

Maciej Koszowski

**W POSZUKIWANIU OPTYMALNEJ
DOKTRYNY PRECEDENSU**

**Między *common law* a *civil law*:
precedens sądowy w norweskim systemie prawa**



Maciej Koszowski

**W POSZUKIWANIU OPTYMALNEJ
DOKTRYNY PRECEDENSU**

**Między *common law* a *civil law*:
precedens sądowy w norweskim systemie prawa**

Rodzaj opracowania:

monografia naukowa

Recenzenci

prof. zw. dr hab. Bartosz Brożek
prof. zw. dr hab. Janusz Sługocki
prof. zw. dr hab. Marek Smolak
dr Paweł Skuczyński

Współfinansowane ze środków pomocy Mechanizmu Norweskiego EOG i Norweskiego Mechanizmu Finansowego w ramach Funduszu Stypendialnego i Szkoleniowego.

Wydanie I
2019

Korekta: Jakub Jagiełło, Justyna Jagiełło
Projekt okładki: Dariusz Krupicki
Projekt typograficzny i skład: Arkadiusz Zawadzki

© Copyright by Maciej Koszowski i Wydawnictwo CM (skład i projekt okładki)

ISBN: 978-83-67240-39-0

Wszelkie prawa zastrzeżone. Publikacja ani żadna jej część nie może być kopiowana,
zwielokrotniana ani rozpowszechniana bez pisemnej zgody wydawcy i autora.

Druk: Bookpress

6.1. Unieważnienie precedensu sądowego: wyraźne i dorozumiane	68
6.2. Szczególna procedura	70
6.3. Przesłanki unieważniania precedensów sądowych	72
6.4. <i>Overruling</i> prospektywny (ze skutkiem wyłącznie na przyszłość)	76
6.5. <i>Overruling</i> antycypacyjny	77
7. <i>Distinguishing</i>	78
8. Manipulowanie faktami (<i>fact-adjusting</i>) i przeformułowywanie precedensów sądowych	82
9. Precedens sądowy a prawo stanowione w Norwegii	84
9.1. Zasada prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym	84
9.2. „Zakotwiczenie” wyroku sądowego w przepisie aktu prawa stanowionego	86
10. Siła precedensu sądowego	88
10.1. Linia orzecnicza a pojedynczy precedens sądowy	88
10.2. Precedens sądowy w różnych dziedzinach prawa	90
10.3. Czynniki wpływające na siłę precedensu sądowego	91
11. Norweski Sąd Najwyższy (Høyesterett)	95
11.1. Kasacja z pominięciem postępowania sądowego w drugiej instancji	95
11.2. Kasacja od wyroku sądu drugiej instancji	97
12. Podsumowanie	100

ROZDZIAŁ III: OCENA TRAFNOŚCI ROZWIĄZAŃ NORWESKIEJ DOKTRYNY PRECEDENSU

PRECEDENSU	103
1. Kryteria oceny	103
1.1. Uwagi wprowadzające	103
1.2. Prezentacja poszczególnych kryteriów	104
1.3. Dwa problemy	107
1.3.1. Relacje, jakie mogą zachodzić między poszczególnymi kryteriami	107
1.3.2. Konieczność ważenia wartości i szukania dodatkowych argumentów	111
1.4. Uzasadnienie doboru kryteriów	114
2. Podmiotowy zakres związania i moc prawnie wiążąca norweskiego precedensu sądowego	114
2.1. Wiążący charakter	114
2.2. Zakres podmiotowy	119
3. Norweskie modele precedensu sądowego	121
3.1. <i>Ratio decidendi</i> (model precedensu sądowego z regułą)	121
3.2. Model precedensu sądowego z analogii	124
3.2.1. Ogólnie jako alternatywa do <i>the rule model</i>	124
3.2.2. Porównanie dwóch ujęć analogii	127
3.3. Model precedensu sądowego z zasad oraz argumentów	130

4.	<i>Obiter dicta</i>	132
5.	Kwestie faktyczne <i>versus</i> prawne	135
6.	<i>Distinguishing</i>	136
6.1.	Warunki wstępne	136
6.2.	Dorozumiany w szczególnej postaci	137
6.3.	Dorozumiany zwykły	139
7.	<i>Overruling</i>	140
7.1.	Przesłanki i tryb unieważniania precedensów sądowych	140
7.2.	Antycypacyjny <i>overruling</i>	143
7.3.	Prospektywny <i>overruling</i>	145
7.4.	Zapowiedzi zmian w prawie	147
7.5.	<i>Overruling</i> wyraźny i dorozumiany	149
7.6.	Stopniowy i gwałtowny (kompleksowy)	150
8.	Manipulacje na faktach sprawy obecnie w sądzie rozpoznawanej i przeformułowywanie precedensów sądowych	151
9.	Wyroki sądowe i ich uzasadnienia	153
9.1.	Obszerność, język i stosowane argumenty	153
9.2.	Liczba i rodzaje	156
9.3.	Sposób publikacji i zawartość	158
9.4.	Wyroki sądowe bez uzasadnienia lub pozbawione statusu precedensu sądowego	160
10.	„Małomówność” ze strony judykatury	162
11.	Problem samoograniczenia się	163
12.	Deklaratoryjna teoria precedensu sądowego	163
13.	Precedens sądowy a prawo stanowione	164
13.1.	Zasada prymatu ustawy nad prawem precedensowym	164
13.2.	„Zakotwiczenie” precedensu sądowego w przepisie ustawy	166
14.	Pominięcie postępowania przed sądem drugiej instancji	170
15.	Sąd Najwyższy jako sąd nie tylko „precedensowy”	171
16.	Podsumowanie wyników dotychczas przeprowadzonej oceny	173
17.	Wymiar całościowy	178
17.1.	Krytyka ze strony Norwegów	178
17.2.	Obrona doktryny wiążącego precedensu	182
17.2.1.	Skostnienie i zubożenie prawa	182
17.2.2.	Ocenny charakter	185
17.2.3.	Brak praktycznych różnic między wiążącym a niewiążącym precedensem sądowym	186
17.2.4.	Zakaz tworzenia prawa przez sądy	188





PRZEDMOWA

Po ukazaniu się książki zatytułowanej *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z kontynentalną praktyką orzeczniczą* przyszedł czas na opracowanie mniej deskryptywne, a bardziej analityczne, mające na celu wyłonienie optymalnego kształtu zasad rządzących precedensem sądowym. Tym razem za punkt wyjścia posłużyły badania nad norweskim systemem prawnym, jakie zostały przeprowadzone przeze mnie na Uniwersytecie Tromsø w Norwegii. Z racji jej kompromisowego, wypośrodkowanego, charakteru norweska doktryna precedensu wydała się bowiem wręcz idealnym kandydatem na wzorcową (modelową) doktrynę precedensu, jaką można by z sukcesem zaimplementować zarówno w krajach z rodziny *common law*, jak i w krajach z obszaru *civil law*. Co też przy tym znamienne, z jednej strony doktryna ta jest mniej rygorystyczna od doktryny anglosaskiej, z drugiej zaś zawiera w sobie zasady dotyczące korzystania z dorobku orzecznictwa, jakich brak w kontynentalnych systemach prawnych rodzi poczucie chaosu i niepewności co do treści obowiązującego prawa.

Niewątpliwie takie poszukiwanie optymalnego kształtu doktryny precedensu stało się dobrą okazją do przeprowadzenia szczegółowej oceny poszczególnych instytucji, jakie mogą wchodzić w skład takiej doktryny, i idei sądowego precedensu w ogólności. Składające się też na taką ocenę wywody zdają się być właśnie tym, czego zabrakło w *Anglosaskiej doktrynie precedensu. Porównanie z kontynentalną praktyką orzeczniczą*, a więc dyskusją – mam nadzieję interesującą – nad rolą, jaka powinna przyspaść orzecznictwu sądowemu w procesie adiudykacji, ukazującą istotność wchodzących tu w grę możliwych rozwiązań i praktyczną wartość poruszonych tutaj problemów.

Maciej Koszowski



METODY I ZAŁOŻENIA BADAWCZE

Przed przejściem do opisywania i analizy panującej w Norwegii doktryny precedensu i jej znaczenia dla nauki prawa, w szczególności teorii i filozofii prawa, oraz integracji europejskiej, kilka słów warto poświęcić metodom i założeniom przyjętym na użytek tego opracowania. Zadaniem pierwszych jest bowiem zagwarantować, iż zarówno sposób prezentacji poszczególnych zagadnień, jak i składająca się z nich całość będą klarowne i wyczerpujące, a podane przy tym informacje wierne i aktualne. Założenia z kolei, jak wszędzie tam, gdzie dokonuje się oceny i szuka rozwiązań o charakterze optymalnym – niezależnie od woli badacza – i w tym opracowaniu okazały się być koniecznością. W efekcie bez ujawnienia tego, czym się kierowano i do czego zmierzano, trudno byłoby w pełni zrozumieć, a także zweryfikować, postawione w nim wnioski i poczynione w nim komentarze.

W dążeniu do zapewnienia przejrzystości i kompletności szczególnie pomocne okazały się osiągnięcia teoretyków i filozofów prawa z Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych, którym przyszło prowadzić badania w przedmiocie anglosaskich orzeczeń sądowych. Wypracowane przez nich terminy oraz klasyfikacje nie tylko pozwoliły lokalizować i wyodrębnić kolejne aspekty norweskiej doktryny precedensu, ale również dostarczyły siatki pojęciowej niezbędnej do precyzyjnego opisu wchodzących w jej skład instytucji. Dzięki tego typu standaryzacji zaistniała również możliwość dokonywania szczegółowych porównań i szybkich odesłań do systemów prawnych typu *common law* i *civil law*.

Z kolei w celu otrzymania realnego obrazu zasad rządzących norweską doktryną precedensu, oprócz prac wybitnych skandynawskich teoretyków prawa, w tym profesora S. Enga i W.E. von Eybena, jako źródło informacji zostały wykorzystane dostępne dane statystyczne oraz pozycje prawno-porównawcze. Cenne okazało się również opracowanie historyczne T. Leivstada: *Custom as a Type of Law in Norway*, część I i II, opublikowane odpowiednio w: „Law Quarterly Review” t. 54 (1938) nr 213, s. 95–115 i „Law Quarterly Review” t. 54 (1938) nr 214 (1938), s. 266–286. Przedmiotem analiz były także odpowiednie akty obowiązującego w Norwegii prawa stanowionego, tj. te, które normują ustrój norweskich sądów powszechnych i procedurę sądową w sprawach karnych i cywilnych. W weryfikowaniu na bieżąco aktualności oraz prawidłowości zgromadzonych danych i nasuwających się na ich podstawie wniosków szczególnie pomocne były ponadto konsultacje z pracownikami naukowymi zatrudnionymi na

Uniwersytecie w Tromsø w Norwegii, zwłaszcza z profesorem Anną Nylund. Poza tym by w pełni oddać kształt norweskiej praktyki sądowej, autor – jako „obserwator zewnętrzny” – w trakcie prowadzenia badań na ww. uniwersytecie starał się mieć też na względzie norweską kulturę oraz wynikające z niej pragmatyczne („praktyczne”) podejście do życia i prawa.

Na użytek zaś samej krytycznej analizy norweskiej doktryny precedensu wraz z jej oceną pod kątem jej ogólnej przydatności i trafności zostały przyjęte cele i wartości powszechnie związane z systemem prawnym czy – nawet bardziej ogólnie – prawem jako takim. Tym sposobem pośród tych celów i wartości znalazły się między innymi: pewność i przewidywalność prawa, jego elastyczność i sprawiedliwość tudzież взгляд na ogólną sprawność (efektywność) wymiaru sprawiedliwości. Przy tym zarówno na wytypowanie tych kryteriów, jak i dokonaną później na ich podstawie ocenę w znacznym stopniu ponownie miały wpływ dotychczasowe osiągnięcia na polu anglosaskiej doktryny precedensu. Przydatne okazały się tu bowiem argumenty zawarte w poglądach (pochwałach i zarzutach) pochodzących od zagorzałych entuzjastów i zaciekle przeciwników tej doktryny.

W ostatnim rozdziale, poświęconym poszukiwaniu takiego wzorca doktryny precedensu, jaki mógłby stanowić model dla Państw Członkowskich Unii Europejskiej oraz unijnego sądownictwa, został dodatkowo położony nacisk na takie cele i wartości jak: zwiększenie poznawalności obcego prawa krajowego oraz jednolitość i efektywność prawa unijnego. O ile jednak kryteria oceny, o których była mowa w powyższym akapicie, z racji swojej uniwersalności nie powinny budzić większych wątpliwości, o tyle dopuszczone w tym miejscu wartości i cele w przypadku kogoś negatywnie nastawionego do idei europeizacji mogą się jawić jako dalekie od preferowanych. Stąd również i wnioski znajdujące w nich swoje oparcie będą mogły w tym sensie być dla takiego kogoś podważalne¹.

¹ Projekt został zrealizowany przy wsparciu udzielonym przez Islandię, Liechtenstein i Norwegię, poprzez dofinansowanie ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Norweskiego Mechanizmu Finansowego w ramach Funduszu Stypendialnego i Szkoleniowego. Wyłączną odpowiedzialność za treść publikacji ponosi Beneficjent.



ROZDZIAŁ I: WPROWADZENIE

1. Dlaczego tyle mówi się o precedensach sądowych

Tytułem wstępu należy zauważyć, iż w procesie stosowania i interpretacji prawa szczególnie doniosłą rolę zwykły odgrywać poprzednio wydane orzeczenia sądowe. Znajdujące się w sądowych uzasadnieniach propozycje wykładni przepisów prawa stanowionego, czy nawet sam fakt takiego, a nie innego rozstrzygnięcia sprawy danego rodzaju, często stanowią cenną wskazówkę – jeśli nie mniej lub bardziej wiążącą wytyczną – dla adwokatów, sędziów, a także i zwykłych obywateli. Dzieje się tak z wielu powodów.

Po pierwsze zawierając obranym w przeszłości rozwiązaniom, nie trzeba rozważać za każdym razem na nowo wszystkich argumentów, jakie można podnieść za takim, a nie innym rozstrzygnięciem danej kwestii prawnej. W efekcie zarówno wydanie wyroku, jak i udzielenie porady prawnej jest o wiele prostsze, a przez to też postępowanie sądowe może być krótsze, a pomoc prawna tańsza.

Po drugie odwołanie się do podjętej wcześniej decyzji sądowej, w szczególności takiej, która pochodzi od sądu najwyższej instancji, pozwala niejako schować się „pod płaszczykiem” tej decyzji (tego, od kogo ona pochodzi). Powołując się na rozwiązanie z wyroku zapadłego w przeszłości, korzysta się bowiem z autorytetu, jakim cieszy się sąd tudzież sędziowie, od których ten wyrok pochodzi. W rezultacie odpada tu potrzeba szczegółowego wykazywania zasadności takiego rozwiązania czy to przy wydawaniu powielającego je później orzeczenia, czy też przy sporządzaniu podpartej nim opinii prawnej lub pisma procesowego.

Po trzecie stronie postępowania, która ma świadomość, iż została potraktowana w sposób identyczny jak osoby, które wcześniej lub później znajdą się w podobnej co ona sytuacji, znacznie łatwiej jest się pogodzić z niekorzystnym dla niej rozstrzygnięciem sądowym, niż gdyby sędziowie wydawali diametralnie odmienne wyroki w zbliżonych do siebie stanach faktycznych. Wynika to z poczucia równości *vel* nieuchronności, jakie bierze się tutaj z przeswiadczenia, iż wyrok sądowy wymierzony jest nie tylko przeciwko temu, kto aktualnie przegrywa proces sądowy, lecz przeciwko wszystkim tym, którzy byli, są lub będą znajdować się w analogicznych jak on okolicznościach.

Po czwarte wiedząc, iż dane orzeczenie będzie służyć za wzór przy rozpatrywaniu innych spraw w przyszłości, również wydający je sędzia powinien się bardziej przyłożyć do

przemyslenia jego merytorycznej zawartości – choćby z tego powodu, żeby nie zostać później obciążonym odpowiedzialnością za wywołanie na dużą skalę negatywnych skutków społecznych (gospodarczych, politycznych). W szczególności taki sędzia nie będzie się mógł zasłaniać tu tym, iż konsekwencje jego niedbalstwa dotknęły tylko jednostkę, nie mając tym samym ze statystycznego punktu widzenia większego znaczenia.

Po piąte, i zarazem chyba najważniejsze, rozstrzygnięcie przez sądy przypadków podobnych w sposób podobny wprost przyczynia się do utwierdzenia członków społeczeństwa w przekonaniu o pewności i stabilności prawa, zachęcając ich, by dobrowolnie stosowali się oni do nakazów płynących z prawa tudzież polubownie rozwiązywali narosłe między nimi na tle prawnym spory. Przy zachowywaniu przez sędziów konsekwencji w orzekaniu odpowiedź negatywna na pytanie: „Po co narażać się na koszty i inne nieprzyjemności związane z postępowaniem sądowym w sytuacji, gdy już wcześniej sprawa podobna została przegrana?” wydaje się bowiem nader oczywista. W przeciwnym zresztą razie warto by było – a będąc racjonalnym nawet należałoby – brać udział w procesach sądowych tylko z uwagi na to, iż w ocenie wyrokującego w naszej sprawie sędziego „prawo” będzie mogło przybrać postać odmienną, aniżeli miało to miejsce raz czy nawet kilka razy poprzednio. Nie ulega też wątpliwości, iż możliwość przewidzenia potencjalnych rozstrzygnięć sądowych daje adresatom prawa poczucie kontroli i bezpieczeństwa oraz umożliwia im planowanie oraz organizowanie przedsięwzięć życiowych, w tym o charakterze osobistym, administracyjnym i gospodarczym.

Ponadto trzeba zaznaczyć, iż samo doradztwo prawne byłoby nad wyraz utrudnione w razie zapadania rozbieżnych orzeczeń sądowych w zbliżonych do siebie stanach faktycznych. Cóż bowiem funkcjonujący w takim środowisku i chcący pozostać uczciwym adwokat lub radca prawny miałby rzec swojemu klientowi poza tym, iż „wszystko leży w gestii wszechwładnego i nieobliczalnego sądu”?

Wymienione powyżej niektóre z podstawowych korzyści, jakie niesie za sobą zachowywanie konsekwencji w orzekaniu, mogłyby sugerować, iż w każdym systemie prawnym rola dotychczas wydanych orzeczeń sądowych w procesie wykładni i stosowania prawa powinna być mniej więcej taka sama. Takie wrażenie należałoby jednak uznać za niebywale mylne. W kulturze prawnej Zachodu wykształciły się bowiem dwa, wyraźnie przeciwstawne, podejścia do poprzednio wydanych wyroków sądowych oraz wagi, jaka powinna przypadać takim wyrokom w adiudykacji. Z jednej strony jest to rygorystyczna anglosaska doktryna wiążącego precedensu², a z drugiej oparta na zupełnie innych

2 W przedmiocie anglosaskiej doktryny precedensu zob. przykładowo: M. Koszowski, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z kontynentalną praktyką orzecznictwą*, Warszawa 2019, s. 14-203, 241-254; T. Stawecki, *Precedens jako zadanie dla nauk prawnych*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon i M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 229-265; R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. 2., Oxford 1968, s. 3-222; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 315-353; R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 355-404; por. też K. Scheuring, *Precedens w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 40-54.

założeniach kontynentalna wizja sędziego i sposobu postrzegania dorobku sądowego orzecznictwa³. W odniesieniu do tej ostatniej, dla uwypuklenia jej cechy najbardziej dla niektórych charakterystycznej, używa się też czasem zwrotu „doktryna perswazyjnego precedensu”. Same zaś tamtejsze wyroki sądowe, głównie te pochodzące od sądów najwyższej instancji, z racji ich „faktycznego” (mającego dać się zaobserwować w praktyce) wpływu na rozstrzyganie rozpatrywanych po ich zapadnięciu spraw sądowych, nazywa się precedensami *de facto*⁴ dla odróżnienia ich od wyroków zapadających w systemie prawa anglosaskiego, jakie określa się tutaj mianem precedensów *de iure*^{5, 6}.

3 Odnosnie do roli, jaką odgrywają wcześniej wydane orzeczenia sądowe w procesie wykładni i stosowania prawa w krajach z kręgu *civil law*, zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 205–239; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 54–71; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 17–62; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *Precedent in France*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 103–139; M. Taruffo i M. La Torre, *Precedent in Italy*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 141–187; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *Precedent in Spain*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 259–290; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 219–256; por. też L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 304–306.

4 Posługiwanie się nazwą: „precedens *de facto*” może jednak prowadzić do błędnego przeświadczenia o zachodzeniu istotnych podobieństw między anglosaskimi precedensami sądowymi a dokonywaną w systemach prawnych typu *civil law* sądową wykładnią postanowień prawa stanowionego – zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 237–239, 264–265.

5 Na temat podziału na precedensy *de facto* i *de iure* oraz innych możliwych rozróżnień wśród orzeczeń sądowych zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 15–16, por. też s. 259–260 przypis nr 7; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4., Warszawa 2005, s. 254–257; L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” z. 10/1996, s. 3; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 188; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 228–230; A. Orłowska, *Precedens w systemach prawnych różnych krajów europejskiej kultury prawnej*, „Radca Prawny” nr 5/2000, s. 14–15; A. Orłowska, *Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2004, s. 238; M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” z. 6/1980, s. 69–78; J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” z. 10/1971, s. 525–526; S. Wronkowska i Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 130; L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 303–304; A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Wybrane problemy*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wrocław 2005, s. 222–226; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 35–40; T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon i M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 60–73; J. Jabłońska-Bonca, *Wprowadzenie do prawa. Introduction to law*, Warszawa 2008, s. 72, 73, 76, 77–81; T. Flemming-Kulesza, *Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym?*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon i M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 16; T. Chauvin, T. Stawecki i P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 7., Warszawa 2012, s. 190–192; J. Zajadło, *Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon i M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 25–27; A. Sulikowski, *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007, s. 31; A. Korybski, L. Leszczyński i A. Pieniążek, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 2, Lublin 2007, s. 134–135; T. Zych, *W poszukiwaniu pewności prawa. Precedens a przewidywalność orzeczeń sądowych w tradycji prawa anglosaskiego*, Toruń 2017, s. 28–32 wraz z przypisem 12 na s. 31–32 oraz s. 33 przypis nr 17.

6 W literaturze anglojęzycznej odpowiednikiem podziału na precedensy *de iure* i precedensy *de facto* przynajmniej *prima facie* jawi się rozróżnienie na: „*binding precedents*” i „*persuasive precedents*”. Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 3–4, 5, 8;

Kontynentalny i anglosaski stosunek do dotychczas wydanych orzeczeń sądowych różni się przy tym znacznie bardziej, aniżeli by się to mogło z pozoru wydawać. Odmienności nie kończą się tu bowiem wcale na samym tylko istnieniu lub braku prawnie wiążącego charakteru takich orzeczeń, ale dotyczą również sposobu ujmowania istoty takich orzeczeń oraz zasad, na jakich orzeczenia te mają funkcjonować w obrocie prawnym. Przede wszystkim daje się to zauważyć w: a) wypracowaniu odrębnych metod określania tego, co z rozpoznanej w przeszłości sprawy oraz zapadłego w niej rozstrzygnięcia i jego uzasadnienia powinno mieć znaczenie przy rozstrzyganiu kolejnych spraw sądowych; b) wykształceniu się odmiennych mechanizmów, jakie zezwalają na poczynienie wyjątku od rozwiązań zawartych w dotychczasowych wyrokach sądowych, które ogólnie są uznawane za zasadne/obowiązujące; c) stosowaniu innych trybów i przesłanek dla wprowadzania zmian w aktualnym stanie orzecznictwa⁷.

To też we właśnie wymienionych różnicach – jak się wydaje – należy upatrywać jednej z głównych przyczyny przeciwstawiania sobie kontynentalnego i anglosaskiego systemu prawa⁸.

2. Integracja prawna w ramach Unii Europejskiej

Jak powszechnie wiadomo, integracja porządków prawnych, jaka odbywa się w ramach Unii Europejskiej, przebiega na dwa różne sposoby. Jednym z nich jest zbliżanie do siebie ustawodawstw krajowych, drugim zaś budowanie bezpośrednio obowiązującego w każdym z Państw Członkowskich jednolitego ponadnarodowego prawa unijnego. Zbliżaniu ustawodawstw krajowych służy instytucja unijnych dyrektyw, a więc aktów prawnych, które wiążą poszczególne kraje co do rezultatów, jakie mają zostać osiągnięte, pozostawiając przy tym tym krajom swobodę wyboru formy i środków – co też powoduje najczęściej potrzebę ustanowienia w tym celu lub zmienienia odpowiednich regulacji prawnych

Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 323, 325–327; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 238 przypis 77. Por. też R.S. Summers, *Precedent...*, s. 368; *Appendix: Final Version of the Common Questions, Comparative Legal Precedent Study, September 1994*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 554–555; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *Legal Reasoning and Writing*, 2006, s. 65–82.

7 Na marginesie warto tutaj nadmienić, że w przeszłości w krajach z rodziny *civil law* potrafiono ustanawiać nawet całkowite zakazy brania pod uwagę wcześniej zapadłych orzeczeń sądowych przy wydawaniu przez sędziów wyroków w aktualnie rozpoznawanych przez nich sprawach, czego sztandarowym przykładem może być Landrecht pruski z 1794 r. (zob. A. Peczenik, *On Law and Reason*, wyd. 2, 2008, s. 280).

8 W kwestii szczegółowych rozważań na temat różnic w korzystaniu z dorobku orzecznictwa sądowego w systemie prawnym typu *common law* i systemie prawnym typu *civil law* zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 205–237; L. Morawski, *Główne...*, s. 257–263; L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 302–304 (por. też s. 304–310); A. Orłowska, *Precedens...*, s. 13–23; D.N. MacCormick i R.S. Summers, *Further General Reflections and Conclusions*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 531–542; R. Cross, *op. cit.*, s. 10–15.

na poziomie krajowym (tzw. transpozycja lub implementacja). Budowanie wspólnego jednolitego ponadnarodowego prawa unijnego dokonuje się z kolei głównie na poziomie unijnych traktatów oraz za pomocą wydawania unijnych rozporządzeń, których postanowienia stosuje się w każdym z Państw Członkowskich bezpośrednio, tj. bez konieczności, a nawet przy zakazie ich transpozycji (implementacji). Przy tym te traktaty/postanowienia automatycznie „derogują”/„zastępują” niezgodne z nimi prawo krajowe tudzież mają przed nim pierwszeństwo w zastosowaniu.

Znamienny jest tu jednak fakt, iż członkami Unii Europejskiej są zarówno kraje z systemem prawnym typu *civil law*, jak np. Polska, Włochy, Niemcy, Hiszpania i Francja, jak i państwa, dla których charakterystyczny jest systemem prawnym typu *common law*, tj. Wielka Brytania i Irlandia. Nie powinno zatem dziwić, że do efektywnej harmonizacji porządków prawnych panujących w Państwach Członkowskich oraz tworzenia jednolitego prawa unijnego (unifikacji) nie wystarczy samo identyczne brzmienie unijnych dyrektyw i rozporządzeń⁹; niezbędnym jest również wypracowanie, a następnie stosowanie w tych porządkach prawnych podobnych, a najlepiej jednakowych, zasad wykładni, rozumowań i metod prawniczych. W przeciwnym razie te same postanowienia prawa unijnego, wykładanego w zgodzie z nimi prawa krajowego, mogłyby być bowiem w każdym z Państw Członkowskich pojmowane inaczej, a przez to też mogłyby prowadzić do wydawania w tych państwach odmiennych – nawet krańcowo – rozstrzygnięć w „identycznych” lub bardzo do siebie zbliżonych stanach faktycznych.

Poza zasługami, jakie może ono mieć na rzecz budowania unijnego prawa, wprowadzenie w każdym z Państw Członkowskich jednakowych reguł wykładni, rozumowań i metod prawniczych już samo w sobie wydaje się znacznie zbliżać ich porządki prawne, stwarzając w ten sposób lepsze warunki dla rozwoju rynku wewnętrznego. Ujednoczenie w tym zakresie wyraźnie ułatwi bowiem poznawanie treści prawa krajowego innego członka Unii Europejskiej. Mimo iż pozostanie tu konieczność studiowania przepisów obcego prawa i dorobku obcego orzecznictwa, to jednak chcąc zaznajomić się z cudzym

9 Notabene samo już uzyskanie identycznie brzmiących tekstów unijnych dyrektyw i rozporządzeń w stosunku do wszystkich Państw Członkowskich jest w praktyce czymś niezmiernie trudnym, jeśli nie z definicji nieosiągalnym. Powodem takiego stanu rzeczy jest występowanie w Unii Europejskiej wielu języków urzędowych, jakie na użytek unijnego prawa uważa się za tzw. języki autentyczne. Biorąc bowiem pod uwagę to, że różne wersje językowe tego samego aktu prawa unijnego, nawet przy najlepszych staraniach ze strony tłumaczy (lingwistów), będą mogły, a nawet musiały nieco różnić się między sobą, znalezienie dla danego przepisu prawa unijnego jakiegoś jednego wspólnego znaczenia, które będzie pokrywać się z jego znaczeniem językowym we wszystkich wersjach językowych tego przepisu, może często, jeśli nie zawsze, okazać się niemożliwe. Także zalecana w przypadku multijęzyczności metoda komparatystyczna, zasadzająca się na próbie pogodzenia różnych wersji językowych za pomocą jakiegoś dodatkowego kryterium, już z samego swojego założenia prowadzi do odejścia – w jakimś stopniu – od znaczeń, jakie poszczególne słowa (zwroty) mają w językach narodowych. Odnośnie do problemu wielojęzyczności w przypadku prawa Unii Europejskiej zob. np. L. Morawski, *Zasady...*, s. 271–273 i A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, 2007, s. 153–155 i 157–159.

prawem krajowym, nie będzie trzeba już zapoznawać się z często skomplikowanymi zasadami wykładni i stosowania tego prawa. Po wprowadzeniu w tym względzie jednego wspólnego dla wszystkich Państw Członkowskich rozwiązania, zasady te będą bowiem identyczne z tymi, które występują na gruncie rodzimym. Nie ma przy tym też potrzeby długo wyjaśniać, iż rzeczona standaryzacja, chociażby tylko przez obniżenie kosztów pomocy prawnej z zakresu prawa obcego, powinna sprzyjać transakcjom i przedsięwzięciom o charakterze transgranicznym (zacieśnianiu i ożywianiu kontaktów oraz współpracy pomiędzy przedsiębiorcami i innymi osobami mającymi siedzibę / miejsce zamieszkania w różnych Państwach Członkowskich).

Kwestią otwartą pozostaje jednak, w oparciu o jaki model takie ujednolicenie krajowych reguł wykładni i metod prawnych miałyby się odbywać. Niewątpliwie najprostszym rozwiązaniem byłoby zaczerpnięcie tych reguł i metod w całości, tj. w postaci niezmienionej, albo z systemu prawnego typu *civil law* albo z systemu prawnego typu *common law*. Z uwagi jednak na istotne różnice, jakie występują między tymi systemami, taka propozycja mogłaby się spotkać z wyraźnym niezadowoleniem ze strony tych państw, których obywatele musieliby podjąć trud dostosowania się do zupełnie nowej dla nich rzeczywistości prawnej (diametralnie zmienić dotychczasowy sposób myślenia i pojmowania istoty prawa). W rezultacie o wiele bardziej celowe i zarazem wykonalne wydaje się tu znalezienie czegoś o charakterze kompromisowym, czegoś, co dążyłoby do jakiegoś pogodzenia kontynentalnej i anglosaskiej tradycji prawnej – *ergo* obranie jakiejś trzeciej, wypośredkowanej drogi.

Już jednak na pierwszy rzut oka wzajemne przeplatanie się instytucji z obszaru *common law* i *civil law* może, a nawet powinno, jawić się jako dość ryzykowne. Jako niesprawdzone i nieprzetestowane w praktyce może ono bowiem doprowadzić do niedających się przewidzieć niepożądanych rezultatów, łącznie z wywołaniem niepewności co do treści obowiązującego prawa. Stąd też postulowany wyżej kompromis ma naturalną tendencję do odstraszenia. Oczywiście rzecz wyglądałaby zgoła inaczej, gdyby taka trzecia droga była już gdzieś faktycznie realizowana, choćby nawet w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej, położonym gdzieś na skraju globu ziemskiego.

Jak się mianowicie okazuje, przynajmniej w odniesieniu do kwestii korzystania w adiudykacji z dotychczas wydanych wyroków sądowych, jako taki kraj środka – i to być może nawet „złotego” – można by próbować traktować Królestwo Norwegii. Podobnie jak w Wielkiej Brytanii panuje tam bowiem doktryna wiążącego precedensu, nie jest ona jednak aż tak rygorystyczna jak jej brytyjska odpowiedniczka. Co więcej, również sama norweska kultura prawna, jak się ją przedstawia, ma się plasować gdzieś pomiędzy systemem prawnym typu *civil law* a systemem prawnym typu *common law*, ewentualnie z pewnym ukłonem w stronę tego pierwszego. W konsekwencji nie tylko rodzi to duże nadzieje w kontekście wspomnianej w niniejszym punkcie unifikacji, ale i wyróżnia

Norwegię na tle pozostałych państw nordyckich, tj. Danii, Islandii, Finlandii i Szwecji, dając świadectwo jej „prawdziwej unikalności”^{10, 11}.

Kierując się powyższymi spostrzeżeniami, w niniejszym opracowaniu zostanie przeanalizowana norweska doktryna precedensu zarówno pod kątem jej optymalności, jak i przydatności dla pogłębienia integracji prawnej w ramach Unii Europejskiej. Analizę tę będzie przy tym poprzedzać próba odtworzenia pełnego obrazu tej doktryny wraz z uwypukleniem jej ewentualnych podobieństw i rozbieżności z doktryną anglosaską i jej kontynentalnymi odpowiednikami.

10 W literaturze prawnoporównawczej system prawny Norwegii klasyfikowany jest bądź jako coś znajdującego się pomiędzy systemem prawnym typu *common law* i systemem prawnym typu *civil law*, bądź jako specyficzna odmiana (podgrupa) systemu prawnego typu *civil law*. Za najbardziej typowe cechy nordyckiej kultury prawnej uznaje się przy tym: pragmatyczne podejście do prawa i argumentacji prawniczej, świecki charakter prawa, znikomy stopień recepcji prawa rzymskiego, postrzeganie prawa jako elementu inżynierii społecznej, która ma służyć budowaniu nowoczesnego społeczeństwa opartego na zasadzie równości wszystkich obywateli oraz realizować model państwa dobrobytu (ang. *welfare state*). W przedmiocie czynników historycznych, jakie miały wpływ na kształtowanie się kultury prawnej Skandynawii, jak i charakteru samej tej kultury wraz z jej oceną z perspektywy systemu prawnego typu *civil law* i systemu prawnego typu *common law* zob.: A. Nylund, *Mixing Past and Future – The Making of a Nordic Legal Culture 1850–2050*, https://www.academia.edu/24358861/Mixing_Past_and_Future_-_The_Making_of_a_Nordic_Legal_Culture_1850-2050 (opublikowane również w: *Rendezvous of European Legal Cultures*, red. J.Ø. Sunde i K.E. Skodvin, Bergen 2010, s. 167–181), s. 1–15 [dostęp: 05.08.2019]; J. Husa, K. Nuotio i H. Pihlajamäki, *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, [w:] *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, red. J. Husa, K. Nuotio i H. Pihlajamäki, Antwerp 2007, s. 1–39; J.W.F. Sundberg, *Civil Law, Common Law and the Scandinavians*, „Scandinavian Studies in Law” t. 13 (1969), s. 181–205; K. Zweigert i H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, tłum. T. Weir, wyd. 3, 1998, s. 276–285.

11 W kontekście poruszanych zagadnień warto mieć jednak na uwadze, że także Królestwo Norwegii, mimo iż nie przynależy do Unii Europejskiej, nie jest obecnie całkowicie wyłączone z procesu europeizacji. Ta dokonuje się w jego przypadku zarówno drogą uczestnictwa w międzynarodowym systemie ochrony praw człowieka, jak i na szczeblu współpracy gospodarczej. Norwegia jest bowiem stroną Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., która zgodziła się na jurysdykcję Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także stroną porozumienia o utworzeniu Europejskiego Obszaru Gospodarczego (European Economic Area), do połowy 2010 r. mając z tego powodu wdrożone ok. 7000 unijnych aktów prawnych. Zob. S. Eng, *Precedent in Norway*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 215 oraz *Europejski Obszar Gospodarczy (EOG)*, http://amb-norwegia.pl/About_Norway/Polityka-zagraniczna/europe/eea [dostęp: 05.08.2019].

ROZDZIAŁ II: NORWESKA DOKTRYNA PRECEDENSU – MIĘDZY COMMON A CIVIL LAW

1. Kwestie wstępne

1.1. Dwa podstawowe wyznaczniki każdej doktryny precedensu

Dla funkcjonowania doktryny precedensu konieczne wydaje się istnienie jakiegoś oddziaływania dotychczas wydanych orzeczeń sądowych na sposób orzekania w obecnie rozpoznawanych sprawach sądowych. W razie braku takiego oddziaływania trudno byłoby bowiem mówić zarówno o precedensach sądowych, jak i samej doktrynie precedensu¹².

Przy tym szczególnie ważne zdają się dwie kwestie. Pierwsza z nich dotyczy tego, kto znajduje się tu pod oddziaływaniem kogo, tj. które dokładnie sądy lub którzy dokładnie sędziowie są pod oddziaływaniem orzeczeń pochodzących od których dokładnie sądów lub sędziów. Ten też wyznacznik doktryny precedensu można by nazywać zakresem podmiotowym takiej doktryny. Druga natomiast odnosi się do zdefiniowania tego, co w przypadku zapadłego w danej sprawie orzeczenia, jaka jego część (fragment) lub coś jeszcze innego, posiada znaczenie przy rozstrzyganiu innych spraw sądowych. Innymi słowy chodzi w niej o odpowiedź na pytanie, czym dokładnie jest związany sędzia w doktrynie wiążącego precedensu tudzież pod oddziaływaniem „faktycznym” dokładnie czego pozostaje sędzia w doktrynie perswazyjnego precedensu – co można by nazwać zakresem przedmiotowym doktryny precedensu.

Te też dwie kwestie zostaną w odniesieniu do Norwegii szczegółowo wyjaśnione w punktach kolejnych. Zanim to jednak nastąpi, na krótkie omówienie zasługują dwa inne jeszcze zagadnienia o charakterze wprowadzającym.

¹² Do celów niniejszego opracowania nie należy rozstrzyganie tego, czy posługiwanie się zwrotem „doktryna precedensu” oraz samą nazwą „precedens sądowy” właściwe/zasadne jest również na tle innych systemów prawnych niż system prawny typu *common law*. Odnośnie do moich uwag w tym przedmiocie zob. M. Koszowski, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z kontynentalną praktyką orzecznictwą*, Warszawa 2019, zwłaszcza s. 237-239, 264-365; por. też pkt. 17.2.4. rozdziału III niniejszego opracowania.

1.2. „Małomówność” norweskich sędziów

Na pewno norweska doktryna precedensu nie jest przedmiotem takich rozważań i dyskusji w środowisku sędziowskim, na jakie można natknąć się w systemach prawnych typu *common law*. Sędziowie norwescy są bowiem z natury rzeczy „małomówni”, przez co nie starają się w sposób wyraźny ustanawiać czy komentować zasad rządzących tutejszym precedensem sądowym. Tym samym w Norwegii trudno jest spotkać charakterystyczne dla Wielkiej Brytanii wypowiedzi autorstwa poszczególnych członków judykatury, w jakich roztrząsano by poszczególne problemy doktryny precedensu, czy to czynione przy okazji rozstrzygnięcia konkretnych spraw, czy też składane poza „ławą sądową” (jak tzw. the Practice Statement z 1966 r. zrywająca w Zjednoczonym Królestwie ze związaniem sądu najwyższej instancji jego własnymi precedensami).

Co więcej, wskazuje się, że nawet gdyby u norweskich sędziów pojawiły się tego rodzaju wypowiedzi, to nie tylko stanowiłyby one coś nadzwyczajnego, ale fakt ich poczynienia mógłby zostać potraktowany jako niestosowność. W konsekwencji problematyką norweskiego precedensu sądowego zajmują się bardziej akademicy aniżeli sędziowie. Bynajmniej nie oznacza to jednak, iż teoria w zakresie doktryny precedensu należy w Norwegii do teorii dobrze rozwiniętych i w znacznym stopniu przeanalizowanych. W norweskiej nauce prawa o wiele więcej uwagi zwykło się bowiem poświęcać innym źródłom prawa aniżeli decyzje sądowe¹³.

Notabene również w procesie kształcenia przyszłych prawników, inaczej niż ma to miejsce w systemie prawa anglosaskiego, stosunkowo mały udział przypada w Norwegii studiowaniu rozstrzygniętych dotychczas spraw sądowych¹⁴.

1.3. Wieloznaczność terminu precedens sądowy

Poza „małomównością” norweskich sędziów, tytułem wprowadzenia, warto poruszyć też zagadnienie natury terminologicznej, czyli odnieść się do tego, co dokładnie zwykło się

13 Zob. S. Eng, *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features*, „Scandinavian Studies in Law” t. 39 (2000), s. 289–292 i 306 (zob. też s. 293–295) oraz S. Eng, *Precedent in Norway*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 206 i 207.

Również w krajach z systemem prawnym typu *civil law* niewiele dyskutuje się w środowisku sędziowskim odnośnie do wpływu, jaki mają mieć na orzekanie wcześniej zapadłe orzeczenia sądowe. Tak na przykład w odniesieniu do Niemiec podaje się, że w tutejszej judykaturze zostało wyrażonych tylko kilka poglądów w temacie mocy wiążącej sądowego orzecznictwa oraz jego istoty. Właściwe zaś rozważania w tym przedmiocie można znaleźć dopiero w literaturze. Analogicznie wygląda to we Włoszech i w Hiszpanii, gdzie sędziowie z reguły nie prowadzą dyskusji na temat doktryny precedensu, a autorami wypowiedzi z tego zakresu są głównie akademicy. Zob. odpowiednio: R. Alexy i R. Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 24, 28, 50; M. Taruffo i M. La Torre, *Precedent in Italy*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 157, 163–164, 167, 171–172; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *Precedent in Spain*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 269–270, 279–280, 282, 289–290.

14 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 289, 305.

w Norwegii rozumieć pod pojęciem precedensu sądowego określanego w języku norweskim mianem „prejudikat”. Otóż „prejudikat” – analogicznie jak anglosaski „precedent” – okazuje się być terminem bardzo pojemnym i wieloznacznym. Raz przyjmuje się bowiem, że jest on zastrzeżony tylko dla wyroków norweskiego Sądu Najwyższego tudzież wypowiedzi sędziów w materiach prawnych, w związku z czym nie obejmuje już orzeczeń norweskich sądów niższych instancji oraz wywodów w kwestiach czysto faktycznych (dotyczących oceny stanu faktycznego, jaki miał miejsce w precedensowej sprawie). Innym zaś razem zdarza się, że nazwą precedens [sądowy] posługuje się w Norwegii w sposób bardziej generalny, tj. mając na myśli którąś z wcześniej podjętych decyzji sądowych, obojętnie od jakiego sądu tu ona pochodzi. Wielu norweskich prawników ma mieć też skłonność do mówienia, iż dane orzeczenie albo jest „prejudikatem”, i przez to znajduje zastosowanie w aktualnie rozpoznawanej sprawie, albo że nie jest ono „prejudikatem”, i przez to nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. W tym kontekście znawca norweskiej doktryny precedensu profesor Svein Eng wyszczególnia również dwa inne jeszcze znaczenia terminu „precedens [sądowy]”, w jakich mają się tym terminem posługiwać prawnicy w Norwegii, tj. w zależności od tego, czy słowa tego użyto: a) na oznaczenie decyzji sądowej, która faktycznie (rzeczywiście) została wykorzystana jako wzór przy podejmowaniu innej decyzji sądowej – tzw. precedens [sądowy] w sensie *ex post*; b) na określenie decyzji sądowej niezależnie od tego, czy faktycznie wzorowano się na niej, czy też nie, przy podejmowaniu jakiejś innej decyzji sądowej – tzw. precedens [sądowy] w sensie *ex ante*¹⁵.

W związku z powyższym także w niniejszym opracowaniu, i to zarówno przy opisywaniu norweskiej doktryny precedensu, jak i przy ocenie poszczególnych instytucji i rozwiązań składających się na tę doktrynę, termin precedens (sądowy) będzie występował w wielu różnych znaczeniach. To, jak należy go rozumieć, będzie też determinował kontekst i sens poszczególnych wypowiedzi, a nie jakaś z góry przyjęta konwencja/definicja. Najczęściej tutaj będziemy jednak pewnie mieli do czynienia z pierwszym z wymienionych w akapicie wyżej znaczeń oraz z ujęciem *ex ante*. Ponadto to ujęcie *ex ante* będzie również dominować, ilekroć zamiennie ze słowem precedens (sądowy) w niniejszym opracowaniu będą używane takie nazwy jak „wyrok”, „decyzja” albo „orzeczenie sądowe”.

15 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 196 oraz S. Eng, *The Doctrine...*, s. 305 wraz z przypisem nr 99 na tej stronie.

Co do wieloznaczności terminu „precedens (sądowy)” w przypadku doktryny precedensu, która panuje w Stanach Zjednoczonych Ameryki i Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 197–200. Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 323; R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 364; G. Marshall, *What is Binding in a Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 503–504.

2. Zakres podmiotowy norweskiej zasady związania precedensem sądowym

2.1. Precedens sądowy prawnie wiązający

Omawianie poszczególnych aspektów norweskiej doktryny precedensu wypada rozpocząć od kwestii najbardziej podstawowej, a więc charakteru prawnego norweskich orzeczeń sądowych. Królestwu Norwegii jako jedynemu z państw nordyckich udało się mianowicie – co należy tutaj wyraźnie podkreślić – wykształcić i do dzisiaj zachować instytucję wiązającego w sposób prawny precedensu sądowego¹⁶. W rezultacie system prawny tego kraju w znacznej mierze przypomina system prawny typu *common law*, jaki występuje w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej oraz Stanach Zjednoczonych Ameryki. Nie jest to jednak podobieństwo absolutne. Wprost przeciwnie w Norwegii spotykamy się z czymś, co można by plasować pomiędzy anglosaskim a kontynentalnym podejściem do dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych.

2.2. Związanie wertykalne

Wertykalne związanie precedensem sądowym (w pionie) obejmuje stosunki, jakie zachodzą między sądami różnych rzędów (zajmującymi niejednakową pozycję w hierarchii sądowej), co odróżnia je od związania horyzontalnego (w poziomie), które dotyczy relacji, w jakiej dany sąd pozostaje z samym sobą, ewentualnie sądami tego samego co on rzędu¹⁷. Łącznie też oba te rodzaje związania składają się na podmiotowy zakres zasady *stare decisis*. W tym punkcie zostanie omówiony pierwszy z nich, a więc kwestia tego, jak przedstawia się obowiązek przestrzegania po stronie sądów niższej instancji precedensów pochodzących od sądów instancji wyższej. Norweskie rozwiązania są tu zresztą dość specyficzne.

16 Ani bowiem w Szwecji, ani w Finlandii, Danii czy też Islandii nie uświadczymy dzisiaj typowej instytucji wiązającego prawnie precedensu sądowego, co nie znaczy jednak, że w krajach tych sądy niższego rzędu nie bazują w znacznym stopniu i nie darzą dużym respektem dorobku orzeczniczego, zwłaszcza tego, który pochodzi od sądów najwyższej instancji. Odnośnie do Danii zob.: W.E. Eyben, *The Attitude Towards Judicial Precedent in Danish and Norwegian Courts*, „Scandinavian Studies in Law” t. 3 (1959), s. 55, 66–67, 78–79; P.S. Lauridsen, *Introduction*, [w:] *Danish Law. A General Survey*, red. H. Gammeltoft-Hansen, B. Gomard i A. Philip, Copenhagen 1982, s. 18–19; J. Lookofsky, *Precedent and the Law in Denmark. Danish National Report. XVIIIth Conference of The International Academy of Comparative Law. Utrecht 2006*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky15.html> [dostęp: 05.08.2019] (opublikowane również w: *Precedent and the law. Reports to the XVIIIth Congress International Academy of Comparative law. Utrecht, 16-22 July 2006*, red. E. Hondius, Bruylant 2007), s. 1–3, 5, 6–7; R.H. Wandall i D. Veit, *Researching Danish Law*, <http://nyulawglobal.org/globalex/Denmark1.html> [dostęp: 05.08.2019], pkt. 4.2. (Precedents). Odnośnie do Szwecji zob.: A. Peczenik, *On Law and Reason*, 2009, wyd. 2, s. 272, 280–281; G. Bergholtz i A. Peczenik, *Precedent in Sweden*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 293, 298–300, 304; P.H. Lindblom, *The Role of the Supreme Courts in Scandinavia*, „Scandinavian Studies in Law” t. 39 (2000), s. 328. Odnośnie do Finlandii zob.: A. Aarnio, *Precedent in Finland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 85–87, 88–89 (zob. też s. 96–97). Odnośnie do Islandii zob.: R. Tryggvadóttir i T. Ingadóttir, *Researching Icelandic Law*, zaktualizowane przez E. Mathiesen, 2010, <http://nyulawglobal.org/globalex/Iceland1.html> [dostęp 5.08.2019], pkt. 3.4 (Precedents). Ponadto zob. też pkt. 2.6. niniejszego rozdziału tego opracowania.

17 Związanie precedensem sądowym dzieli się na horyzontalne i wertykalne również przy wyjaśnianiu relacji, jakie zachodzą w anglosaskiej doktrynie precedensu, zob. L. Alexander, *Precedent*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, Malden 1996, s. 512; Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 329; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 49.

W Norwegii za prawnie wiążące uważa się bowiem wyłącznie orzeczenia wydane przez tutejszy Sąd Najwyższy (Høyesterrett). Jest nimi związany zarówno każdy z orzekających w pierwszej instancji sądów rejonowych („tingrett”), jak i każdy z sądów apelacyjnych („lagmannsrett”) znajdujących się bezpośrednio poniżej norweskiego Sądu Najwyższego. Wyroki natomiast wszystkich pozostałych norweskich sądów są już pozbawione przymiotu bycia prawnie wiążącymi, co jest równoznaczne z tym, że norwescy sędziowie, nawet ci zasiadający w sądach najniższego rzędu, nie mają żadnego prawnego obowiązku ich przestrzegania. Tym samym orzeczenia pochodzące od innych sądów niż Høyesterrett, w tym od sądów apelacyjnych, mogą mieć w Norwegii co najwyżej moc perswazyjną, i tylko w sposób „faktyczny” (a nie prawny) oddziaływać na orzekanie w sprawach sądowych^{18, 19}.

18 S. Eng, *Precedent...*, s. 199–200, 204; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 294.

19 W Norwegii występują trzy rodzaje sądów powszechnych: a) sądy rejonowe orzekające w pierwszej instancji, zwane „tingrettene” (l. poj.: „tingrett”), w liczbie 73, w ramach których działają poszczególne wydziały, np. do spraw upadłościowych czy spadkowych; b) sądy apelacyjne orzekające w drugiej instancji w liczbie sześciu, zwane „lagmannsrettene” (l. poj.: „lagmannsrett”); c) Sąd Najwyższy, zwany Høyesterrett [stan na 2006 r.]. Dodatkowo do już wymienionych sądów dochodzą tu jeszcze tzw. sądy concyliacyjne/mediacyjne („forlikrådene”) w liczbie około 440. Przy tym powodem tak sporej liczby tych ostatnich sądów jest nadanie postępowaniu mediacyjnemu w Norwegii charakteru obligatoryjnego w przypadku wielu kategorii spraw cywilnych. Jak też sama ich nazwa wskazuje, sądy te zajmują się prowadzeniem mediacji i concyliacji. Co jednak dość znamienne, w razie gdy postępowanie przed nimi nie zakończy się ugodą, władne są one władne są one do wydania wyroku i rozstrzygnięcia sprawy. Wyrok taki podlega następnie zaskarżeniu do sądu rejonowego.

Poza sądami powszechnymi w Norwegii funkcjonują też ciała o statusie do nich zbliżonym, jak np. sąd wyrokujący w materiałach z zakresu ubezpieczeń społecznych (Trygderetten), sąd rozstrzygający spory z zakresu układów/porozumień zbiorowych w prawie pracy (Arbeidsretten), sąd do spraw dotyczących prawa wspólnej własności i własności nieruchomości (Jordskifteretten), sąd orzekający w kwestiach imigracyjnych (Utlendingsnemda) czy sąd wojskowy. Z reguły od ostatecznej decyzji takich quasi-sądów przysługuje odwołanie do któregoś z sądów powszechnych. Ponadto, z myślą o mniejszości etnicznej Sami, powołano tutaj jeszcze specjalny sąd pierwszej instancji dla tzw. centralnego Finnmarku.

Godne uwagi jest również to, że w Norwegii nie przewidziano odrębnego sądownictwa dla rozstrzygania spraw z obszaru prawa administracyjnego (takie sądownictwo nie jest natomiast obce Szwecji i Finlandii). Brak jest tu również odpowiednika Trybunału Konstytucyjnego. W rezultacie to sądy powszechne sprawują kontrolę nad legalnością działań norweskiej administracji publicznej, a Høyesterrett sprawdza zgodność poszczególnych norweskich ustaw z Konstytucją Królestwa Norwegii. To ostatnie odbywa się jednak tylko przy okazji i w związku z rozpoznawaniem spraw indywidualnych (w odniesieniu do mających w tych sprawach zastosowanie przepisów prawa ustawowego).

Odnosnie do struktury sądownictwa w Norwegii, w tym rodzajów norweskich sądów, zob.: A. Rosseland, *Presentation of the National Courts Administration and the Norwegian Court Reform of 2002*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51 (2007), s. 615–618; P.H. Lindblom, *op. cit.*, s. 328–329; P. Hagelien i M. Vonen, *The Norwegian Legal System. An introductory guide*, Bergen 1994, s. 19–21; S. Eng, *Precedent...*, s. 189–190; *Courts of Norway > The Courts of Justice*, <https://www.domstol.no/en/the-courts-of-justice> [dostęp: 5.08.2019]; informacje na stronie www: <http://www.frostating.no/english/english-about/courts-of-norway> [dostęp: 5.08.2019]; § 1 i 2 Ustawy z dnia 13 sierpnia 1915 r. Lov om domstolene [Domstolloven] normującej ustrój sądów powszechnych w Norwegii – zwanej dalej dla uproszczenia norweskim p.u.s.p.; por. też L.B. Orfield, *The Growth of Scandinavian Law*, Philadelphia 1953, s. 182–188. W celu porównania z systemem sądownictwa funkcjonującym w Szwecji, Finlandii, Danii oraz Islandii zob. odpowiednio: *The Swedish National Courts Administration*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51 (2007), s. 630–649; S. Sarvilinna, *Court Administration in Finland*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51 (2007), s. 591–605; *The Danish Courts – an Organisation in Development*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51 (2007), s. 581–590; *Iceland’s Judicial System*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51

Dla porównania w Wielkiej Brytanii wiążące są nie tylko orzeczenia wydawane przez sądy najwyższej instancji, jak ma to miejsce w Norwegii, ale również orzeczenia wydawane przez sądy apelacyjne, na obszarze ich właściwości miejscowej, a także i – choć jest to nieco dyskusyjne – orzeczenia pochodzące od innych jeszcze sądów orzekających w drugiej instancji²⁰. Podobnie rzecz ta przedstawia się w Stanach Zjednoczonych, gdzie za wiążące uchodzą nie tylko wyroki sądów najwyższych, ale także wyroki sądów apelacyjnych. Występujący tu jednak podział sądownictwa na federalne i stanowe powoduje, iż *de facto* w USA mamy do czynienia nie z jedną, ale z tyloma doktrynami precedensu, ile jest stanów, a do tego jeszcze odrębną od nich doktryną precedensu na poziomie federalnym. W efekcie też każda z tych doktryn może się tutaj w szczegółach nieco różnić. Przykładowo precedensy ustanowione przez sądy apelacyjne mogą w niej wiązać, albo nie, sądy niższej instancji, jakie znajdują się poza okręgiem geograficznym sądu apelacyjnego, od którego dany precedens pochodzi. Ponadto dla Stanów Zjednoczonych charakterystyczny jest też problem stosowania prawa, w tym precedensów sądowych, z innej jurysdykcji aniżeli ta, w której siedzibę ma sąd rozpoznający zawisłą sprawę, tudzież stosowania prawa federalnego w sądzie stanowym lub prawa stanowego w sądzie federalnym. Zazwyczaj za wiążące uważa się wówczas jedynie orzeczenia sądów najwyższej instancji przy poszanowaniu generalnej zasady, iż w prawie stanowym danego stanu wiążące precedensy sądowe mogą ustanawiać jedynie sądy tego stanu, a w prawie federalnym wyłącznie sądy federalne²¹.

Gdy mowa natomiast o krajach z rodziny *civil law*, to orzecznictwo Sądów Najwyższych nie posiada w nich na ogół mocy prawnie wiążącej, choć w praktyce jest ono często przez sądy niższej instancji powielane²². Działające już jednak w tych krajach Trybunały (Sądy

(2007), s. 606–607. W przedmiocie szczegółów w zakresie procedury, struktury, funkcji i celów Sądu Najwyższego w Norwegii i pozostałych państwach skandynawskich zob. P.H. Lindblom, *op. cit.*, s. 325–366. Odnośnie do historii, struktury i siedziby samego norweskiego Sądu Najwyższego zob. *The Supreme Court of Norway*, <http://www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett> [dostęp 5.08.2019]. W kwestii sądowej kontroli zgodności ustaw z konstytucją i prawem międzynarodowym (*judicial review*) w Skandynawii zob. A.R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge 1989, s. 172–174 oraz A. Peczenik, *op. cit.*, s. 343. Na temat narodzin instytucji *judicial review* w Norwegii, w tym jej wątpliwych z początku podstaw prawnych, zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, „Law Quarterly Review” t. 54 (1938) nr 214, s. 275–276.

²⁰ Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 35–43; R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford 1968, s. 6–7 i 114–115; por. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 325–326.

²¹ Zob.: M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, New York 2006, s. 31–32, 66–72; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 355–356, 359, 368–369 i 370–371; W. Huhn, *The Five Types of Legal Argument*, wyd. 2, Durham 2008, s. 119; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 35–38, 45–46.

²² Na temat wpływu dotychczas wydanych orzeczeń sądowych na stosowanie prawa w takich krajach jak Niemcy, Hiszpania, Włochy, Polska (w tym występowania w tych krajach takich specyficznych rozwiązań jak: obowiązek przekazania sprawy do rozpoznania sądowi wyższego rzędu, ilekroć nie chce się zastosować do któregoś z jego poprzednich orzeczeń lub orzeczenia innego sądu równej rangi; konieczność zaznaczenia, iż odstępuje się od poglądu wyrażonego we wcześniej zapadłym orzeczeniu; wymóg podania powodów uzasadniających niezastosowanie się do rozwiązania z uprzednio podjętej decyzji sądowej; podstawa dla wniesienia kasacji polegająca na niezastosowaniu się przez sąd, od którego wyroku ma być wniesiona skarga kasacyjna, do przynajmniej raz powtórnego zajęcia przez Sąd Najwyższy w danej kwestii prawnej

Konstytucyjne, przynajmniej wtedy, gdy orzekają o niezgodności poszczególnych aktów normatywnych (zawartych w nich postanowieniach) z pisaną konstytucją lub prawem międzynarodowym, wydają wyroki, jakie trudno byłoby traktować inaczej niż jako powszechnie prawnie wiążące *vel* obowiązujące. W rezultacie w ich przypadku można by się doszukiwać podobieństw z tymi orzeczeniami norweskiego Sądu Najwyższego, w których sąd ten orzeka o zgodności norweskich ustaw z Konstytucją Królestwa Norwegii²³.

Przy okazji warto tu też nadmienić, iż wzmiankowana powyżej rozbieżność pod względem rodzajów sądów uprawnionych do ustanawiania wiążących precedensów sądowych jest w norweskiej nauce prawa postrzegana jako najbardziej istotna różnica między norweską doktryną precedensu a jej angielską odpowiedniczką²⁴. Dużym błędem byłoby jednak powiedzieć, że jest to jedyna różnica między tymi doktrynami.

2.3. Związanie horyzontalne

2.3.1. Sąd Najwyższy

Co do zasady związanie horyzontalne w przypadku norweskiego Sądu Najwyższego nie występuje. Sąd ten nie jest bowiem ograniczony tym, w jaki sposób rozstrzygnął w przeszłości poszczególne sprawy sądowe i występujące w tych sprawach kwestie prawne. Czuje się on jednak zobligowany do brania pod uwagę (uwzględniania) zawartości ustanowionych przez siebie wcześniej precedensów. Samo już zastosowanie się, lub nie, do któregoś z tych precedensów zależne jest wyłącznie od jego woli, a nie wynika z jakiegoś prawnego obowiązku²⁵. Nie znaczy to jednak, że w Norwegii nigdy nie było apeli nawołujących do powściągliwości w tym względzie i zachowywania konsekwencji w orzekaniu, w stylu, iż za niepożądany należy uznać

stanowiska; wiążący charakter orzeczeń, jakie rozstrzygają rozbieżności pomiędzy orzecznictwem federalnych [z różnych jurysdykcji] Sądów Najwyższych; wiążący charakter wyroków wydanych przez Sąd Najwyższy na skutek rozpoznania przez niego kasacji wnoszonej w „interesie prawa”) zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 211–218; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 24–25, 27–32, 38, 57; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 263, 270–275, 276, 278–279, 286, 288, 290; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 224, 231–236, 237–239, 253–254; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 152–156, 162–163, 168–170, 178, 179, 180, 183–184, 186–187; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *Precedent in France*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 112–113, 115–119, 125; R. Cross i J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 10–11, 12–15; R.S. Summers i M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 487.

23 W przedmiocie mocy prawnie wiążącej wyroków wydawanych przez Trybunały (Sądy) Konstytucyjne mające siedzibę w państwach z systemem prawnym typu *civil law*, w tym ewentualnej możliwości dokonywania przez takie trybunały powszechnie wiążącej interpretacji przepisów prawa stanowionego (zwłaszcza poprzez podawanie tego, jaka wykładnia takich przepisów pozostaje jeszcze w zgodzie z postanowieniami konstytucyjnymi), zob. odnośnie do Niemiec, Włoch, Francji, Hiszpanii i Polski: R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 26–27; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 154–155, 163; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 272, 278, 279; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 116–117; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 213, 217–218.

24 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 295, 319.

25 S. Eng, *Precedent...*, s. 199; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 294; L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 172.

stan, w jakim sąd najwyższej instancji często zmieniałby swoje zapatrywania prawne²⁶. Warto też dodać, iż dawniej, tj. w latach pięćdziesiątych XIX w., wśród sędziów norweskiego Sądu Najwyższego nie brakowało i takich osób, które uważały się za zobowiązane do bezwzględ- nego przestrzegania precedensów ustanowionych na szczeblu tego sądu. Na skutek jednak wydania w 1894 r. wysoce nieprzemyślanego wyroku w obszarze prawa podatkowego (jego zawartość spotkała się z doszczętną krytyką w środowisku prawniczym) w 1902 r. norweski Sąd Najwyższy został zmuszony do zrewidowania swojego wcześniejszego poglądu i rozstrzy- gnięcia tej samej kwestii prawnej w zupełnie inny sposób, niż uczynił to poprzednio – co tym samym oznaczało kres koncepcji absolutnie wiążącego precedensu sądowego w Norwegii²⁷.

Zestawiając Norwęgę ze Zjednoczonym Królestwem i Stanami Zjednoczonymi, wypada zaznaczyć, iż między tymi państwami zachodzi dzisiaj duże podobieństwo. Mianowicie Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawny Komitet Apelacyjny Izby Lordów) od wydania w 1966 r. tzw. the Practice Statement nie czuje się już absolutnie związany własnymi prece- densami i uważa się za uprawniony do odstępowania od nich, ilekroć uzna to za stosowne. W praktyce korzysta on jednak z tego uprawnienia dość, by nie powiedzieć niezmiernie, rzad- ko²⁸. Również pełniący w Szkocji funkcję sądu najwyższej instancji w sprawach karnych the High Court of Justiciary, gdy orzeka jako sąd apelacyjny, nie postrzega się jako zobowiązany do bezwzględnego przestrzegania swoich poprzednich orzeczeń²⁹. Podobnie rzecz się ma, gdy chodzi o Stany Zjednoczone, w których sądy najwyższych instancji mogą odstępować od swoich własnych precedensów. Tutaj jednak oczekuje się od nich często, że wykażą, iż zaszły szczególne warunki uzasadniające postąpienie w ten sposób³⁰.

Także w krajach z rodziny *civil law* na poziomie sądów najwyższej instancji związania horyzontalnego się co do zasady nie uświadczy. Jest tak, jak można zakładać, głównie z tego powodu, iż na ogół orzecznictwo tych sądów nie jest w tych krajach prawnie wiążące nawet dla sądów pierwszej instancji. Szczególnym wyjątkiem są tu natomiast Trybunały (Sądy) Konstytucyjne, które w niektórych krajach, jak np. w Polsce, mogą uważać się za związane lub niemalże związane wcześniej dokonaną oceną (nie)zgodności danego przepisu (aktu) prawa stanowionego z postanowieniami pisanej konstytucji³¹.

26 Zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 61.

27 Zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway*. I., „Law Quarterly Review” t. 54 (1938) nr 213, s. 112–114 oraz L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173.

28 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 5, 105–108, 127–128; Z. Bankowski, D. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 326, 335, 329; Z. Bankowski i D.N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 359; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 37–38 oraz s. 151–153 przypis nr 10.

29 D. McFadzean i G. Ryan, *Legal Method*, Dundee 2010, s. 77.

30 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 15; S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, New York 2007, s. 146–148; M.P. Golding, *Legal Reasoning*, wyd. 2, Toronto 2001, s. 100–101; C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996, s. 70–71; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 369–370; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 37–38, 156.

31 Choć na ogół polski Trybunał Konstytucyjny uważa się za zobligowany do przestrzegania (niekwestionowania)

2.3.2. Sądy niższej instancji

Przechodząc na poziom norweskich sądów apelacyjnych, należy zauważyć, że również i na nim związanie horyzontalne nie występuje. Oczywiście sądy te mogą w praktyce „faktycznie” powielać swoje poprzednie decyzje i sztywno trzymać się zajętego wcześniej przez siebie w poszczególnych kwestiach prawnych stanowiska, niemniej jednak nie są one do tego od strony prawnej zobligowane. Od nich oczekuje się co najwyżej tego, że uwzględnią (wezmą pod uwagę) takie decyzje przy rozpoznawaniu przedłożonych im spraw sądowych³².

Rzecz ta wygląda zgoła inaczej w przypadku Wielkiej Brytanii. Na Sądzie Apelacyjnym Anglii i Walii spoczywa bowiem ogólny obowiązek zachowywania konsekwencji w orzekaniu – aczkolwiek od obowiązku tego zachodzą pewne szczególne wyjątki, a w sprawach karnych jest on znacznie rozluźniony³³. Mniej więcej to samo dotyczy Sądów Dywizyjnych, jakie działają w ramach the High Court³⁴. Szkocka the Inner House of the Court of Session zdaje się już jednak być władna do odstępowania od własnych precedensów, jednakże pod warunkiem że czyni to w pełnym składzie³⁵. Dużą swobodę w tym względzie, choć nie aż taką jak ich norweskie odpowiedniki, posiadają również sądy apelacyjne w Stanach Zjednoczonych. W niektórych stanach zdarza się tam nawet, że za wiążące sąd apelacyjny uchodzą tylko te spośród jego dotychczasowych orzeczeń, które pochodzą od jego pełnego składu³⁶. Także sądy apelacyjne w krajach z rodziny *civil law* nie są co do zasady prawnie zobowiązane do przestrzegania tudzież wzorowania się na rozwiązaniach z uprzednio wydanych przez siebie wyroków sądowych

sentencji swoich poprzednich orzeczeń, zastrzega on sobie prawo do stwierdzenia niekonstytucyjności ustawy (któregoś z jej przepisów), jaka wcześniej została uznana przez niego za zgodną z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej jeszcze przed podpisaniem jej przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej i zarządzeniem jej ogłoszenia w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (tj. w ramach tzw. kontroli prewencyjnej w odróżnieniu od kontroli następczej, która dotyczy aktów prawnych już ogłoszonych we wspomnianym dzienniku) – zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 15, Warszawa 2011, s. 361 oraz wyrok polskiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt: Kp 2/05 (...Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że wyrok niniejszy nie zamyka drogi do ewentualnego ponownego zbadania tych przepisów, gdyby okazało się, że w toku stosowania nadano im znaczenie niezgodne z normami konstytucyjnymi).

32 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 199–200 i S. Eng, *The Doctrine...*, s. 294.

33 The Court of Appeal of England and Wales przede wszystkim może nie zastosować się do własnego precedensu, ilekroć: a) precedens ten pozostaje w sprzeczności z innym precedensem pochodzącym od tego sąd; b) nie sposób pogodzić takiego precedensu z wcześniejszym lub późniejszym wyrokiem Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa (dawnego Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów); c) sprawę, przy okazji rozpoznawania której taki precedens został ustanowiony, rozstrzygnięto z pominięciem (bez uwzględnienia) obowiązującego w tym czasie przepisu ustawy lub precedensu sądowego, ergo do ustanowienia tego precedensu doszło, jak się to tam określa, *per incuriam*. W przedmiocie szczegółów co do związania Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii jego własnymi precedensami i odstępstw od tego związania zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 20–21, 108–112, 123–127, 128–137, 139–140, 143–144 i M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 36, 145–150.

34 Zob. J. Holland i J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 175 i R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 119–121, 156–157, 164.

35 Zob. D. McFadzean i G. Ryan, *op. cit.*, s. 77 i Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 326.

36 Zob. M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 30; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 370; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 37, 156.

2.4. Źródło obowiązywania

Sposób, w jaki powinno się korzystać z dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych, nie został uregulowany w Norwegii jakąkolwiek ustawą. W efekcie cały szereg instytucji składających się na norweską doktrynę precedensu jest wyłączną domeną utartej praktyki sądowej, nie mając przy tym żadnego odzwierciedlenia w prawie stanowionym. Dotyczy to również samego obowiązywania w Norwegii zasady *stare decisis*. Podstaw dla wymogu poszanowania jej nakazów płynących z tej zasady, w szczególności traktowania wyroków tutejszego Sądu Najwyższego jako mających moc prawnie wiążącą, należy bowiem szukać nie w woli (rozkazie) norweskiego parlamentu, lecz w wykształceniu się takich, a nie innych poglądów, a raczej – bo norwescy sędziowie rzadko kiedy wypowiadają się otwarcie na temat wiążącego charakteru obecnych w Norwegii precedensów sądowych – takich, a nie innych zachowań u członków norweskiej judykatury. Co interesujące, jak się przy tym również podaje, norwescy prawnicy nie zwykli dzielić precedensów sądowych na precedensy *de iure* i precedensy *de facto*. Trzeba jednak dodać, iż to dopiero w ciągu XX w. zaczęto w Norwegii postrzegać orzecznictwo produkowane przez tutejszy Sąd Najwyższy jako niezależne źródło prawa istniejące obok prawa zwyczajowego oraz ustawowego. Dawniej utrzymywano tutaj bowiem, że orzeczenia sądowe stanowią tylko dowód aktualnie panujących zwyczajów, a wyrok sądowy sam z siebie prawa tworzyć nie może (tzw. deklaratoryjna teoria prawa)³⁷.

Podobnie kwestia źródła obowiązywania zasad rządzących doktryną precedensu, w tym nadawania dotychczas zapadłym orzeczeniom sądowym statusu bycia prawnie wiążącymi, przedstawia się w przypadku Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii³⁸. Inaczej zdaje się natomiast wyglądać to w przypadku krajów z rodziny *civil law*, gdzie powszechnie obowiązująca moc wyroków pochodzących od Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych potrafi mieć wyraźną podstawę w przepisach prawa stanowionego (ustawie bądź pisanej konstytucji)³⁹.

2.5. Unikalny charakter

Jak na podstawie pkt. 2.2. i 2.3. niniejszego rozdziału tego opracowania można było zauważyć, podmiotowy zakres zasady wiązania precedensem sądowym panującej w Norwegii stawia ten kraj pośrodku systemu prawnego typu *civil law*, w którym wyrokom, nawet tym wydanym przez Sądy Najwyższe, z definicji odmawia się przymiotu bycia prawnie wiążącymi, a syste-

37 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 202; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 276–277, 277–278; W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 66–67, 79, 84–85 (stan na 1959 r.); L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 172–173; T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, s. 102–111. Szerzej na temat teorii deklaratoryjnej w norweskim prawie precedensowym zob. pkt. 5.1. niniejszego rozdziału tego opracowania.

38 Zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 327; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 371; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 50–52.

39 Zob. np.: R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 26–27, 36, 39, 56; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 116; art. 190 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.): *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne*.

mem prawnym typu *common law*, w którym za prawnie wiążące uchodzą nie tylko orzeczenia sądów najwyższej instancji, ale i orzeczenia znajdujących się pod tymi sądów apelacyjnych oraz ewentualnie innych jeszcze sądów drugoinstancyjnych. Nie ryzykując za wiele, można by zatem twierdzić, iż w Norwegii funkcjonuje anglosaska zasada *stare decisis*, lecz w okrojonej postaci, by nie powiedzieć, w połowie.

Wyjaśnienia takiego charakterystycznego dla Królestwa Norwegii rozwiązania – zdaniem S. Enga – można doszukiwać się, przynajmniej po części, w fakcie, iż orzeczenia norweskich sądów apelacyjnych podawane były do wiadomości publicznej w sposób dalece niezadowalający, przez co trudno byłoby przypisywać im moc prawnie wiążącą. W wydawanych w Norwegii zbiorach orzeczeń zamieszczano bowiem bardzo niską procentowo liczbę wyroków pochodzących od sądów apelacyjnych. Dodatkowo selekcji tego, które dokładnie z takich wyroków mają się znaleźć w zbiorze orzeczeń, dokonywać tu miano nie w jakiś usystematyzowany sposób, lecz spośród propozycji przesyłanych „na oślep” przez sędziów i adwokatów. Warunkiem wstępnym zaś efektywnego działania doktryny precedensu – w ocenie S. Enga – ma być posiadanie przez sędziów wiedzy w przedmiocie mających ich wiązać orzeczeń sądowych, co presuponuje konieczność publikacji takich orzeczeń w odpowiednich zbiorach. Zresztą by orzeczenia sądowe mogły mieć status precedensu [sądowego], to nie tylko członkowie samej judykatury, ale i członkowie społeczeństwa powinni zdaniem tego autora dysponować wiedzą na ich temat [mieć zapewnioną możliwość dostępu do ich treści]⁴⁰.

Choć postulat, zgodnie z którym obywatele powinni mieć zagwarantowaną możliwość uprzedniego zapoznania się z mogącym znaleźć zastosowanie w ich przypadku precedensowym prawem, wydaje się jak najbardziej słuszny, to jednak trudno w pełni zgodzić się z przytoczonym wyżej wyjaśnieniem takiego właśnie, a nie innego kształtu norweskiej *stare decisis*. Czemuż bowiem mielibyśmy nie przyjąć, że wyroki Sądu Najwyższego są w Norwegii dlatego wszystkie ujmowane w zbiorach orzeczeń, iż tylko one stanowią źródło prawa, natomiast orzeczenia sądów apelacyjnych zamieszczano w takich zbiorach jedynie w części, ponieważ wiążące nie są i w związku z tym muszą wyróżniać się czymś nadzwyczajnym (przekonującym uzasadnieniem, poruszeniem nowo powstałej kwestii prawnej), by nadawać się na argument, jaki można podnieść w trakcie rozstrzygania spraw sądowych. Przy takim zaś założeniu kierunek oddziaływania byłby dokładnie odwrotny od kierunku, jaki został wskazany w powyższym akapicie⁴¹. Stąd wydaje się, że przyczynę „połowicznego” charakteru norweskiej

40 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 293–297, 311; S. Eng, *Precedent...*, s. 194. Co do szczegółów w kwestii dostępu do dotychczas wydanych orzeczeń sądowych w Norwegii zob. pkt. 5.3. niniejszego rozdziału tego opracowania.

41 Z podobnych względów za nieprzekonywującą należałoby też uznać inną jeszcze próbę wyjaśnienia okrojonego charakteru norweskiej *stare decisis*, jaką S. Eng zamieścił w podsumowaniu do swojego opracowania. Tym razem autor ten zdaje się bowiem stawiać hipotezę, iż im bardziej szczegółowe i precyzyjne są reguły z zakresu doktryny precedensu dotyczące orzeczeń sądów niższych instancji, tym większe jest poczucie, iż orzecznictwo tych sądów ma charakter wiążący. W efekcie różnice, jakie zachodzą pod względem pierwszej z tych zmiennych między doktryną precedensu, jaka panuje w Anglii, i doktryną precedensu, jaka występuje w Norwegii, miałyby wyjaśniać – w domyśle – inny w przypadku każdej

stare decisis należałoby upatrywać nie tyle w fakcie umieszczenia, lub nie, poszczególnych wyroków norweskich sądów w zbiorach orzeczeń, ale w czynnikach innego rodzaju. To znaczy, że decydujące mogło być tu na przykład to, że w Sądzie Najwyższym z zasady powinny zasiadać osoby z najdłuższym stażem zawodowym oraz najlepszą wiedzą prawniczą, a przez to też mające największy autorytet i najlepiej w środowisku sędziowskim przygotowane do tworzenia sądowego prawa; albo to, iż dzięki temu, że sądy apelacyjne wiążących precedensów ustanawiać nie mogą, liczba takich precedensów jest mniejsza, w konsekwencji też czego system prawny jest bardziej przejrzysty, a praca zarówno doradców prawnych, jak i sędziów, którzy mają mniej materiału do wyszukania i analizowania, łatwiejsza.

Za zasugerowanym przez S. Enga kierunkiem mogą natomiast w jakiś sposób przemawiać okoliczności, w jakich doszło do narodzin doktryny wiążącego precedensu w Anglii. W tym ostatnim kraju to właśnie bowiem fakt pojawienia się zbiorów orzeczeń miał przyczynić się do rozpoczęcia postrzegania dotychczas zapadłych wyroków sądowych w kategoriach źródła tudzież dowodu obowiązującego prawa⁴².

2.6. Pozostałe kraje nordyckie

Na marginesie warto również zaznaczyć, iż występująca w niej zasada *stare decisis* czyni Norwegię wyjątkową nie tylko na tle systemu prawnego typu *common law* i *civil law*, lecz również w zestawieniu z pozostałymi z państw nordyckich. W żadnym z nich nie uświadczy się dzisiaj bowiem instytucji prawnie wiążącego precedensu sądowego.

W Szwecji szczególnie doniosłe było tutaj wystąpienie w 1947 r. Justitieombudsmana [przedstawiciel szwedzkiego parlamentu w sprawach sądownictwa i administracji publicznej] z rocznym sprawozdaniem zawierającym krytykę sądu niższej instancji z powodu, iż ten nie zastosował się do zapatrywań prawnych szwedzkiego Sądu Najwyższego wyrażonych na dodatek jeszcze *in pleno*. W odpowiedzi na to sprawozdanie jedna z komisji parlamentarnych kategorycznie odmówiła słuszności stanowisku prezentowanemu przez Justitieombudsmana, negując tym samym istnienie w Szwecji prawnie wiążących precedensów sądowych. Dokładnie członkowie tej komisji oświadczyli, że tylko waga powodów (argumentów) podanych przez

z tych doktryn zakres podmiotowy zasady *stare decisis* (zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 319). Tutaj jeszcze bardziej prawdopodobnym wydaje się mianowicie to, że to właśnie poczucie bycia związanym, czy to po stronie sędziów zasiadających w sądach niższej instancji, czy też w samych sądach apelacyjnych, orzeczeniami pochodzącymi od sądów apelacyjnych zrodziło potrzebę wypracowania szczegółowych reguł pozwalających ustalić, na czym takie związanie dokładnie polega tudzież w jakich okolicznościach można zrobić od niego wyjątek. Tym samym też kierunek potencjalnego oddziaływania byłby tu dokładnie odwrotny od tego, co sugeruje S. Eng.

42 Odnośnie do narodzin anglosaskiej doktryny precedensu zob.: R. Cross, *op. cit.*, s. 19–21; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 24–26; L. Alexander i E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 28–29; G. Marshall, *op. cit.*, s. 510; J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 23, 45–46; S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 62, 65; N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 17–18, 25, 31–57; Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 321; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, Warszawa 2005, s. 257–258; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 19–23.

szwedzki Sąd Najwyższy na uzasadnienie jego wyroków powinna mieć znaczenie dla wpływu, jaki ten sąd ma na stosowanie prawa w szwedzkich sądach niższych instancji.

Kwestia ta została później skonsultowana za szwedzkim środowiskiem akademickim specjalizującym się w prawie procesowym, które co do zasady miało potwierdzić zasadność tezy, iż każdy sędzia powinien dojść do swojej decyzji samodzielnie. Stwierdzono tu na przykład, że takie stanowisko jest nie tylko tym właściwym, ale ponadto jedynym zgodnym z obowiązującym ówczesnie prawem stanowionym zawierającym ogólne wytyczne dla sędziów (tzw. Domareregler na sięgająca jeszcze XVI w.), tudzież wskazywano, że gdyby rację miał Justitieombudsman, to wówczas uzasadnienia sądowe pochodzące od szwedzkiego Sądu Najwyższego musiałyby być o wiele bardziej wyczerpujące, aniżeli były dotychczas. Nie wszyscy jednak z tezą ww. komisji parlamentarnej, przynajmniej w jej dosłownym brzmieniu, mogli się zgodzić – a mianowicie z uwagi na to, iż szwedzki Sąd Najwyższy ograniczał się wtedy często tylko do oceny faktów, jakie są istotne dla rozpoznania zawisłej przed nim sprawy, pozostawiając powody (argumenty), które przemawiały za takim, a nie innym rozstrzygnięciem tej sprawy niejasnymi. Ponadto podniesiono tutaj również, iż w praktyce szwedzcy sędziowie stosują się do orzeczeń tutejszego Sądu Najwyższego (zawartych w nich poglądów) właśnie dlatego, iż orzeczenia te pochodzą od tego sądu. Przy tym ma to miejsce także wtedy, gdy sami ci sędziowie rozstrzygnęliby daną sprawę w sposób odmienny, i tylko bardzo ważne względy mogą ich skłonić do tego, by wdać się w rozważania w przedmiocie powodów (argumentów) podanych przez szwedzki Sąd Najwyższy w celu niezastosowania się do zapatrywań prawnych przejawianych przez ten sąd. Za brakiem związania w tych relacjach o charakterze prawnym, w tym również w stosunku do wyroków wydanych przez szwedzki Sąd Najwyższy *in pleno*, został natomiast podniesiony argument, iż dzięki temu sąd ten będzie miał więcej okazji do ponownej oceny zasadności uprzednio podjętych przez siebie decyzji, który to stan uznawano za pożądany⁴³.

Obecnie, jak się wskazuje, orzeczenia szwedzkiego Sądu Najwyższego są w praktyce w znacznym stopniu przestrzegane. Jak podają G. Bergholtz i A. Peczenik, rzeczywisty wpływ dorobku orzecznictwa sądowego na adiudykację ma być w Szwecji nawet większy aniżeli w samej Wielkiej Brytanii. Powodem takiego stanu rzeczy ma być przy tym niewystępowanie w tej pierwszej – odmiennie niż ma to miejsce w tej drugiej – reguły mówiących o tym, kiedy sędzia nie jest związany precedensowym wyrokiem. Poza tym warto mieć na uwadze, iż na tle Szwecji można się też natknąć na wypowiedzi, iż na sądach niższej instancji spoczywa obowiązek stosowania się do precedensów sądowych (za wyjątkiem tych ustanowionych *per incuriam*). Takie bowiem podejście, niewątpliwie, niwelowałoby podstawową różnicę między szwedzkim a norweskim spojrzeniem na rolę, jaką mają odgrywać dotychczas zapadłe orzeczenia sądowe w procesie wykładni i stosowania prawa⁴⁴.

43 Zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 58–59, 77–78; G. Bergholtz i A. Peczenik, *op. cit.*, s. 300; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 281.

44 Zob. G. Bergholtz i A. Peczenik, *op. cit.*, s. 293, 300; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 272, 280–281; P.H. Lindblom, *op. cit.*, s. 328.

Jeśli chodzi o Danię, to również tutaj nie funkcjonuje doktryna wiążącego precedensu, chociaż zdarzały się w tym państwie takie sytuacje, z których wynikało, że sąd pierwszej instancji uważał się za zobligowany do przestrzegania orzeczeń pochodzących od sądów nad nim położonych. Podnosi się nawet, że być może sędziowie są tu bardziej skorzy do przestrzegania precedensów sądowych niż ich brytyjscy koledzy, ponieważ czują się oni mniej odpowiedzialni za rozwój prawa. Przy tym orzecznictwo sądowe ma być w Danii niezmiernie istotne z powodu braku wystarczającego stopnia skodyfikowania prawa, zwłaszcza prywatnego, i pozostawienia w gestii judykatury konieczności eksplikowania wielu ogólnych pojęć prawnych⁴⁵. Stosunek do dotychczas wydanych orzeczeń sądowych nie zawsze był jednak u Duńczyków aż tak przychylny. W 1672 r. wyrażono tutaj na przykład pogląd, że precedens sądowy prawa nie tworzy, a w latach 1690–1771 obowiązywał nawet oficjalny zakaz powoływania się w postępowaniu przed sądem na treści zapadłych wcześniej wyroków sądowych⁴⁶.

Także w Finlandii orzeczenia sądów najwyższych instancji, tj. tamtejszego Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, choć nie są prawnie wiążące, są darzone dużym szacunkiem i w praktyce w wysokim stopniu respektowane⁴⁷.

Niemalże identycznie wygląda to też w Islandii, gdzie dotychczas wydane przez Sąd Najwyższy wyroki, mimo iż nie posiadają oficjalnie mocy prawnie wiążącej, mają duże znaczenie podczas rozstrzygania spraw sądowych. Przy tym orzecznictwo sądowe ma odgrywać w tym kraju szczególnie istotną rolę w tych wszystkich dziedzinach, w których prawo ustawowe nie istnieje lub nie jest jeszcze dostatecznie rozwinięte, jak jest np. w przypadku tutejszego prawa deliktów⁴⁸. Co jednak znamienne, dawniej, bo w czasach sięgających aż do epoki średniowiecza, w Islandii funkcjonowała instytucja prawnie wiążącego precedensu sądowego lub coś do niej bardzo zbliżonego. Niedługo bowiem po tym, jak na „wyspie lodu i ognia” przyjęto kodeks znany powszechnie pod nazwą „Jónsbók” (XIII w.), pełniący wówczas funkcję Sądu Najwyższego islandzki parlament, tzw. Alþingi, zaczął dokonywać prawnie wiążącej wykładni obowiązującego prawa (rozstrzygać ogólne kwestie prawne). Usuwał on w ten sposób przede wszystkim luki i wątpliwości w interpretacji zapisów Jónsbóka, wydając w tym celu jednak

Dawniej (1803 r.) można się tu było jednak natknąć na wypowiedzi w stylu, iż praktyka sądowa powinna się opierać na prawie pisanym, a nie bazować na „okazjonalnych” wyrokach sądowych [z przeszłości] – zob. A. Peczenik, *op. cit.*, s. 280.

45 Zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 55, 66–67, 78–79; P.S. Lauridsen, *op. cit.*, s. 18–19; J. Lookofsky, *op. cit.*, s. 1–3, 5, 6–7; R.H. Wandall, *op. cit.*, pkt. 4.2. (Precedents).

46 Zob. L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 32–33; P.S. Lauridsen, *op. cit.*, s. 19; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 280.

Notabene z racji iż Norwegia była od 1380 r. powiązana z Danią unią personalną, ustanowiony w 1690 r. zakaz przytaczania orzeczeń sądowych jako argumentu w postępowaniu sądowym objął również norweskich pełnomocników procesowych. Dotychczasowa utrwalona praktyka była przez nich jednak, mimo świadomości, iż jest ona zabroniona, kontynuowana – zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, s. 112 oraz L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173.

47 Zob. A. Aarnio, *Precedent...*, s. 85–87, 88–89, 96–97.

48 Zob. R. Tryggvadóttir i T. Ingadóttir, *op. cit.*, pkt. 3.4. (Precedents).

nie ustawy, lecz tak jak w sprawach indywidualnych wyroki (isl. *dómar*). Przy tym wyroki te (zawarte w nich wytyczne) musiały być następnie w innych sądach powielane (przestrzegane). Do przeprowadzania w ten sposób wiążącej wykładni prawa Alþingi nie potrzebował też wcale, aby zawisł przed nim jakiś spór sądowy, który wymagałby rozwiania poszczególnych wątpliwości tudzież wypełnienia danej luki. Co więcej, poza nim samym dokonywać wiążącej wykładni postanowień obowiązującego prawa (rozstrzygać ogólne kwestie prawne) zdarzało się również islandzkim sądom niższej instancji. Ich wyroki były wtedy wiążące lokalnie, a po uzyskaniu aprobaty ze strony Alþingi – a czasem najprawdopodobniej i bez tego – ich terytorialny zakres obowiązywania rozciągał się na cały kraj. Stan taki miał się przy tym utrzymywać w Islandii do schyłku XVII w. (w 1700 r. dostosowano jeszcze w ten sposób do nowego kalendarza gregoriańskiego takie ważne dla ówczesnych Islandczyków daty jak początek zimy i lata oraz okres sianokosów i sezonu rybackiego)⁴⁹.

3. Zakres przedmiotowy norweskiej zasady związania precedensem sądowym

3.1. Istota zagadnienia

Wiedząc już, jaki jest zakres podmiotowy norweskiej zasady *stare decisis*, a więc to, jaki sąd zobowiązany jest w Norwegii do przestrzegania orzeczeń jakiego sądu, należy przyjrzeć się kwestii równie istotnej, jeśli nie nawet istotniejszej, a mianowicie temu, co dokładnie jest tutaj wiążące – tj. udzielić odpowiedzi na pytanie, czy tym czymś jest sentencja wyroku, jakiś fragment sądowego uzasadnienia tudzież coś jeszcze innego.

W doktrynie anglosaskiej wypracowano w tym względzie szereg konkurencyjnych, a w dodatku niekiedy dość skomplikowanych koncepcji, jakie w efekcie zaowocowały powstaniem różnych ujęć (modeli) sądowego precedensu. Wśród nich możemy znaleźć ideę precedensowych reguł (tzw. *rationes decidendi*), ujęcie oparte na wyniku ważenia argumentów, jakie można było podnieść za i przeciw rozstrzygnięciu zawartemu w precedensowym wyroku, tudzież model z ogólnych zasad, model z „przyczyn”, model z toku rozumowania czy model z analogii. Ponadto na gruncie anglosaskim są formułowane tu również jeszcze bardziej wysublimowane propozycje, jak np. teoria sędziego Herkulesa wysunięta przez Ronalda Dworkina czy też tzw. metoda doktora Goodharta⁵⁰. Norwe-

49 Zob. L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 99–100 oraz G. Karlsson, *The History of Iceland*, London 2000, s. 89–90, 91, 153.

50 Na temat teorii R. Dworkina, w tym jej krytyki, zob. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978, s. 110–123; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 89–98; C.W. Maris, *Milking the Meter*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 81–84; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 121–124. Por. tu też J. White, *Analogical reasoning*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden 1996, s. 586–587, 588, 589. W przedmiocie zaś metody dr. Goodharta, w tym uwag krytycznych pod jej adresem, zob. zwłaszcza: A.L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, „Yale Law Journal” nr 2/1930, s. 169–183; R. Cross, *op. cit.*, s. 67–76; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 63–71; N. Duxbury, *op.*

skie rozwiązania wydają się być tu zbliżone do anglosaskich, chociaż nie sposób im też odmówić pewnych cech specyficznych.

3.2. *Ratio decidendi* (model precedensu sądowego z regułą)

Jednym z najbardziej popularnych ujęć istoty sądowego precedensu jest bez wątpienia propozycja sprowadzenia decyzji sądowej do ogólnej reguły przypominającej swoją postacią przepis albo regułę (normę) prawa stanowionego. Operując językiem polskiej teorii prawa, byłyby to norma generalno-abstrakcyjna lub generalno-konkretna składająca się z elementu hipotezy i dyspozycji, ewentualnie jeszcze sankcji, albo wypowiedź, z której taką normę dałoby się zbudować. Dodatkowo, aby precedens sądowy mógł wiązać w sposób skuteczny, tak pojmowana reguła precedensu, użyte w niej zwroty i słowa, powinna być w dostatecznym stopniu dookreślona. W szczególności powinna ona umożliwiać podjęcie decyzji co do jej zastosowania w danym przypadku bez konieczności prowadzenia wnikliwych rozważań odnośnie do celów/wartości, jakie ona realizuje/chroni, jak również nie pozostawiać znacznej ilości luzu decyzyjnego przy określaniu skutków prawnych, jakie ona przepisuje. Taka też właśnie, najlepiej precyzyjna i jasna, ogólna reguła (norma), jaka nadaje się na podstawę wydanego w precedensowej sprawie rozstrzygnięcia, jest w prawie precedensowym zwyczajowo nazywana *ratio decidendi* (w skrócie *ratio*)⁵¹. Sama zaś koncepcja ujmująca fenomen związania precedensem sądowym za pośrednictwem tego rodzaju reguły (normy) nosi miano *the rule model*⁵².

cit., s. 80–87; S. Hanson, *op. cit.*, s. 68, 70; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 50–52; G. Marshall, *op. cit.*, s. 511; D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 158–159; D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 84; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 106–109.

51 Inne spotykane na gruncie anglosaskim określenia dla reguły precedensu sądowego to *ruling* lub ewentualnie *holding*, z tym że tym ostatnim posługuje się głównie w Stanach Zjednoczonych i co do zasady oznacza ono coś innego niż ogólną regułę lub samą taką regułę – zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 65; G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec>, s. 7 [dostęp: 05.08.2019]; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 37; C.R. Sunstein, *op. cit.*, s. 71; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 383; G. Marshall, *op. cit.*, s. 513; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 46; J.M. Broekman, *Analogy in the Law*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 231; W. Huhn, *op. cit.*, s. 115.

52 W przedmiocie szczegółowych rozważań poświęconych koncepcji zwanej *the rule model* zob.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 65–98; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 40–63; L. Alexander, *op. cit.*, s. 506–507; G. Lamond, *op. cit.*, s. 6–8; R. Cross, *op. cit.*, s. 35–101; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 101–102; D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 145, 152–161; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski i A.R. Miguel, *Rationales for Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 497; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 383–384, 386–387; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 322; G. Marshall, *op. cit.*, s. 506–507, 510–515; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 183–184; D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 82–86; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 8–9, 39, 41–50; R. Dworkin, *op. cit.*, s. 110–111. Odnośnie do dyskusji na temat tego, dlaczego ze wszystkich możliwych ujęć istoty precedensu sądowego to właśnie koncepcja *the rule model* miałyby być najbardziej właściwym z tych ujęć, zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 97–98; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 146–152; D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 73–83, 97–99; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 42–50; L. Alexander, *op. cit.*, s. 510.

Choć też koncepcja ta wydaje się z pozoru prosta, w praktyce sposób wyłaniania ogólnej reguły (*ratio decidendi*) z wydanego w indywidualnej sprawie wyroku nie jest wcale oczywisty. Godnymi rozważenia są tu przede wszystkim trzy następujące warianty.

Po pierwsze *ratio decidendi* można próbować odszukać w treści uzasadnienia dołączonego do orzeczenia stanowiącego precedens sądowy. Sędzia, zwłaszcza taki, który ma świadomość tego, że jego wyrok będzie wiązał innych sędziów w przyszłości, może mianowicie sam podać ogólną regułę, jaka nadaje się na podstawie wydawanego przez niego w przedłożonej mu do rozpoznania sprawie rozstrzygnięcia. Ewentualnie taki sędzia może też w taki sposób uzasadnić swoją decyzję, iż mimo że wprost nie wskazał on reguły mogącej stanowić *ratio decidendi*, to bez jakichkolwiek problemów można taką regułę z jego wypowiedzi odtworzyć. Z sytuacją taką będziemy mieć do czynienia, ilekroć z samego już zestawienia zwrotów i pojęć użytych w sądowym uzasadnieniu i/lub toku przeprowadzonej w nim argumentacji będzie jednoznacznie wynikać, jaka ogólna reguła, z perspektywy osoby rozpoznającej precedensową sprawę, stanowiła podstawę obranego w tej sprawie rozwiązania. Ponieważ też *ratio decidendi* jest tutaj tak jakby wyrażone „bezpośrednio” w sensie, iż nie ma miejsca dla rozważań nad jego kształtem, można klasyfikować je jako tzw. *ratio* wyraźne. Precedensowy sędzia posiada zaś w takim układzie status bardzo zbliżony do ustawodawcy. Jego kompetencje prawotwórcze – poza wymogiem, aby reguła będąca *ratio decidendi* obejmowała swoją hipotezą stan faktyczny, jaki miał miejsce w precedensowej sprawie – zdają się być bowiem niczym nieograniczone.

Po drugie, zwłaszcza wówczas, gdy ustanawiający precedens sędzia sam nie przedstawi żadnej ogólnej reguły, jaka mogłaby stanowić *ratio*, ani nie da się takiej reguły w jakiś jednoznaczny sposób z podanego przez niego uzasadnienia do jego wyroku „odtworzyć”, można spróbować skonstruować *ratio* na podstawie wyniku (sposobu rozstrzygnięcia) i opis okoliczności faktycznych precedensowej sprawy. W tym celu przydatne mogą się okazać również argumenty, teorie i wartości przytoczone na uzasadnienie precedensowego wyroku. Co trzeba tu jednak podkreślić, tak budowane *ratio decidendi*, przez wzgląd na konieczność dokonania generalizacji, niezależnie od zamiarów jego konstruktora będzie zawsze musiało „wykraczać” poza stan faktyczny sprawy, w jakiej ustanowiono precedens sądowy. W przeciwnym bowiem razie nie mogłoby ono przybrać postaci ogólnej reguły zdolnej do objęcia swoim zakresem innych jeszcze stanów faktycznych aniżeli ten, jaki towarzyszył wydaniu precedensowego wyroku. Jest tak z powodu, iż w życiu nie ma spraw „w pełni” ze sobą identycznych, przez co reguła oddająca we wszystkich szczegółach, zarówno tych pozytywnych (co do okoliczności, które w tej sprawie wystąpiły), jak i negatywnych (co do okoliczności, których w tej sprawie brak), aspekt faktyczny precedensowej sprawy przystawałaby wyłącznie do tej sprawy, nie znajdując już zastosowania w innych sprawach, jakie rozpoznawane będą po niej w przyszłości. Chociaż celem powinno być tutaj pozyskanie takiego kształtu reguły mającej stanowić *ratio decidendi*, jaki ustanawiający precedens sędzia miał w swoim zamysle, trudno wykluczyć również, że pewną rolę w procesie wyłaniania tej reguły będą odgrywać oceny i poglądy osoby, której przypadnie rola jej konstruktora. Ponieważ

też reguła precedensu sądowego nie jest tu wyrażona bezpośrednio w treści precedensowego orzeczenia, lecz trzeba się jej dopiero domyślać, mówi się o niej jako o tzw. *ratio* dorozumianym.

Po trzecie możliwe są także rozwiązania pośrednie. Za punkt wyjścia można bowiem obrać *ratio* wyraźne, by następnie dokonać w nim jakichś modyfikacji – w szczególności drogą jego interpretacji (tudzież „reinterpretacji”) w świetle okoliczności faktycznych, jakie charakteryzują precedensową sprawę, oraz argumentów, jakie faktycznie rozważono lub jakie powinny być wzięte pod uwagę podczas wydawania precedensowego wyroku. W tym ostatnim ujęciu *ratio* stanowi więc już nie reguła podana przez ustanawiającego precedens sędziego lub istniejąca w zamyśle takiego sędziego, lecz reguła będąca wynikiem godzenia woli takiego sędziego z różnymi czynnikami, jakie w danej kulturze prawnej są uznawane za istotne. Bez wątpienia jakiś udział w kształtowaniu reguły precedensu sądowego mogą mieć tu też oceny i wartości, jakim hołduje osoba, która dokonuje jej interpretacji („reinterpretacji”). Same zaś prawodawcze możliwości precedensowego sędziego będą tutaj o wiele mniejsze niż w wariantcie pierwszym, jednak nie z racji jego milczenia, jak było to w wariantcie drugim, lecz ograniczeń narzuconych mu z zewnątrz. Uzyskaną takim sposobem postać *ratio* można by przy tym nazwać *ratio* wyraźnym (czy dorozumianym) kwalifikowanym.

Wszystkie trzy przedstawione wyżej sposoby określania tego, co ma stanowić regułę precedensu sądowego, wydają się występować w Królestwie Norwegii⁵³. To samo dotyczy zresztą Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych⁵⁴. W krajach należących do rodziny *civil law* – przy ustalaniu tego, co ma mieć znaczenie dla rozstrzygania innych spraw sądowych – będzie natomiast dominować na ogół sposób pierwszy. We Francji jednak, z racji iż tu tejsze uzasadnienia sądowe są często lakoniczne i na wskroś dedukcyjne, będziemy mieć do czynienia również ze sposobem drugim⁵⁵. Jakichś oznak tego sposobu można by się też próbować doszukiwać we Włoszech⁵⁶.

W odniesieniu do Norwegii trzeba ponadto zaznaczyć, iż z dorozumianą postacią *ratio decidendi* wiążą się w niej pewne swoistości, świadczące o specyfice norweskiej doktryny precedensu nie tylko na tle krajów z kręgu *civil law*, ale i na tle krajów z obszaru *common law*. Tak po pierwsze norwescy sędziowie zdają się rzadziej aniżeli ich anglosascy koledzy podejmować

53 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 207, 208; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 278–279, 284; S. Eng, *Analysis of Dis/Agreement – with particular reference to Law and Legal Theory*, Dordrecht 2003, s. 502–503.

54 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 64–98; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 40–63; G. Lamond, *op. cit.*, s. 6–8; L. Alexander, *op. cit.*, s. 506–507, 510–511; R. Cross, *op. cit.*, s. 35–101; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 101–102; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 145, 152–161; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski i A.R. Miguel, *Rationales for Precedent, [w:] Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 497; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 383–384, 386–387; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 322; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 152–161; G. Marshall, *op. cit.*, s. 506–507, 510–515; J. Raz, *op. cit.*, s. 183–184; D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 82–86; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 8–9, 39, 41–50; R. Dworkin, *op. cit.*, s. 110–111.

55 Zob. M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 129–130.

56 Zob. M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 167.

się budowania dorozumianej reguły precedensu sądowego. Przyczyn takiego stanu rzeczy upatruje się przy tym w „małomówności” członków norweskiej judykatury, którzy, gdy chodzi o sformułowania bardziej ogólne, preferują wypowiadać się tak mało, jak jest to tylko możliwe na temat sposobu, w jaki rozumują⁵⁷. Po drugie w Norwegii *ratio* dorozumiane konstruuje się nieraz nie dla jednej z precedensowych spraw, lecz dla większej liczby takich spraw, gdy tylko jest ono w stanie wyjaśnić to, jak te sprawy zostały rozpoznane⁵⁸. Po trzecie systematyzacją i grupowaniem precedensów sądowych (dotyczących tego samego zagadnienia lub przejawiających pewien trend) zajmują się tu głównie przedstawiciele norweskiej nauki prawa i dopiero to ich sugestie są później „potwierdzone” przez judykaturę. Przy tym to ostatnie, odbywa się albo przez poczynienie odwołania do zawartości konkretnych opracowań doktrynalnych, albo na skutek odniesienia się do grupy spraw, jakie uprzednio zostały przez akademików w pewien sposób ze sobą powiązane⁵⁹. Notabene te dwie ostatnie okoliczności zdają się zbliżać Norwegię do Francji⁶⁰.

3.3. Analogia

3.3.1. Model precedensu sądowego z analogii

Drugim obok *the rule model* podstawowym sposobem wyznaczania zakresu przedmiotowego związania precedensem sądowym jest metoda bazująca na analogii. W myśl jej założeń alternatywę dla idei reguły precedensu sądowego (*ratio decidendi*) ma stanowić nakaz spojrzenia na to, co wydarzyło się w sprawie aktualnie rozstrzyganej, przez pryzmat tego, czego dotyczyła sprawa precedensowa. Dokładniej natomiast chodzi tu o ustalenie tego, czy wspomniane sprawy są do siebie podobne. Przy tym odpowiedź pozytywna równoznaczna jest z tym, że w sprawie obecnie rozpatrywanej precedens znajduje swoje zastosowanie, tzn. należy orzec w tej sprawie na rzecz tej strony, która stanowi odpowiednik strony wygrywającej ze sprawy precedensowej. Odpowiedź zaś negatywna równa się temu, iż precedens w sprawie aktualnie rozpoznawanej nie musi znaleźć zastosowania i w związku z tym – przynajmniej rozumując *per analogiam* – nie stanowi on podstawy dla jej rozstrzygnięcia. Ponieważ jednak między każdymi dwoma dowolnie wybranymi stanami faktycznymi (sprawami) można doszukać się jakichś podobieństw, *ergo* nie ma takich dwóch stanów faktycznych (spraw), które nie byłyby do siebie pod jakimś względem

57 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 284. W kwestii małomówności norweskich sędziów zob. pkt. 1.2. niniejszego rozdziału tego opracowania.

58 S. Eng, *Precedent...*, s. 208; S. Eng, *Analysis...*, s. 506, 507–509.

W takiej tendencji można by się też dopatrywać jakiegoś ukłonu w kierunku teorii sformułowanej, na gruncie systemu prawnego typu *common law*, przez R. Dworkina. W pewnym uproszczeniu zgodnie z propozycją tego filozofa prawa sędziowie powinni rozpoznawać przedłożone im sprawy na podstawie zasad prawnych, które w racjonalny sposób uzasadniają i godzą na tyle, na ile to możliwe dotychczas ustanowione precedensy sądowe i będące w mocy postanowienia prawa stanowionego (zob. przypis nr 101 w niniejszym rozdziale tego opracowania).

Na temat procesu wyłaniania drogą rekonstrukcji (redefinicji) *ratio* dorozumianego o optymalnym charakterze zob. S. Eng, *Analysis...*, s. 503–509.

59 S. Eng, *Precedent...*, s. 209. Zob. też T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 270–272.

60 Zob. M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 129–130.

podobne⁶¹, przyjmuje się, że nie wystarczy tutaj wystąpienie jakiego bądź podobieństwa⁶², ale konieczne jest zachodzenie podobieństwa o charakterze istotnym (relewantnym, wystarczającym). Innymi słowy porównywane ze sobą stany faktyczne (sprawy) mają się odznaczać tu takim podobieństwem, aby uzasadniało ono z punktu widzenia prawa ich jednakowe (lub zbliżone do siebie) potraktowanie.

Zasadniczo wydaje się przy tym, że na tle doktryny precedensu można wyróżnić dwa ujęcia stosowania precedensów sądowych drogą tak rozumianej analogii, tj. „faktualne” i „racjonalne”.

W pierwszym, „faktualnym” ujęciu analogii, o wystąpieniu istotnego (relewantnego, wystarczającego) podobieństwa pomiędzy sprawą precedensową a sprawą aktualnie rozpoznawaną decyduje podobieństwo, które tkwi w samych faktach tych spraw, tudzież ludzka intuicja, rozum albo emocje. Ewentualnie o zaistnieniu takiego podobieństwa w tym ujęciu analogii może przesądzać jeszcze wynik (rezultat), jaki jest pożądanym w sprawie obecnie rozpatrywanej lub też uwarunkowana tradycją prawną wyobraźnia. Przy tym dla prawidłowości stawianych tu wniosków szczególnie istotna może okazać się wiedza i doświadczenie osoby rozumującej *per analogiam*.

W drugim natomiast ujęciu analogii, jakie można by zwać „racjonalnym”, decydujące są tzw. precedensowe racje, a więc to, co uzasadniało rozstrzygnięcie sprawy precedensowej w taki, a nie inny sposób, oraz obecność w sprawie aktualnie rozpoznawanej takich samych lub podobnych faktów jak fakty sprawy precedensowej, które w świetle takich racji są relewantne. Przy tym „precedensowe racje” mogą być tutaj wprost wyrażone w treści uzasadnienia precedensowego wyroku bądź dawać się sformułować/wywnioskować na jakiejś innej podstawie, w tym w oparciu o wiedzę o życiu czy cele i wartości, jakie są realizowane i chronione w danym systemie prawa.

W rezultacie w „faktualnym” ujęciu analogii etapy rozumowania *per analogiam* można by zobrazować za pomocą następującej sekwencji:

61 Odnośnie do dowodów (z jednakową odległością od planet i brakiem losia, dwóch losi, trzech losi itd. *ad infinitum* w porównywanych sprawach) na to, że jest tak w rzeczywistości, zob. S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, „Harvard Law Review” nr 5/1996, s. 932 przypis nr 19; K.J. Holyoak i P. Thagard, *Mental Leaps. Analogy in Creative Thought*, Cambridge 1996, s. 22; M. Koszowski, *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: dwa ujęcia analogii*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Sectio G IUS” nr 2/2014, s. 66 przypis nr 9; M. Koszowski, *Analogical Reasoning in Law*, Newcastle upon Tyne 2019, s. 26.

62 Na temat rodzajów możliwego podobieństwa pomiędzy poszczególnymi stanami faktycznymi takich jak: podobieństwo „kategorialne”, podobieństwo atrybutów (właściwości) czy podobieństwo relacji oraz podobieństwo związków przyczynowych zob. M. Koszowski, *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: dwa ujęcia analogii...*, s. 67 przypis nr 12 i M. Koszowski, *Analogical...*, s. 28–30; por. też: K.J. Holyoak i P. Thagard, *Mental Leaps. Analogy in Creative Thought*, Cambridge 1996, s. 22–34; D. Hunter, *Teaching and Using Analogy in Law*, „Journal of the Association of Legal Writing Directors” t. 2, s. 159–166; L.L. Weinreb, *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005, s. 128–130; J.S. Mill, *System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej. Tom II*, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 1962, s. 117–118.

1. Odtworzenie na podstawie jego opisu podanego w uzasadnieniu precedensowego wyroku stanu faktycznego, jaki wystąpił w sprawie precedensowej, oraz, w oparciu o twierdzenie stron, wyniki postępowania dowodowego i obowiązujące reguły dowodowe stanu faktycznego cechującego sprawę aktualnie rozpoznawaną.
2. Stwierdzenie, czy pomiędzy obydwoma wyżej wymienionymi stanami faktycznymi zachodzi, czy też nie, wystarczające (istotne, relewantne) podobieństwo: czy to tkwiące inherentnie/naturalnie w faktach porównywanych spraw, czy to biorące się z nakazów intuicji, rozumu lub emocji tudzież działającej w kontekście prawnej tradycji wyobraźni albo wynikające z rezultatu pożądanego w sprawie aktualnie rozpoznawanej.
3. W zależności od wyniku z pkt. 2 zastosowanie bądź odmowa zastosowania precedensu w sprawie aktualnie rozpoznawanej – przy czym to pierwsze będzie skutkować przypisaniem tej sprawie identycznych lub podobnych skutków prawnych do skutków prawnych, jakie orzeczono precedensowym wyrokiem.

W przypadku zaś „racjonalnego” ujęcia analogii rozumowanie *per analogiam* przebiegałoby w sposób następujący:

1. Odtworzenie na podstawie jego opisu podanego w uzasadnieniu precedensowego wyroku stanu faktycznego, jaki wystąpił w sprawie precedensowej, a w oparciu o twierdzenia stron, wyniki postępowania dowodowego i obowiązujących reguł dowodowe stanu faktycznego cechującego sprawę aktualnie rozpoznawaną.
2. Ustalenie, jakie „racje” („przyczyny”, powody, teorie, argumenty, cele, „polityki”) przemawiały za wydaniem precedensowego wyroku.
3. Określenie, które z całości kształtu okoliczności faktycznych sprawy precedensowej miały w świetle „racji” z pkt. 2 istotne znaczenie dla zapadłego w tej sprawie rozstrzygnięcia – a więc stanowiły tzw. fakty sprawcze *vel* prawnie istotne.
4. Ustalenie tego, czy w sprawie aktualnie rozpoznawanej są obecne te same lub podobne fakty co fakty uznane za istotne/sprawcze w przypadku okoliczności faktycznych sprawy precedensowej.
5. W zależności od wyniku z pkt. 4 zastosowanie lub odmowa zastosowania precedensu w sprawie aktualnie rozpoznawanej – przy czym to pierwsze będzie skutkowało przypisaniem tej sprawie identycznych lub podobnych (zwłaszcza ostrzejszych lub łagodniejszych) skutków prawnych do skutków prawnych, jakie orzeczono precedensowym wyrokiem.

Przy tym ustalanie podobieństwa faktów istotnych, o którym mowa w pkt. 4, oraz zaostrzenie/łagodzenie skutków prawnych przypisywanych sprawie aktualnie rozpoznawanej, o jakim mowa w pkt. 5, może się tu odbywać przez pryzmat „racji”, jakie przemawiały za wydaniem precedensowego wyroku, ewentualnie przy udziale intuicji, rozumu, emocji

tudzież rezultatu pożądanego w sprawie aktualnie rozpoznawanej albo uwarunkowanej tradycją prawną wyobraźni, a więc elementów, na jakich zasadza się „faktualne” ujęcie analogii. Co równie znamienne, w procesie sądowym dowodzone będą na ogół fakty istotne; one też powinny się znajdować w opisie stanu faktycznego precedensowej sprawy, jaki zawarty jest w uzasadnieniu pochodzącym od sędziego, który wydał precedensowy wyrok. Fakty irrelewantne dla sposobu, w jaki została rozpatrzona precedensowa sprawa – poza oznaczeniem stron i zwięzłym zarysem tego, co się w tej sprawie wydarzyło – będą bowiem przez tego sędziego w tym opisie na ogół pomijane⁶³.

Wśród teoretyków i filozofów prawa nie ma zgody co do tego, które z dwóch opisanych wyżej ujęć rozumowania *per analogiam* jest tym właściwym. Za najbardziej zagorzałego propagatora ujęcia „faktualnego” – osadzonego najprawdopodobniej na, mającej korzystać ze zgromadzonego u danej osoby doświadczenia i posiadanej przez taką osobę wiedzy, intuicji – wydaje się, że należałoby traktować L.L. Weinreba⁶⁴. Ponadto do zwolenników takiego lub bardzo do niego zbliżonego (odwołującego się do podobieństwa tkwiącego w samych faktach porównywanych spraw tudzież dyktowanego przez intuicję, rozum, emocje, pożądaný rezultat) postrzegania istoty analogii w prawie precedensowym powinni zostać też przypisani: R. Cross, G.C. Christie, E.H. Levi i R.J. Aldisert⁶⁵. Krytykami „faktualnego” ujęcia analogii,

63 Odnośnie do „faktualnego” i „racjonalnego” ujęcia analogii służącej do stosowania prawa precedensowego, w tym oprócz sposobu, za pomocą jakiego ustalane jest w tych ujęciach istotne podobieństwo, takich zagadnień i problemów jak: pośrednictwo ogólnej reguły w rozumowaniu przez podobieństwo, kwestia znajdowania potencjalnych analogii i zjawisko tzw. konkurencji analogii, zob. M. Koszowski, *Model precedensu z analogii*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” nr 2/2014, s. 46–65; M. Koszowski, *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: dwa ujęcia analogii...*, s. 61–87; M. Koszowski, *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: reguła, konkurencja, poszukiwanie i uzasadnienie dla korzystania z analogii*, „Studia Iuridica Lublinensia” nr 4/2015, s. 35–61. Zob. tu też M. Koszowski, *Analogical...*, s. 24–33, 49–133, 165–167, 169.

Na marginesie warto również zauważyć, iż teoretycznie możliwe są także dwa inne ujęcia rozumowania *per analogiam* w prawie precedensowym. Pierwsze z nich oparte jest na podobieństwie, jakie ma brać się z możliwości objęcia obu porównywanych spraw jakąś ogólną regułą/zasadą. Drugie natomiast zasadza się na proporcji zbudowanej według schematu: okoliczności faktyczne sprawy precedensowej mają się do skutków prawnych przypisanych tej sprawie w precedensowym wyroku tak, jak okoliczności faktyczne sprawy aktualnie rozpoznawanej mają się do jakichś wstępnie założonych dla niej skutków prawnych. Na temat tych dwóch dalszych propozycji, w tym powodów, dla których należy uznać je za nie do końca właściwe tudzież przydatne, zob. M. Koszowski, *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: dwa ujęcia analogii...*, s. 82–85; M. Koszowski, *Perelman and Olbrechts-Tyteca's Account of Analogy Applied to Law: the Proportional Model of Analogical Legal Reasoning*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” nr 2/2016, s. 5–13; M. Koszowski, *Analogical...*, s. 33–49, 163–165, 168.

64 Zob. L.L. Weinreb, *op. cit.*, zwłaszcza s. 12–13 oraz s. 77–103.

65 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 181–186; G.C. Christie, *Law, Norms & Authority*, London 1982, s. 68–70; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, s. 1–8; R.J. Aldisert, *Logic for Lawyers. A Guide to Clear Legal Thinking*, wyd. 3, 1997, s. 93–97. Również N. Bobbio, aczkolwiek odnosząc się bardziej do prawa stanowionego aniżeli prawa precedensowego, zdaje się dopuszczać możliwość przeprowadzenia wniosku drogą analogii przebiegającego według założeń modelu „faktualnego” (zob. P. Nerhot, *Legal Knowledge and Meaning (The Example of Legal Analogy)*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 188–191).

niezależenie od jego postaci, są natomiast niewątpliwe L. Alexander i E. Sherwin⁶⁶, a także *ipso facto* wymienieni poniżej zwolennicy ujęcia „racjonalnego” lub do niego pokrewnego.

Wśród zwolenników rozumowania *per analogiam* przebiegającego według takiej koncepcji, lub podobnej do niej, jaka została przedstawiona pod nazwą „racjonalnego” ujęcia analogii, należy wymienić przede wszystkim: S. Brewera, G. Lamonda, M.P. Goldinga, J. Raza, S.J. Burtona, Z. Bankowskiego, S. Hanson oraz J. Hage’a⁶⁷. Ponadto nie wypadaloby nie uczynić tu też wzmianki o takich postaciach jak: C.R. Sunstein i D. Hunter, którzy przynajmniej w jakimś stopniu skłaniają się ku założeniu takiego właśnie sposobu ujmowania istoty stosowania precedensów sądowych drogą analogii⁶⁸. Również D.N. MacCormick wydaje się mimochodem opowiadać za „racjonalnym” ujęciem analogii⁶⁹. Co więcej, nawet u zwolenników ujęcia „faktualnego”, jak choćby w przypadku wyżej wymienionego L.L. Weinreba i G.C. Christie, można się nieraz natknąć na wypowiedzi wskazujące na jakąś koncesję na rzecz idei „precedensowych racji”, jakie mają mieć wpływ na (nie) zachodzenie istotnego podobieństwa pomiędzy porównywanymi sprawami (stanami faktycznymi)⁷⁰.

Również w norweskiej doktrynie precedensu występuje bazujący na analogii sposób określenia wiążącej części sądowego precedensu⁷¹. Przy tym wydaje się on tu przybierać dwie z opisanych wyżej postaci – aczkolwiek nie da się ukryć tego, że z racji małomówności tutejszych sędziów zdaje się, że dominującym będzie się jawić tutaj to ujęcie analogii, jakie było zwane „faktualnym”.

Modelowi precedensu sądowego z analogii sprzyja w Norwegii mianowicie, a być może nawet często skazuje właśnie na niego, zwłaszcza to, że norwescy sędziowie na ogół unikają wypowiedzania się w zakresie wykraczającym poza to, co jest potrzebne do rozstrzygnięcia danego przypadku. To znaczy, że niejednokrotnie wyraźnie ograniczają się oni, w swej adiudykacyjnej roli, tylko do wydania wyroku w zastanym stanie faktycznym bez czynienia już jakichkolwiek sugestii odnośnie do tego, jakie decyzje podjęliby oni w innych sprawach mogących do nich trafić w przyszłości.

66 Zob. L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 68–76 i 87. Co do krytyki takiego ujęcia analogii zob. też: J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 16–17 i B. Brożek, *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007, s. 147; por. też W. Biegański, *Wnioskowanie z analogii*, Lwów 1909, s. 35–36.

67 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 203, 204; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 45–47, 102, 106, 109, 111; S. Brewer, *op. cit.*, s. 934, 962–963, 965–966 i 1027; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 97–115; G. Lamond, *op. cit.*, s. 20, 22–23; Z. Bankowski, *Analogical Reasoning and Legal Institutions*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 203–212 (choć autor ten w przypadku rozumowania z analogii wspomina też o zmyśle wyobraźni, jaka działa w kontekście prawnej tradycji); S. Hanson, *op. cit.*, s. 66; J. Hage, *Studies in Legal Logic*, Dordrecht 2005, s. 114. W zastosowaniach nieograniczonych do materii prawnych zwolennikiem takiego ujmowania analogii, jakie zostało w niniejszym opracowaniu określone mianem „racjonalnego”, jest przede wszystkim W. Biegański – zob. W. Biegański, *op. cit.*, s. 34, 36–37, 46–51.

68 Zob. C.R. Sunstein, *op. cit.*, s. 63, 64, 65, 68, 69, 71, 83–90 i D. Hunter, *op. cit.*, s. 165–166.

69 Zob. D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 191–192. Myśl przewodnią „racjonalnego” ujęcia analogii wydają się – w przypadku rozumowania *per analogiam* w ogólności, tj. nie ograniczając go do dziedziny prawa – dostrzegać także J.S. Mill oraz K.J. Holyoak i P. Thagard (zob. J.S. Mill, *op. cit.*, s. 117–119 i K.J. Holyoak i P. Thagard, *op. cit.*, s. 34–37, 38, 151).

70 Zob. L.L. Weinreb, *op. cit.*, s. 91–92, 130–131, 132, 133 i G.C. Christie, *op. cit.*, s. 69.

71 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 284, 287–288 i S. Eng, *Precedent...*, s. 207.

W związku też z tym sędziowie ci nie tylko nie podają wówczas żadnych propozycji odnośnie do tego, jak rozstrzygnęliby inne przypadki niż obecnie przez nich rozpoznawany, ale wręcz zaznaczają, że przedstawione przez nich argumenty na uzasadnienie wydanego przez nich rozstrzygnięcia nie powinny być generalizowane na takie przypadki (*with this I have not meant to say anything on how the solution should be, given other facts; with this I have not [the denying element] meant to say anything on how the solution should be if [the hypothetical element] the facts a, b, c... n, had been otherwise; given these facts (in the case at hand) I find...*). Jakiegoś wyjaśnienia dla takiej praktyki upatruje się przy tym w okoliczności, że członkowie norweskiej judykatury nie lubią publicznie demonstrować tego, że to oni są twórcami prawa. Ponadto w Norwegii sędziowie ogólnie mają preferować tworzenie prawa drogą „małych kroczków”, tj. z racji iż ma im brakować informacji na temat potencjalnych stanów faktycznych oraz czasu na poczynienie odpowiednich rozważań, co – w ocenie tych sędziów – jest niezbędne, by móc sformułować odpowiednią ogólną regułę⁷².

W efekcie chcąc ustalić zakres zastosowania danego precedensu sądowego, w Norwegii nieraz będzie trzeba albo sięgnąć do rozumowania z analogii, albo budować dorozumiane *ratio decidendi*. To pierwsze zdaje się przy tym bardziej wkomponowywać we wspomnianą wyżej niechęć do tworzenia prawa sądowego na większą skalę.

Gdy chodzi z kolei o Wielką Brytanię i Stany Zjednoczone, to stosunek do stosowania precedensów sądowych drogą analogii nie jest w tych krajach jednakowy. W Wielkiej Brytanii wydaje się bowiem zdecydowanie przeważać przywiązanie do koncepcji reguł precedensowych (*rationes decidendi*), choć nie oznacza to, że nie sięga się tu w ogóle do analogii. W Stanach Zjednoczonych natomiast wyraźny prym zdaje się wieść model precedensu sądowego z analogii, co jest nad wyraz dobrze widoczne w sposobie, w jaki pojmowany jest tam termin *holding* (amerykańskie określenie na wiążącą część precedensu sądowego i w tym też sensie stanowiące odpowiednik brytyjskiego *ratio*). Przez ten ostatni najczęściej rozumie się bowiem nie ogólną regułę, lecz stan faktyczny, jaki miał miejsce w precedensowej sprawie, oraz skutki prawne, jakie zostały przypisane tej sprawie w precedensowym wyroku⁷³.

72 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 197–198, 213 i S. Eng, *Analysis...*, s. 505.

Na istnienie zbliżonej praktyki wskazuje się również w przypadku Danii. Duńscy sędziowie mają bowiem podawać w pochodzących od nich uzasadnieniach sądowych pewne ustalone fakty, konkludując, iż to (właśnie) okolicznościom faktycznym należy zawdzięczać wydanie przez nich takiego, a nie innego wyroku – co też w sumie poczytuje się za brak woli uciekania się w dywagacje odnośnie do tego, jak należy rozstrzygać inne sprawy w przyszłości. Zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 55–56.

73 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 118–119; C.R. Sunstein, *op. cit.* s. 71–79; W. Huhn, *op. cit.*, s. 42–43, 119–126; L.L. Weinreb, *op. cit.* s. 41–162; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, s. 1–27; S. Brewer, *op. cit.*, s. 934–936, 949–1028; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 27–41; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 44–49, 101, 102–111; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 66–88, 118–120; J. White, *Analogical reasoning*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden 1996, s. 583–589; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 9–10, 72–73; B.S. Jackson, *Analogy in Legal Science: Some Comparative Observations*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 149–150; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski i A.R. Miguel, *op. cit.*, s. 494, 497, 498–499; J.M. Broekman, *op. cit.*, s. 234; G. Marshall, *op. cit.*, s. 513; Z. Bankowski, *op. cit.*, s. 203–215; D. Hunter, *op. cit.*, s. 151–168; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 347.

W krajach z rodziny *civil law* model precedensu sądowego z analogii wydaje się odgrywać marginalną, jeśli jakkolwiek rolę. Tutaj dominujące jest bowiem sprowadzanie istoty dotychczas wydanych orzeczeń sądowych do postaci ogólnych reguł⁷⁴. Jakimś wyjątkiem może być Francja, w odniesieniu do której nadmienia się, że pewną wagę, jeśli chodzi o korzystanie z podjętych w przeszłości decyzji sądowych, z racji braku formułowania tu w sądowych uzasadnieniach ogólnych reguł, ma się przykładać do faktów, jakie charakteryzowały sprawę uprzednio rozpoznaną i jakie cechują sprawę, w jakiej rozważa się zastosowanie danego precedensu sądowego⁷⁵. Także we Włoszech, chociaż na ogół typowe są dla nich całkowicie oderwane od stanu faktycznego, jaki miał miejsce w precedensowej sprawie, ogólne reguły (tzw. tutaj *massime*)⁷⁶, można doszukać się jakichś przejawów stosowania precedensów sądowych drogą rozumowania z analogii⁷⁷.

W konsekwencji można zaryzykować twierdzenie, iż Królestwo Norwegii plasuje się w tym względzie pomiędzy USA a krajami z obszaru *civil law*, a przez to mniej więcej tam, gdzie jest Wielka Brytania.

Jakiś wpływ na mniej intensywne sięganie w Norwegii do analogii może mieć również to, że w norweskich uzasadnieniach sądowych rzadziej niż w uzasadnieniach wyroków wydawanych przez sędziów angielskich znajdziemy odwołania do stanów faktycznych i problemów prawnych o charakterze tylko hipotetycznym⁷⁸. Poza tym, patrząc z perspektywy czasu, również gdy mowa o podstawowym zbiorze norweskich orzeczeń sądowych, jakim jest tzw. Norsk Retstidende, coraz mniej miejsca w apendyksach do publikowanych w tym zbiorze wyroków Sądu Najwyższego (które same w sobie nie zawierają opisu stanu faktycznego, bazując na ustaleniach co do tego stanu poczynionych w wyrokach sądów niższej instancji) ma się poświęcać aspektowi faktycznemu spraw, w jakich te wyroki zostały wydane⁷⁹. Ta bowiem okoliczność będzie bez wątpienia utrudniać w praktyce prawidłowe czy pełne korzystanie z rozumowań *per analogiam* osobom czerpiącym informacje ze wspomnianego zbioru.

U Anglosasów nawiązywanie do hipotetycznych stanów faktycznych zdaje się natomiast w pełni dopuszczalne i częste⁸⁰. W przypadku zaś uzasadnień sądowych pochodzących od sędziów kontynentalnych odniesień do fikcyjnych stanów faktycznych nie uświadczą się

74 Ogólnie na to, że model precedensu sądowego oparty na analogii odgrywa w krajach z obszaru *civil law* dużo mniejszą rolę niż w systemach prawa anglosaskiego, wskazują D.N. McCormick i R.S. Summers – zob. D.N. McCormick i R.S. Summers, *Further General Reflections and Conclusions*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 537.

75 Zob. M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 109, 127–129, 132, 137.

76 Zob. M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 148–151, 167–168, 170, 182–183.

77 Zob. M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 168, 169, 175 i 182.

78 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 301; S. Eng, *Analysis...*, s. 505.

79 S. Eng, *Precedent...*, s. 195.

80 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 223; Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 336–337, 345–346; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 401; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 50; J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 193; S. Hanson, *op. cit.*, s. 73.

niemalże wcale. W Hiszpanii na przykład odwołania do takich stanów nie są czynione ani ze strony członków judykatury, ani ze strony pozostałych prawników. Wykorzystuje się je tu jedynie na użytek nauczania. Również w Polsce powoływanie się na takie stany, zwłaszcza gdy mowa o sędziach, odgrywa raczej nikłą rolę. Inaczej ma być natomiast we Włoszech, gdzie ma się chętnie sięgać do argumentu z przypadków hipotetycznych, w tym także w kontekście rozważań nad zasadnością zastosowania rozwiązania z wcześniej wydanego orzeczenia sądowego w sprawie, jaka aktualnie zawisła w sądzie⁸¹.

3.3.2. Rola okoliczności faktycznych precedensowej sprawy w razie obrania modelu precedensu sądowego z reguł

Niewątpliwie mylnym byłoby wrażenie, iż tylko w wyżej przedstawionym modelu precedensu sądowego z analogii mają znaczenie w Norwegii okoliczności faktyczne precedensowej sprawy. Również gdy mamy tutaj bowiem do czynienia z regułami precedensowymi (*rationes decidendi*), takie okoliczności – a często także rozumowanie przez podobieństwo (lub jego brak) – pozostają istotne.

Po pierwsze w norweskiej doktrynie precedensu *ratio decidendi* stanowią tylko takie reguły, jakie pozostają w związku z faktami precedensowej sprawy. Takie mianowicie fakty, jak się to obrazowo określa, konstytuują tu zarówno źródło, jak i ograniczenie dla precedensowych reguł. Stąd też, jak się przykładowo wskazuje, sędzia w sprawie dotyczącej ważności umowy nie ma prawa wypowiadać się tutaj [w sposób autorytatywny] co do istnienia lub kształtu reguł w prawie rodzinnym⁸². Po drugie w doktrynie tej utrzymuje się, że *ratio decidendi* jest lepsze wówczas, gdy wyjaśnia ono rozstrzygnięcie zapadłe w precedensowej sprawie w świetle stanu faktycznego, jaki miał miejsce w tej sprawie⁸³. Po trzecie ilekroć jakaś sprawa nieunormowana prawem stanowionym nie podpada pod zakres żadnego z dotychczas istniejących *rationes decidendi*, któreś z takich *rationes* może zawsze – jak się wydaje również w Norwegii – zostać w tej sprawie zastosowane na podstawie podobieństwa między stanami faktycznymi przez nie normowanymi a stanem faktycznym, jaki charakteryzuje tę sprawę⁸⁴. Tym jednak razem uczynienie użytku z rozumowania *a simili* nie będzie traktowane jako obowiązek po stronie orzekającego sędziego z tego powodu, iż w przypadku opowiedzenia się za koncepcją *the rule*

81 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 222 przypis 36; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 136–137; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 288; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 251; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 182.

82 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 284–285.

83 S. Eng, *Analysis...*, s. 507.

84 Odnośnie do „rozciągania” *rationes decidendi* na sprawę jeszcze przez żadne z nich nieuregulowaną zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 180–181; J. Raz, *op. cit.*, s. 206–207; L. Alexander, *op. cit.*, s. 507; R. Cross, *op. cit.*, s. 73; H.L.A Hart, *Concept of Law*, wyd. 2, Oxford 1994, 135 (zob. też s. 183–186); R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 69 (zob. też s. 193–196).

model obligatoryjne jest tylko stosowanie (przestrzeganie) *rationes decidendi*⁸⁵. Po czwarte wnioskowanie przez podobieństwo, a dokładnie jego odwrotność, występuje w Norwegii także pod postacią instytucji tzw. *distinguishing* („wyróżniania precedensów sądowych”) – zob. pkt. 7. niniejszego rozdziału tego opracowania.

Co znamienne, stawiany po stronie reguły mającej stanowić *ratio decidendi* wymóg niezbędności (konieczności) dla rozstrzygnięcia zapadłego w precedensowej sprawie jest obecny zarówno w USA, jak i w Zjednoczonym Królestwie⁸⁶. To samo dotyczy dyrektywy nakazującej interpretację reguły precedensu sądowego w świetle okoliczności faktycznych, jakie miały miejsce w precedensowej sprawie⁸⁷. W krajach natomiast z kręgu *civil law* związek poszczególnych ogólnych reguł, jakie można znaleźć w sądowym uzasadnieniu, ze stanem faktycznym rozpoznanej sprawy, nie ma na ogół większego znaczenia, czego paradygmatycznym przypadkiem są Włochy i tzw. tam *massime* (poszczególne tezy wyroku). Te ostatnie funkcjonują bowiem nieraz w całkowitej izolacji od okoliczności faktycznych sprawy, przy okazji rozstrzygnięcia której zostały one sformułowane. Jakimś wyjątkiem jawi się w tym względzie Francja, gdzie pewną wagę, podczas korzystania z dorobku orzecznictwa sądowego, ma się przywiązywać do faktów, jakie charakteryzowały rozpatrzoną danym wyrokiem sprawę⁸⁸.

Jeśli chodzi o rozciąganie dotychczasowych reguł precedensowych na sprawy, jakie nie podpadają pod żadną z takich reguł, to na gruncie anglosaskiej doktryny precedensu jest to jak najbardziej dopuszczalne⁸⁹. Przy tym sprawę, jaka nie jest unormowana żadnym wiążącym precedensem sądowym lub przepisem prawa stanowionego, określa się tu mianem „*a case of first impression*”, co można by tłumaczyć jako „sprawa pierwszego wrażenia” lub „sprawa jeszcze nierozpoznana”⁹⁰. W przypadku z kolei krajów z rodziny *civil law* reguł wyrażonych wprost lub w sposób dorozumiany w orzeczeniach sądowych na ogół się nie rozszerza. W tych „rozciąga się” bowiem raczej tylko – na stany przez nie bezpośrednio nieuregulowane – przepisy prawa stanowionego (normy, jakie dają się z takich przepisów zbudować)⁹¹.

85 Por. J. Raz, *op. cit.*, s. 201–206; B.S. Jackson, *op. cit.*, s. 148–149; R. Cross, *op. cit.*, s. 21, 181–186, 190–196; G. Lamond, *op. cit.*, s. 19–21; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 126.

86 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 70–71; R. Cross, *op. cit.*, s. 36, 39–41, 51–61, 77, 79–80; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 49; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 120–122; D.N. McCormick, *Rhetoric...*, s. 153, 154, 156–158; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 383–385; por. jednak L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 50–53 i J. Raz, *op. cit.*, s. 184 przypis nr 9.

87 Zob.: R. Cross, *op. cit.*, s. 39–41, 61–63; G. Marshall, *op. cit.*, s. 511; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 386–387; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 49, 72–73, 76, 81; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 36–39.

88 Zob. M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 109, 127–129, 132, 137; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 148–151, 168, 170, 182–183, por. jednak s. 169, 175 i 182; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 220–221; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 231.

89 Zob. M. Koszowski *Anglosaska...*, s. 126, por. jednak s. 180–181; J. Raz, *op. cit.*, s. 206–207; L. Alexander, *op. cit.*, s. 507; R. Cross, *op. cit.*, s. 73; H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 135 (zob. też: s. 183–186); R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 69 (zob. też: s. 193–196).

90 Odnośnie do pojęcia *a case of first impression* zob. M. Koszowski *Anglosaska...*, s. 126–129 wraz z literaturą tam przywołaną.

91 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 227–230; J. Nowacki, *op. cit.*, s. 37–43; por. też L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 253 i 254.

Wspomniany zaś *distinguishing* stanowi wręcz sztandarową instytucję anglosaskiej doktryny precedensu⁹², nie występując raczej wcale w krajach z systemem prawnym typu *civil law*⁹³.

3.4. Inne niż model z regułą i analogii ujęcia istoty precedensu sądowego

Jeszcze przed przedstawieniem kolejnych możliwych modeli precedensu sądowego warto nadmienić, iż wydaje się, że można też próbować połączyć dwa opisane dotychczas ujęcia istoty takiego precedensu. Wówczas przy ustalaniu, czy dany precedens sądowy znajduje zastosowanie w aktualnie rozpoznawanej sprawie, należałoby brać pod uwagę nie jeden, lecz dwa czynniki, a więc po pierwsze to, czy sprawa ta podpada pod zakres zastosowania reguły tego precedensu (*ratio decidendi*), a po drugie to, czy jest ona wystarczająco podobna do sprawy precedensowej. Jakimś świadectwem takiego łączenia w sobie tych dwóch ujęć istoty precedensu sądowego w Norwegii może być wspomniany już w powyższym punkcie pogląd, iż *ratio* jest lepsze, gdy wyjaśnia sposób rozstrzygnięcia sprawy precedensowej w świetle stanu faktycznego, jaki miał miejsce w tej sprawie⁹⁴. Twierdzenie takie mogłoby bowiem sugerować, że regułę precedensu sądowego powinno się tak rozumieć (interpretować, pojmować), by znajdowała ona zastosowanie jedynie w sprawach, jakie są do precedensowej sprawy pod istotnymi względami podobne. Z wyraźnymi przejawami mieszania analogii i koncepcji precedensowych regułą mamy natomiast do czynienia w USA i Wielkiej Brytanii⁹⁵. W krajach z obszaru *civil law* z wyjątkiem Francji i Włoch wydają się one natomiast trudne do uświadczania⁹⁶.

Co do pozostałych sposobów ujmowania istoty związania orzeczeniem sądowym, to szczególnie godne uwagi są model precedensu sądowego z zasad oraz tzw. model [precedensu sądowego z] rezultatu (z argumentów, „racji”, „powodów”).

Model z zasad polega na sprowadzeniu precedensu sądowego nie tyle do reguły, ile do zasady. Ta druga różni się od tej pierwszej tym, iż już z samej definicji jest bardziej niedo-

92 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 341–342; R.S., Summers, *Precedent...*, s. 390–394; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 167–183.

93 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 225–227; D.N. MacCormick i R.S. Summers, *op. cit.*, s. 537–538; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 54–55; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 132; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 15; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 175, 176–177; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 284. Na pewne oznaki praktyk, choć trochę przypominających anglosaski *distinguishing*, wskazuje się w przypadku Niemiec i Włoch – zob. R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 54–55 i M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 175, 176–177.

94 S. Eng, *Analysis...*, s. 507.

95 Zob. np.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 119–121; W. Huhn, *op. cit.*, s. 119; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 72; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 347. Zob. też R. Cross, *op. cit.*, s. 39–41, 181–186; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 43–45 i 192–196; Ch.R. Calleros, *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006, s. 56–57 i 110–111; R.J. Aldisert, *op. cit.*, s. 12–14; J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 181, 184–185, 186–187, 198, 222; S. Hanson, *op. cit.*, s. 31, 71, 218; K.N. Llewellyn, *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School. With a New Introduction and Notes by Steve Sheppard*, New York 2008, s. 38–51; B.S. Jackson, *op. cit.*, s. 148–149.

96 Zob. M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *Precedent...*, s. 109, 127–128, 132, 136–137 i M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 169, 175 i 182.

określona i generalna (ogólna), przez co też zdolna jest objąć swoim zakresem zastosowania znacznie większą liczbę potencjalnych stanów faktycznych. W związku też z tymi właściwościami określenie skutków prawnych, jakie ma ona wywołać, oraz ustalanie samej zasadności jej stosowania w konkretnym przypadku może rodzić nieraz spore trudności.

W modelu precedensu sądowego z zasad tak pojmowana zasada „stoi” niejako za rozstrzygnięciem zawartym w precedensowym wyroku. Rozstrzygnięcie to postrzegane jest tutaj bowiem jako przejaw (egzemplifikacja, unaocznienie) jakiejś ogólnej zasady, w tym i takiej, która nie została wprost wysłowiona w uzasadnieniu sądowym dołączonym do precedensowego wyroku i która – jak się wydaje – może mieć różny rodowód (wynikać z rozsądku, stanowić realizację jakiejś „polityki” (doktryny), brać się z moralności lub poczucia słuszności itp.)⁹⁷. Zasada ta służy następnie za podstawę rozstrzygnięcia podczas rozpoznawania kolejnych spraw sądowych. Przy tym moc poszczególnych zasad wydaje się tu tym większa, im więcej precedensowych spraw i podjętych w w takich sprawach decyzji można pod nie podciągnąć.

Pewną komplikację w takim ujmowaniu istoty precedensu sądowego stanowi niewątpliwie możliwość znalezienia większej liczby zasad, jakie znajdują zastosowanie w aktualnie rozpatrywanej sprawie i prowadzą w niej do odmiennych rezultatów. Wówczas, aby wydać wyrok w tej sprawie, należałoby rozstrzygnąć, której z takich zasad przysługuje pierwszeństwo – bądź kierując się jakąś odgórnie przyjętą hierarchią poszczególnych zasad i czyniąc to *in abstracto*, bądź kierując się jakimiś innymi kryteriami i czyniąc to tylko na użytek obecnego przypadku, a więc *in concreto*. W odniesieniu do zasad, które są nakierowane na ochronę ogólnych wartości (realizację ogólnych celów), jakimś wyjściem w sytuacji, gdy zasady te nakazują przypisanie sprawie obecnie rozpoznawanej niejednakowych skutków prawnych, jest też próba pogodzenia ich drogą kompromisu polegającego na znalezieniu w tej sprawie takiego rozwiązania, jakie będzie realizować każdą z takich zasad, lecz w stopniu niepełnym (np. 20 procentach).

Co znamienne, również ta propozycja uchwycenia fenomenu związania orzecznictwem sądowym nie jest obca norweskiej doktrynie precedensu. Za wiążący element precedensowego wyroku w doktrynie tej uważa się bowiem czasem właśnie dorozumianą lub wyraźnie wyartykułowaną w sądowym uzasadnieniu zasadę⁹⁸.

W modelu precedensu sądowego z argumentów („racji”, „powodów”) o zastosowaniu, lub nie, danego precedensu sądowego w sprawie aktualnie rozpoznawanej decyduje to, czy w tej sprawie dają się podnieść te same co przy wydawaniu precedensowego wyroku argumenty („racje”, „powody”). Ponieważ zaś na ogół są to argumenty („racje”, „powody”) zarówno na rzecz jednej, jak i drugiej strony, to za precedens sądowy można by tu uważać nie tyle same te

97 Na temat modelu precedensu sądowego z zasad, w tym zagrożeń, jakie niesie on za sobą dla funkcjonowania zasady *stare decisis*, zob. G. Lamond, *op. cit.* s. 11–12; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski i A.R. Miguel, *op. cit.*, s. 497; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 111–112.

98 S. Eng, *Precedent...*, s. 207.

argumenty („racje”, „powody”) albo ich zestawy, ile wynik zważenia tych argumentów („racji”, „powodów”) tudzież rezultat, do jakiego one doprowadziły. Wówczas też takie ujęcie istoty sądowego precedensu zwie się modelem [z] rezultatu⁹⁹.

Także i tę koncepcję pojmowania istoty precedensowego wyroku lub coś do niej bardzo podobnego możemy spotykać w Królestwie Norwegii. Jak się bowiem wskazuje, w tym kraju za wiążące mogą uchodzić argumenty („racje”, „powody”), które uzasadniały: wynik sprawy precedensowej w świetle jej istotnych faktów, regułę precedensu sądowego albo stojącą za precedensem zasadę¹⁰⁰.

Również na gruncie systemu prawnego USA i Zjednoczonego Królestwa mówi się o modelu precedensu sądowego z zasad i modelu precedensu sądowego z argumentów tudzież rezultatu¹⁰¹. Jeśli chodzi z kolei o kraje z rodziny *civil law*, to model z zasad wydaje się w jakimś zakresie występować w Niemczech, we Włoszech i Francji, a model z argumentów, zwłaszcza w odniesieniu do orzeczeń pochodzących od sądów najwyższej instancji i Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych, być obecny w Hiszpanii, Niemczech i Polsce¹⁰².

3.5. Kwestie faktyczne a prawne

Zagadnieniem, jakie ociera się o zakres przedmiotowy zasady *stare decisis*, jest stosowane na użytek doktryny precedensu rozróżnienie na kwestie natury prawnej oraz kwestie natury faktycznej. Podział ten w przypadku Norwegii jest o tyle ważny, iż wyłącznie decyzje podjęte w kwestiach pierwszego rodzaju mogą uchodzić w niej za pełnoprawny wiążący precedens sądowy. Wypowiedzi w materiałach faktycznych, nawet gdy pochodzą od norweskiego sądu najwyższej instancji, nie są bowiem dla innych norweskich sądów wiążące, a przynajmniej nie aż tak wiążące jak poruszające problemy prawne *ratio decidendi*¹⁰³.

99 Odnośnie do rozważań w przedmiocie istoty i problemów, jakie wiążą się z takim sposobem ujmowania fenomenu bycia związanym precedensowym wyrokiem, zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 112–114; L. Alexander, *op. cit.*, s. 507–509; G. Lamond, *op. cit.*, s. 12–14.

100 S. Eng, *Precedent...*, s. 207.

101 Zob. L. Alexander, *op. cit.*, s. 507–509; G. Lamond, *op. cit.*, s. 12–14; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 111–114.

Za szczególną postać modelu z zasad można by uznać teorię wysuniętą na tle anglosaskiego systemu prawnego przez R. Dworkina, zgodnie z którą decyzje sądowe mają zapadać na podstawie w specyficzny sposób skonstruowanych zasad – tj. przede wszystkim tak by te stanowiły spójne (koherentne) uzasadnienie dotychczas ustanowionych precedensów sądowych i pozostających w mocy postanowień prawa stanowionego. Zob.: R. Dworkin, *op. cit.*, s. 110–123 (odnośnie do roli, jaką w konstruowaniu przez sędziego Herkulesa poszczególnych zasad ma odgrywać jego własny światopogląd, zob. też s. 123–130); M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 121–124; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 89–94. W przedmiocie uwag krytycznych kierowanych pod adresem teorii R. Dworkina zob. np. L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 71–72, 95–97, 98–103 oraz C.W. Maris, *Milking the Meter – On Analogy, Universalizability and World Views*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 81–84.

102 Zob. R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 22, 48–49; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 127–128, 129, M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 148–149, 150, 167–169, 182–183; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 268, 280–281; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 123.

103 S. Eng, *Precedent...*, s. 196.

Również na gruncie anglosaskiej doktryny precedensu te wywody sędziów, których przedmiotem było ustalenie i ocena stanu faktycznego w precedensowej sprawie, zwykle się traktować jako nie mogące stanowić *ratio decidendi*¹⁰⁴. W krajach z rodziny *civil law* podział na kwestie faktyczne i kwestie prawne nie wydaje się już jednak mieć jakiegoś większego znaczenia. Także bowiem wcześniejsze stanowisko sądu w zakresie oceny stanu faktycznego, jaki wystąpił w zawisłej przed tym sądem sprawie (zakwalifikowanie przez ten sąd takiego stanu jako podpadający pod dany przepis prawa), zdaje się móc wpływać tu na zawartość wydawanych obecnie orzeczeń sądowych¹⁰⁵.

4. *Obiter dicta*

Obok *rationes decidendi* w anglosaskiej doktrynie precedensu zwykle się wyróżniać tzw. *obiter dicta* (lub *obiter dictum*; w skrócie: *dicta* lub *dictum*), a więc wypowiedzi sądu w tych kwestiach prawnych, których rozstrzygnięcie nie jest / nie było konieczne do wydania precedensowego wyroku. Podział na *ratio decidendi* i *obiter dicta* jest przy tym o tyle istotny, iż te pierwsze są z definicji wiążące, a te drugie są z założenia pozbawione takiego przymiotu. Mimo braku wiążącego charakteru *dicta* mogą służyć jednak za cenną podpowiedź lub wskazówkę sędziom, którym przyjdzie rozstrzygać kwestie prawne w nich poruszone.

W przypadku *the rule model* jako *obiter dicta* należy przede wszystkim kwalifikować te wszystkie reguły, jakie precedensowy sędzia podał w uzasadnieniu do swojego wyroku, a jakie nie nadają się na podstawę prawną tego wyroku. W modelu zaś precedensu sądowego z analogii za *dicta* będą w szczególności uchodzić propozycje rozstrzygnięcia innych, niż występujący w sprawie precedensowej, stanów faktycznych¹⁰⁶.

Przechodząc na grunt norweski, już na samym wstępie trzeba zauważyć, że w o wiele mniejszym natężeniu, niż dzieje się to w krajach z obszaru *common law* podejmuje się tutaj rozważania w przedmiocie kryteriów, za pomocą których można by odróżnić to, co stanowi *ratio decidendi*, od tego, co stanowi *obiter dictum*¹⁰⁷. Ponadto wskazuje się, że norwescy sędziowie rzadko kiedy wychodzą z propozycjami, jak należałoby rozwiązywać kwestie inne niż te, których rozstrzygnięcie jest niezbędne do rozpoznania przedłożonego im przypadku.

104 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 86–87; D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 94–97; R. Cross, *op. cit.*, s. 36.

105 Por. rozróżnienie na precedensy prawne (*precedents of law*) i precedensy faktyczne (*precedents of fact*) w znaczeniu, w jakim stosują je L. Morawski i M. Zirk-Sadowski – zob. L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 245.

106 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 98–99; R. Cross, *op. cit.*, s. 36–38, 80–86; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 384–385; G. Marshall, *op. cit.*, s. 515–516; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 145, 153, 160; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 49–50; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 336–337; por. też S.J. Burton, *op. cit.*, s. 38–39 i W. Huhn, *op. cit.*, s. 115–119.

107 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 294. Por. jednak zbieżny z podejściem anglosaskim pogląd profesora Auberta – zgodnie z którym *regula jest tylko wtedy ustanowiona przez precedens, kiedy rozstrzygnięcie sądowe konieczne musi być na niej oparte* (tłum. M.K.) – jaki został zreferowany w: T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 269.

Wręcz przeciwnie, o czym była już mowa w pkt. 3.3.1. niniejszego rozdziału tego opracowania, Norwegii nie obcy jest zwyczaj podkreślania w uzasadnieniu sądowym, iż wydany wyrok jest zasadny tylko w konkretnej konstelacji faktów bez przesądzania tego, jaki byłby on w razie, gdyby te fakty byłyby inne. Nie chcąc wypowiadać się na temat hipotetycznych stanów faktycznych oraz hipotetycznych problemów prawnych¹⁰⁸, sędziowie norwescy nie są tym samym skorzy do tworzenia w ten sposób materiału kwalifikującego się na *obiter dictum*. Co więcej, już samo rozróżnienie na *obiter dicta* i *ratio decidendi* ma się jawić w Norwegii mniej wyraźne aniżeli w Wielkiej Brytanii¹⁰⁹. Przy tym ma być tak nawet do tego stopnia, iż moc starannie sformułowanych *dictów* może być w tej pierwszej zbliżona, jeśli nie nawet równa, mocy samego *ratio decidendi*¹¹⁰.

Z kolei w krajach z obszaru *civil law* sędziowie na ogół nie dzielą się – choć nie znaczy to, że jest tak zawsze – swoimi przemyśleniami, które nie mają związku z rozpoznaniem przedłożonej im do rozstrzygnięcia sprawy. Wówczas jednak, gdy takie przemyślenia się tu pojawią – co dotyczy raczej wyłącznie sądów wyższej i najwyższej instancji – to zdają się one mieć taką samą moc jak wypowiedzi w kwestiach mających znaczenie dla rozpatrzenia takiej sprawy. W sytuacji natomiast gdy moc danego orzeczenia jest w tych krajach prawnie wiążąca, jak jest zwłaszcza w przypadku wyroków pochodzących od Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych, jako obowiązującą traktuje się w nich co do zasady tylko sentencję wyroku, a przytoczone na jej poparcie argumenty i wywody – tak jak anglosaskie *obiter dicta* – z definicji pozostają już prawnie niewiążące. To samo dotyczy znajdujących się w uzasadnieniach takich orzeczeń propozycji rozstrzygnięcia kwestii prawnych nieobjętych taką sentencją oraz argumentacji poczynionej na wykazanie prawidłowości tychże propozycji¹¹¹.

108 S. Eng, *Precedent...*, s. 213; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 301; S. Eng, *Analysis...*, s. 505.

109 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 305; T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 269; L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 174.

110 S. Eng podczas wyliczania tego, co w norweskiej doktrynie precedensu może uchodzić za prawnie wiążące, wymienia między innymi starannie opracowane *obiter dicta*, jakie autorytatywnie rozwiązują jakąś kwestię prawną. Autor ten od razu zaznacza jednak, iż najbardziej powszechne zdają się tu być te rozwiązania, co ma uchodzić za wiążące w przypadku precedensu sądowego, które w związku z omawianiem zakresu przedmiotowego zasady wiązania precedensem sądowym zostały przedstawione w pkt. 3. niniejszego rozdziału tego opracowania – zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 207.

Trzeba tutaj jednakże dodać, że również w systemie prawnym typu *common law* podział na wiążące *ratio* i niewiążące *dicta* nie zawsze jest postrzegany jako w pełni dychotomiczny oraz klarowny. Uwagi o dużej „mocy perswazyjnej” starannie sformułowanych przez sąd najwyższej instancji *dictów* są bowiem czynione czasem także na gruncie anglosaskim – zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 103–104; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 336–337; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 385; G. Marshall, *op. cit.*, s. 515; R. Cross, *op. cit.* s. 81–82; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 78.

111 Odnośnie do problemów, jakie wiążą się z odróżnianiem *dictów* od *rationes decidendi* w krajach z kręgu *civil law*, zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 218–220; D.N. MacCormick i R.S. Summers, *Precedent...*, s. 537; G. Marshall, *op. cit.*, s. 507; R. Cross, *op. cit.*, s. 47; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 49. Na tle Niemiec i Włoch zob.: R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 48–49 i M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 148–149, 167–168 i 183.

5. Norweskie uzasadnienia sądowe

5.1. Styl i język

Dla tego, jak funkcjonuje doktryna precedensu, niezmiernie ważny jest również sam styl i sposób rozumowania, za pomocą jakiego sędziowie wykazują trafność podjętych przez siebie decyzji. W odniesieniu do Królestwa Norwegii podaje się, iż na pewno nie znajdzie się w nim w tym względzie takiej szczerości, wylewności, dyskursywności i rozwlekłości, z jaką spotykamy się u sędziów z systemów prawnych typu *common law*. W norweskich uzasadnieniach sądowych niełatwo ma być też natknąć się na odwołania do hipotetycznych stanów faktycznych i hipotetycznych problemów prawnych, które mogłyby posłużyć za argument przemawiający za przyjętym w rozpoznanej sprawie rozstrzygnięciem¹¹². Z drugiej jednak strony norweskim sędziom zasiadającym w Sądzie Najwyższym nie ma się odmawiać prawa do tego, żeby opierali swoje wyroki na wartościach, którym sami hołdują¹¹³. Wskazuje się również na zachodzące obecnie i możliwe dalej w przyszłości zmiany w kierunku bardziej dyskursywnych sposobów uzasadniania decyzji sądowych w Norwegii, tj. na wzór manieri sędziów angielskich¹¹⁴. Już teraz zresztą podobieństwa między stylem norweskim i stylem anglosaskim zdają się tutaj doszukiwać A. Peczenik i G. Bergholtz. Autorzy ci uwypuklają przy tym często dyskursywny, argumentacyjny i złożony – w ich ocenie – charakter norweskich uzasadnień¹¹⁵.

Dla porównania w krajach z rodziny *civil law* styl uzasadnień sądowych potrafi być zarówno na wskroś dedukcyjny i urzędowy, jak jest we Francji, jak i nieco bardziej argumentacyjny i dyskursywny, jak jest w Hiszpanii, Polsce i we Włoszech. To ostatnie dotyczy głównie uzasadnień sądowych, jakie są sporządzane przez sędziów orzekających w sądach najwyższej instancji lub/i rozstrzygających tzw. trudne przypadki stosowania prawa. Jakichś bardziej ogólnych oznak dyskursywności można natomiast – jak się wydaje – dopatrzeć się pod tym względem na tle Niemiec¹¹⁶.

Gdy mowa o Norwegii i o pozostałych państwach nordyckich, warto mieć również na uwadze, iż jak się nadmienia, prawo już w samych swoich założeniach miało być tutaj zrozumiałe [dla zwykłych ludzi], w odróżnieniu od np. wzorowanego na prawie rzymskim [wysublimowanego] prawa niemieckiego¹¹⁷. Ponadto na pragmatyczne i odteoretyzowane podejście

112 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 301; S. Eng, *Precedent...*, s. 214 (zob. też s. 197–198). W przedmiocie stylu i rozmiarów anglosaskich uzasadnień sądowych zob. np. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 57–58; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 361; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 319–320; J. Raz, *op. cit.*, s. 180.

113 Zob. P.H. Lindblom, *op. cit.*, s. 329; por. Też: S. Eng, *The Doctrine...*, s. 289 przypis nr 45.

114 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 193, 214; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 292–293.

115 A. Peczenik, *op. cit.*, s. 276–277; G. Bergholtz i A. Peczenik, *op. cit.*, s. 296. Ogólnie co do stylów i rodzajów uzasadnień sądowych spotykanych w Skandynawii w połączeniu z ich krytyczną analizą zob.: A. Peczenik, *op. cit.*, s. 275–280 i G. Bergholtz i A. Peczenik, *op. cit.*, s. 295–296.

116 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 206–207; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 225–226, 227–228; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 107–108, 110; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 146–148; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 264–266, 268; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 21–22; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 276, 277.

117 A. Nylund, *Mixing Past and Future – The Making of a Nordic Legal Culture 1850–2050*, <https://www.academia>.

w nordyckiej rzeczywistości prawnej wpływ musiał mieć również kierunek filozoficzny, jaki zwany jest skandynawskim realizmem prawnym. Podnosi się nawet, że to właśnie on pozwolił tutejszym prawnikom wprowadzać do dyskursu prawnego tzw. prawdziwe argumenty („*reelle hensyn*”), pod których postacią mają się kryć nieskrępowane rozważania odnośnie do tego, jaka reguła prawna będzie stosowna, rozsądna czy racjonalna¹¹⁸.

Poza tym dla prostego i pragmatycznego stylu oraz języka norweskich uzasadnień sądowych nie bez znaczenia zdaje się też pozostawać sam sposób, w jaki są rekrutowani w Norwegii sędziowie. Sposób ten wygląda bowiem zupełnie inaczej od tego, z czym mamy do czynienia w Wielkiej Brytanii. W tej ostatniej, jak wskazuje S. Eng, sędziów sądów wyższych instancji zwykło się bez wyjątku wyłaniać spośród adwokatów z co najmniej piętnasto-, dwudziestoletnim doświadczeniem w wykonywaniu zawodu¹¹⁹. W konsekwencji kandydaci na urząd sędziego pochodzą tu – jak tym razem zwraca na to uwagę J. Raz – z mniej lub bardziej homogenicznego środowiska¹²⁰. W Norwegii na sędziów powołuje się natomiast osoby sprawujące różne funkcje publiczne: członków służby cywilnej, pracowników Policji, oskarżycieli publicznych czy akademików zatrudnionych na uniwersytetach¹²¹. Taka zaś metoda rekrutacji wydaje się skutkować tym, iż osobom wykonującym zawód sędziego znacznie trudniej jest wykształcić jakiś im tylko właściwy język czy sposób argumentacji, co niejako skazuje te osoby na stosowanie bardziej zdroworozsądkowych i powszechnie zrozumiałych argumentów. Dla porównania w krajach z kręgu *civil law* takich jak np. Polska sędzią zostaje się po przejściu specjalnego szkolenia (aplikacji) bez konieczności posiadania uprzedniej praktyki czy to w zawodzie adwokata (radcy prawnego), czy w służbie publicznej albo Policji¹²².

W kontekście stylu i obszerności uzasadnień sądowych sporządzanych w Norwegii nie wydaje się również irrelevantnym to, iż pewnym powodzeniem cieszy się w tym kraju tzw. deklaratoryjna teoria prawa w swej, jak określa to S. Eng, nowoczesnej odmianie. Zgodnie

edu/24358861/Mixing_Past_and_Future__The_Making_of_a_Nordic_Legal_Culture_1850-2050 [dostęp: 5.08.2019] (opublikowane również w: *Rendezvous of European Legal Cultures*, red. J.Ø. Sunde i K.E. Skodvin, Bergen 2010, s. 167–181), s. 4.

W kwestii relatywnie dużej liczby sporów sądowych oraz zacięcia do prawa i procesowania się u członków norweskiego społeczeństwa zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 285 przypis nr 16.

118 A. Nylund, *op. cit.*, s. 9.

Szczegółowo na temat skandynawskiego realizmu prawnego zob. np.: H. Pihlajamäki, *Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared*, „The American Journal of Comparative Law” nr 2/2004, s. 484–487; M. Kinander, *The View from Within. An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence*, 2004, s. 134–201; R. Slagstad, *Norwegian Legal Realism since 1945*, „Scandinavian Studies in Law” t. 35 (1991), s. 217–223; M. Zamboni, *Legal Realism and the Dilemma of the Relationship of Contemporary Law and Politics*, „Scandinavian Studies in Law” t. 48 (2005), s. 595–599; J. Stelmach i R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 111–118.

119 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 293.

120 J. Raz, *op. cit.*, s. 180–181.

121 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 293. Szerzej na temat procedury, w jakiej są powoływani norwescy sędziowie, w tym instytucji sędziów tymczasowych, zob. A. Rosseland, *op. cit.*, s. 618–621.

122 Odnośnie do zestawienia pod tym względem Anglii z Francją zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 13.

z tą teorią sędziowie prawa nie tworzą, a jedynie je odnajdują, czy to w poprzednio podjętych decyzjach sądowych, czy też w innych jeszcze źródłach prawa. W efekcie nawet jak członkowie judykatury są świadomi tego, że to oni w rzeczywistości pełnią rolę prawodawców, wypowiadają się oni tak, jakby tylko „deklarowali” („referowali”) prawo, którego treść jest od nich samych całkowicie niezależna.

Przy tym z jednej strony, jak wyjaśnia tutaj S. Eng, takie stanowisko poddaje się we współczesnej norweskiej literaturze teoretycznoprawnej krytyce, wskazując na jego fałszywość. Z drugiej zaś można je na swój sposób usprawiedliwić.

Tak po pierwsze oprócz już samego spostrzeżenia tego, że czym innym jest samo twierdzenie, iż prawo jest odnajdywane (a nie tworzone) przez sędziego, a czym innym to, gdzie lub w jaki sposób to odnajdywanie ma się odbywać/przebiegać, przez co brak zgody w zakresie drugiego nie musi oznaczać braku zgody w przedmiocie pierwszego, za podtrzymywaniem teorii deklaratoryjnej przemawiać mają względy natury praktycznej i powodowana nimi specyfika języka, którym *nolens volens* muszą posługiwać się w swojej pracy prawnicy. W ich bowiem przypadku deklaratoryjny punkt widzenia, a co za tym idzie i wiara w niego, wydaje się nie do uniknięcia [za bardziej przekonujące mają w praktyce uchodzić te uzasadnienia sądowe / argumenty prawnicze, które powołują się na prawo obiektywnie istniejące, aniżeli te, z których otwarcie wynika, że ich podstawą są własne przekonania i oceny sędziego/adwokata].

Po drugie za deklaratoryjną teorią precedensowego prawa ma przemawiać zasada podziału władzy oraz możliwość dokonywania bez przyznawania się do tego zmian w dotychczasowym stanie prawnym. Co więcej, dzięki tej teorii zmiany takie można przeprowadzać przy jednoczesnym podtrzymywaniu wrażenia o nieomylności i pewności prawa jako takiego.

Po trzecie pozwalając ukryć rolę, jaką w adiudykacji odgrywają liczne wybory i oceny dokonywane po stronie wydających wyroki sędziów, deklaratoryjny punkt widzenia może przysłużyć się unikaniu ponoszenia przez takich sędziów osobistej odpowiedzialności za konsekwencje podjętych przez nich decyzji¹²³.

Warto też podkreślić, że dawniej, i to jeszcze w pierwszej połowie XX w., teoria deklaratoryjna nie tylko miała w Norwegii wielu zwolenników, ale wręcz stanowiła ta oficjalną i powszechnie cenioną ideologię sądowego stosowania prawa. Za prawo najwyższe, i to niezależnie od dziedziny, zwykło się wtedy w niej bowiem uznawać nie prawo sądowe lub stanowione, lecz prawo zwyczajowe. Przy tym zwyczaj, powszechnie przestrzegany (*usus*) i uważany za obowiązujące prawo (*opinio iuris*), nie tylko wypełniał luki w ówczesnym norweskim prawie stanowionym oraz wyznaczał kierunki wykładni tego prawa, ale również mógł to prawo zmienić czy nawet uchylić. Samym natomiast norweskim sędziom, przynajmniej w teorii, odmawiano wówczas prawa do tworzenia prawa, ich decyzje miały być bowiem jedynie odzwierciedleniem któregoś ze zwyczajów (jak też wtedy przyjmowano, dotychczas zapadłe wyroki były

123 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 280–282, 311–314, 319.

ważnym, ale nie decydującym dowodem na istnienie zwyczaju o danej treści). Pewnym wyłomem od tego było konsekwentne wyrażanie w orzecznictwie sądowym w określonej kwestii prawnej tego samego stanowiska, jakie powtórzone kilka razy mogło już uchodzić bardziej za źródło niż odkrycie obowiązującego prawa. Poza tym poszczególne orzeczenia mogły dać też impuls do ukształtowania się następnie tożsamego z nimi treściowo prawnego zwyczaju, w konsekwencji też czego ich zawartość mogła nabrać i w ten sposób mocy obowiązującej. Już wtedy w Norwegii zdarzały się jednak przypadki przełamania przez tutejszy Sąd Najwyższy dotychczas obowiązującego prawa zwyczajowego, czego spektakularnym przykładem było powstanie na przełomie XIX i XX w. *case law*, drogą którego wprowadzono poważne restrykcje przy obieraniu nazwisk wbrew dobrze ugruntowanej w tej materii swobodzie. Prawidłowe zidentyfikowanie danego zwyczaju nie oznaczało też bynajmniej tego, iż ten nie mógł się później zmienić. Przy tym zwyczaj prawny jako prawo niepisane był tu postrzegany w kategoriach myśli, a nie słowa [sztywnej formuły]. Przez wzgląd na przywiązanie do takiej konstrukcji powzięto nawet przekonanie, iż w norweskich warunkach kodeks cywilny jako akt prawa stanowionego nie jest czymś pożądanym¹²⁴.

Również w Anglii teoria deklaratoryjna była swego czasu dość popularna, tj. w XVII i XVIII w., w stuleciach następnych ustępując już jednak poglądom, które mniej lub bardziej otwarcie wskazywały na prawotwórczą rolę sądów (w stylu twierdzeń, iż „wszystkie reguły z zakresy *equity law* i dziewięć dziesiątych reguł z zakresu *common law* są stworzone przez sędziów”). Współcześnie o tej teorii mówi się w Zjednoczonym Królestwie nawet, iż zawiera ona w sobie element „mitu” czy „bajki”, ilekroć mowa jest o prawie *common law*¹²⁵.

Zgoła odmiennie zdaje się to natomiast przedstawiać w krajach z obszaru *civil law*, w których orzeczenia sądowe są postrzegane na ogół jako „wynikające” z przepisów ustaw tudzież zwyczajów lub ogólnych zasad, jakie znajdują zastosowanie w rozstrzygniętej nimi sprawie. Bynajmniej w powszechnym mniemaniu nie traktuje się ich tu jako będące *lege artis* przejawy prawodawczej wizji orzekającego sędziego¹²⁶. Sędziowie z tych krajów generalnie wolą też robić wszystko, by sprawiać wrażenie, iż oni sami prawa nie tworzą, a jedynie je odtwórczo stosują (odkrywają)¹²⁷. Przy tym najbardziej widoczne jest to chyba we Francji, w której za wszelką

124 Zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, s. 95, 102–111; T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 269–270 (zob. też s. 272–286); L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 170–172.

125 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 84; R. Cross, *op. cit.*, s. 23–29, 116; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 330–331; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 160–161 (zob. też s. 262–266).

126 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 230–233; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 111, 117–118, 119, 133–134; R. Cross, *op. cit.*, s. 10; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 10–11; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 276; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 158, 169; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 33–34 (zob. też s. 40–42); L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 231, 233–234, 236.

127 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 232 przypis nr 64; L. Morawski, *op. cit.*, s. 18–22; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 226, 233–234, 235–236, 242–244, 251–252, 255–256; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 33–34, 40–42; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 158, 171; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 272, 279, 289–290; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 112–115, 117–119, 133–134, 137–138.

cenę – z wyjątkiem dziedziny prawa administracyjnego, gdzie z uwagi na brak kodeksu normującego ogólne zasady tego prawa prawotwórstwo sądowe jest niezmiernie trudne do ukrycia – stara się na płaszczyźnie oficjalnej podtrzymać przeświadczenie, iż jedynym źródłem prawa, zgodnie z monteskiuszowską zasadą trójpodziału władzy, jest prawo stanowione¹²⁸.

5.2. Rodzaje i zawartość

W Norwegii gdy wyrok jest wydawany przez wieloosobowy skład orzekający, może być dane jedno uzasadnienie sądowe wspólne dla wszystkich członków takiego składu lub może być danych takich uzasadnień więcej. W tym drugim przypadku możliwe są zarówno uzasadnienia zbieżne co do wyniku z innym uzasadnieniem lub uzasadnieniami, ale różniące się z nim/nimi pod względem prowadzącej do tego wyniku argumentacji, jak i typowe zdania odrębne (łac. *votum separatum*). Przy tym fakt ich poczynienia wraz z ich zawartością podawany jest tu do wiadomości publicznej. Niezależnie od tego, czy chodzi o postępowanie karne czy cywilne, jest ujawniane też imię i nazwisko sędziego lub sędziów, którzy zgłosili *votum separatum*¹²⁹. Choć dawniej rzadko kiedy zdarzało się, by któryś z sędziów nie zgadzał się tu z wolą większości, wskazuje się również, iż w norweskiej praktyce orzeczniczej nie uświadczy się raczej dużej presji na sporządzanie uzasadnień wspólnych i unikanie zdań odrębnych^{130, 131}.

128 Zob. M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 112–115, 117–119, 133–134, 137–138.

129 Zob. § 41 Ustawy z 22 maja 1981 r. Lov om rettergangsmåten i straffesaker [Straffeprosessloven] regulującej postępowanie sądowe w sprawach karnych w Norwegii – zwanej dalej w skrócie dla uproszczenia norweskim k.p.k. – oraz § 19-6 ust. 3 Ustawy z dnia 17 czerwca 2005 r. Lov om mekling og rettergang i sivile tvister [Tvisteloven] normującej postępowanie sądowe i mediacyjne w sprawach cywilnych w Norwegii – zwanej dalej dla uproszczenia norweskim k.p.c. Zob. też S. Eng, *The Doctrine...*, s. 298.

130 Co ciekawe, na podstawie analizy zdań odrębnych z okresu 1961–1965 r. dokonanej przez Andenæsa i Kvamme okazało się, że na 1517 spraw rozstrzygniętych przez norweski Sąd Najwyższy tylko z 222 z nich były zgłoszone zdania odrębne, z której to liczby tylko 74 takie zdania odnosiły się bezpośrednio do kwestii prawnych. Co więcej, w 39 zdaniach odrębnych z tej ostatniej grupy zgłaszający je sędzia albo tylko wskazywał na konkurencyjną regułę prawną, nie wyjaśniając powodów tego w żaden sposób, albo przedstawiał inne racje niż pozostali, nie mówiąc już przy tym wprost, czy się z nimi zgadza czy też nie. Z upływem czasu sytuacja zmieniła się jednak diametralnie i w latach 1964–1973 dwóch kolejnych prezesów norweskiego Sądu Najwyższego znalazło się wśród tych członków norweskiej judykatury, którzy najczęściej zgłaszali *votum separatum* lub podawali zbieżne co do wyniku, lecz różniące się w argumentacji uzasadnienie. Niewątpliwie taki stan rzeczy stanowił wyraźne przeciwieństwo do okresu 1946–1952 r., kiedy to ówczesny prezes norweskiego Sądu Najwyższego szczególnie nie przepadał za różnicą stanowisk pośród orzekających w danej sprawie sędziów. Konfiguracja zaś, w której sam prezes Sądu Najwyższego należy do grona tych sędziów, którzy zwykli nie podzielać zdania większości, oraz w której dwóch kolejnych prezesów tego sądu nie stara się wypracować jakiejś wspólnej polityki w zakresie zdań odrębnych, ma stanowić – jak zdaje się twierdzić S. Eng – symptom braku jakiejś „trwałej” i „zbiorowej” presji na uzyskiwanie jednogłośności podczas orzekania. Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 289, 299–300.

Na temat jakości i szczegółowości zdań odrębnych zgłaszanych w Norwegii zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 300.

131 Od strony technicznej sporządzanie uzasadnień sądowych ma przebiegać tu w sposób następujący. Najpierw jeden z członków składu orzekającego przygotowuje takie uzasadnienie jako pierwszy, starając się w miarę możliwości uwzględnić stanowisko pozostałych. Następnie, każdy z kolejnych członków składu orzekającego oświadcza, czy przyłączy

Również w Wielkiej Brytanii i USA sędziowie mogą przedstawić jedno wspólne uzasadnienie wydawanego przez nich wyroku, każdy z nich może podać swoje własne uzasadnienie takiego wyroku, jakie zbiega się z innym/innymi co do wyniku, ale nie pokrywa się z nim/nimi w zastosowanej argumentacji, tudzież zgłosić zdanie odrębne¹³². W krajach natomiast z kręgu *civil law* na ogół występują uzasadnienia sądowe, jakie są wspólne, oraz zdania odrębne, choć te drugie nie zawsze¹³³. Czasem też jak np. w polskiej procedurze sądowej w sprawach karnych i administracyjnych oraz postępowaniu przed polskim Trybunałem Konstytucyjnym istnieje tutaj również możliwość sporządzenia uzasadnienia sądowego zbieżnego z innym/innymi takimi uzasadnieniami tylko pod względem samej sentencji zapadłego wyroku¹³⁴.

Warto także zaznaczyć, iż norweskie rozwiązania nie są tu wcale typowe dla całej Skandynawii. Na przykład w Danii w tamtejszym Sądzie Najwyższym praktykuje się dawanie jednego uzasadnienia, za którym są wszyscy lub większość orzekających w panelu wieloosobowym sędziów. Przy tym zdania odrębne – co warto podkreślić – aż do 1936 r. nie były w tym kraju w ogóle podawane do publicznej wiadomości. Do 1858 r. uzasadnienia sądowe wspólne dla większości i zdania odrębne były zaś w nim całkowicie anonimowe¹³⁵.

się, czy też nie, do tego uzasadnienia, po czym, gdy odpowiedź jest negatywna, formułuje swoje własne uzasadnienie sądowe – zob.: S. Eng, *Precedent...*, s. 191.

Co do dalszych szczegółów odnośnie do porządku (kolejności) głosowania oraz sposobu sporządzania uzasadnień sądowych i zdań odrębnych w Norwegii zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 191 oraz § 19-1 do 19-6 norweskiego k.p.c. i § 31 do 37 i 41 norweskiego k.p.k.

132 W przedmiocie rodzajów uzasadnień sądowych spotykanych w Stanach Zjednoczonych i Zjednoczonym Królestwie zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 56–57; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 360; R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 32, 49–50; F. Schauer, *op. cit.*, s. 53 przypis nr 30 i s. 172–173; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 317–318; D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 83; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 63–64; J.C. Wells, *A Treatise on the Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Des Moines 1878, s. 530, 531; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 62–63 przypis nr 19; R. Cross, *op. cit.*, s. 100; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 93–94; S. Hanson, *op. cit.*, s. 73; J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 84; M. D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 242.

133 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 207 oraz s. 207–208 przypis nr 7; M. Troper, Ch. Grzegorzczak i J.L. Gardies, *Statutory Interpretation in France*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 199; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 110, 122; M. La Torre, E. Pattaro i M. Taruffo, *Statutory Interpretation in Italy*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 242; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 262, 269; R. Alexy i R. Dreier, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 105; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 19, 35.

134 Zob. art. 137 § 2 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. nr 153, poz. 1270 z późn. zm.) i art. 114 § 2 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555 z późn. zm.), zwanej dalej k.p.k., oraz art. 106 ust. 3 *in fine* Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072).

135 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 298; W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 83–84; W.E. Eyben, *Judicial Law Making in Scandinavia*, „The American Journal of Comparative Law” nr 1/1956, s. 112.

Dokładanie o uzasadnieniach sądowych w przypadku Danii możemy mówić właściwie dopiero od 1857 r. Nie oznacza to też tego, że od tego czasu uzasadnienie te nie były tu lakoniczne (skrótowe) tudzież że powoływano się w nich na orzeczenia sądowe wydane w przeszłości, na których faktycznie wzorowano się przy wydawaniu wyroku, zasadność

Jeśli chodzi o samą zawartość norweskich wyroków sądowych i ich uzasadnień, to jest ona raczej standardowa. Oprócz podstawowych danych, takich jak oznaczenie stron, sądu, czasu i miejsca wydania wyroku, sygnatury spraw, w przypadku postępowań cywilnych zamieszcza się w nich opis rozpoznanej sprawy oraz wnioski pochodzące od stron postępowania i podstawy tych wniosków, a także sądową ocenę dowodów i sądowe wyjaśnienie odnośnie do zastosowanego prawa. Rozpoznające środek odwoławczy sądy wyższej instancji przy sporządzaniu uzasadnienia wyroku wydanego przez siebie mogą tu przy tym bazować na zawartości uzasadnień wyroków pochodzących od sądów niższej instancji zapadłych wcześniej w sprawie, w jakiej orzekają. Nieco odmiennie wygląda to w postępowaniu karnym. Poza oznaczeniem sądu, sędziów, stron i ich reprezentantów, czasu i miejsca wydania wyroku, w uzasadnieniu sądowym wyroku wydanego w tym postępowaniu podaje się bowiem krótki opis sprawy wraz z żądaniami stron oraz sentencję wyroku i argumenty wykazujące na tejże zasadność, a także umieszcza się szczegółowy opis stanu faktycznego (z wyjątkiem postępowań apelacyjnych, w których w sądzie pierwszej instancji orzekała ława przysięgłych), jaki sąd uznał za udowodniony, oraz odnosi do przepisu prawa stanowionego, na podstawie którego nastąpiło skazanie, i uzasadnia wymiar kary¹³⁶.

Poza wspomnianym obowiązkiem wskazania przepisu ustawy, na mocy którego orzeczono sankcje karne, pewne znaczenie dla norweskiej doktryny precedensu może mieć też zapis § 9-6 ust. 5 norweskiego k.p.c. Zgodnie z tym paragrafem przedstawienie w treści uzasadnienia sądowego sprawy oraz podstaw, na których opierają się wnioski stron, powinno zawierać zwięzłe określenie kwestii prawnej występującej w sprawie, jej okoliczności faktyczne oraz argumenty podniesione przez występujące w niej strony (co do prawa i faktów) w wymiarze niezbędnym dla wyjaśnienia sentencji zapadającego w niej wyroku. W takim wymogu można by bowiem doszukiwać się jakiegoś potwierdzenia tego, że funkcją orzeczenia sądowego jest nie tylko sprawiedliwe rozstrzygnięcie zawisłej sprawy, ale także oddziaływanie na sposób orzekania w sprawach kolejnych. Stąd by nie wprowadzać później innych w błąd, składające się na nie uzasadnienie sądowe powinno zawierać wszystkie elementy prawnie relewantne – te, które faktycznie zaważyły o powiązaniu z danym stanem faktycznym takich, a nie innych skutków prawnych. Za rzecz godną uwagi może uchodzić też fakt, iż w sprawach karnych głosowanie w norweskim Sądzie Najwyższym odbywa się publicznie, a każdy z sędziów biorących udział w tym akcie zobligowany jest do podania motywów, jakimi się kieruje. Przy tym sam prze-

sentencji którego była w nich wykazywana. Także dzisiaj, mimo znacznej poprawy w tym względzie, wskazuje się, iż duńskie uzasadnienia sądowe potrafią być, jeśli chodzi o znajdujące się w nich rozumowanie, problematyczne. – zob. W.E. Eyben, *Judicial...*, s. 112; J. Lookofsky, *op. cit.*, s. 5–6; W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 67.

136 Zob. § 19-6 norweskiego k.p.c. oraz § 39 do 41 norweskiego k.p.k.; por. też S. Eng, *Precedent...*, s. 192–193. Na temat zawartości i struktury orzeczeń sądowych w Wielkiej Brytanii i USA zob.: L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 53; R. Cross, *op. cit.*, s. 35–36; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 318–319; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 360–361; G. Lamond, *op. cit.*, s. 5; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 56.

wodniczący składu orzekającego oddaje swój głos tu jako ostatni¹³⁷.

W Norwegii nie ma natomiast nikogo – na wzór rzecznika generalnego, z którego instytucją spotykamy się w przypadku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – kto sporządzałby wstępną opinię na temat sprawy, w tym sugerowałby sposób, w jaki ona ma zostać rozstrzygnięta, podsumowywał występujące w niej okoliczności faktyczne tudzież rozważał argumenty, jakie można podnieść za wchodzącymi w niej w grę rozstrzygnięciami¹³⁸.

5.3. Sposób publikacji

W Królestwie Norwegii wyroki sądowe, między innymi w zależności od rodzaju sądu, od którego pochodzą, są publikowane w różnych źródłach.

W pierwszej kolejności należy wskazać tutaj na, mające już długą historię, dwa podstawowe zbiory orzeczeń. Pierwszy z nich to ukazujący się od 1836 r. w postaci drukowanej, a od 2016 r. w formie elektronicznej „Norsk Retstidende” (w skrócie „Rt.”). Zamieszczane są w nim wszystkie wyroki norweskiego Sądu Najwyższego zapadłe w sprawach cywilnych (w całości) i w sprawach karnych (w całości lub w skrócie). Rzadko kiedy ujmowano w nim orzeczenia pochodzące od innych norweskich sądów. Ukazuje się on 26–30 razy rocznie. Co też specyficzne, opisy stanów faktycznych, jakie charakteryzowały poszczególne sprawy sądowe, są w nim podawane w apendyksach (opisy takich stanów nie stanowią bowiem części uzasadnień sądowych dołączanych do wyroków norweskiego Sądu Najwyższego, który bazuje na ustaleniach co do okoliczności faktycznych, jakie są zawarte w orzeczeniach sądów niższej instancji). Oceniając to z perspektywy czasu, coraz mniej miejsca w „Rt.” ma się jednak – jak się zaznacza – przeznaczać na takie apendyksy. Drugi z ukazujących się w Norwegii zbiorów orzeczeń o podstawowym znaczeniu to wydawany w latach 1933–2013 również w formie drukowanej „Rettens Gang” (w skrócie „RG”), który dedykowany był orzeczeniom pochodzącym od sądów niższych instancji. W tym zbiorze nie były jednak ujmowane wszystkie takie orzeczenia, ale jedynie część z nich, tj. tylko te z nich, jakie redaktor uznał za warte upublicznienia na podstawie propozycji przesyłanych mu przez sędziów z różnych sądów niższych instancji i adwokatów. Przy tym wydawcą obu tych zbiorów („RG” od 1949 r.) było Stowarzyszenie Norweskich Adwokatów (Den norske advokatforening), a nie państwo norweskie, jak można by było przypuszczać.

Poza „Norsk Retstidende” i „Rettens Gang” norweskie orzeczenia sądowe są publikowane również w zbiorach tematycznych, jakie są poświęcone poszczególnym dziedzinom prawa, np. prawu podatkowemu (wydawane od 1922 r. „Dommer, uttalelser m.v. i skattesaker og skatte-

137 Zob. § 32 norweskiego k.p.k.

Co jednak znamienne, na mocy ustawy z 1818 r., członkowie norweskiego Sądu Najwyższego oddawali swoje głosy „potajemnie”, nie podając przy tym żadnego uzasadnienia na poparcie rozstrzygnięcia, za jakim się opowiedzieli. W 1863 r. norweski parlament postanowił jednak, iż głosowanie nad sentencją wyroku będzie się tu odbywać jawnie – zob. L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 184.

138 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 195.

spørsmål”), prawu morskiemu (wydawane od 1900 r. „Nordiske domme i sjøfartsanliggender”) czy prawu pracy (wydawane od 1916 do 2005 r. „Dommer og kjennelser av arbeidsretten”). Ponadto tematycznie pogrupowane wyrok sadowe można też znaleźć w Norwegii w opracowaniach o charakterze edukacyjnym. Brak jest tu natomiast zwyczaju umieszczania orzeczeń sądowych w prasie akademickiej czy gazetach codziennych.

Warto przy tym nadmienić, iż orzeczenia publikowane w „Rt.” są redagowane we współpracy z członkami norweskiego Sądu Najwyższego, w tym w zakresie podsumowań tych wyroków, oraz pięcioletnich indeksów. Co też znamienne, z początku to pracownik z „Rt.” spisywał wyroki tego sądu i ich uzasadnienia, jakie były ogłaszane przez sędziów tego sądu ustnie, robiąc to bez żadnej kontroli ze strony tych ostatnich. Było tak aż do 1928 r., kiedy w norweskim Sądzie Najwyższym zatrudniono stenotypistę, który przedstawiał utrwalone przez siebie treści poszczególnych jego orzeczeń do korekty sędziom, którzy je wydali.

Ani w „Rt.”, ani w „RG” nie znajdzie się też komentarza pochodzącego od przedstawicieli norweskiej nauki prawa i innych norweskich prawników. Miejscem, gdzie regularnie dyskutuje się zasadność i znaczenie poszczególnych wyroków sądowych, są natomiast w Norwegii czasopisma prawnicze. Obowiązujące tu prawo autorskie nie stanowi przy tym żadnej przeszkody w upowszechnianiu i komercyjnym korzystaniu z tutejszych orzeczeń sądowych. By zaś zaznajomić się z zawartością norweskiego wyroku sądowego nieopublikowanego jak dotąd w żadnym zbiorze orzeczeń, wystarczy zwrócić się w tym celu do sądu, od którego ten wyrok pochodzi, wraz z podaniem daty wydania tego wyroku i sygnatury sprawy, w której on zapadł, oraz uiścić odpowiednią opłatę^{139, 140}.

W czasach współczesnych poważną konkurencją zbiorów orzeczeń wydawanych w postaci drukowanej również w Norwegii stały się elektroniczne bazy danych. Najbardziej też popularną bazą tego rodzaju jest tu – związana z utworzoną w 1981 r., przy współpracy Wydziału Prawa na Uniwersytecie w Oslo i Ministerstwa Sprawiedliwości, prywatną fun-

139 W kwestii zbiorów orzeczeń sądowych ukazujących się w Norwegii zob.: S. Eng, *Precedent...*, s. 193–195; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 295–297; P.A. Bertnes, *Guide to Legal Research in Norway*, zaktualizowane przez R.J.F. Bergström, 2015, <http://nyulawglobal.org/Globalex/Norway1.html>, pkt. 2.3. (Judgments – Law Reports) [dostęp: 5.08.2019]; P.A. Bertnes, *Guide to Legal Research in Norway*, 2011, <https://web.archive.org/web/20120512012725/http://nyulawglobal.org/globalex/Norway1.html>, pkt. 4.1. (Law Report) [dostęp: 5.08.2019]; L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173, 184.

Co też ciekawe, już na przełomie XIII i XIV w. podjęto w Królestwie Norwegii działania zmierzające do utrwalenia na piśmie dotychczasowego dorobku tutejszego orzecznictwa sądowego – jak się przy tym podaje, głównie po to, ażeby orzecznictwo to nie poszło w zapomnienie, ale także z myślą, iż może ono posłużyć jako wzór przy rozstrzyganiu w sądach kolejnych spraw sądowych (by sędziowie nie musieli na nowo rozważać tych samych przypadków) – zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, s. 111–112 oraz L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173.

140 Z danych statystycznych warto wskazać na fakt, iż w połowie lat siedemdziesiątych XX w. w Rettens Gang było publikowanych tylko 0,3-0,4 procent wyroków wydanych przez norweskie sądy najniższego szczebla i około 3 procent wyroków pochodzących od norweskich sądów apelacyjnych, podczas gdy nadesłane propozycje w tym względzie obejmowały odpowiednio ok. 0,5-0,6 procent i 5-6 procent takich wyroków. – zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 194 i S. Eng, *The Doctrine...*, s. 297 przypis nr 72.

dacją – „Lovdata”. W zasobach tej bazy danych znajdują się bowiem wszystkie orzeczenia norweskiego Sądu Najwyższego, jakie zostały wydane po 1945 r., oraz tezy wszystkich wyroków norweskich sądów niższych instancji, które opublikowano w „Rettens Gang”. Ponadto gdy mowa o norweskich orzeczeniach zapadłych po 1989 r., to za jej pośrednictwem można uzyskać dostęp do pełnej zawartości wszystkich takich orzeczeń, nawet tych pochodzących od sądów pierwszej instancji. Przy tym „Lovdata” dzieli się na wersję bezpłatną, dostępną dla wszystkich on-line, i „Lovdatę Pro”. Koszty korzystania z tej ostatniej są oceniane jako na tyle wysokie, iż w rzeczywistości są je w stanie pokryć tylko przedsiębiorcy tudzież instytucje takie jak uniwersytety^{141, 142}. Inną znaną elektroniczną bazą danych dającą dostęp do wyroków pochodzących od norweskich sądów, jaka przełamała dotychczasowy monopol „Lovdaty”, jest „Gyldendal Rettsdata”¹⁴³. Ponadto ostatnio wydane orzeczenia (do około dziewięciu lat wstecz) w przypadku norweskiego Sądu Najwyższego i norweskiego Sądu Pracy (Arbeidsretten) są udostępniane w postaci elektronicznej na stronach internetowych tychże sądów¹⁴⁴.

Na podobnych zasadach, jak ma to miejsce w Norwegii, odbywa się publikacja orzeczeń sądowych w systemach prawnym typu *common* i *civil law*. Zarówno bowiem w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych, jak i w państwach Europy kontynentalnej dotychczas zapadłe wyroki sądowe można obecnie odszukać i w tradycyjnych zbiorach orzeczeń, i w elektronicznych bazach danych. Przy tym niektóre takie zbiory, ukazujące się drukiem lub ostatnio coraz częściej również lub nawet tylko w postaci elektronicznej, są tutaj wydawane przez poszczególne sądy i/lub przy udziale sędziów, od których pochodzą wyroki mające znaleźć się w tych zbiorach.

W przypadku Wielkiej Brytanii i USA można mówić ponadto zbiorach orzeczeń o urzędowym lub *quasi*-urzędowym charakterze. Zawartość takich zbiorów ma tam bowiem pierwszeństwo przed zawartością innych zbiorów orzeczeń w razie, gdyby zachodziły tu jakieś różnice, tudzież tylko na takie zbiory wolno powoływać się tam w postępowaniu przed sądem¹⁴⁵.

141 Zob.: S. Eng, *Precedent...*, s. 194; P.A. Bertnes, *Guide to Legal Research in Norway*, 2011, pkt. 4.1. (Law Reports) i 5.1. (Lavdata (Lawdata)); P.A. Bertnes, *Guide to Legal Research in Norway*, 2007, <http://nyulawglobal.org/globallex/Norway.html>, pkt. 4.1 (Law Reports) [dostęp: 5.08.2019]; P.A. Bertnes, *Guide to Legal Research in Norway*, zaktualizowane przez R.J.F. Bergstrøm, 2015, pkt. 1.1. (Information Systems).

Adres internetowy serwisu „Lovdata” to: <http://lovdata.no> [dostęp: 5.08.2019].

142 Koszty korzystania z „Lovdaty” są jednak o wiele niższe niż jej polskiego odpowiednika, jakim jest „Lex”, tym bardziej biorąc pod uwagę przeciętną wysokość zarobków w Królestwie Norwegii i Rzeczypospolitej Polskiej. Opłaty, jakie są podane na oficjalnej stronie internetowej tej pierwszej, to mianowicie ok. 335 zł (732 NOK) za dostęp dla jednego uczestnika i ok. 509 zł (1112 NOK) za dostęp dla do dziesięciu użytkowników miesięcznie – zob. <http://lovdata.no/info/lawdata.html> [dostęp: 5.08.2019].

143 Adres internetowy serwisu „Gyldendal Rettsdata” to: <https://www.rettsdata.no> [dostęp: 5.08.2019].

144 Adresy internetowy tych stron to odpowiednio: <http://domstol.no> oraz <http://www.arbeidsretten.no/index.php> [dostęp: 5.08.2019].

145 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 61–62, 81–83; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 320–323; M.L. Cohen i K.C. Olson, *Legal Research in a Nutshell*, St. Paul 2000, s. 46–50; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 361–364.

Jeśli chodzi o wiedzę na temat orzeczeń sądowych, jakiej wymaga się od osób świadczących profesjonalne usługi prawne, to jak podaje S. Eng, w Norwegii kwestia ta zdaje się przedstawiać w sposób następujący. Od prawników reprezentujących strony w postępowaniu przed Sądem Najwyższym oczekuje się znajomości i przywołania wszystkich precedensów ustanowionych przez ten sąd, jakie mogłyby mieć znaczenie dla rozpoznania sprawy, w jakiej oni występują. Jest tak niezależnie od tego, czy takie precedensy doczekały się, czy nie, wzmianki w opracowaniach naukowych. W przypadku zaś innych sądów rygory są już znacznie mniejsze i w zasadzie wystarczy, by w postępowaniu przed nimi zastępca procesowy umiał powołać się na najważniejsze orzecznictwo sądowe, jakie zostało wymienione w literaturze prawniczej, bez konieczności poszukiwania go samemu. Przy tym wspomniane reguły mają dotyczyć bardziej wystąpień ustnych aniżeli samych pism procesowych, w treści których nie ma w Norwegii obowiązku wykazywania („dowodzenia”) tego, jakie jest prawo¹⁴⁶.

Co znamienne, na gruncie anglosaskiej doktryny precedensu, zwłaszcza w Wielkiej Brytanii, od fachowych pełnomocników procesowych oczekuje się o wiele więcej aniżeli w Norwegii. Nie tylko mają tu oni bowiem znać zawartość (umieć je odszukać) precedensów sądowych mających znaczenie dla rozpoznania sprawy, w jakiej występują, ale dodatkowo są zobowiązani do przywołania przed sądem takich precedensów i to zarówno tych korzystnych, jak i niekorzystnych z punktu widzenia interesów ich mandanta/mandantki¹⁴⁷. W krajach natomiast z rodziny *civil law* wymóg znajomości orzecznictwa sądowego po stronie profesjonalnych zastępców procesowych ogólnie wydaje się słabszy – tak ilościowo, jak i jakościowo. Wyjątkiem zdają się być w tym względzie Niemcy i Włochy. W pierwszych od zawodowych prawników wymaga się, by posiadali wiedzę w przedmiocie dotychczas wydanych wyroków sądowych, a w razie wystąpienia takiej potrzeby, by nie omieszkali się na takie wyroki powołać – co dotyczy bardziej pism procesowych aniżeli wypowiedzi ustnych. Co więcej, w relacjach prawnik-klient, ten pierwszy ma ponosić tutaj odpowiedzialność za to, że nie zaznajomił się z orzecznictwem sądu wyższej instancji oraz być obowiązany do pokrycia szkody, jaka powstała na skutek takiego zaniedbania. We Włoszech od profesjonalnych pełnomocników procesowych oczekuje się z kolei, że będą oni przytaczać i komentować orzeczenia sądowe, jakie są istotne dla rozpoznania sprawy, w której występują, co też ci mają faktycznie w swojej pracy czynić¹⁴⁸.

146 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 196–197.

147 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 80; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *Precedent...*, s. 324, 328; Z. Bankowski i D.N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D. N. MacCormick i R. S. Summers, Aldershot 1991, s. 375, 401; J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 194–195; F. Schauer, *Thinking...*, s. 297 przypis nr 72; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 30.

148 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 234 wraz z przypisem nr 70 na tej stronie; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 24, 31; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 152.

Ogólnie na temat wymogu przytaczania argumentów z orzecznictwa sądowego w krajach z obszaru *civil law* zob. R.S. Summers i M. Taruffo, *op. cit.*, s. 487.

6. *Overruling*

6.1. Unieważnienie precedensu sądowego: wyraźne i dorozumiane

Overruling, inaczej unieważnienie czy odejście od dotychczas obowiązującego precedensu sądowego, posiada dwie zasadnicze postaci: wyraźną oraz dorozumianą.

Z pierwszą mamy do czynienia wówczas, gdy w uzasadnieniu sądowym wprost zaznaczono, iż postąpiono niezgodnie z którymś z jak dotąd obowiązujących precedensów sądowych. O unieważnieniu dorozumianym mówimy natomiast wtedy, gdy faktycznie został wydany wyrok sprzeczny z którymś z będących w mocy precedensów sądowych bez podawania tego faktu do publicznej wiadomości. W wyniku *overruling*, niezależnie od jego postaci, stanowiący do jego momentu prawo dany precedens sądowy traci swoją ważność, a ujmując to bardziej barwnie, zostaje „starty z powierzchni ziemi”. Dokładniej zaś reguła stanowiąca *ratio decidendi* dotkniętego nim precedensu sądowego przestaje na jego skutek obowiązywać, a w przypadku innych niż *the rule model* ujęć istoty sądowego precedensu, objęty nim precedensowy wyrok traci możliwość oddziaływania w sposób prawnie wiążący na podejmowanie decyzji sądowych.

Obydwie wspomniane powyżej postaci unieważniania precedensów sądowych można napotkać w Norwegii. W świetle norweskiej *stare decisis* do przeprowadzania *overruling* uprawniony jest jednak tylko jeden sąd, tj. Sąd Najwyższy (aczkolwiek zob. opisaną w pkt. 6.5. niniejszego rozdziału tego opracowania: antycypacyjną odmianę unieważniania norweskich precedensów sądowych). Ponadto z racji tego, że wyroki tylko tego sądu uważa się w Królestwie Norwegii za prawnie wiążące, przedmiotem unieważniania będą w nim w zasadzie tylko one. W stosunku do orzeczeń pochodzących od pozostałych norweskich sądów trudno byłoby bowiem twierdzić, iż podlegają one *overruling*. Z powodu iż żaden sąd nie jest w Norwegii zobligowany do ich przestrzegania, niepowielenie rozwiązań w nich zawartych nie wymaga żadnego specjalnego aktu, będąc jedynie zwykłym nieuwzględnieniem jednego z wielu możliwych do podniesienia w danej sprawie niewiążących argumentów¹⁴⁹. Z drugiej jednak strony należy mieć na uwadze, że wydanie przez norweski Sąd Najwyższy wyroku sprzecznego z orzeczeniem któregoś z norweskich sądów apelacyjnych zdaje się pozbawiać to orzeczenie niemalże w całości mocy perswazyjnej.

Dla kontrastu w anglosaskiej doktrynie precedensu przedmiotem wyraźnego i dorozumianego unieważnienia mogą być zarówno wyroki Sądów Najwyższych, jak i sądów apelacyjnych, ew. innych jeszcze sądów, których wyroki uchodzą za prawnie wiążące. Obowiązuje tu też reguła, według której sąd wyższej instancji zawsze może bez jakichkolwiek ograniczeń unieważniać precedensy pochodzące od sądu niższej instancji, sąd zaś niższej instancji nigdy nie jest uprawniony do unieważniania precedensów pochodzących od sądu wyższej instancji, będąc często także w jakiś sposób ograniczonym w unieważnianiu precedensów, jakie sam

149 Odnośnie do unieważniania precedensów sądowych w Norwegii zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 211–212, 214 i L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173.

był wcześniej ustanowił. Sądy najwyższej instancji są tutaj natomiast – przynajmniej dzisiaj – uprawnione do unieważniania precedensów nie tylko pochodzących od sądów im podległych, ale i od nich samych¹⁵⁰. Z kolei w krajach z rodziny *civil law* sądy na ogół nie unieważniają dotychczas wydanych przez nie orzeczeń, z racji iż te są w tych krajach prawnie niewiążące. Nie stosują się one po prostu do zajmowanego przez nie wcześniej stanowiska, co najwyżej podając przy tym argumenty mające wskazywać na zasadność aktualnie preferowanego przez nie sposobu rozstrzygnięcia danej kwestii prawnej¹⁵¹.

Gdy mowa o wyraźnym *overruling*, to w Norwegii nie wydaje się być ono jakoś nadużywane, tj. przynajmniej w stopniu, w jakim skutkowałoby to „podkopywaniem” pewności norweskiego prawa. Wymowna pozostaje okoliczność, iż w latach 1916–1970 norweski Sąd Najwyższy miał unieważnić wyraźnie tylko 17 ze swoich precedensów¹⁵². Jeśli chodzi natomiast o *overruling* dorozumiany, to zdarza mu się przybierać w Norwegii nieraz formę nader specyficzną. To znaczy, że do unieważnienia precedensu sądowego w ten sposób potrafi dochodzić tutaj drogą czynienia tylko nieznacznych odstępstw od poprzednio przyjętych rozwiązań. Przy tym kierunek, w jakim podążają takie zmiany, może dawać się zauważyć dopiero w perspektywie jakiegoś dłuższego czasu, często wielu lat¹⁵³.

Notabene również Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawny Komitet Apelacyjny Izby Lordów) nie jest postrzegany jako sąd, który czyniłby nadmierny użytek z przysługującego mu prawa do *overruling* w stosunku do jego własnych orzeczeń. Tak jak w przypadku Norwegii, można się w tym względzie podeprzeć statystyką, czyli tym, że liczba precedensów tego sądu unieważnionych przez niego była w pierwszych trzech dekadach następujących po 1966 r., w którym zerwano z ideą [jego] absolutnie wiążącego precedensu sądowego, bardzo niewielka, tj. w rzeczywistości mniejsza niż jeden taki precedens na rok¹⁵⁴. W krajach z kręgu *civil law* sądy zdają się natomiast często odchodzić od wyrażonego wcześniej w orzecznictwie sądowym stanowiska i powracać do niego i tak nawet po kilka razy, co skutkuje powstaniem całych linii sprzecznych ze sobą orzeczeń sądowych¹⁵⁵.

150 W przedmiocie szczegółów na temat instytucji *overruling* w USA i Wielkiej Brytanii zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 145–159; R. Cross, *op. cit.*, s. 105–115, 119–145; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 100–101; Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 326, 329, 335, 342–343, 350, 352; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 146–148; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 369–370, 394–397; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 29–30, 73–75; J. Raz, *op. cit.*, s. 189–192; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 58–63, 114–117; W. Huhn, *op. cit.*, s. 126–128.

151 Zob. D.N. McCormick i R.S. Summers, *op. cit.*, s. 538–539 i M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 223–225.

152 S. Eng, *Precedent...*, s. 211; L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173. Odnośnie do sytuacji sprzed 1916 r. zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, s. 112–114.

153 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 211.

154 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 151–152 i Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 329, 350.

155 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 258. Por. też R.S. Summers i M. Taruffo, *op. cit.*, s. 489.

6.2. Szczególna procedura

Jak zostało to zaznaczone w pkt. 2.3.1. niniejszego rozdziału tego opracowania, norweski Sąd Najwyższy nie jest prawnie związany zawartością precedensów, które sam był wcześniej ustanowił, tym samym może on też, kiedy uzna to za stosowne, od tych precedensów. Samo podjęcie decyzji o takim odstąpieniu może jednak, a w przypadku gdy zażąda tego odpowiednia liczba sędziów, musi, odbyć się tu w składzie poszerzonym.

Liczący mianowicie dwudziestu sędziów, w tym jednego prezesa, norweski Sąd Najwyższy sprawuje wymiar sprawiedliwości, wydając wyroki w różniących się pod względem liczby ich członków panelach¹⁵⁶. Przy tym zgodnie z norweskim prawem o ustroju sądów powszechnych podstawowym składem orzekającym jest w nim skład pięcioosobowy. Jeśli jednak zawisła sprawa jest sprawą o szczególnym znaczeniu, to może być tu ona lub występująca w niej kwestia prawna przekazana do rozstrzygnięcia tzw. Dużej Izbie, która składa się z jedenastu sędziów. Oceniając to, czy dana sprawa jest o szczególnym znaczeniu, czy nie, między innymi bierze się zaś pod uwagę to, czy w grę wchodzi zerwanie z interpretacją prawa, jaką norweski Sąd Najwyższy przyjął jako podstawę rozstrzygnięcia w którejś z dotychczas rozpatrzonych przez niego spraw. W stosunku natomiast do spraw wyjątkowych – przy braku jednak jednoznacznego określenia, tego na czym ta „wyjątkowość” ma polegać – może zostać postanowione, iż zostaną one lub występujące w nich kwestie prawne rozpoznane przez pełny skład norweskiego Sądu Najwyższego, który tworzą wszyscy sędziowie tego sądu za wyjątkiem wyłączonych lub nieobecnych¹⁵⁷. Co dodatkowo znamienne, ilekroć zażąda tutaj tego dwóch sędziów z panelu pięcioosobowego, zawisła przed takim panelem sprawa nie może, lecz musi być przekazana do rozpatrzenia – w zależności od decyzji prezesa norweskiego Sądu Najwyższego – Dużej Izbie lub pełnemu składowi. W razie zaś wyznaczenia Dużej Izby, jeżeli taka będzie wola tego prezesa lub sześciu spośród jedenastu członków tej izby, wyrok powinien zapaść *in pleno*¹⁵⁸.

Co przy tym specyficzne, we wcześniejszym stanie prawnym w Norwegii przewidziana była nie możliwość, lecz obowiązek przekazania panelowi poszerzonemu sprawy, w której w grę wchodziło unieważnienie będącego w mocy precedensu norweskiego Sądu Najwyższego (odejście od dotychczasowych zapatrywań prawnych tego sądu). W efekcie można twierdzić, że w Norwegii mieliśmy wtedy do czynienia ze swoistym związaniem precedensem sądowym

156 W norweskim Sądzie Najwyższym zatrudniony jest również kierownik oraz pracownicy sekretariatu, którzy dzielą się na prawników i innych urzędników, włączając w to protokolantów i asystentów (w 2006 r. prawników było piętnastu, pozostałych urzędników dwudziestu dwóch) – zob. A. Rosseland, *op. cit.*, s. 616 oraz § 9 norweskiego p.u.s.p.

157 Zob. § 5 norweskiego p.u.s.p.; por. też S. Eng, *Precedent...*, s. 190–191 i 211–212.

158 Zob. § 6 norweskiego p.u.s.p.; por. też. S. Eng, *Precedent...*, s. 191.

Co znamienne, podwalin dla procedury przeprowadzania w Norwegii *overruling* w składzie powiększonym – by poprzez uniemożliwienie ciągłych zmian w orzecznictwie norweskiego Sądu Najwyższego zagwarantować jedność norweskiego prawa i zwiększyć autorytet tego orzecznictwa – dostarczyła już ustawa z 1926 r. Zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, s. 114–115.

w poziomie. Pewne wątpliwości budziło tu jednak w tym czasie to, czy taki obowiązek przekazania sprawy panelowi poszerzonemu zachodził tylko w przypadku woli unieważnienia precedensu ustanowionego przez Dużą Izbę lub pełny skład norweskiego Sądu Najwyższego czy także w razie chęci unieważnienia precedensu ustanowionego przez orzekający w ramach tego sądu panel pięcio- czy nawet trzyosobowy.

Co również warto podkreślić, jeszcze wcześniej – bo na tle regulacji prawnej, zgodnie z którą to jeden z członków pięcioosobowego składu orzekającego w norweskim Sądzie Najwyższym zażądać rozpoznania rozpatrywanej przez niego sprawy przez pełny skład tego sądu, ilekroć dwóch lub więcej członków tego panelu nosiło się z zamiarem unieważnienia któregoś z precedensów Sądu Najwyższego – w literaturze przedmiotu podniesiono, że przepisy norweskiej ustawy o ustroju sądów powszechnych nie stanowią podstawy ani dla obowiązku po stronie norweskiego Sądu Najwyższego przestrzegania dotychczas ustanowionych przez niego precedensów, ani dla kompetencji po stronie tego sądu do unieważniania takich precedensów. To znaczy, że przepisy te nie ingerują w kształt doktryny precedensu, jaka ma panować w Królestwie Norwegii w relacji do tutejszego Sądu Najwyższego. Przy tym jednocześnie wskazywano tutaj, iż nie ma przeszkody w tym, aby sędziowie tego sądu sami dookreślali zasady, jakie mają rządzić tą doktryną^{159, 160}.

Z podobną praktyką unieważniania własnego precedensu w składzie liczniejszym niż ten, który orzeka zazwyczaj (panel zwyczajny), spotykamy się też w przypadku Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów oraz szkockiej the Inner House of the Court of Session¹⁶¹. Również w krajach z rodziny *civil law* sądy najwyższej instancji są czasem zobligowane – i to przepisem ustawy – do odstępowania od wcześniej zajmowanego przez nie stanowiska w poszczególnych kwestiach prawnych w składzie poszerzonym¹⁶².

159 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 277–278 i S. Eng, *Precedent...*, s. 201–202.

160 S. Eng zaznacza tu, że w przypadku norweskiego Sądu Najwyższego nie zdarzyło się jeszcze, aby jego panel pięciu sędziów pozwolił sobie na unieważnienie czy niezastosowanie się do precedensu ustanowionego w trakcie sesji plenarnej tego sądu. Miejsce miała tylko sytuacja, w której taki panel w taki sposób zinterpretował dwa wyroki wydane przez pełny skład tego sądu, iż późniejszy z tych precedensów unieważnił w sposób dorozumiany poprzedni. Tym samym w ocenie tego autora panel pięciu sędziów nie ma rościć tu sobie prawa do unieważniania precedensów, do jakich ustanowienia doszło *in pleno*, lub zostawiać sobie to prawo na wypadek okoliczności ekstremalnych. Inaczej wygląda to w kierunku odwrotnym – tj. pełny skład norweskiego Sądu Najwyższego ma podchodzić do przestrzegania precedensów ustanowionych przez składy pięcioosobowe tego sądu bardziej swobodnie niż one same. Przechodząc z kolei do relacji na najwyższym szczeblu, to, jak podaje S. Eng, choć nie doszło jeszcze do tego, aby pełny skład norweskiego Sądu Najwyższego w sposób wyraźny unieważnił precedens ustanowiony wcześniej przez taki skład, na pewno przyszłoby to mu łatwiej aniżeli panelowi tego sądu składającemu się tylko z pięciu sędziów. Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 200–201.

161 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 326 i 343 i D. McFadzean i G. Ryan, *op. cit.*, s. 77.

162 Zob. np. R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 32 i 39 i A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 275. W Polsce obowiązek taki określa art. 88 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018, poz. 5 z późn. zm.) oraz art. 15 § 1 pkt. 2 i art. 264–270 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153, poz. 1270 z późn. zm.).

6.3. Przesłanki unieważniania precedensów sądowych

Gdy mowa o konkretnych powodach, jakie mogą przemawiać za unieważnieniem danego precedensu sądowego, to w Norwegii ma się nie formułować w tym względzie jakichś bardzo rozbudowanych teorii. Wystarczy tu samo wykazanie tego, iż poprzednia decyzja sądowa była nieracjonalna lub niejasna¹⁶³. Przenosząc się na poziom reguły precedensu sądowego (*ratio decidendi*), argumentem za unieważnieniem zawierającego ją precedensu sądowego, mogą więc być zarówno jej wady formalne, jak i brak po jej stronie merytorycznej zasadności¹⁶⁴.

Ponadto ogólnie wskazuje się, że w Norwegii nie różnicuje się też trybu lub przesłanek *overruling* w zależności od tego, w jakim dziale (gałęzi) lub dziedzinie prawa był wydany precedensowy wyrok, jaki ma zostać unieważniony. To znaczy, że *overruling* ma wyglądać tutaj tak samo bez względu na to, czy mający nim zostać objęty precedens sądowy dotyczy prawa konstytucyjnego, stanowi interpretację przepisu zawartego w kodeksie lub zwykłej ustawie czy też został ustanowiony w obszarze nieuregulowa-

163 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 203 w związku ze s. 212. Dawniej jednak można się było spotkać z poglądem, iż od dotychczasowego precedensu sądowego wolno odstąpić tylko pod warunkiem, iż przeciwne zawartemu w nim stanowisko będzie „bez wątplenia prawidłowe” – zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 67.

164 Na gruncie anglosaskiej doktryny precedensu powstają różne koncepcje mające za zadanie zapobiec zbyt częstemu unieważnianiu precedensowych wyroków. Wśród takich potencjalnych ograniczeń dla dokonywania *overruling* warto wskazać przede wszystkim na: a) domniemanie poprawności dotychczasowego precedensu sądowego; b) wymóg oczywistej (wyraźnej, ewidentnej) błędności takiego precedensu; c) wymóg wadliwości takiego precedensu nie tylko z punktu widzenia obecnie rozstrzyganego przypadku, ale również w dalszej perspektywie; d) dodatni bilans wszystkich zysków i strat, jakie spowoduje *overruling* – korzyści z niepowielania wadliwego precedensowego wyroku w przyszłości minus uszczerbek, do jakiego dojdzie z tego powodu w zakresie pewności prawa; e) obowiązek rezygnacji z przeprowadzenia *overruling*, ilekroć sędzia nie jest w pełni przekonany co do tego, że dokonana w ten sposób zmiana w obecnym stanie prawnym jest prawidłowa; f) zachowanie wstrzeźliwości przy unieważnianiu precedensów sądowych, z których rozwiązania były często po ich ustanowieniu powielane i znalazły zastosowanie w wielu rozpoznanych sprawach sądowych; g) możliwość jedynie wyjątkowego unieważniania precedensów sądowych, do jakich ustanowienia doszło niedawno; h) konieczność podania specjalnego (szczegółowego) uzasadnienia, jakie przemawia za poczynieniem *overruling* danego precedensu sądowego; i) wymóg pojawienia się nowych argumentów, jakie nie zostały wysunięte w trakcie rozpoznawania precedensowej sprawy, tudzież zajścia zmian w warunkach, w jakich był wydawany precedensowy wyrok; j) zakaz przeprowadzania *overruling* w sprawach karnych, jeśli jego efekt miałby być niekorzystny dla oskarżonego; k) zakaz unieważniania precedensów sądowych w wyniku presji politycznej lub publicznej. Nie zastosowanie się do tych wszystkich ograniczeń i biorących się z nich zasad nie powoduje jednak tego, że unieważnienie precedensu sądowego staje się z tego powodu nieważne lub bezskuteczne – zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 134–139; L. Alexander, *op. cit.*, s. 512; G. Lamond, *op. cit.*, s. 4; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 60, 61, 62, 115; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 376–377, 388, 394; Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 328, 340–341, 350, 353; J. Raz, *op. cit.*, s. 190–191.

W krajach natomiast z rodziny *civil law* odstąpienie przez sąd od poprzednio zajmowanego przez niego w danej kwestii prawnej stanowiska wydaje się na ogół nie wymagać żadnego szczególnego uzasadnienia i nie napotykać żadnych – poza ewentualnym wymogiem proceduralnym czynienia tego w szerszym składzie niż orzekający zazwyczaj – poważniejszych przeszkód. Pewnym wyjątkiem są tutaj Niemcy i Hiszpania, gdzie zmianę w dotychczasowych zapatrywaniach prawnych sąd powinien uzasadnić zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 223–225; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 285–286; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 30–31, 57.

nym prawem stanowionym (ustawowym)^{165, 166}. Podobnie jakiejś większej różnicy ma nie robić dzisiaj w Norwegii to, czy unieważnieniu podlega tylko jeden precedensowy wyrok, czy cała linia (seria) treściowo zbieżnych ze sobą precedensów sądowych^{167, 168}.

Warto jednak zauważyć, że w Królestwie Norwegii, podobnie jak w krajach anglosaskich,

165 S. Eng, *Precedent...*, s. 212.

Dawniej wskazywano jednak na mniejszą podatność na *overruling* w przypadku precedensów sądowych ustanowionych w norweskim prawie umów (by uniknąć w nim groźby retroakcji) w porównaniu z precedensami sądowymi ustanowionymi w norweskim prawie deliktów, prawie darowizn i spadkowym oraz prawie karnym, w których nacisk miał być kładziony bardziej na merytoryczną słuszność sądowych rozstrzygnięć [a nie na pewność i stabilność prawa]. W prawie karnym trudniejsze miało być tu też przeprowadzanie *overruling* w stosunku do precedensów sądowych, jakie były korzystne dla oskarżonego zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 267–269 i L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173–174.

166 Zgoła odmiennie ma się to w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych, gdzie w zależności od rodzaju czy dziedziny prawa łatwość, z jaką jest unieważnić precedens sądowy, przedstawia się inaczej. Na przykład przyjmuje się tam, że w przypadku prawa karnego przez wzgląd na zasadę, iż prawo nie działa wstecz, nie powinno być wolno unieważniać precedensów sądowych, gdyby miało się to odbyć na niekorzyść oskarżonego. Poza tym przeprowadzenie *overruling* może być tam trudniejsze w takich obszarach prawa jak: prawo umów, w tym gospodarczych (handlowych), prawo własności, w zakresie, w jakim nakłada się ono na prawo własności, prawo spadkowe oraz prawo wyborcze tudzież w stosunku do tzw. praw nabytych. O ile też z reguły ciężiej ma być tam unieważnić precedens sądowy stanowiący interpretację przepisu ustawy od precedensu sądowego ustanowionego w obszarze nieuregulowanym prawem ustawowym, o tyle już poddanie pod *overruling* precedensów sądowych interpretujących zapisy konstytucji ma nie napotykać jakichś znacznych ograniczeń. Przy tym na uzasadnienie instnienia w tym względzie odmienności przytacza się tu głównie to, iż o wiele prościej jest znowelizować ustawę, aniżeli dokonać zmian w pisanej konstytucji. Chcąc zatem uniknąć stanu, w którym w prawie konstytucyjnym obowiązywałyby precedensy sądowe ewidentnie przestarzałe lub jawnie niesłuszne, przesłanki dla unieważniania takich precedensów w tym prawie nie mogą być nazbyt wyśrubowane. Poza tym łatwiej ma być poznać *ratio legis* przepisu ustawy aniżeli *ratio legis* postanowień konstytucyjnych, których treść może być na dodatek zmienna w czasie, stanowiąc odbicie zasad i polityk uwarunkowanych społecznie, jakie nie są stałe. Zob.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 136, 138, 156–157, 243–246; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 371–373, 376–378, 381–382, 386; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 328, 329, 350; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 6–8, 28, 32–33, 58–59; W. Huhn, *op. cit.*, s. 128.

W krajach z rodziny *civil law* dla odstępowania przez sądy od dotychczas zajmowanego stanowiska w poszczególnych kwestiach prawnych nie wprowadza się natomiast pod kątem poszczególnych dziedzin prawa raczej jakichkolwiek poważniejszych rozróżnień z wyjątkiem utrudnień dla unieważnienia precedensów sądowych ustanowionych w prawie konstytucyjnym przez Trybunały (Sądy) Konstytucyjne – por.: Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 271; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 24–25; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 113–115; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 153.

167 S. Eng, *Precedent...*, s. 212.

Dawniej jednak, przez wzgląd na opartą na prawie zwyczajowym deklaratoryjną teorię prawa, unieważnienie pojedynczego precedensu sądowego zdawało się być w Norwegii o wiele prostsze niż całej ich serii. Ponadto wykształcenie się na podstawie jakiegoś orzeczenia tutejszego Sądu Najwyższego prawnego zwyczaju w teorii oznaczało, że orzeczenie to – do czasu aż ten zwyczaj się nie zmieni – nie mogło już podlegać *overruling*, bo to ostatnie naruszałoby obowiązujące prawo – zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 266–267 i L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173.

168 *Overruling*, które pociągałoby za sobą konieczność pozbawienia mocy wiążącej całej serii precedensów sądowych, wciąż uchodzi za trudniejsze w przypadku Wielkiej Brytanii oraz Stanów Zjednoczonych (zob.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 140; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 340–341; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 388). Również w krajach z kręgu *civil law* zdecydowanie ciężiej ma być odstąpić od tzw. utrwalonej linii orzecznictwa niż od stanowiska wyrażonego tylko w jednym lub dwóch dotychczas wydanych wyrokach (zob.: R.S. Summers i M. Taruffo, *op. cit.*, s. 489; D.N. MacCormick i R.S. Summers, *op. cit.*, s. 538; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 145).

może być utrudnione unieważnianie precedensów sądowych, w których dokonano interpretacji przepisów ustawy¹⁶⁹. Dokładnie czynnikiem, jaki ma przemawiać przeciwko korzystaniu z instytucji *overruling* w przypadku takich precedensów, byłby szacunek dla woli ustawodawcy i podyktowany nim obowiązek najpierw odkrycia tej woli, a potem urzeczywistnienia jej w procesie stosowania prawa stanowionego. Ponieważ zaś zamiar legislacyjny ustawodawcy, przynajmniej tego historycznego, nie podlega zmianom, postanowienia prawa ustawowego raz w zgodzie z nim zinterpretowane nie powinny już podlegać dalszej (re)interpretacji. Tym samym unieważnienie precedensów sądowych, które zawierają interpretację takich postanowień, jeśli w ogóle, powinno się odbywać jedynie wyjątkowo – chyba że zmiana w okolicznościach, do jakiej doszło od daty ustanowienia takich postanowień wskazuje na to, że wolą prawodawcy jest rozumienie takich postanowień w sposób odmienny.

Powyższe przypuszczenie znajduje przy tym potwierdzenie w preferowanych w Norwegii metodach interpretacji tekstów prawnych. W procesie wykładni prawa w tym kraju szczególną wagę przywiązuje się bowiem właśnie do celu, jaki przyświecał ustawodawcy w trakcie przyjmowania przez niego poszczególnych aktów prawa stanowionego. Dążąc do poznania tego celu (tego, co było intencją prawodawcy) w Norwegii, podobnie jak i w pozostałej części Skandynawii, zwykło się przy tym przedsięwziąć dość specyficzne środki polegające na sięganiu – choć nie aż w takim stopniu, jak ma to miejsce w Szwecji i Finlandii – do tzw. materiałów przygotowawczych („*travaux préparatoires*”). Materiały te stanowią przede wszystkim: protokoły z obrad norweskiego parlamentu (noszącego w Norwegii nazwę „*Stortinget*”), sprawozdania z prac komisji parlamentarnych, opinie ekspertów i instytucji, które brały udział w procesie legislacyjnym, czy też rządowe projekty poszczególnych aktów prawnych i uzasadnienia do nich dołączone¹⁷⁰. Zostawiając na boku spory, czy w ten sposób można się dowiedzieć o tym, co rzeczywiście było zamiarem prawodawcy, czy też nie, warto tutaj zaznaczyć, iż po przyjęciu danego aktu prawa stanowionego zawartość wszystkich wymienionych wyżej dokumentów nie

169 W przedmiocie większej siły zasady *stare decisis* w przypadku precedensów sądowych mieszczących w sobie interpretację postanowień prawa ustawowego w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych zob.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 243–247; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 371–373, 377–378, 381–382, 386; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 6–7, 28, 32–33; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 328, 350; Z. Bankowski i D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 376–376, 383; W. Huhn, *op. cit.*, s. 128.

170 Odnośnie do materiałów przygotowawczych i ich krytyki zob. A. Peczenik, *op. cit.*, s. 282–295 i W. E. Eyben, *Judicial...*, s. 112–113.

Chociaż podkreśla się, że materiały przygotowawcze odgrywają w Norwegii o wiele mniejszą rolę niżeli w Finlandii i Szwecji, to o ich dużej randze w tym kraju świadczy choćby fakt, iż są one przedmiotem publikacji, a w wydawanym tam dzienniku ustaw pod tekstem ustawy zamieszczano do nich odpowiednie odnośniki. Są też one gromadzone w elektronicznej bazie danych o nazwie „*Forarbeid til lovene*” – zob. P.H. Lindblom, *op. cit.*, s. 329; P.A. Bertnes, *Guide to Legal Research in Norway*, 2011, pkt. 5.4. (Preparatory Work and other Background Material); P.A. Bertnes, *Guide to Legal Research in Norway*, zaktualizowane przez R.J.F. Bergström, 2015, pkt. 2.2. (Preparatory Work).

Ogólnie na temat przywiązywania dużej wagi do materiałów przygotowawczych w Skandynawii zob. też J. Husa, K. Nuotio i H. Pihlajamäki, *op. cit.*, s. 34.

może już ulec zmianie. Ta zaś właściwość mogłaby jeszcze mocniej przemawiać za tym, iż raz już prawidłowo ustalone w świetle tych dokumentów znaczenie poszczególnych postanowień ustawy nie powinno być później modyfikowane. Tym samym też unieważnienie precedensu sądowego, w którym dokonano wykładni przepisu prawa stanowionego po uwzględnieniu wszystkich dostępnych materiałów przygotowawczych, musiałoby być podparte jakimiś naprawdę mocnymi argumentami. Jednym z nich byłaby niewątpliwie zmiana woli (zapatrywań na daną kwestię prawną) po stronie samego prawodawcy. Objawić by się ona mogła – poza samą nowelizacją postanowień ustawy, które zostały wcześniej zinterpretowane precedensowym wyrokiem – mającą miejsce po wydaniu takiego wyroku działalnością legislacyjną w dziedzinach pokrewnych materiom uregulowanym takim wyrokiem. Taka działalność, choć nie dotyczy bezpośrednio interpretowanego precedensem sądowym przepisu prawa, może bowiem wskazywać kierunek (trend) dokonujących się i pożądanym przez ustawodawcę zmian w prawie (tj. „podpowiadać”, co stanowi tzw. aktualną intencję prawodawcy)¹⁷¹.

Przy omawianiu przyczyn uzasadniających sięganie do instytucji *overruling* warto również poruszyć problem, który jedynie hipotetycznie dotyczy Królestwa Norwegii, ale jest niezmiernie istotny z punktu widzenia celów niniejszego opracowania. Chodzi mianowicie o kwestię unieważniania precedensów sądowych, jakie są sprzeczne z prawem Unii Europejskiej¹⁷². Kluczowe dla funkcjonowania zasady *stare decisis* w przypadku państw będących członkami Unii Europejskiej jest bowiem pytanie, który z sądów – czy każdy, czy tylko uprawniony do *overruling* – może nie zastosować się do kolidującego z prawem unijnym precedensu sądowego. Patrząc na to przez pryzmat Norwegii, w grę wchodziłyby w tym względzie w zasadzie dwa konkurencyjne rozwiązania, tj. albo prawo do unieważnienia takiego precedensu należałoby tylko do tutejszego Sądu Najwyższego, albo przysługiwałoby ono każdemu norweskiemu sądowi niezależnie od miejsca, jakie przyszło mu zajmować w hierarchii sądowej. Poza tym sprzeczność z prawem unijnym można by tu postrzegać w kategoriach przesłanki przemawiającej za skorzystaniem z antycypacyjnego *overruling* – odnośnie do tej instytucji zob. pkt. 6.5. niniejszego rozdziału tego opracowania¹⁷³. Przy tym pozostawienie prawa do decydowania o tym, co jest sprzeczne, a co nie,

171 Taką możliwość modyfikacji, a nawet całkowitego pozbawiania mocy obowiązującej precedensu sądowego na skutek zmian, jakie miały miejsce po jego ustanowieniu w prawie ustawowym bezpośrednio nie regulującym kwestii rozstrzygniętej tym precedensem, dopuszcza się w Szkocji; przy czym na jej uzasadnienie przywołuje się tam zasadę: *cessante ratione legis cessat lex ipsa* – zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 329 i 345.

172 Norwegia, mimo iż nie jest jednym z Państw Członkowskich Unii Europejskiej, nie jest całkowicie wyłączona z procesów integracji prawnej, jaka dokonuje się w ramach Unii Europejskiej. Pozostaje ona bowiem członkiem Europejskiej Przestrzeni Gospodarczej, z czym wiąże się obowiązek wdrożenia części unijnych regulacji prawnych do jej prawa krajowego – zob. przypis nr 11 w rozdziale I niniejszego opracowania.

173 Obecnie problem konfliktów, w jakie mogą wchodzić krajowe precedensy sądowe z prawem Unii Europejskiej, wraz z pytaniem o to, który z sądów ma być uprawniony do diagnozowania i usuwania tu potencjalnych sprzeczności, dotyka w pełni Wielką Brytanię. W tym przedmiocie zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 90–92, 154–155, 193–195 i Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 352.

z prawem Unii Europejskiej wyłącznie w gestii norweskiego Sądu Najwyższego niewątpliwie korespondowałyby z ideą *stare decisis*, ale równocześnie skutkowałyby osłabieniem zasady bezpośredniej stosowalności i pierwszeństwa prawa unijnego nad prawem krajowym (co dotyczyłoby unijnych rozporządzeń i unijnego prawa pierwotnego).

Podobny problem jak prawo unijne rodzą w kontekście doktryny wiążącego precedensu w przypadku państw będących członkami Unii Europejskiej orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z którymi również mogą pozostawać w sprzeczności istniejące w chwili ich wydania lub ustanowione później krajowe precedensy sądowe. Także tym razem mamy bowiem do czynienia z dylematem, czy o kolizji precedensu pochodzącego od Sądu Najwyższego z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej władny jest orzekać tylko Sąd Najwyższy czy również związane jego precedensami sądy niższej instancji. Analogiczne problemy będą też dotyczyć zapisów konstytucji, jakie stosuje się bezpośrednio, oraz umów prawa międzynarodowego, które mają bezpośrednie zastosowanie w prawie wewnętrznym i są stosowalne z pierwszeństwem nad prawem (ustawodawstwem) krajowym.

6.4. *Overruling* prospektywny (ze skutkiem wyłącznie na przyszłość)

W efekcie skorzystania z tzw. prospektywnego *overruling* objęty nim precedens sądowy przestaje być prawem obowiązującym bez skutku jednak dla sprawy, przy okazji rozpoznawania której dokonano unieważnienia tego precedensu – ewentualnie dla innych jeszcze spraw, w których w dniu, w którym doszło do *overruling*, toczyły się już postępowania sądowe, lub które dotyczą stosunków prawnych, jakie już w tym dniu zostały nawiązane. W tym też sensie prospektywne unieważnienie następuje wyłącznie na przyszłość (*pro futuro*), nie mając mocy retrospektywnej. W przypadku bowiem „zwykłego” *overruling* również sprawa, w związku z rozpoznawaniem której doszło do unieważnienia danego precedensu sądowego, nie jest na podstawie tego precedensu rozstrzygana, przez co unieważnienie tego precedensu działa nie tylko naprzód, lecz w pewnym sensie także wstecz.

W Norwegii prospektywny *overruling* w zasadzie nie występuje, przynajmniej w swojej czystej postaci. Poważną przeszkodę dla wykształcenia się tu takiej instytucji upatruje się we wspomnianej już wcześniej w niniejszym opracowaniu „małomówności” tutejszych sędziów tudzież w deklaratoryjnej teorii prawa. Co jednak znamienne, za pewien substytut unieważniania precedensów sądowych z mocą wyłącznie na przyszłość można uznać w Norwegii przypadki, w których norweski Sąd Najwyższy oświadcza, iż przejawia wątpliwości co do zgodności danego postanowienia ustawy z norweską konstytucją, jednocześnie nie unieważniając jednak tego postanowienia, ponieważ sprawa obecnie przez niego rozstrzygana nie wymaga zastosowania go w niej. Tego typu wypowiedzi mogą być bowiem odczytywane w ten sposób, iż jak tylko nadarzy się taka okazja, to sąd ten postąpi zgodnie z tym, co wcześniej (za)powiedział¹⁷⁴.

Unieważnianie precedensów sądowych z mocą wyłącznie na przyszłość bywa natomiast

174 S. Eng, *Precedent...*, s. 212; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 304.

czasem stosowane w Stanach Zjednoczonych. Z wyraźną dezaprobatą spotkało się zaś na gruncie brytyjskim – co nie znaczy, że w tamtejszych sądach nie podejmuje się żadnej dyskusji w przedmiocie jego dopuszczenia¹⁷⁵. W Wielkiej Brytanii niejko w zamian można się natomiast natknąć na obwieszczenia zamieszczane w treści *obiter dictów* (czasem również w wypowiedziach nieoficjalnych) o mogących się potencjalnie dokonać zmianach w dotychczasowej zawartości precedensowego prawa¹⁷⁶. Z kolei w krajach z rodziny *civil law* prospektywnego *overruling* wydaje się brakować niemalże z definicji. Trybunały (Sądy) Konstytucyjne – tak jak na przykład polski – potrafią tutaj natomiast orzec o niezgodności danego aktu prawnego lub jego części z aktem prawnym wyższego rzędu (przede wszystkim pisaną konstytucją), zastrzegając równocześnie, iż utrata mocy obowiązującej przez pierwszy z tych aktów nastąpi nie z chwilą, w której stwierdzają one jego niezgodność lub w której doszło do jego ustanowienia, ale dopiero po upływie jakiegoś czasu, np. trzech miesięcy, od daty ogłoszenia wydanego przez nie wyroku. Ponadto – jak czyni to na przykład włoski Sąd Konstytucyjny – możliwa jest tu też konfiguracja, w której taki trybunał (sąd) nie unieważnia (by nie dopuścić do powstania luki w prawie) przepisu ustawy uznanego przez siebie za sprzeczny z pisaną konstytucją, a jedynie straszy, że uczyni to w przyszłości, jeśli parlament sam, przez odpowiednią zmianę na drodze legislacyjnej, nie usunie zachodzącej sprzeczności¹⁷⁷.

6.5 *Overruling* antycypacyjny

Antycypacyjna postać unieważniania precedensów sądowych polega na ogół na tym, iż sąd, który z zasady nie jest uprawniony do przeprowadzania *overruling*, niejako uprzedzając (wy-ręczając) sąd nad nim przełożony, unieważnia precedens ustanowiony przez ten ostatni sąd. Innymi słowy, kierując się potencjalną wolą sędziów zasiadających w sądzie uprawnionym do *overruling* i chcąc przyspieszyć ziszczenie się tej woli, sędzia zasiadający w sądzie, jaki co do zasady nie ma prawa do unieważniania precedensów sądowych, nie stosuje się tu w rozpoznawanej przez siebie sprawie do wiążącego go *prima facie* precedensu sądowego.

Co znamienne, wskazuje się, że w Norwegii antycypacyjny *overruling* jest formalnie dopuszczony – co nie znaczy jednak, że jest on tutaj w praktyce często stosowany¹⁷⁸.

175 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 162–163; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 302–304; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 344; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 397–398; R. Cross, *op. cit.*, s. 219–221; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 228–232.

176 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 163 i J. Raz, *op. cit.*, s. 198 przypis nr 18.

177 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 225 wraz z przypisem nr 50 na tej stronie i M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 179–180; por też: L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 250.

178 S. Eng, *Precedent...*, s. 212. Por. też: L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 172–173 i T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway*, L., s. 111.

Z drugiej jednak strony A. Peczenik nadmienia, iż ostatni raz, kiedy sąd pierwszej instancji umyślnie nie zastosował się w Norwegii do precedensu pochodzącego do Sądu Najwyższego, miał miejsce na początku ubiegłego stulecia (– zob. A. Peczenik, *On Law...*, s. 281 i Rt 1910, s. 476).

Gdy chodzi o system prawa anglosaskiego, to antycypacyjne unieważnianie precedensów sądowych głównie z powodu, iż bezpośrednio godzi ono w istotę zasady związania precedensem sądowym, obce jest zarówno doktrynie precedensu panującej w Wielkiej Brytanii, jak i doktrynie precedensu obecnej w Stanach Zjednoczonych. Wszystkie też podejmowane w tych krajach próby mające na celu jego wprowadzenie zawsze kończyły się tam niepowodzeniem¹⁷⁹. Podobne skutki do tych, jakie ma antycypacyjny *outruling*, może w prawie anglosaskim wywołać jednak oczywiście „zestarzenie się” („zdezaktualizowanie się”) precedensu sądowego. W razie bowiem gdy ustanowiony wiele lat temu taki precedens całkowicie nie przystaje do aktualnej rzeczywistości, w tym prawnej, istnieje spora szansa na to, że nie zostanie on tam w konkretnej sprawie zastosowany już na etapie postępowania w sądzie niższej instancji. Przypadek dezaktualizacji musi być jednak ewidentny w sensie niepozostawiania co do niego żadnych wątpliwości (zachodzi on np. w przypadku precedensowego wyroku z czasów zamierzchłych, jaki wyklucza od strony prawnej możliwość dokonania przez męża gwałtu na żonie)¹⁸⁰.

W krajach z obszaru *civil law* z racji, iż precedensy sądowe nie są tam wiążące, nie używa się takiego pojęcia jak antycypacyjny *outruling*. Jak jednak słusznie wskazują odnośnie do Polski L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, nie oznacza to, że nie zdarza się w nich, iż sąd wyższej instancji obierze za słuszny punkt widzenia sądu niższej instancji, który pozostaje w [zamierzonej] sprzeczności z jego własnym dotychczasowym stanowiskiem¹⁸¹.

7. *Distinguishing*

Bez sięgania do instytucji *outruling* można nie zastosować w danej sprawie wiążącego w niej precedensu sądowego drogą tegoż wyróżnienia (*distinguishing*). Inaczej jednak niż w przypadku unieważnienia, wyróżnienie nie powoduje utraty ważności po stronie objętego nim precedensu sądowego. Przy tym przesłanką stosowania *distinguishing* jest stwierdzenie, iż sprawa obecnie rozstrzygana i sprawa, w której ustanowiono precedens sądowy, jaki ma zostać wyróżniony, na tyle się ze sobą różnią, iż z punktu widzenia prawa każda z tych spraw zasługuje na odmienne potraktowanie.

W ramach koncepcji *the rule model* wyróżnianie precedensów sądowych odbywa się w drodze ustanowienia dla aktualnie rozpoznawanego przypadku takiej reguły, której akceptacja nie podważa zasadności rozstrzygnięcia zawartego w precedensowym wyroku. Tym samym w wyniku *distinguishing* albo powstaje nowa reguła węższa od reguły wyróżnionego precedensu sądowego (*ratio decidendi*), której zakres zastosowania musi obejmować stan faktyczny obecnie rozpoznawanego przypadku, nie obejmując zarazem stanu faktycznego, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej, albo reguła wyróżnionego precedensu sądowego podlega takiej modyfikacji, iż

179 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 165; Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 344–345; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 398–399.

180 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 85 i R. Cross, *op. cit.*, s. 144–145.

181 Zob. L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 250.

mimo że wciąż uzasadnia ona wyrok, jaki zapadł w sprawie precedensowej, w sprawie aktualnie rozpoznawanej prowadzi do innych konsekwencji prawnych aniżeli w swojej oryginalnej postaci. Ponieważ jednak wyróżnianie nie może być środkiem do obchodzenia precedensowego prawa i zasady *stare decisis*, takie ustanowienie nowej reguły lub modyfikacja dotychczasowej powinny być przy tym w jakiś sposób uzasadnione – tj. zwłaszcza poprzez wykazanie braku wystarczającego podobieństwa między faktami sprawy obecnie rozpoznawanej a faktami sprawy precedensowej¹⁸² tudzież przez podparcie się innymi jeszcze argumentami, jakie przemawiają za potraktowaniem tych spraw w sposób niejednakowy (argumenty te mogą się odwoływać do zdrowego rozsądku, sprawiedliwości, zasad ekonomii itd., byle tylko nie prowadziły one do wniosku, iż precedensowa sprawa powinna zostać rozstrzygnięta w sposób inny, niż miało to miejsce).

W modelu precedensu sądowego z analogii kwestia *distinguishing* przedstawia się jeszcze prościej. Skoro bowiem prawidłowa ma być zasada, według której sprawy podobne powinno się traktować podobnie, to również prawidłowa powinna być zasada odwrotna nakazująca przypadki odmienne traktować w sposób odmienny. Zarówno więc zachodzenie istotnego podobieństwa między sprawą aktualnie rozpoznawaną a sprawą precedensową, jak i wystąpienie między takimi sprawami istotnych różnic będzie mieć w tym modelu podstawowe znaczenie dla zastosowania bądź odmowy zastosowania poszczególnych precedensów sądowych. Wyróżnianie precedensów sądowych wydaje się tym samym z góry wpisane w istotę tego modelu i nie stanowi tu jakiegóż szczególnej procedury. Przy tym w zależności od tego, który z opisanych w pkt. 3.3.1. niniejszego rozdziału tego opracowania możliwych sposobów ujmowania przebiegu rozumowania *per analogiam* obierzemy, o tym, że porównywane sprawy się ze sobą istotnie różnią, przesądzać będzie co innego. W ujęciu analogii zwanym „faktualnym” kluczowa rola przypadnie tu intuicji, rozsądkowi, emocjom, ewentualnie rezultatowi, jaki jest pożądany w sprawie aktualnie rozstrzyganej tudzież uwarunkowanej prawną tradycją wyobraźni. Z kolei w ujęciu analogii zwanym „racjonalnym” o zachodzeniu istotnych różnic będzie decydować tutaj zawartość „precedensowych racji” oraz brak wystąpienia w sprawie aktualnie rozpoznawanej takich samych lub podobnych okoliczności faktycznych, jak te, które zostały uznane za istotne (sprawcze) w przypadku sprawy precedensowej.

Warto w tym miejscu jednak zauważyć, iż samo stwierdzenie tego, że obecnie rozpoznawana sprawa jest specyficzna w porównaniu ze sprawą precedensową, tak w modelu precedensu sądowego z analogii, jak i w modelu precedensu sądowego opartym na precedensowych regułach, może nie wskazywać na to, jakie dokładnie skutki prawne mają zostać przypisane tej pierwszej sprawie, a jedynie uzasadniać odmowę zastosowania w niej danego precedensu sądowego. W efekcie też tego skutki te będą musiały zostać ustalone w jakiś inny sposób. Przy tym jeśli sąd, który dokonuje *distinguishing*, uprawniony jest do ustanawiania wiążących precedensów sądowych, to wydawany tu przez niego wyrok będzie tworzył kolejny taki precedens

182 W ramach koncepcji *the rule model* wyróżnianie precedensów sądowych jako odwrotność analogii (dysanalogię) postrzegają G. Lamond, L. Alexander i E. Sherwin oraz R. Cross – zob. G. Lamond, *op. cit.*, s. 19; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 67, 83, 123; R. Cross, *op. cit.*, s. 184–185; por. też S. Brewer, *op. cit.*, s. 1006–1012.

(w przypadku opowiedzenia się za *the rule model ratio decidendi* tego precedensu będzie stanowić nowa, węższa od reguły wyróżnionego precedensu sądowego lub będąca modyfikacją tej reguły, ogólna reguła nadająca się na podstawie zawartego w tym wyroku rozstrzygnięcia).

Ponadto, co szczególnie godne uwagi, do korzystania z instytucji *distinguishing* uprawniony jest każdy z sądów niezależnie od tego, jakie miejsce przypada mu w hierarchii sądowej. W rezultacie nawet sąd pierwszej instancji władny jest w ten sposób nie zastosować się do wiążącego go *prima facie* precedensu sądowego, w tym takiego, który pochodzi od sądu najwyższej instancji. Sam *distinguishing* może też przybrać zarówno postać wyraźną, jak i postać dorozumianą. Pierwsza polega na tym, że skład orzekający sam zaznacza, że przy wydawaniu przez niego wyroku miało miejsce wyróżnienie któregoś z precedensowych wyroków wraz ze wskazaniem, o który dokładnie taki wyrok chodzi; przy czym skład ten może tu podać jeszcze przyczyny przemawiające za potraktowaniem sprawy obecnie przez niego rozstrzyganej w sposób odmienny od tego, w jaki została potraktowana sprawa precedensowa. *Distinguishing* dorozumiany sprowadza się natomiast do niezastosowania w aktualnie rozpoznawanej sprawie znajdującego w niej *prima facie* zastosowanie precedensu bez podawania tego faktu do wiadomości w treści uzasadnienia wyroku wydanego w tej sprawie. W efekcie to dopiero komentatorzy, adwokaci czy inni sędziowie – po różnicach, jakie zachodzą między tą sprawą a sprawą, w jakiej został ustawiony niezastosowany precedens sądowy – stwierdzają później (drogą domyslenia się), że doszło do tegoż wyróżnienia.

W Norwegii występują obydwa z opisanych wyżej rodzajów *distinguishing*. Czasem bowiem norweski sędzia przy wydawaniu przez siebie wyroku zignoruje przytoczony przez strony (ich pełnomocników procesowych) precedens sądowy tudzież poprzestanie na samej tylko wzmiance, że jakiś taki precedens nie znajduje w obecnie rozstrzyganej sprawie zastosowania bez podania żadnego dalszego uzasadnienia. Innym zaś razem zwróci uwagę na odmienności, jakie zachodzą między którąś ze spraw precedensowych i sprawą obecnie przez niego rozstrzyganą, nie pokusiwszy się już przy tym o sformułowanie jakiegokolwiek ogólnej reguły¹⁸³. Jeszcze innym natomiast razem, wskaże na to, czym sprawa aktualnie przez niego rozpoznawana i sprawa, w jakiej ustanowiono dany precedens sądowy, się różnią, następnie wyjaśni, jakie znaczenie mają różnice zachodzące między tymi sprawami z punktu widzenia prawa, po czym wykorzysta takie różnice dla uzasadnienia przypisania tej pierwszej sprawie innych skutków prawnych, niż nakazuje to ten precedens¹⁸⁴. Jeden z czynników mających wyjaśniać taką rozpiętość zachowań po stronie norweskich sędziów upatruje się przy tym w stopniu pewności tych sędziów co do zasadności przyjętej przez nich dystynkcji. Im mniej dany sędzia ma takiej pewności, tym mniej będzie tu „wygadany”. Im natomiast ma on jej więcej, tym większa jest szansa, że powoła się on na odmienności między sprawą precedensową i sprawą obecnie przez niego rozpoznawaną, by wykorzystać je jako argument dla wykazania zasadności potraktowania tej drugiej sprawy w sposób odmienny¹⁸⁵.

183 S. Eng, *Precedent...*, s. 210 i 214.

184 S. Eng, *Precedent...*, s. 210.

185 S. Eng, *Precedent...*, s. 210.

Również w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych są obecne obydwie z opisanych powyżej postaci *distinguishing*, tj. wyraźne i dorozumiane¹⁸⁶. Gdy chodzi zaś o kraje z rodziny *civil law*, to takiej instytucji raczej się tam nie uświadczy, tj. przynajmniej gdy pojmujemy ją jako odmowę zastosowania w aktualnie rozpoznawanej sprawie stanowiska prawnego z poprzednio wydanego orzeczenia z powodu różnic faktycznych (dysanalogii) między tą sprawą a sprawą, w której to orzeczenie zostało wydane¹⁸⁷. Na pewne oznaki praktyk *à la* anglosaski *distinguishing* wskazuje się jednak w przypadku Niemiec i Włoch¹⁸⁸.

Wracając natomiast na chwilę jeszcze do Norwegii, trzeba nadmienić o szczególnej technice (postaci) dorozumianego *distinguishing*, jaka bywa w niej stosowana. Chodzi tu mianowicie o takie sytuacje, w których sędzia nie mówiąc wprost, że wyróżnia jakiś lub jakieś z będących w mocy precedensów, niejako w zamian w uzasadnieniu wyroku, jaki wydaje, podaje [skrupulatny] opis stanu faktycznego, jaki wystąpił w rozpoznanej tym wyrokiem sprawie. W efekcie mimo nasświetlenia [w szczegółowy sposób] okoliczności faktycznych sprawy przez siebie rozstrzygniętej, nie wypowiada się on w ogóle w zakresie relacji, jakie zachodzą między tymi okolicznościami a okolicznościami faktycznymi, które miały miejsce w sprawie (sprawach), w której (których) ustanowiono precedens (precedensy), jakiego (jakich) nie zastosował. Wyjaśnienie tych relacji zostawia on bowiem sędziom, którym przyjdzie orzekać po nim, licząc na to, że to oni podadzą powody wskazujące na zasadność przeprowadzonego przez niego *distinguishing* i w ten sposób zharmonizują jego decyzję z dotychczasową zawartością precedensowego prawa¹⁸⁹.

Ponadto gdy mowa jest o *distinguishing* w Norwegii, należy mieć na uwadze, iż tutejsi sędziowie, ale także akademicy i adwokaci, nie nadużywają raczej tej instytucji w praktyce. Nie zwykli oni mianowicie obmyślać wyrafinowanych (pretensjonalnych) rozróżnień, jakie miałyby na celu uniknięcie zastosowania w poszczególnych sprawach precedensów sądowych, jakich od strony merytorycznej oni osobiście nie akceptują¹⁹⁰. W związku też z tym w Norwegii rzadko kiedy natkniemy się na zjawisko znane w doktrynie anglosaskiej pod nazwą „strugania precedensów

186 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 170; R. Cross, *op. cit.*, s. 21–22, 102–103, 104–105, 130–131, 184–185; G. Lamond, *op. cit.*, s. 8–14, 19–21; J. Raz, *op. cit.*, s. 183–189, 196; L. Alexander, *op. cit.*, s. 504–505, 506; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 122–124; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 29–41; S. Brewer, *op. cit.*, s. 1006–1018; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 2–3; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 101; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 390–392; Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 341–342; H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 134–135; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 285–287; W. Huhn, *op. cit.*, s. 119–125.

187 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 225–227; D.N. McCormick i R.S. Summers, *op. cit.*, s. 537–538; zob. tu też uwagi poczynione w: R.S. Summers i M. Taruffo, *op. cit.*, s. 488–489; por. natomiast L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 248–249. Na tle Niemiec, Francji, Włoszech i Hiszpanii zob.: R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 54–55; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 132; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 15; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 175, 176–177; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 284.

188 Zob. R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 54–55 i M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 175, 176–177.

189 S. Eng, *Precedent...*, s. 214.

Notabene na istnienie podobnej praktyki wskazuje się też w odniesieniu do Szwecji – zob. G. Bergholtz i A. Peczenik, *op. cit.*, s. 309.

190 S. Eng, *Precedent...*, s. 210.

[sądowych]”, czyli uczynienia w drodze *distinguishing* od danego precedensu sądowego tyłu wyjątków, iż precedens ten na ich skutek traci jakiegokolwiek znaczenie dla rozstrzygnięcia pierwotnie objętych jego zakresem zastosowania stanów faktycznych (zakres oddziaływania tego precedensu staje się bowiem tak „uszczuplony”, iż obecnie precedens ten znajduje zastosowanie już tylko w sprawie, w której został ustanowiony, ewentualnie sprawach identycznych lub niemalże identycznych jak ona)¹⁹¹.

8. Manipulowanie faktami (*fact-adjusting*) i przeformułowywanie precedensów sądowych

Jak się podaje, w norweskiej praktyce orzeczniczej można się też doszukać umyślnych manipulacji na faktach sprawy aktualnie rozstrzyganej. Polegają one na tym, że sędzia w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku celowo poddaje niezgodny z rzeczywistością opis stanu faktycznego, jaki miał miejsce w rozstrzygniętej tym wyrokiem sprawie, aby rozpoznanie tej sprawy na podstawie obowiązującego prawa mogło być takie, jakie jego zdaniem jest bardziej pożądane (sprawiedliwsze). W przypadku prawa precedensowego chodziłoby tu więc o taki opis zniekształcający okoliczności faktyczne aktualnie rozpatrywanego przypadku, jaki pozwala na powołanie się na precedens sądowy, który inaczej nie miałby zastosowania, albo jaki pozwala na niezastosowanie precedensu sądowego, który inaczej miałby zastosowanie. W dążeniu do wydania bardziej pożadanego (sprawiedliwszego) rozstrzygnięcia sędzia opisuje tutaj zatem stan faktyczny zawieszony przed nim sprawy tak, jakby tego nie zrobił, gdyby nie chęć zastosowania/niezastosowania w nim danego precedensowego wyroku (wyroków). S. Enga stawia przy tym hipotezę, iż zabiegi tego typu są o wiele częściej praktykowane, niż się zazwyczaj uważa¹⁹².

Co warto podkreślić, jak zauważa to S. Eng, takie manipulowanie przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy aktualnie rozpoznawanej stanowi pewną alternatywę dla instytucji *overruling* i *distinguishing*. W praktyce wszystkie trzy mogą bowiem prowadzić do osiągnięcia tego samego rezultatu, jakim jest rozstrzygnięcie danej sprawy w sposób odmienny, niż nakazuje to znajdujący w niej, przynajmniej *prima facie*, zastosowanie precedens [sądowy]. Atrakcyjność manipulowania faktami obecnie rozpoznawanej sprawy ma być jednak – zdaniem tego autora – z punktu widzenia sędziego o wiele większa aniżeli korzystania z tych dwóch pozostałych instytucji. Przede wszystkim takie manipulowanie nie implikuje, tak jak *overruling*, prawotwórczego charakteru orzeczeń sądowych. Tym samym nie stoi ono więc w sprzeczności ani z deklaratoryjną teorią prawa precedensowego, ani z zasadą podziału władzy. Poza tym otwarte

191 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 211 (choć autor ten używa tu w tym kontekście terminu „*overruling*”).

Na temat „strugania” tudzież wyróżniania aż do „śmierci”, w tym z możliwością „rezurekcji”, precedensów sądowych w systemie prawnym typu *common law* zob.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 174–175; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 392–394; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 342, 343; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 45, 184, 277.

192 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 315; S. Eng, *Precedent...*, s. 214.

przyznawanie się do unieważnienia jakiegoś precedensu sądowego mogłoby godzić w wyobrażenie o prawie jako o czymś nieomylnym i pewnym, a także spowodować, że ludzie zaczęliby obarczać sędziów odpowiedzialnością za konsekwencje wydawanych przez nich wyroków.

Również w zestawieniu z *distinguishing* manipulacje przy opisywaniu stanu faktycznego, jaki miał miejsce w zawisłej sprawie, mogą mieć, patrząc na to z perspektywy orzekającego sędziego, pewną zaletę. Po pierwsze jak reguła precedensu mającego zostać wyróżnionym jest jasna i ugruntowana, to zdaniem S. Enga mają występować tu te same problemy co w przypadku *overruling*. Przy tym z takimi jasnymi i ugruntowanymi regułami mamy mieć do czynienia głównie w postępowaniach toczących się w sądach pierwszej instancji. Po drugie manipulacje na faktach aktualnie rozstrzyganej sprawy mają być w opinii tego autora o wiele prostsze niż wyróżnienie precedensu sądowego. Od sędziego korzystającego z *distinguishing* wymaga się bowiem konstruowania nowych, coraz bardziej skomplikowanych reguł i co więcej takich reguł, które pozwolą zachować koherencję w prawie z punktu widzenia zdrowego rozsądku. Do opracowania zaś takich reguł jest potrzebna odpowiednia wiedza oraz obróbka materiału przedstawionego przez pełnomocników procesowych stron, a często także pozyskanie, sortowanie i przyswojenie przez sędziego informacji, jakich on dotychczas nie posiadał. Na to ostatnie z kolei członkowie judykatury często mają nie mieć czasu, będąc zarzuconymi nadmiarem spraw, jakie oczekują na sądowe rozstrzygnięcie.

Ponadto w przypadku sędziów orzekających w sądach niższych instancji, oprócz czynników już wymienionych, od korzystania z wyraźnej postaci *distinguishing* i *overruling* ma ich odstraszać też groźba uwzględnienia apelacji z powodu niezastosowania się do wiążącego ich precedensu [przy czym jeśli chodzi o *overruling*, to w Norwegii w grę wchodzić mógłby tu tylko *overruling* antycypacyjny]. W dodatku sędziowie zasiadający w tych sądach mają z reguły jeszcze mniej czasu i jeszcze gorszy dostęp do informacji w postaci literatury fachowej, zbiorów orzeczeń czy materiałów przygotowawczych niż ich koledzy z sądów wyższych instancji. Co więcej, nawet przy dysponowaniu odpowiednią ilością czasu i informacji – w mniemaniu S. Enga – *distinguishing* może się takim sędziom jawić jako zadanie nazbyt skomplikowane.

Pewne ułatwienie dla przeprowadzania manipulacji przy określaniu stanu faktycznego sprawy obecnie rozpoznawanej mają też stanowić, w ocenie S. Enga, same reguły w przedmiocie ciężaru dowodu. Mimo bowiem ich dużej liczby najczęściej nie tylko nie zostały one w przeważającej mierze autorytatywnie spisane w prawie ustawowym, ale poza tym są one jeszcze często bardzo ogólne, dwuznaczne oraz wzajemnie sprzeczne lub w inny jeszcze sposób pozostawiające swobodę co do ich wykładni lub harmonizacji. Stąd umiejętnie manewrujący nimi sędzia może dość łatwo uzyskać „*lege artis*” pożądaną przez siebie [„udowodnioną”] opis stanu faktycznego, niekoniecznie mający wiele wspólnego ze stanem faktycznego zawisłej sprawy, jaki miał miejsce w tej sprawie w rzeczywistości¹⁹³.

193 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 314–318.

S. Eng dostrzega tu też następującą prawidłowość: im bardziej rygorystyczna jest dana doktryna precedensu, im bardziej zakłada się, że prawo jest [z góry] ustalone, im trudniejsze wydaje się dokonanie *distinguishing* w przypadku

W Norwegii zdarza się też czasem, że w jakimś momencie dany precedens sądowy zostanie przez jakiś sąd zinterpretowany w sposób odmienny niż rozumiano go dotychczas¹⁹⁴. Tego typu zabiegi można by przy tym nazywać „przeformułowywaniem” czy „reinterpretacją” precedensu sądowego. Ich celem może być zwłaszcza takie wypaczenie znaczenia precedensowego wyroku, by nie tylko nie musieć przypisać sprawie aktualnie rozpoznawanej przewidzianych takim wyrokiem skutków prawnych, ale jeszcze – posłużwszy się tym właśnie wyrokiem – rozstrzygnąć tę sprawę po swojej myśli.

Trudno ocenić, w jakim stopniu do manipulacji przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy obecnie rozstrzyganej dochodzi w Wielkiej Brytanii i USA¹⁹⁵ oraz państwach z systemem prawnym typu *civil law*. W stosunku do tych ostatnich wydaje się, iż, przynajmniej gdyby miało się to odbywać w celu (nie)zastosowania danego orzeczenia sądowego w aktualnie rozpoznawanej w sądzie sprawie, z racji braku wiążącego charakteru takiego orzeczenia, sędziowie z tych państw na ogół nie będą widzieć takiej konieczności. Bardziej skorzy wydają się już oni do naginania nie faktów, lecz prawa (choćby drogą wykładni rozszerzającej lub zwężającej, analogii *contra legem*, argumentu *ad absurdum* itp.)¹⁹⁶. Z tych samych zresztą względów brak będzie w tych krajach jakiejś większej potrzeby reinterpretowania dotychczas wydanych orzeczeń sądowych. Z przeformułowywaniem precedensów mamy natomiast na pewno do czynienia w krajach anglosaskich¹⁹⁷. Przy tym za szczególną postać takiego przeformułowywania można by w ich przypadku uznać takie wypaczenie sensu danego precedensu sądowego, iż w rezultacie to, co stanowiło jego *ratio decidendi*, kwalifikowane jest jako jego *obiter dicta*. Taki też zabieg określa się tam mianem „*obiter-ing a precedent*”¹⁹⁸.

9. Precedens sądowy a prawo stanowione w Norwegii

9.1. Zasada prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym

W Norwegii obowiązuje zasada prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym. Oznacza ona, że drogą wydania sprzecznej z nim ustawy można derogować tu każdy z ustanowionych dotychczas precedensów sądowych niezależnie od tego, czy taki precedens stanowi interpretację postanowień ustawowych czy też został ustanowiony w obszarze jak dotąd nie-

konkretnego precedensu, tym większa ma być tendencja [po stronie sędziów] do decydowania się na stosowanie manipulacji przy ustalaniu kształtu okoliczności faktycznych sprawy aktualnie rozpoznawanej – zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 318.

194 S. Eng, *Precedent...*, s. 214.

195 Por. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 144.

196 Odnosnie do sytuacji, w których sąd naciąga nie fakty, lecz prawo, aby osiągnąć rezultat, jaki uważa za sprawiedliwy (słuszny), zob. np. Ch. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa Retoryka*, tłum. T. Pajor, Warszawa 1984, s. 184–193.

197 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 185–186; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 342; R.S. Summers, *op. cit.*, s. 394, 396, 401–403.

198 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 185–186 i G. Marshall, *op. cit.*, s. 516; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 401; por. też R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990, s. 95–98.

unormowanym prawem ustawowym. W tym miejscu warto jednak zaznaczyć, że rozwiązania wypracowane przez norweską judykaturę w produkowanym przez nią orzecznictwie sądowym są często tym, co inspiruje norweskiego ustawodawcę. Zdarza się nawet, że prawo ustawowe stanowi wierną inkorporację takich rozwiązań – projektodawcy ustawy wyraźnie zaznaczają wtedy, iż ustawa jedynie formalizuje to, co było wcześniej prawem sądowym, bez zamiaru dokonywania w tymże jakichś zmian merytorycznych. Na skutek też takiej inkorporacji doniosłość wykorzystanych do jej dokonania precedensów sądowych (z których rozwiązania włączono poprzez jej poczynienie do prawa ustawowego) nie tylko nie maleje, ale staje się tak jakby jeszcze większa¹⁹⁹.

Zasada prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym obowiązuje również w krajach anglosaskich²⁰⁰. W krajach tych dochodzi też do inkorporowania rozwiązań z prawa precedensowego do prawa stanowionego²⁰¹. W państwach natomiast z obszaru *civil law* pierwszeństwo prawa ustawowego nad orzecznictwem sądowym nie budzi żadnych wątpliwości i wynika ze sposobu, w jaki w tych państwach pojmowana jest zasada trójpodziału władzy²⁰².

Działanie zasady prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym komplikuje jednak w Norwegii instytucja *judicial review* (badania zgodności norweskich ustaw z norweską konstytucją)²⁰³. To samo dotyczy zresztą innych państw mających pisaną konstytucję i w których sądy są uprawnione do przeprowadzania kontroli pod względem zgodności z nią prawa ustawowego. Z powodu tej instytucji wspomniana zasada nie obejmuje bowiem precedensów sądowych stwierdzających sprzeczność postanowień ustawowych z postanowieniami konstytucyjnymi. Precedensy takie z definicji posiadają moc większą aniżeli treści ustawowe i do ich derogacji konieczna jest zmiana samej pisanej konstytucji – chyba że ta przewiduje jakiś inny jeszcze tryb ich uchylania. W tym też sensie obowiązywałaby zatem zasada prymatu pisanej konstytucji nad konstytucyjnym prawem precedensowym i zasada prymatu precedensowego prawa konstytucyjnego nad prawem ustawowym²⁰⁴.

199 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 212–213.

200 Na temat zasady prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym w systemie prawnym typu *common law* zob.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 189–196; R. Cross, *op. cit.*, s. 163–169; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 329; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 75.

201 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 3 przypis nr 5.

202 Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 18–22; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 226, 233–234, 235–236, 242–244, 251–252, 255–256; J. Wróblewski, *Statutory Interpretation in Poland*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 305–306; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 33–34, 40–42; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 158, 171; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 272, 279, 289–290; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 112–115, 117–119, 133–134, 137–138; M. Troper, Ch. Grzegorzczak i J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 203–204, 211; M. La Torre, E. Pattaro i M. Taruffo, *op. cit.*, s. 246.

203 Zob. P.H. Lindblom, *op. cit.*, s. 328, 329 i 335.

204 Na tle Stanów Zjednoczonych zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 192. Odnośnie do *judicial review* w Zjednoczonym Królestwie zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 193–195.

9.2. „Zakotwiczenie” wyroku sądowego w przepisie aktu prawa stanowionego

Problem „zakotwiczenia” precedensu sądowego czy – nawet bardziej ogólnie – decyzji sądowej w przepisie aktu prawa stanowionego dotyczy kwestii tego, czy wydawany przez sąd wyrok musi w jakiś sposób nawiązywać do jakiegoś przepisu prawa stanowionego czy też zawarte w nim rozstrzygnięcie może nie posiadać żadnego oparcia w takim prawie.

Gdy chodzi o Norwegię, to pewne dziedziny prawa, takie jak prawo deliktów, prawo kontraktów, prawo administracyjne czy prawo konstytucyjne, są głównie domeną tzw. *case law*. W przypadku tych dziedzin wyroki sądowe nie muszą też zawsze opierać się tu na jakimś przepisie ustawy czy zastanym zwyczaju²⁰⁵. Wymóg obrania na podstawie wyroku jakiegoś postanowienia prawa stanowionego występuje natomiast w Norwegii tam, gdzie wymaga tego zasada legalności, tj. zwłaszcza w prawie karnym. Zgodnie z § 96 Konstytucji Królestwa Norwegii nikt nie może być ukarany za czyn, który nie został uznany za karalny w ustawie. Z kolei § 40 norweskiego k.p.k. w sposób jednoznaczny ustanawia obowiązek odniesienia się w uzasadnieniu wyroku skazującego do przepisu ustawy, na mocy którego orzeczono karę kryminalną. Stąd też zresztą precedens sądowy nigdy nie może uchodzić w Norwegii za samoistne źródło prawa w zakresie, w jakim rozszerzałby on odpowiedzialność karną poza zakres przewidziany w prawie ustawowym. Nie oznacza to jednak, że taki precedens nie może mieścić tutaj w sobie jakiejś szczególnej interpretacji przepisu prawa karnego i w ten sposób wpływać na to, jakie wyroki są wydawane w norweskich sprawach karnych^{206, 207}. Poza prawem karnym wymuszająca „zakotwiczenie” precedensu sądowego w postanowieniu aktu prawa stanowionego zasada legalności może w Norwegii dojść do głosu przede wszystkim w przypadku tutejszego prawa administracyjnego²⁰⁸.

Trzeba zauważyć, iż norweskie podejście do problemu konieczności „zakotwiczenia” precedensu sądowego w przepisie ustawy nie jest wcale oczywistym i jedynym możliwym. W Szkocji w prawie karnym w dużej mierze, a jeśli chodzi o poważne zbrodnie, jak np. morderstwo, także w pozostałych jurysdykcjach Zjednoczonego Królestwa (Anglii i Walii oraz Irlandii Północnej) poszczególne przestępstwa definiują nie zapisy prawa stanowionego, lecz precedensy sądowe. Stąd do wydania wyroku skazującego w zupełności wystarczy tu odwołanie się do znajdującego zastosowanie w rozstrzyganej sprawie precedensowego orzeczenia.

205 S. Eng, *Precedent...*, s. 202 i 204.

206 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 202–203.

207 Paragraf 96 norweskiej Konstytucji w dosłownym brzmieniu stanowi, iż nikt nie może zostać skazany z wyjątkiem, gdy dochodzi do tego zgodnie z prawem (na podstawie prawa). Wykładnia doktrynalna tego paragrafu nie pozostawia jednak wątpliwości pod względem tego, że w paragrafie tym chodzi o to, aby orzekanie w sprawach karnych odbywało się w Norwegii w granicach określonych tutejszym prawem ustawowym (a nie jakimś innym) – zob. M.T. Andenaes i I. Wilberg, *The Constitution of Norway. A Commentary*, tłum. R. Walford, Oslo 1987, s. 115–116.

Notabene warto tu zauważyć, iż Konstytucja Królestwa Norwegii należy do jednych z najstarszych aktów konstytucyjnych w Europie i na świecie, datuje się ona bowiem na 17 maja 1814 r.

208 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 202 i 204.

Co dodatkowo znamienne, stanu takiego nie uznaje się wcale za zaprzeczenie obowiązywania w Wielkiej Brytanii zasady *nullum poena sine lege*. Zasadę tę rozumie się tu bowiem jako zakaz stosowania *per analogiam* na niekorzyść oskarżonego nie postanowień ustawy karnej, ale reguł precedensowych. Jak się jednak podnosi, nieraz może być trudno odróżnić nową manifestację znanej już zasady czy popełnienie znanego już przestępstwa na nowy sposób [za naruszenie której / dopuszczenie się którego skazanie ma być dozwolone] od utworzenia w drodze analogii nowej zasady bądź reguły [za nieprzestrzeganie już której skazanie ma być niedopuszczalne]²⁰⁹.

W krajach z obszaru *civil law* obowiązek „zakotwiczenia” orzeczenia sądowego w przepisie prawa stanowionego stanowi niemalże bezwzględny warunek legalności takiego orzeczenia. Tak we Francji z powodu oficjalnie podtrzymywanego w tym kraju kategorycznego zakazu tworzenia przez sądy prawa wszystkie decyzje sądowe powinny mieć za swoją podstawę postanowienie prawa stanowionego; w żadnym natomiast razie za taką podstawę nie może służyć tu któryś z wcześniej wydanych wyroków sądowych. W Polsce orzeczenie sądowe musi zawsze nawiązywać do przepisu aktu prawa stanowionego, choćby drogą analogii. Jedynie w prawdziwej ostateczności w prawie prywatnym sędziemu wolno posłużyć się tutaj tzw. analogią *iuris* (z ducha, a nie z przepisu ustawy/prawa). W Hiszpanii podstawę wyroku sądowego powinno stanowić jakieś postanowienie prawa stanowionego, ewentualnie zwyczaj lub ogólna zasada prawa. Orzecznictwo sądowe może tu zaś jedynie te źródła uzupełniać [wyjaśniać]. Przy tym powoływanie się w tym kraju na dotychczas wydane orzeczenia sądowe, nawet te z zakresu prawa konstytucyjnego, z reguły ma się odbywać wraz z przytoczeniem odpowiedniego fragmentu tekstu aktu prawnego, tj. tego, który został zinterpretowany w tych orzeczeniach. We Włoszech, przynajmniej w założeniach, wymaga się, by decyzja sądowa odnosiła się do przepisu ustawy lub zapisów tutejszej konstytucji, ewentualnie zwyczaju lub ogólnej zasady prawa (w rzeczywistości w niektórych dziedzinach możliwe ma być tu jednak mówienie o *case law*, a powiązanie z prawem ustawowym ma stanowić jedynie rodzaj uzasadnienia *ex post* dla odwoływania się do dorobku orzecznictwa sądowego). W Niemczech orzeczenia sądowe nie mogą być źródłem prawa niezależnym od ustaw i zwyczajów. Nawet jak brak jest tych ostatnich, to decyzja sądowa musi być w nich derywowana, za pomocą znanych metod szukania prawa (*anerkannte Methoden der Rechtsfindung*), z ogólnych podstaw prawa, przez które to podstawy rozumie się ogólne zasady i reguły prawa. Ponadto w przypadku relacji obywatel-państwo, w których to drugie wkracza w wolność tych pierwszych, aktywność państwowa może się odbywać w tym kraju tylko na podstawie ustawy uchwalonej przez parlament. Gdy chodzi zaś o materie prawa karnego, to sędziemu nie wolno wychodzić tu poza znaczenie językowe interpretowanego tekstu prawnego²¹⁰.

209 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *Precedent...*, s. 328.

210 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 230–233; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 117–118, 119, 133–134; R. Cross, *op. cit.*, s. 10; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 10–11; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 233–234, 235–236; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 276; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 158, 169; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 33–34.

10. Siła precedensu sądowego

10.1. Linia orzecznicza a pojedynczy precedens sądowy

W Norwegii nie różnicuje się wyraźnie mocy (wiążącej lub faktycznej) precedensów sądowych w zależności od tego, czy mamy do czynienia z pojedynczym orzeczeniem sądowym czy z całym szeregiem („linią”) pokrywających się takich orzeczeń. Z drugiej jednak strony im większa będzie tutaj liczba zachodzących na siebie wyroków precedensowych, tym bardziej widoczny może być trend dominujący w prawie, a tym samym i większa waga każdego z takich wyroków²¹¹. Nie oznacza to jednak tego, że w razie powoływania się w treści uzasadnienia sądowego na uprzednio podjęte decyzje sądowe zawsze w Norwegii jest konieczne przytoczenie wszystkich pokrywających się merytorycznie precedensów sądowych. Wskazana może bowiem zostać tu tylko pierwsza lub ostatnia albo najważniejsza lub najbardziej typowa z tworzących daną linię spraw precedensowych²¹².

Warto jednak zaznaczyć, iż w ubiegłych stuleciach w związku z panującą wówczas w tym państwie deklaratoryjną teorią prawa zdecydowanie silniejsza była w Norwegii seria orzeczeń aniżeli pojedynczy wyrok Sądu Najwyższego odnoszący się do danej kwestii prawnej. Było tak do tego stopnia, że jeszcze w XX w. poza sytuacją, w której precedens zainicjował powstanie prawnego zwyczaju, dopiero powtórzenie w kilku orzeczeniach tego samego rozwiązania prawnego sądowych sprawiało, iż rozwiązanie to stawało się obowiązującym prawem²¹³.

W krajach z systemem prawnym typu *common law* pojedynczy precedens sądowy stanowi bez wątpienia „pełnoprawne” źródło prawa. Nie zmienia to jednak faktu, iż zachodzenie tu na siebie większej liczby precedensowych wyroków powoduje, iż wyroki te mają w praktyce większą moc (trudniej jest je na przykład unieważnić)²¹⁴. Gdy chodzi natomiast o przytaczanie dotychczas wydanych orzeczeń sądowych, to za wystarczające może zostać uznane tutaj powołanie się na samą tzw. sprawę przewodnią (*a leading case*), tj. sprawę, która dała początek innym wzorowanym na niej precedensom sądowym²¹⁵. W krajach z kolei z systemem prawnym typu *civil law* tzw. utrwalone linie orzecznicze mają zdecydowanie większe znaczenie (pod warunkiem że nie ma również orzeczeń sądowych im przeciwstawnych) aniżeli

211 S. Eng, *Precedent...*, s. 205 i 208.

212 S. Eng, *Precedent...*, s. 208 i 209.

213 Zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 266–267, 269–270 oraz L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173.

Już wtedy jednak profesor Aubert stwierdził, że *ilekroć nie ma nieprzelamanej serii zbieżnych ze sobą treściowo orzeczeń i gdy pytaniem jest, czy wyrok sądowy naprawdę stworzył prawo, trzeba rozważyć to, jakiej dziedziny prawa dotyczy ten wyrok. Jeśli bowiem jest to dziedzina podstawowa dla codziennego życia obywateli i która obejmuje relacje, jakie wymagają pewności dla [wykształcenia się w niej] normalnych stosunków – co występuje zwłaszcza w przypadku prawa kontraktów – wówczas poczynienie w niej overruling byłoby tym samym co wydanie retrospektywnej ustawy. Stąd też w takiej dziedzinie prawa jedna pojedyncza decyzja [sądowa] wystarcza do stworzenia prawa* [tłum. M.K.] – zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 267–268.

214 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 140; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 340–341; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 388.

215 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 389–390.

pojedyncze wyroki sądowe. W praktyce – by podkreślić ich siłę – przywołuje się przy tym zazwyczaj wszystkie składające się na nie orzeczenia sądowe²¹⁶.

Wracając do linii orzeczniczych w Norwegii, warto dodać, iż rzadko kiedy mają one w tym państwie pozostawać ze sobą we wzajemnej sprzeczności. Przy tym powód braku konfliktów między norweskimi precedensowymi wyrokami upatruje się w tym, iż podstawowym twórcą takich wyroków jest norweski Sąd Najwyższy, którego dorobek orzeczniczy pozwala się opanować. W efekcie przy rozstrzygnięciu konkretnej sprawy norwescy sędziowie i prawnicy trudno mają przeoczyć istotny dla tej sprawy precedens sądowy [co w domyśle, przez wzgląd na zasadę związania precedensem i instytucję wyraźnego *overruling*, zapobiega powstawaniu ewentualnych sprzeczności między precedensowymi wyrokami]. Jeśli by się już jednak tak zdarzyło, że pełnomocnicy procesowi stron i członkowie składu orzekającego nie dostrzegli tu istnienia jakiegoś dotychczas ustanowionego precedensu sądowego lub nawet ci ostatni świadomie ominęliby taki precedens, to – jak się wskazuje – sędziowie, orzekający po nich, rzadko kiedy w sposób otwarty potwierdziliby wystąpienie z tego powodu kolizji między precedensowymi wyrokami. Raczej staraliby się oni bowiem tak zinterpretować te wyroki, aby wykazać, że w rzeczywistości sprzeczność między nimi jest jedynie pozorna. Bardziej prawdopodobna ma być natomiast w Norwegii dyskusja na temat pozostających ze sobą w konflikcie decyzji sądowych (ich linii) u przedstawicieli nauki prawa. W ich opracowaniach należałoby też poszukiwać sugestii odnośnie do tego, w jaki sposób poszczególne sprzeczności pomiędzy takimi decyzjami powinno się usunąć^{217, 218}.

216 Zob. R.S. Summers i M. Taruffo, *op. cit.*, s. 489; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 122–123, 130–131; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 35, 50–54; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 160–161, 172–174; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 246–247; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 277, 282–283; D.N. McCormick i R.S. Summers, *op. cit.*, s. 538; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 145; R. Cross, *op. cit.*, s. 10–11; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 11.

217 S. Eng, *Precedent...*, s. 209 i 213.

Ten sam jednak autor w innym miejscu swojego opracowania przyznaje jednak że w Norwegii można często napotkać takie „konstelacje” argumentów [nadające się do podniesienia ich w konkretnym sporze], w których dwa lub więcej precedensowych wyroków wydaje się być trudnymi do wzajemnego pogodzenia. Przy tym nadmieniam on jeszcze tutaj, iż z tego powodu można by mówić o w pewnym sensie nadmiarze norweskich precedensów sądowych – zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 205.

218 Wśród rozwiązań pozwalających na usunięcie sprzeczności zachodzącej między poszczególnymi precedensami sądowymi wskazać można na następujące: a) pierwszeństwo będzie miał zawsze precedens ustanowiony przez sąd instancji wyższej (z oczywistych względów zasada ta nie jest jednak przydatna w Królestwie Norwegii); b) w przypadku precedensów pochodzących od sądu tej samej instancji, jaki nie jest uprawniony do ich unieważnienia, precedens sądowy ustanowiony wcześniej ma pierwszeństwo przed precedensem sądowym ustanowionym później; c) w odniesieniu do precedensów pochodzących od sądu tej samej instancji, jaki jest uprawniony do ich unieważnienia, precedens sądowy ustanowiony później ma pierwszeństwo przed precedensem sądowym ustanowionym wcześniej; d) pierwszeństwo powinien mieć precedens sądowy, jaki lepiej nadaje się do rozpoznania sprawy aktualnie przez sąd rozstrzyganej (prowadzi do sprawiedliwszego/słusznieszego rezultatu w tej sprawie); e) dokonanie takiej interpretacji kolidujących ze sobą *precedensów sądowych*, by sprzeczność między nimi okazała się mieć charakter jedynie pozorny, w szczególności poprzez wykazanie, że przy ustanawianiu późniejszego z tych precedensów doszło do wyróżnienia tego z tych precedensów, który został ustanowiony wcześniej. W tym ostatnim może posłużyć też argument, jaki A. Aarnio określił mianem

Notabene również w Wielkiej Brytanii liczba precedensów sądowych nie wydaje się znaczna, mimo iż do ich ustanawiania są uprawnione także inne sądy niż Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa. W przypadku Stanów Zjednoczonych możemy już jednak mówić o wyraźnym nadmiarze precedensowych wyroków²¹⁹. Z kolei w krajach z rodziny *civil law* dotychczas wydanych orzeczeń sądowych, w tym pochodzących od sądów najwyższych instancji, jest całe mnóstwo. Przykładowo można tu wskazać na Włochy, gdzie, jak się podaje, takie będące w nadmiarze orzeczenia sądowe są często jeszcze niespójne, niepewne i wzajemnie sprzeczne. W konsekwencji każdy ma mieć w tym kraju możliwość znalezienia sobie takiego wyroku sądowego zapadłego w przeszłości, jaki tylko jest mu potrzebny, wystarczy jedynie, że uważnie poszuka. W związku też z tym na gruncie włoskim wysuwa się postulaty, by drastycznie zredukować liczbę spraw rozpatrywanych przez tutejsze sądy wyższych instancji, najlepiej aż do poziomu dwudziestu procent stanu obecnego²²⁰.

10.2. Precedens sądowy w różnych dziedzinach prawa

W Norwegii nie wysuwa się teorii na temat różnej wagi (mocy) precedensów sądowych w zależności od rodzaju dziedziny prawa, w której zostały one ustanowione. Jak już była o tym mowa przy omawianiu instytucji *overruling*, nie funkcjonuje tu dzisiaj np. reguła, że precedensowe wyroki powinny mieć większą wagę (być rzadziej unieważniane) w prawie administracyjnym niż w prawie prywatnym. Przy tym podaje się, że choć [w praktyce] jakieś różnice w tym względzie między poszczególnymi gałęziami prawa pewnie zachodzą, to trudno jest je wyraźnie określić. W tym miejscu utożsamia się też tę kwestię z przykładowym, mającym nie znajdować jednoznacznej odpowiedzi, pytaniem: czy przewidywalność

„*case analogy*” i jaki jest przewidziany na wypadek wystąpienia sprzeczności pomiędzy trzema precedensami, z których pierwszy i trzeci pozostają ze sobą w zgodzie, a drugi jest z nimi niezgodny (hipotezy wszystkich trzech *rationes decidendi* pokrywają się ze sobą, a dyspozycje tylko dwóch z nich są z sobą). W takim bowiem stanie rzeczy możemy podjąć się próby ustalenia tego, czy sprawy precedensowe z takim samym wynikiem (tymi samymi *rationes*) są tu do siebie istotnie podobne (pod względem stanów faktycznych, jakie w nich występują), a sprawa z wynikiem odmiennym, czy się od nich (pod względem występującego w niej stanu faktycznego) istotnie nie różni. Jeśli odpowiedź będzie pozytywna, oznacza to, że między precedensami ustanowionymi w tych trzech sprawach brak jest rzeczywistej sprzeczności – zob. A. Aarnio, *Statutory Interpretation in Finland*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 140.

W kwestii kolizji, jakie mogą zachodzić pomiędzy poszczególnymi precedensami sądowymi, w tym sposobów na ich usunięcie, zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 146; R. Cross, *op. cit.*, s. 125–127, 129–132; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 326, 345; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 400.

219 Liczba opublikowanych w zbiorach orzeczeń wyroków sądowych miała już w 1994 r. wynosić tutaj ponad cztery miliony. Przy tym czasem w odnośnie do danej kwestii prawnej ma być można znaleźć tu z pół tuzina precedensów z jednego stanu, nie licząc precedensów z innych stanów. Jak się też wskazuje, taki nadmiar precedensowych wyroków ma nie tylko prowadzić do swobody w orzekaniu po stronie amerykańskich sędziów i niepewności amerykańskiego prawa, ale również znacznie podrażać [poprzez wydłużenie jej czasu] koszty profesjonalnej obsługi prawnej w USA (liczonej często po stawkach 250 lub nawet więcej dolarów za godzinę) – zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 361, 403–404.

220 Zob. M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 164–165, 181, 186, 187.

[pewność] prawa jest postrzegana jako bardziej istotna/ważna w prawie prywatnym niż w prawie administracyjnym²²¹

Inaczej jest w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii. W tych pierwszych o wiele mniejszą wagę mają mieć bowiem precedensy sądowe ustanowione w prawie konstytucyjnym, które łatwiej jest przez to unieważnić. W obu zaś tych państwach precedensowe wyroki zawierające interpretację prawa ustawowego mają być trwalsze (być trudniejsze do unieważnienia) aniżeli precedensowe wyroki wydane w obszarze nieuregulowanym prawem ustawowym. Poza tym precedensy ustanowione w prawie kontraktów i prawie rzeczowym, a czasem także i prawie podatkowym, karnym, spadkowym, wyborczym tudzież dotyczące praw nabytych mają odznaczać się tu ogólnie większą wagą (odpornością na *overruling*) z uwagi na konieczność ochrony pewności i przewidywalności prawa w tych jego dziedzinach²²². W krajach z rodziny *civil law* wydaje się natomiast, że nie różnicuje się mocy orzecznictwa sądowego ze względu na dziedzinę prawa, jakiej ono dotyczy. Nie obejmuje to jednak wyroków Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych stwierdzających (nie)zgodność aktów prawnych z pisaną konstytucją (i ew. innymi jeszcze aktami prawnymi wyższej od nich rangi), które w odróżnieniu od wyroków Sądów Najwyższych i Naczelnych Sądów Administracyjnych posiadają w tych krajach moc powszechnie obowiązującą²²³.

10.3. Czynniki wpływające na siłę precedensu sądowego

W odniesieniu do panującej w określonym państwie doktryny precedensu można próbować też wskazać na inne jeszcze niż przytoczone w dwóch poprzedzających punktach czynniki, od których w praktyce zależy „precedensowa” siła poszczególnych wyroków sądowych. Przy tym do czynników tych mogą należeć zarówno jakieś informacje, o jakich możemy dowiedzieć się już z samej treści danego orzeczenia sądowego, jak i pewne zdarzenia (okoliczności), które miały

221 S. Eng, *Precedent...*, s. 197. Por. jednak wywoły na temat mniejszej podatności w Norwegii na *overruling* precedensów sądowych interpretujących postanowienia ustawowe z punktu 6.3. niniejszego rozdziału tego opracowania.

Dawniej za mocniejsze uważano w Norwegii precedensy sądowe ustanowione w prawie kontraktów w porównaniu do precedensów ustanowionych w innych dziedzinach prawa (np. prawie spadkowym i prawie darowizn, prawie deliktów czy prawie karnym) – zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 267–268 i L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173–174.

222 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 136, 156–157, 243–246; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 328, 329, 335, 350, 380; Z. Bankowski i D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 375–376, 383; R. Cross, *op. cit.*, s. 107–108, 127–128; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 20, 104, 137; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 371–373, 376, 377–378, 381–382, 386; D.H. Chamberlain, *The Doctrine of Stare Decisis: its Reasons and its Extent*, New York 1885, s. 21; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 122 przypis nr 41, s. 127, 150 i 161 wraz z przypisem nr 27 na tej stronie; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 6–8, 28, 32–33, 58–59; E.H. Levi, *The Nature of Judicial Reasoning*, „The University of Chicago Law Review” nr 3/1965, s. 401–402, 404; M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 9, 14–45; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 54–56, 275–278; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 61–63; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 541–543, 547–553, 554–568, 576–577, 582; W. Huhn, *op. cit.*, s. 128; J. Rubinfeld, *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge 2005, s. 3–18; por. jednak L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 230.

223 Por. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 271; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 24–25; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 113–115; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 153.

miejsce przed, w trakcie lub po wydaniu takiego orzeczenia i o których nie wspomina zawartość takiego orzeczenia. W pierwszej z tych kategorii znalazłoby się przykładowo wystąpienie zdań odrębnych lub jednego wspólnego uzasadnienia sądowego, w drugiej zaś to, z jaką reakcją dany wyrok spotkał się w środowisku akademickim lub jaką reputacją cieszyli się wydający go sędziowie. Niniejsze zagadnienie ma o tyle istotne znaczenie, że nawet przy formalnym (oficjalnym) założeniu, iż każdy precedens pochodzący od sądu określonego rodzaju jest uważany w równym stopniu za prawnie wiążący, w praktyce siła (moc) poszczególnych precedensów sądowych może okazać się bardzo różna. Im większa, tym trudniej będzie sędziemu niezastosować się do precedensowego wyroku, czy to poprzez jego zwykłe lub antycypacyjne unieważnienie (*overruling*) czy nawet – jak się wydaje – poprzez jego wyróżnienie (*distinguishing*)²²⁴.

W stosunku do Norwegii nadmienia się, że na siłę (moc) tutejszych precedensów sądowych będą miały wpływ takie okoliczności jak to:

- a) czy mamy do czynienia z jednym wspólnym uzasadnieniem sądowym czy też z wieloma zbieżnymi tylko co do wyniku takimi uzasadnieniami;
- b) czy zostały zgłoszone zdania odrębne;
- c) czy precedens po jego ustanowieniu był często przestrzegany (zawarte w nim rozwiązanie powielane i rozwijane) czy też został on „odizolowany”;
- d) czy obrane w precedensowym wyroku rozwiązanie prowadzi do rozsądnego rezultatu nie tylko w sprawie precedensowej, ale również w sprawie aktualnie rozstrzyganej;
- e) jak dawno dany precedens sądowy został ustanowiony i czy zaszły [jakieś istotne] zmiany w „otoczeniu”, w jakim doszło do jego ustanowienia – przy czym chodzi tutaj o takie zmiany, do jakich może dochodzić na tle ekonomicznym, socjalnym czy politycznym (za najmocniejsze będą uchodzić tu precedensowe wyroki w wieku dojrzałym, ewentualnie te wydane niedawno, choć w przypadku tych ostatnich nie jest to już takie pewne);
- f) czy rozwiązanie zawarte w precedensowym wyroku nadal jest zasadne, biorąc pod uwagę kierunek zmian, jakie aktualnie dokonują się w prawie ustawowym;
- g) czy precedensowe orzeczenie posiada jednoznaczne (precyzyjne) i zrozumiałe brzmienie, w tym czy mieści w swojej treści elementy ocenne (klauzule generalne) – przy tym taką jednoznacznością/zrozumiałością ma się odznaczać zwłaszcza takie precedensowe orzeczenie, w którym dokonano wyboru między jednym z dwóch potencjalnie możliwych precyzyjnych sposobów interpretacji jakiegoś przepisu ustawy;
- h) jaka jest reputacja sędziego czy sędziów, którzy wydali precedensowy wyrok;
- i) w jakim stopniu przekonujące jest uzasadnienie wykazujące zasadność rozstrzygnięcia zawartego w precedensowym orzeczeniu;

224 W kontekście instytucji *overruling* można by też twierdzić, iż wysoka siła (moc) danego precedensu sądowego przemawia bardziej za jego prospektywnym niż retrospektywnym unieważnieniem, podczas gdy wyraźnie niska siła (moc) takiego precedensu stanowi przesłankę mogącą uzasadniać jego antycypacyjne unieważnienie.

- j) w jaki sposób dany precedens sądowy został przyjęty w nauce prawa, w szczególności czy spotkał się z poważną krytyką ze strony akademików;
- k) czy po wydaniu precedensowego wyroku zdążyła się już na jego podstawie wykształcić ustalona praktyka, a jeśli tak, również to jak bardzo jest ona powszechna, przede wszystkim czy można uznać, że na skutek takiej praktyki doszło do powstania prawnego zwyczaju;
- l) czy precedensowe orzeczenie normuje stosunki, w których bardziej niż merytoryczna „słuszność” prawa liczy się jego „sztywność”;
- m) czy dany precedens sądowy został ustanowiony na korzyść czy niekorzyść oskarżonego (te pierwsze mają być silniejsze);
- n) jak liczny skład orzekał w precedensowej sprawie (największą mocą będą odznaczać się tu orzeczenia plenarne norweskiego Sądu Najwyższego, po nich będą orzeczenia Dużej Izby tego sądu, następnie orzeczenia paneli pięcioosobowych tego sądu, a na samym końcu zaś orzeczenia pochodzące od paneli trzyosobowych tego sądu).

Ponadto dla tego, jaką siłę będzie mieć określony precedensowy wyrok, z reguły istotne jest także to, jak wysoko jest postawiony w hierarchii sądowej sąd, który go wydał. Wedle tego kryterium precedens, który pochodzi od sądu najwyższej instancji, jest mocniejszy od precedensu ustanowionego przez sąd apelacyjny znajdujący się bezpośrednio pod nim itd. Ponieważ jednak w Norwegii o prawnie wiążących precedensach sądowych możemy mówić wyłącznie w przypadku orzeczeń tutejszego Sądu Najwyższego, taka zasada hierarchiczności będzie mogła mieć tu zastosowanie co najwyżej w stosunku do precedensów *de facto* („perswazyjnych”)^{225, 226}.

Na podobne jak w Norwegii czynniki mające determinować moc poszczególnych precedensów sądowych wskazuje się również na gruncie Stanów Zjednoczonych i Wielkiej

225 Odnośnie do czynników wpływających na siłę (moc) poszczególnych precedensów sądowych w Norwegii zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 308–309; *Appendix: Final Version of the Common Questions, Comparative Legal Precedent Study, September 1994*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 555–556 w związku z S. Eng, *Precedent...*, s. 203; S. Eng, *Precedent...*, s. 200; T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 266–269; L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173–174; W.E. Eyben, *Judicial...*, s. 114–115; W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 62–66, 67, 68–69, 73–77, 83 (zob. też s. 69–73).

Dodatkowo W.E. Eyben wydaje się wskazywać tu jeszcze na taką zmienną jak statystyczna częstotliwość występowania spraw, do których należał przypadek rozstrzygnięty precedensowym wyrokiem, to znaczy, że im ta częstotliwość jest niższa, tym również siła takiego wyroku powinna być mniejsza. Poza tym istotny ma być zdaniem tego autora także rodzaj rozstrzyganej sprawy, tj. słabszą moc mają mieć orzeczenia sądowe wydane np. w sprawach o odszkodowanie, w tym o restytucję ruchomego mienia – zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 69–70, 72–73.

226 O podobnych czynnikach mogących wpływać na siłę poszczególnych orzeczeń sądowych wydanych w przeszłości, mówi się również w przypadku Finlandii oraz Szwecji. Przy tym w tej ostatniej znaczenie ma mieć jeszcze okoliczność, czy dany wyrok sądowy został opublikowany w zbiorze orzeczeń w całej swojej rozciągłości czy tylko został on w takim zbiorze w sposób podsumowujący zreferowany. Ponadto liczyć ma się tu też samo to, jak duża jest potrzeba ustosunkowania się do danej kwestii prawnej w orzecznictwie sądowym (sama ta potrzeba może brać się np. z braku jednoznacznego uregulowania takiej kwestii przepisami ustawy) – zob. A. Aarnio, *Precedent...*, s. 88–89; G. Bergholtz i A. Peczenik, *op. cit.*, s. 301–303; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 344–345.

Brytanii²²⁷. Co jednak znamienne, w tych dwu ostatnich części z okoliczności zaliczanych do tych osłabiających siłę precedensowego wyroku mogła kiedyś, a niektóre nawet wciąż mogą, pozbawić precedens sądowy (jego *ratio decidendi*) mocy prawnie wiążącej. Taki bowiem właśnie skutek wiązano dawniej z brakiem należytego rozważenia (przedyskutowania) sprawy precedensowej (w Wielkiej Brytanii ma to znaczenie nawet dzisiaj), nieprawidłowym *spisaniem takiej sprawy* czy z pozostawianiem przez obrane w precedensowym wyroku rozstrzygnięcie w sprzeczności z ogólnymi zasadami *common law*. Obecnie w tych krajach taki efekt może mieć brak opublikowania treści precedensowego wyroku w odpowiedni sposób, przez co zazwyczaj rozumie się brak ujęcia takiego wyroku w profesjonalnym zbiorze orzeczeń mimo jego dostępności za pośrednictwem mediów elektronicznych. W dodatku precedens sądowy wciąż może utracić tu przymiot bycia prawnie wiążącym w razie stwierdzenia jego dezaktualizacji (oczywistego zestarzenia się)²²⁸. Nieco mniejsza wydaje się natomiast w prawie anglosaskim rola przedstawicieli nauki prawa. Tamtejsi sędziowie co do zasady wolą bowiem polegać na opiniach pochodzących od innych sędziów i dopiero w drugiej kolejności posiłkują się poglądami wyrażonymi w opracowaniach doktrynalnych²²⁹.

Poza tym w Wielkiej Brytanii całkowicie przekreślić wiążący charakter danego wyroku sądowego może okoliczność wydania tego wyroku bez uwzględnienia wiążącego precedensu sądowego lub przepisu prawa stanowionego, który mógł mieć znaczenie dla odmiennego rozstrzygnięcia rozpoznanej nim sprawy (którą to sytuację nazywa się tu ustanowieniem precedensu *per incuriam*). Przy tym przez nieuwzględnienie precedensu sądowego lub przepisu prawa stanowionego należy rozumieć tutaj to, że – jak wynika to z przedstawionego przez niego uzasadnienia takiego wyroku – skład orzekający w ogóle nie rozważał ich zastosowania w przedłożonym mu do rozpoznania przypadku. Ponadto przymiotu bycia prawnie wiążącym można by też odmawiać w systemie typu *common law* wyrokowi sądowemu, jaki został wydany na podstawie aktu prawnego, który stracił swoje obowiązywanie lub który nie został w ogóle uchwalony²³⁰.

W krajach z obszaru *civil law* czynniki mogące mieć wpływ na moc poszczególnych orzeczeń sądowych nie wydają się znacznie różnić od czynników wymienionych powyżej

227 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 200–203; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 328–329; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 373–378; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 75–77 (zob. też s. 77–82).

228 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 75–77, 81–83, 85; L. Alexander i E. Sherwin, *op. cit.*, s. 56–58; R. Cross, *op. cit.*, s. 116–119, 136–137, 140–143, 144–145; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 321, 329, 330–331, 345; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 76–77.

229 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 127–128 przypis nr 214; J. Raz, *op. cit.*, s. 180; F. Schauer, *Thinking...*, s. 80–81, 82, 83–84; J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 44; D. McFadzean i G. Ryan, *op. cit.*, s. 119–120, 122–128, 138; Z. Bankowski i D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 379, 404–405; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 51; M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 82–84; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 78–79; R.S. Summers, *Statutory Interpretation in the United States*, [w]: *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 418, 429, 443, 458.

230 Zob.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 78–80; R. Cross, *op. cit.*, s. 127–128, s. 136–137; Z. Bankowski i D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 375; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 328; L. Morawski, *Główne...*, s. 259.

w stosunku do Norwegii. W przypadku tych krajów najbardziej istotne jawią się też te z nich, o których mowa była w lit. c), d), h) oraz i). Przy tym to, z jaką reakcją określone orzeczenie sądowe spotkało się w środowisku akademickim, w tym w szczególności okoliczność, że zostało ono w tym środowisku skrytykowane, wydaje się mieć duże znaczenie w Niemczech, Francji, Włoszech i Polsce. Ponadto, co warto podkreślić, akademicy w takich krajach jak Niemcy, Francja, Włochy, Polska i Hiszpania, podobnie jak ich norwescy koledzy, w znacznym stopniu mają przyczyniać się do uporządkowywania i grupowania dotychczas wydanych wyroków sądowych, co później znacznie ułatwia pracę chcącym powołać się na te wyroki adwokatom i sędziom²³¹.

11. Norweski Sąd Najwyższy (Høyesterrett)

Na zakończenie rozważań o kształcie doktryny precedensu, jaka została wypracowana w Królestwie Norwegii, nieco uwagi wypada poświęcić jeszcze norweskiemu Sądowi Najwyższemu (zwanemu tu Høyesterrett) w kontekście dwóch możliwych rodzajów środków odwoławczych, jakie mogą być do niego wnoszone. Należą do nich mianowicie a) apelacja (kasacja) od orzeczeń wydanych przez sąd apelacyjny („lagmannsrett”) w drugiej instancji oraz b) apelacja (kasacja) od orzeczeń wydanych przez sąd rejonowy („tingrett”) w pierwszej instancji bez wszczynania postępowania sądowego drugoinstancyjnego.

11.1. Kasacja z pominięciem postępowania sądowego w drugiej instancji

Możliwość wniesienia apelacji (kasacji) od wyroku sądu pierwszej instancji bezpośrednio do Sądu Najwyższego, tj. z pominięciem postępowania sądowego przed sądem apelacyjnym, zachodzi w Norwegii zarówno w sprawach cywilnych, jak i w sprawach karnych. Przy tym warunkiem koniecznym dla przyjęcia takiej apelacji do rozpoznania jest tutaj uzyskanie uprzedniej zgody od Komisji Apelacyjnej Sądu Najwyższego. Dokładnie w norweskim prawie prywatnym przy udzielaniu tej zgody komisja ta ma się kierować tym, czy obecny przypadek dotyczy szczególnie ważnej kwestii o charakterze zasadniczym wymagającej bezzwłocznego ustosunkowania się do niej ze strony sądu najwyższej instancji. Jednocześnie skrócenie postępowania sądowego o jedną instancję nie może się tu odbyć ze szkodą dla należytego rozpoznania samej zawisłej sprawy, tj. przemawiać przeciwko niemu nie może wzgląd na „potrzebę rozsądnej rozprawy”. Ponadto bezpośrednie odwołanie się do norweskiego Sądu Najwyższego jest w norweskim prawie cywilnym *ex lege* niedopuszczalne w przypadku

231 Zob. R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 24, 35–36, 55; R. Alexy i R. Dreier, *Statutory...*, s. 90, 118; M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 123, 129–130, 132; M. Troper, Ch. Grzegorzczak i J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 189; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 152, 155, 157, 161, 173–174, por. jednak s. 184; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 283; L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 241, 247; L. Morawski, *Zasady...*, s. 190; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 283; J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 280–281, 294, 303. Odnośnie do przyrównania Norwegii do Niemiec, a nie do Wielkiej Brytanii i USA, pod względem roli, jaką pełnią w niej w stosowaniu prawa akademicy, zob. L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 174.

spraw drobnych i wyroków, jakie zostały wydane w procedurze uproszczonej²³². Z kolei w materiałach prawno-karnych pominięcie postępowania przed sądem drugiej instancji wchodzi w Norwegii w grę wtedy, gdy obecnie rozpoznawana sprawa dotyczy kwestii, których znaczenie „wykracza poza samą tę sprawę”, bądź gdy jest szczególnie ważne, aby sprawa ta została rozpoznana szybko²³³.

Podobna procedura, znana pod nazwą „*leapfrog procedure*”, pozwalająca na wniesienie apelacji (kasacji) od razu do sądu najwyższej instancji z pominięciem postępowania przed sądem znajdującym się bezpośrednio pod nim występuje w Wielkiej Brytanii. Zgodnie mianowicie z the Administration of Justice Act 1969 część II, w sprawie innej niż karna, można wnieść uzasadnione podanie o zgodę (*certificate*) na odwołanie się od wyroku wydanego przez jednego sędziego the High Court lub Sąd Dywizyjny bezpośrednio do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa, gdy łącznie są spełnione następujące przesłanki: a) sprawa dotyczy kwestii prawnej o znaczeniu istotnym dla ogółu; b) kwestia prawna tego rodzaju w całości lub w przeważającej części dotyczy interpretacji aktu ustawowego lub aktu wykonawczego do ustawy i została w pełni przedyskutowana przez strony i w pełni rozważona w wyroku wydanym przez sędziego orzekającego w pierwszej instancji albo the High Court jest w takiej kwestii związany w pełni rozważonym precedensem Sądu Apelacyjnego lub Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa. Podanie o zgodę wystosowuje się tu do sędziego, który wydał wyrok, od którego chce się odwołać, przy czym najlepiej jest to uczynić od razu. Po otrzymaniu zgody od tego sędziego – co zależne jest od jego przeświadczenia, iż jest ono uzasadnione – podanie to składa się dalej do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa, który gdy uzna to za wskazane, aprobuje je. Wówczas też apelację można już wnieść tylko do tego sądu (nie można jej już wnieść do Sądu Apelacyjnego)²³⁴.

Przy tym alternatywnie do wymogu określonego powyżej w lit. b) może być spełnione jedno z następujących kryteriów: 1) postępowanie sądowe pociąga za sobą konieczność podjęcia decyzji co do kwestii o znaczeniu narodowym albo rozważenia takiej kwestii; 2) wynik postępowania sądowego jest na tyle istotny (czy to samego, czy przy uwzględnieniu jeszcze innych toczących się lub prawdopodobnych postępowań sądowych), że rozpoznanie sprawy przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa, w ocenie sędziego udzielającego zgody, jest uzasadnione; 3) sędzia udzielający zgody jest przekonany, iż korzyści z wcześniejszego rozpoznania sprawy przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa przewyższają korzyści z rozpoznania sprawy przez Sąd Apelacyjny.

Jakiegoś podobieństwa do norweskiej instytucji, która zezwala na wniesienie apelacji (kasacji) do Sądu Najwyższego z pominięciem postępowania przed sądem drugiej instancji, można by się też doszukiwać w przewidzianej dla polskich sądów apelacyjnych możliwości

232 Zob. § 30-2 norweskiego k.p.c.

233 Zob. § 8 norweskiego k.p.k.

234 Zob. też J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 18, 84 i 172.

przedstawienia (przekazania) zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości (wymagające zasadniczej wykładni ustawy), jakie „powstało” („wyłoniło się”) rozpoznawaniu przez nie apelacji, do rozstrzygnięcia polskiego Sądu Najwyższego. W takim bowiem przypadku polski Sąd Najwyższy władny jest nie tylko orzec co do tak przedstawionego (przekazanego) mu zagadnienia prawnego, ale także może przejąć apelację (sprawę) do swojego rozpoznania²³⁵. W tym jednak przypadku pominięcie całości lub części postępowania przed sądem apelacyjnym leży wyłącznie w gestii sądu apelacyjnego i sądu najwyższej instancji, będąc zupełnie niezależnym od woli stron postępowania. Stąd też pewnie i częstotliwość pomijania w Polsce jednej z instancji sądowych będzie w praktyce znacznie mniejsza aniżeli w Norwegii.

11.2. Kasacja od wyroku sądu drugiej instancji

Zgodnie z § 88 Konstytucji Królestwa Norwegii tutejszy Sąd Najwyższy (Høyesterett) wydaje wyroki w ostatniej instancji, choć ograniczenia pod względem możliwości wnoszenia do niego odwołań mogą zostać przewidziane w ustawie²³⁶. W efekcie też wprowadzenia przez norweskiego ustawodawcę takich ograniczeń, Høyesterett rozstrzyga tylko niektóre z kierowanych do niego skarg, i to zarówno gdy mowa jest o procedurze karnej, jak i o procedurze cywilnej. Podobnie również jak przy apelacji (kasacji) z pominięciem postępowania przed sądem apelacyjnym, decyzję o przyjęciu konkretnego odwołania podejmuje tutaj Komisja Apelacyjna Sądu Najwyższego. Przy tym decyzja ta jest uzależniona od tego, czy zawisła sprawa jest sprawą, która „znacznie wykracza poza swój zakres”, lub z jakichś innych przyczyn jest „ważne” (w przypadku materii cywilnoprawnych) lub „szczególnie ważne” (w przypadku materii prawnokarnych), by sprawa ta została rozpoznana przez norweski Sąd Najwyższy. Zgoda na wniesienie danej apelacji (kasacji) może tu też zostać udzielona w niepełnym zakresie, tj. tylko w odniesieniu do niektórych z wysuniętych żądań, podstaw tudzież części zawisłej sprawy. Zarówno jednak decyzja zwężająca zakres odwołania, jak i decyzja odmawiająca przyjęcia go do rozpoznania mogą być wydane przez wspomnianą komisję tylko w razie zachodzenia wśród jej członków jednomyślności w tym względzie²³⁷.

Powyższe nie oznacza jednak, iż norweski Sąd Najwyższy czyni nadmierny użytek ze swojego prawa do selekcji wnoszonych do niego odwołań, wręcz przeciwnie wydaje się on bardziej sądem trzeciej instancji aniżeli tzw. sądem *stricte* precedensowym (wypowiadającym się tylko wtedy, gdy zachodzi potrzeba tworzenia lub zmieniania precedensowego prawa). Wskazuje się mianowicie, że na tle pozostałych państw skandynawskich, tj. Danii, Finlandii i Szwecji, przedsąd dokonywany przez Sąd Najwyższy w Norwegii można opisać jako odrzu-

235 Zob. art. 390 Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.), zwanej dalej k.p.c. oraz art. 441 k.p.k.

236 Co do wykładni przepisu zawartego w § 88 norweskiej Konstytucji zob. M.T. Andenæs i I. Wilberg, *op. cit.*, s. 104–105.

237 Zob. § 30-4 norweskiego k.p.c. oraz § 323 norweskiego k.p.k.; zob. też S. Eng, *Precedent...*, s. 192 (powoływana tam ustawa w przedmiocie procedury cywilnej z 1915 r. została już jednak uchylona).

cenie niektórych apelacji (kasacji), podczas gdy w tamtych państwach jako dopuszczenie niektórych apelacji (kasacji)²³⁸. Ponadto w norweskim Sądzie Najwyższym rozstrzyga się dość sporą statystycznie liczbę spraw. Jak się bowiem podaje, sąd ten rozpoznaje każdego roku około 450 spraw karnych i 500 spraw cywilnych. Dla porównania sądy apelacyjne rozstrzygają rocznie w Norwegii mniej więcej 4.000 spraw karnych i 1.800 spraw cywilnych, a sądy pierwszej instancji 50.000 spraw karnych i 13.000 spraw cywilnych (dane do 2006 r.)²³⁹. W efekcie – tym bardziej wzięwszy jeszcze pod uwagę jedynie około pięćmilionową populację Królestwa Norwegii – Høyesterett można uznać za sąd w pewnym sensie trzecioinstancyjny.

Również dane z obszaru Stanów Zjednoczonych, a przede wszystkim z Wielkiej Brytanii umacniają w przekonaniu o *quasi*-trzecioinstancyjnym charakterze norweskiego Sądu Najwyższego. Przykładowo Sąd Najwyższy stanu Nowy Jork w 1995 r. rozpoznał 340 spraw, a sądy apelacyjne tego stanu 18.831 apelacji²⁴⁰. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w latach 80. miał zaś rozstrzygać około 5.000 spraw na rok, sporządzając 150 uzasadnień sądowych. Na przełomie już jednak XX i XXI w. z wnoszonych do niego każdego roku ponad 7.000 apelacji przyjmował on do rozpoznania tylko 75–87 z nich. Na rok rozpatrywał on też wtedy 71–77 spraw wraz z podaniem podpisanego uzasadnienia²⁴¹. Brytyjski Komitet Apelacyjny Izby Lordów, pełniący do dnia 1 października 2009 r. funkcję sądu najwyższej instancji dla wszystkich trzech jurysdykcji Zjednoczonego Królestwa (Anglii i Walii, Szkocji – tu z wyłączeniem spraw karnych – oraz Irlandii Północnej), w 1995 r. miał natomiast rozstrzygnąć tylko 67 apelacji (w 1990 r. podawano, że rozpatruje on jeszcze mniej spraw, bo około 30 rocznie).²⁴² Wydział Cywilny Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii miał z kolei rozpoznać w tym roku 2.504 sprawy, a Wydział Karny Sądu Apelacyjnego

238 P.H. Lindblom, *op. cit.*, s. 329.

239 A. Rosseland, *op. cit.*, s. 618. Jak się podaje, norweski Sąd Najwyższy rozpoznał w 1993 r. 325, a w 1994 r. 337 spraw w panelach pięciosobowych. Dokładnie w każdym z tych lat było to odpowiednio 67 i 68 spraw cywilnych oraz 258 i 268 spraw karnych. W panelach trzysobowych sąd ten miał natomiast w tym czasie rozpoznać setki spraw w kwestiach proceduralnych i o mniejszym znaczeniu – zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 190.

240 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 359. Na temat Sądu Najwyższego stanu Nowy Jork oraz zasad, na jakich można wnosić do niego apelację (kasację), zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 357–359.

241 Zob. R.S. Summers, *Statutory...*, s. 408, 454; M.L. Cohen i K.C. Olson, *Legal Research in a Nutshell*, St. Paul 2000, s. 51; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 260 przypis nr 142 i s. 299 przypis nr 141.

Od marca 2003 r. do marca 2004 r. w USA do *bankruptcy courts* miało wpłynąć też 1.654.847 spraw, do federalnych sądów dystryktowych 278.212 spraw, a do federalnych sądów apelacyjnych 60.505 spraw – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 299 przypis nr 141.

242 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 318; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 14. Odnosnie do pełniącego do dnia 1 października 2009 r. funkcje sądu najwyższej instancji Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów, w tym podstaw, od jakich zależało przyjęcie wnoszonego do niego odwołania, zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 315 i 317–318.

Notabene również w stosunku do nowo powołanego Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa szacuje się, że będzie on rozstrzygał około 60–80 apelacji (kasacji) na rok – zob. J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 18.

Anglii i Walii 2.586 spraw, podczas gdy szkocka the Inner House of the Court of Session 202 sprawy, a szkocki the High Court of Justiciary 3.409. odwołań²⁴³.

W krajach natomiast z rodziny *civil law* sądy najwyższej instancji są najczęściej przeciążone liczbą wnoszonych do nich skarg, pełniąc w znaczniej mierze funkcję sądu trzeciej instancji z tą jednak różnicą, iż są one z zasady sądami prawa, a nie faktu (nie prowadzą postępowania dowodowego i nie dokonują oceny dowodów, polegając na ustaleniach poczynionych w tym względzie przez sądy niższych instancji). Ich działalność adiudkacyjna bynajmniej nie ogranicza się do tych tylko sytuacji, w których w grę wchodzi konieczność poczynienia zmian w dotychczasowym stanie dorobku sądowego orzecznictwa. Przy tym, co paradygmatyczne, we Francji i Włoszech ani Sąd Najwyższy, ani Naczelny Sąd Administracyjny nie dysponuje żadnym instrumentem, jaki pozwałaby na „przesiewanie” napływających do nich skarg. W rezultacie wskazuje się, że sądy te funkcjonują w praktyce tak jak sąd kolejnej instancji, nie nadążając z rozpoznawaniem olbrzymiej liczby trafiających do nich spraw. Świadczą o tym też same liczby. Tak francuski Sąd Najwyższy (Cour de cassation) ma rozstrzygać rocznie ponad 20.000, a jego włoski odpowiednik (Corte Suprema di Cassazione) nawet ponad 40.000. spraw. W przypadku tego pierwszego, podnosi się przy tym, że z przytoczonej liczby precedensowym charakterem ma się odznaczać tylko około 300 spraw. Francuski Naczelny Sąd Administracyjny (Conseil d'État) w 1991 r. rozpoznał z kolei 11.000 spraw, a włoski Naczelny Sąd Administracyjny (Consiglio di Stato della Repubblica Italiana) rozstrzyga kilka tysięcy spraw rocznie. Notabene brak warunków do odrzucania skarg *a limine* dotyka również włoski Trybunał Konstytucyjny (Corte costituzionale della Repubblica Italiana), którego obciążenie wynosi od 300 do 400 spraw na rok. Analogicznie kwestia ta przedstawia się też w Hiszpanii, gdzie możliwości pod względem dokonywania selekcji w zakresie skarg kierowanych do sądów najwyższej instancji są raczej nikłe i dotyczą przypadków niedających się uzupełnić poważnych braków formalnych, oczywistego braku poszanowania dla prawa lub prób obejścia prawa (dokonania prawnego lub proceduralnego „oszustwa”). W efekcie również hiszpański Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo de España) rozpoznaje niebotyczną liczbę ponad 25.000 spraw każdego roku. Istnieje tu jednak możliwość odrzucenia skargi konstytucyjnej z powodu, iż jest ona sprzeczna z wcześniejszym precedensem sądowym ustanowionym w prawie konstytucyjnym. Poważniejsze ograniczenia dla wnoszenia środków odwoławczych do sądów najwyższej instancji tudzież indywidualnych skarg konstytucyjnych można spotkać natomiast na gruncie niemieckim²⁴⁴. W Polsce, choć istnieją tu obostrzenia dla wnoszenia kasacji (skargi kasacyjnej) w sprawach karnych i sprawach cywilnych (zob. art. 398⁹ k.p.c., art. 398² k.p.c. i art. 523 k.p.k.), pole dla korzystania z niej wydaje się pozostawać znaczne.

243 Zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 318.

244 Zob. M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 104, 105–106; M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 144, 146, 186; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 262, 263; R. Alexy i R. Dreier, *Precedent...*, s. 19–21.

Ponadto istnieje tutaj możliwość kierowania do Sądu Najwyższego jeszcze dwóch innych rodzajów skarg, tj. skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, o jakiej mowa w art. 424¹–424¹² k.p.c., oraz skargi nadzwyczajnej, jaką regulują art. 89–95 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.). W sprawach natomiast administracyjnych skarga kasacyjna od orzeczeń wydawanych przez wojewódzkie sądy administracyjne do Naczelnego Sądu Administracyjnego przysługuje w Polsce zawsze (zob. art. 173 § 1 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. nr 153, poz. 1270 z późn. zm.)). Podobnie – poza wyjątkiem spraw o udzielenie azylu i przyznanie statusu uchodźcy – brak jest tu ograniczeń przedmiotowych i podmiotowych dla wnoszenia skarg konstytucyjnych (zob. art. 79 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.) oraz art. 53 Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072)).

12. Podsumowanie

Podsumowując rozważania z niniejszego rozdziału, należy zaznaczyć, że Norwegii – mimo wzmiankowanej w pkt. 1.2. niniejszego rozdziału tego opracowania „małomówności” norweskich sędziów oraz braku większego zainteresowania po stronie norweskich teoretyków prawa koncepcją precedensu sądowego – udało się wykształcić całkiem rozbudowaną i, przynajmniej na pierwszy rzut oka, komplementarną doktrynę precedensu. Wchodzące w w skład tej doktryny instytucje i rozwiązania zdają się bowiem tworzyć taką maszynę, której poszczególne tryby, mając przypisane konkretne miejsce, mogą ze sobą współgrać i się wzajemnie docierać. Przede wszystkim jest tak w tym sensie, iż z reguły skutki działania jednej instytucji, gdy zbyt daleko idące, mogą być tu moderowane jakąś inną, „przeciwstawną” jej instytucją (np. wiążący charakter precedensów sądowych tonuje antycypacyjna postać *overruling* lub prawo do wyróżniania takich precedensów). Tym zaś jedynie, czego nieraz tutaj brakowało, jest, jak się wydaje, ścisła instrukcja, kiedy dokładnie do poszczególnych instrumentów sięgać należy, a kiedy nie powinno się tego czynić. Ta kwestia ociera się już jednak bardziej o sferę bytu, aniżeli elementów składających się na doktrynę precedensu. Te ostatnie są bowiem nie tyle faktem, ile narzędziem, i jako takie mogą w różnych rękach zostać różnie wykorzystane: raz lepiej, a raz gorzej.

Jak widać też z przeprowadzonego w powyższych punktach porównania, norweską doktrynę precedensu bez większych wątpliwości można plasować gdzieś pomiędzy systemem prawnym typu *civil law* a systemem prawnym typu *common law*. Co więcej, doktryna ta nie tyle przeplatała w sobie rozwiązania/instytucje raz zaczerpnięte z anglosaskiej doktryny precedensu, a innym razem z jej kontynentalnych odpowiedniczek, ile nader często wypracowała własne, odrębne od nich rozwiązania/instytucje, natury kompromisowej. Stąd też teza o jej wypośrodkowanym charakterze w znacznym stopniu, jeśli nie w pełni, znalazła tu

swoje potwierdzenie (odnośnie do podsumowania w tym względzie zob. też pkt. 1. rozdziału IV niniejszego opracowania).

Kompromisowość norweskiej doktryny precedensu była przy tym kwestią o tyle istotną, iż, jak zostało to wstępnie założone, to ta właśnie właściwość tej doktryny miała gwarantować, że jej ewentualna implementacja w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej zarówno tych z obszaru *common*, jak i *civil law* będzie praktycznie wykonalna. To znaczy, że przyjęcie w tych państwach rozwiązań godzących oba te systemy prawne ogólnie spotka się w nich z większą przychylnością niż narzucenie jednej grupie tych państw rozwiązań typowych dla drugiej ich grupy. Identycznie rzecz ma się zresztą w przypadku poszukiwania rozwiązań modelowych dla dotyczącej wszystkich Państw Członkowskich praktyki orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

ROZDZIAŁ III: OCENA TRAFNOŚCI ROZWIĄZAŃ NORWESKIEJ DOKTRYNY PRECEDENSU

1. Kryteria oceny

1.1. Uwagi wprowadzające

Po naszkicowaniu obrazu norweskiej doktryny precedensu, co miało miejsce w poprzednim rozdziale niniejszego opracowania, w tej jego części zostaną podjęte rozważania mające na celu wyłonienie doktryny precedensu o optymalnej („idealnej”) postaci. Przy tym najpierw zostaną wyszczególnione poszczególne kryteria (wartości), jakie posłużą następnie do przeprowadzenia szczegółowej oceny instytucji wchodzących w skład norweskiej doktryny precedensu. Tam też, gdzie w świetle wyników takowej oceny norweskie rozwiązania nie okażą się satysfakcjonujące, zostaną zaproponowane takie ich modyfikacje lub uzupełnienia, które doprowadzą już do powstania rozwiązań o charakterze optymalnym. Pod koniec zaś, w celu weryfikacji uzyskanych w ten sposób wniosków, doktryna norweskiego precedensu zostanie oceniona raz jeszcze przy uwzględnieniu całokształtu składających się na nią instytucji, tak aby uchwycić jej efekt całościowy.

Wracając do kryteriów, na podstawie jakich ma się odbywać ocena rozwiązań wypracowanych w Norwegii, należy zaznaczyć, iż zostały na nie przyjęte wartości (cele, „polityki”) o charakterze uniwersalnym – *ergo* takie, do jakich realizacji powinno się dążyć w każdym demokratycznym państwie prawa. Tym też sposobem zostały tu wzięte pod uwagę między innymi: pewność i przewidywalność prawa, sprawiedliwość, poprawność prawa pod względem formalnym i merytorycznym tudzież elastyczność prawa i jego zdolność do ustawicznego rozwoju. W rezultacie wyniki zamierzonej oceny i postawione w oparciu o nie wnioski powinny mieć wymiar w znacznym stopniu uniwersalny („ponadnarodowy”) i w tym też sensie wyznaczać kształt ogólnie „idealnej” *vel* optymalnej doktryny precedensu. Ponadto takie wyniki będą mogły posłużyć za punkt wyjścia dla rozważań podjętych w czwartym rozdziale niniejszego opracowania, których głównym celem będzie wyłonienie optymalnego kształtu doktryny precedensu na potrzeby integracji krajowych porządków prawnych w ramach Unii Europejskiej i uzyskania modelowej postaci doktryny precedensu na poziomie sądów unijnych i ich relacji z sądami krajowymi.

1.2. Prezentacja poszczególnych kryteriów

Jak już zostało to wyżej nadmienione, na kryteria, pod kątem których ma się odbyć ocena norweskiej doktryny precedensu, zostały obrane wartości (cele, „polityki”) o charakterze uniwersalnym, wokół jakich zazwyczaj toczy się w zachodnich społeczeństwach dyskusja w przedmiocie wyzwań stawianych przed prawem jako takim. Mimo iż większość – jeśli nie wszystkie – z tych wartości (celów, „polityk”) rodzą dość jednoznaczne intuicje znaczeniowe, a przez to zdają się one posiadać już pewne utarte znaczenie, w celu usunięcia ewentualnych wątpliwości, jakie mogłyby tu powstać, na użytek niniejszego opracowania zostaną poniżej zamieszczone ich krótkie definicje. To też, że większość lub nawet każda z przyjętych na podstawę planowanej oceny wartości (celów, „polityk”) posiada jakieś językowe konotacje, nie oznacza oczywiście wcale tego, iż wartości te nie mogą być przedmiotem szczegółowych analiz ukazujących różne możliwe sposoby ich pojmowania, w tym i te mniej intuicyjne, a bardziej z teoretycznego punktu widzenia uzasadnione. Prowadzenie tego rodzaju analiz nie należy jednak do celów niniejszego opracowania, przez co również przedstawione poniżej definicje nie mogą być do nich zaliczane. Zadaniem tych definicji jest bowiem jedynie doprecyzowanie tego, przez pryzmat czego będzie dokonywana tutaj ocena.

Na kryteria (wartości), przyjęte w celu ocenienia poszczególnych instytucji i całokształtu norweskiej doktryny precedensu, będą się mianowicie składać przede wszystkim:

1. Pewność i przewidywalność prawa w sensie możliwości intersubiektywnego określenia konsekwencji prawnych dla już zaistniałego lub hipotetycznego („fikcyjnego”) stanu faktycznego – w szczególności objawiająca się w możliwości przewidzenia z góry sentencji wyroku, jaki zapadłby w przypadku oddania danej sprawy pod rozstrzygnięcie sądu.
2. Jednolitość prawa pojmowana jako jednakowe rozumienie i stosowanie prawa na całym obszarze jego obowiązywania. Objawia się ona w zbieżności w wynikach wykładni prawa (stanowiących prawo: precedensów sądowych *de iure*, postanowień aktów prawnych, prawnych zwyczajów itp.) oraz w wydawaniu identycznych decyzji sądowych w tożsamych z punktu widzenia prawa stanach faktycznych. Drugi z tych wymogów pokrywa się też z zasadą równego traktowania (tudzież równości wobec prawa) występującą również pod nazwą sprawiedliwości formalnej albo proceduralnej.
3. Poznawalność (zrozumiałość) prawa w znaczeniu możliwości dowiedzenia się o jego zawartości (pojęcia jego treści) przy jak najmniejszych nakładach czasu i pracy dla jak najszerszego kręgu osób. Przy tym chodzi tu zarówno o łatwość w zaznajomieniu się z prawem dla jego obecnych i potencjalnych adresatów, jak i o umiejętność szybkiego i prawidłowego opanowania, wyszukania i przyswojenia treści prawnych w przypadku osób profesjonalnie zajmujących się prawem: sędziów, prokuratorów, adwokatów i przedstawicieli nauki prawa.

4. Przejrzystość (transparentność) prawa postrzegana jako możliwość rozgraniczenia w konkretnym systemie prawa (porządku prawnym) tego, co jeszcze jest prawem, od tego, co prawem już nie jest, w tym przede wszystkim zdolność do jednoznacznego stwierdzenia, czy reguła o danej postaci należy do reguł prawnie obowiązujących.
5. Wysoka jakość tworzonego prawa przejawiająca się w jego poprawności zarówno formalnej, jak i merytorycznej. Przy tym poprawność formalna polega tu na tym, iż tworzone prawo jest dostatecznie jasne (dookreślane) i niezbyt skomplikowane, tj. jest ono takie do tego stopnia, iż wiadomo, jak je należy w konkretnych przypadkach stosować. Ponadto ilekroć tworzone prawo ma postać ogólnych reguł, to reguły te powinny mieć zakres zastosowania na tyle szeroki, aby objąć nim jak największą liczbę przypadków, jakie mają rodzić przewidziane w nich skutki prawne, a jednocześnie na tyle wąski, by do minimum ograniczyć liczbę podpadających pod nie przypadków, które przewidzianych nimi skutków prawnych nie mają rodzić. Poprawność merytoryczna manifestuje się z kolei w tym, iż tworzone prawo pozwala na osiągnięcie zamierzonych nim tudzież rozsądnych (zasadnych) rezultatów, czego gwarancję w pierwszej kolejności należy upatrywać w odpowiednim stopniu wiedzy i doświadczenia po stronie osób, które biorą udział w procesie legislacyjnym (projektują prawo i ustanawiają je).
6. Elastyczność prawa ujmowana jako zdolność prawa do szybkiego dostosowywania się do nowopowstających potrzeb szeroko rozumianego „życia” – w tym w celu sprostania najnowszym wyzwaniom gospodarki i polityki tudzież zareagowania na zmiany, jakie dokonały się na przestrzeni czasu w sferze moralności.
7. Zapewnienie prawa możliwości ustawicznego rozwoju i samodoskonalenia rozumiane jako stworzenie warunków sprzyjających ewoluowaniu i „ulepszaniu” aktualnie obowiązujących regulacji prawnych: bądź przez zastępowanie dotychczasowych rozwiązań prawnych bardziej doskonałymi, bądź przez wprowadzanie w prawie rozwiązań nowych, jakie jak dotąd nie miały w nim swojego odpowiednika. Istotne jest tu także stworzenie przyjaznej atmosfery dla inkubacji pomysłów odnośnie do zmian pożądaných w obowiązującym prawie oraz o zbudowanie ram instytucjonalnych dla uprawiania krytyki zastanego stanu prawnego mogącej stanowić impuls do wprowadzenia w tym stanie stosownych udoskonaleń.
8. Sprawiedliwość prawa pojmowana na dwa sposoby:
 - a) w sensie subiektywnym, tj. jako zapewnienie orzekającemu w danej sprawie sędziemu możliwości wydania w tej sprawie takiego wyroku, jaki w jego ocenie (zgodnie z jego sumieniem, „sumieniem”, poczuciem sprawiedliwości) jest najślusniejszy, w tym również wtedy, kiedy sam ten sędzia nie potrafi swojej decyzji w sposób uniwersalny (odwołujący się do ogólnych reguł i argumentów) uzasadnić;

- b) w sensie intersubiektywnym, tj. jako istnienie warunków do wydawania przez sędziów takich rozstrzygnięć, które nie tyle w ich mniemaniu, ile w oczach ogółu społeczeństwa lub przynajmniej większości jego członków będą jawić się jako słuszne i pożądane.
9. Efektywność (sprawność) wymiaru sprawiedliwości, pod którym to zbiorczym pojęciem rozumiana będzie taka organizacja tego wymiaru, jaka zmierza do jak najlepszego wykorzystania dostępnych zasobów, w tym umiejętności, czasu i pracy osób biorących udział w wydawaniu wyroków oraz ich późniejszej egzekucji. Przy tym osiągnięciu takiej efektywności mają służyć w szczególności:
- a) dążenie do skrócenia czasu niezbędnego do wydania pozostającego w zgodzie z prawem sądowego rozstrzygnięcia (realizacja zasady szybkości postępowania), zwłaszcza drogą umiejętnego wykorzystania wcześniej przeprowadzonych rozważań i uzyskanych na ich podstawie wyników (postawionych wniosków);
 - b) taki rozdział kompetencji między poszczególnymi sądami, który koresponduje ze stopniem wiedzy prawniczej oraz rozmiarem doświadczenia życiowego, jakim odznaczają się zasiadający w tych sądach sędziowie;
 - c) odciążenie sądów poprzez zmniejszanie liczby trafiających do nich spraw, bądź na skutek dobrowolnego dostosowywania się do wymogów prawa przez jego adresatów, bądź w wyniku pozasądowego (polubownego) rozwiązywania sporów narosłych na tle prawnym;
 - d) budowanie wysokiego morale u członków judykatury oraz stwarzanie im komfortu w orzekaniu, w szczególności poprzez zapobieganie sytuacjom mogącym stawiać ich w konflikcie z własnym sumieniem;
 - e) przeciwdziałanie zjawiskom arbitralności i stronniczości w adiudykacji;
 - f) skłanianie obywateli do dobrowolnego, bez użycia środków przymusu, wykonywania zapadłych w ich sprawach orzeczeń, przede wszystkim poprzez uzyskanie akceptacji treści sądowego rozstrzygnięcia u osoby przegrywającej proces sądowy.
10. Zachowanie podziału władzy w sensie dążenia do uzyskania równowagi pomiędzy władzą sądowniczą i ustawodawczą drogą takiego rozdzielenia i ukształtowania procesu tworzenia i stosowania prawa, aby stworzyć warunki do wzajemnej współpracy legislatywy z judykaturą przy jednoczesnym poszanowaniu pozycji ustrojowej, jaka powinna przypadać każdej z tych władz. Przy tym priorytetem będzie tu zagwarantowanie władzy sądowniczej możliwości dbania o wymienione w punktach od 1 do 9 wartości w taki sposób, aby odbywało się to z maksymalnym poszanowaniem woli ustawodawcy, w tym zakładało realizację i ochronę obranych/wyznaczonych przez tego ostatniego celów i „polityk”.

1.3. Dwa problemy

Przed przejściem do dokonywania oceny instytucji składających się na norweską doktrynę precedensu na podstawie wymienionych powyżej kryteriów, w tym i w następnym punkcie zostaną jeszcze poruszone dwa istotne dla takiej oceny problemy związane z tymi kryteriami. Pierwszy dotyczy wzajemnych relacji, jakie zachodzą pomiędzy konstytuującymi te kryteria wartościami. Drugi zaś odnosi się do kwestii tego, czy te kryteria są zupełne.

1.3.1. Relacje, jakie mogą zachodzić między poszczególnymi kryteriami

Nawet bez szczególnego zagłębiania się w istotę wartości przyjętych na kryteria mającej się w tym rozdziale niniejszego opracowania dokonać oceny można zauważyć, iż w przypadku części z tych wartości realizacja jednej z nich automatycznie przyczynia się do realizacji drugiej – nie wykluczając tu interakcji obopólnych, tj. wzmacniania się przez takie wartości nawzajem. Stąd też istnieje pokusa, by przyjąć jedno z wymienionych w punkcie 1.2. niniejszego rozdziału tego opracowania kryteriów za wartość naczelną, a inne znajdujące się tam kryteria traktować jako jej pochodne lub składowe. Problem jednak w tym, że po bardziej wnikliwej analizie okazuje się, iż żadne z mających posłużyć zaplanowanej ocenie wartości nie są ze sobą do końca tożsame, a przeważającej ich większości nie sposób też zupełnie podporządkować jakiegokolwiek z nich. Ponadto niektóre z tych wartości zdają się wzajemnie wykluczać, w sensie, iż realizacja jednej z nich w mniejszym lub większym stopniu utrudnia urzeczywistnienie drugiej.

Rozpoczynając od grupy wartości mających oddziaływać na siebie w sposób pozytywny, w pierwszej kolejności warto wskazać na szereg następujących prawidłowości. Większa poznawalność (rozumiałość) oraz przejrzystość (transparentność) prawa już z samej definicji powinna prowadzić do zwiększenia jego przewidywalności i pewności. To znaczy, że im prościej jest się dowiedzieć i odróżnić to, co stanowi obowiązujące prawo, tym łatwiej powinno być prognozować, jak postąpi sędzia wydający wyroki na podstawie takiego prawa. Również wysoka jakość tworzonego prawa wydaje się być naturalnym sojusznikiem jego pewności i przewidywalności. Dobrze przemyślane i zaprojektowane reguły prawne rzadziej będą przedmiotem praktyk mających na celu uniknięcie/rozciągnięcie ich zastosowania, niż by to miało miejsce w przypadku reguł nazbyt szerokich lub nazbyt wąskich tudzież prowadzących do niezasadnych lub niezamierzonych przez ich pomysłodawców rezultatów.

Z kolei sama pewność i przewidywalność prawa jawi się warunkiem wstępnym do uzyskania jednolitości w jego interpretacji i stosowaniu, aczkolwiek pierwsze nie zawsze oznaczać będzie drugie. Prawo może być bowiem pewne w sensie istnienia możliwości precyzyjnego określenia z góry treści wyroku, jaki zostanie w danej sprawie wydany, gdy znamy stan faktyczny tej sprawy i sąd lub sędziego, do którego ona trafi do rozpoznania, a mimo to niejednakowo na obszarze jego obowiązywania przez różne sądy i sędziów wykładane i stosowane. Samo już jednak uzyskanie jednolitości prawa zawsze będzie musiało się przełożyć na zwiększenie

jego pewności i przewidywalności, przynajmniej patrząc na to z perspektywy całego systemu prawa. Odnośnie zaś do wspomnianej na samym początku przejrzystości oraz zrozumiałości prawa wydaje się, że również i one będą często iść ze sobą w parze, tym razem w znaczeniu, iż realizacja jednej z tych wartości powinna skutkować automatycznym urzeczywistnieniem drugiej.

Także lepsze warunki dla ustawicznego rozwoju prawa (udoskonalania jego dotychczasowej treści), przynajmniej *prima facie*, powinny mieć znaczenie dla jego elastyczności, a przez to i prowadzić do wydawania sprawiedliwych w ogólnospołecznym mniemaniu rozstrzygnięć. Środowiskiem, w którym będą się rodzić pomysły na „ulepszenie” zawartości dotychczasowego prawa, i zarazem tym, co inspirować będzie ich dawców, zdaje się być bowiem właśnie aktualny kontekst kulturalno-społeczno-polityczno-gospodarczy. Jeśli zaś tak, to nie powinno dziwić, że wysuwane propozycje zmian w prawie będą często stanowić odpowiedź na bieżące potrzeby i wyzwania życia codziennego. Z kolei ponieważ do tego rodzaju potrzeb można zaliczyć też oczekiwanie wydawania przez sądy powszechnie akceptowanych rozstrzygnięć, to tym samym ich pełne zaspokajanie będzie się równać podejmowaniu sprawiedliwych w odczuciu większości członków społeczeństwa decyzji sądowych. Również same dwa wyróżnione w punkcie 1.2. niniejszego rozdziału tego opracowania ujęcia sprawiedliwości, choć niewątpliwie w swej istocie odmienne, w konkretnym przypadku mogą się sprowadzać do tego samego. To, co dany sędzia osobiście uważa w jakiejś kwestii prawnej za słuszne, nieraz może się bowiem pokrywać z opinią, jaka przeważa w społeczeństwie. Jest to tym bardziej możliwe w sytuacji, gdy – co należy uznać za stan typowy – sędzia ten, będąc członkiem danego społeczeństwa, został w cechującej to społeczeństwo kulturze wychowany/wykształcony, a przez to i podziela przyjmowane w niej przekonania i wartości tudzież przy dokonywaniu własnego osądu bierze takie przekonania/wartości, również w sposób nieuświadomiony, w jakimś stopniu pod rozwagę.

Ponadto nie sposób też zaprzeczyć, że różne cele, jakie złożyły się na pojęcie efektywności wymiaru sprawiedliwości, zarówno pozytywnie oddziałują na siebie nawzajem, jak i przyczyniają się do realizacji wartości, o których była mowa powyżej. Przykładowo wysokie morale u sędziów i zapewnienie im komfortu w orzekaniu (w tym przez eliminację nacisków zewnętrznych) nie tylko będzie zapobiegać ich stronniczości, ale również powinno mieć wpływ na czynienie zadość sprawiedliwości – której osiągnięcie bez posiadających kręgosłup moralny tudzież „niezastraszonych” sędziów wydaje się niemalże z definicji niemożliwe – a nawet, co może się jawić jako nieco zaskakujące, wzmacniać pewność i przewidywalność prawa. Sędzia odznaczający się umiejętnością osądu tego co słuszne i faktycznie kierujący się takim osądem nie będzie bowiem dążył do obchodzenia („naginania”) prawa z niskich pobudek, w tym korupcyjnych lub mających na celu zadowolenie jakiejś opcji lub władzy politycznej, co tym samym powinno przełożyć się na to, że prawo będzie pewne i przewidywalne.. Nie zmienia to jednak faktu, że sędzia taki może mieć tendencję do obchodzenia („naginania”) prawa, które w jego ocenie będzie niesprawiedliwe i którego od strony merytorycznej on sam nie akceptuje.

Także szybkość postępowania sądowego (rozstrzygnięcie spraw sądowych w rozsądnym terminie) w pewnym sensie służy wspomnianym wcześniej wartościom. Czy za sprawiedliwy mógłby bowiem uchodzić wyrok, na którego wydanie trzeba było czekać całymi latami? Tym bardziej pytanie to jest adekwatne w sytuacji, w której pierwotne strony postępowania dawno zdążyły umrzeć lub na skutek nierozstrzygniętego między nimi sporu doszło do trwałego zakończenia przez nie wzajemnego prowadzenia skądinąd intratnego przedsięwzięcia, jakie stanowiło kanwę tego sporu. Podobnie nie wydaje się, że za bez uszczerbku dla pewności prawa można by uznać wydanie po wielu latach nawet w pełni zgodnego z przewidywaniami co do jego treści orzeczenia sądowego? Z okresem wyczekiwania na rozstrzygnięcie sądu, zwłaszcza w sporze tego rodzaju, jaki nie został jeszcze rozpoznany przez jakikolwiek sąd, będzie się zawsze wiązać pewna doza niepewności. Zainteresowani mogą bowiem nabrać podejrzeń, czy sędzia właśnie nie dlatego zwleka z wydaniem wyroku, iż rozważa rozstrzygnięcie przedłożonej mu sprawy niezgodnie z tym, czego się powszechnie spodziewa. By zaś, choćby z tych względów, skrócić czas trwania postępowań sądowych, konieczny wydaje się nie tylko adekwatny do posiadanej wiedzy i doświadczenia przydział zadań pomiędzy poszczególnych członków judykatury, ale również efektywne wykorzystanie dotychczas podjętych przez tych członków wysiłków i ich rezultatów. Także polubowne rozstrzygnięcie sporów i dobrowolne stosowanie się do wymogów prawa zdaje się być warunkiem *sine qua non* dla szybko i sprawnie działających sądów, które nie są dzięki temu nadmiernie obciążone liczbą wnoszonych do nich spraw.

Z kolei takie optymalne wykorzystanie kompetencji pracowników wymiaru sprawiedliwości przy jednoczesnym zapewnieniu im komfortu w orzekaniu, w tym i poprzez niedopuszczenie do przytłoczenia sądów natłokiem spraw, nie powinno pozostać obojętne dla wysokiej jakości tworzonego przez sędziów prawa. Ta zaś, jak już zostało to poruszone w powyższym akapicie, powinna skutkować również wzrostem pewności i przewidywalności prawa, ale także i sprzyjać dobrowolnemu stosowaniu się do prawa i kończeniu sporów na tle prawnym w sposób polubowny.

Nieco na boku, jeśli chodzi o interakcje, zdaje się natomiast pozostawać zasada podziału władzy (zapewnienia równowagi między władzą sądowniczą i ustawodawczą). Po pewnej chwili na zastanowienie się trudno jednak nie zauważyć, że choćby samo składające się na nią dążenie do maksymalnego urzeczywistnienia woli ustawodawcy powinno się wprost przekładać na zwiększanie stopnia pewności i poznawalności (zrozumiałości) prawa. Założywszy, że wola ta jest możliwa dla intersubiektywnego dowiedzenia się o niej, kierując się nią, można bowiem usuwać całe mnóstwo wątpliwości, jakie powstają na gruncie interpretacji postanowień prawa stanowionego. W efekcie poza tym, że prawo staje się przez to jaśniejsze, zyskuje się środek umożliwiający dotarcie do treści, jaką ma ono posiadać. Ponadto już z samego sposobu zdefiniowania równowagi władzy w pkt. 1.2. niniejszego rozdziału tego opracowania wynika, że stosunki instytucjonalne między legislaturą i judykaturą mają być tak ukształtowane, by ta ostatnia mogła stać na straży szeregu różnych wartości, w tym jedności i sprawiedliwości

w orzekaniu. U podstaw tejże definicji legło więc założenie, że mechanizmy służące osiągnięciu takich wartości wiążą się, a przynajmniej mogą się wiązać, z uprawnieniami, jakie w danym państwie przysługują władzy ustawodawczej i władzy sądowniczej.

W zakresie przyjętych na kryteria zaplanowanej oceny wartości, jakie mogą pozostawać ze sobą w mniej lub bardziej wyraźnej sprzeczności, w pierwszej kolejności należy wymienić sprawiedliwość oraz pewność i przewidywalność prawa. Z konfliktem pomiędzy tymi wartościami będziemy mieli do czynienia, ilekroć w konkretnej sprawie wbrew nakazom *prima facie* obowiązującego prawa dojdzie do wydania słusznego w oczach sędziego tudzież społeczeństwa wyroku. Błędem byłoby jednak nie odnotować, iż w sytuacji gdy zastosowanie w danej sprawie jakiejś reguły prawa lub precedensu sądowego byłoby powszechnie postrzegane – tak przez sędziego, jak i przez innych – jako jawna niesprawiedliwość, wydanie wyroku w tej sprawie z naruszeniem takiej reguły/precedensu może się dać z góry w znacznym stopniu przewidzieć, nie stanowiąc wcale dużego lub nawet jakiegokolwiek zaskoczenia dla uczestników obrotu prawnego. Jest tak tym bardziej, gdy w danym systemie prawnym istnieją rozwiązania umożliwiające odstąpienie od zastosowania prowadzących w danym przypadku do niepożądanego rezultatu reguł prawnych lub precedensów sądowych i adresat prawa nie tylko musi się liczyć z korzystaniem przez sędziów z takich rozwiązań, ale co więcej, tego się właśnie może po nich spodziewać (do takich rozwiązań w doktrynie wiążącego precedensu należą np. *overruling* lub *distinguishing*). W konsekwencji w takim układzie sprawiedliwość prawa będzie szła w parze z jego pewnością; przy czym nie tylko jedna z tych wartości nie będzie tutaj stanowiła zagrożenia dla drugiej, ale wartości te będą się tu wzajemnie wspierać.

Również stworzenie sędziemu warunków pozwalających mu na rozstrzyganie przedkładanych mu spraw zgodnie z jego własnym sumieniem (poczuciem sprawiedliwości) niekoniecznie musi zawsze prowadzić do arbitralności, a tym bardziej jeszcze stronniczości w orzekaniu tudzież kierowaniu się przez sędziów różnymi rodzajami uprzedzeń. Jeśli by bowiem ograniczyć zakres dyskrekcji po stronie członków judykatury tylko do przypadków, w których i tak trudno jest ich związać wystarczająco dookreślonym prawem, a dodatkowo wolni byłiby oni od presji ze strony innych, posiadając przy tym jeszcze wysokie morale i odpowiednią ilość czasu oraz wiedzę na temat mogących wystąpić po ich stronie uprzedzeń, to wówczas ewentualne ryzyka powyższego rodzaju zostałyby znacznie zredukowane.

Przechodząc jednak do sedna problemu związanego z opisanymi powyżej możliwymi relacjami, jakie mogą zachodzić pomiędzy wartościami przyjętymi na kryteria mającej się w tej części niniejszego opracowania dokonać oceny norweskiej doktryny precedensu, to z racji rozmiarów tego opracowania oraz ze względu na chęć zapewnienia mu dostatecznego stopnia czytelności, nie będą w nim przy ocenianiu każdej ze składającej się na tę doktrynę instytucji podawane wszystkie negatywne i pozytywne kierunki potencjalnych oddziaływań między tymi wartościami. Zamiast tego najczęściej będą wysuwane na plan pierwszy tylko te wartości, które są najbardziej w kontekście ocenianej instytucji widoczne (pierwszoplano-

we). Tak np. ilekroć będzie kładziony akcent na zrozumiałość prawa, niekoniecznie będzie już dodawane, iż zrozumiałość ta przyczynia się również do pewności prawa. Tego rodzaju interakcje zostały w znacznym stopniu naświetlone w powyższych akapitach – co też będzie musiało zostać uznane tu za wystarczające.

1.3.2. Konieczność ważenia wartości i szukania dodatkowych argumentów

Pomijając problem w pewien sposób rozwiązany w punkcie poprzednim, z oceną instytucji składających się na norweską doktrynę precedensu będą się wiązać inne jeszcze, jak się wydaje tym razem poważniejsze, trudności. Jak zostało to bowiem zapowiedziane, na skutek takiej oceny miało nastąpić wyłonienie rozwiązań o optymalnym („idealnym”) charakterze. Postawienie jednak jakiegokolwiek wniosku w tym przedmiocie bynajmniej nie będzie zadaniem łatwym ani – co gorsza – do końca „wymiernym” czy weryfikowalnym. Jest tak, ponieważ mimo posiadania wiedzy na temat tego, do realizacji jakich wartości dana instytucja się przyczynia, a osiąganiu jakich wartości stoi ona na przeszkodzie, niezmiernie ciężko jest w sposób „obiektywny” stwierdzić, czy instytucja ta powinna wchodzić w skład optymalnej doktryny precedensu. Oczywiście nie byłoby tu żadnych problemów, gdyby okazało się, że dana instytucja tylko prowadzi do realizacji jakiejś jednej lub wielu przyjętych na kryteria oceny wartości, nie szkodząc przy tym w żadnym stopniu urzeczywistnianiu jakiegokolwiek innej lub innych z tych wartości, a ponadto nie da się jej zastąpić żadną inną instytucją, która realizowałaby tę wartość/ te wartości w stopniu wyższym – już teraz naiwnym byłoby jednak sądzić, że stan taki będzie należał do najczęstszych. Trudności, o których tu mowa, pojawiają się zatem wtedy, kiedy jakieś rozwiązanie wypada pozytywnie pod względem jednych, a negatywnie pod względem innych kryteriów. W takiej bowiem sytuacji w celu opowiedzenia się za lub przeciw takiemu rozwiązaniu konieczne będzie zważenie narażonych na szwank i promowanych wartości, a tym samym przypisanie tym wartościom jakiejś wagi. Jak łatwo się jednak domyślić, przyznawanie jednym wartościom pierwszeństwa nad drugimi jest w wysokim stopniu uznaniowe, a przez to też zależne od osobistych preferencji tego, kto podejmuje w tym względzie decyzję. Jedna osoba może ogólnie kłaść większy nacisk na pewność i przewidywalność prawa, druga na sprawiedliwość i elastyczność prawa, a trzecia na efektywność wymiaru sprawiedliwości. W rezultacie, naturalną kolejną rzeczą, postawione przez każdą z takich osób wnioski w zakresie pożądanego kształtu doktryny precedensu będą mogły nie tylko znacznie się między sobą różnić, ale również pozostawać w wyraźnej sprzeczności.

Powyższe komplikuje dodatkowo okoliczność, iż dane rozwiązanie może służyć urzeczywistnianiu lub utrudniać urzeczywistnianie poszczególnych wartości w niejednakowym stopniu, np. w dużej mierze przyczyniać się do wzrostu pewności prawa, a jednocześnie w niewielkim wymiarze przeszkadzać w wydawaniu sprawiedliwych rozstrzygnięć sądowych. Wówczas znów trzeba by dokonać ważenia wchodzących w grę wartości, aczkolwiek przy dodatkowym uwzględnieniu jeszcze stopnia ich realizacji/zagrażania im. Ta kolejna konieczność posiada to

znaczenie, że np. ktoś, kto nawet zdecydowanie preferuje sprawiedliwość prawa nad jego przewidywalność i pewność, w konkretnym przypadku mógłby uznać, iż uszczerbek dla pierwszej z tych wartości jest na tyle nieznaczny, że tym razem opowie się on za przewidywalnością/pewnością prawa. Rzadko się bowiem zdarza, choć i tego nie można zupełnie wykluczyć, że dana osoba chciałaby zawsze maksymalizować tylko jedną z obranych na kryteria oceny wartości bez względu na spustoszenie, jakie siałoby to pośród wartości pozostałych.

Jeszcze bardziej istotny jest jednak, jak dotąd w ogóle nieporuszony, aspekt globalny (całościowy) planowanej oceny. Dając mianowicie rekomendację co do zasadności opowiedzenia się za którąś z norweskich instytucji, należałoby mieć również na uwadze to, iż instytucja ta nie będzie funkcjonować w izolacji, lecz wspólnie z pozostałymi pozytywnie zaopiniowanymi instytucjami, które – dopiero wszystkie razem – będą tworzyć optymalną doktrynę precedensu. Tym samym ubytki w realizacji jakiejś lub jakichś wartości wynikające z przyjęcia takiego, a nie innego kształtu jednego z mających składać się na tę doktrynę rozwiązań można by próbować „wyrównywać” poprzez nadanie odpowiedniej postaci innemu rozwiązaniu, jakie ma również wchodzić w skład tej doktryny. Co więcej, może się okazać tak, że którąś z wartości można realizować w doktrynie precedensu tylko na jeden sposób, inne zaś mogą być urzeczywistniane na wiele różnych sposobów. Wówczas, i to nawet wtedy, gdy zrealizowanie takiej trudno osiągalnej wartości miałyby się odbyć kosztem całego zespołu innych wartości łatwych w osiągnięciu za pomocą innych mechanizmów, należałoby się za realizacją tej wartości w ten sposób opowiedzieć – przynajmniej *prima facie*.

Wychodząc naprzeciw zasygnalizowanym powyżej problemom, w przeprowadzaniu mającej się odbyć oceny zasadniczo wdrożone zostaną dwie zasady. Po pierwsze przyjmując stanowisko umiarkowane, zostanie tu odrzucone podejście jednowartościowe, na rzecz założenia, iż system (porządek) prawny powinien realizować/chronić wszystkie wymienione w pkt. 1.2. niniejszego rozdziału tego opracowania wartości. W związku z tym za optymalną będzie mogła uchodzić tylko taka doktryna precedensu, która będzie czynić zadość wszystkim przyjętym kryteriom – w szczególności dzięki staraniom, żeby potencjalne niedostatki w realizacji którejś z wartości w jednym miejscu z reguły doczekały się uzupełnienia w jakimś innym lub innych miejscach. Po drugie tam, gdzie w grę będzie wchodzić konieczność zważenia wyraźnie ze sobą sprzecznych wartości albo z innych powodów wyniki dokonywanej oceny okażą się niejednoznaczne, będą tu brane pod uwagę i przywoływane również różne inne jeszcze argumenty, w tym odwołujące się do zdrowego rozsądku i grożących konsekwencji, nie pomijając również historycznego i hipotetycznego przykładu. Dzięki też temu postawione wnioski zyskają niejako dodatkowe podparcie, stając się bardziej weryfikowalne i zarazem – jak się wydaje – mniej subiektywne.

Ponadto mając na względzie konieczność uwzględnienia tego, że poszczególne instytucje, jakie mają się składać na optymalną doktrynę precedensu, nie będą w praktyce funkcjonować w odosobnieniu, lecz będą stanowić pewną całość, po dokonaniu oceny poszczególnych nor-

weskich rozwiązań pod koniec niniejszego rozdziału tego opracowania zostaną one jeszcze poddane ocenie globalnej. Pretekstem do poczynienia takiej oceny będą przy tym uwagi krytyczne i zarzuty, jakie kieruje się pod adresem doktryny wiążącego precedensu ujmowanej właśnie jako pewna całość. Do głosu dojdą tu ponownie, znajdujące się wśród obranych na kryteria zaplanowanej oceny, wartości takie jak: sprawiedliwość, pewność, elastyczność czy możliwość rozwoju prawa.

1.4. Uzasadnienie doboru kryteriów

Za posłużeniem się takim, jak wymienione w pkt 1.2. niniejszego rozdziału tego opracowania, a nie innymi kryteriami w celu przeprowadzenia zamierzonej oceny norweskiej doktryny precedensu przemawia przede wszystkim to, że należą one do powszechnie uznawanych i przywoływanych w dyskursie teoretyczno-prawnym. Przy tym dodatkowym potwierdzeniem zasadności ich doboru jest okoliczność, iż nie tylko zwolennicy doktryny wiążącego precedensu, ale i jej przeciwnicy się na takie właśnie jak składające się na nie wartości, cele czy „polityki” często powołują. Pierwsi twierdzą na przykład, że przestrzeganie precedensów w sądowych sprzyja pewności prawa, której inaczej osiągnąć nie sposób, by zaraz potem wskazać jeszcze na wymóg jednolitości prawa podparty zasadą równego traktowania. Drudzy zaś, choć przyznają, iż obowiązek powielania rozwiązań z wydanych w przeszłości wyroków sądowych w jakiś tam sposób przyczynia się do przewidywalności i pewności prawa, wskazują przykładowo, że taki obowiązek prowadzi do multiplikowania już raz wyrządzonego zła, a przez to godzi w elementarne poczucie sprawiedliwości (zob. pkt. 17.1. i 19 niniejszego rozdziału tego opracowania).

Jeśli chodzi o inne możliwości w przedmiocie doboru kryteriów, jakie mogłyby posłużyć do oceny norweskiej doktryny precedensu pod względem jej optymalności, to przede wszystkim można by tu rozważać – w punkcie wyżej padła już zresztą taka sugestia – obranie na użytek takiej oceny jakiejś jednej tylko wartości. Przykładowo można by oceniać instytucje składające się na taką doktrynę wyłącznie przez pryzmat ich zdolności do generowania pewności prawa lub umożliwiania wydawania słusznych w ocenie sędziego lub społeczeństwa rozstrzygnięć. Wydaje się jednak, że ciężko byłoby zdobyć jakąś szerszą akceptację dla takiego jednowartościowego podejścia. Trudno bowiem na przykład zakładać, iż ludzie chcą mieć prawo pewne i przewidywalne niezależnie od tego, do jakich absurdów i niesprawiedliwości mogłoby ono prowadzić. Notabene takie wyselekcjonowanie jednej tylko wartości, gdyby miało na celu ignorowanie wszystkich pozostałych, samo w sobie jawi się przedsięwzięciem nie do końca wykonalnym. Jak bowiem zostało to zaznaczone w pkt. 1.3.1. niniejszego rozdziału tego opracowania, między poszczególnymi wartościami zachodzą różne interakcje i nie da się całkowicie odseparować jednej od drugiej.

Ponadto na kryterium służące do wyłonienia optymalnej doktryny precedensu można by również próbować przyjąć jakąś inną, niż dotychczas wymienione, wartość naczelną, np.

użyteczność, bogactwo narodu itp. Dokładnie chodzić by tu miało o jakieś szczególne dobro, którego maksymalizację (realizację) miałyby umożliwiać wszystkie rozwiązania dotyczące instytucji sądowego precedensu. Jak można jednak zauważyć, teorie zasadzające się na tego typu naczelnym wartościach, jeśli polegają na czymś innym niż chęć bronienia tego co dobre i walczenia ze złem, są w znacznej mierze, pomijając już pozostałe problemy, które się z nimi wiążą, utopijne, a często również sprzeczne z tym, czego powszechnie oczekuje się od prawa. Ujmując to zaś bardziej dosadnie – jak czyni to C.R. Sunstein – teorie te są „zbyt sekciarskie, zbyt obszerne, zbyt dzielące, zbyt niejasne, zbyt górnoletne, zbyt ambitne, zbyt zagmatwane, zbyt kontrowersyjne i zbyt abstrakcyjne”²⁴⁵.

Ewentualnie doktrynę precedensu można by jeszcze próbować traktować jako środek służący do realizacji którejś z zasad wyznaczających „odpowiedni” rozdział dóbr i korzyści w społeczeństwie (np. każdemu po równo lub każdemu według zasług) tudzież jako gwarancję dla możliwości uprawiania dyskursu między zwaśnionymi stronami albo medium dla wdrażania strategii i planów różnych grup interesów. Również jednak takie próby spojrzenia na doktrynę precedensu sądowego *de facto* wymuszają wytypowanie jakiejś lub jakichś wartości uznawanych w poczynionym odgórnie założeniu za godne ochrony i realizacji. W przeciwnym razie dłaczego system prawny miałby w ogóle mieć służyć zwiększaniu pola do dyskusji lub zapewnianiu warunków do jej prowadzenia czy obciążać negatywnymi skutkami osoby mniej albo bardziej zamożne lub zaradne. To samo dotyczy umożliwiania czy przyczyniania się do realizacji jakichś zbiorowych zamiarów lub interesów. Stąd także i tego typu kryterium dla oceny doktryny precedensu nie będzie wolne od wad, o jakich była mowa w powyższym akapicie.

2. Podmiotowy zakres wiążania i moc prawnie wiążąca norweskiego precedensu sądowego

2.1. Wiążący charakter

Rozpoczynając przeprowadzenie zaplanowanej oceny od samej idei wiążania w sposób prawny dotychczas wydanymi wyrokami sądowymi, należy zdecydowanie uznać trafność tejszej idei. Obowiązek stosowania się do takich wyroków wprost przyczynia się bowiem do wzmocnienia pewności i przewidywalności prawa. Jest on – jak się wydaje – najskuteczniejszym z możliwych do wyobrażenia środkiem do uzyskiwania sprzyjającej tym dwu wartościom jednolitości w stosowaniu i wykładni prawa. Poprzez nałożenie na sądy niższych instancji prawnego wymogu powielania pochodzących od Sądu Najwyższego wypowiedzi co do należytego sposobu rozumienia prawa z pewnością uniknęłoby się takich sytuacji, w których jeden z sądów (np. w Katowicach) stosuje się w jakiejś kwestii prawnej do stanowiska Sądu Najwyższego, natomiast inny sąd (np. w Gdańsku) się do tego stanowiska w tej samej kwestii prawnej już

245 C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996, s. 63 [tłum. M.K.].

nie stosuje. Co więcej, w razie braku takiego wymogu możliwe jest, że ten sam sąd raz będzie wydawał wyroki zgodne z zapatrywaniami Sądu Najwyższego, innym zaś razem będzie sobie pozwalał na rozstrzygnięcia z tymi zapatrywaniami niezgodne. Przy tym przedmiotem takiej niekonsekwencji mogą być zarówno różne kwestie prawne, jak i nawet ta sama kwestia prawna. Bez wątpienia wydawanie odmiennych rozstrzygnięć w analogicznych stanach faktycznych – czy to w skali kraju, czy w ramach danego sądu – jest sprzeczne z powszechnie akceptowaną i uznawaną za fundament państwa prawa zasadą sprawiedliwości formalnej, w myśl której sprawy podobne co do zasady powinny być rozstrzygane w sposób podobny. Zasada ta wydaje się zresztą stanowić podstawowy wyznacznik dla słuszności decyzji sądowych. Przeciwnie rozwiązanie, dopuszczające, zwłaszcza daleko idące, zróżnicowanie w rozstrzygnięciu poszczególnych spraw sądowych ze względu na osobiste przekonania w sferze moralności lub poglądy polityczne konkretnych sędziów, z natury będzie u osoby przegrywającej proces sądowy rodzić poczucie krzywdy i prowadzić u niej do zwątpienia w wymiar sprawiedliwości. W odczuciu bowiem tej osoby przegraną będzie ona zawdzięczała nie treści prawa, lecz temu, że jej sprawa trafiła akurat do tego, a nie innego sędziego. Co więcej, podejmowanie krańcowo odmiennych decyzji sądowych w takich samych lub bardzo podobnych do siebie stanach faktycznych może w oczach społeczeństwa sprawiać wrażenie, że poprzedza je proces już nawet nie tyle stronniczy i arbitralny, ile całkowicie przypadkowy i nieobliczalny, jaki przypomina w swej istocie bardziej loterię aniżeli wymierzenie sprawiedliwości. Stąd też bardziej zasadne niż przedłożenie sprawy pod rozstrzygnięcie sądu, bo o wiele tańsze, może się wówczas jawić rzucenie monetą albo kostką – wszak prawdopodobieństwo przegrania/wygrania tej sprawy będzie tu, jeśli nie jednakowe, to zbliżone.

Przeciwko instytucji prawnie wiążącego precedensu sądowego można by jednak podnieść, że taką samą funkcję jak ona pełni tzw. faktyczny wpływ orzeczeń dotychczas wydanych przez Sąd Najwyższy na rozstrzyganie spraw w sądach niższych instancji. O wpływie tym ma też świadczyć dająca się zaobserwować prawidłowość, iż nawet przy braku takiego prawnego obowiązku, sędziowie orzekający w sądach niższych instancji przy rozpoznawaniu przedłożonych im spraw faktycznie kierują się dorobkiem orzecznictwa Sądu Najwyższego. To znaczy, że zamiast samemu dokonywać interpretacji mających zastosowanie w zawisłej przed nimi sprawie przepisów prawa lub samemu rozważać argumenty, jakie mogą zostać w takiej sprawie podniesione, w rzeczywistości sędziowie ci bazują na sposobie wykładni/rozstrzygnięcia sprawy danego rodzaju zaproponowanym przez sędziów zasiadających w sądzie najwyższej instancji. Wyjaśnieniem dla wytworzenia się takiej właśnie praktyki mogłaby być przy tym w szczególności obawa przed uwzględnieniem potencjalnych apelacji (kasacji), ewentualnie sama perswazyjna moc argumentacji, jaką zastosowali sędziowie Sądu Najwyższego na poparcie zajętego przez nich w danej kwestii stanowiska.

Ponieważ różnica między precedensem sądowym wiążącym a tzw. precedensem sądowym perswazyjnym (*de facto*), wraz z ukazaniem zalet tego pierwszego, zostanie jeszcze poruszona

w pkt. 17.2.3. niniejszego rozdziału tego opracowania, w tym miejscu, ustosunkowując się do wysuniętego powyżej zarzutu, zostaną ukazane dwie mocne strony norweskiego rozwiązania.

Rozpoczynając od wspomnianej wyżej obawy przed uwzględnieniem środka zaskarżenia, już na wstępie należy zauważyć, że nie od wszystkich orzeczeń sądowych przysługuje apelacja (kasacja) do Sądu Najwyższego. Na przykład w Polsce brak jest możliwości zaskarżenia w drodze skargi kasacyjnej dużej części wyroków wydanych w sprawach cywilnych przez sądy okręgowe działające jako sąd drugiej instancji²⁴⁶. Trudno w takim przypadku byłoby więc mówić o jakiegokolwiek obawie przed wniesieniem odwołania do Sądu Najwyższego i tym samym o mającej mieć w niej swe źródło skłonności do respektowania poglądów przejawianych przez sędziów tego sądu. Zrównanie natomiast mocy precedensów pochodzących od sądu najwyższej instancji z mocą postanowień prawa stanowionego powinno spowodować, iż precedensy te będą – identycznie jak te postanowienia – przestrzegane również przez te sądy, których decyzji w ogóle nie da się zaskarżyć do Sądu Najwyższego. Co więcej, przy oddziaływaniu na sędziów jedynie drogą obawy, mogłoby dochodzić nawet do takich kuriozalnych sytuacji, w których ten sam sąd, a nawet te same osoby, orzekałyby w danej kwestii odmiennie w zależności od tego, czy od wydanego przez nie wyroku będzie czy też nie będzie, przysługiwać później apelacja (kasacja) do sądu najwyższej instancji²⁴⁷.

Obawa przed odwołaniem się do Sądu Najwyższego nie jest też wcale aż tak duża, jakby się to z pozoru mogło wydawać. Jest tak przede wszystkim z uwagi na prawne i faktyczne ograniczenia, jakie napotykają ci, którzy chcieliby/mogliby wystąpić z takim odwołaniem. Sądy Najwyższe posiadają często mniej lub bardziej uznaniowe prawo wyboru w zakresie tego, które ze wniesionych do nich skarg kasacyjnych przyjąć do rozpoznania, a które bez wdawania się w rozważania co do ich merytorycznej zasadności od razu (*a limine*) odrzucić²⁴⁸. Takie uprawnienie Sądu Najwyższego do dokonywania wstępnej selekcji kierowanych do niego odwołań (w Polsce jest to tzw. przedsąd) uzasadnia się tym, iż inaczej sąd ten zostałby zasypany nadmiarem środków odwoławczych i *de facto* stałby się wtedy zwyczajnym sądem trzeciej instancji. Ponadto czynnikiem zniechęcającym strony do składania odwołań do Sądu

246 Zob. art. 16, 17 i 398² Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.), zwanej dalej w skrócie k.p.c.

247 Na przykład ci sami sędziowie orzekałoby inaczej w danej kwestii prawnej w zależności od wartości przedmiotu sporu. Gdy wartość ta przekraczałaby granicę, powyżej której dopuszczalne jest wniesienie skargi kasacyjnej, stosowałoby się do stanowiska Sądu Najwyższego, w sytuacji zaś gdy wartość ta była poniżej tej granicy, orzekałoby tak, jak sami uważają za prawidłowe.

248 Przykładowo chcąc w sprawach cywilnych skutecznie wnieść skargę kasacyjną do polskiego Sądu Najwyższego oprócz podania przepisów, jakie miały zostać naruszone przez wydanie zaskarżonego wyroku, należy dodatkowo zamieścić uzasadnienie dla samego tylko przyjęcia tej skargi do rozpoznania (zob. art. 398⁴ § 2 k.p.c.). Przy tym powody, od jakich wystąpienia uzależnione jest takie przyjęcie, zostały tu w sposób wyczerpujący wymienione w art. 398⁹ § 1 k.p.c. Należy do nich to, że: 1) w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne, 2) istnieje potrzeba wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie sądowym, 3) zachodzi nieważność postępowania, 4) skarga kasacyjna jest oczywiście uzasadniona.

Najwyższego jest niewątpliwie aspekt finansowy oraz zmęczenie ciągnącym się nawet całymi latami wcześniejszym dwuinstancyjnym procesem. Na koszty kasacji (skargi kasacyjnej) oprócz opłat sądowych składa się bowiem, niemalże z definicji, wynagrodzenie dla fachowego pełnomocnika procesowego, którego obecność w postępowaniu przed Sądem Najwyższym jest na ogół obligatoryjna (w Polsce mówi się tu o tzw. przymusie adwokacko-radcowskim)²⁴⁹.

Drugim z czynników, jaki miałby gwarantować faktyczne przestrzeganie orzecznictwa Sądu Najwyższego w sądach niższej instancji, miał być już nie tyle strach, ile sama siła perswazyjna argumentów przytoczonych przez ten sąd na poparcie swoich zapatrywań prawnych. Innymi słowy argumenty te mają być na tyle przekonujące, by wykluczać inne niż obrane przez Sąd Najwyższy możliwe sposoby rozstrzygnięcia danej kwestii prawnej, a przez to prowadzić do powielania orzeczeń, zawartego w nich stanowiska, tego sądu w praktyce. Tym też razem problem polega na tym, iż sama idea przymiotu bycia perswazyjnym jest w takim jak wyżej użyciu mocno dyskusyjna. Zdolność do przekonywania nie wynika bowiem w sposób obiektywny z treści danego argumentu. O tym, czy coś jest lub nie jest przekonujące, musi decydować jakaś konkretna osoba. Jeśli zaś tak, to w interesującym nas przypadku podmiotem, który będzie oceniał stopień perswazyjności argumentów zamieszczonych w uzasadnieniach wyroków pochodzących od Sądu Najwyższego, będzie musiał być nie kto inny jak sędzia z sądu niższej instancji. W przeciwnym mianowicie razie – tj. wówczas gdy podmiotem tym mieliby być sędziowie Sądu Najwyższego i to oni mieliby decydować o tym, czy obrana przez nich argumentacja jest w wystarczającym stopniu przekonująca, aby ich stanowisko było powielane przez pozostałych sędziów – mielibyśmy do czynienia nie z faktycznym wpływem orzecznictwa Sądu Najwyższego na sposób orzekania w sądach niższej instancji, ale z jakąś odmianą wiążącego precedensu. Te bowiem z orzeczeń, które sędziowie Sądu Najwyższego uznaliby za w dostatecznym stopniu uzasadnione, traktować by tu należało dokładnie tak samo jak precedensy sądowe prawnie wiążące. Skoro więc to od sędziów z sądów niższej instancji ma zależeć, które z poglądów Sądu Najwyższego są, a które nie są na tyle uargumentowane, ażeby się do nich stosować, to *de facto* to wyłącznie ci sędziowie, a nie Sąd Najwyższy, będą mieć wpływ na to, jak są przez nich rozstrzygane przedłożone im do rozpoznania sprawy sądowe. Rola orzecznictwa Sądu Najwyższego ograniczy się też w takim układzie do funkcji czysto heurystycznej, w tym sensie, iż będzie się ona zaczynać i zarazem kończyć na wymyśleniu

249 Dobitnym przykładem na to, do czego może doprowadzić brak instytucji wiążącego precedensu sądowego – porzucenie wyłącznie na tzw. precedensach sądowych perswazyjnych (*de facto*) – oraz jak iluzoryczna może się okazać moc obawy przed uwzględnieniem środka zaskarżenia, jest *casus* z niemieckiej praktyki orzeczniczej, w którym jeden z tamtejszych sądów administracyjnych, wydając wyroki jawnie sprzeczne ze stanowiskiem sądu najwyższej instancji, nie tylko nie przejmował się samą już tylko groźbą, ale i masowym wręcz uwzględnianiem wnoszonych od jego wyroków środków odwoławczych. Dopiero też przychylenie się do ponad 160 apelacji złożonych od jego orzeczeń było w stanie sprawić, że porzucił on swoje własne zapatrywania prawne i ostatecznie dostosował się do stanowiska, jakie przyjmował Sąd Najwyższy – zob. R. Alexy i R. Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 37–38, 58.

argumentów, jakie można podnieść za jednym z wielu możliwych w danej kwestii prawnej rozwiązań. Przy tym żadnej różnicy nie będzie tu czynić to, gdyby te same argumenty podali nie sędziowie Sądu Najwyższego, lecz pełnomocnik procesowy jednej ze stron lub też wymyślili je sami sędziowie sądu niższej instancji czy nawet przypadkowo spotkana na „ulicy” osoba. W efekcie z racji braku kryteriów dla jej obiektywnego pomiaru sama siła perswazyjna przytoczonych przez sędziów sądu najwyższej instancji argumentów nie wystarczy do uzyskania jedności w stosowaniu i wykładni prawa. Mimo iż stanowisko Sądu Najwyższego i zawarta w nim argumentacja nie ulegnie żadnej zmianie, może być ono dla różnych sędziów z sądów niższej instancji przekonujące w niejednakowym stopniu, a przez to i prowadzić do podejmowania przez nich odmiennych decyzji w identycznych z punktu widzenia prawa stanach faktycznych.

W związku z powyższym trzeba zauważyć, iż za faktycznym (rzeczywistym) przestrzeganiem orzeczeń pochodzących od Sądu Najwyższego musi stać jeszcze coś innego niż sama groźba uwzględnienia potencjalnej apelacji (kasacji) czy perswazyjna moc wysuniętych przez ten sąd argumentów za zasadnością takich orzeczeń. W grę mogłyby tu wchodzić na przykład: a) autorytet, w interesującym nas przypadku, jakim cieszą się sędziowie zasiadający w Sądzie Najwyższym; b) wola „skrycia się” za orzeczeniem tego sądu powodowana trudnościami w przedstawieniu własnego uzasadnienia dla preferowanego sposobu rozstrzygnięcia danej kwestii prawnej; c) brak czasu lub chęci do samodzielnego rozważenia wszystkich „za i przeciw”, jakie można podnieść w sprawie danego rodzaju; d) obawa przed brakiem społecznej akceptacji sentencji wyroku w razie zlekceważenia stanowiska Sądu Najwyższego tudzież przed krytyką ze strony innych sędziów lub akademików. Bez wątplenia za faktycznym powielaniem przez sądy niższych instancji rozwiązań obranych uprzednio przez Sąd Najwyższy powinno przemawiać natomiast wprowadzenie instytucji prawnie wiążącego precedensu sądowego. Istnienie tej instytucji oznacza bowiem, że stosowanie się do orzecznictwa sądowego stanowi normalną kolej rzeczy i dopiero z odmową zaimplementowania rozwiązania z wyroku wydanego w przeszłości wiąże się konieczność podania odpowiedniego uzasadnienia, np. drogą wykazania, iż również Sąd Najwyższy postąpiłby w danej sprawie odmiennie aniżeli *prima facie* nakazuje to ustanowiony przez niego precedens.

Poza przyczynianiem się do jednolitości oraz idącej z nią w parze pewności i przewidywalności prawa, prawny obowiązek przestrzegania precedensów sądowych z oczywistych względów prowadzi do przyspieszenia postępowania sądowego tudzież zaoszczędzenia czasu i energii tak u orzekających sędziów, jak i u profesjonalnych pełnomocników procesowych i doradców prawnych. W razie istnienia tego obowiązku nie muszą oni bowiem wysuwać i roztrząsać za każdym razem wszystkich możliwych do przedłożenia w danej kwestii prawnej argumentów i materiałów, mogą, a nawet muszą poprzestać na wyniku ich rozważenia dokonany już raz w przeszłości. Instytucja wiążącego w sposób prawny precedensu sądowego wydaje się ponadto nie tylko nie przeczyć, ale wręcz tkwić w zasadzie podziału (równowagi) władzy. Jawi

się ona bowiem warunkiem niezbędnym dla w pełni efektywnej legislacji pozasądowej. Bez możliwości stanowienia prawa, które byłoby potem jednolicie stosowane, skuteczne wdrażanie „polityk” zakreślonych przez legislaturę będzie znacznie utrudnione, jeśli nawet nie niemożliwe (zob. pkt. 17.2.4. niniejszego rozdziału tego opracowania).

Prawna konieczność powielania rozwiązań z poprzednio wydanych orzeczeń sądowych – podobnie jak obowiązek stosowania się do przepisów ustawy – może natomiast czasem stać na przeszkodzie w obraniu słusznego w opinii sędziego lub społeczeństwa rozstrzygnięcia sądowego. Będzie tak, ilekroć mający mieć zastosowanie w sprawie rozstrzyganej przez sąd precedens sądowy już od momentu, w jakim był ustanawiany, był lub później stał się niesprawiedliwy. Prawdliwość danego precedensu sądowego od strony merytorycznej może też nie budzić żadnych wątpliwości w odniesieniu do stanu faktycznego, jaki wystąpił w sprawie precedensowej, podczas gdy jego zastosowanie w innym stanie faktycznym, jaki pod niego podpada, może w ogóle nie być zasadne. Poza tym ciężko też ukryć, że związanie precedensem sądowym może przeszkadzać w rozwoju prawa i zmniejszać jego elastyczności. Z natury rzeczy służy ono bowiem utrwalaniu (petryfikacji) stanu zastanego, utrudniając wprowadzenie zmian w tym stanie. Przy tym to ostatnie dotyczy również dokonywania w treści obowiązującego prawa takiej ingerencji, jakiej w znacznym stopniu może oczekiwać społeczeństwo. Dlatego też deficyt w realizacji wymienionych w tym akapicie wartości powinien zostać w optymalnej doktrynie precedensu – w miarę możliwości – w jakiś sposób nadrobiony.

2.2. Zakres podmiotowy

Gdy chodzi o zakres podmiotowy zasady związania precedensem sądowym, to również tutaj trzeba uwypuklić optymalność wypracowanego w Norwegii rozwiązania. Za obowiązkiem przestrzegania tylko tych precedensów, które pochodzą od Sądu Najwyższego, przemawia przede wszystkim okoliczność, iż to właśnie w tym sądzie powinny zasiadać osoby mające najlepsze warunki i przymioty do tworzenia sądowego prawa. Sędziami sądu najwyższej instancji z założenia powinny być bowiem osoby posiadające doskonałą wiedzę prawniczą podpartą jeszcze długoletnim doświadczeniem życiowym i zawodowym. Co więcej, to właśnie ci sędziowie będą mogli przeznaczyć największą ilość czasu na prowadzenie zogniskowanych na danej kwestii prawnej analiz mających na celu wszechstronne i wnikliwe przyjrzenie się jej. Jest tak dlatego, że Sąd Najwyższy z reguły jest sądem prawa, a nie faktu, przez co w ogóle nie ustala się w nim szczegółów stanu faktycznego, jaki miał miejsce w danej sprawie, ani nie przeprowadza i nie ocenia poszczególnych dowodów. Odpada tu więc cały trud, jaki wiąże się z nieraz bardzo żmudnym i czasochłonnym postępowaniem dowodowym, który spoczywa na barkach sędziów orzekających w sądach pierwszej i – choć na ogół już w mniejszym stopniu – drugiej instancji. Ponadto inaczej niż pozostałe sądy, Sądy Najwyższe mają często mniej lub bardziej uznaniowe prawo wyboru, które przypadki przyjmą do rozpoznania, a które odrzucą bez zagłębiania się w ich istotę, i w ten sposób mogą zmniejszyć sobie liczbę spraw wiszących

na ich wokandzie, aby mieć więcej czasu na oddawanie się rozważaniom poświęconym treści prawa, jakie ma obowiązywać.

Mając na względzie powyższe, sędziowie Sądu Najwyższego jawią się, spośród wszystkich członków judykatury, jako osoby najbardziej kompetentne nie tylko do wymierzania sprawiedliwości, ale również do tworzenia precedensowego prawa. Przede wszystkim to w nich należy pokładać nadzieję na opracowanie wysokiej jakości reguł precedensowych (*rationes decidendi*). Przy tym chodzi tu o takie reguły, jakie – by służyć zrozumiałości oraz pewności i przewidywalności prawa – są na tyle jasne (dookreślone), by nie budzić wątpliwości co do znaczenia użytych w nim terminów, oraz na tyle generalno-abstrakcyjne (ogólne), by móc objąć swoim zakresem zastosowania jak największą liczbę potencjalnych stanów faktycznych, które mają rodzić przepisane nimi skutki prawne, a jednocześnie na tyle przemyślane („przetestowane”), by do minimum ograniczyć liczbę objętych nimi przypadków nietypowych, dla których przewidziane nimi skutki prawne będą nieadekwatne. Zobligowane do przestrzegania precedensów sądowych sądy, aby nie doszło po ich stronie do rozbieżności rozstrzygnięć, jakie wydają, nie powinny się bowiem same wdawać w rozważania w przedmiocie tego, czy zawisła przed nimi sprawa podpada, czy też nie, pod dany precedens sądowy, tudzież tego, czym dokładnie (regułą o jakiej postaci) są one związane. Ponadto by czynić zadość wymogowi poprawności od strony merytorycznej tudzież sprawiedliwości, poza poprawnością w wymiarze formalnym, precedensowe reguły powinny również prowadzić do merytorycznie zasadnych (słusznych/rozsądnych) rezultatów. Do opracowania zaś takich reguł ewidentnie niezbędny jest udział osób odznaczających się znaczną wiedzą prawniczą i pozaprawniczą oraz sporym doświadczeniem życiowym, zdolnych do przewidzenia możliwości wystąpienia w rzeczywistości wielu różnych konfiguracji i przypadków wraz z konsekwencjami, jakie będzie miała reguła o danej postaci dla życia społecznego, gospodarczego czy politycznego.

Poza argumentem z posiadanych przez sędziów Sądu Najwyższego kompetencji za identycznym jak w Norwegii zakresem podmiotowym zasady *stare decisis* przemawia też wzgląd na transparentność, poznawalność i jednolitość obowiązującego prawa. W razie bowiem rozszerzenia uprawnienia do ustanawiania wiążących precedensów sądowych, choćby nawet tylko na sądy apelacyjne znajdujące się bezpośrednio pod sądem najwyższej instancji, z powodu istnienia zazwyczaj kilku, jeśli nie nawet kilkunastu takich sądów, liczba będących w obiegu wiążących orzeczeń sądowych (*rationes decidendi*) wzrosłaby niepomiaralnie. Jest tak tym bardziej z uwagi na to, że częstotliwość, z jaką sądy niższych instancji wydają wyroki, jest o wiele większa niż częstotliwość, z jaką orzeka Sąd Najwyższy. Powstały zaś w ten sposób nadmiar prawnie wiążących precedensów sądowych znacznie dołożyłby pracy prawnikom i innym osobom chcącym poznać, jaka jest treść obowiązującego prawa. To zaś musiałoby się negatywnie odbić zarówno na kosztach korzystania z obsługi prawnej, jak i na samej długości sądowego postępowania, utrudniając tak – lub w niektórych przypadkach nawet zamykając – obywatelom dostęp do wymiaru sprawiedliwości.

Co jednak o wiele ważniejsze, przyznanie prawa do ustanawiania wiążących precedensów sądom apelacyjnym, biorąc pod uwagę, iż jest ich z reguły o wiele więcej aniżeli jeden, jawnie godziłoby w zasadę równego traktowania (sprawiedliwości formalnej). Stałoby ono również na przeszkodzie w osiągnięciu jednolitości w stosowaniu i wykładni prawa w skali krajowej. Przy tym byłoby to nad wyraz widoczne, ilekroć jeden z sądów apelacyjnych zdecydowałby się na ustanowienie takiego precedensu, jaki byłby wyraźnie sprzeczny z precedensem ustanowionym wcześniej przez inny sąd apelacyjny. Wówczas bowiem na skutek dopuszczenia do koegzystencji tych precedensów podległe każdemu z tych dwóch sądów sądy pierwszej instancji zostałyby w sposób prawny zmuszone do odmiennego orzekania w tej samej kwestii prawnej, ewidentnie łamiąc w wyniku tego zasadę równego traktowania i zaburzając jedność w stosowaniu prawa w skali ogólnokrajowej²⁵⁰.

W odniesieniu do państw Europy Kontynentalnej trzeba jeszcze dodać, iż z racji występowania w nich często odrębnego sądownictwa administracyjnego oraz konstytucyjnego wiążące powinny być nie tylko orzeczenia Sądu Najwyższego, ale także wyroki Trybunału Konstytucyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego – o ile sądownictwo to miałyby zostać w nich utrzymane. W Norwegii kompetencje tych dwóch ostatnich sądów były bowiem skupione w rękach Sądu Najwyższego.

3. Norweskie modele precedensu sądowego

3.1 *Ratio decidendi* (model precedensu sądowego z regułą)

Jeśli chodzi o spotykane w Norwegii postacie *ratio decidendi*: dorozumianą, wyraźną i wyraźną

250 Nie należy tu jednak odnosić wrażenia, iż takie zjawisko braku jednolitości w stosowaniu prawa w jakiś istotny sposób dotyka Wielką Brytanię, gdzie, jak zostało to w poprzednim rozdziale zaznaczone, również precedensy ustanawiane na poziomie sądów apelacyjnych uchodzą za prawnie wiążące. Jest tak z tej prostej przyczyny, iż Sąd Apelacyjny Anglii i Walii (the England and Wales Court of Appeal) jest jedynym sądem tego rzędu dla całej jurysdykcji (jaką tworzą w jego przypadku łącznie Anglia i Walia). W związku też z tym uprawnienie tego sądu do kreowania prawnie wiążących precedensów nie jest w stanie naruszyć jedności prawa obowiązującego w Anglii i Walii, wręcz przeciwnie dzięki temu uprawnieniu jedność ta staje się tu jeszcze większa. Jeśli chodzi natomiast o pozostałe jurysdykcje, czyli Irlandię Północną oraz Szkocję, to posiadają one swoje własne odrębne sądownictwo, ale także, w szczególności jeśli chodzi o tę drugą, ich systemy (porządki) prawne odznaczają się pewną autonomią i specyfiką. W efekcie tego sprzeczności w prawie precedensowym sądów apelacyjnych z odmiennych jurysdykcji nie tyle godzą w Zjednoczonym Królestwie w jedność prawa i zasadę równego traktowania, ile bardziej świadczą o funkcjonowaniu na jej obszarze odmiennych, historycznie zresztą uwarunkowanych, systemów (porządków) prawnych. Do zaburzeń w tym względzie może jednak prowadzić tu ustanawianie prawnie wiążących precedensów przez orzekające w drugiej instancji sądy, które są podległe sądom apelacyjnym znajdującym się bezpośrednio poniżej Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa. W przedmiocie struktury brytyjskiego sądownictwa z uwzględnieniem podziału Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej na poszczególne jurysdykcje zob.: M. Koszowski, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z kontynentalną praktyką orzecznictwą*, Warszawa 2019, s. s. 40–43 przypis nr 16; Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 315–317; R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford 1968, s. 5–6.

kwalifikowaną, to bez wątpienia należy skrytykować pierwszą z nich. Z *ratio* dorozumianym zawsze będzie się bowiem wiązać możliwość wprowadzenia niepewności do porządku prawnego. Stanowi to nieuchronną konsekwencję konieczności domyślania się („poszukiwania”) kształtu precedensowej reguły, co – jak nietrudno się domyślić – nie jest procesem zestandaryzowanym i wolnym od uznaniowości. Dlatego też ta postać *ratio* na pewno nie służy przejrzystości prawa, ale także i nie zwiększa jego pewności. Wprost przeciwnie zdaje się ona, z uwagi na jej trudną do przewidzenia z góry postać, tę pewność osłabiać. Co więcej, taka konstruowana „za wszelką cenę” reguła precedensu sądowego może często pozostawać w sprzeczności z tym, co było zamiarem jej „przyszywanego” prawodawcy. Sędzia, któremu się ją przypisuje, mógł się przecież faktycznie kierować regułą o innym kształcie. Mało tego, mógł on w ogóle nie chcieć ustanawiać jakiegokolwiek wiążącej reguły, jaka miałaby wpływać na orzekanie w innych sprawach niż sprawa przez niego rozstrzygnięta.

Od sędziów powinno się mianowicie wymagać, iż wyraźnie zaznaczą, kiedy ich zamiarem było stworzenie prawa, a kiedy takiego zamiaru nie mieli. Ich decyzję zaś w tym względzie powinno się uszanować. Powody stojące za niechęcią do tworzenia prawa mogą być przy tym u poszczególnych sędziów różnorakie, jak na przykład to, że: a) dany sędzia nie miał wystarczającej ilości czasu lub wiedzy fachowej, w tym statystycznej, by móc opracować dostatecznie przemyślaną regułę precedensu sądowego; b) z rozstrzygnięciem sprawy wiązały się poważne kontrowersje i wątpliwości, do których dany sędzia nie umiał lub nie chciał się w sposób ostateczny ustosunkować, zostawiając sobie i innym sędziom prawo do odmiennego rozstrzygnięcia podobnych przypadków w przyszłości; c) choć dany sędzia uważał wyrok, jakie wydał w przełożonym mu do rozpoznania stanie faktycznym, za jak najbardziej słuszny/zasadny, z racji stopnia skomplikowania elementów tego stanu nie potrafił podać zwięzłej i dostatecznie precyzyjnej reguły, która mogłaby stanowić podstawę prawną dla tego wyroku, nie prowadząc jednocześnie do niesłusznych rezultatów w innych niż ten stan stanach faktycznych objętych jej hipotezą.

Tym samym w przypadku, kiedy intencją orzekającego sędziego nie było ustanowienie wiążącej na przyszłość ogólnej reguły, konstruowanie domniemanego *ratio* wydaje się niczym więcej jak zwyczajną uzurpacją. To nie sędzia, który wydał wyrok, jaki ma stanowić precedens, ale jakiś inny sędzia, któremu przyszło orzekać po nim, faktycznie decydowałby tu bowiem o treści *ratio decidendi*. Co więcej, gdyby ten sędzia orzekał w sądzie instancji niższej niż sąd, w którym orzekał sędzia, którego wyrok stanowi precedens, to wówczas nie tylko określałby on kształt reguły precedensu sądowego sam dla siebie, ale jeszcze, jak się wydaje, robiłby to tylko na użytek aktualnie rozpatrywanej przez siebie sprawy. To znaczy, że inny sędzia zasiadający w tym samym lub równorzędnym sądzie mógłby się później z nim nie zgodzić i uznawać za dorozumiane *ratio decidendi* regułę o innej jeszcze postaci. To zaś prowadziłoby zarówno do niepewności i braku przejrzystości prawa, jak i świadczyłoby o braku poszanowania dla zasady równego traktowania.

W świetle powyższych wywodów na obronę *ratio* dorozumianego można by jednak próbować przywołać względy sprawiedliwości formalnej, tj. iż przez powstrzymanie się od formułowania ogólnych reguł, na podstawie jakich orzekają, sędziowie nie powinni przygotowywać sobie gruntu dla niezachowywania konsekwencji w orzekaniu i faktycznego unicestwienia zasady *stare decisis*. Choć argument ten nie jest zupełnie pozbawiony sensu, z uwagi na większy szacunek dla woli precedensowego sędziego i przy pełnym zadośćuczynieniu zasadzie równego traktowania, właściwszym w przypadku precedensów sądowych pozbawionych wyraźnego *ratio* wydaje się jednak stosowanie ich drogą analogii aniżeli usilne poszukiwanie w nich niewyartykułowanej reguły precedensu sądowego. Jakiegoś zaradczego rozwiązania można by się też dopatrywać w dającej się w Norwegii zauważyć tendencji konstruowania *ratio* dorozumianego na podstawie większej liczby precedensowych wyroków. Konieczność objęcia większej liczby spraw sądowych i tym samym uzasadnienia przez tę samą regułę nie jednego rozstrzygnięcia sądowego, lecz wielu z nich, ogranicza bowiem zakres uznania przy budowaniu takiego *ratio*, dodatkowo sprzyjając jeszcze spójności (koherencji) w obowiązującym prawie. Wyjaśnienie wyroków zapadłych w kilku precedensowych sprawach za pomocą identycznej reguły pozwala mianowicie niekiedy lepiej zrozumieć, co dokładnie przemówiło za wydaniem tych wyroków, czyniąc tak prawo precedensowe tworem bardziej uporządkowanym i przejrzystym.

Z pewnym optymizmem a zarazem i ostrożnością należy natomiast podchodzić do tej postaci reguły precedensu sądowego, jaka została określona mianem *ratio* wyraźnego (czy dorozumianego) o kwalifikowanym charakterze. Z jednej bowiem strony możliwość modyfikacji reguły podanej wyraźnie przez precedensowego sędziego na podstawie obranego przez niego w precedensowej sprawie rozstrzygnięcia z definicji będzie skutkowało wprowadzeniem pewnej dozy niepewności w systemie prawa. Jest tak dlatego, iż czynniki, które mogą powodować zmianę kształtu takiej reguły (zweżenie czy rozszerzenie jej zakresu tudzież odmienne ukształtowanie przepisywanych nią skutków prawnych), mogą być wielorakiego rodzaju, a ich wpływu na ostateczną postać takiej reguły nigdy nie będzie się dało ściśle określić i z góry przewidzieć. W związku z tym sędzia czy inna osoba, ustalając zawartość kwalifikowanego *ratio*, z natury rzeczy będzie posiadać jakiś, nawet przy najlepszych staraniach niemożliwy do zupełnego wyeliminowania, zakres dyskrekcji. To zaś, abstrahując już od posądzeń o przywłaszczenie sobie roli ustanawiającego precedens sędziego, z pewnością nie przysłuży się idei „obiektywnie” lub „intersubiektywnie” istniejącej – dającej się poznać już w chwili ustanowienia precedensu sądowego – reguły precedensu sądowego, która zdolna jest determinować zawartość wydawanych w przyszłości wyroków sądowych.

Z drugiej jednak strony w instytucji kwalifikowanego *ratio* można by się doszukiwać jakby dodatkowej – tj. poza wymogiem, iż reguła precedensu sądowego musi stanowić podstawę dla rozstrzygnięcia precedensowej sprawy – zapory dla nadgorliwych w swych prawotwórczych zapędach sędziów. Na skutek bowiem dopuszczenia do jej późniejszych modyfikacji, niezależnie

od kształtu, jakie nada jej ustanawiający precedens sędzia, zakres precedensowej reguły nie tylko nie będzie mógł nazbyt „wychodzić” poza fakty sprawy precedensowej, ale jej treść nie będzie mogła „wykraczać” poza wartości i standardy, jakie panują w danej kulturze prawnej. W rezultacie prawo, w sensie składających się na nie *rationes*, zyska bardziej stonowany charakter, stając się tym samym prawdopodobnie również bardziej akceptowane społecznie i, co może wydać się paradoksalne, także bardziej przewidywalne. O ile tylko będzie wiadomy z góry kierunek, w jakim podąży modyfikacja za daleko idących propozycji *rationes* pochodzących od ustanawiających precedensy sędziów, adresaci prawa będą tu mniej zaskakiwani – i to nawet nie tyle zawartością obecnego, ile mającego zostać dopiero stworzonym w przyszłości precedensowego prawa.

Biorąc pod uwagę korzyści i ryzyka wymienione w dwóch powyższych akapitach, łatwo dostrzec, iż bardzo wiele będzie zależeć od tego, na ile czynniki stanowiące determinanty prawa są w danej kulturze (porządku prawnym) poznawalne i na ile ich oddziaływanie na ostateczny kształt mogących potencjalnie zostać przez sędziów ustanawiających precedensy wysuniętymi reguł precedensowych da się *a priori* ustalić. Im większe będą możliwości w tym zakresie, tym słabsze będzie zagrożenie dla pewności i przewidywalności prawa. Im zaś te możliwości będą mniejsze, tym zagrożenie takie będzie poważniejsze. Ponadto z wprowadzeniem *ratio* kwalifikowanego wiąże się też pewien, jak dotąd nieporuszony, skutek uboczny. Taka instytucja odbiera mianowicie sędziom możliwość przeprowadzania reform o charakterze radykalnym, które zdolne byłyby się przyczynić do gwałtownego postępu w prawie – choć z racji korespondowania z czynnikami, jakie aktualnie liczą się w danej kulturze (porządku prawnym), niekoniecznie ujmuje już ona prawu elastyczności. Otwarte pozostanie tu jednak pytanie, czy taka „reformacyjna” aktywność prawodawcza nie powinna pozostać w świetle zasady podziału władzy wyłącznie domeną władzy ustawodawczej.

3.2. Model precedensu sądowego z analogii

3.2.1. Ogólnie jako alternatywa do *the rule model*

Odwołujący się do rozumowania *per analogiam* sposób stosowania precedensowego prawa umożliwi skupienie się w pełni na aspekcie faktycznym sprawy precedensowej i jego charakterystyce. Co więcej, sięganie do analogii wymaga uwzględnienia czegoś więcej aniżeli samych tylko stanów faktycznych, jakie miały miejsce w porównywanych sprawach. To „coś więcej” pozwala nam ustalić, czy stany te są, czy też nie, do siebie podobne z punktu widzenia prawa. W efekcie sprowadzanie fenomenu sądowego precedensu do generalno-abstrakcyjnych reguł oznaczać musi pewną redukcję – tj. utratę czegoś, co może okazać się dla prawa bardzo wartościowe.

Poza tym posługiwanie się modelem precedensu sądowego z analogii skutecznie przeciwdziała „mechanicznemu” („bezmyślnemu”) stosowaniu prawa, które w swej najbardziej wynaturzonej postaci potrafi prowadzić do wydawania jawnie niesprawiedliwych i/lub

absurdalnych wyroków sądowych. Alternatywna do tego modelu idea reguł precedensowych (koncepcja o nazwie *the rule model*) sama w sobie nie daje bowiem żadnej gwarancji na to, że takie reguły nie okażą się rażąco nieadekwatne (nierozsądne) w stosunku do któregoś ze stanów faktycznych podpadających pod ich zakres zastosowania. Przy tym regułą precedensu sądowego mogą być objęte również takie przypadki, których sędzia ustanawiający precedens w ogóle nie brał pod uwagę (bo nie miał świadomości możliwości ich wystąpienia w życiu), a których specyfika w sposób oczywisty przemawia za potraktowaniem ich w sposób odmienny niż przepisuje to ta reguła. Stąd też oparcie wyroku na tej regule może być w takich przypadkach nie tylko krzywdzące dla stron postępowania, ale dodatkowo jeszcze sprzeczne z intencją tego, kogo uznajemy tu za prawodawcę. On sam mógłby bowiem rozstrzygnąć je inaczej, gdyby przyszło mu w nich orzekać.

W tym miejscu należy również zauważyć, iż gdyby generalno-abstrakcyjne reguły faktycznie mogły być jedynym czynnikiem wpływającym na to, jak stosowane jest prawo, to w zupełności wystarczyłoby ustanowić naprzód ich odpowiedni katalog, a sądy w prosty sposób – bez wdawania się w jakiegokolwiek rozważania – wydawały później wynikające z takich reguł wyroki. W konsekwencji ponieważ przy takim założeniu prawodawcą mógłby być wyłącznie parlament, uprawnienie sędziów do tworzenia jakichś dodatkowych reguł w zasadzie można by uznać za zbędne, a przynajmniej nie za niezbędne. Tym samym też idea związania precedensem sądowym, a co za tym idzie również i sama koncepcja *the rule model* w znacznej mierze straciłyby swoją rację bytu. Zgoła inaczej kwestia ta wyglądałaby natomiast wtedy, gdy prawo byłoby pojmowane jako zbiór różnorodnych czynników, które czy to przy współdziałaniu ogólnych reguł, czy bez nich dyktują w konkretnym stanie faktycznym mające zostać przypisane temu stanowi skutki prawne. Ten pogląd wydaje się przy tym nie tylko bliższy prawdzie, ale także bardziej pokrewny, jeśli nie nawet w pewnym sensie tożsamy z głównym mechanizmem rozumowania *per analogiam*. Wpływ na (nie)zaistnienie między porównywanymi sprawami istotnego podobieństwa zdają się bowiem mieć w prawie właśnie takie, różnorakie czynniki.

Ponadto model precedensu sądowego oparty na analogii idealnie wpasowuje się w ściśle pojmowaną zasadę podziału (równowagi) władzy. To znaczy, że w pełni koresponduje on z ideą rygorystycznego rozdziału stosowania od stanowienia prawa, w myśl której sędziowie mają być uprawnieni do rozstrzygania przedłożonych im spraw (adiudykacja), a nie do tworzenia prawa metodą właściwą dla parlamentów (legislacja), jaką jest właśnie ustanawianie ogólnych (generalno-abstrakcyjnych) reguł, jakie mają być później przestrzegane przez tych, do których są one kierowane. Przy tym, co trzeba z całą mocą podkreślić, mimo zachowania rozdziału funkcji ustawodawczej od funkcji sądowniczej w modelu precedensu sądowego z analogii żadnego uszczerbku nie doznaje – stanowiąca fundament państwa praworządowego – zasada sprawiedliwości formalnej (równego traktowania). Wprost przeciwnie zasada ta jest tu wniesiona na piedestał i w całej swej rozciągłości zawzięcie realizowana.

W rezultacie w razie obrania modelu precedensu sądowego z analogii równocześnie są osiągnięte trzy cele:

- a) sędziowie nie ustanawiają nowych reguł prawa, przez co trudno jest ich posądzać o zamienianie się miejscem z legislaturą;
- b) sędziowie wydają jednakowe decyzje sądowe w identycznych z punktu widzenia prawa stanach faktycznych, co zapewnia prawu jednolitość w stosowaniu;
- c) dzięki podobnemu traktowaniu przypadków podobnych trudno jest zarzucać sędziom dowolność (arbitralność) tudzież stronniczość w orzekaniu.

Na marginesie warto też wskazać, że taki sposób nauczania prawa, w którym dużą wagę przykładają do analizy aspektów faktycznych poszczególnych spraw precedensowych i wyjaśniania w ich świetle zapadłych w tych sprawach rozstrzygnięć, otwiera przed studentami drzwi do poznania tego, co tak naprawdę, a nie tylko „w teorii” liczy się w prawie. Tym właśnie sposobem mogą się oni bowiem dowiedzieć, jakie dokładnie czynniki, wartości i argumenty (a nawet intuicje czy emocje) mają faktyczny wpływ na podejmowane w danym systemie (porządku) prawnym decyzje sądowe. Jednocześnie taka technika nauczania stanowi alternatywę dla „bezrefleksyjnego” zapamiętywania często bardzo ogólnych i „bezpostaciowych” reguł (przepisów) prawnych, których zastosowanie w praktyce może nastręczać później młodemu adeptowi prawa poważnych trudności, a w skrajnych przypadkach powodować u nich nawet zwątpienie w bezstronne i zgodne z prawem (na jego podstawie) wymierzanie w sądach sprawiedliwości. Samo zresztą przyswojenie i utrwalenie w pamięci mających takie cechy reguł może stanowić dla osób studiujących prawo nie lada problem²⁵¹.

W efekcie można tu nawet zaryzykować tezę, że to właśnie ukazanie studentom prawa i innym osobom zainteresowanym prawem roli rozumowania *per analogiam* toruje im drogę do poznania szczególnej (unikalnej) dla prawników metody myślenia.

Przeciwko modelowi precedensu sądowego z analogii należy podnieść, iż w mniejszym stopniu aniżeli *the rule model* zdaje się on chronić pewność i przewidywalność prawa, zwłaszcza gdy za punkt odniesienia zostaną obrane takie precedensowe reguły, które odznaczają się wysoką jakością (poprawnością formalną i merytoryczną, o jakich była mowa w pkt. 3.1. niniejszego rozdziału tego opracowania). Nie zawsze jednak – co trzeba tu wyraźnie zaznaczyć – skonstruowanie takich reguł jest w praktyce możliwe. Do ich zaprojektowania potrzebny jest też udział osób posiadających odpowiednie kwalifikacje i mających stworzone odpowiednie

251 Na temat sukcesu, historii oraz szczególnych korzyści płynących ze sposobu nauczania określanego mianem „*the case method*” zob. L.L. Weinreb, *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005, s. 139–146. Krytykiem studiowania dotychczas rozpoznanych spraw sądowych jest natomiast R.A. Posner. Mimo przyznania takiemu studiowaniu pewnych zalet, zarzuca on mianowicie rozstrzygnięty w przeszłości sprawom sądowym to, iż nie oddają one istoty zjawisk społecznych, jakie zostały w nich przedstawione. Dlatego też w ocenie R.A. Posnera zagłębianie się w takie sprawy stanowi nie tyle mocną stroną edukacji i praktyki prawniczej, ile brutalną konieczność świadczącą o słabości, tymczasowe rozwiązanie wyczekujące lepszej (bardziej naukowej, empirycznej i interdyscyplinarnej) teorii, a nie coś, co stanowi lepszą alternatywę dla takiej teorii – zob. R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990, s. 100.

warunki (przede wszystkim dostateczną ilość czasu), co niekoniecznie musi odpowiadać temu, z czym faktycznie spotykamy się w danej judykaturze.

3.2.2. Porównanie dwóch ujęć analogii

Zestawiając przedstawione w pkt. 3.3.1. rozdziału II niniejszego opracowania ujęcia analogii, tj. „faktualne” i „racjonalne”, należy przede wszystkim zauważyć, iż różni je nasycenie elementami czysto ocennymi/subiektywnymi. To z kolei będzie mieć bezpośrednie przełożenie na możliwość przewidzenia i późniejszej weryfikacji (krytyki) podjętych za ich pośrednictwem decyzji z jednej strony oraz możliwość wydawania sprawiedliwych w ocenie sędziego i społeczeństwa wyroków z drugiej strony. Podobnie będzie to mieć też kluczowe znaczenie dla przejrzystości operacji myślowych, które poprzedzają dojście do stawianej na drodze analogii konkluzji, oraz ilości czasu potrzebnego na przeprowadzenie tych operacji.

Poczynając od przewidywalności podejmowanych decyzji sądowych, to wydaje się, że jest ona mniejsza w faktycznym ujęciu analogii. Jest tak dlatego, że poszczególnym osobom, przynajmniej *prima facie*, intuicja (wyobraźnia, rozum) może w stosunku do porównywanych spraw podpowiadać co innego, podobnie jak każdy może odczuwać na tle takich spraw inne emocje. Również rezultat oczekiwany w danym przypadku będzie bezpośrednio zależał od indywidualnych poglądów i preferencji danej osoby. Zupełnej zbieżności wniosków stawianych *per analogiam* nie zapewni tu też jednakowy czy zbliżony stopień wiedzy prawniczej i pozaprawniczej lub podobne doświadczenie zawodowe i życiowe, choć niewątpliwie mogą one wpływać na mniejszą rozpiętość intuicyjnych tudzież będących pożądanymi rozstrzygnięć. To samo dotyczy zresztą odczuwanych emocji i mogących je warunkować analogicznych przeżyć i doznań z przeszłości.

Bardziej obliczalne w zakresie możliwości przewidzenia stawianej drogą analogii konkluzji jawi się racjonalne ujęcie analogii. Racje, jakie uzasadniają rozstrzygnięcie zawarte w precedensowym wyroku, nie mogą być już bowiem tak przypadkowe i zaskakujące jak czyjaś intuicja, wyobraźnia, rozum czy emocje, tym bardziej w sytuacji, gdy racje te zostaną jeszcze przez rozumującego *per analogiam* wyartykułowane, a zasadność ich obrania w jakiś sposób wykazana. Przy tym to ostatnie może się przejawiać na przykład w tym, że mające stanowić precedensowe racje cele i wartości są w wielu miejscach chronione i realizowane przez obowiązujące prawo. Ponadto wyszczególnienie faktów istotnych („sprawczych”) z całokształtu okoliczności faktycznych sprawy precedensowej pozwala w większym stopniu przewidzieć, które sprawy przynajmniej potencjalnie mogą w przyszłości zostać uznane za będące do tej sprawy w istotnym stopniu podobne. Co więcej, w razie rozstrzygnięcia tego, która z konkurujących względem siebie analogii ma mieć pierwszeństwo, można w tym ujęciu rozumowania *per analogiam* łatwo zauważyć, jakie cele, wartości, „polityki” czy doktryny (teorie) zostały uznane za ważniejsze, co z kolei umożliwia oddolne budowanie hierarchii takich celów, wartości, „polityk” czy doktryn (teorii). Posiadanie zaś takiej hierarchii, nawet

szczątkowej i zrelatywizowanej do stanów faktycznych występujących w poszczególnych sprawach, nie tylko daje jakieś podstawy dla stawiania kolejnych wniosków *per analogiam*, ale powinno również ułatwić określanie pierwszeństwa w przypadku innych konkurujących ze sobą analogii.

Poza lepszym przełożeniem na przewidywalność prawa rozumowanie *per analogiam* w ujęciu racjonalnym cechuje się większą przejrzystością i zrozumiałością (poznawalnością) pod względem operacji myślowych, jakie się na nie składają, a przez to też większymi możliwościami dla późniejszej weryfikacji (krytyki) generowanych przez nie rezultatów. W przeciwieństwie do zagadkowych, niedostępnych w pełni dla naukowego poznania procesów, jakie zachodzą w ludzkiej podświadomości (wyobraźni, rozumie), tudzież mechanizmów, jakie rządzą emocjami lub pragnieniami, w racjonalnym modelu analogii w dość dobrym stopniu znamy poszczególne etapy, jakie poprzedzają postawienie *per analogiam* ostatecznej konkluzji. Co więcej, jeśli osoba wnioskująca drogą analogii poda do wiadomości, jakie dokładnie treści podstawiała pod zmienne tego modelu, to wówczas możemy próbować dokonać następczego sprawdzenia poprawności toku jej rozumowania, w tym również pod kątem tego, czy nie popełniła ona jakiegoś błędu, który jesteśmy w stanie jako obserwatorzy zewnętrzni „obiektywnie” zweryfikować. Takim błędem byłaby na przykład pomyłka możliwa do wykrycia w świetle zasad logiki, obecnego stanu wiedzy empirycznej lub powszechnie przyjętych (niekwestionowanych) w danym systemie (porządku) prawnym wartości i celów. Tak osoba rozumująca tu drogą analogii mogła bezpodstawnie potraktować jakiś fakt za istotny z punktu widzenia obranych przez nią racji (np. zakwalifikowała jakieś zachowanie jako nieekologiczne, podczas gdy akurat ono nie wyrządza środowisku żadnej szkody) lub też przyjąć na precedensowe racje wartości i cele, jakie w oczywisty sposób nie tylko nie są prawnie chronione, ale są jeszcze na ogół postrzegane jako wysoce niepożądane, które to „niedopatrzenia” można w prosty sposób ustalić, a przez to i poddać w wątpliwość zasadność postawionego na ich podstawie wniosku.

Z większą przejrzystością/zrozumiałością i lepszymi warunkami dla następczej weryfikacji otrzymanych rezultatów w racjonalnym modelu analogii wiąże się też otwarcie drogi dla potencjalnej krytyki podjętej *per analogiam* decyzji. O wiele łatwiej czynić jest bowiem krytyczne uwagi w sytuacji, gdy wiemy, wyboru jakich celów, „polityk”, wartości, teorii (doktryn) dopuściła się osoba rozumująca drogą analogii i do jakich wniosków tę osobę te wybory doprowadziły, aniżeli gdy wybory te dokonują się drogą nieświadomych procesów myślowych tudzież są wynikiem działania emocji lub niewysłowionych pragnień sędziego albo uwarunkowanej prawną tradycją ludzkiej wyobraźni.

Za faktualnym ujęciem analogii przemawia z kolei szybkość w dochodzeniu do stawianej *per analogiam* konkluzji oraz biorąca się niejako z samej istoty tego ujęcia analogii zdolność do wydawania „intuicyjnie słusznych” rozstrzygnięć. O tym, czy coś jest wystarczająco podobne, czy nie, oraz której z konkurujących ze sobą analogii ma przyspaść pierwszeństwo, można tu zdecydować – przynajmniej *prima facie* (zob. akapit poniżej) – niemalże momentalnie. Nie

trzeba bowiem wdawać się ani w rozważania na temat tego, co mogłoby stanowić precedensowe racje, ani zastanawiać się nad tym, które dokładnie z okoliczności faktycznych precedensowej sprawy miały znaczenie dla zapadłego w tej sprawie rozstrzygnięcia (stanowiły fakty „sprawcze”/prawnie istotne). W parze ze sprawiedliwością wydaje się iść też uzależnienie w faktualnym ujęciu analogii prawidłowości stawianych wniosków od wiedzy i doświadczenia po stronie tego, kto korzysta z tego rodzaju rozumowania – i to zarówno gdy chodzi o sprawiedliwość subiektywną, jak i na swój sposób sprawiedliwość w wymiarze bardziej powszechnym. Autorytet wynikający z wiedzy i doświadczenia, jakimi odznacza się osoba rozumująca *per analogiam*, może bowiem stanowić w oczach społeczeństwa poważny argument za słusznością decyzji, jakie osoba ta podejmuje na drodze wnioskowania z analogii.

Nieco inaczej oba modele wypadają pod względem ekonomii procesowej. Przypisywana faktualnemu ujęciu analogii potencjalnie duża szybkość w działaniu nie do końca musi bowiem okazać się tu czynnikiem przesądzającym. Osoba, która zdaje się na intuicję (rozum, wyobraźnię), emocje czy nawet rezultat, jakiego pożąda ona w danej sprawie, może nie zadowalać się pierwszą myślą, jaka się u niej pojawi, ale czekać jakiś czas na ewentualne kolejne myśli. Przy tym nie te pierwsze z nich, ale późniejsze mogą w mniemaniu tej osoby uchodzić za bardziej zasadne – w sensie lepiej „przemyślane” tudzież nie będące „pod wpływem chwili”. W konsekwencji osoba ta może w praktyce zwlekać z podjęciem ostatecznej decyzji w przedmiocie tego, co jest, a co nie jest istotnie podobne. Ponadto dany sędzia, chcąc się upewnić co do zasadności nasuwających mu się intuicyjnie/emocjonalnie wniosków, zawsze może próbować przetestować te wnioski na tle innych, niż obecnie porównywane, stanów faktycznych, sprawdzając, czy po zapoznaniu się z nimi intuicja/emocje wygenerują u niego takie samo co poprzednio rozwiązanie. To też chyba nawet jako osoba, w której zaufanie pokładają strony postępowania, w większości przypadków zrobić powinien. W efekcie rozważania nad tym, czy zastosować w danej sprawie *per analogiam* jakiś precedens sądowy, mogą w faktualnym ujęciu analogii, przynajmniej patrząc na to od strony czysto teoretycznej, trwać tyle samo lub nawet jeszcze dłużej niż w jej ujęciu racjonalnym.

W dodatku, co ważniejsze, po podjęciu decyzji o istnieniu lub braku istotnego podobieństwa między porównywanymi sprawami, oprócz postawienia samego wniosku w tym przedmiocie, w faktualnym ujęciu analogii nie pozostaje żaden inny materiał i informacje, jakie mogłyby zostać później spożytkowane przez innych sędziów i pozostałych prawników. Sama zaś wiadomość, bez jakiegokolwiek dalszego wyjaśnienia, iż jakieś sprawy były do siebie z punktu widzenia prawa podobne, nie mówi za wiele na temat tego, czy również jakąś inną sprawę można by uznać za z prawnego punktu widzenia do tych spraw podobną. Zupełnie odmiennie kwestia ta przedstawia się natomiast w racjonalnym ujęciu analogii. Samo już bowiem wyartykułowanie przez stosującego analogię sędziego zawartości precedensowych racji oraz wskazanie faktów, jakie są w świetle tych racji istotne („sprawcze”), stanowić będzie cenną wskazówkę, jeśli nie podstawę, dla orzekania w innych stanach faktycznych. Tym samym

po osobach rozumujących tu *per analogiam*, jeśli tylko zechcą one zamieścić go w sądowym uzasadnieniu, zostaje materia, jaki usprawia, a pod warunkiem, iż nie jest on zbyt obszerny, również – jak się wydaje – skraca czas podejmowania kolejnych decyzji sądowych.

3.3. Model precedensu sądowego z zasad oraz argumentów

Jak zostało to opisane w rozdziale II niniejszego opracowania, w modelu z zasad precedensowy wyrok był postrzegany jako egzemplifikacja jakiejś stojącej za tym wyrokiem ogólnej zasady niekoniecznie wprost wyrażonej w załączonym do tego wyroku uzasadnieniu i mogącej mieć różnoraki rodzaj. Takie ujęcie istoty wiążącego precedensu sądowego nie służy jednak pewności i przejrzystości prawa. W znacznym stopniu powiększa ono natomiast zakres sądowego uznania i umożliwia wydawanie sprawiedliwych w mniemaniu orzekających sędziów i/lub społeczeństwa wyroków. Przy tym właściwości te ujawniają się w pełni w procesie ważenia dwu lub większej liczby sprzecznych ze sobą zasad, które to ważenie wydaje się być inherentnie wpisane już w samą istotę tego modelu.

Z racji wysokiego stopnia ogólności zasad, których unaocznienie mają stanowić dotychczas wydane precedensowe wyroki, w praktyce dość częstym zjawiskiem wydaje się mianowicie możliwość zastosowania w danym stanie faktycznym więcej niż jednej z nich. Ponieważ zaś zasady, o jakich tu mowa, z natury rzeczy będą się różnić między sobą pod względem swojej treści, przynajmniej czasem będą one dyktować mniej lub bardziej rozbieżne skutki prawne, jakie mają być przypisane takiemu stanowi. W efekcie by wydać wyrok sądowy, sędzia będzie zmuszony bądź przyznać pierwszeństwo jednej z tych zasad i odrzucić pozostałe, bądź wszystkie te zasady lub część z nich ze sobą w drodze jakiegoś kompromisu pogodzić, nie realizując przez to żadnej z nich w stopniu maksymalnie możliwym²⁵². Takie jednak zabiegi, obrazowo zwane procesem „ważenia” lub „balansowania” zasad, już niemalże z samej definicji zakładają w sobie wysoki stopień dyskrekcji i w gruncie rzeczy ich wynik sprowadza się często do rozstrzygnięć mniej lub bardziej „intuicyjnych”. Jest tak przede wszystkim dlatego, iż brak jest jakiejś powszechnie akceptowanej hierarchii, jaka określałaby wagę poszczególnych zasad w relacjach między nimi – od strony formalnej wszystkie dochodzą tu bowiem do głosu poprzez „zakotwiczenie” w którymś

252 Co przy tym znamienne, prowadzenie do odmiennych rezultatów w sprawie aktualnie rozstrzyganej przez dwie lub więcej zasad stojących za różnymi będącymi w mocy precedensowymi wyrokami, podobnie jak było to przy zjawisku konkurencji analogii, nie oznacza na ogół kolizji samych tych wyroków – o tym, że występuje kolizja pomiędzy takimi wyrokami, można by natomiast twierdzić wówczas, gdyby takie zasady pozostawały ze sobą w logicznej sprzeczności (np. zasada, zgodnie z którą należy chronić środowisko i życie ludzkie, i zasada, według której nie powinno się szanować życia ludzkiego). O pierwszeństwie jednej zasady nad drugą mówi się tym samym zazwyczaj tylko w relacji do danej sprawy (ewentualnie spraw do niej podobnych), same zaś precedensy sądowe, za którymi stoją przemawiające za przypisaniem takiej sprawie rozbieżnych skutków prawnych poszczególne zasady, niezależnie od sposobu rozstrzygnięcia na tle tej sprawy priorytetowości tych ostatnich, pozostają nadal prawnie wiążące. Na temat reguł kolizyjnych, które skutkują derogacją jednego z pozostających ze sobą w sprzeczności precedensów sądowych, zob. przypis nr 218 w rozdziale II niniejszego opracowania.

z precedensowych wyroków. Ponadto, co znacznie bardziej istotne, nawet znając wagę poszczególnych zasad *in abstracto*, do końca – by nie powiedzieć, że w ogóle – nie wiadomo, jak taka abstrakcyjna wartość danej zasady miałyby się później przełożyć na rozstrzygnięcie konkretnego przypadku. To, że na przykład zasada ochrony środowiska jest ważniejsza od zasady ochrony własności prywatnej, nie oznacza bowiem wcale tego, że tej pierwszej zasadzie w każdym stanie faktycznym powinno zostać przyznane pierwszeństwo. Stąd też niezmiernie trudno jest zarówno przewidzieć rezultat ważenia przeciwstawnych (dyktujących odmienne skutki prawne) zasad w konkretnych przypadkach, jak i potem ten rezultat w rozsądny sposób weryfikować czy też poddać rzeczowej krytyce. Jedynym „obiektywnym” wyznacznikiem wydaje się tu powszechna zgoda co do podjętej w wyniku balansowania poszczególnych zasad decyzji sądowej. Wtedy jednak, pomijając już fakt, że w wielu kwestiach społeczeństwo jest podzielone i uzyskanie po stronie jego członków jednomyślności bywa przez to niemożliwe, rodzi się pytanie, jaka miałyby być tu rola samych zasad i procesu ich ważenia. W rezultacie należałoby albo uznać, iż w ważeniu bierze udział intuicja, rozum lub wyobraźnia (to samo, co decyduje o wystąpieniu istotnego podobieństwa w ramach rozumowania z analogii w ujęciu faktualnym), albo potraktować ważenie jako jedynie próbę zracjonalizowania (ukrycia) decyzji podjętej w inny sposób.

W konsekwencji model precedensu sądowego z zasad, choć może służyć wydawaniu „intuicyjnie” słusznych lub/i społecznie oczekiwanych rozstrzygnięć, jawi się jako zagrożenie dla zasady *stare decisis*. Sędzia, który ma być związany precedensem sądowym, posiada w nim zbyt duży zakres dyskrekcji i w zasadzie to głównie od niego – a nie od sędziego, który wydał precedensowy wyrok – zależy w praktyce to, czy zastosuje się on czy nie do takiego precedensu. Tym bardziej wydaje się to dotyczy sytuacji, gdy za znajdującym zastosowanie w aktualnie rozpoznawanej sprawie sądowym precedensem lub precedensami stało więcej zasad niż jedna w jakiś sposób pogodzonych.

Jeśli chodzi o model precedensu sądowego z rezultatu (z argumentów, „racji”, „przyczyn”), to *prima facie* jawi się on jako rozwiązanie z punktu widzenia transparentności i zrozumiałości prawa jak najbardziej pożądane, i co więcej, w pełni zadość czyniące woli ustanawiającego precedens sędziego. Problem stanowi tu jednak, podobnie jak w przypadku sprowadzania istoty precedensu sądowego do stojących za nim ogólnych zasad, groźba przekreślenia działania zasady *stare decisis*. Dokładnie bierze się ona stąd, że sędzia, który ma być związany precedensem sądowym, może zawsze, będąc w zgodzie z założeniami tego modelu, znaleźć w przedłożonej mu sprawie jakieś dodatkowe argumenty, jakie nie zostały podniesione w sprawie precedensowej, a jakie przemawiają na rzecz odpowiednika strony, która tę sprawę przegrała. W efekcie sędzia ten władny jest w ten sposób „ominać”, również wbrew rzeczywistej woli precedensowego sędziego, wiążące go precedensy sądowe, niweczając tak podstawową ideę zasady związania precedensem sądowym²⁵³.

253 Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 114 i L. Alexander, *Precedent*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, Malden 1996, s. 507–509.

Konkludując, należy zauważyć, iż dwu wymienionym w niniejszym punkcie modelom precedensu sądowego wyraźnie brakuje czegoś, co byłoby w stanie skutecznie związać precedensowym wyrokiem. Takie związanie zdają się natomiast gwarantować precedensowe reguły, w szczególności te przyjmujące postać *ratio* wyraźnego, a także – choć jak się wydaje już w mniejszym stopniu – wymóg traktowania przypadków istotnie podobnych w sposób podobny. Na marginesie warto przy tym zauważyć, iż łącząc taki wymóg z założeniami modelu precedensu sądowego z zasad albo modelu precedensu sądowego z argumentów, uzyskamy coś bardzo zbliżonego, jeśli nie identycznego z ideą stosowania prawa precedensowego drogą analogii w jej racjonalnej odmianie. Stąd można by zaryzykować twierdzenie, iż model precedensu sądowego, jaki bazuje na analogii w ujęciu racjonalnym, jest niczym innym jak udoskonalonym o element faktualnego podobieństwa modelem precedensu sądowego z zasad lub modelem precedensu sądowego z argumentów. Jeśli zaś tak, to – jako byt bardziej rozwinięty – powinien on wyprzeć te dwa ostatnie modele.

4. *Obiter dicta*

W Norwegii nie odróżniało się tak wyraźnie jak w systemie prawnym typu *common law* wiążącej od niewiążącej części precedensowego wyroku. Co więcej, starannie opracowane *obiter dicta* miały tu czasem moc posiadać moc zbliżoną lub wręcz równą mocy samego *ratio decidendi*. Nie jest to rozwiązanie, do którego nie można mieć zastrzeżeń, dlatego chcąc się za nim opowiedzieć, trzeba poczynić pewne wyraźne obostrzenia.

Klarowny podział na *obiter dicta*, w postaci reguł czy wypowiedzi niemających wiążącego charakteru, i na *ratio decidendi*, w postaci reguły o bezspornie wiążącym charakterze, wydaje się rozwiązaniem nader przydatnym. Jest tak dlatego, że zgodnie z zasadą podziału władzy sędziowie co do zasady nie powinni tworzyć prawa w wymiarze, w jaki tworzą prawo ciała ustawodawcze, a jedynie w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedłożonych im spraw. Stąd stawiany przed *ratio* wymóg, iż może nim być tylko taka reguła, która była konieczna (niezbędna/wystarczająca) do rozstrzygnięcia precedensowej sprawy, jest w tym kontekście jak najbardziej uzasadniony. Możliwość kreowania przez sędziów reguł o mocy prawnie wiążącej w kwestiach, jakich rozstrzygnięcie nie jest potrzebne do rozpoznania zawisłej sprawy, spowodowałyby mianowicie ewidentne zachwianie równowagi między władzą ustawodawczą a władzą sędziowską. Ta druga byłaby wtedy pod względem możliwości prawodawczych znacznie uprzywilejowana – przede wszystkim ze względu na brak szczególnej procedury legislacyjnej (brak formalnych wymogów dla inicjatywy ustawodawczej, brak poszczególnych czytań, brak publicznej debaty, nieprzeprowadzanie konsultacji społecznych itp.). Przy tym nie trzeba dodawać, iż tworzone masowo przez sądy reguły prawa odznaczałyby się nieporównywalnie mniejszą legitymacją demokratyczną aniżeli przepisy ustaw uchwalanych przez wyłonione w powszechnych wyborach parlamenty.

Ponadto w przypadku braku ograniczeń dla sądowego prawotwórstwa dość łatwo byłoby „nadgorliwym” sędziom dopuścić się kreowania prawa na dużą skalę, co z kolei mogłoby prowadzić do powstania wyraźnego nadmiaru reguł w danym systemie (porządku) prawnym. W razie zaś dojścia do takiego nadmiaru zarówno osoby, do których stworzone przez sędziów reguły są bezpośrednio adresowane, jak i profesjonalni prawnicy mogliby mieć niemałe problemy z zaznajomieniem się z takimi regułami i ich należytym opanowaniem. Warto mieć tu również na uwadze, iż precedensowe reguły odnoszące się do danego zagadnienia mogłyby być „porozrzucane” po różnych sądowych orzeczeniach, a nie usystematyzowane i zbiorczo zebrane w jednym miejscu, jak w założeniu czyni się to w przypadku ustaw wydawanych przez legislaturę. W efekcie w razie sięgania jeszcze przez kolejnych sędziów do instytucji *overruling* i *distinguishing*, tym bardziej jeszcze w ich dorozumianej postaci, zarówno ustalenie obowiązywania danej reguły, jak i określenie jej dokładnego kształtu mogłoby być niezmiernie trudne. Mielibyśmy więc tak do czynienia z poważnym obniżeniem przejrzystości prawa²⁵⁴.

Nie powinno również także umykać tutaj to, że sędziowie, wiedząc o tym, że propozycje w przedmiocie reguł składających się na *obiter dicta* nie mają znaczenia dla aktualnie rozpoznawanej przez nich sprawy, formułowaniu takich propozycji mogą poświęcać dużo mniej czasu i uwagi, aniżeli ma to miejsce w przypadku samego *ratio decidendi*. W konsekwencji też zarówno formalna, jak i merytoryczna poprawność zaproponowanych tu przez nich reguł może być o wiele mniejsza aniżeli tego ostatniego. Co więcej, również sama aktywność stron biorących udział w postępowaniu sądowym i związane z nią dostarczanie przez nie argumentów i informacji z zasady będzie się koncentrować na kwestii lub kwestiach niezbędnych do rozpoznania zawisłej sprawy (czyli tego, co będzie stanowić później przedmiot *ratio decidendi*). Sposób zaś rozstrzygnięcia kwestii, jakie mogą zostać poruszone w potencjalnych *dictach*, będzie dla tych stron na ogół zupełnie obojętny i stąd nie będą one co do zasady zainteresowane udzielaniem sądowi jakichkolwiek danych w zakresie tych kwestii. Mało tego strony te mogą – i jak się wydaje tak też jest zazwyczaj – w ogóle nie wiedzieć, ani nawet nie spo-

254 Za przykład tworzenia reguł prawnych w sposób nieograniczony koniecznością pozostawiania w związku z okolicznościami faktycznymi aktualnie rozpatrywanej sprawy mogą posłużyć występujące dawniej w Polsce, bo do 1989 r., tzw. wytyczne w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej (wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej, wytyczne wymiaru sprawiedliwości). Wytyczne te podobnie jak norweskie i anglosaskie precedensy sądowe miały charakter prawnie wiążący – tym razem jednak z mocy wyraźnego postanowienia w ustawie – dla wszystkich sądów oraz innych organów, nad którymi, będący ich autorem, polski Sąd Najwyższy sprawował nadzór orzeczniczy. Co przy tym znamienne, ich treści były często wielowątkowe i bardzo obszerne, *ergo* zamieszczano w nich całe katalogi nieznanych prawu stanowionemu wskazówek i dyrektyw postępowania. W przedmiocie instytucji takich wytycznych zob. art. 13 pkt 3, art. 17 i 23 ust. 1 nieobowiązującej już dzisiaj Ustawy z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 1984 nr 45, poz. 241), art. 28 jeszcze starszej Ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 1962 nr 11, poz. 54) i art. 1 pkt 8 Ustawy z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. 1949 nr 32, poz. 237 z późn. zm.); por. też L. Morawski i M. Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 223–224 i J. Nowacki i Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 3, Kraków 2007, s. 208.

dziewać się tego, jakie zagadnienia zostaną poruszone w *obiter dictach* aż do czasu wydania wyroku w ich sprawie i podania jego uzasadnienia. Tym samym też zawartość *dictów* może nie być w wystarczającym stopniu przemyślana i uargumentowana, aby móc konstytuować obowiązujące prawo. Notabene ta ich właściwość wydaje się również stanowić ich swoistą zaletę. Przez to bowiem, że nie muszą być one w pełni rozważone, sędziowie chętniej będą się w nich dzielić swoimi przemyśleniami, do których doszli niejako przy okazji i których ewentualna błędność nie wyrządzi szkody, jaką by spowodowało niepoprawne formalnie lub merytorycznie *ratio decidendi*.

Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że w życiu mogą pojawić się takie sytuacje, w jakich zajdzie potrzeba usunięcia lub niedopuszczenia do powstania wątpliwości w prawie, podczas gdy żadna sprawa, której rozstrzygnięcie będzie wymagać rozwiania tych wątpliwości, nie będzie aktualnie przez sąd władny do ustanawiania wiążących precedensów rozpoznawana. Co więcej, może się zdarzyć i tak, że nie tylko taka sprawa nie będzie obecnie rozpatrywana przez taki sąd, ale mało prawdopodobne lub wręcz pewne jest, że taka sprawa w ogóle do takiego sądu nie trafi (jak byłoby np. w konfiguracji, w której prawo do ustanawiania wiążących precedensów przysługiwałoby wyłącznie Sądowi Najwyższemu, a wątpliwa kwestia prawna dotyczyła takiego zagadnienia, jakie występuje wyłącznie w sprawach, w których brak jest prawnej możliwości wniesienia do tego sądu odwołania). Przy tym nie powinno tu podlegać dyskusji, iż utrzymywanie się niejasności w aktualnym stanie prawnym bynajmniej nie jest stanem pożądanym, godząc wprost w pewność (przewidywalność), poznawalność i przejrzystość obowiązującego prawa. Z okresem oczekiwania na ich usunięcie z zasady wiąże się też ryzyko powstania niepowetowanych strat po stronie adresatów prawa. Z powodu ich trwania pewne przedsięwzięcia gospodarcze czy operacje administracyjne mogą bowiem nie zostać w najbardziej stosownym na to czasie rozpoczęte i ukończone, a zaistniałe spory nie doczekać się polubownego rozstrzygnięcia, utrwalając konflikt pomiędzy zaangażowanymi w nie osobami i uniemożliwiając tym osobom dalszą współpracę. Skutecznemu rozwianiu wątpliwości, jakie zachodzą w obowiązującym prawie, najlepiej przysłużyłoby się zaś jak najszybsze ustanowienie odpowiedniej reguły lub podanie sposobu, w jaki ma być rozstrzygany być spór danego rodzaju/ określona kwestia prawna, bez czekania aż sprawa, która się o te wątpliwości ociera, trafi do sądu władnego ustanowić wiążący precedens.

Przy tym bez wątpienia najprostszym wyjściem byłoby tu sformułowanie takiej, mającej położyć kres niejasnościom, reguły lub podanie skutków prawnych sporu danego rodzaju albo rozwiązania określonej kwestii prawnej w treści *obiter dictów*. Ponieważ jednak te miały – ze względów wymienionych w powyższych akapitach – być co do zasady niewiążące, należałoby postulować tu przestrzeganie dwóch następujących zasad.

Po pierwsze sędziowie nie mogą w praktyce czynić z uprawnienia do tworzenia prawa za pośrednictwem *obiter dictów* nadmiernego użytku, zachowując umiar i wstrzemięźliwość w korzystaniu z tego uprawnienia.

Po drugie ilekroć sędzia chce, by jakiś fragment *obiter dictów* był prawem powszechnie obowiązującym, powinien to wyraźnie zaznaczyć, ujawniając dostatecznie swoją wolę na zewnątrz. Tylko bowiem takie rozwiązanie pozwoli zachować przejrzystość i przewidywalność prawa, które byłyby w znacznym stopniu zachwiane, gdyby tego, czy dana część *dictów* jest wiążąca czy niewiążąca, było się trzeba za każdym razem domyślać. Na pewno nie wystarczy tutaj sama wytyczna, iż przy określaniu (nie)wiążącego charakteru *obiter dictów* należy się kierować stopniem staranności ich sformułowania. Zachodzenie takiego stopnia jest bowiem trudne do obiektywnego stwierdzenia i w dużej mierze zależy od uznania konkretnej osoby. Tym samym przytoczona na tle Norwegii przez S. Enga praktyka traktowania starannie opracowanych *dictów* jako prawnie wiążącego elementu precedensowego wyroku z pewnością nie może być zaliczona do optymalnych.

Bez naruszenia podziału na wiążące *ratio decidendi* i niewiążące *obiter dicta* można usuwać powstałe lub spodziewane wątpliwości w prawie natomiast drogą specjalnych oświadczeń składanych przez sędziów zasiadających w sądzie władnym do ustanawiania wiążących precedensów bez związku z rozpoznawaniem przez nich jakiejś zawisłej w tym sądzie sprawy. Przy tym może się to odbywać drogą podejmowania w takim sądzie odpowiednich uchwał albo poprzez innego rodzaju obwieszczenia pochodzące od jego sędziów. Przykładem tych pierwszych mogą być uchwały polskiego Sądu Najwyższego w przedmiocie zasad prawnych albo uchwały polskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego²⁵⁵; przykładem zaś tych drugich wypowiedzi czynione w Wielkiej Brytanii przez sędziów poza tzw. ławą sądową (*off-the-Bench*)²⁵⁶. Jeśli chodzi o panele, w jakich mogłyby być przyjmowane tego rodzaju uchwały lub składane tego rodzaju oświadczenia, to mogą być nimi bądź panele, jakie w danym sądzie orzekają w napływających do niego sprawach, bądź szczególne panele powoływane tylko w tym celu, na stałe lub *ad hoc*.

5. Kwestie faktyczne versus prawne

Jak była o tym mowa w pkt 3.5. rozdziału II niniejszego opracowania, na gruncie norweskiej doktryny precedensu można się też spotkać z podziałem na kwestie/materie „faktyczne” i „prawne” w kontekście pojęcia *ratio decidendi*. Zgodnie z nim na to ostatnie mają moc bowiem być kwalifikowane tylko te reguły, które dotyczą kwestii prawnych, wszelkie zaś wypowiedzi w kwestiach faktycznych, w tym zawierające w sobie ocenę przeprowadzonych dowodów, takiego statusu mają być już pozbawione.

255 W przeciwieństwie jednak do uchwał Naczelnego Sądu Administracyjnego, które zdają się być wiążące dla wojewódzkich sądów administracyjnych (zob. art. 15 § 1 pkt. 2 i art. 264–270 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. nr 153, poz. 1270 z późn. zm.)), zasady prawne przyjęte przez odpowiednie składy orzekające Sądu Najwyższego nie są w Polsce prawnie wiążące dla sędziów zasiadających w sądach podległych temu sądowi i mogą nie być przez takich sędziów w praktyce przestrzegane (zob. art. 82–88 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.)).

256 Zob. pkt. 1.2. rozdziału II niniejszego opracowania.

Takie rozróżnienie powinno po pierwsze przeciwdziałać powstaniu nadmiaru precedensów sądowych w danym systemie (porządku) prawnym.

Po drugie gdyby za wypowiedzi w materiach faktycznych traktować tu subsumpcję poszczególnych stanów faktycznych pod przepisy prawa stanowionego lub *rationes decidendi*, a za wypowiedzi w materiach prawnych interpretację takich przepisów/*rationes*, rozróżnienie to powodowałoby, że z dokonaniem samej subsumcji nie wiązałoby się ustanowienie precedensu sądowego. Przy tym takie rozwiązanie byłoby szczególnie przydatne, ilekroć ustawodawca posługuje się w treści ustaw wyrażeniami ogólnymi i nieostrymi (klauzulami generalnymi). Wtedy bowiem ocena tego, czy jakiś stan faktyczny podpada pod takie wyrażenia, mogłaby zostać pozostawiona każdorazowo orzekającemu sędziemu²⁵⁷.

Podstawowy problem z podziałem na kwestie faktyczne i prawne polega jednak na tym, iż nie sposób jest podać jakiegokolwiek ścisłego kryterium, za pomocą którego można by odróżnić wypowiedzi w materiach prawnych od wypowiedzi w materiach jedynie faktycznych. Biorąc za przykład sprawę, w której sąd uprawniony do ustanawiania precedensów zakwalifikował obwoźną sprzedaż obwarzanków jako działalność gospodarczą w myśl odpowiedniego przepisu ustawy, można przyjąć zarówno to, że sąd ten dokonał wiążącej interpretacji tego przepisu w sensie, iż działalność gospodarcza oznacza między innymi obwoźną sprzedaż obwarzanków, jak i to, że sąd ten dokonał tylko niewiążącej subsumpcji i obwoźna sprzedaż obwarzanków, z którą będziemy mieli do czynienia w innej sprawie, może nie być już uznana za działalność gospodarczą. Stąd należałoby postulować, aby skład orzekający, ilekroć nie zamierza ustanowić wiążącego precedensu, wyraźnie podawał do wiadomości to, że jego wypowiedzi dotyczą wyłącznie kwestii faktycznych i jako takie mają uchodzić później za prawnie niewiążące. Również w sytuacji, gdy zamiarem ustawodawcy jest to, aby w określonym rodzaju spraw każdorazowo orzekający sędzia dokonywał subsumpcji zastanego stanu faktycznego pod dany przepis ustawy, nie musząc liczyć się z tym jak wcześniej zastosował ten przepis sąd uprawniony do ustanawiania wiążących precedensów, zamiar taki powinien być ujawniony w sposób wyraźny – najlepiej w samej treści aktu prawa stanowionego, ewentualnie w uzasadnieniu dołączonym do jego projektu.

6. Distinguishing

6.1. Warunki wstępne

Jeśli chodzi o stosowane w Norwegii wyróżnianie precedensów sądowych (*distinguishing*), to należy zauważyć, iż już z samego swojego założenia umożliwia ono podważenie reguł precedensowych (*rationes decidendi*), a tym samym godzi w oczekiwanie, iż reguły te będą przez związanych precedensem sądowym sędziów przestrzegane. *Distinguishing* bezpośred-

²⁵⁷ Zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 86, 87 oraz D.N. MacCormick *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 96–97.

nio zagraża więc tym wartościom, które instytucja wiążących precedensów sądowych miała w pierwszej kolejności chronić i których urzeczywistnienie stanowi główne uzasadnienie dla jej racji bytu. Dlatego też powinno się dążyć do tego, by potrzeba korzystania z niego była w praktyce jak najmniejsza. Temu zaś niewątpliwie będzie sprzyjać wprowadzanie do obiegu tylko takich *rationes*, o jakich można powiedzieć, iż odznaczają się wysoką jakością.

W konsekwencji po pierwsze treść reguły precedensu sądowego powinna być ustalana autorytatywnie, najlepiej przez sędziego, który ustanowił dany precedens, i pozostawać już od tego czasu niezmienną – tj. nie powinna być ona przytaczana później przez innych sędziów w odmiennej, nawet tylko nieznacznie różniącej się postaci. Przy tym wysoce niewskazane jest podawanie jej przez tego sędziego w wielu wersjach, raz węższej, a raz szerszej, albo z użyciem innych słów, zwłaszcza takich, które tylko z pozoru są synonimami.

Po drugie reguła ta powinna być formułowana zawsze z maksymalną precyzją (jasnością) i rozważą, tak by nie rodziła wątpliwości znaczeniowych i nie prowadziła do niesłusznych lub nierozsądnych rezultatów.

Po trzecie ilekroć dany sędzia nie jest pewien, jaki kształt nadać regule mającej stanowić *ratio decidendi*, lub nie jest w stanie rozeznaczyć skutków, jakie taka reguła spowoduje w pozaprawnej rzeczywistości, powinien całkowicie powstrzymać się od wysuwania jakiegokolwiek jej propozycji, zaznaczając, iż sformułować jej nie potrafi. Taki pozbawiony *ratio* precedens sądowy nie tylko nie przestanie być prawnie wiążący, ale – o ile tylko obrane w nim rozwiązanie było zasadne w relacji do sprawy precedensowej – jest zdolny odegrać pozytywną rolę w adiudykacji, oddziałując na rozstrzygnięcie innych spraw na skutek stosowania go w nich drogą wnioskowania z analogii.

6.2. Dorozumiany w szczególnej postaci

Odrębnego ustosunkowania się wymaga specyficzna postać norweskiego *distinguishing*, która polega na [drobiazgowym] przedstawieniu w sądowym uzasadnieniu szczegółów stanu faktycznego, jaki miał miejsce w aktualnie rozpoznanej sprawie, bez podawania do wiadomości tego, że właśnie doszło do wyróżnienia któregoś ze znajdujących *prima facie* zastosowanie w tej sprawie precedensów sądowych. Pod jej adresem należy się mianowicie wypowiedzieć z jednej strony dość krytycznie, z drugiej zaś nieuprawnionym byłoby zupełnie pominąć jej pewną swoistą zaletę.

Trudno nie zauważyć bowiem, iż tego typu praktyka wprowadza sporą dozę niepewności i niejasności do systemu prawa. Przede wszystkim w jej przypadku nie wiadomo do końca, czy doszło tylko do wyróżnienia któregoś z dotychczasowych precedensów sądowych czy też do unieważnienia takiego precedensu w całości. Ponadto sędziowie korzystający z takiej szczególnej postaci przeprowadzania *distinguishing* nie podają, jakie wartości, argumenty, normy moralne czy czynniki innego rodzaju faktycznie wpłynęły na niezastosowanie *prima facie* wiążącego w ich sprawie precedensu sądowego. Stąd też

podmiotom zainteresowanym treścią obowiązującego prawa może być tu ciężko ustalić, które dokładnie różnice w stanach faktycznych i dlaczego zaważyły o wyróżnieniu danego precedensu sądowego. Co więcej, podmioty te mogą mieć tutaj czasem problemy nawet z samym stwierdzeniem tego, czy, a jeśli tak, to który dokładnie z dotychczas ustanowionych precedensów sądowych został w ten sposób wyróżniony. W efekcie mogą one mieć również trudności z dostosowaniem swoich zachowań do stanu prawnego, jaki powstał po przeprowadzeniu takiego specyficznego *distinguishing*, i to nawet przy wykazaniu z ich strony maksimum dobrej woli i staranności. Owszem to, czym najprawdopodobniej kierował się sędzia dokonujący w ten sposób wyróżnienia, będzie pewnie później wyjaśniane przez przedstawicieli nauki prawa tudzież innych sędziów. Brak jest jednak jakiegokolwiek gwarancji, iż takie wyjaśnienia będą odpowiadać rzeczywistej intencji tego sędziego, podobnie jak i nie ma żadnej pewności co do tego, iż takie wyjaśnienia, gdy będą pochodzić od różnych osób, będą się ze sobą wzajemnie pokrywały.

Z drugiej jednak strony warto mieć tu na uwadze, iż może się zdarzyć tak, że jakiś sędzia będzie w stu procentach pewien, iż w stosunku do rozpoznawanej przez niego aktualnie sprawy dany precedens sądowy należy wyróżnić, nie umiając przy tym jednocześnie podać żadnego przekonującego uzasadnienia, jakie by za postąpieniem w ten sposób przemawiało²⁵⁸. Innymi słowy mimo iż w mniemaniu takiego sędziego wyrok precedensowy, jaki *prima facie* znajduje zastosowanie w sprawie, jaką obecnie on rozstrzyga, był jak najbardziej słuszny/zasadny w odniesieniu do sprawy precedensowej – co stanowi warunek konieczny dla korzystania z instytucji *distinguishing*, a nie *overruling* – to jednak zaaplikowanie przyjętego w takim wyroku rozwiązania we wspomnianej sprawie będzie się mu jawić jako rażąca niesprawiedliwość *vel* nierozsądnosc, jako coś, co pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z jego sumieniem i poczuciem tego co właściwe; przyczyn aczkolwiek tego odczucia nie będzie on w stanie prosto wytłumaczyć i stąd wołałby nie podawać jakiegokolwiek uzasadnienia, dlaczego ten wyrok wyróżnił. Bez wątpienia dość zagadkowa pozostaje w tym wszystkim ta ostatnia okoliczność braku możliwości wyjaśnienia, jakie konkretnie argumenty i różnice w stanach faktycznych wpłynęły na konieczność odmiennego potraktowania aktualnie rozpoznawanego przypadku. Od sędziów z zasady powinno się bowiem oczekiwać podania w miarę dokładnego uzasadnienia podstawy prawnej podejmowanych przez nich decyzji. Niemniej jednak przyznać też należy, iż nie sposób zupełnie wykluczyć występowania w praktyce i takich, trudnych do natychmiastowego wyeksplikowania, intuicyjnie słusznych rozstrzygnięć przynajmniej w niektórych sprawach sądowych. Istotnym faktorem będą tu także ograniczenia czasowe zarówno co do długości trwania postępowania przed sądem, jak

258 Ogólnie na to, że istnieją sędziowie, którzy są w stanie wydać najmądrzejszy wyrok i zarazem napisać do niego najbardziej beznadziejne (*dullest*) uzasadnienie, w świetle którego trudno jest zaakceptować samą konkluzję, do jakiej oni doszli, zwraca uwagę J.C. Hutcheson – zob. J.C. Hutcheson, *The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision*, przedruk w: „South Texas Law Review” t. 39 (1998), s. 902.

i co do terminu przewidzianego na sporządzenie uzasadnienia sądowego (np. maksymalnie dwa tygodnie od daty wydania/ogłoszenia wyroku).

Mając na względzie powyższe, wypada podkreślić, że choć praktykowanej w Norwegii szczególnej postaci *distinguishing* nie powinno się całkowicie odmawiać miejsca w optymalnej doktrynie precedensu, to jednak należy do niej podchodzić z dość dużą rezerwą. Powinna być ona bowiem przewidziana jedynie na wypadek sytuacji ekstremalnych, tj. takich, gdy po stronie składu orzekającego zachodzi bardzo silne intuicyjne przeświadczenie o słuszności dokonania „niewytłumaczalnego” wyróżnienia precedensu sądowego. Ponadto należałoby tu też bezwzględnie nalegać na to, aby skład taki zawsze raczył zaznaczyć, który dokładnie precedens sądowy, wydając swój wyrok, w taki szczególny sposób wyróżnia.

Przy tym taka, polegająca na drobiazgowym opisanu stanu faktycznego aktualnie rozpoznanej sprawy, postać *distinguishing* jest natomiast na pewno lepsza od wyróżniania precedensów sądowych w sposób całkowicie milczący.

Po pierwsze szczegółowa wiedza w zakresie stanu faktycznego wyróżnionej sprawy pozwoli łatwiej uchwycić różnice zachodzące między nim a stanem faktycznym, jaki wystąpił w sprawie precedensowej. Z zestawienia tych spraw powinno bowiem wyraźnie wynikać, które okoliczności faktycznie się w nich pokrywały, a które były odmienne. Przy tym bardzo dokładne informacje w przedmiocie tych drugich mogą nieraz dla osoby obeznanej z daną kulturą prawną od razu wskazywać na to, jakie argumenty (wartości, „polityki”, teorie, doktryny) przemawiały, czy też mogły przemawiać, za poczynionym *distinguishing*. Po drugie już samo opisanie stanu faktycznego w sposób nadzwyczaj skrupulatny będzie sugerować, że miało miejsce wyróżnienie jakiegoś – nawet niewymienionego z nazwy – precedensu sądowego. W przypadku dorozumianego *distinguishing* również i tego musimy się bowiem, nie mając w tym względzie żadnej podpowiedzi w treści uzasadnienia sądowego, jakoś domyślić.

6.3. Dorozumiany zwyczaj

Bez wątpienia wyróżnianie precedensów sądowych w sposób dorozumiany („milczący”) jest ze wszystkich możliwych rodzajów *distinguishing* tym najmniej pożądanym. Przede wszystkim *distinguishing*, którego mamy się dopiero domyślać, iż miał miejsce, z oczywistych względów nie będzie się przyczyniać do pewności i przejrzystości w systemie (porządku) prawnym. Ponadto taka praktyka czyni obowiązywanie zasady *stare decisis* mocno wątpliwym, godząc w samą ideę związania precedensem sądowym. Sytuacje, w których sędzia – zwłaszcza taki, który nie jest uprawniony do *overruling* – nie zechciał choć jednym słowem zaznaczyć, że właśnie skorzystał z instytucji *distinguishing*, tylko nic o tym nie mówiąc, pominął precedens sądowy mogący mieć zastosowanie w rozpoznanej przez niego sprawie, w naturalny sposób będą rodzić podejrzenie, iż doszło do naruszenia precedensowego prawa – co z kolei będzie powodować u obywateli spadek wiary w rzetelność po stronie wymiaru sprawiedliwości i stanowić moralne uzasadnienie dla szukania środków pozwalających na bojkotowanie nakazów

z wyroków sądowych i utrudnianie przeprowadzania egzekucji tychże wyroków. Skoro bowiem jakiś sędzia nie przyznał się do wyróżnienia danego precedensu sądowego i nie podał w związku z tym żadnych argumentów, które przemawiałyby za odmiennym potraktowaniem sprawy obecnie przez niego rozpatrywanej, to można domniemywać, że albo sędzia ten wysunąć takich argumentów nie umiał, albo te, które przysły mu na myśl, sam już uznał za tak mało przekonujące, iż lepiej żeby nie było o nich wzmianki. W przeciwnym razie trudno byłoby wytłumaczyć, dlaczego, potrafiąc przedstawić dostatecznie sensowne uzasadnienie, kompletnie zaniechał on wyjaśnienia, czym z punktu widzenia prawa sprawa precedensowa i sprawa przez niego rozstrzygnięta się różniły. Na pewno nie jest tu okolicznością łagodzącą to, iż orzekający sędzia nie dysponował wystarczającą ilością czasu, ponieważ nawet gdyby było to prawdą, sędzia taki mógł przynajmniej podać do wiadomości, iż wyróżnił dany sądowy precedens/precedensy, już bez argumentowania za tym, że było to zasadne.

Mając powyższe na uwadze, należy bezwzględnie postulować, by *distinguishing* był zawsze czyniony otwarcie oraz by wiązał się z wyczerpującym podaniem przyczyn, które za skorzystaniem z niego w danym przypadku przemówiły. Ewentualnie drogą wyjątku, z powodów przedstawionych w punkcie powyższym, ten drugi wymóg może być zastąpiony podaniem szczegółowego opisu stanu faktycznego, jaki charakteryzował sprawę, w której doszło do wyróżnienia któregoś z precedensów sądowych.

7. Overruling

7.1. Przesłanki i tryb unieważniania precedensów sądowych

O *overruling* mogliśmy mówić w Norwegii w zasadzie wyłącznie w stosunku do działalności orzeczniczej norweskiego Sądu Najwyższego. Było to spowodowane tym, że tylko orzeczenia pochodzące od tego sądu są w Królestwie Norwegii traktowane jako prawnie wiążące i tylko one mogą w związku z tym być w ścisłym tego słowa znaczeniu unieważniane. Jak zostało to też stwierdzone w pkt. 6.1.–6.3. rozdziału II niniejszego opracowania, norweski Sąd Najwyższy postrzegany jako całość nie był w sensie prawnym związany ustanowionymi przez siebie precedensami, mogąc zawsze zmienić stanowisko, jakie dotychczas przejawiał w poszczególnych kwestiach prawnych bez konieczności kierowania się w tym względzie jakimiś szczególnymi kryteriami (przesłankami). W przeszłości sędziowie norweskiego Sądu Najwyższego orzekający w panelach podstawowych (pięciosobowych), chcąc unieważnić któryś z precedensów pochodzących od tego sądu, zobligowani byli też zwrócić się w tym celu do składającej się z jedenastu sędziów Dużej Izby lub pełnego składu tego sądu. Dzisiaj zaś mają oni taką możliwość. Gdy zażąda jednak tego dwóch z nich wchodzących w skład panelu, jaki nosi się z zamiarem dokonania *overruling*, przekazanie rozpoznawanej przez taki panel sprawy Dużej Izbie lub pełnemu składowi norweskiego Sądu Najwyższego również obecnie staje się obligatoryjne. Przy tym abstrahując już od charakteru tego dawniejszego lub dzisiaj-

szego obowiązku (najprawdopodobniej braku jakiegokolwiek sankcji za jego niewykonanie), wątpliwym było to, czy taka procedura dotyczy tylko odstępowania od precedensów norweskiego Sądu Najwyższego ustanowionych *in pleno* i przez Dużą Izbę, czy też obejmuje ona także precedensy pochodzące od składów pięcioosobowych tego sądu. Poza tym w Norwegii nie opracowano jakiś ogólnych przesłanek przemawiających za lub przeciwko unieważnieniu konkretnego precedensu sądowego.

Już na wstępie należy podkreślić, iż względ na elastyczność i rozwój prawa z jednej strony oraz pewność i przewidywalność prawa z drugiej nakazuje przyznać dużą trafność rozwiązaniu nadmienionemu na początku powyższego akapitu. Pozbawianie Sądu Najwyższego prawa do unieważniania jego własnych precedensów, co miało miejsce w Wielkiej Brytanii przed 1966 r., powoduje bowiem, że judykatura nie posiada żadnej możliwości eliminowania pomyłek sądowych z przeszłości i zmuszona jest do multiplikowania w „nieskończoność”, tj. aż do czasu ingerencji ze strony legislatury, raz już wcześniej wyrządzonego przez nią zła. Ponadto nie pozwala ono też rozwiązywać problemu starzenia się precedensów sądowych i konieczności dostosowania się prawa do zmieniających się warunków oraz potrzeb społecznych. Co więcej, może ono doprowadzić do tego, że sędziowie Sądu Najwyższego – będąc świadomi tego, że nie będą oni mogli ich później zmienić, gdy okażą się błędne – będą podawać takie *rationes decidendi* w uzasadnieniach swoich wyroków, jakie będą zawierały wyrażenia bardzo ogólne i ocenne (pozbawione „konkretnej” treści), co w konsekwencji zaprzepaści całą ideę związania pochodzącymi od nich precedensami – przynajmniej na poziomie *ratio* wyraźnego²⁵⁹. Poza tym mogliby oni wówczas przejawiać też tendencję do formułowania bardzo wąskich (posiadających bardzo rozbudowaną hipotezę lub pozbawionych pojęć bardziej ogólnych) reguł precedensowych lub w inny sposób próbować ograniczać zakres oddziaływania ustanowionych przez nich precedensów²⁶⁰.

Ewidentnym mankamentem jest natomiast brak wypracowania w Norwegii ogólnych kryteriów, które wskazywałyby na zasadność unieważniania konkretnych precedensów sądowych – nawet przy założeniu, iż kryteria te nie będą w pełni konkluzywne i brak jest sankcji przewidzianych za ich niestosowanie w praktyce. Unieważnianie precedensów precedensów nie może być bowiem nieprzemysłane bądź przypadkowe, a tym bardziej dokonywane w sposób, jaki zakłada możliwość ciągłego powracania do rozwiązań, od których poprzednio już wielokrotnie odstąpiono. Każdy *overruling* powinien być bowiem poprzedzony szczegółowymi rozważaniami co do jego trafności oraz dokonany z myślą, iż stanowi on ostateczną („finalną”) zmianę w obowiązującym prawie, przynajmniej *ceteris paribus*.

Mniej zasadne wydaje się natomiast rozróżnianie dla potrzeb korzystania z instytucji *overruling* precedensów w sądowych ustanowionych w prawie ustawowym, obszarze tym prawem nieuregulowanym i prawie konstytucyjnym tudzież proste uzależnianie trudności

259 Zob. np. M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 106.

260 Por. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 274–275 przypis nr 108.

przeprowadzenia unieważnienia od tego, jakiej dziedziny (gałęzi) prawa dany precedens sądowy dotyczy. Za odstąpieniem od dotychczasowego rozwiązania powinny mianowicie w prawie precedensowym przemawiać przesłanki innego rodzaju, w tym odwołujące się do stabilności i przewidywalności prawa z jednej strony i jego sprawiedliwości oraz merytorycznej i formalnej poprawności z drugiej strony. *Prima facie* można jednak przyjąć, iż – z racji, że na ogół nie narusza ono uzasadnionych oczekiwań co do treści obowiązującego prawa, w tym praw nabytych i ekspektatyw – dokonanie unieważnienia precedensu sądowego ustanowionego w prawie procesowym powinno być o wiele prostsze od unieważnienia precedensu sądowego ustanowionego w prawie materialnym. W przypadku zaś prawa karnego do *overruling* ze skutkiem na niekorzyść oskarżonego powinno dochodzić – jeśli w ogóle – to bardzo wyjątkowo. Tutaj należałoby postulować, aby unieważnianie precedensów sądowych z zasady przybierało postać prospektywną, tj. z wyłączeniem jego skutku w stosunku do czynów (działań i zaniechań), jakie zostały popełnione przed momentem jego poczynienia.

Jeśli chodzi o procedurę, w jakiej mają być unieważniane precedensy sądowe, to wysoce pożądanym – nie tylko gdy zażąda tego skład orzekający lub iluś jego członków, lecz zawsze – jawi się przeprowadzanie *overruling* w składzie szerszym niż orzeka zazwyczaj. Taka praktyka stanowi przede wszystkim dość skuteczną zaporę dla częstych zwrotów, w tę i z powrotem, w orzecznictwie sądu władnego do ustanawiania i unieważniania wiążących precedensów sądowych. W razie bowiem jej braku takie wolty, i to w dodatku gwałtowne, byłyby jak najbardziej możliwe z uwagi na różnice w poglądach, jakie przejawiają w kwestiach prawnych poszczególni sędziowie – ich pojawienie się na swój sposób podkopywałoby też autorytet wszystkich członków takiego sądu tudzież samego tego sądu postrzeganego jako pewna całość. Ponadto możliwość zlekceważenia stanowiska większości wyrażonego wcześniej w pełnym składzie lub w składzie znacznie powiększonym bez jakiegokolwiek uprzedniej konsultacji z tą większością zdaje się już sama w sobie niewłaściwym rozwiązaniem, choćby z tego powodu, iż świadczy ona o braku wzajemnego szacunku pośród sędziów orzekających w danym sądzie. Postępowanie takie dawałoby również stronie przegrywającej pretekst do wysuwania oskarżeń o korupcję, stronniczość i arbitralność pod adresem sędziów, którzy w ten sposób rozpoznali jej sprawę.

Co do uściślenia, które precedensy Sądu Najwyższego powinny być unieważniane w składzie poszerzonym, tj. czy tylko te ustanowione przez taki skład czy również te pochodzące od paneli podstawowych, wydaje się, że w świetle powyższej argumentacji utrzymywanie w tym względzie rozróżnienia nie znajduje dobrego uzasadnienia. Przy tym najlepiej by było, żeby *overruling* był przeprowadzany nie tylko w składzie szerszym niż ten, który orzeka zazwyczaj, ale na dodatek w składzie liczniejszym niż ten, który ustanowił, objęty zamiarem unieważnienia, precedens sądowy – z wyjątkiem oczywiście przypadków, w których w grę wchodzi unieważnienie precedensów sądowych, do jakich ustanowienia doszło *in pleno*.

Notabene jeszcze innym niż przeprowadzanie go w składzie powiększonym rozwiązaniem dotyczącym *overruling* jest konieczność uzyskania zgody od składu orzekającego na samą

możliwość kwestionowania przez stronę postępowania (jej pełnomocnika procesowego) zasadności jakiegoś precedensu sądowego. Przy tym udzielanie takiej zgody może być połączone z fakultatywnym lub obligatoryjnym przekazaniem czy to samej kwestii unieważnienia takiego precedensu, czy też całej sprawy do rozstrzygnięcia składowi poszerzonemu²⁶¹.

Taki wymóg niewątpliwie powinien skracać czas postępowania sądowego, z racji iż strony nie wysuwają dzięki niemu argumentów przemawiających za unieważnieniem precedensów sądowych znajdujących zastosowanie w ich sprawie w sytuacji, gdy skład orzekający i tak nie zamierza brać tych argumentów pod rozwagę. Z tych też względów powinien się ono również przyczyniać do obniżenia kosztów zastępstwa procesowego.

Gorzej wypada on już jednak pod względem zapewniania warunków dla rozwoju prawa i wyposażenia go w dostateczną dozę elastyczności. W razie bowiem braku wyrażenia zgody na kwestionowanie zasadności danego precedensu sądowego, sędzia nie usłyszy argumentów, jakich sam by mógł nie wymyślić, a które mogłyby go przekonać do dokonania unieważnienia i dostosowania w ten sposób prawa do aktualnych wyzwań i potrzeb społecznych (politycznych, gospodarczych). Stąd też uzależnienie możliwości argumentowania przez stronę postępowania (jej pełnomocnika procesowego) za dokonaniem *overruling* któregoś z dotychczas wydanych precedensowych wyroków od uzyskania na to specjalnej zgody w trakcie procesu sądowego nie może być raczej rekomendowane.

7.2. Antycypacyjny *overruling*

Spotykana w Norwegii antycypacyjna postać unieważniania precedensów sądowych wydaje się stanowić nieodzowny element optymalnej doktryny wiążącego precedensu. Antycypacyjne unieważnienie, pod warunkiem że jest stosowane *lege artis*, daje bowiem możliwość wydania słusznego w powszechnym mniemaniu oraz dostosowanego do bieżących wymagań wyroku bez nadmiernego nadwątlenia pewności i przewidywalności prawa przy jednoczesnym zwolnieniu strony ewidentnie mającej rację z konieczności prowadzenia dalszego kosztownego dla niej i angażującego ją procesu sądowego. Ponadto na skutek korzystania z niego w praktyce mniej pracy mają też sędziowie zasiadający w sądzie władnym do dokonywania „zwykłego” *overruling*.

Antycypacyjny *overruling* już z samego swojego założenia ma zapobiegać – i to począwszy od postępowania w pierwszej instancji – wydawaniu wyroków na podstawie precedensów sądowych niewątpliwie przestarzałych (zdezaktualizowanych) lub rażąco niesprawiedliwych bądź absurdalnych. Żadną miarą nie służy on natomiast do unieważniania precedensowych orzeczeń, tylko dlatego że w osobistej ocenie sędziego sądu niskiego rzędu orzeczenia te są błędne pod względem formalnym czy merytorycznym. Ponadto do przeprowadzenia anty-

261 Zob. M. Kirby, *Precedent – Report on Australia*, wygłoszone na International Academy of Comparative Law Conference w: Utrecht dnia 17 lipca 2006, http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/kirbyj/kirbyj_17jul06.pdf, s.7–8 [dostęp: 6.08.2019].

cypacyjnego unieważnienia nie wystarczy samo tylko to, że dany precedens sądowy został ustanowiony w zupełnie innych niż obecne warunkach społecznych, ekonomicznych, politycznych czy prawnych. Dodatkowo niezbędnym jawi się tu, aby sąd uprawniony do „zwykłego” unieważnienia nie miał od dłuższego czasu okazji do wypowiedzenia się w rozstrzygniętej tym precedensem kwestii prawnej. To dodatkowe obostrzenie bierze się przy tym stąd, iż to właśnie niemająca się sposobności zrealizować aktualna wola takiego sądu, a nie coś innego, ma zostać tutaj przez sąd niższej instancji antycypowana.

Wspomiane wyżej ograniczenia sprawiają, że antycypacyjny *overruling* jest nie tyle narzędziem służącym do podważania pewności prawa, ile do neutralizowania precedensów sądowych jawnie niepożądaných, które i tak prędzej czy później zostałyby wyeliminowane z obiegu prawnego. Co więcej, można zaryzykować twierdzenie, że antycypacyjny *overruling* nie tylko takiej pewności nie osłabia, ale często ją jeszcze dodatkowo wzmacnia. Jest tak dlatego, iż zastosowanie w danej sprawie przez sąd pierwszej czy drugiej instancji ustanowionego zwłaszcza w zamierzchłej przeszłości precedensu sądowego, który kłóci się ze zdrowym rozsądkiem i co do którego niewyobrażalne jest, aby nie został on przez Sąd Najwyższy unieważniony, wprowadzałoby tylko zamęt w systemie (porządku) prawnym, wydłużając przy tym niepotrzebnie postępowanie sądowe. Trudno bowiem zakładać, iż od wyroku sądu niższej instancji, jaki „odziedziczył” wadliwość po zdezaktualizowanym lub ewidentnie niesprawiedliwym/nierozsądnym precedensie sądowym, strona, na niekorzyść której wyrok ten został wydany, nie wniesie później apelacji (kasacji), zadowolając się „kuriozalnym” w powszechnym mniemaniu rozstrzygnięciem jej sprawy. Nieskorzystanie z prawa do odwołania się do sądu wyższej instancji wchodziłoby tu w grę raczej tylko w przypadku, gdyby było ono podyktowane brakiem odpowiednich środków finansowych lub znacznym zmęczeniem dotychczasowym procesem sądowym. To jednak, jeśli rzeczywiście miałyby miejsce, poczytywać by należało bardziej za klęskę niż sukces wymiaru sprawiedliwości. Ponadto antycypacyjny *overruling* jest jedyną szansą na niestosowanie jawnie błędnych precedensów sądowych w tych wszystkich postępowaniach, w których brak jest prawnej możliwości zaskarżenia wydanego wyroku do sądu władnego taki precedens w ramach „zwykłego” *overruling* unieważnić.

Będąc przy instytucji antycypacyjnego *overruling*, warto też rozważyć nieco inną niż przytoczona powyżej jego wersję. Za przesłankę wystarczającą do antycypowania właściwego unieważnienia można by bowiem uznać wprowadzenie przez ustawodawcę (legislaturę) takich zmian w treści prawa stanowionego, które wyraźnie wskazują na to, że gdyby w chwili obecnej miał on uregulować objętą danym precedensem sądowym kwestię prawną, to zrobiłby to zupełnie inaczej, niż czyni to ten precedens. W tym przypadku uzasadnieniem dla unieważnienia precedensu sądowego z wyprzedzeniem byłaby już nie przewidywana wola Sądu Najwyższego, lecz intencja aktualnego ustawodawcy. W efekcie podparwszy się zasadą prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym, sąd niższej instancji wyręczałby tu nie sąd władny do unieważnienia mającego zastosowanie w rozpoznawanej przez niego

sprawie precedensu sądowego, ale samą legislaturę, potwierdzając w ten sposób dokonanie przez tę ostatnią dorozumianych zmian w obowiązującym stanie prawnym.

Także taka jak wyszczególniona powyżej wersja antycypacyjnego *overruling*, jeśli tylko nie jest nadużywana, zasługuje na aprobatę. Przez znaczne przyspieszenie realizacji i tak najczęściej nieuniknionych, a zarazem i jak się wydaje również pilnych zmian w systemie (porządku) prawnym, pozwala ona prawu na zachowanie wysokiego stopnia elastyczności, nie zagrażając przy tym drastycznie jego pewności.

7.3. Prospektywny *overruling*

Za zasługujące na dezaprobatę należy natomiast uznać norweskie podejście do *overruling* o charakterze wyłącznie prospektywnym. W Norwegii nie sposób było się bowiem natknąć na praktykę unieważniania precedensów sądowych z mocą jedynie na przyszłość, tj. bez skutku dla sprawy, przy okazji rozpoznawania której doszło do unieważnienia precedensu sądowego, ewentualnie innych jeszcze spraw, w jakich już w momencie, w którym nastąpiło *overruling*, toczy się postępowanie sądowe lub jakich stany faktyczne, choć nie są przedmiotem takiego postępowania już przed tym momentem powstały. Poza krytykowaną – zresztą słusznie – deklaratoryjną teorią prawa trudno byłoby bowiem podać jakiegokolwiek rozsądne argumenty przemawiające za zupełną rezygnacją z takiej odmiany unieważniania.

Przede wszystkim *overruling* z mocą wyłącznie na przyszłość pozwala poprawić jakość obowiązującego prawa tudzież dostosować je do bieżących potrzeb społecznych (politycznych, gospodarczych) bez nadwątlania jego pewności. Jednoznaczne oznajmienie przez sąd, że w stosunku do spraw, które miały miejsce przed unieważnieniem dotychczasowego precedensu sądowego a ustanowieniem nowego precedensu sądowego, zastosowanie będzie znajdować ten pierwszy precedens, drugi z kolei znajdzie zastosowanie dopiero do stosunków, jakie powstaną po dacie unieważnienia, daje pełną gwarancję w zakresie ochrony zaufania obywateli do każdorazem obowiązujących treści prawnych, nie pozbawiając samego prawa możliwości przechodzenia zmian i dokonującego się za ich pośrednictwem rozwoju²⁶².

Po drugie unieważnianie z mocą wyłącznie na przyszłość powinno być również efektywnym środkiem do zwalczania pieniactwa i ograniczania liczby postępowań sądowych. Przeświadczenie u skonfliktowanych stron, że sąd, nawet mimo podjęcia decyzji o przeprowadzeniu *overruling*, w ich sprawie będzie polegał jeszcze na dotychczasowym precedensie sądowym, powinno mianowicie zachęcać je do polubownego zakończenia sporu i dobrowolnego podporządkowywania się wymogom aktualnie obowiązującego prawa – tj.

262 Warto tu też przytoczyć wypowiedziane, w nawiązaniu do tworzenia przez sędziów prawa ze skutkiem retrospektywnym, dość mocne, ale jakże trafiające w sedno słowa J. Benthamy: *Czy ty wiesz, jak oni [sędziowie] tworzą je [prawo]? Tak jak człowiek tworzy prawo dla swojego psa. Kiedy twój pies robi coś, co chciałbyś żeby przestał on robić, ty czekasz, aż on to zrobi, a potem bijesz go. To jest sposób, w jaki ty ustanawiasz prawo dla swojego psa, i to jest też sposób, w jaki sędziowie ustanawiają prawo dla Ciebie i dla mnie – zob. R. Cross, op. cit., s. 26 [tłum. M.K.]*

w myśl zasady, po co tracić czas i pieniądze na pójście do sądu, skoro nawet, jeśli uda mi się przekonać zasiadających w nim sędziów do zmiany niekorzystnego dla mnie rozwiązania w prawie precedensowym, to i tak moja jeszcze sprawa zostanie rozstrzygnięta na podstawie tego rozwiązania. Zupełnie inaczej wygląda to natomiast w przypadku „zwykłego” *overruling*, po skorzystaniu z którego precedens sądowy zostaje wyeliminowany ze skutkiem od daty jego ustanowienia. Tu wyczerpanie toku wszystkich instancji połączone z przychylnym stanowiskiem sędziów Sądu Najwyższego może bowiem doprowadzić do retrospektywnej zmiany w precedensowym prawie i w konsekwencji wygrania sporu skierowanego do sądu przez stronę, która nie zastosowała się do stanowiącego, w chwili powstania tego sporu, obowiązujące prawo precedensu sądowego.

Po trzecie – o czym była już mowa w pkt. 7.1. niniejszego rozdziału tego opracowania – *overruling* z mocą wyłącznie na przyszłość jest szczególnie przydatny w odniesieniu do precedensów sądowych, jakie są korzystne dla oskarżonego. Dzięki sięganiu do niego możliwe stanie się bowiem przeprowadzanie przez sędziów niezbędnych zmian w prawie karnym bez naruszenia zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege* tudzież zasady *in dubio pro reo*.

Powyższe nie oznacza jednak, że w każdym przypadku posłużenie się wyłącznie prospektywnym *overruling* jest wyjściem optymalnym. Czasem unieważnienie precedensu z mocą wsteczną wydaje się konieczne. Dotyczy to przede wszystkim takich sytuacji, w których rozwiązanie obrane w precedensowym wyroku należy uznać za jawnie niesłuszne (absurdalne) lub przestarzałe. Powielanie – dla samej tylko zasady – niesprawiedliwości, tym bardziej jeszcze rażącej, już kiedyś wyrządzonej nie powinno być bowiem w żadnym systemie (porządku) prawnym akceptowane. W przeciwnym zresztą razie osoby, które tej niesprawiedliwości doświadczają, nie będą miały dostatecznego bodźca, by wystąpić na drogę sądową i doprowadzić do jak najszybszego wyeliminowania wadliwego precedensu sądowego, w efekcie czego niesprawiedliwość ta będzie nie raz, ani nie dwa, ale setki razy wyrządzona.

Ponadto szalę na rzecz stosowania *overruling* w jego retrospektywnej postaci może przeważać wzgląd na stworzenie warunków do ustawicznego rozwoju prawa, a dokładniej dostarczania propozycji i okazji do zmian w zastanym stanie prawnym. Jak już zostało to wyżej zaznaczone, świadomość u danej osoby, iż dotyczący jej sytuacji prawnej precedens sądowy, nawet gdy uda się jej nakłonić skład orzekający do jego unieważnienia, i tak zostanie jeszcze w stosunku do niej samej zastosowany, zazwyczaj zniechęci tę osobę do wystąpienia na drogę sądową. W czym bowiem interesie miałyby tu ona ponosić koszty i tracić swój czas, jeśli jej własny interes w grę z definicji wchodzić nie może? Interes ogółu bynajmniej nie wydaje się tutaj wabikiem wystarczającym. Zmniejszona zaś w ten sposób liczba postępowań sądowych nieuchronnie będzie się musiała równać mniejszej liczbie przedkładanych i podnoszonych przed sądami argumentów/informacji tudzież wizji odnośnie do tego, jak prawo powinno wyglądać i co można w jego aktualnej zawartości poprawić. Patrząc z tej perspektywy, w wyłącznie prospektywnym *overruling* upatrywać by więc należało nie tyle zaletę (skuteczne

narzędzie do przeciwdziałania pieniactwu), ile barierę dla ewolucji prawa, zamykającą drogę dla inkubacji niezbędnych dla jego rozwoju nowych idei i pomysłów. Jako swego rodzaju kontrargument trzeba tu jednak nadmienić, iż w czasach współczesnych sędziowie z zasady uskarżają się na natłok spraw i niemożność ich rozpatrzenia w rozsądnym terminie, a nie na ich zbyt niską liczbę i nadmiar wolnego czasu. Z tego powodu za częstszym sięganiem do *overruling* z mocą jedynie na przyszłość przemawiałby też wzgląd na sprawne funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości²⁶³.

Niewątpliwie też jakimś środkiem, który zaradzałby wyżej wymienionemu problemowi zniechęcania stron do wytaczania procesów i hamowania rozwoju prawa, mogłoby być przyjęcie jakiejś mieszanej wersji retrospektywno-prospektywnego skutku *overruling*, tj. np. zakładającej, iż unieważnienie nie odnosi swojego skutku wstecz z wyjątkiem jednak stron postępowania tudzież innych jeszcze osób, które w momencie jego dokonania biorą już udział w postępowaniach sądowych²⁶⁴. Ponadto argument o blokowaniu drogi do należytego rozwoju prawa nie dotyczy tych wszystkich postępowań, w których w roli podmiotu wszczynającego proces sądowy występuje osoba działająca w interesie publicznym, jak np. Prokurator Generalny lub Policja albo organizacja społeczna²⁶⁵. Tego typu osoby nie są bowiem nastawione na realizację swoich własnych interesów, lecz wykonują pracę dla dobra ogółu (państwa, społeczeństwa), za którą to też pracę są najczęściej przez państwo lub społeczeństwo w formie pieniężnej wynagradzane. Stąd też ich pełną satysfakcją może być również przyczynienie się do dokonania takiej zmiany w prawie, która nie będzie miała skutku w stosunku do sprawy, w której one występowały.

7.4. Zapowiedzi zmian w prawie

Podobną funkcję jak *overruling* z mocą wyłącznie na przyszłość pełni umieszczanie w *obiter dictach* lub innych jeszcze sądowych oświadczeniach zapowiedzi co do tego, iż określony precedens sądowy zostanie unieważniony, gdy tylko sprawa, w jakiej miałyby on zastosowanie, zostanie przedłożona pod rozstrzygnięcie sądu. W takim przypadku, tym bardziej gdy zostałyby jeszcze podana rozsądna data, począwszy od której w stosunkach danego rodzaju

263 Odnośnie do argumentów wysuwanych przeciwko *overruling*, jakie miałyby działać wyłącznie na przyszłość, zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 163–164; R. Cross, *op. cit.*, s. 220; R. Cross i J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 229–232.

264 Zob. J. Holland i J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 162.

265 Szczególnym przypadkiem takich właśnie postępowań są postępowania wszczynane w Wielkiej Brytanii na wniosek the Attorney General odnośnie do kwestii prawnych występujących w sprawach, w jakich oskarżony został w pierwszej instancji uniewinniony. Wydawane w nich, na podstawie pkt. 1 sekcji 36 the Criminal Justice Act z 1972 r., przez Wydział Karny Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii (ewentualnie Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa) opinie, gdy zrywają ze stanowiskiem zawartym w którymś z dotychczasowych precedensów sądowych – choć przypuszczalnie będą wiążące w odniesieniu do spraw rozpoznawanych w przyszłości – nie mają mianowicie w świetle pkt. 7 sekcji 36 wspomnianego aktu żadnego wpływu na uniewinnienie oskarżonego, które niezależnie od tego, jaka okaże się ich treść, pozostanie tutaj w mocy. Zob. R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 155.

będzie obowiązywał mający zastąpić dotychczasowy nowy precedens sądowy, pewność i przewidywalność prawa doznałyby dość dużej ochrony.

Przed wszystkim podmioty zainteresowane miałyby wtedy nie tylko szansę, ale i wystarczająco dużo czasu, aby dostosować swoje obecne oraz planowane działania i przedsięwzięcia do zapowiedzianych zmian w precedensowym prawie. Z pewnością nie byłyby one aż tak zaskakiwane, jak ma to miejsce w przypadku retrospektywnego *overruling*, który przecież nie tylko decyduje o sposobie rozstrzygnięcia sprawy, przy okazji rozpoznawania której unieważniono dotychczas będący w mocy precedens sądowy, ale posiada również kolosalne znaczenie dla innych adresatów prawa, co do których nagle okazało się, że postępują oni niezgodnie z tym, czego wymaga od nich obowiązujące prawo. Co więcej, takie zapowiedzi odnośnie do mających się dokonać w przyszłości zmian w precedensowym prawie w dużo mniejszym stopniu, jeśli w ogóle, są obciążone tego rodzaju ryzykiem, jakie miało uzasadniać rezygnację z przeprowadzania *overruling* z mocą wyłącznie na przyszłość. Z racji odpadnięcia możliwości podniesienia zarzutu o nieposzanowanie trudu, jaki zadała sobie strona, która, ostatecznie mając rację, wystąpiła na drogę sądową, nie ma tu bowiem aż takich dylematów w zakresie pozbawienia dokonującej się zmiany w prawie mocy wstecznej. Ważne jest tylko to, by nowo wprowadzane rozwiązania były merytorycznie oraz formalnie poprawne.

Pewnym minusem zapowiadania w *obiter dictach* lub innych sądowych oświadczeniach zmian, jakich należy się spodziewać w obecnym stanie prawnym, jest jednak trudny do zanegowania fakt, iż już w chwili zakomunikowania zamiaru poczynienia tego rodzaju zmian, sąd nowe prawo *de facto* stworzył, a jego *dicta*/oświadczenia przejęły status ortodoksyjnie zastrzeżony dla *ratio decidendi*. Ponieważ zagadnienie tworzenia przez sądy prawa poza kategorią *rationes* wraz z rodzajami problemów, jakie na tym tle występują, zostało już wcześniej poruszone (zob. pkt. 4. niniejszego rozdziału tego opracowania), w tym miejscu warto wskazać na to, iż w kontekście obwieszczenia w *obiter dictach* lub innych sądowych oświadczeniach chęci unieważnienia określonego precedensu sądowego ciężko jest mówić o aż tak poważnych zagrożeniach jak w przypadku dopuszczenia do tworzenia w *obiter dictach* całych katalogów mających wiązać później reguł prawa. Choć już poprzez danie przez sąd do zrozumienia, że w przyszłości należy się spodziewać unieważnienia danego precedensu sądowego, faktycznie zmieniane jest obecne prawo, to jednak zmiana, do jakiej tu dochodzi, z definicji będzie dotyczyć tylko tych kwestii prawnych, w których już wcześniej istniało sądowe prawo (był ustanowiony jakiś precedens sądowy). Skoro zaś tak, to z racji tego, że ustawodawca został już wcześniej, tj. w momencie powstania takiego prawa (wydania stanowiącego je precedensu sądowego), „zastąpiony”, zapowiedź kolejnej sądowej regulacji w tym samym co poprzednio przedmiocie nie może pozbawiać go tego, co już raz zostało mu odebrane. Tym samym w przypadku zapowiadania, że będzie mieć miejsce unieważnienie któregoś z dotychczasowych precedensów sądowych, ryzyko naruszenia zasady podziału (równowagi) władzy wydaje się nie występować. Ponadto raczej zupełnym nieporozumieniem byłoby mówić tu o groźbie nadmiernej legislacji

sądowej, z jaką mieliśmy do czynienia w razie rezygnacji z wymogu, iż *ratio decidendi* może konstytuować tylko taka reguła, jaka była niezbędna dla rozpoznania precedensowej sprawy. Jak bowiem można założyć, w praktyce zapowiedzi co do planowanego *overruling* będą na ogół dotyczyć jednego, ewentualnie kilku precedensów sądowych, a nie całej ich rzeszy.

7.5. *Overruling* wyraźny i dorozumiany

Od sędziów, analogicznie jak było to w przypadku *distinguishing*, powinno się wymagać, by zawsze dokonywali *overruling* w sposób wyraźny, udzielając przy tym dokładnej informacji w przedmiocie tego, co i w jakim zakresie unieważnili. Dotyczy to również *overruling* w odmianie antycypacyjnej i ze skutkiem wyłącznie na przyszłość. Tylko podanie wprost do wiadomości, że właśnie doszło do unieważnienia któregoś lub któryś z dotychczas wiążących precedensów sądowych, daje gwarancję zachowania „porządku” w systemie (porządku) prawnym. W przeciwnym bowiem razie zarówno sędziowie, jak i inni prawnicy oraz adresaci prawa mogą odnieść mylne wrażenie, że skład orzekający nie unieważnił, ale po prostu przeoczył dany precedens sądowy (w ogóle on o nim nie wiedział). Ponadto nawet w przypadku precedensu sądowego, o którym wiadomo, iż miał zastosowanie w precedensowej sprawie, brak informacji o tym, iż przeprowadzono *overruling*, może skłaniać do błędnego przeświadczenia, iż dokonano jedynie *distinguishing* i rzeczony precedens nadal posiada moc obowiązującą. W rezultacie łatwo można dojść do wniosku, iż unieważnianie precedensów sądowych w sposób dorozumiany może prowadzić do zamieszania w prawie, odzierając je z pewności i przewidywalności i mając negatywny wpływ na jego zrozumiałość i przejrzystość.

Poza tym trzeba stwierdzić, iż jednoznaczne przyznanie się do korzystania z instytucji *overruling* po stronie osób, które to dopuszczają się unieważniania precedensów sądowych, powinno rodzić u tych osób naturalne poczucie obowiązku wyjaśnienia przyczyn, jakie w ich mniemaniu przemawiały za poczynieniem konkretnego unieważnienia. Przy tym w razie nie podania takich przyczyn przez tego, kto dokonał danego *overruling*, możemy mieć bardzo trudno dowiedzieć się o tym, co dokładnie wpłynęło na to, że jakiś precedens sądowy doczekał się unieważnienia – jakie były powody uznania tego precedensu za przestarzały, na czym polegała wadliwość formalna lub merytoryczna jego *ratio decidendi* tudzież jakie były inne jeszcze okoliczności, które nie pozwalały na pozostawienie go w mocy. Wyjaśnienia w tym przedmiocie (zawarte w nich argumenty), pod warunkiem tylko, że będą szczere i prawdziwe, są o tyle cenne, iż pozwalają na dostrzeżenie kierunku zmian, jakie już dokonują się lub jakich w najbliższej przyszłości można spodziewać się w obowiązującym prawie. W efekcie również przyszłe decyzje sądowe staną się w ten sposób bardziej przewidywalne/obliczalne. Podanie sensownych argumentów na uzasadnienie przeprowadzonego *overruling* przyczyni się ponadto do łatwiejszej akceptacji zapadłego wyroku u strony przegrywającej, co tym samym przełoży się na większą szansę dobrowolnego wykonania tego wyroku (bez konieczności prowadzenia opartego na przymusie postępowania egzekucyjnego). Rola takich argumentów jest jeszcze

większa w przypadku antycypacyjnego unieważniania, które oprócz samych stron postępowania tudzież opinii publicznej powinno być jeszcze przekonywujące dla sędziów zasiadających w sądzie władnym do dokonywania „zwykłego” *outruling*, jaki został tu „wyręczony” (którego wola została tu „antycypowana”).

7.6. Stopniowy i gwałtowny (kompleksowy)

Na tle przeprowadzonych w powyższym punkcie rozważań w przedmiocie wyraźnej i dorozumianej postaci unieważniania precedensów sądowych nie ma większego znaczenia, czy unieważnienie odbywa się w sposób gwałtowny (jednorazowy i kompleksowy) czy też pomalutku, „kawałek po kawałeczku”. Stąd okoliczność, iż dorozumiany *outruling* jest w Norwegii dokonywany nieraz poprzez sukcesywne wprowadzanie niewielkich za jednym razem odstępstw od dotychczasowych rozwiązań nie może stanowić w tym względzie żadnego usprawiedliwienia. Warto natomiast poświęcić trochę uwagi samej idei stopniowego unieważniania precedensu sądowego jako alternatywy dla czynienia tego w sposób bardziej zdecydowany.

Już na pierwszy rzut oka wydaje się, że od korzystających z instytucji *outruling* sędziów, poza tym, iż jasno określą zakres, w jakim dochodzi do unieważnienia, powinno się oczekiwać, iż dokonają unieważnienia w sposób możliwie jak najbardziej kompleksowy, a nie jedynie szczątkowy. Ciągłe wprowadzanie gradualnych zmian w precedensowym prawie nie służy bowiem ani stabilności i przewidywalności tego prawa, ani dobrowolnemu stosowaniu się do niego przez obywateli. W wyniku czynienia takich zmian dochodzi mianowicie do nieustannej niepewności pod względem tego, czy kolejnym razem wcześniej już raz lub kilka razy unieważniony w jakimś zakresie precedens sądowy nie zostanie jeszcze bardziej okrojony czy też jego aktualny kształt zostanie jednak zachowany – co skutkuje dezorientacją po stronie adresatów prawa, którzy przestają wiedzieć, co w ich przypadku jeszcze jest, a co już nie jest obowiązującym prawem.

Ponadto dzięki unieważnieniu precedensu sądowego w całości, a nie stopniowo, uniknie się też w jakimś stopniu negatywnych konsekwencji retrospektywnego *outruling*. Unieważnienie w wymiarze, w jakim wykracza poza sprawę aktualnie rozstrzyganą, w pewnym sensie odniesie bowiem skutek wyłącznie na przyszłość, tj. w zakresie, w jakim obejmie ono stosunki jeszcze nie zawiązane, a w których w przeciwnym razie prawo zmieniłoby się, jak tylko dotycząca tych stosunków sprawa trafiłaby do sądu (w sprawie tej miałyby miejsce kolejne stopniowe unieważnienie normującego te stosunki precedensu sądowego).

Oczywiście wszystkie mniej lub bardziej kompleksowe zmiany, o jakich była mowa w powyższych akapitach, odnosiły się tylko do *ratio decidendi* tudzież kwestii prawnej uregulowanej dotychczasowym precedensem sądowym. To, co dzieje się poza *ratio*/taką kwestią nie jest bowiem w ogóle przedmiotem *outruling*. Ponadto, jak się wydaje, w przypadku obrania modelu precedensu sądowego z analogii, chcąc rozważyć stopniowość i gwałtowność zmian w precedensowym prawie na skutek unieważniania precedensów sądowych, można

by jedynie nawiązać do dylematu objęcia *overruling* jednego lub większej liczby precedensowych wyroków. W tym ujęciu precedensu sądowego nie sposób jest bowiem zakładać mniej lub bardziej intensywnego unieważniania tego samego precedensu sądowego – chyba że za takie potraktowane zostanie ustanowienie w sprawie, jaka jest istotnie podobna do sprawy precedensowej, nowego precedensu sądowego sprzecznego z dotychczasowym precedensem sądowym bez pozbawiania tego ostatniego mocy obowiązującej. Wówczas – o ile nie uznamy tego za sprzeczność precedensowych wyroków, jaka wymaga derogacji (pozbawienia mocy obowiązującej) jednego z nich – mielibyśmy do czynienia z unieważnieniem w jakimś sensie stopniowym, tj. z powodu, iż ten nowo ustanowiony precedens sądowy zacznie oddziaływać *per analogiam* na to, jakie skutki prawne mają mieć sprawy, które są jednocześnie istotnie podobne do sprawy, w której był ustanowiony dotychczasowy precedens sądowy przepisujący odmienne od niego skutki prawne.

Pod koniec warto też nadmienić, że problem gradualnego i radykalnego *overruling* może przedstawiać się nieco inaczej w odniesieniu do jego antycypacyjnej postaci. Ponieważ tutaj unieważnienie precedensu sądowego dokonywane jest w drodze wyjątku przez sąd w zasadzie do tego nieuprawniony, zasadnym wydaje się, iż na ogół nie powinno być ono dalej idące, niż jest to naprawdę konieczne. Skoro bowiem głównym celem postępowania przed sądem pierwszej instancji nie jest oddziaływanie na kształt praktyki orzeczniczej, a jedynie rozpoznanie zawisłej sprawy, to sąd ten powinien wprowadzać tylko takie zmiany w precedensowym prawie, jakie pozwolą mu wydać wyrok w tej sprawie. W efekcie też takiego minimalistycznego podejścia mniejszy uszczerbek poniesie zasada *stare decisis* oraz mniej dotkliwe będą konsekwencje pomyłki w rozeznaniu antycypowanej woli sądu władnego do dokonania „zwykłego” unieważnienia.

Poczynione spostrzeżenie przestaje być już jednak zasadne w sytuacji, gdy całe *ratio decidendi* jest w stopniu oczywistym przestarzałe (jawnie niesprawiedliwe lub absurdalne). Wówczas bowiem celowym jawi się antycypacyjne unieważnienie precedensu sądowego nie w jak najwęższym, lecz jak najszerszym możliwym wymiarze. Utrzymywanie w mocy precedensów sądowych ewidentnie i bezspornie zdezaktualizowanych nie służy ani sprawiedliwości, ani pewności prawa. Rodzi ono za to konieczność wytaczania zbędnych procesów sądowych, narażając strony na niepotrzebne koszty i trud, a sędziom zabiera czas, którego brakuje im później na wszechstronne rozważenie spraw bardziej zawiłych i niejednoznacznych.

8. Manipulacje na faktach sprawy obecnie w sądzie rozpoznawanej i przeformułowywanie precedensów sądowych

Kategorycznie trzeba się sprzeciwić jakimkolwiek, w demokratycznym państwie prawa, manipulacjom przy opisywaniu stanu faktycznego aktualnie rozpoznawanej sprawy podejmowanym w celu podciągnięcia tej sprawy pod jakiś nieznajdujący w niej zastosowania precedens

sądowy (regułę prawa stanowionego) lub niezastosowania w tej sprawie precedensu sądowego (reguły prawa stanowionego), jaki znajduje w niej zastosowanie. Tego rodzaju zabiegi nie staną się usprawiedliwione nawet wtedy, kiedy będą podyktowane wyłącznie zamiarem wydania najsprawiedliwszego z możliwych w danym przypadku wyroku. Wszelkie bowiem niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i niemające podstawy w obowiązującym prawie operacje na faktach sprawy obecnie rozstrzyganej są niezmiernie krzywdzące dla osób będących stronami postępowania, przekreślając w nich wiarę tak w istnienie prawa jako takiego, jak i w samo wymierzanie przez sądy sprawiedliwości.

Przypisywana norweskim sędziom praktyka zniekształcania stanu faktycznego sprawy obecnie rozpoznawanej w celu zastosowania w tym stanie pożądanego z perspektywy skutków prawnych, jakie przepisuje, reguły prawa, jest też mocno krytykowana w literaturze norweskiej. W tej wskazuje się mianowicie, że prowadzi ona do niepewności i nieprzewidywalności prawa. Prawdziwe motywy, jakimi jakimi kierował się wydający wyrok sędzia, nie są tu bowiem dostatecznie ujawnione, przez co trudno jest przewidzieć, jak sędzia ten postąpi w sprawach kolejnych. Podnosi się również, że jest ona niefortunna w stosunku do uczestników postępowania i zaufania pokładanego w procesie sądowym jako sposobie rozstrzygania sporów. Przy tym ma być tak z racji tego, że strony postępowania znają okoliczności faktyczne ich sprawy równie dobrze jak orzekający w tej sprawie sędziowie, jeśli nie nawet lepiej od tych ostatnich, i dlatego bez większego problemu są w stanie ocenić brak adekwatności sądowego opisu takich okoliczności. W rezultacie też dostrzeżenie nieprawidłowości w takim opisie ma rodzić u strony, która proces przegrała, uzasadniony krytycyzm oraz zmniejszać jej zaufanie w zdolność sędziego i całego systemu sądowego do dochodzenia do prawdy²⁶⁶.

Istotnie trudno byłoby nie zgodzić się z powyższymi – jakże trafnymi – zarzutami. Warto poczynić również dwie uzupełniające je uwagi. Po pierwsze manipulacje na faktach sprawy obecnie rozpoznawanej stanowią tak jakby odwrotność analogii *extra legem* lub analogii *contra legem*. O ile bowiem w przypadku tych pierwszych nagina się fakty, by pasowały do treści prawa, o tyle w przypadku tych drugich naciąga się prawo, by pasowało do faktów. Stąd też można by postulować, żeby sędzia – w celu wydania sprawiedliwego w jego mniemaniu wyroku – zamiast uciekać się do zniekształcania opisu stanu faktycznego, jaki ma miejsce w rozstrzyganej przez niego sprawie, korzystał, aby zastosować w tej sprawie precedens sądowy (regułę prawa stanowionego), jaki nie ma w niej zastosowania, lub nie zastosować w niej precedensu sądowego (reguły prawa stanowionego), jaki ma w niej zastosowanie, odpowiednio z analogii i dysanalogii (*distinguishing*). Decydując się na nią, uniknie on zagrożeń, o których była mowa w powyższym akapicie, a jednocześnie uczyni zadość własnemu poczuciu sprawiedliwości. Po drugie podawanie fałszywego opisu stanu faktycznego w sprawie aktualnie rozpoznawanej wydaje się być dopuszczalne w krajach niedemokratycznych, w których two-

²⁶⁶ Zob. S. Eng, *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features*, „Scandinavian Studies in Law” t. 39 (2000), s. 315–316.

rzony przez ustawodawcę prawo jest rażąco niesprawiedliwe (jest środkiem opresji wobec społeczeństwa). Wówczas, gdy zapewnienie sprawiedliwości innymi środkami, w tym poprzez sięganie do analogii/dysanalogii, nie byłoby możliwe lub narażałoby sędziego na represje polityczne, uciekanie się do manipulacji przy opisywaniu stanu faktycznego zawisłej sprawy, *nolens volens*, musiałyby zyskać na wartości.

Z podobnych powodów jak manipulacje na faktach sprawy aktualnie rozpatrywanej za wysoce naganny należy uznać też zabieg interpretacyjny polegający na przeformułowywaniu precedensów sądowych. Tu, żeby uzasadnić przypisanie sprawie obecnie rozstrzyganej skutków prawnych, jakie są pożądane z punktu widzenia rozpoznających tę sprawę sędziów, zniekształcane były nie fakty tej sprawy, ale sam sens precedensowego wyroku. Takie przeformułowywanie, w szczególności gdy dopuszcza się go sąd nieuprawniony do *overruling*, jest bowiem niczym innym, jak jawnym obchodzeniem obowiązującego prawa, będąc przy tym zupełnie nieprzejrzystym zarówno dla stron postępowania i pozostałej części społeczeństwa, jak i, dla obserwującego i komentującego poczynania sędziów, środowiska prawniczego. To ostatnie na skutek częstego przeformułowywania precedensów sądowych może się bowiem przestać orientować w tym, co aktualnie dzieje się w prawie, i w konsekwencji mieć poważne problemy z objaśnianiem treści prawa i udzielaniem porad prawnych.

9. Wyroki sądowe i ich uzasadnienia

9.1. Obszerność, język i stosowane argumenty

Jak zostało to nadmienione w pkt. 5.1. rozdziału II niniejszego opracowania, sporządzane w Norwegii uzasadnienia sądowe nie są aż tak dyskursywne i obszerne jak uzasadnienia wyroków pochodzące od sędziów z Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych.

Mimo posiadania przez zwięzłe uzasadnienia sądowe pewnych zalet, takich jak zaoszczędzenie czasu na ich analizę czy łatwiejsza identyfikacja reguły mającej stanowić wyraźne *ratio decidendi*,²⁶⁷ bardziej optymalnym rozwiązaniem wydają się tu praktyki anglosaskie. Szczere i obszerne uzasadnienia sądowe, wskazujące na prawdziwe powody wydania takiego, a nie innego wyroku, zdają się bowiem dawać zdecydowanie pełniejszą możliwość poznania tych wartości i czynników, które faktycznie mają wpływ na treść obowiązującego w danym systemie (porządku) prawnym prawa. Wiedza zaś w tym przedmiocie nie tylko ułatwia prognozowanie mogących zapaść w przyszłości decyzji sądowych, zwiększając tym samym pewność i przewidywalność prawa, ale również wskazuje na rodzaje argumentów, jakie warto podnosić w dyskursie prawnym. Możliwość zapoznania się z powodami, jakie miały stać za danym

267 Na tę ostatnią korzyść wskazuje np. S. Eng. Autor ten twierdzi bowiem, że bardziej dyskursywne – w porównaniu ze spotykanym w Norwegii – styl uzasadnień sądowych w przypadku angielskiej Izby Lordów [jej Komitetu Apelacyjnego] może być powodem tego, iż trudniej będzie zidentyfikować w takich uzasadnieniach kwestie prawne, a przez to i określić, co dokładnie ma stanowić wiążącą część precedensowego wyroku [jego *ratio decidendi*]. Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 301.

rozstrzygnięciem sądowym, znacznie upraszcza też rolę późniejszym krytykom (zwłaszcza poddanie tych rozstrzygnięć pod ocenę przedstawicieli nauki prawa), a także stwarza bardziej dogodne warunki dla społecznej kontroli nad wymiarem sprawiedliwości²⁶⁸. To też dyskursywny i otwarty styl uzasadnień sądowych demaskuje najlepiej powszechnie potępianą – z powodu jej kontrfaktyczności, gdy nie wiąże się jej ściśle z prawem natury – deklaratoryjną teorię prawa, podobnie zresztą jak i utopijne idee pozytywizmu prawniczego²⁶⁹.

Z drugiej jednak strony sędziom może być czasem ciężko pozostać szczerymi, z racji iż mogą się oni wstydzić prawdziwych motywów ich rozstrzygnięć lub obawiać się, że motywy te po ich ujawnieniu zostaną skrytykowane przez innych. Ponadto mogą oni nie być w pełni świadomi tego, co tak naprawdę wpłynęło na ich decyzje²⁷⁰. Jeśli chodzi o to pierwsze, to należy zastanowić się, czy w takiej sytuacji to, od czego rzeczywiście zależą wydawane przez takich sędziów wyroki, jest na pewno prawidłowe, i czy sędziami nie powinny zostawać osoby, które będą w stanie publicznie bronić tego, czym się faktycznie w swojej pracy kierują. Jak się wydaje hipokryzja w tym względzie, jeżeli w ogóle ma być dopuszczalna, może mieć uzasadnienie jedynie w przypadku, w którym dane społeczeństwo nie jest jeszcze gotowe na otwartość po stronie członków judykatury, którzy są na zdecydowanie wyższym poziomie intelektualnym i kulturalnym niż ono same. Brak zaś pełnej świadomości co do czynników, które mogą oddziaływać na decyzje sądowe, nie powinien – tym bardziej jeszcze od razu – prowadzić do wniosku, iż sędziowie nie muszą podejmować starań zmierzających do tego, by podawane przez nich powody, dla których wydali taki, a nie inny wyrok, były prawdziwe. Raczej tylko wyjątkowo, w sytuacji, kiedy tego zrobić na prawdę nie potrafią, powinno im być wolno poprzestać na stwierdzeniu, iż nie są w stanie uzasadnić obranego przez siebie rozstrzygnięcia w przedłożonej im do rozpoznania sprawie, o którego zasadności są mimo to niezbitnie przekonani (zob. też pkt. 9.4. niniejszego rozdziału tego opracowania).

Jeśli chodzi o język, w jakim mają być sporządzane uzasadnienia sądowe, to bez wątpienia warto tu przywołać skandynawską ideę języka prawniczego, który w swych założeniach miał być zrozumiały dla prostych, przeciętnych ludzi, a nie tylko dla profesjonalnych prawników. Idea ta idzie również w parze ze szczerością, albowiem nie pozwala ona sędziom na skrywanie

268 Odnosnie do tego, dlaczego uzasadnienia sądowe powinny być obszerne i ogólne, zob. A. Peczenik, *On Law and Reason*, wyd. 2, 2008, s. 279.

269 Na temat kierunku w filozofii prawa, jaki określanym jest mianem pozytywizmu prawniczego, zob. J. Stelmach i R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 23–59.

270 Por. np. F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 173–175. Jak podaje też J.C. Hutcheson, sędziowie tacy mogą być jak wynalazca, który potrafi wpaść na jakiś wynalazek, nie potrafiąc jednak tego wynalazku w pełni zrozumieć lub wyjaśnić tego, jak mu się go udało wymyślić (zob. J.C. Hutcheson, *op. cit.*, s. 902). Co więcej, jak zdaje się sugerować M.J. Gerhardt, prawdziwe powody wydania w danej sprawie takiego, a nie innego wyroku niekoniecznie są dla ludzi poznawalne. Mogą być one bowiem tak oddalone w czasie i przestrzeni, że w ogóle nie są brane pod uwagę przez tych, którzy chcą je poznać (zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 108). Taka jednak teza, choć trudno ją obalić czy sfalsyfikować, w znacznej mierze poważałaby sens uprawianej obecnie przez akademików nauki, mogąc jednocześnie znacznie podnosić wartość tzw. paranauk jak np. astrologii.

prawdziwych motywów podjętych przez nich decyzji za zawiłymi i niejasnymi koncepcjami czy terminami prawniczymi. Takie koncepcje i terminy stwarzają komfortowy dla orzekającego sędziego – ale nie dla społeczeństwa – pozór, że to nie on sam, ale właśnie jakaś tajemnicza moc i treść abstrakcyjnych pojęć i teorii odgrywa wiodącą rolę przy rozstrzyganiu spraw sądowych. Dzięki też temu taki sędzia nie tylko uchyla się od osobistej odpowiedzialności za zawartość wydanego przez siebie wyroku, ale także dodatkowo zataja okoliczność, że to również on, obok tego, kto sformułował (wymyślił) poszczególne zwroty językowe, jest faktycznie twórcą prawa.

W równym stopniu na aprobatę zasługuje sposób, w jaki są rekrutowani w Norwegii sędziowie. Dopuszczanie do sprawowania wymiaru sprawiedliwości osób, które wcześniej pełniły różne funkcje społeczne i wykonywały różne zawody, sprawia, że takie osoby ujmowane jako całość już z definicji będą się wykazywać dużo większą wiedzą o życiu, niż gdyby wszystkie pochodziły z jednorodnego (homogenicznego) środowiska tudzież posiadały tylko wykształcenie prawnicze bez odznaczania się doświadczeniem w jakiejś nieprawniczej działalności. Przy tym należy założyć, iż będą one miały też możliwość wzajemnej wymiany poglądów i uczenia się jedna od drugiej (np. drogą koleżeńkiego zasięgania rad i prowadzenia mniej lub bardziej formalnych dyskusji). W rezultacie będą też lepiej przygotowane do tworzenia prawa o wysokiej jakości. Łatwiej będzie im również wprowadzić do dyskursu prawnego bazujące na pozaprawnej wiedzy argumenty. Poza tym takie bogactwo różnorodnych doświadczeń i informacji, uczulając na aktualne wyzwania i potrzeby społeczne, powinno dawać naturalny impuls do inicjowania w prawie zmian mogących wyjść na przeciw takim wyzwaniom/potrzebom. Bogactwo to zdaje się iść również w parze z lepszym wyczuciem tego, co społecznie uchodzi za słuszne i sprawiedliwe, a także – w jakimś stopniu – chronić osoby wydające wyroki sądowe przed różnego rodzaju uprzedzeniami i skrótami myślowymi (tzw. heurystykami).

Co więcej, pochodzący z niejednakowych środowisk sędziowie, by prawidłowo wykonywać swój zawód, będą często zmuszeni do mniej lub bardziej bezpośredniego porozumiewania się ze sobą i przekonywania się nawzajem, co przy braku znajomości i posługiwania się przez nich wyspecjalizowanym językiem prawniczym wymusi na nich stosowanie zdroworozsądkowych i pragmatycznych argumentów i sposobów argumentacji.

W przypadku wieloosobowych składów orzekających konieczność komunikowania się i uzasadniania swojego zdania zajdzie przede wszystkim w trakcie naradzania się nad treścią mającego zapaść w rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcia. Ponadto wystąpi ona również przy sporządzaniu uzasadnienia orzeczenia, od którego przysługiwać będzie apelacja – tj. przy założeniu, że sędziemu z sądu niższej instancji zależy na tym, by jego decyzja nie została w wyższej instancji uchylona. Sędzia ten będzie się bowiem „kontaktował” w takim uzasadnieniu z sędziami zasiadającymi w sądzie przełożonym, tłumacząc im w nim, dlaczego wydany przez niego wyrok jest zasadny. Ponieważ zaś posiadający odmienną wiedzę oraz doświadczenie życiowe i zawodowe członkowie judykatury nie będą mieć wspólnego specjalistycznego języka, z góry będą oni skazani na argumentowanie w sposób bardziej przyziemny

i praktyczny („życiowy”) niż czysto teoretyczny. To znaczy, że dużym powodzeniem powinny się u nich cieszyć argumenty odwołujące się do zdrowego rozsądku, wskazujące na absurdalne lub niedające się zaakceptować konsekwencje potencjalnych rozstrzygnięć sądowych, a nie abstrakcyjne analitycznie skomplikowane metody wykładni prawa, niekoniecznie liczące się ze skutkami, jakie będzie miało ich zastosowanie w danym przypadku, dla życia codziennego tudzież bieżącymi oczekiwaniami społecznymi. Przy tym decyzje sądowe uzasadnione za pomocą tego typu argumentów powinny charakteryzować się większą siłą perswazyjną i to nie tylko z perspektywy samych sędziów, ale również zwykłych obywateli, wzmacniając tym samym zaufanie tych ostatnich do wymiaru sprawiedliwości i skłaniając ich do dobrowolnego wykonywania zapadłych w ich sprawach wyroków.

9.2. Liczba i rodzaje

Jeśli chodzi o samą liczbę i rodzaje uzasadnień sądowych, to także i w tym względzie trudno jest krytykować norweskie, a z racji pokrywania się z nimi, również i anglosaskie rozwiązania. Możliwość dostarczenia przez każdego z sędziów orzekających w składzie wieloosobowym odrębnego uzasadnienia wydawanego wyroku tudzież zgłoszenia zdania odrębnego co do takiego wyroku wprost przyczynia się do poznawalności (zrozumiałości) prawa, a na dalszą metę sprzyja także przewidywalności prawa i dyskursywnemu stylowi uzasadnień sądowych²⁷¹.

Rozpoczynając od zachodzącego tu wzrostu dyskursywności, to bierze się on stąd, iż niezgadający się z innymi sędzią, żeby nie zostać uznanym za „odszczepieńca” lub „wywrotowca”, musi swoje odmienne poglądy jako uargumentować i to najlepiej jeszcze w stopniu „lepszem” niż mający wspólne zdanie pozostali. Uczynić to zaś może on tylko przez zastosowanie takiej argumentacji, która będzie w stanie sędziów będących w większości w jakimś wymiarze przekonać (wzmocnić w ich oczach zajmowane przez niego stanowisko). Co więcej, sformułowane już w takim argumentacyjnym stylu zdanie odrębne, tudzież uzasadnienie zbieżne tylko co do wyniku, w pewien sposób będzie się przyczyniać do przeprowadzania przez sędziów bardziej nasączonych argumentami dyskusji w przyszłości. To znaczy, że ilekroć któryś z nich będzie sporządzać jako pierwszy projekt sądowego uzasadnienia, to chcąc, by inni przyłączyli się do tego projektu, będzie się on starał już w jego treści omówić i odeprzeć potencjalne kontrargumenty – być może i paradoksalnie zachęcając tak nie zgadzających się z nim sędziów do wysunięcia innych jeszcze niż wymienione kolejnych argumentów przemawiających za zdaniem tych ostatnich.

Argumentacyjny charakter zdań odrębnych i uzasadnień zbieżnych tylko co do wyniku daje z kolei podmiotom zainteresowanym treścią obowiązującego prawa bezpośredni wgląd w wartości i czynniki, jakie bierze się pod uwagę w adiudykacji, przynajmniej w odczuciu samych sędziów. Stąd też zaznajamiając się z nimi, powinno być można poznać, jak – czy to jako

²⁷¹ Z uprawnieniem do zgłaszania zdań odrębnych wiąże się czasem nawet kwestię sądowej niezależności; zob. M. Kirby, *op. cit.*, s. 4.

strona, czy jako jej pełnomocnik – należy argumentować w postępowaniu sądowym. Ponadto śledząc częstotliwość i zawartość takich zdań i uzasadnień, można próbować przewidywać kierunek, w jakim może podążać przyszłe orzecznictwo sądowe. Tym samym łatwiej powinno być tu też skalkulować ryzyko związane z niedookreślonością prawa i dostosowywać swoje własne działania do tego, czego wymaga prawo.

Oczywiście powyższe nie oznacza, iż daniu sędziom możliwości formułowania zdań odrębnych i uzasadnień zbieżnych tylko co do wyniku nie da się nic zarzucić.

Po pierwsze ukazanie na zewnątrz tego, iż skład orzekający nie był w danej kwestii jednomyślny, powoduje powstanie napięcia w odniesieniu do tego, jak prawo będzie wyglądać w przyszłości, mogąc zaburzać w ten sposób pewność i przewidywalność w systemie (porządku) prawnym.

Po drugie w przypadku jednego wspólnego uzasadniania łatwiej jest zidentyfikować regułę mającą stanowić *ratio decidendi* niż w przypadku uzasadnień zbieżnych tylko co do wyniku, które mogą zawierać różniące się ze sobą propozycje takiej reguły, co sprzyja przejrzystości prawa²⁷².

Po trzecie ukrywanie różnicy zdań w danym sądzie wydaje się gwarantować, że sąd ten będzie odbierany jako jedność (ciało o charakterze jednolitym, a nie konglomerat różnych indywidualiów)²⁷³.

Po czwarte stwarzanie pozoru, iż sędziowie podzielają ten sam pogląd na obowiązujące prawo, będzie służyć postrzeganiu tego prawa jako tworu nieomylnego i w znacznej mierze określonego.

Po piąte, jak wyjaśnia to R.A. Posner, dopuszczenie do zgłaszania zdań odrębnych poprzez drażnienie tych, z których stanowiskiem się nie zgadza, ma móc też prowadzić do pogorszenia się stosunków między sędziami. W szczególności ma ono zagrażać ważnej dla prawidłowego działania sądów „kolegialności”, dla której niezbędne są dobre relacje pomiędzy odznaczającymi się różnymi doświadczeniami i zdolnościami sędziami, którzy ani sami nie dobierają sobie współpracowników, ani nie są wyłanianiani przez jakiegoś stałego „jednolitego” zarządcę, który mógłby ich zmieniać lub zostawiać²⁷⁴.

Wszystkie powyższe zarzuty nie wydają się jednak na tyle silne, by zrezygnować ze sporządzania zdań odrębnych i uzasadnień zbieżnych tylko co do wyniku oraz ujawniania ich treści publiczności. W przeważającej mierze zarzuty te są oparte bowiem na niedającym się zaakceptować założeniu, jakie dopuszcza celowe oszukiwanie członków społeczeństwa w za-

272 Jako kontrargument podnosi się jednak, że jest to iluzoryczne, bo jedno wspólne uzasadnienie mieści w sobie kompromis pomiędzy różnymi zapatrywaniami prawnymi, a kompromis nie zawsze przyczynia się do jasności w prawie. Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 100 i R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 93–95.

273 Por. W.E. Eyben, *The Attitude Towards Judicial Precedent in Danish and Norwegian Courts*, „Scandinavian Studies in Law” t. 3 (1959), s. 84.

274 Zob. R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 32–33; zob. też: M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 58, 62, 201, 202.

kresie tego, co naprawdę wydarzyło się w przy wydawaniu danego wyroku, tudzież przypisuje sędziom tak niską kulturę, iż ta nie pozwala im na spokojne przeprowadzanie merytorycznych dyskusji (argumentowanie) albo na pogodzenie się z faktem odmiennego zdania u któregoś z kolegów/koleżanek.

Bardziej problematyczny pozostaje brak anonimowości po stronie wyroków wydawanych w Królestwie Norwegii. Zasadny wydaje się bowiem postulat, zgodnie z którym zarówno zdania odrębne i uzasadnienia zbieżne co do wyniku a różniące się w prowadzącej do niego argumentacji, jak i uzasadnienia wspólne powinny być anonimowe, tj. nie zawierać nazwisk sędziów, od których pochodzą²⁷⁵. Takie rozwiązanie chroniłoby bowiem członków judykatury przed ewentualnymi bezprawnymi działaniami wymierzonymi w ich stronę przez osoby przegrywające sprawy sądowe lub kibicujące tym osobom grupy interesów tudzież przed innymi jeszcze rodzajami presji zewnętrznej, w tym politycznej. Jakąś jego wadą byłoby natomiast to, że sędziowie w takim układzie rzeczy mogliby się czuć mniej odpowiedzialni za treści wydawanych przez siebie wyroków, a przez to też zajmować mniej przemyślane stanowiska w poszczególnych kwestiach prawnych albo z większą łatwością odstępować od swoich dotychczasowych zapatrywań prawnych²⁷⁶.

9.3. Sposób publikacji i zawartość

W kontekście publikacji wyroków sądowych należy przede wszystkim rozróżnić dwa przypadki. W pierwszym, mniej pożądanym, uzasadnienie sądowe podawane jest przez sędziów tylko ustnie i spisywane przez jakąś inną osobę (czy to prywatną, czy specjalnie dla tego celu w danym sądzie zatrudnioną). W drugim, bardziej pożądanym, uzasadnienie sądowe sporządzane jest na piśmie – ewentualnie przy pomocy asystenta – i podpisywane lub w inny sposób zatwierdzane przez członków lub członka składu orzekającego, zazwyczaj przewodniczącego tego składu.

Jak łatwo zauważyć, w sytuacji, w której ktoś inny aniżeli jego autor utrwała na piśmie treść sądowego uzasadnienia, powstaje znaczne ryzyko przeinaczenia poszczególnych słów i zwrotów, jakich użyto w takim uzasadnieniu. Wówczas szczególnie istotne jest, by sędziowie, najlepiej ci, którzy bezpośrednio uczestniczyli w wydaniu danego wyroku, sprawowali nadzór nad umieszczeniem treści tego wyroku w zbiorze orzeczeń (kontrowersyjna pozostaje tu jednak możliwość czynienia przez takich sędziów poprawek w stosunku do tego, co wcześniej oznajmili oni ustnie). Taki też redagowany, przy współdziałaniu takich sędziów, zbiór orzeczeń powinien mieć pierwszeństwo przed innymi zbiorami orzeczeń tudzież innymi jeszcze źródłami, w których to samo orzeczenie sądowe zostało zreferowane w inny sposób. Można nawet przyjąć rozwiązanie jeszcze bardziej radykalne, w myśl którego tylko na wyroki ujęte

275 Na anonimizację zdania odrębnego i uzasadnienia zbieżnego co do wyniku pozwala np. art. 137 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153, poz. 1270 z późn. zm.).

276 Zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 84.

w takim zbiorze orzeczeń i tylko w takiej treści, jaką mają one w takim zbiorze, wolno się powoływać podczas postępowania przed sądem. Przy tym rozwiązanie takie, wskazując osobom zainteresowanym to, gdzie mają one szukać informacji na temat obowiązującego prawa, będzie sprzyjać zarówno przejrzystości i poznawalności prawa, jak i nie dopuści do powstania ewentualnych sprzeczności w prawie precedensowym danego systemu (porządku) prawnego. Jego mankamentem – poza naruszeniem zasady wolnej konkurencji pośród wydawców zbiorów orzeczeń – jest jednak to, iż do czasu, dopóki dany wyrok nie zostanie zamieszczony w mającym mieć monopol zbiorze orzeczeń, nie staje się on obowiązującym prawem. To zaś prowadzi do powstania dość dziwnego okresu *vacatio legis* i pokrzywdzenia osób, w których sprawach w czasie trwania tego okresu zapadną wyroki sprzeczne z ustanowionym już i być może znanym tym osobom precedensem sądowym.

W przypadku, w którym pisemne uzasadnienia sądowe pochodzą bezpośrednio od będących ich autorami sędziów, ryzyko ewentualnych przekłamań i zniekształceń w ich o opublikowanej treści jest o wiele mniejsze. Tutaj też udział samych sędziów w redakcji poszczególnych orzeczeń mógłby dotyczyć jedynie tezy danego orzeczenia albo jego streszczenia, ewentualnie jakichś innych form skracania lub podsumowywania jego zawartości. Elementy te nie są bowiem powtórzeniem treści wyroku, jaki został faktycznie wydany, lecz w sposób twórczy są dodawane przez redaktora zbioru. Co więcej, w takim przypadku brak jest też uzasadnienia dla wprowadzania ograniczeń co do źródła, z którego ma być cytowany wyrok sądowy w razie chęci powołania się na niego w postępowaniu sądowym. Z uwagi też na to, że nie wymagają tu one dalszej obróbki, orzeczenia sądowe, zwłaszcza te, które zostały wydane w najwyższej instancji, mogą być wówczas udostępniane na oficjalnych stronach internetowych poszczególnych sądów bez obowiązku uiszczenia przez osoby zainteresowane ich zawartością jakiegokolwiek opłaty i to, co szczególnie ważne, zaraz po ich wydaniu: w tym samym lub następnym dniu. W efekcie dostęp do treści prawnych staje się tutaj o wiele łatwiejszy, a przez to również i powszechniejszy. Osoby chcące się dowiedzieć o tym, co jest prawem, mogą bowiem łatwo odszukać mające znaczenie dla ich sytuacji prawnej orzeczenie w Internecie i samemu próbować przewidzieć na jego podstawie mogące w ich sprawie zapaść rozstrzygnięcie sądowe. W dalszej zaś kolejności, nawet bez zasięgnięcia porady u fachowego prawnika, osoby te mogą dobrowolnie zastosować się do wymogów obowiązującego prawa tudzież zawrzeć uzasadnioną w świetle aktualnego stanu orzecznictwa sądowego ugodę.

Gdy chodzi o zawartość orzeczeń publikowanych w ich poszczególnych zbiorach, trzeba zauważyć, iż będzie tu zawsze istniała pokusa „indeksowania”, „tezowania”, „okrajania” tudzież „streszczania” takich orzeczeń – tj. bądź w celu, aby zajmowały one mniej miejsca, bądź w celu uczynienia ich bardziej czytelnymi tudzież łatwiejszymi do wyszukania. Takie zbiegi z jednej strony będą też, skracając czas konieczny na odnalezienie i zaznajomienie się z jego treścią, czynić prawo precedensowe bardziej poznawalnym i przejrzystym, z drugiej zaś – zwłaszcza gdy nie są przeprowadzane przez samych sędziów – będzie się z nimi wiązała

groźba wypaczenia sensu danego precedensu sądowego, a tym samym i uczynienia prawa precedensowego mniej transparentnym i zrozumiałym.

W odniesieniu do elektronicznych baz danych należy się spodziewać, iż poszczególne orzeczenia sądowe – z powodu braku technicznych ograniczeń – będą zamieszczane w tych bazach zawsze w całej swej rozciągłości (wyjątkiem mogą być wyroki wydane dawno temu, których pełna treść może być trudna do pozyskania w celu poddania jej digitalizacji). Przy tym orzeczenia te mogą być tu opatrywane tezą (*ratio decidendi* lub *holding*), krótkim streszczeniem w przedmiocie stanu faktycznego i argumentacji, za pomocą której wykazywano zasadność zapadłego rozstrzygnięcia albo zdań odrębnych, tudzież inną jeszcze informacją, jak np. słowa kluczowe, mającą ułatwić osobom korzystającym z takich baz znalezienie interesujących je precedensów sądowych. *Mutatis mutandis* w stosunku do takich baz danych adekwatne będą więc uwagi poczynione powyżej w przedmiocie zbiorów orzeczeń. Notabene również te zbiory będą dzisiaj coraz częściej wydawane nie w postaci drukowanej (papierowej), lecz elektronicznej²⁷⁷.

9.4. Wyroki sądowe bez uzasadnienia lub pozbawione statusu precedensu sądowego

Dużym problemem dla każdej doktryny precedensu są wyroki bez uzasadnienia oraz orzeczenia, w których treści zaznaczono, iż mają one nie mieć statusu precedensu sądowego.

Powody braku sądowego uzasadnienia mogą być różne. Jak przedstawia to F. Schauer, sędzia, który w sposób ogólny nie wskazał powodów (*reasons*) przemawiających za zasadnością decyzji, jaką podjął, może nie być wcale sędzią niedbałym czy leniwym, ale – z racji tego, że powody te muszą być bardziej ogólne od wyniku sprawy – sędzią, który nie chce się [i innych] wiązać na przyszłość odnośnie do spraw, których wystąpienia nie mógł przewidzieć²⁷⁸. Choć jest to niewątpliwie spostrzeżenie trafne, trzeba tu jednak zaznaczyć, że wyroki bez uzasadnienia zawodzą oczekiwania społeczeństwa w tym względzie, a przede wszystkim stron postępowania, które chcą wiedzieć, co zdecydowało o takim, a nie innym rozstrzygnięciu ich sprawy. Stąd znacznie lepsze niż całkowita rezygnacja z dania uzasadnienia jest poczynienie przez wydającego wyrok sędziego wzmianki, iż przytoczone przez niego argumenty i wywody są zrelatywizowane do stanu faktycznego rozpoznanej sprawy – tj. postąpienie tak jak czyniły to sądy norweskie, gdy podkreślały, iż w żaden sposób nie chcą one przesądzać o tym, jakie

²⁷⁷ Takim zbiorem orzeczeń, jaki wcześniej – do 1 stycznia 2016 r. – wydawany był w formie tzw. zeszytów w wersji drukowanej, a dzisiaj ukazuje się wyłącznie w postaci elektronicznej, jest zbiór pt. „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy”, jaki udostępniany jest na stronie internetowej polskiego Trybunału Konstytucyjnego (zob. art. 115 ust. 1 i 2 Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072) i § 12 Regulaminu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lipca 2017 r. stanowiącego załącznik do Uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie Regulaminu Trybunału Konstytucyjnego (M.P. 2017 poz. 767)).

²⁷⁸ Zob. F. Schauer, *op. cit.*, s. 179–180.

rozstrzygnięcie ma zapaść w sprawie odmiennej od sprawy aktualnie rozpatrzonej (zob. pkt. 3.3.1. rozdziału II niniejszego opracowania).

Na orzeczenia sądowe, w jakich treści wyraźnie zaznaczono, iż nie mają mieć one statusu precedensu sądowego, można się natknąć w Stanach Zjednoczonych. Przy tym skład orzekający wprost oświadcza tu, iż uzasadnienie sentencji wyroku zostało sporządzone tylko na użytek stron postępowania (tzw. *non-opinion*, *noncitable opinion* czy *no-precedential-effect opinion*). Same zaś te orzeczenia dostępne są w formie elektronicznej, a często także publikowane w tzw. Federal Appendix²⁷⁹.

Praktyka wydawania tego typu orzeczeń wzbudziła też w USA pewne kontrowersje. Jeden z federalnych sądów apelacyjnych uznał ją nawet za niezgodną z Konstytucją z powodu, iż – jak to ujął ten sąd – stanowi ona niedopuszczalną abrogację władzy, jaką sądy mają w stosunku do *common law*. Z drugiej jednak strony za dopuszczeniem na gruncie amerykańskim do pozbawiania poszczególnych wyroków statusu precedensu sądowego ma przemawiać nie tylko praktyczna konieczność i efektywność (przy nadmiarze spraw sądowych i przeciążeniu sądów), ale także to, że sędziowie chcą zachować elastyczność w adiudykacji (nie chcą wiązać się na przyszłość) przy jednoczesnym zadośćuczynieniu pragnieniu stron dowiedzenia się o tym, co zdecydowało o takim, a nie innym sposobie rozstrzygnięcia ich sprawy²⁸⁰.

Należy zauważyć, iż co do zasady sądy powinny mieć prawo do nie wiązania się na przyszłość, zwłaszcza w stosunku do spraw, jakich nie są w stanie przewidzieć. W tym celu wystarczające jest jednak oznajmienie przez skład orzekający, iż ogranicza się do rozpoznania zawisłej sprawy, nie przesądzając o tym, jaki wyrok powinien zapaść w sprawie, której okoliczności faktyczne będą inne. Pozbawianie zaś jakiegoś wyroku statusu precedensu sądowego sprawia, iż wyrok ten nie tylko nie posiada ogólnego *ratio*, ale również nie oddziałuje w sposób prawnie wiążący na rozpoznawanie innych spraw drogą analogii. Efekt jego jest zatem o wiele dalej idący niż pozostawienie jakiegoś orzeczenia sądowego bez uzasadnienia. To ostatnie nie zakłada bowiem w sobie tego, że w sprawie z punktu widzenia prawa identycznej ze sprawą precedensową może dojść do wydania odmiennego wyroku. *Ergo*, takie niecytowane precedensy sądowe ewidentnie godzą w zasadę równego traktowania, nie przysparzając prawu ani pewności, ani przewidywalności. Służą natomiast ujmowanej w sposób subiektywny sprawiedliwości, pozwalając jej się realizować za każdym razem, gdy mamy do czynienia ze sprawą danego rodzaju. Stąd też uprawnienie sądów do wydawania wyroków nie będących precedensami sądowymi powinno być ograniczone do materii, w których poszczególne przypadki się ze sobą niemalże z definicji istotnie różnią i każdy z nich jest przez to na swój sposób specyficzny (unikalny).

279 Zob. F. Schauer, *op. cit.*, s. 185–186.

280 Zob. F. Schauer, *op. cit.*, s. 186–187.

10. „Małomówność” ze strony judykatury

Ponieważ o małomówności norweskich sędziów w sensie zwięzłości sporządzanych przez nich uzasadnień sądowych była już mowa w pkt. 9.1. niniejszego rozdziału tego opracowania, tutaj zostanie oceniony jej drugi aspekt. Jak bowiem zostało to w pkt. 1.2. rozdziału II niniejszego opracowania przedstawione, w Norwegii – inaczej niż w Wielkiej Brytanii – nie prowadzono w judykaturze otwartej dyskusji na temat zasad rządzących tamtejszą doktryną precedensu. Tymi zasadami, jeśli już, mieli się zajmować norwescy akademicy, i to jeszcze nie jakoś nad wyraz ochoczo.

Taki też stan rzeczy bez wątpienia należy uznać za wysoce niepożądany. Jest tak tym bardziej z powodu, iż instytucje doktryny precedensu stanowią w Norwegii – zresztą tak samo jak w Zjednoczonym Królestwie – wyłączny wytwór praktyki sądowej. Zarówno w jednym, jak i drugim z tych państw brak jest bowiem jakichkolwiek przepisów prawa stanowionego, które mówiłyby, co przyjmować za *ratio*, a co za *dicta*, który z teoretycznie możliwych modeli precedensu sądowego jest tym właściwym, komu i kiedy wolno sięgać do *distinguishing* i *overruling* itd. Wszystkie zasady składające się na norweską doktrynę precedensu, w tym również samo przypisywanie prawnie wiążącego charakteru wyrokom pochodzącym od norweskiego Sądu Najwyższego, stanowią odbicie pozwalającej się na zewnątrz zaobserwować praktyki sądowej. Tym samym to też dające się uchwycić prawidłowości w zachowaniach norweskich sędziów – i to z sądów różnych instancji – stanowiły świadectwo takiego, a nie innego kształtu tej doktryny i wchodzących w jej skład instytucji. Skoro zaś tak, to unikanie w Norwegii przez członków judykatury wypowiedzi mających na celu wyjaśnienie mechanizmów działania norweskiej doktryny precedensu i rozwiewania wątpliwości narosłych na gruncie tych mechanizmów trudno traktować inaczej niż jako swego rodzaju niekonsekwencję.

Któż bowiem inny niż sami sędziowie miałby się wypowiadać w kwestiach zasad mających rzucić sądowym precedensem. Ustawodawca nie wydaje się tu dobrym podmiotem, z uwagi iż jego aktywność w przedmiocie określania takich zasad mogłaby zostać poczytana jako nieuprawniona ingerencja w wewnętrzne sprawy judykatury. Akademicy z kolei, choć ich roli nie należy bagatelizować, nigdy nie będą w stanie – z racji braku odpowiednich środków – rozstrzygać konkretnych problemów odnośnie do takich zasad w sposób definitywny i wiążący. Bez większego trudu mogliby to natomiast zrobić sami sędziowie, zwłaszcza ci zasiadający w sądzie najwyższej instancji – bądź to przy okazji rozpoznawania poszczególnych spraw sądowych, bądź za pomocą specjalnych składanych poza postępowaniem w takich sprawach oficjalnych oświadczeniach. Takie też wypowiedzi na temat instytucji wiążącego precedensu sądowego, mimo iż na ogół nie będą one stanowić *ratio decidendi*, należałoby traktować jako wiążące – tj. do czasu, do kiedy nie zostaną one zmienione zgodnie z zasadami, według których może odbywać się *overruling*.

Brak z kolei objaśniania zachodzących w ich zakresie niejasności i precyzowania poszczególnych zasad doktryny precedensu może w praktyce okazać się bardzo brzemienny w skutki. Przypadkowość w sięganiu do instytucji *distinguishing* albo *overruling*, zwłaszcza antycypacyjnego, zdolna jest doprowadzić nawet do całkowitego upadku zasady *stare deisis*

lub takiego jej wynaturzenia, iż posiadanie tej zasady stanie się o wiele bardziej szkodliwe niż pożyteczne. To samo dotyczy procesu identyfikacji reguły mającej stanowić *ratio decidendi* – w przypadku którego dodatkowo dochodzi jeszcze ryzyko wydawania w majestacie prawa rażąco niesprawiedliwych lub absurdalnych rozstrzygnięć, np. w efekcie pomyłkowego uznania za wiążące reguł, które naprawdę należały do *obiter dictów*, stanowiąc całkowicie nieprzemyślaną, luźną myśl koncentrującą się na zupełnie innej kwestii prawnej sędziego. Podobnie zresztą rzecz się ma w razie nieumiejętnego i dowolnego korzystania z analogii czy braku jasnych reguł pozwalających na usuwanie sprzeczności między kolidującymi precedensami sądowymi i wywołanego nimi chaosu w precedensowym prawie.

11. Problem samoograniczenia się

Szczególnym problemem, w kontekście funkcjonowania doktryny sądowego precedensu, jest kwestia możliwości samoograniczenia się – tj. przyjęcia czy wypracowania z czasem przez sędziów takich zasad, które potem nie mogą być zmienione tudzież mogą być zmienione, ale tylko aktem władzy ustawodawczej.

Wydaje się mianowicie, że z uwagi na efektywność wymiaru sprawiedliwości i pozycję ustrojową, jaka powinna przypadać judykaturze, nie powinno się dopuszczać możliwości wyzbycia się przez sędziów prawa do kształtowania zasad rządzących doktryną precedensu. W przypadku pozostawienia uprawnienia do korekty takich zasad wyłącznie władzy ustawodawczej mogłoby dojść do sytuacji, w której pewne instytucje wchodzące w skład doktryny precedensu, mimo iż zdaniem sędziów pilnie wymagałyby modyfikacji, nie byłyby zmieniane – np. z powodu problemów z uzyskaniem odpowiedniej większości parlamentarnej. W skrajnych też przypadkach, takich jak istnienie obowiązku po stronie Sądu Najwyższego przestrzegania jego własnych precedensów niezależnie od tego jak bardzo stały się one zdezaktualizowane, który to obowiązek nie mógłby być przez sędziów tego sądu zniesiony, mogłoby tu dochodzić do wyrządzenia rażącej niesprawiedliwości.

12. Deklaratoryjna teoria precedensu sądowego

Z perspektywy obranych na kryteria niniejszej oceny wartości na wyraźną dezaprobatę zasługuje ciesząca się w Norwegii pewnym powodzeniem deklaratoryjna teoria prawa precedensowego²⁸¹. Ukrywanie mającego faktycznie miejsce prawotwórstwa sądowego nie służy bowiem ani transparentności i pewności prawa, ani jego jakości oraz sprawiedliwości.

281 Deklaratoryjną teorię sądowego precedensu można by przy tym przyrównać – jak czyni to L. Morawski – do deklaratoryjnej teorii wykładni prawa. Obu teoriom wspólne jest bowiem założenie, iż prawo nie jest przez sędziów tworzone, a jedynie „odkrywane”. Zob. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, Warszawa 2005, s. 270–271.

Po pierwsze w sytuacji, gdy sędziowie nie przejawiają żadnych wątpliwości co do zasadności wydawanych przez siebie rozstrzygnięć, zawsze utrzymując, iż wydany przez nich wyrok w sposób ścisły wynika z obiektywnie istniejącego prawa, członkowie społeczeństwa mogą nabrać podejrzeń co do rzetelności samej adiudykacji. Wątpliwe dla nich staje się bowiem to, czy zostały uwzględnione wszystkie możliwe do podniesienia w danej sprawie argumenty. Co więcej, w przypadkach, w których prawo wydawało się dwuznaczne lub w których sąd dysponował luzem decyzyjnym, takie deklaratoryjne stwierdzenia mogą prowadzić do wniosku, że będący ich autorami sędziowie są stronniczy lub całkowicie niekompetentni.

Po drugie, co ważniejsze, teoria deklaratoryjna jest jednym z najlepszych środków, jakie umożliwiają unikanie odpowiedzialności za podjęte decyzje sądowe. Jeśli bowiem wyroki sądowe wynikają bezpośrednio z prawa, a nie z wyborów, jakich dopuścili się wydający je sędziowie, to odpowiedzialność powinna spoczywać na prawie, a nie na tych sędziach. Takie zaś wyrosłe na kanwie tej teorii przeświadczenie o braku ponoszenia za nie odpowiedzialności może sprzyjać obieraniu nieprzemyślanych, a przez to i niesprawiedliwych rozstrzygnięć sądowych. Po co bowiem sędzia miałby wyczuć swój umysł, zadając sobie trud dogłębnego przeanalizowania wszystkich prawnych i faktycznych aspektów rozpoznawanej przez siebie sprawy, skoro obojętnie, jaki wyrok wyda, jego decyzja będzie uchodzić za twór stanowiący nieubłaganą konsekwencję obowiązującego prawa. W doktrynie wiążącego precedensu takie mierne (nienależycie rozważone) orzeczenia sądowe to jednak coś znacznie więcej aniżeli szkoda w wymiarze jednostkowym. W związku z przyznaniem im statusu bycia powszechnie wiążącymi, tego typu orzeczenia wprost prowadzą tu bowiem do niższej jakości obowiązującego prawa, co wyrządza szkody na dużo większą skalę aniżeli w przypadku doktryny tylko perswazyjnego precedensu. Teza ta nie stanowi oczywiście zaprzeczenia faktu, iż również w tej ostatniej nagminne wydawanie przez sądy niedostatecznie przemyślanych wyroków może szybko podważyć ogólne zaufanie obywateli do wymiaru sprawiedliwości i prawa jako takiego.

13. Precedens sądowy a prawo stanowione

13.1. Zasada prymatu ustawy nad prawem precedensowym

Nie powinno ulegać wątpliwości, że zgodnie z panującą we współczesnych państwach zasadą podziału władzy parlament (legislatura) powinien móc, w drodze przyjęcia odpowiedniej ustawy, unieważniać dotychczas ustanowione przez sądy precedensy. Inaczej przewaga władzy sądowniczej nad ustawodawczą byłaby na tyle przygniatająca, że ta ostatnia prędzej czy później zostałaby pozbawiona możliwości samodzielnego tworzenia prawa. Nie dość bowiem, że sądy interpretowałyby zapisy przyjętych przez parlament ustaw, nad czym ten ma bardzo niewielką kontrolę (tj. może zrobić niewiele ponad wydanie aktu, który wskazywałby na to, jak należy

rozumieć bądź według jakich zasad powinno się wyklądać postanowienia ustawowe)²⁸², to w dodatku raz przez nie ustanowiony w danej materii precedens sądowy pozostawałby dla tego ostatniego po wsze czasy niewzruszalnym. Przy tym brak możliwości wzruszenia – przy całkowitym odrzuceniu zasady prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym – dotyczyłby zarówno tych precedensów sądowych, które zostały ustanowione w materiach nieobjętych zakresem normowania żadnej ustawy, jak i tych, które zawierają w sobie sądową interpretację jakiegoś przepisu znajdującego się w ustawie. W rezultacie wraz z ustanowieniem każdego nowego precedensu sądowego ustawodawca, praktycznie nie mogąc przyjmować sprzecznych z nim aktów prawnych, stawałby się coraz bardziej w swej prawotwórczej kompetencji ograniczony. W pewnym momencie mógłby zaś tę kompetencję utracić nawet do tego stopnia, że nie byłby w stanie przyjąć żadnej ustawy, jaka by kompleksowo regulowała – zgodnie z jego wizją – jakiś większy wycinek stosunków społecznych. W takim układzie rzeczy równowaga władzy sądowej i ustawodawczej, rozumiana jako wzajemne poszanowanie i uzupełnianie się tych władz, zostałaby też całkowicie zaburzona.

Należy tu jednak zaznaczyć, iż zasada prymatu prawa stanowionego nad prawem precedensowym doznaje znacznego zachwiania w przypadku prawa konstytucyjnego, którego źródłem jest mająca pierwszeństwo nad prawem ustawowym formalna pisana konstytucja. Precedensy sądowe ustanowione w takim prawie konstytucyjnym, mające „zakotwiczenie” w takiej konstytucji, muszą być bowiem unieważnione na drodze ustawy o zmianie samej konstytucji – co w konsekwencji sprawia, iż władza ustawodawcza zostaje tu praktycznie podporządkowana władzy sądowniczej. Ta pierwsza ma bowiem z reguły bardzo trudno – z powodu braku odpowiedniej większości parlamentarnej – dokonywać zmian w pisanej konstytucji, do modyfikacji treści której potrzeba często większości 2/3 oddanych głosów lub jeszcze większej. Po drugie, co może być nawet jeszcze bardziej istotne, eliminowaniu precedensów sądowych w prawie konstytucyjnym stoi na przeszkodzie wysoki stopień ogólności konstytucyjnych postanowień. Sprawia on bowiem, że zapisy konstytucyjne może być nieraz ciężko przeformułować tak, aby jednoznacznie wskazywały one na to, iż dany precedens sądowy ma utracić swoje obowiązywanie (nie ma też żadnej gwarancji, iż po wprowadzeniu zmian w dotychczasowej treści pisanej konstytucji sąd nie zinterpretuje nowo przyjętych postanowień tak, by dalej orzekać w sposób identyczny jak poprzednio).

Analogicznie rzecz się ma, jeśli chodzi o bezpośrednio stosowalne w porządku wewnętrznym umowy międzynarodowe, w przypadku których, by zmienić precedensy, jakie zostały ustanowione w wyniku sądowej interpretacji postanowień takich umów, trzeba by dokonać modyfikacji samych tych umów.

282 Dobrze odzwierciedla ten problem pogląd Lorda Reida wyrażony w sprawie *Nash v. Tamplin & Sons Brewery Brighton Ltd.* [1952], zgodnie z którym *ratio decidendi* danego precedensu sądowego musi mieć zastosowanie w każdej sprawie nim objętej, w której tego precedensu nie da się „rozsądnie” wyróżnić, niezależnie od tego, jak trudno jest je pogodzić z postanowieniami ustawy lub ogólnymi zasadami – zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 32–33.

W świetle przeprowadzonej powyżej argumentacji, by nie uczynić fikcji z zasady podziału władzy, legislatura powinna posiadać jakąś, choćby wyjątkową i obwarowaną szczególną procedurą, możliwość unieważnienia również tych precedensów sądowych, które za swoją podstawę mają zapisy pisanej konstytucji lub umów międzynarodowych. Mogłoby się to odbywać zwłaszcza drogą przyjęcia specjalnej ustawy o uchyleniu sądowego precedensu konstytucyjnego lub interpretującego umowę międzynarodową.

Przy omawianiu zasady prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym warto dodać, iż zgodnie z tą zasadą o derogacji możemy mówić wtedy, gdy nowa ustawa obejmuje swoim zakresem przedmiotowym te same kwestie prawne, które wcześniej były uregulowane precedensem sądowym. Problem pojawia się ilekroć nowo uchwalone prawo stanowiące pod względem merytorycznym niczym nie różni się od tego, co wcześniej nakazywało prawo precedensowe. Taką decyzję ustawodawcy należałoby bowiem postrzegać nie jako derogację, lecz wręcz odwrotnie, jako wzmocnienie dotychczasowego precedensu(ów) sądowego(ych) – co prawda może nie gdy chodzi o samo jego *ratio*, bo je zastąpił identycznie z nim brzmiący przepis ustawy, ale np. w zakresie wartości, argumentów czy teorii (doktryn), jakie zostały podane na uzasadnienie zasadności tego *ratio*.

Szczególnym przypadkiem takiego wzmocnienia precedensowego prawa jest tworzenie na drodze ustawodawczej na jego podstawie inkorporacji. W Norwegii dokonywało się to poprzez wyraźne zaznaczenie, iż zamiarem projektodawców nie jest wprowadzanie przez daną ustawę jakichś zmian w aktualnie obowiązującym prawie, a jedynie potwierdzenie (sformalizowanie) zastanej praktyki sądowej. Taka jawna inkorporacja ma przy tym dwie zalety. Po pierwsze usuwa się nią wątpliwości odnośnie do tego, czy ustawodawca miał zamiar tylko potwierdzić i tym samym dodatkowo wzmocnić dotychczasowe precedensy sądowe, czy też odwrotnie, chciał te precedensy unieważnić, by zastąpić je nowymi treściami. Po drugie systematyzuje ona w jednym miejscu rozsiane po wielu orzeczeniach sądowych reguły prawne, co znacznie ułatwia później pracę zarówno sędziom i pozostałym prawnikom, jak i innym osobom zainteresowanym treścią obowiązującego prawa. Od momentu jej poczynienia nie muszą oni już bowiem za każdym razem wyszukiwać i cytować znajdujących się w wielu orzeczeniach i ustanowionych w różnym czasie *rationes*. W konsekwencji wzmocniona zostaje tu przejrzystość, a za nią i poznawalność prawa. Taka jawna inkorporacja prawa precedensowego do prawa ustawowego ma jednak i pewną wadę. W jej wyniku sądy zdają się bowiem tracić prawo do zmiany objętych nią precedensów sądowych. Stąd lepszym rozwiązaniem jawi się dokonywanie zgrupowania i usystematyzowania będących w mocy precedensowych wyroków (ich *rationes*) przez odpowiedni panel sądu, który te precedensy ustanowił, lub sądu nad nim przełożonego²⁸³.

283 Takie rozwiązanie ma być stosowane w Sądzie Apelacyjnym Anglii i Walii – zob. J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 173.

Na marginesie warto tu też wspomnieć o stosunku prawa precedensowego do prawa zwyczajowego²⁸⁴. Jak się mianowicie wydaje, nawet w razie uznawania zwyczajów za prawo, powinno się pozwolić Sądowi Najwyższemu na odejście od nich, ilekroć są one „przestarzałe”, niesprawiedliwe lub nierozsądne. W przeciwnym bowiem razie mogło by dojść do skostnienia czy wręcz zmurszenia prawa, które nikomu nie służy (ani społeczeństwu, ani państwu, ani gospodarce). Trzeba jednak dodać, iż zwyczaje, jakie postrzegane są jako obowiązujące prawo, na ogół zdają się być słuszne i sensowne. Wszak pochodzą one od samych adresatów prawa, a ci powinni wypracowywać dla siebie takie reguły prawne, jakie czynią zadość ich interesom. Trudno zakładać, aby ci adresaci sami sobie – tym bardziej jeszcze nagminnie – szkodzili. Problem pojawia się tu głównie dopiero wtedy, gdy dojdzie do dezaktualizacji jakiegoś zwyczaju, a powszechne przekonanie o jego mocy wiążącej nie pozwala od niego w praktyce odstąpić – co w ekstremalnych przypadkach może prowadzić do multiplikowania nawet ewidentnej niesprawiedliwości.

13.2. „Zakotwiczenie” precedensu sądowego w przepisie ustawy

Z punktu widzenia państwa prawa żadnej dyskusji wydaje się nie podlegać występujący w Norwegii obowiązek wskazania konkretnego przepisu prawa ustawowego jako podstawy prawnej dla wydania wyroku, na mocy którego nastąpiło skazanie – tj. w przypadku gdy nastąpiło orzeczenie kary za popełnienie czynu zabronionego pod sankcją karną. Obowiązek taki stanowi bezpośrednią realizację zasady *nullum crimen sine lege* i zasady *nulla poena sine lege*, w myśl których nie może być mowy o przestępstwie lub karze w sytuacji, gdy nie zostały one przewidziane w prawie ustawowym. To samo dotyczy typowej dla prawa karnego reguły, iż to, co nie jest zabronione, jest dozwolone, a ściślej mówiąc nie podlegające sankcji karnej. Odmienne rozwiązanie przewidujące po stronie sądów uprawnienie do kreowania przez nie nowych, dotychczas nieznanych czynów, za które grozi kara w prawie karnym, prowadziłyby do obniżenia pewności tego prawa, a przez to i osłabienia zaufania obywateli do państwa i wymiaru sprawiedliwości. W takim stanie rzeczy ci ostatni nie mieliby bowiem faktycznej możliwości zastosowania się do wymogów stawianych im przez prawo karne z tej prostej przyczyny, że ich by, aż do chwili wydania wyroku w sprawie, jaka dotyczy ich postępowania, po prostu nie znali. Przy tym najbardziej jaskrawe byłoby to w tych rodzajach nowo kreowanych przestępstw, na które składają się czyny moralnie nienaganne, tj. takie, które w poczuciu społeczeństwa nie są powszechnie postrzegane jako zdecydowanie godne potępienia.

W przypadku zachowań z moralnego punktu widzenia w sposób oczywisty nieakceptowalnych można by bowiem próbować bronić tezy, iż osoba, która się ich dopuszcza, powinna się liczyć z groźbą poniesienia kary nawet wtedy, gdy zachowania te nie zostały jeszcze w wy-

284 Odnośnie do Wielkiej Brytanii zob.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 196–197; R. Cross, *op. cit.*, s. 155–162, R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 167–172; zob. też: N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 8–9 wraz z przypisem nr 23 na s. 9.

rażny sposób prawem zakazane. Co więcej, można się tu posunąć jeszcze dalej, twierdząc, że taka osoba nie tylko zasługuje na karę, ale na karę surowszą, ilekroć tylko udowodnione jej zostanie, iż umyślnie chciała ona wykorzystać lukę w prawie, by móc czynić zło. Idąc tym tokiem rozumowania, mielibyśmy też do czynienia nie z konfliktem, ale ze zbiegiem sprawiedliwości i pewności prawa. Skoro bowiem ktoś wie, że sędziowie, wydając wyroki w sprawach karnych, kierują się nie tylko zapisami prawa stanowionego, ale także powszechną oceną w zakresie tego, co jest moralnie wysoce niepożądane, to tym samym nie będzie dla niego żadnym zaskoczeniem, że i w jego sprawie tak właśnie postąpili. Wprost przeciwnie będzie mu się to jawić jako nieuchronna konsekwencja jego własnego postępowania.

Jako kontrargument należy tu jednak podnieść, że ustalenie w praktyce ponad wszelką wątpliwość tego, co jest, a co nie jest oczywiście naganne z punktu widzenia danej moralności może się często okazać zadaniem niezmiernie trudnym, jeśli nie niewykonalnym. Ryzyko zaś nawet niewielkich pomyłek w tym względzie ze strony władzy sądowniczej wydaje się w prawie karnym trudne do przyjęcia, w szczególności zważywszy, iż decyduje się tutaj o najdalej idących i najbardziej dotkliwych dla ludzi sankcjach. Stąd też sugerowana wyżej koncesja na rzecz sprawiedliwości nawet przy nieznacznym zachwianiu pewnością prawa nie wydaje się możliwa do pogodzenia z ideą rządów państwa prawa i trzeba z nią bardzo uważać. Inaczej rzecz ma się z rozstrzygnięciami zapadającymi na korzyść oskarżonego. W ich przypadku nie ma już bowiem przeszkód, by sąd, ilekroć uważa to za słuszne, nie mógł orzekać w tym kierunku również wtedy, kiedy brak mu wyraźnej postawy w prawie ustawowym, byle tylko nie odbywało się to wbrew temu prawu.

Będąc przy wymogu wskazania przepisu ustawy jako podstawy prawnej uzasadniającej skazanie, należy jeszcze dodać, iż powinien być to przepis na tyle dookreślony, by nie pozostawiał sędziemu zbyt wiele swobody przy jego interpretacji. W przeciwnym bowiem razie zbliżymy się do skrytykowanej powyżej sytuacji, w której nałożenie sankcji karnej zależało od kreatywności sędziego, a nie ustawodawcy. Dotyczy to w szczególności takich przepisów, które są na tyle ogólne, iż w zależności od preferowanych ocen i wartości można pod nie podciągać, a zarazem spod nich wykluczać całe rzesze przeróżnych, podobnych do siebie i krańcowo odmiennych, stanów faktycznych.

Szczególnym przypadkiem wydaje się natomiast możliwość definiowania czynów zabronionych w treści *obiter dicta* ze skutkiem wyłącznie na przyszłość, ewentualnie jeszcze za pośrednictwem wyłącznie prospektywnego *overruling*. W takim bowiem razie zasada *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege* nie doznałyby uszczerbku. Względy takie jak przejrzystość i poznawalność prawa karnego przemawiają jednak za tym, by rodzaje czynów podlegających sankcji karnej były zamieszczone w jednym miejscu, tj. w odpowiedniej ustawie (kodeksie). Ewentualnie – chcąc dopuścić możliwość, o której mowa na początku tego akapitu – rolę takiej ustawy mógłby pełnić akt wydawany i na bieżąco aktualizowany przez sędziów, o którym wszyscy by wiedzieli i do którego wszyscy mieliby zapewniony łatwy i bezpłatny dostęp.

Przechodząc na grunt prawa cywilnego, trzeba zauważyć, że również tutaj norweskie rozwiązanie, niewymagające tym razem szukania dla precedensu sądowego oparcia w jakimś przepisie prawa stanowionego, wydaje się optymalnym. Wymusza je bowiem już sama natura spraw zaliczanych do materii cywilnoprawnych. To znaczy, że w prawie prywatnym spotykamy się z tak niesamowicie wielką liczbą potencjalnych konfiguracji, iż nie da się ich nijak z góry przewidzieć, a tym bardziej jednoznacznie unormować. Co więcej, do regulowania takich mogących wystąpić w życiu stanów faktycznych nie nadaje się w tym prawie typowa dla prawa karnego metoda tzw. regulacji negatywnej, zgodnie z którą to, co nie jest zakazane, uznaje się za dozwolone, i która czyni to prawo kompletnym (zamkniętym). W prawie cywilnym chodzi bowiem nie o proste określenie czynów, za które ktoś może, lub nie, ponieść jakąś karę, ale o przyznanie pierwszeństwa któremuś ze ścierających się interesów, o odpowiednie ukształtowanie stosunków społecznych, o stworzenie podstaw do należytego rozwoju gospodarczego, o ochronę podmiotu słabszego przed dyktatem podmiotu silniejszego itd. Przy tym sędziemu nie wolno tutaj stwierdzić, iż brak wyraźnego unormowania jakiejś kwestii przez prawo stanowione powoduje, że kwestia ta jest prawnie nieuregulowana tudzież prawnie obojętna (indyferentna), by w ten sposób zwolnić się z obowiązku rozpoznania przedłożonej mu sprawy albo rozstrzygnąć tę sprawę na tej podstawie odmownie.

Co też przy tym znamienne, tworzenie w prawie cywilnym kazuistycznych regulacji prawnych sprawia, iż z czasem stają się one zbyt obszerne, by dać się później w praktyce prawidłowo stosować. Powstają poważne problemy z ich zapamiętaniem i należyтым opanowaniem, co ma bezpośrednie przełożenie na przejrzystość i poznawalność prawa. Co więcej, nawet najbardziej kazuistyczne zbiory przepisów nigdy nie będą tu kompletne. Określenie z góry wszystkich możliwych do wystąpienia w życiu stanów faktycznych, jakie są objęte przedmiotem prawa cywilnego, jest bowiem zadaniem niewykonalnym. Jest tak choćby tylko dlatego, iż nie sposób przewidzieć kierunku postępu technicznego i rozwoju wiedzy, które pociągają za sobą szereg nowych problemów, jakich ludzkość dotychczas nie znała – czego ogólnie dobrym przykładem są tzw. problemy bioetyczne. W związku z tym niezależne od tego, jak bardzo by się prawodawca nie starał, zawsze będzie istnieć potencjalna możliwość zdezaktualizowania się danego przepisu tudzież wystąpienia sytuacji, jaka nie będzie żadnym szczegółowym przepisem uregulowana. To zaś oznacza w praktyce konieczność sięgania do analogi *contra* i *extra legem*, ewentualnie do analogi *iuris* tudzież korzystania przez sędziego z innych mniej formalnych rozważań.

Zamieszczanie z kolei w aktach prawnych postanowień pojemnych, ale zarazem bardzo ogólnych, nieposiadających sprecyzowanej treści z praktycznego punktu widzenia będzie równoznaczne z przyznaniem sędziom sporej dozy dyskrekcji w orzekaniu. Wskazywanie na takie postanowienia jako podstawę prawną wydawanego wyroku już z samego założenia stanowi czystą fikcję, ponieważ to przecież nie zawartość tych postanowień, ale wola i poglądy sędziego *de facto* decydują w ich przypadku o takim, a nie innym sposobie rozstrzygnięcia

zawisłej sprawy. Stąd też zmuszanie sędziów do powoływania się na niedookreślony, ogólny, pozbawiony konkretnej treści przepis prawa stanowionego wydaje się czymś sztucznym i wprowadzającym społeczeństwo w błąd. Taka praktyka stwarza bowiem łatwy do zdemaskowania pozór, iż to nie sędzia, ale ktoś inny (ustawodawca) doprowadził do wydania wyroku w konkretnym przypadku – pozór, który może rodzić, i pewnie nieraz faktycznie rodzi, u strony przegrywającej proces sądowy poczucie krzywdy oraz przeświadczenie o stronniczości i arbitralności orzekającego w jej sprawie sędziego. Jedynym plusem takiej praktyki jest взгляд na kwestie systematyzacji orzeczeń sądowych. To znaczy, że, przynajmniej *prima facie*, łatwiej będzie znaleźć precedens sądowy w interesującej nas kwestii prawnej wówczas, gdy będzie on „podpięty” pod jakiś przepis prawa stanowionego, niż gdyby przyszło nam szukać go w całej masie wszystkich dotychczas zapadłych precedensowych orzeczeń.

Konkludując, najlepszym rozwiązaniem wydaje się, aby w materiałach prawa cywilnego, inaczej niż w materiałach prawnokarnych, sędziowie mogli wydawać nie tylko wyroki mające oparcie w jakichś – czy to szczegółowych, czy ogólnych – przepisach prawa, ale również takie, których podstawą są ich własne przemyślenia tudzież zrodzone z takich przemyśleń i jak dotąd nieunieważnione precedensy sądowe.

W odniesieniu do pozostałych dziedzin prawa, jak np. prawo administracyjne, prawo podatkowe, prawo pracy, prawo autorskie i prawo wynalazcze czy prawo spółek, należałoby, kierując się stopniem ich podobieństwa do prawa cywilnego oraz karnego, przyjąć analogiczne jak w tych dwóch ostatnich rozwiązanie. Przykładowo więc w prawie podatkowym i administracyjnym sądy byłyby pozbawione możliwości wydawania wyroków na niekorzyść podatników/obywateli, ilekroć te nie znajdowałyby swojego oparcia w treści przepisów prawa stanowionego. Z kolei w prawie spółek czy prawie autorskim możliwe byłyby nawet takie rozstrzygnięcia sądowe, dla których brak byłoby jakiegokolwiek zaczepienia w prawie ustawowym.

14. Pominięcie postępowania przed sądem drugiej instancji

Dość interesującym rozwiązaniem jawi się występująca w Norwegii możliwość wniesienia apelacji (kasacji) od wyroku sądu pierwszej instancji bezpośrednio do Sądu Najwyższego. Jak zostało to w pkt. 11.1. rozdziału II niniejszego opracowania zaznaczone, zachodziła ona tylko w przypadku kwestii prawnych o charakterze zasadniczym, wymagających bezzwłocznego ustosunkowania się do nich ze strony sądu najwyższej instancji tudzież spraw, których znaczenie „wykracza poza nie same”, bądź takich, co do których jest szczególnie ważne, aby zostały one rozpoznane szybko. Ponadto pominięcie postępowania przed sądem drugiej instancji nie powinno się też móc tu odbywać ze szkodą dla prawidłowego rozpatrzenia obecnego przypadku.

Jeśli chodzi o zalety takiego rozwiązania, to przede wszystkim wnoszenie apelacji (kasacji) z pominięciem postępowania przed sądem apelacyjnym znacznie skraca czas postępowania sądowego, zapewniając stronom o wiele szybsze aniżeli w normalnym toku instancji uzyskanie

ostatecznego rozstrzygnięcia. Tym samym zmniejszeniu ulegają tu też opłaty sądowe i koszty zastępstwa procesowego. Ponadto również inne osoby, które są zainteresowane występującą w tak skróconym postępowaniu kwestią prawną, prędzej dowiadują się o definitywnym sposobie autorytatywnego rozstrzygnięcia tej kwestii, co automatycznie pozwala im na szybsze dostosowanie się do wymogów obowiązującego prawa. Poza tym wprowadzenie takiej przyspieszonej procedury powinno się przekładać na mniejszą liczbę przypadków, w których sąd apelacyjny musi rozważać zasadność skorzystania z instytucji antycypacyjnego *overruling*, i tym samym pokazywać adresatom prawa, że zasada *stare decisis* nie jest tak mocna, jakby się mogło to wydawać.

Jako stronę ujemną możliwości odwoływania się wprost do Sądu Najwyższego od wyroku wydanego przez sąd pierwszej instancji należy natomiast podnieść to, iż możliwość taka może prowadzić do zarzucenia Sądu Najwyższego natłokiem spraw, grożąc mu z tego powodu paraliżem. Trzeba mieć także na uwadze, iż w postępowaniu przed sądem najwyższej instancji z reguły nie można skarżyć już się na nieprawidłowości w przedmiocie kwestii faktycznych, jest to bowiem na ogół tzw. sąd prawa, a nie faktu. W rezultacie osoby, których sprawa trafiła od razu do Sądu Najwyższego, zostaną pozbawione możliwości wnoszenia zarzutów co do ustaleń poczynionych przez sąd pierwszej instancji w zakresie przeprowadzonych dowodów i ich oceny, które to zarzuty mogłyby zostać podniesione w postępowaniu przed sądem apelacyjnym. Stąd należałoby postulować, aby takie odwoływanie się do Sądu Najwyższego z pominięciem postępowania przed sądem drugiej instancji miało miejsce tylko w tych sprawach, w których stan faktyczny jest bądź nieskomplikowany, bądź strony nie uważają go za sporny, kwestionując wyłącznie treść mającego mieć zastosowanie w ich przypadku prawa. Tak też zresztą rozumieć by chyba właśnie należało stawiany w Norwegii wymóg, by rozpoznanie danej sprawy przez Sąd Najwyższy z pominięciem postępowania w drugiej instancji nie było ze szkodą dla tej sprawy. Nieco mniejszą niedogodność stanowi tu natomiast pozbawienie sędziów sądu najwyższej instancji możliwości zapoznania się z argumentami (opinią) sądu apelacyjnego, który traci możliwość wypowiedzenia się w skierowanej bezpośrednio do Sądu Najwyższego sprawie i poddania tej sprawy swojej własnej analizie. Z racji choćby zazwyczaj większego doświadczenia zawodowego osób wydających wyroki w drugiej instancji, ich zdanie powinno stanowić lepszy punkt wyjścia do prowadzenia dalszych rozważań, aniżeli dysponowanie wyłącznie stanowiskiem sędziego/sędziów z sądu pierwszej instancji.

15. Sąd Najwyższy jako sąd nie tylko „precedensowy”

Norweski Sąd Najwyższy nie był sądem *stricte* precedensowym w tym znaczeniu, iż jego aktywność nie ograniczała się jedynie do rozpoznawania spraw, w których rozważa się unieważnienie dotychczasowego lub ustanowienie nowego precedensu sądowego tudzież w których zachodzi konieczność zastosowanie takiego precedensu, z racji iż nie zrobił tego sąd niższej

instancji. Przesłanką dla przyjęcia przez niego do rozpoznania apelacji (kasacji) był mianowicie nie tylko precedensowy charakter danej sprawy (znaczne wykraczanie poza nią samą), ale również zaistnienie innych, bliżej niesprecyzowanych, ważnych tudzież szczególnie ważnych powodów. Ponadto częstotliwość, z jaką w praktyce orzekał norweski Sąd Najwyższy, była wystarczająco wysoka, ażeby móc go uznać za w pewnym sensie sąd trzeciej instancji.

Takie rozwiązanie wydaje się po raz kolejny stanowić trudny do przecenienia kompromis, który godzi w sobie aż cztery istotne wartości: a) wysoką jakość po stronie tworzonego przez sędziów prawa; b) zapobieganie nadmiarowi precedensowych wyroków; c) zapewnienie prawu możliwości ciągłego rozwoju; d) osiągnięcie sprawiedliwości.

Nazbyt częste orzekanie przez Sąd Najwyższy powodowałoby bowiem, że zasiadający w tym sądzie sędziowie nie mogliby poświęcić trafiającym do tego sądu sprawom odpowiedniej ilości czasu. W efekcie, pomijając już krzywdę wyrządzaną z tego powodu występującym w tych sprawach stronom, mieliby też oni trudno dobrze przemyśleć treść ustanawianych przez siebie precedensów, a przez to i zapewnić sądowemu prawu oczekiwaną po jego stronie formalną i merytoryczną poprawność. Poza tym – nawet w razie zwiększenia w Sądzie Najwyższym liczby sędziów do rozmiarów pozwalających na zapobieżenie tym zagrożeniem – bardzo częste wydawanie wyroków przez ten sąd nieuchronnie prowadziłyby do powstania nadmiernej liczby precedensów sądowych i tym samym braku przejrzystości prawa. Z kolei bardzo rzadkie wydawanie wyroków przez sąd najwyższej instancji mogłoby stanowić przeszkodę dla rozwoju prawa i utrudniać dostosowywanie go do bieżących potrzeb społecznych (gospodarczych, politycznych). Ponadto im rzadziej orzekałby ten sąd, tym mniej miałby on okazji do usunięcia drogą ustanowienia odpowiedniego precedensu sądowego narosłych na tle prawnym niejasności i korekcji wcześniej popełnionych przez siebie błędów – w szczególności przy ścisłym trzymaniu się podziału na niewiążące *obiter dicta* i wiążące *ratio decidendi*.

Do powyżej zasygnalizowanych problemów dodatkowo dochodzi jeszcze kwestia sprawiedliwości. Mianowicie jeśli do Sądu Najwyższego można by się było zwrócić tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z precedensowym znaczeniem sprawy, oznaczałoby to, że w mocy musiałyby nieraz pozostać decyzje jawnie niesprawiedliwe i w oczywisty sposób naruszające prawo. Zarówno bowiem niesłuszność danego rozstrzygnięcia, jak i pogwałcenie jego wydaniem obowiązującego prawa nie zawsze będzie się pokrywać z koniecznością ustanowienia nowego lub unieważnienia dotychczasowego precedensu sądowego. Co więcej, przy takim ograniczeniu dla wnoszenia kasacji w mocy musiałyby także zostać – jak się wydaje – utrzymane takie decyzje sądów apelacyjnych, które podjęto wbrew wiążącym te sądy precedensom Sądu Najwyższego²⁸⁵.

285 By zapobiec tej ostatniej sytuacji, wśród podstaw dla wniesienia kasacji do sądu najwyższej instancji powinno się znaleźć naruszenie prawa precedensowego, jakie jest tworzone przez ten sąd. Przykładem istnienia takiego rozwiązania są Niemcy i Hiszpania. W tych pierwszych jedną z przyczyn uzasadniających odwołanie się do któregoś z federalnych sądów najwyższych jest właśnie niezastosowanie się przez sąd, którego wyrok się kwestionuje, do precedensu odpowied-

Stąd też norweskie rozwiązanie przewidujące możliwość przyjęcia do rozpoznania apelacji (kasacji) również z innych przyczyn niż precedensowy charakter obecnie rozpoznawanej sprawy wydaje się po raz kolejny jak najbardziej trafionym. Jest tak jednak z tym zastrzeżeniem, że to od samego Sądu Najwyższego będzie tu zależało, czy w praktyce uda mu się nie sprawić wrażenia stronniczości i arbitralności w kontekście dokonywanej przez niego selekcji spraw, jakie uzna on za godne zajęcia się nimi przez niego – tj. w kontekście oceniania przez niego stopnia niesprawiedliwości (niezgodności z prawem) wyroku, od którego złożono do niego odwołanie²⁸⁶.

16. Podsumowanie wyników dotychczas przeprowadzonej oceny

Podsumowując rozważania z punktów poprzednich, wypada zauważyć, iż większość rozwiązań norweskiej doktryny precedensu przeszła ocenę pod kątem kryteriów obranych w pkt. 1.2. niniejszego rozdziału tego opracowania z wynikiem pozytywnym. Wśród nich były jednak

niego Federalnego Sądu Najwyższego, Wspólnego Panelu Federalnych Sądów Najwyższych lub Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (zob. R. Alexy i R. Dreier, *op. cit.*, s. 19, 38, 57). Z kolei w Hiszpanii pełnoprawną podstawę kasacji może stanowić zlekceważenie przez sąd, od którego wyroku ma być ona wniesiona, tzw. jurysprudencji (określanej również nazwą: doktryna prawnicza), pod którym to pojęciem rozumie się w tym kraju co najmniej dwa treściowo zbieżne orzeczenia Sądu Najwyższego. Podstawa ta nie wchodzi jednak w rachubę w dziedzinach prawa karnego, gdzie skargę kasacyjną wolno oprzeć w Hiszpanii wyłącznie na zarzucie naruszenia prawa, a nie poglądów judykatury (zob. A.R. Miguel i F.J. Laporta, *Precedent in Spain*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 273–274, 276). Będąc przy Hiszpanii, warto też nadmienić, iż skarga konstytucyjna może zostać tam odrzucona bez jakiegokolwiek dodatkowego uzasadnienia, gdy za jej negatywnym rozpatrzeniem przemawia treść któregoś z poprzednich wyroków tamtejszego Trybunału Konstytucyjnego. W takim jednak przypadku hiszpański Trybunał Konstytucyjny obowiązany jest wskazać, który lub które dokładnie z jego wcześniejszych orzeczeń stanowiły powód negatywnego rozpatrzenia takiej skargi, a trzyosobowy panel tego trybunału, jaki podejmuje tutaj decyzję, musi być co do takiego sposobu jej rozpoznania jednomyślny. Analogiczna zresztą reguła funkcjonuje w hiszpańskim prawie karnym. To znaczy, że kasacja w tym prawie może zostać odrzucona również na tej podstawie, że sprawa obecna jest zasadniczo podobna do spraw, w jakich już uprzednio skargi kasacyjne zostały oddalone (zob. A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 263).

Jeszcze innym niż powyższe, również spotykanym w praktyce (np. w przypadku polskich wojewódzkich sądów administracyjnych – zob. art. 269 § 1 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153, poz. 1270 z późn. zm.)), narzędziem do zapobiegania naruszaniu prawa precedensowego po stronie sądów niższej instancji jest nałożenie na te sądy obowiązku zwrócenia się (przekazania sprawy) do sądu nad nimi przełożonego, ilekroć nie chcą się one zastosować do ustanowionych przez ten sąd precedensów.

286 Notabene odmówienie przez Sąd Najwyższy przyjęcia do rozpoznania danej sprawy – choć nie stanowi ono wiążącego precedensu sądowego – można odczytywać na różne sposoby, np. a) jako chęć, by dany rodzaj spraw był dłużej rozpoznawany w sposób ostateczny w sądach niższej instancji („parzył się w nich”); b) jako unikanie zajęcia w danej kwestii prawnej stanowiska tak długo, jak jest to tylko możliwe; c) jako uznanie, iż rozwiązanie innych problemów prawnych przez sąd najwyższej instancji jest bardziej pilnego, d) jako wola zajęcia się wprawdzie innymi przypadkami z zakresu poruszonego w odwołaniu problemu prawnego. Wyrażenie zaś zgody przez Sąd Najwyższy na przyjęcie przez niego do rozpoznania danej sprawy może być pochytywane jako wskazówka odnośnie do tego nad czym, stanami faktycznymi ocierającymi się o jakie zagadnienia prawne, sąd ten pragnie pochylić się w przyszłości (jako zachęta do wnoszenia do niego apelacji/kasacji w sprawach określonego rodzaju). Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 154.

też i takie, które po ich analizie doczekały się wniosków przeciwnych. Poza tym aktualny kształt niektórych z norweskich instytucji co do zasady ocenionych dodatnio wymagał pewnych „ulepszeń” tudzież „uściśleń”, od wprowadzenia których uzależniona była optymalność tych instytucji.

Jeśli chodzi o rozwiązania, które otrzymały notę wyraźnie wysoką, to na pierwszym miejscu trzeba wymienić prawnie wiążący charakter norweskich orzeczeń sądowych w połączeniu z ograniczeniem go tylko do wyroków pochodzących od tutejszego Sądu Najwyższego. Podstawową zaletę takiego okrojonego zakresu podmiotowego zasady *stare decisis* stanowiła gwarancja pewności prawa bez konieczności ujmowania prawu przejrzystości oraz jednolitości w jego interpretacji i stosowaniu. Miejsce drugie należałoby tu z kolei zarezerwować dla koegzystencji w Norwegii dwóch zasadniczych ujęć istoty sądowego precedensu, czyli modelu precedensu sądowego z reguł oraz modelu precedensu sądowego z analogii. Pierwszy z tych modeli zapewniał mianowicie pewność i przewidywalność prawa, drugi zaś skutecznie zapobiegał absurdalności i niesprawiedliwości związanej z „mechanicznym stosowaniem” reguł precedensowych (tzw. *rationes decidendi*). Stąd też dopiero współobecność tych dwóch sposobów spoglądania na fenomen związania precedensem sądowym może być uznana za optimum.

Wśród rozwiązań ocenionych zdecydowanie pozytywnie znalazł się też norweski stosunek do wymogu wskazywania przepisu ustawy (prawa stanowionego) jako podstawy prawnej dla wydawanego wyroku sądowego, tj. obecność tego wymogu w sprawach karnych i często jeszcze administracyjnych oraz jego zasadniczy brak w materiałach cywilnoprawnych. Z jednej strony takie podejście stanowiło bowiem realizację uznawanych współcześnie za fundament prawa karnego zasad *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege*. Z drugiej natomiast strony przeciwdziało ono konieczności istnienia bardzo kazuistycznych lub bardzo ogólnych przepisów prawa w prawie cywilnym. Podobnie rzecz miała się też, jeśli chodzi o prosty i zrozumiały język prawniczy, jak również sam rodzaj argumentów używanych w norweskim dyskursie prawnym. Te ostatnie, nawiązując do zdrowego rozsądku i będąc nastawione na wywołanie pożądaných skutków społeczno-gospodarczo-politycznych, nie sprzyjały dyskusjom czysto teoretycznym (dogmatycznym) uprawianym na wysokim stopniu abstrakcji, na czym automatycznie zyskiwała zrozumiałość, a przez to i powszechna znajomość obowiązującego prawa. Aprobata zyskał również sam sposób, w jaki są rekrutowani w Norwegii sędziowie. Dopuszczenie do tego, że w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości uczestniczą osoby z różnych środowisk, miało pozytywny wpływ na jakość tworzonego przez takie osoby prawa, a także sam rodzaj stosowanej przez nie argumentacji. Również liczba i rodzaje norweskich uzasadnień sądowych, w tym przede wszystkim możliwość sporządzania oprócz zdań odrębnych uzasadnień zbieżnych tylko co do skutków prawnych, jakie mają zostać przypisane rozpoznawanej sprawie, przeszły ocenę z wynikiem dodatnim. Tutaj za takim obrotem rzeczy przemówiło przełożenie na

większą przewidywalność potencjalnych zmian w prawie i możliwość poznania tego, co tak naprawdę, a nie w teorii, liczy się przy podejmowaniu decyzji sądowych. Ponadto za rozwiązanie trafne z uwagi na skrócenie czasu niezbędnego do wydania ostatecznego rozstrzygnięcia sądowego oraz szybsze usunięcie stanu niepewności w prawie została uznana możliwość wniesienia apelacji od wyroku sądu pierwszej instancji bezpośrednio do Sądu Najwyższego (z pominięciem sądu apelacyjnego) w przypadku, gdy nie będzie się to odbywać ze szkodą dla rozpoznania samej sprawy. Żadnych zastrzeżeń nie budziła też obowiązująca w Norwegii zasada prymatu prawa ustawowego nad prawem sądowym, jako że stanowi ona bezpośrednią konsekwencję zasady podziału władzy. Poza tym godna pochwały okazała się pozycja norweskiego Sądu Najwyższego w kontekście koncepcji sądu precedensowego. Ograniczenia dla wnoszenia do niego apelacji (kasacji) oraz częstotliwość, z jaką orzekał ten sąd w praktyce, pozwalały pogodzić ze sobą naraz aż cztery wartości: dążenie do wysokiej jakości tworzonego przez sędziów prawa, dostateczny stopień przejrzystości tego prawa oraz stworzenie warunków dla ustawicznego rozwoju prawa i wyjście naprzeciw postulatom sprawiedliwości. Pozytywnie ocenione zostało w dodatku uprawnienie po stronie norweskiego Sądu Najwyższego do unieważniania przez niego jego własnych precedensów (brak absolutnego związania go tego rodzaju precedensami) oraz obecność w Norwegii *overruling* w odmianie antycypacyjnej.

Do grupy drugiej, a więc tych rozwiązań, które wymagały pewnych modyfikacji mających na celu ich optymalizację, została przede wszystkim zaliczona praktyka tworzenia prawa w *obiter dictach* (tj. poza kategorią *rationes decidendi*). Tutaj tym, co warunkowało jej dopuszczenie, było zachowanie umiaru oraz konieczność wyraźnego zaznaczenia, iż dane treści mają być postrzegane jako prawnie wiążące (nie wystarczyła sama okoliczność, że jakiś fragment *dictów* jest starannie opracowany). Przy tym nałożenie tych obostrzeń było podyktowane chęcią utrzymania przejrzystości w systemie (porządku) prawnym oraz zapobieżenia negatywnym skutkom niczym nieograniczonej legislacji sądowej. Z tym drugim ściśle wiązał się też nacisk na pozostanie w zgodzie z zasadą podziału władzy. Samo zaś przyzwolenie na tworzenie reguł prawa poza kategorią *rationes decidendi* było powodowane względami nadania prawu odpowiedniego stopnia elastyczności i dążeniem do jak najszybszego usuwania narosłych w nim wątpliwości.

Także możliwość sięgania do spotykanej w Norwegii szczególnej postaci *distinguishing* została zredukowana tylko do nadzwyczajnych sytuacji. Przede wszystkim poprzestanie na szczegółowym opisie stanu faktycznego bez podania jakichkolwiek argumentów przemawiających za wyróżnieniem danego precedensu sądowego miało być dozwolone wyłącznie w przypadkach, w których sędzia nie tylko nie potrafi w żaden sposób uzasadnić zasadności dokonywanego przez siebie wyróżnienia, ale jest jeszcze bardzo mocno przekonany, że dopuszczając się go, ma rację. Poza tym wymagane od niego było tutaj również to, by obok takiego opisu wyraźnie podał on do wiadomości, iż miał miejsce *distinguishing*, wraz z określeniem który lub które z

precedensów sądowych są nim objęte. Dopiero spełnienie tych wszystkich warunków zmniejszyło do minimum ryzyko zaburzenia przewidywalności i poznawalności prawa, jednocześnie pozwalając tej odmianie wyróżniania oddać zasługi na polu sprawiedliwości. Również samo wyróżnianie precedensów sądowych, nawet w pełni jawne i w sposób wyczerpujący uzasadnione, miało pozostać narzędziem wyjątkowym, z uwagi na immanentnie tkwiące w tej instytucji zagrożenie dla pewności i przewidywalności prawa biorące się z zawężania zakresu zastosowania poszczególnych reguł precedensowych. Dodatkowo by obniżyć potrzebę korzystania z instytucji *distinguishing* w praktyce, na optymalną doktrynę precedensu miał się też składać obowiązek zapewnienia tworzonym przez sędziów regułom (*rationes decidendi*) wysokiej jakości, zarówno formalnej, jak i merytorycznej. Z podobnych względów jak w przypadku wyróżniania precedensów sądowych, ostrożność była też postulowana w odniesieniu do kwalifikowanej postaci *ratio decidendi*. Za takim wnioskiem przemówiła obawa obniżenia pewności i przewidywalności prawa mimo potencjalnie większej jego elastyczności i sprawiedliwości. Również gdy chodzi o procedurę, w jakiej ma dochodzić do unieważniania precedensów sądowych, bardziej zasadny wydaje się obowiązek, a nie uprawnienie do przeprowadzania *overruling* w składzie szerszym niż ten, który orzeka zazwyczaj – przy tym najlepiej równym lub większym liczebnie niż skład, który ustanowił precedens, jaki ma być przedmiotem unieważnienia. Stosowanie takiej praktyki zostało uznane za swego rodzaju zaporę dla ciągłego zmieniania zdania w danej kwestii prawnej przez sędziów zasiadających w sądzie władnym do unieważniania precedensów sądowych, co w efekcie miało się przekładać na wzrost stabilności sądowego prawa. Sugerowane było też wprowadzenie jakiejś możliwości pozbawiania przez legislaturę (parlament) mocy wiążącej precedensów sądowych ustanowionych w bezpośrednio stosownym prawie konstytucyjnym i międzynarodowym – aby jej pozycja ustrojowa nie była nazbyt osłabiona względem władzy sądowniczej.

Ze zdecydowanie negatywną oceną spotkały się po pierwsze poczynania norweskich sędziów, które polegały na manipulacjach przy opisywaniu okoliczności faktycznych aktualnie rozpoznawanej sprawy oraz na przeformułowywaniu precedensowych wyroków. To znaczy, że za wysoce niepożądane zostały uznane wszelkie próby zniekształcania rzeczywistego stanu faktycznego, jaki miał miejsce w sprawie, która oczekuje na rozstrzygnięcie sądowe, czy wypaczania prawdziwego sensu mającego w tej sprawie zastosowanie precedensu sądowego. Na usprawiedliwienie uciekających się do nich osób nie wystarczyły przy tym ich dobre intencje takie jak zamiar wydania najstuszniejszego z możliwych wyroków. Tego bowiem rodzaju zabiegi, choć może i w jakiejś mierze służą sprawiedliwości, w stopniu nie do zaakceptowania przekreślają realizację innych cennych wartości. Za ich potępieniem przemówiło mianowicie zwłaszcza znaczne osłabienie pewności i zrozumiałości prawa tudzież nadszarpnięcie zaufania obywateli do wymiaru sprawiedliwości jako takiego. Ich obecność miała być akceptowalna tylko w państwach niedemokratycznych, w których sędziowie – w tym w obawie przed represjami politycznymi – nie będąc w stanie skorzystać z innych środków jak analogia *extra* i *contra*

legem oraz *distinguishing*, byliby na nie skazani, by uniknąć rozstrzygnięcia przedłożonych im spraw w sposób jawnie niesłuszny.

Po drugie, co zostało zasygnalizowane już wcześniej, przedmiotem krytyki stało się zarzucenie w Norwegii dychotomicznego podziału na wiążące *ratio* i niewiążące *dicta* przy równoczesnym braku reguł pozwalających na jednoznaczne określenie, które dokładnie z niestanowiących *ratio decidendi* reguł mają być traktowane jako prawnie wiążące. Taki stan rzeczy nie sprzyjał bowiem ani przejrzystości, ani pewności prawa, a ponadto wyraźnie nadwyręzał zasadę podziału władzy. Poważną niedogodnością był również brak wyłonienia w Norwegii teoretycznych przesłanek przemawiających za unieważnieniem konkretnego precedensu sądowego oraz nieobecność *overruling* z mocą wyłącznie na przyszłość. To ostatnie, choć nie w każdych warunkach uzasadnione, bez jakiegokolwiek szkody dla pewności i przewidywalności precedensowego prawa pozwala bowiem na poprawianie ułomności i ulepszanie dotychczasowego kształtu tego prawa.

Ponadto słabą stroną norweskiej praktyki orzeczniczej okazała się małomówność tamtejszych sędziów oraz związany z nią lakoniczny styl pochodzących od tych sędziów uzasadnień sądowych – co ogólnie nie służyło poznawalności i przejrzystości prawa. W dalszej zaś perspektywie podszyta taką małomównością niechęć do wyjaśniania mechanizmów rządzących sądowym precedensem była nawet w stanie zagrozić prawidłowemu funkcjonowaniu doktryny wiążącego precedensu. Podobnie, z powodu braku elementarnej transparentności i biorącej się stąd możliwości nadwątlenia pewności prawa, za wysoce niepożądane zostały uznane dorozumiane postaci norweskiego: *ratio decidendi*, *distinguishing* oraz *overruling*. Przy tym nie pomogło tu za wiele zarówno to, że dorozumianą regułą precedensu sądowego stara się objąć w Norwegii jak największą liczbę precedensowych spraw – choć niewątpliwie przez wzgląd na spójność prawa jest to krok w dobrym kierunku – jak i to, że w Norwegii precedens sądowy unieważniany jest nieraz powolutku, drogą nieznacznych odstępstw od każdorazowej treści jego *ratio decidendi*. Poza tym zostały odrzucone również dwa drugoplanowe, występujące czasem w Norwegii, ujęcia istoty sądowego precedensu, tj. model precedensu sądowego z zasad i model precedensu sądowego z rezultatu (z argumentów). Głównym tego powodem były poważne trudności w przypadku każdego z tych ujęć z wyznaczeniem wyraźnego zakresu przedmiotowego związania precedensem sądowym i tym samym niemożność uczynienia zadość zasadzie *stare decisis*, jakiej podstawowym celem jest wzmocnienie pewności oraz przewidywalności prawa.

Jak dotąd ocena doktryny norweskiego precedensu była dokonywana tak jakby fragmentarycznie, odnosiła się ona bowiem do poszczególnych rozwiązań i instytucji, jakie wchodziły w skład tej doktryny, niemalże zupełnie pomijając globalny aspekt jej działania. Stąd też zanim zostaną postawione wnioski o ostatecznym charakterze, obrawszy za punkt wyjścia kierowane pod adresem tej doktryny zarzuty, w kolejnych punktach zostanie uchwycony również jej efekt całościowy. W tym celu zostaną ponownie użyte znane nam już kryteria/wartości

takie jak: sprawiedliwość w mniemaniu sędziego i społeczeństwa tudzież elastyczność prawa i możliwość jego rozwoju, których to realizacji próbuje się norweskiej doktrynie precedensu odmawiać. W przeprowadzanych deliberacjach pojawią się też dwie kwestie zupełnie nowe, tj. ocenny (arbitralny) charakter zasad rządzących wiążącym precedensem sądowym oraz powiązany z nim zarzut braku istnienia różnic między doktryną wiążącego i perswazyjnego precedensu, gdy chodzi o funkcjonowanie tych doktryn w praktyce. Ten ostatni jest o tyle w świetle niniejszego opracowania istotny, iż w razie potwierdzenia się jego słuszności, całkowicie bezzasadnym byłoby podejmować trud wdrożenia tak w Polsce, jak i w jakimkolwiek innym kraju z rodziny *civil law* wzorowanej na rozwiązaniach z Norwegii instytucji wiążącego precedensu sądowego. Tym samym więc badania w obszarze norweskiej doktryny precedensu straciłyby wiele na swej wartości. Orężem w rękach zwolenników utrzymania *statusu quo* mogą się stać we wspomnianych państwach oczywiście również i inne oskarżenia stawiane panującej w Norwegii zasadzie *stare decisis*. Przez to i one doczekają się tu rzeczowego odniesienia się do nich.

Na sam zaś koniec rozważań podjętych w niniejszym rozdziale zostanie przeanalizowany podstawowy argument, jaki w krajach z obszaru *civil law* tradycyjnie wysuwa się przeciwko instytucji wiążącego precedensu sądowego, czyli rzekomy brak miejsca dla sądowego tworzenia prawa w ustroju opartym o zasadę podziału władzy.

17. Wymiar całościowy

17.1. Krytyka ze strony Norwegów

Paradoksalnie sami skandynawscy teoretycy prawa, w tym Norwedzy, wydają się zupełnie nie doceniać zalet norweskiej doktryny precedensu. Przede wszystkim krytykowana jest tu jej cecha najbardziej zasadnicza, tj. wiążący charakter orzeczeń pochodzących od Sądu Najwyższego. Związanie precedensem sądowym ma hamować mianowicie rozwój norweskiego prawa, przyczyniając się do braku jego responsywności na zmiany zachodzące w życiu społeczeństwa. To, że inny jest stosunek do wyroków Sądu Najwyższego w tym sądzie a w sądach mu podległych, postrzega się przy tym jako niemądre normatywnie, tj. głównie dlatego, iż prawo czyni się tutaj uzależnionym od tego, który z sądów podejmuje decyzje w sprawie, co z kolei zależne jest od takich przypadkowych czynników jak to, czy strona miała pieniądze i czas, by czekać na wydanie wyroku przez sąd najwyższej instancji. Co więcej, nakaz przestrzegania przez sądy niższych instancji orzeczeń pochodzących od sądów wyższej instancji ma sprawiać, że te pierwsze sądy nie będą w stanie pełnić funkcji heurystycznej w tym sensie, iż nie będą one mogły poprzez zajmowanie stanowisk odmiennych od stanowiska sądu najwyższej instancji stwarzać temu ostatniemu okazji do rozważenia nowych rozwiązań. Ponadto na tle prawa karnego podnosi się też, że zasada *stare decisis* służy do powielania już raz wyrządzonego zła. Uniemożliwia ona w nim bowiem wydanie wyroku, jaki sędzia sam uważa w danym stanie

faktycznym za słuszny i rozsądny, zmuszając go do postąpienia niezgodnie z jego własnym sumieniem²⁸⁷.

Przy tym wskazuje się, że elastyczność prawa w doktrynie wiążącego precedensu ma doznawać dwojakiego rodzaju ograniczeń. Pierwsze z nich następuje na poziomie samej reguły, jaka ma stanowić podstawę prawną wyroku – na przykład niezależnie od zmian, jakie zaszły w stosunkach społecznych, sędzia musi poprzestać tu na dotychczasowej treści *ratio decidendi*, nie mogąc tej treści samemu do tych zmian dostosować. Drugie dotyczy z kolei przypadku ustanowienia precedensu sądowego na podstawie przepisu prawa stanowionego i elastyczności na płaszczyźnie stosowania tego przepisu. Tym razem z powodu bycia związanym zawartą w precedensowym wyroku propozycją interpretacji (wykładni) takiego przepisu sędzia nie jest już władny interpretować takiego przepisu tak, by osiągnąć rozsądny, w jego ocenie, rezultat w przedłożonej mu do rozpoznania sprawie²⁸⁸.

Do zarzutów wymienionych powyżej można by jeszcze dodać, że nie w każdym przypadku przysługuje apelacja (kasacja) do Sądu Najwyższego, *ergo* mogą wystąpić sprawy, w których znajdzie zastosowanie precedens sądowy jawnie niesprawiedliwy lub przestarzały przy braku możliwości jego unieważnienia^{289, 290}.

287 Zob.: S. Eng, *Precedent in Norway*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 195, 199 i 206; W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 62–65, 79; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 276; P.S. Lauridsen, *Introduction*, [w:] *Danish Law. A General Survey*, red. H. Gammeltoft-Hansen, B. Gomard i A. Philip, Copenhagen 1982, s. 19.

288 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 206; por. też S. Eng, *The Doctrine...*, s. 276 oraz W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 64–65.

289 Doktrynie wiążącego precedensu można by też zarzucić, że sędziowie, w przeciwieństwie do członków parlamentu, nie są wybierani w sposób demokratyczny, w konsekwencji czego brakuje im legitymacji, jaka potrzebna jest w państwach demokratycznych do tworzenia prawa (zob. A. Peczenik, *op. cit.*, s. 274–275). Poza tym można się spotkać nawet z opinią, jakoby jasne normy prawa ustawowego miały zapewniać lepszą podstawę dla przewidywania przyszłych decyzji sądowych, a przez to i stabilności i pewności prawa, niż czynią to ustanawiane w sprawach indywidualnych precedensy sądowe (zob. A. Peczenik, *op. cit.*, s. 275).

290 Również anglosaska doktryna precedensu staje się czasem przedmiotem podobnej w argumentach krytyki. Wytyka się jej mianowicie zarówno to, że poprzez zmuszanie do powielania wcześniej obranych rozstrzygnięć zdolna jest ona do pomnażania raz już poczynionego zła, tudzież posądza się ją o tamowanie rozwoju prawa i bezwład, jeśli chodzi o reagowanie na zmieniające się warunki społeczne. Z tym pierwszym wiążą się też faktyczne ubolewania niektórych sędziów z obszaru *common law*, iż zostali oni zobligowani do przestrzegania ustanowionych w instancji wyższej precedensów sądowych, które wydają się im niezasadne. Jeden z lordów, Denning, rozważał nawet, czy zasada *stare decisis* nie stanowi przypadkiem istotnego zagrożenia dla wolności angielskich obywateli. Z kolei uzasadnieniem drugiego z przytoczonych oskarżeń, tj. utrudniania rozwoju i postępu w prawie, ma być brak zapewnienia w przypadku instytucji wiążącego precedensu sądowego warunków do ustawicznej weryfikacji dotychczas funkcjonujących w prawie rozwiązań, w efekcie której na miarę stwierdzonych niedociągnięć rozwiązania te mogłyby być na bieżąco poprawiane (ulepszane). Odnośnie do zarzutów stawianych zasadzie (doktrynie) *stare decisis* i wiążącemu charakterowi precedensów sądowych na gruncie systemów prawnych typu *common law* zob.: M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 29–32; R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 380–381, 404; R. Cross, *op. cit.*, s. 32–34; Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 352–353, 335; R.A. Posner, *The Problems...*, s. 82.

W kontekście surowej krytyki norweskiej doktryny precedensu za dobitny przykład służy również wybitny znawca tej doktryny profesor Svein Eng. W swoim opracowaniu poświęconym porównaniu norweskiej i angielskiej doktryny precedensu autor ten kwestionuje bowiem zasadność fundamentalnego dla obu tych doktryn podziału na albo wiążące, albo niewiążące precedensy sądowe, tudzież na *ratio decidendi* i *obiter dicta*. Nieadekwatność takiego rozróżnienia zdaniem S. Enga bierze się z tej prostej przyczyny, iż nie przystaje ono do sposobu, w jaki sędziowie i inni prawnicy w rzeczywistości rozumują, kiedy powołują się na już istniejące decyzje sądowe jako źródło prawa. Utrzymuje on bowiem, że wydane poprzednio wyroki sądowe to tylko jeden z wielu argumentów, jakie bierze się faktycznie pod uwagę przy podejmowaniu decyzji sądowych. Inne argumenty to teksty ustaw, materiały przygotowawcze, decyzje administracyjne, zwyczaje, poglądy doktryny prawniczej i rozważania w przedmiocie tego, co stanowiłoby słuszny i rozsądny rezultat w aktualnie rozstrzyganej sprawie²⁹¹.

Następnie, jako rozwinięcie tak wysuniętej tezy, S. Eng wskazuje, że twierdzenia o wiążących precedensach sądowych są albo „nieinteresujące” i „wprowadzające w błąd”, albo „nieprawdziwe”.

Dokładnie nieinteresujące mają być one dlatego, że ogniskują się na najmniej ważnej części rozumowania sędziego, czyli konkluzji odnośnie do tego, czy sposób, w jaki została rozpoznana sprawa poprzednia, „przeważył” w sprawie obecnie rozpoznawanej wszystkie inne prawnie istotne argumenty, jakie można było w tej sprawie podnieść. Powodem wprowadzania przez te twierdzenia w błąd ma być z kolei to, iż nie ukazują one istotnej części rozumowania sędziego, którą jest złożony i stopniowy proces ważenia i balansowania argumentów, jaki poprzedza podjęcie decyzji o postrzeganiu wyroku sądowego wydanego w sprawie wcześniejszej jako wiążącego precedensu sądowego przy rozpoznawaniu sprawy późniejszej. Przy tym takie ważenie i balansowanie argumentów ma się tu odbywać na takich etapach jak: a) formułowanie i stosowanie kryteriów pozwalających wyłonić wiążącą część precedensowego wyroku (jego *ratio decidendi*), b) formułowanie i stosowanie kryteriów dla dokonywania *distinguishing*, c) formułowanie i stosowanie kryteriów dla czynienia wyjątków od bycia związanym precedensem sądowym. Za nieprawdziwą ma natomiast uchodzić – w ocenie wspomnianego autora – jak się wydaje sama możliwość związania precedensem sądowym jakiejś otwartej klasy stanów faktycznych. W jego opinii jest to bowiem zadanie praktycznie niewykonalne, a próby zmierzające w tym kierunku, zarówno te obecne w opracowaniach teoretyków, jak i w praktyce sądowej, są przedsięwzięte na próżno^{292, 293}.

291 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 302, 305–308, 319.

292 *Ibidem*, s. 307–308, 319.

293 Przedstawiając swoje – trudno nie określić go kontrowersyjnym – stanowisko, S. Eng zaznacza jednak, że zarówno w literaturze teoretycznoprawnej, jak i praktyce sądowej poruszony przez niego problem ważenia w ramach doktryny precedensu różnorodnych argumentów postrzegany jest z reguły niezgodnie z jego własną propozycją. Dokonywanie takiego ważenia uważane jest tam bowiem albo za coś w rodzaju aberracji, albo próbuje się je jakoś umieścić w jakiejś nowej albo-albo kategorii (nie podważając przy tym w żaden sposób samej idei kwestionowanego przez niego samego

Pewną zagwozdką pozostaje w tym wszystkim to, iż S. Eng wyraźnie przyznaje, że powszechnie panującym poglądem wśród norweskich prawników zdaje się być przeświadczenie, iż precedensy ustanowione przez norweski Sąd Najwyższy, jakie mają jedno wspólne uzasadnienie i są precyzyjne oraz dotyczą kwestii prawnej, posiadają w Norwegii tak dużą moc, iż wszystkie pozostałe norweskie sądy muszą przestrzegać zawartych w nich reguł precedensowych [*rationes*] pod warunkiem [tylko], że reguły te nie zostały później derogowane przez ustawę lub decyzję Sądu Najwyższego. Co więcej, autor ten wyraźnie daje do zrozumienia, iż osobiście nie uważa on, że można się doszukać pod tym względem – w zachowaniach sędziów i prawników w ogólności – większych różnic w zestawieniu z precedensami ustanawianymi przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów (dzisiejszy Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa), które to precedensy są postrzegane w Wielkiej Brytanii w tej relacji jako „bezwzględnie (absolutnie) wiążące”²⁹⁴.

Jeśli chodzi o zagorzałych przeciwników instytucji wiążącego precedensu sądowego z innych państw skandynawskich niż Norwegia, to przede wszystkim warto wskazać na, zajmującego się duńską i norweską doktryną precedensu, profesora Williama E. von Eybena. Niejako z góry profesor ten zakłada bowiem, iż współcześni mu duńscy prawnicy (adwokaci) zdają się za bardzo polegać na dorobku sądowego orzecznictwa. Przy tym za charakterystyczną cechę sądów skandynawskich, a zwłaszcza duńskich, uznaje on to, iż ich pierwszorzędnym celem jest takie rozpoznawanie spraw sądowych, aby każdy postrzegał wydany w nich wyrok jako słuszny i sprawiedliwy. Preferowane ma być tu też orzekanie w sposób zrelatywizowany do okoliczności faktycznych zawisłej sprawy, tj. bez zamiaru rozstrzygnięcia ogólnych kwestii prawnych. W efekcie zdaniem W.E. Eybena dopiero ciąg podobnych orzeczeń sądowych (a nie pojedynczy wyrok) może wskazywać tutaj na to, jak takie kwestie powinny być rozwiązywane.

Przy tym autor ten podnosi, iż poleganie na tym, jak została rozpoznana jakaś sprawa w przeszłości, w sposób nieuprawniony „okrada” stronę aktualnego postępowania sądowego z możliwości obronienia jej własnej sprawy. Co więcej, postuluje on, aby pełnomocnicy procesowi większą wagę przywiązywali do argumentacji, jaka została zastosowana w precedensowej sprawie, a mniej do wyniku tej sprawy. To, że pewien tok rozumowania został w danej sprawie zatwierdzony przez sąd, choć może wskazywać na to, że tok ten jest poprawny, nie powinno bowiem wykluczać tego, że inny jeszcze, bardziej przekonujący tok rozumowania może zostać zastosowany przy rozpoznawaniu sprawy kolejnej. Same natomiast poprzednie orzeczenia sądowe mają być zdaniem W.E. Eybena czytane wąsko, tj. tak, by miały raczej najmniejszy, a nie największy zakres oddziaływania^{295, 296}.

podziału na wiążące i niewiążące precedensy sądowe) – zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 310–311.

294 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 309 i 311.

295 Zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 55–58, 67, 77.

296 Podobny aspekt, ale tak jakby z odwrotnej strony niż widział go W.E. Eyben, w kontekście systemu prawnego typu *common law* przykuł uwagę sędziego Jerome’a Franka. Sędzia ten podniósł mianowicie, że nadmierne koncentrowanie się – po stronie niektórych sędziów zasiadających w sądach wyższej instancji – na formułowaniu reguł i znaczeniu, jakie reguły te będą miały dla innych hipotetycznych spraw sądowych, skutkuje czasem niewystarczającym skupieniem się na

17.2. Obrona doktryny wiążącego precedensu

17.2.1. Skostnienie i zobojętnienie prawa

Obronę panującej w Norwegii doktryny precedensu należy rozpocząć od ustosunkowania się do twierdzeń o jej rzekomym przełożeniu na brak elastyczności prawa i jego zobojętnienie na aktualne potrzeby społeczne i wymogi sprawiedliwości tudzież na odebranie sądom pierwszej instancji możliwości pełnienia funkcji heurystycznej. Powodem tych twierdzeń miał być przy tym wiążący charakter norweskich precedensów sądowych. Jak się jednak zaraz okaże, po uwzględnieniu całokształtu mechanizmów składających się na doktrynę precedensu, do jakiej wykształcenia się doszło w Norwegii, wspomniane zarzuty przestaną się jawić jako zasadne.

Po pierwsze, jak zostało to podane w pkt. 6.5. rozdziału II niniejszego opracowania, norweskiej praktyce sądowej nieobca była antycypacyjna postać unieważniania precedensów sądowych. Pozwalała ona sędziemu orzekającemu w sądzie pierwszej czy drugiej instancji na niezastosowanie się do wiążącego go precedensu pochodzącego od Sądu Najwyższego w sytuacji, gdy z bardzo dużą dozą prawdopodobieństwa ten ostatni sąd postąpiłby w ten sam sposób – tj. rozstrzygając zawisłą sprawę odmiennie, niż wynika to z tego precedensu, unieważniłby go. Bez wątplenia też z taką właśnie dużą dozą prawdopodobieństwa będziemy mieć do czynienia wówczas, gdy rozwiązanie obrane w precedensowym wyroku jest ewidentnie zdezaktualizowane lub rażąco niesprawiedliwe albo jawnie absurdalne. Stąd problem powielania w nieskończoność raz już wyrządzonego „zła” w przypadku, gdy to „zło” jest dla wszystkich oczywiste, w zasadzie norweskiej doktryny precedensu dotyczyć nie powinien – i to nawet na szczeblu orzekania w najniższej instancji.

Po drugie trzeba mieć tu na względzie również to, że w Norwegii strony postępowania

interesach rzeczywistych stron występujących w sprawach, które obowiązkiem sądów jest rozstrzygać. Tacy sędziowie – zdaniem J. Franka – nie nadążają za samymi sobą, bo w przypadkach, które faktycznie zaistniały, rozstrzygają oni przyszłe przypadki, które mogą nigdy nie powstać. Przyszłość przynosi bowiem nie dające się z góry przewidzieć wydarzenia, nie stojąc w miejscu ani nie pozwalając się uwięzić. W efekcie są tu rozstrzygane nie prawdziwe, lecz hipotetyczne sprawy, w których nie ma nikogo, kto mógłby się wypowiedzieć w imieniu ich wyimaginowanych stron. Tym samym interesy prawdziwych stron zostają tutaj poświęcone na rzecz niejasnych niewysłowionych żądań „założonych” uczestników sporu, do jakiego może nigdy nie dojść. Proces sądowy staje się zaś pogonią za „nieuchwytnym” horyzontem, który nigdy nie pozwala się osiągnąć. Tym też sposobem nikt – być może z wyjątkiem wspomnianych sędziów, których ego karmi się tym, że jest strażnikiem „generalnej przyszłości” – nie ma być tutaj zadowolony. Interesy rzeczywistych stron zostają bowiem przeoczone, a interesy stron w kolejnych sprawach z braku tych stron obecności podczas podejmowania decyzji co do tych interesów często nieadekwatnie określone (zob. M.P. Golding, *Legal Reasoning*, wyd. 2, Toronto 2001, s. 131–132).

Choć też trzeba przyznać, iż nakreślone powyżej stanowisko nie jest zupełnie pozbawione racji, należy zauważyć, iż sędzia, którego wyroki uchodzą później za wiążące precedensy sądowe, przy rozstrzygnięciu sprawy aktualnie rozpoznawanej wcale nie musi koncentrować się na sprawach, jakie wystąpią w przyszłości. Zamiast bowiem formułować regułę, mającą mieć zastosowanie w takich sprawach, zawsze może on bowiem podać szczegółowy opis stanu faktycznego, jaki miał miejsce w rozpoznawanej przez niego sprawie, i rozstrzygnąć tę sprawę w sposób „dla niej” prawidłowy. Następnie też tak rozpoznana precedensowa sprawa może – bez ryzyk naświetlonych przez sędziego J. Franka – oddziaływać *per analogiam* na rozpatrywanie innych spraw sądowych, w których „rzeczywiste” strony będą mogły wysuwać argumenty również za ich odmiennym potraktowaniem (z racji braku istotnego podobieństwa między tą sprawą a ich sprawą).

dysponują prawem wniesienia apelacji (kasacji) bezpośrednio do Sądu Najwyższego od wyroku sądu pierwszej instancji. Skorzystanie z takiej możliwości nie tylko obniża koszty i czas postępowania dzięki odpadnięciu jednej z instancji, ale ponadto pozwala na szybsze unieważnienie niesprawiedliwego lub przestarzałego precedensu sądowego i dostosowanie w ten sposób prawa do aktualnych wyzwań i potrzeb szeroko rozumianego życia. Stąd niewątpliwie także i ona uelastycznia prawo, ażeby mogło ono nadążyć za dokonującymi się z dnia na dzień zmianami w rzeczywistości pozaprawnej.

Po trzecie nic, może oprócz „małomówności” norweskich sędziów, nie powinno stać na przeszkodzie, aby sąd pierwszej instancji lub sąd apelacyjny zaznaczył w treści uzasadnienia wydanego przez siebie wyroku, iż sam rozstrzygnąłby zawisłą przed nim sprawę inaczej, gdyby nie konieczność zastosowania się do któregoś z precedensów ustanowionych przez Sąd Najwyższy. Tego typu stwierdzenia wraz z argumentami przytoczonymi na ich poparcie mogą następnie stać się przedmiotem rozważań w sądzie najwyższej instancji – po wniesieniu do niego apelacji (kasacji) – i ostatecznie wpłynąć na unieważnienie przez ten sąd niesłusznego czy „zacfanego” precedensu sądowego. Ich poczynienie przez sąd niższej instancji stanowi też swoistą zachętę dla strony przegrywającej do zaskarżenia wydanego w niższej instancji wyroku. Przy tym w razie braku takich stwierdzeń/argumentów strona ta takiego zaskarżenia mogłaby poniechać, a nawet w ogóle nie brać go pod uwagę²⁹⁷.

Po czwarte rozwojowi prawa i inkubacji pomysłów służy w doktrynie wiążącego precedensu instytucja *obiter dictów*. To, że nie mają one mocy wiążącej, nie oznacza bowiem wcale tego, iż sędziowie się z ich treścią nie zaznajamiają, a w razie gdy zawarte w nich uwagi wydadzą im się sensowne, później się tymi uwagami faktycznie nie kierują. *Dicta* pełnią bowiem głównie właśnie funkcję heurystyczną. Przy tym to, co się w nich znajduje, może – choć nie musi – stać się, w chwili, gdy sąd władny do ustanawiania wiążących precedensów sądowych będzie rozpoznawał sprawę, w jakiej będzie występować poruszona nimi kwestia prawna, *ratio decidendi*.

Po piąte sędzia, który stając przed problemem konkurencji analogii, rozstrzyga to, który z wielu możliwych precedensów sądowych ma znaleźć *per analogiam* zastosowanie w aktualnie rozpatrywanym przez niego przypadku, również może dokonać pewnego przełomu w obecnym stanie prawnym – a przynajmniej wydać taki wyrok, jaki wydaje mu się bardziej sprawiedliwy tudzież rozsądny albo wychodzący naprzeciw aktualnym oczekiwaniom i potrzebom społecznym.

Po szóste eliminacji niepożądanych treści w dotychczas obowiązującym prawie oraz rozwojowi tego prawa może posłużyć w Norwegii opracowywanie przez tutejszy Sąd Naj-

297 Tego rodzaju stwierdzenia nie są też możliwością czysto teoretyczną. Są one bowiem rzeczywiście czynione np. przez sędziów orzekających w ramach Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii w postaci wypowiedzi tych sędziów, z których wprost wynika, iż nie są oni usatysfakcjonowani tym, iż muszą przestrzegać niesprawiedliwych w ich mniemaniu precedensów ustanowionych przez Izbę Lordów (jej Komitet Apelacyjny) – zob. np. R. Cross, *op. cit.*, s. 33–34.

wyższy *obiter dictów* w sposób staranny. Za pomocą takich *obiter dictów*, nie czekając, aż sprawa bezpośrednio stykająca się z daną kwestią prawną do niego trafi, sąd ten może bowiem w sposób prawnie wiążący dokonywać ingerencji w aktualnym stanie prawnym i odpowiednio ukierunkowywać przemiany w nim zachodzące²⁹⁸.

Ponadto to nic innego jak względy słuszności miało stanowić uzasadnienie dla dopuszczenia się manipulacji przy opisywaniu stanu faktycznego sprawy aktualnie rozstrzyganej, do jakich miało dochodzić w Norwegii. To samo dotyczy zresztą, mogących również przysłużyć się elastyczności prawa i sprawiedliwości w ujęciu subiektywnym albo intersubiektywnym, zabiegów polegających na przeformułowywaniu dotychczas ustanowionych precedensów sądowych (wypaczaniu ich prawdziwego sensu). Także sama procedura *distinguishing*, w tym w jej szczególnej odmianie, niemalże z założenia przedkładała to, co jawi się słuszne i rozsądne, nad pewność i przewidywalność prawa, jeśli nie uznamy, iż są one podporządkowane sprawiedliwości, i to nawet gdyby miało się to odbywać jeszcze kosztem jego przejrzystości i zrozumiałości.

Jak łatwo zauważyć, w drugim, trzecim i czwartym przypadku judykatura może się przyczynić do wnoszenia nowości i poprawiania dotychczasowego kształtu obowiązującego prawa przy maksymalnie możliwym poszanowaniu jego pewności w sytuacji, gdy ma ono ewoluować. Z poważnym zachwianiem takiej pewności mielibyśmy natomiast na pewno do czynienia w razie dopuszczenia do wydawania rozbieżnych, a często też nie do końca przemyślanych i pochopnych wyroków w sądach najniższych rangą. We wspomnianych trzech przypadkach ostateczna decyzja co do wprowadzania zmian w treści obowiązującego prawa leży bowiem zawsze w gestii sędziów Sądu Najwyższego, którzy i tak w doktrynie wiążącego precedensu są z zasady uprawnieni do przeprowadzania *overruling*. Co więcej, ponieważ sędziami tymi z definicji powinny być osoby posiadające największe doświadczenie życiowe i zawodowe, dokonywane przez nich modyfikacje w precedensowym prawie, którego oni są zresztą twórcami, rokują na bycie dostatecznie rozważonymi i w braku jakichś poważniejszych zmian w kontekście, w jakim były ustanowione poszczególne precedensy sądowe, niezbyt licznymi.

Również w przypadku antycypacyjnego *overruling* pewność i przewidywalność prawa nie zostaje od razu poświęcona. Jeśli bowiem jakiś precedens sądowy jest w oczywisty sposób przestarzały lub jawnie niesłuszny, to nie ma podstaw, by oczekiwać, że mając możliwość jego unieważnienia, sądy niższej instancji będą się do tego precedensu w praktyce stosowały. Wprost przeciwnie jego antycypacyjne unieważnienie może być właśnie tym, na co wszyscy liczą i czego się *de facto* spodziewają.

298 Notabene postulowanym uzupełnieniem norweskiej doktryny precedensu miałyby też przyznanie sądowi najwyższej instancji prawa do ustanawiania – czy to w odpowiednich uchwałach, czy w innego jeszcze rodzaju obwieszczeniach – precedensów sądowych *in abstracto*, tj. bez związku z rozpoznawaniem jakiegokolwiek konkretnej sprawy. Bez wątpienia taka możliwość pozwoliłaby temu sądowi na natychmiastowe reagowanie na nowo powstałe wyzwania i potrzeby społeczne oraz inne zmiany zachodzące w świecie zewnętrznym.

Konkludując, pewność prawa, jaką gwarantuje doktryna wiążącego prawnie precedensu, bynajmniej nie równa się kosztowności i „konserwowaniu” obecnych treści prawnych tudzież pomnażaniu niesprawiedliwości już raz wyrządzonej albo pozbawianiu systemu (porządku) prawnego możliwości ulepszania dotychczasowych rozwiązań prawnych i jego dynamicznego rozwoju.

17.2.2. Ocenny charakter

Inny z podnoszonych przez S. Enga zarzutów, wskazujący na ocenny charakter instytucji wchodzących w skład doktryny wiążącego precedensu, który miałby przekreślać ideę prawnego związania wcześniej zapadłymi orzeczeniami sądowymi, również nie jest aż tak trafny, jakby się to z pozoru mogło wydawać. Owszem trudno byłoby całkowicie zaprzeczyć stwierdzeniu, iż czynniki zależne od ocen i poglądów poszczególnych sędziów będą odgrywać pewną rolę przy ustalaniu kształtu *ratio decidendi* czy podejmowaniu decyzji o skorzystaniu z *distinguishing* albo *overruling* lub (nie)stosowaniu danego precedensu sądowego *per analogiam*. Przyznanie takie nie oznacza jednak tego, że rola takich czynników w doktrynie precedensu wiążącego jest identyczna jak w doktrynie precedensu perswazyjnego – a nie zdecydowanie mniejsza niż w tej ostatniej. Co więcej, wydaje się, że już samo oficjalnie poczynione założenie, iż precedensy sądowe stanowią w danym systemie (porządku) prawnym źródło powszechnie obowiązującego prawa, powinno powodować, iż w praktyce precedensy takie będą przestrzegane znacznie częściej, a być może również chętniej, niż miałyby to miejsce przy założeniu odmiennym.

Nawet najbardziej chyba uzależniona od ocen instytucja doktryny wiążącego precedensu, tzw. *distinguishing*, gdy nie jest nadużywana i ma postać wyraźną, a nie dorozumianą, nie przekreśla wcale idei związania precedensem sądowym. By prawidłowo skorzystać z prawa do wyróżnienia wiążącego w danej sprawie precedensu sądowego, trzeba bowiem wykazać, na czym polega specyfika tej sprawy na tle sprawy precedensowej. Przy tym nie wystarczy tu samo nakreślenie różnic, jakie zachodzą pomiędzy stanami faktycznymi tych spraw, niezbędne jest jeszcze wyjaśnienie, dlaczego takie różnice są/mają być w świetle prawa istotne. To ostatnie z kolei na ogół wiązać się będzie z koniecznością podania przekonującego dla innych, np. opinii publicznej, pozostałych sędziów i stron postępowania, szczegółowego uzasadnienia. W rezultacie chcący dokonać *distinguishing* sędzia musi się podjąć dodatkowego trudu – co już samo w sobie stanowi dla niego pewną przeszkodę – a ponadto uważać, by rodzaj i waga użytych przez niego argumentów nie były później postrzegane jako próba obejścia zasady *stare decisis* (obowiązującego go prawa) – co w sumie powinno takiego sędziego zniechęcać do nazbyt częstego i/lub „naciąganego” wyróżniania precedensów sądowych.

Ponadto sędzia pierwszej czy drugiej instancji, mając świadomość, że w rozpoznawanej przez niego sprawie stronom przysługuje apelacja (kasacja) do Sądu Najwyższego od wydanego przez niego rozstrzygnięcia – na skutek wniesienia której dany precedens sądowy może zostać później unieważniony lub wyróżniony i ostatecznie nie znaleźć zastosowania w tej

sprawie – z w miarę spokojnym sumieniem może rozstrzygnąć tę sprawę tak, jak mu nakazuje to ten precedens i czekać aż wypowie się w niej sąd ostatniej instancji. Przy tym, o czym była już wcześniej mowa, sędzia orzekający w niższej instancji zawsze może w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku podać powody, które jego zdaniem przemawiają za potencjalnym unieważnieniem precedensu sądowego, jaki zastosował, zachęcając w ten sposób stronę przegrywającą do tego, by się odwołała od wydanego przez niego wyroku.

Nie należy też zapominać, że kierowanie się przez sędziów z sądów niższych instancji takimi rodzajami ocen, które nie są akceptowane przez sąd nad tymi sądami przełożony, i „obchodzenie” z tego powodu związania precedensami pochodzącymi od takiego sądu, będzie skutkowało masowym uwzględnianiem przez ten sąd wnoszonych do niego apelacji (kasacji). Tym samym będzie ono też narażać „wywrotowych” sędziów na krytykę ze strony ich kolegów i innych prawników a z czasem pewnie także i pozostałych członków społeczeństwa, a przez to i utrudniać takim sędziom awans zawodowy, w ostateczności skutkując nawet ich wydalaniem z judykatury. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby idący zawsze pod prąd sędzia sądu pierwszej instancji cieszył się uznaniem w środowisku sędziowskim i robił w nim błyskawiczną karierę.

W końcu zasadna wydaje się teza, iż już samo przeświadczenie o wiążącym charakterze poprzednio wydanych wyroków sądowych, biorące się choćby z języka, jakim na co dzień posługują się prawnicy w krajach oficjalnie odznaczających się doktryną wiążącego precedensu, powinno powodować, iż w praktyce sędziowie nawet zupełnie nieświadomie będą dążyć do stosowania się do precedensowych wyroków tudzież miarkowania się w korzystaniu z możliwości pozwalających na niezastosowanie się do nich. Sam „podręcznikowy” kształt poszczególnych instytucji doktryny wiążącego precedensu oraz nastawienie społeczeństwa i członków profesji prawniczych na to, że precedens sądowy ma być przestrzegany, połączone jeszcze z ludzką skłonnością do podporządkowywania się ustanowionym regułom musi bowiem zaowocować większym przywiązaniem do zawartości wcześniejszych decyzji sądowych, niż ma to miejsce w przypadku, gdy z góry zakłada się i otwarcie twierdzi, że orzecznictwo sądowe w sposób prawny nie ma oddziaływać na to, jak wymierzana jest prawiedliwość.

17.2.3. Brak praktycznych różnic między wiążącym a niewiążącym precedensem sądowym

Zwięzłego komentarza wymaga również, w pewien sposób skoligacony z zagadnieniem z punktu poprzedniego, pogląd, jakoby obie doktryny precedensu, perswazyjnego i wiążącego, w swych praktycznych skutkach niczym się nie różniły. To znaczy, że niezależnie od istnienia lub braku takiego prawnego obowiązku, już sam sposób organizacji sądownictwa ma sprawiać, iż orzecznictwo sądów najwyższej instancji jest w praktyce przez sądy hierarchicznie niższe faktycznie przestrzegane. Gdyby bowiem jakiś sędzia z sądu niższej instancji pozwolił sobie na lekceważenie stanowiska panującego w sądach wyższego rzędu, w szczególności w Sądzie

Najwyższym, to odwołania wnoszone od jego wyroków byłyby nagminnie uwzględniane, a jego kariera i awans zawodowy znacznie utrudnione²⁹⁹.

Kwestia tego rodzaju obawy w zasadzie została już, notabene wraz z ideą obiektywnej mocy perswazyjnej sądowego uzasadnienia, omówiona w pkt. 2.1. niniejszego rozdziału tego opracowania. Przynajmniej zostało tam wykazane, że możliwości oddziaływania za jej pomocą są znacznie przeceniane z racji, iż jej rozmiary są zazwyczaj o wiele mniejsze, niżby się to na pierwszy rzut oka wydawało. Na tę jednak chwilę zostanie przyjęte, iż obawa przed uwzględnieniem potencjalnej apelacji (kasacji) rzeczywiście jest na tyle doniosła, że zmusza sędziów orzekających w sądach niższej instancji do powielania zapatrywań prawnych Sądu Najwyższego w stopniu identycznym jak w przypadku istnienia prawnego obowiązku w tym zakresie. Jak się też zaraz okaże, choć efekt dla pewności i przewidywalności prawa będzie w obu tych opcjach jednakowy, to jednak inne równie ważne, a może nawet i ważniejsze, względy już tak przedstawić się w nich nie będą. Chodzi tu mianowicie o kwestię sumienia sędziego i powiązane z nią zagadnienie komfortu, jaki dana doktryna precedensu ma stwarzać sędziom podczas orzekania.

Podstawowy problem twierzeń o „przemocznej” roli wspomnianej obawy polega bowiem na tym, że gdyby jedynym uzasadnieniem dla przestrzegania precedensów sądowych miał być strach przed uwzględnieniem potencjalnych apelacji (kasacji), kłopotami z awansem zawodowym czy brakiem reelekcji albo wydaleniem ze środowiska sędziowskiego, to wtedy oznaczałoby to, że dany sędzia *de facto* przedkłada starania o swoją przyszłą karierę nad własne poczucie sprawiedliwości. Jak inaczej bowiem wytłumaczyć to, że ktoś robi coś, czego czynić nie musi (prawo mu tego nie nakazuje) i co zarazem sam uważa za niewłaściwe, tylko po to, by później łatwiej czy szybciej awansować, nie bacząc przy tym jeszcze na krzywdę, jaką w swoim własnym odczuciu wyrządza adresatom wydawanych przez siebie wyroków. Nikomu nie trzeba chyba długo wyjaśniać, iż takie zachowania i osoby, które się ich dopuszczają, ze wszech miar powinny zasługiwać na potępienie. W pełni należałoby się tu zgodzić z W.E. Eybenem, iż w takim układzie rzeczy sędzia, aby zachować czyste sumienie, w ogóle nie powinien podejmować się pełnienia funkcji sądenia³⁰⁰, *ergo* już „na starcie” nie godzić się na bycie w zasięgu oddziaływania obawy o swój urząd i przebieg kariery zawodowej.

299 Na to, iż główny powód, dla którego niemieckie sądy niższej instancji stosują się do dorobku orzeczniczego sądów wyższej instancji, stanowi obawa przed uwzględnieniem apelacji od wydawanych przez te pierwsze sądy wyroków, zwracają uwagę R. Alexy i R. Dreier. W stosunku do Francji podobnie wskazują M. Troper i Ch. Grzegorzcyk. Z kolei na gruncie hiszpańskim jakiś element obawy wydają się dostrzegać w tym względzie A.R. Miguel i F.J. Laporta, którzy nadmienią ponadto, że także chęć zrobienia kariery zawodowej – takiej jak zostanie prezesem sądu – może w sposób pośredni zmuszać hiszpańskich sędziów do powielania rozwiązań z orzeczeń pochodzących od sędziów orzekających w sądach wyższych instancji. W Hiszpanii ci ostatni wchodzi bowiem w skład ciała, które podejmuje decyzje w tym przedmiocie. Zob. R. Alexy i R. Dreier, *op. cit.*, s. 36; M. Troper i Ch. Grzegorzcyk, *Precedent in France*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 117 i 118; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 274–275 i 290.

300 Zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 71 przypis nr 9.

Kwestia sumienia i godności sędziego przedstawia się natomiast zgoła odmiennie w przypadku, gdy precedensy sądowe są prawnie wiążące. Wówczas osobie wydającej wyrok o wiele łatwiej jest bowiem odróżnić to, co jest prawem, od tego, co jest jej własną oceną, i w konsekwencji mimo ewentualnej sprzeczności między tym, co wydaje się jej słuszne, a tym, czego wymaga prawo, postąpić jak należy. Bez większego ryzyka sytuację sędziego w systemie (porządku) prawnym, w jakim panuje doktryna wiążącego precedensu, można by tu mianowicie przyrównać do sytuacji sędziego, który nie zgadza się z treścią przepisu prawa ustawowego, a mimo to wydaje na podstawie tego przepisu wyrok w zawisłej przed nim sprawie – tj. w myśl zasady, że to ten przepis, a nie jego własne poglądy i zapatrywania stanowią dla niego i obywateli obowiązujące prawo³⁰¹. Przy tym nie powinno ulegać wątpliwości, że ten, kto stosuje się do wiążącego prawnie precedensu sądowego, z którym się osobiście sam nie zgadza, choć niewątpliwie pozostaje w jakimś wewnętrznym konflikcie, to jednak na pewno nie tak dużym jak ten, którym powoduje obawa przed utratą korzyści majątkowych w postaci braku awansu zawodowego czy pozbawienia go możliwości wykonywania zawodu. Taki ktoś jest też inaczej postrzegany przez społeczeństwo. Jeśli bowiem nawet jego zachowanie jest krytykowane, to jednak było ono dokonane w imieniu i w majestacie prawa, a nie z powodu czystej żądzy zysku i chęci przedłużenia okresu piastowania urzędu. Dla wielu jasnym jest też, że pretensje należy w takim przypadku kierować pod adresem tego, kto prawo ustanowił i kto władny jest je zmienić, a nie pod adresem występującego tu w roli „wykonawcy” sędziego orzekającego w sądzie niskiej instancji. Mało tego sędzia sądu pierwszej i drugiej instancji – co było już dwukrotnie podkreślane – zawsze może, a często nawet powinien zaznaczyć w uzasadnieniu wyroku, jaki wydaje, iż zastosowany przez niego precedens, który pochodzi od sądu najwyższej instancji, budzi jego zastrzeżenia, i w ten sposób przyczynić się do zaskarżenia przez przegrywającą stronę tego wyroku i ewentualnego późniejszego unieważnienia zakwestionowanego tak precedensu. Robiąc to, zachowa on bowiem niczym „niezmacone” przeświadczenie, iż sam uczynił był wszystko co było możliwe, aby wyeliminować z obowiązującego prawa treści, jakie są nieakceptowane z punktu widzenia moralności lub zdrowego rozsądku.

17.2.4. Zakaz tworzenia prawa przez sądy

Jak dotąd nie był rozważany podstawowy zarzut, jaki można by podnieść przeciwko doktrynie wiążącego precedensu, tj. doprowadzenie do naruszenia zakazu tworzenia prawa przez sądy, który to zakaz miałby wprost wynikać z zasady podziału władzy. Można by mianowicie stać

301 Notabene w odniesieniu do sędziów z federalnych sądów apelacyjnych w Stanach Zjednoczonych wskazuje się, że przy przytaczaniu dotychczas ustanowionych precedensów sądowych [w uzasadnieniach sądowych wydanych przez nich wyroków] mają oni nie dyskryminować takich precedensów pochodzących od sędziów, którzy zawdzięczają swoje powołanie innemu obozowi politycznemu niż oni sami, gdy chodzi o kwestie przyziemne. Bardziej skorzy wydają się oni natomiast do dopuszczania się tego rodzaju dyskryminacji w przypadku spraw donośniejszych lub w razie wystąpienia różnicy zdań w składzie orzekającym – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 289 przypis nr 159.

na stanowisku, że funkcja prawodawcza powinna przypadać wyłącznie ciałom ustawodawczym (legislaturom), takim jak parlamenty. Judykatura zaś ma być uprawniona jedynie do wymierzania sprawiedliwości w konkretnych przypadkach (adiudykacja), a nie do kreowania nowych norm prawnych czy też oddziaływania w inny sposób na kształt, jaki ma mieć obowiązujące prawo.

Niewątpliwie sędziowie nie powinni być zrównani w swych prawotwórczych kompetencjach z legislaturą. Zasadność tak postawionej tezy bierze się choćby stąd, iż na ogół – wyjątkiem są Stany Zjednoczone, gdzie bywa inaczej – nie posiadają oni legitymacji demokratycznej i nie ponoszą bezpośredniej, jeśli w ogóle ponoszą jakąkolwiek, odpowiedzialności przed obywatelami. Przyznanie im więc uprawnienia do tworzenia prawa na równi z parlamentem oznaczać by musiało nie tylko pogwałcenie zasady podziału władzy, ale również zasady suwerenności narodu (ludu), a tym samym przekreślenie idei demokratycznego państwa prawnego. Ponadto sędziowie nie dysponują zazwyczaj odpowiednią wiedzą naukową, w tym danymi statystycznymi, na temat poszczególnych obszarów życia (zachodzących w nich zjawisk i procesów), jakie współcześnie są przedmiotem kompleksowych regulacji prawnych. W efekcie dużo trudniej byłoby im skutecznie zrealizować jakąś „politykę” w danej dziedzinie, niż ma to miejsce w przypadku grupy ekspertów działającej w ramach lub na zlecenie współpracującego z parlamentem rządu. Co więcej, fragmentaryczne – a takie jest ono w praktyce zazwyczaj – tworzenie prawa przez różnych sędziów w różnym czasie można by przyrównać do uchwalenia ustawy, której każdy fragment (przepis) pochodziłby od innego autora, co pociągałoby za sobą groźbę braku spójności, a nawet samej czytelności. Stąd też dalekosiężne kompleksowe reformy i rozległe kodyfikacje – *nolens volens* – będą musiały pozostać domeną legislatury.

Z drugiej jednak strony niezapewnienie sądom żadnej możliwości skutecznego rozwiania niejasności i usuwania luk w obowiązującym prawie szybko może okazać się w swych skutkach katastrofalne. Prędzej czy później w praktyce muszą się bowiem zrodzić wątpliwości, którą z możliwych interpretacji przepisów ustawy uchwalonej przez parlament powinno się uważać za właściwą, tudzież wystąpić stany faktyczne, które nie są uregulowane żadnym takim przepisem, a którym trzeba przypisać jakieś skutki prawne. Rozwiązaniem nie jest tutaj, jak powszechnie wiadomo, zwrócenie się w kwestii takich wątpliwości/stanów o odpowiedź do członków parlamentu. Ci nie są bowiem na ogół skorzy do udzielania w tym przedmiocie wyjaśnień, a ponadto musieliby oni to robić większością parlamentarną, jaka niezbędna była do uchwalenia przepisów mającej zostać objaśnioną ustawy. W rezultacie w braku przyznania tu judykaturze prawa do autorytatywnego usuwania niejasności/ wypełniania luk, będziemy mieć do czynienia z dowolnością w orzekaniu, a przez to z wydawaniem odmiennych wyroków w sprawach z punktu widzenia prawa identycznych. Ucierpi przez to więc zarówno pewność i przewidywalność prawa, jak i – trudno wyobrazić sobie bowiem, by było inaczej – zasada sprawiedliwości formalnej.

Co więcej, choć może się to komuś wydać paradoksalne, taka niejednorodność i różnorodność w stosowaniu prawa ustawowego godzi w interesy samej legislatury. W sytuacji, gdy dane postanowienia tego prawa byłyby wykładane niezgodnie z wolą ustawodawcy, ale przez wszystkie sądy jednakowo, to chcąc ukrócić taką praktykę, ustawodawca zawsze może dokonać odpowiednich zmian w treści tych postanowień, wskazujących na właściwy kierunek ich rozumienia. Jeśli też tylko sąd władny do przeprowadzania autorytatywnej wykładni przepisów prawa następnie wybierze ten kierunek, to wola ustawodawcy zostanie w pełni zrealizowana. Jeżeli natomiast sąd ten nie wybierze tego kierunku, to ustawodawca po raz kolejny może dokonać takich zmian – tj. aż do momentu, w którym osiągnie on swój cel. W razie nieistnienia jednak możliwości przeprowadzania sądowej wykładni postanowień ustawowych w sposób autorytatywny, legislatura skazana jest na „rozmowę” nie tylko z sędziami z sądu (sądów) uprawnionego do takiej wykładni, ale z sędziami ze wszystkich sądów. Przy tym często może być tak, że część z tych sędziów – mimo takich samych „wskazówek” z jego strony – będzie realizować wolę ustawodawcy, a część nie, co uczyni dyskurs z nimi wszystkimi niezmiernie utrudnionym.

Brak autorytatywnej wykładni prawa stanowionego i związana z tym niejednorodność w stosowaniu tego prawa stoi zatem na przeszkodzie w zapewnieniu regulacjom prawnym odpowiedniego stopnia efektywności, na czym przede wszystkim powinno zależeć właśnie władzy ustawodawczej. W przeciwnym razie władza ta nie może bowiem skutecznie urzeczywistniać jakiejś konkretnej wizji państwa i prawa. Za realizację zaś takiej wizji, przynajmniej w założeniach, parlamentarzyści mają być w demokracji odpowiedzialni przed swoimi wyborcami i w wypadku jej zaniedbania liczyć się z tym, że nie zostaną ponownie wybrani.

W świetle powyższego wydaje się, że należy nie tyle starać się maksymalnie odseparować kompetencje władzy sądowniczej od kompetencji władzy ustawodawczej, ale zapewnić tym władzom warunki do współdziałania i urzeczywistniania pokładanych w każdej z nich oczekiwań. Zadaniem legislatury powinno być przede wszystkim wywiązanie się z obietnic wyborczych, w tym głównie drogą służącej im polityki ustawodawczej – uchwalania ustaw o odpowiedniej treści. Funkcją zaś sądownictwa, oprócz zapewnienia tym ustawom efektywności, powinno być czuwanie nad pewnością i przewidywalnością prawa. Mając zatem na względzie dotychczasowe wyniki oceny norweskiej doktryny precedensu, oczywistym wydaje się, że wyzwaniom tym sprostać może najlepiej instytucja wiążącego, a nie tylko perswazyjnego precedensu sądowego, wzbogacona dodatkowo o mechanizmy zapobiegające nadmiernej legislacji sądowej. Przy tym do mechanizmów tych należą w szczególności: wymóg, by *ratio decidendi* mogła stanowić tylko taka reguła, jaka była niezbędna do rozstrzygnięcia precedensowej sprawy, obostrzenia, zwłaszcza ilościowe, dla tworzenia prawa w *obiter dictach*, obowiązek unieważniania dotychczasowych precedensów sądowych w składach szerszych niż orzekające zazwyczaj, ograniczenie liczby sądów władnych do ustanawiania wiążących precedensów sądowych do sądów najwyższej instancji. Notabene

w doktrynie perswazyjnego precedensu mechanizmów tego rodzaju najczęściej nie ma i co więcej, nie sposób byłoby je do niej w jakiś prosty sposób wprowadzić. Tu każda reguła znajdująca się w sądowym uzasadnieniu pochodzącym od sądu wysokiej instancji może mieć bowiem moc faktycznego oddziaływania na rozstrzyganie spraw sądowych, niezależnie od jej związku z faktami sprawy, przy okazji rozpoznawania której ją sformułowano, ważne tylko, by istniała obawa lub inne czynniki skłaniające (zmuszające) sędziów do stosowania się do niej w praktyce.

Dodatkowo trzeba stwierdzić, że tak rozumiana jak w akapicie pierwszym niniejszego punktu zasada podziału władzy, nakazująca zupełny rozdział stanowienia od stosowania prawa, nie daje się również pogodzić z ideą perswazyjnych *alias* faktycznych precedensów sądowych. Mianowicie instytucja tzw. precedensu sądowego *de facto*, pod którym to pojęciem ma się kryć „pozaprawna” możliwość oddziaływania jakiejś decyzji sądowej na to, jakie wyroki są wydawane w sprawach, które rozpatrywane są przez sądy po podjęciu tej decyzji, także zakłada w sobie sądowe tworzenie prawa. Czyni to jednak w sposób bardziej zawołowany, by nie powiedzieć zagmatwany, a zarazem w swych skutkach często przypadkowy i nieobliczalny, bo o wiele trudniejszy do opanowania, niż ma to miejsce w doktrynie wiążącego precedensu.

Chcąc nie chcąc, zwolennicy precedensów sądowych *de facto* muszą bowiem akceptować jakiś element prawnego, choć nie bezwzględnego wiązania, w sensie istnienia u sędziego poczucia, że jest on w jakiś sposób, może nawet dla niego bliżej niewyjaśniony, zobligowany do przestrzegania wcześniej zapadłych orzeczeń sądowych. Gdyby bowiem chodziło tu tylko o dający się z zewnątrz zaobserwować fakt (tendencję) powielania w praktyce sądowej rozwiązań znajdujących się w poprzednio wydanych wyrokach, to nie powinno się wtedy w ogóle mówić o oddziaływaniu, a tylko o jakiejś koincydencji. Tym samym też nie powinno się nazywać takich wyroków precedensami sądowymi. Przy takim założeniu dotychczas wydane orzeczenia sądowe stanowiłyby co najwyżej jedno z wielu możliwych źródeł informacji, a co więcej, zawarte w nich argumenty i propozycje co do kształtu prawa miałyby identyczną wagę, niezależnie od tego, czy pochodziłyby one od Sądu Najwyższego, czy od zupełnie przypadkowej osoby. Jeśli jednak tzw. precedens sądowy *de facto* ma znaczyć coś więcej, tj. wskazywać na jakąś możliwość, poza samą perswazyjną siłą zawartych w nim argumentów, wpływania na to, jak orzekają sędziowie, to wtedy należy przyjąć, że precedens tego rodzaju ma w jakimś stopniu, chociażby nawet bardzo niskim, moc prawnie wiążącą (normatywną). Przecież w doktrynie wiążącego precedensu precedensy sądowe też nie wiązały absolutnie, i to nawet jeśli chodziło o sędziego orzekającego w sądzie najniższej z możliwych instancji, choćby tylko z uwagi na instytucję antycypacyjnego *overruling* (stwierdzenie oczywistego zdezaktualizowania się danego precedensowego wyroku) czy *distinguishing*. Obrazowo, choć nie jest to porównanie idealne, perswazyjny precedens sądowy można by przyrównać do niekonkluzywnej zasady, jaka obowiązuje w danym systemie (porządku) prawa. Mimo

bowiem iż zasada taka nie dyktuje w sposób bezwzględny przepisanej nią rezultatu, tak jak czynić to mają reguły prawne, to jednak trzeba brać ją pod uwagę (kierować się nią) przy określaniu skutków prawnych podpadających pod nią stanów faktycznych³⁰².

Tezę o normatywnym charakterze precedensów sądowych *de facto* potwierdza również sama praktyka powoływania się na dorobek orzecznictwa, z jaką spotykamy się w krajach z obszaru *civil law*. W krajach tych zarówno pełnomocnicy procesowi stron, jak i sędziowie przytaczają wcześniejsze decyzje sądowe jako swego rodzaju argument za postulowanym przez nich rozstrzygnięciem danej sprawy, a nie jako źródło zupełnie niewiążących informacji. Przy tym trudno byłoby ich też posądzać o to, że powołując się na okoliczność, iż poprzednim razem orzeczono w taki, a nie inny sposób, zawsze analizują oni argumentację, jaką podano na uzasadnienie tego sposobu. Samo już bowiem to, że sąd najwyższej lub wyższej instancji przejawia jakiś pogląd w danej kwestii prawnej, wydaje się w oczach prawnika/sędziego operującego również w systemie prawnym typu *civil law* stanowić wystarczający powód dla jego podzielenia – przynajmniej wówczas, gdy pogląd ten jest korzystny dla jego klienta lub przemawia za treścią wyroku, jaki zamierza on wydać.

W związku z powyższym śmiało można powiedzieć, że doktryna perswazyjnego precedensu, by w ogóle można było używać tej nazwy, stanowi odmianę doktryny wiążącego precedensu, ale bardzo niedoskonałą. To znaczy, że jest ona tworem bez wyraźnych ram instytucjonalnych i szczegółowych zasad, jakie wyznaczałyby moc wiążącą poprzednio wydanych wyroków sądowych i określały czynniki pozwalające tę moc stopniować³⁰³. W efekcie możliwość ustanawiania tzw. precedensów sądowych *de facto* nie tylko ingeruje w zasadę podziału władzy, ale ponadto wyrządza niepowetowane szkody w systemie prawa. Skutkuje ona bowiem niepewnością i nieobliczalnością prawa, a będąc jeszcze w tandemie z deklaratoryjną teorią prawa wyzuwa prawo z minimalnej przejrzystości i zrozumiałości. Na dłuższą zaś metę może rodzić nawet powszechne przeświadczenie o arbitralności i niewydolności państwowego sądownictwa, podważając przy tym sens posiadania prawa jako takiego.

Na marginesie warto też zauważyć, iż perswazyjna doktryna precedensu niemalże z definicji pozostaje w oczywistej sprzeczności ze sztandarowym dla krajów z rodziny *civil law* założeniem, iż sądy prawa nie tworzą, a jedynie je stosują („odnajdują”) – tj. że ich rola

302 Stąd bardziej poprawne byłoby mówienie w prawie kontynentalnym zamiast o precedensach sądowych *de facto* o znaczeniu *de facto* precedensów sądowych – zob. np. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, tłum. R. Adler i D.N. McCormick, Oxford 1989, s. 274.

303 Różnicy między obiema doktrynami nie można upatrywać też w tym, iż w jednej z nich wiązanie precedensem sądowym jest związaniem faktycznym w sensie nieznajdującym odzwierciedlenia w postanowieniach prawa stanowionego (np. w katalogu źródeł prawa zawartym w konstytucji), a w drugiej na odwrót. Jak bowiem zostało to opisane w rozdziale II niniejszego opracowania zarówno w anglosaskiej doktrynie precedensu, jak i norweskiej doktrynie precedensu prawny obowiązek przestrzegania precedensów sądowych nie wynikał z przepisu jakiejś ustawy, ale z utartej praktyki sądowej. W związku z tym również w doktrynie wiążącego precedensu wiązanie ma, w takim jak wyżej tych słów rozumieniu, jak najbardziej „faktyczny”, a nie „prawny” charakter.

sprowadza się wyłącznie do urzeczywistnienia tego, o czym już wcześniej przesądził był parlament, a więc bycia monteskiuszowskimi „ustami ustawy”. Gdyby bowiem tak było, to sądy w tych krajach musiałyby, kierując się tymi samymi postanowieniami prawa stanowionego, podejmować identyczne decyzje sądowe w tożsamy z punktu widzenia prawa stanach faktycznych. Za każdym też razem przepis ustawy musiałby być w sądach interpretowany i stosowany tak samo. Inaczej nie sposób byłoby bowiem pogodzić tego, że sędziowie nic od siebie nie dodają, z tym, że identyczne postanowienia prawa stanowionego w różnych sądach lub nawet tym samym sądzie zdarza im się rozumieć inaczej.

Mimo więc odmiennych założeń, biorąc pod uwagę to, że prawo w kontynentalnych systemach prawnych jest prawie w całości prawem stanowionym, działalność orzecznicza funkcjonujących w tych systemach sędziów w swych skutkach równa się temu, z czym mamy do czynienia w doktrynie wiążącego precedensu. Tym, co ma odróżniać wiązanie precedensem sądowym od jego braku, jest natomiast możliwość wydania przez sąd niższej instancji odmiennego rozstrzygnięcia, niż uczynił to wcześniej sąd nad nim przełożony, również wtedy, gdy stan faktyczny i prawny w rozpoznawanej przez niego sprawie jest identyczny. Tym samym dochodzi tu nie tylko do pogwałcenia głoszonej często z dużym przekonaniem zasady, iż sądy prawa nie tworzą, a jedynie je odtwórczo stosują, ale ponadto do łamania tej zasady w sposób przypadkowy i chaotyczny. Wyznacznikiem decyzji sądowej jest bowiem w krajach z rodziny *civil law* nie tylko treść ustawy, ale również, a może i przede wszystkim, wola każdorazowo doprecyzowującego w sposób twórczy ustawowe postanowienia sędziego. Przy tym wola ta jest nieskrępowana ani zasadą sprawiedliwości formalnej, ani stanowiskiem – przynajmniej w złożeniach – bardziej doświadczonych od sędziów orzekających w niższych instancjach członków Sądu Najwyższego.

Doktrynę perswazyjnego precedensu można by natomiast próbować uznać za lepiej przystosowaną do czynienia zadość wymogom sprawiedliwości. Sędzia, mogąc oficjalnie nie liczyć się ze stanowiskiem przejawianym w poszczególnych kwestiach prawnych przez sędziów zasiadających w Sądzie Najwyższym, dysponuje w niej bowiem większymi możliwościami pod względem wydawania słusznych w jego mniemaniu wyroków. Oczywiście jest tak pod warunkiem, że nie działa on pod wpływem obawy, o jakiej była mowa powyżej, co w praktyce może się nieraz okazać czymś nie do końca wykonalnym. Ponadto będzie tu na ogół realizowana sprawiedliwość subiektywna, a nie sprawiedliwość w poczuciu ogółu społeczeństwa. Tej ostatniej lepiej bowiem służyłyby wdrażające jej wymogi wiążące precedensy pochodzące od sądu najwyższej instancji, jakie musiałyby być powielane przez mniej doświadczonych, a tym samym przynajmniej *prima facie* mniej zdolnych do odkrycia tego, co powszechnie słuszne, sędziów z sądów niższej instancji.

Poza tym teoretycznie można by przypuszczać, iż instytucja perswazyjnego precedensu sądowego będzie lepiej służyć rozwojowi prawa aniżeli utrwalająca zastany stan rzeczy zasada *stare deisis*. Korzyści takiego rozwoju – z racji możliwości jego przerwania na każdym kroku

– byłby jednak dla systemu (porządku) prawnego na tyle niewielkie, iż straty zdecydowanie przewyższyłyby tu potencjalne zyski.

Oczywiście rzecz miałyby się zgoła inaczej w przypadku, gdyby wszyscy sędziowie, zarówno ci z sądów niskiej, jak i wyższej instancji, byli geniuszami a sprawiedliwość i rozsądnosc były obiektywnymi tworamii – choćby w relacji do danego momentu czasowego lub danej kultury prawnej. Wówczas bowiem instytucja wiążącego precedensu sądowego stanowiłaby tylko zbędny balast!

18. Podsumowanie końcowe

Podsumowując przeprowadzone powyżej rozważania, należy zauważyć, że podstawowe zarzuty wysuwane pod adresem norweskiej doktryny precedensu – a często nawet pod adresem doktryny wiążącego precedensu w ogólnosci – po uwzględnieniu całokształtu tworzących tę doktrynę instytucji okazują się w znacznej mierze chybione. Doktryna ta nie stanowi bowiem poważnej przeszkody ani dla rozwoju prawa i jego elastyczności, ani dla wydawania sprawiedliwych w mniemaniu sędziego i społeczeństwa wyroków. Wartości te w dostatecznym stopniu są realizowane za pośrednictwem wielu funkcjonujących w jej ramach rozwiązań, takich jak: a) możliwość dzielenia się swoimi pomysłami i uwagami w treści *obiter dictów*; b) pozwalająca eliminować już w sądzie pierwszej instancji zdezaktualizowane i jawnie niesprawiedliwe precedensy sądowe, antycypacyjna postać *overruling*; c) służący bardziej względem słuszności (rozsądnosci) niż pewności prawa, model precedensu sądowego z analogii; d) zezwalający na uwzględnienie specyfiki aktualnie rozstrzyganego przypadku, *distinguishing*.

Ponadto instytucja wiążących precedensów sądowych, bez cienia jakichkolwiek wątpliwości, prowadziła do wzrostu pewności i przewidywalności prawa, dając przy tym gwarancję jednolitości w jego wykładni i stosowaniu oraz zmniejszając liczbę okazji do oskarżeń o stronniczość i dowolność w orzekaniu. Stąd też użyteczność tej doktryny jest wyraźnie większa w przypadku państw o rozbudowanej strukturze sądownictwa i zunifikowanym systemie (porządku) prawnym (niepodzielonym na odrębne autonomiczne jurysdykcje). Jest tak głównie dlatego, że w takim układzie rzeczy uzyskanie jedności w stosowaniu i rozumieniu prawa jest niezmiernie trudne, a zarazem szczególnie pożądane. Także, co z punktu wymiaru sprawiedliwości jest bardzo istotne, sam komfort w orzekaniu i kwestia sumienia sędziego znalazły swojego sojusznika nie w doktrynie perswazyjnego, ale właśnie doktrynie wiążącego precedensu.

Wyżej wymienionym zaletom norweskiej doktryny wiążącego precedensu nie zaszkodziły też twierdzenia wskazujące na ocenny charakter wchodzących w jej skład instytucji, podobnie zresztą jak sugestie, jakoby nie było w praktyce różnicy między precedensem sądowym prawnie wiążącym a tzw. precedensem sądowym *de facto*. Pierwsze nie były bowiem w stanie podważyć podstawowych założeń i celów tej doktryny. Drugie zaś okazały się nazbyt pochopne,

i po głębszej ich analizie zupełnie nietrafione. Również взгляд na zasadę podziału władzy nie stanowił przeszkody w nadaniu sądowemu orzecznictwu mocy powszechnie wiążącej, a jeśli chodziło o zapewnienie legislaturze należytych warunków do stanowienia efektywnego prawa, wręcz taką moc wymuszał.

Poza powyższym tezę o wyższości doktryny wiążącego precedensu nad doktryną precedensu perswazyjnego na swój sposób wspiera też fakt dostrzegania, w tym i w Norwegii, nie tylko samych wad, ale i licznych zalet oraz korzyści, jakie niesie za sobą powielanie dotychczas ustanowionych przez sądy precedensów. Zanim zostaną one jednak wymienione, w tym miejscu wypada poczynić uwagi końcowe w przedmiocie optymalnego charakteru norweskiej doktryny precedensu.

Zarówno poczynione w pkt. 2.-15. niniejszego rozdziału tego opracowania wnioski odnośnie do poszczególnych instytucji składających się na wypracowaną w Norwegii doktrynę precedensu, jak i podsumowane w tym punkcie wyniki oceny globalnej tej doktryny zdecydowanie przemawiają na jej korzyść. Niektóre jednak z norweskich rozwiązań wymagały tutaj pewnych ulepszeń i modyfikacji w celu dokonania ich optymalizacji. Przy tym to, na czym te ulepszenia i modyfikacje miały polegać, było podawane w trakcie oceniania poszczególnych zasad rządzących norweskim precedensem sądowym, a ich zbiorcze wyszczególnienie zostało zamieszczone w pkt. 16. niniejszego rozdziału tego opracowania. Co jednak należy tu z całą mocą podkreślić, nawet po ich uwzględnieniu (wprowadzeniu) nowy kształt „norweskiej doktryny precedensu” nie będzie znacząco odbiegał od dotychczasowego. Jest to o tyle ważne, iż uzyskany w ten sposób model wzorcowej („idealnej”) doktryny precedensu nie będzie konstruktem czysto teoretycznym, ale przedsięwzięciem już w dostatecznym stopniu w praktyce zrealizowanym i na swój sposób również przetestowanym. Ta zaś okoliczność powinna stanowić dodatkowy atut i mieć niebagatelne znaczenie dla podjęcia decyzji w kwestii potencjalnego implementowania tego modelu tak w Polsce, jak i w jakimkolwiek innym kraju czy systemie (porządku) prawnym³⁰⁴.

304 Moja nieukrywana aprobata dla przeprowadzenia w systemach prawnych typu *civil law* reform na rzecz wprowadzenia w nich instytucji wiążącego precedensu sądowego nie jest bynajmniej odosobniona. Przykładowo w odniesieniu do Włoch M. Taruffo i M. La Torre wskazują, że za zmianami w takim właśnie kierunku opowiada się w tym kraju większość przedstawicieli tamtejszej nauki prawa oraz oni sami. Swojego poparcia dla zaprowadzenia doktryny wiążącego precedensu w Hiszpanii zdaje się z kolei nie kryć P. Sala, który był prezesem hiszpańskiego Sądu Najwyższego. W Niemczech zaś na stanowisku, iż tutejsze orzeczenia sądowe powinny być traktowane jako prawnie wiążące miał stać w XIX w. H. Thöl, a w wieku XX W. Fikentscher, z tym, że ten ostatni za wiążące uważał reguły powstałe w wyniku prawidłowej i zorientowanej na osiągnięcie słusznego rezultatu wykładni prawa pozytywnego (zob. M. Taruffo i M. La Torre, *Precedent in Italy*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 167, 187; A.R. Miguel i F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 259 przypis; R. Alexy i R. Dreier, *op. cit.*, s. 42 i 44–46). Jeśli chodzi o Polskę, to warto podkreślić, iż za instytucją precedensów sądowych prawnie wiążących opowiada się tu L. Morawski. Przy tym autor ten wieszczy nawet, iż *wydaje się, że wcześniej czy później wszystkie systemy kontynentalne będą musiały uznać pewne formy prawotwórstwa sądowego* (zob. L. Morawski, *Główne...*, s. 263–284, 355–357).

19. Zalety przestrzegania precedensów sądowych

Jak już zostało to w powyższym punkcie zapowiedziane, na zakończenie jako jeszcze jeden argument na rzecz norweskiej doktryny precedensu warto nadmienić, iż również w skandynawskiej, w tym norweskiej nauce prawa, dostrzega się korzyści i zalety płynące z przestrzegania precedensów sądowych. W tym kontekście wskazuje się tu bowiem na:

- a) zagwarantowanie dostatecznego stopnia jednolitości, pewności i przewidywalności prawa oraz sprzyjanie rządowi prawa;
- b) realizację zasady sprawiedliwości formalnej pojmowanej jako przejaw równości wobec prawa, w tym przeciwdziałanie retrospektywnej mocy decyzji sądowych;
- c) możliwość redukcji liczby spraw, jakie trafiają do sądów;
- d) brak konieczności rozważania na nowo podobnych spraw w sądach niższej instancji, co pozwala na zaoszczędzenie czasu/pieniędzy stronom i ich pełnomocnikom procesowym;
- e) ułatwienie pracy osobom świadczącym zawodowo pomoc prawną (adwokatom);
- f) nieangażowanie sędziów zasiadających w Sądzie Najwyższym ponad niezbędną miarę.

Jako wyjaśnienie tego ostatniego można podać, że w razie braku obowiązku liczenia się przez sądy niższych instancji ze stanowiskiem sądu najwyższej instancji, żeby ostateczne wyroki sądowe w poszczególnych sprawach posiadały kształt, jaki jest przez taki sąd pożądanym, będzie częściej zachodziła konieczność rozpoznawania tych spraw przez niego samego. Co więcej, ponieważ postępowanie przed Sądem Najwyższym wiąże się na ogół z dodatkowymi kosztami i dalszym zaangażowaniem się w spór sądowy, może się zdarzyć i tak, że często już bardzo zmęczona dwuinstancyjnym procesem i niekoniecznie znająca się na orzecznictwie tego sądu strona zaniecha wniesienia apelacji (kasacji), która z pewnością zostałaby przez ten sąd uwzględniona^{305, 306}.

305 Zob.: S. Eng, *The Doctrine...*, s. 276; S. Eng, *Precedent...*, s. 206; W.E. Eyben, *The Attitude...*, *op. cit.*, s. 59–62, 68–69, 73–74, 79–80; P.S. Lauridsen, *op. cit.*, s. 18–19; A. Aarnio, *Precedent in Finland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 90–92; G. Bergholtz i A. Peczenik, *Precedent in Sweden*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 304; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 274–275.

306 Przytoczonym zaletom przestrzegania precedensów sądowych w dość interesujący sposób zaprzecza W.E. Eyben. Podnosi on mianowicie, że nawet gdy sędziowie podejmą decyzje w fundamentalnych kwestiach dla prawa, to osoby z predyspozycją do brania udziału w sporach i tak będą się procesować. Ponadto jeśli chodzi o natłok spraw sądowych, to czynnikiem zniechęcającym do wnoszenia powództw – jak zdaje się sugerować ten autor – ma być nie wiążący charakter precedensowych wyroków, ale sam fakt natury psychologicznej, iż trudno jest przekonać kogoś, by zmienił zdanie, jeśli podjął on już wcześniej w danej materii jakąś decyzję. Poza tym w opinii W.E. Eybena sąd, by kontrolować liczbę trafiających do niego spraw, ma moc karać strony grzywną za pieniactwo: „dokuczliwe powództwo” (zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 61–62).

Jak się wydaje, W.E. Eyben w powyższych wywodach nie wziął jednak pod uwagę kilku istotnych czynników związanych z organizacją wymiaru sprawiedliwości i prowadzeniem sporów sądowych. To znaczy, że po pierwsze zupeł-

Również na gruncie systemu prawnego typu *common law* wymienia się podobne, jak właśnie wspomniane, zalety instytucji wiążącego precedensu sądowego. Oprócz już podanych przede wszystkim warto zwrócić tutaj uwagę na: a) zasadę podziału (separacji) władzy, zgodnie z którą to nie sądy, lecz legislatura dysponuje uprawnieniem do tworzenia i zmieniania prawa; b) zapobieganie – przynajmniej w jakimś stopniu – stronniczości i arbitralności (dowolności, dyskrecjonalności) w orzekaniu; c) zmniejszenie prawdopodobieństwa powstawania pomyłek sądowych; d) ograniczenie u sędziów pola dla korupcji i uprzedzeń oraz umożliwienie społeczeństwu kontrolowania tych zjawisk w pewien sposób; e) przyczynianie się do dobrowolnego wykonywania wydanych w indywidualnych sprawach wyroków na skutek ich depersonalizacji, w sensie, iż niekorzystne dla strony, która przegrała postępowanie sądowe, orzeczenie wymierzone jest nie tylko przeciwko tej stronie, ale przeciwko wszystkim osobom, które w przyszłości znajdą się w podobnej co ona sytuacji; f) poświęcenie większej uwagi i dołożenie większej staranności przy rozstrzyganiu poszczególnych spraw sądowych przez wzgląd na fakt, iż obrane w nich rozwiązania prawne będą później służyć za wzór przy rozpoznawaniu innych spraw sądowych; g) zwiększanie koherencji i zrozumiałości obowiązującego prawa³⁰⁷.

Z zalet zaś bardziej intrygujących przywołuje się tu na przykład to, że sędzia, który spogląda na zbiór precedensów sądowych, powinien dowiedzieć się sporo, widząc co inni uznali za przekonujące, albo że odwoływanie się do spraw rozstrzygniętych w przeszłości

nie pominął on konieczność ponoszenia wysokich kosztów, jakie wiążą się z postępowaniem przed Sądem Najwyższym (opłaty sądowe plus wynagrodzenie fachowego pełnomocnika procesowego, którego zastępstwo jest tutaj najczęściej obligatoryjne), nie wspominając już o konieczności angażowania własnej energii, emocji i czasu. Bez wątpienia na ponoszenie na darmo takich kosztów tylko niewielu „pieniaczy” będzie mogło sobie pozwolić. Po drugie w przypadku, gdy Sąd Najwyższy liczy więcej członków i rozstrzyga sprawy w panelach składających się tylko z niektórych z nich, różnice w poglądach i preferowanych wartościach mogą sprawić, że łatwo będzie nakłonić aktualnie orzekający panel do odstąpienia od stanowiska innego panelu, choćby ten orzekał całkiem niedawno. Często może nawet w ogóle nikogo nie trzeba tu będzie do niczego przekonywać. Po trzecie karanie przez sąd za „pieniacstwo” („dokuczliwe powództwo”), w formie np. grzywny, może rodzić u strony poczucie krzywdy i przekreślać jej wiarę w bezstronny wymiar sprawiedliwości. Ogólnie zamykanie komuś drogi sądowej poprzez straszenie go karą pieniężną za sam fakt wytoczenia powództwa nie wydaje się korespondować z pojęciem prawa do sądu i ideą rządów prawa.

Co znamienne, oprócz wyrażenia już przytoczonych, wydawałoby się wystarczająco kontrowersyjnych, poglądów, W.E. Eyben posuwa się w swojej argumentacji jeszcze dalej. Twierdzi mianowicie, że mogło by być lepiej, gdyby domniemanie, zgodnie z którym wcześniejsza decyzja sądowa jest prawidłowa (właściwa), zostało zastąpione domniemaniem, iż poprzedni wyrok był błędny [by tym sposobem zmusić adwokatów do produktywnego myślenia, a nie przywiązywania nadmiernej w jego ocenie wagi do treści dotychczas wydanych orzeczeń sądowych] (zob. W.E. Eyben, *The Attitude...*, s. 67).

Warto zauważyć, że reguła nakazująca domniemywać wadliwość zapadłych w przeszłości rozstrzygnięć sądowych, choć może skłaniać do refleksji i przemyśleń, i stąd może warto by było się nią czasami posłużyć, stosowana powszechnie w każdym możliwym przypadku oznaczać będzie całkowity paraliż wymiaru sprawiedliwości. Jest ona bowiem totalnie nieefektywna ekonomicznie. Wynikająca z obowiązku kwestionowania wszystkiego co do dzisiaj osiągnięte, konieczność podejmowania za każdym razem wszystkich rozważań od nowa wymaga niesamowicie dużych nakładów pracy, na co zarówno współcześni sędziowie, jak i strony oraz pełnomocnicy procesowi z oczywistych względów nie mogą sobie pozwolić.

307 Zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 332–335; R.S. Summers, *op. cit.*, s. 378–383; M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 24–29, 32–33.

ma pozwalać sędziemu uniknąć niepokromionej pychy. W przypadku bowiem sędziego, który darzy respektem to, co zrobili inni [sędziowie], mniej prawdopodobne ma być to, że będzie on przywoływał teorie, które są zawiłe, dziwaczne, bardzo dzielące czy też sekciarskie. Ponadto precedensowe wyroki mają stanowić coś, co umożliwia dojście do porozumienia ludziom, którzy różnią się w większości lub w wielu kwestiach – a przynajmniej coś, co może posłużyć za punkt wyjścia, od którego tacy ludzie mogą rozpocząć dyskusję³⁰⁸.

Dodatkowo w stosunku do Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej oraz jej sądu najwyższej instancji, wspomniano tutaj też o względach natury konstytucyjnej. Jako że przed powołaniem do życia Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa – który zaczął funkcjonować od dnia 1 października 2009 r. – funkcje tego sądu pełniła technicznie wyższa izba brytyjskiego parlamentu, tj. Izba Lordów (dokładnie jej Komitet Apelacyjny), za niewłaściwe uznawano bowiem uprawianie przez tę izbę legislacji na własną rękę [tj. z pełnym pominięciem Izby Gmin]. Przejawem zaś takiej samowoli legislacyjnej miała być zgodnie z tym poglądem sytuacja, w której Izba Lordów (jej Komitet Apelacyjny) mogłaby swobodnie zmieniać ustanowione przez siebie wcześniej precedensy³⁰⁹.

308 Zob. C.R. Sunstein, *op. cit.*, s. 76–77.

309 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, *op. cit.*, s. 334–335.

ROZDZIAŁ IV: W POSZUKIWANIU OPTYMALNEJ DOKTRYNY PRECEDENSU DLA UNII EUROPEJSKIEJ

1. Norweski kompromis

Jak wynikało to z rozdziału I niniejszego opracowania, głównym celem tego opracowania jest znalezienie takiej postaci doktryny precedensu, która mogłaby posłużyć jako wzorzec (rozwiązanie modelowe) dla Państw Członkowskich Unii Europejskiej oraz praktyki orzeczniczej sądów unijnych z Trybunałem Sprawiedliwości na czele. Ponadto zostało tam zaznaczone, że aby wdrożenie takiej wzorcowej doktryny precedensu mogło mieć spore szanse powodzenia, dobrze by było, aby przybrała ona charakter pośredni, tj. konstytuującą ją instytucje plasowały się gdzieś pomiędzy ich odpowiednikami z *civil law* i *common law*. Taki jej kształt miałby rodzić bowiem mniejszy opór tak po stronie Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej oraz Irlandii, jak i po stronie pozostałych Państw Członkowskich z typowo kontynentalnym systemem prawnym, niż gdyby dla celów procesu unifikacji w tym względzie wybrano anglosaską doktrynę wiążącego precedensu lub kontynentalną doktrynę tzw. precedensu sądowego perswazyjnego. Rozwiązanie kompromisowe wymagające ustępstw i podjęcia wysiłku od każdej ze stron zdaje się bowiem o wiele prostsze w implementacji w praktyce niż narzucenie jednej stronie zupełnie jej obcych rozwiązań właściwych stronie drugiej. Za taki też właśnie kompromis uchodzić miała norweska doktryna precedensu, której to kwestii warto poświęcić jeszcze trochę uwagi.

W rozdziale II niniejszego opracowania przy okazji omawiania instytucji składających się na norweską doktrynę precedensu w wielu miejscach zostały poczynione odesłania do odpowiadających im instytucji z państw z anglosaskim systemem prawnym oraz z krajów z systemem prawnym typu *civil law*. Rolą tych odesłań było jednak nie tylko lepsze zobrazowanie kształtu norweskiej doktryny precedensu, pozwalające uchwycić jej specyfikę, ale także ukazanie wypośrodkowanego (kompromisowego) charakteru tej doktryny. Przy tym o takim właśnie charakterze tej doktryny świadczyły przede wszystkim następujące jej cechy.

1. Przyznanie mocy prawnie wiążącej orzeczeniom pochodzącym od Sądu Najwyższego i tylko im, podczas gdy w krajach z rodziny *civil law* wyroki wydawane przez Sądy Najwyższe takiej mocy na ogół nie posiadają, a w krajach z obszaru *common law* za prawnie wiążące uchodzą jeszcze przynajmniej wyroki wydawane przez sądy apelacyjne.

2. Przyzwolenie na tworzenie prawa w *obiter dictach*, pod warunkiem że te są starannie sformułowane, wówczas, gdy w państwach z rodziny *common law* tylko *rationes decidendi* są wiążące, a *obiter dicta* są z zasady traktowane jako niewiążące, a w państwach z obszaru *civil law* podział na *ratio decidendi* i *obiter dicta* nie odgrywa na ogół większej – jeśli jakiegokolwiek – roli.
3. Dopuszczalność antycypacyjnej postaci *overruling*, przy jej całkowitym zakazie w krajach z systemem prawnym typu *common law* i przy na ogół nieograniczonej prawnie w żaden sposób możliwości odstępowania od stanowiska Sądu Najwyższego przez sądy nawet najniższej instancji w krajach z kręgu *civil law*.
4. Obowiązek „zakotwiczenia” wyroku w przepisie ustawy występujący głównie w prawie karnym i często jeszcze administracyjnym, przy braku takiego obowiązku w państwach z obszaru *common law* i objęciu nim wszystkich działów prawa w państwach z kontynentalnym systemem prawnym.
5. Quasi-trzecioinstancyjny charakter Sądu Najwyższego, przy bardzo rzadko wydającym wyroki sądzie najwyższej instancji w Wielkiej Brytanii i bardzo często orzekających sądach najwyższej instancji w wielu krajach z systemem prawnym typu *civil law*.
6. Względnie dyskursywny i obszerny styl uzasadnień sądowych, przy wysoce dyskursywnych uzasadnieniach decyzji sądowych obecnych w prawie anglosaskim i nieraz bardzo urzędowych i subsumcyjnych uzasadnieniach wyroków pochodzących od sędziów kontynentalnych.
7. Pewna popularność deklaratoryjnej teorii prawa, podczas jej niemalże całkowitego zarzucenia dzisiaj w Wielkiej Brytanii i czasem nawet kurczowego trzymania się jej we współczesnych państwach z rodziny *civil law*.
8. Dobra, ale nie doskonała znajomość dotychczas zapadłych wyroków sądowych u fachowych pełnomocników procesowych – przy wymuszającym taką znajomość u takich pełnomocników rygorystycznym obowiązku po ich stronie przedstawiania przed sądem zarówno korzystnych, jak i niekorzystnych dla ich klienta precedensów sądowych w Zjednoczonym Królestwie oraz, choć tu jak się wydaje w mniejszym stopniu, w Stanach Zjednoczonych i zdarzającym się braku wyraźnego wymogu posiadania wiedzy w przedmiocie takich wyroków po stronie profesjonalnych zastępców procesowych w niektórych krajach z kręgu *civil law*.

Ponadto do krajów z rodziny *civil law* zbliża Norwegię także brak odwołań do hipotetycznych stanów faktycznych w treści uzasadnień sądowych oraz duża rola nauki prawa we wpływniu na treść precedensowego prawa, a także niepodejmowanie w tutejszej judykaturze rozważań na temat instytucji precedensu sądowego i mających rządzić tą instytucją zasad. W Norwegii mniej jest też – niż w USA czy krajach z systemem prawnym typu *civil law* – orzeczeń sądowych, jakie pozostają ze sobą w sprzeczności. Wspólna natomiast systemom prawnym typu *common* i *civil*

law wydaje się w jakimś stopniu, dawniej obligatoryjna, a dzisiaj fakultatywna w Norwegii, praktyka odstępowania w Sądzie Najwyższym od stanowiska wyrażonego w orzecznictwie tego sądu w składach szerszych niż zazwyczaj orzekające w tym sądzie³¹⁰.

Jak ukazuje to powyższe wyliczenie, norweską doktrynę precedensu bez większego ryzyka można plasować gdzieś pomiędzy anglosaską doktryną precedensu a jej kontynentalną odpowiedniczką. Co więcej, doktryna ta nie tyle przeplata w sobie rozwiązania raz zaczerpnięte z obszaru Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii, a innym razem z obszaru Starego Kontynentu, ile często wypracowywała własne, odrębne instytucje, natury kompromisowej. Stąd też teza o jej wypośrodkowanym charakterze znalazła tu w pełni swoje potwierdzenie. Jest to przy tym kwestia o tyle istotna, iż jak pamiętamy, ta właściwość norweskiej doktryny precedensu miała gwarantować, że jej implementacja w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, zarówno tych z kręgu *common*, jak i *civil law*, powiedzie się. To samo dotyczy zresztą poszukiwania rozwiązań modelowych (wzorcowych) dla mającej znaczenie dla wszystkich członków Unii Europejskiej praktyki orzeczniczej unijnego Trybunału Sprawiedliwości i pozostałych unijnych sądów.

2. Potrzeby Unii Europejskiej: efektywność i jedność prawa unijnego

By określić przydatność norweskiej doktryny precedensu dla wzmożenia procesu integracji europejskiej nie wystarczy wartości, jakie dotychczas były przyjmowane w celu wyłonienia optymalnej doktryny precedensu (zob. pkt. 1.2. rozdziału III niniejszego opracowania). Dodatkowo powinny zostać tu bowiem uwzględnione jeszcze czynniki służące temu procesowi. Wzięcie ich pod uwagę może też zmienić priorytety między wartościami przyjętymi na kryteria poczynionej w rozdziale III niniejszego opracowania oceny, dając w efekcie inny, aniżeli dotąd uznawany za optymalny, kształt doktryny precedensu.

Niewątpliwie tym, co ma sprzyjać pogłębianiu integracji prawnej w ramach Unii Europejskiej, jest kreowanie odrębnego i nadrzędnego nad krajowymi porządkami prawnymi Państw Członkowskich Unii Europejskiej, wspólnego dla tych państw prawa unijnego, tak wtórnego, jak i pierwotnego. By jednak w ogóle móc mówić o istnieniu jakiegokolwiek ponadnarodowego prawa, niezbędne wydaje się zapewnienie temu prawu jedności w wykładni

310 Z racji podobieństwa do norweskiego systemu prawnego w przeprowadzonych tu rozważaniach prawno-porównawczych zostały pominięte państwa skandynawskie, tj. Dania, Szwecja oraz Finlandia. Ich systemy (porządki) prawne, mimo iż cechują się brakiem precedensów sądowych prawnie wiążących, co niewątpliwie oddala je od Norwegii, trudno byłoby bowiem kwalifikować jako typowe systemy (porządki) prawne typu *civil law*. O wiele bardziej zasadna wydaje się bowiem teza, iż wraz z Norwegią tworzą one krąg państw o odmiennym, właściwym im tylko, nordyckim systemie prawnym. Stąd też już z samej definicji przyjęcie norweskiej doktryny precedensu jako wzorca dla członków Unii Europejskiej zdaje się, że będzie rodzić u Skandynawów dużo mniejsze opory niż w przypadku mieszkańców jakichkolwiek innych Państw Członkowskich Unii Europejskiej. Na temat odrębności (specyfiki) nordyckiej rodziny prawa zob. J. Husa, K. Nuotio i H. Pihlajamäki, *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, [w:] *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, red. J. Husa, K. Nuotio i H. Pihlajamäki, Antwerp 2007, s. 1–39.

i stosowaniu. Bez osiągnięcia tego, tj. w przypadku interpretowania w poszczególnych Państwach Członkowskich tych samych postanowień prawa unijnego w sposób odmienny, a tym samym w pewnym sensie dowolny, trudno byłoby mówić o jakimś jednym wspólnym prawie Unii Europejskiej. Wciąż mielibyśmy wówczas do czynienia z wieloma różnymi regulacjami prawnymi na szczeblu krajowym, czyli *de facto* przekreśleniem idei unifikacji. Co najwyżej można by było wówczas traktować, o mniej sprzyjającej procesom integracji prawnej, harmonizacji (zbliżaniu) krajowych porządków prawnych.

Ponadto niejednolite, w zależności od tego, w którym z Państw Członkowskich się ono dokonuje, rozumienie uregulowań prawa unijnego i stanowiące tego konsekwencję podejmowanie w tych państwach odmiennych decyzji w jednakowych z punktu widzenia prawa stanach faktycznych w dużej mierze podważałoby sens kreowania prawa unijnego w ogóle. Po stronie tego prawa brakowałoby wtedy bowiem, warunkującego również jego „obiektywne” istnienie, dostatecznego stopnia efektywności. To znaczy, że za pośrednictwem takiego amorficznego w stosowaniu unijnego prawa nie tylko nie uda się zbudować odrębnego porządku prawnego, ale również trudno będzie wdrażać jakiegokolwiek unijne „polityki”.

Do zrealizowania danej „polityki” nie wystarczy mianowicie to, że członkowie organów/institucji Unii Europejskiej nakreślą im tylko wiadome zadania i cele, czy też środki zmierzające do osiągnięcia takich zadań i celów. By to zrobić, muszą mieć oni jeszcze zapewnioną możliwość precyzyjnej komunikacji z osobami, które będą urzeczywistniać te zadania, cele i środki w praktyce tudzież czuwać nad ich prawidłowym wdrażaniem lub egzekwować takie wdrażanie. Wśród tego rodzaju osób, w przypadku gdy nośnikiem jest unijne prawo, znajdują się przy tym zarówno bezpośredni adresaci nakazów i uprawnień przewidzianych przez to prawo, jak i ci, od których oczekuje się, że będą sprawować nadzór nad tymi adresatami lub będą umożliwiać tym adresatom realizację przysługujących im w świetle tego prawa praw, czyli krajowi i unijni sędziowie oraz urzędnicy. W braku możliwości porozumienia się z nimi wszystkimi, tak aby każdy zrozumiał to samo, nie uzyska się koordynacji ich działań, a tym samym nie zrealizuje się obranych przez unijne organy/institucje „polityk”. *Ergo* chcąc zapewnić prawu Unii Europejskiej maksymalną efektywność, trzeba doprowadzić do stanu, w którym prawo to będzie w możliwie jak największym stopniu jednakowo pojmowane i stosowane³¹¹.

Jak zostało już wyżej naznaczone, na straży jedności prawa unijnego mają stać nie tylko unijne sądy, z Trybunałem Sprawiedliwości na czele, ale również sędziowie krajowi. Ci ostatni są mianowicie w dużym stopniu zaangażowani w sprawowanie nadzoru nad wykonywaniem i przestrzeganiem prawa unijnego. Dzieje się to, ilekroć przy wydawaniu w danej sprawie wyroku stosują oni to prawo bezpośrednio (co ma miejsce w szczególności w przypadku unijnych

311 Na zależność między „jednością” prawa unijnego a jego efektywnością zwraca też uwagę A. Wentkowska – zob. A. Wentkowska, *Europejski Trybunał Sprawiedliwości i sądy krajowe. Doktryna i praktyka w stosowaniu prawa wspólnotowego*, Sosnowiec 2005, s. 104. Odnośnie do wagi, jaką w przypadku Unii Europejskiej posiada jednolitość, efektywność i pewność prawa, zob. też A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 102–105, 107–108.

rozporządzeń i unijnego prawa pierwotnego), jak i gdy dokonują prounijnej wykładni aktów prawa krajowego (np. interpretują przepisy ustaw krajowych w zgodzie z postanowieniami odpowiednich dyrektyw unijnych)³¹².

Oprócz budowania ponadnarodowego prawa o wysokim stopniu jednolitości i efektywności znaczenie dla pogłębienia integracji prawnej i zacieśniania współpracy gospodarczej między Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej będą mieć wszelkie rozwiązania ułatwiające zaznajomienie się z prawem krajowym innego członka Unii Europejskiej. Jest tak choćby z tej przyczyny, że wprowadzenie takich rozwiązań, zachęcając do nawiązywania kontaktów z zagranicznymi przedsiębiorcami i konsumentami, powinno zwiększyć oraz usprawnić konkurencję na unijnym rynku wewnętrznym tudzież znacznie uprościć podejmowanie większych inicjatyw i inwestycji o charakterze transgranicznym. W przypadku takich rozwiązań powinno dojść też do istotnego obniżenia kosztów obsługi prawnej, co z kolei powinno się przełożyć na obniżenie poziomu cen towarów i usług oferowanych na wspólnym rynku.

Oczywiście dla pomyślnego przeprowadzenia reform mających zapewnić wzrost jedności i efektywności prawa unijnego, czy też w inny sposób zbliżyć porządki prawne Państw Członkowskich, będzie konieczny przychylny stosunek krajowych środowisk prawniczych, w tym przede wszystkim krajowych judykatur. Bez ich aprobaty trudno byłoby bowiem wyobrazić sobie zgodne z założeniami takich reform wcielenie ich w życie, a potem konsekwentne stosowanie jakichkolwiek rozwiązań w tym przedmiocie. Jak jednak zostało to już kilka razy nadmienione, w przypadku norweskiej doktryny precedensu dostatecznym powodem dla takiej przychylności miał być kompromisowy charakter tej doktryny wraz z faktem dostatecznego przetestowania jej w praktyce. Ponieważ też został on już wykazany, w dalszych rozważaniach nie będzie on już poruszany, a nacisk zostanie położony na pozyskiwanie efektywności unijnego prawa i jednolitości w jego stosowaniu i wykładni tudzież na innych jeszcze czynnikach sprzyjających bardziej zaawansowanemu procesowi integracji prawnej w ramach Unii Europejskiej.

3. Wzorcowa doktryna precedensu dla Państw Członkowskich Unii Europejskiej

Pierwszą płaszczyzną, na której można próbować wzmocnić integrację Państw Członkowskich Unii Europejskiej, w tym zwiększyć efektywność i jednolitość prawa unijnego, są stosunki, jakie zachodzą między poszczególnymi sądami (wydawanymi przez nie orzeczeniami) na szczeblu

312 Na temat pojęcia wykładni zgodnej, zwanej inaczej prounijną (dawniej również prowspólnotową), jej przedmiotu, granic oraz teoretycznych modeli, według których może ona przebiegać, zob.: M. Koszowski, *Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony*, „Studia Prawa Prywatnego” z. 2/2012, s. 57–71; M. Koszowski, *Dwa modele wykładni prounijnej*, „Studia Iuridica Lublinensia” nr 18/2012, s. 43–58; M. Koszowski, *Granice prounijnej wykładni prawa krajowego*, „Radca Prawny” nr 130-2012 (Dodatek Naukowy), s. 15D–20D.

krajowym (wewnętrznym). Ustanowienie jednakowych zasad w tym obszarze wyraźnie zbliży do siebie porządku prawne państw będących członkami Unii Europejskiej, ułatwiając tym samym jej obywatelom poznanie obcych im praw krajowych. Poza tym taka unifikacja, pod warunkiem że towarzyszyć jej będzie implementacja odpowiednich rozwiązań, jest w stanie zapewnić większą efektywność i jednolitość prawa unijnemu, a także, jak się zaraz okaże, umożliwić organom/instytucjom Unii Europejskiej kontrolę tego, czy prawo unijne jest w danym państwie należycie interpretowane i stosowane. Takiej też doktrynie precedensu, mającej doprowadzić do zbliżenia porządków prawnych Państw Członkowskich oraz zagwarantować realizację wspomnianych wyżej wartości, będą poświęcone poniższe punkty. Przy tym doktryna ta będzie określana tu mianem „krajowej”. Pożądany natomiast kształt stosunków pomiędzy sądami krajowymi a sądami Unii Europejskiej wraz z uwzględnieniem relacji zachodzących w ramach tych ostatnich zostanie przedstawiony w pkt. 4.3.1.–4.3.7. niniejszego rozdziału tego opracowania. Będą się też one składać na doktrynę precedensu nazwaną tutaj „unijną”.

Jeszcze przed przejściem do właściwego wyводу trzeba również zauważyć, że z racji uniwersalnego charakteru jej kryteriów, wyniki oceny przeprowadzonej w poprzednim rozdziale niniejszego opracowania będą w znacznej mierze wyznaczać także kształt krajowej doktryny precedensu, jaka ma być dedykowana Państwom Członkowskim Unii Europejskiej. Stąd w tym rozdziale tego opracowania, starając się nie powtarzać już tego, co zostało stwierdzone w jego rozdziale III, zostaną omówione głównie te aspekty norweskiej doktryny precedensu, które mogą przyczynić się do zbliżenia krajowych porządków prawnych państw będących członkami Unii Europejskiej, w tym przede wszystkim prowadzić do zwiększenia jednolitości i efektywności prawa unijnego. Tam zaś, gdzie rozwiązania tej doktryny okażą się z perspektywy tych dodatkowych kryteriów niewystarczające, podobnie jak miało to miejsce poprzednio, zostaną zaproponowane stosowne modyfikacje i usprawnienia.

3.1. Moc precedensu sądowego i zakres podmiotowy *stare decisis*

Rozpoczynając od prawnie wiążącego charakteru orzeczeń pochodzących od norweskiego Sądu Najwyższego, już na wstępie należy podkreślić, że jest to rozwiązanie jak najbardziej pożądane również, gdy chodzi o potrzeby Unii Europejskiej. W razie jego wprowadzenia ilekroć krajowy sąd najwyższej instancji zastosuje prawo unijne, czy to poprzez oparcie swojego wyroku na postanowieniach unijnego prawa pierwotnego, unijnego rozporządzenia, unijnej dyrektywy nieimplementowanej w przepisany na to terminie, czy to w drodze prounijnej wykładni prawa krajowego, to ustanowi on tym samym wiążący precedens sądowy, jaki będzie musiał być później przez pozostałe sądy krajowe przestrzegany. W ten sposób prawo Unii Europejskiej uzyska też niejako dodatkowe wzmocnienie – tj. na obowiązek przestrzegania prawa unijnego wynikający z niego samego (ewentualnie jeszcze z prawa międzynarodowego lub konstytucyjnego) zostanie nałożony prawny wymóg stosowania się do stanowiących odbicie tego prawa sądowych precedensów. Przy tym wzrośnie tu nie tylko jednolitość w stosowaniu prawa

Unii Europejskiej na obszarze danego Państwa Członkowskiego, ale również i efektywność tego prawa, i to zarówno w sensie faktycznego jego obowiązywania, jak i urzeczywistnienia celu, jakiemu miało ono służyć. Temu ostatniemu powinna bowiem sprzyjać okoliczność, iż wykładni prawa unijnego, jaka jest potem sukcesywnie powielana przy rozstrzyganiu spraw sądowych, dokonali sędziowie sądu najwyższej instancji. *Ergo*, że uczyniły to osoby, przynajmniej w założeniu, w krajowym środowisku sędziowskim najbardziej kompetentne i dysponujące największą ilością czasu na przeprowadzenie wnikliwych rozważań (sądy najwyższej instancji mogą posiadać prawo do dokonania mniej lub bardziej uznaniowej selekcji spraw, jakie przyjmują do rozpoznania; z zasady nie prowadzą one również dochodzeń w materiach faktycznych i nie zajmują się oceną przeprowadzonych i przedstawionych dowodów w zakresie takich materii, co spoczywa wtedy wyłącznie na barkach sądów pierwszej i drugiej instancji).

Ponadto, co niezmiernie istotne z punktu widzenia efektywności oraz jedności prawa unijnego w wymiarze globalnym, obowiązek przestrzegania precedensów pochodzących od krajowych Sądów Najwyższych znacznie ułatwi zadanie organom/instytucjom Unii Europejskiej chcącym przeprowadzić kontrolę w zakresie tego, czy unormowania prawa unijnego są w Państwach Członkowskich prawidłowo rozumiane i stosowane. Mając bowiem za pewnik, iż stanowisko sądu najwyższej instancji jest w danym kraju powielane przez wszystkie pozostałe sądy, organy/instytucje te, by dokonać kontroli, będą mogły skupić swoją uwagę głównie na działalności samego tego sądu, nie musząc już aż tak skrupulatnie badać, jakie wyroki wydają sędziowie w niższych instancjach. Co więcej, w razie braku prawnie wiążącego charakteru precedensów ustanawianych przez sądy najwyższej instancji, praktyka orzecznicza mogłaby okazać się w kwestii objętej kontrolą niezmiernie różnorodną, w efekcie czego nie tylko trudno mogłoby być ustalić jej rzeczywisty obraz, ale równie ciężko mogłoby być definitywnie ocenić, czy jest ona jeszcze zgodna, czy już niezgodna z tym, co chciano osiągnąć unijnym prawem. Dużo trudniej, z braku bezpośrednio prowadzących do tego celu środków, byłoby też wówczas wpłynąć na wszystkich sędziów krajowych, żeby sprowadzili taką praktykę do stanu, jaki jest przez Unię Europejską pożądaną. Łatwiej bowiem organy/instytucje unijne będą miały wdać się w dyskusję z samymi tylko członkami Sądu Najwyższego niż ze wszystkimi sędziami krajowymi danego Państwa Członkowskiego.

Przy tym wówczas, gdy obowiązuje zasada *stare decisis*, do narzucenia takiego, a nie innego sposobu wykładni postanowień prawa unijnego w zupełności powinno wystarczyć ustanowienie precedensów sądowych o odpowiedniej treści. Związani tymi precedensami sędziowie przy orzekaniu w przedłożonych im do rozpoznania sprawach nie będą się bowiem mogli już łatwo zasłaniać niedookreślonością unijnego prawa tudzież inaczej jeszcze uzasadniać możliwość nadawania temu prawu wielu niedających się ze sobą pogodzić interpretacji. Znacznie trudniej będzie natomiast osiągnąć taki efekt w sytuacji, gdy to jedynie parlament, z wykluczeniem członków Sądu Najwyższego, będzie władny oddziaływać w sposób prawnie wiążący na to, jak orzekają sędziowie, w myśl zasady, iż ci ostatni podlegają jedynie konstytucji

i ustawie. Wtedy, chcąc zmusić sędziów do orzekania w ściśle określony sposób, konieczne będzie uchwalanie za każdym razem nowych, bardziej szczegółowych od obecnych regulacji prawnych. Pomijając już zagrożenie dla przejrzystości prawa na skutek źle opracowanych pod presją czasu nieustannych nowelizacji, skomplikowany i oparty na politycznym konsensusie proces legislacyjny z pewnością nie zagwarantuje wprowadzania tego typu regulacji w takim tempie, jak ustanowiona przez Sąd Najwyższy *in abstracto* (np. w miejscu zwyczajowo zarezerwowanym dla *obiter dictów* lub stosownej uchwały albo oświadczeniu niemającym związku z aktualnie rozpoznawanymi przez ten sąd sprawami) reguła. Co więcej, z braku tego rodzaju interakcji, jakie zachodzą między sędziami z sądów różnej instancji – w szczególności w kontekście rozpoznawania apelacji/kasacji – parlamentarzyści nie są też w stanie, tak jak członkowie Sądu Najwyższego, przewidzieć, jak nowo przyjęte przez nich prawo zinterpretują później sędziowie z sądów pierwszej i drugiej instancji, a już na pewno zmusić tych sędziów do obierania określonego sposobu wykładni tego prawa tudzież korygowania takiego sposobu.

Również sam zakres podmiotowy zasady *stare decisis* w przypadku krajowych doktryn precedensu powinien się pokrywać z tym, z czym spotykamy się w Norwegii. To znaczy, że za prawnie wiążące powinny uchodzić tylko orzeczenia pochodzące od sądów najwyższej instancji, tj. Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego. Przyznanie uprawnienia do ustanawiania wiążących precedensów sądom apelacyjnym, wprost proporcjonalnie do liczby tych sądów, tak jak była o tym mowa w pkt. 2.2. rozdziału III niniejszego opracowania, mogłoby prowadzić do zachwiania jednolitości w stosowaniu i rozumieniu prawa na obszarze danego kraju. To zaś automatycznie musiałby się odbić także na jedności prawa unijnego, i to już na poziomie samego jednego Państwa Członkowskiego, nie wspominając o stopniu zachwiania tą jednością, do jakiego mogłoby dojść przy takim rozwiązaniu w skali całej Unii Europejskiej. Przy tym krajowe sądy najwyższej instancji powinny być upoważnione do unieważniania swoich własnych precedensów – choćby po to, by eliminować te z tych precedensów, jakie okażą się sprzeczne z prawem unijnym. Samo zaś dokonywanie *overruling* w ramach takich sądów – przede wszystkim przez wzgląd na stabilność prawa i chęć zapobieżenia skutkom nie do końca przemyślanych decyzji – powinno, podobnie jak w Norwegii, odbywać się w składach poszerzonych tych sądów, tj. liczniejszych osobowo niż składy orzekające zazwyczaj lub skład, od którego pochodzi precedens, jaki ma zostać unieważniony (chyba że był on pełnym składem)³¹³.

313 W niniejszych rozważaniach zostały pominięte zagadnienia związane z federalną strukturą niektórych państw będących członkami Unii Europejskiej. Szukanie w tym obszarze rozwiązań modelowych na tle procesów integracji europejskich porządków prawnych niewątpliwie musi zrodzić dodatkowe problemy. Z zasady prawidłowa wydaje się tu jednak reguła, o której była mowa w pkt. 2.2. rozdziału II niniejszego opracowania w kontekście Stanów Zjednoczonych. Wedle niej precedensy Federalnego Sądu Najwyższego mają wiązać wszystkie pozostałe sądy w zakresie, w jakim dotyczą one materii zastrzeżonych dla prawa federalnego, natomiast w kwestiach, które są regulowane prawem poszczególnych części federacji, za wiążące mają uchodzić precedensy ustanowione przez Sąd Najwyższy danej części federacji. *Mutatis mutandis* regułę tę należałoby też stosować do federalnych i należących do poszczególnych części federacji Trybunałów

3.2. Pozostałe cechy krajowej doktryny precedensu

Drugą po zakresie podmiotowym zasady *stare decisis* podstawową cechą przesądzającą o kształcie doktryny precedensu jest zakres przedmiotowy tej zasady, a dokładniej wyznaczające go ujęcia istoty sądowego precedensu. Tym jednak razem rozważać już można, a nawet powinno się, pewne odstępstwa od rozwiązań wypracowanych w Norwegii. Przede wszystkim w grę wchodzi tutaj przyznanie jakiegoś prymatu, jeśli nie zupełnej dominacji, modelowi precedensu sądowego z reguł nad modelem precedensu sądowego z analogii. Ten pierwszy wydaje się bowiem w większym stopniu sprzyjać pewności i przewidywalności prawa, co bezpośrednio przekłada się na wzrost jednolitości prawa unijnego w skali krajowej. Ta zaś jednolitość miała ułatwiać dokonywanie organom/instytucjom Unii Europejskiej wspomnianej w powyższym punkcie kontroli oraz sprowadzanie obecnego stanu interpretowania prawa unijnego do jego należytej postaci. Mankamenty *the rule model*, jak skłonność do wywoływania niezamierzonych lub niesprawiedliwych rezultatów, mogłyby być tutaj łagodzone drogą korzystania z *distinguishing*, ewentualnie na skutek dopuszczenia do „kwalifikowania” *ratio* wyraźnego. Oczywiście *ratio* w postaci dorozumianej wciąż pozostawałoby wysoce niepożądanym.

Poza względem na jedność i efektywność prawa unijnego za *the rule model* przemawia też jego ogólnie większa przydatność dla procesów integracji prawnej w ramach Unii Europejskiej. Prawnikom, a tym bardziej obywatelom, z innych Państw Członkowskich o wiele łatwiej będzie bowiem zapoznać się z zawartością sformułowanej przez obcy sąd reguły precedensu sądowego, niż pojąć to, jaką wagę mają przesądzające o istotnym podobieństwie argumenty, teorie, wartości i cele w nieraz zupełnie nieznanym im środowisku prawnym (racjonalne ujęcie analogii). Tym bardziej niezmiernie ciężko im będzie zrozumieć ugruntowaną prawną tradycją wyobraźnię sędziego z obcego kraju tudzież żywione przez takiego sędziego emocje, intuicje, sądy czy pragnienia odnośnie do tego, jak powinny być rozstrzygane poszczególne sprawy sądowe (faktualne ujęcie analogii).

Przechodząc do kolejnych instytucji doktryny precedensu takich jak i *distinguishing*, to od sędziów krajowych należałoby nie tylko wymagać, by zawsze nadawali im postać wyraźną, ale również by nie omieszkali w sposób jak najbardziej klarowny i wyczerpujący wyjaśnić, dlaczego z nich w konkretnym przypadku korzystają. Tylko takie jasne i pełne uzasadnienie zapewni tu osobom z innych Państw Członkowskich możliwość prawidłowego poznania tego, co zdecydowało o unieważnieniu czy wyróżnieniu danego precedensu sądowego i co tym samym może mieć znaczenie dla unieważniania czy wyróżniania kolejnych precedensów sądowych w przyszłości. Odnośnie zaś do szczególnej postaci norweskiego *distinguishing*, to z powodu braku jej transparentności powinna być ona jeszcze rzadziej stosowana, jeśli w ogóle, aniżeli było to zalecane w pkt. 6.2. rozdziału III niniejszego opracowania. W przypadku natomiast *overruling* zasadnym jest nalegać, aby zostały zdefiniowane powody, jakie mogą za

nim w konkretnym przypadku przemawiać lub jakie mogą w takim przypadku stać mu na przeszkodzie – tak, żeby decyzja o nim mogła być uznana za dostatecznie przemyślaną i nie powodowała konieczności jej zmiany w niedalekiej przyszłości.

Ponadto można by postulować, iż o ile w zakresie materii czysto krajowych wyrok sądowy nie musi nawiązywać do przepisu prawa stanowionego (z wyjątkiem dziedziny prawa karnego, administracyjnego i podatkowego), o tyle już w kwestiach, gdzie zastosowanie znajduje prawo unijne, sędzia zawsze powinien wskazywać na odpowiedni przepis tego prawa – nawet wtedy, gdy przy wydawaniu wyroku *de facto* kieruje się ustanowionym wcześniej precedensem sądowym. Taki wymóg jest podyktowany dążeniem do uzyskania maksymalnej przejrzystości w zakresie oddziaływania i zachodzenia na siebie dwóch różnych porządków prawych: krajowego i unijnego. Pozyskanie wysokiego stopnia transparentności w tym względzie jest przy tym bardzo istotne z powodu, iż nie wszystkie Państwa Członkowskie chcą być zupełnie podporządkowane Unii Europejskiej i stąd przynajmniej niektórym z nich może zależeć na śledzeniu rozmiarów ograniczania ich suwerenności.

W świetle potrzeb europejskiej integracji prawnej warto natomiast przywołać zasadę prostego i zrozumiałego języka prawniczego, w tym determinowany nią styl norweskich uzasadnień sądowych. Bez wątplenia taki ogólnie przystępny język prawniczy niezmiernie ułatwi osobom z zagranicy poznawanie „miejscowego” orzecznictwa oraz prowadzenie postępowań przed „miejscowymi” sądami. Znając obcy język potoczny, nie muszą one już bowiem podejmować dodatkowego wysiłku w celu nauczania się, często znacznie się od niego różniącego, wysublimowanego języka, jakim posługują się zagraniczni prawnicy. To samo dotyczy zresztą argumentów używanych w dyskursie prawnym w Norwegii. Nastawiony na przekonanie pragmatyczny („zdroworozsądkowy”) sposób argumentacji prawniczej z pewnością będzie dla obcokrajowców lepiej przyswajalny, co powinno tym samym otworzyć im drogę do poznania tego, co naprawdę liczy się w „cudzym” prawie i ma faktyczny wpływ na podejmowane na jego podstawie decyzje sądowe – anizeli byłoby to, gdy będziemy mieć do czynienia z powoływaniem się w dyskursie prawnym na wysoce abstrakcyjne pojęcia i skomplikowane teoretyczne koncepcje.

Jeszcze inną zaletą może okazać się tu relatywna zwięzłość norweskich uzasadnień sądowych. Choć co prawda nie była to cecha, która spotkała się z pozytywną oceną w pkt. 9.1. rozdziału III niniejszego opracowania (z uwagi na obniżenie poznawalności i przewidywalności prawa), to jednak w kontekście integracji europejskich porządków prawnych może ona stać się korzystna. Przede wszystkim – poprzedzone najczęściej koniecznością ich przetłumaczenia na język ojczysty – zaznajamianie się z rozwlekłymi dywagacjami, w jakich dokonuje się ważenia różnych wartości, celów i argumentów, z zasady będzie dla osób z innych krajów Unii Europejskiej niezmiernie czaso- i pracochłonne. Tu też w większym stopniu wysuwa się na plan pierwszy wskazana na gruncie norweskim właściwość, iż w mniej obszernym uzasadnieniu sądowym prościej powinno być zidentyfikować ten jego fragment, jaki ma

stanowić wiążące *ratio decidendi*. Nie zmienia to jednak faktu, iż zgłębianiu tajników prawa tak ze strony prawników rodzimych, jak i ich kolegów z zagranicy powinny sprzyjać zdania odrębne oraz uzasadnienia sądowe zbieżne tylko co do wyniku, a różniące się w prowadzącej do niego argumentacji – choć i one z powyższych względów nie powinny być nazbyt rozwlekłe. W tym miejscu wypadałoby też, z jeszcze większym uporem niż w pkt. 9.3. rozdziału III niniejszego opracowania, nastawać na to, ażeby publikacja orzeczeń sądowych mających posiadać przymiot bycia prawnie wiążącymi, niezależnie od innych źródeł, zawsze odbywała się na witrynie internetowej sądu, od którego one pochodzą. Przy tym możliwość zapoznania się z zawartością tego rodzaju orzeczeń na takiej witrynie powinna nie być uzależniona od konieczności ponoszenia jakichkolwiek opłat, tj. być całkowicie bezpłatna. Takie rozwiązanie ułatwi bowiem znacznie pracę prawnikom z innych Państw Członkowskich, którzy zazwyczaj nie posiadają drukowanych zbiorów obcych orzeczeń, nie mając również wykupionego dostępu do zagranicznych elektronicznych baz danych, w których znajdują się treści takich orzeczeń.

Okoliczność bycia członkiem Unii Europejskiej nie pozbawia też trafności norweskiego stosunku do zasady prymatu krajowego prawa ustawowego nad krajowym prawem precedensowym, pojmowanej w ten sposób, iż z chwilą wydania aktu krajowego prawa stanowionego przestają obowiązywać sprzeczne z nim krajowe precedensy sądowe. Istnienie takiej zasady wydaje się w takim przypadku znajdować nawet jeszcze mocniejsze uzasadnienie. To właśnie drogą przyjęcia odpowiedniej legislacji członkowie parlamentu i wyłoniony przez nich rząd mogą najłatwiej zareagować na zgłoszone przez organy/instytucje Unii Europejskiej nieprawidłowości w stosowaniu prawa unijnego przez sądy krajowe, zapobiegając nałożeniu na państwo, którego wyborców reprezentują, sankcji groźących z tytułu niewykonywania zobowiązań posiadanych względem Unii Europejskiej. Inaczej z trudniej, z racji braku wzajemnych powiązań i zależności, może być członkom parlamentu – a tym bardziej jeszcze członkom rządu – wymóc na Sądzie Najwyższym odpowiednią, w tym jeszcze drastyczną, zmianę w stanie jego orzecznictwa. Choć trzeba też dodać, że współpraca na tej płaszczyźnie nie jest wcale czymś nie do wyobrażenia, w szczególności przy założeniu, iż sędziami zasiadającymi w sądzie najwyższej instancji powinny być osoby w dużym stopniu poczuwające się do odpowiedzialności za interesy ich kraju i jego obywateli.

Z punktu widzenia jednolitości i efektywności prawa unijnego żadnego usprawiedliwienia nie znajdują natomiast spotykane u norweskich sędziów praktyki służące obchodzeniu obowiązującego prawa takie jak: manipulacje przy opisywaniu stanu faktycznego sprawy aktualnie rozpoznawanej i przeformułowywanie precedensów sądowych. Mało tego takie praktyki jawią się tu jeszcze bardziej, jeśli w ogóle można to w ich przypadku stopniować, naganne. Mając dodatkowo na względzie środowiska prawnicze z innych Państw Członkowskich, z ich stosowaniem wiąże się bowiem jeszcze większe ryzyko dezorientacji pod względem tego, co naprawdę dzieje się w prawie, niż w przypadku samych tylko prawników rodzimych, którzy o wiele łatwiej mają je „wyłapać” i ewentualnie negatywnie ocenić (napiętnować je).

3.3. Kwestie nowe

Nowym zagadnieniem wynikającym z faktu uczestnictwa w Unii Europejskiej jest kwestia zgodności z prawem unijnym, i to nawet nie tyle ustaw wydawanych przez krajowe parlamenty, ile precedensów sądowych ustanawianych przez krajowe sądy³¹⁴. Jak pamiętamy, problem ten z racji braku członkostwa w Unii Europejskiej, a jedynie w Europejskiej Przestrzeni Gospodarczej, nie występował w Norwegii, z całą natomiast mocą dotykał Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. W pkt. 6.3. rozdziału II niniejszego opracowania jako jego rozwiązanie na gruncie zasady *stare decisis*, której zakres podmiotowy został ograniczony do orzeczeń sądu najwyższej instancji, zostały podane dwa alternatywne warianty. W myśl pierwszego z nich kolidujące z prawem unijnym krajowe precedensy sądowe mógł unieważniać tylko sąd najwyższej instancji. Poza Sądem Najwyższym mógłby być to więc jeszcze Naczelny Sąd Administracyjny i Trybunał (Sąd) Konstytucyjny. Wedle drugiego z nich unieważnić takie precedensy władne były wszystkie sądy, niezależnie od miejsca, jakie przypada im w hierarchii sądowej.

Pierwsze z wyżej wymienionych rozwiązań niewątpliwie sprzyja pewności i przewidywalności prawa jako takiego tudzież jego transparentności, drugie zaś stanowi bezpośrednią konsekwencję zasady pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej nad krajowymi porządkami prawnymi i z tego też względu w większym wymiarze służy efektywności oraz jednolitości tego prawa.

Szukając jakiegoś kompromisu pozwalającego osiągnąć w zadowalającym stopniu zarówno ogólną pewność prawa, jak i poszanowanie zasady prymatu prawa unijnego nad prawem krajowym, optymalnym wyjściem wydaje się, by krajowe precedensy sądowe, jakie są niezgodne z prawem unijnym, z zasady unieważniał sąd najwyższej instancji, a sądy niższych instancji tylko w drodze wyjątku. Temu pierwszemu należałoby to jednak umożliwić nie tylko w związku z rozpoznawaniem sprawy, w której znajduje zastosowanie krajowy precedens sądowy wymagający unieważnienia z powodu jego sprzeczności z prawem Unii Europejskiej, ale również *in abstracto*, tj. albo w *obiter dictach*, albo w specjalnie przewidzianej na ten wypadek procedurze (np. w drodze odpowiedniej uchwały podejmowanej na wniosek prezesa takiego sądu). Z kolei jeśli chodzi o sądy niższej instancji, to zgodnie z niniejszą propozycją eliminacja na ich poziomie kolidujących z prawem unijnym precedensów pochodzących od sądu najwyższej instancji miałyby się odbywać drogą antycypacyjnego *overruling* z uwzględnieniem ograniczeń wpisanych w istotę tej instytucji. To znaczy, że sprzeczność precedensu sądowego, którego unieważnienie ma zostać przyspieszone (antycypowane), powinna być tu na tyle oczywista, żeby nie rodzić wątpliwości odnośnie do tego, że precedens ten unieważniliby także sędziowie tego ostatniego sądu.

Będąc przy zjawisku kolizji krajowych precedensów sądowych z prawem unijnym, nie

314 Pod pojęciem prawa unijnego oprócz aktów prawa pisanego (pierwotnego i wtórnego) należałoby tu również rozumieć te orzeczenia sądów unijnych, które w stosunku do sądów krajowych uważa się za prawnie wiążące.

można też zapominać o instytucji pytań prejudycjalnych, jakie sądy krajowe kierują do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przede wszystkim należałoby tu postulować, aby krajowy sąd najwyższej instancji mógł wystąpić z tego rodzaju pytaniem nie tylko, gdy ma wątpliwości, czy przepis prawa stanowionego pozostaje w zgodzie z prawem Unii Europejskiej, ale również wtedy, kiedy zastanawia się, czy tego wymogu nie narusza któryś z ustanowionych przez niego wcześniej precedensów. Co więcej, prawa do zadania takiego pytania nie powinno się też odmawiać sędziom z sądów niższych instancji, aczkolwiek tutaj dochodzą pewne dodatkowe względy, które w konkretnej sprawie mogą przemówić przeciwko wystosowaniu takiego pytania³¹⁵.

Sąd niższej instancji, który stanął przed problemem mogącego pozostać w sprzeczności z prawem unijnym wiążącego precedensu sądu najwyższej instancji, ma bowiem do wyboru: a) w sposób antycypacyjny unieważnić taki precedens, uznając, iż jego sprzeczność z prawem unijnym nie tylko zachodzi, ale na dodatek jest jeszcze oczywista (jawna); b) zastosować się do tego precedensu i wyczekać na to, co zrobi sąd najwyższej instancji, o ile sprawa do niego trafi na skutek wniesienia do niego apelacji (kasacji) – tj. czy zwróci się on z odpowiednim pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, czy też bez tego samodzielnie rozstrzygnie kwestię potencjalnej niezgodności; c) nie czekając na decyzję sądu najwyższej instancji, samemu wystąpić z takim pytaniem do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, by na podstawie udzielonej przez ten trybunał odpowiedzi już w swojej instancji przesądzić o zachodzeniu wchodzącego w grę braku zgodności.

Każda z powyższych opcji ma swoje wady i zalety. Pierwsza z nich sprzyja zarówno szybkości postępowania, jak i efektywności prawa unijnego, pod warunkiem jednak że sąd niższej instancji w ocenie tego, że brakuje zgodności, się nie pomylił. Godzi ona natomiast w istotę zasady *stare decisis*, przez co może stanowić zagrożenie dla ogólnej pewności i przewidywalności prawa. Druga, podobnie jak i trzecia, bez wątpienia wydłuża czas trwania postępowania, w zamian za to daje jednak większą szansę na prawidłowe zdiagnozowanie zachodzenia sprzeczności pomiędzy krajowym prawem precedensowym a prawem unijnym, tj. stwierdzenia tego, czy jest to sprzeczność tylko pozorna czy rzeczywista. Przy tym ilekroć okazje będzie miał się wypowiedzieć tu Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, szansa ta jest największa, a jednolitość i efektywność prawa unijnego doznaje najlepszej ochrony. Prze-

315 Dodatkowym problemem jest tutaj to, iż trzymając się brzmienia traktatu, w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej rozstrzyga tylko wątpliwości co do wykładni prawa unijnego, a nie orzeka o eliminacji sprzecznego z nim prawa krajowego, jak ma to miejsce w przypadku pytań kierowanych do krajowych Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych co do zgodności ustaw i innych aktów prawa stanowionego z konstytucją. Stąd ustalenie zachodzenia kolizji między prawem unijnym a prawem krajowym – nawet po udzieleniu odpowiedzi na dane pytanie prejudycjalne – będzie należało do sądu krajowego. To zaś rodzi dylemat, czy każdy – czy tylko jakiś wybrany lub wybrane – z sądów krajowych jest władny podejmować decyzję w takiej kwestii. W temacie postulatu *de lege ferenda* przyznania Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej kognicji w zakresie orzekania o sprzeczności prawa krajowego z prawem unijnym zob. pkt. 4.3.6. niniejszego rozdziału tego opracowania.

wagę zaś opcji drugiej nad trzecią jest to, że sąd najwyższej instancji powinien uważniej niż sąd instancji niższej rozważyć potrzebę wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym, chroniąc w ten sposób Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przed paraliżem z powodu konieczności udzielenia odpowiedzi na nadmierną liczbę „retorycznych” lub całkowicie nieuzasadnionych tego rodzaju zapytań.

Mając wszystkie wymienione korzyści i ryzyka na uwadze, to, jak powinien postąpić sąd niższej instancji, w dużej mierze będzie zależeć od stopnia oczywistości, w jakim dany precedens sądu najwyższej instancji koliduje z prawem unijnym. To znaczy, że przy jej największym stopniu sąd ten mógłby, a nawet powinien, dokonać antycypacyjnego unieważnienia tego precedensu, przy jej stopniu względnym sąd ten powinien skierować pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a przy jej niewielkim stopniu sąd ten powinien zastosować się do tego precedensu, a decyzję o jego ewentualnym unieważnieniu bądź wystąpieniu z pytaniem prejudycjalnym zostawić sądowi najwyższej instancji³¹⁶. Analogiczne problemy dotyczą zresztą zadawania pytań prejudycjalnych w przypadku podejrzenia braku zgodności z prawem unijnym krajowego prawa stanowionego.

4. Unijna doktryna precedensu

Kolejne punkty niniejszego rozdziału tego opracowania będą poświęcone relacjom, jakie zachodzą zarówno wewnątrz samych tylko sądów unijnych, jak i pomiędzy tymi sądami a sądami z państw będących członkami Unii Europejskiej. Relacje te będą tu przy tym zbiorczo określane mianem unijnej doktryny precedensu. Analogicznie jak w pkt. 3. niniejszego rozdziału tego opracowania w dążeniu do uzyskania optymalnej postaci takiej doktryny prym będą wiodły wartości sprzyjające procesom europejskiej integracji prawnej, w tym przede wszystkim względ na jednolitość i efektywność ponadnarodowego prawa unijnego. Zanim jednak postać ta zostanie zarysowana, pokrótce zostanie opisana obecna struktura unijnego sądownictwa wraz z naszkicowaniem zasad, jakie dzisiaj rządzą unijnym precedensem sądowym. Jej przedstawienie jest zasadne z uwagi na to, że w stworzonych przez nią i wspomniane zasady realiach będzie musiała też być osadzana optymalna unijna doktryna precedensu. Ponadto zastany kształt tej doktryny posłuży naświetleniu tych z jej aktualnie funkcjonujących rozwiązań i instytucji, które należałoby znieść lub poddać istotnym modyfikacjom.

316 Podobne względy, jak właśnie wskazane, legły też u podstaw konstruowania wytycznych w przedmiocie zwracania się z pytaniami prejudycjalnymi do Trybunału Sprawiedliwości na gruncie Wielkiej Brytanii. Zgodnie z tymi bowiem wytycznymi sędzia krajowy przy podejmowaniu decyzji, czy wystąpić z takim pytaniem, powinien brać pod uwagę m.in.: a) długość postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości; b) groźbę przeładowania tego trybunału pytaniami tego rodzaju; c) to, czy kwestia, jaka ma stanowić przedmiot zapytania, rzeczywiście należy do szczególnie ważnych i skomplikowanych; d) wnioski samych stron oraz względ na nienarażanie ich na dodatkowe koszty – zob. A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 161.

4.1. Struktura unijnego sądownictwa

Na czele unijnego sądownictwa stoi, zorganizowany na modłę francuskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego (Conseil d'État), Trybunał Sprawiedliwości – dawniej potocznie zwany Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości (ETS). Tuż pod nim znajduje się Sąd, operujący pierwotnie, tj. od 1989 r. do 2009 r., pod nazwą Sądu Pierwszej Instancji (SPI). Przy tym Trybunał Sprawiedliwości rozpoznaje apelacje wnoszone w kwestiach prawnych od rozstrzygnięć podejmowanych przez Sąd. Poza tymi dwoma sądami mogą być jeszcze tworzone tzw. sądy wyspecjalizowane (dawniej były to tzw. izby sądowe), od wydawanych przez które wyroków z założenia ma przysługiwać odwołanie do Sądu. Do dnia 1 września 2016 r. jako sąd wyspecjalizowany (izba sądowa) funkcjonował Sąd do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej, którego kognicja sprowadzała się do rozpoznawania sporów między Unią Europejską a jej pracownikami. Trybunał Sprawiedliwości wraz z Sądem i ewentualnymi sądami wyspecjalizowanymi, jeśli zostaną one utworzone, określany jest przy tym zbiorczo Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Do sądów Unii Europejskiej próbuje się też czasem zaliczać sądy krajowe. Przy tym czyni się tak głównie dlatego, że sądy te stosują bezpośrednio niektóre akty prawa unijnego (unijne prawo pierwotne i unijne rozporządzenia), dokonują prounijnej wykładni prawa krajowego, a w wyjątkowych sytuacjach orzekają również w oparciu o unijne dyrektywy. Dla podkreślenia ich organizacyjnej odrębności od sądów wymienionych w powyższym akapicie sądy krajowe wypadałoby zwać jednak nie sądami unijnymi *sensu stricto*, lecz sądami unijnymi *sensu largo*³¹⁷.

317 Na temat sądownictwa unijnego, w tym rodzajów sądów, jakie wchodzi w jego skład, oraz kategorii spraw, jakie te sądy rozstrzygają, zob.: art. 19 Traktatu o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.U. C 202 z 7.06.2016), zwanego dalej w skrócie TUE; art. 251–281 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.U. C 202 z 7.06.2016), zwanego dalej w skrócie TFUE; art. 12, 18, 21, 38, 81, 82, 83, 103, 104, 105, 144–157 i 164 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (wersja skonsolidowana: Dz.U. C 203 z 7.06.2016); Statut Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stanowiący Protokół nr 3 do Traktatu Lizbońskiego (w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 741/2012 z dnia 11 sierpnia 2012 r. (Dz.U. L 228 z 23.08.2012), art. 9 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia Republiki Chorwacji oraz dostosowań w Traktacie o Unii Europejskiej, Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Dz.U. L 112 z 24.04.2012), rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 2015/2422 z dnia 16 grudnia 2015 r. (Dz.U. L 341 z 24.12.2015) oraz rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 2016/1192 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie przekazania Sądowi właściwości do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów między Unią Europejską a jej pracownikami (Dz.U. L 200 z 26.07.2016)), zwanym dalej w skrócie Statutem TSUE; Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości z dnia 25 września 2012 r. (Dz.U. L 265 z 29.09.2012; sprostowanie Dz.U. L 173 z dnia 30 czerwca 2016, s. 108) w brzmieniu zmienionym w dniu 18 czerwca 2013 r. (Dz.U. L 173 z 26.06.2013) i w dniu 19 lipca 2016 r. (Dz.U. L 217 z 12.8.2016), zwany dalej w skrócie Regulaminem postępowania przed TS; Regulamin dodatkowy Trybunału Sprawiedliwości (Dz.U. L 32/37 z 1.02.2014); Regulamin postępowania przed Sądem (Dz.U. L 105 z 23.04.2015), zwany dalej w skrócie Regulaminem postępowania przed Sądem. Zob. też: J.J. Barceló, *Precedent in European Community Law*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormicki R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 407–411, 433; A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, 2007, s. 45–51; K. Scheuring, *Precedens w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, 78–89, 107–118; J. Barcik i A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 137–144, 245–277;

Ponadto gdy chodzi o strukturę unijnego sądownictwa, warto też wspomnieć o instytucji rzeczników generalnych, którzy działają przy Trybunale Sprawiedliwości. Tacy rzecznicy są przydzielani do poszczególnych spraw, jakie wpływają do tego trybunału, po czym mają odpowiedni czas na zastanowienie się i sporządzenie opinii zawierającej propozycje co do sposobu, w jaki te sprawy mają zostać rozstrzygnięte. Taka opinia służy następnie jako niewiążąca wskazówka dla sędziów Trybunału Sprawiedliwości, którzy rozpoznają sprawę, w jakiej została ona wydana. Sędziowie ci mogą też wykorzystać jej zawartość i znajdującą się w niej argumentację przy opracowywaniu uzasadnienia wydawanego przez nich wyroku. W przypadku Sądu brak jest osób, które pełniłyby funkcję rzecznika generalnego na „stałe”. Do wystąpienia w roli takiego rzecznika może tu jednak zostać wyznaczony któryś z sędziów tego sądu.

Co dodatkowo interesujące, Pierwszy Rzecznik Generalny jest uprawniony do wystąpienia z wnioskiem do Trybunału Sprawiedliwości o poddanie orzeczenia Sądu kontroli z uwagi na poważne ryzyko naruszenia jedności lub spójności prawa unijnego. Przy tym ma on na to miesiąc od daty, w jakiej zapadło takie orzeczenie³¹⁸.

4.2. Aktualny obraz unijnej doktryny precedensu

W zakresie rozważań nad doktryną unijnego precedensu w pierwszej kolejności będzie nas interesować charakter orzeczeń pochodzących od sądów unijnych wraz z wyszczególnieniem, jakie dokładnie sądy są zobligowane do przestrzegania tych orzeczeń (aspekt podmiotowy unijnej *stare decisis*). Dokładnie w odniesieniu do związania wertykalnego analizie zostaną poddane tu trojakiemu rodzaju relacje: 1) między Trybunałem Sprawiedliwości a Sądem i potencjalnymi sądami wyspecjalizowanymi; 2) pomiędzy Sądem a potencjalnymi sądami

M. Koszowski, *Granice związania orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] *Granice państwa jako granice jurysdykcji w Unii Europejskiej*, red. S.M. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2012, red. S.M. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2012, s. 36–38; A. Orłowska, *Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2004, s. 240; A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 21–32. Odnośnie do aktów prawnych dotyczących działającego do dnia 1 września 2016 r. Sądu do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej zob.: Decyzja Rady z dnia 2 listopada 2004 r. ustanawiająca Sąd do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej (Dz.U. L 333 z 9.11.2004); Regulamin postępowania przed Sądem do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej z dnia 25 lipca 2007 r. (Dz.U. L 225 z 29.08.2007), zwany dalej Regulaminem postępowania przed Sądem do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej; Uchylony załącznik nr 1 do Statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stanowiący Protokół nr 3 do Traktatu Lizbońskiego; Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 2016/1192 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie przekazania Sądowi właściwości do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów między Unią Europejską a jej pracownikami (Dz.U. L 200/137 z 26.07.2016).

318 W przedmiocie instytucji rzeczników generalnych, w tym ich zadań i kompetencji, zob.: art. 252 i 253 TFUE; art. 19 TUE; art. 2–8, 49, 62 Statutu TSUE; art. 3–7 Regulaminu postępowania przed TS; art. 3 § 3 i 4 i art. 30–31, 41 § 3, art. 46 § 7, art. 92 § 5, art. 92 § 3, art. 96 § 3, art. 110 § 3, art. 112 Regulaminu postępowania przed Sądem; Decyzję Rady z dnia 25 czerwca 2013 r. w sprawie zwiększenia liczby rzeczników generalnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nr 2013/336/UE (Dz.U. L 179/92 z 29.06.2013). Zob. też: J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 408, 410, 411; K. Scheuring, *op. cit.*; s. 87–88, 104–107; J. Barcik i A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 141; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 38.

wyspecjalizowanymi; 3) między Trybunałem Sprawiedliwości, Sądem i potencjalnymi sądami wyspecjalizowanymi a sądami krajowymi. Z kolei w nawiązaniu do związania horyzontalnego w grę będzie wchodzić tu obowiązek po stronie potencjalnych sądów wyspecjalizowanych, Sądu oraz Trybunału Sprawiedliwości do przestrzegania swoich własnych precedensów. Następnie przedmiotem analiz będzie model unijnego precedensu sądowego, styl i rodzaje unijnych uzasadnień sądowych oraz problematyka odstępowania od zapatrywań prawnych dotychczas przejawianych przez dany sąd unijny.

4.2.1. Moc prawna unijnych orzeczeń sądowych

Kwestia istnienia lub braku mocy prawnie wiążącej w przypadku unijnych orzeczeń sądowych budzi liczne wątpliwości i nie jest obecnie definitywnie rozstrzygnięta. Zasadniczo dyskusja obraca się tutaj wokół instytucji tzw. pytań prejudycjalnych albo tzw. pytań wstępnych, jakie są kierowane do Trybunału Sprawiedliwości przez sądy krajowe. W mniejszym natomiast natężeniu porusza się problem wiążącego charakteru wyroków Trybunału Sprawiedliwości lub Sądu wydawanych przy rozpoznawaniu spraw innego rodzaju, choć co do zasady moc takich wyroków powinna być taka sama jak orzeczeń stanowiących odpowiedzi na wspomniane pytania.

Same pytania prejudycjalne (wstępne) mogą przy tym dotyczyć dwóch rodzajów zagadnień. Po pierwsze sąd krajowy może zwrócić się z nimi, aby zostało mu wskazane, jak należy interpretować prawo Unii Europejskiej – tak pierwotne, jak i wtórne (pochodne). Po drugie przedmiotem zapytania może być tu kwestia ważności aktu prawnego przyjętego przez organy/instytucje Unii Europejskiej (pozbawiać jej go mogą np. sprzeczność z unijnym prawem pierwotnym lub niedochowanie procedury przepisanej dla jego przyjęcia). W odpowiedzi też na te pytania Trybunału Sprawiedliwości wydaje tzw. orzeczenia prejudycjalne tudzież tzw. orzeczenia wstępne³¹⁹.

319 Uprawniony do zadawania pytań prejudycjalnych jest przy tym każdy sąd krajowy, który uzna, iż od odpowiedzi na takie pytanie zależy rozstrzygnięcie zawisłej przed nim sprawy. Nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym jest natomiast każdy sąd krajowy, przed którym zostanie podniesione takie pytanie i od którego wyroku zgodnie z prawem wewnętrznym (krajowym) nie przysługuje stronom środek odwoławczy. Pytania prejudycjalne rozpoznaje Trybunał Sprawiedliwości. W statucie TSUE mogą jednak zostać określone rodzaje spraw, w jakich odpowiedzi na nie będzie udzielał Sąd. Co też interesujące, o fakcie wniesienia pytania prejudycjalnego sekretarz Trybunału Sprawiedliwości – oprócz stron, Komisji Europejskiej, podmiotu, który przyjął akt mający być przedmiotem wykładni czy weryfikacji – zawiadamia wszystkie państwa będące członkami Unii Europejskiej. Każde z tych państw może też następnie, w ciągu dwóch miesięcy, wyrazić swoje zdanie w kwestiach objętych takim pytaniem (przedkładając pisma procesowe lub uwagi na piśmie). Odnośnie do instytucji pytań prejudycjalnych (wstępnych) oraz wydawanych w odpowiedzi na nie orzeczeń prejudycjalnych (wstępnych) zob.: art. 256 ust. 3 i art. 267 TFUE; art. 23 i 23a Statutu TSUE; art. 93-114 Regulaminu postępowania przed TS; P. Justyńska, *Rola Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w procesie interpretacji prawa wspólnotowego i prawa krajowego państw członkowskich*, [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005, s. 89–94; J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 408; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 185–198; A. Orłowska, *op. cit.*, s. 240, 243; A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 202–217; J. Barcik i A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 212–218; K.

Odpowiedź udzielona przez Trybunał Sprawiedliwości na dane pytanie prejudycjalne z pewnością musi wiązać w sprawie, w związku z rozpoznawaniem której to pytanie zostało temu trybunałowi zadane. Wynika to bowiem już z samej istoty tego typu pytań, tj. w przeciwnym razie zarówno występowanie z nimi, jak i angażowanie sędziów Trybunału Sprawiedliwości w odpowiadanie na nie, nie miałyby większego sensu. Poważnym problemem pozostaje jednak to, czy orzeczenia wstępne Trybunału Sprawiedliwości powinny posiadać moc wiążącą również w innych sprawach, w jakich postępowania toczą się lub będą się toczyć przed sądami krajowymi tego samego lub innego Państwa Członkowskiego. Przy tym chodzi tu oczywiście o te postępowania przed takimi sądami, w których występuje ta sama, co poruszona w danym pytaniu prejudycjalnym i uzyskanej na nie odpowiedzi kwestia prawna. W literaturze przedmiotu można się natknąć na skrajne odmienne poglądy w tym przedmiocie. Jedni uznają orzeczenie wstępne za nieposiadające jakiegokolwiek mocy wiążącej w sprawach innych niż ta w związku z rozpatrywaniem której zostało zadane pytanie prejudycjalne, które spowodowało jego wydanie. Inni twierdzą, że jak najbardziej orzeczenia prejudycjalne są w sposób prawny wiążące, i to dla wszystkich bez wyjątku sądów Państw Członkowskich. Z kolei jeszcze inni wskazują tu na jakies rozwiązania pośrednie, czyniąc czasem przy tym jeszcze różnorakie dystynkcje. Tak zgodnie z jednym ze stanowisk orzeczenia wstępne, w których stwierdzono nieważność jakiegoś aktu unijnego prawa pochodnego, mają być dla sędziów krajowych prawnie wiążące, podczas gdy orzeczenia wstępne, w których dokonano interpretacji prawa unijnego, mają być już pozbawione tego przymiotu. Przeważającą opinią mimo wszystko zdaje się być ta, zgodnie z którą orzeczenia prejudycjalne posiadają moc powszechnie obowiązującą lub bardzo do niej zbliżoną³²⁰.

Również ze stanowiska zajmowanego przez Trybunał Sprawiedliwości wywnioskować można, że orzeczenia wstępne traktuje on jako prawnie wiążące dla sądów z państw będących członkami Unii Europejskiej. W jego bowiem ocenie sędzia krajowy z takiego państwa w sytuacji, gdy dana kwestia prawna została już rozstrzygnięta w jakimś orzeczeniu prejudycjalnym, ma posiadać tylko dwa wyjścia – tj. bądź zastosować się do propozycji zawartej w tym orzeczeniu, bądź wystąpić z nowym pytaniem prejudycjalnym w celu potwierdzenia

Scheuring, *op. cit.*, s. 205–210; K. Piasecki, *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 68–72; P. Dąbrowska-Kłosińska, *Skutki wyroków prejudycjalnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w postępowaniu przed sądami krajowymi w świetle orzecznictwa Trybunału i prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 391–418; A. Grzelak, *Sytuacja polskich sądów w odniesieniu do pytania prejudycjalnego w dziedzinie współpracy w sprawach karnych w Unii Europejskiej*, [w:] *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 419–436; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 40–41.

320 W kwestii charakteru orzeczeń sądów unijnych, w tym wątpliwości co do ich mocy prawnie wiążącej, zob.: M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 41–44; J. J. Barceló, *op. cit.*, s. 415–416, 420–426; P. Craig i G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, wyd. 5, Oxford 2011, s. 448–454, 475–476; R. Cross i J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 16; J. Holland i J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 171; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 98–99, 102–103, 177–188, 211–235; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 118–119; A. Orłowska, *op. cit.*, s. 241, 242, 243–244; K. Piasecki, *op. cit.*, s. 70, 73–75, 76; P. Justyńska, *op. cit.*, s. 89–93, 98–99; P. Dąbrowska-Kłosińska, *op. cit.*, s. 397–408, 413, 414, 415–416.

lub zmiany tej propozycji. Ta druga jednak opcja ma dotyczyć przede wszystkim przypadków, w których podany w orzeczeniu wstępnym sposób wykładni rodzi jakieś niejasności. Ponadto, w opinii Trybunału Sprawiedliwości, o nieważności aktów unijnego prawa pochodnego władny ma być orzekać tylko on sam. Sądy krajowe mają zaś moc jedynie jego zdanie w tej materii podzielać, ewentualnie w przypadku, gdy nie miał on okazji się w stosunku do danego aktu prawnego wypowiedzieć, uznać ten akt za ważny. W żadnym natomiast razie nie wolno im ogłosić o nieważności jakiegoś fragmentu unijnego prawa pochodnego, decydowanie o tym ma stanowić bowiem wyłączną domenę sądów *stricte* unijnych. Przy tym ogólnie sąd krajowy – w ocenie Trybunału Sprawiedliwości – ma moc poniechać wystąpienia z konkretnym pytaniem wstępnym jedynie wtedy, gdy odpowiedź na nie byłaby oczywista³²¹.

W takim też podejściu jak nakreślone w powyższym akapicie upatruje się przejaw działania na gruncie prawa Unii Europejskiej zasady *clara non sunt interpretanda*. Przy tym zasada ta ma się tu manifestować zarówno w ujęciu *acte clair*, tj. że postanowienia dostatecznie jasne nie wymagają interpretacji, jak i w postaci *acte éclairé*, tj. że nie ma potrzeby przeprowadzania dalszej wykładni tych wszystkich postanowień, których znaczenie, choć z początku było wątpliwe, zostało już kiedyś wyjaśnione³²².

Oprócz poglądów przedstawicieli nauki prawa oraz pochodzących od niego samego wyjaśnień i nakazów, duże znaczenie dla przestrzegania ustanowionych przez Trybunał Sprawiedliwości precedensów, a tym samym ich „faktycznej mocy wiążącej”, ma też to, jaką postawę w tym względzie przyjmują poszczególne krajowe judykatury. Zachodzą w niej bowiem zauważalne różnice zarówno co do częstotliwości i łatwości, z jaką są zadawane pytania prejudycjalne, jak i w samym „podporządkowywaniu się” orzecznictwu unijnemu³²³.

321 Zob. pkt. 12–13 i 15–17 Zaleceń dla sądów krajowych, dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (2012/C 338/01) i pkt. 5–7 Zaleceń dla sądów krajowych, dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (2016/C 439/01) oraz pkt. 5–7 Zaleceń dla sądów krajowych dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (2018/C 257/01), a także wyroki w sprawach: *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v. Administration fiscale néerlandaise* (28–30/62); *Renato Manzoni v. Fonds national de retraite des ouvriers mineurs* (112-76); *SpA International Chemical Corporation v. Amministrazione delle finanze dello Stato* (66/80); *Srl CILFIT Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della sanità* (283/81); *Firma Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost* (314/85); *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co. v. Federal Republic of Germany* (69/85); *Pretore di Salò v. X* (14/86); *TNT Traco SpA v. Poste Italiane SpA and Others* (C-340/99); *Criminal proceedings v. Kenny Roland Lyckeskog* (C-99/00); *Kühne & Heitz NV v. Produktschap voor Pluimvee en Eieren* (C-453/00); *Gerhard Köbler v. Republik Österreich* (C-224/01); *Gaston Schul Douane-expediteur BV v. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit* (C-461/03); *Intermodal Transports BV v. Staatssecretaris van Financiën* (C-495/03); *Traghetti del Mediterraneo SpA v. Repubblica italiana* (173/03). Zob też opinie rzeczników generalnych w sprawach takich jak: *SpA International Chemical Corporation v. Amministrazione delle finanze dello Stato* (66/80); *Renato Manzoni v. Fonds national de retraite des ouvriers mineurs* (112–76); *Amministrazione delle Finanze v. Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi* (66, 127 i 128/79).

322 Zob.: P. Justyńska, *op. cit.*, s. 88, 98–99; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 268–269; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 216–222; P. Dąbrowska-Kłosińska, *op. cit.*, s. 401–402 (zob. też s. 402–405).

323 Na temat stosunku, jaki do kierowania pytań prejudycjalnych oraz mocy wiążącej orzeczeń pochodzących od

Co jednak znamienne, same sądy *stricte* unijne nie są w sposób prawny zobligowane do przestrzegania orzeczeń pochodzących od organu sądowego wyższego rzędu. Podkreśla się jednak, że – mimo iż nie stanowi to obowiązku – w praktyce Sąd wzoruje się na wyrokach dotychczas wydanych przez Trybunał Sprawiedliwości wyrokach. Tego samego należałoby się też spodziewać po sądach wyspecjalizowanych, w razie ich utworzenia. W zasadzie jedynym wyjątkiem na rzecz prawnego związania jest tutaj sytuacja, w której w wyniku wniesionego do nich odwołania Trybunał Sprawiedliwości lub Sąd zwraca odpowiednio Sądowi lub sądowi wyspecjalizowanemu sprawę do ponownego rozpoznania. Wówczas, ale tylko na użytek rozpatrzenia tej sprawy, zapatrywania Trybunału Sprawiedliwości/Sądu w kwestiach prawnych są dla sądu, któremu została ona przekazana do ponownego rozpoznania, wiążące³²⁴.

Drugi rodzaj związania, tj. związanie w poziomie, w przypadku sądów *stricte* unijnych budzi najmniej wątpliwości. Zarówno bowiem z opracowań akademickich, jak i jego własnych wypowiedzi wynika, iż Trybunał Sprawiedliwości nie poczuwa się do bycia w sposób prawny zobowiązanym do powielania rozwiązań z poprzednio wydanych przez siebie wyroków. Nie oznacza to jednak, że w praktyce przy rozstrzyganiu przedłożonych mu spraw nie zwykł się on powoływać na swoje dotychczasowe orzecznictwo, stosując się do zajętego w nim stanowiska w poszczególnych kwestiach prawnych³²⁵. Analogicznie rzecz ta się ma w przypadku Sądu. Również i on nie sprawia bowiem wrażenia bycia prawnie związanym wcześniej wydanymi przez siebie orzeczeniami³²⁶. Także od potencjalnych sądów wyspecjalizowanych, na chwilę dzisiejszą, nie powinno się raczej spodziewać w tym względzie jakiejś rewolucji.

W żadnym natomiast wymiarze, ani horyzontalnie, ani wertykalnie, za prawnie wiążące nie uchodzą opinie rzeczników generalnych, działających na stałe przy Trybunale Sprawiedliwości czy ewentualnie występujących *ad hoc* w Sądzie. Zawarte w takich opiniach stanowisko zawsze stanowi jedynie „czysto” orientacyjną wskazówkę odnośnie do tego, jak można by daną sprawę rozstrzygnąć. Nie jest też ono w żaden sposób na przyszłość wiążące dla tych, którzy je wyrazili, tudzież innych rzeczników generalnych³²⁷.

Trybunału Sprawiedliwości, mają sędziowie w poszczególnych Państwach Członkowskich zob. K. Scheuring, *op. cit.*, s. 255–260 oraz A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 122 (Francja), s. 128 (Holandia), s. 142–144 (Niemcy), s. 152–153 (Włochy), s. 160–161, 162, 165 (Wielka Brytania), s. 170 (Grecja), s. 174–175 (Austria).

324 Zob.: art. 61 akapit 2 Statutu TSUE; J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 421; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 117–118; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 183–188; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 39. Zob. też wyrok Sądu Pierwszej Instancji w sprawie NMB France SARL, NMB-Minebea-GmbH, NMB UK Ltd and NMB Italia Srl v. Komisja Wspólnot Europejskich (T-162/94). Por. też nieobowiązujący już art. 113 § 1 Regulaminu postępowania przed Sądem do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej.

325 Zob.: J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 420; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 115–116; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 177–183; A. Orłowska, *op. cit.*, s. 241, 242; A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 42; K. Piasecki, *op. cit.*, s. 76; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 39. Zob. też wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Internationaler Hilfsfonds eV v. Komisja Wspólnot Europejskich wraz z opinią rzecznika generalnego (C-331/05 P).

326 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 420–421; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 117; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 177–178, 183; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 39–40.

327 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 426 i M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 40.

4.2.2. Pozostałe aspekty unijnej praktyki orzeczniczej

Jeśli chodzi o sposób ujmowania istoty precedensu sądowego, to w przypadku unijnej praktyki orzeczniczej należałoby mówić o *the rule model* lub modelu precedensu sądowego z zasad. Zazwyczaj bowiem, chcąc powołać się na orzecznictwo sądów *strictae* unijnych, sędziowie z tych sądów, zwłaszcza ci zasiadający w Trybunale Sprawiedliwości, najpierw wskazują na jakąś ogólną zasadę lub regułę, a potem na jej poparcie przytaczają szereg spraw rozstrzygniętych w przeszłości. Przy tym ta reguła/zasada jest tu często w takiej postaci, w jakiej została ona sformułowana w uzasadnieniu dołączonym do orzeczeń wydanych w tych sprawach. Ona też stanowi faktyczną podstawę dla wydania wyroku w sprawie aktualnie rozpoznawanej³²⁸.

Sędziowie unijni nie recypowali natomiast tego ujęcia istoty precedensu sądowego, które bazowało na rozumowaniu *per analogiam*. Nie przywykli oni bowiem do wdawania się w rozważania nad aspektem faktycznym poprzednio rozstrzygniętych przypadków, by na tej podstawie ustalać skutki prawne przypadku, jaki jest aktualnie przez nich rozpoznawany. Swoje decyzje z definicji podejmują oni bowiem w oparciu o wyizolowaną od konkretnych faktów ogólną zasadę bądź regułę³²⁹. Dość trudno też argumentować za tym, iż przywiązują oni sporą wagę do podziału na nawiązujące do okoliczności faktycznych precedensowej sprawy *ratio decidendi* i mogące nie mieć nic wspólnego z takimi okolicznościami *obiter dicta*³³⁰.

Gdy mowa jest o *overruling*, to wskazuje się, że Trybunału Sprawiedliwości, zwłaszcza dawniej, nadawał mu często postać dorozumianą. To znaczy, że potrafił on nie zaznaczyć wyraźnie, iż wydając wyrok o takim, a nie innym kształcie, zrywa on z poprzednio zajmowanym przez siebie w danej kwestii prawnej stanowiskiem³³¹. Poza *overruling* w działalności orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości ma być też czasem można natknąć się na coś, co mniej

328 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 414, 417, 427, 433; A. Orłowska, *op. cit.*, s. 241, 242; K. Piasecki, *op. cit.*, s. 75–76; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 115–116; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 45.

329 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 416, 427; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 45.

330 Zob. R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 17; R. Cornish, *op. cit.*, s. 51; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 45.

Kwestia ta nie jest jednak do końca oczywista. Choć, jak się wskazuje, sędziowie unijni na ogół nie posługują się takim pojęciem jak *ratio decidendi* tudzież inną nazwą na jego określenie, z uzasadnienia wyroku Trybunału Sprawiedliwości wydanego w sprawie *Associazione Industrie Siderurgiche Italiane (ASSIDER) v. High Authority of the European Coal and Steel Community (5/55)* wynikałoby, że za ekwiwalent *ratio* w przypadku unijnych precedensów sądowych należałoby uznawać tzw. *operative part* (sentencję) danego orzeczenia oraz jej podstawy (powody, ją uzasadniające). Trybunał Sprawiedliwości oznajmił tu mianowicie, iż: *It is necessary to define the parts of the text of a judgment which may be the subject of interpretation. Obviously they can only be those which express the decision of the Court on the matter submitted to it: the operative part and such of the grounds as determine it and are essential for that purpose; those are the parts of the judgment which constitute the actual decision. On the other hand, the Court is not called upon to interpret ancillary matter which supplements or explains those basic grounds.* Podział na *ratio decidendi* i *obiter dicta* w stosunku do orzeczeń pochodzących od sądów unijnych próbują też podtrzymywać (wprowadzać) niektórzy rzecznicy generalni oraz przedstawiciele nauki prawa – zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 427–428; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 149–177; K. Piasecki, *op. cit.*, s. 76.

331 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 416, 420, 430–432, 434; A. Orłowska, *op. cit.*, s. 241; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 116 przypis nr 376; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 195–199; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 49.

lub bardziej przypomina anglosaskie wyróżnianie precedensów sądowych³³². W kontekście tej działalności nadmienia się również o takich zachowaniach wśród unijnych sędziów, które w swej istocie są zbliżone do anglosaskiego zabiegu przeformułowywania (reinterpretacji) precedensów sądowych: pozorna akceptacja precedensowego wyroku, by w jej efekcie wydać odmienne od tego, które on dyktuje, rozstrzygnięcie³³³.

Mimo iż unieważniania jak dotąd ustanowionych precedensów z mocą wyłącznie na przyszłość w dzisiejszej praktyce Trybunału Sprawiedliwości się raczej nie uświadczy, można spotkać się w niej z taką odpowiedzią na pytanie prejudycjalne, w której w dość specyficzny sposób zostaje ograniczony jej skutek retrospektywny. Choć na ogół jego wyroki mają moc wsteczną, Trybunałowi Sprawiedliwości zdarza się mianowicie czasem zastrzec, iż wydawane przez niego orzeczenie wstępne, oprócz sprawy, w związku z rozpoznawaniem której zostało zadane pytanie prejudycjalne, odnieść ma skutek jedynie względem spraw, w jakich powodztwa zostały już przed sądami krajowymi wytoczone. Poza tym przyjęte w tym orzeczeniu stanowisko ma dotyczyć tylko stosunków faktycznych, które zostaną nawiązane w dacie późniejszej niż data jego wydania. Dzięki tego rodzaju zastrzeżeniu można niewątpliwie uchronić sądy krajowe przed lawiną skarg opartych na zdarzeniach z przeszłości^{334, 335}.

Z pozostałych zagadnień mających znaczenie w kontekście doktryny precedensu warto poruszyć kwestię unijnych uzasadnień sądowych, w tym ich rodzajów, liczby i stylu. U członków

332 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 430–432 i K. Scheuring, *op. cit.*, s. 192–195.

333 Zob. K. Scheuring, *op. cit.*, s. 199 i M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 50.

334 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 432–433; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 130–131, 143, 232; P. Dąbrowska-Kłosińska, *op. cit.*, s. 408–413; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 48. Por. też wyroki Trybunału Sprawiedliwości w sprawach: Amministrazione delle finanze dello Stato v. Denavit italiana Srl (61/79); Amministrazione delle Finanze v. Srl Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli and Fratelli Ultrocchi (66, 127 i 128/79); Silos e Mangimi Martini SpA v. Ministero delle Finanze (C-228/99). Odnośnie do przykładu orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, którego skutek retrospektywny został wyraźnie ograniczony, zob. wyrok tego trybunału w sprawie Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (43-75).

335 Ogólnie retrospektywny charakter unijnych orzeczeń sądowych znalazł potwierdzenie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Kühne & Heitz NV v. Produktschap voor Pluimvee en Eieren (C-453/00), z którego wynika, że w ramach możliwości wzruszania ostatecznych decyzji administracyjnych, jakie przewiduje prawo krajowe, należy wzruszyć takie decyzje utrzymane wyrokiem sądu krajowego wydanym w ostatniej instancji wówczas, gdy ich podstawę prawną stanowiło prawo Unii Europejskiej zinterpretowane w sposób, jaki w świetle późniejszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej okazał się niewłaściwy, a osoba zainteresowana wystąpiła ze stosownym wnioskiem niezwłocznie po powzięciu wiadomości o takim orzecznictwie. Na moc wsteczną orzeczeń pochodzących od sądów unijnych nie wydaje się mieć również wpływu samo to, że stan faktyczny występujący w sprawie rozpoznawanej przez krajowy organ stosujący prawo miał miejsce przed datą, w jakiej dane Państwo Członkowskie przystąpiło do Unii Europejskiej. Ilekroć bowiem tego rodzaju organ orzeka w oparciu o prawo unijne, tylekroć – ażeby móc to prawo prawidłowo zinterpretować i zastosować – musi on wziąć pod uwagę nie tylko treść aktów unijnego prawa pochodnego i pierwotnego, ale również zawartość unijnego orzecznictwa (wszak to ona wskazuje na to, jak postanowienia takich aktów powinno się rozumieć). Zasadności tej tezy nie wydaje się przy tym przeczyć fakt, iż Trybunał Sprawiedliwości odmawia niekiedy udzielenia odpowiedzi na pytania prejudycjalne wystosowane do niego na tle takich „przedakcesyjnych” stanów faktycznych. Por. P. Dąbrowska-Kłosińska, *op. cit.*, s. 396 wraz z przywołaną tam literaturą.

Trybunału Sprawiedliwości nie dojrzy się bowiem w ogóle zdań odrębnych ani uzasadnień zbieżnych co do ostatecznego wyniku, ale różniących się w prowadzącej do takiego wyniku argumentacji. Mimo też iż w treści wydanego orzeczenia znajduje się tu nazwisko każdego z sędziów biorących udział w naradzie poprzedzającej głosowanie nad tym orzeczeniem, to jednak nie podpisują się już pod nim oni wszyscy. Wydany przez takich sędziów wyrok sygnuje bowiem tylko prezes i sekretarz. W rezultacie w razie wystąpienia różnicy zdań pomiędzy poszczególnymi członkami składu orzekającego, nie wiadomo, kto i jak głosował. Przy tym próbując jakoś wyjaśnić takie rozwiązania, wskazuje się, że może w ich przypadku chodzić o obawę Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności w początkowym okresie jego działania, przed możliwością podważania jego autorytetu. To mogłoby bowiem mieć miejsce w razie wyjścia na jaw faktu występowania różnic w poglądach jego poszczególnych członków, które świadczyłyby o zachodzeniu wewnętrznych sprzeczności w jego funkcjonowaniu. Dopuszczenie z kolei do zgłaszania zdań odrębnych miałyby móc ujawnić narodowe uprzedzenia u orzekających w nim sędziów tudzież narazić tych sędziów na odczuwanie presji politycznej³³⁶.

Sam styl uzasadnień sądowych, jakie są sporządzane w ramach Trybunału Sprawiedliwości, można określić mianem dedukcyjnego (sylogistycznego) i urzędowego, *ergo* niedyskursywnego. W szczególności brak w tych uzasadnieniach dyskusji na temat „polityk” i wartości, które po wszechstronnym rozważeniu, miałyby przemawiać za takim, a nie innym rozstrzygnięciem rozpoznanej sprawy. Przy tym wśród przyczyn mogących stanowić wyjaśnienie dla obrania tu tak „uproszczonego” sposobu uzasadniania decyzji sądowych wymienia się przede wszystkim to, iż inaczej trudniej byłoby porozumieć się unijnym sędziom, którzy jakby nie było, reprezentują odmienne kultury i tradycje prawne. Bardziej obszerne, szczegółowe i dyskursywne – choć nie aż tak jak u sędziów orzekających w prawie anglosaskim – są natomiast opinie rzeczników generalnych³³⁷.

W uzasadnieniach dołączanych do wydanych przez siebie rozstrzygnięć unijni sędziowie ukrywają też prawotwórczy aspekt swojej działalności, z założenia nie przyznając się do tworzenia nowych reguł prawnych. Zdecydowanie wolą oni stać na, typowym dla systemów prawnych typu *civil law*, stanowisku, iż jedynie „odkrywają” oni już istniejące prawo i wpisane w nie zasady³³⁸. Ponadto w przypadku Trybunału Sprawiedliwości bardzo trudno byłoby znaleźć takie wyroki, których samoistną podstawę prawną stanowiłoby któreś z jego wcześniejszych orzeczeń. Przeciwnie, jak się wskazuje, zawsze obecne ma być w nich nawiązanie do jakiegoś postanowienia jakiegoś aktu prawa unijnego – czy to pierwotnego, czy wtórnego

336 Zob. art. 36 i 37 Statutu TSUE; J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 410, 411, 414, 434–435; W.R. Cornish, *Taking the Common Law to Poland*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Stanisławowi Soltysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 51; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 46 wraz z przypisem nr 20 na tej stronie.

337 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 411, 414, 417–418, 434; W.R. Cornish, *op. cit.*, s. 51; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 104; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 46.

338 Zob. K. Scheuring, *op. cit.*, s. 139–140 i M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 47–48.

(pochodnego)³³⁹. Wpływ na zawartość unijnych uzasadnień sądowych ma też okoliczność, iż u sędziów Trybunału Sprawiedliwości poglądy przedstawicieli nauki prawa nie cieszą się dużym uznaniem w tym sensie, iż argumentując za takim, a nie innym rozpoznaniem przedłożonej im sprawy, rzadko kiedy powołują się oni na opracowania i opinie akademików³⁴⁰.

Orzeczenia pochodzące od sądów *stricte* unijnych publikuje się dzisiaj w wydawanym w formie elektronicznej Zbiorze Orzeczeń (na stronie <http://eur-lex.europa.eu>), który od 1 stycznia 2012 r. – a w stosunku do wyroków działającego do 1 września 2016 r. Sądu do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej oraz wyroków Sądu dotyczących unijnej służby publicznej od 1 stycznia 2010 r. – jest ich jedynym oficjalnym publikatorem (w odniesieniu do dawniejszych wyroków tych sądów oficjalne są nadal: ukazujące się w postaci drukowanej (papierowej) Ogólny Zbiór Orzeczeń oraz Zbiór Orzeczeń – Służba Publiczna). Ich sentencje są także zamieszczane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (seria C). Ponadto dostęp do takich orzeczeń daje też strona internetowa Curia³⁴¹. Sama publikacja, co z punktu widzenia możliwości poznania prawa jest niezmiernie istotne, odbywa się tu w każdym z języków urzędowych Unii Europejskiej, co wymaga sporządzenia stosownych tłumaczeń. Przy tym ewentualne rozbieżności, jakie mogą powstać pomiędzy poszczególnymi wersjami językowymi danego orzeczenia, rozstrzyga się na korzyść wersji sporządzonej w języku, w jakim prowadzone było postępowanie, w jakim to orzeczenie zapadło³⁴².

Na koniec warto odnieść się jeszcze do mocy unijnych precedensów sądowych w zależności od ich liczby oraz do częstotliwości, z jaką sądom *stricte* unijnym przychodzi w praktyce orzekać. Poczynając od kwestii pierwszej, wskazuje się mianowicie, że choć liczą się tu w zasadzie nawet pojedyncze orzeczenia, to jednak, nie zdradzając tradycji francuskiej, większą wagę należy przypisywać utrwalonym liniom orzeczniczym³⁴³. Odnośnie zaś do kwestii drugiej, to jak się podaje, w 1990 r. przed Trybunałem Sprawiedliwości toczyło się trzysta osiemdziesiąt spraw, a liczba wydanych przez ten trybunał wyroków w tym roku stanęła na dwustu dwudziestu pięciu. Z kolei Sąd (wówczas zwany Sądem Pierwszej Instancji) miał się zajmować w tym czasie pięćdziesięcioma dwoma sprawami³⁴⁴.

Ogólnie o działalności orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości i jego stosunku do swoich poprzednich orzeczeń mówi się różnie. Raz nadmienia się, że pozornie zdają się one ostatnio nieco ewoluować w stronę metodologii typowej dla systemu prawnego typu *common law* – rozwijając przynajmniej *de facto* zasadę *stare decisis*, aczkolwiek przy stosowaniu kontynentalnych rozwiązań metodologicznych, które kładą nacisk na ogólne reguły i zasady

339 Zob. K. Scheuring, *op. cit.*, s. 137–140, 201.

340 J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 417.

341 <https://curia.europa.eu>.

342 Zob. K. Scheuring, *op. cit.*, s. 92–93. W przedmiocie elementów, jakie składają się na strukturę unijnych orzeczeń sądowych, zob. K. Scheuring, *op. cit.*, s. 141–148.

343 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 428–430 i 433–434.

344 J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 410.

wyrażone w uzasadnieniach sądowych, a nie na aspekt faktyczny rozpoznanych przez sądy w przeszłości spraw³⁴⁵. Innym zaś razem zaznacza się, że praktyka orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości nie zmierza w kierunku anglosaskiego systemu prawa (anglosaskiej zasady *stare decisis*)³⁴⁶. Ponadto wskazuje się również, iż na chwilę obecną brakuje wykształconych ram instytucjonalnych (złożonego zespołu reguł), jakie byłyby zdolne wyznaczać siłę i wiążący charakter unijnych precedensów sądowych w sposób, w jaki dzieje się to w Anglii³⁴⁷.

4.3. Wzorcowy unijny precedens

Bezpośrednio poniżej zostanie przedstawiony zespół rozwiązań dedykowanych wzorcowej postaci doktryny precedensu na poziomie sądów *stricte* unijnych oraz ich relacji z sądami krajowymi z Państw Członkowskich. Podobnie jak podczas poszukiwania optymalnego kształtu krajowej doktryny precedensu punkt wyjścia będą stanowić wnioski i wyniki oceny poczynionej w rozdziale III niniejszego opracowania. Analogicznie też jak w przypadku tej doktryny do dotychczasowych kryteriów oceny dołączają tu z prawem pierwszeństwa: efektywność i jednolitość prawa unijnego tudzież inne czynniki sprzyjające procesowi europejskiej integracji prawnej. Przy tym również tym razem zostaną podjęte starania, by nie dochodziło do powtarzania analiz przeprowadzonych w rozdziale III niniejszego opracowania i w pkt. 3.1.-3.3. niniejszego rozdziału tego opracowania, a jedynie miało miejsce co najwyżej posiłkowanie się postawionymi w nich konkluzjami. Same zaś rozważania w przedmiocie wzorcowej unijnej doktryny precedensu zostaną rozpoczęte od poruszenia kwestii charakteru orzeczeń pochodzących od sądów *stricte* unijnych oraz podmiotowego zakresu unijnej *stare decisis*.

4.3.1. Zakres podmiotowy unijnej zasady wiążącej precedensem sądowym

4.3.1.1. Związanie wertykalne – orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości

Już na wstępie trzeba podkreślić, iż tak jak miało to miejsce w przypadku krajowych sądów najwyższej instancji, orzeczeniom Trybunału Sprawiedliwości nie powinno się odmawiać statusu bycia prawnie wiążącymi, i to w stosunku do wszystkich możliwych sądów z wyjątkiem jego samego. To znaczy, że precedensy ustanawiane przez ten trybunał powinny wiązać zarówno pozostałe sądy *stricte* unijne, czyli Sąd i potencjalne sądy wyspecjalizowane, jak i krajowe Sądy Najwyższe i Naczelne Sądy Administracyjne wraz z sądami im podległymi, nie wyłączając również krajowych Trybunałów Konstytucyjnych, jeśli te zostały w poszczególnych Państwach Członkowskich ustanowione. Tylko takie rozwiązanie jest w stanie zapewnić prawu unijnemu największą efektywność oraz jednolitość w wykładni i stosowaniu. Brak wiążącej siły orzeczeń krajowych orzecznictwem sądów *stricte* unijnych, tak jak ewentualne rozbieżności w tym orzecznictwie, prowadziłyby bowiem do podejmowania decyzji sądowych w identycznych

345 J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 433.

346 J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 177–178.

347 J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 416; zob. też K. Scheuring, *op. cit.*, s. 135–141.

z punktu widzenia unijnego prawa stanach faktycznych, co godziłoby nie tylko w pewność i jedność tego prawa, ale również uniemożliwiałoby skuteczne wdrażanie obranych przez organy/institucje Unii Europejskiej celów i polityk. Co więcej, nadanie precedensom Trybunału Sprawiedliwości mocy prawnie wiążącej uzasadniają także względy ekonomii w sensie dążenia do jak najlepszego wykorzystania potencjału osób będących sędziami w tym trybunale.

Poczynione powyżej uwagi są trafne zwłaszcza w kontekście instytucji pytań prejudycjalnych, jakie do Trybunału Sprawiedliwości kierują sądy krajowe. W razie bowiem gdyby odpowiedź na takie pytanie miała być całkowicie niewiążąca lub wiązać tylko w jednej konkretnej sprawie, to nie byłoby większego sensu ani jej udzielać, ani o nią występować. Jaki byłby mianowicie sens zadawania dodatkowej pracy unijnym sędziom oraz wspomagającym ich rzecznikom generalnym w sytuacji, gdy sąd krajowy mógłby potem nie liczyć się z wydanym przez tych sędziów wyrokiem, i to zarówno w sprawie aktualnie przez niego rozpoznawanej, jak i w identycznych z nią pod względem prawnym sprawach kolejnych. Podobnie w razie ograniczenia tutaj związania do obecnego jednorazowego przypadku, co pożytecznego miałyby przynieść to, że poprzedzone wnikliwymi analizami zdanie Trybunału Sprawiedliwości zostałoby jeden raz wzięte pod uwagę, a później mogłoby zostać setki razy zlekceważone – jeśli sędzia krajowy by się z nim nie zgadzał, to przy rozpatrywaniu innych analogicznych do niego przypadków w przyszłości mógłby rozstrzygać je po swojemu, nie występując już po raz kolejny z pytaniem prejudycjalnym, przewidując niepomyślną dla siebie odpowiedź?

Ponadto, abstrahując już nawet od szacunku, jakim z racji ich wiedzy i doświadczenia powinno się darzyć sędziów Trybunału Sprawiedliwości jako osoby przynajmniej w założeniu najlepiej obeznane z prawem unijnym, za obowiązkiem stosowania się do kiedyś już zajętego przez nich w danej kwestii prawnej stanowiska bezwarunkowo przemawia względ na jednolitość w orzekaniu. Współpraca między Trybunałem Sprawiedliwości a sądami krajowymi, w której ostatnie zdanie należałoby do tych drugich, choćby z powodu samej ich liczby, z pewnością nie doprowadzi bowiem do jedności w rozumieniu i stosowaniu prawa unijnego, i to jeszcze na obszarze całej Unii Europejskiej. Co więcej, przy takim jej kształcie wartości tych nie będzie się dało osiągnąć również i innymi środkami, jakie dostępne były w doktrynie perswazyjnego precedensu. Żadnej ze stron postępowania toczącego się przed sądem krajowym nie przysługuje bowiem prawo do odwołania się do Trybunału Sprawiedliwości i to nawet wtedy, gdy doszłoby do wydania wyroku przez taki sąd z jawnym naruszeniem postanowień prawa unijnego. Brak jest tu więc po stronie krajowego sędziego jakiegokolwiek obawy, iż skarga na to, jak rozstrzygnął on daną sprawę, zostanie uwzględniona, a jego awans i kariera zawodowa z tego powodu utrudnione. W tej zaś obawie, jak była o tym mowa w pkt. 2.1. i 17.2.3. rozdziału III niniejszego opracowania, upatrywano nieraz w krajach z rodziny *civil law* główny powód faktycznego przestrzegania prawnie niewiążących (perswazyjnych) precedensów pochodzących od sądów wyższej instancji przez sądy instancji niższej. Tym samym całkowite jej odpadnięcie w razie niestosowania się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości przez sądy krajowe będzie się

musiało równać większej dozie dowolności, a przez to i rozbieżności w interpretacji unijnego prawa przez te sądy aniżeli ma to miejsce w przypadku sądowej wykładni prawa krajowego. Ergo, moc wiążąca orzeczeń wstępnych Trybunału Sprawiedliwości stanowi dzisiaj nie tylko wyraz uznania dla autorytetu osób będących w nim sędziami, ale również warunek *sine qua non* dla jedności, a w konsekwencji i efektywności prawa Unii Europejskiej.

Poza powyższym za przyznaniem precedensom pochodzącym od Trybunału Sprawiedliwości przymiotu bycia prawnie wiążącymi dodatkowo można podnieść argument z podobieństwa, jakie da się zauważyć między instytucją pytań prejudycjalnych a instytucją pytań kierowanych do krajowych Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych co do zgodności jakiegoś aktu prawa krajowego lub jego części z krajową pisaną konstytucją (krajowym aktem prawnym wyższego rzędu). Wyrokom tych ostatnich, nawet w porządkach prawnych typu *civil law*, nie odmawia się bowiem mocy powszechnie wiążącej, *de facto* zrównując je pod tym względem z innymi oficjalnymi, jak ustawy i akty podustawowe, źródłami prawa³⁴⁸.

Jest tak przede wszystkim z tego powodu, iż pytania prejudycjalne mogą dotyczyć nie tylko problemu należytej interpretacji prawa unijnego, ale również kwestii (nie)ważności aktów unijnego prawa pochodnego (wtórnego), w szczególności z uwagi na ich brak zgodności z unijnym prawem pierwotnym. W tym drugim przypadku przedmiot takich pytań konstytucyjnych w zupełności pokrywa się więc z przedmiotem pytań kierowanych do krajowych Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych. To znaczy, że stwierdzenie przez Trybunał Sprawiedliwości nieważności aktu pochodnego (wtórnego) prawa unijnego stanowi idealny odpowiednik stwierdzenia przez Trybunał (Sąd) Konstytucyjny niekonstytucyjności aktu krajowego prawa stanowionego.

Również jednak wtedy, gdy sąd krajowy konsultuje się z Trybunałem Sprawiedliwości tylko odnośnie do prawidłowej wykładni prawa unijnego, bez poruszania kwestii samej jego ważności, obie instytucje wydają się mieć ze sobą dużo wspólnego. Ze względu na zasadę prymatu (supremacji) prawa unijnego nad ustawodawstwem krajowym oraz bezpośrednią stosowalność tego prawa w krajowych porządkach prawnych w przypadku unijnych rozporządzeń i unijnego prawa pierwotnego oraz obowiązek poddawania prawa krajowego wykładni, jaka zapewni mu zgodność również z prawem unijnym, jakie nie jest bezpośrednio stosowalne w krajowych porządkach prawnych, to, w jaki sposób zostanie zinterpretowane dane postanowienie prawa Unii Europejskiej, ma często bezpośrednie przełożenie na rozumienie czy nawet obowiązywanie prawa krajowego³⁴⁹. Jest tak dlatego, że, po pierwsze, wynik wykładni

348 Na temat mocy prawnie wiążącej wyroków wydawanych przez Trybunały (Sądy) Konstytucyjne w krajach z rodziny *civil law* zob. np. R. Alexy i R. Dreier, *op. cit.*, s. 26–27, 36, 39, 56 i M. Troper i Ch. Grzegorzczak, *Precedent...*, s. 116 oraz art. 190 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483 z późn. zm.), zgodnie z którym: *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne.*

349 W przedmiocie zasady supremacji (prymatu; pierwszeństwa) prawa unijnego oraz zasady bezpośredniego obowiązywania, zasady bezpośredniego stosowania i zasady bezpośredniego skutku (bezpośredniej skuteczności) tego prawa zob. M. Szpunar, *Bezpośredni skutek prawa wspólnotowego – jego istota oraz próba uporządkowania terminologii*, „Europejski Przegląd Sądowy”

prawa unijnego może zdecydować o odmowie zastosowania w danej sprawie jakiegoś postanowienia prawa krajowego, tj. w razie gdy po przeprowadzeniu takiej wykładni okaże się, że postanowienie to jest sprzeczne z bezpośrednio stosowanym prawem Unii Europejskiej i musi ustąpić temu ostatniemu. Po drugie to, jak zostanie zinterpretowane prawo unijne, będzie wpływać na sposób rozumienia prawa krajowego, ilekroć to drugie będzie przedmiotem wykładni pronunijnej (zgodnej). Ta ostatnia w uproszczeniu polega na dążeniu – w granicach wykształconych w krajowym *ius interpretandi* metod i zasad interpretacji tekstów prawnych – do nadania postanowieniom prawa krajowego takiego znaczenia, by maksymalnie zbliżyć je do treści odpowiednich tematycznie postanowień prawa unijnego, w szczególności tych z nich, które nie są bezpośrednio w krajowym porządku prawnym stosowane.

Jak łatwo zauważyć, pierwszy z naszkicowanych powyżej przypadków niemalże do złudzenia przypomina te wyroki krajowych Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych, w których została stwierdzona nieważność danego aktu prawa krajowego lub jego części. Drugi zaś – drogą bardziej odległej analogii – można by przyrównać do tych orzeczeń, w których krajowy Trybunał (Sąd) Konstytucyjny podał taką propozycję wykładni danego postanowienia krajowego prawa stanowionego, którego zgodność z krajową pisaną konstytucją została zakwestionowana, jaka jego zdaniem nie pociąga za sobą konieczności pozbawienia tego postanowienia mocy obowiązującej (jaka w ocenie tego trybunału (sądu) jest jeszcze zgodna z taką konstytucją)³⁵⁰.

Jeśli zatem wskazane podobieństwo rzeczywiście zachodzi, to wyraźną niekonsekwencją byłoby wyposażeń wyroków krajowych Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych w moc powszechnie obowiązującą przy jednoczesnym nieprzyznaniu takiej mocy odpowiadającym im co do istoty orzeczeniom wstępnym Trybunału Sprawiedliwości.

4.3.1.2. Związek wertykalny – orzeczenia Sądu i potencjalnych sądów wyspecjalizowanych

Także orzecznictwo Sądu, w tym powstałe na skutek udzielonych przez niego odpowiedzi na skierowane do niego pytania prejudycjalne, powinno posiadać moc prawnie wiążącą. Inaczej niż w przypadku krajowych sądów apelacyjnych, nie ma tu bowiem zagrożenia dla pewności i jedności prawa. Sąd jest bowiem jedynym sądem na zajmowanym przez niego szczeblu w unijnej hierarchii sądowej, tj. pomiędzy Trybunałem Sprawiedliwości a potencjalnymi sądami wyspecjalizowanymi, w rezultacie czego mimo przyznania jego orzeczeniom przymiotu bycia prawnie wiążącymi nie może dojść na tym szczeblu do koegzystencji prece-

nr 2/2005, s. 4–17; A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 99–100; P. Justyńska, *op. cit.*, s. 94–97; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 38–45, 100–110; K. Wójtowicz, *Zasady stosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 9–19 i 24–26.

350 Podobieństw między pozycją ustrojowo-polityczną Trybunału Sprawiedliwości a statusem krajowych Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych doszukują się też A. Sulikowski, R. Cross i J.W. Harris oraz K. Scheuring – zob. A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Wybrane problemy*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wrocław 2005, s. 227; R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 18–19; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 110. W kwestii tej zob. też J. Barcik i A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 144 oraz P. Craig i G. de Búrca, *op. cit.*, s. 65 i 482.

densów wzajemnie sprzecznych i zarazem w swojej mocy równoważnych, jakie musiałyby być na równi przestrzegane w tym samym systemie (porządku) prawnym. To zaś, oprócz groźby powstania nadmiaru precedensów sądowych, miało stanowić podstawowy argument przeciwko wyposażeniu, często bardzo licznych, sądów apelacyjnych w kompetencje prawotwórcze.

Analogicznie jak z Sądem rzecz ma się z potencjalnymi sądami wyspecjalizowanymi. W przypadku, gdy sąd wyspecjalizowany zostanie powołany do rozstrzygania w pierwszej instancji danej kategorii spraw (wyjętej spod pierwszoinstancyjnej kognicji pozostałych sądów *stricte* unijnych) z przypisaniem jego orzecznictwu mocy prawnie wiążącej nie będzie się wiązało jakiegokolwiek ryzyko zachwiania jednością unijnego prawa.

Jeśli chodzi natomiast o działający do dnia 1 września 2016 r. Sąd do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej, to trzeba zauważyć, iż charakter jego orzeczeń nie miał jakiegoś większego znaczenia dla procesów europejskiej integracji prawnej. Było tak z tej prostej przyczyny, iż właściwość rzeczowa tego wyspecjalizowanego sądu ograniczała się do orzekania w sporach między Unią Europejską a jej pracownikami, co trudno miało się przełożyć na sposób stosowania prawa i rozpoznawania spraw w sądach krajowych Państw Członkowskich.

4.3.1.3. Związanie horyzontalne

Bez wątpienia również w odniesieniu do sądów Unii Europejskiej niewyobrażalnym byłoby zobowiązanie sądu wyższej instancji do przestrzegania precedensów pochodzących od sądu niższej instancji. Można się tu jednak zastanawiać nad wprowadzeniem związania w poziomie. O ile bowiem chęć nadania prawu unijnemu elastyczności i stworzenia mu warunków do ustawicznego rozwoju przemawia za pozostawieniem Trybunałowi Sprawiedliwości, tak jak krajowym Sądom Najwyższym, możliwości zmiany swoich dotychczasowych zapatrywań prawnych bez konieczności czekania na odpowiednie zmiany legislacyjne³⁵¹, o tyle już pozostałe sądy *stricte* unijne, Sąd i potencjalne sądy wyspecjalizowane, mogłyby zostać takiego uprawnienia pozbawione. W ich bowiem przypadku, z uwagi na pewność i stabilność prawa unijnego, bardziej celowym wydaje się, by decyzja o tym, czy odstąpić od ustanowionego na ich poziomie precedensu sądowego, leżała w gestii sądu przełożonego, tj. odpowiednio Trybunału Sprawiedliwości i Sądu. Takie rozwiązanie powinno zapobiec nazbyt częstym i pochopnym zwrotom w orzecznictwie unijnych sądów niższej instancji, których zachodzenie z pewnością nie zwiększyłoby pewności i przewidywalności prawa unijnego. Co więcej, wprowadzane w tym orzecznictwie zmiany, z racji autorytetu sędziów z sądu wyższej

351 Przeciwno związaniu Trybunału Sprawiedliwości jego własnymi precedensami przemawia też to, że takie precedensy w przypadku, gdyby okazały się błędne, trudno byłoby „poprawić” na drodze legislacyjnej, która – jak się wskazuje – jest nieporęczna i nieodpowiednia dla tego celu. Jest tak tym bardziej w sytuacji, gdy precedensy te zawierają interpretację postanowień traktatowych, jaka wymaga elastyczności. Wówczas bowiem do ich uchylecia potrzebna byłaby modyfikacja samych tych postanowień, co w praktyce może być bardzo trudne do przeprowadzenia – zob. R. Cross i J.W. Harris, *op. cit.*, s. 18–19; zob. też J. Holland i J. Webb, *op. cit.*, s. 177. Odnośnie do procedury (zwykłej i uproszczonej), w jakiej mogą być zmieniane unijne traktaty, zob. art. 48 TUE.

instancji, powinny być tu też wtedy lepiej przemyślane, a tym samym również i z tego powodu rzadsze, bo nie powodujące konieczności powracania do poprzednio „pochopnie” zarzuconych rozwiązań. Ponadto świadomość u unijnego sędziego z sądu niższej instancji, iż sposób, w jaki rozstrzygnie obecny przypadek, będzie wiązał go przy rozstrzyganiu podobnych przypadków w przyszłości, powinna skłaniać tego sędziego do wszechstronnego rozważenia wszelkich możliwych do podniesienia w tym przypadku argumentów. W tym zaś trudno nie dopatrzeć się dodatkowej korzyści dla unijnego wymiaru sprawiedliwości.

Z podobnych względów jak wyżej wymienione zasadnym wydaje się także utrzymanie zasady, iż mimo że Trybunał Sprawiedliwości nie jest zobligowany do przestrzegania rozwiązań ze swoich dotychczasowych orzeczeń, to jednak ilekroć chce on od tych rozwiązań odstąpić, powinien się w tym celu zebrać w składzie poszerzonym. W rezultacie stanowiące wynik rozważań większej grupy lub nawet wszystkich sędziów tego trybunału zmiany w jego orzecznictwie będą lepiej przemyślane, a tym samym i bardziej trwałe („finalne”).

4.3.2. Model precedensu sądowego, *obiter dicta*, *overruling* i *distinguishing*

Pozostałe aspekty doktryny precedensu mającej stanowić wzorzec dla sądów Unii Europejskiej będą wyglądać mniej więcej tak samo jak w przypadku rozwiązań modelowych widzianych dla Państw Członkowskich (krajowych doktryn precedensu w takich państwach).

Poczynając od przedmiotowego zakresu związania precedensem sądowym, również i tu, przez wzgląd na efektywność i jednolitość prawa unijnego, większy udział powinien przypaść *the rule model* niż modelowi precedensu sądowego z analogii. Precedensowe reguły, pod warunkiem że przyjmą postać *ratio* wyraźnego, są o wiele łatwiej poznawalne dla krajowych prawników niż napędzające rozumowanie *per analogiam* argumenty, teorie (doktryny) i wartości czy intuicje, emocje oraz wyobrażenia, rozum i pragnienia unijnych sędziów. Sąd też nie powinno dziwić, iż większe szanse na zrozumienie i przewidzenie przyszłych zachowań po stronie takich sędziów oraz zawartości mogących zostać przez nich ustanawianymi precedensów sądowych należy upatrywać nie w modelu precedensu sądowego z analogii, lecz w tego właśnie typu regułach.

Odnosnie do ścisłego podziału na niewiążące *obiter dicta* i wiążące *ratio decidendi*, należy zauważyć, że z jego utrzymaniem w stosunku do orzeczeń pochodzących od sądów *stricto* unijnych będą wiązać się dodatkowe, niespotykane w Norwegii i Państwach Członkowskich, niedogodności. Jak pamiętamy, zaletą kurczowego trzymania się takiego rozróżnienia było zapobieżenie nadmiernej legislacji sądowej, wadą zaś uszczuplenie możliwości w zakresie dostosowywania prawa do bieżących potrzeb społecznych (gospodarczych, politycznych) oraz usuwania „z góry” – nie czekając aż przedmiotem aktualnie toczącego się postępowania będzie sprawa, która się o nie ociera – luk i wątpliwości narosłych w systemie (porządku) prawnym. Tym samym z punktu widzenia jedności i efektywności prawa unijnego podtrzymywanie tego podziału nie byłoby w żadnej mierze celowe. Osiągnięciu tychże wartości jak najbardziej

sprzyjałoby bowiem kreowanie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wiążących reguł prawa również wtedy, gdy nie posłużą one za podstawę dla rozstrzygnięcia obecnie rozpoznawanej przez ten trybunał sprawy tudzież nie będą stanowić odpowiedzi na postawione mu właśnie pytanie prejudycjalne.

W przypadku sądów *stricte* unijnych uprawnienie do ustanawiania takich niezwiązanych z przedmiotem aktualnie prowadzonego postępowania sądowego reguł prawnych jest jednak jeszcze bardziej, niż tylko ze względu, o którym była mowa powyżej, przydatne. W razie bowiem nie istnienia takiego uprawnienia, z racji braku możliwości odwołania się od orzeczenia sądu krajowego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, ten ostatni nie miałby w ogóle jak zareagować w sytuacji, w której krajowi sędziowie, błędnie interpretując prawo unijne, nie wystosowywaliby pytań prejudycjalnych – i to nie tylko z powodu złej wiary, ale również wtedy, gdy byliby oni przekonani, iż postępują zgodnie z wolą unijnych sędziów. Ponadto w takim układzie rzeczy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie miałby za wielu sposobności do dokonywania zmian w swoich dotychczasowych zapatrywaniach prawnych, tj. byłby tu całkowicie uzależniony od tego, czy któryś z sądów krajowych zdecyduje się wystąpić z pytaniem prejudycjalnym w kwestii prawnej, która już raz była przez ten trybunał wyjaśniana.

Oczywiście przyznanie sądom *stricte* unijnym, w szczególności Trybunałowi Sprawiedliwości, prawa do ustanawiania reguł precedensowych niezwiązanych z zawiłą sprawą (zadaniem pytaniem prejudycjalnym) w żaden sposób nie zwalnia z obowiązku dbałości o przejrzystość w prawie. To znaczy, że od sędziów unijnych powinno się zawsze oczekiwać, że w sposób jednoznaczny zaznaczą oni, iż te z ich wywodów, które normalnie zostałyby potraktowane jako niewiążące *dicta*, tym razem mają być kwalifikowane jako prawnie wiążące.

Unieważnianiem unijnych precedensów sądowych w zasadzie powinien się w stosunku do jego własnych precedensów i precedensów ustanowionych przez Sąd zajmować wyłącznie Trybunał Sprawiedliwości. Ilekroć też jest to wskazane, powinno być to unieważnienie pozbawione mocy retrospektywnej. Rola Sądu mogłaby tu natomiast polegać na tym, że w sytuacji, w której nie aprobowałby on jakiegoś poprzednio wydanego orzeczenia, czy to swojego, czy pochodzącego od Trybunału Sprawiedliwości, zaznaczałby on to w *obiter dictach*, z nadzieją, iż orzeczenie to zostanie następnie przez Trybunał Sprawiedliwości unieważnione. Ewentualnie w grę wchodzi w takim przypadku także takie rozwiązanie, aby rezygnując z rozstrzygnięcia samemu zawisłej przed nim sprawy, Sąd przekazywał tę sprawę Trybunałowi Sprawiedliwości do rozpoznania tudzież zwracał się do tego ostatniego z prośbą o podjęcie decyzji co do dalszej ważności precedensu, którego zasadność on kwestionuje.³⁵² Analogicznie kwestia *overruling* powinna się też przedstawiać w relacjach między Sądem a potencjalnymi sądami wyspecjalizowanymi. Przy tym należy postulować, aby zostały tu – od strony teoretycznej

352 Już w brzmieniu obecnym art. 256 ust. 3 TFUE przewiduje po stronie Sądu uprawnienie do oddelegowania zawisłej przed nim sprawy do rozpoznania przez Trybunał Sprawiedliwości, jeżeli uzna on – jak stanowi ten artykuł – że *sprawa wymaga orzeczenia co do zasad, które może mieć wpływ na jedność lub spójność prawa Unii [Europejskiej]*.

– określone powody, jakie mogą przemawiać za lub przeciwko unieważnieniu konkretnego precedensowego wyroku.

Dążenie do uzyskania efektywności i jedności prawa unijnego wskazuje również na celowość ograniczenia okazji, w których można sięgać do antycypacyjnego *overruling* oraz *distinguishing* – identycznie zresztą jak w przypadku krajowej wzorcowej doktryny precedensu. By nie zagrozić tym wartościom, unieważnienie unijnego precedensu sądowego powinno być bowiem dopuszczalne na poziomie sądów krajowych tylko wtedy, gdy spodziewane unieważnienie tego precedensu przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stanowi „oczywistą oczywistość”. Z kolei sądy *stricte* unijne, choć w stosunku do nich aż taki rygoryzm nie jest niezbędny, zamiast antycypować wolę sądu nad nimi przełożonego powinny się raczej starać przekazać temu sądowi do rozpoznania zawisłą przed nimi sprawę lub kwestię unieważnienia ich lub jego precedensu, aby ten osobiście mógł podjąć decyzję co do eliminacji takiego precedensu.

Również *distinguishing* u sędziów krajowych, żeby nie rodzić podejrzeń o obchodzenie unijnego prawa, powinien być stosowany naprawdę wyjątkowo. Przy tym zawsze towarzyszyć mu powinno bardzo szczegółowe uzasadnienie, wskazujące, który konkretnie z unijnych precedensów sądowych został wyróżniony i na czym dokładnie polegała przemawiająca za odmową jego zastosowania specyfika aktualnie rozpatrywanego przypadku. Kwestia zasadności poczynienia *distinguishing* w danej sprawie – ilekroć nie jest ona oczywista – mogłaby też stanowić przedmiot pytania prejudycjalnego. Częściej z instytucji wyróżniania unijnych precedensów sądowych mogłyby natomiast korzystać sądy *stricte* unijne i od nich należy jednak wymagać, aby dokonywały *distinguishing* w sposób wyraźny wraz z podaniem powodów, które go uzasadniały. Unijne precedensy sądowe nigdy nie powinny być bowiem wyróżniane w sposób milczący, tj. również wtedy, gdyby miałyby się to odbywać z jednoczesnym podaniem szczegółowego opisu stanu faktycznego w sprawie, przy rozpoznawaniu której doszło do wyróżnienia.

O ile większa swoboda w zakresie wyróżniania unijnych precedensów sądowych po stronie upoważnionych do ich unieważnienia sędziów Trybunału Sprawiedliwości nie wymaga jakiegось szczególnego uzasadnienia – w myśl zasady, że jeśli wolno więcej, to i wolno mniej – o tyle już ogólne zróżnicowanie pod względem możliwości korzystania z *distinguishing* i antycypacyjnego *overruling* na sędziów krajowych i sędziów unijnych wymaga pewnego wyjaśnienia. Mianowicie od orzeczenia sądu *stricte* unijnego innego niż Trybunał Sprawiedliwości z reguły przysługuje, co najmniej w kwestiach prawnych, odwołanie do Trybunału Sprawiedliwości lub Sądu. Oznacza to więc, że (nie)prawidłowość dokonanej przez Sąd lub sąd wyspecjalizowany wyróżnienia lub antycypacyjnego unieważnienia podlega – w razie wniesienia takiego odwołania – kontroli ze strony sądu przełożonego. W ramach niej ten ostatni, wydając odpowiedni wyrok, zapobiegnie też od razu powstaniu negatywnych skutków tych aktów, gdyby okazały się one nieuzasadnione – i to zarówno w stosunku do sprawy aktualnie rozpoznawanej, jak

i spraw, które będą rozpoznawane w sądach *stricte* unijnych oraz krajowych w przyszłości. Warunków do takiej kontroli brakuje natomiast całkowicie w przypadku dokonywania *distinguishing* i antycypacyjnego *overruling* w odniesieniu do unijnych precedensów sądowych w sądach krajowych, ponieważ orzeczeń tych sądów w żaden sposób nie można zaskarżyć ani do Sądu, ani do Trybunału Sprawiedliwości. Tym samym ewentualne pomyłki ze strony sędziów krajowych w zakresie wyróżniania unijnych precedensów sądowych lub ich antycypacyjnego unieważniania prowadziłyby do nadwątlenia pewności i przewidywalności unijnego prawa, nie mogąc przy tym zostać w sposób łatwy i szybki skorygowane.

Powyższe nie osłabia jednak w żadnym stopniu postulatu natury ogólnej, by sądy *stricte* unijne, jak najlepiej tylko potrafią, podawały do wiadomości prawdziwe i wszystkie powody, jakie przemawiały za unieważnieniem i wyróżnieniem przez nie któregoś z unijnych precedensów sądowych. Tylko tym bowiem sposobem sędziowie i inni prawnicy w Państwach Członkowskich uzyskają informacje odnośnie do tego, co tak naprawdę liczy się w unijnym prawie, będąc też dzięki temu w stanie lepiej prognozować przyszłe decyzje unijnych sędziów. Bardziej szczegółowo o wymogu „prawdomówności” i „wylewności” na tle potrzeb europejskiej integracji prawnej będzie już jednak mowa w punkcie następnym.

4.3.3. Unijne uzasadnienia sądowe i opinie rzeczników generalnych

Jeśli chodzi o unijne uzasadnienia sądowe, to w świetle potrzeb europejskiej integracji prawnej niewątpliwie pożądanym byłby dla nich styl dyskursywny, otwarty i szczery, *ergo* ukazujący czynniki i wybory, które w rzeczywistości przesądziły o wydaniu takiego, a nie innego wyroku. Niezmiernie trudno byłoby bowiem zapewnić jednolitość i efektywność prawu Unii Europejskiej w sytuacji, gdyby czynniki/wybory tego rodzaju pozostawały ukryte przed sędziami z sądów krajowych. Brak wiedzy w ich przedmiocie musiałby się dać szczególnie we znaki podczas podejmowanych na szczeblu krajowym rozważań odnośnie do tego, czy zastosować któryś z unijnych precedensów sądowych za pomocą analogii tudzież odmówić jego zastosowania drogą *distinguishing*. Ich znajomość wydaje się jeszcze bardziej potrzebna w celu prawidłowego dokonania antycypacyjnego *overruling*.

Jak wiemy z pkt. 4.3.2. niniejszego rozdziału tego opracowania, obecna maniera sporządzania uzasadnień sądowych w sądach *stricte* unijnych postawionych powyżej wymogów nie spełnia w ogóle. Daleko jest jej do stylu, jaki posiadają uzasadnienia, jakie do wydanych przez siebie wyroków podają sędziowie w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii, a nawet w Norwegii. Przy tym podobnie jak w przypadku wzorca dla krajowej doktryny precedensu pewnym plusem mogłyby okazać się tu uzasadnienia sądowe, które nie są nazbyt rozwlekłe – o ile tylko jest to możliwe bez większej szkody dla ich jakości. Jest tak z uwagi na wysokie koszty późniejszych tłumaczeń, a także potencjalne utrudnienia w posługiwaniu się unijnym orzecznictwem w praktyce. Im bardziej bowiem związłe i „do rzeczy” jest uzasadnienie sądowe, tym mniej czasu potrzeba, by się z nim zaznajomić i odnaleźć to, co ma stanowić jego *ratio*

decidendi. Przy tym cecha ta jest szczególnie ważna w początkowym okresie funkcjonowania sądownictwa Unii Europejskiej, tj. zanim prawnicy z poszczególnych Państw Członkowskich zdążą się w dostatecznym stopniu obeznać z nową dla nich praktyką orzeczniczą i nowymi dla nich wartościami, celami i schematami myślenia, za pośrednictwem jakich rozumują unijni sędziowie.

Za zdecydowanie niewystarczające trzeba uznać też to, że taki bardziej dyskursywny charakter mają dzisiaj opinie działających przy Trybunale Sprawiedliwości rzeczników generalnych. Po pierwsze tego rodzaju opinii nigdy nie można utożsamiać z tym, co myślą unijni sędziowie, nawet jeśli wydali oni wyrok, jaki jest zgodny z przedstawioną w niej propozycją. Po drugie takie opinie dają niewiele, jeśli cokolwiek, w sytuacji, gdy dana sprawa została rozstrzygnięta odmiennie, niż było w nich sugerowane. W najlepszym razie można by je wtedy potraktować jako jakiś surogat zdań odrębnych.

Co więcej, cała instytucja rzeczników generalnych i pochodzących od nich opinii nie wydaje się być do końca uzasadniona i potrzebna – bez kwestionowania tego, że zawarta w nich wskazówka może stanowić cenną pomoc dla borykających się z danym problemem prawnym unijnych sędziów.

Tak przede wszystkim z opiniami rzeczników wiąże się ryzyko ingerowania – czy, ujmując to nieco bardziej precyzyjnie – ukierunkowywania woli orzekającego sądu. Po zapoznaniu się z argumentacją rzecznika generalnego unijny sędzia może się bowiem stać uprzedzony do sprawy, jaką ma rozstrzygać. To znaczy, że treść i wnioski, jakie się w pochodzącej od takiego rzecznika opinii znajdują, mogą przysłonić mu inne możliwe do podniesienia w zawisłej przed nim sprawie argumenty, którego to faktu może on być jeszcze zupełnie nieświadomy.

Po drugie na skutek wydania opinii przez rzecznika generalnego dochodzi do naruszenia równowagi stron postępowania (osób zainteresowanych jego wynikiem). Z definicji rzecznik taki jeszcze przed wydaniem wyroku w danej sprawie musi bowiem opowiedzieć się na rzecz któregoś z potencjalnych rozstrzygnięć tej sprawy, nie mogąc pozostać pod tym względem neutralnym; staje się więc on dodatkowym – i w pewnym sensie zarazem ponadnormatywnym – „adwokatem” jednej ze stron występującej w tej sprawie lub w sprawie przy okazji rozpoznawania której sąd krajowy zadał pytanie prejudycjalne.

Po trzecie, co chyba najistotniejsze, nawet sędzia, który skutecznie potrafi się oprzeć wszelkiej sugestii, zawsze będzie miał pewien dylemat, chcąc postąpić odwrotnie, niż wynika to z zawartości wydanej przez rzecznika generalnego opinii. Decydując się na zlekceważenie takiej opinii, zawartej w niej konkluzji i podpierających ją argumentów, których treść będzie później w pełni dostępna dla publiczności, da on bowiem dowód na istnienie niejasności w prawie unijnym, czy nawet, posuwając się jeszcze dalej, jego całkowitej niedookreśloności. Skoro bowiem mający posiadać doskonałą wiedzę na temat prawa unijnego rzecznik generalny i mający się również odznaczać takim przymiotem unijny sędzia uważają w danej kwestii zupełnie co innego, to jak na prawie unijnym mają się znać „zwykli” obywatele Unii Europejskiej? Jak ufać prawu nie dość, że obcemu, to jeszcze takiemu, co do którego „mylą się” nawet

osoby w nim wyspecjalizowane? Zarzuty te zyskują jeszcze silniejsze podstawy w kontekście, iż opinie rzeczników z reguły są bardziej dyskursywne i uargumentowane niż sformułowane po ich przedstawieniu uzasadnienia sądowe. W takim układzie niewiele już bowiem brakuje do wysuwania oskarżeń o stronniczość czy niekompetencję pod adresem unijnych sędziów.

Tym samym brak miejsca w norweskiej doktrynie precedensu dla osób przypominających rzeczników generalnych traktować należy jako swoistego rodzaju dodatkową zaletę (co do różnicy między opinią rzecznika a zdaniem odrębnym, na korzyść tego drugiego, zob. przedostatni akapit niniejszego punktu). Oczywiście tego samego co o rzecznikach generalnych nie można już powiedzieć o asystentach sędziego. Ci z racji, iż pozostają podporządkowani sędziemu a wyniki ich pracy nie są ujawniane na zewnątrz, choćby poprzez wyszukiwanie informacji i materiałów, w tym dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych, mogących mieć znaczenie dla rozpoznania zawisłej sprawy, mogą znacznie pomóc mu w jego adiudykacyjnej działalności. Jest tak jednak pod warunkiem, iż dany sędzia nie pozwala się całkowicie wyręczyć swojemu asystentowi tudzież nie „spycha” na niego w całości swoich zadań, sprawując nad jego pracą nadzór i samemu podejmując decyzję co do rodzaju rozstrzygnięcia, jakie ma zawierać wydawany przez niego wyrok³⁵³.

Również język, jakim w treści uzasadnień sądowych posługują się unijni sędziowie, powinien być tak jak w Norwegii prosty i zrozumiały dla jak najszerszego grona osób. Przy tym cechy te są tu w jeszcze większym stopniu pożądane niż w przypadku doktryn precedensu na szczeblu poszczególnych Państw Członkowskich. Sędziowie unijni powinni też preferować argumenty bazujące na zdrowym rozsądku i wiedzy fachowej mające na celu przekonanie co do zasadności obierania przez nich takich, a nie innych rozstrzygnięć. Należy bowiem przede wszystkim unikać sytuacji, w których członkowie judykatury, pozostali prawnicy oraz zwykli obywatele Państw Członkowskich odnosiliby wrażenie, iż Trybunał Sprawiedliwości i Sąd porozumiewają się w jakimś im tylko znanym żargonie. Taki stan rzeczy z pewnością nie służyłby celom integracji prawnej, jaka ma się dokonywać w ramach Unii Europejskiej, i autorytetowi unijnego prawa, przyczyniając się raczej do powstania przeświadczenia o nieobliczalności i arbitralności sędziów unijnych tudzież o ich stronniczości i kierowaniu się interesami tylko niektórych Państw Członkowskich. W efekcie prawo unijne mogłoby być coraz częściej postrzegane jako element opresji, a nie gwarancja stabilnego i sprawiedliwego, jednakowego dla wszystkich członków i obywateli Unii Europejskiej ponadnarodowego porządku prawnego.

Z niemalże identycznych względów jak wyżej wymienione sądy *stricto* unijne powinny stronić od deklaratoryjnej teorii prawa, tj. zaprzestać dalszego ukrywania swojej prawotwórczej roli. W dzisiejszych czasach zbyt łatwo jest zdemaskować wszelkie deklaratoryjne twierdzenia o prawie, i to jeszcze w przypadku prawa tak niepowiązanego z konkretną moral-

353 Odnosząc do zadań, jakie mogą mieć asystenci sędziów, por. np. § 69–72 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego (Dz.U. 2018 poz. 660).

nością i zwyczajami jak prawo Unii Europejskiej. Z samej już bowiem istoty prawa unijnego wynika, iż chcąc unifikować różniące się kultury i tradycje prawne, musi ono bądź stanowić jakiś kompromis między tymi kulturami/tradycjami, bądź też wprowadzać rozwiązania dla nich zupełnie nowe. Co więcej, ustawodawstwo unijne, podążając za postępem technicznym, często wkracza w nowo powstałe dziedziny życia, w których powszechne poczucie tego, co słuszne i rozsądne, nie zdążyło się jeszcze wykształcić. Dość pretensjonalnym byłoby również mówienie o jakichkolwiek odwiecznych regułach i nakazach ludzkiego rozumu wszędzie tam, gdzie prawo unijne ingeruje w indywidualne interesy poszczególnych Państw Członkowskich, pozbawiając je resztek przysługującej im, w świetle dziewiętnastowiecznego prawa narodów, suwerenności.

Utrzymywanie zatem fikcji, iż sądy *stricte* unijne tylko odkrywają prawo, które wcześniej zostało już gdzieś utrwalone, czy też sięgają do rzekomych wspólnych tradycji Państw Członkowskich, w wielu miejscach może okazać się jeszcze prostsze do wykrycia niż w przypadku sądów krajowych – i to nawet już niekoniecznie dla samych prawników, ale i dla zwykłych, bardziej od nich łatwowiernych i naiwnych, przeciętnych obywateli. Ponadto takie nieszczerze i nietrudne do zdemaskowania podejście ze strony unijnych sędziów to dodatkowy oręż w rękach przeciwników Unii Europejskiej i jej instytucji. Stąd też o wiele lepszym rozwiązaniem dla sędziów unijnych wydaje się przyznanie wprost do tego, iż prawo nie tylko stosują, ale i tworzą. Temu tworzeniu jednak, oprócz tego, że powinno się ono odbywać w maksymalnie przejrzysty i zrozumiały dla osób z zewnątrz sposób, powinny towarzyszyć usilne starania, aby najlepiej, jak się tylko potrafi, przekonywać o merytorycznej zasadności nowo wprowadzanych rozwiązań.

Jeśli chodzi o liczbę i rodzaje unijnych uzasadnień sądowych, to za wysoce niewłaściwą należy uznać obecną praktykę ukrywania istnienia zdań odrębnych oraz brak możliwości podania uzasadnienia zbieżnego tylko co do wyniku w sprawie. W doktrynie zarówno wiążącego, jak i perswazyjnego precedensu zdania/uzasadnienia takie stanowiły bowiem cenne źródło informacji na temat czynników, jakie faktycznie liczą się w prawie, i do których prawnicy powinni w swym zawodzie przywiązywać szczególną wagę. Co więcej, zapoznając się z treścią zdań odrębnych czy uzasadnień różniących się jedynie w argumentacji można było też próbować przewidzieć – a przynajmniej wyrobić sobie o nich jakieś wyobrażenie – mogące się dokonać w najbliższym czasie zmiany w precedensowym prawie. Ponadto korzystanie w praktyce z możliwości ich sporządzania miało zachęcać do nasiąkniętej argumentami dyskusji wśród samych sędziów, wymuszając na nich bardziej dyskursywną manierę sporządzania uzasadnień sądowych. Jeśli natomiast bardzo chce się zataić, który z sędziów unijnych, jak i w jakiej sprawie głosował – by np. nie narażać go na presję zewnętrzną, w tym polityczną, co miało stanowić główny argument za obecnym *status quo* – to można przecież publikować zdania odrębne i uzasadnienia zbieżne tylko co do wyniku bez podawania nazwisk osób, od których one pochodzą. Członków zaś składu orzekającego można związać w tym względzie tajemnicą zawodową.

Zalet zadań odrębnych i uzasadnień zbieżnych tylko co do wyniku nie oddadzą też opinie rzeczników generalnych w zakresie, w jakim rozmiągają się one ze stanowiskiem składu orzekającego. Jest tak dlatego, że po pierwsze opinie te nie pochodzą od osób, które faktycznie podejmują decyzje sądowe, i stąd nie mogą one uchodzić za źródło informacji z „pierwszej ręki” odnośnie do czynników, jakie naprawdę są brane pod uwagę w unijnej adiudykacji. Po drugie ponieważ rzecznik generalny nie bierze udziału w naradzie i głosowaniu, nie pozostając tak w bezpośrednim kontakcie z czyniącymi to osobami, trudniej jest mu, zarówno w sprawie aktualnie rozstrzyganej, jak i w sprawach kolejnych, przeciągnąć na swoją stronę niezgadających się z jego poglądem sędziów i w ten sposób doprowadzić do zwrotu w dotychczasowym sposobie rozstrzygania danej kwestii prawnej. Tym samym prognozowanie na podstawie jego opinii potencjalnych zmian w unijnym prawie precedensowym jest obarczone dość dużym, jeszcze większym niż przyw przypadku zdań odrębnych, ryzykiem pomyłki. Po trzecie, co dobitnie widać po lakonicznym stylu unijnych uzasadnień sądowych, rzecznik generalny ma mniejszą zdolność niż członek wieloosobowego składu orzekającego do pobudzania sędziów do wszczynania dyskusji i rozwijania u nich nastawionej na przekonanie innych argumentacji.

Oczywiście zdania odrębne i uzasadnienia zbieżne tylko co do wyniku nie są pozbawione wad (zob. pkt. 9.2. rozdziału III niniejszego opracowania). Ich zalety te wady jednak na ogół przewyższają.

4.3.4. Unijny precedens sądowy a unijne prawo pisane

Problem „zakotwiczenia” precedensu sądowego w przepisie ustawy w przypadku sądów *stricte* unijnych przedstawia się podobnie jak w odniesieniu do krajowej doktryny precedensu. Tym razem jednak z większą siłą dochodzą tu do głosu żywotne interesy tych z Państw Członkowskich, które nie miały zamiaru wyzbywać się na rzecz Unii Europejskiej swojej suwerenności. Z perspektywy bowiem takich państw wydawanie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroków, których wyłączną podstawę prawną stanowiłoby jego własne wcześniejsze orzeczenie, jawić by się nieraz mogło jako najzwyczajniejsza uzurpacja tego, co tym państwom jeszcze w obszarze samostanowienia zostało. Tym bardziej dotyczy to ustanawiania przez sądy *stricte* unijne nowych precedensów sądowych bez nawiązywania do jakiegos postanowienia wtórnego (pochodnego) lub pierwotnego prawa Unii Europejskiej, gdzie stawianie zarzutu wkraczania w sferę zastrzeżoną (pozostawioną) do wyłącznej kompetencji Państw Członkowskich wydaje się jeszcze prostsze.

Wypada jednak podkreślić, iż widoczne w chwili obecnej u unijnych sędziów odwoływanie się do ogólnych zasad prawa unijnego czy wspólnych tradycji konstytucyjnych Państw Członkowskich³⁵⁴, z racji tychże niedookreśloności, w praktyce ma identyczny lub bardzo

354 Zob. np. art. 6 ust. 3 TUE.

zbliżony efekt, jak całkowity brak przytoczenia jakiegokolwiek postanowienia prawa pisanego. W przypadku bowiem powoływania się na takie zasady czy tradycje ochrony nie doznaje już suwerenność poszczególnych Państw Członkowskich, a co najwyżej zostaje zachowana jakaś transparentność po stronie unijnego prawa.

W kwestii zasady prymatu unijnego prawa stanowionego (pisanego) nad unijnym prawem precedensowym w szczególności warto wskazać na zachodzące tu komplikacje. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wydając wyroki na podstawie unijnego prawa pierwotnego (unijne traktaty i umowy zawarte przez Unię Europejską), działa w sposób zbliżony nie do krajowych Sądów Najwyższych, ale do krajowych Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych. Przy tym podobieństwo to jest najłatwiej zauważyć w przypadku, gdy dochodzi do stwierdzenia nieważności z prawem pierwotnym aktu unijnego prawa pochodnego (wtórnego). W efekcie można by tu mówić o zasadzie od wspomnianej odwrotnej, tj. prymatu unijnego prawa precedensowego, i to zarówno nad unijnym prawem pochodnym (wtórnym), jak i w pewnym sensie również nad unijnym prawem pierwotnym. O ile jednak pierwsze zdaje się tu być oczywiste, o tyle drugie wymaga pewnego objaśnienia.

Po pierwsze część postanowień traktatowych wykorzystywanych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej do ustanawiania przez niego precedensów, zamiast „precyzyjnie” wyznaczać zachowania u „precyzyjnie” określonych grup adresatów, nastawiona jest na chronienie ogólnych, bliżej nieskonkretyzowanych celów lub wartości – abstrahując tu już od wspomnianych dwa akapity wyżej zasad prawa unijnego i wspólnych tradycji konstytucyjnych Państw Członkowskich, które też mogą stanowić podstawę prawną wydawanego tutaj wyroku. W konsekwencji dają one dużą swobodę, jeśli nie zupełną dowolność, przy ich interpretacji. Po drugie nad Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej brak jest jakiegokolwiek organu kontroli, który władny byłby zakwestionować sposób, w jaki zostało zinterpretowane przez ten trybunał dane postanowienie prawa unijnego, i tą drogą unieważnić ustanowiony przez niego precedens. Takiej kompetencji nie ma ani Parlament Europejski, ani Rada Unii Europejskiej, ani Rada Europejska.

Po trzecie unijne prawo pierwotne w wielu przypadkach jest jeszcze trudniej zmienić niż krajowe pisane konstytucje. Do wprowadzenia skutecznych *erga omnes* zmian konieczna jest tu zazwyczaj zgoda wszystkich Państw Członkowskich, a czasem również pozytywny stosunek obywateli oddających głosy w specjalnie w tym celu organizowanych referendum. W rezultacie unijne precedensy sądowe są dla Państw Członkowskich i organów/institucji Unii Europejskiej innych niż sądy *stricte* unijne praktycznie niewzruszalne.

Przy tym na tle powyższego trzeba mieć na uwadze, iż precedens ustanowiony przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w oparciu o unijne prawo pierwotne (taki, który stanowi interpretację jego postanowień) nie może zostać derogowany drogą przyjęcia przez organy/institucje Unii Europejskiej sprzecznego z nim aktu unijnego prawa pochodnego. Stanowi to konsekwencję tego, że orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej,

zgodnie z deklaratoryjną teorią prawa, jaka jest w tym trybunale podtrzymywana, są traktowane tutaj jako odbicie czy przejaw unijnego prawa pierwotnego, przez co też ich moc jest w teorii równa mocy tego ostatniego. W efekcie do unieważnienia ustanowionego przez sąd *stricte* unijny na podstawie unijnego prawa pierwotnego precedensu konieczne jest zachowanie takiej procedury, jaka jest wymagana do zmiany (uchylenia) tego prawa. Ponieważ zaś Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej nie mają możliwości dokonywania zmian w unijnym prawie pierwotnym drogą wydawanych przez nie rozporządzeń lub dyrektyw, to też akty te nie mogą pozbawić mocy obowiązującej ustanowionego w tym prawie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej precedensu³⁵⁵.

Konkludując, należy stwierdzić, iż w dziedzinie unijnego prawa pierwotnego sądy *stricte* unijne mają niezmiernie silną pozycję, mocniejszą nawet od krajowych Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych. Tym samym na chwilę obecną zasada pierwszeństwa prawa stanowionego (pisanego) w przypadku Unii Europejskiej w dużej mierze musi ustąpić zasadzie prymatu prawa sądowego. Derogacja tego ostatniego, o ile w ogóle byłaby możliwa, wymagałaby ze strony organów/institucji Unii Europejskiej i jej członków trudnych do przeprowadzenia w praktyce zabiegów. O wyższości prawa stanowionego nad precedensowym możemy tu jednak mówić, ilekroć dany unijny precedens sądowy jest powiązany wyłącznie z prawem wtórnym (pochodnym). Wówczas bowiem utratę jego ważności (obowiązywania) spowoduje uchylenie lub odpowiednia nowelizacja postanowień tego prawa. Co jednak znamienne, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, chcąc wzmocnić swoje orzeczenie i uczynić je dla Rady Europejskiej, Rady Unii Europejskiej oraz Parlamentu Europejskiego praktycznie niewzruszalnym, na jego podstawę oprócz postanowień prawa pochodnego zawsze może próbować przywołać jakieś postanowienie unijnego prawa pierwotnego.

Kwestię prymatu prawa precedensowego nad prawem stanowionym (pisanym) ciężko jednoznacznie ocenić z punktu widzenia efektywności i jedności prawa unijnego. Mimo wszystko zasadnym wydaje się jednak przyznanie organom/institucjom Unii Europejskiej, odpowiedzialnym za realizację jej „polityk”, jakiejś możliwości unieważnienia precedensów ustanowionych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Najbardziej odpowiednią byłaby tu pewnie jakaś procedura kwalifikowana, np. wymóg większej niż zazwyczaj liczby głosów za niż przeciw lub/i współdziałania większej liczby organów/institucji. W przeciwnym razie, co również dotyczy w znacznym stopniu stanu obecnego, mielibyśmy do czynienia z naruszeniem zasady podziału władzy (równowagi instytucjonalnej) w postaci nadmiernego skumulowania kompetencji prawotwórczych w rękach unijnych sędziów. Odnosząc się zaś do wspomnianych wcześniej wartości, to o ile brak możliwości wzruszenia przez unijną legislaturę precedensów Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zasadzie pozostaje obojętny dla jedności prawa unijnego, o tyle nie można już tego powiedzieć o jego efektywności. Tę

355 Odnośnie do procedur, w jakich mogą być zmieniane unijne traktaty, zob. art. 48 TUE oraz J. Barcik i A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 51–54.

ostatnią należałoby bowiem pojmować nie jako skuteczność w przestrzeganiu jakichkolwiek norm prawnych, ale takich norm, których treść jest zgodna z historycznym lub aktualnym zamiarem unijnego prawodawcy.

4.3.5. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej a sąd *stricte* precedensowy

Zagadnienie pozycji, jaka ma przypadać Trybunałowi Sprawiedliwości i Sądowi oraz ewentualnym sądom wyspecjalizowanym w kontekście pojęcia „sądu *stricte* precedensowego”, z racji takiej, a nie innej organizacji unijnego wymiaru sprawiedliwości, jest o wiele bardziej złożone niż w przypadku krajowych sądów najwyższej instancji.

Obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej ustanawia mianowicie swoje precedensy głównie drogą udzielania odpowiedzi na pytania prejudycjalne, jakie zadają mu sądy krajowe. W tym też przypadku działa on jako „idealny” sąd prawa, tj. nie prowadzi postępowań dowodowych i nie zajmuje się ustaleniem stanu faktycznego, jaki miał miejsce w konkretnych sprawach. W drugiej kolejności precedens unijny może zostać ustanowiony na skutek postępowań wytaczanych przez Komisję Europejską (rządziej Państwo Członkowskie) przeciwko któremuś z Państw Członkowskich z powodu naruszenia przez nie zobowiązań traktatowych³⁵⁶. Tym też razem Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest sądem i prawa, i faktu. Poza tymi dwoma przypadkami okazję do tworzenia unijnego prawa precedensowego stwarzają również wnoszone przez różne podmioty skargi o stwierdzenie nieważności jakiegoś aktu unijnego prawa pochodnego (wtórne)³⁵⁷.

W konsekwencji o ile w pierwszym i trzecim z wyżej wymienionych wariantów Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej działa podobnie jak krajowy sąd najwyższej instancji, o tyle w drugim toczące się przed nim postępowanie przypomina rozpoznawanie sprawy w krajowym sądzie pierwszej instancji. Przy tym taki stan rzeczy wydaje się na dzień dzisiejszy niezbyt podatny na jakiegokolwiek modyfikacje i ulepszenia. Uczynienie z Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej sądu „zwykłej” instancji tam, gdzie jest on teraz sądem *stricte* precedensowym, w szczególności poprzez wprowadzenie możliwości zaskarżania do niego orzeczeń sądów krajowych wydanych z naruszeniem prawa unijnego, bez wątpienia równałoby się lawinie skarg i w efekcie paraliżem tego trybunału. Choć trzeba tu też przyznać, iż reforma w tym kierunku – poprzez znaczne rozbudowanie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym drastyczne zwiększenie liczby zasiadających w nim sędziów – wyraźnie wspomogłaby osiąganie jedności i efektywności po stronie unijnego prawa. Z kolei to, gdzie w chwili obecnej Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej funkcjonuje jako sąd pierwszoinstancyjny, jest wynikiem samej natury i powagi rozstrzyganych w takim trybie spraw. Trudno tu sobie zresztą nawet wyobrazić, żeby Państwa Członkowskie jako podmioty prawa publicznego chętnie zgadzały się na powierzenie sporów z ich udziałem, choćby tylko w za-

356 Zob. art. 258–259 TFUE.

357 Zob. art. 263 TFUE.

kresie postępowania dowodowego, zajmującemu niższe miejsce w unijnej hierarchii sądowej Sądowi niż Trybunałowi Sprawiedliwości, który rozpoznaje te spory aktualnie.

Można natomiast zastanawiać się tutaj nad zmianą w nieco innym kierunku. Teraźniejsze rozwiązanie w zakresie sposobności do ustanawiania unijnych precedensów sądowych nie sprzyja bowiem w pełni efektywności i jednolitości unijnego prawa. Niewątpliwie najbardziej korzystne z punktu widzenia tych wartości byłoby przyznanie Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej prawa do dokonywania wiążącej wykładni prawa unijnego *in abstracto*, tj. bez związku z rozpoznawaniem przez niego konkretnej sprawy czy zadanego mu pytania prejudycjalnego. Ustanowienie unijnego precedensu sądowego w takim „oderwanym” trybie mogłyby uzasadniać bądź rozbieżności w wykładni prawa unijnego po stronie sędziów krajowych, bądź okoliczność, iż sądy krajowe interpretują i stosują prawo unijne może i w sposób jednolity, ale zdaniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej niewłaściwy. *Ergo*, przypominać by to miało uchwały podejmowane *in abstracto* przez polski Sąd Najwyższy, o których była mowa w pkt. 4. rozdziału III niniejszego opracowania. Przy tym prawo do wystąpienia z wnioskiem o dokonanie wiążącej wykładni prawa unijnego *in abstracto* mógłby mieć tutaj np. któryś lub każdy z rzeczników generalnych i/lub prezes czy prezesi Trybunału Sprawiedliwości tudzież Komisja Europejska, a może również i inne unijne organy/instytucje oraz Państwa Członkowskie. W braku bowiem takiego prawa, z czym mamy do czynienia obecnie, by szybko reagować na nieprawidłową wykładnię prawa unijnego w sądach krajowych, Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej pozostaje w zasadzie tylko kreowanie wiążących reguł prawa w treści *obiter dictów* – oczywiście pod warunkiem zarzucenia dychotomicznego podziału na wiążące *ratio decidendi* i niewiążące *obiter dictum*.

4.3.6. Pytania prejudycjalne

Na koniec wypada jeszcze poświęcić nieco uwagi problematyce pytań prejudycjalnych. Koniecznie trzeba bowiem podkreślić, iż jest to instytucja jak najbardziej z perspektywy efektywności i jednolitości unijnego prawa mile widziana. To też jej należy przypisywać na dzień dzisiejszy największe zasługi w osiągnięciu tych wartości. Bez niej bowiem, z racji braku jakiegokolwiek środka odwoławczego od orzeczeń sądów krajowych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, nie dałoby się skutecznie ujednoczyć sposobu, w jaki jest stosowane i interpretowane prawo unijne na szczeblu krajowym.

Ponadto instytucja pytań prejudycjalnych stwarza prawu unijnemu warunki do ciągłego rozwoju, sprzyjając jego elastyczności oraz jakości. Dzieje się tak, ilekroć sędzia krajowy występuje z tego rodzaju pytaniem w sytuacji, gdy objęta nim kwestia prawna była już raz przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyjaśniana – tj. w zamiarze poddania wcześniej zajętego przez ten trybunał stanowiska w wątpliwość i ewentualnego doprowadzenia do jego zmiany. Taki też sędzia może przedstawić szereg sensownych argumentów wskazujących na konieczność zerwania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z jego dotychczasowo-

wymi zapatrywaniem prawnymi, wytykając im błędność formalną albo merytoryczną. Tym samym dostarczy on wtedy sędziom Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nowego dla nich materiału i informacji, które mogą im pomóc w wypracowaniu doskonalszych rozwiązań w prawie unijnym.

W tym miejscu należy się też wypowiedzieć pozytywnie o zasadzie, iż po zadaniu pytania prejudycjalnego, a przed udzieleniem na nie odpowiedzi, wszystkie Państwa Członkowskie są o fakcie toczącego się przed Trybunałem Sprawiedliwości postępowania powiadamiane, mając możliwość ustosunkowania się do objętej takim pytaniem kwestii prawnej. W efekcie – o ile państwa te będą korzystać w praktyce z tej możliwości – Trybunał Sprawiedliwości otrzyma wiadomość, na ile sporna jest taka kwestia, oraz będzie dysponował szerokim wachlarzem argumentów za wchodzącymi w grę wariantami jej rozstrzygnięcia. Nawiązując do terminologii doktryny precedensu, można więc powiedzieć, iż dzięki procedurze tego rodzaju konsultacji ustanowione w odpowiedzi na pytania prejudycjalne unijne precedensy sądowe będą mogły uchodzić za należycie przedyskutowane (rozważone). To z kolei powinno przełożyć się nie tylko na ich jakość, ale i trwałość (mniejszą podatność na potencjalny *overruling* w przyszłości).

Institucję pytań prejudycjalnych można by jednak próbować nieco ulepszyć. Po pierwsze można by się zastanawiać, czy nie byłoby warto wyposażyć Trybunał Sprawiedliwości w uprawnienie nie tylko do dokonywania w odpowiedzi na te pytania wykładni prawa unijnego, ale również do orzekania o zgodności z tym prawem prawa krajowego – tak jak ma to miejsce w przypadku pytań kierowanych przez sądy krajowe do krajowych Trybunałów (Sądów) Konstytucyjnych odnośnie do (nie)istnienia sprzeczności aktów krajowego prawa stanowionego z krajową pisaną konstytucją (aktem prawa krajowego wyższego rzędu). Po drugie, wychodząc naprzeciw postulatowi ujawnienia prawotwórczej roli sądów *stricto* unijnych, można by rozważać rozszerzenie przedmiotu pytań prejudycjalnych z samych tylko zapytań odnośnie do prawidłowej wykładni unijnego prawa pisanego również na znaczenie, jakie należy nadawać unijnym precedensom sądowym. Przykładowo w grę wchodziłyby tu więc sytuacje, w których sędzia krajowy ma wątpliwości co do treści *ratio decidendi* takiego precedensu lub zasadności zastosowania go w aktualnie rozpoznawanej przez siebie sprawie drogą analogii czy też wyróżnienia go w takiej sprawie. O ile jednak ta druga propozycja z punktu widzenia jedności i poznawalności prawa unijnego w dużym stopniu zasługuje na poparcie, choćby z tej racji, że Trybunał Sprawiedliwości nie sprawuje tak jak krajowe Sądy Najwyższe kontroli nad orzecznictwem sądów krajowych, o tyle z pierwszą z nich w praktyce mogłyby się wiązać poważne trudności.

Sędzia unijny, inaczej niż jego kolega z krajowego Trybunału (Sądu) Konstytucyjnego, mógłby mianowicie mieć duże problemy z określeniem tego, czy dany przepis aktu prawa krajowego, krajowy zwyczaj prawny lub krajowy precedens sądowy jest jeszcze zgodny z prawem unijnym, czy też już przestał taki być. Jest tak z tego prostego powodu, iż sędzia ten może nie znać metod i zasad wykładni i stosowania obcego mu prawa krajowego (oczywiście

przy założeniu, że nie pochodzi z kraju, którego prawo krajowe jest przedmiotem kontroli). W efekcie też, dysponując samym tylko językowym brzmieniem krajowego postanowienia ustawowego/zwyczaju/precedensu sądowego może on nie być w stanie ustalić rzeczywistego kształtu krajowego prawa, a przez to i stwierdzić, na ile jest ono, lub nie, sprzeczne z prawem Unii Europejskiej.

Na marginesie warto tu też zauważyć, iż istniejąca po stronie sędziego zasiadającego w sądzie niebędącym sądem ostatniej instancji możliwość wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości w pewnym sensie przypomina apelację (kasację) wnoszoną do norweskiego Sądu Najwyższego z pominięciem postępowania przed sądem drugoinstancyjnym. W obu przypadkach dochodzi bowiem do wcześniejszego uzyskania autorytatywnego rozstrzygnięcia spornej kwestii prawnej, a w rezultacie tego i szybszego w czasie usunięcia narosłych w prawie wątpliwości. To z kolei – poza samym skróceniem czasu trwania sądowego postępowania – oznacza mniejszy uszczerbek dla pewności i przewidywalności prawa jako takiego.

4.3.7. Praktyki niepożądane

W świetle postawionych dotychczas w niniejszym opracowaniu wniosków oczywistym jest, że zarówno Trybunałowi Sprawiedliwości, Sądowi, potencjalnym sądom wyspecjalizowanym, jak i sądom krajowym nie powinno być wolno ani przeformułowywać unijnych precedensów sądowych, ani dopuszczać się tych precedensów „strugania” (drogą nadużywania instytucji *distinguishing*). Tego rodzaju zabiegi, jako że stanowią instrument obejścia prawa, z pewnością nie będą służyć przejrzystości, poznawalności, pewności, jedności i efektywności unijnego prawa. Z tych samych zresztą względów ani w sądach unijnych, ani w sądach krajowych nie powinny być również praktykowane, dające się dostrzec w Norwegii, manipulacje przy opisywaniu okoliczności faktycznych sprawy aktualnie rozstrzyganej mające na celu wydanie w tej sprawie wyroku, jaki nie wynika z prawa unijnego, a jaki każdorazowo wyrokujące w tych sądach składy orzekające uważają za słuszny albo pożądaný.

5. Podsumowanie

Podsumowując, należy zauważyć, że stanowiące kompromis między *civil* a *common law* rozwiązania z norweskiej doktryny precedensu w dużej mierze mogą zostać wykorzystane jako pierwowzór zarówno dla stosunków wewnętrznych między sądami z Państw Członkowskich Unii Europejskiej oraz stosunków wewnętrznych między sądami unijnymi, jak i wzajemnych relacji, jakie zachodzą między tymi dwoma rodzajami sądów. Co więcej, część z norweskich instytucji mogłaby zostać tu zaimplementowana w postaci niemalże w ogóle niezmienionej. Dokładnie byłyby to: a) prawnie wiążący charakter norweskich precedensów sądowych; b) obecna w Norwegii zasada prostego i zrozumiałego języka prawnego oraz rodzaj argumentów

stosowanych w norweskim dyskursie prawnym; c) zasada prymatu prawa stanowionego nad prawem precedensowym w sensie prymatu krajowego prawa ustawowego i unijnego prawa pochodnego (wtórnego) nad odpowiednio krajowym i unijnymi precedensami sądowymi ustanawianymi w tym prawie; d) możliwość sporządzania zdań odrębnych i uzasadnień zbieżnych co do wyniku, a różniących się w prowadzącej do niego argumentacji.

Pewne jednak obszary norweskiej doktryny precedensu wymagały wprowadzenia w nich swoistych modyfikacji, a ściślej odsunięcia na plan dalszy niektórych z instytucji wchodzących w skład tej doktryny. Przykładowo model precedensu sądowego z analogii musiał ustąpić *the rule model*, antycypowana wola sądu uprawnionego do *overruling* musiała być jeszcze bardziej oczywista czy też obowiązek „zakotwiczenia” precedensu sądowego w postanowieniu prawa pisanego rozciągnięty został z prawa karnego i mu pokrewnych również na inne dziedziny prawa unijnego. Poza tym znacznie zmniejszyło się również pole dla sięgania do *distinguishing*, a jego szczególna postać została niemalże zupełnie wyrugowana.

Co jednak trzeba tutaj podkreślić, prawie wszystkie wymienione powyżej przesunięcia dokonały się przez wzgląd na dążenie do maksymalizacji jedności i efektywności prawa unijnego tudzież zwiększenia poznawalności praw krajowych dla osób pochodzących z innych Państw Członkowskich. Były one więc bezpośrednim rezultatem przyjęcia – przychylnego procesom prawnej integracji i unifikacji – założenia, że wspomniane wartości są w bardzo dużym stopniu warte realizacji. Stąd też w razie opowiedzenia się za mniejszą efektywnością i jednolitością prawa unijnego, a większą dywergencją krajowych porządków prawnych przewidziane dla unijnej doktryny precedensu rozwiązania od razu wróciłyby do bliższej Norwegii postulowanej w rozdziale III niniejszego opracowania postaci. Notabene za taką też większą różnorodnością krajowych kultur prawnych można by podnieść szereg argumentów nawiązujących do wartości, które kosztem jedności prawa unijnego zostały tutaj poświęcone, tj. sprawiedliwości i elastyczności. Patrząc przez pryzmat responsywności prawa na lokalne potrzeby życia codziennego, w tym politycznego i gospodarczego, czy też poczucie tego, co słuszne i prawe u krajowych sędziów i reszty społeczeństwa, z którego się oni wywodzą, bardziej odpowiednie wydają się bowiem: model precedensu sądowego z analogii, *distinguishing*, również w postaci szczególnej, oraz antycypacyjny *overruling*.

Dodatkowo w przypadku tak unijnej, jak i dedykowanej Państwom Członkowskim doktryny precedensu doszły pewne kwestie, dla których na próżno byłoby szukać rozwiązań w rozdziale II niniejszego opracowania. Dotyczy to przede wszystkim problematyki pytań prejudycjalnych kierowanych przez sądy krajowe do Trybunału Sprawiedliwości oraz działających przy tym sędziów rzeczników generalnych. O ile jednak tego typu pytania zostały uznane za jak najbardziej uzasadnione – służące efektywności i jednolitości prawa unijnego tudzież jego rozwojowi – o tyle już instytucja rzeczonych rzeczników jawiła się zbędnym reliktem po francuskim Naczelnym Sądzie Administracyjnym (*Conseil d'État*), na swój sposób nieudolnie próbującym nadrabiać obecne do dzisiaj braki w przypadku subsumpcyjnego i lakonicznego

stylu unijnych uzasadnień sądowych. Przy tym pochodzące od tych rzeczników opinie zdają się czynić więcej szkody niż pożytku – głównie zaburzając równą pozycję stron w postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości i mogąc wpływać na wolny od jakichkolwiek presji, nacisków i sugestii osąd unijnych sędziów w przedłożonych im do rozpoznania sprawach. Ponadto z uwagi na realia, w jakich funkcjonują dzisiaj sądy *stricte* unijne, w szczególności niewielką liczbę zasiadających w nich sędziów, zarówno Trybunał Sprawiedliwości, jak i Sąd nie mogą podążyć drogą norweskiego Sądu Najwyższego i przestać być sądami o charakterze w przeważającej mierze *stricte* precedensowymi. Obecna struktura i sposób organizacji wymiaru sprawiedliwości na poziomie Unii Europejskiej zaważyły też na tym, że nie tylko orzeczeniom Trybunału Sprawiedliwości, ale również wyrokom pozostałych sądów *stricte* unijnych, bez ryzyka naruszenia pewności i jednolitości prawa, można, a nawet powinno się, przyznać status bycia prawnie wiążącymi. Norweskie ograniczenie zakresu podmiotowego zasady *stare decisis*, dające prawo do ustanawiania wiążących precedensów sądowych wyłącznie sędziom orzekającym w najwyższej instancji, ostało się natomiast jako w pełni aktualne w odniesieniu do doktryny precedensu funkcjonujących na poziomie poszczególnych Państw Członkowskich.

Identycznie jak w stosunku do norweskiej doktryny precedensu za dalece niepożądane w świetle potrzeb integracji europejskiej zostały zaś uznane manipulacje przy opisywaniu stanu faktycznego zawisłej w sądzie sprawy oraz zabiegi polegające na przeformułowywaniu precedensów sądowych tak krajowych, jak i unijnych. Żadne z tych praktyk, pomijając już zamęt, jaki czynią one w systemie (porządku) prawnym, nie są zdolne zaowocować większą efektywnością oraz jednością prawa unijnego, a tym bardziej polepszyć jego poznawalność i przejrzystość.

Ponadto, co ciekawe, jednemu z norweskich rozwiązań, które nie spotkało się z pozytywną oceną w rozdziale III niniejszego opracowania, w kontekście Unii Europejskiej udało się zyskać na wartości. Mianowicie bardziej zwarte od anglosaskich uzasadnienia sądowe powinny obniżyć koszty ich późniejszych tłumaczeń oraz ogólnie ułatwić poznanie unijnego oraz obcego krajowego prawa precedensowego. Ta ostatnia zaleta, poza skróceniem czasu niezbędnego do zaznajomienia się z zawartością dorobku orzeczniczego, bierze się z łatwiejszej identyfikacji w przypadku takich uzasadnień tego elementu precedensu sądowego, jaki ma uchodzić za prawnie wiążący (stanowiąc *ratio decidendi*). Również jednak na szczeblu sądów unijnych i krajowych aktualny pozostał ogólny postulat sporządzania uzasadnień sądowych w stylu możliwie jak najbardziej otwartym i szczerym.

APPENDIX: IMPLEMENTACJA DOKTRYNY PRECEDENSU

W rozdziale III i IV niniejszego opracowania zostały zaproponowane trzy rodzaje wzorcowej (modelowej) doktryny precedensu. O pierwszej możemy powiedzieć, że była dedykowana ogólnie państwom o demokratycznym ustroju politycznym, natomiast druga i trzecia, uwzględniając dodatkowo potrzebę europejskiej integracji prawnej, dotyczyła odpowiednio Państw Członkowskich oraz sądów Unii Europejskiej. Co jednak znamienne, mimo nieraz bardzo szczegółowego nakreślenia kształtu poszczególnych instytucji, jakie miałyby wchodzić w skład każdej z tych doktryn, nigdzie jak dotąd nie zostało stwierdzone, w jaki dokładnie sposób można by te instytucje przenieść w miejsce docelowe, tj. np. do któregoś z krajów z obszaru *civil law* lub na grunt działalności sądów *stricte* unijnych. Wychodząc więc temu problemowi naprzeciw, notabene niezmiernie istotnemu z praktycznego punktu widzenia, nieco uwagi zostanie mu poświęcone poniżej.

Po pierwsze – co w kulturze *civil law* będzie wydawać się pewnie najprostsze *vel* najbardziej oczywiste – wprowadzenie konkretnej postaci doktryny precedensu w jakimś systemie (porządku) prawnym, czy to krajowym, czy unijnym mogłoby się odbywać drogą przyjęcia przez władzę ustawodawczą odpowiedniego aktu prawa stanowionego. Przykładowo na szczeblu danego państwa rozważać by tu można uchwalenie ustawy regulującej kwestie mocy wiążącej orzeczeń sądowych, zakres podmiotowy zasady *stare decisis*, dopuszczalne modele precedensu sądowego, przesłanki unieważniania i wyróżniania precedensów sądowych czy też styl i język uzasadnień sądowych lub rodzaj argumentów, jakie mogą być używane w dyskursie prawnym. W przypadku Unii Europejskiej rolę krajowej ustawy pełniłaby pewnie unijna dyrektywa lub rozporządzenie, ewentualnie załącznik do któregoś z unijnych traktatów.

Jak już jednak na podstawie powyższego wyliczenia dało się pewnie zauważyć, nie wszystkie z wymienionych w nim kwestii nadają się do ustawowej regulacji. O ile bowiem bez problemu można sobie wyobrazić określenie za jej pomocą mocy prawnie wiążącej precedensów sądowych oraz rodzajów sądów, które mają być tymi precedensami związane i którym

ma być wolno je unieważniać, o tyle już w stosunku do ujęcia istoty precedensu sądowego, powodów zezwalających na jego *overruling* i *distinguishing* w konkretnych przypadkach czy pożądanego języka i stylu, w jakim mają być sporządzane uzasadnienia sądowe, oraz argumentów dopuszczalnych w dyskursie prawnym zrobić to jest o wiele trudniej. Owszem można by, nie bacząc, jak sztucznie by to wyglądało, kierując się uwagami z niniejszego opracowania, przygotować szereg szczegółowych zasad pretendujących do kompleksowego unormowania wszystkich aspektów doktryn precedensu, umieszczając je w przepisach ustawy i czyniąc z nich normy prawa powszechnie obowiązującego. Taki jednak zabieg napotkałby w praktyce na dwa problemy. *Primo* z racji skomplikowania materii akt normatywny zawierający takie zasady musiałby być bardzo obszerny i drobiazgowy, co i tak nie wykluczyłoby możliwości wystąpienia w nim luk. Składać by się on też musiał w znacznej mierze z wytycznych (zaleceń) lub unormowań zawierających w sobie elementy ocenne (uznaniowe). *Secundo*, co ważniejsze, ustawa poświęcona mającej w danym kraju obowiązywać doktrynie precedensu, mimo jej bezwzględnie obowiązującego charakteru, mogłaby się nieraz okazać zbiorem pobożnych życzeń, niemających nic wspólnego z panującą w tym kraju praktyką sądową. To znaczy, że narzucenie adresatom takiej ustawy – z racji iż są nimi tutaj osoby, które same decydują, co jest, a co nie jest prawem – jakichś reguł gry w zakresie tego, jak mają one myśleć i stosować prawo, wydaje się przedsięwzięciem niebywale trudnym, jeśli nie z góry skazanym na niepowodzenie. Tym bardziej, że krajowe parlamenty, podobnie jak organy/institucje Unii Europejskiej, mają niewielkie możliwości w zakresie odwoływania postępujących nie po ich myśli sędziów. Ci ostatni we współczesnych państwach mają być przecie z założenia niezawisli, a sądy, w których orzekają, niezależne. Dlatego też skuteczniejsze od aktu prawa powszechnie obowiązującego wydają się rozwiązania, o których będzie mowa w poniższych akapitach – choć żadne z nich nie przekreśla zasadności nakreślenia, czy to w krajowej ustawie, czy unijnej dyrektywie lub rozporządzeniu, kwestii podstawowych pożądanej postaci doktryny precedensu.

Pomijając władzę ustawodawczą, określeniem kształtu wszystkich lub części instytucji tworzących doktrynę precedensu zawsze mogliby się zająć sami sędziowie. Przy tym mogli by to oni zrobić samodzielnie albo przy współudziale (nadzorze) innych władz. Środkiem, za pośrednictwem którego mogło by się to obyć, mógłby być przede wszystkim jakiś akt prawny pochodzący od sądu najwyższej instancji, np. przyjęty przez ten sąd regulamin lub instrukcja. Tutaj zapewnienie efektywności ustanowionej regulacji nie wydaje się być już czymś trudnym do osiągnięcia. *Primo* sędziowie krajowego Sądu Najwyższego czy Trybunału Sprawiedliwości chętniej będą stosować się do reguł, które sami dla siebie ustanowią, niż do reguł, które narzuciłby im ktoś inny. *Secundo* lekceważenie przez sędziego z sądu niższej instancji regulaminu czy instrukcji pochodzącej od sądu najwyższej instancji mogłoby stanowić podstawę uwzględnienia apelacji (kasacji) wniesionej od wydanego tak przez tego sędziego wyroku – w przypadku precedensów sądowych prawnie wiążących nieprzestrzeganie zasad wyznaczających zakres ich zastosowania równa się bowiem naruszeniu obowiązującego prawa. W konsekwencji awans

zawodowy takich „krnąbrnych” sędziów byłby spowolniony, a ostatecznie mogło by im grozić nawet wydalenie z judykatury – oczywiście przy założeniu, że o tych sprawach decydują lub mają na nie jakiś wpływ sędziowie z sądów najwyższej instancji, co zresztą nie należy obecnie do rozwiązań nadzwyczajnych. *Tertio* takie akty jak regulamin czy instrukcja przyjęte przez dany sąd łatwiej i szybciej można zmienić (uzupełnić) aniżeli postanowienia ustawowe. Tym samym ich wykorzystanie – zamiast ustawy – do unormowania zasad mających rządzić precedensem sądowym w lepszym stopniu pozwalałoby na ulepszanie na bieżąco tych zasad: szczególnie, że autorem ewentualnych zmian byłiby tu sami zainteresowani.

Trzecim, nazwijmy go ewolucyjnym, sposobem zapanowania w danym kraju lub systemie (porządku) prawnym jakiejś konkretnej postaci doktryny precedensu nie jest ani wydanie aktu rangi ustawowej, ani przyjęcie aktu prawa wewnętrznego przez któryś z sądów. Z nim też mieliśmy do czynienia w Wielkiej Brytanii, Stanach Zjednoczonych i Norwegii. Żadne z tych państw nie przyjęło bowiem jakiegokolwiek szczegółowego aktu prawa stanowionego, który regulowałby zagadnienia związane z precedensem sądowym, mimo iż posiadają one nie tylko dającą się ująć w pewne ramy instytucjonalne, ale jeszcze dość dobrze rozwiniętą i mającą długą tradycję doktrynę precedensu. Mianowicie przez takie, a nie inne zachowanie i wypowiedzi poszczególnych sędziów – czynione czy to przy okazji wydawania wyroków w poszczególnych sprawach sądowych, czy poza postępowaniem sądowym w takich sprawach – z biegiem czasu można rozwijać i doprecyzowywać zasady regulujące moc i zakres oddziaływania sądowego orzecznictwa. Przy tym przy takim sposobie powstawania doktryny precedensu nie powinno dziwić, iż sędziowie z sądów wyższej instancji skłonni będą pouczać i „korygować” swoich niższej rangi kolegów. Ci ostatni powinni być bowiem ogólnie zainteresowani nie tylko pogłębiami na temat tego, jak należy interpretować prawo stanowione, ale również na temat tego, które i kiedy z poprzednio wydanych orzeczeń sądowych mają stanowić obowiązujące prawo.

Porównując przedstawione wyżej możliwości, jak już zostało zaznaczone, za najbardziej efektywną uznać należy drugą i trzecią. Te jednak, w przeciwieństwie do pierwszej, są narażone na zarzut, iż w sposób nieuprawniony w demokratycznych państwach prawnych wprowadzają istotne dla interesów obywateli tych państw rozwiązania prawne. W kwestiach dużej wagi, a do takich niewątpliwie należy doktryna precedensu, co do zasady powinien się bowiem wypowiadać w takich państwach składający się z reprezentantów narodu ustawodawca, a nie nieposiadający na ogół demokratycznej legitymacji sędziowie. Poza tym gdy chodzi o trzecią możliwość, ewolucyjną, choć bez cienia wątpliwości jest ona tą najbardziej w praktyce przetestowaną, to do jej wdrożenia konieczny jest znaczny upływ czasu, a ponadto jeszcze zachowanie dużej konsekwencji po stronie judykatury. Bez niej bowiem prawo stanie się niepewne i nieprzewidywalne. To zaś w przypadku konieczności pilnego wprowadzenia w jakimś kraju wyraźnie odmiennej od obecnie w nim występującej doktryny precedensu czyni tę drogę zupełnie nieprzydatną. Co więcej, w jej przypadku moglibyśmy mieć do czynienia z protestami, iż sędziowie zaczynający traktować orzeczenia sądowe sądów najwyższej

lub wyższej instancji jako prawnie wiążące łamią prawo, odstępując od tego, jak dotychczas orzeczenia te były oficjalnie lub quasi-oficjalnie postrzegane.

Kierując się poczynionymi powyżej spostrzeżeniami, dla interesujących nas w niniejszym opracowaniu zakresów zastosowania: kraje o demokratycznym ustroju politycznym, Państwa Członkowskie Unii Europejskiej oraz unijna praktyka orzecznicza, najwłaściwsze wydaje się rozwiązanie następujące. Podstawowe (kierunkowe) aspekty doktryny precedensu powinny zostać uregulowane w ustawie, a w przypadku relacji z i wewnątrz sądów Unii Europejskiej odpowiednio w unijnej dyrektywie lub rozporządzeniu (ewentualnie unijnym prawie pierwotnym). Te kwestie, które są nieostre i wysublimowane, ale mimo to w pewnym sensie relatywnie trwałe, mogłyby zostać ujęte w regulaminach czy instrukcjach sądów najwyższej instancji (krajowych Sądów Najwyższych, Naczelnych Sądów Administracyjnych, Trybunałów Konstytucyjnych oraz unijnego Trybunału Sprawiedliwości). Dalsze natomiast zagadnienia, „drobiazgi” oraz materie wymagające dużej rozważliwości i zarazem podatne na przyszłe modyfikacje, powinny być na bieżąco normowane i ulepszone w stosownych oświadczeniach sędziów najwyższych instancji: czy to zamieszczanych w *obiter dictach*, odpowiednich uchwałach podejmowanych przez te sądy *in abstracto*, czy też innych jeszcze oświadczeniach pochodzących od zasiadających w tych sądach sędziów formułowanych w związku z pełnionym przez nich urzędem.

W poszukiwaniu optymalnej doktryny precedensu

Między *common law* a *civil law*: precedens sądowy w norweskim systemie prawa

Streszczenie

Monografia pt. *W poszukiwaniu optymalnej doktryny precedensu. Między common law a civil law: precedens sądowy w norweskim systemie prawa* podejmuje problematykę wykorzystywania dotychczas zapadłych wyroków sądowych w procesie stosowania i wykładni prawa. Przy tym jej głównym celem jest wyłonienie rozwiązań, jakie wzięte wszystkie razem będą mogły konstituować doktrynę precedensu o optymalnym („idealnym”) charakterze.

Za punkt wyjścia posłużyło tu odtworzenie, wraz z krytyczną analizą, norweskiego podejścia do precedensów sądowych, które okazało się być bliskie złotego środka. Z jednej bowiem strony Królestwu Norwegii udało się wykształcić instytucję wiążącego prawnie precedensu sądowego, co daje gwarancję pewności i przewidywalności prawa, z drugiej zaś obecna w nim zasada *stare decisis* jest jakościowo i ilościowo słabsza aniżeli jej odpowiedniczka z Wielkiej Brytanii, co z kolei zapewnia większą sprawiedliwość i elastyczność po stronie obowiązującego prawa. Również uwzględnienie dalszych jeszcze często unikalnych cech norweskiej doktryny precedensu uzasadniało umieszczenie norweskiego systemu prawnego gdzieś pośrodku systemu prawnego typu *common* a *civil law*.

W efekcie przeprowadzonych analiz zostały uzyskane też dwie, a nawet trzy postacie optymalnej („idealnej”) doktryny precedensu: pierwsza o charakterze uniwersalnym, druga przeznaczona dla państw będących członkami Unii Europejskiej oraz trzecia przewidziana dla relacji, w jakie wchodzi sądy unijne między sobą i z sądami krajowymi. Przy tym na kryteria, które stanowiły podstawę dla postawionych w tych analizach wniosków, zostały obrane wartości i cele, jakich zazwyczaj oczekuje się od „dobrego” prawa, tj. m.in. pewność i przewidywalność prawa, jego elastyczność, wysoka jakość, poznawalność i przejrzystość, a także subiektywna i intersubiektywna sprawiedliwość tudzież, w przypadku prawa unijnego, dążenie do zapewnienia mu maksymalnej jedności i efektywności.

Na końcu, w Apendyksie, zostały również zaprezentowane trzy możliwe sposoby zaimplementowania w danym państwie (porządku prawnym) doktryny wiążącego precedensu, tj. a) drogą wydania stosownej ustawy lub unijnego rozporządzenia albo dyrektywy, ewentualnie załącznika do któregoś z unijnych traktatów; b) poprzez przyjęcie aktu wewnętrznego przez

któryś lub któreś z sądów; c) w wyniku wykształcenia się z czasem takiej, a nie innej praktyki po stronie sędziów wydających wyroki w przedkładanych im do rozpoznania stanach faktycznych.

Niejako przy okazji został tu też zarysowany aktualny kształt praktyki orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wraz z określeniem: mocy wiążącej orzeczeń pochodzących od tego trybunału, tego, co w przypadku takich orzeczeń posiada znaczenie dla rozpoznawania spraw sądowych w sądach unijnych i krajowych, oraz języka i stylu, w jakim są sporządzane uzasadnienia do takich orzeczeń. Poza tym została tutaj także rozważona ewentualna obecność w tej praktyce takich instytucji jak *ratio decidendi* i *obiter dicta*, *distinguishing* oraz *overruling*.

The Quest to Obtain an Optimal Doctrine of Judicial Precedent Between Common Law and Civil Law: Judicial Precedent in the Norwegian Legal System

Abstract

The monograph entitled *The Quest for an Optimal Doctrine of Judicial Precedent. Between Common Law and Civil Law: Judicial Precedent in the Norwegian Legal System* addresses the usage of previously made legal decisions in processes of applying and interpreting the law. Specifically, it aims at obtaining solutions which on aggregate would constitute an optimal ('ideal') doctrine of judicial precedent.

The point of departure is a reconstruction and critical analysis of the Norwegian approach to already delivered judicial decisions. As is the case with the United Kingdom and the USA, legally binding precedents exist in Norway. However, the scope of the bindingness is limited here, both vertically and horizontally, which renders the operative law certain and predictable and, at the same time, just and flexible. As a corollary, this fact, together with some other features of its doctrine of precedent (frequently unique ones), places Norway somewhere in between common law and civil law countries and warrants the perception of the Norwegian legal system as something that is very close to a happy medium.

The analyses carried out have yielded two, or even three, forms of an optimal ('ideal') doctrine of judicial precedent. The first enjoys universal applicability whilst the second is designed for the members of the European Union. Finally, the third is envisaged for EU courts and their relations with national judiciaries. The conclusions of the analyses stem from the values and goals that are commonly attributed to 'good' law – i.e., *inter alia*, legal certainty and predictability, comprehensibility, transparency and high quality of law, flexibility and subjective and intersubjective fairness – as well as from striving to provide EU law with the maximum uniformity and efficacy.

At the end of the book, in the Appendix, three possible ways of implementing a doctrine of binding judicial precedent in a given country (legal order) are indicated. These are: a) enactment of a special statute; b) the issuing of an internal regulation by a court or courts; c) developing, with time, a particular practice on the part of judges who pass judgments in concrete cases.

Also presented is the shape of the current judicial practice of the Court of Justice of the European Union (CJEU), including the determination of the force of judgments of this court,

elements which are to be persuasive/binding in case of these judgments and language, style and types of opinions attached to these judgments. In addition, it has also been considered whether one may encounter in such a practice such institutions as *ratio decidendi* and *obiter dicta*, distinguishing or overruling.

BIBLIOGRAFIA

1. Aarnio A., *Precedent in Finland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 65–101.
2. Aarnio A., *Statutory Interpretation in Finland*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 123–170.
3. Aldisert R.J., *Logic for Lawyers. A Guide to Clear Legal Thinking*, wyd. 3, 1997.
4. Alexander L., *Precedent*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, Malden 1996, s. 503–513.
5. Alexander L., Sherwin E., *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008.
6. Alexy R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, tłum. R. Adler i D.N. MacCormick, Oxford 1989.
7. Alexy R., Dreier R., *Precedent in the Federal Republic of Germany*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 17–64.
8. Alexy R., Dreier R., *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 73–121.
9. Andenæs M.T., Wilberg I., *The Constitution of Norway. A Commentary*, tłum. R. Walford, Oslo 1987.
10. *Appendix: Final Version of the Common Questions, Comparative Legal Precedent Study, September 1994*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 551–561.
11. Bankowski Z., *Analogical Reasoning and Legal Institutions*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 198–216.
12. Bankowski Z., MacCormick D.N., Marshall G., *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 315–354.
13. Bankowski Z., MacCormick D.N., Morawski L., Miguel A.R., *Rationales for Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 481–501.
14. Bankowski Z., MacCormick D.N., *Statutory Interpretation in the United Kingdom*,

- [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 359–406.
15. Barceló J.J., *Precedent in European Community Law*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 407–436.
 16. Barcik J., Wentkowska A., *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, wyd. 2, Warszawa 2011.
 17. Bergholtz G., Peczenik A., *Precedent in Sweden*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 293–314.
 18. Bertnes P.A., *Guide to Legal Research in Norway*, 2007, <http://nyulawglobal.org/globalex/Norway.html>.
 19. Bertnes P.A., *Guide to Legal Research in Norway*, zaktualizowane przez R.J.F. Bergstrøm, 2015, <http://nyulawglobal.org/Globalex/Norway1.html>.
 20. Bertnes, P.A., *Guide to Legal Research in Norway*, 2011, <https://web.archive.org/web/20120512012725/http://nyulawglobal.org/globalex/Norway1.html>.
 21. Biegański W., *Wnioskowanie z analogii*, Lwów 1909.
 22. Brewer S., *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, „Harvard Law Review” nr 5/1996, s. 923–1028.
 23. Brewer-Carías R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge 1989.
 24. Broekman J.M., *Analogy in the Law*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 217–243.
 25. Brożek B., *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007.
 26. Burton S.J., *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, New York 2007.
 27. Calleros Ch.R., *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006.
 28. Chamberlain D.H., *The Doctrine of Stare Decisis: its Reasons and its Extent*, New York 1885.
 29. Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 7, Warszawa 2012.
 30. Christie G.C., *Law, Norms & Authority*, London 1982.
 31. Cohen M.L., Olson K.C., *Legal Research in a Nutshell*, St. Paul 2000.
 32. Cornish W. R., *Taking the Common Law to Poland*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 45–54.
 33. *Courts of Norway > The Courts of Justice*, <https://www.domstol.no/en/the-courts-of-justice>.
 34. Cross R., Harris J.W., *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991.

35. Cross R., *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford 1968.
36. Dąbrowska-Kłosińska P., *Skutki wyroków prejedycjalnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w postępowaniu przed sądami krajowymi w świetle orzecznictwa Trybunału i prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 391–418.
37. Duxbury N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008.
38. Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978.
39. Eng S., *Analysis of Dis/Agreement – with particular reference to Law and Legal Theory*, Dordrecht 2003.
40. Eng S., *Precedent in Norway*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 189–217.
41. Eng S., *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features*, „Scandinavian Studies in Law” t. 39 (2000), s. 275–323 (wydane również jako S. Eng, *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law. Some Common and Specific Features*, Oslo 1993).
42. *Europejski Obszar Gospodarczy (EOG)*, http://amb-norwegia.pl/About_Norway/Polityka-zagraniczna/europe/eea.
43. Eyben W.E., *Judicial Law Making in Scandinavia*, „The American Journal of Comparative Law” nr 1/1956, s. 112–115.
44. Eyben W.E., *The Attitude Towards Judicial Precedent in Danish and Norwegian Courts*, „Scandinavian Studies in Law” t. 3 (1959), s. 55–86.
45. Flemming-Kulesza T., *Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon i M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 15–21.
46. Gerhardt M.J., *The Power of Precedent*, Oxford 2011.
47. Golding M.P., *Legal Reasoning*, wyd. 2, Toronto 2001.
48. Goodhart A.L., *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, „Yale Law Journal” nr 2/1930, s. 161–183.
49. Grzelak A., *Sytuacja polskich sądów w odniesieniu do pytania prejedycjalnego w dziedzinie współpracy w sprawach karnych w Unii Europejskiej*, [w:] *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 419–436.
50. Hage J., *Studies in Legal Logic*, Dordrecht 2005.
51. Hagelien P., Vonen M., *The Norwegian Legal System. An introductory guide*, Bergen 1994.
52. Hart H.L.A., *Concept of Law*, wyd. 2, Oxford 1994.
53. Holland J., Webb J., *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010.

54. Holyoak K.J., Thagard P., *Mental Leaps. Analogy in Creative Thought*, Cambridge 1996.
55. Huhn W., *The Five Types of Legal Argument*, wyd. 2, Durham 2008.
56. Hunter D., *Teaching and Using Analogy in Law*, „Journal of the Association of Legal Writing Directors”, t. 2, s. 151–168.
57. Husa J., Nuotio K., Pihlajamäki H., *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, [w:] *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, red. J. Husa, K. Nuotio i H. Pihlajamäki, Antwerp 2007, s. 1–39.
58. Hutcheson J.C., *The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision*, przedruk w: „South Texas Law Review” t. 39 (1998), s. 889–903.
59. *Iceland’s Judicial System*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51 (2007), s. 606–607.
60. Jabłońska-Bonca J., *Wprowadzenie do prawa. Introduction to law*, Warszawa 2008.
61. Jackson B.S., *Analogy in Legal Science: Some Comparative Observations*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 145–164.
62. Justyńska P., *Rola Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w procesie interpretacji prawa wspólnotowego i prawa krajowego państw członkowskich*, [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005, s. 85–110.
63. Kalisz A., *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, 2007.
64. Karlsson G., *The History of Iceland*, London 2000, s. 89–90, 91, 153.
65. Kinander M., *The View from Within. An Analysis and Critique of Legal Realism and Descriptive Jurisprudence*, 2004.
66. Kirby M., *Precedent – Report on Australia*, wygłoszone na International Academy of Comparative Law Conference w: Utrecht dnia 17 lipca 2006, http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/former-justices/kirbyj/kirbyj_17jul06.pdf.
67. Korybski A., Leszczyński L., Pieniążek A., *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 2, Lublin 2007.
68. Koszowski M., *Analogical Reasoning in Law*, Newcastle upon Tyne 2019.
69. Koszowski M., *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z kontynentalną praktyką orzeczniczą*, Warszawa 2019.
70. Koszowski M., *Dwa modele wykładni prounijnej*, „Studia Iuridica Lublinensia” nr 18/2012, s. 43–58.
71. Koszowski M., *Granice prounijnej wykładni prawa krajowego*, „Radca Prawny” nr 130-2012 (Dodatek Naukowy), s. 15D–20D.
72. Koszowski M., *Granice związania orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] *Granice państwa jako granice jurysdykcji w Unii Europejskiej*, red. S.M. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2012, s. 35–54.
73. Koszowski, *Model precedensu z analogii*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii

- Społecznej” nr 2/2014, s. 43–65.
74. Koszowski M., *Perelman and Olbrechts-Tyteca's Account of Analogy Applied to Law: the Proportional Model of Analogical Legal Reasoning*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” nr 2/2016, s. 5–13.
 75. Koszowski M., *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: dwa ujęcia analogii*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Sectio G IUS” nr 2/2014, s. 61–87.
 76. Koszowski M., *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: reguła, konkurencja, poszukiwanie i uzasadnienie dla korzystania z analogii*, „Studia Iuridica Lublinensia” nr 4/2015, s. 35–61.
 77. Koszowski M., *Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony*, „Studia Prawa Prywatnego” z. 2/2012, s. 57–71.
 78. La Torre M., Pattaro E., Taruffo M., *Statutory Interpretation in Italy*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 213–256.
 79. Lamond G., *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec>.
 80. Lauridsen P.S., *Introduction*, [w:] *Danish Law. A General Survey*, red. H. Gammeltoft-Hansen, B. Gomard i A. Philip, Copenhagen 1982, s. 9–20.
 81. Leivestad T., *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, „Law Quarterly Review” t. 54 (1938) nr 213, s. 95–115.
 82. Leivestad T., *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, „Law Quarterly Review”. t. 54 (1938) nr 214, s. 266–286.
 83. Leszczyński L., *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004.
 84. Levi E.H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949.
 85. Levi E.H., *The Nature of Judicial Reasoning*, „The University of Chicago Law Review” nr 3/1965, 395–409.
 86. Lindblom P.H., *The Role of the Supreme Courts in Scandinavia*, „Scandinavian Studies in Law” t. 39 (2000), s. 325–365.
 87. Llewellyn K.N., *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School. With a New Introduction and Notes by Steve Sheppard*, New York 2008.
 88. Lookofsky J., *Precedent and the Law in Denmark. Danish National Report. XVIIth Conference of The International Academy of Comparative Law. Utrecht 2006*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky15.html> (opublikowane również w: *Precedent and the law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative law. Utrecht, 16-22 July 2006*, red. E. Hondius, Bruylant 2007).

89. MacCormick D.N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.
90. MacCormick D.N., *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005.
91. MacCormick D.N., Summers R.S., *Further General Reflections and Conclusions*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 531–550.
92. Maris C.W., *Milking the Meter – On Analogy, Universalizability and World Views*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 71–106.
93. Marshall G., *What is Binding in a Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 503–517.
94. McFadzean D., Ryan G., *Legal Method*, Dundee 2010.
95. Miguel A.R., Laporta F.J., *Precedent in Spain*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 259–291.
96. Mill J.S., *System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej. Tom II*, tłum. Cz. Znamierowski, Warszawa 1962.
97. Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, Warszawa 2005.
98. Morawski L., *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” z. 10/1996, s. 3–12.
99. Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006.
100. Morawski L., Zirk-Sadowski M., *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 219–258.
101. Murray M.D., DeSanctis Ch.H., *Legal Research and Writing*, New York 2006.
102. Nerhot P., *Legal Knowledge and Meaning (The Example of Legal Analogy)*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 183–197.
103. Nowacki J., *Analogia legis*, Warszawa 1966.
104. Nowacki J., Tobor Z., *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 3, Kraków, 2007.
105. Nylund A., *Mixing Past and Future – The Making of a Nordic Legal Culture 1850-2050*, https://www.academia.edu/24358861/Mixing_Past_and_Future_-_The_Making_of_a_Nordic_Legal_Culture_1850-2050 (opublikowane również w: *Rendezvous of European Legal Cultures*, red. J.Ø. Sunde i K.E. Skodvin, Bergen 2010, s. 167-181).
106. Orfield L.B., *The Growth of Scandinavian Law*, Philadelphia 1953.
107. Orłowska A., *Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2004, s. 237–244.
108. Orłowska A., *Precedens w systemach prawnych różnych krajów europejskiej kultury*

- prawnej, „Radca Prawny” nr 5/2000, s. 13–23.
109. Peczenik A., *On Law and Reason*, wyd. 2, 2008.
 110. Perelman Ch., *Logika prawnicza. Nowa Retoryka*, tłum. T. Pajor, Warszawa 1984.
 111. Piasecki K., *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
 112. Pihlajamäki H., *Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared*, „The American Journal of Comparative Law” nr 2/2004, s. 469–487.
 113. Posner R.A., *How Judges Think*, Cambridge 2008.
 114. Posner R.A., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990.
 115. Raz J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979.
 116. Rosseland A., *Presentation of the National Courts Administration and the Norwegian Court Reform of 2002*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51 (2007), s. 608–628.
 117. Rubinfeld J., *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge 2005.
 118. Sarvilinna S., *Court Administration in Finland*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51 (2007), s. 591–605.
 119. Schauer F., *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009.
 120. Scheuring K., *Precedens w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
 121. Slagstad R., *Norwegian Legal Realism since 1945*, „Scandinavian Studies in Law” t. 35 (1991), s. 217–233.
 122. Stawecki T., *Precedens jako zadanie dla nauk prawnych*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon i M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 229–265.
 123. Stawecki T., *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon i M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 59–98.
 124. Stelmach J., Sarkowicz R., *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999.
 125. Sulikowski A., *Tworzenie prawa przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Wybrane problemy*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wrocław 2005, s. 221–232.
 126. Sulikowski A., *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007.
 127. Summers R.S., *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 355–406.
 128. Summers R.S., *Statutory Interpretation in the United States*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s.

- 407–459.
129. Summers R.S., Taruffo M., *Interpretation and Comparative Analysis*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 461–510.
 130. Sundberg J.W.F., *Civil Law, Common Law and the Scandinavians*, „Scandinavian Studies in Law” t. 13 (1969), s. 179–205.
 131. Sunstein C.R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996.
 132. Szpunar M., *Bezpośredni skutek prawa wspólnotowego – jego istota oraz próba uporządkowania terminologii*, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 2/2005, s. 4–17.
 133. Taruffo M., La Torre M., *Precedent in Italy*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 141–188.
 134. *The Danish Courts – an Organisation in Development*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51, s. 581–590.
 135. *The Supreme Court of Norway*, <http://www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett> (oficjalna strona internetowa norweskiego Sądu Najwyższego).
 136. *The Swedish National Courts Administration*, „Scandinavian Studies in Law” t. 51 (2007), s. 629–650.
 137. Troper M., Grzegorzczak Ch., Gardies J.L., *Statutory Interpretation in France*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 171–212.
 138. Troper M., Grzegorzczak Ch., *Precedent in France*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 103–140.
 139. Tryggvadóttir R., Ingadóttir T., *Researching Icelandic Law*, zaktualizowane przez E. Mathiesen, 2010, <http://nyulawglobal.org/globalex/Iceland1.html>.
 140. Wandall R.H., Veit D., *Researching Danish Law*, <http://nyulawglobal.org/globalex/Denmark1.html>.
 141. Weinreb L.L., *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005.
 142. Wells J.C., *A Treatise on the Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Des Moines 1878.
 143. Wentkowska A., *Europejski Trybunał Sprawiedliwości i sądy krajowe. Doktryna i praktyka w stosowaniu prawa wspólnotowego*, Sosnowiec 2005.
 144. White J., *Analogical reasoning*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden 1996, s. 583–590.
 145. Wójtowicz K., *Zasady stosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2003.
 146. Wróblewski J., *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Pra-

- wo” z. 10/1971, s. 521–533.
147. Wróblewski J., *Statutory Interpretation in Poland*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick i R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 257–309.
 148. Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997.
 149. Zajadło J., *Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa*, [w:] *Precedens polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon i M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 23–57.
 150. Zamboni M., *Legal Realism and the Dilemma of the Relationship of Contemporary Law and Politics*, „Scandinavian Studies in Law” t. 48 (2005), s. 583–606.
 151. Zirk-Sadowski M., *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” z. 6/1980, s. 69–78.
 152. Zweigert K., Kötz H., *Introduction to Comparative Law*, tłum. T. Weir, wyd. 3, 1998.
 153. Zych T., *W poszukiwaniu pewności prawa. Precedens a przewidywalność orzeczeń sądowych w tradycji prawa anglosaskiego*, Toruń 2017.

WYKORZYSTANE AKTY PRAWNE

I. **Norweskie**

1. Konstytucja Królestwa Norwegii z dnia 17 maja 1814 r. – wersja angielska dostępna na stronie www: <http://stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/The-Constitution> lub <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1814-05-17> oraz w: „Scandinavian Studies in Law” t. 52 (2007), s. 459–473 i w: wraz z komentarzem, M.T. Andenæs i I. Wilberg, *The Constitution of Norway. A Commentary*, tłum. R. Walford, Oslo 1987.
2. Ustawa z dnia 22 maja 1981 r. regulująca postępowanie sądowe w sprawach karnych w Norwegii: Lov om rettergangsmåten i straffesaker [Straffeprosessloven - strpl.] – wersja angielska dostępna na stronie www: <http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/cgi-bin/sok.cgi?type=LOV> pod nazwą „Act relating to legal procedure in criminal cases [The Criminal Procedure Act]”.
3. Ustawa z dnia 17 czerwca 2005 r. regulująca postępowanie sądowe i mediacyjne w sprawach cywilnych w Norwegii: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister [Tvisteloven] – wersja angielska dostępna na stronie www: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-06-17-90> pod nazwą „Act relating to mediation and procedure in civil disputes [The Dispute Act]”.
4. Ustawa z dnia 13 sierpnia 1915 r. normująca ustrój sądów powszechnych w Norwegii: Lov om domstolene [Domstolloven] – wersja angielska dostępna na stronie www: <http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/cgi-bin/sok.cgi?type=LOV> pod nazwą „Act relating to the Courts of Justice [Courts of Justice act]” oraz w serwisie internetowym: <https://www.domstol.no> pod nazwą „Act relating to the Courts of Justice of 13 August 1915 No . 5 (Courts of Justice Act)”.

II. **Brytyjskie**

1. The Administration of Justice Act 1969 – dostępny na stronie www: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/58/contents>.

III. **Polskie**

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

2. Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018, poz. 5 z późn. zm.).
3. Ustawa z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. nr 45, poz. 241).
4. Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. nr 11, poz. 54).
5. Ustawa z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. 1949 nr 32, poz. 237 z późn. zm.).
6. Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. nr 153, poz. 1270 z późn. zm.).
7. Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016, poz. 2072).
8. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.).
9. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555 z późn. zm.).
10. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego (Dz.U. 2018, poz. 660).
11. Regulamin Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lipca 2017 r. stanowiący załącznik do Uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie Regulaminu Trybunału Konstytucyjnego (M.P. 2017, poz. 767).

IV. **Unijne**

1. Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.U. C 202 z 7.06.2016).
2. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.U. C 202 z 7.06.2016).
3. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (wersja skonsolidowana: Dz.U. C 203 z 7.06.2016).
4. Statut Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stanowiący Protokół nr 3 do Traktatu Lizbońskiego (w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 741/2012 z dnia 11 sierpnia 2012 r. (Dz.U. L 228 z 23.08.2012), art. 9 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia Republiki Chorwacji oraz dostosowań w Traktacie o Unii Europejskiej, Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Dz.U. L 112 z 24.04.2012), rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 2015/2422 z dnia 16 grudnia 2015 r. (Dz.U. L 341 z 24.12.2015) oraz rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 2016/1192 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie przekazania Sądowi właściwości do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów między Unią Europejską a jej pracownikami (Dz.U.

- L 200 z 26.07.2016)).
5. Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości z dnia 25 września 2012 r. (Dz.U. L 265 z 29.09.2012; sprostowanie Dz.U. L 173 z dnia 30 czerwca 2016, s. 108) w brzmieniu zmienionym w dniu 18 czerwca 2013 r. (Dz.U. L 173 z 26.06.2013) i w dniu 19 lipca 2016 r. (Dz.U. L 217 z 12.08.2016).
 6. Regulamin postępowania przed Sądem (Dz.U. L 105/1 z 23.04.2015).
 7. Regulamin postępowania przed Sądem do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej z dnia 25 lipca 2007 r. (Dz.U. L 225 z 29.08.2007).
 8. Regulamin dodatkowy Trybunału Sprawiedliwości (Dz.U. L 32/37 z 1.02.2014).
 9. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 2016/1192 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie przekazania Sądowi właściwości do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów między Unią Europejską a jej pracownikami (Dz.U. L 200/137 z 26.07.2016).
 10. Decyzja Rady z dnia 25 czerwca 2013 r. w sprawie zwiększenia liczby rzeczników generalnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nr 2013/336/UE (Dz.U. L 179/92 z 29.06.2013).
 11. Decyzja Rady z dnia 2 listopada 2004 r. ustanawiająca Sąd do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej (Dz.U. L 333 z 9.11.2004).
 12. Załącznik nr 1 do Statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stanowiący Protokół nr 3 do Traktatu Lizbońskiego.
 13. Zalecenia dla sądów krajowych, dotyczące składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (2012/C 338/01).
 14. Zalecenia dla sądów krajowych, dotyczące składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (2016/C 439/01).
 15. Zalecenia dla sądów krajowych dotyczące składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (2018/C 257/01).

Indeks osobowy

A

Aarnio A. 28, 38, 89, 90, 93, 196, 254

Aldisert R.J. 46, 52, 254

Alexander L. 28, 36, 39, 40, 42, 47, 48, 50, 51, 54, 63, 69, 72, 79, 81, 91, 94, 131, 254

Alexy R. 19, 26, 31, 34, 52, 54, 56, 57, 60, 62, 67, 71, 72, 73, 81, 85, 87, 89, 91, 95, 99, 117, 173, 187, 192, 195, 226, 254

Andenæs M.T. 86, 97, 254, 263

B

Bankowski Z. 18, 20, 27, 28, 30, 32, 33, 34, 36, 40, 42, 47, 48, 49, 52, 53, 55, 56, 57, 60, 62, 63, 66, 67, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 81, 82, 84, 85, 87, 88, 90, 91, 94, 98, 99, 121, 179, 197, 198, 254

Barceló J.J. 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 255

Barcik J. 255

Bergholz G. 28, 37, 57, 81, 93, 196, 255

Bertnes P.A. 65, 66, 74, 255

Biegański W. 47, 255

Brewer-Carías R. 255

Brewer S. 30, 44, 47, 48, 79, 81, 255

Broekman J.M. 40, 48, 255

Brożek B. 47, 255

Burton S.J. 32, 40, 47, 48, 51, 55, 67, 69, 81, 255

C

Calleros Ch.R. 52, 91, 94, 255

Chamberlain D.H. 91, 255

Chauvin T. 19, 255

Christie G.C. 46, 47, 255

Cohen M.L. 66, 98, 255

Cornish W.R. 220, 222, 255

Cross R. 18, 19, 20, 30, 31, 32, 33, 36, 39, 40, 42, 46, 50, 51, 52, 55, 56, 58, 60, 62, 63, 69, 77, 78, 79, 81, 85, 87, 89, 90, 91, 94, 98, 121, 145, 147, 157, 165, 167, 179, 183, 216, 220, 227, 228, 255, 256

D

Dąbrowska-Kłosińska P. 216, 217, 221, 256

DeSanctis Ch.H. 20, 30, 33, 40, 42, 48, 49, 51, 52, 55, 56, 62, 69, 85, 94, 259
Dreier R. 19, 26, 31, 34, 52, 54, 56, 57, 60, 62, 67, 71, 72, 73, 81, 85, 87, 89, 91, 95, 99, 117, 173, 187, 195, 226, 254
Duxbury N. 36, 39, 62, 85, 91, 167, 256
Dworkin R. 39, 40, 42, 54, 256

E

Eng S. 23, 26, 27, 29, 31, 33, 34, 35, 36, 42, 43, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 91, 93, 97, 98, 152, 153, 179, 180, 181, 196, 256
Eyben W.E. 28, 32, 34, 37, 38, 48, 62, 63, 72, 74, 93, 157, 158, 179, 181, 187, 196, 197, 256

F

Flemming-Kulesza T. 19, 256
McFadzean D. 32, 33, 71, 94, 259

G

Gerhardt M.J. 91, 98, 141, 154, 157, 173, 188, 256
Golding M.P. 32, 40, 42, 47, 48, 69, 81, 182, 256
Goodhart A.L. 39, 256
Grzegorzcyk Ch. 19, 31, 34, 42, 43, 49, 50, 51, 52, 54, 57, 60, 61, 62, 73, 81, 85, 87, 89, 91, 95, 99, 187, 226, 261
Grzelak A. 216, 256

H

Hage J. 47, 256
Hagelien P. 29, 256
Hanson S. 36, 40, 47, 49, 52, 62
Harris J.W. 31, 33, 36, 39, 50, 51, 52, 56, 60, 62, 77, 81, 87, 89, 91, 98, 147, 157, 167, 216, 220, 227, 228, 255
Hart H.L.A. 50, 51, 81, 256
Holland J. 33, 36, 49, 52, 62, 67, 94, 96, 98, 147, 166, 216, 217, 224, 228, 256
Holyoak K.J. 44, 47, 257
Huhn W. 30, 40, 48, 52, 55, 69, 73, 74, 81, 91, 257
Hunter D. 44, 47, 48, 257
Husa J. 23, 74, 201, 257
Hutcheson J.C. 138, 154, 257

I

Ingadóttir T. 28, 38, 261

J

Jabłońska-Bonca J. 19, 257

Jackson Bernard S. 48, 51, 52, 257

Justyńska P. 215, 216, 217, 227, 257

K

Kalisz A. 21, 213, 215, 216, 218, 220, 227, 257

Karlsson G. 39, 257

Kinander M. 58, 257

Kirby M. 143, 156, 257

Korybski A. 19, 257

Kozowski M. 1, 3, 11, 18, 19, 20, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 39, 40, 42, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 60, 62, 63, 66, 67, 69, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 81, 82, 84, 85, 87, 88, 90, 91, 94, 121, 131, 136, 147, 167, 179, 197, 203, 214, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 257, 258

Kötz H. 23, 262

L

Lamond G. 40, 42, 47, 51, 53, 54, 63, 72, 79, 81, 258

Laporta Francisco J. 19, 26, 31, 50, 52, 54, 57, 60, 62, 71, 72, 73, 81, 85, 87, 89, 91, 95, 99, 173, 187, 195, 259

Lauridsen P.S. 28, 38, 179, 196, 258

Leivestad T. 30, 32, 34, 38, 43, 55, 56, 58, 60, 65, 69, 70, 73, 77, 88, 91, 93, 258

Leszczyński L. 19, 20, 51, 214, 257, 258, 259

Levi E.H. 46, 48, 73, 74, 81, 91, 258

Lindblom P.H. 28, 29, 30, 37, 57, 74, 85, 98, 258

Llewellyn K.N. 52, 62, 94, 258

Lookofsky J. 28, 38, 63, 258

M

MacCormick D.N. 18, 19, 20, 23, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 40, 42, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 60, 62, 63, 66, 67, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 81, 82, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 98, 99, 117, 121, 133, 136, 173, 179, 187, 192, 195, 196, 197, 198, 254, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262

Maris C.W. 39, 54, 259

Marshall G. 18, 20, 27, 28, 30, 32, 33, 34, 36, 40, 42, 48, 49, 51, 52, 55, 56, 57, 60, 62, 63, 66, 67, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 81, 82, 84, 85, 87, 88, 90, 91, 94, 98, 99, 121, 179, 197, 198, 254, 259

Mill J.S. 44, 47, 259

Morawski L. 19, 20, 21, 31, 36, 40, 42, 48, 50, 51, 53, 55, 57, 60, 77, 78, 81, 85, 87, 89, 94, 95, 133, 163, 195, 215, 217, 254, 257, 259

Murray M.D. 20, 30, 33, 40, 42, 48, 49, 51, 52, 55, 56, 62, 69, 85, 94, 259

N

Nerhot P. 39, 40, 46, 47, 48, 54, 254, 255, 257, 259

Nowacki J. 47, 51, 133, 259

Nuotio K. 23, 74, 201, 257

Nylund A. 14, 23, 57, 58, 259

O

Olson K.C. 66, 98, 255

Orfield L.B. 29, 31, 32, 34, 38, 39, 56, 60, 64, 65, 68, 69, 73, 77, 88, 91, 93, 95, 259

Orłowska A. 19, 20, 214, 215, 216, 218, 220, 259

P

Pattaro E. 62, 85, 258

Peczenik A. 20, 28, 30, 37, 38, 57, 74, 77, 81, 93, 154, 179, 196, 255, 260

Perelman C. 46, 84, 258, 260

Piasecki K. 216, 218, 220, 260

Pihlajamäki H. 23, 58, 74, 201, 257, 260

Pihlajamäki P. 23, 58, 74, 201

Posner R.A. 62, 73, 82, 84, 89, 91, 126, 157, 179, 260

R

Raz J. 27, 40, 42, 47, 50, 51, 57, 58, 69, 72, 77, 81, 94, 223, 260

Rosseland A. 29, 58, 70, 98, 260

Rubinfeld J. 91, 260

Ryan G. 32, 33, 71, 94, 259

S

Sarkowicz R. 58, 154, 260

Sarvilinna S. 29, 260

Schauer F. 40, 62, 67, 94, 154, 160, 161, 260

Scheuring K. 18, 19, 213, 214, 216, 217, 218, 220, 221, 222, 223, 224, 227, 260

Sherwin E. 36, 39, 40, 42, 47, 48, 51, 54, 63, 69, 72, 79, 81, 91, 94

Skodvin K.E. 23, 58, 259

Slagstad R. 58, 260
Stawecki T. 18, 19, 255, 260
Stelmach J. 58, 154, 260
Sulikowski A. 19, 227, 260
Summers R.S. 18, 19, 20, 23, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 40, 42, 49, 51, 52, 55, 56, 57, 62, 63, 66, 67, 69, 72, 73, 74, 77, 78, 81, 82, 84, 85, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 98, 117, 121, 133, 173, 179, 187, 195, 196, 197, 213, 254, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262
Sundberg J.W.F. 23, 261
Sunstein C.R. 32, 40, 47, 48, 114, 198, 261
Szpunar M. 226, 261

Ś

Śledzińska-Simon A. 18, 19, 256, 260, 262

T

Taruffo M. 19, 26, 31, 42, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 57, 60, 62, 67, 69, 73, 77, 81, 85, 87, 89, 90, 91, 95, 99, 195, 258, 261
Thagard P. 44, 47, 257
Tobor Z. 133, 259
Torre La M. 19, 26, 31, 42, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 57, 60, 62, 67, 73, 77, 81, 85, 87, 89, 90, 91, 95, 99, 195, 258, 261
Troper M. 19, 31, 34, 42, 43, 49, 50, 51, 52, 54, 57, 60, 61, 62, 73, 81, 85, 87, 89, 91, 95, 99, 187, 226, 261
Tryggvadóttir R. 28, 38, 261

V

Vonen M. 29, 256

W

Wandall R.H. 28, 38, 261
Webb J. 33, 36, 49, 52, 62, 67, 94, 96, 98, 147, 166, 216, 224, 228, 256
Weinreb Lloyd L. 44, 46, 47, 48, 126, 261
Weir T. 23, 262
Wells J.C. 62, 91, 261
Wentkowska A. 202, 212, 213, 214, 215, 218, 227, 238, 255, 261
White J. 39, 48, 261
Wilberg I. 86, 97, 254, 263
Winczorek P. 19, 255

Wójtowicz K. 227, 261
Wronkowska S. 19, 262
Wróblewski J. 19, 85, 95, 261, 262
Wyrzykowski M. 18, 19, 256, 260, 262

Z

Zamboni M. 58, 262
Ziemiński Z. 19, 262
Zirk-Sadowski M. 19, 31, 50, 51, 55, 57, 60, 77, 78, 81, 85, 87, 89, 95, 133, 259, 262
Zweigert K. 23, 262
Zweigert Z. 23
Zych T. 19, 262

Indeks rzeczowy

A

A case of first impression (sprawa pierwszego wrażenia) 51

A leading case (sprawa wiodąca) 88

Analogia

- ogólnie 46, 49, 124, 125
- faktualna 44, 46, 47, 79, 127, 128, 129, 131, 207
- racjonalna 127, 128, 129, 132

B

Baza orzeczeń 66, 160

C

Civil law 11, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 42, 49, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 66, 67, 69, 71, 72, 73, 77, 78, 81, 84, 85, 87, 88, 90, 91, 94, 99, 100, 101, 178, 192, 193, 195, 199, 200, 201, 222, 225, 226, 246, 250, 252

Common law 11, 13, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 28, 35, 36, 42, 43, 55, 56, 57, 60, 82, 85, 88, 94, 100, 132, 161, 179, 181, 197, 199, 200, 223, 242, 250, 252

D

Dania 23, 28, 29, 38, 48, 62, 63, 97, 181, 201

Dicta (*dictum*) 55, 56, 84, 132, 133, 135, 148, 162, 172, 177, 180, 183, 200, 220, 229, 230, 251, 253

Distinguishing

- ogólnie 78, 79, 80, 83, 136, 137, 139, 162, 176, 194, 207, 230, 242
- domniemane – *zob.* dorozumiane
- dorozumiane 42, 43, 68, 81
- nadużywanie 85, 242
- wyraźne 72, 81, 83

Doktryna precedensu

- ogólnie 25, 26, 57, 83, 112, 179, 203, 212, 223
- doktryna perswazyjnego precedensu 19, 192
- doktryna wiążącego precedensu 18, 22, 38, 188

F

Fakty sprawy precedensowej – *zob.* Okoliczności faktyczne

Finlandia 23, 28, 29, 38, 74, 93, 97, 201

Francja 21, 31, 42, 43, 49, 51, 52, 54, 57, 60, 81, 87, 95, 99, 187, 218

H

Hiszpania 21, 30, 72, 95, 99, 172, 173, 187

I

Islandia 14, 23, 28, 29, 38, 39

J

Justitieombudsman 36, 37

K

Kolizja precedensów – *zob.* Sprzeczność precedensów

Konkluzywność 141, 191

L

Leapfrog 96

Linia orzecznictwa – *zob.* Linia orzecznicza

Linia orzecznicza 73, 88

M

Model precedensu

– model rezultatu 52, 54

– model z analogii 39, 124, 207

– model z argumentów 54

– model z zasad 52, 54

– teoria Dworkina 39, 43, 54

– *the rule model* 40, 43, 50, 55, 68, 78, 79, 80, 124, 125, 126, 207, 220, 229, 243

Moralność 53, 105, 115, 168

N

Niemcy 21, 30, 57, 67, 72, 95, 99, 117, 172, 187, 218

Norma – *zob.* Reguła

Norwegia 11, 13, 14, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 37, 38, 39, 42, 43, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 100, 103, 119, 120, 121, 123, 132, 135, 136, 139, 140, 141,

143, 145, 150, 153, 155, 158, 162, 163, 166, 167, 170, 171, 172, 174, 175, 177, 178, 181, 182, 183, 184, 195, 200, 201, 206, 207, 208, 210, 229, 232, 234, 242, 243, 248, 250, 263

O

Obiter dicta – zob. *Dicta (dictum)*

Obiter-ing 84

Okoliczności faktyczne 44, 45, 46, 48, 50, 51, 63, 64, 79, 81, 82, 84, 124, 127, 129, 133, 139, 152, 161, 176, 181, 220, 242

Overriding – zob. *Overruling (overriding)*

Overruling (overriding)

- ogólnie 68, 69, 72, 73, 75, 76, 77, 140, 142, 143, 145, 146, 151, 162, 175, 177, 194, 220, 229
- antycypacyjny 68, 75, 77, 78, 83, 92, 100, 143, 144, 145, 149, 150, 151, 162, 171, 211, 243
- domniemane – zob. dorozumiane
- dorozumiane 43, 48, 51, 68, 69, 71, 80, 81, 139, 149, 150, 177
- perspektywny 6, 76, 77, 142, 145, 146, 147, 168
- wyraźne 81, 123

P

Per incuriam 33, 37, 94

Pewność prawa 19, 59, 109, 128, 141, 184, 276

Podobieństwo 28, 32, 44, 45, 46, 50, 51

Podział władzy 59, 61, 82, 85, 106, 109, 124, 132, 164, 166, 175, 177, 178, 188, 189, 191, 192, 195, 238

Polska 18, 21, 30, 31, 32, 33, 58, 62, 66, 77, 78, 95, 96, 97, 116, 133, 240, 263

Prawo

- elastyczność 14, 103, 105, 111, 113, 141, 178
- interpretacja – zob. Sądowa wykładnia prawa i Precedens, interpretacja
- kosztowność 167, 182, 185
- przewidywalność – zob. Pewność prawa
- słuszność – zob. Sprawiedliwość
- sprawiedliwość – zob. Sprawiedliwość
- starzenie się 78, 94
- Unii Europejskiej – zob. Prawo Unii Europejskiej
- wspólnotowe – zob. Prawo Unii Europejskiej
- wykładnia – zob. Sądowa wykładnia prawa
- źródła – zob. Źródła prawa

Prawo Unii Europejskiej (prawo unijne) 76, 202, 204, 208, 213, 215, 221, 227, 230, 234, 235, 240, 255

Prawo unijne – zob. Prawo Unii Europejskiej

Prawo wspólnotowe – zob. Prawo Unii Europejskiej

Prawo zwyczajowe

– ogólnie 34, 59, 60, 206

– stosunek prawa zwyczajowego do prawa precedensowego 73, 167

Precedens

– *de facto* – zob. Podziały precedensów

– *de iure* – zob. Podziały precedensów

– model – zob. Model precedensu

– Norwegia – zob. Norwegia

– *obiter dicta* – zob. *Dicta (dictum)*

– odstąpienie – zob. *Overruling* i *Distinguishing*

– przeformułowanie 84, 153, 165, 176, 184, 221, 242, 244

– publikacja – zob. Wyrok sądowy, publikacja

– *Ratio decidendi* – zob. *Ratio decidendi*

– reguła – zob. *Ratio decidendi*

– składniki – zob. Wyrok sądowy, elementy

– Szwecja – zob. Szwecja

– unieważnianie – zob. *Overruling*

– uzasadnienie – zob. Uzasadnienie wyroku sądowego

– własny 32, 33, 163, 175, 228, 230

– w prawie stanowionym (ustawowym) 34, 59

– wyróżnianie – zob. *Distinguishing*

– związanie – zob. *Stare decisis*

Publikacja wyroku (precedensu) 64, 158, 209, 223

R

Ratio decidendi

– ogólnie 40, 41, 42, 43, 48, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 68, 72, 78, 80, 84, 94, 121, 122, 132, 133, 134, 135, 137, 148, 149, 150, 151, 153, 157, 160, 162, 163, 165, 172, 176, 177, 179, 180, 183, 185, 190, 200, 209, 220, 229, 232, 240, 241, 244, 251, 253

– interpretacja 40, 122

– kwestie faktyczne 54, 55, 135

– kwestie prawne 55, 135, 153

– przeformułowanie – zob. Precedens, przeformułowanie

– reguła precedensu 40, 41, 42, 46, 122, 123

Reguła (norma) 40, 41, 42, 68, 90, 191

Reguła precedensu – zob. *Ratio decidendi*

Rodzaje precedensów

- *de facto* 19, 34, 93, 114, 115, 117, 186, 191, 192, 194
- *de iure* 19, 34, 104
- faktyczne 55
- niewiążące - *zob. de facto*
- perswazyjne 19, 164, 178, 185, 186, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 199
- prawne 28, 55
- wiążące - *zob. de iure*

S

Sądowa wykładnia prawa 104, 190, 226, 277

Sądy

- Arbeidsretten 29, 66
- forliksrådene 29
- Høyesterett 29, 95, 97, 98
- Jordskifteretten 29
- Komitet Apelacyjny Izby Lordów (the Judicial Committee of the House of Lords) 32, 69, 98, 181, 183, 198
- lagmannsrett (lagmannsrettene) 29, 95
- Naczelny Sąd Administracyjny 38, 99, 100, 121, 135, 206, 210, 213
- Sąd Apelacyjny Anglii i Walii (the England and Wales Court of Appeal) 121
- Sąd Najwyższy 29, 30, 31, 32, 34, 36, 37, 38, 57, 60, 61, 62, 63, 65, 68, 69, 70, 71, 76, 89, 90, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 115, 117, 118, 119, 120, 133, 135, 140, 144, 147, 171, 172, 173, 181, 183, 186, 193, 196, 197, 201, 206, 209, 240, 264
- Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych 90, 98
- Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa 32, 69, 90, 96, 98, 121, 147, 181, 198
- Sądy Dystryktowe (the District Courts) 98
- the Court of Session (the Outer House/the Inner House) 99
- the High Court of Justiciary 32
- tingrett (tingrettene) 29, 95
- Trybunał Konstytucyjny 29, 32, 33, 34, 99, 121, 160, 173, 206, 226, 264
- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej 211, 212, 230, 231, 236, 237, 238, 239, 240
- Trygderetten 29
- Utlendingsnemda 29
- Wysoki Sąd (High Court) 32, 33, 96, 99

Sprawa jeszcze nierozpoznana - *zob. A case of first impression*

Sprawa pierwszego wrażenia - *zob. A case of first impression*

Sprawa wiodąca - *zob. A leading case*

Sprawiedliwość 14, 73, 79, 93, 103, 105, 108, 110, 111, 112, 113, 115, 129, 178, 193, 194, 250
Sprzeczność precedensów 75, 151, 210, 211
Stany Zjednoczone 13, 27, 28, 30, 32, 33, 34, 40, 42, 48, 49, 54, 62, 66, 73, 74, 77, 78, 81, 85, 90, 91, 93, 98, 153, 161, 188, 189, 200, 201, 206, 232, 248
Stare decisis 5, 28, 34, 35, 36, 39, 40, 43, 53, 54, 56, 68, 74, 75, 76, 78, 79, 89, 119, 120, 123, 125, 131, 139, 151, 171, 174, 177, 178, 179, 180, 185, 204, 205, 206, 207, 210, 211, 214, 223, 224, 229, 244, 246, 250
Sylogizm 222
Szwecja 23, 28, 29, 36, 37, 74, 81, 93, 97, 201

U

Unieważnienie precedensu – *zob. Overruling*

Uzasadnienie wyroku sądowego

- elementy – *zob. Wyrok sądowy, elementy*
- większościowe 61, 62, 156
- wspólne 61, 62, 92, 157, 158
- zbieżne tylko co do wyniku 61, 156, 158, 209, 235, 236
- zdanie odrębne 62, 92, 156, 157, 158, 160, 209, 222, 233, 234, 235, 236, 243

W

Wielka Brytania (Zjednoczone Królestwo) 13, 21, 26, 27, 28, 30, 33, 42, 48, 49, 218, 232, 248

Włochy 21, 30, 51, 67, 77, 90, 95, 99, 218

Wykładnia prounijna 203, 204, 213, 227

Wyrok sądowy

- elektroniczna baza orzeczeń – *zob. Baza orzeczeń*
- elementy 53, 63, 159
- publikacja 35, 64, 66, 158, 209
- składniki – *zob. elementy*
- struktura – *zob. elementy*
- teza 186
- uzasadnienie – *zob. Uzasadnienie wyroku sądowego*
- wykładnia – *zob. Sądowa wykładnia prawa*

Wyróżnienie precedensu – *zob. Distinguishing*

Z

Zasada prymatu (pierwszeństwa) ustawy 84, 85, 164, 165, 175, 243

Zasada związania precedensem – *zob. Stare decisis*

Zasady prawa 43, 87, 135, 236, 237

Zbiór orzeczeń 35, 36, 64, 65, 66, 83, 90, 93, 94, 158, 159, 160, 209, 223

Ż

Źródła prawa 34, 35, 36, 59, 86, 88, 180, 226

