

Artur Kotowski

Dyskrecjonalność władzy administracyjnej – próba nowego ujęcia

STRESZCZENIE

W artykule omówiono różnice i podobieństwa między dyskrecjonalizmem sądowym a władzą administracyjną. Wskazano na możliwe rozróżnienie między administracyjnym uznaniem a władzą dyskrecjonalną, głównie w zakresie przypisania swobodnego uznania do decyzji finalnej procesu stosowania prawa, a dyskrecjonalności – do rozumowań interpretacyjnych. Autor rozważa także możliwe zagrożenia w demokratycznym państwie prawnym związane z nadużywaniem przez władzę administracyjną przymiotów dyskrecjonalności.

Słowa kluczowe: administracja, dyskrecjonalność, teoria prawa



Artur Kotowski

The discretionary power of the administrative authority

ABSTRACT

The article discusses the differences and similarities between discretionary, judicial power and administrative authority. It indicates a possible recognition of the administrative and discretionary power. The author also considers possible risks in a democratic state governed by the rule of law, associated with the abuse of discretionary by administrative authority.

Keywords: administration, discretionary power, theory of law



1

WPROWADZENIE

W artykule omawiam zagadnienie dyskrecjonalności władzy administracyjnej. Głównie wiązana jest z sądowymi procesami stosowania prawa jako dyskrecjonalność sędziowska, choć oprócz dyskrecjonalności egzekutywy, znane jest także jej ujęcie z władzą ustawodawczą¹. W stosunku do organów administracyjnych można bowiem rozważać problemy w zakresie dyskrecjonalności, mając na względzie te elementy, które tradycyjnie podlegają analizie w warunkach wydawania decyzji sędziowskiej. Konieczność rozróżnienia dyskrecjonalności sędziowskiej i administracyjnej jest oczywiście znana i podlega analizie nie tylko w teorii prawa, ale również jest jednym z naczelnym problemów dogmatyki prawa administracyjnego². W zakresie aktów stosowania prawa administracyjnego pojęcie dyskrecjonalności tego rodzaju władzy używane jest rzadko, ustępując miejsca analizie problemu administracyjnego uznania³. Wiadome jest wszakże, że dyskrecjonalności nie można jedynie łączyć z paradygmatem stosowania prawa w postaci przyjęcia koncepcji swobodnego uznania lub związania decyzji.

W opracowaniu chciałbym wskazać na możliwe nowe ujęcie dyskrecjonalności władzy administracyjnej, głównie poddając pod rozważę możliwość uczynienia dystynkcji pojęciowej względem tradycyjnie łączonego z nią administracyjnego uznania. Omawiane zagadnienie uważam za istotne ze względu na procesy decyzyjne prowadzone przez organy administracyjne w warunkach współczesnych: multicentryzmu i prawa responsywnego. Rzecz godną uchwycenia jest nie tylko samo wskazywane do tej pory uznanie administracyjne i wypracowywanie prawnych ram przeciwdziałania arbitralności decyzji urzędniczej, ale rzeczywista dyskrecjonalność, rozumiana jako decyzja ukryta, opatrzona w formalną legitymację legalności, ale w rzeczywistości podjęta na podstawie innych niż prawo pozytywne determinant decyzyjnych. Chodzi mi więc nie o badanie dyskrecjonalności władzy administracyjnej w ujęciu znanym do tej pory, jako przyznane

¹ Por. B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004, s. 57.

² Por. Z. Duniewska, *Istota i granice dyskrecjonalnej władzy administracyjnej w świetle standardów europejskich*, *Studia Prawno-Ekonomiczne*, T. LIX/1999, s. 9–11.

³ Por. B. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 88–91.

przez samego prawodawcę swobodne uznanie administracyjne, ale problem ingerencji suwerena politycznego w stosowanie prawa aparatu urzędniczego za pomocą określonych metod oddziaływania, co można określić jako kanały władzy dyskrecjonalnej w aparacie władzy administracyjnej.

Problem dyskrecjonalności władzy tradycyjnie odnoszony jest do sądownictwa z uwagi na unikalność typu stosowania prawa prowadzonego przez sądy. Dotyczy, co do zasady, statusu sędziego, który jest niezawisły i niezależny w procesie orzekania. Jest to osobny pion podejmowania decyzji, niezależny od społecznych preferencji politycznych. Każda dojrzała procedura danej gałęzi prawa w demokratycznym państwie prawnym realizuje także podmiotowy status pragmatyki zawodowej sędziego, jaką jest samodzielność jurysdykcyjna. Sędzia jest niezależny w procesie podejmowania decyzji, zarówno w ramach hierarchicznej struktury organizacyjnej sądownictwa, która rozciąga się jedynie na kwestie administracyjno-porządkowe, jak i na bazie konkretnych rozwiązań prawnych, gdy sąd w kontynentalnej kulturze prawnej jedynie w wyjątkowych wypadkach jest związany decyzją innego sądu (np. wskutek kasatoryjnego rozstrzygnięcia sądu odwoławczego). Sąd jest przede wszystkim organem nieobieralnym. Jednakże nie jest to istota dyskrecjonalności. Władza dyskrecjonalna to władza ukryta (dyskretna). Do tej pory wymieniano, że elementy dyskrecjonalności to właśnie niejawni zakres kompetencji i utrudniona ich kontrola, możliwość swobodnego (lecz nie dowolnego) podejmowania decyzji na podstawie przyznanej kompetencji oraz uprawnienie do dokonania określonego wyboru spośród alternatyw decyzyjnych⁴. Na potrzeby tego opracowania wskazuję jednak, że szczególnie pierwszy element uważam za istotny i – co najważniejsze – czynię dystynkcję między uznaniem administracyjnym a dyskrecjonalnością tego rodzaju władzy. Co chciałbym jednak podkreślić, to właśnie rozróżnienie niejako stwierdzalnych dla postronnego obserwatora elementów warunkujących swobodne uznanie administracyjne w postaci klauzul generalnych, zwrotów niedookreślonych, jak również formalnego wdrożenia administracyjnym organom stosowania prawa normatywnego luzu decyzyjnego. Są to instrumenty, których niejako suweren polityczny nie ukrywa, które powinny być oceniane z punktu widzenia aksjologii czy też słuszności decyzji. Jest to jednak pewna decyzja

⁴ Tak Z. Duniewska, *op. cit.*, s. 16: „Istotą dyskrecjonalności jest wybór – przeciwieństwem natomiast konkretny obowiązek”.

woli suwerena politycznego, która pozostaje niewątpliwie transparentna. Możemy ją stwierdzić. To, co bardziej jest zastanawiające, i co – jak uważam – winno być konkretnie związane tylko i wyłącznie z dyskrecjonalną władzą administracyjną, to takie elementy, które prawodawca ukrywa, a które nie są transparentne. Odnieśmy ten problem do dyskrecjonalności sędziowskiej. Czy naprawdę za istotę władzy dyskrecjonalnej uznajemy determinanty powzięcia decyzji sędziego, np. w zakresie wymiaru kary? Choć znane są takie ujęcia, to jednak uważam, że nie jest to istota dyskrecjonalności, gdyż jest to świadomy luz decyzyjny, który ustanowił suweren polityczny. Jest to bardziej przejaw władzy aplikacyjnej, który raczej winien być analizowany przez pryzmat aktywizmu bądź pasywizmu sędziowskiego, ale nie jest to istota władzy dyskrecjonalnej. Podobnie w przypadku dyskrecjonalności władzy administracyjnej. To np. ukryte kompetencje realizowane w formie wytycznych, poleceń służbowych, które suweren polityczny nadaje w rzeczywistości organom stosowania prawa, a do których jawnie nie przyznaje się.

Potwierdzeniem tego ujęcia jest również pierwotne wskazywanie na uznanie administracyjne, rozumiane tak jak nakreślona przeze mnie dyskrecjonalność administracyjna, która oscyluje w ramach skutków prawnych danej regulacji podejmowanych w sposób autorytatywny, jednostronny⁵.

Zainteresowanie zakresem niezależnych, a budzących w pewien sposób ciekawość i próbę wzmożonej kontroli, uprawnień decyzyjnych wydawanych przez organ wyłączony z kontroli demokratycznej nabiera znaczenia wraz z ewolucją charakteru władzy aplikacyjnej, jaką tradycyjnie dysponowały sądy. W kulturze europejskiej sądownictwo miało jedynie stosować (czyli aplikować) wzory rozstrzygnięć określane przez suwerena politycznego w stosunku do indywidualnych i konkretnych spraw jednostkowych⁶. W tym zakresie miały nie posiadać żadnej swobody, co wyrażało się w postaci „zakazu interpretacji przepisów prawnych”⁷. W będącym przedmiotem wzmożonej refleksji nauk ogólnych prawoznawstwa, multicentrycznym charakterze współczesnego społeczeństwa (i wtórnie – prawa) w tzw.

⁵ Por. *ibidem*.

⁶ C. Beccaria pisał przecież, że: „prawo wykładni ustaw karnych nie może przysługiwać sędziom kryminalnym choćby dlatego, że nie są oni prawodawcami. Sędziowie [...] otrzymują prawa od żyjącego społeczeństwa lub suwerena jako jego przedstawiciela, jako prawnego depozytariusza woli ogólnej”. Cyt. C. Beccaria, *O Przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 61.

⁷ Cyt. L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 13–14.

państwie poprzemysłowym, dostrzega się, że stosowanie prawa uległo istotnym przeobrażeniom od strony paradygmatycznej. Stąd ewolucja tego procesu od obecnego w twardym, XIX-wiecznym pozytywizmie modelu sylogistycznego (subsumcyjnego) do wynikłych z filozofii prawa responsywnego⁸ modeli decyzyjnych, argumentacyjnych, czy dyskursywnych⁹.

Zainteresowanie dyskrecjonalnością władzy administracyjnej było więc rzeczą oczywistą. Władza urzędnicza rządzi się wszakże nieco odmiennymi prawami od władzy sądowniczej, co wynika z odmienności typu procesu stosowania prawa. Legitymację czerpie z istniejącej niewątpliwie w opozycji do sądownictwa kontroli demokratycznej. Urzędnik jest, co do zasady, odwoływalny, podlega szerszej niż jedynie dyscyplinarna odpowiedzialności. Decyzje zaś są podejmowane nie w warunkach niezawisłości, gdyż takowej po prostu nie ma, ale także braku niezależności, co wynika z samego mechanizmu kontroli demokratycznej – oczywiście z istniejącą zasadą legalizmu, że organ administracyjny działa na podstawie i w granicach prawa. Poprzez liczne przejawy luzu normatywnego w prawie administracyjnym zakres dyskrecjonalności jest w tej władzy nawet większy niż w przypadku judykatury, a ewentualne skutki czy też, biorąc pod uwagę określone kryteria, zagrożenia – dalek idące.

2

POJĘCIE WŁADZY DYSKRECJONALNEJ

Zainteresowanie dyskrecjonalnością wiązało się ze zmianą paradygmatu stosowania prawa. Coraz częściej mówi się o pewnej ukrytej władzy prawników, na wzór „IV władzy” – mediów, czyniąc nawet opozycję względem tradycyjnie zawsze związanej z dyskrecjonalnością w prawie – władzy sądowniczej¹⁰. Wydaje się wszakże, że rozszerzanie tego pojęcia na kontekst

⁸ Filozofia prawa responsywnego rozumiana jest tutaj oczywiście nie jako konkretna filozofia prawa, lecz twierdzenie metafizyczne o prawie, które wymaga podejścia do jego tworzenia i stosowania opartego na paradygmacie szybkiej ewolucji zapotrzebowań społecznych i szybko zmieniającej się aksjologii wobec gwałtownych przemian cywilizacyjnych.

⁹ Por. J. Jabłońska-Bonca, *Prawnik a sztuka negocjacji i retoryki*, Warszawa 2002, s. 10.

¹⁰ Por. J.M. Maravall, *Rządy prawa jako broń polityczna*, [w:] *Demokracja i rządy prawa*, red. J.M. Maravall, A. Przeworski, Warszawa 2010, s. 253.

socjologiczny władzy prawników jest posunięciem zbyt daleko idącym, co rozmywa główny problem zagadnienia.

Należy jednak wskazać, że u podstaw takiego rozszerzenia znaczenia dyskrecjonalności stanowiło postrzeżenie szczególnej roli, jaką w społeczeństwie pełnią prawnicy, przez pryzmat swoistego zagrożenia dla demokracji¹¹. Geneza refleksji nad niekontrolowaną przez resztę społeczności, zatem ukrytą, umiejętnością odkodowywania wiążących wszystkich powszechnie reguł zachowania się jest starsza niż samo prawo pozytywne i wywodzi się jeszcze z antyku, gdy to właśnie prawnik (poprzez analogię i inne metody inferencji logicznej) odczytywał normy, które uznawano za prawo. Problem ten odnajdujemy już w Biblii: „Biada wam, uczonym w Prawie, bo wzięliście klucze poznania; samiście nie weszli i przeszkodziliście tym, którzy wejść chcieli” (Łk 11,52)¹². Sedno problemu władzy dyskrecjonalnej sprowadzało się do pytania, o to: czy Oni (prawnicy), znając metody odczytywania reguł prawnych nie zniekształcają ich w pewnym celu? Czy prawo nie podlega wówczas procesowi jego instrumentalizacji – przez samych prawników¹³. Byłoby jednak znacznym uproszczeniem wiązanie dyskrecjonalizmu jedynie z teorią wykładni prawa, tj. z odniesieniem do historycznie starszego podziału niż na egzegezę obiektywną i subiektywną. Wykładnia obiektywna znaczy tyle co statyczna i powiązana została przez prawoznawstwo polskie ze znaczeniem normy jako „psychologicznym” sensem zakodowanym przez prawodawcę¹⁴. Wypada jednak zaznaczyć, że sprowadzanie dyskrecjonalności jedynie do samego problemu wykładni prawa jest niewystarczające (gdyż rzecz dotyczy także, a może przede wszystkim, samego rozstrzygnięcia, a nie jedynie przesłanki interpretacyjnej procesu stosowania prawa). Z drugiej jednak strony wszelka refleksja nad dyskrecjonalnością w prawie wiąże się z często niewyartykułowanym przyjęciem założenia na ewolucję norm w czasie i zależność ich znaczenia od interpretatora, który dysponuje pewną ukrytą władzą nad modyfikacją ich znaczenia.

¹¹ Por. A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Kolonia 2002, s. 7.

¹² Por. także J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 756.

¹³ Tradycyjnie bowiem problem instrumentalizacji prawa odnosi się do władzy politycznej i traktowania aktu ustawodawczego jako jedynie przedłużenia polityki, bez długofalowej polityki legislacyjnej i myślenia o prawie w kategoriach systemu opartego na jednolitych, aksjologicznych podstawach. Nihilizm ustawodawczy to przejaw instrumentalizacji prawa.

¹⁴ Por. J. Wróblewski, *Zagadnienie teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 163.

Prawo rozumiane jako komunikat (i to nie tylko w filozofiach postmodernizmu prawnego, odwołujących się coraz częściej do ontologii prawa jako dyskursu¹⁵), zawsze daje się opisać przez aparat terminologiczny teorii aktów mowy: nadawca – komunikat – odbiorca. Pogląd, że nie istnieje jedna rzeczywistość, lecz jej interpretacje¹⁶, niczego nie rozwiązuje, lecz jedynie słyca problem. W kontekście prawa jako zjawiska kultury uzależnionego od jego odczytania lub interpretacji esencja problemu zawsze znajduje się w pytaniu o to, kto dokonuje wiążącej interpretacji, czyli kto, na jakiej podstawie i za pomocą jakich kryteriów, w stosunku do kogo jest uprawniony do wywiedzenia decyzji¹⁷.

Jak niezwykle trafnie zauważa G. Sartori, największa różnica pomiędzy polityką w czasach przednowoczesnych (przed Rewolucją Francuską, w okresie społeczeństwa feudalnego) a nowoczesną (w szczególności demokracją po II wojnie światowej) polega na jej pierwotnym wiązaniu z etyką lub religią – niemalże tak, jak widział to Arystoteles¹⁸. W tym znaczeniu realizm polityczny polega po prostu na oderwaniu polityki od świata wartości innych porządków normatywnych niż prawo i poddaniu politycznych celów czystej pragmatyce. Nawet nie zgadzając się z autorem co do rangi tej różnicy, nie sposób jednak nie zauważyć, że współczesny suweren polityczny jest z jednej strony silnie ograniczony znaturalizowanym prawem pozytywnym (co stanowi proces tzw. naturalizacji prawa pozytywnego, na który można wszakże spojrzeć także ze strony pozytywisty, tzn. że to prawo naturalne zostało spozytywizowane¹⁹), z drugiej zaś, jest o wiele bardziej kontrolowany przez inne podmioty, co wynika z istoty multicytrycznej rzeczywistości. Posiadają one różnoraki status: od innych podmiotów decyzyjnych tego samego rodzaju władzy (politycznej), przez podmioty decyzyjne innego rodzaju władzy (organy władzy publicznej, przede wszystkim organy wymiaru sprawiedliwości i ochrony prawnej), jak również struktury decyzyjne i grupy interesów, które można zbiorczo określić mianem podmiotów kontroli społecznej. Jest to wszystko pochodną transparentności procesów sprawowania władzy związanych z rozwojem

¹⁵ Por. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, *passim*.

¹⁶ Por. G. Abel [za:] A. Kozak, *op. cit.*, s. 24.

¹⁷ Por. M. Safjan, *Wyzwania dla państwa i prawa*, Warszawa 2007, s. 63.

¹⁸ Por. G. Sartori, *Teoria demokracji*, Warszawa 1994, s. 58.

¹⁹ Por. M. Szyszkowska, *Europejska filozofia prawa*, Warszawa 1995, s. 139.

technologii komunikacyjnych. Co interesujące, władza polityczna – szczególnie w kontynentalnej kulturze prawnej – stanowiąca reguły nie działa dyskrecjonalnie w taki sposób jak władza prawników (czyli w sposób ukryty), gdyż ogranicza ją w tym znaczeniu nie tylko prawo pozytywne i odpowiedzialność ustrojowa, ale także reguły czysto techniczne. Zmienił się charakter władzy politycznej, który w swych pracach od lat opisuje m.in. A. Toffler²⁰.

Zainteresowanie dyskrecjonalnością wzrosło także w wyniku analizy procesów gry politycznej, w szczególności nurtu realizmu politycznego utożsamianego z tzw. polityką siły, której cechami jest bezwzględna walka o władzę bez silnego zaplecza ideowego, kunktatorstwo, zachowanie z gatunku tzw. przemocy politycznej oraz uprawianie polityki w oderwaniu od długoterminowych celów do osiągnięcia i traktowanie jej jako realizację partykularnych celów grup interesów, a nie w wymiarze interesu narodowego. Celem jest władza sama w sobie, a jej zdobycie i utrzymanie funkcjonuje według maksymy, że cel uświęca środki²¹. Warto zasygnalizować, że dyskrecjonalność władzy politycznej bywa badana na gruncie nauk prawnych z perspektywy jurystycznej, w aspekcie zgodności celów rzeczywistych a deklarowanych, w aspekcie procesów tworzenia prawa²². Przedmiotem zainteresowania staje się w mniejszym stopniu podstawa decyzji politycznej, która przybiera postać projektu aktu normatywnego, ile rzeczywisty cel normy, analizowanej ze względu na jej skutek w rzeczywistości pozajurystycznej: społecznej, ekonomicznej itp.²³. Zwróćmy uwagę, że status podmiotu decyzyjnego w analizie dyskrecjonalności władzy politycznej nie odgrywa takiego znaczenia, gdyż współcześnie w demokratycznych państwach prawnych, z istoty rzeczy, władza ta jest silnie legitymowana. Abstrahuję tutaj od szerszej analizy pojęcia demokracji, której ograniczanie jedynie do mechanizmu wyłaniania suwerena politycznego jest z pewnością niewystarczające. Uważam, że istotą demokracji są relacje społeczne oraz relacje między podmiotami publicznymi a niepublicznymi, a nie jedynie

²⁰ Por. A. Toffler, *Szok Przyszłości*, Poznań 1998, *passim*; *idem*, *Trzecia fala*, Warszawa 1997, *passim*; *idem*, *Zmiana władzy*, Poznań 2003, *passim*.

²¹ Por. G. Sartori, *op. cit.*, s. 58.

²² Por. P. Chmielnicki red., *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, Warszawa 2014, *passim*.

²³ Można jedynie wskazać, że takie podejście wydaje się być pochodną marksistowskiej koncepcji kształtowania (inżynierii) społecznej poprzez prawo (mającej, co znaczące, swój odpowiednik w krajach anglosaskich w nurcie filozofii realizmu prawnego). Oczywiście odbywa się to nie w aspekcie ontycznym (w sensie popierania samej idei jako słusznej), ile samego mechanizmu i statusu metafizycznego zjawiska prawa.

sposób wyłaniania władzy politycznej w oparciu o sposób wyboru, określany (niekiedy eufemistycznie) mianem demokratycznego. Wątek ten pozostawiam jednak otwarty, gdyż wymaga osobnego opracowania.

Dyskrecjonalność władzy łączy się więc z następującymi elementami:

1. Rodzajem podmiotu decyzyjnego.
2. Umocowaniem podmiotu decyzyjnego (jego legitymacją do podejmowania decyzji).
3. Procesem podejmowania decyzji, przede wszystkim w aspekcie jej transparentności.
4. Wtórnie: z treścią decyzji, co oznacza, czy jej skutek pozostaje w istocie zgodny z deklarowanym celem²⁴.

W zakresie dyskrecjonalności sędziowskiej podkreśla się, że jako władza aplikacyjna w kontynentalnej kulturze prawnej nie posiadają oni legitymacji do stanowienia reguł powszechnie obowiązujących (generalnych i abstrakcyjnych). Chodzi więc nie tyle o problem trafnej decyzji interpretacyjnej, gdy znaczenie wyprowadzanej w operatywnie prowadzonej wykładni normy konkretno-indywidualnej mieści się granicach znaczenia tekstu prawnego (problem tzw. językowej granicy wykładni). Rzecz dotyczy raczej tego, czy Sąd, podejmując decyzję walidacyjną, kieruje się prawem pozytywnym (nawet inferując zeń pewne znaczenia normatywne), a nie – w istocie – regułą, której brzmienie wyłania się jedynie z innego rozstrzygnięcia sądowego (w kulturze kontynentalnej problem tzw. precedensu *de facto*).

Podstawowy problem dyskrecjonalności polega na określeniu granic władzy ukrytej, która nie podlega żadnej demokratycznej kontroli oraz badaniu mechanizmów podejmowania decyzji przez organy (w tym wypadku sądowe) tak, aby były one rzeczywiście zgodne z aksjologią porządku prawnego. Dostrzeżono, że także władza sądowa może wpisywać się w proces instrumentalizacji prawa – może chronić interesy grup partykularnych lub oddziaływać w sposób *praeter legem* na mniejszości niezgodnie z ideą społeczeństwa demokratycznego, np. narzucając mniejszościom wolę większości w kwestiach światopoglądowych, obyczajowych, moralnych.

²⁴ Np. organ przyznaje wysokość odszkodowania i/lub zadośćuczynienia, które ponieść ma Skarb Państwa, ze względu na naruszenie określonych wartości (np. wolności, zdrowia, czci). Wymiar kwoty pozostaje jednak daleki od społecznego poczucia jego wysokości jako trafnej w stosunku do poniesionej szkody. W istocie więc można mniemać, że podjęta decyzja chroni interes władzy publicznej, a nie podmiotu, któremu przyznano wysokość roszczenia.

Dyskrecjonalizm opiera się na analizie procesów sprawowania władzy nad tekstem prawnym. Szczególnie w demokracjach liberalnych, gdzie niezależnie od postulatów sędziowskiego aktywizmu lub powściągliwości sędziowskiej zauważa się, że w państwie prawnym jedną z powinności sądownictwa jest ograniczanie władzy politycznej²⁵. Rzeczą dotyczy fazy interpretacyjnej procesu stosowania prawa i zakotwiczona jest jeszcze w dylemacie powstałym po Wielkiej Rewolucji Francuskiej, gdy powstaje zasada związania decyzji sędziowskiej. Była ona wynikiem – paradoksalnie – chęci utrzymania nowej aksjologii systemu prawa przez aparat sądowniczy, który w większości pochodził jeszcze z czasów Francji przedrewolucyjnej. By sędzia, pomimo obawy o dawne naleciałości, orzekał w zgodzie z „duchem” nowego prawa. Stąd wzmiankowana już niechęć do operatywnej wykładni prawa i transponowanie założeń inferencji przez sylogizm kategoryczny do procesu stosowania prawa. Doprowadziło to do ukształtowania się w XIX w. tzw. „czystego” modelu sylogistycznego stosowania prawa, którego celem była redukcja luzów decyzyjnych: przede wszystkim interpretacyjnego, w ograniczonego swobodną oceną dowodów: subsumcyjnego²⁶ i wreszcie – decyzyjnego *sensu stricto*, w zakresie samego rozstrzygnięcia²⁷. Dopiero w XIX w. rozpoczyna się zainteresowanie wykładnią prawa w rozumieniu juredykcyjnej metody naukowej (to wówczas powstają podstawowe, stosowane do dziś zasady metody egzegezy prawniczej, której podział wprowadził von Savigny²⁸). O ile jednak przez całe dziesięciolecie, gdy prawo oparte było w silnej mierze na filozofii prawa naturalnego (i dogmacie konieczności zgody prawa pozytywnego z nadrzędnym prawem natury), wykładnia prawa miała charakter deskryptywny, opierając się na hermeneutyce biblijnej, o tyle skutkiem redefinicji założeń

²⁵ Por. M. Smolak, *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej*, Kraków 2003, s. 98.

²⁶ Stąd funkcjonujące niekiedy, szczególnie w praktyce prawa, określenie kontrolowanej teorii oceny dowodów, bowiem w zasadzie swobodnej oceny organ nie jest zupełnie samodzielny w ich ocenie, lecz proces prowadzenia ustaleń faktycznych, jako pewny proces poznawczy, regulowany jest normami prawa dowodowego. Organ nie jest władny do oceny zupełnie dowolnej, lecz wypracowuje ją w pewnym zakresie przyznanego luzu decyzyjnego, głównie w kwestii przyznawania wiarygodności jednemu, a negatywnej ewaluacji innych środków dowodowych.

²⁷ Por. L. Morawski, *Kilka uwag w sprawie sędziowskiego aktywizmu*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Stańkiewicz, T. Stawicki, Warszawa 2010, s. 95.

²⁸ Za. E. Waśkowski, *Teoria wykładni prawa cywilnego*, Kraków 1936, s. 19. Mowa o triadzie interpretacyjnej Savigny’ego (metoda językowo-logiczna, systemowa i funkcjonalna) oraz włączanej współcześnie w poczet metody językowej interpretacji historycznej, uwzględniającej ewolucję redakcji, ale przede wszystkim znaczenia aktu normatywnego w czasie.

francuskiej szkoły egzegezy było wypracowanie pierwszych, dyrektywnych podejść do wykładni prawa, którym nie można było jeszcze nadawać statusu teorii²⁹.

To w celu redukcji luzów decyzyjnych, celem ograniczenia władztwa sędziego, szczególnej roli nabierają zasady wykładni prawa, tak aby egzegeci, używając takich samych metod pracy z tekstem uzyskiwali tożsame wyniki w zakresie rozumowań interpretacyjnych, co z kolei miało przełożyć się na podejmowane rozstrzygnięcia w sprawach podobnych, w zakresie decyzji finalnych. Tak też dzięki mechanizmowi sylogizmu prawniczego ograniczono luz finalny dzięki redukcji (czy też chęci eliminacji) luzu interpretacyjnego, bowiem to wówczas pojawia się paremia *sędzia ustami ustawy*.

Mniej więcej w drugiej połowie XIX w. zorientowano się, że takie rozwiązanie jest niemożliwe z uwagi na mnogość stanów faktycznych podlegających wydaniu rozstrzygnięcia³⁰, a wykładni prawa zaczęto przypisywać rolę metodyczną. Wobec czego w modelu subsumcyjnym stosowania prawa przestano traktować ten proces jako metodę naukową – gdyż nie jest to funkcja wydawania rozstrzygnięcia. Koncepcja związania decyzji sędziowskiej ewoluowała zaś w zasadę swobodnego uznania.

Współcześnie władza sędziowska jest określana mianem władzy aplikacyjnej, podczas wykonywania której sądowy organ stosowania prawa posiada przyznane luzy decyzyjne w zakresie decyzji interpretacyjnej, dowodowej oraz – będącej ich rezultatem – decyzji finalnej³¹. Luz oceny materiału dowodowego wyznaczony jest regułami prawa dowodowego oraz – w pewnym stopniu – wypracowaną praktyką prowadzenia ustaleń faktycznych wydobywaną z orzecznictwa sądowego (w kontynentalnej kulturze prawnej sądów kasacyjnych oraz najwyżej umocowanych w strukturze sądownictwa sądów odwoławczych). Granice swobodnej oceny dowodów (luz oceny faktów) wyznacza podmiot legislatywy (prawodawca), gdyż część z nich określona jest prawem pozytywnym, jak również – poprzez ich wykładnię oraz wzmiankowaną już praktykę orzeczniczą

²⁹ Por. *ibidem*, s. 3.

³⁰ Za symboliczną genezę odchodzenia od zasady związania decyzji sędziowskiej podaje się sprawę rozpoznawaną w 1856 r. przez francuski Sąd Apelacyjny w Colmar, w której orzekano o nadużyciu prawa podmiotowego przez właściciela gruntu, który wznosił niepotrzebny komin, jedynie celem prowadzonego, długoletniego sporu z sąsiadem. Wskutek tej sprawy, przyjęło się, że Sąd francuski zreinterpretował zasadę własności allodialnej przyjętą przez Kodeks Napoleona. Było to orzeczenie niezwykle doniosłe, gdyż francuska szkoła egzegezy zakładała wąskie ujęcie lingwistycznej koncepcji normy prawnej.

³¹ Por. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 116.

(niemniej ważną metodykę postępowania) – podmiot samej władzy sądowniczej. Z luzem decyzji finalnej (zakresem decyzji stosowania prawa) jest podobnie. Z jednej strony również jest on określony przez prawodawcę, z drugiej zaś także osadzoną w aksjologii zarówno jurydycznej jak i pozajurydycznej (mam tu na myśli głównie inne niż prawo porządku normatywne) praktykę orzekania. Kreują ją również sądy. Konkretniej można wskazać, że granice tego luzu wyznacza prawodawca, zaś elementy treściowe definiuje sądownictwo. Klasycznym przykładem jest przyjmowana metodyka określania wysokości wymiaru kary, wyznaczona zasadą sankcji względnie oznaczonej, ale również – przykładowo – praktyka zasądzania wymiaru odszkodowania i zadośćuczynienia. Granice decyzji wyznacza legislatura, ale praktykę określania treści decyzji, mieszczącej się w zakresie luzu, samo sądownictwo.

Najciekawszy do analizy z punktu widzenia dyskrecjonalności jest luz interpretacyjny. Dlatego też jest tak intuicyjnie wiązany z tym zjawiskiem. Jest oczywistą uwaga, że pojęcie językowej granicy wykładni pozostaje jednym z największych problemów teorii wykładni prawa jako część dyscypliny teorii prawa. Reguły egzegezy prawniczej osadzone są na różnych płaszczyznach funkcjonowania prawa. Od strony najbardziej formalnej – w formie konkretnych dyrektyw kierowanych do organu stosowania prawa, pochodzą one z samego systemu prawa, zatem formułowane są konkretnie przez prawników i jedynie przyjmowane przez sędziów. Dyrektywy wykładni prawa, czasem łączone w większe zbiory pod postacią konkretnych teorii wykładni prawa, są adaptowane do wykładni operatywnej z wykładni doktrynalnej. Postawa interpretatora względem adaptacji poszczególnych teorii wykładni bądź stosowania konkretnie wybranych dyrektyw wykładni sprowadza się do poruszania się w przestrzeni dwóch podstawowych koncepcji pracy z aktem normatywnym – tzw. podejściem swobodnym (hermeneutyką swobodną) i postawą silnie dyrektywalną, opartą na hermeneutyce egzegetycznej³². Obok reguł wykładni prawa wywodzących się, jak już stwierdziłem, w samym systemie prawa znajdują się zmienne, które można umiejscowić w przestrzeni porządku prawnego lub kultury prawnej. To determinanty interpretacyjne związane z określaną w literaturze perspektywą predeterminacji i nadterminacji znaczenia normy³³.

³² Por. H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, Warszawa 1997, s. 15.

³³ Por. *ibidem*, s. 169–170.

Podsumowując, czynniki warunkujące luz interpretacyjny można grupować w perspektywie wewnętrznej bądź zewnętrznej w stosunku do treści samego prawa pozytywnego³⁴. W gruncie rzeczy uważam, że są one tak płynne, że granicy luzu decyzyjnego nie sposób jest precyzyjnie wyznaczyć, gdyż pojęcie to zależy także od przyjmowanej przez interpretatora postawy filozofii prawa³⁵. Dlatego też spór o językową granicę wykładni prawa jest tak oparty na wieloznacznych perspektywach jego analizy, że nie sposób jest określić satysfakcjonujących wszystkich prawników, a w szczególności sędziów, afirmacji.

W zakresie analizy sędziowskiej dyskrecjonalności za najbardziej interesujące uważa się standardy zewnętrzne rzutujące na decyzję interpretacyjną, a nie czysto jurydyczne metody wykładni³⁶. Predeterminacja, czyli przedrozumienie, to te zmienne, które wpływają na rozumienie tekstu poprzez zastane schematy interpretacyjne egzegety. Podobnie twierdził przecież H. Gadamer i do tego też odnosił się jego hermeneutyczny krąg rozumienia, jak obserwacja procesu interpretacji i relacji między tekstem a rzeczywistością, do której się odnosi (co ma pierwszorzędne znaczenie dla tekstu normatywnego, jak tekst prawny). Dlatego mówi się, że przedrozumienie jest nieświadome, podczas gdy pochodząca z kultury prawnej nadterminacja jest jak najbardziej świadoma. To te czynniki, które nakazują interpretatorowi przyjąć znaczenie nawet niekoniecznie spośród alternatyw decyzyjnych, ale wprost dopasować uzasadnienie podjętej decyzji, by jedynie „bronila się” argumentacją z tekstu prawa pozytywnego, podczas gdy nawet nie pochodzi wprost od jego alternatyw znaczeniowych (jakby wskazał J. Wróblewski – nie znajdowała się w pozytywnym rdzeniu znaczeniowym³⁷). Nadterminacja to również standardy interpretacyjne, często nawet uzusy językowe, ale budowane świadomie, pod wpływem określonej filozofii czy ideologii. To takie rozumienie *czegoś*, bo tak się przyjęło. Dlatego

³⁴ Por. *ibidem*, s. 69.

³⁵ Pogląd przeciwny jest moim zdaniem możliwy, jedynie prowadząc analizę językowej granicy wykładni, z zastrzeżeniem, że budowane twierdzenia będą odnosić się do danej metafizyki prawa. Innymi słowy, można wówczas mówić o językowej granicy w filozofii prawa pozytywnego, językowej granicy w filozofii prawa naturalnego itp. Por. monografię: T. Spyra, *Granice wykładni sędziowskiej*, Kraków 2006, *passim*, w szczególności: s. 17, 27, 38, 99, 125 i 173.

³⁶ Jest znamienne, jak w monografii poświęconej temu zagadnieniu H. Rabault jedynie kreśli siatkę pojęciową związaną z hermeneutyką prawniczą, by płynnie przejść do kwestii zasadniczej książki – predeterminacji i nadterminacji znaczenia normy. Por. H. Rabault, *op. cit.*, s. 24.

³⁷ Por. J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990, s. 55.

też mówi się o pochodzeniu znaczenia z kultury prawnej, gdyż określona ideologia niewątpliwie przekształca lub tworzy nową kulturę prawną i stąd pojęcia np. własność socjalistyczna, zdroworozsądkowe poczucie sprawiedliwości, praworządność narodowosocjalistyczna. To także nadawanie lub modyfikowanie znaczenia neutralnego światopoglądowo, ale rozumianego *w określony sposób* pod wpływem danej ideologii lub filozofii – np. tolerancja, moralność, równość płci. Zauważa się, że zjawisko nadterminacji w wykładni jest tym silniejsze, im silniejsza jej ideologizacja³⁸. Obserwuje się to zjawisko najlepiej w reżimach autorytarnych, ale także w ramach zjawiska tzw. *poprawności politycznej*.

To właśnie w tym kontekście należy zauważyć, że wszystko, co składa się na decyzje interpretacyjne, ale w szczególności czynniki związane z przedrozumieniem i nadterminacją treści normy mają bezpośredni przeciwieź skutek w zakresie luzu decyzji finalnej, bowiem są to wówczas reguły uznawane jedynie za interpretacyjne, a stają się w istocie „regułami rozstrzygania danej sprawy”³⁹.

Podsumowując, to właśnie nieświadome przedrozumienie oraz świadoma nadterminacja oparta na szeregach czynników zewnętrznych w stosunku do samego prawa pozytywnego stają się tym, co można wskazać za elementy sprawowania dyskrecjonalnej władzy w ogóle, nie tylko sędziowskiej. Założenie to jest możliwe po odrzuceniu pewnego dogmatu, jakim jest wiara, że każde rozstrzygnięcie determinowane jest jedynie funkcją deontologiczną, czyli określeniem, że to jedynie prawo pozytywne determinuje treść samego rozstrzygnięcia⁴⁰. Jedynie przyjęcie polisemicznej istoty każdego przekazu normatywnego, osadzonego przeciwieź w zmieniających się uwarunkowaniach społecznych, pozwala przyjąć, że sądowy organ stosowania prawa odczytuje owe znaczenie prawa pozytywnego, będąc uwikłanym we własne nastawienie poznawcze – o czym stanowi predeterminacja, jak również, że poprzez wybór metod wykładni prawa, dopasowanie reguł inferencji prawniczej oraz posługiwanie się zasadą słuszności w prawie, świadomie wybiera takie znaczenie normy, by finalne rozstrzygnięcie niejako dopasować do własnego sumienia, postawy światopoglądowej czy, w jakimś sensie, także społecznego poczucia sprawiedliwości.

³⁸ Por. H. Rabault, *op. cit.*, s. 170.

³⁹ Cyt. M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 79.

⁴⁰ Por. L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 35.

Są to wszystko delikatne zagadnienia, w szczególności dla sędziów. M. Safjan wprost zauważa, że „na pewnym poziomie funkcjonowania instytucji państwa prawa nie da się już oddzielić sfery formalnej od sfery aksjologii”⁴¹.

Takie zjawisko w multicytrycznym porządku prawnym nie jest niczym nagannym, bowiem swoista pozytywizacja prawa naturalnego doprowadza przecież do wypracowania szeregu zasad, w których rozstrzygnięcie musi być osadzone. O ile jednak władza sądowa jest ograniczona w wykonywaniu owej władzy dyskrejonalnej tym, co określiłbym mianem zasad kultury prawnej, o tyle władza administracyjna podporządkowana jest władzy politycznej, co wynika z odmienności typu stosowania prawa. Sądzę, że to, co w zakresie władzy dyskrejonalnej sędziów jedynie wydaje się być jednym z zagrożeń, a mianowicie owa nieobieralność, jest w istocie mniejszym zagrożeniem w zakresie wpływu czynników związanych z predeterminacją i przede wszystkim nadterminacją, niż podporządkowanie merytoryczne podmiotu wydającego decyzję stosowania prawa w administracyjnym typie stosowania prawa.

3

DYSKREJCJONALNOŚĆ WŁADZY ADMINISTRACYJNEJ A UZNANIE ADMINISTRACYJNE – TOŻSAMOŚĆ CZY RÓŻNICA?

Zastanawiające jest to, że w literaturze z zakresu dogmatyki prawa administracyjnego teoretyczne ujęcie dyskrejonalności (czy też uznania administracyjnego) jest nieco inaczej rozumiane niż ustalenia w teorii prawa. Nawijając do poglądów H. Rabaulta, można stwierdzić, że predeterminacja i nadterminacja to główne przejawy władzy dyskrejonalnej, bowiem to w fazie rekonstrukcji normy organ stosowania prawa może utrzymywać, że znaczenie wywodzi z prawa pozytywnego, podczas gdy w rzeczywistości przyjął znaczenie, kierując się determinantami pozaprawnymi. W nauce prawa administracyjnego da się z łatwością przywołać poglądy trudne do zaakceptowania z punktu widzenia ustaleń teorii prawa, że np. dyskrejco-

⁴¹ Por. i cyt. M. Safjan, *Wyzwania dla państwa i prawa*, Warszawa 2007, s. 25.

nalność władzy administracyjnej to problem w głównej mierze konsekwencji normy prawnej, a nie problem wykładni⁴².

Ważna różnica, że uznanie administracyjne to albo nazwa różnozakresowa względem dyskrecjonalności tej władzy (przy intensjonalnym jej rozumieniu), albo podrzędna (przy ekstensjonalnym ujęciu dyskrecjonalności), co wynika ze wskazania, że samo swobodne uznanie jest problemem konkretnie z dziedziny konsekwencji prawnej, nie zaś wykładni prawa⁴³. Jeżeli więc przyjmujemy, że choć istotą dyskrecjonalności nie jest jedynie wykładnia prawa, ale że nie są nią także przyznane określone swobody decyzyjne przez prawodawcę w zakresie wyboru alternatyw, to dokonujemy dystynkcji między uznaniem administracyjnym a dyskrecjonalnością władzy administracyjnej. Zdaje się to potwierdzać powoływane w samym prawie administracyjnym ujęcie dokonane przez M. Mincer, gdzie kompetencja do prowadzenia swobodnego uznania może wynikać z alternatywy decyzyjnej przyznanej w normie kompetencyjnej przez zastosowanie generalnych klauzul odsyłających, zwrotów niedookreślonych – czyli normatywnego luzu znaczeniowego – oraz zastosowanie przez prawodawcę określonych sformułowań wyszczególnianych jako podstawa do bezpośredniego stosowania prawa⁴⁴. Przy czym normatywny luz decyzyjny, i w ogóle problematykę wykładni prawa, wyłącza autorka raczej z problematyki uznania administracyjnego, ograniczając – jak już wskazano – nazwę tę do fazy ustalania konsekwencji prawnej⁴⁵. Jest to zupełnie zrozumiałe, gdyż faza rozumowań interpretacyjnych jest czymś zupełnie innym niż finał procesu stosowania prawa, jakim jest wyprowadzona konsekwencja prawna z dyspozycji normy konkretno-indywidualnej (przy trójelementowej koncepcji normy) lub konsekwencja prawna wywiedziona ze zinterpretowanej normy sankcjonującej (przy dwuelementowej koncepcji normy)⁴⁶.

⁴² Zdaje się tak twierdzić A. Korzeniowska, *Odwołanie od decyzji uznaniowych*, *Państwo i Prawo*, nr 8/2000, s. 67.

⁴³ Por. *ibidem*.

⁴⁴ Por. M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, s. 48–49.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 60.

⁴⁶ Wypada wskazać, że koncepcja trójelementowa wywodzi się raczej z okresu marksistowskiej teorii prawa i współcześnie nie jest przyjmowana nawet na płaszczyźnie nauk penalnych, gdzie znajduje mimo wszystko nadal najbardziej praktyczne zastosowanie, bowiem to w tej gałęzi prawa konsekwencja prawna (sankcja) określona jest w tej samej jednostce redakcyjnej aktu prawnego. Proces więc wysłowienia normy prawnej daje więc w łatwy sposób określić pełen zakres normy, czyli zawsze określać konsekwencje wynikłą ze złamania dyspozycji reguły.

Z kolei według L. Leszczyńskiego to uznanie administracyjne jest pojęciem szerszym niż władza dyskrejonalna, co wydaje się być związane z brakiem podkreślania ukrytego, czyli bez odpowiedniej kontroli, sprawowania określonej kompetencji. Według tego poglądu uznanie administracyjne jest klasycznym przykładem kompetencji do podjęcia przez organ administracyjny dyskrejonalnego działania do wyprowadzania określonych decyzji na podstawie kryteriów pozaprawnych⁴⁷. Warto zaznaczyć, że ujęcie takie znane jest zarówno w teorii prawa, jak i dogmatyce prawa administracyjnego. Zauważmy jednak, że skoro jest to uprawnienie organu administracji na podstawie prawa pozytywnego, to suweren polityczny wyraził wolę na przyznanie takiego uprawnienia. Co do niektórych aspektów stosowania bądź wykonywania prawa ze względu na elastyczność praktyki lepiej jest, by organy administracyjne działały niejako samodzielnie na podstawie i w zakresie przyznaných im kompetencji. Nie jest to jednak żadna władza dyskrejonalna, wręcz przeciwnie – jest jak najbardziej jawna, przyznana za wolą i zgodą suwerena wyłonionego demokratycznie.

To właśnie problematyka normatywnego luzu decyzyjnego jest w literaturze wymieniana jako szczególnie istotna w ramach dyskrecjonalizmu administracyjnego. Pomimo tego, że nie zawsze czynione jest takie rozróżnienie, wypada jednak zastanowić się nad możliwością dystynkcji na klauzule generalne i zwroty niedookreślone⁴⁸. Klauzule generalne to odsyłania do kryteriów pozajurydycznych, budowanych na potrzeby każdorazowego rozstrzygnięcia. Luz decyzyjny zostaje przesunięty na normę *in concreto*, bowiem zmieni się jej hipoteza w zależności od ocenianego stanu faktycznego (np. inne jest dobro dziecka X a inne Y, nawet w podobnych stanach faktycznych). Natomiast zwrot niedookreślony, wieloznaczny itp. luz normatywny sytuuje już na etapie normy *in abstracto*. Pozwala to organom stosowania prawa niejako zamiast prawodawcy dookreślić regułę, ale następnie jednolicie ją stosować. Innymi słowy, władza polityczna podejmuje decyzję na etapie procesu legislacyjnego, że inna władza (sądownictwo, egzekutywa) w drodze praktyki stosowania prawa wybierze określony sposób rozumienia użytego zwrotu, czyli w konsekwencji całej normy prawnej. Następnie jednak będzie jednolicie ją stosować, gdyż taki jest przecież postulat do organów stosowania prawa. Władza polityczna

⁴⁷ Por. L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001, s. 248.

⁴⁸ Łączne ich rozumienie zdaje się przyjmować L. Leszczyński, *ibidem*, s. 22.

rezygnuje wówczas jak gdyby z części kompetencji, oddając ją – świadomie – władzy aplikacyjnej określonego typu (sądowej, administracyjnej). Przykładem niech będzie określenie „znacznej ilości środka odurzającego”. To nie jest żadna klauzula generalna, lecz zwrot niedookreślony. Nie oczekuje się od organów stosowania prawa, że będą oceniać ilość środka odurzającego odmiennie na potrzeby każdego stanu faktycznego, lecz że dookreślą regułę mając na względzie praktykę przestępczości (co zresztą miało miejsce; przyjęto kryterium mieszane: ilościowo-jakościowe, które sposób rozumienia nazwy „znaczna ilość” wiąże z możliwością zaspokojenia potrzeb co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych⁴⁹). Nie odsyłało więc do kryteriów pozajurydycznych opartych na aksjologii budowanej z normatywnego porządku moralności albo norm obyczajowych (społecznych – np. dobro dziecka rozumiane jest inaczej według norm obyczajowych nam współczesnych, a inaczej np. w wieku XVIII). Chodzi raczej o dookreślenie normy generalnej i abstrakcyjnej na podstawie semantyki określonej świadomie przez organy stosowania prawa; prawodawca kieruje wówczas do nich zwrotem niedookreślonym komunikat – „przyjmijcie takie znaczenie, jakie uważacie za trafne ze względu na praktykę orzekania, biorąc pod uwagę kryteria jurydyczne”. Zwrot niedookreślony może ulegać ewolucji w czasie pod względem własnego znaczenia. Tymczasem generalna klauzula odsyłająca, jak już wskazałem, tym się różni od zwrotu niedookreślonego, że semantyka jest w istocie określona abstrakcyjnie i nie ma potrzeby budowania jej ostrego rdzenia znaczeniowego. Norma *in abstracto* posługuje się raczej uzusem językowym, intuicyjnym sposobem rozumienia, np. dobra dziecka czy odpowiednich warunków zabudowy, które następnie mają być dookreślone w normie *in concreto* i dalej – w treści decyzji stosowania prawa. „Słuszny interes obywateli” (art. 7 k.p.a.) jest oceniany każdorazowo na potrzeby danej decyzji stosowania prawa.

Warto rozważyć, że uznanie administracyjne samo w sobie nie jest przejawem dyskrecjonalności władzy administracyjnej, tak jak swobodne uznanie sędziowskie nie jest przejawem dyskrecjonalności sędziowskiej. Tam, gdzie prawodawca świadomie przyznaje normatywny luz, świadomie godzi się, że decyzja zostanie przesunięta z podstawy prawa pozytywnego na określone kryteria, co do zasady pozaprawne, głównie aksjologiczne, których stosowanie również jednak zawsze określone jest przez prawo

⁴⁹ Por. postanowienie SN z dnia 23 września 2009 r., sygn. I KZP 10/09, OSNKW 2009, nr 10, poz. 84.

pozytywne na podstawie zasad lub dyrektyw. Innymi słowy: suweren polityczny formułuje komunikat – „podejmij decyzje w tym zakresie, tak jak uważasz za słuszne w danym przypadku (np. wymierz karę w granicach, które wyznaczyłem), ale uczyni to stosując wskazówki, które zawarłem w prawie pozytywnym”. Trudno jest więc mówić tutaj o władzy dyskrejonalnej. Nic w takim wypadku nie jest ukryte. Nie istnieje także zagrożenie dla demokracji, skoro suweren polityczny przyznaje organowi stosowania prawa pewien zakres swobody. Czyni to więc jawnie, a organ stosowania prawa musi decyzję i tak podejmować, kierując się zasadami kultury prawnej, aksjologią systemu prawa, semantykami funkcjonującymi w danym porządku prawnym itp.

Uwagę ogólną należy poczynić w przedmiocie źródeł luzu decyzyjnego. L. Leszczyński wyszczególnia tzw. luz naturalny, wynikający z polisemii każdego języka, zatem także metajęzyka języka etnicznego, jakim jest dany język prawny i prawniczy oraz luz ustawodawczy, kiedy władza polityczna w świadomy sposób, zmierzając do uelastycznienia praktyki stosowania prawa, wykorzystuje zabiegi redakcyjne wprowadzające normatywny luz decyzyjny⁵⁰. W kontekście analizy dyskrejonalności, paradoksalnie, interesuje nas ten pierwszy, tj. naturalny, bowiem to w nim H. Rabault wyszczególniał przecież procesy predeterminacji, ale, co ważniejsze, nadterminacji, kiedy władza aplikacyjna modyfikuje znaczenie normy niejako wbrew stanowisku legislatury. Luz ustawodawczy nie jest przejawem dyskrejonalności władzy administracyjnej, bowiem, jak opisałem powyżej, jest on zamierzony, na który władza polityczna się godzi i świadomie go wprowadza.

Takie, jak powyżej, wąskie ujęcie dyskrejonalności może wydawać się kontrowersyjne, ale posiada już podstawę w literaturze, gdzie przedstawiciele nauki prawa administracyjnego wskazywali na fakt oceny czy też kontroli tych przejawów władzy dyskrejonalnej z punktu widzenia legalności. Nabierano wówczas wątpliwości, czy gdy kontrola stosowania normatywnego luzu decyzyjnego jest możliwa, podlega wtórnie jakiejś standaryzacji, to czy jest to w istocie jest władza dyskrejonalna⁵¹.

⁵⁰ Por. L. Leszczyński, *Stosowanie...*, *op. cit.*, s. 170–171.

⁵¹ Por. P. Ruczkowski, *Stosowanie przepisów dopuszczających różne formy luzu decyzyjnego a zasada proporcjonalności*, [w:] *Wykładnia i stosowanie prawa administracyjnego*, red. R. Kijowski, Warszawa 2012, s. 43. Nieporozumieniem jest jednak wzmiankowane przez autora traktowanie tworzenia prawa miejscowego przez administrację jako przejawu stosowania prawa. Akt prawa miejscowego jest wyłącznie przejawem tworzenia prawa na podstawie przyznanej przez prawodawcę normy kompetencyjnej. Ujmowanie tworzenia prawa przez administrację jako elementu procesu stosowania prawa nie dość, że nie

Na odróżnienie uznania administracyjnego od dyskrecjonalizmu pozwalają także cechy typów stosowania prawa: sądowego i administracyjnego. Bardzo trafnie odmiennosc typu administracyjnego podsumowuje L. Leszczyński, gdy zwraca uwagę na dwa elementy szczególnie istotne. Z jednej strony, jest to „kierowanie daną sferą rzeczywistości lub daną jednostką organizacyjną przez podmiot, podejmujący [...] decyzję”, z drugiej zaś podmioty te „znajdują się względnie blisko (niekiedy nawet bardzo) sfery zjawisk politycznych. Oznacza to, że państwowy punkt widzenia (czyli polityki – A. K.), który oczywiście występuje w działaniu wszystkich organów stosujących prawo, ulega tutaj wzmocnieniu przez kryteria polityczne, formułowane – mniej lub bardziej wyraźnie – przez ośrodki władzy politycznej w państwie”⁵². Z istoty rzeczy wpływać musi to zarówno na przebieg administracyjnego uznania i stosowanie normatywnego luzu decyzyjnego (już bez jego podziału na luz jawny, ukryty, ukierunkowany, nieukierunkowany itp.⁵³), jak również konkretnie – przy przyjętej konsekwentnie wąsko rozumianej – dyskrecjonalności władzy administracyjnej. Wszystkie przejawy luzu decyzyjnego wprowadzone przez prawodawcę są tzw. luzem jawnym, gdy pozostają skutkiem świadomej decyzji legislacyjnej prawodawcy. Trudno też mówić, by właśnie była to władza dyskrecjonalna. To dobry przykład na konieczność rozróżniania swobodnego uznania administracyjnego od władzy dyskrecjonalnej, bowiem to pierwsze wprowadza prawodawca. Nie przekazuje organom władzy jakiegokolwiek władzy ukrytej, wręcz przeciwnie, nadaje zakres decyzji swobodnej, co jest wynikiem – najlepiej – świadomej decyzji z zakresu polityki prawa.

Dlatego też wskazuje się, że stosowanie prawa mające na celu wykonanie czy też realizację odgórnie przyjętych zamierzeń jest immanentną cechą administracyjnego typu stosowania prawa. Przypomnieć należy, że choć jest on oczywiście obecny w każdej organizacji państwowej, to uwypuklenie powyżej wymienionej cechy było silne w okresie marksistowskiej teorii prawa, gdy wprost określano ten typ stosowania prawa mianem typu kierowniczego⁵⁴.

posiada żadnych cech wspólnych względem stosowania prawa, to prowadzi do zaburzenia pojęcia zarówno tworzenia jak i stosowania prawa i jest niezgodne z teoretycznym dorobkiem w zakresie definiowania obu tych pojęć.

⁵² Cyt. L. Leszczyński, *Stosowanie...*, *op. cit.*, s. 245.

⁵³ *Ibidem*, s. 170 i nast.

⁵⁴ Por. *ibidem*, s. 246.

Taka instrumentalna funkcja prawa administracyjnego dostrzegana była już tam, gdzie czyniono refleksję nad istotą uznania administracyjnego, paradoksalnie lokując koncepcje wywodzące się nie z filozofii prawa pozytywnego (głównie normatywizmu), lecz raczej koncepcji *ius naturale*⁵⁵. Należy powtórzyć uwagę L. Morawskiego, że to właśnie nieco już anachroniczne współcześnie filozofie prawa pozytywnego ograniczają się, co jest przecież oczywiste i konsekwentnie wynika z ich istoty, do funkcji deontologicznej, tj. wykazania legalności decyzji, a mniej jej słuszności w świetle np. wykładni celowościowej. Funkcja instrumentalna stosowania i wykonywania prawa administracyjnego jest z jednej strony potrzebną jej cechą w rzeczywistości multicentryzmu i prawa responsywnego, które musi szybko adaptować się do zmieniających się warunków społecznych, z drugiej zaś największym zagrożeniem dla demokratycznej jednostki i zasad sprawiedliwości pojmowanej tutaj jako równość praw. To bowiem prawo administracyjne wywodziło jako pierwsze, że sprawiedliwość to równość i nie rozumiana wąsko – jak w marksizmie – lecz egalitarnie i uniwersalnie, jako standard normatywny – jako równość obowiązków i szans.

Ewolucja tej gałęzi prawa odbywała się poprzez etapy od kontroli aparatu administracyjnego, którego główną cechą był nadzór nad społeczeństwem, a więc daleko posunięta funkcja penalna, po pozapolicyjną funkcję administracji (organy świadczące określone usługi na rzecz społeczeństwa)⁵⁶. To, co wypada dookreślić, to współczesny element polegający na tym, jak określić wymogi działania administracji poprzez wykonywanie i stosowanie prawa na rzecz różnych podmiotów w równym stopniu. Nie dziwi więc to przejście analizy dyskrejonalnej władzy administracyjnej w analizę administracyjnego uznania, czyli kontroli legalności decyzji administracyjnej. Uważam ten problem w dzisiejszych realiach za przebrzmiały. Ów problem badania legalności decyzji nie odgrywa dziś już takiego znaczenia. Sądzę, że mniej dziś powinno interesować to, czy decyzja administracyjna podjęta na podstawie takich norm (które są liczne w prawie administracyjnym), które wprowadzają normatywny luz decyzyjny, odpowiada przyjętej przez cały system prawa aksjologii oraz czy – podobnie jak ma to miejsce w przypadku sądowego stosowania prawa – jest decyzją podjętą w warunkach swobody, a nie dowolności. Są to problemy, którymi – tradycyjnie – zajmuje się

⁵⁵ Por. Z. Duniewska, *op. cit.*, s. 12–13.

⁵⁶ Por. *ibidem*, s. 10.

sądownictwo administracyjne. Natomiast dyskrecjonalność władzy administracyjnej może polegać na tym, czy stosowanie lub częściej wykonywanie prawa przez organy administracji odbywa się w na takich samych zasadach w stosunku do różnych podmiotów. Tak jak można mówić o polityce prawa, którą tradycyjnie sprawuje suweren, tak również analizować politykę działania administracji publicznej. Nie powinno to dziwić, skoro o polityce prawa mówimy czasem, analizując decyzje podejmowane w ramach sądowego typu stosowania prawa, właśnie przy okazji badania dyskrecjonalności sędziowskiej.

4

DYSKRECJONALIZM ADMINISTRACYJNY – MOŻLIWE ZAGROŻENIA

W państwie demokratycznym funkcjonuje reguła, że 80% projektów aktów normatywnych pochodzi od władzy wykonawczej, z czego 80% uchwalanych jest przez parlament w zasadzie bez większych zmian. Aparat administracyjny z jednej strony jest oczywiście podatny na wymianę polityczną wskutek reguł demokratycznej gry politycznej, z drugiej jednak część urzędników pełni swoje obowiązki, jako kompetentni fachowcy, co z oczywistych względów jest pożądane. W realiach braku jednolitej kodyfikacji prawnomaterialnej prawa administracyjnego i w związku z tym podatności na działania interpretacyjne oraz zakres wprowadzanych instrumentów związanych z instytucją swobodnego uznania ogólny zakres władzy dyskrecjonalnej jest w przypadku władzy administracyjnej bardziej znaczący niż w przypadku władzy sądowniczej. Klasa polityczna zawsze faworyzuje również określone grupy interesów, od których jest uzależniona⁵⁷.

Warto zarazem odnieść powyższy problem do kontroli, iluzorycznej wówczas, takiego „skrytego” działania administracji. Jak odnieść tę kwestię do formalnej legalności decyzji administracyjnej, wobec wysoce ocenego stopnia jej mankamentu na płaszczyźnie zasad równości i sprawiedliwości w zakresie polityki takiego prawa⁵⁸?

⁵⁷ Por. S. Holmes, *Rodowody koncepcji rządów prawa*, [w:] *Demokracja i rządy prawa*, red. J.M. Maravall, A. Przeworski, Warszawa 2010, s. 28.

⁵⁸ Por. *ibidem*, s. 10–11.

Jest to problem określenia stopnia wadliwości czy też pożądanego standardu wykonywania prawa przez aparat administracyjny w państwie demokratycznym ery postprzemysłowej. Sam standard legalności decyzji jest niewystarczający. Formalna kontrola decyzji administracyjnej, którą można przyrównać do prostego uzasadnienia tetycznego w zakresie tworzenia prawa, to współcześnie zbyt mało. Tak samo jak zauważa się, że aspekt formalnej poprawności decyzji tworzenia prawa jest współcześnie nie tylko podstawowy, ale oczywisty. Analizujemy dziś także akt tworzenia prawa przez pryzmat treściowy i to nie tylko w zakresie zgodności z aksjologią prawa w postaci podstawowych praw naturalnych, które suweren polityczny spożytywizował. Wymagamy od aktu tworzenia prawa jego właściwego uzasadnienia, ale także słuszności i sprawiedliwości. Kontrolujemy więc suwerena politycznego na poziomie nie tylko zasad prawa, ale także norm. Innymi słowy wymagamy wysokiego standardu moralnego takiego prawa, które – współcześnie – takowe jest, jeśli porównamy je z treścią prawa jeszcze z przełomu ubiegłego wieku lub nawet sprzed okresu formuły Radbrucha.

Jest więc zasadne odniesienie tych aspektów względem wykonywania prawa przez administrację publiczną. Bowiem wskazywana funkcja kontroli działania administracji z prawem (a zatem legalność) jako podstawowa wydaje się być dzisiaj niewystarczająca⁵⁹. Pochodzi jeszcze z innej epoki, gdy państwa nie były tak skorelowane ze sobą, gdy nie znajdowały się one w sferze procesu globalizacji.

Trudno oczekiwać, by pomimo wdrożenia zasady demokratycznego państwa prawnego istota relacji między organami stosowania prawa, w szczególności typu administracyjnego, a władzą polityczną uległa zmianie od państwa autorytarnego do państwa z demokratyczną strukturą organów władzy. W piśmiennictwie minionego ustroju zauważano i postulowano, że „pracownicy administracji nie są jedynie ślepych wykonawcami poleceń służbowych, a świadomymi współrealizatorami określonych zadań administracji”⁶⁰. Czy poglądu takiego nie mogliby wyrazić także współcześni politycy? Przecież władza administracyjna jest przedłużeniem polityki państwa, a jej kierunki wyznacza egzekutywa polityczna. Nic więc dziwnego, że ta wpływa na działanie administracji, procesu wykonywania

⁵⁹ D.C.M. Yardley, *Principles of Administrative Law*, London 1986, s. 15.

⁶⁰ Cyt. M. Jełowicki, Normatywne i pozanormatywne aspekty odpowiedzialności pracownika administracji państwowej, *Państwo i Prawo*, nr 6/1976, s. 64.

i stosowania prawa w sposób jawny (np. drogą legislacyjną) bądź ukryty (dyskrecjonalny).

Co się zmienia względem założeń modelowych od stwierdzenia, że „pracownicy administracji państwowej są wykonawcami organizatorskiej funkcji państwa socjalistycznego”⁶¹? To znaczy, powinno się zmienić, ale można zastanawiać się właśnie nad relacją między władzą *stricte* polityczną a administracyjną w zakresie przestrzegania samodzielności administracji i minimalizowania pejoratywnie postrzeganej dyskrecjonalności. Chodzi o sytuację, gdy administracja w sposób ukryty, nie transparentny – jak w przypadku uznania administracyjnego, zawsze posiadającego jakieś normatywne umocowanie – realizuje cele polityczne. Owszem, podlegają one zawsze ocenom. Jednym będą one odpowiadać, innym nie. W ten zaś sposób i ze względu na hierarchiczne podporządkowanie podmiotów będące immanentną cechą administracyjnego typu stosowania prawa, władza administracyjna jest zawsze w silniejszy sposób uwikłana w aspekty polityczne, niż organy w typie sądowym, które co do zasady są apolityczne, a realizują co najwyżej niektóre elementy z zakresu polityki prawa⁶².

Kiedy jednak dyskrecjonalność jest niewłaściwa, w tym sensie, że jest nietransparentna i przeczy zasadom proporcjonalności, sprawiedliwości, równości, czy – w konsekwencji – legalności? Gdy podjęta decyzja dba niekoniecznie o interes stron postępowania, ale przede wszystkim o interesy państwa. Państwo to bieżący suweren polityczny. To interes strony jest najczęściej interesem społecznym w państwie demokratycznym, podczas gdy w państwie autorytarnym interes jednostki liczy się mniej niż ogółu⁶³.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² W warunkach państwa demokratycznego administracja nie posiada już roli jedynie kierowniczej lub związanej ze sprawowaniem zarządu mieniem państwowym. W postindustrialnym społeczeństwie opartym na wiedzy szczególnej roli nabiera przede wszystkim służebna wobec podmiotów prawa rola administracji i administrowania. Chodzi tu głównie o wskazanie roli prawidłowej realizacji usług publicznych. Jest wyrazem głębokiego zaniepokojenia sytuacją, w której to administracja państwowa podchodzi do wykonywanych przez siebie obowiązków na zasadzie jedynie szacunku ekonomicznego. Charakteryzuje to albo państwa słabo rozwinięte, albo głęboko oligarchiczne, pauperyzujące stosunki społeczne. To właśnie rolą państwa i państwowej administracji jest zapewnienie równego dostępu np. do usług komunikacji (transportu) publicznego, bez względu na to, czy w danej miejscowości zamieszkuje 100 czy 100 tys. mieszkańców.

⁶³ Gdy więc organ administracji nie dąży do ugody w zakresie odszkodowania bądź zadośćuczynienia lub proponuje niepoważny w wysokości jego wymiar, dba nie o interes jednostki, lecz interes państwa, a w realiach polityki budżetowej interes suwerena politycznego, bowiem więcej środków pozostaje do rozdysponowania wskutek decyzji politycznej.

Można również zastanowić się nad ciekawą konfiguracją, gdy prawodawca stosuje normatywny luz decyzyjny w sytuacji, w której mógłby z niego zrezygnować. Innymi słowy, gdy generalna klauzula odsyłająca stosowana jest specjalnie po to, by organ stosowania prawa dysponował elastycznością w zakresie postępowania. Generalna klauzula odsyłająca tym różni się od zwrotów niedookreślonych, że jest to odesłanie do kryteriów pozajurydycznych w zakresie wyboru preferencji rezultatu procesu decyzyjnego⁶⁴. Jest to odesłanie do pojęć ocenianych każdorazowo na potrzeby rozstrzyganego stanu faktycznego na podstawie kryteriów z innego niż jurystyczny porządku normatywnego – por. klauzule dobrej wiary, słuszności, dobrego obyczaju, dobra dziecka, różnicy wieku itp. Można zastanawiać się, czy prawodawca niejako stosuje normatywny luz decyzyjny, wiedząc, że administracyjny typ stosowania prawa zapewnia hierarchiczne podporządkowanie podmiotów podejmujących decyzję. Suweren polityczny może więc sterować procesami stosowania prawa, co trudniej jest czynić – nawet mając na względzie cechy administracyjnego typu stosowania prawa – w sytuacji nieużywania podstaw do normatywnego luzu decyzyjnego, lecz stosowania niejako „zwykłych” norm, w których w toku procesu legislacyjnego podjęto decyzję co do zakodowywanej w treści prawa pozytywnej reguły prawa.

Na kwestię nadterminacji normy, tyle że w systemach autorytarnych i nie nazywając tego procesu tak jak H. Rabault, zdaje się wskazywać także L. Leszczyński. Chodzi o to, że w ustrojach niedemokratycznych uznanie administracyjne funkcjonuje nawet wówczas, gdy brak jest formalnej ku temu podstawy. Na inny też przypadek wskazuje autor, podając, że co bardziej znamienne, treść prawa pozytywnego jest tak skonstruowana, by uznanie administracyjne funkcjonowało niejako nawet obok konkretnych podstaw do wyprowadzenia normy prawa pozytywnego bez potrzeby korzystania z odesłania. Są one jednak zawsze możliwe do wprowadzenia poprzez upolitycznioną jedną ideologią rozumowania i praktyki interpretacyjne funkcjonujące w takim systemie prawa⁶⁵.

W państwie demokratycznym relacja egzekutywy politycznej do aparatu administracyjnego poprzez swoiste wykorzystanie kanałów dyskrecjonalności jest uzależniona od rozwoju kultury politycznej, ale też od podjęcia decyzji co do roli i funkcji administracji w państwie. Jest przecież

⁶⁴ Por. L. Leszczyński, *Stosowanie...*, *op. cit.*, s. 21 i 27.

⁶⁵ Por. *ibidem*, s. 311–312.

charakterystyczne dla państw niedemokratycznych przeniknięcie systemu prawa i porządku prawnego jakąś ideologią. Czy ją nazwiemy aspirującą do nauki (np. marksizm) określoną filozofią, postawą światopoglądową lub społeczną, czy też po prostu tzw. poprawnością komunikacyjną w zakresie sposobu posługiwania się określonymi nazwami na zasadzie uzusów językowych, potocznie określaną mianem politycznej poprawności, jest tak naprawdę wszystko jedno.