historycznie analizy nie trzeba specjalnie uzasadniać. Drugie opracowanie w tej części książki, przygotowane przez Marcina Romanowicza (*Pomiędzy uniwersalnym a partykularnym wymiarem wykładni prawa – wpływ teorii prawa i nauki prawa konstytucyjnego na wzorce wykładni konstytucji*) stanowi swoiste, już raczej synchroniczne ujęcie współczesnych sporów. Autor wskazuje, że brak rozwiniętej koncepcji wykładni konstytucji jest następstwem szczególnego pęknięcia w naukach prawnych. Polega ono na słabości komunikacji między ogólną teorią prawa, przyjmującą uniwersalną perspektywę w myśleniu o wykładni prawa w ogóle, a doktryną prawa konstytucyjnego, która dąży raczej do sformułowania praktycznych zasad wykładni ustawy zasadniczej (ujęcia partykularnego) bez względu na to, co sugerują przedstawiciele teorii prawa.

Analizę współczesnej myśli polskiej poświęconej wykładni konstytucji w omawianej części książki uzupełnia opracowanie Tomasza Staweckiego na temat koncepcji autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych. Koncepcja ta wywodzi się niemal wyłącznie z bieżącej praktyki orzeczniczej TK. Sformułowali ją sędziowie TK rozwijający własny dorobek i komentujący poszczególne przepisy Konstytucji RP z 1997 r. W tym sensie sposób wykładni rozwinął się jako efekt „prawa w działaniu", a nie abstrakcyjnych rozważań nad „prawem w książkach".

W drugiej części książki zostały zamieszczone jeszcze dwa inne opracowania, oba poświęcone roli ideologii w procesie interpretacji ustaw zasadniczych. Wiesław Staśkiewicz przedstawia wspomniane już opracowanie pt. *Wykładnia konstytucji w kręgu ideologii*, wskazując na doświadczenia polskiego TK oraz sądów konstytucyjnych w Europie Środkowej i Wschodniej. W ten sposób analiza teorii wykładni konstytucji w Polsce i w krajach sąsiednich jest uzupełniana o spojrzenie uwzględniające funkcjonowanie sądów konstytucyjnych w kręgu określonych idei politycznych i społecznych. Problematyka ideologii w praktyce sądów konstytucyjnych jest też przedmiotem opracowania pt. *Dyskusje wokół aktywizmu i pasywizmu sędziów Trybunału Konstytucyjnego jako spór o wykładnię konstytucji*. Autor wskazuje, że pojęcia aktywizmu sędziowskiego, pasywizmu i powściągliwości sędziowskiej zostały sformułowane w Stanach Zjednoczonych jako kategorie ocenne, zwykle silnie krytyczne, a przez to traktowanie ich jako narzędzi poznawczych jest przedsięwzięciem co najmniej ryzykownym. Tekst ów wskazuje też, z jakimi wizjami prawa oraz jakimi koncepcjami wykładni prawa są łączone poszczególne stanowiska przyjmowane w omawianych kwestiach.

Wreszcie trzecia część książki została zatytułowana ***Argumenty***. Analizuje ona praktykę orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego, koncentrując się na wzorcach wykładni konstytucji ujawnianych w uzasadnieniach orzeczeń TK. W tej części podstawową rolę odgrywają badania empiryczne. Pierwsze z nich to przygotowane przez Jana Winczorka opracowanie pt. *Wzorce wykładni konstytucji w świetle analizy treści orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*. Zostało ono oparte na bardzo szczegółowej i metodologicznie dopracowanej analizie argumentów zrekonstruowanych ze 150 orzeczeń TK. Analiza ta stanowi jedno z centralnych zagadnień książki.

Drugie opracowanie w tej części książki skupia się na języku, jakim posługuje się TK. To tekst autorstwa Marcina Matczaka oraz Szymona Łajszczaka pt. *Wzorce wykładni konstytucji w świetle językowej analizy orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*. W tym przypadku baza orzecznicza była jeszcze szersza niż w badaniu omawianym przez J. Winczorka, a celem autorów było wskazanie, że użycie pewnych słów i wyrażeń ujawnia nam sposoby rozumowania sędziów TK.

Trzecią część książki i analizę uzasadnień orzeczeń dopełnia artykuł Marcina Romanowicza pt. *Argument z autorytetu w dyskursie sądowym – próba wyjaśnienia.* Autor analizuje strukturę i funkcje argumentu z autorytetu (*argumentum ex auctoritate*), jednocześnie podnosząc istotne wątpliwości wobec sposobów i skutków powoływania się przez sąd konstytucyjny na autorytet własny jako twórcy orzeczeń.

Charakterystyka przedmiotu i struktury książki wymaga jeszcze jednego ważnego uzupełnienia: niniejsza książka **nie zawiera normatywnej koncepcji wykładni konstytucji**. Zamierzeniem autorów i redaktorów książki było przeprowadzenie rzetelnego opisu stanu wiedzy na temat zasad i wzorców (co wyjaśniamy dalej) wykładni ustawy zasadniczej, a także poddanie badaniu polskiej praktyki w tym zakresie. Z założenia zatem książka ma stanowić istotny etap w toczących się niemal od stu lat dyskusjach nad stosowaniem konstytucji, w tym także – w ostatnim ćwierćwieczu – działaniem Trybunału Konstytucyjnego. Nie było wszak intencją dziesięciorga współautorów uzgodnienie stanowiska, jak konstytucję powinno się wykładać. Z pewnością nie byłoby to proste w obecnym, licznym gronie. Autorzy mają też nadzieję, że normatywne koncepcje wykładni zostaną sformułowane w trakcie dyskusji, jakie wzbudzi niniejsza praca.

3.3. Wykładnia konstytucji: odrębny przedmiot refleksji czy postać uniwersalnej wykładni prawa

Kwestia charakteru wykładni konstytucji, a zwłaszcza relacji między pojęciami „wykładnia konstytucji" lub „wykładnia konstytucyjna" oraz „wykładnia ustaw" i „wykładnia prawa", ma dla podjętych badań kluczowe znaczenie. Stanowiska prezentowane w tej mierze w polskich naukach prawnych oraz doktrynie konstytucyjnej państw Europy Środowej i Wschodniej będą bardziej szczegółowo omówione dalej, głównie w drugiej części książki. W tym miejscu niezbędne jest przedstawienie wstępnych założeń przyjętych dla potrzeb dalszych rozważań.

Zamiarem autorów książki było używanie wyrażenia „wykładnia konstytucji" w neutralnym sensie: użycie tego wyrażenia nie zakłada ani nie przesądza o niczym więcej niż tylko o tym, że przedmiotem zespołu czynności interpretacyjnych są postanowienia aktu normatywnego nazywanego konstytucją lub ustawą zasadniczą. Nie przesądzamy ani tego, czy wykładnia ma charakter poznawczy (odtwórczy), czy też polega na tworzeniu (kreowaniu, formułowaniu lub rozwijaniu) norm prawnych[26]. Mówiąc o akcie normatywnym, mamy też na myśli formalny dokument (bez względu na jego szczegółową formę), a nie akt władczy organu władzy państwowej bądź autorytetu publicznego[27]. Konstytucją w tym rozumieniu będą także szczegółowe ustawy konstytucyjne, nowelizacje ustawy zasadniczej itp.

Powyższe zastrzeżenia muszą być wszakże uzupełnione. Autorom opracowań, które składają się na obecną książkę, towarzyszyła świadomość, że rozstrzygnięcie kwestii odrębności i samodzielności metodologicznej wykładni konstytucji czy też przyjęcie, że jest to tylko jeden z przypadków interpretacji prawa, nie może być przedmiotem swobodnej decyzji. Decyzja w tej materii jest uwikłana w szeroki kontekst sporów o rolę prawa stanowionego, zadania i kompetencje sędziów, rolę parlamentów i podstawy ustrojów politycznych.

[26] Por. T. Gizbert-Studnicki, *Teoria wykładni Trybunału Konstytucyjnego* (w:) *Teoria, filozofia prawa, współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 75 i n.

[27] Por. W. Gromski, *Uwagi na tle pojęcia aktu normatywnego (Uwagi na tle glos do orzeczenia TK z 19 czerwca 1992 r., U 6/92)*, PiP 1993, z. 9; Z. Ziembiński, *„Akt normatywny" czy „akt prawotwórczy"*, PiP 1993, z. 11–12; P. Tuleja, *Podstawowe problemy związane z interpretacją Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* (w:) *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 207.

Należy pamiętać, że punktem wyjścia do dyskusji o interpretacji konstytucji było oświeceniowe założenie, że rola sędziów w państwie powinna być ograniczona do minimum. Samo prawo powinno być granicą władzy sędziowskiej. Już według Monteskiusza władza sędziowska miała być władzą „żadną" (*pouvoir null*). Później również inni myśliciele czasów Oświecenia, a zwłaszcza zwolennicy jakobinizmu, w równym stopniu nie dowierzali sędziom *ancien regime'u*, co sprzeciwiali się despotyzmowi królewskiemu[28]. Z takich przekonań wyrastała idea prymatu ustawodawstwa i kodeksów jako systematycznych i spójnych regulacji, które co do zasady czyniły interpretację zbędną. Podobną rolę przypisywano też konstytucjom – ustawom zasadniczym.

Wprowadzenie kontroli konstytucyjności ustaw w USA w 1803 r. podważało powyższą zasadę ustrojową, może nawet stanowiło jej odwrócenie. Słynne orzeczenie w sprawie *Marbury v. Madison* wyrażało przekonanie o potrzebie zapewnienia sędziom szerokich kompetencji, ale też akcentowało znaczenie sporu o rolę konstytucji i o różnice między konstytucją a ustawami zwykłymi[29]. Dyskusja nie ograniczała się przy tym do USA, gdyż we Francji jeszcze w okresie rewolucji Sieyès podkreślał, że konstytucje nie mogą być stosowane jak zwykłe ustawy[30]. Już na przełomie XVIII i XIX wieku ukształtowało się więc przekonanie, że szeroko zakrojona i dynamiczna interpretacja konstytucji nie ma wiele wspólnego z rutynowym i sformalizowanym procesem *statutory construction*, czyli (w uproszczeniu) językowej wykładni ustaw zwykłych. Te wczesne spory o rolę konstytucji i sposoby jej wykładni ukształtowały jednak dwa przeciwstawne modele wykładni konstytucji:

a) model reprezentujący teorie odchodzące od pozytywizmu prawnego lub szkoły egzegezy, albo nawet wprost odrzucające ich założenia, które jednocześnie chętniej podkreślają twórczy charakter procesu konstrukcji normy, nie wiążą go tak silnie z kontekstem językowym

[28] J.M. Maravall, *Rządy prawa jako broń polityczna* (w:) J.M. Maravall, A. Przeworski (red.), *Demokracja i rządy prawa*, Warszawa 2010, s. 258. Por. Monteskiusz, *O duchu praw*, Kraków 2003, Ks. 11, rozdz. VI, s. 154.

[29] Por. M. Tushnet, *Marbury v. Madison and the Theory of Judicial Supremacy* (w:) R.P. George, *Great cases in Constitutional Law*, Princeton 2000, s. 17–54; a także J. Waldron, *Despotism in Some Form: Marbury v. Madison* (w:) R.P. George, *Great cases...*, s. 55–63.

[30] Por. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, s. 132 i n. Pogląd ten współgrał później ze sprzeciwem wobec pozytywizmu prawniczego i opowiedzeniem się za kierunkami socjologicznymi, psychologicznymi lub realistycznymi.

i zwykle wskazują na szczególny charakter wykładni konstytucji oraz różnice wobec ogólnej wykładni prawa;

b) model obejmujący teorie prawa mieszczące się w szerokim formalistycznym lub pozytywistycznym paradygmacie, które niechętnie godzą się na zwiększanie zakresu kompetencji sędziowskich i częściej wiążą proces interpretacji z kontekstem językowym oraz z etapem konstrukcji konkretnej reguły zachowania. Teorie te starają się nie eksponować odrębności i różnic między wykładnią konstytucyjną a wykładnią ustaw (wykładnią prawa w ogóle).

Wyróżnione modele wskazują tylko tendencje w rozumowaniu o wykładni konstytucji, nie stanowią zaś absolutnego kryterium klasyfikacji stanowisk teoretycznych. Zauważamy na przykład, że już w pierwszych latach historii USA Supreme Court był znacznie bardziej ograniczony w swoich działaniach w ramach *judicial review* niż to ma miejsce współcześnie. We wczesnym etapie historii amerykańskiego konstytucjonalizmu, etapie zwanym też tradycyjnym, przyjmowano raczej koncepcję interpretacji konstytucji opartą na idei „rzetelnego czytania" (*fair reading*) dokumentu i na umiarkowaniu (dziś powiedzielibyśmy: powściągliwości, *judicial self-restraint*)[31] w badaniu konstytucyjności prawa. Między Ojcami Założycielami nie toczyła się ostra dyskusja co do reguł interpretacji ustawy zasadniczej, ale łączyło ich raczej przekonanie o istnieniu powszechnej zgody w kwestii takich reguł. Interpretacja konstytucji była postrzegana przede wszystkim jako przypadek wykładni ustaw, przy czym sięgano chętnie po kanony wykładni ustaw rozwinięte jeszcze w prawie angielskim. Bardzo często interpretacja konstytucji opierała się też na zdroworozsądkowych regułach, zaczynała się, a niekiedy również kończyła na przyjęciu zwyczajnego rozumienia tekstu i interpretowaniu go w kontekście powszechnego użycia[32].

Współcześnie wspomniane dwa modele rozwiązywania sporów o charakter wykładni konstytucji ujawniają się w postaci dwóch przeciwstawnych stanowisk. Pierwsze zakłada odmienność wykładni konstytucji

[31] Zob. szerzej artykuł T. Staweckiego, *Dyskusje wokół aktywizmu i pasywizmu sądów konstytucyjnych jako spór o wykładnię konstytucji*, zamieszczony w drugiej części książki.

[32] Por. np. Ch. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Boston 1994, s. 384–388. Podobnie H. Jefferson Powell, *Consensus and objectivity in early constitutional interpretation: An approven thesis*, Texas Law Review 1987, vol. 65, s. 859 i n. W literaturze polskiej szerszy komentarz na temat metod wykładni w tradycji angielskiej można znaleźć w artykule T. Staweckiego, *Złota reguła wykładni* (w:) A. Choduń i S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego...*, s. 113 i n.

i wykładni ustaw. Zwolennicy tego poglądu gotowi są przyznać sądom powszechnym, zwłaszcza sądom najwyższym, prawo do swobodnej czy choćby bardziej elastycznej wykładni konstytucji. Dla przykładu Jeremy Waldron przeciwstawia intencje prawodawców istotne dla konstytucji intencjom przyświecającym autorom ustaw[33]. Podobne konkluzje wyprowadza się z teorii Ronalda Dworkina – prawa jako zjawiska interpretacyjnego, a także jego koncepcji, że prawo składa się nie tylko z konkluzywnych reguł zachowania, ale również z zasad (*principles*), które pozwalają na stopniowanie określonego środka prawnego, nawet jeśli te zasady nie zawsze mogą się wykazać formalnie poprawnym pochodzeniem (*pedigree*) bezpośrednio od ustawodawcy. Łatwo bowiem dojść do wniosku, że konstytucja wyraża przede wszystkim tak rozumiane zasady (lub leżące u ich podstaw wartości). Natomiast podstawowym tworzywem ustaw zwykłych są reguły, a zasady stanowią rozwiązanie wyjątkowe[34].

Alternatywne stanowisko prezentują ci autorzy, którzy zakładają, że konstytucję właściwie interpretuje się tak samo jak inne akty prawa stanowionego[35]. Interpretacja konstytucji jest tylko szczególnym przypadkiem wykładni prawa, a odmienności wynikające ze szczególnego miejsca ustawy zasadniczej w systemie prawa nie podważają wspólnych zasad interpretacji. Z tym poglądem związane było i jest także przekonanie, że decyzja sędziowska w „sprawie konstytucyjnej" też powinna mieć charakter decyzji związanej szczegółowymi regułami (dyrektywami) interpretacyjnymi albo tzw. decyzji praworządnej, podporządkowanej ściśle rozumianym zasadom *rule of law* lub *Rechtsstaat*.

W tym sensie konsekwentni przedstawiciele pozytywizmu prawniczego, np. Hans Kelsen, głównych ograniczeń dla swobody interpretacyjnej

[33] J. Waldron, *Legislators' Intentions and Unintentional Legislation* (w:) A. Marmor (red.), *Law and Interpretation: Essays in legal philosophy*, Oxford 1995, s. 329, 332–33.

[34] Zob. np. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, rozdz. V. *Sprawy konstytucyjne*, s. 243–275. Podsumowanie dyskusji w USA wobec związków i różnic między wykładnią konstytucji i wykładnią ustaw przedstawia K.M. Stack, *The Divergence of Constitutional and Statutory Interpretation*, University of Colorado Law Review 2004, vol. 75, s. 1–52. Generalnie w USA większość autorów opowiada się raczej za eksponowaniem różnic, a nie podobieństw między wykładnią konstytucji i wykładnią ustaw. Zob. np. W.N. Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Ma 1994, s. 1–2.

[35] W literaturze amerykańskiej zob. np. A. Scalia, B.A. Garner, *Reading law. The interpretation of legal text*, St. Paul, Minn. 2012. Autorzy nie podejmują wprost polemiki z tezą o odrębności wykładni konstytucyjnej i wykładni ustawowej, ale w swojej pracy (565 stron) przeplatają twierdzenia i argumenty dotyczące obu rodzajów wykładni, sugerując, że konstytucja i ustawy zaliczają się do kategorii *legal texts*, a przez to mają do nich zastosowanie te same reguły wykładni, np. *ibidem*, s. 4, 13–14 itd.

upatrywali w samym tekście konstytucji, a nie w jakimś pozatekstowym kontekście. Okoliczności leżące poza tekstem ustawy zasadniczej z założenia nie mogły mieć znaczenia dla jej obowiązywania i stosowania. Podobnie pożądane jest zachowanie funkcjonalnej odrębności sądów konstytucyjnych oraz sądów powszechnych: te pierwsze mają bowiem zajmować się tylko abstrakcyjnym porównywaniem norm konstytucyjnych i norm ustawowych lub niższych. Nie jest nawet niezbędne, aby sędziami sądów konstytucyjnych byli prawnicy mający doświadczenie w sądownictwie powszechnym[36]. Natomiast dowolności interpretacji konstytucji miały przeciwdziałać edukacja prawnicza (kształcenie zawodowych interpretatorów) oraz rutynowość ich pracy.

Uprzedzając dalsze szczegółowe rozważania, można zauważyć, że polscy teoretycy prawa i doktryny prawa konstytucyjnego przez ostatnie pół wieku przyjmowali raczej drugie z dwóch przedstawionych stanowisk. Zakładali, że konstytucja jest w całości aktem normatywnym, to znaczy zawiera wiążące normy postępowania. Najczęściej wyrażali też przekonanie, że wykładnia konstytucji nie jest procesem jakościowo odmiennym od wykładni innych aktów normatywnych. Warto jednak mieć w pamięci związki między opinią w sprawie charakteru wykładni konstytucyjnej a szeroką wizją porządku prawnego, rozumieniem procesu interpretacji prawa i stanowiskiem wobec zakresu władzy sędziowskiej.

3.4. Wzorce wykładni konstytucji jako kategoria poznawcza

Istotnym założeniem prezentowanych w książce analiz, zwłaszcza w zakresie badań empirycznych, było poddanie refleksji „wzorców wykładni konstytucji". Wykorzystanie tak szeroko ujętego standardu interpretacyjnego wymaga dokładniejszego wyjaśnienia i uzasadnienia.

W dotychczasowych studiach nad wykładnią prawa, w tym konstytucji i przepisów innych aktów normatywnych, podstawowym narzędziem badawczym były dyrektywy wykładni. Stanowiło to konsekwencję założenia, według którego „wykładnia prawa jest sumą operacji kierowanych pewnymi regułami. W doktrynie, jak i w orzecznictwie przeważa [przy

[36] Por. H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford 1996, s. 77. Por. też J. Ferejohn, P. Paquino, *Demokracja i rządy prawa*, red. J.M. Maravall, A. Przeworski, Warszawa 2010, s. 244.

tym – T.S.] przekonanie, że postępowanie według przyjętych dyrektyw wykładni w mniejszym lub większym stopniu służy intersubiektywnej sprawdzalności poprawności wykładni, a co najmniej porządkuje czynności interpretacyjne, czyniąc z nich przedmiot racjonalnego dyskursu"[37].

Źródłem powyższego założenia są przede wszystkim koncepcje języka i znaczenia, sformułowane przez współczesną filozofię. Nie jest przy tym najważniejsze, czy inspirację stanowią gry językowe Ludviga Wittgensteina, koncepcja znaczenia Kazimierza Ajdukiewicza, teoria czynności mowy i reguł konstytutywnych Johna Searle'a czy jeszcze inne koncepcje języka[38]. Wszystkie one wskazują, że co do zasady formułowanie wypowiedzi i nadawanie im znaczenia dokonuje się w myśl pewnych uznanych reguł.

Dyrektywy wykładni prawa odgrywają szczególną rolę w związku z tzw. podejściem kontekstowym, tzn. ustaleniem, jakie znaczenie mają zwroty językowe użyte w konkretnym kontekście (semantycznym, systemowym, celowościowym, funkcjonalnym itp.). Polska teoria prawa wyróżnia przede wszystkim trzy podstawowe grupy dyrektyw interpretacyjnych wykładni prawa: językowe, systemowe i funkcjonalne, jako dyrektywy interpretacyjne pierwszego stopnia oraz dyrektywy interpretacyjne drugiego stopnia. Wyznaczają one sposób posługiwania się dyrektywami interpretacyjnymi stopnia pierwszego, a w szczególności kolejność posługiwania się nimi (dyrektywy proceduralne) oraz wybór znaczenia przypisywanego interpretowanemu tekstowi prawnemu wówczas, gdy jego znaczenie ustalone na podstawie dyrektyw stopnia pierwszego jest rozbieżne (dyrektywy preferencji)[39]. W literaturze podkreśla się, że w związku z powyższymi trzema podstawowymi kontekstami normy prawnej i odpowiadającymi im grupami dyrektyw wyróżnia się trzy rodzaje wykładni prawa: językową, systemową i funkcjonalną. Wielu autorów polskich zajmujących się wykładnią prawa sugeruje, że i w przypadku konstytucji należy stosować lub stosuje się trzy wymienione rodzaje/metody wykładni, nawet jeśli w trudnych sprawach (*hard cases*) niezbędne są bardziej wyrafinowane metody rozumowania[40].

[37] J. Leszczyński, *O charakterze dyrektyw wykładni prawa*, PiP 2007, z. 3, s. 28.

[38] L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, Warszawa 2004, § 7, s. 11–12, § 31, s. 25–26 i n.; K. Ajdukiewicz, *Język i znaczenie* (w:) *Język i poznanie*, t. I, Warszawa 1985, s. 149 i n.; J.R. Searle, *Czynności mowy*, Warszawa 1987, s. 53 i n.

[39] Zagadnienie dyrektyw wykładni omawia M. Romanowicz w artykule pt. *Pomiędzy uniwersalnym a lokalnym wymiarem wykładni prawa – wpływ teorii prawa i nauki prawa konstytucyjnego na koncepcje wykładni konstytucji*, zawartym w dalszej części książki.

[40] Por. np. P. Tuleja, *Podstawowe problemy...*, s. 211.

Odwoływanie się do dyrektyw wykładni w przypadku analizy orzecznictwa sądów lub trybunałów ma jednak co najmniej dwa istotne ograniczenia. Po pierwsze, polega na przyjęciu założenia, że racje, standardy i okoliczności (najszerzej rzecz ujmując), po które sięga interpretator, mają charakter normatywny albo przynajmniej można je zawsze przyporządkować do określonego kontekstu i uznanych dyrektyw interpretacyjnych. Tymczasem analiza praktyki sądów wskazuje, że takie przyporządkowanie może być problematyczne. Interpretator może się bowiem odwołać do wartości, które nie były zakładane przez ustawodawcę, i wówczas twierdzenie, że mamy do czynienia z zastosowaniem dyrektywy funkcjonalnej, powołaniem się na *ratio legis* lub nawet *ratio iuris*, staje się wątpliwe[41]. Dla przykładu, jeśli sędziowie akceptowali koncepcję obywatelskiego nieposłuszeństwa (*civil disobedience*)[42] albo formułę Radbrucha (i powołują się na nią w zdaniu odrębnym do wyroku)[43], to takie rozumowanie trudno jednoznacznie uznać za zastosowanie funkcjonalnej dyrektywy interpretacyjnej. Podobnie gdy interpretator sięgnie po będącą przedmiotem sporów ideę lub konwencję społeczną (np. wybrane rozumienie wolności), której nie można poddać naukowej weryfikacji ani zaliczyć do wiedzy mieszczącej się w kategorii racjonalności epistemologicznej lub racjonalności tematycznej[44], to i w tym przypadku będziemy mieli problem ze zinterpretowaniem

[41] Zdajemy sobie sprawę z tego, że na gruncie tradycyjnego ujęcia trzech podstawowych typów dyrektyw każde nawiązanie do wartości może być traktowane jako odwołanie się do funkcjonalnych dyrektyw wykładni. Jednak już Z. Ziembiński sugerował, że odniesienie się do wartości może mieć charakter nienormatywny (niedyrektywalny): „Jeśli dany przepis czy zespół przepisów prawnych nie jest językowo jednoznaczny (...) (np. zrekonstruowana norma zawiera termin nie mający dostatecznie wyraźnej treści i stąd w znacznym stopniu nieostry), to wówczas należy dokonać wyboru jednego z dopuszczalnych językowo rozwiązań interpretacyjnych jako rozwiązania właściwego. (...) Należy wtedy odwołać się do innego typu dyrektyw interpretacyjnych, a mianowicie do funkcjonalnych dyrektyw wykładni, które nakazują wybrać to z dopuszczalnych językowo konkurencyjnych rozwiązań interpretacyjnych, przy którym zrekonstruowana na podstawie tekstu prawnego norma prawna miałaby najsilniejsze uzasadnienie aksjologiczne w ocenach przypisywanych przez interpretatora «racjonalnemu prawodawcy» – albo tak rozumieć niejasny językowo przepis, aby odtworzona na jego podstawie norma była normą uzyskującą odpowiednie uzasadnienie aksjologiczne". Zob. Z. Ziembiński, *Logika praktyczna*, wyd. XXVI, Warszawa 2007, s. 237–238.

[42] Por. np. postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 10 września 1991 r., II AKz 92/91, OSA 1992, z. 5, poz. 35.

[43] Wyrok TK z dnia 27 października 2010 r., K 10/08, OTK-A 2010, nr 8, poz. 81, zob. zdanie odrębne sędzi E. Łętowskiej.

[44] Por. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 297.

rozumowania interpretatora. Również kierowanie się niektórymi topikami prawniczymi (np. wyróżnionymi przez Chaima Perelmana) może się okazać sporne w kategoriach dyrektyw interpretacyjnych[45].

Przedstawione wyżej przykłady nie są przy tym jedynie wyrazem akademickiego sceptycyzmu. W praktyce orzeczniczej TK zdarzały się sprawy (np. dotyczące lustracji, dopuszczalności przerywania ciąży, Europejskiego Nakazu Aresztowania, zgodności traktatu z Lizbony z Konstytucją RP itp.), w których przesądzały racje niemieszczące się w prostym trójelementowym kanonie dyrektyw interpretacyjnych.

Ale nawet prostsza przyczyna uzasadnia sceptycyzm wobec uznania dyrektyw interpretacyjnych za najlepsze kryterium do opisu praktyk interpretacyjnych. Wystarczy, że interpretator dokona wykładni holistycznej, rozumowania opartego na idei koła hermeneutycznego (spirali) lub konsekwentnie zrealizuje zasadę *omnia sunt interpretanda*, sięgając po wszystkie dostępne metody wykładni, ale w uzasadnieniu orzeczenia nie przedstawi precyzyjnie swojego rozumowania, a wówczas może okazać się, że rozpoznanie, jakimi dyrektywami posłużono się w procesie wykładni, jest niemożliwe[46].

Druga, ważniejsza trudność związana z wykorzystywaniem dyrektyw wykładni związana jest z koniecznością rozróżniania **kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia** decyzji sądowej[47]. Jeżeli prawnik lub socjolog

[45] Czy wykorzystanie maksym *Audiatur et altera pars* (Należy wysłuchać i drugiej strony) lub „Kto jednego faworyzuje, drugiego krzywdzi" stanowi przykład zastosowania dyrektyw systemowych, czy też odwołania się do sprawiedliwości, równości itp.? Por. Ch. Perelman, *Logika prawnicza, Nowa retoryka*, Warszawa 1984, s. 132–134.

[46] Por. np. orzeczenie w sprawie znaczenia, jakie należy nadać wyrażeniu „znaczna ilość" [narkotyków]. W uzasadnieniu napisano: „Sąd Najwyższy nie jest w stanie wytyczyć pola znaczeniowego znamion [przestępstwa – T.S.], bo z ich natury wynika, że taka wykładnia polega na zastąpieniu wyrazu nieostrego innym również nieostrym wyrazem (M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1984, s. 63–64, 95). Każdorazowo więc sąd na tle okoliczności konkretnej sprawy dokonuje samodzielnej oceny, czy oskarżony wypełnił określone znamię ocenne". Postanowienie SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 10/09, OSNKW 2009, nr 10, poz. 84. Por. też wyrok NSA w Poznaniu z dnia 11 grudnia 2001 r., II SA/Po 1478/00, PiP 2002, z. 6, s. 104, z glosą krytyczną E. Łętowskiej, w której glosatorka komentuje sposoby wykładni prawa w perspektywie hermeneutycznej. Tekst orzeczenia i glosy dostępne są w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych, http://orzeczenia.nsa.gov.pl [14.07.2014].

[47] Kategorie te wiąże się najczęściej z filozofią Karla Poppera. Zob. K. Popper, *Logika odkrycia naukowego*, Warszawa 1977, s. 32–33. W odniesieniu do trudności związanych z decyzją kolegialnego ciała decyzyjnego, takiego jak *jury* w sądzie w systemie *common law*, zob. *ibidem*, s. 92–93. Omówienie różnicy między dwoma kontekstami – A. Chmielewski, *Karl Popper – twórca krytycznego racjonalizmu* (w:) *Myśli i ludzie: Filozofia XX wieku*, t. II,

analizuje praktykę orzeczniczą, to jedynym dostępnym dla niego materiałem są uzasadnienia badanych orzeczeń. Analizując je, nie można jednak śledzić rzeczywistych procesów myślowych (procesów poznawczych, rozumowań), które miały miejsce w umyśle interpretatora, a jedynie sposób racjonalizacji, uzasadnienia podjętej decyzji interpretacyjnej. Psychologia i logika (teoria argumentacji) to różne dziedziny. Sam proces wykładni dokonuje się jakby w „czarnej skrzynce" (*black box*) umysłu interpretatora i jest badaczowi zewnętrznemu niedostępny. Dlatego też orzekanie o sposobach wykładni prawa (w tym konstytucji) na podstawie analizy orzeczeń opatrzone musi być istotnym zastrzeżeniem, że badacz prezentuje nie tyle faktyczny proces interpretacyjny, co jego prezentację przez interpretatora. W polskiej teorii prawa wskazuje się przy tym, że te dwa wymiary wykładni są mylone. Nawet klaryfikacyjna teoria wykładni prawa Jerzego Wróblewskiego powinna być rozumiana nie jako koncepcja rozkładająca na czynniki pierwsze proces heurezy (poznania) treści norm, ale jako struktura procesu argumentacji na rzecz podjętej już decyzji interpretacyjnej[48].

Dodatkowa komplikacja związana z badaniem działań interpretacyjnych to świadomość, że czasem podmiot dokonujący wykładni nie jest tożsamy z autorem uzasadnienia. Jest faktem dobrze znanym, że w polskich sądach i trybunałach sędziowie nierzadko korzystają z pomocy asystentów. Czasem jest tak, że asystent tylko wyszukuje informacje (np. przykłady wcześniejszych orzeczeń sądowych) przydatne sędziemu przy pisaniu uzasadnienia, a czasem odwrotnie – to asystent na podstawie ustnej instrukcji sędziego i znajomości akt sprawy przygotowuje projekt uzasadnienia, który dopiero później jest sprawdzany, korygowany lub nawet głębiej modyfikowany przez sędziego sprawozdawcę. W takich przypadkach więź między rzeczywistym procesem wykładni a treścią uzasadnienia, czyli argumentami użytymi dla wsparcia podjętej wcześniej decyzji, rozluźnia się.

Inną wreszcie okolicznością, którą należy uwzględnić przy analizie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego i tych sądów, które orzekają w skła-

Warszawa 2002, s. 291–296. Z kolei B. Brożek pokazuje, że rozróżnienie kontekstu odkrycia i kontekstu uzasadnienia wiąże się z poznawaniem rzeczywistości i uzasadnianiem twierdzeń naukowych. Tylko częściowo więc ma zastosowanie do analizy norm i decyzji opartych na normach. Por. B. Brożek, *Nauka w poszukiwaniu logiki*, Semina Scientiarum 2002, nr 1, s. 3–4. Zob. też J. Holocher, *Kontekst odkrycia i kontekst uzasadnienia w świetle topicznej koncepcji prawa*, Studia Prawno-Ekonomiczne 2009, t. LXXX.

[48] Por. M. Romanowicz: *Teoria klaryfikacyjna wykładni prawa jako teoria uzasadnienia. Perspektywa psycholingwistyczna a pozytywistyczna koncepcja wykładni prawa*, Archiwum 2001, nr 1, s. 55 i n.

dach kilkuosobowych, jest zmienna kolegialności decyzji. Ten problem jest dobrze znany i był wielokrotnie analizowany między innymi przy okazji badania decyzji parlamentów[49]. W przypadku wieloosobowych składów orzekających rutynową praktyką jest, że projekt treści orzeczenia i uzasadnienia (niekiedy tylko orzeczenia) jest prezentowany przez sędziego sprawozdawcę pozostałym członkom składu sędziowskiego i jest przez nich lub pod ich wpływem modyfikowany. Może to przypominać praktykę dochodzenia do jednomyślności poprzez „ucieranie głosów" w sejmach Pierwszej Rzeczypospolitej. Jeśli autor projektu (sędzia sprawozdawca) nie godzi się na określoną zmianę, może dojść do zgłoszenia zdania odrębnego przez sędziego, który kwestionuje wyjaśnienia i argumenty zawarte w projekcie decyzji. Może być też tak, że sędziowie zgadzają się na treść decyzji, mimo że swoją zgodę opierają na różnych racjach. Intensywność kooperacji między członkami składu podejmującego decyzję jest niekiedy bardzo różna.

Ze względu na ograniczoną przydatność dyrektyw wykładni jako narzędzi rekonstrukcji procesu interpretacji, zasadniczą niedostępność tego procesu dla osoby z zewnątrz oraz wszystkie ograniczenia decyzji podejmowanych przez TK w przedstawianych niżej analizach, a zwłaszcza w badaniach empirycznych, zdecydowaliśmy się posłużyć kategorią **wzorca wykładni** jako podstawową, a po zasady wykładni, reguły, dyrektywy lub metody wykładni itp. sięgaliśmy tylko pomocniczo, aby zbudować pomost z dotychczasowymi stanowiskami w literaturze przedmiotu.

Tytułowe wzorce wykładni to wszystkie te przesłanki, standardy lub okoliczności, które dla interpretatora stanowią powód dokonania określonej interpretacji tekstu prawnego i nadania mu konkretnego znaczenia. Wzorce mogą mieć charakter normatywny, gdyż bardzo często sędziowie kierują się przyjętymi w danej kulturze prawnej regułami, zasadami lub wskazówkami wykładni prawa. Mogą to też być – co wcześniej sugerowaliśmy – wzorce o charakterze nienormatywnym: wartości dotyczące procesu stosowania prawa, wartości lub idee odnoszące się do sfery życia społecznego regulowanej przez prawo i istotnej dla wydania orzeczenia przez sąd konstytucyjny. Rolę wzorca może pełnić pewna wizja rzeczywistości, świata istniejącego lub świata możliwego[50] (potencjalnego lub pożądanego), jeśli wzięta pod uwagę przez interpretatora określa lub choćby modyfikuje efekt wykładni tekstu prawnego (w naszych badaniach:

[49] Por. np. S. Ehrlich, *Norma, grupa, organizacja*, Warszawa 1998, s. 25 i n.

[50] Por. M. Matczak, *Tekst prawny jako opis świata możliwego. Rozważania wstępne o modelu interpretacji prawniczej* (w:) M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, T. Bekrycht (red.), *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, cz. 1, Łódź 2014, s. 199–214.

konstytucji). Wzorcem wykładni może też być doktryna lub koncepcja prawa[51] albo wyobrażenie regulowanego stanu rzeczy (np. zachowania objętego konstytucyjnym prawem podmiotowym). W powyższym ujęciu wzorzec wykładni może wynikać wprost z prawa obowiązującego, najczęściej będzie wywodził się z kultury prawnej, a niekiedy może mieć za źródło rzeczywistość społeczną i polityczną, w której działa interpretator.

Powyższe ujęcie wzorców wykładni konstytucji jest z pewnością szerokie i nie ma ostrych granic. W badaniach, które mają za zadanie zrekonstruować oraz możliwie najdokładniej opisać sposoby wykładni konstytucji, zarówno sposoby i standardy wykładni rzeczywiście przyjmowane przez sąd konstytucyjny, jak i formułowane przez doktrynę prawniczą, wyobrażone lub rekomendowane, takie szerokie ujęcie wydaje się niezbędne i w pełni uzasadnione. W części empirycznej prezentowanych badań pojęcie „wzorzec wykładni" zostało zdefiniowane nieco węziej jako prawidłowość czy cecha argumentacji możliwa do intersubiektywnego (sprawdzalnego) zaobserwowania w drodze analizy orzeczeń TK[52]. Tak ustalone wzorce stanowią przy tym własność całości orzecznictwa Trybunału (są projektowane z badanej próby na całą populację orzeczeń TK w drodze wnioskowania statystycznego), a nie poszczególnych orzeczeń czy ich fragmentów. Oznacza to, że inaczej niż w przypadku analiz prawno-dogmatycznych wyniki badań empirycznych nie mogą być uznawane za adekwatny opis pojedynczych orzeczeń TK w konkretnych kwestiach, a jedynie za szczególną charakterystykę całej ich zbiorowości (korpusu).

Oczywiście szerokie i zróżnicowane wewnętrznie pojęcie wzorców wykładni zostało wybrane spośród innych, które choćby *prima facie* wydawały się interesujące. W fazie przygotowawczej badań rozważaliśmy też sięgnięcie po pojęcie racji, powodów, dla których coś zrobiono lub pomyślano. Pojęcie racji nie wydawało się nam jednak dostatecznie neutralne. Pojęcie to twórczo wykorzystał i rozwinął Joseph Raz, zarówno w odniesieniu do racji (*reasons*) uzasadniających autorytet prawa i powinność jego przestrzegania, jak i racji przesądzających o interpretacji tekstów prawnych[53]. Badania prezentowane w książce nie dotyczą wszakże

[51] Doktryną niewątpliwie mającą wpływ na sposoby wykładni Konstytucji RP jest sformułowana przez Kelsena teoria sądu konstytucyjnego jako „negatywnego ustawodawcy".

[52] Zob. tekst J. Winczorka, *Wzorce wykładni konstytucji w świetle analizy...*, s. 387 i n. niniejszej książki.

[53] Por. J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, Warszawa 2000, s. 14 i n. Zob. *idem*, *Rozumowanie przez reguły*, wykład im. Leona Petrażyckiego, 24 maja 2002 r., Warszawa 2002, s. 10–11.

obowiązywania prawa, jego autorytetu i posłuchu. Teoria Raza nie jest zatem najlepszym punktem wyjścia do badań nad orzecznictwem sądów konstytucyjnych. Nie chcieliśmy się także uwikłać w spory o racjonalność (*reasonability*) sposobów rozumowania prawników, którą zakłada Raz, ani w dyskusje nad prywatnymi i publicznymi racjami (rozumem publicznym i prywatnym) przesądzającymi o funkcjach prawa, zakresie zadań rządu (władz państwowych), które toczyły się w związku ze znanymi pracami Johna Rawlsa i Johna Finnisa[54].

Najbardziej odpowiednią kategorią badawczą dla prowadzonych przez nas rozważań było właśnie pojęcie „wzorców wykładni konstytucji". Wyraźnie koresponduje ono też z pojęciem „wzorca kontroli", którym Trybunał Konstytucyjny posługuje się w swoim orzecznictwie. Oczywiście najczęściej wzorcem kontroli dla ustaw są przepisy konstytucji lub umów międzynarodowych, ale uznaliśmy, że możliwe jest odwzorowanie tego samego mechanizmu w odniesieniu do norm konstytucji, tu jako przedmiotu wykładni. Nie na darmo TK pisze wielokrotnie o tym, że: „wskazuje [wzorzec kontroli – T.S.]", „przywołuje", „ocenia [wzorce kontroli – T.S.] jako prawidłowo wskazane", „poszerza [zakres wzorca – T.S.]", „powołuje przepisy jako wzorce kontroli", albo „wybiera adekwatne wzorce kontroli" bądź „odrzuca nieadekwatne wzorce kontroli". TK sugeruje przy tym, że wykorzystywane wzorce kontroli mają charakter normatywny – zakłada się, że podstawą oceny konstytucyjności mogą być tylko normy Konstytucji, choć TK powołuje się też na „normy, interesy, wartości itp."[55] Będzie też o tym szczegółowo mowa w kolejnych opracowaniach składających się na niniejszą książkę.

[54] J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998, rozdz. VI. *Idea publicznego rozumu*, s. 293 i n.; J. Finnis, *O racji publicznej [About public reason]*, wykład im. Leona Petrażyckiego, 6 maja 2005 r., Warszawa 2005 oraz Oxford Legal Studies Research Paper 2007, no. 1.

[55] Por. M. Kordela, *Możliwość systemu zasad prawa* (w:) O. Bogucki, S. Czepita, *System prawa a porządek prawny*, Szczecin 2008, s. 59 i n.; M. Kordela, *Kategoria norm, zasad oraz wartości prawnych. Uwagi metodologiczne w związku z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego*, PS 2009, 5(94), s. 23 i n.

CZĘŚĆ I

INSPIRACJE

Monika Zalewska

Czysta teoria wykładni prawa? Hans Kelsen – teoretyk i konstytucjonalista

Refleksja nad ideami, teoretycznymi koncepcjami oraz praktycznymi doświadczeniami dotyczącymi wykładni konstytucji lub ją obejmującymi powinna brać pod uwagę różne czynniki. Zapowiedziano to we wprowadzeniu do niniejszej książki. Punktem wyjścia, przynajmniej w państwach europejskich, zazwyczaj jest jednak myśl austriackiego teoretyka i prawnika, Hansa Kelsena.

1. Zagadnienie wykładni w teorii prawa Hansa Kelsena

Nie ma wątpliwości, że wykładnia prawa rozumiana jako zespół czynności interpretacyjnych (wykładnia w znaczeniu pragmatycznym) może mieć za swój przedmiot nie tylko ustawy i akty o mocy równej ustawom oraz podustawowe akty normatywne, ale również konstytucję – ustawę zasadniczą. Z punktu widzenia działalności sądów konstytucyjnych, których koncepcję na Starym Kontynencie opracował teoretycznie i rozwinął w praktyce Hans Kelsen, jest to kwestia kluczowa. Potrzeba poświęcenia baczniejszej uwagi związkom między dorobkiem Kelsena jako teoretyka prawa a jego refleksją nad zagadnieniami prawa konstytucyjnego nie wymaga zatem szczególnego uzasadnienia. Jest to tym ważniejsze, że kwestia wykładni konstytucji u Kelsena nie była zbyt często podejmowana[1].

[1] W polskiej teorii prawa niektórzy autorzy, np. Kazimierz Opałek i Jerzy Wróblewski, kładli nacisk na wątki teoretyczne w pracach Kelsena, zwłaszcza kwestie natury normy prawnej, jej obowiązywania, systemu prawa itp. Natomiast problematyką konstytucyjną u Kelsena zajmowali się przede wszystkim Sławomira Wronkowska, Lech Morawski, Mirosław Granat, Krzysztof Kaleta, Jarosław Mikołajewicz i Adam Sulikowski. Zob.

Mogłoby się wydawać, że czysta teoria prawa Kelsena rozprawiła się z kwestią wykładni równie drobiazgowo i konsekwentnie jak uczyniła to z zagadnieniem normy prawnej i jej obowiązywania. Tymczasem tak się nie stało. Twórca normatywizmu **wspomina o wykładni prawa stosunkowo rzadko**, najczęściej przy okazji szczegółowego omawiania innych zagadnień. Zdecydowały o tym trzy powody stanowiące fundamentalne założenia czystej teorii prawa.

Po pierwsze, Kelsen upatrywał głównego zadania nauki prawa w badaniu formy prawa. Uważał, że jeśli nauka prawa ma być ogólna i obiektywna, to powinna abstrahować od treści norm. Twierdził, że to, co określa istotę prawa, zawarte jest tylko w jego formie, natomiast wykładnia prawa w przeważającym zakresie wydawała mu się powiązana z treścią norm.

Po drugie, Kelsen rygorystycznie przestrzegał naczelnej zasady swojej teorii, że między bytem i powinnością istnieje nieprzekraczalna przepaść. Dlatego wydaje się, że uznawał wiele pytań odnoszących się do wykładni prawa za wykraczające poza sferę powinności. Posługując się poznańsko-szczecińską koncepcją wykładni rozróżniającą jej znaczenie pragmatyczne i apragmatyczne[2], trzeba uznać, że w tym pierwszym sensie proces interpretacji sytuuje się w sferze faktów. Gdy z kolei mowa o wykładni w znaczeniu apragmatycznym, rezultat w dużej mierze odnosi się do treści norm. Ta zaś jest bez znaczenia dla istoty prawa, o której traktuje czysta teoria prawa.

np. S. Wronkowska, *Posłowie* (w:) H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego 2009, t. XXXI. Zob. też *eadem*, *O wadliwych aktach normatywnych w ujęciu wiedeńskiej szkoły teorii prawa* (w:) J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 207–217; *eadem*, *Kilka uwag o prawodawcy negatywnym*, PiP 2008, z. 10, s. 5–20; L. Morawski, *Kelsen a sądy konstytucyjne*, FP, wrzesień 2010, s. 89–93; M. Granat, *Legitymacja sądu konstytucyjnego na gruncie czystej teorii prawa Hansa Kelsena*, PS 1999, nr 4 (93), s. 9–20; K. Kaleta, *Sądownictwo konstytucyjne a refleksyjny konstytucjonalizm (przeszłość – teraźniejszość – przyszłość)* (w:) S. Biernat (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*, Warszawa 2013; J. Mikołajewicz, *Zasady orzecznicze Trybunału Konstytucyjnego. Zagadnienia teoretycznoprawne*, Poznań 2008, m.in. s. 53–61; A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, m.in. s. 40–43; A. Sulikowski, *O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego*, PiP 2010, z. 12, s. 3.

[2] Por. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, wyd. 5, Warszawa 2010; M. Zieliński, O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Municzewski, *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, RPEiS 2009, z. 4, s. 23 i n.; S. Czepita, S. Wronkowska, M. Zieliński, *Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa*, PiP 2013, z. 2, s. 10–11.

Po trzecie, reprezentując pogląd o separacji prawa i moralności, wiedeński filozof prawa unikał stawiania pytań, które mogłyby doprowadzić do dyskusji o wartościach.

Pomimo przyjęcia przez Kelsena powyższych założeń, w jego myśli można znaleźć zarys koncepcji wykładni prawa. Szczególnie istotny jest napisany w fazie klasycznej artykuł[3] *Zur Theorie der Interpretation*[4]. Na rozważania na temat wykładni można natrafić również w ostatniej fazie twórczości naukowej Kelsena, w książce pt. *Allgemeine Theorie der Normen*. Dodatkowo rekonstrukcji poglądów Kelsena na temat wykładni prawa można dokonać na podstawie tekstu *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*[5]. Ze względu na to, że w omawianej kwestii Kelsen nie zmienił swojego stanowiska i nawet w fazie neokantowskiej w jego poglądach pojawia się silny nacisk na wątki językowe, skoncentrujemy się na analizie wspomnianego artykułu.

W *Zur Theorie der Interpretation* Kelsen porusza kilka szczegółowych zagadnień z zakresu wykładni prawa. Najpierw analizuje kwestię wykładni, zestawiając ją z dynamiczną strukturą prawa, następnie porusza zagadnienie wieloznaczności norm prawnych, by wreszcie powiązać to z problemem wielu możliwych rezultatów wykładni określonej normy. W niniejszym artykule stanowisko Kelsena będzie rozpatrywane według tego samego porządku.

[3] Warto tu nadmienić, że w pracy naukowej Kelsena wyróżnia się co najmniej trzy fazy. Ostatnią fazę, sceptyczną, charakteryzuje to, że nastąpił swego rodzaju zwrot językowy. Kelsen odszedł od neokantyzmu na rzecz wątków logiczno-językowych. Zob. np. S.L. Paulson, *Toward Periodisation of the Pure Theory of Law* (w:) L. Gianformaggio, *Hans Kelsen's Legal Theory a Diachronic Point of View*, Torino 1990, s. 15; M. Zalewska, *Problem zarachowania w normatywizmie Hansa Kelsena*, Łódź 2014; *eadem*, *Zapomniana monografia „Ogólna teoria norm" Hansa Kelsena* (w:) O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Warszawa 2012, s. 348.

[4] H. Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation* (w:) H.R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, t. 2, Wiedeń 2010, s. 1113–1121. Artykuł ten ukazał się oryginalnie w czechosłowackim czasopiśmie Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts w 1934 r., vol. 8, s. 9–17 i później został przedrukowany w cytowanej książce. Podobna treść zawarta jest w polskim wydaniu głównej książki twórcy normatywizmu: H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, tłum. R. Szubert, Warszawa 2014, s. 482–491. Angielską wersję tego artykułu opublikowano jako H. Kelsen, *On the theory of interpretation*, tłum. B. Litschewski, S.L. Paulson, Legal Studies 1990, vol. 10, issue 2, s. 127–135, od 2006 r. także na stronie http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-121X.1990.tb00595.x [4.07.2014].

[5] H. Kelsen, *Istota i rozwój...*

2. Proces interpretacji

2.1. Interpretacja a dynamiczna struktura systemu prawa

Koncepcja wykładni, którą formułuje Kelsen, jest bardzo ogólna i w zasadzie nie ogranicza argumentacji. Twórca czystej teorii prawa definiuje interpretację jako „ustalenie sensu normy, która ma zostać wykonana (*zu vollziehende*)"[6]. Kelsen dodaje przy tym, że czynność ta może prowadzić jedynie do ustalenia ram dla interpretowanej normy. Wyraził to szczegółowo w drugim wydaniu *Czystej teorii prawa*: „Jeżeli przez «wykładnię» rozumiane jest poznawcze stwierdzenie znaczenia obiektu, który należy zinterpretować, wynikiem interpretacji prawnej może być tylko stwierdzenie ramy przedstawianej przez prawo, które należy zinterpretować, a tym samym poznanie wielu możliwości, które są dane w obrębie tej ramy"[7].

Z koncepcji Kelsena wynika, że działanie interpretatora polega na rozpoznaniu wszystkich możliwości interpretacji, które znajdują się w owych ramach treści normy. Z tej definicji wynikałoby, że Kelsen wyróżnia dwa etapy wykładni: pierwszym z nich – i ten etap Kelsena interesuje – jest ustalenie możliwych znaczeń normy. Drugim etapem jest zapewne wybór jednego z nich. Ten etap cieszy się jego mniejszym zainteresowaniem prawdopodobnie z tego powodu, że o wyborze jednego z kilku znaczeń decydują względy zaliczane przez niego do polityki prawa. Za takim odczytaniem definicji przytoczonej przez Kelsena przemawia także fakt, że posługuje się on w tekście wyłącznie wyrażeniem ***Interpretation* (interpretacja)**, nie zaś ***Auslegung* (wykładnia ściśle rozumiana)**.

Stanowisko to rodzi dość poważne implikacje na gruncie czystej teorii prawa ze względu na wspomnianą separację bytu i powinności. Jeśli opisywany i analizowany jest proces interpretacji, mamy do czynienia ze sferą bytu. Może zatem pojawić się wątpliwość: czy Kelsen, pisząc o interpretacji, dokonuje przełamania dualizmu bytu i powinności, czy tylko wskazuje na miejsce, które zajmuje interpretacja w jego teorii. Kwestia ta zostanie rozstrzygnięta w dalszej części pracy.

Kelsen odrzuca pogląd, że interpretacja jest rodzajem poznania prawa pozytywnego, czyli zespołem czynności zmierzających do ustalenia ostatecznej normy prawnej. Według niego błędem jest przekonanie, że na drodze poznania jednej normy możliwe jest stworzenie innej. Wynika

[6] H. Kelsen, *Zur Theorie...*, s. 1115.

[7] H. Kelsen, *Czysta teoria prawa...*, s. 485.

to z „iluzji pewności porządku prawnego”[8], w którym wszelkie zachowania, wszelkie działania organów państwa są z góry określone. Przeciwnie, Kelsen twierdzi raczej, że każda norma może mieć wiele potencjalnych znaczeń, a więc że prawodawca w gruncie rzeczy niczego nie przesądza, a jedynie wyznacza granice interpretacji.

Z tego punktu widzenia przejście od stworzenia normy prawnej poprzez poznanie innej do „iluzji pewności porządku prawnego” wydaje się zatem opierać na znaczącym skoku myślowym. Kluczem do zrozumienia toku myślenia Kelsena jest określenie, co rozumiał on przez poznanie (*Erkenntnis*). Jeśli przyjmie się, że chodzi o poznanie w sensie epistemologicznym, które ma takie cechy, jak prawomocność, pewność i konieczność, to krytyka tezy o pewności porządku prawego przestaje być zaskakująca. Na rzecz takiej interpretacji przemawia tło filozoficzne czystej teorii prawa z tego okresu, czyli epistemologia neokantowska.

Rozważania Kelsena dotyczące dynamicznej struktury prawa miały za zadanie wskazać, jakie miejsce w strukturze czystej teorii prawa zajmuje problematyka interpretacji prawa w ogóle i interpretacji konstytucji w szczególności. Kelsen rozpoczyna swój wywód od stwierdzenia, że przyjęcie koncepcji dynamicznej struktury prawa rodzi konsekwencje dla rozważań na temat interpretacji. Warto zatem w ogólnym zarysie przypomnieć, na czym polega koncepcja dynamicznej struktury prawa. Otóż Kelsen, za Adolfem Merklem, rozróżniał dwa rodzaje powiązań między normami. Są to powiązania statyczne (materialne) i powiązania dynamiczne (formalne)[9]. Te pierwsze są charakterystyczne dla systemów norm moralnych. Polegają na tym, że z treści normy hierarchicznie wyższej jest możliwe wywnioskowanie treści normy hierarchicznie niższej. Na przykład z normy „miłuj bliźniego swego jak siebie samego” można wywnioskować, że nie powinno się bliźniego zabijać, okradać, a powinno się mu pomagać.

Powiązania dynamiczne nie mają natomiast charakteru treściowego. Polegają one na delegowaniu kompetencji (umocowania do wydania aktu prawnego o określonej treści[10]) przez organ hierarchicznie wyższy na organ hierarchicznie niższy. Co więcej, każdy poziom, poza konstytucyjnym, zawiera w sobie zarazem element stosowania i tworzenia prawa. Z punktu widzenia konstytucji ustawa jest stosowaniem prawa, ale na-

[8] *Ibidem*, s. 1118.

[9] *Ibidem*, s. 297–298.

[10] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wiedeń 1934, s. 73–76. Por. *idem*, *Czysta teoria prawa...*, s. 238–252.

stępnie sama nadaje kompetencję do stworzenia innej normy o określonej randze i konkretnej treści. Im niższy jest szczebel w hierarchii, tym mniej jest tworzenia, a więcej stosowania prawa[11]. Relacja między tworzeniem a stosowaniem prawa będzie Kelsenowi potrzebna także do wyjaśnienia funkcji pełnionej przez sądownictwo konstytucyjne.

W jaki zatem sposób Kelsen łączy kwestię dynamicznej struktury prawa i interpretacji? Zauważa on, że pytanie o interpretację norm prawnych można rozbić na trzy kwestie (w zależności od rodzaju norm)[12]:

1) w jaki sposób z normy generalnej, po jej zastosowaniu, powstaje norma o charakterze indywidualnym?
2) w jaki sposób unormowania konstytucyjne są realizowane na niższych szczeblach hierarchii aktów prawnych?
3) w jaki sposób należy interpretować normy indywidualne?

Kelsen nie tworzy zatem nowej teorii interpretacji prawa, a jedynie odpowiada na powyższe szczegółowe pytania, obierając za punkt wyjścia koncepcję dynamicznej struktury prawa. Słowem-kluczem jest tu niedookreśloność, która może być przez ustawodawcę zamierzona bądź nie[13]. Kelsen zauważa też, że między normą wyższego a niższego rzędu istnieją dwa rodzaje relacji: relacja określania (*Bestimmung*) i relacja związania (*Bindung*). Ta pierwsza polega na tym, że norma wyższego rzędu wskazuje procedurę ustalenia normy niższego rzędu i – ewentualnie – jej treść. Ta druga natomiast prowadzi do uznania normy niższej za wiążącą.

2.2. Model negatywnego ustawodawcy a tworzenie i stosowanie prawa

Podobny dwubiegunowy układ pojawia się w odniesieniu do relacji pomiędzy normą ustawową a normą konstytucyjną. Także i tu na pierwszy plan wysuwają się kwestie proceduralne, choć mogą pojawić się również powiązania treściowe. Warto w tym miejscu zauważyć, że opisywana relacja nie przenosi się o poziom wyżej, gdy w grę wchodzi stosowanie konstytucji. Norma podstawowa, tak jak jest rozumiana przez Kelsena, nie może bowiem wytworzyć żadnych powiązań treściowych z konstytucją[14].

[11] H. Kelsen, *Istota i rozwój...*, s. 16–17.

[12] H. Kelsen, *Zur Theorie...*, s. 1113.

[13] H. Kelsen, *Czysta teoria prawa...*, s. 483–484.

[14] Na temat *Grundnorm* zob. m.in. J. Stelmach, *Norma podstawowa* (w:) J. Stelmach (red.), *Studia...*, s. 63–70; S.L. Paulson, *Saving the Pure Theory of Law. The Basic Norm as*

Grundnorm ma charakter czysto formalny i hipotetyczny. Jest założeniem, które musi poczynić każdy prawnik, który gra w grę zwaną prawem. Bierze się to stąd, że prawnik-normatywista musi odpowiedzieć na pytanie: „Dlaczego obowiązuje pierwsza konstytucja?" i jako normatywista nie może tego wytłumaczyć ani przez odwołanie się do określonych faktów, ani przez nawiązanie do prawa naturalnego. Konieczne jest zatem, według Kelsena, odwołanie się do konstrukcji normy podstawowej, która jednak **nie może być wzorcem** w procesie wykładni norm konstytucyjnych.

Z koncepcji wzajemnych relacji między normami konstytucyjnymi i ustawowymi wynikają jednak ważne wnioski dla praktyki stosowania i wykładni prawa. Przede wszystkim autor *Czystej teorii prawa* wskazuje, że konstytucyjne unormowanie podstawowych praw obywatelskich jest szczególne, ponieważ ma charakter negatywny. Polega ono na tym, że ustawodawca jest ograniczony w stanowieniu treści norm. Pewne określone normy (ustanawiające lub potwierdzające prawa lub wolności obywateli) są wykluczone[15]. Można tu dodać, że negatywnym unormowaniom konstytucyjnym, które ograniczają organ stanowiący prawo, odpowiada koncepcja negatywnego ustawodawcy[16], ograniczająca z kolei sąd konstytucyjny[17]. Koncepcja ta została sformułowana przez Kelsena w przywołanym już wcześniej artykule *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego.* Gdy sąd konstytucyjny uchyla określony akt w toku kontroli konstytucyjności, w rzeczywistości tworzy normę generalną. Jednak ze względu na to, że norma ta unicestwia prawo, a nie je tworzy, jego działalność jest stanowieniem prawa, „tyle że niejako z ujemnym znakiem"[18]. W przeciwieństwie do zwykłego ustawodawcy, u ustawodawcy negatywnego ważny jest moment

Regulative Principle [Zachowując czystą teorię prawa. Norma podstawowa jako idea regulatywna], wykład im. Leona Petrażyckiego, Warszawa, 9 maja 2013 r., Warszawa 2013.

[15] Ślady tej koncepcji można odnaleźć w polskiej teorii prawa w postaci krytyki norm dozwalających (zob. np. K. Opałek, J Woleński, *O tzw. słabych i mocnych dozwoleniach*, Studia Filozoficzne 1974, nr 8, s. 116 i n.), a także w pracach Zygmunta Ziembińskiego: S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 101–103 oraz Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 175–176.

[16] Krytycznie Kelsenowską koncepcję „prawodawcy negatywnego" omawia S. Wronkowska, m.in. w: *eadem*, *Kilka uwag...*, s. 5 i n.

[17] Kelsen stosuje określenie „sąd", jednak zaznacza, że sąd konstytucyjny bardzo różni się od sądów powszechnych. Orzekając o nieważności aktów prawnych, wydaje on normy generalne, a nie indywidualno-konkretne. Z drugiej strony jest sądem ze względów organizacyjnych oraz sprawowanych funkcji kontrolnych wobec władzy ustawodawczej i wykonawczej (H. Kelsen, *Istota...*, s. 39).

[18] H. Kelsen, *Istota...*, s. 39.

związania, a nie tworzenia[19]. To stwierdzenie może być pewnym tropem dla odpowiedzi na pytanie o interpretację konstytucji u Kelsena. Wynika z niego, że jest on skłonny przyznać znacznie mniej swobody sędziom konstytucyjnym niż wszelkim innym organom postawionym przed koniecznością interpretacji prawa.

Przypuszczenie to potwierdzają dalsze rozważania Kelsena na temat działalności sądu konstytucyjnego. Na pytanie o to, czy – orzekając – taki sąd może wziąć pod uwagę reguły pozaprawne, Kelsen stanowczo odpowiada, że nie. Jeśli takie zasady nie mają odzwierciedlenia w prawie, to są jedynie niewiążącymi postulatami jakiejś grupy. Zadaniem sądu jest interpretacja konstytucji i to nią jest on związany. Oczywiście również w konstytucji zdarzają się takie określenia, jak „sprawiedliwość", „słuszność" i są one wyrazem luzu decyzyjnego sędziego. Jednak, wskazuje Kelsen, niosą one też niebezpieczeństwo dużej uznaniowości. Jeżeli przykładowo w konstytucji zostaje stwierdzone, że porządek prawny ma urzeczywistniać sprawiedliwość, to można uchylić każdą ustawę, stwierdzając, że jest ona niesprawiedliwa[20]. Ten pogląd wynika z faktu, że Kelsen jest relatywistą. Nie wierzy w jedno obiektywne kryterium słuszności i dlatego jest przeciwnikiem umiejscawiania w konstytucji zwrotów, które pozwoliłyby na zbytnią swobodę sędziów w interpretacji prawa. Warto jednak dostrzec, że przykład podany przez Kelsena – ogólne stwierdzenie, że reguły prawa mają być sprawiedliwe – jest skrajny. Trudno zaprzeczyć, że stwarzałoby to możliwość sparaliżowania procesu legislacyjnego, ponieważ mogłoby się okazać, że każda norma jest niesprawiedliwa, zatem niezgodna z konstytucją. Fakt, że Kelsen podał właśnie taki przykład, może jednak świadczyć albo o słabości jego argumentacji, albo o tym, że był przeciwny jedynie przesadnemu naszpikowaniu konstytucji zwrotami wartościującymi.

Kelsen konkluduje, że skoro sąd konstytucyjny ma być negatywnym ustawodawcą, to znaczy, że władza ustawodawcza jest powierzona dwóm organom. Nie uważa tego jednak za naruszenie zasady rozdziału władz. Wręcz przeciwnie, ten stan rzeczy jego zdaniem potwierdza tę zasadę, ponieważ z jednej strony zapobiega nadmiernej koncentracji władzy, a z drugiej zapewnia kontrolę nad legislacją[21].

W relacji między normą generalną a wyrokiem sądowym lub decyzją administracyjną oba elementy (proceduralny i treściowy) są jednakowo

[19] *Ibidem*, s. 41.
[20] *Ibidem*, s. 52–53.
[21] *Ibidem*, s. 40.

istotne. Kelsen zaznacza jednak, że owo określenie treści i procedury nigdy nie jest całkowite. Na niższym poziomie zawsze musi nastąpić dookreślenie (*Bestimmung*)[22]. Kelsen dodaje, że bez względu na to, czy chodzi o ustanowienie ustawy na podstawie upoważnienia zawartego w normach konstytucyjnych, czy o wydanie indywidualnego rozstrzygnięcia, zadanie ma ten sam charakter. W jednym i w drugim przypadku trudno z aktu prawnego o charakterze nadrzędnym wydedukować z całą precyzją, jak powinno wyglądać właściwe unormowanie niższego rzędu lub rozstrzygnięcie i zawsze będzie występować tu pewna niedookreśloność. Różnica między tymi dwiema sytuacjami dotyczy raczej ilości niż jakości. Ustawodawca ma znacznie więcej swobody w tworzeniu prawa w porównaniu do sędziego, który musi wydać wyrok na podstawie obowiązujących norm[23]. Praktycznie zawsze mamy zatem do czynienia z niedookreślonością norm prawnych.

Gdzie tu jest jednak miejsce na interpretację prawa? Można sądzić, że Kelsen chciał pokazać, że aby stworzyć normę niższego rzędu, najpierw należy zinterpretować przepis znajdujący się wyżej w hierarchii, który będzie podstawą jej obowiązywania. Jak widać, mimo że Kelsen rozpatruje interpretację, a nie wykładnię w ścisłym znaczeniu, jego tezy nie naruszają metodologicznego założenia o dualizmie bytu i powinności. Wskazuje on tylko miejsce przynależne interpretacji na „mapie" swojej teorii.

3. Wieloznaczność języka a znaczenie norm

Rozwijając swoje rozważania nad interpretacją prawa, Kelsen zauważa, że niedookreśloność (wymagająca wykładni) może również wynikać ze sprzeczności przepisów wchodzących w grę przy konstruowaniu normy prawnej[24]. Można zaryzykować tezę, że proces konstrukcji takiej normy przebiega równolegle z interpretacją, która ma tu charakter służebny. Jednak Kelsen o wiele więcej uwagi poświęca niedookreśloności wynikającej z wieloznaczności wyrażeń.

Przede wszystkim Kelsen zauważa, że sens językowy normy rzadko bywa precyzyjny. Zazwyczaj jest tak, że istnieje kilka możliwych jej znaczeń[25]. Ponadto podmiot dokonujący wykładni może być przekonany,

[22] H. Kelsen, *Zur Theorie...*, s. 1114.

[23] *Ibidem*, s. 1117.

[24] *Ibidem*, s. 1115.

[25] Por. H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wiedeń 1979, s. 26, przyp. 1, s. 221. W wydanej już pośmiertnie *Ogólnej teorii norm* z 1979 roku Kelsen nadal utrzymywał, że

że istnieje niezgodność pomiędzy językowym sformułowaniem normy a intencją prawodawcy. Wówczas dodatkowo pojawia się problem, w jaki sposób zrekonstruować wolę prawodawcy. Z oczywistych względów trzeba wtedy sięgać do innych źródeł aniżeli treść samej normy[26].

Warto zauważyć, że Kelsen wyodrębnia tutaj **dwie podstawowe metody interpretacji**, charakterystyczne dla pozytywizmu prawniczego: językową i teleologiczną, odnoszącą się do woli prawodawcy. Nie musi to jednak oznaczać, że odrzuca on inne rodzaje interpretacji. Oczywiście dziwić może brak wykładni systemowej. Można jednak przypuszczać, że autor *Czystej teorii prawa* pomija ją ze względu na specyficzne rozumienie normy. Jeśli przyjmie się koncepcję pełnej normy prawnej, czyli takiej, na którą składają się wszelkie przepisy wymagane do wykonania sankcji, to wykładnia systemowa sprowadza się do wykładni językowej. Z kolei brak pewnych odmian wykładni funkcjonalnej wynika z faktu, że w ramach teorii Kelsena można rozpatrywać tylko to, co istnieje w obrębie systemu prawa, czyli językowe brzmienie norm oraz wolę prawodawcy, a nie fakty, które mogą być następstwem zastosowania normy[27].

Rezultatem niedookreśloności językowej aktów prawnych zawsze jest istnienie **więcej niż jednej możliwości wykonania normy prawnej**.

norma może mieć wiele znaczeń, tym razem jednak nawiązywał do koncepcji sensu (*Sinn*) i nominatu (denotacji, *Bedeutung*) Gottloba Fregego. Norma byłaby nominatem posiadającym wiele znaczeń (G. Frege, *Sens i nominat*, tłum. J. Pelc (w:) *Logika i język*, Warszawa 1967, s. 225–252).

[26] H. Kelsen, *Zur Theorie*..., s. 1115; *idem*, *Czysta teoria prawa*..., s. 484.

[27] Ciekawym problemem związanym z wolą prawodawcy jest pytanie, czy chodzi o wolę w znaczeniu faktycznym, czy też prawnym. Ta pierwsza związana jest z procesem decyzyjnym mającym miejsce w sferze faktów. Przy wykładni wiązałby się z nią, na przykład, znany problem zilustrowany przez Harta: „kim jest suweren?" Czy jest to rząd, parlament, a może wyborca? (H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 108–113). A skoro nie wiadomo, kim jest suweren, to w jaki sposób można zrekonstruować jego wolę? Kelsen jednak wyróżnia również wolę w znaczeniu prawnym i na niej się koncentruje. Ma ona charakter normatywny i wynika z założenia, że skoro jakaś norma znajduje się w systemie prawa, to ze względu na wolę państwa (zob. np. H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego*, tłum. T. Przeorski, Wilno 1935–36, s. 114–115). Jednak to rozwiązanie ani trochę nie przybliża nas do zrekonstruowania woli prawodawcy na etapie wykładni. Wręcz przeciwnie – odcięcie się od sfery faktów taki proces uniemożliwia. Wydaje się więc, że Kelsen miał jednak na myśli wolę ustawodawcy w sensie faktycznym. Taki zabieg wydaje się dotyczyć sytuacji, gdy Kelsen rozważa kwestie związane z interpretacją. Wówczas byłby to opis faktyczny, jednak niestanowiący elementu jego teorii, a jedynie uzasadnienie dla poszczególnych tez czystej teorii prawa. Wykładnia w ścisłym znaczeniu musiałaby już się odwoływać do woli prawodawcy w znaczeniu normatywnym i może być postrzegana jako element czystej teorii prawa.

Norma zawsze określa przy tym zakres możliwych znaczeń, poza który nie powinno się wykraczać. Oznacza to, że w grę wchodzi wiele możliwości zastosowania normy wewnątrz ram zakreślonych przez nią i są one równoważne. Można tu zgłosić wątpliwość co do równoważności, wskazując na przykład sytuację, gdy jedna interpretacja jest ewidentnie gorsza od drugiej przez to, że narusza interesy obu stron, nie oferując w zamian żadnych korzyści. Jednak Kelsen dokonuje swoich rozważań z punktu widzenia teorii prawa, która, w jego przekonaniu, abstrahuje od treści i rozstrzygnięć, co jest słuszne. Wprowadza on formalne kryterium przypominające kryteria z dziedziny logiki: albo pewne znaczenie mieści się w zakresie możliwych znaczeń normy, albo nie. Przy takim podejściu norma indywidualna zostanie stworzona w oparciu o właściwe ramy prawne tylko wtedy, gdy jej zakres będzie podrzędny względem zakresu odpowiedniej normy generalnej. Tylko takie kryterium jest na gruncie Kelsenowskiej teorii prawa uzasadnione.

Według Kelsena zadaniem dokonującego interpretacji jest jedynie prawidłowe ustalenie **ram znaczenia normy**. Uważa on przy tym za błędne dążenie tradycyjnej jurysprudencji do stworzenia metody, która miałaby te ramy ustalić[28]. Tym samym krytykuje on przekonanie niektórych teoretyków, również pozytywistów, że norma musi koniecznie prowadzić do jednego słusznego rezultatu. Nie zgadza się z opinią, że w wyniku zastosowania normy generalnej do konkretnego przypadku możliwe jest tylko jedno prawidłowe rozstrzygnięcie. Zdaniem Kelsena krytykowane stanowisko prowadzi do przekonania o ugruntowaniu prawidłowości rozstrzygnięcia w normie prawnej. Stanowi to furtkę dla wprowadzenia ideologii do nauki prawa. W konsekwencji nauka prawa nie zasługiwałaby na atrybut naukowości, zaś wplecenie w nią wątków ideologicznych rodziłoby oczywiste niebezpieczeństwo skażenia każdego systemu prawa przeświadczeniami o słuszności jednej doktryny. Kelsen komentuje takie podejście następująco: tradycyjna jurysprudencja przedstawia proces interpretacji w taki sposób, jakby chodziło o intelektualny akt wyjaśniania lub zrozumienia, tak jakby interpretator miał uruchomić tylko swój rozum, nie zaś wolę i tak jakby poprzez czyste działanie rozumu można było spośród istniejących możliwości dokonać właściwego, odpowiadającego prawu pozytywnemu wyboru[29].

[28] H. Kelsen, *Zur Theorie...*, s. 1116; *idem*, *Czysta teoria prawa...*, s. 486 [referując pogląd Kelsena, przyjęto własne tłumaczenie oryginału odbiegające od cytowanego wydania polskiego].

[29] Por. H. Kelsen, *Zur Theorie...*, s. 1116; *idem*, *Czysta teoria prawa...*, s. 486.

Tym sposobem Kelsen wykazał niekonsekwencję w myśleniu wielu autorów. Zwłaszcza pozytywiści[30], krytykując doktryny prawa natury za arbitralne ustalanie treści norm prawnonaturalnych, nie zauważali, że sami popełniają błąd o podobnym charakterze, wierząc w jedno właściwe rozstrzygnięcie na gruncie prawa pozytywnego. Skoro może istnieć więcej niż jeden rezultat interpretacji normy, to jedno słuszne rozstrzygnięcie musiałoby być równie arbitralne co normy prawnonaturalne.

Twierdzenie Kelsena, że istnieją określone ramy interpretacji normy w zależności od przyjętej metody, warto uzupełnić o uwagę Hansa Klinghoffera, który zauważa, że już zastosowanie jednej metody interpretacji (dyrektyw jednego rodzaju) może prowadzić do uzyskania wielu interpretacji. Przykładowo przy wyrażeniach wieloznacznych interpretacja językowa może oferować tyle rozwiązań, ile znaczeń ma problematyczne wyrażenie. Oznacza to, że ten, kto dopuszcza tylko jedną metodę wykładni, wcale nie musi odrzucać tezy o wielu możliwych rezultatach zastosowania tej metody[31]. Dobitnie unaocznia to naiwność wiary w istnienie jedynego właściwego rozstrzygnięcia (przynajmniej na poziomie semantycznym).

Kelsen konkluduje, że na gruncie teorii prawa niemożliwe jest wypracowanie metody, która pozwalałaby na wyodrębnienie jednego właściwego znaczenia normy prawnej. Wszelkie metody wykładni, czy to odwołujące się do językowego brzmienia przepisu, czy do woli ustawodawcy, prowadzą tylko do jednego z możliwych rozwiązań, nie zaś do jedynego właściwego. Obydwie brane przez Kelsena pod uwagę metody mają z punktu widzenia teorii prawa tę samą wartość. Podobnie sytuacja przedstawia się z wnioskowaniem *per analogiam* oraz *a contrario*. Mimo że prowadzą one

[30] W czasach Kelsena to pozytywiści przyjmowali omawiane stanowisko. Należy jednak zauważyć, że najpopularniejszą koncepcję tego typu sformułował Ronald Dworkin, zaliczany niekiedy do pozytywistów, ale będący głównym krytykiem Hartowskiej wersji pozytywizmu. Znana jest ona pod nazwą *one right answer thesis* (*ORAT*). Koncepcja ta została zanalizowana i skrytykowana przez J. Wróblewskiego w: *Problems Related to the One Right Answer Thesis*, Ratio Iuris 1989, nr 2–3, s. 240–253. Wróblewski wskazuje na kilka kontrowersji związanych z ORAT. Po pierwsze, czy dotyczy ona wszystkich spraw bez względu na to, czy są to *hard cases*, czy nie; po drugie, czy wszystkie lub niektóre sprawy są uzasadniane jako decyzja ORAT; po trzecie, czy powinny być tak uzasadniane; po czwarte, skoro tak, to w jaki sposób takie uzasadnienie powinno być dokonane. Wróblewski dochodzi do konkluzji, że koncepcja ORAT, pomimo że mogłaby się dobrze sprawdzać jako idea regulatywna, nasuwa wiele kontrowersji, choćby z tego względu, że wymaga założenia jakiejś kognitywistycznej aksjologii i wiary w specyficzną rzecz samą w sobie, którą miałaby być ta właściwa decyzja.

[31] H. Klinghoffer, *Über mehrfache Auslegungmöglichkeiten* (w:) R.A. Metall, *33 Beitrage zur Reinen Rechtlehre*, Wiedeń 1974, s. 115–116.

do krańcowo odmiennych rezultatów, to na gruncie teorii prawa (abstrahującej od treści norm) mają tę samą rangę. Nie działa w tym przypadku formuła równoważenia interesów, ponieważ zadaniem teorii prawa nie jest wnikanie w naturę interesów stron[32]. W ten sposób teoria interpretacji prawa Kelsena nie tworzy podstaw do sformułowania i rozwinięcia koncepcji **ważenia zasad prawnych** lub ważenia wartości albo interesów prawnie chronionych. Nie jest więc punktem wyjścia dla autorów końca XX wieku, takich jak Robert Alexy, którzy swoją koncepcją „ważenia" (*balancing*, *weighting*) wnieśli istotny wkład do doktryny konstytucyjnej[33].

4. Wykładnia – swobodne uznanie – aktywizm sędziowski

Przy okazji omawiania tej kwestii Klinghoffer zgłasza następującą wątpliwość: nie da się wykluczyć, że powstaną dwa sprzeczne ze sobą rezultaty wykładni. Czy w tej sytuacji na gruncie teorii Kelsena dopuszcza się istnienie sprzeczności? Kelsen wyraźnie zaznaczał, że zadaniem nauki prawa jest przedstawienie prawa jako jedności (w sensie braku sprzeczności)[34]. Gdyby był nominalistą, zarzut przedstawiony przez Klinghoffera byłby słuszny. W takim wypadku w istocie mogłoby się okazać, że w systemie prawa na poziomie norm indywidualnych istnieją sprzeczne rozstrzygnięcia. W argumentacji Klinghoffera tkwi jednak błąd, który można zilustrować, odwołując się do Arystotelesowskiego podziału na formę i materię, w którym forma i materia tworzą jednostkowy byt wraz z jego przypadłościami (np. konkretnego gniadego konia z czarną grzywą), zaś forma to pewne właściwości ogólne przynależne każdemu gatunkowi (tutaj chodziłoby o konia w ogóle). Odwołując się do tego rozróżnienia, można powiedzieć, że Kelsen poszukiwał formy prawa.

Z tego punktu widzenia wizja prawa Kelsena jest odmienna od koncepcji Klinghoffera i innych liczących się przedstawicieli teorii prawa. By to wyjaśnić, należy odwołać się do jego koncepcji pełnej normy prawnej. Jest ona konstruowana na podstawie wszystkich przepisów koniecznych do zrealizowania konkretnej sankcji – poczynając od normy podstawowej

[32] H. Kelsen, *Zur Theorie...*, s. 1116–1117.

[33] R. Alexy, *Balancing, constitutional review, and representation*, International Journal of Constitutional Law 2005, vol. 3, no. 4, s. 572 i n.; także *idem*, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010, s. 81 i n., 130 i n.

[34] H. Klinghoffer, *Über mehrfache...*, s. 157.

i przepisów konstytucji. Teoria prawa nie zajmuje się treścią tej normy czy jedną konkretną pełną normą prawną. Ważne jest to, że norma w każdym przypadku jest w pewien konkretny sposób urzeczywistniana. Fakt, iż konkretne konie mogą być kare albo niekare, nie oznacza, że pojęcie konia jest pojęciem wewnętrznie sprzecznym. Ważne, by konkretny egzemplarz konia nie był zarazem kary i niekary. Tak samo jest w przypadku wizji prawa Kelsena. To, że dopuszcza on istnienie rozstrzygnięć, które są ze sobą sprzeczne, nie oznacza, że taka sprzeczność naruszałaby jedność prawa. Każde z rozstrzygnięć jest końcowym rezultatem konkretnego łańcucha norm i ważne jest, by w tym konkretnym łańcuchu nie wystąpiły sprzeczności.

Przy okazji warto zauważyć, że gdy Kelsen twierdzi, iż wszystkie możliwości wykładni są równorzędne, jest to twierdzenie analogiczne do opinii, że wszystkie możliwości dotyczące maści konia są równorzędne. Tak samo jak od konkretnego materiału genetycznego i od splotu konkretnych warunków będzie zależało, jak będzie wyglądał źrebak, tak postać ostatecznego rozstrzygnięcia prawnego zależy od zastosowanych norm i okoliczności, które są specyficzne dla danego stanu faktycznego.

Dokonując analizy tego wątku, można zadać pytanie, czy Kelsen, pisząc o wielu możliwych równoważnych interpretacjach, mógł mieć na myśli dyskrecjonalność sędziego (osoby stosującej prawo). Aby odpowiedzieć na to pytanie, warto najpierw zastanowić się, na czym polega tak nazwana władza sędziego. Definicję tego pojęcia przytacza np. Jerzy Stelmach: „słownikowo dyskrecjonalność oznacza swobodne uznanie, ocenę nieograniczoną bezpośrednio przez żadne przepisy prawa stanowionego”[35], wskazując, że chodzi o sytuację, gdy zachodzi możliwość uznania za prawną innej normy niż ta, którą już poprzednio za taką uznano[36]. Zauważa on również, że jeśli w myśl pozytywistycznych założeń (w tym Kelsenowskich) pojęcie prawa sprowadza się do normy prawnej, to sędziowskie uznanie nie powinno wchodzić w grę.

Tymczasem nawet w kontynentalnym paradygmacie prawa ściśle powiązanym z pozytywizmem prawniczym dostrzega się pewną akceptację dla prawotwórczej działalności sędziów[37]. Jest to trafne spostrzeżenie, czy jednak w świetle Kelsenowskiego normatywizmu rodzi paradoks? Można

[35] J. Stelmach, *Dyskrecjonalność sędziowska w pozytywistycznych i niepozytywistycznych koncepcjach prawa* (w:) W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, Warszawa 2010, s. 54.

[36] *Ibidem*.

[37] *Ibidem*, s. 55.

twierdzić, że nie. Skoro Kelsen uważa, że norma może mieć wiele znaczeń, to w tych granicach mamy do czynienia z dyskrecjonalnością. Jednak nie wydaje się, by Kelsen dopuszczał dyskrecjonalność w pełnym tego słowa znaczeniu. Normy dają pewną przestrzeń dla interpretacji, która wydaje się podobna do Hartowskiego cienia semantycznego. Nie wydaje się natomiast, by Kelsen uważał, że sędzia może pełnić rolę twórcy prawa[38]. Jeśli jednak za Pawłem Łabieńcem przyjmie się, że dyskrecjonalność władzy oznacza swobodę, a nie dowolność[39], to można stwierdzić, że koncepcja Kelsena dopuszcza zjawisko dyskrecjonalności sędziowskiej w wyróżnionej przez Ronalda Dworkina słabej postaci, czyli, po pierwsze, negującej mechaniczność procesu decyzyjnego i, po drugie, kwestionującej prawomocność takiej decyzji. Bardziej dyskusyjną sprawą jest dyskrecjonalność w mocnym sensie. Skoro jednak ten rodzaj dyskrecjonalności nie jest rezultatem zjawiska nazwanego później cieniem semantycznym, to wydaje się, że Kelsen odrzucałby taką możliwość[40].

Rozpatrując problem dyskrecjonalności władzy orzekania, warto poruszyć także wątek aktywizmu sędziowskiego. Skoro Kelsen dopuszczał w pewnym stopniu dyskrecjonalność sędziowską, to czy podobnie oceniałby praktykę określaną jako aktywizm sędziowski? Można przypuszczać, że dopuszczałby występowanie w procesie stosowania prawa tzw. dyskrecjonalności w znaczeniu opisowym (deskryptywnym), a nie normatywnym, jak również wyprowadzanych z niej konsekwencji. Dla przykładu, zdaniem Lecha Morawskiego może się zdarzyć, że szalony legislator zmieni definicję osoby pełnoletniej, stanowiąc, że ten status przysługuje osobie, która osiągnęła dojrzałość fizyczną i psychiczną[41]. Kelsen prawdopodobnie uznałby, że poszczególni sędziowie nadawaliby tej normie inne znaczenia i byłyby to znaczenia równorzędne. Sięgając do terminologii stosowanej przez Morawskiego, można zaryzykować tezę, że Kelsen dopuszczałby aktywizm sędziowski w miękkiej postaci. Jest to więc koncepcja przeciwna względem Dworkinowskiej koncepcji ORAT (*one right answer thesis*), w której sędzia orzekający na podstawie precedensów decydował o tym, które rozstrzygnięcie spośród wielu było

[38] Zob. A Kozak, *Dylematy prawniczej dyskrecjonalności. Między ideologią polityki a teorią prawa* (w:) W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność...*, s. 72.

[39] P. Łabieniec, *Dyskrecjonalna władza sądu konstytucyjnego* (w:) W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność...*, s. 340.

[40] Zob. np. *ibidem*, s. 341.

[41] L. Morawski, *Kilka uwag w sprawie sędziowskiego aktywizmu* (w:) W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność...*, s. 95–97.

tym słusznym[42]. Kelsen dopuszczał bowiem wybór jednej spośród kilku równoważnych hipotetycznych interpretacji[43].

W przypadku europejskiego sądu konstytucyjnego zakres dyskrecjonalności sędziowskiej jest mniejszy aniżeli w przypadku zwykłego procesu stosowania prawa. Dzieje się tak ze względu na rolę, jaką pełni sąd konstytucyjny, mianowicie **rolę negatywnego ustawodawcy**. Jego podstawową funkcją jest uchylenie określonej wadliwej normy prawnej. Kelsen zdaje się postrzegać tę sytuację w kategoriach zero-jedynkowych jako akt o technicznym charakterze[44]. Jakie zatem ograniczenia mógłby wyartykułować pod adresem sądu konstytucyjnego? Można podjąć się takiej rekonstrukcji, przyglądając się bliżej ograniczeniom, które odnoszą się do polskiego Trybunału Konstytucyjnego. Sławomira Wronkowska wskazuje, że TK, określając siebie jako „negatywnego prawodawcę", nakłada na siebie szereg ograniczeń. Nie może zatem dodawać żadnych przepisów, oceniać celowości i trafności rozwiązań ustawodawczych, formułować sugestii i postulatów pod adresem prawodawcy, poza dyrektywami określanymi jako „zasady rzetelnej legislacji". Trybunał nie może również łagodzić skutków zaniechania ustawodawcy ani badać luk w prawie[45]. Wydaje się, że ów katalog ograniczeń TK zostałby w pełni zaakceptowany przez Kelsena.

Warto jednak zauważyć, że fakt wieloznaczności językowej norm daje sędziemu konstytucyjnemu pewną swobodę interpretacji normy, której legalność jest kwestionowana, a od tej interpretacji może być uzależniony rezultat badania konstytucyjności normy. Sędzia jest wyposażony w pierwiastek twórczy, gdy chodzi o nadanie określonej normie znaczenia, którego dokonuje, angażując swój system wartości. Element twórczy u „negatywnego ustawodawcy" może ujawniać się również z tego względu, że sąd konstytucyjny odróżnia normy od przepisów prawnych. Jak wskazuje Wronkowska, żeby wyeliminować normę prawną z systemu, musi on wskazać odpowiednie przepisy, z których owa norma się składa[46]. Podział na przepis i normę prawną jest podstawą czystej teorii prawa (choć Kelsen nie posługuje się bezpośrednio pojęciem przepisu). Można zatem przyjąć, że i z tego powodu autor *Czystej teorii prawa* jest zmuszony wyposażyć

[42] Zob. np. J. Wróblewski, *Problems related...*, s. 240–251.

[43] Zob. K.J. Kaleta, *Aktywizm sędziowski. Uwagi o zasadności zastosowania pojęcia na gruncie orzecznictwa konstytucyjnego* (w:) W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność...*, s. 95–97.

[44] Zob. S. Wronkowska, *Kilka uwag...*, s. 12.

[45] *Ibidem*, s. 8.

[46] *Ibidem*.

swojego „negatywnego ustawodawcę" w pewien pierwiastek twórczy, gdy musi taką normę zrekonstruować.

Moim zdaniem, mimo że Kelsen twierdził, iż interpretacja nie jest potrzebna w odniesieniu do norm niższego rzędu możliwych do bezpośredniego zastosowania[47], to w przypadku konstytucji można zaryzykować tezę, że sąd konstytucyjny w większości sytuacji jest **zmuszony dokonać interpretacji przepisów konstytucji** oraz badanej normy prawnej. Na rzecz takiej tezy można wskazać dwa argumenty. Po pierwsze, jest to konieczne ze względu na ogólny charakter norm konstytucyjnych, po drugie, wymaga tego fakt, że działalność sądu konstytucyjnego ma specyficzny charakter, zawiera w sobie zarówno elementy stosowania, jak i tworzenia prawa. To nie jest prosty przypadek bezpośredniego stosowania normy do stanu faktycznego. To o wiele bardziej skomplikowana operacja, polegająca na porównaniu treści dwóch norm, z których każda może mieć wiele znaczeń. Prawdopodobnie Kelsen stwierdziłby, że tylko w przypadku bardzo prostej i oczywistej niezgodności normy ustawowej z konstytucyjną można byłoby sobie wyobrazić sytuację, w której sąd konstytucyjny rezygnuje z dokonywania interpretacji. Sąd konstytucyjny powinien mieć również wiele swobody w sytuacji, gdy w grę będzie wchodzić zasada, a nie konkluzywna norma-reguła[48].

Należy jednak zauważyć, że z punktu widzenia samej interpretacji swoboda sędziego zależy od treści konstytucji. Jeżeli zawarte w niej sformułowania dają sędziemu dużo „luzu" decyzyjnego, to wszystkie możliwe interpretacje są interpretacjami równorzędnymi. Jeżeli z kolei treść konstytucji nie budzi istotnych wątpliwości, to sędzia konstytucyjny nie może wykazać się zbyt dużą kreatywnością. W praktyce trudno chyba jednak sobie wyobrazić konstytucję demokratycznego państwa, w której nie byłoby wyrażeń uwikłanych w aksjologię. Wydaje się zatem, że intencją Kelsena była przede wszystkim krytyka sytuacji, w której konstytucja zawiera liczne zwroty wartościujące, mogące sparaliżować proces legislacyjny.

5. Między formalizmem stosowania prawa a ideologią

Na koniec warto zadać pytanie, czy Kelsen neguje możliwość stworzenia teorii interpretacji, która wskazywałaby metodę dochodzenia do właści-

[47] H. Kelsen, *Allgemeine...*, s. 302; M. Zalewska, *Historia pewnego przypisu*, Archiwum 2011, nr 1 (2), s. 81.

[48] S. Wronkowska, *Kilka uwag...*, s. 14.

wego rozstrzygnięcia. Odpowiedź brzmi: nie. Kelsen jest zdania, że pytanie, w jaki sposób należy dokonać wyboru właściwego rozstrzygnięcia, nie jest problemem z dziedziny teorii prawa, lecz z zakresu polityki prawa[49]. W tym przypadku przedmiotem badania będzie treść norm i kryteria o charakterze pozaprawnym: moralne, społeczne – dobro społeczne, interes państwa, sprawiedliwość itd. Z tego powodu poglądy Kelsena są podobne do stanowiska Wróblewskiego, który teorię „jednego właściwego rozwiązania" widział raczej na płaszczyźnie normatywnej jako ideę regulatywną[50].

W podsumowaniu warto zwrócić uwagę na następujące kwestie. Przede wszystkim w przedstawionym artykule Kelsena poświęconym interpretacji prawa wyraźnie widać, jak bardzo różnił się on w swoich poglądach na interpretację od reprezentantów tradycyjnego pozytywizmu pierwotnego. Prawdopodobnie zaważył tutaj fakt, że Kelsen kilka lat wcześniej był sędzią austriackiego Sądu Konstytucyjnego. Miał więc praktykę pozwalającą mu na dostrzeżenie wad pozytywistycznej koncepcji interpretacji prawa.

W tym miejscu warto zadać jedno z ważniejszych pytań tego opracowania: jaka jest zatem relacja Kelsena-teoretyka i Kelsena-konstytucjonalisty? Moim zdaniem najważniejsza różnica sprowadza się do tego, że jednym z głównych założeń metodologicznych Kelsen-teoretyk uczynił **formalizm**. Wyraża się on w tym, że dla istoty prawa jego treść jest nieistotna. Błędem byłoby przemycenie jakichkolwiek wymogów treściowych dla norm na gruncie czystej teorii prawa. Z kolei Kelsen-konstytucjonalista nie boi się w swych rozważaniach wkraczać w teren opuszczony lub uznany przez teorię prawa za niewłaściwy, choćby wówczas, gdy rozważa zakres treściowy konstytucji[51]. Nawet jednak wtedy nie posuwa się tak daleko, by proponować jakąś konkretną treść konstytucji, a raczej prowadzi rozważania dotyczące różnych możliwości.

Można zatem powiedzieć, że przepaść pomiędzy Kelsenem-teoretykiem, a Kelsenem-konstytucjonalistą nie jest aż tak wielka, jak mogłaby się na pierwszy rzut oka wydawać. W pewnym sensie teoria prawa koncentruje się na zagadnieniach znajdujących się o jeden szczebel wyżej, na poziomie normy podstawowej, która, jak już wspomniałam, ma charakter formalny. Nic dziwnego, że gdy schodzimy piętro niżej na poziom konstytucyjny, w rozważaniach Kelsena odnajdujemy wątki odnoszące się do treści. Wynikałoby z tego, że hierarchiczna struktura prawa obok funkcji

[49] H. Kelsen, *Zur Theorie...*, s. 1117.
[50] J. Wróblewski, *Problems...*, s. 250–251.
[51] H. Kelsen, *Istota...*, s. 23–24.

opisu pełni jeszcze drugą funkcję, zewnętrzną. Stanowi mapę Kelsenowskich rozważań.

Zestawiając ze sobą analizę teoretycznoprawną z konstytucyjną, warto zwrócić uwagę na istotną kwestię. Gdy Kelsen pisze o interpretacji na gruncie swojej teorii prawa, **stosuje opis**. Zajmując się sądownictwem konstytucyjnym, przechodzi natomiast na **płaszczyznę normatywną**, wygłasza postulaty, jak taki sąd konstytucyjny powinien być zorganizowany, by dobrze funkcjonować. Widać tu więc zderzenie dość neutralnego w tym względzie Kelsena-teoretyka, rozważającego różne możliwości, i zaangażowanego orędownika sądownictwa konstytucyjnego.

Jednocześnie warto zauważyć, że schodząc na niższy poziom rozważań, poznajemy Kelsena lepiej: jest on legalistą, ale nie twierdzi, że sędzia ma być „ustami ustawy". Przyznaje sędziemu pewną dyskrecjonalność, ale na polu prawa konstytucyjnego ogranicza ją przez koncepcję negatywnego ustawodawcy. Na poziomie ustawowym i podstawowym Kelsen jest skłonny przyznać sędziemu nawet więcej dyskrecjonalności.

Analizując problemy interpretacji prawa, można zrozumieć, jak silny nacisk na kwestie językowe kładł Kelsen-neokantysta. Dostrzegamy również, jak wielką rolę problemy języka prawa odegrały w przypadku zagadnień związanych z interpretacją. Już w roku 1934 można zauważyć zapowiedź Kelsenowskiego zwrotu językowego, który znalazł swój wyraz w *Allgemeine Theorie der Normen* wydanej czterdzieści lat później. Ów zwrot językowy był przy tym zupełnie niezależny od procesu, który był następstwem rozwoju oksfordzkiej szkoły filozofii języka naturalnego. Kelsen zagadnieniami językowymi zaczął się interesować już w latach pięćdziesiątych. Można przypuszczać, że wynikało to raczej z jego rozczarowania neokantyzmem, z dostrzeżenia, że jego teoria jest obarczona wadami będącymi następstwem neokantowskich założeń. Z drugiej strony neokantowska teza, którą wyznawał, że metoda poznania determinuje przedmiot poznania, dość łatwo mogła mu nasunąć pomysł, że skoro normy wyrażone są w języku, to być może właściwą metodą do ich badania są właśnie metody językowe.

Analizując jego teksty, można również zauważyć ogromną konsekwencję założeń metodologicznych. Kelsen nie boi się powiedzieć: „to zagadnienie, mimo że istotne, wykracza poza ramy teorii prawa". Jego wizja nauki prawa jest tym samym bardzo konsekwentna, lecz również ograniczona. Sięgając do *Czystej teorii prawa*, nie należy się spodziewać, że praca ta zawiera katalog i opracowanie wszystkich zagadnień związanych z prawem. Kelsen, chcąc ująć istotę prawa, wskazać na jego uniwersalne

cechy, zrezygnował z kompletności swojej teorii w tym zakresie, w którym mogłaby ona dotyczyć faktów lub treści prawa. Takie podejście do zagadnień interpretacji ma jeszcze jeden skutek, który wyraźnie się uwidacznia na tle koncepcji reprezentantów pozytywizmu pierwotnego. Mianowicie Kelsen traktował postulat **uwolnienia teorii prawa od wszelkiej ideologii** bardzo poważnie. Teoria prawa rozumiana jako nauka nie może zatem odpowiadać na pytanie: „jak prawo należy interpretować?", ponieważ odpowiedź prowadziłaby do zajęcia pewnego stanowiska w kwestii wartości.

O zasługach i słabościach Kelsenowskiej teorii prawa mówi się bardzo wiele. Rzadko jednak wspomina się o tej wyjątkowej zasłudze, którą było ścisłe rozgraniczenie zagadnień teoretycznoprawnych. Kelsen miał odwagę tak uporządkować swoją teorię, by niektóre ważne zagadnienia znalazły się poza jej zasięgiem. Dzięki temu obraz prawa jest bardzo klarowny. Teoria prawa jest największym uogólnieniem wszelkich nauk o prawie. Przez to nie mieści się w niej znakomita część teorii wykładni, która została przez Kelsena zaliczona do polityki prawa. Jeśli przyjąć Kelsenowski paradygmat, jest to podejście słuszne, ponieważ już podział na to, co teoretyczne, odnoszące się do pytania: „jak jest?", i to, co praktyczne, odnoszące się do pytania „jak być powinno?", jest jednym z najstarszych i najbardziej fundamentalnych podziałów filozofii, a ten, kto go nie przestrzega, popełnia błąd naturalistyczny. Pokazuje to wyraźnie, że Kelsen miał realistyczne podejście do prawa. Nie zamykał się na inne możliwości interpretacji niż te wynikające bezpośrednio z aktu prawnego i woli ustawodawcy. Nie przeczył, że przy interpretacji norm prawnych mogą wchodzić w grę także czynniki pozaprawne. Uważał tylko, że nie da się ich objąć zakresem jego teorii.

Jaka była recepcja tak sformułowanej myśli Hansa Kelsena w państwach Europy Środkowej i Wschodniej wprowadzających i rozwijających sądownictwo konstytucyjne? Na tak postawione pytanie nie ma uniwersalnej odpowiedzi. Należy raczej przyjąć, że wpływ Kelsena na judykatywę Europy Kontynentalnej był często pośredni i fragmentaryczny. Niektóre elementy jego myśli, jak choćby koncepcja „prawodawcy negatywnego", zostały przyjęte współcześnie, chociaż bardziej jako argumenty niż jako założenia funkcjonalne sądów konstytucyjnych. Inne składniki teorii Kelsena, np. rozdzielenie interpretacji oraz wykładni w ścisłym znaczeniu, zostały porzucone lub zmodyfikowane. Nie ma jednak wątpliwości, że myśl Kelsena stanowiła nie tylko chronologicznie pierwszą, ale i jedną z najważniejszych inspiracji dla współczesnej refleksji nad wykładnią konstytucji i działaniem sądów konstytucyjnych.