

Maciej Koszowski

**ANGLOSASKA
DOKTRYNA PRECEDENSU**

Porównanie z kontynentalną praktyką orzeczniczą

Maciej Koszowski

**Anglosaska doktryna precedensu
Porównanie z kontynentalną praktyką orzeczniczą**

Publikacja powstała w związku z działalnością naukowo-badawczą współfinansowaną ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Projektu „Edukacja dla przyszłości – program rozwoju Wyższej Szkoły Biznesu w Dąbrowie Górniczej”



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Recenzenci:

Prof. nadzw. dr hab. Bartosz Wojciechowski
Professor Zenon Bańkowski

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

Maciej Koszowski

ANGLOSASKA DOKTRYNA PRECEDENSU

Porównanie z kontynentalną praktyką orzeczniczą

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: 978-83-67240-24-6

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

Druk: Bookpress

SPIS TREŚCI

Przedmowa	11
CZEŚĆ I: ANGLOSASKA DOKTRYNA PRECEDENSU	15
Rozdział I: Kwestie wprowadzające	15
1. Rodzaje precedensów w polskiej literaturze teoretycznoprawnej	15
2. Rys historyczny anglosaskiej doktryny (wiążącego) precedensu	19
3. Argumenty przemawiające za instytucją wiążącego precedensu	24
Rozdział II: Zasada <i>stare decisis</i> (zasada wiązania precedensem)	35
1. Zasady ogólne	35
2. Orzeczenia pochodzące od pośrednich sądów apelacyjnych	39
3. Związanie sądów niskiego rzędu ich własnymi precedensami	44
4. Konsekwencje podziału Stanów Zjednoczonych na poszczególne stany oraz występowania w Zjednoczonym Królestwie trzech odrębnych jurysdykcji i Komisji Sądowej Tajnej Rady	45
5. Rodzaje wiązania precedensem i uzasadnienie obowiązywania zasady <i>stare decisis</i>	49
Rozdział III: <i>Ratio decidendi</i> i <i>obiter dicta</i>	55
1. Wprowadzenie	55
2. Elementy, rodzaje, dostępność i styl, w jakim są sporządzane uzasadnienia orzeczeń sądowych w systemie prawnym typu <i>common law</i>	56
3. <i>Ratio decidendi</i>	64
3.1. Zagadnienia wstępne	64
3.2. <i>The rule model</i>	65
3.3. Podstawowe wymogi i ograniczenia stawiane przed <i>ratio decidendi</i>	69
3.3.1. Pogląd pozytywny i krytyczny	69
3.3.2. Związek z faktami sprawy precedensowej	70
3.3.3. Dopuszczalny stopień ogólności	71
3.3.4. Fakty hipotetyczne <i>versus</i> udowodnione	74
3.4. Dalsze wymogi stawiane przed regułą mającą stanowić <i>ratio decidendi</i>	75
3.4.1. Należyte przedyskutowanie (rozważenie)	75
3.4.2. Akceptacja wraz z upływem czasu	77
3.4.3. Nieustanowienie <i>per incuriam</i> („przez niedbałość”)	78
3.4.4. Właściwe opublikowanie precedensowego wyroku	81
3.4.5. Zgodność z zasadami <i>common law</i> i brak „zestarzenia się”	83

3.4.6. Odznaczenie się „prawnym” charakterem	86
3.4.7. Posiadanie charakteru decyzji i brak wyłączenia statusu precedensu	88
3.4.8. Zgodność z prawem Unii Europejskiej	90
3.4.9. Test uniwersalności <i>ratio</i>	92
3.5. <i>Ratio</i> a kwestia interpretacji	93
3.6. Uzasadnienie obrania koncepcji <i>the rule model</i>	97
4. <i>Obiter dicta</i>	98
5. Problem wielości <i>rationes decidendi</i>	104
6. Inne niż <i>the rule model</i> ujęcia precedensu sądowego	106
6.1. Metoda dr. Goodharta i test Wambaugh	106
6.2. Model z zasad i „polityk”	111
6.3. Model rezultatu i zważenia przeciwstawnych argumentów	112
6.4. Model z „przyczyny”/przyczyn/rozsądku/sposobu rozumowania	114
6.5. Model z analogii	115
6.6. Teoria Ronalda Dworkina	121
6.7. Model z kwestii prawnej	124
6.8. Model naturalny	124
7. <i>A case of first impression</i> (sprawa jeszcze nierozpoznana)	126
Rozdział IV: <i>Overruling</i> (<i>overriding</i>, <i>overturning</i>) – unieważnienie precedensu	131
1. Zagadnienia wstępne	131
2. Powody uzasadniające dokonywanie <i>overruling</i>	132
3. Utrudnienia w unieważnianiu precedensów	134
4. Ułatwienia w unieważnianiu precedensów	139
5. Rozwiązania o charakterze formalnym (proceduralnym)	141
6. Zakaz nadużywania prawa do <i>overruling</i>	143
7. Rodzaje <i>overruling</i> : wyraźny i dorozumiany	144
8. <i>Overruling</i> w szczegółach	145
8.1. Trzy wyjątki od związania Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii jego własnymi precedensami	145
8.1.1. Wystąpienie sprzeczności pomiędzy własnymi precedensami	146
8.1.2. Sprzeczność z precedensem Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa	147
8.1.3. Ustanowienie precedensu <i>per incuriam</i>	148
8.1.4. Precedensy ustanowione w obszarze prawa karnego	149
8.2. Inne sądy Zjednoczonego Królestwa	151
8.3. Konsekwencje członkostwa Zjednoczonego Królestwa w Unii Europejskiej oraz funkcjonowania the Judicial Committee of the Privy Council	154
8.4. Stany Zjednoczone	156

9.	Skutek unieważnienia precedensu	159
10.	Prospektywna i retrospektywna moc <i>overruling</i>	161
11.	Antycypacyjne unieważnianie precedensu (ang. <i>anticipatory overruling</i>)	165
Rozdział V: <i>Distinguishing</i> – „wyróżnienie” precedensu		167
1.	Zagadnienia wstępne	167
2.	Istota i rodzaje <i>distinguishing</i>	168
3.	Przesłanka, od której spełnienia uzależniona jest możliwość skorzystania z instytucji <i>distinguishing</i>	171
4.	Nadużywanie prawa do <i>distinguishing</i> – tzw. „struganie precedensów”	174
5.	Uzasadnienie dokonywania <i>distinguishing</i>	176
6.	Rozwiązania mające ograniczać możliwość wyróżniania precedensów	179
7.	Poszerzenie <i>ratio decidendi</i> a <i>distinguishing</i>	180
8.	<i>Distinguishing</i> w innych niż <i>the rule model</i> ujęciach istoty precedensu	181
Rozdział VI: Przeformułowanie i potwierdzenie precedensu		185
1.	Przeformułowanie (ang. <i>reformulation, reexplanation</i>)	185
2.	Potwierdzenie precedensu (ang. <i>reaffirming</i>)	186
Rozdział VII: Kwestie końcowe		189
1.	Zasada prymatu prawa stanowionego nad prawem precedensowym	189
2.	Stosunek prawa precedensowego do prawa zwyczajowego	196
3.	Pojęcie precedensu sądowego	197
4.	Moc (siła) poszczególnych precedensów	200
CZĘŚĆ II: PORÓWNANIE Z KONTYNENTALNĄ PRAKTYKĄ ORZECZNICZĄ		205
Rozdział I: Anglosaskie precedensy a wyroki sądowe wydawane w krajach <i>civil law</i>		205
1.	Wprowadzenie	205
2.	Elementy, rodzaje i styl kontynentalnych orzeczeń sądowych	205
3.	Podstawowe różnice pomiędzy wyrokami wydawanymi w prawie <i>common law</i> i <i>civil law</i>	212
3.1.	Ogólny brak zasady <i>stare decisis</i>	212
3.2.	Brak rozróżnienia na <i>ratio decidendi</i> i <i>obiter dicta</i>	218
3.3.	Nieprzywiązywanie wagi do okoliczności faktycznych sprawy, w jakiej wydano orzeczenie, na które się później powołuje	220
3.4.	Brak instytucji <i>overruling</i>	223
3.5.	Brak instytucji <i>distinguishing</i>	225
3.6.	Wyjątkowe korzystanie z analogii, w tym spowodowane sprowadzaniem istoty poprzednio wydanych orzeczeń do postaci ogólnych reguł	227
3.7.	Mniejszy zakres swobody w <i>a case of first impression</i> i konieczność oparcia sądowego rozstrzygnięcia na przepisie prawa stanowionego	230
3.8.	Brak podejmowania dyskusji w judykaturze w przedmiocie tego,	

jak powinno się korzystać z dotychczas wydanych orzeczeń sądowych, oraz słabsza znajomość tych orzeczeń	233
3.9. Zdecydowanie większa liczba spraw na wokandzie w sądach najwyższej instancji oraz często trzecioinstancyjny charakter tych sądów	234
4. Konkluzje	237
Rozdział II: Precedensy ustanawiane w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii w prawie stanowionym	241
1. Wyniki sądowej wykładni prawa stanowionego zamieszczone w anglosaskim wyroku	241
2. Specyfika precedensów ustanawianych w anglosaskim prawie stanowionym	242
2.1. Równie dyskursywny i otwarty styl uzasadnień sądowych	242
2.2. Zwiększona siła zasady <i>stare decisis</i>	243
2.3. Wypełnianie luk w prawie ustawowym	247
2.4. <i>Ratio decidendi, obiter dicta, overruling i distinguishing</i>	249
3. Wnioski końcowe	254
Rozdział III: Zakończenie	257
1. Dalsze różnice między anglosaskimi precedensami a wyrokami pochodzącymi od sądów z państw z kręgu <i>civil law</i>	257
2. Występujące w polskiej literaturze teoretycznoprawnej podziały orzeczeń sądo- wych a anglosaskie precedensy	259
3. Właściwa terminologia	264
Apendyks: Norwegia, Szwecja i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej	269
Posłowie	285
Streszczenie	287
The Abstract	291
Bibliografia	295
Słowa kluczowe	305
Key Words	305
Indeks osobowy	307
Indeks rzeczowy	315





PRZEDMOWA

Niniejsza monografia jest wynikiem badań, które od wielu lat prowadzę nad anglosaskim systemem prawnym i instytucją wiążącego precedensu sądowego. Badania te w pierwszej kolejności zaowocowały wydaniem jeszcze w 2009 r. książki pt. *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą*. Już jednak w chwili ukazania się tej książki drukiem wiedziałem, że problematyka ta nie pozwoli się odstawić na bok i jej zgłębianie będzie musiało być kontynuowane. Po moim gościnnym pobycie na Uniwersytecie Tromsø w Norwegii (sfinansowanym ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Norweskiego Mechanizmu Finansowego) i obronieniu rozprawy doktorskiej zatytułowanej *Między common law a prawem stanowionym. Precedens w norweskim systemie prawa* w latach 2012-2014 prowadziłem dalsze prace badawcze nad anglosaskim precedensem sądowym dzięki Stypendium dla Młodych Doktorów przyznanemu mi w ramach projektu „Edukacja dla przyszłości – program rozwoju Wyższej Szkoły Biznesu w Dąbrowie Górniczej”. Nie bez znaczenia była tu też moja ośmiomiesięczna obecność na Uniwersytecie Aberystwyth w Wielkiej Brytanii w związku z udziałem w ministerialnym programie „Mobilność Plus” i biorąca się z niej możliwość obcowania na co dzień z reprezentantami jakże odmienną od polskiej kultury prawnej.

Obecna wersja tej monografii istotnie różni się od będącej jej poprzedniczką *Anglosaskiej doktryny precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą*. Pomijając już samo trzykrotne zwiększenie objętości, zostało w niej podjętych wiele nowych wątków, a dotychczasowe zostały niejednokrotnie w znacznym stopniu rozwinięte. Między innymi został dodany opis struktury, jaką posiada sądownictwo w Stanach Zjednoczonych Ameryki oraz Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, przy uwzględnieniu reformy, która dokonała się w tym królestwie w ostatnich latach, w tym powołania w miejsce Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa. Doszły nowe, nieporuszone wcześniej, zagadnienia dotyczące mocy (siły) konkretnego precedensu, modelu precedensu z kwestii prawnej i toku rozumowania tudzież stosunku, w jakim pozostaje prawo precedensowe do prawa zwyczajowego w Zjednoczonym Królestwie, oraz zasad, za pomocą których interpretuje się tam i w USA przepisy prawa stanowionego. Zamieszczone zostało też więcej odniesień do innych niż Polska państw z rodziny *civil law* podczas przeprowadzania porównywania anglosaskiej praktyki orzeczniczej z jej kontynentalną

odpowiedniczką, które to zresztą „wzbogacenie” pociągnęło za sobą konieczność zmiany dotychczasowego tytułu.

Przy tym starałem się – o tyle, o ile było to możliwe – zachować wcześniejszy układ, nomenklaturę i sposób prezentacji. Tak jak miało to miejsce poprzednio, z zakresu przedmiotowego i tym razem zostały wyjęte szczegółowe zagadnienia związane z rozumowaniem *a simile* w prawie precedensowym. W międzyczasie zostały one w sposób wyczerpujący zaprezentowane w artykułach: *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: dwa ujęcia analogii* i *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: reguła, konkurencja, poszukiwanie i uzasadnienie dla korzystania z analogii*, opublikowanych odpowiednio w: „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, sectio G (Ius) 2014, nr 2, s. 61-87 i „Studia Iuridica Lublinensia” 2015, nr 4, s. 35-61.

Choć też od ukazania się *Anglosaskiej doktryny precedensu. Porównanie z polską praktyką orzeczniczą* upłynęło przeszło dziewięć lat, stan nauki polskiej w przedmiocie anglosaskiego precedensu zanadto się nie zmienił i niniejsza pozycja pozostaje nadal jedynym napisanym w języku polskim tak obszernym i kompleksowym opracowaniem poświęconym problematyce precedensu sądowego w anglosaskim systemie prawa. Trzeba jednak podkreślić, iż w 2010 r. ukazał się na jej temat długi artykuł prof. nadzw. Tomasza Staweckiego, który z tytułem *Precedens jako zadanie dla nauk prawnych* został opublikowany w pracy zbiorowej pod redakcją dr Anny Śledzińskiej-Simon i prof. nadzw. Mirosława Wyrzykowskiego: *Precedens w polskim systemie prawa*. W artykule tym została też zamieszczona – jak się wydaje, dość frapująca – uwaga jego autora, w której oznajmia on nam, że: „Główne uproszczenie polskich nauk prawnych w myśleniu o precedensie w systemie *common law* nazwałbym «mityczną interpretacją precedensu»”¹. W 2017 r. doszło z kolei do wydania opracowania monograficznego dr. Tymoteusza Zycha pt. *W poszukiwaniu pewności prawa. Precedens a przewidywalność orzeczeń sądowych w tradycji prawa anglosaskiego*, które w szczególności omawia zagadnienie anglosaskiego precedensu sądowego od strony filozoficzno-historycznej.

Maciej Koszowski

1 T. Stawecki, *Precedens jako zadanie dla nauk prawnych*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 229-230.





CZĘŚĆ I: ANGLOSASKA DOKTRYNA PRECEDENSU

ROZDZIAŁ I: KWESTIE WPROWADZAJĄCE

1. Rodzaje precedensów w polskiej literaturze teoretycznoprawnej

W polskiej literaturze teoretycznoprawnej często nawiązuje się do pojęcia precedensu w celu wyjaśnienia wpływu i roli, które przypadają dotychczas wydanym orzeczeniom sądowym w procesie wykładni i stosowania prawa¹. Przyjęło się przy tym rozróżniać – ze względu na

¹ Na temat precedensu sądowego w polskiej literaturze teoretycznoprawnej zob. w szczególności: J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 10, s. 521-533; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa a prawotwórczość*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 6, s. 865-878; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, Warszawa 2005, s. 254-284; L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 10, s. 3-12; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 222-256; M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” 1980, z. 6, s. 69-78; K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 224; J. Jabłońska-Bonca, *Wprowadzenie do prawa. Introduction to law*, Warszawa 2008, s. 68-83; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 7, Warszawa 2012, s. 190-192; L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 301-310; J. Policiewicz, *Precedens w praktyce Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2000, t. 44, s. 213-224; R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 2001, s. 112-113; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 171-172; J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 136-138; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 130-131; Z. Brodecki, *Precedens*, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 277-282; *Dyskusja w Komitecie Nauk Prawnych PAN nad referatem prof. Andrzeja Stelmachowskiego „prawotwórcza rola sądów w świetle orzecznictwa cywilnego”*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 4-5, s. 784-786; K. Scheuring, *Precedens w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 17-267; A. Orłowska, *Precedens w systemach prawnych różnych krajów europejskiej kultury prawnej*, „Radca Prawny” 2000, nr 5, s. 13-23; A. Orłowska, *Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2004, s. 237-244; A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola sądów (w świetle orzecznictwa cywilnego)*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 4-5, s. 611-626; A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 30-32, 113-120; 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. 85-110; T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 59-73; 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. 221-232; A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniżek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin 2007, s. 134-136; T. Zych, *W poszukiwaniu pewności prawa. Precedens a przewidywalność orzeczeń sądowych w tradycji prawa anglosaskiego*, Toruń 2017; *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010.

moc obowiązującą – precedensy formalnie (prawnie) wiążące, tzw. *de iure*, oraz precedensy formalnie (prawnie) niewiążące, tzw. *de facto*. Te pierwsze uważane są za samoistne źródło prawa, w wyniku czego mogą one stanowić samodzielną podstawę decyzji sądowej. Niezastosowanie się zaś do nich równoznaczne jest z naruszeniem obowiązującego prawa. Precedensy formalnie niewiążące mają się natomiast odznaczać tym, iż nie są utożsamiane z obowiązującym prawem i nie mogą posłużyć za samoistną podstawę rozstrzygnięcia sądowego². W rezultacie też sędziowie przy rozpoznawaniu przedłożonych im spraw nie są prawnie zobowiązani do ich przestrzegania. Z uwagi jednak na fakt, iż w praktyce kierują się oni – mimo braku istnienia takiego obowiązku – treścią takich formalnie niewiążących precedensów, mówi się, iż precedensy te wywierają faktyczny (w sensie: mający miejsce w rzeczywistości), a nie prawny wpływ na zawartość późniejszych decyzji sądowych. Stąd ma się też wywodzić ich nazwa: precedensy *de facto*. Przy tym występowanie precedensów prawnie wiążących zwykło się w polskiej literaturze ogólnie przypisywać systemom prawnym typu *common law*, a istnienie precedensów *de facto* łączyć z systemami prawnymi typu *civil law*, wliczając w to polski porządek prawny³.

Oprócz podziału na precedensy formalnie (prawnie) wiążące i niewiążące w polskiej nauce prawa zwykło się wyszczególniać również precedensy konkretne i abstrakcyjne – w zależności od tego, czy dane orzeczenie rozstrzyga, czy nie, jakiś spór, który powstał na tle istniejącego w rzeczywistości stanu faktycznego. Na gruncie Polski jako przykład precedensów konkretnych podaje się tak wyroki sądowe, które zapadają w sprawach indywidualnych, a jako przykład precedensów abstrakcyjnych uchwały Sądu Najwyższego mające na celu usunięcie rozbieżności, które zachodzą w wynikach przeprowadzonej przez sądy wykładni prawa⁴.

2 Z uwagi na tę ostatnią właściwość lub jej brak L. Morawski mówi tu też odpowiednio o precedensach samoistnych i niesamoistnych (zob. L. Morawski, *Główne...*, s. 255).

3 Zob.: L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 10, Toruń 2006, s. 99; L. Morawski, *Główne...*, s. 254-255; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 188; L. Morawski, *Precedens...*, s. 3; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 229; A. Orłowska, *Precedens...*, s. 14-15; A. Orłowska, *Czy orzeczenia...*, s. 238; J. Policiewicz, *op. cit.*, s. 216; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 35-38, 56; A. Sulikowski, *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007, s. 31; T. Zych, *op. cit.*, s. 28-32; J. Jabłońska-Bonca, *op. cit.*, s. 72, 73, 78-81; zob. też T. Stawicki, *Precedens w polskim...*, s. 60-61.

Podział na precedensy formalnie wiążące i formalnie niewiążące zdaje się również pokrywać z rozróżnieniem na precedensy „twarde” i „miękkie”, które przy omawianiu roli orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stosuje A. Kalisz; zob. A. Kalisz, *op. cit.*, s. 31-32 („[p]odobnie jak w przypadku przepisów prawa precedensy można podzielić ze względu na ich moc obowiązującą na precedensy typu *hard* i *soft*. Wydaje się, iż orzeczenia ETS – w przeciwieństwie do klasycznych precedensów anglosaskich – należą raczej do grupy drugiej...”).

O tzw. faktycznym precedensie w kontekście polskiego porządku prawnego traktuje również M. Zirk-Sadowski; zob. M. Zirk-Sadowski, *Precedens...*, s. 70-71 („[d]latego mówi się u nas o tzw. faktycznym precedensie, czyli wpływie pewnych decyzji sądowych, z reguły wydawanych przez Sąd Najwyższy, na późniejsze decyzje sądowe”).

4 Zob. L. Morawski, *Główne...*, s. 255-256; L. Morawski, *Precedens...*, s. 3; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 229-230; T. Stawicki, *Precedens w polskim...*, s. 61-62; A. Orłowska, *Czy orzeczenia...*, s. 238; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 38; J. Policiewicz, *op. cit.*, s. 216; J. Jabłońska-Bonca, *op. cit.*, s. 76, 77; T. Zych, *op. cit.*, s. 33, przypis 17.

Zgodnie z art. 83 § 1 i 2 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.) z wnioskiem o podjęcie przez polski Sąd Najwyższy tego rodzaju uchwały może w szczególności wystąpić Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego lub Prezes Sądu Najwyższego. Pozostali uprawnieni do wniesienia takiego wniosku to Rzecznik Praw Obywatelskich i Prokurator Generalny, a w zakresie swojej właściwości także Prezes Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej,

Odnosnie do systemów prawnych typu *common law* podnosi się z kolei, iż mają być w nich obecne tylko precedensy konkretne⁵.

Poza dwoma powyższymi polskiej nauce prawa znane jest również rozróżnienie na precedensy prawotwórcze i nieprawotwórcze. Te pierwsze to takie, które w jakiś sposób wzbogacają lub zmieniają zastany porządek normatywny, w szczególności poprzez dodanie jakiejś nowej normy prawnej do zespołu norm prawnych aktualnie wchodzących w skład systemu prawa. Precedensami nieprawotwórczymi mają być z kolei takie, które nie zawierają w sobie żadnej nowości normatywnej (nie wzbogacają i nie zmieniają dotychczasowego porządku normatywnego)⁶. Przy tym nasuwa się tu sugestia, iż w systemach prawnych typu *common law* możliwe będzie ustanawianie nie tylko precedensów nieprawotwórczych, ale również precedensów prawotwórczych, podczas gdy w systemach prawnych typu *civil law* – choćby z uwagi na rygorystyczne pojmowanie w nich zasady trójpodziału władzy i dominującą pozytywistyczną filozofię prawa – orzeczeniom sądowym na ogół będzie się odmawiać prawotwórczego charakteru⁷.

W ścisłym związku z wyżej wspomnianym rozróżnieniem wydaje się pozostawać podział na precedensy interpretacyjne i rozstrzygnięcia. Przedmiotem pierwszych ma być bowiem dokonanie jedynie interpretacji (wykładni) dotychczas obowiązującego prawa, a wyróżnikiem drugich – jak się wydaje – to, że z ich ustanowieniem wiązało się wykroczenie poza granice

Rzecznik Praw Dziecka, Rzecznik Praw Pacjenta, Przewodniczący Rady Dialogu Społecznego, Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego, Rzecznik Finansowy oraz Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców.

Notabene również Naczelny Sąd Administracyjny podejmuje w Polsce uchwały, w których bez związku z rozpoznaniem konkretnej sprawy wyjaśnia on przepisy prawne, jakich stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych. Z wnioskiem o podjęcie przez niego takiej uchwały mogą wystąpić: Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, Prokurator Generalny, Prokuratura Generalna Rzeczypospolitej Polskiej, Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców oraz Rzecznik Praw Dziecka; zob. art. 15 § 1 pkt 2 i art. 264 § 2 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 z późn. zm.).

5 L. Morawski, *Główne...*, s. 256; L. Morawski, *Precedens...*, s. 3; A. Orłowska, *Precedens...*, s. 14-15; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 55; J. Policiewicz, *op. cit.*, s. 216.

Dwuznaczna może wydać się w tym względzie opinia J. Jabłońskiej-Boncy, której zdaniem: „[w] państwach anglosaskich precedensy zalicza się do aktów legislacji sądowej” (zob. J. Jabłońska-Bonca, *op. cit.*, s. 76, 77). Charakterystyczne dla legislacji jest bowiem stanowienie prawa *in abstracto*, tj. bez związku ze sporem na tle prawnym w konkretnej sprawie, choć niekoniecznie taką legislację autorka ta mogła mieć tutaj na myśli.

Por. też T. Zych, *op. cit.*, s. 33, przypis 17 (autor ten twierdzi tu, że „[a]nglosaskie pojęcie precedensu nie obejmuje kategorii precedensów abstrakcyjnych”).

6 Zob. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 171-172; L. Morawski, *Główne...*, s. 256-257; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 230; A. Orłowska, *Czy orzeczenia...*, s. 238; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 130; L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 303-304; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 39-40; por. też A. Sulikowski, *Tworzenie...*, s. 222-226 i A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek, *op. cit.*, s. 134-135.

W przedmiocie rozważań na temat prawotwórczego charakteru decyzji sądowego stosowania prawa oraz problemu nowości normatywnej, w tym z wyszczególnieniem nowości aksjologicznej i logicznej, zob. zwłaszcza: M. Zirk-Sadowski, *Precedens...*, s. 69-78 i M. Zirk-Sadowski, *Problem nowości normatywnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1979, t. 22, s. 47-62.

7 Por. A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek, *op. cit.*, s. 135.

takiej interpretacji (wykładni)⁸. Również tym razem można by więc próbować mniemać, iż w systemach prawnych typu *civil law* co do zasady będą występować głównie precedensy interpretacyjne, a w systemach prawnych typu *common law* również – a być może nawet przede wszystkim – precedensy rozstrzygnięcia.

Godne uwagi jest tu też dzielenie precedensów na prawne i faktyczne, które w anglojęzycznej pracy zbiorowej o komparatystycznym charakterze poczynili dwaj polscy teoretycy prawa, L. Morawski i M. Zirk-Sadowski (ang. *a precedent of law* i *a precedent of fact*). Przy tym celem precedensów prawnych, za przykład których mają móc posłużyć wymienione wyżej precedensy interpretacyjne, ma być zmniejszanie niepewności w prawie, podczas gdy precedensy faktyczne mają za zadanie zmniejszać niepewności, ale co do faktów [w kwestiach związanych z ustaleniem okoliczności faktycznych rozpoznanej nimi sprawy i oceną dowodów]. Za przypadki tych ostatnich rzeczeni autorzy zdają się też uważać orzeczenia dotyczące domniemań, reguł poświęconych tzw. dowodom *prima facie* tudzież innych jeszcze reguł w zakresie dowodów, które zostały wykreowane przez sądy. Ponadto zadaniem tego rodzaju reguł ma być także nakazywanie sędziom wywodzenia podobnych wniosków w podobnych sytuacjach faktycznych, ilekroć sytuacje te mogą być w różny sposób postrzegane (interpretowane)⁹.

Z jeszcze inną propozycją – gdy chodzi o przedstawicieli polskiej nauki prawa – wystąpił nie tak dawno J. Zajadło, dzieląc precedensy sądowe na fałszywe (pozorne) i, jak po tytule artykułu jego autorstwa można się domyślać, rzeczywiste. Przy tym precedensy fałszywe (pozorne) mają być zdaniem tego autora charakterystyczne dla trzech rodzajów sytuacji: a) orzekający sąd szuka rozstrzygnięcia we wcześniejszych orzeczeniach [by się na nim następnie wzorować] tylko po to, by sąd wyższej instancji nie uchylił jego własnego rozstrzygnięcia; b) orzekający sąd jest [w domyśle: bezkrytycznie] przekonany o słuszności wcześniejszego orzeczenia; c) sądy tworzą linię orzeczniczą w celu instrumentalizacji prawa. Z precedensami rzeczywistymi mamy mieć z kolei do czynienia wówczas, gdy „sędzia będzie szukał wcześniejszego rozstrzygnięcia [pośród dotychczas zapadłych wyroków], a znalazłszy rozwiązanie zgodne zarówno z literą, jak i z duchem prawa, będzie się czuł nim związany”. W zamyśle też pomysłodawcy tego rozróżnienia precedensy fałszywe obecne są w Polsce, a precedensy rzeczywiste są właściwe prawu anglosaskiemu¹⁰.

8 Zob. L. Morawski, *Główne...*, s. 257 i K. Scheuring, *op. cit.*, s. 39; zob. też: A. Orłowska, *Czy orzeczenia...*, s. 238; T. Stawicki, *Precedens w polskim...*, s. 66-67; J. Jabłońska-Bonca, *op. cit.*, s. 76, 77; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 230.

Podobne do podziału na precedensy prawotwórcze i nieprawotwórcze tudzież interpretacyjne i rozstrzygnięcia jest też rozróżnianie precedensów deklaratoryjnych i konstytutywnych, o którym wspomina A. Sulikowski. Pierwsze z nich mają – zdaniem tego autora – ustanawiać nową regułę generalną i abstrakcyjną, ewentualnie transponować taką regułę z jakichś innych pozaprawnych systemów normatywnych (np. z zasad słuszności czy sprawiedliwości). Drugie zaś mają mieścić się w ramach tzw. luzów decyzyjnych pozostawionych [organom stosującym prawo] przez prawo stanowione. Przy tym precedensów konstytutywnych, w ocenie tego autora, ma nie być, z formalnego punktu widzenia, w systemach prawnych typu *civil law*. Zob. A. Sulikowski, *Wstęp...*, s. 31.

9 Zob. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 245.

10 J. Zajadło, *Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 25-27.

Nieco odmiennie orzeczenia precedensowe pojmuje natomiast T. Flemming-Kulesza, według której takimi orzeczeniami są te, w których doszło do przełamania dotychczasowej wykładni. Ich ma być też – w ocenie tej autorki – w Polsce tylko niewielki odsetek¹¹. Notabene czasem w polskiej literaturze teoretycznoprawnej zwraca się również uwagę na to, iż w języku potocznym słowo „precedens” oznacza: „po raz pierwszy dokonane rozstrzygnięcie jakiejś sprawy, służące za przykład lub uzasadnienie przy rozstrzygnięciu spraw podobnych”¹².

Poza podziałami i rozróżnieniami już wymienionymi w polskiej nauce prawa precedensy sądowe zwykło się kategoryzować jeszcze na: a) zgodne z obowiązującym prawem (*secundum legem*); b) niezgodne z takim prawem (*contra legem*) oraz c) dotyczące materii, w których obowiązujące prawo się nie wypowiada (*praeter legem*)¹³.

Nie odmawiając pewnej atrakcyjności przytoczonym powyżej propozycjom klasyfikowania dotychczas wydanych orzeczeń sądowych, trudno jednak oprzeć się wrażeniu, iż poprzestanie na nich nie pozwoli oddać prawdziwych różnic, które zachodzą między instytucją anglosaskiego precedensu sądowego a jej odpowiednikiem z systemu prawa kontynentalnego. Wydaje się bowiem, że to dopiero gruntowna analiza sposobu, w jaki funkcjonuje taki precedens w swoim naturalnym i pierwotnym środowisku, tj. zwłaszcza w porządku prawnym Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych, może stanowić wiarygodny punkt odniesienia dla porównywania roli, jaką w procesie wykładni i stosowania prawa odgrywają dotychczas wydane orzeczenia sądowe w anglosaskim i kontynentalnym systemie prawa.

2. Rys historyczny anglosaskiej doktryny (wiążącego) precedensu

Początki anglosaskiej doktryny precedensu (ang. *the doctrine of precedent* lub rzadziej *the doctrine of precedents*) – zwanej czasem też doktryną „autorytetu” (ang. *the doctrine of authority*)¹⁴ tudzież zasadą/doktryną/ideą *stare decisis*¹⁵ – przypadają już na okres XVIII w., jeśli nie nawet

11 T. Flemming-Kulesza, *Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym?*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 16.

12 T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 190; por. też J. Jabłońska-Bonca, *op. cit.*, s. 78, 79.

13 L. Morawski, *Główne...*, s. 256; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 230, 253; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 38-39; zob. też A. Stelmachowski, *op. cit.*, s. 616-619.

Odnośnie do jeszcze innej propozycji w przedmiocie różnicowania precedensów sądowych, tj. podziału na precedensy *sensu strictissimo*, *sensu stricto*, *sensu largo* i *sensu largissimo*, zob. J. Wróblewski, *Precedens...*, s. 525-526; T. Stawecki, *Precedens w polskim...*, s. 69-71; T. Zych, *op. cit.*, s. 31-32, przypis 12.

14 Zob. D.H. Chamberlain, *The Doctrine of Stare Decisis: its Reasons and its Extent*, New York 1885, s. 5.

15 Doktrynę precedensu zrównując z zasadą *stare decisis* np. L. Alexander, M.L. Cohen i K.C. Olson, R.A. Posner, G. Lamond, D.H. Chamberlain oraz S. Hanson – zob. odpowiednio: L. Alexander, *Precedent*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, Malden 1996, s. 503; M.L. Cohen, K.C. Olson, *Legal Research in a Nutshell*, St. Paul 2000, s. 4; R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 154; G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, /plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec, s. 3; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 5; S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 32.

S.J. Burton o zasadzie *stare decisis* mówi już jednak jako o wspierającej doktrynę precedensu (zob. S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, New York 2007, s. 25-26), a R. Cross i J.W. Harris oraz W. Huhn zdają się widzieć w niej tylko jedną z części składowych tej doktryny (zob. R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford

XVII czy wręcz XVI stulecia¹⁶. W swojej właściwej, rygorystycznej, postaci doktryna ta miała się jednak wykształcić dopiero w XIX i XX w., pozostając mniej więcej w takim samym kształcie do dziś. Tym, co miało przyczynić się do jej powstania, miały być przy tym głównie zmiany, do jakich doszło w angielskiej kulturze orzekania, oraz rozpoczęcie spisywania (utrwalania) rozstrzygnięć zapadających w poszczególnych sprawach sądowych.

Mianowicie w szesnastowiecznej Anglii zaczęto składać powództwa jeszcze przed rozprawą [a nie w jej trakcie, jak było wcześniej], w wyniku też czego tutejsi sędziowie – zamiast jak dotychczas nakłaniać strony do zawarcia ugody albo do rezygnacji z dochodzenia przed sądem danego roszczenia – coraz częściej wydawali wyroki, w dodatku podając jeszcze motywy znajdującego się w nich rozstrzygnięcia. Przy tym treści poszczególnych orzeczeń sądowych już na tę chwilę miały być od jakiegoś dłuższego czasu spisywane i utrwalane w tzw. *Year Books*, które począwszy od XV w., zaczęły się ukazywać również drukiem. Co więcej, od końca XVI w. *Year Books* zaczęły być wypierane przez tzw. imienne zbiory orzeczeń (ang. *nominated/named/nominative reports*), które – jak sama ich nazwa wskazuje – były sporządzane pod nazwiskiem konkretnej osoby, prawnika. Ta ich właściwość znacznie ułatwiała też powoływanie się w praktyce na ujęte w nich wyroki. Przy tym *Year Books* miały powstawać od 1272 do 1535 r., a *nominated reports* od 1571 do 1865 r. Za pierwszy, gdy chodzi o te drugie, uznaje się *Edmund Plowden's Commentaries*.

Odnosnie do *Year Books* oraz pierwszych imiennych zbiorów orzeczeń trzeba jednak zaznaczyć, iż ich przydatność dla funkcjonowania doktryny precedensu nie była znaczna.

Year Books z racji ich zawartości merytorycznej oraz celu, w jakim były opracowywane, najzwyczajniej nie nadawały się do tego, by powoływać się na ujęte w nich orzeczenia. Tworzono je bowiem nie po to, by zapewnić prawnikom i studentom prawa dostęp do treści dotychczas wydanych wyroków sądowych, ale po to, by służyły informacją o tym, jak przebiega proces sądowy. Co do zasady *Year Books* były też anonimowe w sensie, iż nie wymieniały z imienia i nazwiska ich autora/redaktora, oraz odręcznie spisywane (w prawniczym języku francuskim).

1968, s. 3; R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 3; W. Huhn, *The Five Types of Legal Argument*, wyd. 2, Durham 2008, s. 42). F. Schauer pod pojęciem *stare decisis* rozumie z kolei jedynie obowiązek po stronie danego sądu do przestrzegania jego własnych precedensów, ale już nie precedensów ustanowionych przez sądy wyższej instancji (zob. F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 37).
16 Już bowiem w drugiej połowie XVI w. – a jeszcze wyraźniej w wieku następnym – rozstrzygając przedłożone im sprawy, angielscy sędziowie mieli powoływać się na wcześniejsze decyzje sądowe. Przy tym pierwszą wzmiankę o potrzebie zachowania konsekwencji w adiudykacji można znaleźć w tzw. *Croke's Reports* (1584), w których mowa jest o tym, że w Sądzie Ławy Królewskiej przy rozpoznawaniu jednej ze spraw zostało stwierdzone, iż: „te kwestie, które są tak często rozstrzygane, powinny pozostać w spokoju” („those things which have been so often adjudged ought to rest in peace”). Natomiast w latach 70. XVII stulecia niejaki sędzia Hale miał w pełni otwarcie oświadczyć, iż osobiście przestrzega on zasady *stare decisis*. Nad wyraz wymowna pozostaje tu też wypowiedź W. Blackstone'a z XVIII w., w myśl której precedens musi być przestrzegany, chyba że jest jawnie absurdalny lub niesprawiedliwy (niesłuszny). Zob. G. Marshall, *What is Binding in a Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 510; N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 34; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 5-6; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 177.

Do ich sporządzenia często wykorzystywane były także notatki robione przez osoby dopiero przygotowujące się do wykonywania zawodu adwokata. W rezultacie orzeczenia, które można było znaleźć w *Year Books*, nie zawsze były kompletne. Zdarzało się, że brakowało w nich opisu stanu faktycznego albo rozumowania, za pomocą którego skład orzekający wykazał zasadność obranego przez siebie rozstrzygnięcia. Co więcej, niekiedy niełatwo miało być nawet ustalić to, czy przytoczona w *Year Books* sprawa dotyczyła rzeczywistego sporu sądowego czy też tylko kwestii spornej pomiędzy prawnikami.

Nominate reports, mimo możliwości zidentyfikowania ich redaktora, były z kolei nieraz tak marnej jakości, iż sami sędziowie zakazywali powoływania się na ich zawartość. Jakości tej nie poprawiła też inicjatywa podjęta na początku XVII w. przez Francisa Bacona, który – by były to osoby o odpowiednich kompetencjach – chciał wynająć do spisywania dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych wybijających się przedstawicieli prawniczej profesji. Jak się przy tym podaje, jej fiasko było „zasługą” samych ówczesnych prawników, którzy mieli nie mieć interesu w tym, aby prawo było pewniejsze i bardziej zrozumiałe¹⁷. Z upływem czasu jakość *nominate reports* stawała się jednak coraz lepsza. W 1662 r. – z myślą o jej podniesieniu – ustawowo nakazano nawet, iż zbiory orzeczeń mogą być wydawane tylko za zgodą takich urzędników jak: the Lord Chancellor, the Lord Keeper of the Seal, the Lord Chief of Justice i the Lord Chief Baron. W XVIII w. Lordowi Mansfieldowi (który działał tu jako the Lord Chief Justice of England) udało się także zwerbować osoby kompetentne do spisywania orzeczeń. W tym też stuleciu przy sądach wyższej instancji zaczęto powoływać specjalnych reporterów (sprawozdawców), aby utrwalali oni na piśmie treści wydawanych wyroków, a także praktykować sprawowanie przez sędziów nadzoru nad sposobem, w jaki pochodzące od nich orzeczenie zostało spisane, przed publikacją takiego orzeczenia w zbiorze. Na lepszą jakość zbiorów orzeczeń wpłynęło również posługiwanie się stenogramem, które – w celu zamieszczenia go w takim zbiorze – umożliwiło odtworzenie podawanego ustnie przez sędziego uzasadnienia niemalże słowo po słowie. Nie bez znaczenia była tu też dokonująca się w XVIII w. standaryzacja układu zbiorów orzeczeń, a przede wszystkim wprowadzenie – jak np. w *Burrow's Report* (ok. 1765) – tzw. *headnote*'ów. Te ostatnie składały się z: a) podsumowania opisu stanu faktycznego, który miał miejsce w danej sprawie; b) wydanego w tej sprawie przez sąd rozstrzygnięcia oraz c) rozumowania, które według składu orzekającego prowadziło do takiego właśnie, a nie innego sposobu rozpoznania tej sprawy. Ostatecznie najwyższą jakość miało zapewnić angielskim zbiorom orzeczeń powołanie w 1865 r. tzw. the Incorporated Council of Law Reporting, która zaczęła wydawać – ukazujące się zresztą do dzisiaj – *the Law Reports*. W trakcie XIX w. miało ponadto rozpocząć działalność wiele innych profesjonalnych wydawnictw.

Uzyskany za pośrednictwem najpierw bardzo niedoskonałych *Year Books*, a potem co-

¹⁷ Znacznie lepszy miał być w tym czasie dostęp do zawartości orzeczeń pochodzących od sądów słuszności (tzw. the Equity Courts), które były wówczas – po ich spisaniu – ujmowane w tzw. the Chancery Register's Books. Odnośnie do prawa słuszności (ang. *equity law*) zob. przypis 25 w niniejszym rozdziale tego opracowania.

raz doskonalszych *nominate reports* w miarę łatwy i szybki – jak na tamte czasy – dostęp do zawartości uprzednio podjętych decyzji sądowych sprawił, iż angielscy sędziowie z czasem zaczęli zmieniać swoje zapatrywania na istotę prawa. W rezultacie z powodu dostrzegania konieczności istnienia coraz większego związku między sprawami rozstrzygniętymi w przeszłości a tymi, które dopiero czekają na rozpoznanie przez sąd, cytowany z początku z pamięci – na dowód istnienia ustalonego zwyczaju czy przejawu zdrowego rozsądku – wyrok sądowy ostatecznie stał się dla nich wiążącym precedensem, stanowiącym *per se* źródło powszechnie obowiązującego prawa. Ten proces przemian w świadomości sędziów angielskich – poza coraz lepszą jakością zbiorów orzeczeń, o której była mowa powyżej – miało spotęgować jeszcze powołanie w latach 70. XIX w. sądów apelacyjnych (hierarchicznie nadrzędnych nad sądami pierwszej instancji) oraz to, że funkcje sądowe, jakie pełniła Izba Lordów, spoczęły w rękach wybitnych prawników¹⁸.

Kształtująca się na obszarze Wielkiej Brytanii instytucja prawnie wiążącego precedensu była również systematycznie recypowana przez Amerykanów – i to już na etapie kolonialnym, tj. jeszcze przed ogłoszeniem niepodległości i oderwaniem się nowo powstałych Stanów Zjednoczonych Ameryki od macierzy. Już bowiem u swego zarania sądy działające w Nowym Świecie przy rozpoznawaniu przedłożonych im spraw opierały się na orzeczeniach wydanych poprzednio przez sędziów angielskich¹⁹. Do momentu uzyskania przez Stany Zjednoczone niepodległości tylko zresztą te orzeczenia były dla amerykańskiego środowiska prawniczego osiągalne z tej prostej przyczyny, że zbiorów wyroków wydawanych przez tutejsze sądy w okresie kolonialnym nie było wcale²⁰. Po ogłoszeniu przez nie niepodległości z początku obowiązywała też reguła, zgodnie z którą jeśli w którymś ze stanów został przyjęty system prawny typu *common law*, to należało wówczas przestrzegać precedensów pochodzących od sądów angielskich do czasu, gdy stanowa legislatura nie uchwali w ich miejsce odpowiedniego prawa. Z biegiem lat amerykańscy sędziowie zaczęli jednak uniezależniać się od orzecznictwa sądów brytyjskich, a w niektórych stanach, by mogło się w nich rozwinąć rodzime prawo precedensowe i własna tożsamość prawna, wprowadzono nawet ustawowe zakazy powoływania się na angielskie wyroki sądowe²¹. Co warto także podkreślić, w każdym ze stanów – z racji posiadania sądownictwa niezależnego od sądownictwa z innych stanów – rodziło się w tym

18 W przedmiocie narodzin anglosaskiej doktryny precedensu zob.: R. Cross, *op. cit.*, s. 19-21; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 24-26; L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 28-29; G. Marshall, *op. cit.*, s. 510; J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 23, 45-46; S. Hanson, *op. cit.*, s. 62, 65; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 17-18, 25, 31-57; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 321; L. Morawski, *Główne...*, s. 257-258.

19 R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 355.

20 M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 46.

21 Zob. J.C. Wells, *A Treatise on the Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Des Moines 1878, s. 538 oraz N. Duxbury, *op. cit.*, s. 98.

czasie odrębne *common law* (co nie znaczy jednak, że pomiędzy *common law* poszczególnych stanów nie było podobieństw, zwłaszcza pod względem obowiązywania w nich tych samych ogólnych zasad)²². Jak się też przy tym podaje, doktryna – a raczej doktryny, bo w poszczególnych stanach mogły się one w szczegółach różnić – precedensu również w Stanach Zjednoczonych Ameryki miała nabrać swojego pełnego kształtu w XIX w.²³

Oczywiście angielskie prawo precedensowe było stosowane również w innych – niż przyszłe Stany Zjednoczone Ameryki – brytyjskich koloniach. W 1879 r. zostało nawet postanowione, iż w całym imperium brytyjskim prawo powinno być rozumiane tak dalece jednakowo, jak jest to możliwe. Australijskie i kanadyjskie sądy, jak się nadmienia, w praktyce miały też odstępować od precedensów angielskich bardzo niechętnie, co nie znaczy jednak, że zawsze traktowały te precedensy jako bezwzględnie je wiążące. Przykładowo Sąd Najwyższy Kanady czuł się związany orzeczeniami the Judicial Committee of the Privy Council (specjalny sąd dla kolonii brytyjskich), ale już nie precedensami, do których ustanowienia doszło w ramach wykonywania funkcji sądowniczej przez Izbę Lordów²⁴.

Notabene w kontekście powstania i rozwoju anglosaskiej doktryny precedensu ciekawa wydaje się uwaga D.H. Chamberlaina, iż doktryna *stare decisis* nie jest wytworem jedynie [anglosaskiego] *common law*. Abstrahując już bowiem od tego, że jest ona charakterystyczna również dla *equity law*²⁵, jej oznaki – zdaniem tego autora – mają się dawać dostrzec już

22 Zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 604 i Ch.R. Calleros, *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006, s. 24-25.

W Stanach Zjednoczonych nie doszło natomiast do wykształcenia się *common law* (w sensie prawa precedensowego nienawiązującego do postanowień prawa stanowionego) na poziomie prawa federalnego, tj. poza bardzo wyspecjalizowanymi dziedzinami jak np. prawo morskie (zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 22).

Na temat wieloznaczności terminu *common law* zob. przypis 82 w rozdziale II części II niniejszego opracowania.

23 N. Duxbury, *op. cit.*, s. 35, przypis 18.

Przy tym, jak się podaje [najprawdopodobniej w stosunku do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych], w XVIII w. niemalże w żadnym wyroku nie odwoływano się do wcześniej podjętych decyzji sądowych. Począwszy jednak od 1800 r. zaczęło się to zmieniać i w 1900 r. w 90% rozpoznanych spraw powoływano się na takie decyzje – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 265, przypis 6.

24 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 22-23 oraz P.M. Perell, *Stare Decisis and Techniques of Legal Reasoning and Legal Argument*, <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques>, s. 3.

Poza Zjednoczonym Królestwem i Stanami Zjednoczonymi (z wyjątkiem stanu Luizjana i terytorium Portoryko) system prawny typu *common law* występuje obecnie np. w Irlandii, Nowej Zelandii, Australii, Kanadzie (z wyjątkiem prowincji Quebec), Indiach, Singapurze, Izraelu, Afryce Południowej (choć przy znacznym wpływie holenderskim), Ghanie, Malezji i na Bermudach; zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 103 i J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 14, 15.

Dla pełnej ścisłości warto ponadto zaznaczyć, iż jeśli chodzi o Zjednoczone Królestwo, to w zasadzie system prawny typu *common law* charakteryzuje w pełni tylko dwie z trzech obecnych tu jurysdykcji, tj. Anglię i Walię oraz Irlandię Północną. Trzecią z jurysdykcji, Szkocję, od dawna cechowały bowiem pewne odmienności – głównie ze względu na tradycje przyniesione z Francji okresu renesansu i Niderlandów z czasów po reformacji – przejawiające się w swoistym łączeniu elementów systemu prawnego typu *common law* z systemem prawa kontynentalnego – zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 315; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 359-360; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 14.

25 Podział na *equity law* i *common law* sięga jeszcze czasów średniowiecza. Przy tym u swych narodzin *common law* miało stanowić swoisty konglomerat prawa rzymskiego i frankońskiego oraz saksońskich i feudalnych zwyczajów, będąc

w prawie rzymskim. Wszak w Kodeksie Justyniana z 529 r. znajdował się zapis, z którego wynikało, że ilekroć cesarz rozpoznał jakąś sprawę i ogłosił swój wyrok, wyrok ten stawał się prawem nie tylko w tej sprawie, ale i w innych sprawach do niej podobnych, i to ze skutkiem dla wszystkich sędziów bez wyjątku²⁶.

3. Argumenty przemawiające za instytucją wiążącego precedensu

Uzasadnienia istnienia instytucji wiążącego precedensu poszukuje się w pierwszej kolejności w pragnieniu zapewnienia prawa stabilności i przewidywalności (uniknięcia powstania w nim chaosu), i co się z tym wiąże, dania jego adresatom możliwości poznania jego treści z wyprzedzeniem (tj. zanim zostanie wydany w danej sprawie wyrok sądowy) – rodząc tak po ich stronie poczucie kontroli i bezpieczeństwa tudzież wiary w rządy prawa, pozwalające im czuć się pewnie w obrocie i zarządzaniu swoimi sprawami²⁷. Przy tym, jak się nadmienia, im bardziej będzie ktoś przekonany, że sądy wzorują się na swoich wcześniejszych decyzjach, tym bardziej będzie mógł on polegać na tym, że podejmą one podobne do nich decyzje w przyszłości; a im bardziej będzie mógł on polegać na tym, że przyszłe decyzje będą podobne do dotychczasowych, tym większe będzie miał on zaufanie do prawa jako bezpiecznego wyznacznika przy przedsięwzięciu

jeszcze pod wpływem naleciałości normandzkich. Z racji zaś tego, iż było ono stosowane w średniowiecznej Anglii przez sądy królewskie w całym królestwie, przyłgnęła do niego nazwa „prawo wspólne” (zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 146; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 166; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 25; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 24; W.R. Cornish, *Taking the Common Law to Poland*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Stanisławowi Sołtyśńskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 51-52).

Equity law wiązało się z kolei z działalnością królewskiego ministra: Kanclerza (the Chancellor), który od XIII do XVI w. miał wymierzać sprawiedliwość tam, gdzie nie było prawa pisanego, tudzież tam, gdzie z uwagi na brak odpowiedniego środka prawnego osiągnięcie sprawiedliwości na podstawie *common law* nie było możliwe (ewentualnie jeszcze tam, gdzie *common law* jako prawo „nie wystarczało”). Wymierzanie przez Kanclerza sprawiedliwości zostało też z czasem zinstytucjonalizowane, poprzez powołanie tzw. the Court of Chancery. Co jednak istotne, choć – przynajmniej chwilami – *equity law*, jak sugeruje jego nazwa, rzeczywiście oznaczało orzekanie na zasadach słuszności, ostatecznie stało się ono, tak jak *common law*, prawem opartym na dotychczas wydanych orzeczeniach sądowych (które zresztą były tu bardziej pieczołowicie, i to już w XVII w., spisywane i przestrzegane aniżeli orzeczenia pochodzące od sądów wydających wyroki na podstawie *common law*). Z tego też zresztą powodu, a także z racji zniesienia w latach 1873 i 1875 podziału na odrębne sądownictwo stosujące *common law* i *equity law* (podobnie uczyniono zresztą w większości stanów w Stanach Zjednoczonych) coraz trudniej jest dzisiaj mówić w Zjednoczonym Królestwie o jakimś podziale na „prawo wspólne” i „prawo słuszności” (zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 119-123; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 24; P. Mikuli, *Zasada podziału władz a ustrój brytyjski*, Warszawa 2006, s. 114, przypis 7; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 53-54, przypis 96; W.R. Cornish, *op. cit.*, s. 52-53).

²⁶ D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 22-23.

²⁷ Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 379; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 20-21; G. Lamond, *op. cit.*, s. 17, 18; R. Cross, *op. cit.*, s. 11-12; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 11-12; C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996, s. 76; S. Hanson, *op. cit.*, s. 32; 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. 230, 231; 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. 67; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 95, 158-165; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 52; F. Schauer, *Thinking...*, s. 43-44; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 179; M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 7, 18, 54, 178, 188, 191, 195, 201, 269, przypis 51, s. 271-272, przypis 76, s. 326; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 144-145, 345; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 2; 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. 1-2.

[swoich] działań. Im większe będzie zaś zaufanie, jakie jest pokładane w prawie [prognozie co do niego], tym mocniej przeciwko niespodziewanej zmianie [w sposobie orzekania] będą przemawiać względy słuszności²⁸. Uniemożliwienie sędziom wydawania odmiennych rozstrzygnięć w tych samych lub bardzo do siebie zbliżonych stanach faktycznych ma też nie tylko pozwalać zapobiegać – przynajmniej w jakimś stopniu – stronniczości i arbitralności (dowolności, dyskrecjonalności, „kapryśności”) w orzekaniu²⁹ tudzież stanowić zaporę dla kierowania się przez sędziów ich osobistymi preferencjami politycznymi³⁰, ale także stanowić bezpośrednią realizację w prawie zasady uniwersalności³¹ i wymogu równego traktowania. Ten ostatni zwykło się tu również podnosić do rangi „sprawiedliwości formalnej”³², jeśli nie nawet sprawiedliwości jako takiej. Konieczność zachowania konsekwencji w orzekaniu ma, zdaniem co niektórych, brać się już bowiem z samej natury (celów) systemu prawa tudzież inherentnie tkwić w konstytucji obywatelskiej społeczności³³.

Ponadto w celu uzasadnienia obowiązywania doktryny wiążącego precedensu odwołuje się też do argumentów natury historyczno-pragmatycznej, ustrojowej oraz instytucjonalno-organizacyjnej. Tak z tego, co warto tu wskazać, instytucja wiążącego precedensu może być uznana za „wytwór konieczności” w tych dziedzinach prawa, w jakich legislatura jest nieaktywna. Wówczas bowiem – do orzekania zgodnie z prawem – niezbędne jawi się przestrzeganie jakichś reguł, a tymi, z racji braku prawa stanowionego, mogą być zwłaszcza reguły, jakich egzemplifikację stanowią wydane poprzednio wyroki sądowe. Takie też zresztą dziedziny w krajach z systemem prawnym typu *common law* istnieją po dzień dzisiejszy³⁴. Ponadto za przestrzeganiem precedensów ma przemawiać sama zasada podziału (separacji) władzy, według której to nie sądy, lecz legislatura dysponuje uprawnieniem do tworzenia i zmieniania prawa. Jeśli zatem sądy rozstrzygnęły daną kwestię prawną w jakiś sposób, to przy rozstrzyganiu tej kwestii po raz kolejny powinny trzymać się tego sposobu, pozostawiając

28 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 334-335.

29 D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 143; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 76; S. Hanson, *op. cit.*, s. 32; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 165-167; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 6, 265, przypis 7, s. 269, przypis 51; zob. też J.M. Broekman, *op. cit.*, s. 230, 231.

Prawo nie powinno być bowiem dziełem przypadku, np. biorącego się z niespodziewanej zmiany w składzie osobowym danego sądu (nieprzewidywalnym doborze nowych sędziów) – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 57.

30 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 304, przypis 212.

31 R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, tłum. R. Adler, D.N. MacCormick, Oxford 1989, s. 275.

32 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 334; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 382; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 143; D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 74; G. Lamond, *op. cit.*, s. 15-17; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 170-182; R. Cross, *op. cit.*, s. 3, 39; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 3, 43; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 76; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 52; R. Alexy, *op. cit.*, s. 275; S. Hanson, *op. cit.*, s. 32.

33 D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 21, 24-26; por. też P.M. Perell, *op. cit.*, s. 2.

W kontekście prawa precedensowego na powiązanie zasady sprawiedliwości formalnej ze sprawiedliwością materialną oraz z imperatywem kategorycznym Immanuela Kanta zwraca też uwagę M.P. Golding – zob. M.P. Golding, *Legal Reasoning*, wyd. 2, Peterborough 2001, s. 98-100.

34 Zob. G. Lamond, *op. cit.*, s. 14 i R.S. Summers, *Precedent...*, s. 378-379.

jego ewentualną zmianę w gestii legislatury³⁵. Inaczej trudno byłoby bronić tezy, iż sądy tylko deklarują („odkrywają”) prawo, które już wcześniej istniało, nie będąc jego twórcami – przy czym najlepszym dowodem tego co jest prawem, jeśli chodzi o poszczególne kwestie prawne, mają być właśnie dotychczas wydane wyroki sądowe³⁶.

Z kolei, gdy chodzi o względy natury organizacyjno-instytucjonalnej, przede wszystkim wskazuje się na to, iż – poza tym, iż świadczy ono o szacunku dla pracy wykonanej wcześniej przez innych – bazowanie na decyzjach podjętych przez sądy w przeszłości zapobiega waznieniu za każdym razem na nowo wszystkich za i przeciw, jakie można podnieść w danym przypadku. W efekcie dochodzi tu do znacznego zaoszczędzenia kosztów i czasu („skąpych sądowych zasobów”) po stronie rozpoznających poszczególne sprawy sędziów, którzy nie muszą na okrągło rozważać tych samych argumentów, by – jak się to obrazowo ujmuje – nieustannie „wynajdywać koło na nowo”. Tym samym też sędziowie ci zyskują w ten sposób czas i warunki pozwalające skupić swoją uwagę na problemach, jakie rzeczywiście są nowe³⁷. Jest tak tym bardziej z uwagi na to, iż na skutek działania zasady *stare decisis* wiele sporów – które w przeciwnym razie zostałyby skierowane na drogę sądową – zostanie zakończonych polubownie (tj. na podstawie prognozy tego, jak postąpiłby w tych sprawach sąd, kierując się zawartością poprzednio podjętych decyzji sądowych), zapobiegając tak nie mającej końca (re) litygacji w każdej wyobrażalnej kwestii prawnej³⁸.

Istnienie instytucji wiążącego precedensu ma się też przyczyniać do podniesienia jakości wyroków sądowych, w tym także tych wydawanych w sprawach rozpoznawanych po raz pierwszy, z innych jeszcze powodów. Z instytucją tą wiąże się mianowicie świadomość po stronie sędziego rozpoznającego daną sprawę, iż sposób, w jaki rozstrzygnie on tę sprawę, będzie służył jako wzór przy wydawaniu innych wyroków w przyszłości. Ta z kolei świadomość powinna wymuszać na takim sędzim poświęcenie większej ilości uwagi i dołożenie większej staranności przy rozstrzygnięciu zawisłej przed nim sprawy, jak nietrudno się domyślić, z korzyścią również dla niej samej (interesów stron/sprawiedliwości)³⁹. Poza tym – jak się wskazuje – już samo

35 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 334.

36 Zob. D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 6-7.

37 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 334; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 143; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 77; F. Schauer, *Thinking...*, s. 43; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 18; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 52; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 27, 29, 93-95, 99, por. jednak s. 97-99; zob. też J.M. Broekman, *op. cit.*, s. 230; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 65; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 145; B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process (With Notes)*, New Haven 1921, s. 62; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 4-5, 101, 195.

Z drugiej jednak strony wskazuje się także, iż w przypadku gdy dotychczas wydane orzeczenia są sprzeczne lub dwuznaczne, podjęcie decyzji w danej sprawie mogłoby być szybsze, gdyby nie trzeba było brać takich orzeczeń pod rozwagę (zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 29; zob. też E. Sherwin, *A Defense of Analogical Reasoning in Law*, „The University of Chicago Law Review” 1999, t. 66, s. 1188).

38 Zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 44-45, 145 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 5, 152, 188.

39 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 383; J.M. Broekman, *op. cit.*, s. 230; D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 75-76; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 148; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 4-5, 96; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 18; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 39, 145.

zapoznawanie się z treścią dotychczas wydanych orzeczeń sądowych ma pozwalać sędziom na uczenie się z wiedzy i doświadczenia zebranego przez ich poprzedników oraz czerpanie korzyści z tego, co tym poprzednikom udało się osiągnąć⁴⁰. Co więcej, abstrahując już od tego, że kierowanie się podjętymi w przeszłości decyzjami pochodzącymi od takich sędziów, którzy uchodzą za ekspertów w danej dziedzinie prawa, ma zmniejszać prawdopodobieństwo powstawania pomyłek sądowych⁴¹, obowiązek przestrzegania precedensów sądowych może przeciwdziałać podejmowaniu nierozważnych decyzji pod wpływem emocji związanych z ekstremalnymi wydarzeniami, które miały miejsce niedawno, oraz stanowić zaporę dla tzw. śliskiego zbocza⁴². Ponadto zawężać ma on również u sędziów pole – i pozwalać te zjawiska społeczeństwu w pewien sposób kontrolować – dla korupcji i uprzedzeń⁴³, a nawet pozwalać na ograniczenie ryzyk. Ta ostatnia zaleta bierze się stąd, iż, jak się argumentuje, zmiana pociąga za sobą jakieś nieznanne ryzyko, a my generalnie powinniśmy preferować ryzyka, jakie są nam znane, aniżeli te, jakich nie jesteśmy w stanie określić (przewidzieć)⁴⁴. Do szacowania ryzyk potrzebna jest zresztą wiedza, jakiej sędziowie mogą nieraz nie posiadać⁴⁵.

Co więcej, poza tym, iż tworzenie prawa drogą ustanawiania precedensów sądowych uważane jest za ogólnie bezpieczne⁴⁶, stosowanie się do takich precedensów ma sprzyjać zwiększaniu kontynuacji, spójności i uporządkowania w systemie prawa. To w konsekwencji czyni zaś prawo bardziej zrozumiałym i przez to łatwiejszym w przestrzeganiu, a zarazem i mniej podatnym na potencjalną krytykę⁴⁷. Obowiązek powielania dotychczas podjętych decyzji sądowych ma się również przyczyniać do dobrowolnego wykonywania wydanych w indywidualnych sprawach wyroków: strona przegrywająca wie tu bowiem, iż niekorzystne dla niej rozstrzygnięcie sądowe wymierzone jest nie tylko przeciwko niej, ale przeciwko wszystkim osobom, które w przyszłości znajdą się w podobnej co ona sytuacji⁴⁸.

Co jeszcze bardziej szczególne, poleganie na dotychczas wydanych orzeczeniach ma nie tylko wzmacniać/polepszać jakość poszczególnych decyzji sądowych, ale także wpływać

40 K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 66-67; zob. też E. Sherwin, *op. cit.*, s. 1186, 1187-1190 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 7, 202.

41 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 95-96.

42 Zob. *ibidem*, s. 10.

W przedmiocie argumentu śliskiego zbocza (ang. *a slippery slope argument*), jaki polega na czynieniu szeregu nieznaczących jednakowych odstępstw od dotychczasowych decyzji lub regulacji prawnych aż do momentu, kiedy któreś z kolejnych takich odstępstw jest w oczywisty sposób nieuzasadnione (absurdalne), zob. D. Walton, *Informal Logic. A Pragmatic Approach*, wyd. 2, Cambridge 2008, s. 315-321.

43 Zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 67; zob. też E. Sherwin, *op. cit.*, s. 1186, 1190-1193. Odnośnie do możliwości korygowania w ten sposób uprzedzeń por. jednak N. Duxbury, *op. cit.*, s. 166, przypis 43.

44 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 18; por. też E. Sherwin, *op. cit.*, s. 1186, 1194.

45 Na brak takiej wiedzy powołał się np. Lord Wilberforce w kontekście swojej niechęci do wprowadzania zmian w przedmiocie zasad odpowiedzialności właściciela/kierowcy pojazdu; zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 34.

46 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 153.

47 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 383; G. Lamond, *op. cit.*, s. 15-17; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 76; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 24-25; M. Kirby, *op. cit.*, s. 1-2; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 178, 201.

48 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 382; zob. też J.M. Broekman, *op. cit.*, s. 230.

na wzrost instytucjonalnej siły całego sądownictwa⁴⁹. Współpracujący ze sobą w taki sposób sędziowie stają się bowiem mocniejsi, jako wszyscy razem, ale na swój sposób silniejszy staje się też każdy z nich z osobna – uzyskując większy potencjał i mogąc w znacznie większym stopniu oddziaływać na kształt obowiązującego prawa⁵⁰. Na skutek nieprzyznawania się do błędów [o czym świadczyłoby wydawanie sprzecznych wyroków w zbliżonych do siebie stanach faktycznych] i poprzez niepokazywanie niezdecydowania ma ulegać zwiększeniu również zaufanie, jakim darzą sądownictwo obywatele⁵¹. W przeciwnym zresztą razie mogłoby się ono jawić jako „niezdecydowane” (ang. *indecisive*) i „niekompetentne” (ang. *incompetent*)⁵². Na lepszy wizerunek sędziów ma mieć też wpływ to, że przestrzeganie przez nich precedensów ma świadczyć o ich pokorze i wzajemnym szacunku (traktowaniu osiągnięć swoich kolegów na serio)⁵³, będąc jakimś przejawem sądowej powściągliwości/skromności⁵⁴. W przestrzeganiu takim upatruje się także środka zaradczego na zjawisko upolitycznienia sądów, moderującego ideologiczne zmiany i umożliwiającego postrzeganie sądownictwa bardziej jako instytucji kierującej się prawem aniżeli instytucji o charakterze czysto politycznym⁵⁵. W odniesieniu do sędziów pochodzących z wyboru, zwłaszcza tych, których urząd jest kadencyjny, wskazuje się nawet, iż bazowanie na poprzednio wydanych wyrokach pozwala takim sędziom zadośćuczynić oczekiwaniom osób, które miały wpływ na ich wybór, i przez to zwiększyć szanse tych sędziów na reelekcję. Takie postępowanie z ich strony pozwala bowiem utrzymać wiarę u osób, którym poszczególni tacy sędziowie zawdzięczają swoje stanowisko, w to, iż dyskrekcja w adiu dykacji została ukrócona⁵⁶.

Ponadto za przestrzeganiem precedensów podnosi się również argumenty natury deontologicznej. Należą do nich zwłaszcza uwagi w stylu, iż: a) precedensów należy przestrzegać już z samej racji tego, że są one precedensami, tj. tak, jak rodzicom należy się poważanie dlatego, że są rodzicami⁵⁷; b) to, że sądy niższych instancji powinny stosować się do orzeczeń sądów wyższej instancji, nawet jak się z tymi orzeczeniami nie zgadzają, jest tak oczywiste jak to, że dzieci mają słuchać rodziców, szeregowi sierżantów, katolicy papieża, a pracownicy

49 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 95, 158, 166.

Ponadto wskazuje się, że poszczególni sędziowie powinni być przygotowani na to, iż sposób, w jaki podchodzą oni do zastanych precedensów (czy z szacunkiem, czy z pogardą), będzie miał przełożenie na to, jak przez innych sędziów, obecnych i przyszłych, będą traktowane precedensy ustanowione przez nich samych lub precedensy pochodzące od innych, które oni akurat popierają (zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 3-4, 5, 79, 102, 201, 333). Tym samym też przestrzeganie precedensowych wyroków zdaje się mieć pozytywny wpływ na koleżeńskie stosunki między orzekającymi w sądach sędziami (zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 201, 202).

50 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 156, 166; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 18; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 144.

51 R.A. Posner, *How Judges...*, s. 275-276; R. Alexy, *op. cit.*, s. 277; por. też N. Duxbury, *op. cit.*, s. 95.

52 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 101.

53 N. Duxbury, *op. cit.*, s. 155.

54 Zob. *ibidem*, s. 96; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 7, 20, 197, 202, 203; E. Sherwin, *op. cit.*, s. 1193.

55 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 18.

56 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 155, przypis 14.

57 Zob. *ibidem*, s. 167-168.

swoich przełożonych⁵⁸; c) wymóg pozostawienia niezakłóconym tego, co często jest i było rozpoznawane, bierze się z szacunku dla przeszłości⁵⁹.

W dodatku przestrzeganie precedensów sądowych ma się przyczyniać do społecznej stabilności i legitymizacji sądownictwa (jego politycznych wyborów/preferencji) oraz powszechnego pokładania zaufania w nim i prawie. Członkowie społeczeństwa mogliby bowiem reagować negatywnie w razie, gdy sądy wydawałyby odmienne wyroki w podobnych czy wręcz niemalże identycznych przypadkach⁶⁰.

Oczywiście wysuwane są nie tylko argumenty za wprowadzeniem (utrzymaniem) instytucji wiążącego precedensu, ale również argumenty, jakie mają przemawiać za jej niewprowadzeniem (zniesieniem). Tak po pierwsze ścisłemu trzymaniu się dotychczas podjętych decyzji sądowych zarzuca się możliwość nie mającego końca utrwalania i pomnażania niesprawiedliwości raz już wcześniej poczynionej oraz hamowanie rozwoju obowiązującego prawa, które to prawo nie

58 F. Schauer, *Thinking...*, s. 41-42.

59 D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 5-6, 20; zob. też N. Duxbury, *op. cit.*, s. 168-170.

Poza argumentami mającymi przemawiać na rzecz istnienia instytucji wiążącego precedensu lub nawet precedensu w ogólności wyszczególnia się też funkcje, jakie pełnią lub mogą pełnić precedensowe orzeczenia. Do funkcji tych należą: a) ograniczanie dyskrekcji (swobody) sądowej; b) przekonywanie; c) stanowienie bardzo popularnego, jeśli nie najpopularniejszego sposobu prawniczej argumentacji, w tym używanego na uzasadnienie wydania takiego, a nie innego rozstrzygnięcia sądowego, jaki w dodatku pozwala skanalizować zwłaszcza złe i skrajne emocje stron postępowania sądowego i uczynić takie postępowanie czymś pokojowym i uporządkowanym; d) stanowienie medium, za pośrednictwem którego można zrozumieć adiudykację i operacje myślowe przeprowadzane przez sędziów oraz skrótu myślowego, za pomocą jakiego można się odnieść do tego, co robią sądy; e) wpływanie na kształt języka prawniczego i wyznaczanie poszczególnych argumentów prawniczych i rodzajów argumentacji prawnej, z jakich wolno korzystać w dyskursie prawnym, oraz określanie siły perswazyjnej takich argumentów/rodzajów argumentacji w takim dyskursie; f) wskazywania na to, co trzeba zrobić, by wygrać sprawę sądową ogólnie lub danego typu; g) porządkowanie, stabilizowanie i objaśnianie prawa oraz wpływanie na strukturę prawa, kulturę prawną i sposób, w jaki działa system prawny; h) ułatwianie dyskusji czy nawet debaty nad prawem i dawanie do nich przyczynku; i) oddziaływanie na to, jakie sprawy będą trafiać do sądów, np. poprzez unormowanie w nich jednych kwestii w sposób ścisły i jednoznaczny, a innych wcale lub w sposób bardzo ogólny; j) rozwiązywanie sporów na drodze pokojowej; k) edukowanie ludzi; l) wpływanie na to, jak będą się zachowywać adresaci prawa i organy władzy publicznej oraz na to, jaką te organy będą mieć strukturę; m) legitymizowanie działań podjętych przez podmioty prawa, w tym przedstawicieli rządu i administracji publicznej; n) naświetlanie lub wyłanianie problemów, jakie powinny być rozwiązane (uregulowane prawnie); o) oddziaływanie na poglądy u sędziów i wartości panujące w społeczeństwie; p) umożliwienie sędziom poprzez ich ustanawianie wyładowania się (ujścia z nich emocji); r) wdrażanie w życie wartości zdefiniowanych przez prawo stanowione; s) wyjaśnianie, utrwalanie w celu zachowania (jak kronikarz lub historyograf) i wpływanie na historię, przy tym często tak, by stać po jej „właściwej” stronie tudzież tej, która i tak wygra; t) dostarczanie symboliki; u) kształtowanie kultury i narodowej tożsamości w sensie oddziaływania na to, jak dany naród jest postrzegany (rozumiany) przez swoich członków i swoje władze publiczne – zob., aczkolwiek na tle precedensów obecnych w amerykańskim prawie konstytucyjnym, M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 6, 7, 65, 81-82, 147-176, 178-179, 200, 202, 306, przypis 4, s. 313, przypis 94, s. 314, przypis 112, s. 328-329 (przy tym sądy mają być dobre jako historyografowie, ponieważ po pierwsze są one ponoć stworzone do przeprowadzania retrospektywnych analiz, po drugie tradycyjnie wdają się one w szczegółowe rozważania, po trzecie z racji, iż postępowanie sądowe jest kontradiktoryjne materiały historyczne rozważane w nich na wniosek jednej strony (jej pełnomocnika procesowego) są pod kontrolą drugiej strony (jej pełnomocnika procesowego), który powinien wytknąć w nich potencjalne błędy (zob. s. 164-165), a jako edukatorzy, dlatego że sędziowie mają ku temu sposobność, są przeszkoleni oraz posiadają sporo czasu i odpowiednie zasoby, będąc odcięciami od bieżącej polityki i niezależnymi od politycznej presji na tyle, by móc mieć relatywnie bezstronny osąd na temat prawa (zob. s. 167)).

60 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 71, 102, 178, 306, przypis 4, zob. też s. 83-84, 269, przypis 51, s. 326.

powinno stać w miejscu, ale ewoluować wraz ze zmieniającymi się warunkami i potrzebami społecznymi⁶¹. Sędzia Sądu Najwyższego Australii L. Murphy rygorystyczne przestrzeganie precedensów określił nawet jako postawę „nadzwyczaj adekwatną dla nacji w przeważającej mierze składającej się z owiec”⁶², a jeden z głównych amerykańskich realistów prawnych stwierdził, że: „głupota”, „próżniactwo” i „uprzedzenia” poprzedniego sędziego wiążą tu tego sędziego, któremu przyjdzie orzekać w dalszej kolejności⁶³. Przy tym wskazuje się również, iż rozpoznana w przeszłości sprawa zawsze może być niereprezentatywna (nietyпова), a przez to i obrane dla niej rozwiązanie może nie przystawać do innych spraw podpadających pod tę samą co ona kategorię⁶⁴. Co więcej, świadomość, że orzeczenie wydane w aktualnie rozpatrywanym stanie faktycznym będzie wiązać przy rozpatrywaniu innych stanów faktycznych w przyszłości, może powodować, iż sąd rozstrzygający dany przypadek nie będzie uwzględniał jego specyfiki, lecz szukał modelowego rozwiązania dla całej klasy przypadków, do której ten przypadek należy⁶⁵. Jak się bowiem podaje, sędziowie mają czasem stawać przed dylematem, czy rozstrzygnąć zawisłą przed nimi sprawę prawidłowo czy też rozstrzygnąć ją błędnie, by móc podać takie uzasadnienie (taką regułę precedensu), jakie nie będzie prowadzić do nieprawidłowych rezultatów w sprawach, które będą rozpoznawane po tej sprawie⁶⁶. Nawyk wzorowania się na wydanych w przeszłości orzeczeniach sądowych ogólnie może też grozić tzw. efektem kaskadowym, który ma polegać na tym, iż wraz z każdym kolejnym odwzorowaniem się na orzeczeniu, które nie jest poprawne pod względem merytorycznym, zwiększa się prawdopodobieństwo, że orzeczenie to będzie – w sposób bezrefleksyjny – dalej powielane, mimo prowadzenia do niesprawiedliwych lub nienajlepszych rezultatów⁶⁷.

Poza tym, od strony naukowo-metodologicznej, wskazuje się na okoliczność, iż wymóg przestrzegania precedensów nie uwzględnia zmieniającego się kontekstu, jaki wpływa na prawidłowość podejmowanej decyzji sądowej, oraz konieczności testowania raz już obranych rozwiązań w celu określenia ich przydatności/zasadności. Jak peroruje tu R.A. Posner, doktryna *stare decisis* może się przyczyniać i przyczynia się do sprawiedliwości pojmowanej na różne

61 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 335; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 67; E.H. Levi, *The Nature of Judicial Reasoning*, „The University of Chicago Law Review” 1965, nr 3, s. 405; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 29-30; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 187-188; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 98-99, 100-101; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 179; S. Hanson, *op. cit.*, s. 32; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 2-3. Jak mawiał tu Raoul Berger, „that which is wrong in the beginning cannot become right in the course of time.” Usurpation is not legitimated by repetition” (zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 55).

Z drugiej strony często można spotkać się z wypowiedziami, że istnieją tego rodzaju kategorie spraw, w których ważniejsze jest to, by regulujące je prawo (reguła) było pewne (treść normującej je reguły była ściśle ustalona), niż to, by to prawo (ta reguła) było sprawiedliwe; zob. D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 21; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 545, 547-553; F. Schauer, *Thinking...*, s. 43; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 19; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 111.

62 M. Kirby, *op. cit.*, s. 2 [tłum. M.K.].

63 K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 67.

64 Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 110-111, zob. też jednak s. 111-112; por. też L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 111-112.

65 Por. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 18 oraz K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 176.

66 Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 78, przypis 35; por. też M.P. Golding, *op. cit.*, s. 131-133.

67 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 98-99.

sposoby poprzez czynienie decyzji sądowych bardziej akceptowalnymi przez publiczność oraz poprzez zmniejszanie niepewności w prawie, ale jednocześnie utrudnia ona poszukiwanie i dochodzenie w prawie do prawdy. Jej istnienie uniemożliwia bowiem poddawanie obranych już raz rozwiązań – typowemu dla nauki – kwestionowaniu i weryfikowaniu pod kątem ich merytorycznej zasadności. Twierdzenia zaś, które są bezkrytycznie przyjmowane – tym bardziej jeszcze, gdy aktywnie zniechęca się do poddawania ich w wątpliwość – mają tendencje do bycia słabo uzasadnionymi i nie prowadzą do postępu⁶⁸.

Przestrzeganie precedensów, a dokładnie leżąca u jego podstaw zasada sprawiedliwości formalnej (nakaz traktowania spraw podobnych w sposób podobny) – poza tym, że można jej zarzucić pustość i tautologiczność – ma nie brać też pod uwagę tego, iż obecny przypadek, choć istotnie podobny do poprzedniego, nie powinien być potraktowany identycznie jak ten ostatni z tego powodu, że wydarzył się po nim. Samo następstwo w czasie dwóch wydarzeń (konieczność wydawania po raz drugi wyroku w sprawie danego rodzaju) może bowiem sprawiać, że wydarzenia te nie są tożsame; nie mówiąc już o tym, iż w międzyczasie mógł się dokonać szereg innych jeszcze zmian, które czynią te wydarzenia różnymi. W konsekwencji postępowanie w zgodzie z zasadą sprawiedliwości formalnej ma moc nieraz oznaczać utratę „szerszego obrazu”⁶⁹. W praktyce też ludzie mają być skłonni do powoływania się na tę zasadę nie dlatego, iż uważają oni ją za dobrą samą w sobie, lecz dlatego, że chcą zostać tak potraktowani jak ich poprzednicy, by samemu odnieść z tego jakąś korzyść, lub po to, by inni zostali potraktowani tak jak oni i ponieśli taką samą jak oni stratę. W rezultacie to nic innego jak samolubstwo i uraza, przynajmniej czasem, mają się kryć za naciskiem na zachowanie konsekwencji w orzekaniu⁷⁰.

Z uwagi na obowiązek przestrzegania precedensów sędziowie z krajów z rodziny *common law* mają być również mniej wrażliwi na sposoby, za pomocą których rozstrzyga się analogiczne problemy w innych systemach prawa, a w pochodzących od nich uzasadnieniach ma się znajdować zbyt wiele niepotwierdzonych przypuszczeń, konwencjonalnych lub nawet nieszczerych zapewnien i pewnych siebie stwierdzeń opartych na uprzedzeniach i tradycji ludowej⁷¹. Sama zaś doktryna wiążącego precedensu bywa czasem wyśmiewana jako „jałowy i nielogiczny dogmat” tudzież przeklinana jako „nieokrzesany relikw prymitywnego braku rozsądku”⁷² – do czego można by jeszcze dodać – którego skutkiem jest obniżenie u sędziów kreatywności⁷³ i zachęcanie do uciążliwego dzielenia włosa na czworo w argumentacji prawniczej⁷⁴. Doktryna

68 R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990, s. 82; por. też D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 26 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 187-188.

69 Por. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 172, 174-176, 179.

70 *Ibidem*, s. 179.

71 R.A. Posner, *Problems...*, s. 97.

72 D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 26.

73 Por. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 10-12.

74 S. Hanson, *op. cit.*, s. 32.

ta nie ma być też wolna od możliwości jej nadużywania, tj. z powodu: intelektualnego lenistwa, dogmatyzowania zwyczajów, ducha „róbta, co chceta” (*laissez-faire*) czy też chciwości (zachłanności), które to złe nawyki mają się łatwo móc pod nią skryć⁷⁵. Powielanie rozwiązań z poprzednio wydanych wyroków może być bowiem wynikiem tego, iż ktoś jest leniwy (chce iść po linii najlżejszego oporu), działa pod presją czasu, jest pozbawiony wyobraźni, jest nazbyt wygodny (nie chce mu się myśleć na serio w przedmiocie tego, czego dotyczy jego decyzja), odznacza się brakiem odwagi (nieśmiałością) i niedojrzałością tudzież brakuje mu inicjatywy, pracowitości i rozsądku⁷⁶. Sam natomiast argument z precedensu ma być błędny (stanowiąc tzw. *fallacy*) z punktu widzenia logiki: z tego, że ktoś doszedł do jakiegoś wniosku w przeszłości, nijak nie wynika bowiem to, że ten sam wniosek jest prawidłowy i dzisiaj⁷⁷. Nawet poeci mają niekiedy nie oszczędzać doktryny wiążącego precedensu, przyrównując ją do nauki języka, który znany jest jedynie fragmentarycznie⁷⁸.

Jak jednak obwieszcza nam to D.H. Chamberlain, mimo jej adwersarzy doktryna (zasada) *stare decisis* dała opór wszystkim wstrząsom i burzom i jeśli nie uciszyła wszystkich oponentów, to przynajmniej uzyskała niewzruszone miejsce w anglosaskiej jurysprudencji, która jest niewątpliwie najbardziej wpływowym i korzystnym systemem prawnym, jaki obecnie istnieje – będąc przy tym być może najważniejszą zasadą, jaka przyczyniła się do wzrostu i wspianiałości angielskiego prawa, spajając nierozzerwalnie różne jego heterogeniczne elementy poprzez więzi mocniejsze niż te, jakie filozofia lub czysta nauka mogłaby stworzyć⁷⁹. W innej równie barwnej opinii tego autora tkanina *stare decisis* miała też zostać dla nas utkana „na ryczącym krośnie czasu” i w ten sposób stać się dobrze leżącą „szatą myśli i doświadczenia” angielskojęzycznej rasy w jej dążeniu do „wolności chronionej przez prawo”⁸⁰.

Co ponadto warto podkreślić, pomimo wytaczanych pod jej adresem oskarżeń anglosaska doktryna precedensu jest często postrzegana jako coś, co zarówno ogranicza sędziów w orzekaniu, jak i daje im pewną dozę swobody⁸¹. Przy tym proporcja, jaka występować ma w niej między zakresem sądowej swobody a jej brakiem, ma być tego rodzaju, iż doktrynę tę uznaje się nieraz za złoty środek pomiędzy pewnością a elastycznością prawa⁸². Jak też obrazowo przedstawia to K.N. Llewellyn: doktryna ta ma dwa oblicza. Jedno pozwala pozbywać się

75 D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 29.

76 N. Duxbury, *op. cit.*, s. 10, 29, 31, 98-99, 150, 153-154.

77 Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 42.

78 D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 27.

W kwestii krytyki kierowanej pod adresem doktryny wiążącego precedensu i podnoszonych w jej ramach zarzutów zob. też Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 352-353 i R.S. Summers, *Precedent...*, s. 403-404.

79 D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 26-27, 29.

80 *Ibidem*, s. 31.

81 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 92, 183 i R.A. Posner, *How Judges...*, s. 43.

82 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 80 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 125; por. też R. Cross, *op. cit.*, s. 217-219 i M. Kirby, *op. cit.*, s. 10, 14.

Odnosnie do wpisanej w istotę *common law* zdolności do dostosowywania się do zmieniających się warunków społecznych zob. też F. Schauer, *Thinking...*, s. 112-117.

kłopotliwych precedensów, a drugie czynić użytek z tych z nich, które wydają się pożyteczne. Przy tym przeszłość wiąże w niej tylko głupiego, nieumiejętnego sędziego, umiętny bowiem sędzia – a więc ten, którego chcielibyśmy uczynić wolnym od przeszłości – ma mieć tu nóż w rękę i jeśli tylko chce, może się za jego pomocą oswobodzić. W pewnej konsekwencji też tego pierwszy z tych sędziów zyskuje wsparcie w postaci pracy wykonanej wcześniej przez jego zdolnych poprzedników, a drugi z nich nie jest związany błędami popełnionymi dawnej przez słabeuszy⁸³. W podobnym tonie wypowiedzieć miał się też w 1984 r. Lord Radcliffe, tj.: „jeśli sędzia o rozsądnym umyśle uważa jakiś precedens za zły, to musi być wielkim głupcem, jeśli nie potrafi go obejść”⁸⁴.

W kontekście argumentów, jakie można podnieść za i przeciw instytucji wiążącego precedensu, godny uwagi jawi się niewątpliwie również pogląd wyrażony przez N. Duxbury’ego. Według tego autora praktyka przestrzegania precedensów nie może być oceniana jako dobra lub zła *in abstracto*, bo w rzeczywistości może się ona okazać i taka, i taka⁸⁵. Tym samym argumenty wysuwane w tego rodzaju sporze nie są nigdy czymś niepodważalnym i być może prawnicy z państw z systemem prawnym typu *common law* czuliby mniejszy pociąg do orzekania na podstawie precedensowych orzeczeń, gdyby nie stanowiło to elementu rzeczywistości, w jakiej oni funkcjonują⁸⁶.

83 Zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 69-70.

84 Zob. S. Hanson, *op. cit.*, s. 73 [tłum. M.K.].

85 N. Duxbury, *op. cit.*, s. 9.

86 Zob. *ibidem*, s. 30.



ROZDZIAŁ II: ZASADA STARE DECISIS (ZASADA ZWIĄZANIA PRECEDENSEM)

1. Zasady ogólne

Podstawową i zarazem niezbędną do powstania doktryny wiążącego precedensu jest wspomniana już w pkt 2. rozdziału II części I niniejszego opracowania zasada *stare decisis*, zgodnie z którą sąd przy rozpoznawaniu przedłożonych mu spraw jest związany sposobem, w jaki już wcześniej zostały rozstrzygnięte sprawy podobne¹. Przy tym związanie, o jakim tu mowa, dotyczy sądów niższej rangi (instancji) w stosunku do orzeczeń wydanych wcześniej przez sądy rangi (instancji) wyższej oraz sądów wyższej rangi (instancji) w stosunku do orzeczeń

1 W literaturze anglosaskiej zwrot *stare decisis* tłumaczy się jako: „keep to what has been decided previously” (R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford 1968, s. 3; R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford 1991, wyd. 4, s. 3), „keep to the decision of past cases” (S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 78) tudzież „to stand by things (the thing) decided” (F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 37; W. Huhn, *The Five Types of Legal Argument*, wyd. 2, Durham 2008, s. 42; M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 8), „to stand by decided matters” (zob. P.M. Perell, *Stare Decisis and Techniques of Legal Reasoning and Legal Argument*, <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques>, s. 1), „to stand by decisions” (D. McFadzean, G. Ryan, *Legal Method*, Dundee 2010, s. 75), „standing by what has been decided” (R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 154) albo „let the decision stand” (M.L. Cohen, K.C. Olson, *Legal Research in a Nutshell*, St. Paul 2000, s. 4; S. Hanson, *op. cit.*, s. 31). Ewentualnie, ale to wydaje się już wykraczać nawet poza wolne tłumaczenie, znaczenie tego zwrotu sprowadza się tu do stwierdzenia, że: „points of law once decided in an appropriate case should not be reopen in other cases involving the same point in the same jurisdiction (unless something has changed that justifies changing the law)” albo traktuje jako skrót od: „either the Court’s basic respect for its prior decisions or the basic principle that legal reasoning should be consistent with judicial precedent” – zob. odpowiednio S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, New York 2007, s. 25 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 8.

Jako ortodoksyjną (w sensie tradycyjną) interpretację wyrażenia *stare decisis* podaje się natomiast łacińską paremię: *stare rationibus decidendis*, przez którą rozumie się: „keep to the *rationes decidendi* of past cases” (R. Cross, *op. cit.*, s. 104; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 100) tudzież – ale nie jest to już wierne – „keep to decisions in past cases” (S. Hanson, *op. cit.*, s. 78) oraz „let the decision stand” (J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 154). Samo *rationibus stare decisis* ma też, zdaniem niektórych, oznaczać, że wyrok sądowy jest precedensem tylko w zakresie tego, co zostało w nim postanowione/zdecydowane (zob. S. Hanson, *op. cit.*, s. 78).

Ponadto niekiedy wskazuje się, że łacińskie wyrażenie *stare decisis* to faktycznie skrót od maksymy *stare decisis et non quieta movere*, którą z kolei tłumaczy się jako: „to stand by what has been decided and not to disturb settled points” (M.P. Golding, *Legal Reasoning*, Peterborough 2001, wyd. 2, s. 98; podobnie D.H. Chamberlain, *The Doctrine of Stare Decisis: its Reasons and its Extent*, New York 1885, s. 5, 20), „to stand by decisions and not to disturb settled matters” (zob. P.M. Perell, *op. cit.*, s. 1) albo jako „abide by earlier decisions and do not disturb settled points” (N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 12, przypis 32). Dwie inne jeszcze maksymy po łacinie, które wiąże się z zasadą związania precedensem sądowym (tudzież uzasadnieniem jej istnienia/obowiązywania), to: *omnis innovatio plus novitate perturbat quam utilitate prodest* oraz *misera est servitus, ubi jus vagum aut incertum* (zob. D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 20).

wydanych wcześniej przez nie same lub ewentualnie inne jeszcze sądy im równorzędne². Tak ogólnie sformułowana zasada *stare decisis* doznaje jednak szeregu dystynkcji i wyjątków w zależności głównie od tego, o jaki konkretnie sąd chodzi, oraz od tego, czy mamy do czynienia z Wielką Brytanią czy Stanami Zjednoczonymi, czy też innym jeszcze państwem z systemem prawnym typu *common law*³.

Przed wszystkim należy zauważyć, iż w sytuacji, gdy sąd wyższej rangi nie jest sądem najwyższym, ustanowione przez niego precedensy są wiążące tylko dla tych sądów niższej rangi, które znajdują się w jego okręgu. Ograniczenie to nie dotyczy jednak w pełni Stanów Zjednoczonych, gdzie w przypadku niektórych stanów, np. Illinois, wprowadzono regułę, w myśl której wyroki stanowego sądu apelacyjnego wiążą wszystkie stanowe sądy niższego rzędu niezależnie od tego, w okręgu którego sądu apelacyjnego sądy te mają swoją siedzibę⁴. Dla związania sądu niższej rangi precedensami pochodzącymi od sądu wyższej rangi nie ma natomiast na ogół znaczenia to, czy sąd wyższej rangi jest czy nie jest uprawniony do rozpoznawania apelacji (skarg) od wyroków wydawanych przez sąd niższej rangi⁵.

Po drugie, choć oprócz obowiązku przestrzegania wyroków sądu nad nimi przełożonego, sądy apelacyjne zobowiązane są również do stosowania się do własnych wcześniejszych orzeczeń, zarówno w przypadku Stanów Zjednoczonych, jak i Zjednoczonego Królestwa ten drugi rodzaj związania precedensem sądowym nie jest absolutny. Tak Sąd Apelacyjny Anglii i Walii może w pewnych okolicznościach, o których w szczególności będzie mowa w pkt 8.1. rozdziału IV części I niniejszego opracowania, odstąpić od wcześniej ustanowionego przez siebie precedensu – tym bardziej wtedy, gdy precedens ten dotyczy prawa karnego⁶. O ile też

2 Zob.: Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 325-326; R. Cross, *op. cit.*, s. 6, 7-8, 35; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 6, 7-8, 39, 97; S. Hanson, *op. cit.*, s. 61, 63, 66; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 19; J.C. Wells, *A Treatise on the Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Des Moines 1878, s. 570-571; Ch.R. Calleros, *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006, s. 54-55, 59, 63, 80; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 154, 158, 164; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 349; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 75, 76; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 1; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 102-103, s. 287, przypis 130 i 131.

3 Związanie precedensem sądowym, o którym traktuje niniejsze opracowanie, trzeba bezwzględnie odróżnić od związania jednego sądu orzeczeniem innego sądu na gruncie instytucji zwanej *res iudicata* (ang. *res judicata*), a więc tego, co po polsku określa się mianem powagi rzeczy osądzonej. W ramach bowiem tej instytucji sąd jest związany swoim wcześniejszym orzeczeniem lub wcześniejszym orzeczeniem innego sądu, ale tylko w odniesieniu do tego samego sporu między tymi samymi stronami; związanie to nie obejmuje natomiast w żaden sposób sytuacji, w których rozpoznawane są sprawy innych osób lub inne spory między tymi samymi co poprzednio osobami. Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 91; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 569-575; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 97-98; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 154; S. Hanson, *op. cit.*, s. 78; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 308, przypis 27.

4 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, New York 2006, s. 31; zob. też R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 368-369, 370-371; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 19; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 55; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 103.

5 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 115 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 121. Odnośnie do wątpliwości związania the County Courts orzeczeniami the High Court of the England and Wales z uwagi na to, że apelacja od orzeczenia wydanego przez the County Court jest kierowana nie do the High Court of the England and Wales, ale od razu do Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, zob. jednak R. Cross, *op. cit.*, s. 115 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 123.

6 Ze względu na taką właśnie możliwość mówi się na tle Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii o szczególnym „zaczepialnym” (ang. *defeasible*) charakterze związania precedensowym wyrokiem; zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326.

sąd ten⁷ oraz Sąd Apelacyjny Irlandii Północnej ogólnie uważają się za prawnie zobligowane do przestrzegania własnych orzeczeń sądowych, o tyle już ich szkocki odpowiednik, the Inner House of the Court of Session, podchodzi do tej kwestii w sposób dość specyficzny. Jego poszczególne dywizje czują się bowiem związane orzeczeniami wydanymi przez pełny skład tego sądu i ewentualnie swoimi własnymi poprzednimi orzeczeniami. To już jednak, czy są one związane wyrokami pochodzącymi od innych dywizji, oraz to, czy pełny skład tego sądu jest związany wyrokami wydanymi wcześniej przez taki skład, pozostaje niejasne⁸. Z kolei w Stanach Zjednoczonych wymóg po stronie sądów apelacyjnych do przestrzegania własnych orzeczeń sądowych jest nieraz jeszcze mniej rygorystyczny. Chociaż dany sąd apelacyjny może przyjąć tu tzw. *a panel rule*, nakładającą na jego poszczególne panele obowiązek stosowania się do precedensów ustanowionych przez inne jego panele, w tym kraju możliwa jest także sytuacja, iż obowiązek stosowania się przez sędziów orzekających w sądzie apelacyjnym do precedensów pochodzących od tego sądu będzie dotyczyć tylko tych wyroków tego sądu, które zostały wydane przez jego pełny skład, innych natomiast już nie⁹.

Po trzecie sądy najwyższej instancji – i to zarówno w Wielkiej Brytanii od czasu wydania w 1966 r. tzw. the Practice Statement¹⁰, jak i w Stanach Zjednoczonych – nie są bezwzględnie

7 Co znamienne, sędziowie Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii dawniej, i to aż do 1903 r., nie poczuli się do bycia prawnie zobligowanymi do przestrzegania ustanowionych przez ten sąd precedensów, traktując okoliczność faktycznego stosowania się do nich w praktyce jedynie za wyraz „sądowej kurtuazji” (ang. *judicial comity*). Pogląd o braku zachodzenia w tym względzie prawnego obowiązku można znaleźć nawet w orzeczeniu tego sądu z 1938 r. Jego istnienie miało nie być też do końca jasne aż do 1944 r., tj. do czasu wydania przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii wyroku w sprawie *Young v. Bristol Aeroplane Co.* Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 20-21, 93, 108 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 25, 87, 108.

8 R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 21; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 77; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326, 329.

9 Zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 29-30; zob. też R.S. Summers, *Precedent...*, s. 370; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 19.

10 Co mianowicie dla Zjednoczonego Królestwa specyficzne, pełniąc w nim do dnia 1 października 2009 r. funkcję sądu najwyższego najpierw Izba Lordów, a później jej Komitet Apelacyjny uważały się jeszcze nie tak dawno za prawnie zobligowane do przestrzegania ustanowionych przez siebie precedensów. Dokładnie trwało to od momentu złożenia w 1898 r. takowej deklaracji w sprawie *London Tramways v. London Country Council* (omyłkowo zwanej powszechnie: *London Street Tramways v. London Country Council*) do czasu wydania w 1966 r. tzw. the Practice Statement. Przy tym przymiarki i tarcia odnośnie do związania tego sądu jego własnymi precedensami (przeciwni byli np. Walker Marshall, Lord St. Leonards czy Lord Eldon) miały się toczyć w Wielkiej Brytanii już od początku XIX w. Powodem uzasadniającym zaś podjęcie ostatecznie decyzji o samoograniczeniu się miało być tu nie tyle mniemanie po stronie lordów, iż są w swoich zapatrywaniach na prawo nieomylni, lecz chęć zapewnienia prawu pewności, ułatwienia doradztwa prawnego i ukrócenia zbędnej litygacji. Ponadto chodzić miało tutaj również o zaradzenie problemowi dezorientacji sędziów orzekających w sądach niższej instancji, który to problem występował w przypadku, gdy Izba Lordów raz widziała obowiązujące prawo tak, a raz inaczej, przez co sędziowie ci nie wiedzieli, jak sami mają to prawo pojmować. Inną rzeczą jest, że – oprócz tego, iż samozwiązanie było wyłączone w sytuacjach, gdy rozumowanie [zawarte w uzasadnieniu precedensowego wyroku] zostało oparte na błędzie co do okoliczności faktycznych – lordowie, jak się wskazuje, faktycznie mieli obejść w tym czasie niektóre ze swoich precedensów, zwłaszcza drogą nadużywania opisanej w rozdziale V części I nniejszego opracowania instytucji *distinguishing* (zob.: R. Cross, *op. cit.*, s. 5, 20, 105-108; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 7-8, 25, 102-104, 107; Z. Bankowski, D. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 28, 40-42, 103, przypis 173, s. 104, 125-126, 127; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 158). Po sformułowaniu w 1966 r., zrywającej z obowiązkiem stosowania się do własnych precedensów (bo ten miał prowadzić do niesprawiedliwości i nadmiernego krępowania rozwoju prawa), the Practice Sta-

prawnie zobligowane¹¹ do przestrzegania ustanowionych przez siebie precedensów, mogąc od tych precedensów – w razie uznania istnienia takiej potrzeby – odstąpić¹². Podobnie wygląda

tement powstało też dość interesujące i trudne do wyjaśnienia zagadnienie dotyczące tego, co stanowiło podstawę prawną dla tak istotnej zmiany w dotychczasowej treści brytyjskiej zasady *stare decisis*. Choć co do meritum w zasadzie zgadzano się z tą zmianą (wcześniej związanie Izby Lordów jej własnymi precedensami krytykowali np. A. Goodhart i W.O. Douglas), to – poza przeróżnymi spekulacjami odnośnie do tego, co zainspirowało członków Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów do takiej wolty – w środowisku akademickim nie szczędzono krytyki pod adresem sposobu, w jaki jej dokonano. Między innymi podnoszono mianowicie, że mamy tu do czynienia z „wadą samoodniesienia” (ang. *self-reference*), że to nie sam Komitet Apelacyjny Izby Lordów, lecz Parlament Zjednoczonego Królestwa ma prawo decydować o statusie precedensów ustanowionych przez ten komitet (tzw. kwestie konstytucyjnej poprawności), że the Practice Statement godzi w porządek prawny, że jest ona nie do uzasadnienia w świetle zasad logiki (w kontekście którego to zarzutu odwoływano się nawet do paradoksu klamcy), tudzież że – nie mogąc być zakwalifikowana jako *ratio decidendi* – stanowi ona jedynie *obiter dictum* i z tego też powodu nie jest ona (nie może być) wiążąca. Krytykom nie umknął również fakt, iż the Practice Statement, w odróżnieniu od deklaracji z *London Tramways v. London Country Council*, nie była zawarta w uzasadnieniu wyroku sądowego, tylko stanowiła oświadczenie pozaprosesowe. Jednym z przekonujących sposobów pozwalających na zabicie ww. zarzutów było uznanie obowiązywania zasady, zgodnie z którą sąd taki jak Komitet Apelacyjny Izby Lordów (tym bardziej jeszcze z racji, iż stanowił on „sądową” część brytyjskiego Parlamentu) posiada immanentne prawo decydowania o kształcie swojej praktyki orzeczniczej oraz procedury, według której proceduje, w tym o kwestiach związanych z przestrzeganiem, bądź nie, ustanowionych przez siebie wcześniej precedensów. Zwracano także uwagę, że, choć może nie tak bardzo, jak miało to miejsce w przypadku deklaracji złożonej w sprawie *London Tramways v. London Country Council*, wydania the Practice Statement można się było spodziewać. Co więcej, nikt z ważnych osób i instytucji, oprócz samych akademików, miał tutaj nie protestować. Zarówno Parlament Zjednoczonego Królestwa, sędziowie orzekający w Komitecie Apelacyjnym Izby Lordów, jak i pozostali brytyjscy sędziowie oraz członkowie prawniczej profesji wydawali się bowiem akceptować fakt jej sformułowania. Ponadto dla ważności the Practice Statement nie bez znaczenia miał być również sam, dobrze zasłużony, autorytet Izby Lordów (jej Komitetu Apelacyjnego) oraz względy celowościowe: wszak w praktyce brytyjski Parlament fizycznie nie mógł naprawiać wszystkich błędów popełnionych przez Izbę Lordów przy orzekaniu. Na obronę the Practice Statement niekiedy sięgano też czasem do dość dziwnych twierdzeń, jak np. to, że w prawie nie wszystko musi być logiczne (pozwalac się logicznie wytłumaczyć). Wydanie przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów the Practice Statement stanowiło też pewną zachętę dla Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii do przedsięwzięcia działań mających na celu poluzowanie tym razem spoczywającego na nim obowiązku do stosowania się do własnych precedensów. Działania te przejawiały się zwłaszcza w próbie rozszerzenia dotychczas istniejących wyjątków od tego obowiązku, a nawet w próbie obrania dla tego sądu takiej samej formuły, jaką w 1966 r. przyjął dla siebie Komitet Apelacyjny Izby Lordów. Przy tym takie dążenie do oswobodzenia się przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii z obowiązku przestrzegania ustanowionych przez siebie precedensów było kojarzone głównie z – nazwaną tak przez Lorda Diplocka – krucjatą jednego człowieka (ang. *a one-man crusade*). Człowiekiem tym był niejaki Lord Denning, który podejmował zdecydowane kroki zmierzające w tym celu, orzekając w sprawach takich jak: *Broome v. Cassel* (1971), *Schorsch Meier GmbH v. Hennin* (1975) czy *Davis v. Johnson* (1979). Ostatecznie jednakże tego rodzaju zakusy Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, wraz z argumentacją przytoczoną na ich poparcie, spotkały się z ostrą krytyką po stronie członków Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów, zostając potępione jako sprzeczny z prawem przejaw lekceważenia hierarchii sądowej.

Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 348-349; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 28, 126-149; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 5, 104-116; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 166, zob. też s. 163-165.

11 Odnośnie do braku związania własnymi precedensami sądów najwyższych w Stanach Zjednoczonych zob.: G. La-
mond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec>, s. 4; R. Cross, *op. cit.*, s. 6-7, 15-19, 35, 102-115; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 104-108; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 28-29, 146-148; M.P. Golding, *op. cit.*, 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.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 103, 256, przypis 18.

12 Do przestrzegania własnych precedensów nie jest też zobligowany the High Court of Justiciary, który w Szkocji pełni funkcję sądu ostatniej instancji w sprawach karnych, podczas gdy orzeka on jako sąd drugiej instancji (*an appeal court*). Nie może on jednak od tych precedensów odstąpić inaczej aniżeli w składzie osobowym liczniejszym od tego, od którego one pochodzą. Ponadto nie ma być tu do końca jasne to, czy jak orzeka on w pełnym składzie, który zbiera się w sprawach trud-

to zresztą i w innych krajach *common law*, tj. np. w Irlandii, Kanadzie, Nowej Zelandii czy Australii¹³.

2. Orzeczenia pochodzące od pośrednich sądów apelacyjnych

Zgodnie z tym, co zostało powiedziane w punkcie powyższym, w anglosaskiej doktrynie precedensu za prawnie wiążące dla sądów niższego rzędu (niższej instancji) uchodzą orzeczenia pochodzące od sądów o statusie sądu najwyższego oraz znajdujących się pod tym sądem sądów apelacyjnych. W przypadku Wielkiej Brytanii orzeczeniami tymi będą więc: a) wyroki Izby Lordów (the House of Lords) czy tzw. później jej Komitetu Apelacyjnego (the Judicial Committee of the House of Lords)¹⁴; b) wyroki – działające od dnia 1 października 2009 r. – Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa (the Supreme Court of the United Kingdom), który z tą datą zastąpił w funkcjach orzeczniczych wspomniany komitet, oraz c) wyroki będącego w Szkocji sądem ostatniej instancji w sprawach karnych the High Court of Justiciary. Gdy chodzi zaś o sądy apelacyjne bezpośrednio podległe ww. sądom, do orzeczeń tych będą w tym kraju należały: a) wyroki Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, b) wyroki szkockiej the Inner House of the Court of Session, c) wyroki Sądu Apelacyjnego Irlandii Północnej. W Stanach Zjednoczonych przymiot bycia prawnie wiążącymi będą miały natomiast precedensy ustanowione przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych i podległe mu Sądy Apelacyjne Stanów Zjednoczonych, jak również precedensy pochodzące od stanowych sądów najwyższych i znajdujących się pod nimi stanowych sądów apelacyjnych¹⁵.

nych, nie jest on związany orzeczeniami wydanymi wcześniej przez taki skład. The High Court of Justiciary jest natomiast zobligowany do przestrzegania orzeczeń wydanych wcześniej przez niego, gdy działa jako sąd drugiej instancji, wówczas, gdy działa jako sąd pierwszej instancji (*a trial court*). Za wiążące dla sędziów wydających w nim wyroki jako sądzie pierwszej instancji nie uchodzą już jednak orzeczenia pochodzące od innych jego pojedynczych sędziów orzekających w nim jako sądzie pierwszej instancji. Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 21 i D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 77.

13 Jak się podaje, Sąd Najwyższy Irlandii przyznał sobie możliwość odejścia od własnych precedensów w mniej więcej tym samym czasie co Komitet Apelacyjny Izby Lordów. Analogicznie postąpił również Sąd Najwyższy Kanady, który choć na początku XX w. postanowił, że jest związany ustanawianymi przez siebie precedensami, w serii orzeczeń zaczynających się od 1949 r. zaczął zmieniać to stanowisko, przyznając sobie uprawnienie do unieważniania takich precedensów, ilekroć uzna to za stosowne (takie posunięcie, poza przykładem, jaki dali w tym względzie Brytyjczycy, mogło być również pokłosiem zniesienia prawa do wnoszenia apelacji od wyroków tego sądu do Sądowej Komisji Tajnej Rady i uczynienia go w ten sposób sądem ostatniej instancji). W podobnym czasie co Sąd Najwyższy Kanady o przestaniu bycia związanym swoimi precedensami zdecydował też nowozelandzki Sąd Apelacyjny. The High Court of Australia miał z kolei nigdy nie uważać się za zobligowany do bezwzględnego stosowania się do swojego dotychczasowego orzecznictwa. Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 124, przypis 45 i s. 127, przypis 54; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 22-23; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 3.

14 Pewne wątpliwości dotyczyły w tym względzie wyroków wydawanych przez Izbę Lordów w ramach wszczęcia przez nią tzw. *contempt proceedings of its own motion*, w której izba ta działała jako sąd zarówno pierwszej, jak i ostatniej instancji. W stosunku do tych wyroków nie wiadomo było bowiem, czy stanowią one czy nie wiążący precedens; zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 8.

15 W Stanach Zjednoczonych sądy dzielą się na federalne oraz stanowe. Sądy federalne to przede wszystkim: Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (the Supreme Court of the United States), 13 Sądów Apelacyjnych Stanów Zjednoczonych (the United States Courts of Appeals) po jednym dla każdego z 13 okręgów (ang. *circuits*) oraz Sądy Dystryktowe Stanów Zjednoczonych (the United States District Courts). Ponadto obecne są tu także sądy wyspecjalizowane o tzw. ograniczonej jurysdykcji [właściwości rzeczowej] jak np. the United States Tax Court. Sądy Apelacyjne Stanów Zjednoczonych rozpa-

Powyższe, wydawałoby się proste, reguły wyznaczające podmiotowy zakres związania precedensem sądowym komplikuje jednak rozbudowana struktura sądownictwa Wielkiej Brytanii, a zwłaszcza fakt, iż pod sądami bezpośrednio podległymi sądom najwyższej instancji znajdują się tu sądy, które orzekają nie tylko w pierwszej, ale także w drugiej instancji. Na tym tle rodzi się bowiem pytanie o status orzeczeń pochodzących od takich niższych sądów drugiej instancji, tj. o to, czy również te orzeczenia są na gruncie anglosaskiej zasady *stare decisis* wiążące, a jeśli tak, to czy związane są nimi tylko sądy im podległe czy również one same¹⁶.

trują apelacje wnoszone od orzeczeń Sądów Dystryktowych Stanów Zjednoczonych mających siedzibę w ich okręgu oraz odwołania od decyzji wydawanych przez organy administracji rządowej. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jest sądem wyrokującym w ostatniej instancji; przy czym ilekroć w grę wchodzi prawo federalne, jego kognicja obejmuje również skargi od orzeczeń wydanych przez stanowe sądy najwyższe. Apelacje, które są wnoszone do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, ograniczone są do kwestii prawnych. Ich rozpoznanie co do zasady uzależnione jest też od „zgody” tego sądu – udziela on jej głównie wtedy, gdy federalne sądy apelacyjne ustanowiły odmienne precedensy w przedmiocie tej samej kwestii prawnej oraz gdy należy się spodziewać, że podobne sprawy będą się w przyszłości powtarzać. Sędziów Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych nazywa się Associate Justices, a prezesa tego sądu Chief Justice.

Struktura sądownictwa stanowego jest podobna do struktury sądownictwa federalnego. W każdym stanie znajduje się: a) stanowy sąd najwyższy – poza tym, że potrafi on nosić mogącą wprowadzać w błąd nazwę jak np. the New York State Court of Appeals, jest on też czasem rozbity na dwa oddzielne sądy: jeden do spraw karnych i drugi do spraw cywilnych; b) z reguły, choć nie zawsze, sąd lub sądy apelacyjne (w Nowym Jorku jest to the New York Supreme Court, który dzieli się na the Appellate Division of the Supreme Court, którą współtworzą cztery departamenty, oraz the Trial Term of the Supreme Court, na który składają się cywilne i karne sądy pierwszej instancji (the civil and criminal trial courts of general jurisdiction)); c) tzw. the Superior Courts albo the Circuit Courts (Sądy Okręgowe) lub the District Courts (Sądy Dystryktowe), a czasem także the City (Criminal i Civil) Courts (≈ Wielkomiejskie Sądy Karne i Cywilne), the Town Courts (≈ Sądy Miejskie) tudzież the Village Courts (Sądy Wiejskie). Poza wymienionymi rodzajami sądów w poszczególnych stanach mogą również występować sądy stanowe o tzw. ograniczonej jurysdykcji [właściwości rzeczowej], jak np. w Kalifornii: the Justice Courts (≈ Sądy Sprawiedliwości) i the Municipal Courts (≈ Sądy Miejskie).

Oprócz sądów stanowych i federalnych w Stanach Zjednoczonych możemy natknąć się jeszcze na sądy rdzennych Indian, którymi np. w przypadku Nawahów (ang. Navajo) są: Nawajski Sąd Najwyższy (the Navajo Supreme Court) i nawajskie sądy pierwszej instancji (the Navajo trial courts).

Zob.: R.S. Summers, *Precedent...*, s. 356-359 (system sądowy w stanie Nowy Jork); R.S. Summers, *Statutory Interpretation in the United States*, [w]: *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 407-408, 454-455 (federalny system sądowy); M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 50-51, 68; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 23, 52-54 (federalny system sądowy oraz system sądowy stanu Kalifornia); M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 23-28, 67-72 (federalny system sądowy oraz system sądowy stanów: Kalifornia, Nowy Jork, Teksas, wraz z naświetleniem relacji między sądownictwem stanowym a federalnym); informacje na stronie <http://www.uscourts.gov> i <https://www.nycourts.gov/ctapps/outline.htm>. Podobnie jak w Stanach Zjednoczonych również w Australii i Kanadzie sądy dzielą się na stanowe/prowincjonalne oraz federalne. Co jednak szczególne, od orzeczeń sądów stanowych/prowincjonalnych, również wtedy gdy orzekają one na podstawie prawa stanowego/prowincjonalnego, przysługuje w tych krajach odwołanie do najwyższego sądu federalnego – zob. M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 342.

16 Od dnia 1 października 2009 r. na szczycie brytyjskiej judykatury znajduje się, utworzony na podstawie the Constitutional Reform Act z 2005 r., Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (the Supreme Court of the United Kingdom). Zastąpił on pełniący wcześniej funkcję sądu najwyższego Komitet Apelacyjny Izby Lordów (the Appellate Committee of the House of Lords) – nazwa ta wzięła się od tego, iż po zbombardowaniu budynku Izby Gmin podczas II wojny światowej Lordowie Prawa (ang. the Law Lords) przeszli z budynku Izby Lordów do pomieszczenia komitetu, by uciec przed hałasem, jaki powodowały prace remontowe, ukonstytuowawszy się wtedy jako Komitet Apelacyjny. Przy tym to pierwotnie prowizoryczne rozwiązanie okazało się na tyle udane, iż pozostawiono je na stałe. Przed Komitetem Apelacyjnym Izby Lordów funkcję sądu najwyższego pełniła w Wielkiej Brytanii Izba Lordów, a jeszcze wcześniej, bo do końca XIV w., odwołania od wyroków sądowych rozpoznawały obie izby brytyjskiego Parlamentu. W Izbie Lordów (jej Komitecie Apelacyjnym)

orzekali tzw. the Lords of Appeal in Ordinary, którzy będąc wysoko wykwalifikowanymi sędziami byli jednocześnie uprawnieni do głosowania podczas obrad Izby Lordów, która wraz z Izbą Gmin pełni w Wielkiej Brytanii funkcję ustawodawczą (choć zgodnie z konwencją lordowie ci mieli powstrzymać się od udziału w debatach w kwestiach, z którymi wiązały się polityczne kontrowersje, będąc natomiast wyraźnie aktywnymi, ilekroć chodziło o „techniczne” reformowanie prawa). Powołany w celu rozdzielenia władzy ustawodawczej od sądowniczej, Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa składa się z 12 sędziów (zostali na nich mianowani wszyscy aktualnie zasiadający w Komitecie Apelacyjnym Lordowie Prawa), a na jego czele stoi przewodniczący (ang. the President). Zazwyczaj orzeka on w składach 5-osobowych, a wyjątkowo, gdy sprawa jest szczególnej wagi, w panelach 7- i 9-osobowych. Do wniesienia apelacji do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa potrzebne jest jednak uzyskanie szczególnej „zgody” (której przesłanką jest to, aby będąca przedmiotem apelacji sprawa była szczególnej wagi – ang. *of general public importance*).

Pod Sądem Najwyższym Zjednoczonego Królestwa mieści się w Anglii i Walii, utworzony w 1875 r., Sąd Apelacyjny Anglii i Walii (the England and Wales Court of Appeal), którego poprzednikiem był the Court of Exchequer Chamber (≈ Sąd Skarbowy) i który obecnie dzieli się na dwa wydziały (dywizje/oddziały): Wydział Kryminalny (the Criminal Division) oraz Wydział Cywilny (the Civil Division). Ten pierwszy powstał na skutek włączenia w 1966 r. do Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii Kryminalnego Sądu Apelacyjnego (the Court of Criminal Appeal), którego poprzednikiem był do 1907 r. the Court for Crown Cases Reserved (≈ Sąd do Spraw Zastrzeżonych dla Korony). Sąd Apelacyjny Anglii i Walii orzeka z reguły w składach 3-osobowych, a minimalnie 2-osobowych. Na czele jego Wydziału Cywilnego stoi tzw. the Master of the Rolls, a na czele Wydziału Kryminalnego the Lord Chief Justice. Sędziowie tych wydziałów nazywani są: the Lords Justices of Appeal. Od orzeczeń wydanych przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii, ale tylko w kwestiach prawnych i przy ograniczeniu, o którym była mowa w akapicie wyżej, przysługuje apelacja do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa.

Poniżej Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii znajduje się the England and Wales High Court (Wysoki Sąd Anglii i Walii; ewentualnie – jak tłumaczy jego nazwę na język polski np. P. Mikuli – Wysoki Trybunał), który dzieli się na trzy dywizje (wydziały/oddziały): a) the Queen’s Bench Division (Dywizja Ławy Królewskiej), która rozpoznaje sprawy cywilne z obszaru prawa kontraktów i prawa deliktów; b) the Chancery Division (Dywizja Kanclerska), która orzeka w sprawach z zakresu prawa rzeczowego, spółek, materii prawnopodatkowych; c) the Family Division (Dywizja do Spraw Rodzinnych), która rozpoznaje sprawy rodzinne i opiekuńcze. W ramach the Queen’s Bench Division oraz the Chancery Division działają też różne sądy wyspecjalizowane, tj. odpowiednio: the Admiralty Court (sprawy morskie), the Commercial Court (kwestie bankowe i handlu zagranicznego), the Technology and Construction Court (budownictwo, prawo informatyczne), the Bankruptcy and Companies Court (sprawy związane z upadłością i likwidacją) oraz the Patents Court (kwestie własności intelektualnej). Wspomniane dywizje orzekają zarówno w pierwszej instancji (zazwyczaj jednoosobowo), jak i w składach 2- lub 3-osobowych w drugiej instancji, rozpoznając wówczas apelacje od orzeczeń wydawanych przez the County Courts i the Magistrates’ Courts, a w ramach szczególnej procedury (tzw. *by way of case stated*) – w której skarżący zarzuca sądowi błąd co do prawa lub przekroczenie jego rzeczowej właściwości, a sąd ten ma obowiązek podać uzasadnienie prawne swojego rozstrzygnięcia (tzw. *to state its case*) – również od orzeczeń the Crown Court zapadających w sprawach karnych. Wtedy też mówi się o nich jako o tzw. Sądach Dywizyjnych (odpowiednio: the Divisional Court of Chancery Division, the Divisional Court of Family Divisions oraz, noszący do 2000 r. nazwę the Divisional Court of the Queens’ Bench Division, the Administrative Court). Od wyroków wydawanych przez the England and Wales High Court odwołanie składa się do Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, ewentualnie w ramach tzw. procedury *leap-frogging* bezpośrednio (tj. z pominięciem postępowania przed wspomnianym sądem) do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa.

Pod the England and Wales High Court plasuje się Sąd Koronny (the Crown Court), który orzeka w pierwszej instancji w poważniejszych sprawach karnych oraz rozpoznaje apelacje w kwestiach faktycznych i prawnych wnoszone od wyroków wydawanych przez the Magistrates’ Courts. W przedmiocie materii faktycznych oraz o winie oskarżonego decyduje w Sądzie Koronnym ława przysięgłych. Od orzeczeń tego sądu apelację składa się albo do the England and Wales High Court, albo do Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii. Przy tym te trzy sądy – the Crown Court, the England and Wales High Court i the England and Wales Court of Appeal – wspólnie tworzą tzw. the Senior Courts of England and Wales (Starsze Sądy Anglii i Walii). Dawniej zaś, tj. przed zmianą spowodowaną wejściem w życie the Constitutional Reform Act z 2005 r., konstytuowały one tzw. the Supreme Court of England and Wales tudzież tzw. the Supreme Court of Judicature.

Najniżej w hierarchii sądowej w Anglii i Walii znajdują się: Sądy Hrabstw (the County Courts), które wydają wyroki w sprawach cywilnych i rodzinnych, Sądy Magisterskie (the Magistrates’ Courts) oraz różnorakie trybunały (the tribunals), których struktura jest jeszcze nieraz dwuinstancyjna. Sądy Hrabstw są wytworem stosunkowo nowym, bo ich początki sięgają nie czasów normandzkich, jak w przypadku the England and Wales High Court, lecz zasadniczo XIX stulecia. Sędziowie zasiadający w Sądach Hrabstw dzielą się na tzw. the District Judges oraz, bardziej doświadczonych,

the Circuit Judges; przy czym apelację od wyroku wydanego przez tych pierwszych rozpoznają ci drudzy. Odwołanie od orzeczenia pochodzącego od the Circuit Judges wnosi się z kolei albo do the England and Wales High Court, albo do Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii. Sądy Magisterskie rozpoznają w pierwszej instancji przede wszystkim sprawy karne oraz niektóre sprawy cywilne i rodzinne. Apelacje od wydanych przez nie orzeczeń kieruje się albo do the England and Wales High Court, albo do the Crown Court. W Sądach Magisterskich w przeważającej mierze zasiadają tzw. sędziowie pokoju (the Justices of the Peace), a więc osoby świeckie, które mają bardzo ograniczoną wiedzę prawniczą – stąd też w materiałach prawnych doradzają im tu wykwalifikowani pod względem posiadania tej wiedzy pomocnicy, tzw. the Justices' Clerks. Trybunały (the tribunals lub the statutory tribunals) były tworzone zwłaszcza po II wojnie światowej i obecnie orzekają w rozmaitych kategoriach spraw: z obszaru prawa cywilnego, administracyjnego, ubezpieczeń społecznych czy też prawa pracy. Mają one przy tym często dwuinstancyjny charakter, jak np. zajmujące się kwestiami pracowniczymi: the Employment Tribunal i the Employment Appeal Tribunal tudzież rozpoznające odwołania od decyzji administracyjnych: the First-Tier Tribunal i the Upper Tribunal. Apelację od orzeczeń wydanych przez trybunały wyrokujące w drugiej instancji składa się albo do the County Courts, albo do Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii. Poza dotychczas wymienionymi sądami w Anglii i Walii istnieją też inne jeszcze sądy specjalne i lokalne.

Podobnie jak w Anglii i Walii, z drobnymi odmiennościami pod względem wnoszenia apelacji i rodzajów rozpoznawanych przez poszczególne sądy spraw, wygląda struktura sądownictwa Irlandii Północnej, z tym że zamiast the England and Wales Court of Appeal oraz the England and Wales High Court funkcjonuje tam the Northern Ireland Court of Appeal oraz the Northern Ireland High Court.

W Szkocji z kolei – niejako w miejsce Sądu Apelacyjnego i Wysokiego Sądu – funkcjonuje the Court of Session (Sąd Posiedzeń, ewentualnie w wolnym tłumaczeniu, jak np. czyni to P. Mikuli: Sąd Naczelny), który dzieli się na Izbę Zewnętrzną (the Outer House) i Izbę Wewnętrzną (the Inner House). Izby te rozpoznają sprawy cywilne i rodzinne. W materiałach zaś karnych orzeka w Szkocji the High Court of Justiciary (≈ Wysoki Sąd Sprawiedliwości), który w poważniejszych sprawach potrafi działać tu zarówno jako sąd pierwszej instancji (*a trial court*), jak i jako sąd apelacyjny (*an appeal court*). Przy tym od orzeczeń wydawanych przez the Outer House of Court of Session przysługuje apelacja w kwestiach prawnych do the Inner House Court of Session, a od orzeczeń tej ostatniej do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa. Wyroki the High Court of Justiciary są natomiast ostateczne.

Poniżej the Court of Session znajdują się w Szkocji tzw. the Sheriffs Principal (Główni Szeryfowie), którzy orzekają w sprawach cywilnych i rodzinnych, oraz the Sheriff Courts (Sądy Szeryfów), które rozpoznają sprawy z zakresu prawa cywilnego, karnego i rodzinnego. Od orzeczeń the Sheriff Courts apelacja przysługuje, m.in. w zależności od rodzaju sprawy, do the Outer House of the Court of Session, the High Court of Justiciary albo do odpowiedniego terytorialnie a Sheriff Principal. Z kolei od wyroków pochodzących od the Sheriffs Principal apelacje wnosi się do the Outer House of the Court of Session. Na samym zaś dole szkockiej hierarchii sądowej mieszczą się, rozpoznające drobne sprawy karne, Sądy Pokoju (the Justice of the Peace Courts) oraz, orzekające w sprawach cywilnych, Trybunały (the Tribunals). Apelację od wyroków wydawanych przez Sądy Pokoju wnosi się do the High Court of Justiciary, a od orzeczeń pochodzących od Tribunals do the Outer House of the Court of Session. Przy omawianiu struktury brytyjskiego sądownictwa nie powinno się też zapominać o Sądowej Komisji Tajnej Rady (the Judicial Committee of the Privy Council), która – poza pewnymi bardzo wyspecjalizowanymi sprawami z zakresu prawa krajowego – rozpatruje odwołania od wyroków wydawanych przez sądy z państw, które wraz ze Zjednoczonym Królestwem wchodzi do tzw. the Commonwealth (Wspólnoty Narodów). Działalność Komisji Sądowej Tajnej Rady rozciągała się tym sposobem m.in. na takie kraje jak: Kanada, Australia, Hongkong czy Nowa Zelandia. Z czasem państwa te zniosły jednak względem siebie jej jurysdykcję, pozostawiając ostateczną decyzję w zakresie rodzimej adiudykacji w gestii rodzimych sądów najwyższych. Dawniej, tj. przed dniem 1 października 2009 r., kognicja Komisji Sądowej Tajnej Rady obejmowała również – zarówno w materiałach karnych, jak i cywilnych – tzw. *devolution issues*, a więc kwestie związane z rozdziałem władzy pomiędzy brytyjski Parlament a ciałami ustawodawczymi i wykonawczymi w Szkocji, Walii, Irlandii Północnej i Londynie (teraz rozpoznawanie tych kwestii należy do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa). W ławach the Judicial Committee of the Privy Council zasiadają ci sami sędziowie co w Sądzie Najwyższym Zjednoczonego Królestwa; ponadto uprawnienie do orzekania w ramach tej komisji przysługuje również tzw. „starszym sędziom” (ang. *senior judges*) z krajów Wspólnoty Narodów, choć ci, jak się wskazuje, nie zawsze z niego korzystają.

Na temat informacji w przedmiocie systemu sądownictwa, w tym rodzajów sądów oraz ich kognicji, a także sposobu powoływania sędziów i gwarancji ich niezawisłości oraz relacji między judykaturą a egzekutywą i legislaturą w Zjednoczonym Królestwie zob.: Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 315-317, 344-345; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 359, 401-402; S. Hanson, *op. cit.*, s. 63; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 15-23, 83, 84, 163, 172, 174-175; R. Cross,

Tak też odnośnie do Anglii i Walii wskazuje się, że orzeczenia działających w ramach the High Court Sądów Dywizyjnych (the Divisional Courts) są wiążące dla: the Magistrates Courts, the County Courts oraz tzw. the statutory tribunals, a także w stosunku do samych tych sądów. To ostatnie odbywa się na podobnych zasadach jak w przypadku obowiązku Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii przestrzegania jego własnych precedensów. Reguła przewidująca takie związanie w poziomie po stronie sędziów orzekających w the Divisional Courts miała się jednak wykształcić dopiero w XX w. Ponadto od sprawy *R. v. Manchester Coroner, ex parte Tal* z 1985 r. została ona ograniczona – niezależnie od tego, czy sprawa jest cywilna, czy karna – do tych z wcześniejszych wyroków tego rodzaju sądów, które zostały wydane w związku z wykonywaniem *stricte* apelacyjnej jurysdykcji, a nie jurysdykcji jedynie nadzorczej (ang. *strictly appellate versus supervisory jurisdiction*).

Sądy takie jak the Magistrates Courts, the County Courts oraz the statutory tribunals mają być tu w dodatku związane też orzeczeniami trybunałów, jakie wyrokują w drugiej instancji (z wyjątkiem pochodzących od tych trybunałów instrukcji odnośnie do sposobu korzystania z dyskrekcji, jaką przyznaje sędziom ustawa, takie instrukcje mają być bowiem nieobligujące). Zupełnie niewiązane mają być natomiast w Anglii i Walii wyroki pochodzące od the Crown Court, które nie są zresztą publikowane w żadnym zbiorze orzeczeń, oraz orzeczenia tzw. the social security tribunals i the commissioners¹⁷.

W Szkocji, o ile wyroki the High Court of Justiciary (i to niezależnie od tego, czy, wydając je, sąd ten działał jako sąd pierwszej instancji (*a trial court*) czy jako sąd drugiej instancji (*an appeal court*)) oraz the Inner House of the Court of Session są dla sądów niższego rzędu prawnie wiążące, o tyle orzeczenia pochodzące od the Outer House of the Court of Session nie są już takie dla innych sądów. Co jednak ciekawe, sędziowie zasiadający w tymże sądzie są zobligowani do ich przestrzegania, ilekroć zostały one wydane przez skład 7-osobowy lub większy. Orzeczenia wydawane natomiast przez the Sheriffs Principal są wiążące dla the Sheriff Courts z ich okręgu (ang. *a sheriffdom*), choć nie są nimi związani sami the Sheriffs Principal (orzeczenia pochodzące od jednego Głównego Szeryfa nie są wiążące dla innego Głównego Szeryfa)¹⁸.

op. cit., s. 5-6, 108, (Anglia), 16-18 (Szkocja); R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 5-6, 108, (Anglia), 20-22 (Szkocja), 22-24 (the Judicial Committee of the Privy Council); D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 76-78 (Szkocja); P. Mikuli, *op. cit.*, s. 111-158; *Podstawowe ustawy ustrojowe Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, tłum. S. Kubas, wstęp P. Sarnecki, Warszawa 2010, s. 33-37; strona internetowa Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa: <http://supremecourt.uk>; strona internetowa the Judicial Committee of the Privy Council: <http://jcpc.uk>; strona internetowa brytyjskiego wymiaru sprawiedliwości: <http://www.judiciary.gov.uk>; the Constitutional Reform Act z 2005 r.; the Senior Courts Act z 1981 r.

¹⁷ Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 114-115, 140-141; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 6, 7 wraz z przypisem 4, s. 25, 119-124, 156-157, 164; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 23, 158, 174-175; por. jednak Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 325-326 i 327 (którzy twierdzą, że orzeczenia the England and Wales High Court są tylko perswazyjne, i to zarówno dla sędziów zasiadających w tym sądzie, jak i sędziów orzekających w sądach znajdujących się pod nim; podobny status: precedensu perswazyjnego lub „słabego związania” autorzy ci przypisują też orzeczeniom pochodzącym od innych sądów wyższego rzędu mających siedzibę w Zjednoczonym Królestwie).

¹⁸ Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 21; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 76-77; zob. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326, 327.

3. Związanie sądów niskiego rzędu ich własnymi precedensami

O ile też dzisiaj bezsprzeczne jest to, że sądy najniższej instancji pozostają związane precedensami sądów najwyższych oraz sądów apelacyjnych¹⁹, ewentualnie innych jeszcze sądów nad nimi położonych, o tyle pewne wątpliwości budzi związanie ich własnymi orzeczeniami²⁰. Na gruncie Wielkiej Brytanii można by bowiem próbować twierdzić, iż na swój sposób również sąd pierwszej instancji jest zobowiązany do przestrzegania dotychczas wydanych przez siebie orzeczeń. Otóż w wyroku w sprawie *Colchester Estates (Cardiff) v. Carlton Industries plc* zostało wskazane, iż mimo że taki sąd może odstąpić od stanowiska, jakie wcześniej zajmował w danej kwestii prawnej, to nie powinien on już tego robić po raz drugi – tym bardziej wtedy, gdy w pełni rozważono po raz pierwszy wyrażony pogląd, kiedy z nim zrywano. Taki zakaz ponownej zmiany zdania osłabia jednak dodane tu do niego zastrzeżenie, iż nie dotyczy on sytuacji, które co prawda nie powinny mieć miejsca często, w jakich skład orzekający będzie przekonany, iż to jednak pierwsze stanowisko (zamieszczone w pierwszym z dwóch następujących po sobie sprzecznych orzeczeń) było właściwe, w szczególności w sytuacji nieuwzględnienia przy jego formułowaniu i jego późniejszej zmianie jakiegoś wiążącego lub perswazyjnego precedensu²¹.

Podobnie rzecz ta przedstawia się na gruncie Stanów Zjednoczonych, gdzie wskazuje się na możliwość przyjęcia przez sąd pierwszej instancji (*a trial court*) tzw. *a bench rule*. Według bowiem tej reguły sędziowie zasiadający w sądzie, który się na nią zdecydował, zobowiązani są przestrzegać orzeczenia pochodzące od innych sędziów orzekających w tym sądzie, dopóki te nie zostaną unieważnione lub z innych względów nie staną się „złym prawem” (ang. *bad law*)²². W przeciwnym zaś razie brak związania na tym poziomie, zwłaszcza w przypadku orzeczeń wydawanych przez tego samego sędziego, wydaje się być tu ograniczony tylko dobrowolnym dążeniem do zachowania konsekwencji i koherencji²³.

W tym kontekście warto też odnotować, iż to, że dane orzeczenie nie jest zgodnie z zasadą *stare decisis* wiążące dla sądu, od jakiego ono pochodzi lub/i innych sądów, nie oznacza, że nie może być ono perswazyjne – i to nawet dla sądu, który zajmuje wyższe miejsce w hierarchii

19 W przypadku Zjednoczonego Królestwa od związania sądu pierwszej instancji precedensami pochodzącymi od Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii przyjmuje się jeden, aczkolwiek rzadko występujący w praktyce, wyjątek. Mianowicie sędzia orzekający w pierwszej instancji o braku podstaw do wytoczenia powództwa (ang. *no cause of action*) nie ma być tu związany precedensem Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, ilekroć stanowiący ten precedens wyrok został następnie zaskarżony do Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów (dzisiejszego Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa) i zachodzą mocne podstawy, by móc przypuszczać, że komitet ten uchyli ten wyrok; zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 122.

20 Co jednak istotne, jeszcze w 1869 r. angielski sędzia orzekający w sądzie pierwszej instancji nie wydawał się mieć wyrzutów sumienia, gdy przyszło mu wydawać orzeczenie, w którego uzasadnieniu twierdził, iż jakaś decyzja Lorda Kanclerza orzekającego w ramach the Court of Appeal in Chancery jest [w mniemaniu tego sędziego] oczywiście błędna, przez co on sam zmuszony jest tym samym odmówić zastosowania się do niej; zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 20 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 25.

21 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 122-123 oraz J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 174.

22 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 30.

23 M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 103, 287, przypis 133.

sądowej niż sąd, który je wydał²⁴. Dawniej na tle anglosaskiej doktryny precedensu podnoszono również, przesądzoną już dzisiaj negatywnie, kwestię tego, czy sądy nie są przypadkiem związane również decyzjami organów administracji publicznej²⁵.

4. Konsekwencje podziału Stanów Zjednoczonych na poszczególne stany oraz występowania w Zjednoczonym Królestwie trzech odrębnych jurysdykcji i Komisji Sądowej Tajnej Rady

Nakreślony powyżej sposób funkcjonowania zasady związania precedensem sądowym dodatkowo komplikuje w Stanach Zjednoczonych Ameryki podwójny system sądownictwa, a w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej podział tego kraju na trzy odrębne jurysdykcje wraz z funkcjonowaniem tu jeszcze dość specyficznej instytucji, jaką jest the Judicial Committee of the Privy Council²⁶.

Mianowicie w Stanach Zjednoczonych – z racji tego, iż jest to państwo federalne – obecne są zarówno sądy stanowe, jak i sądy federalne²⁷, co automatycznie rodzi pytanie o to, czy, a jeśli tak, to kiedy precedens pochodzący od sądu stanowego jest wiążący dla sędziego federalnego, i odwrotnie: jaki jest zakres związania sędziów stanowych orzecznictwem sądów federalnych. Jako odpowiedź na nie z reguły przyjmuje się regułę, iż sądy stanowe są związane precedensami sądów federalnych, ilekroć te zawierają w sobie wykładnię prawa federalnego, tj. interpretują przepisy ustaw federalnych lub postanowienia federalnej konstytucji tudzież zawartych przez Stany Zjednoczone umów międzynarodowych, ewentualnie stanowią federalne *common law* (to występuje jednak tylko w bardzo ograniczonym wymiarze²⁸). Przy tym związanie to dotyczy przede wszystkim precedensów, jakie zostały ustanowione przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. W przypadku precedensów pochodzących od federalnych sądów apelacyjnych obejmuje te orzeczenia, które dokonują wykładni postanowień ustaw federalnych, w mniejszym zaś stopniu jego przedmiotem są orzeczenia, które zawierają interpretację zapisów federalnej konstytucji.

Sądy federalne z kolei – choć wymóg ten nie wydaje się już bezwzględny – powinny przestrzegać precedensów sądów stanowych (głównie tych najwyższych) wtedy, gdy w grę wchodzi zastosowanie stanowego *common law*, stanowego prawa ustawowego lub stanowej konstytucji. Dawniej w odniesieniu do stanowego *common law* widziano jednak wiele wyjątków od tej zasady, w zasadzie poprzestając w jej ramach tylko na obowiązku stosowania się przez sądy federalne do

24 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 5, 8-10; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 5, 8-10; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 158; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 327; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 76; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 63, 80, 81.

25 Zob. np. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 539-540; odnośnie do interpretacji urzędowej ustaw organicznych i dwuznacznych postanowień ustaw federalnych por. jednak M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 133, s. 300, przypis 165 i 166, s. 311, przypis 71.

Notabene takimi decyzjami – stosującymi (interpretującymi) prawo administracyjne – nie są związane również same te organy – zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 150-151.

26 Na temat the Judicial Committee of the Privy Council zob. przedostatni akapit przypisu 16 w niniejszym rozdziale tego opracowania.

27 Zob. przypis 15 w niniejszym rozdziale tego opracowania.

28 Zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 22.

stanowego orzecznictwa z zakresu prawa własności i dziedzin dających się pod to prawo podciągnąć²⁹. Ponadto wymóg stosowania się do precedensów ustanowionych w prawie stanowym nie dotyczy oczywiście sytuacji, w których zachodzi konflikt tego prawa (stanowiących je lub wydanych na jego podstawie precedensowych wyroków) z prawem federalnym, w szczególności federalną konstytucją. Błędem byłoby także zakładać, iż na tym tle nie było w przeszłości sporów, tarć i wątpliwości (zwłaszcza z powodu braku chęci uszanowania przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych tego, że stanowy sąd najwyższy unieważnił jakiś ustanowiony przez siebie wcześniej precedens)³⁰.

Dla klarowności wykładu warto też dodać, iż w razie gdy sąd stanowy, nawet najwyższy, orzeka na podstawie prawa federalnego, to wtedy jego wyroki nie są wiążące nie tylko dla sądów federalnych, ale również dla podległych mu sądów stanowych. Co więcej, wyroki takie nie są nawet postrzegane jako szczególnie perswazyjne³¹. To samo dotyczy zresztą orzeczeń sądów federalnych, w tym Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, które w zakresie, w jakim opierają się na prawie stanowym, nie wiążą zarówno sędziów zasiadających w sądach stanowych, jak i w sądach federalnych³².

Analogicznie przedstawia się kwestia stosowania przez sąd stanowy jednego ze stanów prawa innego stanu („obcego prawa stanowego”). Utrzymuje się mianowicie, iż sąd stanowy, orzekając na podstawie prawa stanowego innego stanu, związany jest precedensami sądu najwyższego tego ze stanów, którego prawo jest tu stosowane³³. Podobnie wygląda to również w przypadku, gdy w danym stanie, co miało miejsce zwłaszcza dawniej, przyjęto ustawę uchwaloną wcześniej w innym stanie tudzież którąś z dotychczasowych ustaw brytyjskich. Wówczas bowiem – co do zasady – uważano, że precedensy sądów z innego stanu dotyczące zapożyczonych z tego stanu ustawy traktować należy jako wiążące (bo zakładamy, iż legislatura, decydując się na przyjęcie aktu prawnego obowiązującego w innym stanie, wiedziała, jak ten akt jest przez sądy tego innego stanu interpretowany/rozumiany). W przypadku zaś ustanowionych przez sądy angielskie precedensów interpretujących ustawy angielskie obowiązywać miała reguła, iż precedensy te są wiążące, lecz pod warunkiem, że nie są one

29 Dzisiaj do domeny prawa stanowego należą: prawo kontraktów, prawo własności i materialne prawo karne, a także tzw. relacje wewnętrzne (ang. *domestic relations*); zob. M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 68.

30 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 359; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 67-72; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 583-606. Pewnym przyczynkiem do wzajemnego szanowania precedensów pochodzących od sądów stanowych i sądów federalnych przez te sądy była tzw. the Erie Doctrine. Zgodnie z tą doktryną ilekroć w grę wchodzi zastosowanie bardziej prawa stanowego aniżeli federalnego, sąd federalny powinien postąpić tak, jak postąpił lub byłby postąpił najwyższy sąd stanowy. Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 359.

31 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 67-68, 69-70.

32 *Ibidem*, s. 67, 68-69, 71-72. Dawniej jednak w razie braku odpowiedniego precedensu ustanowionego przez stanowy sąd najwyższy, który mówiłby, jak należy interpretować prawo stanowe, stanowisko Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w kwestii wykładni tego prawa uważano za wiążące sądy federalne aż do momentu, gdy sąd ten od niego nie odstąpi. Co dodatkowo znamienne, związanie takim „zastępczym” stanowiskiem Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych miało tu nie ustawać nawet wtedy, gdy stanowy sąd najwyższy wydał później orzeczenie sprzeczne z tym stanowiskiem – zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 605.

33 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 32.

sprzed daty późniejszej niż moment ogłoszenia przez Stany Zjednoczone niepodległości. Późniejsze bowiem wyroki sądów angielskich w tym przedmiocie – choć nie znaczy to, że nie powinno się ich darzyć szacunkiem – nie mają być już postrzegane jako absolutnie wiążące³⁴.

Podobne problemy do tych, jakie powoduje podział Stanów Zjednoczonych Ameryki na poszczególne stany, rodzi podział Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej na trzy odrębne jurysdykcje, tj. Anglię i Walię, Irlandię Północną oraz Szkocję. Nie do końca jasne pozostaje bowiem to, czy (a jeśli tak, to kiedy) precedens ustanowiony przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawny Komitet Apelacyjny Izby Lordów), działający jako sąd odwoławczy od wyroku wydanego przez sąd apelacyjny z jednej jurysdykcji, ma wiązać sądy mające siedzibę w dwóch pozostałych jurysdykcjach. Jak się bowiem podaje – jeśli nie chce się być tu bardzo pryncypialnym – w przypadku orzekania na podstawie apelacji od orzeczeń szkockich, można przyjąć, iż taki precedens wiąże również sądy walijskie i angielskie, gdy dotyczy kwestii, w jakich prawo jest dla Anglii i Walii oraz Szkocji takie samo³⁵. *Mutatis mutandis* to samo wydaje się zasadne dla pozostałych konfiguracji³⁶.

Komplikacje nieco innego rodzaju są natomiast pokłosiem funkcjonowania w Wielkiej Brytanii tzw. the Judicial Committee of the Privy Council (Sądowej Komisji Tajnej Rady), której główna funkcja – choć już dzisiaj zanikająca (nie dotyczy już bowiem np. Kanady i Australii) – polega na byciu sądem ostatniej instancji dla krajów wchodzących w skład tzw. Wspólnoty Narodów (the Commonwealth), wyjmując spod tej kognicji oczywiście samo Zjednoczone Królestwo. Przy tym, choć precedensy pochodzące od the Judicial Committee of the Privy Council nie są i nigdy nie były absolutnie wiążące dla niej samej (w praktyce jednak, jak się wskazuje, wyraźnie ma się ona do nich stosować), będąc takimi co najwyżej dla sądów z brytyjskich kolonii (dawniej były one uznawane za wiążące np. dla the High Court of Australia, a z wyjątkiem szczególnych okoliczności również dla Sądu Najwyższego Kanady), ich status względem sądów Zjednoczonego Królestwa pozostaje dość interesujący. Jest tak tym bardziej w kontekście, iż w skład Sądowej Komisji Tajnej Rady wchodzi te same osoby, które są sędziami Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa. Mianowicie mimo iż ustanowione przez tę komisję precedensy nie są uważane za prawnie wiążące dla sądów brytyjskich (zdarza się, że nawet sąd pierwszej instancji się do nich nie stosuje), to na ogół są dla nich wysoce perswazyjne. Co więcej, czasem dochodzić ma w tych sądach do zastosowania się do precedensu the Judicial Committee of the Privy Council kosztem niedającego się z nim pogodzić precedensu Sądu Apelacyjnego Anglii

34 Zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 538-539. Odnośnie do czasów współczesnych zob. R.S. Summers, *Statutory...*, s. 428-429.

35 Zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 315; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 22; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 77.

36 Warto tu jednak pamiętać, że choć Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawny Komitet Apelacyjny Izby Lordów) jest sądem najwyższym dla wszystkich trzech jurysdykcji, to jednak w odniesieniu do Szkocji jego kognicja ograniczona jest do materii prawa prywatnego i administracyjnego. W sprawach karnych funkcję sądu ostatniej instancji pełni bowiem w Szkocji the High Court of Justiciary. Zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 315, 316; Z. Bankowski, D.N. McCormick, *op. cit.*, s. 402; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 77; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 22.

i Walii³⁷. W podobny zresztą sposób potrafi postąpić też sam Sąd Apelacyjny Anglii i Walii, który w razie sprzeczności z orzeczeniem pochodzącym od Komisji Sądowej Tajnej Rady nie tylko jest w stanie nie zastosować się do któregoś z ustanowionych przez siebie samego precedensów, ale nawet i do precedensu ustanowionego przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów (dzisiejszy Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa). Taka z kolei praktyka wskazywałaby na to, że precedensy the Judicial Committee of the Privy Council, jeśli już nie są, to przynajmniej mogą zostać uznane za ważniejsze od precedensów innych sądów brytyjskich – i to włącznie z precedensami Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów (Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa)³⁸.

Jakby powyższych subtelności było mało, sama Komisja Sądowa Tajnej Rady – jak się podaje – ma mieć w swoim zwyczaju przestrzeganie precedensów ustanowionych przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów (dzisiejszy Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa). Przy tym odnosi się to zwłaszcza do tych spośród takich precedensów, które dotyczą ustawy wspólnej dla Zjednoczonego Królestwa oraz kolonii. W przypadku precedensów ustanowionych przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów (dzisiejszy Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa) w obszarach *common law* (nieunormowanych prawem ustawowym) – choć dąży ona do ujednoczenia tego prawa – the Judicial Committee of the Privy Council zastrzega sobie jednak pewne prawo kontroli poprawności takich precedensów i co się z tym wiąże, pozostawia sobie możliwość – z uwagi na w wyjątkowe okoliczności – odmowy ich zastosowania w rozpoznawanej przez siebie sprawie³⁹.

W tym miejscu warto też poczynić na marginesie uwagę, iż na ogół twierdzi się, że amerykańska doktryna precedensu jest mniej rygorystyczna od jej brytyjskiej odpowiedniczki⁴⁰. W ramach zaś tej ostatniej mniejszym rygoryzmem ma się cechować doktryna precedensu panująca w Szkocji⁴¹.

37 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 22, 101-102; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 170-171; 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. 2-3; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 4.

38 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 170-171 oraz N. Duxbury, *op. cit.*, s. 137; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 153-154.

39 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 23-24.

W 2005 r. the Judicial Committee of the Privy Council nie zastosowała się do precedensu Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów odnośnie do prowokacji – zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 137 oraz J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 170-171.

40 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 111; F. Schauer, *Thinking...*, s. 59, przypis 45; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 373; B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process (With Notes)*, New Haven 1921, s. 65; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 19-20; S. Hanson, *op. cit.*, s. 73; 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. 227-228; por. też G.C. Christie, *Law, Norms & Authority*, London 1982, s. 46-49. Nadmieniamy również, że sędziowie amerykańscy mają być pragmatyczniejsi w tym sensie, iż bardziej liczą się dla nich szeroko pojmowane konsekwencje ich decyzji aniżeli ogólne koncepcje i reguły (zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 230-231, 238-239, 254-265; zob. też M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 62-63, 188, 197). W porównaniu z Wielką Brytanią amerykańska kultura prawna ma być też w o wiele większym stopniu receptywna dla „rzeczowych rozważań” (ang. *substantive reasoning*) i otwarta na ocenę i bazujące na „politykach” poglądy (zob. R.S. Summers, *Statutory...*, s. 456-457).

41 R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 20; zob. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 336.

Notabene podobnie jak w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii zdaje się wyglądać działanie zasady *stare decisis* w Kanadzie oraz w Australii. Sąd Najwyższy Kanady nie uznaje się bowiem za związany własnymi precedensami, podczas gdy jego orzeczenia są wiążące dla wszystkich innych kanadyjskich sądów (takie są też dla tych sądów orzeczenia pochodzące od Sądowej Komisji Tajnej Rady sprzed 1949 r., pod warunkiem jednak że nie zostały one unieważnione przez kanadyjski Sąd

5. Rodzaje związania precedensem i uzasadnienie obowiązywania zasady *stare decisis*

Przed przystąpieniem do omawiania dalszych kwestii, które składają się na problematykę anglosaskiej doktryny precedensu, warto zwrócić jeszcze uwagę na dwa zagadnienia dotyczące samej zasady *stare decisis*. Pierwsze z nich ma charakter terminologiczny i odnosi się do rozróżnienia na dwa rodzaje związania precedensem: horyzontalne i wertykalne. Drugie zaś jest natury bardziej filozoficzno-teoretycznej i podejmuje problematykę charakteru i źródła obowiązywania tej zasady.

Związanie precedensem sądowym można bowiem rozważać zarówno na płaszczyźnie wertykalnej (pionowej), jak i na płaszczyźnie horyzontalnej (poziomej). Przy tym związanie wertykalne będzie oznaczać obowiążek po stronie danego sądu przestrzegania precedensów ustanowionych przez sądy innego od niego rzędu (rangi, instancji), a związanie horyzontalne obowiążek po stronie danego sądu przestrzegania jego własnych precedensów lub ewentualnie precedensów ustanowionych przez inny sąd tego samego co on rzędu (rangi, instancji). Pierwszy z tych rodzajów związania precedensem sądowym jest też na ogół postrzegany w anglosaskiej doktrynie precedensu jako mocniejszy, a drugi – choćby na podstawie tego, co już w niniejszym opracowaniu zostało powiedziane – jawi się jako słabszy⁴².

Najwyższy). Precedensy prowincjonalnych sądów apelacyjnych są wiążące dla sądów niższej instancji z danej prowincji; przy czym do własnych precedensów, w zależności od prowincji, sądy te podchodzić mają różnie: raz czują się nimi dość mocno związane (z wyjątkiem jednak spraw, w których w grę wchodzi kwestie wolności osobistej), a raz stosowanie się do nich traktują bardziej liberalnie. Ponadto sądy danej prowincji nie są w Kanadzie zobligowane do przestrzegania precedensów ustanowionych przez sądy z innych prowincji, precedensów pochodzących od sądów tej samej co one rangi oraz precedensów ustanowionych przez Federalny Sąd Apelacyjny. Podobnie też jak w Anglii i Walii, dla sądów niższej instancji wiążące pozostają w Kanadzie także orzeczenia wydane przez the Divisional Courts działające jako sąd drugiej instancji (zob. P.M. Perell, *op. cit.*, s. 3-4). Także w Australii sąd najwyższej instancji (the High Court of Australia) nie uważa się za związany swoimi precedensami – są one jednak wiążące dla wszystkich innych tutejszych sądów. Dawniej też za wiążące zarówno dla niego samego, jak i pozostałych australijskich sądów (w tym zarówno stanowych, jak i federalnych) uchodziły orzeczenia Sądowej Komisji Tajnej Rady. Z kolei precedensy pochodzące od poszczególnych sądów apelacyjnych są w Australii wiążące dla tych z sądów niższej instancji, od wyroków których przysługuje do nich bezpośrednio lub pośrednio apelacja. Własnymi precedensami jest tu ponadto związany Federalny Sąd Apelacyjny oraz większość stanowych sądów apelacyjnych – chyba że dany precedens zostanie uznany za oczywiście błędny (ang. *manifestly wrong*). Orzeczenia zaś australijskich stanowych sądów najwyższych wiążą podległe im sądy danego stanu. Nie wiadomo natomiast, czy same te sądy są nimi również związane. Ponadto wysoce problematyczna pozostaje w Australii też kwestia związania precedensami sądu apelacyjnego jednego stanu sędziów z sądu apelacyjnego i z sądów niższych instancji innego stanu. Ogólnie przyjmuje się bowiem, że takie precedensy są w takiej relacji niewiążące z wyjątkiem jednak tych, które dotyczą „ustawodawstwa Wspólnoty” i „jednolitej legislacji krajowej” (odpowiednio ang.: *Commonwealth legislation* i *uniform national legislation*). Nie dotyczy to jednak sytuacji, w których interpretacja „ustawodawstwa Wspólnoty” zawarta w precedensie sądu apelacyjnego z innego stanu jest wyraźnie błędna (ang. *plainly wrong*). W razie przyjęcia w danym stanie ustawy wydanej uprzednio w innym stanie, jako wiążących nie traktuje się w Australii także orzeczeń sądu apelacyjnego z tego innego stanu dotyczących przepisów tej ustawy. Za wiążące sądy z innych stanów uznaje się tu natomiast precedensy, do których ustanowienia doszło w związku z wykonywaniem przez sąd apelacyjny jurysdykcji federalnej, chyba że te są wyraźnie błędne – zob. M. Kirby, *op. cit.*, s. 2-3, 5, 11; S. Rares, *The Role of the Intermediate Appellate Court After Farah Constructions*, pierwotnie wygłoszone dnia 7 listopada 2008 r. w Melbourne na 4th Appellate Judges Conference of the Australasian Institute of Judicial Administration, <http://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/justice-raises/Rares-J-20081107.rtf>, s. 1, 5-12.

42 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. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 329; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 28; odnośnie do ho-

Gdy chodzi o sam obowiązek stosowania się do precedensów sądowych, to – zgodnie z tym, jak pojmuje się zasadę *stare decisis* w krajach z rodziny *common law* – posiada on charakter prawny. Fakt niezastosowania przez jakiś sąd do wiążącego go w danej sprawie precedensu równoznaczny jest bowiem z tym, iż sąd ten dopuścił się naruszenia obowiązującego prawa i wydany przez niego wyrok jest niezgodny z tym prawem. Fakt taki stanowi też wystarczający powód do późniejszego uwzględnienia apelacji (kasacji)⁴³. Przy tym oczywiste pozostaje tu to, że w świetle zasady *stare decisis* sędzia związany jest również, jeśli nie właśnie przede wszystkim, tymi precedensami, z których zawartością sam się osobiście nie zgadza, i w przedłożonej mu do rozpoznania sprawie postąpiłby zgoła inaczej, niż każą mu te precedensy⁴⁴.

Co dodatkowo istotne, na tle anglosaskiej doktryny precedensu uważa się, że tak ujmowana, jak przedstawiono powyżej, zasada *stare decisis* nie może sama w sobie stanowić źródła swojego obowiązywania (problem tzw. samoodniesienia)⁴⁵. Stąd też jako podstawę obowiązku przestrzegania precedensów sądowych zazwyczaj podaje się fakt wykształcenia się właśnie takiej, a nie innej praktyki orzeczniczej. To znaczy, że stosowanie się przez sędziów do zasady *stare decisis* ma się brać głównie z tego, iż sami nałożyli oni na siebie takie ograniczenie, a nie z jakiegoś innego zewnętrznego źródła. Zarówno bowiem w Stanach Zjednoczonych, jak i Wielkiej Brytanii brak jest regulacji ustawowej czy konstytucyjnej, która nakazywałaby sądom powielanie rozwiązań z wcześniej zapadłych orzeczeń sądowych. Co też przy tym dodatkowo znamienne, podstawy obowiązywania i kształtu zasady *stare decisis* nie próbuje się tu jakoś szczególnie doszukiwać w prawie zwyczajowym⁴⁶, przyjmując raczej, iż wynikają one z inherentnego prawa sądów, zwłaszcza najwyższych⁴⁷, do określania

ryzontalnego i wertykalnego oddziaływania (wpływu) precedensu por. też M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 8. Podobnie uważa F. Schauer, który w tym kontekście mówi o precedensie wertykalnym [odpowiednik związania wertykalnego] oraz precedensie horyzontalnym [odpowiednik związania horyzontalnego]. Ten ostatni jednak precedens – z nie do końca jasnych przyczyn – autor ten utożsamia z zasadą *stare decisis* (zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 36-37).

43 Z. Bankowski, N.D. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 325.

44 F. Schauer, *Thinking...*, s. 36, 40-41; G. Lamond, *op. cit.*, s. 4, 15; R. Cross, *op. cit.*, s. 4, 31-34, 36-37; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 28-29; L. Alexander, *op. cit.*, s. 505; zob. też L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 15-18.

Co do konkretnych przykładów z anglosaskiej praktyki orzeczniczej, w których przy wydawaniu wyroku w zawisłej przed nimi sprawie sędziowie otwarcie wyznają, że są zmuszeni do przestrzegania precedensu, z jakim się osobiście nie zgadzają, zob.: F. Schauer, *Thinking...*, s. 42, przypis 8; R. Cross, *op. cit.*, s. 33-34; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 37-38.

45 Jak oznajmia to L. Alexander, doktryna precedensu sama w sobie ma nie mieć żadnej inherentnej wartości – zob. L. Alexander, *op. cit.*, s. 512.

46 O normie prawnej nakazującej stosować się do precedensów poprzedzonej zwyczajem ich przestrzegania wspomina jednak 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. 67.

47 Zdaniem Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów (dzisiejszego Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa) uprawnionym do decydowania o kształcie brytyjskiej *stare decisis* jest wyłącznie on sam. Prawo takie – nawet w zakresie, w jakim dotyczyłoby ono tylko precedensów pochodzących od tego sądu – nie przysługuje już natomiast Sądowi Apelacyjnemu Anglii i Walii (zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 109-116). Co jednak dość znamienne, utrzymuje się tu jednocześnie, iż kompetencji w tym względzie – choć nigdy nie został poczyniony z niej użytek – nie jest również pozbawiony Parlament Zjednoczonego Królestwa, który co do zasady ma być władny zmieniać reguły rządzące brytyjską doktryną precedensu.

statusu (wiążące/niewiążące), jaki mają mieć w obszarze ich jurysdykcji dotychczas wydane wyroki sądowe⁴⁸.

Czasem jednak można też spotkać nieco bardziej wysublimowane koncepcje mające wyjaśnić to, skąd bierze się obowiązek przestrzegania precedensów sądowych. W ich kontekście warto wspomnieć przede wszystkim o pozytywistach, zwłaszcza J. Benthamie i J. Austinie, którzy to, że precedensy stanowią źródło prawa, mieli wywodzić z „cichego” rozkazu suwerena kierowanego do obywateli tudzież sędziów; podobnie zresztą uważać miał też T. Hobbes⁴⁹. W analogicznym tonie, choć w wersji bardziej zasadzającej się na idei umowy społecznej aniżeli odgórnego polecenia, wydają się również wypowiadać L. Alexander i E. Sherwin. Autorzy ci sugerują bowiem, iż podstawy doktryny wiążącego precedensu (prawa po stronie sądów do ustanawiania takich precedensów) można by się doszukiwać w zgodzie samych zainteresowanych (rządzonych, adresatów prawa). Zgoda taka ma bowiem, jak argumentują ci autorzy, stanowić oparcie dla zasad przewidzianych dla ratyfikacji konstytucji oraz pozostałej treści konstytucji, a z mocy tej ostatniej także dla ustaw, traktatów i decyzji administracyjnych. Skoro zaś tak ma być, to dlaczego taka zgoda nie mogłaby również uzasadniać obowiązywania doktryny precedensu⁵⁰.

Ciekawą propozycję zdaje się wysuwać tu także J.M. Broekman. Z jego rozważań da się mianowicie wysnuć wniosek, iż podstawy obowiązywania zasady *stare decisis* można by upatrywać w „praprecedensie”, tj. takim precedensie, który poprzedza wszystkie precedensy i sprawy sądowe i który tworzy definitywny (autorytatywny) kontekst dla zasady *stare decisis* [nakazując zachowanie konsekwencji w orzekaniu]⁵¹. Innego jeszcze wytłumaczenia tego, dlaczego precedensy są lub mają być wiążące, mogą dostarczać założenia tzw. deklaratoryjnej

Jako jakiś przykład takiej zmiany, choć z innego państwa z systemem prawnym typu *common law*, podaje się przy tym Zimbabwe, gdzie ustawowo zostało postanowione, że Sąd Najwyższy nie ma być już dłużej związany własnymi precedensami (zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 226). Takiego uprawnienia do kształtowania zasad mających składać się na doktrynę precedensu, zwłaszcza wagi, jaką w adiudykacji mają mieć podjęte poprzednio decyzje sądowe, i formy oraz zawartości sądowych uzasadnień, zdaje się natomiast zupełnie odmawiać Kongresowi Stanów Zjednoczonych w stosunku do precedensów ustanawianych przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych – uznając, iż w przeciwnym razie byłoby to niekonstytucyjne, bo ingerowałoby w konstytucyjne prawo tego sądu do wykonywania władzy sądowniczej w sensie stwierdzenia tego, co jest prawem (zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 58-64 oraz art. 3 ust. 2 Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki).

Odnośnie do przykładu, z obszaru Kanady, ustawy normującej dawniej kwestie obowiązku przestrzegania precedensów sądowych zob. P.M. Perell, *op. cit.*, s. 3.

48 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 327; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 371; S. Hanson, *op. cit.*, s. 21; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 46, 47-48, 116, 126, przypis 53; R. Cross, *op. cit.*, s. 198-211; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 105-106, zob. też s. 208-216; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 116, 126, przypis 53.

49 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 46-48 wraz z przypisem 62 na s. 46.

50 L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 231.

51 Zob. J.M. Broekman, *op. cit.*, s. 238.

Nieco podobna do idei „praprecedensu” jest koncepcja, że doktryna *stare decisis* jest tzw. super precedensem, którego efekt „sieciowy” zarówno w sądach, jak i poza nimi jest na tyle rozwinięty, iż w praktyce nie sposób go rozmontować, przy czym precedens ten ma być starszy niż wszystkie publiczne instytucje, które prawdopodobnie będą go podtrzymywać [w mocy] tak długo jak będą istniały – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 203.

teorii prawa precedensowego. Zgodnie bowiem z tą teorią wyrok sądowy jest tylko wynikiem odkrycia wcześniej istniejącego prawa (czy to tkwiącego w rozumie ludzkim, zwyczaju, czy też będącego wolą Boga) i jako taki powinien być on następnie powielany, bo to odkryte w nim prawo nie uległo przecież zmianie⁵². W kontekście tego, skąd bierze się obowiązywanie zasady *stare decisis*, godny uwagi jawi się ponadto pogląd D.H. Chamberlaina, który twierdzi, że wiążący precedens to coś więcej aniżeli dowód *prima facie* prawa czy nawet dowód prawa [pełnowartościowy]. W jego bowiem ocenie taki precedens to prawo jako fakt i ma być przestrzegany, ponieważ jest prawem⁵³. Pogląd ten zdaje się przy tym nawiązywać do deontologicznego (w odróżnieniu od konsekwencjonalistycznego) sposobu uzasadnienia mocy wiążącej precedensów sądowych, tj. argumentów w stylu, iż precedensów należy przestrzegać już z samej tej tylko racji, iż są one precedensami (tak jak rodzicom należy się szacunek z powodu, że są rodzicami, bez konieczności przedstawiania jakiegось dodatkowego uzasadnienia)⁵⁴.

Na powyższym tle podejmuje się też wiele interesujących prób mających na celu wy tłumaczenie tego, czym w ogóle jest związanie precedensem sądowym. W ich też ramach wskazuje się na: a) aspekt psychologiczny: sędziowie czują wewnętrzny, zinternalizowany, obowiązek (przymus) stosowania się do wcześniej wydanych orzeczeń; b) aspekt zewnętrzny: patrząc z pozycji obserwatora, możemy dostrzec, iż sędziowie faktycznie wzorują się na rozwiązaniach zawartych w poprzednio wydanych wyrokach sądowych; c) aspekt prawny: obowiązujące sędziów prawo wymaga od nich przestrzegania precedensów⁵⁵. Z tym ostatnim aspektem wiąże się również szczególnie intrygujący problem sankcji, a więc tego, co grozi sędziemu w razie niezastosowania się przez niego do wiążącego go w sprawie, którą on rozstrzyga, precedensu. Niewątpliwie sędzia taki naraziłby się bowiem na krytykę swoich kolegów (środowiska sędziowskiego) i związaną z tym utratę reputacji. W dalszej zaś kolejności, jak się nadmienia, mógłby on nawet zostać pozbawiony prawa do sprawowania urzędu – abstrahując już od tego, że ryzykuje on wówczas, iż przegrywająca stronę wniesie apelację, jaka poza tym, że na ogół będzie powodować konieczność wyłożenia przez tę stronę sporej sumy pieniędzy, zostanie następnie uwzględniona przez sąd przełożony⁵⁶. Co jednak istotne, sugeruje się tu, że decydującą rolę odrywa w tym względzie wcale nie widmo ewentualnej

52 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 331.

53 D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 17.

54 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 168-170.

W przypadku gdy sąd wyższej instancji sam stosuje się do ustanowionych przez siebie precedensów, również ta okoliczność może służyć za swego rodzaju uzasadnienie/wyjaśnienie tego, dlaczego sądy pierwszej instancji mają przestrzegać pochodzących od tego sądu precedensów [nieco na zasadzie: przykład idzie z góry] – por. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 39-40. Odnośnie do teorii wyjaśniających, dlaczego i w jakim stopniu precedensy sądowe mają być przestrzegane, takich jak: teoria deklaratoryjna (W. Blackstone, J.V. Stair), teoria prawotwórstwa sądowego (J. Bentham, J. Austin i H.L.A. Hart) i teoria determinacyjna (R. Dworkin, D.N. MacCormick i J. Finnis), zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 330-332.

55 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 13-14, zob. też s. 14-22.

56 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 103; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 99; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 15-16, 154-155.

sankcji, lecz fakt, że anglosascy sędziowie mieli zinternalizować sobie obowiązek przestrzegania precedensów jako jedną z reguł „gry sądowej”⁵⁷. Przy tym poszczególne precedensy można by tutaj uznawać za tzw. „nieznoszący sprzeciwu” (ang. *peremptory*) albo wykluczający (ang. *exclusionary*) powód do przedsięwzięcia danej akcji/podjęcia danej decyzji, jaki zakazuje opierania się – wyprzedza, zastępuje je – na własnych przemyśleniach podmiotu, który tę decyzję/akcję podejmuje/przedsiębiorze. Samą zaś zasadę *stare decisis* można by uważać za taką „nieznoszącą sprzeciwu”, wykluczającą inne przemyślenia regułę, która nakazuje sądom w taki właśnie sposób traktować precedensy sądowe⁵⁸. Poza tym swoisty nacisk na sędziów, by zachowali konsekwencje w orzekaniu, wywierać mają na gruncie anglosaskim również prawnicy (pełnomocnicy procesowi), przytaczając w swojej argumentacji wcześniej wydane orzeczenia sądowe⁵⁹.

Ponieważ zasada *stare decisis* decyduje głównie o tym, jaki sąd i kiedy jest związany orzeczeniem jakiego sądu, można zaryzykować twierdzenie, że dotyczy ona siły (mocy) związania precedensem sądowym (o tej sile/mocy będzie jeszcze mowa w pkt 4. rozdziału VII części I niniejszego opracowania), nie odnosi się natomiast do drugiego, równie ważnego, aspektu doktryny precedensu, tj. tego, co ma uchodzić za wiążące w przypadku poszczególnych precedensowych wyroków⁶⁰. Pozostawiając też ewentualne spory terminologiczne na boku, doktryna precedensu będzie traktowana w niniejszym opracowaniu jako rozwinięcie, czy też uzupełnienie, opisywanej dotychczas zasady *stare decisis*. Przy tym w dalszych rozdziałach zostaną zaprezentowane takie jej specyficzne instytucje jak:

- a) *ratio decidendi* i *obiter dicta*,
- b) *a case of first impression*,
- c) *overruling*,
- d) *distinguishing*⁶¹.

57 Zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 45; zob. też N. Duxbury, *op. cit.*, s. 16.

58 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 99-108.

59 Zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 66.

60 Rozróżnienie na siłę/moc związania precedensem sądowym, którą wiąże z rodzajem powodów, które sąd musi wykazać, by odmówić zastosowania precedensu w sprawie przed nim, i przedmiot takiego związania (ang. *the strength and scope of precedential constraint*) wprowadza L. Alexander – zob. L. Alexander, *op. cit.*, s. 503.

61 Ponieważ wszystkie te instytucje wydają się pozostawać w ścisłym związku z zasadą związania precedensem sądowym (zasadą *stare decisis*), trudno jest definitywnie stwierdzić, które z nich stanowią jeszcze część składową tej zasady, a które, będąc już nią nieobjęte, konstytuują jakiś dodatkowy element anglosaskiej doktryny precedensu. Jak była o tym mowa w przypisie 15 w rozdziale I części I niniejszego opracowania, nieraz dochodzi też – pewnie właśnie z tego powodu – do mniej lub bardziej synonimicznego używania tych dwóch wyrażeń. Ponadto, jak się wydaje, można by przyjąć, iż kwestia tego, który sąd i kiedy jest związany precedensem którego sądu, stanowi zakres podmiotowy zasady *stare decisis*, natomiast problematyka tego, czym dokładnie jest się w przypadku precedensu sądowego związanym, podpada pod zakres przedmiotowy tej zasady.

ROZDZIAŁ III: RATIO DECIDENDI I OBITER DICTA

1. Wprowadzenie

Niewątpliwie jednym z najbardziej istotnych zagadnień anglosaskiej doktryny precedensu jest problem odróżniania tego, co konstytuuje wiążące *ratio decidendi*, od tego, co uchodzi jedynie za niewiążące *obiter dictum*. Przy tym odróżnianie to nie należy bynajmniej do najłatwiejszych będąc przedmiotem niekończących się sporów, niedomówień i kontrowersji¹. Ponieważ też podstawowym – jeśli często nie jedynym – materiałem mającym służyć do zidentyfikowania tego, co stanowi *ratio decidendi*, a co *obiter dicta* danego precedensu, jest treść wydanego w precedensowej sprawie orzeczenia², omawianie interesującej nas w tym rozdziale kwestii zostanie rozpoczęte od przedstawienia części składowych, stylu, w jakim jest sporządzane jego uzasadnienie, i dostępności takiego orzeczenia.

1 N. Duxbury zdaje się twierdzić nawet, że im większy wysiłek wkładamy w wyszczególnienie tego, czym jest *ratio decidendi*, a czym *obiter dicta*, tym bardziej prawdopodobne wydaje się to, że się tu pogubimy (zob. N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 68). Również zdaniem S. Hanson trudno ma być podać – o ile w ogóle jest to możliwe – jakąś jasną formułę, która zawsze [w każdym przypadku] pozwoli na ustalenie tego, co stanowi *ratio decidendi* konkretnego precedensu (zob. S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 71). H.L.A. Hart utrzymuje z kolei, iż termin, jakim jest *ratio decidendi*, tak jak i niektóre inne kluczowe terminy w angielskiej teorii precedensu, posiada swój własny „cień niepewności” – ang. *their own penumbra of uncertainty* (zob. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, wyd. 2, Oxford 1994, s. 134). Wymowna jest też opinia, iż jakakolwiek próba objaśnienia różnicy między *ratio decidendi* a *obiter dictami* jest niczym więcej jak szukaniem wiatru w polu – ang. *a wild goose chase* (zob. R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford 1968, s. 47 i R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 49).

Niejako z drugiej strony trzeba jednak zauważyć, iż wskazuje się również, że wbrew temu, co można by sądzić, w praktyce w wielu przypadkach identyfikacja *ratio decidendi* jest prosta, szybka i nie nasuwa większych trudności (zob. J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 190; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 184; H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 134). Co więcej, jak zdaje się sądzić G. Marshall, trudności, czy nawet niemożliwość, podania jasnej i jednoznacznej definicji *ratio decidendi* tudzież innych centralnych instytucji doktryny precedensu mają się nie przekładać na podobne im trudności w praktyce. Ogólnie rzecz biorąc, doświadczeni prawnicy i sędziowie są w niej bowiem w stanie – i to przy relatywnie wysokim stopniu wspólnego zrozumienia – efektywnie funkcjonować (G. Marshall, *What is Binding in a Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 512-513).

2 Na szczególne znaczenie zawartości takiego orzeczenia w procesie ustalania tego, co stanowi *ratio decidendi*, zwraca uwagę np. D.N. MacCormick. Podobnie zdają się uważać J. Raz i J.M. Broekman. Zdaniem pierwszego z tych dwóch ostatnich ustanowienie *ratio* jest po części kwestią interpretacji dokumentu (jakim jest tu wyrok sądowy). Według zaś drugiego z nich zasada *stare decisis* jest zasadą tekstualną w sensie, iż mówi nam ona, w jaki sposób teksty prawne powinny być opracowywane i rozumiane, aby mogły być prawem. Zob. odpowiednio: D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 144; J. Raz, *op. cit.*, s. 184; 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. 229-230.

2. Elementy, rodzaje, dostępność i styl, w jakim są sporządzane uzasadnienia orzeczeń sądowych w systemie prawnym typu *common law*

Co do zasady anglosaskie orzeczenie sądowe mieści w sobie takie elementy jak: 1. opis stanu faktycznego, jaki skład orzekający uznaje za udowodniony, może być on tu zresztą dość szczegółowy, w tym i naświetlać to, co jest specyficzne (nietypowe) w takim stanie, 2. wyszczególnienie występujących w rozpoznanej sprawie kwestii prawnych, 3. przytoczenie, choćby zwięzłe, precedensów mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia rozpoznanej sprawy wraz z poczynieniem wyjaśnienia, dlaczego zostały, lub nie zostały one w tej sprawie zastosowane, 4. choć nie występuje to zawsze, streszczenie i odniesienie się do twierdzeń i argumentów, jakie podniosły strony (ich pełnomocnicy procesowi) w toku postępowania, 5. przedstawienie rozumowania, za pomocą którego skład orzekający doszedł do obrania takiego, a nie innego rozstrzygnięcia przedłożonej mu sprawy, w tym z podaniem przemawiających za tym rozstrzygnięciem argumentów (ang. *reasons* lub *rationales*), a czasem także jeszcze ogólnej zasady/reguły, na jakiej oparte jest to rozstrzygnięcie, 6. wynik końcowy, a więc wskazanie, na rzecz której ze stron sprawa została rozpatrzona – z tym że może on tu też zostać wyrażony poprzez stwierdzenie, iż orzekający sąd „odwraca” (ang. *reverse*) albo „podtrzymuje”/„zatwierdza” (ang. *uphold/affirm*) wyrok sądu niższej instancji tudzież odsyła temu sądowi sprawę do ponownego rozpoznania (ang. *remand*) w zgodzie z danymi temu sądowi w tym celu wytycznymi³.

Znamienne jest tu również to, że w przypadku wyroków wydawanych przez wieloosobowe składy orzekające w krajach anglosaskich na ogół możliwe jest poczynienie nie tylko jednego jednomyślnego uzasadnienia (ang. *a single opinion/judgment* albo *unanimous opinion/judgment*), lecz także podanie uzasadnienia większościowego (ang. *majority opinions/judgments*) wspólnego dla większości wyrokujących sędziów, a nawet uzasadnień odrębnych formułowanych przez pojedynczych sędziów, w tym tytu, ilu było członków składu orzekającego (ang. *plurality/multiple opinions/judgments*). Te ostatnie mogą tu też przybrać postać dwojaką, tj. albo stanowić standardowe zdania odrębne (ang. *dissenting opinions/judgments*), albo

3 Zob.: L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 53; R. Cross, *op. cit.*, s. 35-36; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 39; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 318-319; R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 360-361; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 185; 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. 33-34; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 173; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, New York 2006, s. 242.

Podobnie strukturę orzeczenia sądowego w systemie prawnym typu *common law* postrzega G. Lamond, którego zdaniem w orzeczeniu takim można doszukać się następujących elementów: a) opis tego, co wydarzyło się w rozpoznanej przez sąd sprawie, b) zidentyfikowanie kwestii prawnej, co do której toczył się spór i o rozstrzygnięcie której zwrócono się do sądu, c) rozumowanie poświęcone należytemu rozstrzygnięciu tej kwestii, d) rozstrzygnięcie (ang. *the ruling*) tej kwestii, e) wynik lub rezultat sprawy, tj. wskazanie, którą ze stron należy poczytywać za wygrywającą zgodnie z rozstrzygnięciem, o którym mowa w lit. d. – zob. G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec>, s. 5.

prowadząc do identycznego co inne uzasadnienia rozstrzygnięcia rozpoznanej sprawy różnić się w prowadzącej do tego rozstrzygnięcia argumentacji (ang. *concurring opinions/judgments*)⁴.

Uzasadnienia zbieżne tylko co do wyniku oraz praktyka przedstawiania przez każdego z członków składu orzekającego oddzielnego uzasadnienia (wyroku) są przy tym typowe dla sędziów angielskich. W Stanach Zjednoczonych, jak się wskazuje, występują one już o wiele rzadziej. Tu regułą są bowiem uzasadnienia (wyroki) jednomyślne lub większościowe. Nie dotyczy to co prawda Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, choć i w odniesieniu do niego ma się dawać zaobserwować tendencję wzrostową na rzecz uzasadnień/wyroków jednomyślnych – co nie zmienia faktu, iż niektóre zdania odrębne potrafią być w przypadku tego sądu całkiem żywe, a czasem nawet, jak się podaje, ukazywać pewien gniew. Również gdy chodzi o brytyjską Komisję Sądową Tajnej Rady oraz Wydział Kryminalny Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, normalną praktykę mają stanowić uzasadnienia (wyroki) jednomyślne lub większościowe, ewentualnie zdania odrębne. W Wielkiej Brytanii, a także – choć z wyjątkiem często zresztą bardzo pobieżnych tzw. *per curiam opinions* – w Stanach Zjednoczonych nie ma natomiast uzasadnień/wyroków anonimowych, tj. takich, jakie są wydawane w imieniu państwa lub sądu w sposób uniemożliwiający identyfikację osób konkretnych sędziów, od których one pochodzą⁵.

Gdy mowa natomiast o stylu, w jakim są formułowane anglosaskie uzasadnienia sądowe, to jak się wskazuje, jest on bardziej dyskursywny (argumentacyjny/dialogowy) aniżeli sylogistyczny (subsumpcyjny), a przy tym jeszcze dość szczery i otwarty – co nie oznacza jednak tego, że wszystko, co było brane pod uwagę przy wydawaniu wyroku, się w nich znajduje (o którym to fakcie można się przekonać na przykład zapoznając się z korespondencją wymienianą pomiędzy sędziami rozpoznającymi daną sprawę, jeśli tylko ta zostanie ujawniona lub „wycieknie”). Co do zasady sposób, w jaki wykazuje się tu zasadność wydanego w danej sprawie rozstrzygnięcia, jest tym samym

4 Ponadto w kontekście możliwych rodzajów wyroków/uzasadnień sądowych używa się też w krajach *common law* zwrotu *en banc opinion* na określenie uzasadnienia/wyroku pochodzącego od pełnego składu danego sądu. Zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 242.

5 Zob.: R.S. Summers, *Precedent...*, s. 360; R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 32, 49-50; F. Schauer, *Thinking...*, s. 53, przypis 30, s. 172-173; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 317-318; D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, 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 19; R. Cross, *op. cit.*, s. 100; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 93-94; S. Hanson, *op. cit.*, s. 73; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 84; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 393; R.S. Summers, *Statutory Interpretation in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 446; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 242.

W odniesieniu do kwestii terminologicznych warto tu też zaznaczyć, iż w Stanach Zjednoczonych uzasadnienie/wyrok sądu pierwszej instancji nosi na ogół nazwę: *an order* lub *an order and memorandum* albo *a memorandum and order* tudzież *an order and judgment*, a uzasadnienie/wyrok sądu apelacyjnego określa się tam mianem: *an opinion* (zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 41; zob. też R.S. Summers, *Precedent...*, s. 360). Z kolei w Wielkiej Brytanii na oznaczenie wyroku/uzasadnienia sądowego używa się słowa: *a judgment* – z tym że w przypadku Izby Lordów (jej Komitetu Apelacyjnego) posługiwano się tutaj wyrazem: *an opinion*, przy czym – jako że Izba Lordów stanowi drugą izbę brytyjskiego Parlamentu – *an opinion* miało przybierać też postać mowy (ang. *a speech*) (zob. S. Hanson, *op. cit.*, s. 75, 76; D. McFadzean, G. Ryan, *Legal Method*, Dundee 2010, s. 86; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 393).

nastawiony na przekonywanie odbiorcy o słuszności tego rozstrzygnięcia, aczkolwiek nie znaczy to, iż anglosaskie uzasadnienie sądowe nigdy nie zakłada w sobie, iż dla danej sprawy (kwestii prawnej) istnieje/istniało tylko jedno poprawne rozwiązanie. Choć sam opis stanu faktycznego, jaki miał miejsce w rozpoznanej sprawie, może być dokonany za pomocą zwykłego (potocznego), nietechnicznego (nieprawniczego) języka, w treści uzasadnień wyroków sądowych z obszaru krajów *common law* można się nieraz natknąć na wyrażenia i rozważania dość wyszukane, w tym nie tylko na temat „polityk”, ale i historii, sztuki, religii, literatury itp. Sędziom anglosaskim nieobce ma być także przytaczanie w nich historyjek, analogii, kontrargumentów tudzież maksym i zwrotów z łaciny. W efekcie w uzasadnieniach sądowych autorstwa takich sędziów ma być można niekiedy nawet doszukiwać się indywidualnego piętna, jak np. w przypadku Lorda Denninga, którego styl miał być aż do przesady narracyjny. Co ponadto dodatkowo godne uwagi – sądząc po tym, w jaki sposób się oni do siebie zwracają, i to również wtedy, kiedy się ze sobą nie zgadzają – w uzasadnieniach takich ma się dawać dostrzec oznaki wzajemnej grzeczności (kurtuazji) pomiędzy będącymi ich autorami sędziami. Ogólnie też anglosaskie uzasadnienia sądowe mogą być nieraz bardzo obszerne i złożone. Ich długość może mianowicie przekroczyć nawet 50 stron maszynopisu. Niektórzy współcześni sędziowie mają również, by ułatwić później powoływanie się na poczynione przez nich wywody, używać w treści pochodzących od nich uzasadnień nagłówków i śródtytułów⁶.

Powyższe nie oznacza, że w Wielkiej Brytanii, a przede wszystkim w Stanach Zjednoczonych, nie zdarzały się i nadal nie zdarzają się wyroki sądowe, do jakich nie dołączono żadnego wyjaśnienia tego, w jaki sposób skład orzekający doszedł do znajdującego się w nich

6 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 361; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 319-320; S. Hanson, *op. cit.*, s. 77, 171; S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, New York 2007, s. 30; J. Raz, *op. cit.*, s. 180; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 84-85; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 52, 61-62, 108-109.

Dla stylu anglosaskich uzasadnień sądowych, ich języka i rodzaju używanych w nich argumentów, jakieś znaczenie zdaje się mieć też sposób, w jaki w Stanach Zjednoczonych i Zjednoczonym Królestwie powoływani są sędziowie. W Wielkiej Brytanii kandydaci na urząd sędziego są bowiem na ogół wyłanianiani spośród doświadczonych *barristers* (w Szkocji adwokatów), a gdy chodzi o sędziów niższej rangi, czasem także spośród dobrze rokujących *solicitors* (w uproszczeniu odpowiednik polskiego radcy prawnego o ograniczonym prawie do występowania przed sądami wyższej instancji). Nie wystarczy tu natomiast samo bycie akademikiem, ponieważ ważne jest doświadczenie zdobyte w praktyce. Tym samym w Zjednoczonym Królestwie brak jest tzw. sędziów z kariery (ang. *career judges*), a więc kategorii osób, które poprzez odpowiednie szkolenie zaraz po ukończeniu studiów prawnych przygotowują się do tego, by – od razu po zakończeniu tego szkolenia – pełnić funkcje sądowe. Również w Stanach Zjednoczonych nie ma być sędziów z kariery, a ponadto osoby sprawujące urząd sędziego mają pochodzić tu z jeszcze mniej homogenicznego środowiska niż na Wyspach (nie są one bowiem rekrutowane wyłącznie ze środowiska pełnomocników procesowych). Na mianowanie/wybór poszczególnych sędziów wpływ mają mieć tutaj również często względy polityczne, która to z kolei okoliczność ma sprawiać, że amerykańscy sędziowie potrafią być wyraźnymi indywidualistami, a do tego czasem jeszcze śmiałymi. W Stanach Zjednoczonych na kandydatów na sędziów wysuwani są mianowicie zarówno znani praktycy, jak i akademicy czy osoby ze służby cywilnej tudzież sędziowie z sądów niższej instancji. O ile też w przypadku sądów federalnych na urząd mianuje ich Prezydent Stanów Zjednoczonych za radą i zgodą Senatu, o tyle w przypadku sądów stanowych do objęcia funkcji sędziego ma dochodzić na wiele różnych sposobów. Poza analogicznymi do tego, jaki stosuje się wobec sędziów federalnych, odbywa się to bowiem np. drogą – co jak w stanie Kalifornia może dotyczyć nawet sądów najwyższych instancji – demokratycznych wyborów; przy czym tak wyłoniony sędzia nie sprawuje swojego urzędu dożywotnio (nie jest powołany na czas nieokreślony), lecz jedynie na pewną kadencję, która może być odnowiona. Zob. S. Hanson, *op. cit.*, s. 77; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 400-401, 404; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 453-454; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 155.

rozstrzygnięcia (zamieszczony jest w nich tylko opis stanu faktycznego oraz stwierdzenie, na rzecz której ze stron orzeczono)⁷. Ponadto z brakiem uzasadnienia tego, skąd wziął się taki, a nie inny wniosek, a nawet z zakazem poczynienia takiego uzasadnienia mamy tu do czynienia w przypadku werdyktu wydawanego przez ławę przysięgłych⁸.

Opisane powyżej materie są o tyle istotne, iż, jak się przyjmuje, w procesie ustalania tego, co stanowi *ratio decidendi*, a co *obiter dicta*, nie powinno się wychodzić poza zawartość precedensowego wyroku [tj. np. posługiwać się w tym celu jakimiś oświadczeniami sędziów, którzy ten wyrok wydali, składanymi w dacie późniejszej – i to niezależnie od ich oficjalnego lub nieoficjalnego charakteru]⁹. Przy tym dla identyfikacji *ratio decidendi* największe znaczenie będzie posiadać – oprócz opisu stanu faktycznego, jaki miał miejsce w precedensowej sprawie – sposób (tok myślenia), w jaki wykazana została zasadność rozstrzygnięcia zawartego w precedensowym wyroku. Jeśli natomiast skład orzekający jest wieloosobowy i takich sposobów (toków rozumowania) jest więcej niż jeden, to pod uwagę bierze się głównie ten z nich, który stanowi zdanie większości (ang. *a majority opinion/judgment*)¹⁰. Co jednak znamienne, brak jednomyślnego uzasadnienia tudzież wystąpienie uzasadnienia większości, podobnie jak i okoliczność sformułowania zdań odrębnych, nie prowadzi od razu do wniosku, że dane orzeczenie pozbawione jest *ratio*¹¹. Nawet zupełny brak wyjaśnienia przez skład orzekający tego, w jaki sposób doszedł on

7 Co znamienne, w Wielkiej Brytanii rozstrzygnięcie zapadające w danej sprawie wraz z powodami, które za nim przemawiały, podawane jest ustnie zaraz po zamknięciu rozprawy. Przy tym przytaczający je sędzia może się posługiwać notatkami lub pisemną nieautorytatywną wersją wyroku. To, co zostanie przez niego powiedziane, jest też obecnie wiernie (słowo w słowo) rejestrowane przez sądowego stenografa, a poza nim przez oficjalnych i nieoficjalnych *reporters*. Wydanie w Zjednoczonym Królestwie wyroku może ponadto zostać odroczone na jakąś datę późniejszą (tzw. *to reserve judgment*). Możliwość tej nie są przy tym też pozbawieni sędziowie orzekający w procesach karnych z udziałem ław przysięgłych, którzy mogą ogłosić swój wyrok od razu lub dopiero po jakimś czasie po wydaniu werdyktu przez członków takiej ławy. Z takiego prawa do odroczenia zawsze miała korzystać Izba Lordów (jej Komitet Apelacyjny) i – jak się przewiduje – tego samego należy się spodziewać po Sądzie Najwyższym Zjednoczonego Królestwa. W sądach niższej instancji czynienie z niego użytku ma zaś być zależne od woli każdorazowo orzekających w tych sądach konkretnych sędziów – zob. S. Hanson, *op. cit.*, s. 61 i J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 85.

Godne uwagi może być również to, iż dawniej w Zjednoczonym Królestwie miano przestrzegać szczególnej zasady, zwanej zasadą oralności, zgodnie z którą – by publiczność mogła ich efektywnie kontrolować (monitorować) – sędziowie musieli wszystko robić publicznie. Nie wolno im było posiadać ani personelu (pomocników), ani pism od pełnomocników stron (ang. *briefs*), ani wiedzieć czegokolwiek o sprawie, którą przyjdzie im rozstrzygać, aż do momentu, kiedy sprawa ta nie zostanie im na rozprawie zaprezentowana. W trakcie zaś rozprawy zabronione im było konsultowanie się ze sobą, a wszystkie materiały, jak: ustawy, precedensy itp., poza tym, że były czytane na miejscu, mieli wręczać im pełnomocnicy stron. Taka też „oralna” rozprawa mogła trwać tu aż tydzień – zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 155; odnośnie do tego, jak wygląda to współcześnie, w tym zwłaszcza co do polegania przez sędziów brytyjskich głównie na informacjach dostarczanych im przez pełnomocników procesowych, a nie zdobytych samodzielnie, por. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 401.

8 Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 171-172, 175-176; R. Cross, *op. cit.*, s. 43-44; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 47.

9 J. Raz, *op. cit.*, s. 184.

10 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 361; zob. też F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991, s. 187; F. Schauer, *Thinking...*, s. 53, przypis 30; M. Kirby, *Precedent – Report on Australia*, ogłoszone 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. 3, 4, 11.

11 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 377.

do wydania takiego, a nie innego rozstrzygnięcia w zawisłej przed nim sprawie, nie równa się automatycznie temu, iż treści *ratio decidendi* nie będzie się dało ustalić¹².

Jak nietrudno się domyślić, sam fakt wydania wyroku, jaki zgodnie z zasadą *stare decisis* ma wiązać inne sądy i być źródłem prawa, nie wystarczy do prawidłowego działania tej zasady w praktyce. Aby taki wyrok w ogóle mógł posłużyć jako precedens przy rozstrzyganiu spraw rozpoznawanych w dacie późniejszej niż został on wydany i być dobrowolnie stosowany jako prawo przez obywateli, konieczne jest bowiem zapewnienie należytego dostępu do jego treści: sędziom, prawnikom i innym zainteresowanym, zwłaszcza adresatom zawartego w nim rozstrzygnięcia. Temu celowi, zarówno w Wielkiej Brytanii, jak i w Stanach Zjednoczonych, ma też przede wszystkim służyć publikacja orzeczeń sądowych kwalifikujących się do bycia precedensami w odpowiednich ich zbiorach¹³. Wbrew pozorom nie była ona jednak na samym początku wcale taka prosta.

Jak pamiętamy z pkt 2. rozdziału I części I niniejszego opracowania, pierwsze zbiory orzeczeń, jakie pojawiły się w Wielkiej Brytanii, tzw. *Year Books*, były anonimowe i pod wzglę-

12 R. Cross, *op. cit.*, s. 44 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 47.

Również w przypadku postępowań z udziałem ławy przysięgłych – choć werdykt takiej ławy nie jest i nie może być w żaden sposób uzasadniany (przysięgłym nie wolno podać, czym się przy jego wydawaniu motywowali) – określenie treści *ratio decidendi* pozostaje możliwe. Dochodzi do niego na podstawie instrukcji sędziego, którą ten – przed zajęciem przez nich stanowiska – kieruje do członków takiej ławy. Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 77, 79 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 72, 75.

13 Treść wyroków opublikowanych w zbiorze orzeczeń z reguły odbiega nieco od postaci, w jakiej zostały one wydane przez sądy. Po pierwsze ujmowane w takich zbiorach orzeczenia są poddawane obróbce redakcyjnej, otrzymując tak w szczególności nazwy/nagłówki/tytuły – głównie po imionach i nazwiskach (nazwach) stron. Po drugie w zbiorach takich: a) podaje się sąd, od którego pochodzi dane orzeczenie, b) wymienia się sędziego lub sędziów, którzy przewodniczyli rozprawie, c) wskazuje na datę wydania danego orzeczenia i sygnaturę akt, d) zamieszcza imiona i nazwiska pełnomocników procesowych (w Stanach Zjednoczonych nie zawsze się to czyni), e) dołącza się listę spraw precedensowych (ewentualnie jeszcze ustaw i opracowań doktrynalnych), do których odniesiono się w sądowym uzasadnieniu, f) w razie gdy się one nie pokrywają dodaje się czasem jeszcze listę spraw precedensowych, na które powoływali się pełnomocnicy stron. Poza tym orzeczenia zawarte w zbiorach opatrywane są w Wielkiej Brytanii słowami kluczowymi (ang. *catchwords*) i tzw. *headnote*, a w Stanach Zjednoczonych odpowiednio takimi słowami (tu zwanymi *headnotes* lub *syllabi*) i tzw. *synopsis* lub *syllabus* (zwanymi również *prefatory statement*, *heading* lub *summary*). Na brytyjski *headnote* – podobnie jak na amerykański *synopsis* (*syllabus*), choć ten wydaje się nieco bardziej zwięzły – składają się: a) podsumowanie istotnych okoliczności faktycznych charakteryzujących daną sprawę sądową, b) wskazanie kwestii prawnej występującej w tej sprawie, c) streszczenie sposobu, w jaki skład orzekający doszedł do takiego, a nie innego rozstrzygnięcia tej kwestii, wraz z uwzględnieniem zdań odrębnych, jeśli te wystąpiły, d) wskazanie tego, jak ten skład odniósł się do wyroków wydanych wcześniej w innych sprawach sądowych tudzież w inny sposób potraktował te wyroki. Ponadto w zbiorach orzeczeń zwykło się zamieszczać też tzw. historię procesową, a więc opis tego, jak przebiegało postępowanie w sądzie pierwszej instancji, a w przypadku Wielkiej Brytanii także wzmiankę, jeśli miało to miejsce, iż dany wyrok został wydany nie bezpośrednio po zakończeniu rozprawy lub krótko po niej, lecz po namyśle (po odroczeniu jego ogłoszenia). Wzmiankę tę czyni się poprzez skrót *cur. adv. vult*, który pochodzi od łacińskiego zwrotu *curia advisari vult* (w tłumaczeniu na polski: „sąd życzył sobie się naradzić”). W dodatku ujęte w zbiorze orzeczeń uzasadnienie sądowe, zwłaszcza sądów wyższej instancji, dzieli się w Zjednoczonym Królestwie i Stanach Zjednoczonych często na poszczególne akapity (ustępy), które – by ułatwić późniejsze powoływanie się na nie – są numerowane w nawiasach kwadratowych, a także umieszcza się w nich – w tym celu – odpowiednie oznaczenia na marginesie. Niekiedy, jak np. w przypadku the United States Supreme Court Reports Lawyers' Edition, w zbiorze orzeczeń można też tu znaleźć podsumowanie treści pism procesowych pochodzących od pełnomocników procesowych stron i prawniczy komentarz (analizę). Zob. S. Hanson, *op. cit.*, s. 75-76; Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 321-323, 328; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 363-364; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 77-85; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 86; M.L. Cohen, K.C. Olson, *Legal Research in a Nutshell*, St. Paul 2000, s. 49-50, 53, 56; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 239-241.

dem wiarygodności bardzo dalekie od ideału. Także późniejsze od nich imienne raporty (ang. *nominate/named/nominative reports*) nie zawsze były najwyższej jakości, która zależna była od sumienności i renomy osoby ich redaktora/wydawcy. Ponadto nie od razu były to zbiory drukowane, a jedynie rękopisy. W zasadzie, jak się wskazuje, dopiero od powołania w 1865 r. tzw. the Incorporated Council of Law Reporting jakość zbiorów orzeczeń zaczęła być w Zjednoczonym Królestwie wysoka, a niektóre zbiory zaczęto traktować tu jako posiadające status quasi-oficjalny.

Gdy chodzi o koleję o Stany Zjednoczone, to w okresie kolonialnym orzeczeń sądów amerykańskich nie publikowano w ogóle, nawet w zbiorach prywatnych. W związku też z tym amerykańscy sędziowie i pozostali prawnicy byli w tym czasie skazani wyłącznie na dostępne dla nich wówczas wyroki sądów brytyjskich. Te też były tu w praktyce przytaczane na dowód istnienia obowiązującego prawa. Pierwszy zbiór orzeczeń sądów amerykańskich został wydany dopiero w 1789 r. (tzw. Kirby's Reports). Po nim zaczęły się pojawiać dalsze opracowania (rozpoznawane po nazwisku ich edytora, tzw. *nominative reports*), w tym również o charakterze oficjalnym – tj. wydawane zgodnie z nakazem ustawowym lub po autoryzacji przedmiotowego sądu.

Dzisiaj orzeczenia sądowe w Zjednoczonym Królestwie i w Stanach Zjednoczonych są publikowane zarówno w zbiorach prywatnych, jak i zbiorach oficjalnych lub quasi-oficjalnych (tzw. *case reports* lub *law reports*).

Tak w Zjednoczonym Królestwie – choć nie ma tu dla wyroków sądowych aż tak oficjalnych publikatorów jak te, w których publikowane są akty Parlamentu Zjednoczonego Królestwa – są wydawane zbiory orzeczeń, nad których redakcją nadzór sprawują sami sędziowie. Do takich zbiorów należą: *the Law Reports*, których wydawcą jest the Incorporated Council of Law Reporting, szkockie *the Session Cases* (dzielą się one obecnie na *UK Supreme Court Cases*, *Justiciary Cases* oraz *Court of Session Cases*) tudzież irlandzkie *the Northern Ireland Law Reports*. Poza nimi na Wyspach wydawane jest zresztą wiele innych prywatnych zbiorów orzeczeń, które są redagowane przez fachowych doradców prawnych (tzw. tu *barristers* oraz *advocates*). Wśród nich warto przede wszystkim wymienić, wydawane przez LexisNexis Butterworths, *All England Reports* (All ER), jakie obejmują sprawy sądowe od 1558 do 1993 r., a także *the Weekly Law Reports* (WLR) oraz *the Scots Law Times* (SLT). W WLR *de facto* są udostępniane wstępnie materiały, które później znajdują się w *the Law Reports*. SLT poświęcony jest natomiast Szkocji, obejmując swoim zakresem tematycznym wszystkie tamtejsze sądy. Ponadto w Zjednoczonym Królestwie są wydawane także bardziej specjalistyczne zbiory orzeczeń, jak np.: *the Criminal Appeal Reports*, *the Scottish Criminal Law*, *the Scottish Civil Law Reports* czy *the Reports of Patents Cases* albo *the Industrial Cases Reports*. Przy tym, co dość znamienne, w zasadzie jedynym „państwowym” wydawcą ma być w Wielkiej Brytanii the Stationary Office, który odpowiada za publikacje orzeczeń z zakresu dochodów publicznych (ang. *revenue*), kwestii imigracyjnych oraz zabezpieczenia społecznego.

Poza zbiorami orzeczenia sądów brytyjskich są upubliczniane w prasie prawniczej, a także w gazetach codziennych (zwłaszcza w: *The Times*) w odpowiednich seriach czy rubrykach – w tym,

szczególnie gdy mowa o tej pierwszej, z wykorzystaniem formy glosy (ang. *a case note*). Ponadto orzeczenia takie, w tym nieopublikowane w żadnym zbiorze, a raczej ich streszczenia można znaleźć w tzw. kompendiach (ang. *digests*). Gdy chodzi natomiast o wyroki z czasów zamierzchłych, tj. sprzed 1873 r., to dostęp do nich dają the English Reports: Full Reprint, które reprodukuje wiele zbiorów imiennych, mieszcząc tak w sobie ok. 100 000 orzeczeń sądowych.

Podobnie wygląda to w Stanach Zjednoczonych, gdzie oprócz zbiorów nieoficjalnych w większości stanów ukazują się obecnie również oficjalne zbiory orzeczeń. Z najbardziej znanych amerykańskich przedsięwzięć komercyjnych w tym względzie warto tu wspomnieć w szczególności o, będącej wydawcą m.in. the Supreme Court Reporter, the West Publishing Company zwanej dzisiaj Thomson West. Od momentu utworzenia tej kompanii w 1879 r. w szybkim czasie zdominowała ona bowiem amerykański rynek, rozciągając swoją działalnością na coraz to większą liczbę stanów, tak by w 1887 r. objąć tą działalnością je wszystkie. Dzięki też wdrożeniu przez nią przełomowego, jak na owe czasy, systemu katalogowania i indeksowania poszczególnych spraw sądowych udało się tu znacznie ułatwić wyszukiwanie pożądanego przez daną osobę precedensów (poszczególne orzeczenia sądowe były opatrywane krótkim *headline* lub *headontes*, a poruszone w nich kwestie prawne przyporządkowywane do któregoś z ogólnych tematów/nagłówków oraz przypisywane do jakiejś bardziej szczegółowej subkategorii, której to subkategorii nadawano z kolei jakiś unikalny numer, tzw. *a key number*).

W czasach współczesnych do oficjalnych zbiorów orzeczeń należą w Stanach Zjednoczonych the United States Reports (w skrócie U.S.), które oficjalny charakter posiadają od 1817 r. Gdy zaś chodzi o orzeczenia pochodzące od sądów stanowych, to do oficjalnych są zaliczane tu zbiory wydawane pod auspicjami tych sądów lub wytypowane przez te sądy zbiory prywatnych wydawców. Tak oficjalnymi zbiorami są np. *New York Reports* lub *Illinois Reports*. Przy tym o tym, który z dostępnych na rynku zbiorów orzeczeń należy uważać za oficjalny, w Stanach Zjednoczonych dowiemy się z tzw. the Bluebook. Ponadto, tak jak w Wielkiej Brytanii, również tutaj wydaje się specjalistyczne (tematyczne) zbiory orzeczeń, jak np.: *the Military Justice Reporter*, *the Bankruptcy Reporter*, *the Environmental Reporter Cases* czy *the Federal Claims Reporter*. Dokonuje się tutaj też reprintów (przedruków) orzeczeń opublikowanych wcześniej w innym publikatorze (np. w wydawanych przez West, *Colorado Cases* czy *Texas Cases*), przy czym reprinty te nie tylko wskazują pierwotne źródło, ale i podają oryginalną numerację stron. Ogólnie też, cechując się różnym stopniem zaawansowania obróbki redakcyjnej, najpierw ukazują się tu orzeczenia w formie tzw. *a slip opinion*, potem w formie *advance sheets* i dopiero na końcu w postaci *a bound volume*. Poza tym – tak jak w Zjednoczonym Królestwie – w Stanach Zjednoczonych są opracowywane też liczne kompendia (ang. *digests*) zawierające informacje o dotychczas zapadłych wyrokach sądowych¹⁴.

14 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 317, 320-321; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 406; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 46-47; S. Hanson, *op. cit.*, s. 64-65; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 79, 80-82; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 361-362; M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 46-50, 51-61, 62-66, 68-76, 342-344; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 237-239, 243-249, 251-257.

Trzeba jednak wyraźnie zaznaczyć, iż obecnie w obydwu państwach dostęp do orzeczeń sądowych odbywa się w przeważającej mierze za pomocą mediów elektronicznych. Dwie główne elektroniczne bazy orzeczeń noszą w nich nazwę: „Lexis®Library” (dawne „Lexis-Nexis”) oraz „Westlaw”. W Wielkiej Brytanii działają też „Justis”, „HeinOnline” oraz „Lawtel”, aczkolwiek ten ostatni pozostaje jeszcze w fazie rozwoju. Z zawartością orzeczeń sądowych, zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Zjednoczonym Królestwie, można się ponadto zapoznać, i to z reguły bezpłatnie, odwiedzając oficjalne strony internetowe poszczególnych sądów (na stronie www danego sądu zamieszcza się przede wszystkim treści jego własnych wyroków). W obu krajach dostęp do orzeczeń sądowych oferują także różne serwisy internetowe, jak np. brytyjsko-irlandzki „BAILII” czy amerykański „Cornell Legal Information Institute” lub „FindLaw” tudzież płatne „V” i „Loislaw.com”¹⁵. Przewaga elektronicznych baz danych nad drukowanymi zbiorami przejawia się głównie w tym, iż poszczególne orzeczenia są w tych pierwszych umieszczane na bieżąco, a przez to i dostęp do nich jest możliwy w przeciągu paru dni (jak np. w przypadku „Lexis”), jeśli nie w trakcie 24 godzin albo nawet kilku minut od ich wydania. W przypadku zbiorów wydawanych w postaci papierowej czas od wydania danego wyroku do ukazania się zawierającego go zbioru potrafi wynosić zaś kilka, a nawet kilkanaście miesięcy (jak się podaje, w odniesieniu do the Weekly Law Reports jest to ok. 5 miesięcy, w odniesieniu do the Law Reports 10-14 miesięcy, a w odniesieniu do the United States Reports nawet kilka lat)¹⁶.

Mimo nieosiągalnej dawniej łatwości w dostępie do zawartości dotychczas wydanych wyroków, jaką dały media elektroniczne, odnalezienie wszystkich orzeczeń, które potencjalnie mogą stanowić precedens wiążący w konkretnej sprawie, również dzisiaj stanowi nie lada sztukę, zwłaszcza gdy mowa jest o Stanach Zjednoczonych. Procesu wyszukiwania bynajmniej nie ułatwia tu sama liczba dotychczas wydanych orzeczeń sądowych. Już w 1994 r. orzeczeń takich było bowiem w Stanach Zjednoczonych przeszło 4 miliony¹⁷. Z tej też przyczyny w anglosaskiej literaturze prawniczej powstają nawet specjalne opracowania w przedmiocie tego, jak znaleźć i gdzie powinno się poszukiwać istotnych dla danej sprawy precedensów¹⁸. Ponadto

15 Zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 321; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 362-363; M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 47-48, 61-62, 66-67; S. Hanson, *op. cit.*, s. 64-65, 344; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 58-61 oraz D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 14-15, 87; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 238, 321-347.

16 Zob. S. Hanson, *op. cit.*, s. 65; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 446; M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 47, 52, 76-77.

17 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 361.

Na tle Stanów Zjednoczonych podnosi się również, iż nadmiar precedensów sądowych przekłada się na bardzo wysokie koszty obsługi prawnej. By odnaleźć istotne dla ich sprawy precedensy, strony zmuszone są bowiem w tym kraju opłacać prawników po stawkach rzędu 250 dolarów, a nawet wyższych za godzinę (zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 404). Przy tym odnajdowanie takich precedensów wydaje się jeszcze o tyle trudniejsze, iż – jak się nad tym ubolewa – amerykańscy profesory prawa z wiodących ośrodków akademickich nie są zbyt zainteresowani systematyzacją i objaśnianiem precedensowych wyroków (zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 211).

18 Do takich opracowań należą np. przywoływane już wcześniej w przypisach: *Legal Research in a Nutshell*, którego autorami są M.L. Cohen i K.C. Olson, oraz *Legal Research and Writing* napisane przez M.D. Murraya i Ch.H. DeSanctis. Spore fragmenty zawierające wskazówki w tym przedmiocie są obecne również w: *Learning Legal Rules* autorstwa J. Hollanda i J. Webba.

w niektórych amerykańskich sądach zatrudniony jest specjalny personel, który ma za zadanie w sposób bezstronny i sumienny odnaleźć wszystkie orzeczenia, które mogą się okazać wiążące w sprawach, jakie aktualnie widnieją na wokandzie¹⁹. Co więcej, by ograniczyć liczbę wyroków, jakie mogą być przytaczane w postępowaniach sądowych, wprowadza się też, zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Wielkiej Brytanii, różne obostrzenia w zakresie dopuszczalności powoływania się na orzeczenia, do których dostęp możliwy jest tylko za pośrednictwem mediów elektronicznych (zob. pkt 3.4.4. niniejszego rozdziału tego opracowania)²⁰.

Z powodu wielości występujących tu źródeł, z jakich można dowiedzieć się o treści danego orzeczenia, niewykluczone jest, że treść ta nie będzie w każdym z tych źródeł jednakowa. W Anglii i Walii tego rodzaju problem rozwiązuje się w ten sposób, iż pierwszeństwo przyznaje się zawartości the Law Reports. Takie rozwiązanie ma być przy tym motywowane głównie tym, iż przy redakcji tego zbioru udział biorą dokładnie ci sędziowie, od których pochodzą ujmowane w tym zbiorze orzeczenia (notabene, jak się wskazuje, sędziowie ci mają niekiedy nieznacznie zmieniać oryginalny tekst swojego uzasadnienia, tak by odzwierciedlał on nie to, co oni faktycznie powiedzieli, ale to, co mieli na myśli)²¹. W Szkocji ma zaś obowiązywać zasada, iż jeśli jakieś orzeczenie znajduje się w the Session Cases, to przed sądem musi być stąd – a nie z jakiegos innego zbioru – cytowane²². Podobne reguły obowiązują również w Stanach Zjednoczonych, gdzie często zgodnie z tzw. the Bluebook, chcąc powołać się na któryś z dotychczas zapadłych wyroków sądowych, powinno się zrobić to na podstawie oficjalnego zbioru orzeczeń, chyba że wyrok ten nie został w takim zbiorze jeszcze opublikowany²³.

3. Ratio decidendi

3.1. Zagadnienia wstępne

Przechodząc do kwestii tego, co stanowi *ratio decidendi*, a co *obiter dictum*, należy przede wszystkim zauważyć, iż zarówno *rationes*, jak i co do zasady *dicta* dotyczą problemów prawnych, a nie wyników postępowania dowodowego i ustaleń co do okoliczności faktycznych, jakie miały miejsce w precedensowej sprawie²⁴. Ponadto podział na *ratio decidendi* i *obiter dicta*

19 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 365.

W Zjednoczonym Królestwie sędziowie nie mogą raczej liczyć na taki personel, będąc zdanymi na precedensy, jakie wyszukają pełnomocnicy procesowi stron i ewentualnie oni sami – zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 401.

20 Z dużą liczbą precedensowych wyroków wiąże się też niewątpliwie ryzyko, iż nie wszystkie istotne dla rozpoznania danej sprawy precedensy zostaną przez orzekający w tej sprawie sąd uwzględnione. W efekcie ilekroć tylko sąd, który dopuścił się takiego przeoczenia, sam będzie uprawniony do ustanawiania wiążących precedensów, łatwo może dojść do powstania wyraźnych sprzeczności w prawie precedensowym. Tego rodzaju sprzeczności pociągają zaś za sobą kolejne ryzyko, tym razem związane z chęcią ich ukrycia, jakie przejawia się w staraniach godzenia na siłę niedających się *de facto* pogodzić precedensów. Por. R. Cross, *op. cit.*, s. 196-197 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 207.

21 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 46 oraz S. Hanson, *op. cit.*, s. 62.

22 D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 80, 82, 95.

23 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 243, 244; zob. też M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 69.

24 W przedmiocie trudności, jakie zachodzą w przypadku rozróżniania materii prawnych od materii faktycznych, zob. jednak pkt 3.4.6. niniejszego rozdziału tego opracowania.

z definicji postrzegany jest jako dychotomiczny, w konsekwencji czego przyjmuje się, że to, co nie weszło w skład *ratio*, automatycznie wchodzi w skład *dictów*²⁵. W tym też sensie ustalenie tego, co konstytuuje *ratio*, jest kluczowe do określenia tego, co stanowi *dicta*.

Przed przystąpieniem do omawiania istoty *ratio decidendi* warto zwrócić jeszcze uwagę na to, iż nie jest to jedyne określenie, jakim posługuje się w systemie prawnym typu *common law* na oznaczenie wiążącej części precedensowego wyroku. W tym celu sięga się tu bowiem również do takich pojęć jak: *ruling czy holding (holdings)*. To ostatnie, choć często spotykane, używane jest głównie na gruncie porządku prawnego Stanów Zjednoczonych i często jego znaczenie nie pokrywa się ze sposobem, w jaki rozumie się *ratio decidendi* w Wielkiej Brytanii²⁶. Ponadto wiążącą część precedensu sądowego zwykło się też czasem określać mianem precedensu postrzeganego jako autorytet (ang. *precedent as authority*) – w odróżnieniu od *dictum*, które ma być precedensem ujmowanym tylko jako informacja (ang. *precedent as information*)²⁷. Sam zaś zwrot *ratio decidendi* można by dosłownie tłumaczyć jako „powody, dla których podjęto daną decyzję [sądową]” (ang. *the reason for deciding*)²⁸. Za mniej ścisłe uznać należy natomiast tłumaczenie, zgodnie z którym *ratio decidendi* to „reguła decyzji [sądowej]” (ang. *the rule of decision*)²⁹.

3.2. The rule model

Jeśli chodzi o sposoby pozwalające uchwycić istotę *ratio decidendi*, to jednym z nich – i to chyba najbardziej popularnym – jest koncepcja zwana: *the rule model* (tudzież *the rule-based* albo *rule-stating model*)³⁰. Zgodnie z nią za *ratio decidendi* uznaje się regułę [normę] o generalno-abstrakcyjnym charakterze, tj. wyrażenie dyrektywne, które – w sposób nieograniczony do konkretnej osoby i sytuacji – wskazuje bądź na to, kto i w jaki sposób powinien się w okre-

25 R. Cross, *op. cit.*, s. 36, 80-86; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 40, 75-81; G. Lamond, *op. cit.*, s. 7; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 38-39; C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996, s. 71; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 39; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 336-337; G. Marshall, *op. cit.*, s. 515.

26 Zob. G. Lamond, *op. cit.*, s. 7; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 37; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 71; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 383; F. Schauer, *Thinking...*, s. 51, 54-55; G. Marshall, *op. cit.*, s. 513; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 46; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 72; J.M. Broekman, *op. cit.*, s. 231; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 42-43; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 81; R.J. Aldisert, *Logic for Lawyers. A Guide to Clear Legal Thinking*, wyd. 3, Notre Dame 1997, s. 13; Ch.R. Calleros, *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006, s. 103-106, 110-111.

27 R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990, s. 95. Na temat tzw. wiążącego (ang. *binding, mandatory*) oraz perswazyjnego (ang. *persuasive, nonmandatory, optional*) autorytetu w kontekście systemu prawnego typu *common law* i charakterystycznej dla niego zasady *stare decisis* zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 61-76.

28 R. Cross, *op. cit.*, s. 35; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 39; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 184; S. Hanson, *op. cit.*, s. 78.

29 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 336.

30 Odnośnie do koncepcji *the rule model* lub do niej zbliżonej zob. zwłaszcza: L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 40-63; G. Lamond, *op. cit.*, s. 6-8; L. Alexander, *Precedent, [w:] A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, Malden 1996, s. 506-507; R. Cross, *op. cit.*, s. 35-101; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 39-96; M.P. Golding, *Legal Reasoning*, wyd. 2, Peterborough 2001, s. 101-102; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 145, 152-161; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski, A.R. Miguel, *Rationales for Precedent, [w:] Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 497; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 31-35, 37-51; J. Raz, *op. cit.*, s. 183-184; D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 82-86; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 97; H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 134-135; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 39, 41-50; F. Schauer, *Playing...*, s. 181-186; por. też F. Schauer, *Thinking...*, s. 50-53, 54-55.

ślonych okolicznościach zachować, bądź na to, jakie skutki prawne należy wiązać z danym rodzajem (klasą) zachowań/zdarzeń³¹. Przy tym taka ogólna reguła, by móc stanowić *ratio decidendi*, musi obejmować swoim zakresem [hipotezę] okoliczności faktyczne precedensowej sprawy oraz prowadzić do wydanego w tej sprawie rozstrzygnięcia³².

W rezultacie przyjmuje się tutaj, że sąd, wydając wyrok w precedensowej sprawie, jednocześnie ustanawia jakąś uniwersalną regułę, która w pierwszej kolejności służy za podstawę rozpoznania tej sprawy, a w dalszej kolejności nadaje się na taką podstawę przy rozpoznawaniu innych spraw w przyszłości – o ile oczywiście te będą podpadać pod jej zakres zastosowania [hipotezę]. Ta też reguła – w koncepcji *the rule model* – uznawana jest za wiążący element precedensowego wyroku i to ona, zgodnie z zasadą *stare decisis*, ma ograniczać innych sędziów w orzekaniu. Przy tym niewątpliwie trudno jest oprzeć się tu wrażeniu, iż taki sposób ujmowania fenomenu bycia związanym precedensem sądowym zdaje się bardzo zbliżać, jeśli nie nawet zrównywać, istotę prawa precedensowego z istotą prawa stanowionego (ustawowego), którego głównym składnikiem są właśnie generalno-abstrakcyjne normy/reguły prawne³³.

Trzeba jednak nadmienić, iż odmiennie niż w prawie stanowionym (ustawowym), w którym nie występują większe trudności w określaniu tego, co stanowi obowiązujący przepis prawa (ewentualne komplikacje pojawiają się dopiero na poziomie interpretacji tego przepisu), identyfikacja *ratio decidendi* w przypadku konkretnego precedensu niejednokrotnie rodzi w praktyce bardzo poważne problemy.

Problemy te są mniejsze w sytuacji, w której sędziowie – czyniąc to w treści uzasadnienia wydanego przez nich wyroku – sami podali propozycję generalno-abstrakcyjnej reguły, jaka kwalifikuje się na podstawę rozstrzygnięcia zawartego w takim wyroku. Jest tak tym bardziej, gdy wyraźnie zaznaczyli oni, iż to właśnie taką, a nie inną regułą kierowali się przy obieraniu

31 Oprócz wymogu ogólności i normatywności L. Alexander i E. Sherwin ustanawiają – w ramach koncepcji *the rule model* – kolejne jeszcze kryteria, które powinna ich zdaniem spełniać reguła precedensu. Są nimi: a) odznaczanie się takim stopniem dookreśloności, by w sprawach podpadających pod jej zakres zastosowania dawała ona odpowiedź bez konieczności wdawania się w dywagacje na temat wartości, których realizacji ma ona w swoich założeniach służyć, b) posiadanie „poważnego charakteru” pojmowanego jako wykluczenie możliwości podejmowania jakichś dalszych rozważań w celu podważenia dyktowanego przez nią rezultatu (zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 54, 56). D.N. MacCormick stawia z kolei przez *ratio* wymóg bycia dostatecznie jasnym, „logicznie uniwersalnym” lub przynajmniej sformułowanym przy użyciu zwrotów, jakie są „rozsądnie uniwersalizowalne” (ang. *be in terms which are reasonably universalizable*) oraz otwartym na dalsze uzasadnienie za pomocą argumentów konsekwencjonalistycznych i odwołujących się do koherencji (zob. D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 152-153, 157, zob. też s. 146-152).

32 W kontekście anglosaskiej doktryny precedensu trzeba mieć na uwadze, iż w tamtejszej teorii i filozofii prawa nie używa się tak często – jak w polskiej nauce prawa – takich pojęć jak: norma prawna tudzież hipoteza (ang. *hypothesis, protasis, operative facts, factual predicate*) i dyspozycja (ang. *consequent, apodosis*), poprzestając na ogół na pojęciu reguły albo zasady, ewentualnie z dodaniem do nich przymiotnika: ogólna (ang. *general*). Co więcej, na skutek nadawania mu psychologicznego i „empirycznego” wymiaru kwestionuje się tu też czasem nawet samą możliwość występowania w prawie i jego stosowaniu takiego konstruktu, jakim jest norma prawna – zob. przykładowo: G.C. Christie, *Law, Norms & Authority*, London 1982, s. 1-43 oraz F. Schauer, *Playing...*, s. 12-16, 23-24.

33 Na pokrewieństwo – w razie przyjęcia koncepcji *the rule model* – precedensu sądowego z ustawą *explicite* wskazuje G. Lamond, *op. cit.*, s. 7.

tego rozstrzygnięcia. Wówczas też regułę precedensu – z racji, iż nie trzeba się jej kształtu domyślać – można nazywać tzw. *ratio* wyraźnym (ang. *express* lub *explicit*)³⁴.

Kwestia określenia tego, co stanowi *ratio decidendi*, znacznie komplikuje się już jednak w przypadku, gdy precedensowy sędzia wysunął więcej aniżeli jedną tylko propozycję reguły nadającej się na podstawę/wyjaśnienie wyroku wydanego w precedensowej sprawie. Na przykład raz podał taką regułę szerzej (w sposób bardziej generalny), a raz wężiej, albo też przy wielokrotnym jej podawaniu używał synonimicznie słów, które w rzeczywistości nie są synonimami, itp.³⁵ Jednym z możliwych rozwiązań tego problemu wydaje się próba ustalenia, której z wielu propozycji reguły nadającej się na *ratio decidendi* precedensowy sędzia poświęcił najwięcej uwagi tudzież która część, faktyczna czy prawna, pochodzącego od tego sędziego uzasadnienia była dla tego sędziego ważniejsza. Ilekroć bowiem sędzia ten koncentrował się głównie na szerokiej albo wąskiej propozycji reguły precedensu, można przyjąć, iż to ona stanowi *ratio*. Analogicznie jeśli skupiał on swoją uwagę przede wszystkim na specyficznych dla precedensowej sprawy okolicznościach faktycznych, a nie aspektach prawnych tej sprawy, to za *ratio* należałoby uznać regułę węższą, której zakres zastosowania jest ściśle przez te okoliczności wyznaczony³⁶.

Co jednak najbardziej znamienne, w krajach z anglosaskim systemem prawnym zapadają również wyroki, w uzasadnieniach których sędziowie nie tylko nie wskazują, które fragmenty pochodzących od nich rozważań stanowią podstawę wydawanych przez nich rozstrzygnięć, ale ponadto – choć takie przypadki są nazywane czasem nawet błędem techniki sądowej (ang. *a failure of judicial technique*) – nie podają żadnych propozycji ogólnych reguł, które kwalifikowałyby się na *ratio decidendi*³⁷. W takich też sytuacjach *ratio decidendi* musi zostać dopiero „wynioskowane”, „zbudowane”, „wyekstrahowane”. Przy tym poza samymi okolicznościami faktycznymi sprawy precedensowej i jej wynikiem do takiego zbudowania/wynioskowania mogą posłużyć również wszelkie uwagi i odwołania, jakie znajdują się w treści sądowego uzasadnienia³⁸. Samo natomiast budowanie/wynioskowywanie może się odbyć – jak proponują R. Cross i J.W. Harris – przy wykorzystaniu konstrukcji sylogizmu [w rzeczywistości wnioskowania redukcyjnego – M.K.]. W sylogizmie tym wynik sprawy precedensowej ma się traktować jako

34 Odnośnie do przykładów z orzecnictwa sądów amerykańskich, w których reguła precedensu została sformułowana w sposób wyraźny, zob. np.: R.S. Summers, *Precedent...*, s. 383-384 oraz F. Schauer, *Thinking...*, s. 53. Na okoliczność, iż w drugiej połowie XIX i pierwszej połowie XX w. angielscy i amerykańscy sędziowie sami podejmowali próby formułowania [w swoich uzasadnieniach] reguł mogących posłużyć za *ratio decidendi*, zwrócił też uwagę R. Dworkin – zob. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978, s. 110.

35 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 185.

36 Por. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 384.

37 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 99-100; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 93. Odnośnie do opinii, iż sędziowie rzadko kiedy wyraźnie formułują ogólną regułę wraz z jednoczesnym wskazaniem, że ma ona służyć za *ratio decidendi*, zob.: G. Lamond, *op. cit.*, s. 7; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 322; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 53 wraz z przypisem 41, s. 54-55; R. Cross, *op. cit.*, s. 46; A.L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, „Yale Law Journal” 1930, nr 2, s. 165; por. też D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 76 i R. Dworkin, *op. cit.*, s. 111.

38 Zob. L. Alexander, *op. cit.*, s. 506; R. Cross, *op. cit.*, s. 43-46; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 54; D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 84; zob. też F. Schauer, *Playing...*, s. 186-187 oraz F. Schauer, *Thinking...*, s. 55.

wniosek (konkluzję), a okoliczności faktyczne, jakie miały miejsce w tej sprawie, jako przesłankę mniejszą. Przesłankę większą ma w nim natomiast konstytuować reguła, która jest „przypuszczalnym” *ratio decidendi*³⁹. Pewnym uzupełnieniem takiego sposobu „wynioskowywania” tego, co ma uchodzić za regułę precedensu, jest dyrektywa, w myśl której nie powinno się tu brać pod uwagę wszystkich okoliczności faktycznych precedensowej sprawy, lecz tylko te z nich, które były istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy⁴⁰. Samo takie, niepodane w sposób wyraźny, *ratio* nazywa się przy tym dorozumianym (ang. *implied* lub *implicit*). Mimo też konieczności jego „zbudowania” jest ono równie wiążące jak *ratio* wyraźne. W razie jednak gdyby określenie jego postaci było w przypadku danego precedensu nad wyraz utrudnione, czego nie można z góry wykluczyć, dopuszcza się również możliwość uznania, że precedens taki jest pozbawiony *ratio*⁴¹.

W praktyce istotnym ułatwieniem w identyfikowaniu *rationes decidendi* poszczególnych wyroków sądowych jest zawartość samych zbiorów orzeczeń. Już na etapie włączania takich wyroków do takiego zbioru próbuje się bowiem nieraz ustalić, jaki jest kształt precedensowej reguły. Reguła ta jest też wtedy zamieszczana w treści – stanowiącego swoiste streszczenie – tzw. *headnote* (gdy chodzi o Wielką Brytanię) lub *synopsis* (gdy chodzi o Stany Zjednoczone). Pewien problem stanowi tu jednak to, że wyboru tego, co ma się znajdować w *headnote/synopsis*, nie dokonuje ustanawiający dany precedens sędzia lub sędziowie (chyba że tak jak w przypadku np. the Law Reports sprawują oni nadzór nad opracowaniem określonego zbioru), ale wydawca czy redaktor zbioru. Stąd też zresztą w treściach *headnotes/synopses* mają się niekiedy zdarzać nawet i przekłamania. Notabene również w samym sądowym uzasadnieniu nie ma jakiegoś szczególnego miejsca, w jakim powinno zostać podane *ratio decidendi*, w efekcie czego nawet w odniesieniu do *ratio* wyraźnego o takim właśnie jego charakterze będzie decydować rodzaj sformułowań użytych w takim uzasadnieniu, a nie okoliczność, iż można je znaleźć gdzieś na początku znajdującego się w danym zbiorze orzeczenia⁴².

39 R. Cross, *op. cit.*, s. 44; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 47.

40 D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 84; zob. tu też opisaną w pkt 6.1. niniejszego rozdziału tego opracowania metodę dr. Goodharta.

41 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 184 oraz D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 83, 84-85.

Godna uwagi jest tu niewątpliwie wypowiedź Lorda Dunedina, w której stwierdził on, że w sytuacji gdy nie jest jasne, co stanowi *ratio decidendi* danego precedensu, zadaniem sądu nie jest, jego zdaniem, dociekanie jego kształtu z wielkim trudem, aby być nim związanym (zob. G. Marshall, *op. cit.*, s. 514-515; R. Cross, *op. cit.*, s. 64; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 60; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 89-90). Podobnego zdania jak Lord Dunedin, tj. że jeśli precedens nie ma jasnego (ang. *clear*) *ratio*, to sędzia może uznać, iż nie jest takim precedensem związany, zdają się być też J. Holland i J. Webb (zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 212). Z odmiennym poglądem spotykamy się jednak w wypowiedzi Lorda Reida, zgodnie z którą to wypowiedzią niezależnie od tego, jak trudne miałyby być odnalezienie *ratio* danego precedensu, musi ono zostać znalezione (zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 33 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 36).

Nieco zagadkowe pozostaje natomiast w tym kontekście stanowisko Lorda Halsbury, według którego precedens jest wiążący tylko w zakresie tego, co zostało w nim faktycznie (rzeczywiście) zdecydowane (postanowione), a nie tego, co wydaje się z niego logicznie wynikać – referowane w: R. Cross, *op. cit.*, s. 61-63; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 57-63; G. Marshall, *op. cit.*, s. 511; S. Rares, *The Role of the Intermediate Appellate Court After Farah Constructions*, pierwotnie wygłoszone dnia 7 listopada 2008 r. w Melbourne na 4th Appellate Judges Conference of the Australasian Institute of Judicial Administration, <http://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/justice-ares/Rares-J-20081107.rtf>, s. 2, przypis 6.

42 Zob. H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 134; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 363; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 321-322.

3.3. Podstawowe wymogi i ograniczenia stawiane przed *ratio decidendi*

3.3.1. Pogląd pozytywny i krytyczny

Co interesujące, *ratio decidendi*, i to niezależnie od jego wyraźnego czy dorozumianego charakteru, jest na ogół postrzegane jako przejaw woli (intencji, zamiaru) sędziego lub sędziów, którzy wydali precedensowy wyrok⁴³. Od razu warto tu jednak zadać sobie pytanie o to, czy w doktrynie wiążącego precedensu taka prawodawcza wola sędziego, który ustanawia precedens, nie jest czymś ograniczona.

Co do zasady, jak się podaje, w kwestii tej można wyróżnić dwa rodzaje stanowisk (perspektyw): pozytywne i krytyczne. Zgodnie ze stanowiskiem pozytywnym w precedensie wiążące ma być to, co ustanawia nim (wierzy, że ustanawia) precedensowy sędzia, i to nawet gdy sędzia ten jest tu krótkowzroczny lub działa pod wpływem błędu. W myśl natomiast stanowiska krytycznego wiążący jest tylko taki *ruling*, jakiego wymaga prawidłowa ocena okoliczności faktycznych, jakie występowały w precedensowej sprawie, oraz znajdującego zastosowanie w tej sprawie prawa⁴⁴. Rozwijając to nieco, można by tu więc powiedzieć, iż według stanowiska pozytywnego za *ratio* należy uważać regułę w takiej postaci, jaką miał w swoim zamyśle precedensowy sędzia. W świetle zaś stanowiska krytycznego kształt *ratio* byłby tożsamy z wizją precedensowego sędziego tylko wtedy, gdy nie przekraczałaby ona granic, jakie istnieją w tym przedmiocie.

Ponieważ bliższa anglosaskiej praktyce jest niewątpliwie wersja druga, poniżej naszkicowane zostaną najczęściej spotykane wymogi i ograniczenia, jakie stawiane są przed regułą mającą uchodzić za *ratio decidendi* – poczynając od dwóch kwestii najważniejszych, tj. konieczności (niezbędności) takiej reguły do wydania precedensowego wyroku oraz dopuszczalnego stopnia jego ogólności (generalności).

43 Tak według L. Alexandera i E. Sherwin reguła precedensu musi być regułą ustanowioną – czy to w sposób wyraźny, czy dorozumiany – przez wyposażoną w prawotwórczą kompetencję władzę, którą jest w tym przypadku orzekający w przeszłości sędzia, przy czym, jak wyraźnie podkreślają ci autorzy, należy jej przypisywać takie znaczenie, jakie chciał, żeby ona miała, ten sędzia (zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 54). Podobnie na wewnętrznym zamiarze/woli sędziego, który ustanowił precedens, wydają się koncentrować tu R. Cross i J.W. Harris, którzy definiują *ratio decidendi* jako „any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him” (zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 77 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 72). Regułę precedensu, choć co prawda już nie tyle z osobą precedensowego sędziego, lecz bardziej z podanym przez niego uzasadnieniem, łączy też D.N. McCormick, którego zdaniem pod pojęciem *ratio* należy rozumieć: „a ruling expressly or impliedly given by which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (...) of the decision in the case” (zob. D.N. McCormick, *Rhetoric...*, s. 153). Autor ten twierdzi też, że ilekroć „a Court gives a ruling on a point of law which it conceives to be necessary to its justification of its particular decision, it would seem not unreasonable to regard that ruling as the ratio of the case” (zob. D.N. McCormick, *Legal...*, s. 83). Podobnie kojarzy *ratio* z osobą i uzasadnieniem pochodzącym od precedensowego sędziego wydaje się również J. Raz, który – mimo iż notabene sam ogólnie zdaje się opowiadać za *the rule model* – definiuje *ratio decidendi* jako przyczynę lub przyczyny, za pomocą których sąd uzasadnił wydane przez siebie rozstrzygnięcie: „essentially the ratio is the reason(s) by which the court justifies its decision” (zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 184). W sposób bardziej oderwany od intencji sędziego, który ustanowił precedens, zdają się natomiast definiować tym razem *holding* M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, rozumiejąc pod tym terminem: „a sentence or a short discussion (no more than a paragraph), which explains in legal terms the rule(s) of law that were used to resolve the legal issues in the case, and how they were applied, so as to explain why the prevailing party won” (zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 46, 49).

44 Na temat tych dwóch stanowisk zob. G. Marshall, *op. cit.*, s. 514.

3.3.2. Związek z faktami sprawy precedensowej

Pierwsze zagadnienie, jakie wiąże się ze swobodą po stronie sędziego ustanawiającego precedens, dotyczy tego, czy reguła precedensu musi pozostawać w jakimś związku z okolicznościami faktycznymi sprawy precedensowej czy też może być ona regułą od tych faktów oderwaną. Niewątpliwie najdalej posuniętym rozwiązaniem jest przyjęcie tutaj – czemu zresztą, jak wskazują L. Alexander i E. Sherwin, w żaden sposób nie ma stać na przeszkodzie sama idea *the rule model*⁴⁵ – iż taki związek nie jest nawet w najmniejszym możliwym stopniu wymagany. W konsekwencji precedensowy sędzia może ustanowić również takie *rationes decidendi*, jakie dotyczą zupełnie innych niż występujące w rozpoznanej przez niego sprawie stanów faktycznych.

Jak łatwo jednak zauważyć, takie w ogóle nieograniczające kompetencji prawotwórczych sędziego mającego uprawnienie do ustawiania wiążących precedensów stanowisko może w praktyce grozić nadmierną legislacją sądową i innymi wysoce niepożądanymi skutkami. Nie będąc skrępowany stanem faktycznym zawisłej przed nim sprawy, taki sędzia mógłby bowiem ustanowić za jednym razem cały szereg reguł, np. 200, w tym takich, które nie mają najmniejszego znaczenia dla tego, jaki wyrok jest w takiej sprawie wydawany⁴⁶. Przeciwno niemu przemawia też argument z podziału władzy (pozycji ustrojowej, jaką tradycyjnie przypisuje się sądom), tj. tego, iż sędziowie z założenia uprawnieni są do rozstrzygania konkretnych sporów sądowych, a nie do tworzenia prawa w sposób typowy dla ciał ustawodawczych. Tym samym nie powinni oni uzurpować sobie kompetencji należących do władzy ustawodawczej, a ich prawotwórczy autorytet powinien być ograniczony tylko do zagadnień prawnych, które występują w sprawie, jaka została im przedłożona do rozstrzygnięcia. Przy tym podnosi się również, iż gdyby sędziowie mogli ustanawiać wiążące precedensy w dowolnych kwestiach prawnych, to jak łatwo można się domyślić, mogliby oni zacząć podejmować czysto akademickie rozważania i przemycać do prawa precedensowego bardziej własne poglądy odnośnie do tego, jak prawo powinno [ich zdaniem] wyglądać, aniżeli kierować się prawem w takiej postaci, w jakiej ono [faktycznie] jest. Takie zaś postępowanie jawi się całkowicie „niesądowym” i szkodliwym⁴⁷.

Toteż, mając na względzie te lub inne jeszcze niż wymienione wyżej powody, w anglosaskiej praktyce orzeczniczej zwykło się uważać, że *ratio decidendi* nie może być dowolną regułą, lecz tylko taką regułą, jaka była niezbędna (konieczna) do wydania w precedensowej sprawie takiego rozstrzygnięcia, jakie dla tej sprawy zostało obrane. Przy tym ta niezbędność/konieczność, jeśli nie ma już być obiektywna czy intersubiektywna, musi występować przynajmniej w odczuciu ustanawiającego dany precedens sędziego⁴⁸. Do spełnienia tego – z pozoru

45 L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 50-53 wraz z przypisem 40.

46 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 38-39 oraz N. Duxbury, *op. cit.*, s. 90.

47 D.H. Chamberlain, *The Doctrine of Stare Decisis: its Reasons and its Extent*, New York 1885, s. 10-11.

48 O tym, że *ratio decidendi* musi być niezbędne (konieczne) do wydania rozstrzygnięcia w sprawie precedensowej, wyraźnie wspominają: R. Cross, *op. cit.*, s. 36, 77, 79-80; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 40, 72, 75; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 383-385; A.L. Goodhart, *op. cit.*, s. 162; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 39, 42, 43; por. też L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 121; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 77-78; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 8-9; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 527; S. Rares, *op. cit.*, s. 2;

być może rygorystycznego – wymogu wystarczy jednak jedynie to, aby mająca stanowić *ratio* reguła obejmowała swoim zakresem zastosowania [hipotezą] stan faktyczny precedensowej sprawy⁴⁹. Poza tym sędziowie mieliby już pełną swobodę, mogąc np. ustanawiać bardzo ogólne lub rozbudowane reguły, których zakres zastosowania znacznie wykraczałby poza okoliczności faktyczne precedensowej sprawy i które dotyczyłyby spraw nawet całkowicie od tej sprawy odmiennych. Stąd też nie powinno dziwić, iż zarówno w teorii, jak i w praktyce próbuje się poszukiwać dalszych jeszcze, mocniejszych ograniczeń dla kompetencji prawotwórczych sędziów posiadających prawo do ustanawiania wiążących precedensów.

3.3.3. Dopuszczalny stopień ogólności

W związku z zasygnalizowanym powyżej problemem, obok wymogu niezbędności czy konieczności, porusza się również kwestię dopuszczalnego stopnia abstrakcyjności (generalności, ogólności) *ratio decidendi*. Przy tym już na wstępie należy podkreślić, iż jakakolwiek reguła, aby w ogóle posiadać generalno-abstrakcyjny i normatywny charakter, musi z definicji „wykraczać” poza okoliczności faktyczne konkretnej sprawy sądowej. Inaczej nie byłaby ona normą ogólną, lecz indywidualno-konkretną⁵⁰. Zasadnicze pozostaje zatem to, jak dalece – w stopniu swojej generalności, a tym samym i w zakresie podpadających pod nią stanów faktycznych – reguła mająca stanowić *ratio decidendi* może odrywać się od specyfiki tego, co wydarzyło się w sprawie precedensowej⁵¹.

W celu lepszego zobrazowania istoty niniejszego zagadnienia warto posłużyć się następującym przykładem. W sprawie mającej stanowić precedens dla rozpoznawania innych spraw w przyszłości, która ogranicza się do prostej odpowiedzi na pytanie, czy wolno trzymać niedźwiedzia o imieniu Gutek w mieście Katowice, sędzia, kierując się jedynie wymogiem konieczności (niezbędności) po stronie *ratio decidendi*, może sformułować nieskończoną liczbę nadających się na *ratio* reguł. Przykładowo mogą to być takie reguły jak: a) nikomu nie

zob. też opisany w pkt 6.1. niniejszego rozdziału tego opracowania test Wambaugh. Odnośnie do wymogu konieczności w przypadku *holding* zob. np. C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 71.

Przy tym, co intrygujące, D.N. McCormick, krytykując pogląd R. Crossa, zgodnie z którym *ratio decidendi* musi stanowić konieczny krok w dochodzeniu do decyzji sądowej przez precedensowego sędziego (ang. a *necessary step in reaching his conclusion*), wskazuje, iż wcale nie musi ono być niezbędne, lecz tylko wystarczające (ang. *sufficient*) do rozstrzygnięcia kwestii prawnej, której rozstrzygnięcie jest konieczne do uzasadnienia precedensowego wyroku. Autor ten zaznacza ponadto, że chodzi tutaj o kwestię prawną, jaka jest przedmiotem sporu w argumentach podniesionych przez strony postępowania w sprawie precedensowej (ewentualnie inną kwestię, która pozwala rozpoznać ich sprawę przy pozostawieniu poruszanej przez te strony kwestii nierozstrzygniętej) – zob. D.N. McCormick, *Rhetoric...*, s. 153, 156-158.

49 Do ustalenia tego, jaka reguła była w takim sensie konieczna/niezbędna do wydania precedensowego wyroku, może w szczególności posłużyć tzw. test Wambaugh opisany w pkt 6.1. niniejszego rozdziału tego opracowania.

50 L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 51; zob. też F. Schauer, *Thinking...*, s. 56-57.

51 Żadnych ograniczeń w tym względzie wydaje się nie przewidywać J. Raz. Jego bowiem zdaniem *ratio* stanowią wszystkie – a nie tylko te bezpośrednie i najmniej ogólne („generalne”) – przyczyny (ang. *reasons*), które znajdują się w wyroku sądowym [jakie precedensowy sędzia podał na uzasadnienie zawartego w wyroku, jaki wydał, rozstrzygnięcia]. Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 184, przypis 9.

wolno trzymać niedźwiedzi w Katowicach, b) nikomu nie wolno trzymać tygrysów, niedźwiedzi, hipopotamów i słoni w miejscach, gdzie mieszkają ludzie, c) nikomu nie wolno trzymać groźnych zwierząt w miejscach, gdzie mieszkają lub mogą mieszkać ludzie, i w bezpiecznym promieniu od tych miejsc nie mniejszym niż 1000 m, d) nikomu z wyjątkiem cyrkowców nie wolno trzymać jakichkolwiek zwierząt na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej⁵².

Jak można zauważyć na podstawie drugiej z powyższych propozycji *ratio*, precedensowy sędzia może poszerzać zakres zastosowania precedensowej reguły nie tylko poprzez używanie nazw bardziej ogólnych, byle obejmujących stan faktyczny sprawy precedensowej (lit. c), lecz również poprzez rozbudowywanie takiej reguły drogą wprowadzania innych kategorii pojęciowych obok tych, jakie występują w precedensowej sprawie (lit. b)). *Prima facie* ten drugi zabieg jawi się łatwy do zakwestionowania jako próba obejścia wymogu niezbędności/konieczności *ratio* do rozpoznania precedensowej sprawy. Wszak w przytoczonym przykładzie do wydania wyroku w zupełności wystarczyłaby reguła odnosząca się wyłącznie do niedźwiedzi; wszystkie pozostałe zwierzęta: tygrysy, hipopotamy i słonie w ogóle nie muszą być jej przedmiotem. Jest tak jednak tylko z pozoru, bo jeśli za dopuszczalne przyjmiemy ustanowienie przez precedensowego sędziego reguły zakazującej trzymania groźnych zwierząt w miejscach, gdzie mieszkają lub mogą mieszkać ludzie, i w odpowiednim promieniu od tych miejsc (lit. c), a tym bardziej jeszcze reguły dotyczącej zwierząt w ogólności (lit. d), to dopuścimy do jeszcze dalej posuniętej legislacji sądowej aniżeli w przypadku reguły zabraniającej w miejscach zamieszkania ludzi trzymania oprócz niedźwiedzi również tygrysów, hipopotamów lub słoni. Decydując się na regułę z lit. b, a nie z lit. c lub d, precedensowy sędzia *de facto* ograniczyłby się zatem w swej prawotwórczej działalności – co mogłoby być motywowane np. tym, iż tylko w stosunku do niedźwiedzi, tygrysów, hipopotamów i słoni jest on pewien słuszności wprowadzenia zakazu, a w stosunku do innych zwierząt, nawet powszechnie zaliczanych do groźnych, nie ma już takiej pewności i pragnie zostawić kwestię ich potencjalnego trzymania w miejscach zamieszkania ludzi nierozstrzygniętą.

Jak więc widać, problem dopuszczalnego stopnia ogólności i złożoności reguły precedensu bez wątpienia dostarcza poważnych trudności w praktyce. W związku też z nimi zwykło się wyróżniać dwie zasadnicze postacie *ratio decidendi*: wąską i szeroką. Zwolennicy *ratio* wąskiego opowiedzieliby się pewnie tylko za pierwszą z wysuniętych w powyższym przykładzie wersji precedensowej reguły, tj. tą zakazującą trzymania niedźwiedzi w Katowicach, ewentualnie w miejscach, gdzie mieszkają ludzie; natomiast osoby dopuszczające możliwości istnienia szerokiego *ratio* byłyby pewnie skłonne przystać również na wersję z lit. b, a być może nawet z lit. c (choć niekoniecznie już z lit. d)⁵³.

52 Por. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 50-53; R. Cross, *op. cit.*, s. 61-67; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 57-63; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 207-208, 222-223.

53 Por. S.J. Burton, *op. cit.*, s. 37-38 oraz R.J. Aldisert, *op. cit.*, s. 12-14.

Za przykład stanowisk opowiadających się za bardzo wąską (mocno zrelatywizowaną do faktów sprawy precedensowej) regułą precedensu można by próbować uznać poglądy na temat tego, co stanowi *holding*. Jak bowiem definiują je M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, *holding* ma być połączeniem (kombinacją) reguł oraz dyskusji na temat tego, jak reguły te

Co jednak istotne, nawet w razie ogólnego uznawania za dopuszczalne *rationes* o szerokim zakresie zastosowania można przyjmować pewne wyjątki na rzecz *ratio* w wąskiej postaci. Wyjątki takie mogą dotyczyć np.: a) sytuacji, w których precedensowy sędzia nie podał żadnego uzasadnienia, które wyjaśniałoby, dlaczego tak, a nie inaczej rozstrzygnął zawisłą przed nim sprawę, b) wyroków, których uzasadnienie sądowe jest niezrozumiałe i nie wiadomo dokładnie, jaka reguła stanowiła, w mniemaniu wydającego je sędziego, podstawę zawartego w nich rozstrzygnięcia, c) w przypadku składów wieloosobowych sytuacji, w których orzekający sędziowie podali uzasadnienia prowadzące do tego samego wyniku w rozpoznanej przez nich sprawie, lecz mieszczące w sobie raz mniej, a raz bardziej ogólne (szerokie) propozycje precedensowej reguły, d) precedensów, które były przedmiotem opisanej w rozdziale V części I niniejszego opracowania procedury *distinguishing*⁵⁴. Ponadto za poprzestaniem na wąskiej postaci *ratio decidendi* może przemawiać także okoliczność, iż sędzia, który ustanowił precedens, podał w swoim uzasadnieniu raz wąską, a raz szeroką regułę nadającą się na podstawę obranego przez niego w precedensowej sprawie rozstrzygnięcia⁵⁵ tudzież – jak się wydaje – to, że w swych rozważaniach skupiał się on głównie na aspektach faktycznych precedensowej sprawy (a nie na modelowym rozwiązaniu występującej w tej sprawie kwestii prawnej)⁵⁶.

Na powyższym tle ogólnie przyjmuje się też, iż *ratio* wąskie – z racji, że daje wierniejszy opis tego, co wydarzyło się w precedensowej sprawie – jest co do zasady „silniejsze” tudzież „pewniejsze” w sensie, iż trudniej jest je podważyć/kwestionować⁵⁷. Poza tym – by ją w ten sposób zawęzić – określenia (zwroty, terminy) użyte w regule precedensu uważa się często za zrelatywizowane do okoliczności faktycznych sprawy precedensowej, postulując ich rozumienie nie *in abstracto*, lecz przez pryzmat (w świetle) tego, co miało miejsce w precedensowej sprawie⁵⁸. Niewątpliwie też ustanawianie węższych *rationes* mniej ogranicza sędziów na

zostały zastosowane do okoliczności faktycznych sprawy precedensowej, prowadząc do wydanego w niej rozstrzygnięcia. W efekcie w jego przypadku, zdaniem tych autorów, mają dawać się wyróżnić trzy elementy: 1. reguły, jakie zostały zastosowane w sprawie precedensowej, 2. odpowiednie tudzież istotne (relevantne) fakty sprawy precedensowej oraz 3. to, jak reguły, o których mowa w pkt 1, zostały zastosowane do faktów, o których mowa w pkt 2, by zrodzić w sprawie precedensowej takie, a nie inne konsekwencje prawne (zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 49). Podobnie o *holding* wyraża się C.R. Sunstein, który postrzega je jako coś, co zazwyczaj jest przedstawiane jako: wynik w sprawie precedensowej wraz z najwęższym uzasadnieniem, jakie jest konieczne do obrony tego wyniku (ang. *the outcome in the case, accompanied by the narrowest rationale necessary to defend it* – zob. C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 71).

54 Zob. R. Cross, s. 63-67, 96-99 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 59-63, 90-91.

55 Zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 44-45.

56 Por. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 384.

57 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 208 oraz K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 39, 45.

58 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 43-45; R. Cross, *op. cit.*, s. 39-41; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 527-528, 531-532; S. Hanson, *op. cit.*, s. 68; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 39; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 9-10; S. Rares, *op. cit.*, s. 2, przypis 6. Zob. też pkt 3.5. niniejszego rozdziału tego opracowania poświęcony problematyce interpretacji *ratio*.

W przedmiocie rodzajów czynników, które wpływają na to, jak „sporo” z sądowego uzasadnienia zostanie potraktowane jako *holding* [wiążąca część precedensu] – takich jak: a) dysponowanie przez sędziego orzekającego po ustanowieniu precedensu dodatkowymi informacjami, b) brak poświęcenia danej kwestii prawnej należytej uwagi ze strony precedensowego sędziego, zwłaszcza gdy była ona jeszcze peryferyjna dla rozstrzygnięcia sprawy precedensowej, c) niezgadanie się przez sędziego rozpoznającego kolejną sprawę po sprawie precedensowej z analizą przeprowadzoną

przyszłość, ale i zmniejsza możliwości legislacyjne judykatury (sędziowie, by uregulować dany wycinek stosunków społecznych, w przypadku wąskich reguł precedensowych będą musieli rozstrzygnąć o wiele większą liczbę spraw precedensowych, niż gdyby byli uprawnieni do ustanawiania reguł precedensowych o wysokim stopniu ogólności i złożoności)⁵⁹.

Nieco innym niż sam dopuszczalny stopień ogólności reguły mającej stanowić *ratio* danego precedensu jest wymóg takiej reguły – użytych w niej zwrotów i terminów – dookreśloności (precyzyjności). Można bowiem postulować, aby sposób, w jaki została sformułowana reguła precedensu, nie nastęrczał poważniejszych trudności w ustaleniu tego, jakie sprawy (występujące w nich zdarzenia, przedmioty, podmioty, relacje i zachowania) objęte są zakresem zastosowania tej reguły, tudzież nie rodził wątpliwości w zakresie skutków prawnych, jakie mają być na mocy tej reguły takim sprawom przypisane (orzeczone w nich)⁶⁰.

3.3.4. Fakty hipotetyczne *versus* udowodnione

Na tle przytoczonych wyżej wymogów, jakie pod względem związku z faktami sprawy precedensowej stawia się przed regułą mającą stanowić *ratio decidendi*, trzeba wspomnieć jeszcze o jednej kwestii związanej z takimi faktami. Mianowicie można zadać sobie pytanie, czy zawsze muszą być nimi fakty udowodnione, czy też wystarczy, że będą nimi jedynie fakty domniemane (założone). *Prima facie* wydawałoby się, że o *ratio* będziemy mówić tylko w kontekście faktów udowodnionych. W przeciwnym bowiem wypadku precedensowy sędzia mógłby wymyślać hipotetyczne stany faktyczne i w ten sposób obchodzić stawiany przed regułą precedensu wymóg niezbędności/konieczności. W literaturze wskazuje się jednak na dwa wyjątki zrywające z zasadą, iż *ratio* musi pozostawać w związku z faktami udowodnionymi.

Pierwszy z nich występuje w przypadku postępowań sądowych z udziałem ławy przysięgłych, w których to postępowaniach sędzia, który przewodniczy rozprawie, instruuje członków takiej ławy w kwestiach prawnych, po czym członkowie ci sami już decydują o winie oskarżonego i kwestiach natury faktycznej. Tutaj bowiem *ratio*, jakie pozwala się odnaleźć w treści takiej instrukcji, niejako z definicji musi się opierać na faktach jedynie przez czyniącego ją sędziego

przez sędziego precedensowego, d) użycie przez ustanawiającego precedens sędziego nazbyt ogólnego języka i objęcie tak – przez nieuwagę – tym precedensem sprawy aktualnie rozpoznawanej, e) relatywnie mała waga posiadania sztywno sformułowanej (ustalonej) reguły w danej dziedzinie prawa – zob. R.A. Posner, *The Problems...*, s. 96-97; por. też R.S. Summers, *Precedent...*, s. 386-387.

59 Zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 154-155.

Stąd też zresztą, zdaniem R.A. Posnera, by nie ograniczać się i móc korzystać z doświadczenia przyszłości, pragmatyczni sędziowie mają – przy ustanawianiu precedensów – ogólnie preferować wąskie uzasadnienia [podstawy prawne] wydanych przez siebie wyroków. Zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 246-247, zob. też s. 154-155.

60 Odnośnie do wymogu dostatecznego stopnia „określoności” po stronie reguły precedensu zob. np. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 54, 56.

Odmienne, tj. wskazując na to, że o perfekcji w przypadku większości reguł w prawie nie świadczy nic innego jak to, że reguły te są elastyczne i pozostawiają sporo swobody w ich zastosowaniu, w konsekwencji czego nigdy nie powinny być one tak skonstruowane, aby pozwalać sędziom na brak wycucia (konieczności wprowadzania rozróżnień) przy ich stosowaniu, wydaje się uważać D.H. Chamberlain (zob. D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 15).

założonych (hipotetycznych). O tym, czy fakty te zostaną uznane za prawdziwe (udowodnione), decyduje bowiem nie on, ale werdykt ławy przysięgłych, który w czasie instruowania członków tej ławy nie jest mu znany⁶¹.

Drugi dotyczy tzw. instytucji *demurrer*. Polega ona na tym, że sąd rozpoznaje przedłożoną mu sprawę na podstawie twierdzenia pozwanego, iż nawet w sytuacji, gdyby wszystkie okoliczności faktyczne przytoczone przez powoda okazały się prawdziwe, to i tak jego roszczenie należałoby uznać za bezzasadne – zwłaszcza z racji tego, iż w świetle obowiązującego prawa roszczenie to w ogóle nie może być na drodze sądowej dochodzone⁶².

Niezależnie jednak od tych dwóch konfiguracji szczególnych ogólnie nadmieniam, że precedens [jego *ratio* lub *holding*] powinien odnosić się nie do sytuacji potencjalnie wyobrażalnej, lecz takiej, która się rzeczywiście wydarzyła⁶³.

3.4. Dalsze wymogi stawiane przed regułą mającą stanowić *ratio decidendi*

Przedstawione powyżej kryteria, jakie powinna spełniać reguła, by mogła zostać uznana za *ratio decidendi*, mimo iż niezmiernie istotne, nie zawsze są traktowane jako wystarczające. Zapobieżeniu wprowadzeniu do obiegu (systemu prawa) błędnych czy nieprzemyślanych *rationes* mają bowiem służyć inne jeszcze wymogi, od sprostania którym uzależnione jest to, czy jakaś reguła będzie mogła zostać zakwalifikowana jako wiążąca dla innych sędziów zgodnie z zasadą *stare decisis*.

3.4.1. Należyte przedyskutowanie (rozważenie)

Jednym z dodatkowych wymogów stawianych przed regułą precedensu (czy precedensem w ogólności) jest nacisk na to, aby reguła ta (zawarte w precedensie rozstrzygnięcie) była należycie rozważona i przedyskutowana. O takim należyтым rozważeniu/przedyskutowaniu ma zaś świadczyć przede wszystkim to, iż strony postępowania (ich pełnomocnicy procesowi) były w odpowiednim stopniu zaangażowane w spór i dyskusję nad kwestiami prawnymi, jakie zostały rozstrzygnięte precedensowym wyrokiem. Ewentualnie liczy się tu także to, czy sam precedensowy sędzia poświęcił takim kwestiom należytą dozę uwagi. Przy tym kwalifikowanym przypadku braku należytego rozważenia (przedyskutowania) jest wydanie wyroku, jaki presuponuje podjęcie decyzji w kwestii prawnej, co do której nie tylko nie był między stronami prowadzony spór, ale co do której sąd się wyraźnie nie wypowiedział. Taką też decyzję uważa się za podjętą *sub silentio* („po cichu”).

Stawianie przed *ratio decidendi* wymogu należytego przedyskutowania (rozważenia) uzasadnia się głównie tym, iż brak należytej aktywności którejs z stron postępowania niewątpliwie wiąże się z niewysunięciem przez nią argumentów, jakie mogą zostać podniesione

61 R. Cross, *op. cit.*, s. 35, 81 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 39, 71, 77.

62 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 76, 81; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 71, 77; S. Hanson, *op. cit.*, s. 78; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 3, przypis 5 oraz s. 67, przypis 36.

63 N. Duxbury, *op. cit.*, s. 3.

w późniejszych procesach sądowych. Wzięcie zaś pod uwagę takich argumentów przez precedensowego sędziego mogłoby przesądzić o odmiennym sposobie rozstrzygnięcia zawisłej przed nim sprawy (a tym samym i o odmiennym sposobie rozstrzygnięcia spraw, w których orzekają sędziowie związani ustanowionym przez tego sędziego precedensem). Tym samym więc „przyszli” uczestnicy analogicznego sporu nie powinni być poszkodowani z tego powodu, że ich poprzednicy (pełnomocnicy procesowi tych poprzedników) nie wykazali się kreatywnością i zaniechali swojej obrony.

Dzisiaj status tak pojmowanego wymogu należytego przedyskutowania (rozważenia) sprawy precedensowej, jej *ratio*, nie wydaje się do końca jasny. O ile bowiem w Stanach Zjednoczonych zdaje się on nie odgrywać większej roli, o tyle w Wielkiej Brytanii brak prowadzenia przez strony (ich pełnomocników procesowych) sporu w jakiejś kwestii prawnej wciąż zdaje się pozbawiać – w odniesieniu do tej kwestii – dany precedens mocy wiążącej. Dotyczy to nawet konfiguracji, w której sąd najniższej instancji miałby odmówić na tej podstawie bycia związanym precedensem ustanowionym przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawny Komitet Apelacyjny Izby Lordów). Przy tym jest to szczególnie widoczne w przypadku decyzji podjętych *sub silentio*, jakim całkowicie odmawia się tu przymiotu bycia prawnie wiążącymi, zostawiając im jedynie możliwość bycia perswazyjnymi⁶⁴.

Za pewną próbę nawiązania do wymogu należytego rozważenia (przedyskutowania) można by też na gruncie brytyjskim uznać zaprezentowaną przez D.N. MacCormicka propozycję zdefiniowania *ratio* jako reguły (*a ruling*), jaka jest wystarczająca do rozstrzygnięcia występujących w danej sprawie kwestii prawnych, ale tylko tych, jakie zostały poruszone w argumentach stron⁶⁵. Z przyjęcia takiej definicji wynikałoby bowiem, iż jak jakaś kwestia nie została w takich argumentach zasygnalizowana, a była potrzebna do wydania wyroku w precedensowej sprawie, to mimo jej – dorozumianego albo nawet wyraźnego – rozstrzygnięcia przez precedensowego sędziego nie będzie ona mogła być przedmiotem reguły precedensu⁶⁶.

Ponadto warto mieć na uwadze, iż sprawy, którym może już nie tyle strony (ich pełnomocnicy procesowi), ile orzekający sąd poświęcił więcej uwagi, zdają się ogólnie posiadać w Wielkiej Brytanii większą moc („autorytet”). Takie sprawy rozpoznaje się tu też po tym, iż sąd wydał w nich wyrok nie bezpośrednio po zamknięciu rozprawy (lub krótko po tym), lecz po daniu sobie odpowiedniego czasu do namysłu (tzw. *to reserve judgment*). O tym zaś, że do takiego odroczenia wydania wyroku w danej sprawie doszło, osoby postronne mogą się dowiedzieć

64 Odnosnie do wymogu należytego przedyskutowania (rozważenia) sprawy precedensowej, jej *ratio/holding*, zob. zwłaszcza: D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 7-8; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 56-57; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 534-535; R. Cross, *op. cit.*, s. 136-137, 140, 141-143; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 148-149, 158-161, 164.

65 Zob. D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 153, zob. też s. 154 i 158 oraz D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 215.

66 Jak się również wskazuje, sędzia, który dojdzie do wniosku, że jakaś kwestia, co do której nie wypowiadają się pełnomocnicy procesowi stron postępowania, jest istotna dla rozpoznania zawisłej przed nim sprawy, powinien poinformować tych pełnomocników o występowaniu tej kwestii, tak by umożliwić im przedłożenie argumentacji w przedmiocie sposobu jej rozstrzygnięcia – zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 401.

ze znajdujące się w zbiorze orzeczeń adnotacji: *cur. adv. vult* (zamieszcza się ją po argumentach stron), która stanowi skrót od łacińskiego zwrotu: *curia advisari vult*, który też można by tłumaczyć jako „sąd życzy sobie się poradzić”. Przy tym, jak się podaje, sędziowie orzekający w Komitecie Apelacyjnym Izby Lordów (używano w nim bardziej prozaicznej frazy, tj.: *Their Lordships took time for consideration*) zawsze mieli odraczać wydanie swoich wyroków. Tak też – jak się przewiduje – ma postępować nowo powołany Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa. Również Sąd Apelacyjny Anglii i Walii, w odróżnieniu od the England and Wales High Court, ma często „dawać sobie czas do namysłu”⁶⁷.

Poza tym o niepoświęceniu danemu orzeczeniu należytej uwagi w stopniu dyskwalifikującym możliwość uznania go za wiążący precedens może – i to zarówno gdy mowa o Wielkiej Brytanii, jak i o Stanach Zjednoczonych – świadczyć okoliczność, iż nie zostało ono przeznaczone do publikacji w wydawanym w postaci drukowanej zbiorze orzeczeń, zwłaszcza takim, jaki redagowany jest przez sędziów/adwokatów⁶⁸.

3.4.2. Akceptacja wraz z upływem czasu

Jako kolejny z dodatkowych wymogów, jakie można by stawiać przed regułą precedensu, warto wskazać postulat uzyskania przez taką regułę akceptacji po stronie jakiejś większej liczby sędziów. Przy tym świadectwem takiej akceptacji miałby tu być głównie fakt, iż po sformułowaniu danej reguły przez któregoś z sędziów kolejni sędziowie, mimo braku istnienia jeszcze takiego obowiązku, rozstrzygnęliby zawisłe przed nimi sprawy zgodnie z tą regułą i w ten sposób niejako potwierdzili jej zasadność. Z chwilą zaś osiągnięcia pewnej liczby takich dobrowolnych zastosowań reguła ta stawałaby się prawnie wiążąca i dalsze sprawy już nie mogłyby, ale musiałyby być na jej podstawie rozpoznawane. W rezultacie można by tu więc mówić o jakimś połączeniu idei *ratio decidendi* z pojęciem wiedzy zbiorowej (ang. *collective wisdom*).

Abstrahując już od tego, iż tego rodzaju wymóg nie przyjął się ani w amerykańskiej, ani brytyjskiej praktyce orzeczniczej [jakichś jego przejawów można się co najwyżej doszukiwać w krajach z rodziny *civil law*]⁶⁹, trzeba zauważyć, iż jego ewentualne wprowadzenie napotykałoby – jak wskazują L. Alexander i E. Sherwin – dwa poważne problemy. Po pierwsze liczba takich powtórzeń, od której można by w praktyce stwierdzać, kiedy doszło do akceptacji danej reguły precedensu, zawsze będzie arbitralna, samo zaś jej przyjęcie niepraktyczne – choć tak jak w przypadku bycia łysym lub stosu istniał będzie tu pewnie moment, od którego o takiej akceptacji będzie można już z pewnością mówić. Po drugie wysoce problematyczna byłaby w kontekście takiego wymogu sytuacja, w której kolejni sędziowie rozstrzygnęliby przedłożone im sprawy na podstawie jednakowo brzmiącej reguły, którą rozumieliby inaczej – nadawali jej odmienne z intencją pierwszego i następujących po nim sędziów znaczenie. Wówczas bowiem, przy ścisłym trzymaniu się kryterium akceptacji po

67 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 65 wraz z przypisem 27 oraz J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 85.

68 Zob. pkt 3.4.4. niniejszego rozdziału tego opracowania.

69 Zob. pkt 1. rozdziału III części II niniejszego opracowania.

stronie większej liczby sędziów, należałoby przyjąć, iż takiej akceptacji brakuje i multiplikowana w niejednakowym znaczeniu reguła nigdy nie będzie mogła zostać uznana za wiążącą⁷⁰.

3.4.3. Nieustanowienie *per incuriam* („przez niedbałość”)

Jeszcze innym kryterium, którego spełnienia można oczekiwać od *ratio decidendi*, jest nieustanowienie zawierającego je precedensu „przez niedbałość” (łac. *per incuriam*).

O tym, że precedensowy wyrok został wydany „przez niedbałość”, świadczy przede wszystkim to, iż przy jego wydawaniu nie uwzględniono wiążących precedensów lub przepisów prawa stanowionego (ustaw⁷¹, aktów wykonawczych czy umów międzynarodowych, które obowiązują w krajowym porządku prawnym), jakie miały zastosowanie w rozstrzygniętej nim sprawie. Ponadto o *per incuriam* mówimy również wtedy, gdy do wydania wyroku mającego być precedensem doszło na podstawie ustawy, która nie została ostatecznie uchwalona lub która w chwili wydawania tego wyroku była już nieobowiązująca. Do takiej kwalifikacji nie uprawnia natomiast raczej pogwałcenie zasad interpretacji prawa ustawowego, nawet gdyby byłoby ono jawne. Przy tym o nieuwzględnieniu danego precedensu albo aktu prawa stanowionego dowiadujemy się głównie z braku zamieszczenia o nim jakiegokolwiek wzmianki w treści uzasadnienia sądowego.

Oprócz samego nieuwzględnienia do tego, aby móc powiedzieć o jakimś precedensie, iż został ustanowiony przez „niedbałość”, konieczne jest jednak coś jeszcze: mianowicie z jego powodu zawarte w tym precedensie rozstrzygnięcie (*ratio decidendi*) musi być błędne (lub nawet oczywiście błędne: ang. *manifestly wrong*). W przeciwnym bowiem razie, tj. ilekroć uwzględnienie pominiętych precedensów/aktów prawa stanowionego nie przemawiałoby za odmienną treścią precedensowego wyroku, o *per incuriam* nie może być mowy. Nie jest tu natomiast jednoznaczna sytuacja, w której precedensowy sędzia co prawda przytoczył istotny dla rozpoznania zawisłej przed nim sprawy precedens lub przepis prawa stanowionego, ale faktycznie rozstrzygnął przedłożoną mu sprawę w sposób oczywiście sprzeczny z tym precedensem/przepisem⁷².

Co należy podkreślić, ustanowienie precedensu *per incuriam* może być skutkiem niewzięcia pod uwagę wyłącznie precedensów, które zgodnie z zasadą *stare decisis* były wiążące w stosunku do sprawy precedensowej. Brak natomiast odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do jakiegoś

70 Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 57-58.

71 Co ciekawe, w przypadku ustaw wskazuje się, że chodzi tu nie tylko o nieuwzględnienie ich poszczególnych postanowień, lecz także o nieuwzględnienie ich postrzeganych jako składająca się z różnych sekcji i podsekcji całość. Wyjęte spod tego wymogu są jednak najprawdopodobniej nagłówki, uwagi na boku, krótkie tytuły i preambuły, bo te – jak się przyjmuje dla celów interpretacji – nie są traktowane jako nieodłączne (integralne) części ustawy tylko jako jej części zewnętrzne (nieależące do jej istoty). Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 375, 376-377.

72 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 127-128, 136-137; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 143, 148-152; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 374-376, 401; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 328; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 163-164, 167-168, 173, 212; S. Hanson, *op. cit.*, s. 78; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, Warszawa 2005, s. 259.

niewiążącego precedensu, np. sądu niższej rangi, nigdy nie będzie skutkować możliwością postawienia zarzutu *per incuriam*⁷³. Podobnie trzeba pamiętać, że o *per incuriam* nie mówi się w przypadku nieuwzględnienia przez sędziego ustanawiającego precedens innych aniżeli wiążące precedensy i akty prawa stanowionego materiałów lub argumentów, których wzięcie pod uwagę (wiedza o nich) mogłoby mieć wpływ na zawarte w takim precedensie rozstrzygnięcie (jego *ratio*)⁷⁴. Ponadto możliwość powoływania się na to, że precedens został ustanowiony *per incuriam*, przestaje istnieć wówczas, gdy sąd, od którego ten precedens pochodzi, mając już na względzie wszystkie wiążące go precedensy i akty prawa stanowionego, powieli zawarte w tym precedensie rozstrzygnięcie przy rozpoznawaniu jakiejś innej sprawy⁷⁵.

Co przy tym niezmiernie istotne, wymóg, że *ratio* nie może pochodzić z precedensu ustanowionego *per incuriam*, wydaje się pozostawać aktualny do dziś, gdy chodzi o Wielką Brytanię. Przede wszystkim na *per incuriam* może się tu powoływać sędzia, który orzeka w sądzie, od którego dotknięty taką wadą precedens pochodzi. Pewne wątpliwości w tym względzie dotyczą natomiast niestosowania się z tego powodu do precedensów ustanowionych przez sądy wyższej rangi w postępowaniu przed sądem rangi niższej. W 1972 r. w sprawie *Cassell and Co. Ltd v. Broome* Komitet Apelacyjny Izby Lordów stwierdził mianowicie, iż inne sądy nie są uprawnione do oceny tego, czy któryś z jego precedensów jest, czy nie jest obarczony wadą *per incuriam*. Trzy lata zaś później Lord Diplock rozciągnął tę regułę na relacje pomiędzy sądami wyższej instancji a sądami im podległymi. Jak się jednak wskazuje, w praktyce nawet sędziowie zasiadający w sądach pierwszej instancji nie wydają się stosować do takiego ograniczenia, tj. przynajmniej w stosunku do ustanowionych *per incuriam* precedensów Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii⁷⁶.

Kwestia ustanawiania precedensów „przez niedbałość” zdaje się wyglądać inaczej w przypadku Stanów Zjednoczonych. Tu też z powodu dużej liczby precedensowych wyroków sędziowie nie czują się raczej zobowiązani do brania – przy sporządzaniu swoich uzasadnień sądowych – pod uwagę wszystkich precedensów, na jakie powołały się strony, tudzież omawiania tego, dlaczego precedensy te nie zostały w zawisłej przed nimi sprawie zastosowane⁷⁷. Również jednak w Stanach Zjednoczonych wyrok wydany z pominięciem (niezauważeniem) przepisu ustawy i wbrew temu,

73 R. Cross, *op. cit.*, s. 136-137 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 151.

74 J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 167, 173.

Tak nie skutkuje ustanowieniem precedensu *per incuriam* brak uwzględnienia tzw. materiałów przygotowawczych (fr. *travaux préparatoires*) wskazujących na odmienną intencję prawodawcy niż przyjęta przez precedensowego sędziego (zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 349-350). Co więcej, *per incuriam* nie spowoduje nawet nieuwzględnienie przez sąd postanowień unijnych dyrektyw, które – gdyby zostały wzięte pod uwagę [zgodnie z nakazem prounijnej wykładni prawa krajowego] – mogłyby mieć wpływ na sposób interpretacji zastosowanych w precedensowej sprawie przepisów ustawy (zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 151).

75 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 168.

76 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 158, 164.

77 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 404.

co wynika z tego przepisu, nie może stanowić wiążącego precedensu⁷⁸. O *per incuriam* mówi się natomiast na gruncie Kanady⁷⁹.

Wracając do Wielkiej Brytanii, warto też dodać, że dzisiaj dość łatwo jest sprawdzić, czy przy wydawaniu danego wyroku sędziezia wziął pod uwagę wszystkie precedensy, jakie były istotne dla rozpoznania zawisłej przed nim sprawy. Usprawnia to bowiem zamieszczanie w zbiorach orzeczeń listy precedensów, które zostały przytoczone w uzasadnieniu sądowym, oraz listy precedensów, na które powołali się pełnomocnicy procesowi stron postępowania, a które nie zostały omówione w takim uzasadnieniu⁸⁰.

Na marginesie godne uwagi jest także to, iż w Wielkiej Brytanii na pełnomocnikach procesowych stron postępowania spoczywa dość specyficzny obowiązek – poza samym odciążeniem tutejszego sędziego, który nie dysponuje takimi udogodnieniami i obsługą jak jego amerykański kolega⁸¹, jego celem zdaje się być właśnie zapobieżenie sytuacjom ustanawiania precedensów *per incuriam*. Mianowicie pełnomocnicy ci, notabene występujący przed sądami wyższej instancji z reguły parami (tzw. *a leader counsel* i *a junior counsel*)⁸², w sposób etyczny są zobligowani do wskazywania każdorazowo orzekającemu sędziemu w sprawie, w jakiej reprezentują stronę postępowania, wszelkich precedensów, które mogą mieć znaczenie dla rozpoznania tej sprawy, w tym również tych niekorzystnych dla ich klienta. Niewykonanie zaś tego obowiązku traktowane jest tu jako naruszenie zobowiązania wobec sądu⁸³. To samo dotyczy zresztą i wymogu podawania przez takich pełnomocników innych – niż precedensy sądowe – źródeł prawa, jakich nieuwzględnienie przy wydawaniu wyroku skutkowałoby wadą *per incuriam*⁸⁴.

78 Co jednak dość znamienne, dawniej – przy spełnieniu pewnych warunków – precedens mógł być uznany tu za ważny mimo błędnego przyjęcia przy jego ustanawianiu, iż dana ustawa kolonialna została uchylona – zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 568, zob. też s. 535-536.

79 P.M. Perell, *Stare Decisis and Techniques of Legal Reasoning and Legal Argument*, <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques>, s. 4, 5 i 6.

80 Z. Bankowski, D. MacCormick, G. Marshall, *Precedent...*, s. 323, 328. Co do zawartości takich zbiorów zob. przypis 13 w niniejszym rozdziale tego opracowania.

81 Sędziowie amerykańscy, jak np. ci zasiadający w Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych czy sądach apelacyjnych stanu Nowy Jork, mają odpowiednią asystę w postaci tzw. *clerks* (klerków), którzy pomagają im w wyszukiwaniu ustaw i precedensów istotnych dla rozpoznania przedłożonych im spraw. Przy tym, co dość specyficzne, klerkowie, którzy są obecni w Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych w liczbie czterech na każdego sędziego, mają być rekrutowani spośród osób, które dopiero co ukończyły z wyróżnieniem studia prawnicze w przodujących szkołach prawa. Zob. R.S. Summers, *Statutory...*, s. 455, 458 i R.S. Summers, *Precedent...*, s. 365.

82 J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 84.

83 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 324, 328; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 375, 401; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 194-195.

Podobny obowiązek o charakterze etycznym do przytaczania wszystkich, również tych niekorzystnych dla ich klienta, precedensów sądowych, jakie są „bezpośrednio” stosowalne w danej sprawie, dotyczyć ma także prawników działających w Stanach Zjednoczonych oraz Kanadzie. Jednakże, jak się przynajmniej odnośnie do Stanów Zjednoczonych wskazuje, obowiązku tego, na nieszczęście, raczej rzadko kiedy się tu w praktyce przestrzega. Zob. Model Rules of Professional Responsibility, reguła 3.3; F. Schauer, *Thinking...*, s. 72-73, przypis 27; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 30; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 5.

84 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 374, 401.

3.4.4. Właściwe opublikowanie precedensowego wyroku

Inną niż wskazanie na ustanowienie precedensu *per incuriam* możliwością podważenia reguły mającej stanowić *ratio decidendi* było dawniej zarzucenie zawierającej tę regułę sprawie, że została źle spisana (ang. *badly reported*). Na fakt nienależytego spisania można się było przy tym swobodnie powoływać przed i w trakcie XVIII w., do którego to czasu standardy utrwalania na piśmie orzeczeń sądowych ogólnie nie były w Wielkiej Brytanii za wysokie. O twórcy *Espinasse's Reports* (1793-1807) miano mówić nawet, że był głuchy w znaczeniu, iż słysząc połowę tego, co działo się na sali sądowej, zapisywał drugą połowę. Kontrprzykładem były tu natomiast *Coke's Reports* (1600-1658), które – jak się podaje – miały odznaczać się dość dobrą jakością. Jednak w XIX w., zwłaszcza po ustanowieniu w 1865 r. *the Incorporated Council of Law Reporting* i założeniu w 1966 r. *the Incorporated Society of Law Reporting*, precedensowe wyroki zaczęły być spisywane z coraz większą skrupulatnością, przez co też możliwość powoływania się na uchybienia w tym względzie praktycznie odpadła⁸⁵.

Mimo że zarzut złego spisania sprawy się zdezaktualizował, pewną jego reminiscencję stanowi dzisiaj wymóg należytego opublikowania precedensowego wyroku. Obecnie zdaje się bowiem przywiązywać dużą wagę do sposobu, w jaki zostało podane do publicznej wiadomości orzeczenie sądowe, które ma stanowić wiążący precedens przy rozstrzyganiu innych spraw sądowych. Źródłem problemów w tym względzie są głównie wyroki, które nie zostały opublikowane w wydawanych drukiem zbiorach orzeczeń, a które wraz z uzasadnieniem dostępne są drogą elektroniczną. Z takimi wyrokami, jak się wskazuje, wiążą się bowiem różnorakie rodzaje ryzyka.

Po pierwsze z uwagi na to, że nowo wydane orzeczenia dostępne są za pośrednictwem mediów elektronicznych niemalże od razu po ich wydaniu (bez konieczności nieraz bardzo długiego wyczekiwania na ich publikację w drukowanym zbiorze orzeczeń)⁸⁶, brak jest czasu [gdyby można się od razu na te orzeczenia powoływać] pozwalającego potencjalnym adresatom na zaznajomienie się z nową treścią precedensowego prawa i dostosowanie do niej swojego zachowania. Po drugie z udostępnieniem danego orzeczenia w mediach elektronicznych niekoniecznie idzie w parze poddanie go uważnej i profesjonalnej obróbce (redakcji), co może się przełożyć na jego niewłaściwe zrozumienie. Po trzecie okoliczność, że jakieś orzeczenie nie zostało zakwalifikowane do publikacji w wydawanym drukiem zbiorze orzeczeń i dostęp do niego możliwy jest wyłącznie drogą elektroniczną, może świadczyć o tym, że wydaniu tego orzeczenia sędzia nie poświęcił odpowiedniej dozy uwagi. Po czwarte w kontekście takich orzeczeń wskazuje się też na groźbę „zasypania” sądów precedensami, które nie będą wnosić nic nowego w danej kwestii prawnej, a które będą przywoływane przez strony i ich pełnomocników procesowych tylko z tego powodu, iż są łatwo dostępne. Co więcej, przez wzgląd na zasadę *stare decisis* i etykę

85 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 116-117; co do jakości zbiorów orzeczeń w tych czasach zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 45-46 oraz S. Hanson, *op. cit.*, s. 62.

86 Odnośnie do czasu oczekiwania na publikację danego wyroku w wydawanym w postaci drukowanej zbiorze orzeczeń, z uwzględnieniem konkretnych zbiorów, zob. pkt 2. niniejszego rozdziału tego opracowania.

zawodową prawnicy mogliby czuć się niejako zobligowani do wyszukiwania również takich „bezwartościowych” orzeczeń. Przy tym skala tego zjawiska mogłaby być znaczna z racji, iż – jak się podaje – w Zjednoczonym Królestwie każdego roku tylko 7% wyroków sądów wyższych instancji jest publikowanych w wydawanych drukiem zbiorach orzeczeń⁸⁷.

Wymienione wyżej zagrożenia nie umknęły też oczywiście uwadze samych sędziów. Już w 1983 r., pełniący wtedy funkcję sądu najwyższego Zjednoczonego Królestwa, Komitet Apelacyjny Izby Lordów – głównie z inicjatywy zasiadającego w nim Lorda Diplocka – podjął przy okazji rozpoznawania sprawy *Roberts Petroleum Ltd v. Bernard Kenney Ltd* próbę ograniczania prawa do powoływania się na orzeczenia the Civil Division of the Court of Appeal, jakie są dostępne tylko w formie elektronicznej. W efekcie możliwość skorzystania z takich orzeczeń została uzależniona od uzyskania, udzielanej każdorazowo, zgody składu orzekającego. Podobne restrykcje przewiduje też the Practice Direction Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii z 1999 r., zgodnie z którą udzielenie zezwolenia na przytoczenie orzeczenia, do którego dostęp możliwy jest tylko za pośrednictwem mediów elektronicznych, zależy od tego, czy orzeczenie to zawiera w sobie coś nowego, nie będąc jedynie ilustracją lub odmiennym sformułowaniem zasady, jaka już znajduje się w orzeczeniach ujętych w wydawanych drukiem zbiorach orzeczeń⁸⁸.

Notabene problem nienależytej publikacji precedensów sądowych dotyczy w Wielkiej Brytanii – choć w mniejszym stopniu – również wyroków, które są zawarte w zbiorach, które choć wydawane w formie papierowej, nie są redagowane przez profesjonalnych prawników, a także wyroków, które można znaleźć jedynie przeszukując archiwa sądowe. Jest tak dlatego, że, po pierwsze, co do zasady obowiązuje tu zasada, iż zbiór orzeczeń, by zawarte w nim wyroki mogły być potraktowane przez sąd jako precedens, musi być opracowany (opublikowany pod jego nazwiskiem) przez jednego z *barristers*. Po drugie orzeczenia znajdujące się w protokołach, które są zdeponowane w bibliotekach/archiwach poszczególnych sądów, choć mogą być w postępowaniu przed sądem przywoływane, są dostępne tylko za zezwoleniem, o które trzeba wystąpić. Jak się też przy tym wskazuje, choć czasem mogą się one okazać „precedensem niespodzianką” (ang. *a surprise precedent*) lub, jak kto woli, „niewybuchem gotowym, by wyrządzić szkodę”, to jednak w sądowych bibliotekach/archiwach na ogół trudno jest znaleźć coś wartościowego. Tak w odniesieniu do znajdującej się w Zjednoczonym Królestwie the Supreme Court Library, która zawiera tysiące teczek niepublikowanych spraw, the Law Reporting Committee stwierdziła w swoim sprawozdaniu, że po odsianiu tego, co wyselekcjonowali już

87 Zob.: Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 321, 330; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 5-7, s. 6 wraz z przypisem 13 i 14; S. Hanson, *op. cit.*, s. 64; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 349; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 64-65; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 76-77.

88 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 321, 330; S. Hanson, *op. cit.*, s. 64; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 6, przypis 14; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 64.

Z drugiej jednak strony w Wielkiej Brytanii zdarzają się też przypadki, w których celowo – i to od razu po jego wydaniu – zdecydowano się na opublikowanie danego orzeczenia w Internecie, ażeby osoby zainteresowane jego treścią (strony aktualnie toczących się postępowań) mogły dowiedzieć się o tym orzeczeniu tak szybko jak tylko to możliwe; zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 173-174.

redaktorzy/edytorzy zbiorów orzeczeń, biblioteka ta jest nie tyle domem skarbów, ile bardziej stosem śmieci, i rzadko kiedy, jeśli kiedykolwiek, będzie można odszukać w niej klejnot⁸⁹.

Również w Stanach Zjednoczonych – zresztą ze względów podobnych jak w Wielkiej Brytanii – wprowadza się często ograniczenia, a nawet zakazy w powoływaniu się na treści wyroków nieopublikowanych w odpowiedni sposób. Za ten uznaje się tu publikację w oficjalnych zbiorach orzeczeń (do takich mają należeć przede wszystkim zbiory wydawane przez poszczególne sądy lub w razie ich braku przez West Publishing Company). Co więcej, niewłaściwie opublikowanym wyrokom potrafi się tutaj nawet odmawiać statusu tzw. „precedensu perswazyjnego”. Przy tym abstrahując od powodów wymienionych dotychczas, jako pewne uzasadnienie takich zakazów przytacza się tu okoliczność, że to nie kto inny jak sami sędziowie – jak jest w przypadku federalnych sądów apelacyjnych – decydują o tym, czy dany wyrok jest przeznaczony lub nie do publikacji w oficjalnym zbiorze orzeczeń. To z kolei, dlaczego sędziowie rezygnują z opublikowania niektórych swoich wyroków w sposób oficjalny, tj. tak, by te mogły być potem przywoływane w postępowaniach przed innymi sądami i stanowić źródło prawa, próbuje się tłumaczyć tym, że: a) bynajmniej nie jest to wynikiem tego, iż „po łébkach” sklecieli oni naprędce marne uzasadnienie sądowe (ang. *a quick and dirty opinion*)⁹⁰ i chcą, aby zostało to niezauważone, b) niektóre z sądowych uzasadnień nie wnoszą nic nowego w danej dziedzinie prawa (nie posiadają „precedensowej wartości”). Nie dla wszystkich jednak takie tłumaczenie wydaje się przekonujące, ponieważ czasem to właśnie taki nieopublikowany w oficjalnym zbiorze wyrok jest jedynym orzeczeniem, jakie dotyczy danej kwestii prawnej⁹¹. W Stanach Zjednoczonych w elektronicznych bazach orzeczeń zaznacza się też wyraźnie fakt braku opublikowania danego orzeczenia w sposób tradycyjny⁹².

Warto też dodać, iż na tle opisywanego wyżej wymogu należytej publikacji precedensowego wyroku zasadne jawi się stwierdzenie, że reguły narzucone zasadą *stare decisis* stosuje się nie do decyzji, jakie faktycznie zostały podjęte w sprawach rozpoznanych przez sądy w przeszłości, lecz tego rodzaju decyzji opublikowanych w zbiorach orzeczeń⁹³.

3.4.5. Zgodność z zasadami *common law* i brak „zestarzenia się”

Inny jeszcze wymóg, jaki można by łączyć z *ratio decidendi*, brał się z występującej jeszcze w XVIII w. możliwości podniesienia zarzutu sprzeczności precedensu z ogólnymi (generalnymi) regułami

89 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 321; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 5-7; S. Hanson, *op. cit.*, s. 64; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 79-80.

90 „Pobieżne” uzasadnienie sądowe (pod względem opisu stanu faktycznego i mającego zastosowanie w danej sprawie prawa) bywa w Stanach Zjednoczonych zwane *a per curiam opinion* i jest sporządzane w imieniu sądu, tj. bez wskazywania konkretnego sędziego jako jego autora – zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 238, 242.

91 Zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 76-77, 237-238; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 6, przypis 13; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 349; M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 64, 69.

92 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 362.

93 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 330.

lub zasadami⁹⁴. Przy tym takie reguły/zasady oprócz tego, że ich źródłem mogą być utrwalone zwyczaje, mogą również być wynikiem uogólnienia szeregu *rationes decidendi* z niewiązujących dla aktualnie rozpoznawanej sprawy precedensów, pochodzić z treści *obiter dictów* tudzież opracowań doktrynalnych, a także stanowić powszechnie akceptowaną normę moralną lub maksymę (premię) prawa rzymskiego lub kanonicznego⁹⁵.

Wspomniany zarzut braku zgodności *ratio* z ogólną zasadą/regułą *common law* prawdopodobnie wiązał się też z popularną dawniej – choć już wtedy, zwłaszcza w *equity law*, uznawaną czasem za fikcję, aczkolwiek pożyteczną⁹⁶ – a obecnie uważaną bardziej za bajkę lub mit deklaratywną teorią precedensowego prawa (co nie zmienia faktu, że jeszcze w XX w. znalazłoby się paru jej zwolenników). W myśl tej teorii wyroki sądowe nie posiadają prawotwórczego charakteru, stanowiąc jedynie „odtwórczą” deklarację powszechnie obowiązującego prawa, jakie ujmowane jest tu w kategoriach mniej lub bardziej platonicznych (którego byt jest „idealny” lub w jakiś sposób zbliżony do takiego statusu). Tym samym należy je traktować tylko jako dowód, i to jeszcze *prima facie* (choć oczywiście mocniejszy aniżeli poglądy osób prywatnych), istniejącego już wcześniej, tj. jeszcze przed ich wydaniem, prawa, zawartego zwłaszcza w rozumie ludzkim lub prawnych zwyczajach. Przy tym za takim, „deklaratywnym”, spojrzeniem na istotę prawa precedensowego mają przemawiać takie względy jak: a) ściśle pojmowana zasada podziału władzy, b) obawa przed retrospektywnym skutkiem sądowego prawa, c) język, jakim faktycznie posługują się sędziowie, gdy napotkają (rozwiązują) jakąś nową (dotychczas nierozstrzygniętą) kwestię w prawie, d) chęć łatwego odstępowania (nieprzestrzegania) od rozwiązań z poprzednio wydanych wyroków sądowych: bo te zawsze mogą błędnie odkrywać istniejące niezależnie od nich prawo⁹⁷.

Jak zostało to już wyżej zaznaczone, zarówno wymóg zgodności *ratio* z zasadami *common law*, jak i „wspierająca” go teoria deklaratywna nie są obecnie przyjmowane⁹⁸. Jakichś ich reminiscencji można by się jednak próbować doszukiwać w uznawaniu do dzisiaj w Wielkiej

94 Co dość znamienne, w Stanach Zjednoczonych za nieważny uznawano również taki precedens – i to niezależnie od tego, jak dobrze byłoby uzasadnione zawarte w nim rozstrzygnięcie i jak wybitny byłby sędzia, który go ustanowił – który pozostawał w wyraźnej sprzeczności z poprzednio ustanowionymi w danej materii precedensami; zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 537.

95 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 117-118; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 126-127; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 8 wraz z przypisem 22 (na s. 8-9).

Na temat kształtowania się zasad/reguł prawa *common law* por. też C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 77-79 oraz S.J. Burton, *op. cit.*, s. 31-39.

96 Jak się wskazuje, już J. Austin i J. Bentham mieli obnażać nonsensowność deklaratywną teorię [precedensowego] prawa – zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 39-45.

97 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 23-29, 116; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 27-34, 35-36, 125; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 330-331; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 16-17; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 160-161, zob. też s. 262-266; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 39-42; F. Schauer, *Thinking...*, s. 109-110; S. Hanson, *op. cit.*, s. 32; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 108; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 47; zob. też N. Duxbury, *op. cit.*, s. 8 wraz z przypisem 22 (na s. 8-9).

98 Choć i dzisiaj pewne uznanie mogłyby wzbudzić – wypowiedziane, jak się wydaje, na obronę teorii deklaratywną – słowa J. Benthama: „Czy ty wiesz, jak oni je [prawo] tworzą? Dokładnie tak jak człowiek tworzy prawo dla swojego psa. Kiedy twój pies robi coś, co chciałbyś, aby przestał on robić, ty czekasz, aż on to zrobi, a potem bijesz go. To jest sposób, w jaki ty ustanawiasz prawo dla twojego psa, i to jest też sposób, w jaki sędziowie ustanawiają prawo dla ciebie i dla mnie”. Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 26; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 30-31; F. Schauer, *Thinking...*, s. 117.

Brytanii zwyczaju jako jednego z możliwych źródeł obowiązującego prawa⁹⁹ oraz braku możliwości wyłączenia w niej retrospektywnej mocy w stosunku do aktów unieważnienia dotychczas obowiązujących precedensów (zob. pkt 10. rozdziału IV części I niniejszego opracowania)¹⁰⁰.

Istotny w czasach współczesnych jawi się natomiast wymóg aktualności *ratio*, a dokładnie braku jego „zestarzenia się” – choć w zasadzie będzie on dotyczyć głównie precedensów z czasów bardzo odległych, zwłaszcza z zakresu stosunków małżeńskich. Ogólnie fakt dezaktualizacji, by móc się na niego tu skutecznie powoływać, powinien być bowiem czymś niewątpliwym i bezspornym¹⁰¹. Przy tym o tym, że doszło do zdezaktualizowania się jakiegoś precedensu, może – jak się wydaje – świadczyć również absurdalność, z perspektywy czasów dzisiejszych, powodów (argumentów), które zdecydowały o jego ustanowieniu¹⁰².

W kontekście możliwości pozbawienia *ratio* mocy wiążącej z powodu jego zestarzenia się na gruncie brytyjskim przytacza się też czasem maksymę *cessante ratione legis cessat lex ipsa* (*cessante ratione legis, cessat ipsa lex*), którą można by tłumaczyć w sposób następujący: z chwilą odpadnięcia uzasadnienia danego prawa (reguły), prawo to (reguła ta) przestaje od tego momentu istnieć/obowiązywać. Wprawdzie pomimo prób podejmowanych w tym celu w Sądzie Apelacyjnym Anglii i Walii (w szczególności w osobie Lorda Denninga) maksyma ta nie przyjęła się w Anglii i Walii, w Szkocji zwykło się do niej czasem odwoływać. Mianowicie powołując się na *cessante ratione legis cessat lex ipsa* w tej jurysdykcji Zjednoczonego Królestwa, można twierdzić, iż dany precedens stracił swoją aktualność z uwagi na zmiany, jakie zostały wprowadzone po jego ustanowieniu przez legislaturę w treści prawa ustawowego, lub z innych podobnych powodów (tj. wówczas, gdy kierunek tego rodzaju zmian wskazuje na odmienny sposób traktowania materii, jakie są regulowane tym precedensem)¹⁰³.

Zarówno w przypadku Stanów Zjednoczonych, jak i Zjednoczonego Królestwa nie podlega natomiast jakiejś większej dyskusji utrata mocy wiążącej przez *ratio decidendi* w sytuacji, gdy po ustanowieniu zawierającego je precedensu została wydana ustawa normująca w sposób odmienny te kwestie, które są dokładnie jego przedmiotem¹⁰⁴.

99 R. Cross, *op. cit.*, s. 155-156 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 167-168. Zob. też pkt 2. rozdziału VII części I niniejszego opracowania.

100 R. Cross, *op. cit.*, s. 219 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 228.

101 R. Cross, *op. cit.*, s. 144-145; zob. też M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 74; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 18; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 63-64, 109; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 543-545.

Dość ciekawy pogląd w tym kontekście wyraził O.W. Holmes, którego zdaniem znaczenie starszych aniżeli jedno pokolenie precedensów jest głównie historyczne – zob. O.W. Holmes, *The Path of the Law*, przedruk w: „Boston University Law Review” 1965, t. 45, s. 25.

Odnosnie do tego, że sądy niższych instancji posiadają niewielką dyskrecję w zakresie określania tego, że stary precedens stracił swoją moc, zob. jednak M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 287, przypis 130.

102 Zob. O.W. Holmes, *op. cit.*, s. 34-38.

103 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 329, 345; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 20-21, 99-100, 162-163, 164; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 164-165.

104 Zob. pkt 1. rozdziału VII części I niniejszego opracowania.

3.4.6. Odznaczanie się „prawnym” charakterem

Kolejnym istotnym atrybutem, jakiego oczekuje się od *ratio decidendi*, jest to, by dotyczyło ono kwestii (materii) „prawnych”, a nie „faktycznych”. Do tych ostatnich należy na tle tego podziału przede wszystkim ocena stanu faktycznego, jaki miał miejsce w precedensowej sprawie, i wyniki postępowania dowodowego, a do tych pierwszych wywody odnośnie do prawa. Do kwestii „faktycznych” próbuje się jednak zaliczać także wypowiedzi precedensowego sędziego w przedmiocie tego, czy konkretne okoliczności faktyczne podpadają pod jakąś regułę prawa lub pewien standard prawny (np. kryterium rozsądnej oceny czy należytej staranności). W efekcie również tego rodzaju wypowiedzi miałyby nie kwalifikować się na *ratio decidendi*. Nadawałyby się na nie za to wypowiedzi na temat kształtu reguł prawnych.

Podział na kwestie „prawne” i „faktyczne” w praktyce okazuje się jednak dość problematyczny, co jest szczególnie widoczne w przypadku stosowania przy rozstrzyganiu spraw sądowych reguł, jakie już są uznawane za obowiązujące prawo. Niewiele wnoszą tu, przytaczane przez D.N. MacCormicka, rozróżnienia na klasyfikację (ocenę), która decyduje o podciągnięciu konkretnego stanu faktycznego pod daną regułę prawną, oraz, mającą za przedmiot znaczenie słów, interpretację. Przy tym zgodnie z nim klasyfikacja, jako że dotyczy kwestii „faktycznych”, nie mogłaby być dla innych sądów wiążąca, interpretacja zaś, jako że dotyczy „prawa”, mogłaby już taka być¹⁰⁵. W przykładzie bowiem, w którym na podstawie reguły „nikomu nie wolno trzymać groźnych zwierząt w miejscach, gdzie mieszkają ludzie” sąd zakazuje trzymania komuś niedźwiedzia o imieniu Barry w mieście Glasgow, można zarówno twierdzić, że miała miejsce jedynie klasyfikacja (ocena stanu faktycznego) poprzez subsumpcję pod zwrot „groźne zwierzę” konkretnego niedźwiedzia, jak i utrzymywać, że doszło do interpretacji/modyfikacji dotychczasowej reguły poprzez uznanie, że przez groźne zwierzęta należy od teraz rozumieć na pewno niedźwiedzie (wcześniej nie było to bowiem do końca jasne). Do takiego też zresztą wniosku wydaje się dochodzić sam D.N. MacCormick, przyznając, iż podział na klasyfikację i interpretację jest nie do obrony z logicznego punktu widzenia (że z punktu widzenia czystej logiki między klasyfikacją a interpretacją nie ma – jego zdaniem – żadnej różnicy)¹⁰⁶.

Niewątpliwie za jakąś podpowiedź w rozstrzyganiu, co jest kwestią „faktyczną”, a co „prawną”, może służyć treść sądowego uzasadnienia, tj. w zakresie, w jakim wskazuje ona na to, czy zamiarem precedensowego sędziego było: a) zmodyfikowanie (uszczegółowienie/doprecyzowanie) danej reguły i tym samym ograniczenie swobody innych sędziów w późniejszym stosowaniu (pojmwaniu) tej reguły, czy też b) pozostawienie innym sędziom takiej dozy dyskrekcji, jaką przy stosowaniu tej reguły dysponował on sam¹⁰⁷. Poza tym, jak

105 Zob. D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 93-96.

106 D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 94.

107 Jeszcze dalej posuniętym rozwiązaniem jest przyjęcie poglądu Salmonda, iż ilekroć tylko zachodzi możliwość rozstrzygnięcia jakiejś kwestii na podstawie ogólnej zasady (reguły) i kwestia ta została według takiej zasady (reguły) w precedensie rozstrzygnięta, tylekroć, nawet gdyby kwestia ta miałaby budzić zastrzeżenia co do jej „prawnego” charakteru, sposób jej rozstrzygnięcia należy traktować jako wiążący – zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 223-224.

się wskazuje, wyroki, w których rozstrzygnięto jedynie kwestie „faktyczne”, mają na ogół nie być zamieszczane w zbiorach orzeczeń – aczkolwiek nie dotyczy to przypadków, w których są w tym względzie jakieś wątpliwości. Nie zmienia to jednak faktu, że w związku z zachodzącymi tutaj trudnościami mówi się też czasem, iż o tym, czy dana kwestia jest „prawna” i jej rozstrzygnięcie może być uznane za *ratio*, czy „faktyczna” i jej rozstrzygnięcie za *ratio* uznane być nie może, decydują *de facto* dopiero późniejsi sędziowie: i zależnie od tego, jaką oni podejmą decyzję, dana reguła stanie się albo wiążąca, albo niewiążąca.

O wiele bardziej klarownie niż sama jego istota przedstawia się natomiast samo uzasadnienie, jakie podaje się na rzecz wyprowadzenia rozróżnienia na kwestie „prawne” i „faktyczne”. Po pierwsze, jak wskazał to np. Lord Denning, ograniczając legislacyjne możliwości precedensowego sędziego, zapobiega ono nadmiarowi precedensów, jakie w przeciwnym razie swą trudną do opanowania liczbą przygniotłyby anglosaskich sędziów. Po drugie rozróżnienie to pozwala zachować specyfikę tych pojęć prawnych, które są tak zaprojektowane, by stosownie do zachodzących przemian i stanu wiedzy o otaczającym nas świecie również one zmieniały swoje znaczenie. Po trzecie dzięki stosowaniu takiego rozróżnienia można podtrzymać – przynajmniej w jakimś stopniu – przeświadczenie, że każda sprawa jest na swój sposób unikalna i w związku z tym zasługuje na indywidualne (nieszampowe) potraktowanie¹⁰⁸.

Na marginesie warto też zauważyć, iż podział na kwestie „prawne” i „faktyczne” ma pewne znaczenie również w innych kontekstach aniżeli sama zdolność do bycia *ratio decidendi*. Co do zasady przyjmuje się mianowicie, że decydowanie o kwestiach faktycznych zastrzeżone jest dla członków ławy przysięgłych, jeśli tylko ta w danym postępowaniu sądowym występuje. Także apelacja do niektórych sądów (jak np. do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa) przysługuje stronom w kwestiach prawnych, a w faktycznych już nie. W tych dwóch ostatnich przypadkach to, co stanowi materie faktyczne, a co prawne, rozumie się jednak nieco inaczej aniżeli podczas określania tego, czy dana reguła może konstytuować *ratio decidendi*; aczkolwiek, jak się z drugiej strony wskazuje, ilekroć jakaś kwestia mogłaby być rozstrzygnięta przez ławę przysięgłych (gdyby ta w danym procesie została powołana), to na użytek ustalenia tego, co może, a co nie może stanowić *ratio*, kwestię tę należy kwalifikować jako „faktyczną”, a nie „prawną”¹⁰⁹.

Ponadto ze swoistym rozróżnieniem na kwestie prawne i faktyczne mamy do czynienia w Wielkiej Brytanii w związku z orzeczeniami prejudycjalnymi (wstępnymi) Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Na gruncie brytyjskim uważa się bowiem, że Trybunał

108 W przedmiocie podziału na kwestie „prawne” i „faktyczne” w kontekście (nie)wiążącej części precedensu sądowego zob. zwłaszcza: D.N. McCormick, *Legal...*, s. 93-97; R. Cross, *op. cit.*, s. 36, 156-157, 176, 212-214; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 40, 169, 187, 222-224.

109 Zob. D.N. McCormick, *Legal...*, s. 95-96; R. Cross, *op. cit.*, s. 156-157, 212; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 169, 222; J. Raz, *op. cit.*, s. 194; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 454.

Odnośnie do specyfiki werdyktu anglosaskiej ławy przysięgłych, w tym możliwego rodowodu tej instytucji, zob. Ch.A.V. Conybeare, *The Place of Iceland in the History of European Institutions*, Oxford 1877, s. 99-104.

Sprawiedliwości UE ma prawo dokonywania w takich orzeczeniach tylko wiążącej dla brytyjskich sądów krajowych interpretacji prawa unijnego, podczas gdy do stosowania zinterpretowanego przez niego prawa unijnego w konkretnych stanach faktycznych uprawniony jest Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa. Przy tym sposób, w jaki ten ostatni sąd zastosował zinterpretowane przez Trybunał Sprawiedliwości UE prawo unijne, ma następnie wiązać pozostałe krajowe sądy brytyjskie (zgodnie z panującą tu zasadą *stare decisis*)¹¹⁰. Jak się natomiast takie podejście ma mieć do naszkicowanego w niniejszym punkcie obostrzenia, iż rozstrzygnięcia co do kwestii „faktycznych” nie mogą stanowić *ratio decidendi*, pozostaje już jednak dość enigmatyczne.

3.4.7. Posiadanie charakteru decyzji i brak wyłączenia statusu precedensu

Dawniej na gruncie Stanów Zjednoczonych dodawano jeszcze, że orzeczenie sądowe, by móc stanowić precedens, musi zawierać w sobie decyzję, na skutek wydania której doszło do usunięcia narosłych kontrowersji¹¹¹. W efekcie za precedens nie miała móc raczej uchodzić – jak twierdził sędzia Marshall – ani obserwacja, jakkolwiek by ona była mądra i przemyślana, ani logiczna konkluzja, jakkolwiek by ona była nieodparta, ani ilustracja albo analogia¹¹². Przy tym decyzja, jaką miało w sobie zawierać orzeczenie sądowe, by móc stanowić precedens, musiała być jeszcze solenna (ang. *solemn*) w znaczeniu: poważna, formalna i przemyślana/zamierzona (ang. *grave, formal and deliberate*)¹¹³.

Dzisiaj natomiast – w przypadku Stanów Zjednoczonych – dość szczególnym powodem, dla którego dany wyrok nie może uchodzić za precedens, jest okoliczność dołączenia do niego uzasadnienia danego tylko na użytek stron postępowania wraz z zaznaczeniem, że nie ma mieć ono precedensowego charakteru (tzw. *a non-opinion, unpublished opinion, noncitable opinion* czy *no-precedential-effect opinion*). Taka praktyka wydawania „niemających stanowić precedensu” orzeczeń w kraju, w którym od jego zarania panuje zasada *stare decisis*, budzi oczywiście opory i kontrowersje. Jeden z federalnych sądów apelacyjnych uznał ją nawet za niezgodną z amerykańską konstytucją, a w the Federal Rules of Appellate Procedure wprost zakazano ustanawiania takich „niecytowalnych” precedensów. Pikanterii dodaje jej też fakt, iż takie niemające zdaniem sądu, który je wydał, stanowić precedensu orzeczenia są dostępne dla ogółu, i to nie tylko za pośrednictwem mediów elektronicznych, lecz często także w wydawanym w postaci drukowanej: the Federal Appendix.

Co także ciekawe, na obronę istnienia możliwości wydawania takich obarczonych zakazem powoływania się na nie wyroków podnosi się szereg poważnych argumentów. Po

110 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 171. W kwestii zacierania się w przypadku orzeczeń wstępnych Trybunału Sprawiedliwości UE różnicy między interpretacją prawa i jego stosowaniem por. jednak P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, wyd. 5, Oxford 2011, s. 473-475.

111 D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 11.

112 Zob. *ibidem*, s. 11; zob. też J.C. Wells, *op. cit.*, s. 530-531.

113 Zob. D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 6, 7.

pierwsze możliwość ta ma chronić przed nadmiarem precedensowych orzeczeń i związanym z tym przeciążeniem sądów, które w przeciwnym razie miałyby za dużo materiałów do przeanalizowania. Po drugie dzięki niej sędzia, który nie chce wiązać siebie i innych sędziów na przyszłość, może, nie pozbawiając prawa elastyczności, zadośćuczynić ciekawości stron, które pragną dowiedzieć się o tym, co zdecydowało o rozstrzygnięciu ich sprawy przez sąd właśnie w taki, a nie inny sposób. Po trzecie umożliwienie poczynienia zastrzeżenia, że dany wyrok pozbawiony jest statusu precedensu, ma stanowić remedium na to ryzyko (zarzut) związane z instytucją wiążącego precedensu, które polegało na tym, iż sędzia rozstrzyga przedłożoną mu sprawę ze szkodą dla niej samej po to tylko, aby ustanowić modelowe rozwiązanie, jakie będzie prowadziło do prawidłowego rezultatu w sprawach, do jakich jego wyrok będzie dopiero stosowany w przyszłości¹¹⁴.

Podobną do „niecytowalnych” precedensów, choć nie aż tak drastyczną, instytucją wydaje się – spotykane również w Stanach Zjednoczonych – stwierdzenie po stronie sądu, jaki zgodnie z zasadą *stare decisis* uprawniony jest do ustanawiania prawnie wiążących precedensów, iż wydawany przez niego wyrok powinien być postrzegany jako ograniczony do (unikalnych) okoliczności rozpoznanego przypadku. Wówczas bowiem potencjalny zakres zastosowania tak „ometkowanego” precedensu zdaje się być mocno zawężony¹¹⁵.

Z definicji precedensowego charakteru są pozbawione natomiast w Stanach Zjednoczonych orzeczenia wydane na skutek odmowy przyznania stronie prawa do wniesienia apelacji do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (ang. *to grant certiorari*). Jak się bowiem wskazuje, orzeczenia odmawiające prawa do wniesienia apelacji są wyrazem dyskrekcji tego sądu i nie mogą być uznane za zajęcie przez ten sąd merytorycznego stanowiska w materii rozstrzygniętej wyrokiem sądu niższej instancji. Stwierdzenie to nie zmienia jednak faktu, iż przy podejmowaniu decyzji o przyznaniu *certiorari* Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w praktyce kieruje się zawartością dotychczas ustanowionych przez siebie precedensów i ilekroć nie zamierza od nich odstąpić, nie przyznaje stronom prawa do wniesienia apelacji, w wyniku pozytywnego rozpatrzenia której precedensy te nie mogłyby się utrzymać w mocy¹¹⁶. Podobnie kwestia ta wygląda też w Wielkiej Brytanii, gdzie przyjmuje się, że odmowy przyjęcia do rozpoznania apelacji przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawniejszy Komitet Apelacyjny Izby

114 Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 77-78 wraz z przypisem 35, s. 185-187.

115 Zob. *ibidem*, s. 78, przypis 36 i M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 284-285, przypis 104 i 105. Podobny skutek na gruncie brytyjskim wydaje się mieć przyjmowanie w niektórych sytuacjach, iż dany wyrok stanowi precedens wyłącznie w zakresie tego, co „rzeczywiście” zostało w nim zdecydowane (postanowione). Przy tym na sytuacje te składają się zwłaszcza przypadki, w których: a) sędzia precedensowy nie podał żadnego uzasadnienia: nie wysunął propozycji żadnej reguły nadającej się na *ratio* i nic, co pozwoliłoby taką regułę sformułować, b) uzasadnienie sądowe jest niejasne, c) precedens został po jego ustanowieniu w znacznym zakresie wyróżniony, d) sędziowie rozpoznający w składzie wieloosobowym sprawę precedensową podali różne sposoby [toki rozumowania], za pomocą których doszli do tego samego wniosku odnośnie do tego, jak należy tę sprawę rozstrzygnąć. Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 63-67 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 59-63.

116 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 45, 153-154; F. Schauer, *Thinking...*, s. 77 i 172, przypis 3; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 50.

Lordów) nie powinno się poczytywać za potwierdzenie zasadności lub błędności wyroku, od którego tę apelację wniesiono¹¹⁷. Nieco specyficzna jest tu natomiast sytuacja, w której doszło do oddalenia – mimo iż zarzuty co do prawa podniesione przez skarżącego mogą być słuszne – apelacji w sprawach karnych z powodu, iż w zaskarżonej sprawie nie wystąpiło tzw. *a miscarriage of justice* (dawniej *a substantial miscarriage of justice*), czyli w wolnym tłumaczeniu „uchybiecie sprawiedliwości” („poważne uchybiecie sprawiedliwości”). Wyrok, na mocy którego dokonano takiego oddalenia, nie jest bowiem pozbawiony statusu precedensu, jednak za szczególnie istotne jest w nim uznawane nie stanowisko odnośnie do braku *a miscarriage of justice*, ale całkowicie irrelevantne dla poczynienia takiego oddalenia poglądy wyrażone w nim w kwestiach (zarzutach) prawnych podniesionych przez wnoszącego apelację¹¹⁸.

Opisanych powyżej konfiguracji nie należy mylić z przypadkiem, w którym sąd przyjął daną apelację do rozpoznania, ale co do sposobu, w jaki ma ona zostać rozpatrzona, jest równo podzielony w znaczeniu, że liczba głosów za i przeciw uwzględnieniu tej apelacji jest wśród orzekających sędziów taka sama. Wówczas też, o ile nie ulega wątpliwości to, że taką apelację uznaje się za oddaloną, o tyle problematyczny pozostaje precedensowy status wyroku wydanego przy takiej równowadze głosów. Jeśli chodzi o Komitet Apelacyjny Izby Lordów (dzisiejszy Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa), to przyjmowano, że wiążące jest tu *ratio*, za którym opowiedzieli się ci sędziowie, którzy byli przeciwko uwzględnieniu apelacji. W przypadku już jednak Cywilnego Wydziału Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, podobnie zresztą jak i w odniesieniu do Divisional Courts, nie do końca jasne jest, czy taki oddalający apelację wyrok stanowi wiążący precedens, czy też powinien być traktowany jako niewiążące *dicta* (ewentualnie, czy to sąd, któremu przyjdzie orzekać później, ma mieć prawo wyboru pomiędzy *rationes* pochodzącymi od sędziów, którzy byli za oraz przeciw pozytywnemu rozpatrzeniu wniesionej apelacji). Problem tego rodzaju, z uwagi na nieparzyste składy orzekające w tym sądzie, nie dotyczy natomiast Kryminalnego Wydziału Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii¹¹⁹.

3.4.8. Zgodność z prawem Unii Europejskiej

W przypadku Wielkiej Brytanii w kontekście wymogów stawianych przed *ratio decidendi* istotny jest również fakt członkostwa tego kraju od 1973 r. w Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej, a później Wspólnocie Europejskiej i Unii Europejskiej. Mianowicie od tego momentu – zresztą identycznie jak w stosunku do pozostałych państw członkowskich tej organizacji – brytyjskie prawo krajowe nie może być sprzeczne z prawem unijnym (dawniej wspólnotowym) i tak

117 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 10.

118 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 85 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 80.

119 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 92-96; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 86-90; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 170.

Odnosnie do braku precedensowego charakteru wyroków oddalających apelację z uwagi na identyczną – wśród członków składu orzekającego – liczbę głosów za i przeciw jej uwzględnieniu na gruncie Stanów Zjednoczonych zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 533.

dalece jak to możliwe powinno być ono wykładane w zgodzie z tym prawem¹²⁰. Co więcej, z mocy pkt 1 ust. 3 części 1 European Communities Act z 1972 r. na Zjednoczonym Królestwie, jego sądach, zdaje się spoczywać również obowiązek przestrzegania orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie, w jakim dokonują one interpretacji unijnego (wspólnotowego) prawa¹²¹. Przy tym z racji obowiązywania w Wielkiej Brytanii zasady *stare decisis* i uznawania precedensów sądowych za źródło powszechnie obowiązującego prawa spod wspomnianych obowiązków, pozostawania w zgodności z prawem unijnym (wspólnotowym), w tym orzeczeniami unijnymi (wspólnotowymi) sądów, i prounijnej (prowspólnotowej) wykładni, nie wydają się też być wyjęte precedensy ustanawiane przez brytyjskie sądy, jako że te są jedynym ze składników tutejszego prawa krajowego.

Jak nietrudno się jednak domyślić, takie podporządkowanie krajowego prawa precedensowego prawu unijnemu może rodzić liczne problemy i wątpliwości, w tym stanowić poważne zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania zasady związania precedensem sądowym. Oznacza ono bowiem, że niezależnie od tego, jak wysokie miejsce w hierarchii zajmuje dany sąd, ustanowiony przez niego precedens, by w ogóle mógł zostać uznany za wiążący, musi pozostawać w zgodzie z bezpośrednio stosowalnym prawem Unii Europejskiej i orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej; nie mówiąc już o tym, że precedens ten powinien być także w świetle unijnego prawa (orzecznictwa) rozumiany, i to nawet wówczas, gdy zamiarem ustanawiającego go sędziego byłoby co innego. Taki zaś wymóg niewątpliwie otwierałby furtkę dla sądów, w tym i najniższej instancji, do kwestionowania mocy wiążącej precedensów, ich *rationes*, które zgodnie z zasadą *stare decisis* miały być dla tych sądów wiążące. W efekcie też rygoryzm tej zasady zostałby znacznie osłabiony. Jest to tym bardziej istotne, gdy weźmie się pod uwagę „ekspansję” prawa unijnego na coraz to kolejne obszary ludzkiej działalności i stosunki społeczne oraz sam często bardzo ogólnikowy charakter postanowień tego prawa i zwiększającą się z czasem liczbę orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Stąd też w praktyce przyjmuje się tutaj, iż zarzut braku zgodności danego precedensu z prawem i orzecznictwem Unii Europejskiej może być bez wątpienia podnoszony w postępowaniu przed Sądem Najwyższym Zjednoczonego Królestwa (dawnym Komitetem Apelacyjnym Izby Lordów). Otwarte pozostaje natomiast to, czy można z niego korzystać również w postępowaniu przed sądami apelacyjnymi znajdującymi się bezpośrednio pod tym sądem tudzież sądami jesz-

120 Na temat wykładni prounijnej 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” 2012, z. 2, s. 57-71; M. Koszowski, *Dwa modele wykładni prounijnej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2012, nr 18, s. 43-57; M. Koszowski, *Granice prounijnej wykładni prawa krajowego*, „Radca Prawny” 2012, nr 130, „Dodatek Naukowy”, s. 15D-20D wraz z przytoczoną tam literaturą.

121 „For the purposes of all legal proceedings any question as to the meaning or effect of any of the Treaties, or as to the validity, meaning or effect of any Community instrument, shall be treated as a question of law (and, if not referred to the European Court, be for determination as such in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court or any court attached thereto)” – zob. też P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 286.

cze niższych instancji. Jest tak tym bardziej, gdy na skutek uwzględnienia tego zarzutu miałyby dojść do odmowy zastosowania przez któryś z tych sądów precedensu ustanowionego przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (Komitet Apelacyjny Izby Lordów). Odpowiedź pozytywna, jaka wydaje się zgodna z obecnym trendem i samym prawem Unii Europejskiej, byłaby – jak już zostało to wyżej powiedziane – równoznaczna ze znacznym poluznieniem, jak dotąd dość rygorystycznej w swoim działaniu, zasady *stare decisis*, jaka panuje w Wielkiej Brytanii.

Na tle relacji brytyjskiego prawa krajowego do prawa Unii Europejskiej nieco komplikuje się również, opisana w pkt 3.4.3. niniejszego rozdziału tego opracowania, problematyka ustanowienia precedensu *per incuriam*. Można zadać tu sobie bowiem pytanie, czy z *per incuriam* mamy także do czynienia w sytuacji, gdy sąd, zwłaszcza Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa i któryś ze znajdujących się bezpośrednio poniżej niego sądów apelacyjnych, nie zwrócił się – mimo iż zgodnie z prawem unijnym (obecnym art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 07.06.2016 r.)) ciążył na nim taki obowiązek – z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zbliżony problem, na jaki w stosunku do unijnych dyrektyw udzielono zresztą odpowiedzi negatywnej, powstaje, ilekroć sąd uprawniony do ustanawiania wiążących precedensów nie wziął pod uwagę aktu prawa unijnego lub unijnego orzecznictwa sądowego, które miał obowiązek uwzględnić w celu przeprowadzenia prounijnej wykładni brytyjskiego prawa krajowego. Bez wątplenia o *per incuriam* należałoby natomiast mówić wtedy, gdy taki sąd „przeoczyłby” prawo unijne o bezpośredniej stosowalności. Nieco mniej oczywista jest natomiast sytuacja niewzięcia przez niego pod uwagę orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej istotnego dla rozstrzygnięcia rozpoznanej przez niego sprawy¹²².

3.4.9. Test uniwersalności *ratio*

Na koniec warto nadmienić, iż można postulować, by *ratio decidendi* – aczkolwiek już nie pod rygorem utraty swojej ważności – było na swój sposób przetestowane. Wydaje się mianowicie, że od sędziego orzekającego w sądzie, jakiego wyroki zgodnie z zasadą *stare decisis* stanowią wiążące precedensy, należy oczekiwać, iż przetestuje on regułę, jaką zamierza podać w swoim uzasadnieniu na podstawie wydawanego przez siebie wyroku, pod względem jej adekwatności dla wszystkich spraw, jakie pod nią podpadają. To znaczy, że przy formułowaniu takiej reguły sędzia ten uważnie rozważy to, czy będzie ona prowadzić do pożądanego rezultatu nie tylko w aktualnie rozpoznawanym przez niego przypadku, ale także w innych przypadkach objętych jej zakresem zastosowania¹²³.

122 W przedmiocie obowiązku pozostawania krajowego prawa precedensowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej na tle brytyjskiej zasady *stare decisis* zob.: Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 352; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 352, 374, 375; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 151, 182-185, 225-226; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 32-36, 171.

123 Zob. D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 157; por. też D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 75-76 oraz K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 176.

Patrząc niejako od drugiej strony, zwraca się tu jednak także uwagę na to, iż przywiązywanie zbyt dużej wagi do konsekwencji, jakie może mieć precedens (jego reguła) dla rozpoznania innych spraw w przyszłości, może się odbyć ze szkodą dla należytego rozpoznania sprawy precedensowej i interesów stron, jakie występują w tej sprawie. Przy tym jako główny argument dla wykazania zasadności takiej tezy wskazuje się na to, iż nastawiony na skonstruowanie dobrej uniwersalnej reguły sędzia robi dokładnie to, czego sędziowie zgodnie z tym, co mówią, muszą unikać, tj. rozpoznaje sprawę, która w rzeczywistości nie istnieje (jest jedynie hipotetyczna) i w której brak jest osób, które mogłyby się w niej bronić (zabrać głos w imieniu wyimaginowanych stron, jakie w niej figurują). W konsekwencji nikt – oprócz być może samego takiego sędziego, którego ego karmi się tym, że jest strażnikiem „generalnej przyszłości” – nie ma być tutaj zadowolony: interesy rzeczywistych stron zostały bowiem poświęcone, a interesy osób, które będą stronami w sprawach późniejszych, jakie mogą zresztą nigdy w rzeczywistości nie wystąpić, są często nieadekwatnie określone z racji tychże osób na chwilę określania tych interesów faktycznego braku. Przyszłość ponadto – jak się zaznacza – i tak zaskakuje, nie dając się z góry przewidzieć („antycypować”) ani unormować („uwięzić”)¹²⁴.

3.5. *Ratio* a kwestia interpretacji

Przy omawianiu problematyki *ratio decidendi* błędem byłoby też nie wspomnieć o problemie jego interpretacji. Podnosi się mianowicie, że nawet jeśli sędzia ustanawiający precedens wyraźnie podał w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku regułę, która spełnia opisane wyżej wymogi i kryteria, do ustalania dokładnego kształtu *ratio decidendi* nie wystarcza proste odwołanie się do literalnego (dosłownego) brzmienia tej reguły. Aby należycie zrozumieć treść reguły precedensu, należy bowiem mieć na uwadze przede wszystkim kontekst, w jakim doszło do jej ustanowienia. To on będzie wpływał na to, jak powinno się rozumieć poszczególne słowa i wyrażenia użyte w tej regule.

Kontekst ten jest przy tym dość rozbudowany. Składa się na niego przede wszystkim: a) podany w uzasadnieniu precedensowego wyroku tok rozumowania, jaki posłużył wydającemu ten wyrok sędziemu do sformułowania reguły kwalifikującej się na *ratio*, b) znajdujący się w takim uzasadnieniu opis stanu faktycznego, jaki został przyjęty w nim za udowodniony, c) zawartość innych wyroków (w tym ich *rationes decidendi*), o/do jakich została w takim uzasadnieniu poczyniona wzmianka/odwołanie. Poza samą zawartością uzasadnienia precedensowego wyroku do ustalenia znaczenia reguły mającej stanowić *ratio decidendi* mogłyby też posłużyć – utrwalone w aktach i protokołach rozprawy – treści pism procesowych oraz innych wypowiedzi pochodzących od stron postępowania i ich pełno-

¹²⁴ Zob. M.P. Golding, *op. cit.*, s. 131-133.

Ogólnie na temat problemów, jakim muszą sprostać sędziowie ustanawiający ogólne reguły mające wyznaczać skutki prawne dla danej kategorii stanów faktycznych, i tego, dlaczego sędziowie nie są dobrymi prawodawcami, zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 107-117. Odnośnie do tego, czy sędziowie w ogóle powinni mieć możliwość tworzenia prawa, por. też L. Morawski, *Główne...*, s. 263-284.

mocników procesowych¹²⁵. W przypadku natomiast wieloosobowych składów orzekających pomocne w tym celu mogą się okazać zdania odrębne oraz uzasadnienia zbieżne co do wyniku, a różniące się w argumentacji¹²⁶. Ponadto na kontekst, w jakim ustanawiane jest *ratio*, składa się wiedza o prawie i tej jego gałęzi (dziedzinie), której dotyczyła precedensowa sprawa, w tym zwłaszcza ta, jaką dysponował lub powinien był dysponować sędzia ustanawiający precedens. Przy tym przedmiotem tej wiedzy mają być nie tylko ogólne wartości i zasady, ale i konkretne dotychczas wydane ustawy i ustanowione precedensy (zarówno te pozostające w mocy, jak i te, które swoje obowiązywanie utraciły). Co więcej, jak się czasem wskazuje, na to, jak mamy rozumieć *ratio decidendi* danego precedensu, pewien wpływ mogą mieć również orzeczenia zapadłe w sprawach, które zostały rozpoznane już po ustanowieniu tego precedensu¹²⁷.

W efekcie – mając powyższe na uwadze – można powiedzieć, że reguła precedensu, zanim zacznie być *ratio*, musi zostać poddana stosownej interpretacji, w wyniku której dopiero zostanie ustalona jej właściwa (dokładna) treść¹²⁸. Przy tym w literaturze można spotkać tu wypowiedzi w stylu, iż kwestia zidentyfikowania tego, czym jest *ratio*, to kwestia umiejętności i interpretacji bazujących na doświadczeniu¹²⁹, że żaden precedens nie ma znaczenia sam w sobie i że to dopiero tło składające się z innych precedensów pozwala ustalić: a) znaczenie terminów użytych w uzasadnieniu precedensowego wyroku, b) to, które z okoliczności faktycznych precedensowej sprawy i w jakim aspekcie są istotne, c) to, jak dalece możemy zaufać znajdującej się w takim uzasadnieniu regule¹³⁰. Notabene wskazuje się też, że to właśnie działanie nie w próżni, lecz w kontekście (składającym się z dotychczas ustanowionych lub zaproponowanych przez sędziów i prawników reguł) ma ułatwić precedensowemu sędziemu sformułowanie uniwersalnego i rozsądnego *ratio*¹³¹.

125 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 75-76; S. Hanson, *op. cit.*, s. 68.

Na szczególną rolę w procesie określania reguły mającej stanowić *ratio decidendi* argumentów podniesionych przez strony postępowania [przez działających w ich imieniu pełnomocników procesowych] zwraca uwagę D.N. MacCormick (zob. D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 153, 154 i 158; zob. też D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 215 oraz przypis 43 w niniejszym rozdziale tego opracowania).

126 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 91, przypis 1; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 85, przypis 116 oraz s. 94-95.

127 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 193-194, 218; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 57, 104-105; S. Hanson, *op. cit.*, s. 68, 69; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 76.

Ponadto prawidłowe rozumienie precedensu może być też uzależnione nie tylko od jego kontekstu „prawnego”, ale i kulturowego, politycznego, społecznego i historycznego – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 203.

128 Odnosnie do problemu interpretacji, której wynikiem ma być ustalenie treści *ratio decidendi*, zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 41-43, 74, 77-78; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 45-47, 69-71, 72-74; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 184, 193-194, 218, 221-222, 223; G. Lamond, *op. cit.*, s. 12; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 42, 46-48, 50-51; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 57, 104-106; S. Hanson, *op. cit.*, s. 68, 69. O potrzebie interpretacji w kontekście *ratio decidendi* mówią również Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall – zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 337. Na tle podania przez precedensowego sędziego reguły (zasady) zbyt wąskiej lub zbyt szerokiej por. tu też A.L. Goodhart, *op. cit.*, s. 165-167.

129 J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 185.

130 K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 46.

131 Zob. D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 149-150.

Jak łatwo zauważyć, konieczność wyłonienia *ratio* w wyniku interpretacji powoduje, że to, co ostatecznie zostanie uznane za regułę precedensu, zależne jest przynajmniej w jakiejś części od osoby i przymiotów samego interpretatora. W rezultacie przyznaje się tu, że sędzia, który zgodnie z zasadą *stare decisis* ma być zobligowany do przestrzegania danego precedensu, posiadać będzie pewien zakres dyskrekcji w ocenie tego, czym dokładnie jest on związany¹³². Przede wszystkim, jak się czasem nadmienia, może on regułę precedensu w zależności od swojego uznania rozumieć bądź wężiej, bądź szerzej (jak określa to K.N. Llewellyn: raz spiłować precedens do cienkości brzytwy, a raz rozciągnąć go do grubości maczugi, co też ma świadczyć, zdaniem tego autora, o *the Janus-face of Precedent*)¹³³. Niektórzy próbują formułować na tym tle nawet teorie, w myśl których *ratio* stanowi nie taka reguła, jaką zamierzał ustanowić precedensowy sędzia, ale reguła, do ustanowienia której przyznał temu sędziemu prawo sędzia orzekający po nim¹³⁴. Jako kontrargument dla takich teorii można przytoczyć jednak dwie

132 Zob. D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 85, 221-222; zob. też K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 50-51, 165, 173; R. Cross, *op. cit.*, s. 185; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 195; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 186-187, 190, 194, 222; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 288, przypis 140.

M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis przedstawiają to w ten sposób, że sędzia rozstrzygający jakąś sprawę na podstawie wiążącego go precedensu dysponuje dwiema możliwościami: 1) może zastosować w tej sprawie regułę z takiego precedensu w jej aktualnej postaci (w tym sensie zapożyczając ją), 2) może regułę z takiego precedensu zinterpretować lub zmodyfikować i dopiero po poddaniu jej takiej obróbce wykorzystać ją do rozpoznania tej sprawy (zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 42-46). C.R. Sunstein uważa z kolei, że proces, w którym sędzia orzekający później ustala treści *holding*, jest aktem konstruktywnym/konstytutywnym (ang. *constructive*) i nie polega na prostym odnalezieniu czegoś, same zaś *holdings* nie są nam dane z góry (zob. C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 71). Podobne stanowisko prezentuje też R.S. Summers, który twierdzi, iż pełny zakres, w jakim *holding* znajduje swoje zastosowanie, może być nieznanym aż do czasu jego zinterpretowania i zastosowania go przez sąd orzekający po ustanowieniu precedensu, z którego ono pochodzi. Przy tym samo *holding* należy, zdaniem tego autora, wyraźnie odróżniać od reguły lub zasady, jaka jest konstruowana na jego podstawie (zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 384, 386-387). Również R. Dworkin wskazuje na okoliczność, iż sędziowie czasem otwarcie przyznają się do tego, że ściśle określenie tego, co stanowi/oznacza ustanowiony przez nich precedens, leży w gestii „spraw”, jakie będą rozpoznawane w dacie późniejszej (zob. R. Dworkin, *op. cit.*, s. 111). Znamienny w tym względzie może jawić się też pogląd D.N. MacCormicka, zgodnie z którym to, co wiąże w precedensie, to jeśli już to propozycja/sąd (*the proposition*), a nie poszczególne słowa (*the particular words*), w jakich ta propozycja/sąd zostały sformułowane (zob. D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 85, 221).

133 K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 50-51, 165; zob. też R.A. Posner, *How Judges...*, s. 275, 276.

134 G. Marshall, *op. cit.*, s. 512.

Podobnie zdaje się uważać R.A. Posner, którego zdaniem to nie sędzia, który rozpoznał sprawę precedensową, ale sędzia orzekający po nim faktycznie decyduje o tym, jak szeroko będzie czytany precedens [jak szeroki będzie jego *holding*] – zob. R.A. Posner, *The Problems...*, s. 95, 98; zob. też N. Duxbury, *op. cit.*, s. 74-75 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 62, 200, 203-204; por. również R. Cross, *op. cit.*, s. 185 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 195.

Najbardziej chyba skrajny pogląd w tym przedmiocie wyraził natomiast na gruncie systemu prawnego Stanów Zjednoczonych E.H. Levi. W opinii tego bowiem autora wszystko to, co powiedział i zamierzał sędzia ustanawiający precedens, jest nieistotne. W efekcie również sformułowana przez tego sędziego „reguła prawa” (ang. *the statement of the rule of law made by the prior judge*) nie jest wiążąca dla sędziego orzekającego po nim. Ten ostatni może też odmiennie od tego, co uważał sędzia ustanawiający precedens, uznawać poszczególne fakty za istotne lub nieistotne. To, czego się od takiego orzekającego w dalszej kolejności sędziego wymaga, to bowiem raczej postrzeganie prawa jako dość koherentnej całości. Pochodzące zaś od sędziego, który ustanowił precedens, wypowiedzi to – zdaniem E.H. Leviego – jedynie *dicta*. Tym z kolei, co skłania do takiego stanowiska, ma być nawet nie samo to, że sędzia orzekający później nie jest w stanie spoglądać na prawo z perspektywy sędziego, który orzekał wcześniej, ponieważ przynajmniej mógłby on spróbować to zrobić, ale raczej to, że „doktryna *dictum*” (ang. *the doctrine of dictum*) każe temu sędziemu podjąć własną decyzję. Notabene

poważne niedogodności. Po pierwsze w razie przyjęcia ich za słuszne trudno byłoby mówić, że sędzia, który ma się stosować do jakiegoś precedensu, mylnie zinterpretował (zrozumiał) *ratio decidendi* tego precedensu: wszak to on sam ma tu prawo decydować o tym, jaką regułę był uprawniony ustanowić precedensowy sędzia tudzież jaki kształt ma mieć ta reguła. Po drugie brak byłoby wtedy jakiegokolwiek reguły precedensu, którą można by uznać za obowiązującą, dopóki sędzia, który ma być związany zawierającym tę regułę precedensem, nie wypowie się w przedmiocie tej reguły. W efekcie do tego czasu brak byłoby też prawa w objętej tą regułą kwestii, a co najwyżej można by mówić w stosunku do tej kwestii o jakiejś prognozie odnośnie do tego, co taki sędzia zrobi¹³⁵.

W niniejszym kontekście warto jeszcze nadmienić, iż czasem nie tyle traktuje się *ratio decidendi* jako wynik interpretacji, lecz widzi potrzebę odróżnienia go od niej. W takim też przypadku pod pojęciem *ratio decidendi* rozumie się regułę stanowiącą podstawę prawną precedensowego wyroku w takiej postaci, jaką nadał jej sędzia rozpoznający precedensową sprawę, natomiast za rezultat interpretacji uważa się regułę, jaką uznaje się (powinno się uznać) za regułę ustanowionego przez tego sędziego precedensu. W konsekwencji interpretacja dotyczy tu głównie przypadków, w których reguła podana przez precedensowego sędziego jest zbyt szeroka lub nazbyt ogólna w świetle okoliczności faktycznych precedensowej sprawy. Ponadto potrzeba interpretacji, o jakiej tutaj mowa, mogłaby się brać z wydarzeń, które miały miejsce już po wydaniu precedensowego wyroku. Do wydarzeń takich można by przy tym zaliczać – o ile za dopuszczalne zostanie uznane uwzględnianie ich w tym celu – wypowiedzi sędziów na temat danego precedensu, zwłaszcza znajdujące się w treściach orzeczeń wydanych po jego ustanowieniu, oraz orzeczenia te w pozostałym zakresie (w szczególności zawartość ich *rationes*)¹³⁶.

W tym miejscu należy też zaznaczyć, iż zwrotu „interpretacja” używa się również w odniesieniu do sytuacji, w których sędzia ustanawiający precedens w ogóle nie sformułował reguły mającej stanowić podstawę prawną precedensowego wyroku. Wówczas zachodzić ma bowiem konieczność interpretacji, lecz już nie tyle reguły, bo tej jest tu całkowity brak, lecz samej decyzji (sprawy) sądowej. Celem takiej interpretacji jest wyinterpretowanie z tej decyzji (sprawy) – przede wszystkim na podstawie podanego w jej uzasadnieniu opisu stanu faktycznego i przypisanych temu stanowi skutków prawnych – reguły mającej stanowić *ratio decidendi*. Przy tym w procesie tym do głosu mogą dojść te wszystkie czynniki, które były istotne w przypadku interpretacji reguły precedensu, ilekroć została ona wyraźnie podana

posłużenie się przez E.H. Leviego takim właśnie zwrotem może sugerować, że w jego ocenie w Stanach Zjednoczonych mamy do czynienia z jakimś przeciwieństwem w stosunku do brytyjskiej „doktryny (wiążącego) precedensu” (ang. *the doctrine of (binding) precedent*) – zob. E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, s. 2-3.

135 Por. G. Marshall, *op. cit.*, s. 512.

136 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 77-79; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 73-74; por. też G. Marshall, *op. cit.*, s. 513-514 i K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 50-51, 68.

przez precedensowego sędziego (mowa o nich była w akapitach powyższych)¹³⁷. Poza tym o interpretacji precedensu mówi się też w kontekście instytucji *distinguishing* (opisanej w rozdziale V części I niniejszego opracowania)¹³⁸, w tym i na tle tzw. wyróżnienia precedensów aż „do śmierci”¹³⁹.

W nawiązaniu do naświetlonego w niniejszym punkcie problemu interpretacji godne uwagi jest również, podane przez G. Marshalla, wyszczególnienie teoretycznych możliwości w przedmiocie uznawania tego, co stanowi *ratio decidendi*. Przy założeniu, że jest ono regułą (lub wypowiedzią co do kwestii prawnej), która pozostaje w związku z faktami sprawy precedensowej, za *ratio decidendi* może bowiem uchodzić:

- a) reguła, którą sąd ustanawiający precedens wyraźnie oznajmił lub wierzył, że ustanawia lub przestrzega,
- b) reguła, którą sąd ustanawiający precedens faktycznie ustanowił lub którą faktycznie się kierował, rozpoznając przedłożoną mu sprawę,
- c) reguła, którą sąd ustanawiający precedens powinien w świetle obowiązującego prawa i okoliczności faktycznych precedensowej sprawy ustanowić lub której powinien w świetle tego prawa i okoliczności przestrzegać,
- d) reguła, co do której sąd lub sądy orzekające później stwierdziły, że sąd, który ustanowił precedens, wierzył, że ją ustanawia,
- e) reguła, którą sąd lub sądy orzekające później uznały za faktycznie ustanowioną lub przestrzeganą (zastosowaną) przez sąd ustanawiający precedens,
- f) reguła, którą sąd lub sądy orzekające później powinny uznać za ustanowioną lub przestrzeganą (zastosowaną) przez sąd ustanawiający precedens¹⁴⁰.

3.6. Uzasadnienie obrania koncepcji *the rule model*

Za zasadnością ujmowania istoty bycia związanym precedensowym wyrokiem w taki sposób, jaki zakłada w sobie opisana w punktach powyższych koncepcja *the rule model*, mają przemawiać dwa szczególne względy: a) konieczność posługiwania się w prawie ogólnymi regułami i b) zasada sprawiedliwości formalnej.

Wskazuje się mianowicie na to, że zarówno strony postępowania sądowego, jak i sędziowie, chcąc uzasadnić przypisywanie takich, a nie innych skutków prawnych konkretnym stanom faktycznym, muszą posługiwać się w tym celu jakimiś ogólnymi regułami, w myśl których zachowanie X w okolicznościach Y powinno rodzić konsekwencje Z. Tym samym też podstawę argumentacji prawniczej oraz rozstrzygnięcia każdej sprawy sądowej musi stanowić jakaś ogólna reguła. [Ponadto można by tu jeszcze dodać, iż także opisywanie i spieranie się

137 L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 55-56.

138 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 165, 200.

139 R.A. Posner, *How Judges...*, s. 277.

140 G. Marshall, *op. cit.*, s. 506-507.

o okoliczności faktyczne, jakie miały charakteryzować rozpoznawany przez sąd przypadek, powinno odbywać się przez pryzmat jakichś wcześniej przyjętych lub przynajmniej założonych reguł. Istnienie takich reguł pozwoli bowiem skupić się na tych tylko spośród takich okoliczności, jakie mają lub przynajmniej potencjalnie mogą mieć jakieś znaczenie z punktu widzenia prawa].

Toteż, jeśli rzeczywiście nie sposób wydać wyroku sądowego bez podparcia się jakąś ogólną regułą, to za naturalną – wynikającą z zasady sprawiedliwości formalnej (równego traktowania) – konsekwencję należy uznać rozstrzygnięcie na podstawie tej reguły również innych podpadających pod nią stanów faktycznych. Co też znamienne, zwolennicy *the rule model* nie upierają się przy tym, iż reguła precedensu, na jakiej zasadza się ta koncepcja, musi być w pełni konkluzywna i nie może zostać później w różny sposób podważona (o takich sposobach będzie też mowa w kolejnych rozdziałach niniejszego opracowania)¹⁴¹.

Mimo takiej jak przedstawiona powyżej argumentacji przemawiającej za zasadnością przyjmowania takiej koncepcji sądowego precedensu, jaką stanowi *the rule model*, istnieją również inne alternatywne do niej ujęcia fenomenu bycia związanym precedensem sądowym. Przed ich jednak omówieniem w kolejnych punktach zostanie przedstawiona jeszcze, będąca niejako uzupełnieniem dotychczasowych rozważań na temat *the rule model*, problematyka tzw. *obiter dicta* oraz zjawisko wielości *rationes*.

4. *Obiter dicta*

Sztandarowy dla anglosaskiej doktryny precedensu podział na wiążące *ratio decidendi* i niewiążące *obiter dictum* (zwane czasem też: *gratis dictum* lub *judicial dictum*) zaczął dokonywać się już w XVII w. Zgodnie z tym podziałem te wywody sędziego, które nie dają się zakwalifikować jako *ratio decidendi*, nie mogą być uważane za wiążącą część precedensowego wyroku i stanowią przez to jedynie niewiążące *obiter dictum* (l.mn. *obiter dicta*).

W efekcie definiując *dicta*, mówi się, że składają się na nie zawarte w sądowym uzasadnieniu wypowiedzi (zwłaszcza o ogólnym charakterze), które nie były konieczne do rozstrzygnięcia precedensowej sprawy, a zostały poczynione niejako przy okazji rozpoznawania tej sprawy: na marginesie, mimochodem, na boku. Przy tym wypowiedzi te mogą być wynikiem zarówno tego, że strony postępowania (ich pełnomocnicy procesowi) podniosły jakąś kwestię uboczną, jak i tego – co wydaje się zresztą częstsze – że sam sędzia ustanawiający precedens wpadł na pomysł poruszenia takiej kwestii.

W szczególności na *dicta* mogą się składać: a) ogólne wyjaśnienia (komentarze) co do treści obowiązującego prawa, b) propozycje rozwiązania poszczególnych kwestii prawnych, których rozstrzygnięcie nie było konieczne do wydania wyroku w precedensowej sprawie, c) omówie-

141 Zob. D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 146-149, zob. też s. 149-152; D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 81-83, 97-99, zob. też s. 73-81; por. też K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 40-41; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 8-9; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 42-50.

nie tego, jakie skutki prawne miałyby inne niż występujący w sprawie precedensowej stany faktyczne, w tym określenie tego, czym musiałaby się różnić ta sprawa, aby jej rezultat mógł być inny. Ponadto za *dicta* uznaje się również znajdujące się w uzasadnieniu precedensowego wyroku argumenty (zasady, wartości, polityki), które zdaniem rozpoznającego precedensową sprawę sędziego przemawiały za takim, a nie innym sposobem jej rozstrzygnięcia tudzież za obraniem na podstawę tego rozstrzygnięcia takiej, a nie innej reguły. Poza tym w skład *dictów* w zasadzie mogą wchodzić także wszelkie inne wywody precedensowego sędziego, w tym i propozycja tego, jakby rozpoznał on zawisłą przed nim sprawę, gdyby nie musiał przestrzegać wiążących go precedensów – z wyjątkiem jednak raczej tych jego wywodów, które dotyczą kwestii czysto „faktycznych” (wyników oceny dowodów).

Przy tym na uzasadnienie tego, że *obiter dictom* – w przeciwieństwie do *ratio decidendi* – odmawia się mocy wiążącej, przytacza się głównie to, że na ogół są one gorszej jakości, w szczególności nie będąc w takim samym stopniu jak *ratio decidendi* przemyślane. Orzekający sędzia, a tym bardziej jeszcze strony i ich pełnomocnicy procesowi swoją uwagę koncentrują bowiem przede wszystkim na tym, co może mieć wpływ na wynik aktualnie rozpoznawanej sprawy i co będzie stanowić podstawę wydawanego w tej sprawie rozstrzygnięcia. Kwestie natomiast niemające znaczenia dla tego wyniku nie są zazwyczaj w ogóle przedmiotem sporu i argumentów wysuwanych przez strony i osób, które je reprezentują. To zaś oznacza, że w stosunku do tych kwestii precedensowy sędzia będzie dysponował o wiele mniejszą liczbą informacji aniżeli w przypadku, mającego stanowić podstawę rozstrzygnięcia precedensowej sprawy, *ratio decidendi*. Co więcej, również sam powszechnie przyjmowany brak wiążącego charakteru *obiter dictów* ma stanowić jeden z powodów ich niższej jakości. Świadomość bowiem po stronie sędziego, iż te z jego wypowiedzi, które nie są konieczne do rozpoznania przedłożonej mu sprawy, nie będą dla nikogo wiążące, może skutkować tym, iż poświęci on tym wypowiedziom znacznie mniej uwagi i staranności przy ich formułowaniu niż w przypadku, gdyby miały one ograniczać w przyszłości innych sędziów w orzekaniu. W odniesieniu zaś do argumentów i wyjaśnień, które sędzia ustanawiający precedens przytoczył na uzasadnienie reguły, na podstawie której rozpoznał zawisłą przed nim sprawę, można by tu przytoczyć ogólną uwagę D.H. Chamberlaina (jaką autor ten osobiście uważa zresztą za pozorny, lecz „nieprawdziwy paradoks”), iż nie ma nic prawdziwszego od tego, że trafna decyzja często podparta jest uzasadnieniem, które jest całkowicie błędne¹⁴².

Mimo wspomianej powyżej zazwyczaj niższej jakości *obiter dictów* (w porównaniu z *ratio decidendi*) ich instytucja posiada też trudne do przecenienia zalety. Poza tym, że pełnią one funkcję porządkującą i edukacyjną („naszkicowuje” się w nich kontury prawa¹⁴³), zawarte w nich propozycje co do rozwiązania poszczególnych kwestii prawnych mogą niewątpliwie stanowić cenną wskazówkę dla tych wszystkich sędziów, którym przyjdzie zmierzyć się

142 D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 11.

143 E.H. Levi, *The Nature of Judicial Reasoning*, „The University of Chicago Law Review” 1965, nr 3, s. 406-407.

z tymi kwestiami w przyszłości¹⁴⁴. Ponadto podając w nich sposób, w jaki zostałyby przez niego rozstrzygnięta jakaś sprawa hipotetyczna (inna od sprawy aktualnie rozpoznawanej)¹⁴⁵, sędzia informuje tak – choć zgodnie z podziałem na *ratio* i *dicta* jest to prawnie niewiążące – innych na przyszłość o prawdopodobnej treści obowiązującego prawa¹⁴⁶. W efekcie o *dictach* mówi się też czasem, iż przyczyniają się one do pewności prawa i jego spójności¹⁴⁷. Co więcej, mając możliwość powiedzenia w ramach *dictów* tego, jak rozstrzygnąłby on zawisłą sprawę, gdyby nie był związany jakimś precedensem lub precedensami, sędzia może tak zachęcić stronę przegrywającą proces do złożenia odwołania do sądu wyższej instancji i dokonania przez ten sąd zmiany dotychczas obowiązującego prawa precedensowego, jeśli ten jest tylko władny do tego. Poza tym *dicta* mają też pełnić jeszcze jedną ważną funkcję. Mianowicie, choć z definicji nie mają one znaczenia dla rozpoznania precedensowej sprawy, to – jak zwraca na to uwagę K.N. Llewellyn – tak naprawdę sędzia, tak jak uliczny sprzedawca w swojej gadce, przygotowuje w nich grunt pod rozstrzygnięcie, jakie zamierza wydać w tej sprawie, w tym nie stroniąc tu – jak wskazuje ten realista prawny – od manipulacji¹⁴⁸.

Nakreślony powyżej podział na wiążące *ratio* (stanowiącą je ogólną regułę, jaka była konieczna do wydania wyroku w precedensowej sprawie) oraz niewiążące *obiter dicta* (pozostałe reguły, zasady i inne wypowiedzi w kwestiach prawnych) jest klarowny jednak tylko z pozoru. Stąd nadmienia się nawet czasem, że *dicta* i *ratio* się zlewają i trudno jest znaleźć jakąś prostą metodę, by je jednoznacznie w danym przypadku rozróżnić¹⁴⁹, tudzież że sama próba wyjaśnienia tego, jak je od siebie odróżniać, to nic innego jak szukanie wiatru w polu (ang. *a wild goose chase*)¹⁵⁰.

Klarowność tego podziału zaciemnia bowiem, po pierwsze, już sama praktyka powoływania się na dotychczas ustanowione precedensy – i to zarówno w uzasadnieniach sporządzanych przez sędziów, jak i argumentach pochodzących od stron i pełnomocników procesowych. Wraz z samą regułą, mającą stanowić *ratio*, przytacza się bowiem często także poczynione przez precedensowego sędziego na jej uzasadnienie: ogólne wypowiedzi o prawie, argumenty, wartości i zasady, a także analogie (porównania) do spraw, jakie wydarzyły się

144 Na temat *obiter dictów* zob.: R. Cross, *op. cit.*, s. 37-39, 80-86; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 41-43, 75-81; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 384-385; Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 336; D.N. McCormick, *Rhetoric...*, s. 153 i 160; D.N. McCormick, *Legal...*, s. 222; G. Marshall, *op. cit.*, s. 515; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 192-193; D.N. McCormick, *Rhetoric...*, s. 145; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 49-50; E.H. Levi, *The Nature...*, s. 399; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 39, 41-44; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 67; S. Hanson, *op. cit.*, s. 73, 78; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 76, 82. Por. też: D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 9; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 527-529; F. Schauer, *Thinking...*, s. 55-57, 180-184, zob. też s. 175-180; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 111-112; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 5; M. Kirby, *op. cit.*, s. 3-4; S. Rares, *op. cit.*, s. 1-5.

145 Zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 50; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 193; S. Hanson, *op. cit.*, s. 73.

146 S.J. Burton, *op. cit.*, s. 38-39.

147 S. Rares, *op. cit.*, s. 5.

148 K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 41-42.

149 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 68-76.

150 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 47 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 49.

w rzeczywistości bądź są hipotetyczne¹⁵¹. W konsekwencji sprawia to, że trudno jest tak po prostu pozbyć się całej tej otoczki i wyizolować z niej ogólną regułę poszczególnego precedensu. Po drugie stanowiąca podstawowe kryterium podziału na *dicta* i *ratio* niezbędność/konieczność do wydania rozstrzygnięcia w precedensowej sprawie – gdy potraktowana dosłownie – prowadzi do wniosku, iż reguła, na podstawie której sędzia ustanawiający precedens rozpoznał zawisłą przed nim sprawę, nie może stanowić *ratio decidendi*, będąc jedynie *obiter dictum*. Jak bowiem wskazuje F. Schauer, każdy powód, zasada, reguła, standard, maksyma – w zakresie, w jakim wykracza poza specyfikę precedensowej sprawy – nie jest niezbędna do rozpoznania tej sprawy, przez co też każde uzasadnienie rozstrzygnięcia, które zawarte jest w precedensowym wyroku, jest w świetle kryterium niezbędności/konieczności zbyt ogólne, by mogło być wiążące¹⁵². Po trzecie sztywny podział na wiążące *ratio decidendi* i niewiążące *obiter dicta* zdają się, aczkolwiek w nieco specyficznych okolicznościach, przełamywać nieraz sami anglosascy sędziowie. Szczególnie ciekawy jest pod tym względem *casus* odmowy uwzględnienia apelacji z powodu, iż nie miało miejsca tzw. *miscarriage of justice* (≈ uchybienie sprawiedliwości). Wówczas bowiem za wiążące uznawane jest nie *ratio* z wyroku, od którego oddalono apelację, lecz stanowiąca jego odpowiednik wypowiedź sądu, oddalającego apelację, w przedmiocie zarzutów wnoszącego apelację, która nie ma żadnego znaczenia dla oddalenia apelacji z uwagi, iż nawet w razie przychylnego w niej ustosunkowania się do tych zarzutów apelacja pozostaje nieuwzględniona z racji samego braku *miscarriage of justice*¹⁵³. Podobnie za niemieszczącą się w podziale na *ratio decidendi* i *obiter dicta* trzeba uznać złożoną w 1898 r. w, słynnej z jej powodu, sprawie *London Street Tramways v. London Country Council* (tak naprawdę było to *London Tramways v. London Country Council*) deklarację, na mocy której Izba Lordów uznała się za absolutnie związaną własnymi precedensami¹⁵⁴. To samo dotyczy zresztą wielu innych reguł i zasad mających rządzić anglosaską doktryną precedensu zamieszczonych w uzasadnieniach poszczególnych orzeczeń sądowych.

151 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 336-337; por. też D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 222-223.

152 Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 56-57, 176-177, 181-182; zob. też L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 51.

Odwroćcie z kolei wymogu niezbędności według tego, co proponuje prof. Patterson, tj. iż *dicta* to te wyrażenia co do prawa, które logicznie nie mogą stanowić przesłanki większej w sylogizmie prawniczym [przesłankę mniejszą stanowią wybrane fakty precedensowej sprawy], powoduje, że *ratio decidendi* będzie mogło być bardzo szerokie (generalne). Temu zaś, choćby wnioskując z wymogów stawianych przed *ratio* opisanych w punktach 3.3.2.-3.3.4. niniejszego rozdziału tego opracowania, stara się w anglosaskiej doktrynie precedensu przeciwdziałać (odnośnie do propozycji prof. Pattersona zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 80-81 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 76).

Nawiasem mówiąc – choć nie jest to ściśle trzymanie się wymogu niezbędności/konieczności, do którego odnosi się w swojej uwadze F. Schauer – zbyt szeroką regułę precedensu kwalifikuje się czasem właśnie jako *obiter dicta* tudzież, jak chcą niektórzy, jako *obiter dicta ex post facto* (zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 86; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 81; por. też G. Marshall, *op. cit.*, s. 516; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski, A.R. Miguel, *op. cit.*, s. 498; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 37, 38, 60).

153 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 85; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 80.

154 Zob. przypis 93 w rozdziale II części I niniejszego opracowania.

W efekcie też trudno powiedzieć, ile ziaren prawdy mieści w sobie nie tak dawno przytoczona w tym kontekście przez Lorda Asquitha anegdotka, w której zwierza się on nam w następujący sposób: „Rozmawiałem z jednym z naszych największych sądowych luminarzy, przylapując go w luźnym nastroju, i on powiedział mi tak: «Reguła jest całkiem prosta: jeśli się zgadzasz z innym gościem, mówisz, że to *ratio*, a jeśli nie, mówisz, że to *obiter dictum* z implikacją, że jest on urodzonym idiotą»¹⁵⁵.

Zasygnalizowane powyżej trudności nie zmieniają jednak faktu, iż w literaturze podaje się przeróżne propozycje i rozwiązania mające ułatwić odróżnienie części wiążącej od niewiążącej w przypadku precedensu sądowego. Dobrym ich przykładem są wskazówki udzielone w tym względzie przez M.D. Murraya i Ch.H. DeSanctis, zgodnie z którymi w sytuacji, gdy mamy wątpliwości, który fragment uzasadnienia wyroku to *holding*, a który *dictum*, to:

1. Jeśli sąd podjął decyzję odnośnie do tego, jak rozstrzygnąć przedłożoną mu sprawę w połowie treści danego przez siebie uzasadnienia i tę decyzję w tym miejscu ogłosił, a potem prowadził w tym uzasadnieniu jeszcze jakieś dalsze rozważania, to te dalsze rozważania najprawdopodobniej stanowią *dicta*.
2. Jeśli sąd wprost powiedział, że nie rozstrzygnął pewnych kwestii, to tym samym dał jasno do zrozumienia, że jakiegokolwiek wywody w przedmiocie tych kwestii należy uważać za *dicta*.
3. Jeśli sąd „przewidział” wynik w sprawie, której fakty lub okoliczności byłyby inne niż w sprawie przez niego rozpoznawanej, to tego rodzaju „profetyzm” stanowi *dicta*¹⁵⁶.

Inną jeszcze wskazówką jest np. zalecenie zaliczania do *obiter dictów* tego, co znajduje się w treści zdań odrębnych (z wyjątkiem tej ich części, która pokrywa się ze zdaniem większości)¹⁵⁷. Ponadto kluczowy ma być w tym względzie również sam język, jakim posłużył się sędzia ustanawiający precedens. To znaczy, że stosując odpowiednie zwroty, sędzia ów może wpływać na to, co ma być kwalifikowane jako *ratio*, a co jako *dictum*¹⁵⁸. Do ustalenia tego, co stanowi *dicta*, w sensie co na pewno nie stanowi *ratio*, może też posłużyć opisany w pkt 6.1. rozdziału III części I niniejszego opracowania test Wambaugh’a. Poza tym wskazuje się, że czasem to, iż dany fragment uzasadnienia stanowi *dicta*, pozostaje oczywiste¹⁵⁹.

155 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 90; R. Cross, *op. cit.*, s. 47-48; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 50; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 203 („The rule is quite simple, if you agree with the other bloke you say it is part of the *ratio*; if you don't you say it is *obiter dictum*, with the implication that he is a congenital idiot”) [tłum. M.K.].

Na bardzo duży zakres swobody sędziego, mającego być związanym precedensem, w kwalifikowaniu tego, co stanowi *obiter dicta*, zwraca też uwagę F. Schauer, *Thinking...*, s. 182, 184.

156 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 50.

157 N. Duxbury, *op. cit.*, s. 69; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 193.

158 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 38; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 41-42.

159 Wymownym przykładem jest tu orzeczenie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Flood v. Kuhn*, w uzasadnieniu którego znalazły się wywody na temat baseballu wraz z listą wspaniałych graczy, i odwołaniami do tej gry poczynionymi w literaturze, poezji i kulturze masowej (przy czym jeden z członków składu orzekającego, sędzia Byron White, mimo iż sam był w przeszłości profesjonalnym graczem, co prawda footballu, miał odmówić przystąpienia do takich *dictów*, uznając je za niestosowność) – zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 183-184.

Na marginesie warto mieć tu też na uwadze pewne dalsze rozróżnienie terminologiczne, tj. na: *dicta* i *obiter dicta*. Zgodnie z nim za *obiter dicta* (tudzież prawdziwe *dicta*, ang. *real dicta*) uznaje się te wywody w kwestiach prawnych, które są zupełnie irrelevantne dla rozstrzygnięcia precedensowej sprawy. Natomiast jako *dicta* (określane tu też mianem *judicial dicta*) kwalifikuje się te propozycje co do prawa, które miały jakieś, z reguły drugo- lub trzeciorzędne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy precedensowej (tj. były w jakiś sposób z rozpoznaniem tej sprawy powiązane)¹⁶⁰.

Ponadto przy omawianiu problematyki *obiter dictów* nie powinno się też zapominać, iż choć wszystkie *dicta* są z formalnego punktu widzenia prawnie niewiążące, to jednak w praktyce, w zależności od pozycji sądu, który je sformułował, będą one miały bardzo różną moc perswazyjną. Jak się przy tym wskazuje, moc ta będzie też czasem bardzo zbliżona do mocy perswazyjnej samego *ratio decidendi* (który to zresztą fakt dodatkowo jeszcze zaciemnia dychotomiczną istotę takiego podziału)¹⁶¹. Nieuchronnie bowiem *dicta* pochodzące od sądu najwyższego, tym bardziej jeszcze, gdy zostały popełnione przez jego pełny skład, będą z zasady posiadały o wiele większą wagę aniżeli *dicta* pochodzące od sądów niższej instancji. Również *dicta*, których autorem jest sąd apelacyjny, zwłaszcza gdy to w postępowaniu przed tym sądem się na nie powołuje, zdają się być w wysokim stopniu perswazyjne. Przy tym w obu tych przypadkach najbardziej istotne będą tu te ich fragmenty, co do których wyraźnie widać, iż w celu ich sformułowania zadano sobie wiele trudu i poświęcono im dużo uwagi¹⁶². Ponadto na moc perswazyjną *dictów* pewien

160 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 86; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 81; F. Schauer, *Thinking...*, s. 183-184.

Podobnie, określając *obiter dicta* jako „words dropped along the road, wayside remarks”, wydaje się uważać K.N. Llewellyn (zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 39).

Nieco inaczej do terminologii tej podchodzi S.J. Burton, który pod pojęciem *dictów* rozumie tę część reguły precedensu, która wykracza poza wąsko rozumiany *holding* (tj. poza wynik sprawy precedensowej oraz istotne okoliczności faktycznej tej sprawy). Za *obiter dicta* uważa on natomiast wszystkie te wypowiedzi, które dotyczą kwestii prawnych, jakie nie musiały być rozstrzygnięte, aby mogło dojść do wydania wyroku w precedensowej sprawie (zob. S.J. Burton, *op. cit.*, s. 37, 38).

161 Co dodatkowo ciekawe, odnośnie do stosunku *dictów* z wiążącego precedensu do *ratio* z precedensu perswazyjnego, mówi się czasem, że moc tych pierwszych jest mniejsza od mocy tego drugiego niemalże o tyle, o ile moc perswazyjnego precedensu jest mniejsza od mocy precedensu wiążącego – zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 37 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 41.

162 W przedmiocie różnej mocy perswazyjnej *dictów* zob.: R. Cross, *op. cit.*, s. 81-82, 84; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 77, 80, 81; G. Marshall, *op. cit.*, s. 515; E.H. Levi, *The Nature...*, s. 399; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 69-70; F. Schauer, *Thinking...*, s. 179, 181; S. Hanson, *op. cit.*, s. 73; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 112; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 385; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 76.

Dawniej w Stanach Zjednoczonych przyjmowano nawet, że to, co normalnie weszłoby w skład niewiążących *dictów*, przy spełnieniu pewnych warunków mogło stanowić wiążący element precedensu. Dokładnie do warunków tych należało, by: a) dana kwestia uboczna została uznana przez sędziego ustanawiającego precedens za istotną dla ogółu, b) kwestia ta została przez tego sędziego – po należyтым przedyskutowaniu i rozważeniu – poważnie (uroczyście) rozstrzygnięta oraz c) towarzyszył temu wszystkiemu zamiar ustanowienia nowego prawa. Zob. D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 10 oraz J.C. Wells, *op. cit.*, s. 529.

Co więcej, gdy chodzi o Kanadę, „rozważone” wypowiedzi sądu apelacyjnego w kwestiach prawnych niebędące absolutnie konieczne do rozpoznania apelacji zdają się wciąż być uznawane w tym kraju za prawnie wiążące dla sądów niższej instancji (zob. P.M. Perell, *op. cit.*, s. 5). Odmienne jest natomiast w Australii, gdzie *dicta* – nawet te „poważnie rozważone” i pochodzące od sądu najwyższej instancji – mają mieć niewielką moc z uwagi na to, że nie rozstrzygają rzeczywistego sporu i nie były przedmiotem argumentacji stron (według powiedzenia, iż dana opowieść jest dobra, dopóki druga nie zostanie opowiedziana), oraz przez wzgląd na zasadę podziału władzy (zob. S. Rares, *op. cit.*, s. 1-4 i wypowiedź austra-

wpływ może mieć też to, czy są to – zgodnie z rozróżnieniem z powyższego akapitu – (*judicial dicta* czy *obiter/real dicta*). Te pierwsze co do zasady powinny być bowiem mocniejsze¹⁶³.

Trzeba też zauważyć, iż ogólnie przyjmuje się, że poprzez powołanie się na zawartość *dictów* przerzuca się ciężar dowodu/argumentacji na drugą stronę¹⁶⁴, a one same powinny być przestrzegane, dopóki nie zostanie wykazane, że są błędne¹⁶⁵. W kontekście mocy *dictów* wymowny pozostaje także następujący, jak się wydaje w wielu przypadkach dobrze oddający istotę rzeczy, slogan: „dzisiejsze *dicta* to jutrzejsze wiążące prawo” (ang. *today's dicta is tomorrow's binding law*)¹⁶⁶ tudzież sugestia: *one man's obiter may be the next man's ratio to a case*¹⁶⁷.

Od *dictów* należy natomiast odróżnić wypowiedzi sędziów, które składane są „poza ławą sądową” (ang. *off-the-Bench*). Do tego rodzaju wypowiedzi należała np., wzmiankowana w przypisie 10 w rozdziale II części I niniejszego opracowania, the Practice Statement. Czymś innym jawi się też, pojawiająca się ostatnio w działalności Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, praktyka polegająca na powołaniu specjalnego panelu, by ten przejrzał grupę dotychczas ustanowionych precedensów i wydał ogólne wytyczne (ang. *general guidelines*) w zakresie danej tematyki¹⁶⁸.

5. Problem wielości *rationes decidendi*

Dotychczas zakładane było, że precedens może mieć tylko jedno *ratio decidendi*. W anglosaskiej praktyce orzeczniczej dopuszcza się jednak też czasem możliwość istnienia więcej aniżeli jednej tylko reguły precedensu. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, w których ustanawiający precedens sędzia podał więcej (zazwyczaj dwie) propozycji ogólnej reguły, która – sama w sobie – nadaje się do bycia *ratio*. Wówczas bowiem – tym bardziej gdy wynika to jeszcze z języka (intencji) tego sędziego – na ogół przyjmuje się, że wiążące są wszystkie te propozycje. Niekiedy zdarzają się jednak głosy (R. Cross i J.W. Harris, a po części także D.N. MacCormick), że w takiej sytuacji sędzia, któremu przyjdzie orzekać w sprawie, w jakiej wiąże taki posiadający wiele *rationes precedens*, ma prawo wyboru tego, czy wiążące będą dla niego

lijski sędziemu Owena Dixona w uzasadnieniu wyroku Wysokiego Sądu Australii w sprawie *Pontifical Society for the Propagation of the Faith versus Scales* [1962]).

Na tle Wielkiej Brytanii w przedmiocie mocy wiążącej dobrze „rozważonych” *dictów* pochodzących od Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów godna uwagi jest natomiast wypowiedź sędziego Cairnsa – której sens sprowadza się do tego, że sędzia sądu pierwszej instancji powinien stosować się do stanowiska wyrażonego przez sędziów tego komitetu po gruntownym przeanalizowaniu przez nich danego problemu, a nie przeprowadzać dochodzenie, by wyjaśnić, które z wypowiedzi tych sędziów były niezbędne do podjęcia przez nich ostatecznej decyzji w przedłożonej im do rozpoznania sprawie – zreferowana w: R. Cross, *op. cit.*, s. 84 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 80.

163 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 77, 79; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 81; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 68.

164 Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 179, 181. Ogólnie na to, że precedens sądowy przerzuca ciężar dowodu na tego, kto chciałby się do niego nie zastosować, zwraca uwagę R. Alexy, *op. cit.*, s. 275-278.

165 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 385; G. Marshall, *op. cit.*, s. 515.

166 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 78.

167 J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 193.

168 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 173-174.

wszystkie z tych *rationes*, czy też tylko któreś z nich, a pozostałe będą stanowić *obiter dicta*. Przy tym uszczegółowieniu takiego podejścia jest teza, iż wraz z poczynieniem wyboru staje się on na przyszłość nieodwołalny¹⁶⁹.

Z problemem wielości *rationes decidendi* możemy mieć ponadto do czynienia, gdy precedensową sprawę rozpoznał nie jeden sędzia, lecz skład wieloosobowy, przy czym każdy z członków tego składu, w uzasadnieniu zbieżnym tylko co do wyniku, podał inną propozycję *ratio*¹⁷⁰. Wówczas też przyjmuje się, że po pierwsze jak propozycje takie różnią się swoim zakresem (stopniem ogólności), to należy wybrać *ratio* najwęższe. Po drugie w sytuacji gdy zaproponowane przez poszczególnych sędziów *rationes* wzajemnie się wykluczają, uważa się, że skutkuje to brakiem jakiegokolwiek *ratio*. W innych zaś przypadkach uznaje się, że precedens posiada wiele *rationes decidendi* i wszystkie one są wiążące. Ewentualnie by temu zapobiec, można by jeszcze próbować doszukać się między treściami uzasadnień zbieżnych co do wyniku jakichś punktów wspólnych i na ich podstawie zbudować jedną regułę, która nadawałaby się na *ratio*¹⁷¹.

Z zupełnie innym natomiast rodzajem sytuacji, z jakim wiąże się zjawisko wielości *rationes*, mamy do czynienia, ilekroć w danej sprawie występuje więcej niż jedna kwestia prawna, od której rozstrzygnięcia zależy wynik sprawy precedensowej. Wtedy mianowicie co do zasady przyjmuje się, że rozstrzygnięcie co do każdej z takich kwestii jest wiążące¹⁷². Problematyczne jest tu jednak wystąpienie w danej sprawie tzw. kwestii wstępnej (np. dotyczącej właściwości/jurysdykcji mającego orzekać w tej sprawie sądu), od rozstrzygnięcia której zależy to, czy w ogóle będzie rozstrzygana kwestia główna (właściwa). Zgodnie bowiem z wymogiem niezbędności *ratio*, a także opisanym w pkt 6.1. rozdziału III części I testem Wambaugh, w razie oddalania powództwa spowodowanego takim, a nie innym rozpatrzeniem kwestii głównej pozytywne rozstrzygnięcie kwestii wstępnej nie mogłoby stanowić precedensu. Wszak gdyby kwestia ta została rozstrzygnięta negatywnie, to wyrok (wynik w sprawie precedensowej)

169 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 38, 54, 86-90, 143-144; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 41-42, 53-54, 81-84; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 201, 222; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 5; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 72-74; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 153-154; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 385.

170 W uzasadnieniach zbieżnych co do wyniku, a różniących się w argumentacji wszyscy orzekający sędziowie lub większa ich część mogą również – mimo przytoczenia na jej poparcie innych argumentów – dać identyczną propozycję reguły, na podstawie której dochodzą do zbiegającej się konkluzji. Wówczas też taka wspólna dla większości tych sędziów reguła będzie stanowić *ratio* precedensowego wyroku, propozycje zaś reguł precedensu pochodzące od sędziów będących w mniejszości będą kwalifikowane jako *obiter dicta*. Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 90-92; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 84-86; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 223; S. Hanson, *op. cit.*, s. 68-69; zob. też M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 62.

171 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 65, 86-87, 96-100; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 61, 90-93; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 201-202; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 153-154; S. Hanson, *op. cit.*, s. 69; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 71-74; A.L. Goodhart, *op. cit.*, s. 167-168, 178-179; M. Kirby, *op. cit.*, s. 4.

Dość ciekawy jest też układ, w którym jeden z członków składu orzekającego podał wąską propozycję *ratio*, drugi szeroką, a trzeci oznajmił, że zgadza się z obiema tymi propozycjami. Wtedy też – by zapobiec zjawisku wielości *rationes* – na *ratio* można przyjąć, jak chciał Lord Greene, regułę węższą. Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 65 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 61.

172 Zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 49; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 153. Ogólnie posiadanie przez takie precedensy słabszej mocy zdaje się sugerować K.N. Llewellyn – zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 44.

byłby taki sam¹⁷³. Kontrargumentem jest tu jednak to, że rozstrzygnięcie wydane w kwestii wstępnej było niezbędne do przystąpienia do rozpoznania kwestii głównej i z tego powodu powinno być ono uznawane za *ratio* (a nie *obiter dicta*) niezależnie od tego, w jaki sposób została rozstrzygnięta ta druga kwestia¹⁷⁴.

Podobny problem powstaje też w konfiguracji, w której rozstrzygnięcie tylko jednej – obojętnie której – z wielu występujących w danej sprawie kwestii prawnych na rzecz jednej ze stron sprawia, że ta strona wygrywa. W tym przypadku na ogół przyjmuje się, iż w razie gdy jedna z takich wielu kwestii została rozstrzygnięta na rzecz strony przegrywającej proces, to sposób, w jaki została ona rozpatrzona, nie będzie konstytuował *ratio*, lecz wejdzie w skład *obiter dictów*. Nie zmienia to jednak faktu, iż w praktyce sądy niższej instancji mogą potraktować ten sposób jako dla nich prawnie wiążący¹⁷⁵. Analogicznie problem ten zdaje się przedstawiać, ilekroć rozstrzygnięcie jednej z wielu kwestii prawnych, jakie wystąpiły w danej sprawie, na niekorzyść jednej ze stron powoduje, że ta strona tę sprawę przegrywa¹⁷⁶.

6. Inne niż *the rule model* ujęcia precedensu sądowego

Zaprezentowana w pkt 3.2. niniejszego rozdziału tego opracowania koncepcja *the rule model* nie jest jedynym możliwym sposobem ujmowania istoty precedensu sądowego. W rzeczywistości podejmowanych jest wiele innych, alternatywnych do niej, prób wyjaśnienia fenomenu bycia związanym precedensowym wyrokiem. Ponieważ też w różnym stopniu odrzucają one kluczową dla *the rule model* ideę precedensowej reguły, zostaną one przedstawione poniżej, poczynając od tych najmniej od tej idei odbiegających.

6.1. Metoda dr. Goodharta i test Wambaugh

Wydaje się, że najmniejszą ingerencję w założenia koncepcji *the rule model* stanowi propozycja, zgodnie z którą regułę precedensu (*ratio decidendi*) konstruuje się nie na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych, jakie miały miejsce w precedensowej sprawie, lecz tylko tych z nich, jakie były istotne z perspektywy wydanego w tej sprawie rozstrzygnięcia. Przy tym do konstruowania takiej reguły precedensu ma dochodzić niezależnie od tego, czy sędzia ustanawiający precedens wskazał na jakąś ogólną regułę, którą był się kierował przy rozpoznawaniu zawisłej przed nim sprawy, czy też tego całkowicie zaniechał¹⁷⁷.

Z takim jak właśnie zaprezentowany sposobem ustalania wiążącej części precedensowego wyroku wiąże się niewątpliwie jeden zasadniczy problem, a mianowicie to, jak – za

173 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 56-57.

174 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 83-84 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 78-80.

175 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 82-83 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 77-78.

176 Por. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 43-44.

177 Zob. G. Lamond, *op. cit.*, s. 10-11; zob. też B.S. Jackson, *Analogy in Legal Science*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 148; G. Marshall, *op. cit.*, s. 504-506; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 1-2.

pomocą jakich kryteriów i wytycznych – mamy stwierdzać, które z faktów precedensowej sprawy należą do faktów istotnych, a które do faktów nieistotnych dla zapadłego w tej sprawie rozstrzygnięcia. Najbardziej chyba znanym z rozwiązań tego problemu jest tzw. metoda dr. Arthura L. Goodharta, który uważał zresztą *ratio decidendi* za jeden z najbardziej mylących (wprowadzających w błąd) terminów w prawie angielskim¹⁷⁸.

Dr Goodhart założył przede wszystkim, iż na okoliczności faktyczne, które wystąpiły w precedensowej sprawie, z racji ich „relatywności” i „niestałości” trzeba patrzeć tak, jak widział je sędzia ustanawiający precedens. „Nielogicznym” – jego zdaniem – byłoby bowiem bycie związanym konkluzją z precedensowego wyroku w razie, gdy za podstawę tej konkluzji przyjęlibyśmy inne okoliczności od tych, które przyjął za udowodnione ten, kto do niej doszedł. Spośród też takich, zrelatywizowanych do percepcji osoby sędziego, który ustanowił precedens, okoliczności faktycznych należy zdaniem dr. Goodharta wyłonić te fakty, które były istotne. Przy tym o (nie)istotności danego faktu znów decydować ma tu głównie to, że jako taki właśnie postrzegał go sędzia, od którego pochodzi precedensowy wyrok.

Oprócz wymienionej wyżej ogólnej wytycznej dr Goodhart zaproponował szereg dalszych jeszcze, bardziej szczegółowych dyrektyw, jakie mają pozwalać w jego mniemaniu na określenie w mniejszym lub większym stopniu tego, które z faktów precedensowej sprawy są istotne, a które nieistotne. Co jednak znamienne, żadna z tych dyrektyw nie miała być według niego absolutna, przez co jej wynik w konkretnym przypadku zawsze mógł okazać się nieprawidłowym.

Tak, po pierwsze, fakty dotyczące osób, czasu, miejsca, rodzaju i ilości powinny być obarczone swoistym domniemaniem nieistotności, jako że prawo z reguły nie wprowadza w tych względach dystynkcji. Po drugie jeśli brak było sądowego uzasadnienia albo w uzasadnieniu tym zabrakło odniesienia do stanu faktycznego precedensowej sprawy, to należy założyć, że wszystkie okoliczności faktyczne opisane w protokole sądowym są istotne – z wyjątkiem jednak tych, które z oczywistych względów takie być nie mogą, tj. np. z uwagi na dyrektywę wspomnianą w zdaniu poprzednim. Po trzecie fakty, które zostały wyraźnie uznane przez sędziego ustanawiającego precedens za nieistotne, powinny być jako takie kwalifikowane. Po czwarte do nieistotnych należy zaliczyć te fakty, jakie zostały potraktowane jako takie przez precedensowego sędziego w sposób dorozumiany – co ma mieć miejsce zwłaszcza w sytuacji, gdy po podaniu ogólnego opisu stanu faktycznego precedensowej sprawy sędzia ten, by podjąć decyzję co do wyniku tej sprawy, skupia się w dalszej części uzasadnienia wyroku, jaki wydał w tej sprawie, tylko na części z okoliczności faktycznych występujących w tej sprawie. Do zidentyfikowania tego, które z faktów precedensowej sprawy sędzia orzekający w tej sprawie uznał w sposób dorozumiany za nieistotne, mają moc też posłużyć przyczyny (powody, argumenty) lub reguły, jakie zostały przytoczone przez tego sędziego

178 A.L. Goodhart, *op. cit.*, s. 162.

w celu wykazania zasadności rozstrzygnięcia obranego w tej sprawie (samo to, że takie powody/reguły mogą być nieprawidłowe lub zbyt szerokie, nie znaczy bowiem, że nie mogą one wskazywać na to, które fakty sędzia ustanawiający precedens postrzegają jako istotne). Po piąte wszystkie fakty, które precedensowy sędzia wyraźnie uważał za istotne, powinny być jako takie uznawane. Po szóste jeśli precedensowy sędzia ani w sposób wyraźny, ani dorozumiany nie dał do zrozumienia w uzasadnieniu wyroku, który wydał, jakie fakty są istotne, a jakie nieistotne, to wszystkie fakty wymienione w takim uzasadnieniu należy uznawać za istotne z wyjątkiem tych, które w sposób oczywisty nie mogą za takie uchodzić. Przy tym jako fakty istotne mają móc być potraktowane tylko te fakty, które precedensowy sędzia uznał za udowodnione (a nie hipotetyczne).

Ponadto w opinii dr. Goodharta ilekroć opis stanu faktycznego w precedensowej sprawie podany w uzasadnieniu sądowym różni się od tego, o czym mowa jest w protokole sądowym, pierwszeństwo powinno przypaść wersji zawartej w uzasadnieniu – i to nawet wtedy, gdy oczywiste jest, że sędzia się w tym uzasadnieniu pomylił. Odmienne bowiem rozwiązanie, nakazujące analizę treści takich protokołów, miałyby zdaniem dr. Goodharta przysparzać zbyt wiele trudu i pracy prawnikom, którzy już teraz – z uwagi na dużą liczbę precedensów sądowych – mają nie mieć łatwego życia. Jeśli jednak w protokole sądowym można znaleźć wzmiankę o fakcie, o którym nie wspomina uzasadnienie sądowe, to należy przyjąć, że przyczyna tego może być dwojaka: albo sędzia ustanawiający precedens uznał ten fakt za nieistotny, albo ten fakt przeoczył. Przy tym pierwszą z tych dwóch możliwości ma uprawdopodobniać to, że pełnomocnik procesowy odniósł się do nieobecnego w sądowym uzasadnieniu faktu w swojej argumentacji. Samo zaś wykazanie tego, że jakiś fakt istotny został przez precedensowego sędziego przeoczony, ma być w ocenie dr. Goodharta ogólnie niełatwe. W przypadku natomiast gdy mamy do czynienia z więcej niż jednym tylko uzasadnieniem sądowym, o tym, które z faktów precedensowej sprawy są istotne, decydować ma sumaryczne ujęcie tego rodzaju faktów opisanych w takich uzasadnieniach. W razie zaś wystąpienia rozbieżności pomiędzy poszczególnymi takimi uzasadnieniami pod względem tego, czy dany fakt jest istotny czy nieistotny o jego kwalifikacji ma przesądzać tu zdanie większości.

Po ustaleniu, które z faktów precedensowej sprawy są istotne, a które nieistotne, w metodzie dr. Goodharta przystępuje się do budowania ogólnej reguły (zasady) mającej stanowić *ratio decidendi*. Do wyznaczenia jej zakresu zastosowania posłużyc mają fakty istotne, a do podania skutków prawnych, jakie ma ona przepisywać w stanach faktycznych objętych jej zakresem zastosowania, wynik precedensowej sprawy. Co jednak znamienne, zbudowanie *ratio* nie jest wcale końcowym etapem tej metody. O tym, czy stanowiąca *ratio* ogólna reguła (zasada) zostanie zastosowana w kolejnej sprawie, ma tu bowiem decydować nie tylko to, że sprawa ta podpada pod tę regułę (zasadę), obecne są w niej te same fakty istotne co w sprawie precedensowej, ale także to, czy w sprawie tej nie występuje jakiś do-

datkowy fakt istotny niewyszczególniony w regule/zasadzie stanowiącej *ratio*. Wystąpienie bowiem takiego faktu ma – zdaniem dr. Goodharta – skutkować brakiem bezpośredniej stosowalności danego precedensu (jego *ratio*), przez co może on posiadać wagę, nawet sporą, ale tylko jako analogia.

Co warto tutaj dodać, zamierzeniem dr. Goodharta nie było wymyślenie jakiejś nowej optymalnej metody określania *ratio decidendi* wartej rekomendacji. Autor ten uważał bowiem, że przedstawiony przez niego sposób ustalania tego, co konstytuuje *ratio decidendi*, stanowi odzwierciedlenie sposobu, w jaki rzeczywiście dochodzi w praktyce do wyłaniania *ratio decidendi* przez angielskich sędziów. W założeniach jego metoda miała być zatem bardziej deskryptywna aniżeli normatywna.

Najbardziej zastanawiające w metodzie dr. Goodharta wydaje się przy tym to, że jej pomysłodawca kategorycznie sprzeciwiał się uznawaniu za *ratio* reguły, jaką sędzia, który ustanowił precedens, podał na podstawę prawną wydanego w precedensowej sprawie wyroku – i to nawet w sytuacji, gdy sędzia ten wyraźnie stwierdził, że to właśnie ona ma stanowić *ratio decidendi* [notabene dr Goodhart odmawiał też przyznania statusu *ratio* powodom (ang. *reasons*), jakie precedensowy sędzia podał na uzasadnienie rozstrzygnięcia, jakie obrał on w precedensowej sprawie, bo te (zastosowana w nich logika i argumenty, analiza wcześniejszych precedensów, wypowiedzi co do historycznego kontekstu) mogą być całkowicie błędne, a precedens (jego *ratio*) i tak będzie istniał]. Jeśli bowiem według tej metody na okoliczności faktyczne precedensowej sprawy mamy spoglądać z perspektywy precedensowego sędziego (nawet jeśli się on co do ich kształtu pomylił) oraz z poziomu takiego sędziego określać to, które z tych okoliczności są istotne, a które nieistotne, to dość zagadkowe wydaje się, dlaczego mamy jednocześnie odmawiać takiemu sędziemu możliwości podania „gotowej” reguły precedensu. Wszak w ten sposób sędzia ten, usuwając wszelkie wątpliwości w zakresie tego, co było, a co nie było jego zamiarem, mógłby wprost przesądzić o nie(istotności) poszczególnych faktów sprawy precedensowej.

Choćby zatem z wyżej wymienionego powodu nie powinno dziwić, że metoda dr. Goodharta spotkała się z krytyką. Wysoce problematyczny jest w tej metodzie także poziom ogólności (generalności), jakim mają się odznaczać fakty istotne precedensowej sprawy: w zależności od tego poziomu będziemy mieć bowiem do czynienia z różnymi regułami. Ponadto, jak się wskazuje, w praktyce, aby ustalić treść *ratio decidendi*, trzeba nieraz uczynić znacznie więcej, aniżeli sądził dr Goodhart, tj. uwzględnić kontekst, w jakim działał sędzia ustanawiający precedens [o tym kontekście była mowa przy omawianiu problematyki interpretacji reguły mającej stanowić *ratio* – zob. pkt 3.5. niniejszego rozdziału tego opracowania]¹⁷⁹.

179 Na temat metody dr. Goodharta, w tym uwag krytycznych pod jej adresem, zob. zwłaszcza: A.L. Goodhart, *op. cit.*, s. 169-183; R. Cross, *op. cit.*, s. 67-76; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 63-71; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 80-87; S. Hanson, *op. cit.*, s. 68, 70; F. Schauer, *Thinking...*, s. 50-52; G. Marshall, *op. cit.*, s. 511; D.N. McCormick, *Rhetoric...*, s. 158-159; D.N. McCormick, *Legal...*, s. 84. W przedmiocie problemów, jakie wiążą się z ustaleniem tego, które z całokształtu

Innym niż metoda dr. Goddharta, bardzo zbliżonym do koncepcji *the rule model*, sposobem mającym pozwalać na ustalenie wiążącej części precedensu sądowego jest tzw. test Wambaugh, zwany też testem inwersji [dobrym określeniem byłoby tu również „test negacji” – M.K.]. Zgodnie z nim za *ratio* należy uznać tylko taką regułę, przy braku której precedensowa sprawa musiałaby zostać rozstrzygnięta w sposób odmienny, niż miało to miejsce w precedensowym wyroku. Ta zaś okoliczność ma się dawać stwierdzić drogą zanegowania reguły, która wydaje się stanowić *ratio*, poprzez dodanie do niej takiego słowa, które odwróci jej znaczenie. Jeśli bowiem również po takim zanegowaniu wynik precedensowej sprawy mógłby być taki sam (by się on nie zmienił), to reguła ta nie może zostać uznana za *ratio* – i to nawet wówczas, gdy możemy ją znaleźć w treści uzasadnienia dołączonego do precedensowego wyroku. Jeśli natomiast wynik ten byłby inny, to oznacza to, że reguła ta jest/może być *ratio*, i to prawdopodobnie również wtedy, gdy nie pozwala się ona odnaleźć w treści uzasadnienia pochodzącego od precedensowego sędziego.

Przeciwko testowi Wambaugh podnosi się przede wszystkim to, że nie działa on w przypadku, gdy jakiś precedens posiada więcej *rationes decidendi* niż jedno (zob. pkt 5. niniejszego rozdziału tego opracowania). Trzymając się ściśle przepisanej w nim procedury, każde z wielu *rationes* musiałoby bowiem zostać uznane za *obiter dicta*, w konsekwencji czego sędzia, który *explicite* chciał ustanowić większą liczbę precedensowych reguł, nie ustanowiłby żadnej. Ponadto gdyby na skutek skorzystania z tego testu na *ratio* miała zostać obrona reguła, jaka nie została podana w uzasadnieniu do precedensowego wyroku, to zachodziłby tu o wiele więcej możliwości aniżeli jedna. W zależności bowiem od tego, jakie fakty precedensowej sprawy zostaną uznane za kluczowe dla jej rozstrzygnięcia, *ratio* będzie mogło przybierać zupełnie inną postać. Stąd też przyjmuje się, że test Wambaugh owszem ma pewną wartość, ale jest to wartość „negatywna”. Mianowicie nie tyle pozwala on ustalić, co stanowi *ratio* danego precedensu, ile – z wyjątkiem stosowania go w przypadku wielu *rationes*, bo wówczas nie działa – umożliwia określenie tego, co nie może zostać uznane za *ratio* (tj. tego, co na pewno powinno być zaliczone do *dictów*)¹⁸⁰.

okoliczności faktycznych precedensowej sprawy powinny zostać uznane za istotne, a które za nieistotne, zob. też G. Marshall, *op. cit.*, s. 504-505.

Inspirując się metodą dr. Goodharta, w latach 50. ubiegłego wieku J.L. Montrose – by zdefiniować to, czym jest *ratio*, raz na zawsze – opracował specyficzny system zapisu tego, co wydarzyło się w precedensowej sprawie, wprowadzając w tym celu odpowiednie symbole służące do określania/zaznaczania: a) wystąpienia w sprawie precedensowej poszczególnych faktów, b) niewystąpienia w tej sprawie poszczególnych faktów oraz c) braku wiedzy w tym przedmiocie. Jak się jednak wskazuje, propozycja J.L. Montrose, zamiast upraszczać problematykę *ratio decidendi*, czyniła ją jeszcze bardziej – choć nie w mniemaniu jej autora, bo ten wydawał się wierzyć w jej przydatność do samego końca – zmagtaną, jawiąc się przy tym bezcelową i bezsensowną. Co jednak znamienne, tak krytyczna ocena tej propozycji nie przeszkodziła w podejmowaniu współcześnie prób zmierzających do zrealizowania jej założeń za pomocą rozwiązań informatycznych – zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 87-89 wraz z przypisem 126.

180 Na temat testu Wambaugh zob.: R. Cross, *op. cit.*, 51-61; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 52-57; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 76-77; S. Hanson, *op. cit.*, s. 66-67.

6.2. Model z zasad i „polityk”

Jako kolejną, zbliżoną do założeń *the rule model*, koncepcję ustalania tego, co wiąże w przypadku precedensowego wyroku, należy wskazać propozycję odwołującą się już nie tyle do ogólnej reguły, ile do bardziej generalnej od niej zasady lub zasad, jakie mają stać za rozstrzygnięciem obranym w precedensowym wyroku. Tym razem uważa się bowiem, że precedensowy wyrok, a dokładnie to, jak została w nim rozpoznana precedensowa sprawa, stanowi przejaw (egzemplifikację) jakiejś ogólniejszej zasady lub zasad. Ta też zasada (zasady) ma być wiążąca przy rozpoznaniu innych spraw w przyszłości, wyznaczając sposób, w jaki sprawy te powinny zostać rozstrzygnięte. Ponieważ zaś kluczowym elementem w takim ujęciu istoty związania precedensowym wyrokiem jest pojęcie zasad, na jego określenie używa się niekiedy nazwy „modelu precedensu z egzemplifikujących zasad” tudzież mówi się w jego kontekście o „precedensach ujmowanych jako stosowanie podkreślających je zasad” (odpowiednio: ang. *the principle-exemplifying model* i *precedents as the application of underlying principles*).

Jeśli chodzi o podstawowe zarzuty, jakie kieruje się pod adresem takiej propozycji spojrzenia na istotę wiążącego precedensu, to koncentrują się one raz wokół tego, że nadmiernie krępuje ona sędziów mających być związanymi precedensowym wyrokiem, a raz wokół tego, że nie pozwala ona jednoznacznie określić spektrum spraw, w stosunku do których dany precedensowy wyrok jest wiążący, i w konsekwencji czyni związanie precedensem sądowym iluzorycznym.

Odmiennie od zrelatywizowanych do okoliczności faktycznych sprawy precedensowej, a przez to i w wysokim stopniu dookreślonych *rationes decidendi*, mające stać za poszczególnymi precedensami ogólne zasady z samej swej istoty obejmują bardzo szeroki zakres potencjalnych stanów faktycznych. Gdyby więc mający być związani precedensem sędziowie musieli te zasady w zawisłych przed nimi sprawach stosować, ich swoboda w orzekaniu zostałaby niewątpliwie bardzo szybko – tj. wraz z pojawianiem się kolejnych precedensów – mocno ograniczona. Jeden precedens mógłby bowiem wiązać w bardzo dużej liczbie spraw sądowych, nawet takich, których stany faktyczne znacznie odbiegają od stanu faktycznego, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej. Przy tym by nie rozciągać takiego związania w nieskończoność, bardzo trudno byłoby ustalić jakieś kryteria dla niestosowania danej zasady w sprawach, w których znajduje ona potencjalne zastosowanie.

Ilekroć z kolei przyjmiemy, że to nie pojedyncza zasada, ale więcej zasad, i to jeszcze mogących pozostawać ze sobą w konflikcie, może stać za rozstrzygnięciem zawartym w precedensowym wyroku, powstaje tu problem tego, w jaki sposób wynik uwzględnienia większej liczby zasad w danym wyroku miałby wiązać kogokolwiek. Przy dopuszczeniu takiej możliwości wydaje się bowiem, że mający być związani precedensem sędziowie nie byłiby nim związani wcale lub prawie wcale. [Notabene z podobną sytuacją mielibyśmy do czynienia, gdyby za poszczególnymi precedensami stały przeciwstawne względem siebie zasady po jednej, jakie

jednak w liczbie dwóch lub więcej znajdują zastosowanie w aktualnie rozpoznawanej przez sąd sprawie.] Czasem podnosi się również, iż taka koncepcja „podkopuje” rozróżnienie na argument z wiążącego precedensu (gdzie *ratio* wyznacza granice tego, co wiążące) i argument z analogii (która ma się opierać właśnie na tym, co stoi za precedensowym wyrokiem, i w przeciwieństwie do *ratio* jest niewiążące)¹⁸¹.

Jakąś odmianą modelu precedensu z zasad lub propozycją mu pokrewną wydaje się ujmowanie istoty sądowego precedensu przez pryzmat stojących za nim „polityk”. Wówczas bowiem za precedensem stoi nie tyle jakaś ogólniejsza zasada (zasady), ile jakaś „polityka” bądź też kilka „polityk”, w tym i takich, które się wzajemnie wykluczają. W tym ostatnim przypadku precedens realizowałby poszczególne „polityki” w niepełnym stopniu, będąc wynikiem ich godzenia. Zwolennikiem takiego spoglądania na istotę sądowego precedensu jawi się przy tym amerykański filozof i teoretyk prawa Richard A. Posner¹⁸².

6.3. Model rezultatu i zważenia przeciwstawnych argumentów

Koncepcją zupełnie odcinającą się od pojęcia ogólnej reguły/zasady jest natomiast tzw. model rezultatu (ang. *the result model*). Zgodnie z tym modelem – jak sama jego nazwa wskazuje – za wiążący uznaje się wynik (rezultat) sprawy precedensowej. Przy tym, jak wyjaśnia to Larry Alexander, dokładnie tak ujmowane związanie precedensem sądowym można pojmować na dwa sposoby, które ostatecznie – w ocenie tego autora – dadzą się jednak sprowadzić do tego samego.

Po pierwsze można mianowicie przyjąć, że związany precedensem sędzia zobligowany jest w tym modelu rozstrzygnąć zawisłą przed nim sprawę na rzecz tej ze stron, która stanowi odpowiednik strony wygrywającej ze sprawy precedensowej, ilekroć na rzecz tej strony przemawiają te same lub silniejsze argumenty od argumentów, które przemawiały na rzecz strony, która wygrała precedensową sprawę. Oczywiście sędzia ów ma postąpić w ten sposób również wtedy, gdy w razie braku precedensowego wyroku rozstrzygnąłby przedłożoną mu do rozpoznania sprawę zgoła odmiennie. Stąd też tę wersję modelu rezultatu można by określać takim modelem według sprawy *a fortiori*.

Po drugie istotę modelu rezultatu można rozumieć w ten sposób, iż związany precedensem sędzia ma obowiązek rozstrzygnąć zawisłą przed nim sprawę w sposób podobny do tego, jak została rozpatrzona sprawa precedensowa, ilekroć w świecie, w jakim wyrok precedensowy był zasadny (prawidłowy), wzorowane na tym wyroku rozstrzygnięcie zawisłej przed nim sprawy również byłoby zasadne (prawidłowe).

181 Na temat takiego ujęcia istoty sądowego precedensu i jego potencjalnej krytyki zob. G. Lamond, *op. cit.*, s. 11-12; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski, A.R. Miguel, *op. cit.*, s. 497; zob. też P.M. Perell, *op. cit.*, s. 8; L. Alexander, *op. cit.*, s. 509 i Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, tłum. J. Wilkinson, P. Weaver, Notre Dame 1969, s. 350-357.

182 Zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 182-183; zob. też R.A. Posner, *Problems...*, s. 93-94.

Gdy chodzi natomiast o krytykę modelu rezultatu, to, jak odnośnie do pierwszego z wyżej wymienionych ujęć wskazuje L. Alexander, problemy pojawiają się już na etapie metryki/miary, która pozwalałaby na ocenę siły poszczególnych argumentów przemawiających za takim, a nie innym rezultatem w sprawie precedensowej (tudzież która pozwalałaby te argumenty *a fortiori* porównywać). Co więcej, nawet gdyby taką metrykę/miarę udało się jakoś ustalić, to abstrahując już od tego, że będzie ona bądź nadmiernie krępować sędziów, którym przyjdzie orzekać w przyszłości, bądź prowadzić do całkowitej nieokreśloności, nie sposób będzie jej użyć w przypadku precedensów, jakie w świetle niej zostały ustanowione nieprawidłowo. Te albo nie będą dały się zestawić z precedensami ustanowionymi prawidłowo, albo nie będą mogły wiązać w ogóle. Tym samym też w ocenie L. Alexandera zarówno w pierwszym, jak i w drugim możliwym ujęciu modelu rezultatu mamy do czynienia z kwestią tego: „jaka decyzja byłaby prawidłowa w świecie, w którym nieprawidłowa decyzja jest prawidłowa”; rozstrzygnięcie której to kwestii – jak należy przypuszczać – jest albo niekoherentne, albo koherentne, ale niewyjaśniające fenomenu związania precedensem sądowym.

Nieco inaczej artykułując tę krytykę, L. Alexander dopowiada, iż z modelem rezultatu ma się wiązać pytanie o to: „co byłoby prawidłowe w świecie, w którym pewne decyzje, które są nieprawidłowe w naszym świecie, są prawidłowe” (jakie zresztą przyrównuje on tu do pytania o to: „ile byłoby 3 plus 3 w świecie, w którym 2 plus 2 równa się 5”). Przy tym w mniemaniu tego autora bądź nie da się na to pytanie udzielić jakiegokolwiek odpowiedzi, bądź da się tę odpowiedź udzielić, ale wówczas neguje ona możliwość związania precedensem sądowym. Ta brzmiałaby wówczas bowiem: „w takim świecie wszystko jest prawidłowe, co jest prawidłowe w naszym świecie, z wyjątkiem decyzji w poszczególnych sprawach precedensowych, jakie na szczęście należą do przeszłości”¹⁸³.

Bardzo zbliżoną do pierwszego z dwóch przytoczonych powyżej postaci modelu rezultatu wydaje się koncepcja, która nakazuje postrzegać precedensy jako wynik ważenia argumentów (czynników) przemawiających na rzecz i przeciw takiemu, a nie innemu rozstrzygnięciu precedensowej sprawy (ang. *precedents as decisions on the balance of reasons*). Tutaj wiążąca ma być już nie tyle siła argumentów (czynników), które przemawiają na korzyść jednej, wygrywającej, ze stron postępowania, lecz sam wynik zważenia tych argumentów z argumentami przemawiającymi na korzyść strony drugiej, przegrywającej. W efekcie związany precedensem sędzia zobowiązany jest orzec na rzecz strony stanowiącej odpowiednik strony wygrywającej ze sprawy precedensowej, ilekroć w przedłożonej mu do rozpoznania sprawie pojawią się te same argumenty (ich zestawy) co argumenty (ich zestawy), których wzięcie pod uwagę przesądziło o takim, a nie innym sposobie rozstrzygnięcia sprawy precedensowej. Jeśli jednak w danej sprawie na rzecz strony stanowiącej odpowiednik strony przegrywającej sprawę precedensową będzie się dało podnieść jakiś nowy argument (tj. taki, którego nie

183 Zob. L. Alexander, *op. cit.*, s. 507-509.

dało się podnieść w sprawie precedensowej), to wówczas precedens nie wiąże w tej sprawie, a zważenia argumentów za i przeciw wchodzącymi w niej w grę rozstrzygnięciami będzie trzeba dokonać po raz kolejny. Dopiero w zależności bowiem od wyniku tego zważenia będzie można określić, kto ma tę sprawę wygrać.

Jeśli chodzi o wyzwania, jakie stoją przed takim ujęciem istoty sądowego precedensu, i pole do jego potencjalnej krytyki, to przede wszystkim ma do nich należeć duża łatwość niezastosowania się do precedensów, z którymi mający być nimi związany sędzia osobiście się nie zgadza. Do tego wystarczające wydaje się tu bowiem „wynalezienie” jakiegoś nowego, zwłaszcza bazującego na jakiejś ogólnej różnicy w okolicznościach faktycznych sprawy precedensowej i sprawy aktualnie rozpoznawanej, argumentu. W efekcie takie też ujmowanie zjawiska związania precedensem sądowym ogólnie jawi się jako nadmiernie „poluzowujące” zasadę *stare decisis*¹⁸⁴.

6.4. Model z „przyczyny”/przyczyn/rozsądku/sposobu rozumowania

Innym jeszcze, pokrewnym propozycji bazującej na wazieniu przeciwstawnych argumentów lub modelu z zasad („polityk”), ujęciem istoty fenomenu bycia związanym precedensowym wyrokiem wydaje się koncepcja nawiązująca do rozsądku tudzież przyczyny lub przyczyn albo toku rozumowania (odpowiednio: ang. *reason(s)* oraz *reasoning*). Mianowicie można przyjąć, iż dany precedens znajduje zastosowanie tylko w tych sprawach, w jakich za obraniem tego samego rozstrzygnięcia jak zawarte w precedensowym wyroku (tj. na rzecz tej strony, która stanowi odpowiednik strony wygrywającej sprawę precedensową) przemawia ta sama przyczyna bądź przyczyny, które zdecydowały o obraniu tego rozstrzygnięcia przy rozpoznawaniu precedensowej sprawy. Alternatywnie zamiast o pojedynczej przyczynie albo przyczynach można tu też mówić o toku lub sposobie rozumowania, jaki pozwolił sędziemu ustanawiającemu precedens wydać taki właśnie, a nie inny wyrok w precedensowej sprawie. Ewentualnie tym, co decydować ma o zastosowaniu precedensu w danej sprawie, może być tutaj jeszcze „rozsądek” pojmowany jako taki.

O zasadności postrzegania istoty precedensu sądowego w taki właśnie sposób ma świadczyć przy tym sam zwrot *ratio decidendi*, który można tłumaczyć jako „powód do podjęcia decyzji” tudzież jako „racja” lub „racjonalne uzasadnienie” dla przyjęcia takiego, a nie innego rozstrzygnięcia w precedensowej sprawie. Z kolei do pojęcia „rozumowania” ma odsyłać łacińskie słowo: *rationibus*, które użyte jest w rozwinięciu zwrotu *stare decisis*, tj. w wyrażeniu *stare rationibus decidendis*.

Podstawowy problemem takiego ujmowania istoty związania precedensowym wyrokiem – jaki można by zwać odpowiednio modelem precedensu z przyczyn(y), rozsądku lub toku rozumowania – leży jednak w samych pojęciach, do jakich się ono odwołuje. Nie

184 Zob. G. Lamond, *op. cit.*, s. 12-14.

wiadomo bowiem, czy termin *reason*, o którym jest w nim mowa, należy rozumieć bardziej abstrakcyjnie czy bardziej konkretnie tudzież czy chodzi tu o jakieś rozwiązania wyidealizowane. W efekcie pod pojęciem *reason* może się kryć zarówno bycie spójnym z dotychczas ustanowionymi precedensami (lub nawet ujmując to jeszcze bardziej ogólnie, z *common law*), jakiś idealny („sztuczny”) rozsądek biorący się ze studiowania i doświadczania prawa przed dłuższy czas, jak i rozsądek samego suwerena. Ponadto za *reason* można by również uznawać powód lub powody, jakie uzasadniały wydanie precedensowego wyroku. Te ostatnie z kolei niekoniecznie muszą równać się temu, co na wyjaśnienie zasadności rozstrzygnięcia obranego w precedensowej sprawie podał sam precedensowy sędzia. To znaczy, że w znacznej mierze czynniki, które doprowadziły do tego, że wyrok precedensowy jest taki, a nie inny, mogą być podświadome, a gdy uświadomione celowo nieujawnione w treści sądowego uzasadnienia (poza byciem nieszczerym sporządzający to uzasadnienie sędzia może się w nim skupiać bardziej na konwencjonalnych argumentach i analizach). W rezultacie do ich ustalenia potrzebne by były też inne zabiegi aniżeli samo wczytywanie się w zawartość precedensowego orzeczenia. To samo dotyczy toku rozumowania, jakim posłużył się sędzia ustanawiający precedens, który – ilekroć chodzi o jego rzeczywistą postać – pozostaje dla osób z zewnątrz, jeśli nie i dla tego sędziego, w znacznym stopniu nieznany¹⁸⁵.

Przy takim pojmowaniu istoty sądowego precedensu powstaje też dość patowa sytuacja wówczas, gdy powody lub tok rozumowania podane przez precedensowego sędziego są w oczywisty sposób błędne – np. w świetle wiedzy empirycznej, zasad logiki lub wiedzy o dotychczas wydanych precedensach i ustawach. Jak bowiem wskazywał A.L. Goodhart, mimo iż powody/argumenty użyte [w uzasadnieniu sądowym] na poparcie obranego w danym wyroku rozstrzygnięcia (znajdująca się w nich logika, analiza poprzednich spraw sądowych, wypowiedzi na temat tła historycznego) były błędne, wyrok ten nie zostaje przez to pozbawiony precedensowego charakteru i mocy wiążącej. Co więcej, wspomniany autor nie widział też w takiej błędności czegoś poważnie złego, twierdząc, że często prawo więcej zawdzięcza słabym sędziom aniżeli silnym, a złe uzasadnienie (ang. *reason*) może nieraz przyczynić się do powstania dobrego prawa. Stąd też zresztą nazwa: *ratio decidendi* [konotacje znaczeniowe, jakie się z nią wiążą/ jakie ona wywołuje] miała być – zdaniem A.L. Goodharta – jedną z najbardziej mylących w prawie angielskim¹⁸⁶.

6.5. Model z analogii

Kolejnym, bardzo zresztą popularnym w Stanach Zjednoczonych, jest pogląd, zgodnie z którym centralną rolę w prawie precedensowym powinny odgrywać nie precedensowe

185 Na temat takiego sposobu ujmowania istoty precedensu sądowego (bycia nim związanym) i problemów z nim związanych zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 48-57, 67-68, 87-88, 93, 108, 151-152; R. Cross, *op. cit.*, s. 79-80; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 75; S. Hanson, *op. cit.*, s. 66; F. Schauer, *Thinking...*, s. 50; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 110-111; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 154, 181; J. Raz, *op. cit.*, s. 184 wraz z przypisem 9; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 174.

186 A.L. Goodhart, *op. cit.*, s. 162-164.

reguły/zasady, lecz rozumowanie przez podobieństwo. To znaczy, że precedens ma wiązać w tych wszystkich sprawach, o których można powiedzieć, że są w istotny sposób wystarczający albo dostateczny sposób podobne (analogiczne, zbliżone) do sprawy precedensowej. O zachodzeniu zaś takiego podobieństwa ma decydować tu nie tylko istnienie punktów zbieżnych między porównywanymi sprawami, ale również brak między nimi istotnych różnic. Przy tym samo to podobieństwo ma się też dawać stopniować, mogąc być w zależności od danego przypadku mniej lub bardziej wyraźne. W konsekwencji mówi się, że dany precedens jest w stosunku do pewnych spraw jak ulał (ang. *on all fours*), i analogia jest oczywista. W innych zaś przypadkach wyraźnie dopuszcza się możliwość dyskusji na temat tego, czy poszczególne podobieństwa (różnice) między sprawą obecnie przez sąd rozstrzyganą a sprawą precedensową są na tyle istotne, by wymuszać jednakowe potraktowanie tych spraw. Co więcej, jeśli jest więcej spraw precedensowych nadających się do zastosowania *per analogiam* w sprawie aktualnie przez sąd rozpoznawanej, powstaje pole do rozważań w przedmiocie tego, do której z takich spraw analogia jest najsilniejsza – zjawisko to określa się tu też mianem tzw. „konkurencji analogii”.

Co jednak chyba najbardziej ważne, brak jest jednej – wspólnej dla wszystkich – koncepcji w przedmiocie tego, co ma decydować o zachodzeniu istotnego (dostatecznego/wystarczającego) stopnia podobieństwa. Nie jest bowiem do końca jasne, czy mają być to: a) kategorie i pojęcia, jakie występują w języku, b) rezultat, jaki jest społecznie lub przez orzekającego sędziego pożądaný w sprawie aktualnie rozpoznawanej, c) argumenty, wartości i „polityki” dające się podnieść w każdej z porównywanych spraw, d) jakaś wspólna dla takich spraw ogólna zasada, e) jakaś wypadkowa wszystkich tych czynników albo to, co dyktuje ludziom jakiś mniej lub bardziej tajemniczy wewnętrzny osąd, intuicja lub wyobrażenia¹⁸⁷.

Uzasadnieniem takiego spojrzenia na prawo precedensowe i zasadę *stare decisis* jest przy tym leżąca u podstawy doktryny wiążącego precedensu zasada sprawiedliwości formalnej, zgodnie z którą: sprawy podobne powinny być rozstrzygane w sposób podobny. Co więcej, wskazuje się tu, że gdyby precedens miał być sprowadzany – tak jak wynika to z *the rule model* – do postaci ogólnej reguły, to ta, by nie pozostawać w sprzeczności z anglosaską praktyką orzeczniczą, musiałaby mieścić w sobie wszystkie wyjątki i ograniczenia od jej zastosowania [jakie później są od niej zgodnie z tą praktyką dopuszczalne, a jakich – przynajmniej gdy mowa o *ratio* wyraźnym – taka reguła nie zawiera]¹⁸⁸. Jakimś dowodem na rzeczywiste stosowanie przez sędziów z obszaru *common law* rozumowań opartych na analogii może jawić się też okoliczność, iż uzasadniając obranie w danej sprawie takiego,

187 Najbardziej skrajnym jest tu chyba stanowisko, zgodnie z którym podobieństwo, od jakiego uzależniony jest wymóg zastosowania precedensu w innej sprawie, polega na tym, iż: a) w sprawie tej występuje identyczna jak w sprawie precedensowej „precyzyjna” kwestia, b) strony i sąd, przed którym toczy się postępowanie, są te same, c) pozostałe elementy stanu faktycznego są co do istoty jednakowe – zob. D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 12.

188 Zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 531, 533.

a nie innego rozstrzygnięcia, potrafią oni nie odwołać się do jakichkolwiek ogólnych reguł czy zasad, poprzestając jedynie na wskazaniu samych tylko precedensów, które [w ich mniemaniu] znajdują w tej sprawie bezpośrednio lub *per analogiam* zastosowanie¹⁸⁹.

Samej zaś tak rozumianej koncepcji stosowania i bycia związanym precedensem sądowym nadaje się czasem nazwę modelu [precedensu] z „konkretnej analogii” (ang. *the model of particular analogy*) w odróżnieniu od modelu precedensu z „analogii totalnej” (tj. analogii z całego prawa). Przy tym przykład tej drugiej ma stanowić omawiana w punkcie kolejnym niniejszego opracowania teoria Ronalda Dworkina¹⁹⁰.

Jak pewnie nietrudno się tego domyślić, przeciwnicy modelu precedensu z analogii zarzucają temu modelowi przede wszystkim brak możliwości prostego i definitywnego stwierdzenia tego, kiedy pomiędzy porównywanymi sprawami zachodzi, a kiedy nie zachodzi istotne podobieństwo. Tym samym w modelu tym mamy mieć do czynienia z brakiem pewności odnośnie do tego, w jakich sprawach określony precedens wiąże, a w jakich jego zastosowanie

189 Zob. G. Marshall, *op. cit.*, s. 513.

190 Na temat analogii w prawie *common law* zob. zwłaszcza: C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 71-79; C.R. Sunstein, *Commentary on Analogical Reasoning*, „Harvard Law Review” 1993, nr 3, s. 745-748, 758-759; W. Huhn, *The Five Types of Legal Argument*, wyd. 2, Durham 2008, s. 42-43, 119-126; L.L. Weinreb, *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005, s. 65-162; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski, A.R. Miguel, *op. cit.*, s. 497; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 1-27; E.H. Levi, *The Nature...*, s. 399-400; E. Sherwin, *A Defense of Analogical Reasoning in Law*, „The University of Chicago Law Review” 1999, t. 66, s. 1179-1183, 1195-1196; S. Hanson, *op. cit.*, s. 31, 66, 217-218; G.C. Christie, *op. cit.*, s. 65-72, 79; S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, „Harvard Law Review” 1996, nr 5, s. 934-936, 949-1028; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 27-41; M.P. Golding, s. 44-49, 102-111; J. White, *Analogical reasoning*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, Malden 1996, s. 583-589; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 9-10, 72-73, 76; R. Cross, *op. cit.*, s. 21-23, 181-186, 195-197; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 26-27, 100-101, 192-196; B.S. Jackson, *op. cit.*, s. 149-150; Z. Bankowski, *Analogical Reasoning and Legal Institutions*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, Dordrecht 1991, s. 203-215; D. Hunter, *Teaching and Using Analogy in Law*, „Journal of the Association of Legal Writing Directors” 2008, t. 2, s. 151-168; F. Schauer, *Thinking...*, s. 44-54, 85-102; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 11-16; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 170-182; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 66-88, 118-120; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 97, 152, 289-290, przypis 1; por. też M. Koszowski, *Bezpieczeństwo a pewność prawa: dwie metody stosowania prawa w ramach Unii Europejskiej*, [w:] *Kategoria bezpieczeństwa w prawnym wymiarze Unii Europejskiej*, red. S.M. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2013, s. 119-122.

W przedmiocie analogii w prawie precedensowym przy założeniu jednak, iż nie jest ona metodą pozwalającą na ustalenie wiążącej części precedensowego wyroku (ponieważ do tego ma wystarczać zinterpretowanie danego takiego wyroku i określenie reguły stanowiącej podstawę zawartego w takimże wyroku rozstrzygnięcia), zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 201-206; R. Cross, *op. cit.*, s. 181-186; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 192-196; por. też D.N. MacCormick, *Legal...*, s. 152-194 oraz D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 205-212.

Odnośnie do modeli teoretycznych, według których może przebiegać rozumowanie *per analogiam* w prawie precedensowym, zob.: M. Koszowski, *Model precedensu z analogii*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 2, s. 46-65; M. Koszowski, *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: dwa ujęcia analogii*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, sectio G (Ius), 2014, nr 2, s. 61-87; M. Koszowski, *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: reguła, konkurencja, poszukiwanie i uzasadnienie dla korzystania z analogii*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2015, nr 4, s. 35-61; M. Koszowski, *Analogical Reasoning in Law*, Newcastle upon Tyne 2019, s. 23-133, 143-169; S. Brewer, *op. cit.*, s. 934-936, 949-1028.

W kwestii typu ludzkiego rozumowania (intuicyjne *versus* racjonalne), za pomocą którego stwierdza się istnienie istotnego podobieństwa w ramach prawniczej analogii, zob. też M. Koszowski, *Bezpieczeństwo...*, s. 126-128, zob. też s. 122-126.

jest co najwyżej dobrowolne. Taki zaś brak konkluzywności i obliczalności będzie szczególnie problematyczny w przypadku tych wszystkich sędziów, którzy nie zgadzają się ze sposobem, w jaki została rozstrzygnięta precedensowa sprawa, dając im możliwość obejścia głównego nakazu, jaki płynie z zasady *stare decisis*.

Ponadto w przypadku tego modelu zwraca się uwagę na ryzyko wydawania czysto intuicyjnych, niedających się racjonalnie wytłumaczyć (uzasadnić) rozstrzygnięć sądowych, które adresatom prawa mogą się jawić jako arbitralne. Poza tym niektórzy wątpią jeszcze w samą możliwość ustalania zachodzenia istotnego/wystarczającego podobieństwa bez pośrednictwa ogólnej reguły [normy]. Posłużenie się zaś w tym celu taką ogólną regułą ma – w ich mniemaniu – powodować, że żadne rozumowanie z analogii nie jest potrzebne do przesądzenia o tym, czy określony precedens znajduje, czy nie znajduje zastosowania w konkretnej sprawie. Do tego ostatniego wystarczające jest wówczas bowiem samo określenie tego, czy występujący w takiej sprawie stan faktyczny podpada, czy nie, pod daną ogólną regułą (normę)¹⁹¹.

Mimo jednak powyższej krytyki taki, oparty na wnioskowaniu przez podobieństwo, sposób stosowania i wyjaśniania fenomenu bycia związanym precedensowym wyrokiem uchodzi często za typowy dla sędziów amerykańskich. To też odróżniać ma tych sędziów od ich kolegów ze Wspólnoty Narodów i Zjednoczonego Królestwa, gdzie – z wyjątkiem Szkocji, w której dominujący zdaje się być model precedensu z zasad¹⁹² – ma przeważać przywiązanie do koncepcji *the rule model*¹⁹³.

Co warto przy tym zauważyć, wyraźnych oznak modelu precedensu z analogii można się również dopatrzeć w samych sposobach definiowania *holding*, jaki można by traktować jako amerykański odpowiednik brytyjskiego *ratio decidendi*. Nader często *holding* jest bowiem postrzegany nie jako ogólna reguła, lecz jako połączenie faktów precedensowej sprawy z jej

191 Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 72-76, 87 i 120; L. Alexander, *op. cit.*, s. 509; por. też R.A. Posner, *The Problems...*, s. 86-98 oraz F. Schauer, *Thinking...*, s. 90-91.

192 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 336.

193 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski, A.R. Miguel, *op. cit.*, s. 498-499; zob. też J.M. Broekman, *op. cit.*, s. 234; E.H. Levi, *The Nature...*, s. 400; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 530-532; R. Cross, *op. cit.*, s. 104-105 wraz z przypisem 1; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 100-101 wraz z przypisem 18.

Choć należy zauważyć, że również na gruncie brytyjskim próbuje się czasem stosować model precedensu z analogii lub do niego podobny – *vide*: pogląd Lorda Halsbury wyrażony w sprawie *Quinn v. Leathem* zinterpretowany przez R. Crossa i J.W. Harrisa (zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 61-63; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 57-59) lub pogląd Lorda Reida wyrażony w sprawie *Kneller v. D.P.P.* [1972], zgodnie z którym nieważne, jak zły lub nieprawidłowy byłby precedens Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów, musi on zostać utrzymany w mocy i znaleźć zastosowanie w sprawach, jakie są rozsądnie podobne (analogiczne) [do sprawy precedensowej], dopóki nie zostanie zmieniony przez Parlament (zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 190, przypis 15).

Dla Australii typowy wydaje się *the rule model*, ewentualnie model precedensu z zasad (zob. S. Rares, *op. cit.*, s. 1, 2 oraz M. Kirby, *op. cit.*, s. 3, 4-5). Również w Kanadzie zdaje się dominować *the rule model* (zob. P.M. Perell, *op. cit.*, s. 4-7).

wynikiem¹⁹⁴. To zaś – w celu określenia zakresu jego zastosowania – automatycznie zdaje się wymuszać sięganie właśnie do rozumowania przez podobieństwo.

Jak się też wskazuje, do odrzucania (tudzież braku recepcji) w Stanach Zjednoczonych koncepcji *the rule model* na rzecz modelu precedensu z analogii oraz modelu precedensu z zasad mieli móc się przyczynić amerykańscy realiści prawni. Ich daleko posunięty sceptycyzm wobec idei sprowadzania spraw precedensowych do łatwo identyfikowalnych ogólnych reguł miał bowiem stanowić zachętę dla tutejszych uczestników studiów prawniczych, prawników praktyków oraz członków judykatury do przywiązywania większej wagi do złożoności stanów faktycznych, jakie miały miejsce w precedensowych sprawach¹⁹⁵. Przy tym spośród poglądów tych realistów szczególnie godne uwagi jawi się w tym względzie stanowisko profesora Oliphanta, który zakładając, że ma się liczyć to, co sędzia robi, a nie to, co mówi, że robi, twierdził, iż to nie pochodzące od sędziego uzasadnienie (jego wokalne zachowanie), ale sam sposób, w jaki – zastymulowany faktami konkretnej sprawy (w reakcji na nie) – rozstrzygnął on sprawę, jest tu istotny. W konsekwencji – jak interpretuje takie podejście A.L. Goodhart – sędziowie sporządzający uzasadnienie [w pozostałym zakresie] będą tracili tylko swój i nasz czas¹⁹⁶.

Ponadto trzeba tutaj zaznaczyć, iż możliwe wydaje się również syntetyczne łączenie idei modelu precedensu z analogii z ideą *the rule model*. Wówczas też wymóg zastosowania precedensu w jakiejś sprawie byłby uzależniony nie od jednego, ale od dwóch czynników: a) tego, czy sprawa ta jest objęta regułą precedensu/ podpada pod taką regułę (zwaną *ratio* albo

194 Tak np. S.J. Burton zdecydowanie odróżnia ogólne reguły [wyrażone w precedensowym wyroku], określając je mianem *a broad holding (a ruling)*, od *a narrow holding*, który następnie nazywa: *holding*. Przy tym ten ostatni ma – zdaniem tego autora – składać się z podsumowującego wskazania istotnych faktów, jakie były specyficzne dla precedensowej sprawy, oraz konsekwencji prawnych, jakie zostały tym faktom przypisane. To też wyłącznie *a narrow holding* ma według S.J. Burтона uchodzić za wiążącą część precedensu; *a broad holding (ruling)* w zakresie, w jakim nie pokrywa się z *a narrow holding*, ma zaś stanowić tylko niewiążące *dicta* (zob. S.J. Burton, *op. cit.*, s. 37, 38, 60). Podobnie *holding* w znaczeniu wąskim zdają się też pojmować L.L. Weinreb i Ch.R. Calleros. Jako taki *holding* traktują oni mianowicie odpowiednio: a) coś, co znajduje zastosowanie tylko w stanie faktycznym sprawy precedensowej (ewentualnie stanach faktycznych, jakie się od tego stanu znacząco nie różnią), b) rozstrzygnięcie kwestii prawnej, jaka była obecna w precedensowej sprawie, ograniczone do istotnych faktów tej sprawy. *Holding* w znaczeniu szerszym – zdaniem L.L. Weinreba – ma znajdować natomiast zastosowanie również w innych, nawet znacznie różniących się od precedensowej sprawy, kategoriach spraw (zob. L.L. Weinreb, *op. cit.*, s. 143 oraz Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 111). Także R.S. Summers wydaje się postrzegać *holding* w ujęciu wąskim jako połączenie okoliczności faktycznych sprawy precedensowej wraz z wynikiem tej sprawy, definiując go jako: *the bare decision on the facts of the case* (zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 384). Ogólne reguły, jakie zostały podane przez sędziego ustanawiającego precedens jako podstawa wydanego przez niego rozstrzygnięcia, używając w stosunku do nich określenia *ratio decidendi*, zdaje się również odróżniać od *holding*, przez który rozumie decyzję, jaką sędzia ten podjął w precedensowej sprawie, K.N. Llewellyn (zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 42, 43).

Dość ciekawym w kontekście relacji, w jakiej pozostaje *holding* do *ratio decidendi* oraz *obiter dictów*, jest też stanowisko, zgodnie z którym najbardziej autorytatywny (mający największą moc) jest *holding*, po nim *ratio decidendi*, następnie *judicial dicta*, a na końcu *obiter dicta* (zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 68).

195 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, L. Morawski, A.R. Miguel, *op. cit.*, s. 494, 498-499.

196 Zob. A.L. Goodhart, *op. cit.*, s. 168-169.

ewentualnie *holding*), oraz b) tego, czy sprawa ta jest w stopniu wystarczającym (istotnym, dostatecznym) podobna do sprawy precedensowej¹⁹⁷. Na taki dwojaki sposób stosowania prawa precedensowego zdają się zresztą wskazywać liczne wypowiedzi zarówno z obszaru Stanów Zjednoczonych, jak i z obszaru Wielkiej Brytanii.

Tak na tle amerykańskiej doktryny precedensu wspomnieć wypada tu choćby konstatację W. Huhna oraz zrównany z nią wywód M.D. Murraya i Ch.H. DeSanctis, iż przestrzeganie precedensu [sądowego] polega na stosowaniu w danej sprawie reguły precedensu za pomocą analogii¹⁹⁸. Na gruncie zaś Zjednoczonego Królestwa podobnie wydają się uważać Z. Bankowski, D.N. MacCormick i G. Marshall, którzy, mimo iż co do zasady zdają się opowiadać za *the rule model*, w pewnym momencie ni stąd, ni zowąd oznajmiają, że rozumowanie *from case to case* (od jednej sprawy do drugiej) odbywa się drogą analogii i selekcji tego, co ma zostać uznane za istotnie podobne w różnych sytuacjach faktycznych¹⁹⁹. Najbardziej znamienne pozostaje tu jednak, poczynione względem Wielkiej Brytanii przez R. Crossa i J.W. Harrisa, objaśnienie, zgodnie z którym proces stosowania precedensu sądowego w konkretnej sprawie przebiega w następujący sposób:

- na etapie pierwszym – dochodzi do spostrzeżenia tego, że między sprawą precedensową a sprawą, jaka oczekuje na sądowe rozstrzygnięcie, zachodzi podobieństwo;
- na etapie drugim – określa się zawartość reguły stanowiącej *ratio decidendi*;
- na etapie trzecim i ostatnim – podejmuje się decyzję odnośnie do tego, czy zastosować *ratio decidendi*, którego treść została ustalona na etapie drugim, w sprawie aktualnie rozpoznawanej przez sąd.

197 Przy tym od opisanego w rozdziale V *distinguishing* – który na ogół dopuszcza się również w razie obrania koncepcji *the rule model* – niniejszą koncepcję różniłoby to, że w przypadku *the rule model* precedens wiąże we wszystkich sprawach mieszczących się w zakresie zastosowania *ratio decidendi*, które ewentualnie później, poprzez wykazanie specyfiki którejś z tych spraw na tle sprawy precedensowej, może być niezastosowane. Ciężar argumentacji co do tej specyfiki będzie spoczywać tu też na tym, kto się na tę specyfikę powołuje. Natomiast w przypadku łączenia modelu precedensu z analogii z ideą precedensowej reguły ustalenie tego, czy dana sprawa podpada pod taką regułę, jak i stwierdzenie tego, czy sprawa ta jest w wystarczającym stopniu podobna do sprawy precedensowej, będą się odbywać niejako jednocześnie.

198 Zob. W. Huhn, *op. cit.*, s. 119 („When we follow a previous case, we apply the rule of the previous case by analogy to the case at hand”) oraz M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 72 („If the facts of the earlier case are similar to your own case, then the application of the rule to those fact is likely to work the same way as in your case, and the earlier case can control the outcome of your case. But if the facts in the case you are examining are significantly different (or at least there are legally significant differences), then the application of the rule to the facts of the earlier case does not necessarily predict how the rule should work in your case. In this situation, the case is referred to as inapposite, and it will not control your case”).

Zdaniem też M.D. Murraya i Ch.H. DeSanctis *holding* jest połączeniem (kombinacją) reguł oraz dyskusji na temat tego, jak te reguły zostały zastosowane do „stosownych” okoliczności faktycznych precedensowej sprawy, prowadząc do zapadłego w tej sprawie rozstrzygnięcia. W efekcie – w ocenie tych autorów – mają się tu dać wyróżnić trzy elementy: a) reguły, jakie zostały zastosowane w precedensowej sprawie, b) „stosowne” tudzież istotne (relevantne) fakty tej sprawy, c) samo to, jak reguły, o których mowa w lit. a, zostały zastosowane do faktów, o których mowa w lit. b, by sprawa precedensowa miała taki, a nie inny rezultat – zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 49.

199 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 347.

Przy tym w opinii R. Crossa i J.W. Harrisa rozumowanie z analogii ma być obecne zarówno na etapie pierwszym, jak i na etapie trzecim, podczas którego określa się, czy podobieństwo pomiędzy sprawą precedensową a sprawą obecnie rozstrzyganą, jakie zostało zauważone na etapie pierwszym, jest na tyle wystarczające (istotne), by uzasadniało zastosowanie *ratio* również w tej drugiej sprawie. Co więcej, w ocenie tych autorów w całym tym procesie w wyniku korzystania z analogii ma istnieć możliwość rozszerzenia lub zwężenia reguły, na podstawie której doszło do rozpoznania sprawy precedensowej²⁰⁰.

Na marginesie przy omawianiu modelu precedensu z analogii warto też zaznaczyć, że w razie jego przyjęcia za *obiter dicta* będą uznawane głównie propozycje – pochodzące od sędziego, który ustanowił precedens – rozstrzygnięcia innych stanów faktycznych niż stan faktyczny sprawy precedensowej. Te są tu bowiem *ex definitione* niewiążące²⁰¹.

6.6. Teoria Ronalda Dworkina

Jeszcze bardziej wysublimowany – niż przedstawione dotychczas – sposób spojrzenia na istotę prawa precedensowego i metodę jego stosowania stanowi teoria zaproponowana przez Ronalda Dworkina. Autor ten już na wstępie odrzuca możliwość sprowadzenia poszczególnych precedensów do ogólnych reguł [*rationes decidendi*] mających swoją postacią przypominać reguły prawa ustawowego (do których zastosowania wystarcza jedynie ich należyte zinterpretowanie zgodnie z wypracowanymi technikami wykładni tekstów prawnych). Zamiast tego – w myśl teorii R. Dworkina – stanowiący personifikację idealnego sędziego funkcjonującego w systemie prawnym typu *common law* Herkules powinien dążyć do powiązania z każdym z precedensów jakiejś zasady. Zasada, o której tu mowa, z definicji nie ma być jednak zasadą, która została podana w sądowym uzasadnieniu, lecz zasadą, która najlepiej uzasadnia sposób, w jaki została rozpoznana precedensowa sprawa. Taka też zasada ma sprawiać, że dany precedens zaczyna posiadać pewną szczególną grawitacyjną moc, która to moc – nawet jeśli nie mieści się to w „językowych” granicach wyrażen użytych w uzasadnieniu precedensowego wyroku – oddziałuje na rozpoznawanie innych spraw w przyszłości.

Nie wystarczy tu jednak, aby wspomniana wyżej zasada wyjaśniała, i to nawet najlepiej, rozstrzygnięcie zawarte w danym precedensie. Od niej wymaga się bowiem czegoś znacznie więcej. Mianowicie powinna ona pasować do (być spójna z nimi) wszystkich innych precedensów oraz postanowień prawa stanowionego postrzeganych jako egzemplifikacja jakiejś

200 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 181-186 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 192-196.

Odnośnie do łączenia założeń modelu precedensu z analogii z ideą precedensowych reguł, na jakiej opierał się *the rule model*, zob. też: Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 56-57, 110-111; R.J. Aldisert, *op. cit.*, s. 12-14; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 181, 184-185, 186-187, 198, 222; S. Hanson, *op. cit.*, s. 31, 71, 218; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 38-51; B.S. Jackson, *op. cit.*, s. 148-149; R. Cross, s. 39-41; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 43-45.

Na temat związku analogii (szukania istotnych różnic i podobieństw) z regułami/standardami w prawie typu *common law* zob. C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 71-72 i 77-78.

201 Zob. S. Hanson, *op. cit.*, s. 78.

zasady. Do tego zaś potrzebne jest, po pierwsze, zbudowanie tych wszystkich innych zasad, a po drugie, zrobienie tego w taki sposób, by pomiędzy tymi wszystkimi innymi zasadami zachodziła koherencja – i to niezależnie od tego, na jakim poziomie w hierarchii źródeł prawa się one znajdują oraz jaki mają stopień generalności (abstrakcyjności). Te mogą być tu bowiem różne. W szczególności precedensy, za którymi mają stać wyjaśniające je zasady, mogą być ustanowione przez sądy różnej instancji, a akty prawa stanowionego mogą być wyższego i niższego rzędu, jak np. [pisana] konstytucja i podporządkowane jej ustawy.

Ponieważ też zbudowanie tak dużej liczby koherentnych i hierarchicznie uporządkowanych zasad jest przedsięwzięciem olbrzymich rozmiarów, wymagającym nadzwyczajnych umiejętności, stąd ma pochodzić nazwa „Herkules” dla mogącej sprostać takiemu wyzwaniu osoby idealnego sędziego.

By uczynić to, będące ponad ludzkie siły, zadanie nieco łatwiejszym, R. Dworkin złagodził jednak nieco wymogi, jakie mają spełniać tego rodzaju zasady, udzielając przy tym jeszcze innych wskazówek mających stanowić pomoc przy ich konstruowaniu.

Po pierwsze przy tworzeniu zbioru koherentnych zasad Herkules nie ma być – tym bardziej bezwzględnie – związany treścią argumentów, jakie sędzia ustanawiający precedens podał na uzasadnienie wydanego przez siebie wyroku. Argumenty te mają być tu bowiem brane pod uwagę tylko *prima facie* (wstępnie), bez rzutowania już na to, jaka waga zostanie im ostatecznie przypisana. Co więcej, w przypadku ustaw Herkules nie ma się kierować „politykami”, które określają to, jakie zbiorowe potrzeby/cele (o charakterze ekonomicznym) zostaną zaspokojone/zrealizowane. Tak pojmowane polityki, zdaniem R. Dworkina, nie powinny mianowicie w ogóle posiadać mocy grawitacyjnej, pozostając wyłącznie w gestii ustawodawcy, który ma posiadać w ich definiowaniu spory zakres decyzyjności i dyskrekcji.

Po drugie, co wydaje się ważniejsze, Herkules jest zwolniony z obowiązku dążenia do absolutnej (totalnej) koherencji pomiędzy wszystkimi precedensami i postanowieniami prawa stanowionego. Uzyskanie takiej koherencji, z racji iż te precedensy i postanowienia pochodzą od ludzi mniej od niego uzdolnionych oraz różniących się w swoich poglądach, byłoby bowiem – nawet przy jego niesamowitej wyobraźni – zadaniem niewykonalnym (skonstruowane przez niego zasady, by być optymalne, nie mogą przecież wprowadzać arbitralnych dystynkcji ani być nieprzekonujące). W konsekwencji więc tego Herkules może potraktować niektóre z wcześniejszych decyzji sądowych i pozostających w mocy rozwiązań legislacyjnych jako pomyłkę.

Powyższe nie prowadzi jednak do wniosku, że ze swojego prawa do kwalifikowania niektórych precedensów sądowych i postanowień prawa stanowionego jako błędne Herkulesowi wolno czynić nadmierny użytek. Wprost przeciwnie powinien on opracować jakąś teorię, która w tym względzie nałoży na niego pewne ograniczenia, w tym będzie mieścić w sobie domniemanie, że im mniej precedensów i postanowień prawa stanowionego zostało uznanych za błędne, tym lepiej. Ponadto pomocą w tym, co uznać za błędne, ma służyć sędziemu

Herkulesowi okoliczność, czy określony wyrok sądowy lub przepis prawa stanowionego nie spotkał się z krytyką/ubolewaniem. To samo dotyczy zresztą bycia przez taki wyrok/przepis niesprawiedliwym (niesłusznym) w świetle wyobrażenia o tym, co jest sprawiedliwe, panującego w danej społeczności.

Jeśli też nawet, zgodnie z tym, co zostało wyżej powiedziane, Herkules zakwalifikuje jakieś precedensy sądowe czy przepisy prawa stanowionego jako pomyłkę, nie oznacza to wcale, że te automatycznie tracą jakiegokolwiek znaczenie. Otóż w przypadku gdy teoria opracowana przez Herkulesa nie będzie zakładać inaczej, takie precedensy i przepisy pozbawione są wówczas jedynie „mocy grawitacyjnej”, zachowują natomiast przymiot obowiązki (swoją „autorytet”). W efekcie też nie mogą one oddziaływać poza to, co z nich wyraźnie wynika [ale w zakresie tego, co z nich wyraźnie wynika, jak należy sądzić, oddziałują lub przynajmniej mogą oddziaływać].

Po zbudowaniu całego agregatu hierarchicznie uporządkowanych spójnych zasad sędzia Herkules – jak należy zakładać – przechodzi do rozstrzygnięcia przedłożonej mu sprawy. Przy tym wydając w tej sprawie wyrok, kieruje się on tą zasadą lub zasadami, jakie znajdują w tej sprawie zastosowanie [w przeciwnym razie budowanie takiego agregatu zasad nie miałyby sensu]. Tak zaś wydany wyrok, uzasadniająca go zasada, jest uwzględniany – poza pozostałymi wyrokami i postanowieniami prawa stanowionego, stojącymi za nimi zasadami – przy rozpoznawaniu przez niego spraw kolejnych, tj. zgodnie z opisywaną dotychczas procedurą.

Na uzasadnienie obrania właśnie takiej teorii jak naszkicowana powyżej R. Dworkin odwołuje się do względów słuszności, jakie manifestują się w obowiązku traktowania spraw podobnych w sposób podobny. Takie też względy mają stanowić, w jego opinii, wyjaśnienie, kluczowej dla wysuniętej przez niego propozycji, idei „mocy grawitacyjnej” poszczególnych precedensów i postanowień prawa stanowionego, w tym i – co notabene wydaje się stanowić jakąś niekonsekwencję – odmawiania takiej mocy, realizowanych poszczególnymi ustawami, „politykom”. „Polityki” te mają bowiem, zdaniem R. Dworkina, nie wymagać zachowania w ich stosowaniu aż takiej konsekwencji, jaką uzyskuje się dzięki zasadom, a ich określanie należy do legislatury²⁰².

Pozostawiając poza ramami niniejszego opracowania krytykę – zresztą z samego swojego założenia utopijnej i tak naprawdę nie wiadomo po co wysuniętej²⁰³ – teorii R. Dworkina²⁰⁴, warto tutaj jednak zauważyć, iż postulowany przez nią sposób spojrzenia na istotę prawa precedensowego wydaje się bardzo zbliżony do modelu precedensu z zasad (opisanego w pkt 6.2.

202 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).

203 Od samego początku Herkulesem miał być przecież sędzia wymagany u normalnego człowieka możliwościach analitycznych.

204 W przedmiocie takiej krytyki zob. np.: L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 89-98 oraz 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; por. też J. White, *op. cit.*, s. 586-587, 588, 589 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 68-69.

niniejszego rozdziału tego opracowania). Teorię R. Dworkina różni od tego modelu właściwie tylko to, że zasady stojące za poszczególnymi precedensowymi wyrokami są w niej budowane w bardzo skomplikowany sposób.

Nie brak jest również zdań, według których sposób, w jaki postępować ma tu sędzia Herkules, opiera się głównie na rozumowaniu *per analogiam*, co z kolei wskazywałoby na jakieś pokrewieństwo z modelem precedensu z analogii (zob. pkt 6.5. niniejszego rozdziału tego opracowania)²⁰⁵.

6.7. Model z kwestii prawnej

Jeszcze innym niż *the rule model* i model precedensu z analogii ujęciem istoty sądowego precedensu wydaje się ujęcie, o jakim mówią D. McFadzean i G. Ryan. Według tych autorów *ratio decidendi* to kwestia prawna (ang. *the point of law* lub *the question of law*), jaka „doprowadziła” do decyzji sądowej. Stąd by precedens mógł znaleźć zastosowanie w konkretnej sprawie, kwestia prawna, jaka występuje w tej sprawie, musi być identyczna (tudzież podobna) z kwestią prawną, jaka była obecna w sprawie precedensowej. W efekcie decydujące mają być tu nie okoliczności faktyczne, jakie wystąpiły w sprawie precedensowej i sprawie obecnie przez sąd rozpoznawanej, lecz – co nie jest już jednak takie jasne w świetle takiego jak wspomniany sposobu definiowania *ratio decidendi* – pojawiające się w tych sprawach kwestie prawne rozstrzygane w relacji do takich okoliczności²⁰⁶.

6.8. Model naturalny

Na zakończenie omawiania możliwych sposobów ujmowania istoty precedensu sądowego (rozumowania na podstawie takiego precedensu) warto wskazać jeszcze na tzw. model naturalny (ang. *the natural model*). Zgodnie z tą koncepcją poprzednio wydane wyroki sądowe traktuje się na równi z innymi faktami (czynnikami, informacjami), które każdorazowo orzekający sędzia powinien brać pod rozwagę przy rozpoznawaniu przedłożonej mu sprawy. Tym samym

205 Tak np. J. Raz wypowiada się o teorii R. Dworkina jako o najbardziej ekstremalnym przypadku całkowitej wiary w analogię – widząc w tej teorii kierowany do sędziów nakaz rozstrzygnięcia wszystkich spraw sądowych na podstawie „totalnej analogii” do wszystkich istniejących reguł prawa stanowionego i reguł *common law* (zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 205-206, przypis 19). Podobnie wydaje się też uważać C.W. Maris, który, omawiając teorię R. Dworkina, używa nazwy: *super analogia iuris* (zob. C.W. Maris, *op. cit.*, s. 81). J. White postrzega z kolei koncepcję R. Dworkina jako rodzaj teorii normatywnej, koncentrującej się – w odróżnieniu od tradycyjnej analogii – na zasadach i standardach prawa (zob. J. White, *op. cit.*, s. 586-587), a M.J. Gerhardt jako teorię precedensu skoncentrowaną na sędzim, który w trudnych przypadkach (ang. *hard cases*) kuje konkretne – gdy jest ono sporne – rozumienie tego, czego prawo wymaga, starając się w tym procesie znaleźć moralną zasadę, jaka zapewnia najlepsze wyjaśnienie sposobu, w jaki zostały rozpoznane poprzednie przypadki (zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 66).

206 Zob. D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 75-76.

Autorzy ci są jeszcze mniej zrozumieli, a przy tym niekonsekwentni, kiedy utożsamiają *ratio decidendi* z powodem (ang. *the reason for the decision in the case*) oraz zasadą, na podstawie której została rozstrzygnięta precedensowa sprawa. Takie utożsamianie zbliżałoby bowiem sposób, w jaki ujmują oni istotę precedensu, raz do modelu z przyczyn, a raz do modelu z zasad (ewentualnie do *the rule model*) – zob. D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, odpowiednio s. 76 oraz 82.

to, jak zostały rozstrzygnięte przez sądy poszczególne sprawy sądowe w przeszłości, wpływa tu na orzekanie w sprawach obecnych nie w sposób prawnie wiążący, lecz w sposób „naturalny”. Przy tym dla takiego wpływania decydujący ma być rozsądek wyrokującego sędziego, który wymuszać ma na tym sędzim uwzględnienie – poza innymi czynnikami – również tego, w jakim stopniu rozstrzygnięcie, jakie wyda w zawisłej sprawie, naruszy uzasadnione oczekiwania, zarówno stron postępowania, jak i reszty społeczeństwa, odnośnie do przewidywanej (prognozowanej) treści tego rozstrzygnięcia. Te oczekiwania są bowiem o tyle istotne, iż od ich poszanowania zależy możliwość planowania i koordynacji działań podejmowanych przez obywateli, a także i sama realizacja zasady równego traktowania.

To jednak, co miało stanowić główną zaletę modelu naturalnego, czyli możliwość podjęcia przez sędziego formalnie nieskrępowanej i w związku z tym optymalnej merytorycznie decyzji, równocześnie będzie dostarczać powodu do jego krytyki ze strony tych wszystkich, którzy nie mogą wyobrazić sobie prawa *common law* bez instytucji prawnie wiążących precedensów. Ponadto modelowi temu można wytknąć niewielką zdolność do zapewniania prawu pewności (przewidywalności), a także brak po stronie przeciętnych sędziów wiedzy i umiejętności niezbędnych do jego prawidłowego funkcjonowania w praktyce. Poza tym mający skutkować pewnym oddziaływaniem wyroków wydanych w przeszłości na wyroki wydawane obecnie, względem zasady równego traktowania ma być tu wątpliwy z moralnego punktu widzenia, tj. ilekroć prowadziłby on do rezygnacji z podjęcia w danej sprawie decyzji, jaka byłaby moralnie właściwa²⁰⁷.

207 Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 32-39, 43-49 oraz L. Alexander, *op. cit.*, s. 505-506. Na tle zestawiania modelu naturalnego z *the rule model*, na temat – chyba nie do końca rozstrzygalnego – dylematu sędziego odnośnie do tego, czy w rozpoznawanej sprawie zastosować ogólnie dobrą (prawidłową) regułę prawa, ale akurat w tej sprawie prowadzącą do złego (nieprawidłowego) rezultatu, czy też rozstrzygnąć taką sprawę dobrze (w sposób prawidłowy), ale wbrew takiej regule, zob. L. Alexander, *op. cit.*, s. 510; zob. też L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 15-18, 115 oraz F. Schauer, *Playing...*, s. 77-85, 100-102, 135-166.

Nieco podobnie do tego, co zakłada się w naturalnym modelu precedensu, patrzą na proces podejmowania decyzji sądowej w oparciu o prawo precedensowe osoby z kręgu amerykańskich realistów prawnych. Ich bowiem zdaniem sędzia, jeśli tylko będzie chciał, to i tak w jakiś sposób ominie „wiązące” go precedensy i rozstrzygnie przedłożoną mu sprawę po swojej myśli. Przy tym wymowne są, przytaczane już w niniejszym opracowaniu, słowa K.N. Llewellyna, iż w doktrynie [wiązącego] precedensu przeszłość wiąże tylko głupiego, nieumiejętnego sędziego, umiętny bowiem sędzia ma tu nóż w ręku i [zawsze] może się od tej przeszłości [za jego pomocą] uwolnić (zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 70). Również sama praktyka, a więc to, co sądy rzeczywiście robią, a nie mówią, że robią, ma w ocenie realistów potwierdzać słuszności ich tezy. Przeciwno takiemu sceptycyzmowi realistów prawnych (i im podobnych) wysuwa się jednak dość trudny do zbilowania kontrargument, mianowicie iż sędziowie nie byłiby zdolni do aż tak daleko posuniętej hipokryzji [w sensie rozbieżności w zakresie tego, co robią, z tym, co mówią, że robią]. Na poparcie tego kontrargumentu wskazuje się przy tym na okoliczność, iż nieraz ma się zdarzać, że w treści uzasadnień sądowych to nie kto inny jak właśnie sami sędziowie narzekają na to, iż zmuszeni są wydać wyrok, jaki będzie pozostawał w zgodzie z precedensem, z którego zawartością się osobiście nie zgadzają, i w razie jego braku rozstrzygnęliby zawisłą przed nimi sprawę zgoła inaczej – zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 47-51; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 49-52; L. Alexander, *op. cit.*, s. 510; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 145-146, 159; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 93-94; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 347-348; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 401-403; zob. też. R.A. Posner, *The Problems...*, s. 86-98; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 2-3. Na temat kierunku filozoficzno-prawnego, jakim był amerykański realizm prawny, zob. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX I XX wieku*, wyd. 2, Kraków 1999, s. 96-103 oraz J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 526-545.

7. A case of first impression (sprawa jeszcze nierozpoznana)

Według zasady *stare decisis* sędzia zobowiązany jest rozpoznać przedłożoną mu sprawę w zgodzie z dotychczas ustanowionymi – na skutek rozpoznania innych spraw w przeszłości – precedensami. Obowiązek ten z oczywistych względów nie może dotyczyć jednak spraw, dla których brak jest wiążącego precedensu, a więc tzw. *cases of first impression* (spraw jeszcze nierozpoznanych). Automatycznie powstaje więc pytanie: czym – w doktrynie wiążącego precedensu – powinien się w takich sprawach kierować orzekający w nich sędzia²⁰⁸.

Jako jedno z możliwych rozwiązań podaje się tutaj, iż sędzia, któremu przyjdzie orzekać w sprawie jeszcze nierozpoznanej, może zastosować *ratio decidendi* pochodzące z precedensu ustawionego w sprawie do tej sprawy podobnej. Przy tym w praktyce bardzo mało ma być takich spraw, w których nie można by rozstrzygnąć na podstawie podobieństwa do którejś ze spraw precedensowych, choćby drogą odległej analogii²⁰⁹. Pewien problem powstaje jednak wówczas, gdy *per analogiam* daje się zastosować w *a case of first impression* więcej aniżeli jeden precedens (jedno *ratio decidendi*) i trzeba dokonać w tym względzie wyboru. Sporna – zwłaszcza u zwolenników *the rule model* – jest również sama kwestia tego, czy w ogóle, a jeśli tak, to w jakim stopniu, sędzia zobligowany jest w takiej sprawie korzystać z rozumowań opartych na analogii²¹⁰. Notabene mówi się też czasem, iż wydanie orzeczenia na podstawie sposobu (stojącego za nim rozumowania), w jaki została rozstrzygnięta jakaś sprawa precedensowa, której okoliczności faktyczne różnią się od okoliczności faktycznych sprawy aktualnie rozpoznawanej, nie jest przestrzeganiem precedensu (ang. *following*), lecz jego (za)stosowaniem (ang. *applying*)²¹¹.

Poza próbą zastosowania drogą analogii jakiegoś wiążącego precedensu przed sędzią, któremu przyjdzie zmierzyć się ze sprawą jeszcze nierozpoznaną, stoi szereg innych jeszcze

W przedmiocie stanowiska, zgodnie z którym wszechobecna rola ocen w stosowaniu i powoływaniu się przez sędziów i pełnomocników procesowych stron na precedensy sądowe nie musi pociągać za sobą jakiegos sceptycyzmu i zupełnej nieprzewidywalności, zob. też M.P. Golding, *op. cit.*, s. 133-137.

208 Zwrot: *a case of first impression* dosłownie należałoby tłumaczyć jako „sprawę pierwszego wrażenia”. Ponieważ jednak takie tłumaczenie wydaje się rodzic – u polskiego odbiorcy – niezbyt pożądane intuicje znaczeniowe i skojarzenia, lepiej oddające istotę rzeczy wydaje się tu wyrażenie „sprawa jeszcze nierozpoznana”. Trzeba jednak pamiętać, że w przypadku sprawy tego typu nie chodzi bynajmniej o sprawę jeszcze nierozstrzygniętą przez sąd, który w niej aktualnie orzeka, a więc sprawę „bieżącą”, zawiśłą, obecnie/aktualnie rozpoznawaną tudzież oczekującą na rozstrzygnięcie, lecz o rodzaj sprawy, w którym nie doszło jeszcze do wydania wyroku przez sąd władny do ustanawiania wiążących precedensów.

209 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 21, 195 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 26, 204.

Co do przykładów na stosowanie w *cases of first impression* poprzez analogię precedensów niemających w tych sprawach bezpośredniego zastosowania zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 387-388.

210 Zob. L. Alexander, *op. cit.*, s. 503-505; R. Cross, *op. cit.*, s. 176, 186; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 187, 196; G. Lamond, *op. cit.*, s. 19; A.L. Goodhart, *op. cit.*, s. 180-181, przypis 73; L.L. Weinreb, *op. cit.*, s. 98-99; D. Hunter, *op. cit.*, s. 153; por. też M.P. Golding, *op. cit.*, s. 134; J. Raz, *op. cit.*, s. 199, 202, 206 i P.M. Perell, *op. cit.*, s. 8.

W przypadku obrania modelu precedensu z analogii o sprawach jeszcze nierozpoznanych moglibyśmy mówić w stosunku do spraw, które nie pozwalają się uznać za istotnie (w wystarczającym/dostatecznym stopniu) podobne do którejś ze spraw precedensowych.

211 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 22-23; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 27; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 85. Terminologia ta nie jest jednak powszechnie stosowana – zob. np. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 81.

możliwości. Po pierwsze może on skorzystać z propozycji reguły, jaka została sformułowana w *obiter dictach* któregoś z dotychczas ustanowionych precedensów, tudzież posłużyć się *ratio* z precedensu lub przepisem prawa stanowionego, jakie nie są dla niego wiążące (np. precedensu ustanowionego przez sąd niższego od niego rzędu lub sąd z innej jurysdykcji/innego państwa)²¹². Po drugie może on uciec się do jakiegoś niebędącego prawem obowiązującym zwyczaju²¹³, poglądów przedstawicieli nauki prawa (opinii akademików)²¹⁴, podstawowych zasad prawa

212 Obecnie w Stanach Zjednoczonych toczy się burzliwa debata – włączając w to sędziów Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych – nad wprowadzeniem zakazu powoływania się w postępowaniu przed sądami na prawo obce, w tym obce precedensy sądowe (zwłaszcza pochodzące od sądów spoza krajów z rodziny *common law*). Przy tym, jak się okazuje, za ustanowieniem takiego zakazu można podnieść wiele – dość przekonujących – argumentów.

Tak po pierwsze wskazuje się tu na konieczność ograniczenia liczby i rodzajów materiałów, na jakie wolno się powoływać przed sądami – tak aby uniknąć przygniecenia sędziów i prawników nadmiarem pracy. Po drugie zwraca się uwagę na trudności z samym dostępem do obcych orzeczeń sądowych i problemy z ich prawidłowym zrozumieniem. Po trzecie z racji iż w praktyce tego rodzaju orzeczeń sędziowie mają szukać już po powzięciu decyzji odnośnie do sposobu rozstrzygnięcia przedłożonej im sprawy, podnosi się, że orzeczenia te stanowią jeszcze jedną z zasłon, „sądowych listków figowych” (ang. *judicial fig-leaving*) dla w gruncie rzeczy politycznych decyzji, a takich zasłon jest już w Stanach Zjednoczonych wystarczająco dużo. Po czwarte przestrzega się tu przed groźbą „wyścigu zbrojeń” przejawiającego się w tym, że gdy jeden z członków wieloosobowego składu orzekającego powoła się na jakieś obce orzeczenie, to drugi, jeśli się z nim nie zgadza co do mającego zapaść w rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcia, czuje się zobligowany do podania na poparcie swojego stanowiska jakiegoś innego przeciwstawnego obcego orzeczenia. W efekcie też mimo włożenia większego wysiłku nie dojdzie [wcale] do wydania merytorycznie lepszego wyroku [a jedynie straty czasu po stronie orzekających sędziów]. Po piąte nie bez znaczenia ma być tutaj również to, że orzeczenia pochodzące od sędziów z innych krajów zostały wydane w innym kontekście: społecznym, politycznym, historycznym i instytucjonalnym, co do którego orzekający w Stanach Zjednoczonych sędzia nie posiada stosownej wiedzy [pozwalającej mu na prawidłowe zrozumienie takich orzeczeń]. Co więcej, nadmienia się, że tak jak pies szczeka bardziej zażarcie, kiedy jest za płotem, tak sędziowie z innych krajów są bardziej odważni i mniej ostrożni z tego powodu, iż są świadomi tego, że nie dysponują taką władzą jak ich amerykańscy koledzy, zwłaszcza ci zasiadający w Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych (w tym są świadomi tego, że ich orzeczenia wydane w prawie konstytucyjnym mogą być zmienione na drodze legislacyjnej jakąś kwalifikowaną większością głosów bez konieczności spełnienia już dalszych wymogów, z którymi mamy do czynienia w przypadku uchylania na takiej drodze precedensów ustanowionych w prawie konstytucyjnym w Stanach Zjednoczonych). Po szóste leżące u podłoża praktyki powoływania się na obce precedensy sądowe założenie, iż sędziowie razem tworzą jakąś kosmopolityczną wspólnotę wiedzy i sumienia, ma budzić zastrzeżenia pod względem tego, czy nie jest ono aroganckie wobec narodu amerykańskiego – któremu chce się tu narzucić kosmopolityczne wartości, i to jeszcze podpierając się w tym celu zapisami osiemnastowiecznej konstytucji. Ponadto przytaczanie obcych precedensów ma się jawić również jako niedemokratyczne. Sędziowie amerykańscy pochodzą bowiem często z wyborów albo ich mianowanie zatwierdzone jest przez demokratycznie wybrane instytucje, jak Prezydent czy członkowie Senatu, co niekoniecznie musi się pokrywać ze sposobami wyłaniania sędziów w innych krajach; abstrahując już od tego, że – jak się wskazuje – „wydarzenia wyborcze” za granicą nie są wydarzeniami w demokracji amerykańskiej.

Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 79-80; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 348-353; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 168, 315, przypis 120. Możliwość powoływania się na zagraniczne materiały ma być sporna również w Australii – zob. M. Kirby, *op. cit.*, s. 12-13.

213 Odnośnie do zwyczaju jako źródła prawa w Zjednoczonym Królestwie zob. pkt 2. rozdziału VII części I niniejszego opracowania.

214 W przypadku Wielkiej Brytanii wskazuje się jednak, że tutejsi sędziowie – choć ostatnio się to trochę zmienia, zwłaszcza w domenie prawa administracyjnego i karnego – z reguły przywiązują małą wagę do poglądów przedstawicieli nauki prawa, skupiając się niemalże wyłącznie na opiniach pochodzących od innych sędziów (do prawdziwych wyjątków można zaliczyć, będące swoistą wielotomową encyklopedią, *Halsbury's Laws of England*). Do połowy XX w. na Wyspach miał też obowiązywać zakaz powoływania się na opinie tych autorów, którzy jeszcze żyją, a i dzisiaj, zwłaszcza w Szkocji, można zauważyć jakieś jego reminiscencje. W tej ostatniej jednak – odmiennie niż w Anglii i Walii – szczególnym poważaniem cieszą się dzieła tzw. autorów/pisarzy instytucjonalnych (ang. *institutional writers*), jak: Stair, Erskine i Bell,

(ang. *fundamental principles of jurisprudence*) czy powszechnie przyjętych zasad moralnych, a nawet maksym prawa rzymskiego lub kanonicznego²¹⁵. Po trzecie, co szczególnie istotne, może on rozstrzygnąć zawiłą przed nim sprawę w zgodzie z własnym rozsądkiem i poczuciem sprawiedliwości. W tym ostatnim przypadku może też mieć miejsce zważenie argumentów, jakie można podnieść za i przeciw każdemu z wchodzącym w grę rozstrzygnięć, oraz wzięcie pod uwagę praktycznych (społecznych) konsekwencji takich rozstrzygnięć, w tym poprzez wzgląd na to, jaki wpływ rozstrzygnięcia te będą miały na poszczególne „polityki” i interesy. Ponadto do wydania takiego słusznego/rozsądnego rozstrzygnięcia przydatne mogą się okazać również informacje z zakresu wiedzy empirycznej, czy to zaczerpnięte z literatury fachowej, statystyk, czy osobistych obserwacji i doświadczenia życiowego orzekającego sędziego. Przy

których to – jak się podaje – można by przyrównać do W. Blackstone’a. Poglądy takich autorów mają tu bowiem zastosowanie, ilekroć dla danej kwestii prawnej brak jest precedensu lub przepisu ustawy. Ze współczesnych z kolei opracowań doktrynalnych ma się liczyć w Szkocji np. *Administrative Law* autorstwa Sir Williama Wade’a (zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 180; F. Schauer, *Thinking...*, s. 80-81; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 44; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 119-120, 122-128, 138; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 379, 404-405).

Przy tym taki stan rzeczy można próbować uzasadniać tym, iż angielscy sędziowie mają posiadać duże poczucie własnej wartości, ciesząc się ogólnym poważaniem (większym niż np. ich francuscy koledzy, którzy, jak wskazują R. Cross i J.W. Harris, są często relatywnie młodzi i niedoświadczeni). Wszak to też oni – a nie brytyjscy akademicy czy Parlament – byli architektami *common law*, mogąc się wciąż szczycić tym osiągnięciem i czerpać z niego prestiż (zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 13 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 13).

Podobnie zresztą kwestia ta przedstawia się na gruncie Stanów Zjednoczonych, gdzie na poglądy doktryny jako samoistną podstawę prawną można się powoływać w zasadzie dopiero wówczas, gdy nie tylko brak jest dla danej sprawy wiążącego precedensu, ale gdy ponadto nie da się w tej sprawie zastosować *dictów* tudzież jakichś innych nawet „zupełnie” niewiążących orzeczeń sądowych. Tym samym stanowisko doktryny pełni w USA bardziej rolę pewnej wskazówki czy argumentu odnośnie do tego, jak interpretować dany precedens, niż stanowi źródło czy dowód na istnienie jakiejś reguły prawa nadającej się na podstawę prawną dla wydawanego wyroku (jak też zalecał tu studentom prawa K.N. Llewellyn w swoim słynnym podręczniku ze wstępu do prawoznawstwa, do opracowań doktrynalnych powinno się podchodzić dość krytycznie, traktując zawarte w nich wypowiedzi nie jako odpowiedź, lecz jako hipotezę). Poważnym wyjątkiem są tutaj jednak tzw. Restatements of the Law, co do których niektóre sądy przyjmują, że będą je stosować w razie braku odpowiedniej ustawy lub relewantnych dla danego przypadku precedensów sądowych. Także podręczniki (ang. *handbooks*) cieszą się niekiedy w Stanach Zjednoczonych dużym poważaniem, jak np. *Handbook of Massachusetts Evidence*, na który w Massachusetts Supreme Judicial Court i podległych mu sądach apelacyjnych powołuje się nader często. Niektórzy autorzy, jak np. Wright, Gorman czy White i Summers, mają być tu też wyraźnie przytaczani w uzasadnieniach sądowych. Amerykańscy profesorzy prawa mają również nie stronić od krytyki poszczególnych orzeczeń wydawanych przez sądy czy też udzielania sędziom ogólnych wskazówek. Co dodatkowo intrygujące, w ostatnim czasie coraz częściej cytowane w postępowaniach przed sądami mają być w Stanach Zjednoczonych materiały nieprawnicze z ekonomii, socjologii, psychologii i nauk politycznych, nie wyłączając gazet oraz magazynów popularnonaukowych (zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 51; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 82-84; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 78-79; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 418, 429, 443, 458; F. Schauer, *Thinking...*, s. 82, 83-84). Na tle Stanów Zjednoczonych godne uwagi są też spostrzeżenia R.A. Posnera odnośnie do wyalienowania się tutejszych profesorów prawa od potrzeb praktyki prawa i biorących się z takiej alienacji trudności w komunikacji między nimi a członkami judykatury (zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 204-229). Odnośnie do zawartości i sukcesu wspomnianego wyżej podręcznika do wstępu do prawoznawstwa autorstwa amerykańskiego realisty prawnego K.N. Llewellyna zob. M. Koszowski, *Karl Nickerson Llewellyn, The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School. With a New Introduction and Notes by Steve Sheppard, Oxford University Press, New York 2008*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2015, t. 17, s. 301-320.

215 Sędzia Wills mówił tu o: *private justice, moral fitness i public convenience* – zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 190 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 200.

tym ogólnie można tu powiedzieć, że sposób, w jaki zostaje rozstrzygnięta sprawa jeszcze nierozpoznana, powinien dawać się uzasadnić za pomocą tego rodzaju argumentów, jakie są charakterystyczne dla dyskursu prawnego²¹⁶.

Wydanie wyroku w sprawie jeszcze nierozpoznanej przez sąd uprawniony do ustanawiania wiążących precedensów będzie powodować, że sprawa ta nie jest już dalej nierozpoznana (ang. *of first impression*). W związku też z tym sędziowie przy jej rozpoznawaniu nie będą mogli już dłużej kierować się wymienionymi w powyższych akapitach regułami, zasadami, informacjami czy osądami. Od momentu wydania wyroku przez wspomniany sąd będą oni bowiem związani ustanowionym tym wyrokiem precedensem zgodnie z treścią normatywną zasady *stare decisis*²¹⁷.

Dla pełnej ścisłości trzeba tu też dodać, iż *cases of first impression* nie powinno się mylić ze sprawami czy kwestiami, w rozstrzygnięciu których anglosaskim sędziom została w założeniach pozostawiona dyskrekcja (swoboda, uznanie) w orzekaniu. Do takich należą choćby wspomniane w pkt 3.4.6. niniejszego rozdziału tego opracowania ustalenia co do faktów (w odróżnieniu od ustaleń co do prawa). To jednak, kiedy każdorazem orzekający sędzia ma posiadać dyskrekcję, a kiedy ma jej nie mieć, będąc związanym – zgodnie z zasadą *stare decisis* – tym, jak postąpił jego kolega w przeszłości, nie zawsze jest tu łatwe do stwierdzenia. Przy tym zła kwalifikacja w tym względzie ze strony sędziego rozpoznającego daną sprawę jest uważana za naruszenie obowiązującego prawa i stanowi podstawę do uwzględnienia apelacji od wydanego przez tego sędziego orzeczenia²¹⁸.

216 Stąd też, jak twierdzi R.A. Posner, w przypadku spraw, w których nie znajduje zastosowania wiążący precedens, zadaniem adwokata jest przekonanie sędziego, iż to, czego on broni, jest bardziej rozsądne [niż to, czego broni adwokat strony przeciwnej] w świetle wszystkich istotnych okoliczności, włączając w to dotychczas wydane wyroki sądowe, teksty ustaw i inne „konwencjonalne” materiały, jakie mają znaczenie dla podejmowania decyzji w prawie – zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 220.

217 Odnosnie do pojęcia *a case of first impression* oraz tego, czym w przypadku takiej sprawy może/powinien się kierować rozpoznający ją sędzia, zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 23-24, 190-195; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 33-34, 200-206; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 366-368, 378; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 44; R.A. Posner, *The Problems...*, s. 94-95; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 9, przypis 22; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 8.

218 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 214-216.

ROZDZIAŁ IV: OVERRULING (OVERRIDING, OVERTURNING) – UNIEWAŻNIENIE PRECEDENSU

1. Zagadnienia wstępne

Ponieważ zgodnie z zasadą *stare decisis* sędziowie przy rozpoznawaniu przedłożonych im spraw związani są sposobem, w jaki rozstrzygnęli podobne sprawy w przeszłości, warto zadać sobie pytanie o to, co dzieje się w przypadku, gdy okaże się, że sposób ten był od samego początku lub z czasem stał się niewłaściwy (nierozsądny, niesprawiedliwy, absurdalny itp.). Wyjściu naprzeciw takiemu problemowi ma służyć mianowicie kolejna – specyficzna dla anglosaskiej doktryny precedensu – instytucja unieważniania (uchylania, „przełamywania”, „wywracania”) dotychczas ustanowionych precedensów (ang. *ouerruling*, rzadziej *ouerturning* lub *ouerriding*)¹. Przy tym możliwość unieważnienia poszczególnych precedensów jest uważana za szczególnie wspierającą (ang. *peculiary supportive*) zasadę *stare decisis*², a nawet – jak można by sądzić po niektórych wypowiedziach – za coś, co immanentnie tkwi w samej tej zasadzie³. Co więcej, sugeruje się nawet czasem, iż *ouerruling* można by pojmować jako metodę, poprzez którą sąd neguje precedens, aby stanąć na straży prawa⁴. Status (prestż) sądu może zostać też podniesiony w razie, gdy naprawi on swoje błędy z przeszłości i tym samym poprawi jakość swojego dorobku orzeczniczego⁵. Precedensy nie powinny być bowiem przestrzegane tylko z tego powodu, iż do ich ustanowienia doszło dawno temu, tudzież dlatego, że zawarte w nich formułki są łatwe do zapamiętania⁶. Bez instytucji *ouerruling*, podobnie jak i w sytuacji faktycznego braku korzystania z niej w praktyce, system prawny typu *common law* niewątpliwie miałby trudno oprzeć się krytyce opartej na zarzucie utrwalania błędnych i niesprawiedliwych decyzji z przeszłości. To samo dotyczy zresztą potencjalnych oskarżeń o brak elastyczności i skostnienie występującego

1 W kontekście *ouerruling* mówi się też czasem – jak czynił to np. J. Austin – o „detronizowaniu” precedensu; zob. D.H. Chamberlain, *The Doctrine of Stare Decisis: its Reasons and its Extent*, New York 1885, s. 17.

2 N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 27.

3 Zob. R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 381; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 6, 15; por. też B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process (With Notes)*, New Haven 1921, s. 62-63.

4 N. Duxbury, *op. cit.*, s. 122.

5 Zob. M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 102.

6 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 380.

w tym systemie prawa⁷. Ponadto, jak się wskazuje, brak unieważnienia błędnych precedensów może prowadzić nie tylko do braku koherencji, ale i stabilności w prawie (w domyśle na skutek ciągłych powództw ze strony tych, którzy będą domagali się sprawiedliwości)⁸.

Jak zostało wyżej zaznaczone, unieważnianie precedensów z założenia wydaje się być wbudowane w zasadę *stare decisis*. W zgodzie bowiem z tą zasadą sąd wyższego rzędu – nie będąc nim związanym – zawsze może unieważnić precedens pochodzący od sądu niższego rzędu, sąd niższego rzędu nigdy nie może unieważnić precedensu ustanowionego przez sąd wyższego rzędu, a sąd, który ustanowił dany precedens, bądź sąd równej mu rangi, może unieważnić taki precedens raczej tylko drogą wyjątku. Ta ostatnia reguła nie dotyczy jednak sądów najwyższej instancji, które, choć nieraz uważają się za – przynajmniej *prima facie* – w jakiś sposób zobligowane do zważania na wcześniej wydane przez siebie wyroki, przyznają sobie dzisiaj prawo do tych wyroków mniej lub bardziej swobodnego unieważniania⁹.

2. Powody uzasadniające dokonywanie *overruling*

Za skorzystaniem z instytucji *overruling* przemawia przede wszystkim stwierdzenie zesterzenia się (zdezaktualizowania się) danego precedensu. Przyczyną starzenia się precedensów sądowych jest w szczególności postęp techniczny (technologiczny) oraz zmiany, jakie zachodzą w moralności i sposobie funkcjonowania danej społeczności. Rozwiązanie, jakie zostało przyjęte w precedensowym wyroku – choćby nawet było całkowicie słuszne w chwili wydawania tego wyroku – z czasem może bowiem przestać być społecznie pożądane, efektywne tudzież zasadne w świetle najnowszych dokonań nauki, przez co też będzie zachodzić potrzeba jego modyfikacji¹⁰. Ujmując to nieco inaczej, można zatem powiedzieć, że na dezaktualizowanie się dotychczas ustanowionych precedensów wpływ będzie miał zmieniający się kontekst polityczny, społeczny czy ekonomiczny, który wymusza dostosowywanie się obowiązującego prawa do

7 Jak poetycko ujmuje to D.H. Chamberlain: „w sądach i u sędziów powinno się zachowywać prawdziwą prawość umysłu, potulnego, lecz stanowczego ducha, który będzie poważał precedensy, ale nigdy nie wzdygnie się przed porządkiem ich, przy stosownych okazjach, pod odwieczne normy słuszności zinterpretowane przez wyszkolony umysł i nieskazitelne serce” – zob. D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 16 [tłum. M.K.].

8 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 55.

9 Na tle doktryny brytyjskiej zob. przykładowo: R. Cross, *op. cit.*, s. 116-145 i R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 127-164; a na tle doktryny amerykańskiej: S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, New York 2007, s. 146 i M.P. Golding, *Legal Reasoning*, wyd. 2, Peterborough 2001, s. 100-101.

10 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 396-397; J.C. Wells, *A Treatise on the Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Des Moines 1878, s. 576-582; Ch.R. Calleros, *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006, s. 60; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 147.

W przedmiocie przykładów z brytyjskiego orzecznictwa odnośnie do precedensów unieważnionych z powodu stwierdzenia ich dezaktualizacji zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 350-351 oraz J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 159.

szeroko rozumianych potrzeb życia oraz aktualnego stanu wiedzy¹¹. Przy tym na okoliczność zdezaktualizowania się jakiegoś precedensu i biorącą się stąd potrzebę jego unieważnienia mogą wskazywać zwłaszcza zmiany, jakie w ostatnich latach dokonują się w prawie ustawowym, i dający się zaobserwować na ich tle ogólny trend¹².

Poza zestarzeniem (zdezaktualizowaniem) się za unieważnieniem konkretnego precedensu może przemawiać to, iż już w momencie jego ustanawiania był on „błędny”¹³. Przy tym błędność może mieć tu charakter zarówno formalny, jak i merytoryczny¹⁴. Od strony formalnej reguła danego precedensu – w tym użyte w niej terminy – może być bowiem nadmiernie lub za mało obszerna (pojemna), nieostra (nieokreślona) czy nawet nazbyt w swej treści skomplikowana lub niezrozumiała (niejasna)¹⁵. Z kolei za błędność merytoryczną takiej reguły można by uważać przede wszystkim to, że w sprawach objętych jej zakresem zastosowania prowadzi ona do niesprawiedliwych lub niedorzecznych (nierozsądnych) albo niedających się zaakceptować rezultatów¹⁶. Ponadto merytoryczna wadliwość rozwiązania zawartego w precedensowym wyroku może brać się z jego praktycznej niewykonalności (ang. *unworka-*

11 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 374-375, 381; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 60; zob. też M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 19, 22, 23, 29, 34; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 26; R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 154; por. też M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 256, przypis 15 i 26.

12 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 21 oraz R.S. Summers, *Precedent...*, s. 377. Odnośnie do zmian ogólnie w prawie, jakie mogą przemawiać za *overruling*, zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 256, przypis 26.

13 Zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 26, 60 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 256, przypis 18, s. 266, przypis 14.

Jak stwierdził to sędzia Sam Ervin, „there is no virtue in sinning against light or persisting in palpable error, for nothing is settled until it is settled right” – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 53.

14 L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 59-60; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 397.

15 L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 105-106.

16 Reguły formułowane w praktyce przez sędziów, którzy orzekają w systemie prawnym typu *common law*, mogą być z wielu powodów niedoskonałe. Przede wszystkim, jak wskazują tu L. Alexander i E. Sherwin, sędziom tym ciężko ma być godzić funkcję adiudykacyjną (rozpoznawanie konkretnych spraw sądowych) z funkcją legislacyjną (ustanowienie ogólnych reguł działających na przyszłość). Ta druga funkcja spychana jest bowiem – z powodów politycznych i tradycji – na plan dalszy. W efekcie, abstrahując już od tego, iż zwłaszcza dawniej trudno było im się otwarcie przyznać do pełnienia funkcji legislacyjnej, rozpoznając daną sprawę, sędziowie ci bardziej skupiają się na funkcji adiudykacyjnej, a nie na konsekwencjach, jakie rozstrzygnięcie tej sprawy na podstawie takiej, a nie innej reguły będzie mieć dla innych spraw rozpoznawanych w przyszłości. Co więcej, skoncentrowanie się na okolicznościach faktycznych aktualnie rozpatrywanego przypadku, który tak naprawdę może być zupełnie niereprezentatywny dla przypadków danego rodzaju, może spowodować, że sędzia sformułuje ogólną regułę bez należytego rozeznania tego, do czego będzie ona prowadzić w razie rozstrzygania na jej podstawie innych przypadków, jakie będą podpadać pod jej zakres zastosowania. Ponadto, zdaniem L. Alexander i E. Sherwin, tworzeniu dobrych ogólnych reguł przez sędziów mają nie sprzyjać też występujące po ich stronie uprzedzenia i heurystyki (uproszczone sposoby podejmowania decyzji i postrzegania rzeczywistości), jakie stanowią przeszkodę zwłaszcza w prawidłowym określaniu statystycznej częstotliwości lub prawdopodobieństwa wystąpienia określonych zdarzeń, a także wpływ emocji, w tym tych związanych z ich osobistymi doświadczeniami, tudzież możliwość popełnienia atrybucyjnego błędu polegająca na przypisaniu przyczynowej odpowiedzialności cechom osobowemu danego podmiotu przy zlekceważeniu środowiskowych uwarunkowań jego zachowania (zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 108-114, 117).

Na okoliczność, iż sędziowie – choć bywają czasem w tym względzie niekompetentni – często potrafią jednak ustanowić jasną i rzeczową regułę precedensu (ang. *ruling*), czy to czyniąc to wprost, czy w sposób niedwuznacznie dorozumiany, wskazuje natomiast D.N. McCormick (zob. D.N. McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 159).

bility)¹⁷ tudzież z opierania się przy wydawaniu tego wyroku na błędnych założeniach co do warunków faktycznych (istniejących w tym momencie)¹⁸. Taką wadliwość może sugerować też to, że rozwiązanie zawarte w precedensowym wyroku nie zostało należycie rozważone i przemyślane¹⁹, podobnie jak i to, że przy jego przyjmowaniu posłużono się treścią błędnych *obiter dictów*²⁰. Poza tym jeśli chodzi o Wielką Brytanię, merytoryczna/formalna niepoprawność danego precedensu – zarówno pierwotna, jak i wtórna – może być również konsekwencją stwierdzenia braku zgodności tego precedensu z prawem Unii Europejskiej²¹.

W praktyce powodów przemawiających za unieważnieniem poszczególnych precedensów będą dostarczać sformułowane przy ich ustanawianiu zdania odrębne²² oraz wypowiedzi strony (jej pełnomocnika procesowego) przegrywającej proces. Nie bez znaczenia będą tu również argumenty podniesione w krytykujących poszczególne precedensy opracowaniach akademików. To samo dotyczy uzasadnień sądowych pochodzących od sądów z innych jurysdykcji (stanów) lub państw, w jakich wykazywano zasadność przyjęcia rozwiązań odmiennych od tych, jakie znajdują się w precedensie, który chce się unieważnić²³.

Oczywiście sam fakt unieważnienia jakiegoś precedensu można tłumaczyć też zmianami personalnymi, do jakich doszło na przestrzeni czasu w danym sądzie, i obecnie innymi niż poprzednio poglądami u członków tego sądu. Co więcej, w praktyce zmiany takie mogą się nieraz okazać, zwłaszcza w stosunku do precedensów, jakie zostały ustanowione niedawno, czymś niezbędnym do przeprowadzenia *overruling*²⁴.

3. Utrudnienia w unieważnianiu precedensów

Ponieważ jednak zbyt częste korzystanie z instytucji *overruling* mogłoby doprowadzić do znacznego podkopania pewności prawa czy nawet przekreślenia samej istoty zasady *stare decisis*²⁵, w praktyce i teorii podejmuje się różne próby zmierzające do wprowadzenia ograniczeń w tym względzie. Adiudykacja nie może być bowiem sprowadzana – jak w przenośni ujął to sędzia Owen Roberts – do tej samej klasy co „jednorazowy bilet kolejowy, dobry na jeden dzień i pociąg tylko”²⁶.

Wśród takich ograniczeń w pierwszej kolejności trzeba mieć na uwadze, iż co do zasady

17 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 19, 21, 22, 29, 37, 38, 257, przypis 28 i 48, s. 258, przypis 53, s. 270, przypis 64; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 60; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 147.

18 Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 26.

19 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 15.

20 Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 61, przypis 29.

21 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 352.

22 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 376.

23 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 377, 378.

24 Zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 26 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 100-101, 263, przypis 190, s. 267, przypis 21.

25 Co znamienne, częste unieważnianie precedensów przez sąd, od którego te precedensy pochodzą, może wpłynąć na stosunek do tych precedensów w sądach podległych temu sądowi. Mogą one bowiem zacząć – z tego powodu – darzyć te precedensy mniejszym szacunkiem i próbować się do nich nie stosować. Por. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 39-40.

26 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 19 („a restricted railroad ticket, good for this day and train only”).

precedens może zostać unieważniony tylko w wyniku sądowego rozpoznania sprawy, w której znajduje on zastosowanie. Dopóki bowiem sprawa, w jakiej dany precedens znajduje swoje zastosowanie, nie trafi do sądu władnego do unieważnienia tego precedensu, sąd ten – mimo iż ogólnie jest uprawniony do dokonywania *overruling* – tego precedensu unieważnić nie może²⁷. Sytuacja, w jakiej sąd wyższej instancji wyraża się z dezaprobatą o jakimś precedensie sądu instancji niższej, który merytorycznie nie mógłby zostać zastosowany w aktualnie rozpoznawanej przez ten sąd sprawie, nie jest jednak do końca jasna.

Wydaje się również, że można by mówić o swoistym domniemaniu poprawności poszczególnych precedensów sądowych²⁹. Domniemanie to miałyby mieć ten skutek, iż ilekroć jakiś sąd chce dokonać unieważniania takiego precedensu, to musi to jakoś uzasadnić. Przy tym wskazuje się często jeszcze, iż takie podane przez sąd uzasadnienie na unieważnienie określonego precedensu powinno być nie ogólne czy zwykłe, lecz szczególne/specjalne (ang. *a special justification*)³⁰, same zaś powody (argumenty) przemawiające za poczynieniem *overruling* konkretnego precedensu mają być poważne, jasne i silne tudzież „najbardziej przekonujące” (ang. *the most cogent reasons*)³¹.

Co więcej, nadmienia się, że do przeprowadzenia unieważnienia niewystarczająca jest zwykła błędność/nieprawidłowość jakiegoś precedensu³². Ten bowiem – jak się to artykułuje – powinien być błędny w stopniu wyraźnym, ewidentnym, ekstremalnym czy oczywistym (ang. *clearly, manifestly, extremely or plainly wrong/erroneous*) tudzież – jak chciał W. Blackstone – być jawnie absurdalny lub niesprawiedliwy (ang. *flatly absurd or unjust*) albo też oczywiście absurdalny (ang. *manifestly absurd*) lub zły aż nie do zniesienia (ang. *unbearably wrong*)³³. Przy tym, jak sugerują L. Alexander i E. Sherwin, taką oczywistą/znaczącą błędność

27 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 142 oraz J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 159.

Odnośnie do przypadku z brytyjskiej praktyki orzeczniczej, w którym doszło do unieważnienia precedensu z obszaru prawa karnego, którego unieważnienie nie było konieczne do wydania wyroku w sprawie rozpoznawanej przez sąd dokonujący *overruling*, zob. jednak R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 142-143.

28 Nie oznacza to jednak tego, że za jednym razem nie można unieważnić większej liczby precedensowych wyroków – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 256, przypis 8.

29 Zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 536 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 256, przypis 26.

30 Zob. F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 60, 76; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 21-22, 41, 47, 326; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 60.

31 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 117 oraz J.C. Wells, *op. cit.*, s. 553; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 379-380, 382, 397.

32 Zob. L. Alexander, *Precedent*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, Malden 1996, s. 512; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 541-543, 545; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 379-380.

Z drugiej jednak strony niekiedy wskazuje się również, iż błędność po stronie mającego zostać unieważnionym precedensu – zwłaszcza w momencie jego ustanowienia – nie jest wcale niezbędna, tj. iż do dokonania *overruling* wystarczające jest to, że w jego wyniku dojdzie do polepszenia prawa, jakie dotychczas istniało; zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 138.

33 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 379; G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec, s. 4; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 173; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 118; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 545, 550; F. Schauer, *Thinking...*, s. 60; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 47, 59; na tle Australii – 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. 5-6, 11.

danego precedensu można by też oceniać z perspektywy przewidywanych długoterminowych konsekwencji, jakie będzie miało jego unieważnienie³⁴.

Poza powyższymi istnieje też szereg dalszych bardziej szczegółowych wymogów i dyrektyw, które mają utrudniać korzystanie w praktyce z instytucji *overruling*.

Tak po pierwsze ogólnie podnosi się, iż nie powinno się unieważniać precedensów, w tym również błędnych, wówczas, gdy grozi to zachwianiem pewności prawa i osłabieniem zaufania, jakie obywatele mają do jego dotychczasowej treści, podejmując i planując na jej podstawie swoje działania³⁵. Stąd też szczególnie odporne na unieważnienie mają być te z precedensowych wyroków, które – jak się to obrazowo przedstawia – zajmują poczesne miejsce w świadomości publicznej (świadomości społecznej)³⁶ lub na postawie jakich zostały przeprowadzone transakcje znacznych rozmiarów³⁷ lub jakimi rząd był „administrowany” podczas wielkich kryzysów³⁸, oraz te, które zostały ustanowione w tych obszarach prawa, w których pewność i przewidywalność jest z definicji bardzo istotna. Przy tym za obszary takie uznaje się zwłaszcza: a) prawo kontraktów (umów), w tym gospodarcze (handlowe), b) prawo własności, c) w zakresie, w jakim nakłada się ono na prawo własności, prawo spadkowe, d) prawo wyborcze oraz e) tzw. prawa nabyte³⁹. Z uwagi bowiem na z reguły retrospektywny skutek *overruling* (o skutku tym będzie mowa w pkt 10. niniejszego rozdziału tego opracowania) zmiana sposobu normowania poszczególnych kwestii prawnych lepiej, żeby dokonywała się nie poprzez unieważnienie dotychczas regulujących te kwestie precedensów, lecz na drodze

Lord Reid wydaje się posuwać tu jeszcze dalej, twierdząc, że do unieważnienia jakiegos precedensu nie wystarczy mu samo przekonanie, że ten precedens (jego *ratio decidendi*) jest błędny: do tego potrzebne jest mu bowiem jeszcze to, by nie istniał żaden inny możliwy powód, jaki przemawiałby za pozostawieniem tego precedensu w mocy („no other possible ground on which the decision [precedent] can be supported”) – zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 9 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 9. Ponadto zdaniem tego lorda do podjęcia decyzji o unieważnieniu precedensu pochodzącego od Izby Lordów (jej Komitetu Apelacyjnego) konieczne ma być też zaistnienie jakiegos bardzo uzasadnionego powodu (ang. *some very good reason*), nie ma natomiast znaczenia samo to, że precedens ten jest – jakkolwiek by on taki był – „zły czy nieprawidłowy” (ang. *wrong or anomalous*) – zob. J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 190, przypis 15.

34 L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 62.

35 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 394; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 118-119 wraz z przypisem 25; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 536-537, 543, 576-577; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 147; B.N. Cardozo, *op. cit.*, s. 62-63; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 269, przypis 51, 270, przypis 64.

L. Alexander i E. Sherwin nakazują zaliczyć takie zachwianie pewnością prawa – i to zarówno w odniesieniu do kształtu danej reguły, jak i prawa w ogólności – do bilansu zysków i strat, który to bilans ma ich zdaniem ostatecznie decydować o tym, czy dany precedens powinien zostać unieważniony (zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 60, 61, 115).

36 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 43.

37 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 271-272, przypis 76.

38 Zob. *ibidem*, s. 271-272, przypis 76.

39 Zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 541-543, 547-553, 576-577, 582; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 380; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 15, 21, 257, przypis 47; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 161 wraz z przypisem 27.

Notabene w kontekście *overruling* i ryzyka, jakie niesie ono dla tych, którzy podjęli swoje działania w zaufaniu do unieważnionego precedensu, nadmienia się, iż zainteresowani mogą się na ten wypadek ubezpieczyć (i tak pokryć koszty, jakie zmuszeni będą ponieść na skutek zaistniałej zmiany w dotychczas obowiązującym prawie). Jak się jednak przynajmniej, możliwość zabezpieczenia się w ten sposób nie jest nieograniczona i w praktyce może się zdarzyć tak, że od unieważnienia jakiegos konkretnego precedensu nie będzie się dało wykupić ubezpieczenia. Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 123, przypis 42.

legislacyjnej, gdzie może się ona odbyć z mocą wyłącznie na przyszłość⁴⁰.

Po drugie, co niejako stanowi pochodną dbałości o pewność/stabilność prawa, przyjmuje się, że precedensy nie powinny być unieważniane, jeśli brak jest – w stosunku do stanu z daty ustanowienia precedensu – możliwości podniesienia jakichś nowych argumentów, które przemawiałyby za odmiennym niż obecny sposobem rozstrzygnięcia danej kwestii prawnej. To samo dotyczy sytuacji, w której nie dokonały się żadne wskazujące na konieczność modyfikacji takiego sposobu zmiany w zakresie warunków (okoliczności), przy istnieniu jakich doszło do wydania precedensowego wyroku⁴¹. W rezultacie też unieważnianie precedensów, jakich ustanowienie miało miejsce niedawno, co do zasady powinno być wyjątkowe⁴².

Po trzecie nie powinno się wprowadzać zmian w dotychczas obowiązującym prawie – czy to drogą korzystania z instytucji *outruling*, czy innymi sposobami – ilekroć takie zmiany miałyby stanowić tylko wstęp do dalszych rozważań, tj. miałyby być na tzw. próbę. Każda ingerencja w aktualnie obowiązującym stanie prawnym powinna bowiem już z samego założenia prowadzić do osiągnięcia „finalności” (ang. *finality*) w sposobie normowania danej kwestii prawnej, a przez to i gwarantować pewność prawa⁴³ (uniknięcie powstania w nim chaosu i braku stabilności)⁴⁴. Stąd od sędziego korzystającego z instytucji *outruling* należałoby wymagać, aby miało on pewność, a nie tylko jakieś przypuszczenie, że nowe prawo (to, które będzie istniało po unieważnieniu precedensu) jest lepsze od prawa, które obowiązywało dotąd (przed unieważnieniem precedensu)⁴⁵. Hamować takiego sędziego nie powinno tu natomiast to, że zmiana w prawie, do jakiej dojdzie w wyniku unieważnienia precedensu, jest nieznaczną (w sensie, iż stanowi ona tylko niewielkie ulepszenie w aktualnie obowiązującym stanie prawnym, nie będąc przejawem jakiejś większej reformy)⁴⁶. Musi być on natomiast przekonany, iż na jej skutek prawo będzie lepsze niż jest obecnie⁴⁷.

Po czwarte wymienia tu się, że *outruling* nie powinien prowadzić do zaburzenia spójności (koherencji) w obowiązującym prawie⁴⁸ tudzież być dokonywany wówczas, gdy parlament uchwalił ustawę przy założeniu, że prawo wygląda tak jak w precedensie, jaki miałby zostać unieważniony. O tym ostatnim w Wielkiej Brytanii świadczy przede wszystkim to, że przy uchwalaniu danej ustawy w Parlamencie nie zostały przyjęte propozycje, jakie były sprzeczne

40 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 15 i J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 158.

41 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 138-140.

42 Zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 60-61; zob. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 328.

43 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 353.

44 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 5.

45 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 190-191.

46 *Ibidem*, s. 191.

47 Jak powiedział – jako argument przeciwko dokonaniu *outruling* – sędzia Baldwin „there is no more certainty that a late opinion is more correct than the first” – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 53, zob. też s. 54 (warunki unieważnienia precedensów według Roberta Borka).

48 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 138.

z precedensami ustanowionymi wcześniej przez Izbę Lordów (jej Komitet Apelacyjny)⁴⁹.

Po piąte poważnym utrudnieniem w dokonywaniu *overruling* jest również sama natura (istota) tej instytucji. Jak mianowicie zwrócił uwagę J. Raz, z reguły by była ona efektywna, radykalna reforma trudno ma się dokonać drogą ustanowienia jednego tylko precedensu. W rezultacie sędzia chcący taką reformę przeprowadzić stoi na ogół przed dylematem, czy wykonać pierwszy krok w kierunku takiej reformy w nadziei, że z czasem inni sędziowie (lub ustawodawca) dokończą zapoczątkowane przez niego przedsięwzięcie, czy też nie wykonywać tego kroku wcale, pozostawiając obecny stan prawny nienaruszonym. Przy tym decyzja takiego chcącego przeprowadzić reformę sędziego jest tu tym trudniejsza, iż wykonanie małego kroku, ilekroć nie doprowadzi on do ukończenia zainicjowanej reformy, może nie tylko nie przysporzyć dobra, jakie przyniosłaby ta reforma, lecz skutkować jeszcze niepożądanymi konsekwencjami. Taki mały krok (częściowa reforma) może bowiem zakłócić harmonię, jaka dotychczas istniała w prawie, w sensie iż na skutek jego podjęcia w prawie znajdują odzwierciedlenie sprzeczne cele społeczne. W efekcie brak możliwości przeprowadzenia – tak jak mogą to zrobić parlamentarzyści [przy odpowiedniej większości i przy braku innych przeciwwskazań] – za jednym razem całościowej reformy w połączeniu z ryzykiem powstania w praktyce negatywnych konsekwencji w przypadku reformy połowicznej ma w ocenie J. Raza bardzo często skłaniać sędziów do konserwatyizmu [i związanej z nim rezygnacji z *overruling*]⁵⁰.

Po szóste w przypadku precedensów ustanowionych w prawie karnym – z uwagi na ogólny zakaz dokonywania retrospektywnych zmian w tym prawie ze skutkiem na niekorzyść oskarżonego – także *overruling*, którego wynikiem byłoby pogorszenie sytuacji prawnej osoby oskarżonej, należałoby co do zasady traktować jako niedopuszczalny⁵¹.

Ponadto unieważnianie precedensów nie powinno również – przynajmniej w teorii – odbywać się pod presją czy to publiczną⁵², czy polityczną⁵³ tudzież być pokłosiem zmian personalnych, jakie ostatnimi czasy dokonały się w sędziacie władnym do dokonania *overruling*⁵⁴.

Jakimś utrudnieniem dla przeprowadzania *overruling*, zwłaszcza w odniesieniu do sądu innego niż sąd najwyższy, może być też obawa przed ewentualnymi problemami w awansie i karierze zawodowej. Poza tym czynnikiem zniechęcającym – co dotyczy również sędziów zasiadających w sądzie najwyższej instancji – może być groźba odwetu ze strony sędziego, który ustanowił precedens, jaki ma zostać unieważniony, lub innego sędziego, który ten precedens akurat aprobował (choć z drugiej strony podnosi się także, iż sędzia, który nie zgadza się z jak dotąd ustanowionymi precedensami, może być na skutek obrania takiego podejścia

49 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 128 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 141-142.

50 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 200-201.

51 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 376-377.

52 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 22.

53 Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 62

54 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 21, 57, 263, przypis 190, s. 267, przypis 21 i B.N. Cardozo, *op. cit.*, s. 62.

bardziej widoczny/zauważalny oraz częściej cytowany)⁵⁵. Co więcej, jak się wskazuje, jeśli unieważnienie jakiegoś precedensu okaże się bardzo niepopularne, to sędzia, który się go dopuścił, może spotkać się z krytyką, i to nie tylko stron postępowania, „przyszłych takich stron”, prawników praktyków czy akademików, lecz także dziennikarzy, polityków i grup interesów, a nawet i samych sędziów. Stąd też sędziowie mają się bynajmniej nie przechwalać liczbą precedensów, jakie osobiście byli unieważnili⁵⁶.

Ogólnie można też stwierdzić, iż unieważnienia precedensów nie powinny być zbyt częste, aby koncepcja prawa nie została zdyskredytowana⁵⁷.

4. Ułatwienia w unieważnianiu precedensów

Na tle anglosaskiej doktryny precedensu wyszczególnia się jednak nie tylko kryteria, które mają utrudniać sięganie do instytucji *overruling*, lecz także podaje szereg czynników – często niejako stanowiących drugą stronę medalu – mających ułatwiać unieważnianie precedensów sądowych.

Tak po pierwsze za dokonaniem *overruling* ma przemawiać przede wszystkim groźba utrwalania, w razie jego niepoczynienia, poważnej szkody dla interesu publicznego i/lub prywatnego⁵⁸ tudzież duża waga materii normowanej precedensem dla publiczności albo rządu⁵⁹, w tym i okoliczność, iż w chwili wydawania precedensowego wyroku nie można było przewidzieć wielkiego znaczenia, jakie unormowana nim kwestia będzie miała potem⁶⁰.

Po drugie łatwiej ma być unieważnić precedens, który (pod względem jego konkluzji lub prowadzącego do niej rozumowania/ jej podstawy) jest niekoherentny – w tym zarówno w zestawieniu z ustanowionymi później precedensami i wydanymi później ustawami, jak i w zestawieniu z wcześniej obowiązującymi dobrze ustalonymi prawami, fundamentalnymi zasadami tudzież bardziej rozbudowanymi, rozsądniejszymi i zweryfikowanymi przez doświadczenie doktrynami^{61,62}. Przy tym za unieważnieniem będzie mocno przemawiał fakt, iż ustanawiający precedens sędzia przeoczył postanowienie ustawy, jakie miało zastosowanie

55 Por. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 154, 155-157 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 3-4, 5, 79, 102, 201, 333.

56 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 153.

57 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 56-57.

Sąd, który nazbyt często unieważnia precedensy, może też dawać „zły przykład” w sensie, iż zachęca on innych, w tym także sądy niższych instancji, by patrzyły na podjęte przez niego decyzje z takim samym brakiem szacunku, jaki on sam przejawia do takich decyzji z przeszłości – zob. *ibidem*, s. 195.

58 Zob. *ibidem*, s. 15.

59 Zob. *ibidem*, s. 16.

60 Zob. *ibidem*, s. 15.

61 O takim precedensie (jego *ratio, holding*) mówi się też czasem, że stanowi „pozostałość zarzuconej doktryny” (ang. *a remnant of abandoned doctrine*).

62 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 18-19, 22, 24-25, 26-27, 29, 30-32, 37, 38, 261, przypis 150, s. 262, przypis 168, s. 266, przypis 11, s. 269-270, przypis 64, s. 325, 326, 327; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 140; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 119; S.J. Burton, *op. cit.*, s. 147.

w sprawie precedensowej⁶³. Jakimś ułatwieniem dla przeprowadzenia *overruling* powinna być też okoliczność nieuwzględnienia przez wydającego precedensowy wyrok sędziego materiału przygotowawczego, jaki wskazuje na sprzeczną z tym wyrokiem intencję prawodawcy⁶⁴.

Po trzecie o wiele prościej będzie unieważnić precedens, jaki istnieje „w izolacji”, niż precedens, którego unieważnienie pociągałoby za sobą konieczność pozbawienia mocy obowiązującej całej serii precedensów⁶⁵. Przy tym w szczególności trudno będzie skorzystać z instytucji *overruling* w stosunku do tzw. sprawy wiodącej *vel* przewodniej (ang. *a leading case*), za którą uznaje się sprawę, w której po raz pierwszy doszło do sformułowania jakiejś reguły czy instytucji prawnej i która dała początek dalszym orzeczeniom, w których powielano lub rozwijano tę regułę/instytucję⁶⁶. To samo dotyczy precedensu, jaki jest często cytowany z aprobatą przez sędziów i innych przedstawicieli władzy⁶⁷.

Po czwarte co do zasady łatwiej ma być unieważnić precedens, jaki został ustanowiony niedawno i społeczeństwo go jeszcze nie „przyswoiło”, rozstrzygnięta w nim kwestia była co do istoty kontrowersyjna, przy jego ustanawianiu brała udział tylko większość sędziów zasiadających w danym sądzie (a nie jego pełny skład), za wydaniem stanowiącego go wyroku była nieznaczna większość głosów, bądź ustanawianiu którego towarzyszyły zdania odrębne⁶⁸.

Po piąte za unieważnieniem konkretnego precedensu może przemawiać to, iż przyjęte w nim rozwiązanie spotkało się następnie z krytyką – zwłaszcza jednomyślną – ze strony przedstawicieli nauki prawa⁶⁹. To samo dotyczy sytuacji, w której przeciwna zawartości danego precedensu jest opinia publiczna⁷⁰, a nawet rząd lub członkowie legislatury⁷¹.

63 N. Duxbury, *op. cit.*, s. 119.

64 Por. Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 349-350.

65 Zob. *ibidem*, s. 340-341; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 388; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 535, 548, 550.

66 Co do pojęcia sprawy wiodącej/przewodniej (ang. *a leading case*) zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 389-390 oraz Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 341.

Na sprawę precedensową często powoływaną (cytowaną) i odwzorowywaną przy rozpoznawaniu innych spraw, a przez to i szczególnie odporną na *overruling*, mówi się również *a super precedent* (*superprecedent*; *super-precedent*), a czasem nawet *a super-duper precedent* lub ewentualnie *super-stare decisis*. Inne jeszcze podobne nazwy to: *a landmark decision* (≈ przełomowa decyzja) i *a watershed case* (≈ przełomowa sprawa). Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 6, 69, 176-198, 203, 317, przypisy 4 i 5, s. 333 (autor ten wyszczególnia przy tym trzy rodzaje super precedensów, wraz z podaniem ich przykładów, uznając je za tak głęboko zakorzenione w prawie i kulturze, a nawet narodowej świadomości, iż są praktycznie wyłączone spod możliwości ich unieważnienia, które jak już coś musiałyby być poprzedzone ostrzeżeniami i atakami ze strony środowiska sędziowskiego i spoza niego, przy czym próby kwestionowania takich precedensów lub rozważanie ich zasadności mają moc być uważane za antynarodowe; jednym też z takich precedensów ma być tu też sama doktryna *stare decisis*); N. Duxbury, *op. cit.*, s. 113-114; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, New York 2006, s. 76.

67 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 109-110, 150-151, 178, zob. też s. 192, 193 i 200.

68 Zob. *ibidem*, s. 16-17, 21.

Co przy tym znamienne, zdanie odrębne samo w sobie może posiadać pewną moc, zwłaszcza gdy pochodzi od sędziego mającego dobrą reputację. Takie zdanie może bowiem stanowić wskazówkę (zapowiedź) odnośnie do tego, jak prawo będzie wyglądać w przyszłości (co w przyszłości będzie stanowić zdanie większości); zob. S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 73 oraz R.A. Posner, *How Judges...*, s. 51.

69 Zob. R. Summers, *Precedent...*, s. 394; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 25, 28; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 160.

70 Zob. też Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 350.

71 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 153, 155-157.

Po szóste *overruling* powinno ułatwiać to, iż sędzia ustanawiający precedens oparł się na nieprawidłowych założeniach co do uwarunkowań faktycznych [złym stanie wiedzy empirycznej] mających znaczenie dla obranego w tym precedensie rozwiązania⁷².

Po siódme unieważnieniu podlega precedens, jaki jest lub stał się praktycznie „niewykonalny” (ang. *practically unworkable*) lub jaki na skutek zmian, które się dokonały od czasu jego ustanowienia, stracił na swoim znaczeniu (zakresie zastosowania) lub odpadło jego uzasadnienie⁷³.

Po ósme za przeprowadzeniem *overruling* będzie argumentować też okoliczność, iż mający zostać nim objęty precedens kłóci się z rozumem⁷⁴, poczuciem sprawiedliwości⁷⁵ lub tradycją⁷⁶ albo nie nadaje się do „pryncypialnego” (w oparciu o zasady) stosowania (ang. *principled application*)⁷⁷, jest źle uzasadniony (ang. *badly reasoned*)⁷⁸ lub prowadzi do niedających się zaakceptować konsekwencji⁷⁹ tudzież nie służy dobru społecznemu⁸⁰.

Po dziewiąte sprzyjać unieważnieniu konkretnego precedensu ma moc również to, iż sposób, w jaki została nim unormowana dana kwestia prawna, trudno jest zmienić na drodze legislacyjnej⁸¹.

Po dziesiąte *overruling* wydaje się możliwe, gdy stanowi ono powrót do któregoś z wcześniej unieważnionych precedensów lub znajduje jakieś uzasadnienie w jakimś innym już ustanowionym i pozostającym w mocy precedensie⁸².

Po jedenaste co do zasady w praktyce łatwiej ma być przeprowadzić *overruling*, gdy dokonuje go sąd przełożony nad sądem, od którego pochodzi precedens, jaki ma zostać unieważniony. Wówczas bowiem, jak wskazuje N. Duxbury, wystarczyć ma mianowicie samo stwierdzenie tego, że sąd ustanawiający taki precedens się pomylił⁸³.

5. Rozwiązania o charakterze formalnym (proceduralnym)

Poza przedstawionymi w dwóch powyższych punktach ułatwieniami i utrudnieniami w się-

72 Zob. G.C. Christie, *Law, Norms & Authority*, London 1982, s. 80.

73 Zob. S.J. Burton, *op. cit.*, s. 147; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 19, 21, 22, 29, 37, 38, 257, przypis 28, 48, s. 258, przypis 53, s. 270, przypis 64; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 60.

74 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 47, 266, przypis 11.

75 Zob. *ibidem*, s. 256, przypis 26.

76 Zob. *ibidem*, s. 47, 257-258, przypis 51.

77 Zob. *ibidem*, s. 257, przypis 28.

78 Zob. *ibidem*, s. 257, przypis 48.

79 Zob. *ibidem*, s. 270, przypis 64, s. 325.

80 Zob. *ibidem*, s. 256, przypis 26.

81 Por. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 199 wraz z przypisem 26; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 137; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 256, przypis 18.

82 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 7, 8, 110, 199, s. 256-257, przypis 27, s. 327.

83 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 118 (por. jednak przypis 20, w którym mowa jest o oczywistej błędności oraz niezamierzonych lub nieprzewidzianych przez sąd, który ustanowił precedens, jaki ma zostać unieważniony, irracjonalnych konsekwencjach).

ganiu do instytucji *overruling* można sobie wyobrazić też pewne reguły formalne dotyczące kwestii unieważniania precedensów. Tak unieważnieniu mogłyby podlegać te precedensowe reguły (*rationes decidendi*), na które nie powołano się przez jakiś ściśle oznaczony okres czasu (np. przez 30 lat), tudzież te, które spotkały się z krytyką ze strony jakiejś określonej liczby sędziów (np. w 10 rozpoznanych sprawach) albo od ustanowienia których upłynęła jakaś minimalna ilość czasu.

Mimo pewnej atrakcyjności takich czysto formalnych rozwiązań – przejawiającej się zwłaszcza w wyraźnym uporządkowaniu tego, kiedy ma się odbywać *overruling* – podnosi się jednak, iż trudno byłoby je stosować w praktyce. Po pierwsze ze względu na specyfikę materii normowanych przez precedensowe reguły i bardzo zróżnicowaną częstotliwość rozpoznawania przez sądy spraw w poszczególnych dziedzinach prawa nie sposób ma być ustalić uniwersalną długość terminu, po którego upływie miałyby dochodzić do automatycznego unieważnienia „wymarłych” precedensów. To samo dotyczy również określenia liczby spraw sądowych zawierających [w uzasadnieniach wydanych w tych sprawach wyroków] krytykę precedensowej reguły, której przekroczenie miałyby skutkować unieważnieniem tej reguły. Po drugie w razie wprowadzenia formalnych zasad, na podstawie jakich ma być dokonywany *overruling*, ma powstawać wtórny problem sposobu, w jaki miałyby być unieważniane (zmieniane) same te zasady. Ostatecznie bowiem – jak się wydaje – unieważnianie/zmienianie tych zasad musiałyby się odbywać na drogą nieskrępowanego formalnie osądu moralnego [to zaś znacznie osłabiałoby porządkującą funkcję, a tym samym i główną zaletę takich zasad]⁸⁴.

Nieco innym rozwiązaniem o charakterze formalno-proceduralnym jest propozycja, zgodnie z którą unieważnienie precedensu powinno być przeprowadzane w pełnym składzie danego sądu lub przynajmniej w składzie większym od tego, który ustanowił precedens mający zostać unieważniony (pod warunkiem oczywiście, że nie był nim skład pełny). Przy tym propozycja ta dotyczy unieważniania tych precedensów, jakie pochodzą od sądu, który ma dokonać *overruling* (a nie od innych sądów). Tego rodzaju postępowanie posiada tę niewątpliwą zaletę, iż uzależnione od zgodnego stanowiska większej liczby sędziów *overruling* będzie nie tylko trudniejsze do przeprowadzenia w praktyce, ale i trwalsze w sensie zapobiegające kolejnemu unieważnieniu w celu powrotu do poprzednio zajmowanego w danej kwestii prawnej stanowiska (tzw. cykliczności). Swoistym dopełnieniem takiej procedury jest wymóg uzyskania przez strony postępowania odpowiedniej zgody (ang. *leave*) od rozpatrujących ich sprawę sędziów na samą możliwość argumentowania za unieważnieniem określonego precedensu i oddania go w związku z tym pod rozwagę składu powiększonego – czy to wraz z przekazaniem temu składowi całej sprawy do rozpoznania, czy to z odroczeniem jej rozpoznawania w składzie obecnym do czasu podjęcia decyzji w zakresie unieważnienia/utrzymania w mocy zakwestionowanego precedensu⁸⁵.

84 Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 61-62 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 105.

85 Zob. M. Kirby, *op. cit.*, s. 7-8 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 288, przypis 135.

Pokrewnym powyższemu – ale trudniejszym do zaakceptowania, bo narusza ich wolność i ogranicza na przyszłość sędziów – rozwiązaniem jest zasada, że za unieważnieniem precedensu powinno być więcej sędziów niż było ich za jego ustanowieniem⁸⁶. To samo dotyczy zresztą możliwej do wyobrażenia sobie reguły, iż do *overruling* potrzebna jest jakaś kwalifikowana większość w ramach składu orzekającego. Wówczas bowiem, jak się wskazuje, zwykła większość stałaby się zakładnikiem mniejszości, również wtedy gdy ta blokowałaby unieważnianie jawnie błędnych i niesprawiedliwych precedensów, podczas gdy sędziowie chcieliby mieć równe prawa i najwięcej swobody (niezależności) w tym, jakie wyroki wydają w przedłożonych im do rozpoznania sprawach⁸⁷.

6. Zakaz nadużywania prawa do *overruling*

Reasumując rozważania z punktów powyższych, to, że jakiemuś sądowi przysługuje prawo do unieważnienia precedensów, nie oznacza tego, że powinien on czynić z tego prawa nadmierny użytek. Na ogół do dokonania *overruling* nie wystarczy bowiem tylko to, że w miejsce dotychczasowego precedensu można zaproponować lepszy, nowy. Na korzystanie z tej instytucji wpływ powinien mieć szereg różnorodnych czynników, jakie przemawiają raz za, a innym razem przeciw unieważnieniu konkretnego precedensu czy nawet ogólnie zastosowaniu *overruling* – z przewagą jednak na korzyść uszanowania obecnego kształtu precedensowego prawa. Takie „zachowawcze” podejście znajduje też wyraz w samej praktyce anglosaskich sędziów. Ci bowiem, jak się wskazuje, w rzeczywistości mają korzystać z uprawnienia do unieważniania precedensów w sposób dość oszczędny, bynajmniej nie nadużywając tej – potencjalnie bardzo niebezpiecznej dla działania zasady *stare decisis* – kompetencji⁸⁸. Wprost przeciwnie, jak się czasem nadmienia, pewne precedensy mogą być tu stosowane głównie siłą tradycji, nie będą już nadal merytorycznie zasadne (za ich nieunieważnieniem może natomiast przemawiać fakt, iż obywatele polegają na ich zawartości)⁸⁹.

Co warto też w tym miejscu podkreślić, inaczej niż w przypadku wymogów stawianych przed *ratio decidendi*, o jakich była mowa w pkt 3.3.-3.4. poprzedniego rozdziału tego opracowania, brak spełnienia przesłanek mających uzasadniać unieważnienie danego precedensu nie powoduje co do zasady nieważności tego aktu. W efekcie jeśli np. jakiś sąd ogólnie upoważniony do *overruling* dokonał unieważnienia jakiegoś precedensu, nie będąc na 100% pewien, że zmiana w prawie, do której w wyniku takiego unieważnienia dojdzie, jest zasadna, lecz tylko tak przypuszczał, to mimo iż sąd ten postąpił niewłaściwie z racji, iż nie zostało tu

86 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 67.

87 Zob. *ibidem*, s. 105-106.

88 S.J. Burton, *op. cit.*, s. 146; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 60; J. Raz, *op. cit.*, s. 189.

89 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 375.

Na tle częstotliwości, z jaką dokonywany jest *overruling*, dostrzega się również dość ciekawą prawidłowość, mianowicie: im mniejsza ma być skłonność danego sądu do unieważniania własnych precedensów, tym jego uzasadnienia [zawarte w nich reguły, *rationes*] mają przejawiać tendencję do bycia węższymi – zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 154, przypis 59.

dochowane kryterium finalności, przeprowadzony przez niego *overruling* będzie traktowane jako skuteczne (wiążące)⁹⁰.

7. Rodzaje *overruling*: wyraźny i dorozumiany

Jeśli chodzi o sam sposób, w jaki można dokonać unieważnienia konkretnego precedensu, to przyjmuje się, że może on być zarówno wyraźny (ang. *express*), jak i dorozumiany/domniemany (ang. *implied*)⁹¹. Z unieważnieniem wyraźnym mamy do czynienia wówczas, gdy sąd w uzasadnieniu wydanego wyroku wprost zaznacza, iż unieważnia (ang. *overrule*) jakiś precedens lub precedensy. Natomiast o unieważnieniu dorozumianym/domniemanym mówi się wtedy, gdy pomiędzy precedensem ustanowionym później a precedensem ustanowionym wcześniej zachodzi niedająca się usunąć sprzeczność (precedensy te się wykluczają). Przy tym to precedens późniejszy będzie tu oczywiście unieważniał *per facta concludentia* precedens wcześniejszy, a nie na odwrót. Zamiaru poczynienia takiego dorozumianego unieważnienia można się też dopatrzeć w fakcie przytoczenia w uzasadnieniu precedensowego wyroku jakiegoś niedającego się pogodzić z zawartym w tym wyroku rozstrzygnięciem wcześniej zapadłego orzeczenia precedensowego.

Przy ustalaniu tego, czy jakiś precedens został unieważniony w sposób dorozumiany, czy też nie, nie sposób uniknąć tych wszystkich trudności, jakie wiążą się z problemem określenia tego, kiedy pomiędzy dwoma precedensami zachodzi sprzeczność⁹², a kiedy precedens ustanowiony później stanowi tylko – na skutek skorzystania z tzw. instytucji *distinguishing*, o której będzie mowa w następnym rozdziale tego opracowania – jakiś wyjątek od precedensu ustanowionego wcześniej bez pozbawiania go przymiotu bycia wiążącym. Jest to tym bardziej istotne, iż w przedmiocie tego, czy miał miejsce dorozumiany *overruling*, czy też oba *prima facie* sprzeczne precedensy pozostają w mocy, będzie się – jak się wydaje – najczęściej wypowiadał nie sąd, który ustanowił te precedensy, lecz sąd, który zgodnie z zasadą *stare decisis* jest tymi precedensami związany.

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań zasadne wydaje się poczynienie w tym miejscu też pewnego uszczegółowienia w ramach kwestii unieważniania orzeczeń sądów

90 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 190-191.

91 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 119-121; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 127-128; Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 342-343; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 73; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 35-36, 260, przypis 142, s. 161, przypis 160.

92 Odnosnie do sprzeczności występujących pomiędzy precedensami zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 125-127; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 133-135; Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326, 345; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 400; 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. 47-50.

Notabene problem wzajemnie sprzecznych precedensów dotyka szczególnie Stany Zjednoczone, gdzie nadmiar precedensowych wyroków powoduje, iż nierzadko pozostają one ze sobą w konflikcie (jak się wskazuje, w 1994 r. orzeczeń ujętych w zbiorach miało być w tym państwie już ponad 4 miliony, przy czym w danej kwestii prawnej często możliwe ma być tu znalezienie z pół tuzina takich orzeczeń z tego samego stanu i znacznie więcej z pozostałych stanów). Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 403-404.

niższych instancji przez sądy instancji wyższych. Przedmiotem takiego *overruling*, czy to dorozumianego, czy wyraźnego, będą bowiem jedynie te orzeczenia, które są dla jakiegoś sądu (tego, który je ustanowił lub innego) wiążące. Brak jest natomiast jakiegokolwiek potrzeby unieważniania orzeczeń, jakie nikogo nie wiążą. Przy tym samo takie niebędące wiążącym precedensem orzeczenie sądu niższej instancji, do którego – „w tej samej sprawie” – nie zastosował się sąd wyższej instancji, zwykło się określać mianem *reversed* („odwrócone”)⁹³.

Tym samym nie unieważnia się również tzw. precedensów perswazyjnych, czyli takich, jakie zgodnie z obowiązującą w danym kraju (jurysdykcji, stanie) zasadą *stare decisis* nie są prawnie wiążące, ale mogą stanowić argument przy rozpoznawaniu spraw sądowych⁹⁴. Tego rodzaju precedensów się jedynie nie powiela („nie podąża za nimi”) – przez co też mówi się o nich nie *overruled*, lecz *not followed*⁹⁵. Inną rzeczą jest natomiast to, że fakt niepowielania takiego niewiążącego precedensu przez sąd władny do ustanawiania wiążących precedensów zdaje się wyzuwać ten precedens z mocy perswazyjnej lub przynajmniej taką jego moc znacznie osłabiać⁹⁶.

8. *Overruling* w szczegółach

W zależności od tego, czy mamy do czynienia ze Zjednoczonym Królestwem, czy ze Stanami Zjednoczonymi, a często także w zależności od tego, o jaki konkretnie sąd chodzi, zagadnienia związane z *overruling* mogą się prezentować nieco inaczej. Stąd też w szczegółach zostaną one, wraz z podziałem na te dwa państwa, przedstawione w oddzielnych podpunktach poniżej.

8.1. Trzy wyjątki od związania Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii jego własnymi precedensami

Obecnie dla Wielkiej Brytanii specyficzne jest to, że Sąd Apelacyjny Anglii i Walii jest prawnie zobligowany do przestrzegania ustanowionych przez siebie precedensów i sam nie może ich unieważniać. Od tej zasady zachodzą jednak trzy wyjątki, do których nakreślenia doszło przez ten sąd przy okazji wydawania przez niego wyroku w sprawie *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd.* Z racji ich występowania mówi się też czasem, iż Sąd Apelacyjny Anglii i Walii jest związany swoimi precedensami w sposób „zaczepiany” (ang. *defeasible*) – aczkolwiek, jak się przy tym podaje, być może jest to najsurowsza wersja „zaczepialnego” związania, na jaką ma móc można się natknąć w Zjednoczonym Królestwie⁹⁷. Dopuszczenie do istnienia takich trzech wyjątków miał potępić natomiast – przywoływany już w niniejszym opracowaniu w kontekście możliwych ujęć istoty wiążącego precedensu – dr Goodhart, twierdząc, iż „półabsolutnie”

93 J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 82 i D. McFadzean, G. Ryan, *Legal Method*, Dundee 2010, s. 86.

94 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 82 i Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 343.

95 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 82 i D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 85.

96 Por. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 82.

97 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326.

wiązący precedens nie ma więcej zalet aniżeli „półświeże” jajko („*a semi-absolute precedent has no more virtue than a semi-fresh egg*”)⁹⁸.

8.1.1. Wystąpienie sprzeczności pomiędzy własnymi precedensami

Pierwsze z odstępstw od obowiązku przestrzegania przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii jego własnych precedensów dotyczy sytuacji, w której – w trakcie postępowania toczącego się przed tym sądem – wyszło na jaw, iż takie precedensy, znajdując zastosowanie w aktualnie rozpoznawanej sprawie, pozostają ze sobą w sprzeczności. Wówczas na ogół przyjmuje się, że skład orzekający ma prawo wskazać (wybrać), którym z takich wykluczających się precedensów będzie związany, a który należy traktować jako unieważniony – choć możliwe są również trzy inne, niezakładające prawa do takiego wskazania (wyboru), rozwiązania. Pierwszym z nich jest niewątpliwie reguła kolizyjna, zgodnie z którą późniejszy precedens uznawany jest za wiążący. Drugim – jak się wydaje stanowiącym logiczną konsekwencję związania Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii jego własnymi precedensami – jest propozycja, by pierwszeństwo przyznać nie późniejszemu, lecz wcześniejszemu z pozostających w konflikcie wyroków tego sądu. Ten bowiem niejako automatycznie powinien pozbawiać mocy wiążącej sprzeczne z nim precedensy, do jakich ustanowienia przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii doszło po dacie jego wydania. Wszak ustanowienie takich precedensów odbyło się z pogwałceniem spoczywającego na tym sądzie obowiązku stosowania się do ustanowionych przez siebie precedensów [ewentualnie ich ustanowienie można by kwalifikować – mimo iż w praktyce tak się nie robi – za przypadek ustanowienia precedensu *per incuriam*]. Z kolei w myśl trzeciego z alternatywnych rozwiązań o tym, który z niedających się pogodzić precedensów ma zostać uznany za ważny, a który za unieważniony, powinno decydować to, który z takich precedensów jest lepiej [merytorycznie] uzasadniony lub sprawiedliwszy – zwłaszcza patrząc na to z perspektywy skutków, jakie opowiedzenie się za nim będzie miało dla sprawy aktualnie przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii rozpatrywanej.

Przy tym do samego wystąpienia konfliktu pomiędzy którymiś z dotychczas ustanowionych przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii precedensów ma się podchodzić tutaj dość liberalnie. Do stwierdzenia jego zaistnienia nie jest bowiem konieczne zachodzenie sprzeczności pomiędzy treścią *rationes decidendi*, lecz wystarczy, że będzie to sprzeczność pomiędzy samymi założeniami (ang. *assumptions*), jakie stoją za rozstrzygnięciami zawartymi w precedensowych wyrokach. Sąd Apelacyjny Anglii i Walii ma pozostawiać sobie także prawo do zmiany zdania w kwestii braku sprzeczności pomiędzy jakimiś ze swoich precedensów. Stąd nawet, jeśli kiedyś uznał on takie precedensy za możliwe do pogodzenia, może później potraktować je jako wzajemnie się wykluczające.

Przy okazji warto tu też zaznaczyć, iż sądy niższych instancji mają już nie dysponować prawem wyboru odnośnie do tego, który ze sprzecznych precedensów Sądu Apelacyjnego

98 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 143.

Anglii i Walii ma zostać zastosowany w rozpoznawanej przez nich sprawie. Od nich wymaga się, że będą związane precedensem późniejszym. Odmienne zaś rozstrzygnięcie kwestii pierwszeństwa między tymi precedensami ma leżeć wyłącznie w gestii Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii albo Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa (dawniejszego Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów)⁹⁹.

Jeszcze innym zagadnieniem jest kwestia tego, skąd sprzeczności pomiędzy precedensami pochodzącymi od Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii biorą się w praktyce. Jak się podaje, mogą być one wynikiem po pierwsze tego, że w sądzie tym naraz rozpoznawanych jest – przez oddzielne składy orzekające – więcej spraw, w których występuje ta sama kwestia prawna. Po drugie któryś z wyroków tego sądu mógł nie zostać opublikowany i z braku wiedzy o jego istnieniu w sądzie tym doszło następnie do wydania wyroku z nim niezgodnego. Po trzecie sędziom orzekającym w tym sądzie mogło się wydawać, że sprawa aktualnie przez nich rozstrzygana pozwala się wyróżnić od innej sprawy wcześniej przez ten sąd rozpoznanej, a w rzeczywistości tak wcale nie było¹⁰⁰.

8.1.2. Sprzeczność z precedensem Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa

Z drugim wyjątkiem od zasady związania Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii jego własnymi precedensami mamy do czynienia wówczas, gdy precedens tego sądu, choć nie został przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (wcześniej Komitet Apelacyjny Izby Lordów) wyraźnie unieważniony, jest sprzeczny z precedensem pochodzącym od tego ostatniego sądu – na ogół ustanowionym później, a wyjątkowo, tj. wtedy gdy Sąd Apelacyjny Anglii i Walii źle taki precedens zinterpretował lub bezpodstawnie go wyróżnił, również ustanowionym wcześniej. Przy tym wystąpienie sprzeczności między poszczególnymi wyrokami ma się tu rozumieć jeszcze bardziej liberalnie, aniżeli miało to miejsce w przypadku konfliktu precedensów pochodzących od samego tylko Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii (o którym była mowa w powyższym podpunkcie). Nie oznacza to jednak, iż z góry powinno się zakładać, że taka sprzeczność zachodzi. Wprost przeciwnie zgodnie z poglądem Lorda Selborne’a należy domniemywać brak jej istnienia. Przed stwierdzeniem, iż jakiś precedens pochodzący od Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii jest sprzeczny z którymś z precedensów ustanowionych przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawniejszy Komitet Apelacyjny Izby Lordów), trzeba bowiem podjąć się próby takiej interpretacji stanowiących te precedensy orzeczeń, by pogo-

⁹⁹ Zob. *ibidem*, s. 110, 157-158, 164.

Dla porównania problem sprzeczności precedensów, jakie pochodzą od sądu tej samej rangi, w Ontario w Kanadzie zwykło się rozwiązywać w ten sposób, iż: albo sąd ma prawo wyboru, do którego z tych precedensów się zastosować; albo spoczywa na nim obowiązek polegania na precedensie ustanowionym w dacie późniejszej; albo spoczywa na nim obowiązek polegania na precedensie ustanowionym w dacie późniejszej, ale pod warunkiem, że precedens ten jest bardziej spójny z ogólnymi zasadami – zob. P.M. Perell, *Stare Decisis and Techniques of Legal Reasoning and Legal Argument*, <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques>, s. 6-7.

¹⁰⁰ Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 165-166.

dzić ewentualne rozbieżności w ich treściach. Dopiero zaś w razie jej niepowodzenia będzie można mówić o konflikcie, jaki pozwala Sądowi Apelacyjnemu Anglii i Walii na odmowę zastosowania się do ustanowionego przez niego wcześniej precedensu.

Co dodatkowo znamienne, w kontekście sprzeczności pomiędzy precedensami pochodzącymi od Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa (dawnego Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów) a wyraźnie nieunieważnionymi przez ten sąd precedensami pochodzącymi od Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii sądy niższych instancji nie tylko zobowiązane są same rozstrzygać te sprzeczności na korzyść tych pierwszych precedensów, ale ponadto, jak się wydaje, sądy te mogą czuć się niezobligowane do stosowania się do precedensu Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii również wtedy, gdy nie będzie się on dawał obronić w zestawieniu z zasadami stojącymi za precedensem ustanowionym później przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawny Komitet Apelacyjny Izby Lordów)¹⁰¹.

8.1.3. Ustanowienie precedensu *per incuriam*

Trzecie zwolnienie od obowiązku przestrzegania przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii jego własnych precedensów dotyczy, opisanego już w pkt 3.4.3. rozdziału III części I niniejszego opracowania, ustanowienia takich precedensów *per incuriam*. Co jednak istotne – poza już samym podciąganiem pod tę instytucję stanów takich jak np. oparcie się przy wydawaniu danego wyroku nie na pełnej treści wiążącego w rozpoznanej sprawie orzeczenia, lecz jakiejś jego wersji skróconej – za ustanowienie precedensu „przez niedbałość” próbowano tu traktować inne jeszcze niż tradycyjnie wyróżniane przypadki.

Przed wszystkim chciano w tym kontekście wprowadzić dość ogólną klauzulę, która, choć z założenia miała być wykorzystywana niezmiernie rzadko, pozwalałaby nie zastosować się Sądowi Apelacyjnemu Anglii i Walii do precedensu (unieważnić go), przy ustanawianiu którego miał miejsce ewidentny błąd lub pomyłka (ang. *a manifest slip or error*) – np. błędnie w tym momencie przyjęto, iż w rozpoznawanej sprawie wiąże jakiś precedens, mimo iż ten w rzeczywistości nie był wiążący, bo do jego ustanowienia doszło *per incuriam*. Przy tym klauzula, o jakiej tu mowa, miała obejmować zwłaszcza kwestie proceduralne w zakresie jurysdykcji bądź sytuacji, w jakich apelacja do Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów (dzisiejszego Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa) była bardzo mało prawdopodobna. Poza tym próbowano również sugerować, iż Sąd Apelacyjny Anglii i Walii nie jest związany swoimi precedensami (i może je unieważniać) w tych wszystkich przypadkach, w których związanie takie prowadziłoby do niesprawiedliwości i ograniczałoby należyty rozwój prawa. To samo miało dotyczyć też sytuacji, w których związanie to pozostawałoby w sprzeczności z wolą (intencją) Parlamentu wyrażoną prostym językiem w niedawno wydanej ustawie, którą uchwalono w celu zaradzenia poważnej szkodzie lub nadużyciom. Podobnie twierdzono też, że z obowiązku stosowania się do własnych

101 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 157.

precedensów zwalnia Sąd Apelacyjny Anglii i Walii to, że stosowanie takie utrwaliby błędy w prawie z powodu, iż przegrywająca strona nie odwoła się do Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów (dzisiejszego Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa), lub z racji że rodziłoby ono konieczność poniesienia przez taką stronę niepotrzebnych kosztów. Ponadto również samo opóźnienie w rozpoznaniu sprawy biorące się z upływu czasu niezbędnego na wniesienie apelacji od orzeczenia Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii i jej rozpoznanie przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów (dzisiejszy Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa) miało uzasadniać odstąpienie przez ten pierwszy sąd od swojego precedensu, ilekroć w przeciwnym razie miałyby dojść do niesprawiedliwości – *vide*: sprawa *Davis v. Johnson* z 1979 r. Wspomniane próby połużnienia obowiązku przestrzegania „lch precedensów spoczywającego na Sądzie Apelacyjnym Anglii i Walii spotkały się jednak z miazdzącą krytyką ze strony Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów i ostatecznie proponowane w nich rozwiązania nie weszły w życie¹⁰².

8.1.4. Precedensy ustanowione w obszarze prawa karnego

Powyższe nie zmienia jednak faktu, iż Sąd Apelacyjny Anglii i Walii, a dokładnie jego Wydział Kryminalny, dość swobodnie – tj. wychodząc poza opisane dotychczas wyjątki – podchodzi w praktyce do kwestii unieważniania tych ze swoich precedensów, które ustanowione zostały w obszarze prawa karnego. Jest to przy tym o tyle dziwne, że, jak się nadmienia, Komitet Ape-

102 Na temat trzech przedstawionych wyjątków od związania Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii jego własnymi precedensami zob. w szczególności: R. Cross, *op. cit.*, s. 123-127, 128-137, 143-144, zob. też s. 139-140; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 143-154, 163; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 165-168, 170; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 103, przypis 173.

Oprócz opisanych dotychczas wskazuje się na inne jeszcze wyjątki od związania Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii jego własnymi precedensami z zaznaczeniem jednak, iż ich status jest wątpliwy. Dotyczą one: a) wyroków wydanych przez ten sąd w postępowaniu zabezpieczającym/tymczasowym (tzw. *interlocutory proceeding*) – zwłaszcza z uwagi na to, iż postępowanie to przebiega w trybie przyspieszonym i kończące je orzeczenia są w mniejszym stopniu „przedyskutowane”; b) wyroków pochodzących od 2-osobowych składów tego sądu; c) postępowań, w których Sąd Apelacyjny Anglii i Walii działa jako sąd ostatniej instancji, i nie ma przez to możliwości wniesienia od wydanego przez niego wyroku apelacji do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa; d) precedensów Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, które spotkały się z dezaprobatą ze strony Sądowej Komisji Tajnej Rady; e) sytuacji, w których doszło do zmiany w prawie międzynarodowym mającej wpływ na ważność ustanowionego przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii precedensu; f) kwestii rozstrzygniętych wyrokiem Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, wobec których – na skutek wniesienia apelacji od tego wyroku – Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (Komitet Apelacyjny Izby Lordów) orzekł, iż nie było konieczności ich rozpoznania w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym Anglii i Walii (można by bowiem utrzymywać, iż to, w jaki sposób kwestie te zostały przez ten ostatni sąd rozstrzygnięte, stanowi – z racji braku spełnienia stawianego przed *ratio* wymogu niezbędności – niewiążące *dicta*) – zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 153-154, 163 oraz R. Cross, *op. cit.*, s. 137, 143.

W stosunku do lit. b i c trzeba tu jednak zauważyć, iż wydaje się, że ostatecznie przyjęto, że precedensy ustanowione przez składy 2-osobowe Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii są tak samo wiążące jak precedensy pochodzące od składów 3- i 5-osobowych czy pełnego składu tego sądu (zob. wyrok w sprawie *Langley v. North West Water Authority* [1991]), orzeczenia zaś Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, od których nie było możliwości wniesienia odwołania do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa (dawnego Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów), mogą być unieważniane przez ten pierwszy sąd – tak jak orzeczenia Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa mogą być unieważniane przez niego samego (zob. wyrok w sprawie *Rickards v. Rickards* [1989]) – zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 169, 173.

W przedmiocie postępowania zabezpieczającego/tymczasowego (ang. *interim* lub *interlocutory application*) zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 83-84.

lacyjny Izby Lordów często wyrażał pogląd, iż pewność prawa karnego jest bardzo istotna, by uzasadnić w ten sposób zachowywanie w tym prawie po jego stronie konsekwencji w orzekaniu.

Przede wszystkim w obszarze prawa karnego Sąd Apelacyjny Anglii i Walii czuje się uprawniony do odejścia od ustanowionych wcześniej przez siebie precedensów, ilekroć tylko orzeka on w pełnym składzie, a samo takie odejście odbywa się z korzyścią dla oskarżonego, którego odpowiednik w sprawie precedensowej został skazany na karę pozbawienia wolności (za niewystarczające uznaje się tu natomiast skazanie tego odpowiednika w tej sprawie na karę grzywny)¹⁰³. Ponadto na tle spraw karnych próbuje się wprowadzać w tym sądzie ogólną zasadę, że ilekroć w grę wchodzi kwestie wolności osobistej i może dojść do niesprawiedliwości, to wówczas zasada *stare decisis* względem jego własnych precedensów przestaje go obowiązywać. To wyłączenie ma występować nawet do tego stopnia, że – by uczynić zadość wymogom sprawiedliwości – Sądowi Apelacyjnemu Anglii i Walii ma być wolno nie zastosować się do swojego precedensu nie tylko wtedy, gdy będzie to ze skutkiem korzystnym dla oskarżonego, ale również wtedy, gdy będzie to na jego niekorzyść, tj. z korzyścią nie dla niego, lecz dla ogółu.

Dla uchwycenia pełnego obrazu trzeba mieć tu jednak na uwadze, iż Sąd Apelacyjny Anglii i Walii nie uczynił z tak poluźnionego prawa do unieważniania swoich precedensów w sprawach karnych jakiegoś przesadnego użytku. Jak się bowiem wskazuje – przynajmniej gdy mowa o stanie do 1990 r. – było tylko kilka dobrze znanych przypadków, w których doszło do *overruling*, jakie wychodziło poza trzy przedstawione w trzech powyższych podpunktach wyjątki od związania tego sądu jego własnymi precedensami¹⁰⁴.

Na marginesie warto tu też dodać, że w Wydziale Kryminalnym Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii – mimo iż ostatecznie porzeczono na opisanym w pkt 8.1.1. niniejszego rozdziału prawie wyboru – próbowano też wdrożyć zasadę, że w razie wystąpienia konfliktu pomiędzy własnymi precedensami tego sądu powinno się w nim stosować ten, który jest korzystniejszy dla oskarżonego¹⁰⁵. Nierozwiązany pozostaje natomiast problem relacji między precedensami ustanowionymi przez ten wydział Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii a precedensami pochodzącymi od Wydziału Cywilnego tego sądu. Nie jest bowiem jasne to, czy wydziały te obowiązane są do wzajemnego stosowania się do takich precedensów i w związku z tym precedensy te nie mogą pozostawać ze sobą w sprzeczności¹⁰⁶.

103 To wyłączenie spod obowiązku przestrzegania własnych precedensów przez Wydział Kryminalny Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii można by też próbować przenosić na Wydział Cywilny tego sądu – tj. stosując je w odniesieniu do sytuacji, w których ten ostatni wydział orzeka w kwestiach wolności osobistej, jak np. w sprawach o deportacje lub o osadzenie w szpitalu dla umysłowo chorych; zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 155-156.

104 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 116-118, 143, 154-156; R. Cross, *op. cit.*, s. 110-112, 128, 138-139; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 168-169; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 137-138. Odnośnie do prób, mających na celu całkowite uwolnienie Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii od bycia związanym własnymi precedensami, jakie podjęto w nie tak znowu odległej przeszłości, zob. przedostatni akapit przypisu 10 w rozdziale II części I niniejszego opracowania.

105 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 156, 163.

106 Zob. *ibidem*, s. 119.

8.2. Inne sądy Zjednoczonego Królestwa

Podobne odstępstwa od obowiązku przestrzegania własnych precedensów jak te, które charakterystyczne są dla Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii, mają występować też w Sądach Dywizyjnych działających w ramach the High Court. Przy tym dotyczy to również rozluźnienia tego obowiązku w tych sytuacjach, w których w grę wchodzić ma wolność osobista. Ponadto Sądy Dywizyjne mają się uważać za niezobligowane, zarówno w sprawach cywilnych, jak i karnych, do stosowania się do tych ze swoich precedensowych wyroków, do których wydania doszło w związku z wykonywaniem tzw. nadzorczej (ang. *supervisory jurisdiction*) jurysdykcji w odróżnieniu od jurysdykcji apelacyjnej (ang. *appellate jurisdiction*). W przypadku Sądów Dywizyjnych nie ma mieć natomiast żadnego znaczenia samo to, czy pochodzący od nich precedens został ustanowiony tylko przez dwóch czy większą liczbę zasiadających w nich sędziów¹⁰⁷.

Jeśli chodzi z kolei o szkocką the Inner House of the Court of Session, to ma być ona władna do unieważnienia w pełnym składzie (ang. *a Full Bench*) każdego z ustanowionych przez nią precedensów¹⁰⁸. Podobnie pełniący w Szkocji funkcję sądu najwyższego w sprawach karnych the High Court of Justiciary, działając jako sąd apelacyjny, uprawniony jest do przeprowadzenia *overruling* w stosunku do każdego ze swoich precedensowych wyroków pod warunkiem jednak, że unieważnienia będzie dokonywać skład większy od tego, który orzekł przy ustanawianiu precedensu, jaki ma zostać unieważniony¹⁰⁹.

Sam Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawniejszy Komitet Apelacyjny Izby Lordów) – jak już wiadomo z pkt 1. rozdziału II części I niniejszego opracowania – nie jest od czasu wydania w 1966 r. the Practice Statement w sposób absolutny zobligowany do przestrzegania własnych precedensów i może je unieważniać¹¹⁰. Na tym tle uprasza się jednak, o czym mowa jest już w samej treści the Practice Statement, o daleko posuniętą ostrożność i powstrzymanie się od sięgnięcia do instytucji *overruling*, ilekroć nie ma ku temu dobrego uzasadnienia. W szczególności za niekorzystaniem z niej ma przemawiać obawa przed zachwianiem pewnością prawa w takich dziedzinach jak: prawo kontraktowe, rzeczowe, podatkowe i karne¹¹¹.

Ponadto nie bez znaczenia wydają się tu też względy tzw. poprawności („stosowności”) konstytucyjnej. Należy mianowicie pamiętać, iż sprawujący w Zjednoczonym Królestwie do 1 października 2009 r. funkcje sądu najwyższego, Komitet Apelacyjny Izby Lordów technicznie stanowił część brytyjskiego Parlamentu. W efekcie tego zbyt swobodne i częste unieważnianie przez niego jego własnych precedensów mogłoby łatwo zostać uznane za próbę obejścia

107 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 175; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 119-121, 156-157, 164.

Na to, że związanie sędziów orzekających w ramach the High Court precedensami ustanowionymi przez ten sąd jest jeszcze słabsze, określając ogólnie takie precedensy (ich status) jako perswazyjne, wskazują Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall – zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 325-326.

108 D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 77; zob. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326.

109 D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 77; zob. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326.

110 Na temat the Practice Statement zob. przypis 10 w rozdziale II części I niniejszego opracowania.

111 Zob. R. Cross, *op. cit.*, 107-108, 127-128; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 104; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 127; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 335.

procedur legislacyjnych oraz znaczne ograniczenie wpływu drugiej izby – jakby nie było, bikameralnego – Parlamentu Zjednoczonego Królestwa na treści nowo powstającego prawa¹¹². Dzisiaj, tj. po ustanowieniu Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa i odseparowaniu go od Parlamentu Zjednoczonego Królestwa, przeciwko nazbyt intensywnemu czynieniu użytku z instytucji *outruling* mogą z kolei przemawiać względy podziału władzy. Możliwość przeprowadzania zmian w aktualnie obowiązującym prawie wydaje się być bowiem bardziej domeną władzy ustawodawczej, a nie sądowniczej.

Również sam Komitet Apelacyjny Izby Lordów, kiedy pełnił jeszcze funkcję sądu najwyższego, w dość szczególny sposób – by nie powiedzieć z namaszczeniem – podchodził do wcześniej ustanowionych przez siebie precedensów, kwalifikując je jako [dla niego] „formalnie wiążące, ale podlegające możliwości unieważnienia”¹¹³. To samo zresztą z wyjątkiem precedensów dotyczących kwestii związanych tzw. dewolucją, które nie są uważane za wiążące dla tego sądu, zdaje się, że będzie adekwatne w stosunku do Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa¹¹⁴. Co więcej, mimo wydania w 1966 r. the Practice Statement i zerwania z obowiązkiem stosowania się do własnych precedensów, Komitet Apelacyjny Izby Lordów w praktyce korzystał z nowo przyznanego sobie uprawnienia nad wyraz oszczędnie. W pierwszych trzech dekadach od wydania the Practice Statement częstotliwość, z jaką unieważniał on swoje precedensy, miała być bowiem mniejsza niż jeden taki precedens na rok¹¹⁵. Od tego czasu do 1990 r. do jednoznacznego unieważnienia takiego precedensu miało w nim dojść zresztą tylko osiem razy¹¹⁶. W rezultacie nieuprawnionym byłoby twierdzić, że Komitet Apelacyjny Izby Lordów podchodził zbyt luźno do przysługującego mu prawa do unieważniania własnych precedensów tudzież czynił z tego prawa nadmierny użytek¹¹⁷. Nie zdarzyło się również, przynajmniej do 1990 r., by komitet ten powrócił do rozwiązania z precedensu, który dzięki uprawnieniu, jakie zyskał on na mocy the Practice Statement, został przez niego unieważniony (zmieniwszy w ten sposób po raz trzeci swoje stanowisko w danej kwestii prawnej)¹¹⁸.

W kontekście powodów, jakie mogą uzasadniać skorzystanie z instytucji *outruling* (zob. pkt 2. niniejszego rozdziału tego opracowania), wskazuje się jednak, iż w praktyce

112 Por. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 334.

113 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 329.

Teza ta wydaje się nie tracić na aktualności i po ustanowieniu Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa – zob. D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 77.

114 Zob. D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 77.

115 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 329.

Na tak niską częstotliwość w korzystaniu z instytucji *outruling* przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów w stosunku do jego własnych precedensów wpływ miało jednak również powołanie w 1965 r. w Wielkiej Brytanii tzw. Komisji Prawa (the Law Commission). W wyniku bowiem działalności tejszej komisji zwiększyła się aktywność legislacyjna, dzięki której unieważnienie niektórych z „niesatysfakcjonujących” precedensów ustanowionych wcześniej przez Izbę Lordów (jej Komitet Apelacyjny) stało się zbędne – zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 128, przypis 59.

116 R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 135-136.

117 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 350.

118 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 112.

Komitet Apelacyjny Izby Lordów miał nie liczyć się zbyt z zaufaniem, jakie obywatele przejawiali wobec „poprawności” danego precedensu (podjęciem na podstawie tego precedensu przez nich takich, a nie innych działań i decyzji)¹¹⁹. Co więcej, mimo zaleceń, o których była mowa trzy akapity wyżej, sędziwi temu zdarzało się unieważniać precedensy zarówno w prawie umów, jak i w prawie podatkowym, a nawet w prawie karnym, i to ze skutkiem na niekorzyść oskarżonego („rozciągając” odpowiedzialność karną)¹²⁰. Także kryterium wieku poszczególnych orzeczeń miało nie być dla tego sądu istotne, będąc bardziej faktorem neutralnym¹²¹. Do unieważnienia precedensów dochodziło w nim bowiem nieraz dość prędko, tj. np. w dwa, trzy lata, a nawet rok od daty ich ustanowienia¹²². W efekcie uważa się też czasem, iż trudno jest wskazać jakieś reguły, które pozwalałyby na prognozowanie, kiedy dany precedens zostanie, a kiedy nie zostanie przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów (dzisiejszy Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa) unieważniony¹²³. Co także dość znamienne, sami zasiadający w tym komitecie sędziowie rzadko kiedy mieli mówić o tym, iż unieważniają któryś ze swoich poprzednich precedensów (ang. *overrule*), poprzestając często na stwierdzeniu, iż odchodzą/odstępują od takiego precedensu (ang. *depart from*). Samo jednak to terminologiczne rozróżnienie nie miało posiadać jakiegoś większego praktycznego znaczenia¹²⁴. Notabene w Wielkiej Brytanii w obiegu są również takie terminy jak *disapproved* i *disapproving*. W miejsce zwrotu *overruling* miano się nimi niekiedy posługiwać w Sądzie Apelacyjnym Anglii i Walii w kontekście wzajemnie sprzecznych precedensów tego sądu¹²⁵. Ponadto ogólnie słowa *disapproved* ma się w tym kraju używać też w stosunku do orzeczenia sądu niższego rzędu, jakie spotkało się z krytyką sądu wyższego rzędu, który tego orzeczenia wyraźnie mimo to nie unieważnił¹²⁶.

119 Zob. *ibidem*, s. 141.

120 Zob. *ibidem*, s. 137.

121 Zob. *ibidem*, s. 137.

122 Zob. *ibidem*, s. 111-112.

123 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 161; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 137-138; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 350.

Poza już nawet samymi wskazówkami zawartymi w the Practice Statement warto jednak zaznaczyć, iż w 1995 r. Lord Lowry zaproponował tu zestaw reguł mogących stanowić swego rodzaju wytyczne przy podejmowaniu przez sędziów decyzji w kwestii korzystania z instytucji *overruling* (dokonywania ingerencji w dotychczasowym stanie prawnym). Zdaniem tego lorda: 1) należy zachować w tym względzie ostrożność, ilekroć Parlament nie skorzystał z okazji do wyjaśnienia dobrze znanych wątpliwości tudzież, przyjmując stosowną ustawę, pozostawił takie wątpliwości nienaruszone; 2) kwestie sporne z zakresu polityki społecznej/socjalnej mniej nadają się do sądowej interwencji niż materie czysto prawnicze; 3) fundamentalne doktryny [teorie, instytucje] prawnicze nie powinny być łatwo odstawiane na bok; 4) sędziowie powinni powstrzymać się od dokonywania zmian w obowiązującym prawie, jeśli nie potrafią osiągnąć w tym prawie finalności i pewności (ang. *finality and certainty*) – zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 352-353.

124 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 131; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 127, przypis 55.

Na to, że zwroty: *departing from* oraz *overruling* są używane zamiennie, mimo iż istnieje między nimi techniczna różnica, wskazują jednak J. Holland i J. Webb (zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 158).

125 R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 131.

126 Zob. D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 85.

Poza tym godne uwagi jest to, że w Komitecie Apelacyjnym Izby Lordów – podobnie zresztą jak w the Inner House of the Court of Session oraz the High Court of Justiciary działającej jako sąd apelacyjny – znalazła zastosowanie ta proceduralna zasada, która przewiduje przeprowadzanie *overruling* w składzie szerszym niż ten, który ustanowił precedens, jaki ma zostać unieważniony¹²⁷. W przypadku natomiast wystąpienia wzajemnej sprzeczności pomiędzy precedensami pochodzącymi od tego komitetu, jakie nie zostały przez ten komitet wyraźnie rozstrzygnięte, za wiążący – jak się wydaje – należy uważać ten precedens, który został ustanowiony później (innym rozwiązaniem jest prawo do poczynienia wyboru pomiędzy takimi precedensami)¹²⁸.

8.3. Konsekwencje członkostwa Zjednoczonego Królestwa w Unii Europejskiej oraz funkcjonowania the Judicial Committee of the Privy Council

Problematykę unieważniania precedensów dodatkowo komplikuje w Wielkiej Brytanii fakt członkostwa tego państwa w Unii Europejskiej. Na tle tego członkostwa i związanej z nim zasady prymatu prawa unijnego nad brytyjskim prawem krajowym powstaje bowiem trudna do rozstrzygnięcia kwestia tego, czy dany sąd może unieważnić własny precedens, a co jeszcze istotniejsze, precedens sądu nad nim przełożonego, ilekroć precedens ten jest niezgodny z prawem unijnym. Przy tym od strony tego ostatniego w grę mogą wchodzić nie tylko zapisy prawa pierwotnego (traktatowego), ale również postanowienia unijnego prawa pochodnego, a także sama zawartość orzeczeń pochodzących od Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Nie trzeba tu też chyba dodawać, iż przyznanie takiego uprawnienia sądom brytyjskim niższych instancji stanowiłoby znaczne osłabienie, mającej z definicji być na Wyspach dość rygorystyczną, zasady *stare decisis*.

Zasygnalizowanego problemu nie dojrzy się natomiast w przypadku Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa (dawniejszego Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów). Skoro bowiem od 1966 r. sąd ten uprawniony jest do unieważniania precedensów, jakie sam ustanowił, to tym bardziej powinien to czynić – i faktycznie czyni – w sytuacji, gdy dojdzie do wniosku, iż któryś z dotychczas wydanych przez niego wyroków pozostaje w sprzeczności z prawem Unii Europejskiej¹²⁹. W konieczności zapewnienia brytyjskiemu prawu krajowemu zgodności z prawem unijnym upatruje się zresztą potencjalną przyczynę częstszego, aniżeli miało to miejsce poprzednio, unieważniania precedensów pochodzących od tego sądu¹³⁰.

127 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 326, 343; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 77.

128 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 100.

129 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 352.

130 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 128, przypis 60.

Eliminowanie przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa drogą *overruling*, zwłaszcza wyraźnego, precedensów ustanowionych przez sądy brytyjskie, jakie niezgodne są z prawem Unii Europejskiej, wydaje się przy tym jak najbardziej pożądane z punktu widzenia przejrzystości brytyjskiego porządku prawnego. Po pierwsze usuwa ono wątpliwości pod względem istnienia lub braku takiej sprzeczności, po drugie niweluje – przynajmniej w jakimś stopniu – potrzebę i związane z nią problemy pozbawiania mocy wiążącej takich precedensów przez znajdujące się bezpośrednio pod tym

Ogólnie – od momentu przystąpienia przez Wielką Brytanię do Unii Europejskiej – należy dopuścić też taką możliwość, iż *overruling* precedensu pochodzącego od Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa (Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów) może dokonać nie tylko sam ten sąd, lecz także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹³¹.

Innym jeszcze czynnikiem, który bynajmniej nie upraszcza kwestii unieważniania precedensów w Zjednoczonym Królestwie, jest funkcjonowanie w tym kraju szczególnego sądu w postaci Komisji Sądowej Tajnej Rady (the Judicial Committee of the Privy Council). Nie do końca bowiem wiadomo, czy komisja ta – tak jak pozostałe brytyjskie sądy – jest zobligowana do przestrzegania precedensów ustanowionych przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (Komitet Apelacyjny Izby Lordów). Jeszcze bardziej niejasne pozostaje to, czy nie jest ona przypadkiem władna do takich precedensów unieważniania. Przykładowo w 2005 r. nie zastosowała się ona do precedensu ustanowionego przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów odnośnie do prowokacji¹³², a Sąd Apelacyjny Anglii i Walii raz w 2005 r. i dwa razy w 2006 r. nie zastosował się do precedensu ustanowionego przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów, lecz do sprzecznego z takim precedensem orzeczenia wydanego przez nią w dacie późniejszej. To ostatnie wskazywałoby na to, że Komisja Sądowa Tajnej Rady nie tylko nie musi się stosować do precedensów ustanowionych przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów (Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa), ale ponadto uprawniona jest ona do poddawania takich precedensów pod *overruling*¹³³. Wysoce problematyczny pozostaje również stosunek orzeczeń Komisji Sądowej Tajnej Rady do precedensów pochodzących od sądów apelacyjnych znajdujących się bezpośrednio pod Sądem Najwyższym Zjednoczonego Królestwa. Jak bowiem można odnieść wrażenie w razie wystąpienia sprzeczności pomiędzy nimi, Sąd Apelacyjny Anglii i Walii pozostawia sobie prawo wyboru w przedmiocie tego, czy uznać swój precedens za unieważniony czy za nadal obowiązujący¹³⁴.

Z cech charakterystycznych dla *overruling*, jakie jest przeprowadzane w Wielkiej Brytanii, na koniec warto zwrócić też uwagę na to, iż w związku z panującym tu długo zakazem powoływania się na tzw. materiały przygotowawcze (fr. *travaux preparatoires*) pewne wątpliwości – choć dzisiaj już mniejsze – wiążą się z możliwością wykorzystania tego rodzaju materiałów na uzasadnienie dokonania unieważnienia poszczególnych precedensów¹³⁵.

sądem sądy apelacyjne (ewentualnie inne jeszcze sądy). Podobnie zresztą zmniejsza ono też pole do dyskusji nad wyrzuceniem takich precedensów z ich mocy obowiązującej *ab initio* z racji niespełnienia jednego z kryteriów stawianych przed *ratio decidendi* (zob. pkt 3.4.8. rozdziału III części I niniejszego opracowania).

131 Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 171.

132 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 137 i J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 170-171.

133 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 137 i J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 170-171.

134 J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 170 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 153-154, 163.

135 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 349-350.

Odnośnie do zakazu korzystania w Zjednoczonym Królestwie z materiałów przygotowawczych zob. akapit czwarty, pkt 1. rozdziału VII części I niniejszego opracowania.

8.4. Stany Zjednoczone

Już na wstępie trzeba zauważyć, iż kwestia unieważniania precedensów sądowych przedstawia się w Stanach Zjednoczonych inaczej niż w Wielkiej Brytanii. Przede wszystkim w porównaniu z Sądem Apelacyjnym Anglii i Walii amerykańskie sądy apelacyjne zdają się dysponować znacznie większym zakresem swobody w unieważnianiu własnych precedensów. W ich bowiem przypadku do podjęcia decyzji o przeprowadzeniu *overruling* w stosunku do takiego precedensu wystarczyć ma nieraz samo przekonanie, iż obrane wcześniej rozwiązanie było niesłuszne tudzież niesprawiedliwe – bez konieczności już wykazywania tego, iż mamy do czynienia z jakimś wyjątkiem od zasady *stare decisis*. Co więcej, w poszczególnych stanach stanowe sądy apelacyjne mogą uważać się za związane tylko tymi ze swoich precedensów, do jakich ustanowienia doszło *en banc* (w pełnym składzie)¹³⁶. Apelacyjne sądy federalne mają być jednak już nie tylko związane swoimi precedensami, ale jeszcze ewentualne unieważnienie takich precedensów ma się odbywać w tych sądach przy zachowaniu szczególnej procedury. W nich *overruling* dokonywane ma być bowiem w składzie rozszerzonym (np. 11 sędziów jak w przypadku the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit) będącym panelem *en banc*¹³⁷. Przy tym amerykańskie sądy apelacyjne – choć na ogół, co nie znaczy, że nigdy się tak nie zdarza, nie muszą się do takich precedensów stosować – nie są w żaden sposób uprawnione do unieważniania precedensów ustanowionych przez inne sądy tej samej rangi¹³⁸.

Co dodatkowo znamienne, działające w Stanach Zjednoczonych sądy najwyższej instancji często nie są już postrzegane jako dysponujące w materiałach *overruling* taką swobodą jak amerykańskie sądy apelacyjne tudzież Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawny Komitet Apelacyjny Izby Lordów). Mimo bowiem tego, iż jak się wskazuje, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych od zawsze miał przyznawać sobie prawo do kwestionowania dotychczas ustanowionych przez siebie precedensów, faktycznie korzystając z niego już od 1844 r.¹³⁹, od sądów najwyższych oczekuje się tutaj wskazania na szczególne okoliczności, jakie mają przemawiać za przeprowadzeniem *overruling*. Tak przyjmuje się tutaj np., że trzeba w tym celu wykazać, iż zachodzi wspomniana w pkt 3. niniejszego rozdziału tego opracowania oczywista błędność precedensu, jaki chce się unieważnić, albo przedstawić inne ważne powody (podać specjalne uzasadnienie), jakie przemawiają za unieważnieniem tego precedensu. Uważa się tu też, że *overruling* nie powinno prowadzić do nadwątlenia zaufania obywateli do prawa i zachwiania pewności w prawie¹⁴⁰. Przy tym ogólnie precedensy ustanowione w prawie kontraktów, w tym

136 Zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 29-30.

137 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 6, przypis 13 i Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 55, 80.

138 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 118, przypis 21 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 14-15, 256, przypis 18.

139 Zob. *ibidem*, s. 123.

Dawniej miał on też podchodzić do tego prawa „zadziwiająco” liberalnie, opierając korzystanie z niego na swojej dyskrekcji – zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 59.

140 Odnośnie do specyfiki *overruling* w Stanach Zjednoczonych zob. S.J. Burton, *op. cit.*, s. 146-148; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 369-370, 379-382; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 29-30; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 123-124, przypis 44; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 535-538; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 9-40, 325-327, 333.

w prawie gospodarczym (handlowym), i prawie własności, a w zakresie, w jakim to ostatnie zazębia się z prawem spadkowym, również w tym prawie, mają być w USA dość odporne na unieważnienie (w przeciwieństwie do precedensowych wyroków z zakresu prawa proceduralnego i dowodowego). To samo dotyczy precedensów z obszaru prawa wyborczego oraz praw obywatelskich¹⁴¹.

Pewnym szczególnym powodem unieważnienia precedensów w Stanach Zjednoczonych wydaje się natomiast ich sprzeczność z federalnym albo stanowym prawem stanowionym lub precedensowym, ilekroć dotyczą one domeny tego prawa, a zostały ustanowione przez sąd nieuprawniony do autorytatywnego wypowiedzania się na temat tego prawa (np. pochodzą od sądu stanowego i dotyczą prawa innego stanu lub od sądu federalnego i dotyczą prawa stanowego). Stąd przykładowo sędzia McLean miał argumentować za tym, że na Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych spoczywa obowiązek unieważnienia tych spośród jego precedensowych wyroków, które dotycząc prawa stanowego, stały się po ich wydaniu sprzeczne bądź z ustawodawstwem stanowym, bądź precedensem ustanowionym przez stanowy sąd najwyższy¹⁴². Poza tym dość specyficzne wydają się też dla Stanów Zjednoczonych tezy/sugestie, iż tutejsi sędziowie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych podejmują działania w kierunku dokonania *overruling* tych precedensów, które są niezgodne z polityką prezydentów, którym zawdzięczają oni swoją nominację, tudzież że na takich sędziów są desygnowane takie osoby, po których można spodziewać się, że unieważnią pewne precedensy. To, z którymi precedensami się zgadza, a z którymi nie, jest tu przy tym przedmiotem przesłuchań poszczególnych kandydatów przed decyzją o ich powołaniu, a kandydatom na prezydentów zdarza się wypowiadać o rodzajach sędziów (wyznawanej przez nich ideologii), jakich by nominowali, jak tylko wygrają wybory¹⁴³. Nie zawsze jednak nowo powołani sędziowie czynią zadość takim oczekiwaniom i nawet gdy przejawiają oni tę samą ideologię, potrafią różnić się ze sobą w razie, gdy nadarzy się możliwość unieważnienia jakiegoś precedensu¹⁴⁴.

Jeśli chodzi o częstotliwość, z jaką w Stanach Zjednoczonych dochodzi do unieważniania precedensowych wyroków, to jest ona na pewno większa aniżeli w przypadku Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów (Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa). Przy tym z częstym

Co do szczegółów na temat korzystania z instytucji *overruling* przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, w tym kwestii tego, jak statystycznie rozkładało się tutaj unieważnienie precedensów w poszczególnych materiałach (rodzajach spraw), ogólnej tendencji wzrostowej, gdy chodzi o częstotliwość, z jaką dochodziło tu do *overruling*, średniego wieku unieważnianego precedensu oraz wpływu, jaki miały w tym kontekście zmiany personalne w składzie osobowym tego sądu, w tym pod względem osoby będącej jego prezesem (ang. *a chief justice*), zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 9-14.

W przedmiocie poglądów amerykańskiej judykatury na kwestie związane z dylematem, czy unieważnić, czy zastosować się do precedensu, z którego merytoryczną zawartością się osobiście nie zgadza, zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 379-382.

141 Zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 541-543, 547-553, 582, zob. jednak s. 550 i 576-577 oraz M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 15, 21, 45, 257, przypis 47.

142 Zob. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 601.

143 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 6, 9, 40, 49-50, 54, 101-102, 104, 317, przypis 4, s. 325-326, 330.

144 Zob. *ibidem*, *op. cit.*, s. 77 i 104.

korzystaniem z instytucji *overruling* ze strony amerykańskich sądów najwyższych mamy mieć do czynienia zwłaszcza w obrębie prawa konstytucyjnego¹⁴⁵. Dla przykładu, jak się podaje, od 1789 do 2009 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych miał wyraźnie unieważnić aż 210 precedensów, nie wspominając już o liczbie precedensów, jakie unieważnił w tym czasie w sposób dorozumiany¹⁴⁶. Z drugiej jednak strony na tle stanu Nowy Jork zaznacza się, iż może być tak, że tutejszy stanowy sąd najwyższy jest w czasach współczesnych mniej skory do korzystania z instytucji *overruling*, aniżeli był w 1850 r., kiedy już czuł się pod tym względem dość mocno ograniczony¹⁴⁷.

Powyższe nie oznacza jednak, że w USA łatwo – tym bardziej zawsze – jest z góry przewidzieć, który precedens zostanie, a który nie zostanie unieważniony, jak sprawa, w jakiej ma on zastosowanie trafi do sądu¹⁴⁸, choć są tutaj precedensy, których unieważnienie wydaje się być, przynajmniej na chwilę obecną, niewyobrażalne¹⁴⁹.

Ponadto w odniesieniu do amerykańskich sądów najniższej instancji (ang. *trial courts*) wskazuje się na możliwość przyjęcia przez te sądy tzw. *a bench rule*, zgodnie z którą sędziowie zobowiązani są przestrzegać orzeczeń pochodzących od innych sędziów zasiadających w tym samym sądzie co oni, dopóki orzeczenia te nie zostaną unieważnione lub z innych względów nie staną się „złym prawem” (ang. *bad law*)¹⁵⁰. Pomijając już opisaną w pkt 11. niniejszego rozdziału tego opracowania antycypacyjną postać *overruling*, w Stanach Zjednoczonych przyjmuje się również, iż federalne sądy dystryktowe mogą nie zastosować się do precedensu ustanowionego przez federalny sąd apelacyjny, jeśli teoria lub rozumowanie leżące u podstaw tego precedensu – mimo braku jego „precyzyjnego” unieważnienia – zostały później podkopane przez wydanie takiego, a nie innego wyroku przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych¹⁵¹. Ilekroć też okaże się, że jakieś dwa precedensy federalnego sądu apelacyjnego (pochodzące od dwóch różnych paneli tego sądu o takiej samej liczbie orzekających sędziów lub od dwóch różnych dywizji tego sądu) pozostają ze sobą w sprzeczności, dystryktowe sądy federalne uprawnione są do wyboru w zakresie tego, którego z tych precedensów przestrzegać¹⁵².

145 Zob. pkt 2.2. rozdziału II części II niniejszego opracowania.

146 M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 9-10.

W pierwszych 100 latach swojego funkcjonowania miał on sięgać do instytucji *overruling* jednak nader rzadko, unieważniając w tym czasie jedynie kilka z ustanowionych przez siebie precedensów (zob. *ibidem*, s. 50). Również później zdarzały się okresy, w jakich unieważniał on takie precedensy sporadycznie lub nawet wcale, oszczędzając w ten sposób nawet te z nich, które zdawały się być kontrowersyjne; w 2004 i 2009 r. wyraźne *overruling* z podaniem popisanego uzasadnienia miało mieć też miejsce tylko w przypadku 1,4% takich uzasadnień (zob. *ibidem*, s. 199, 260, przypis 142, s. 325, 333).

147 R.S. Summers, *Precedent...*, s. 397.

148 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 79.

149 Zob. *ibidem*, s. 177-198, 317, przypis 4, s. 333.

150 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 30.

151 Zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 54, przypis 5.

152 Zob. *ibidem*, s. 55, przypis 5; por. też R.S. Summers, *Precedent...*, s. 403-404 oraz G. Marshall, *What is Binding in a Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 513.

Na tle amerykańskiej doktryny precedensu interesująca jest także propozycja rozstrzygnięcia kolizji pomiędzy precedensem pochodzącym od sądu najwyższej instancji a precedensem ustanowionym później przez sąd apelacyjny, jaką wysunęli M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis. Zdaniem bowiem tych autorów, nie dochodzi tu do automatycznego unieważnienia precedensu sądu apelacyjnego. Precedens ten ma mianowicie pozostawać w mocy, dopóki nie zostanie unieważniony przez sąd najwyższej instancji¹⁵³.

9. Skutek unieważnienia precedensu

Kolejnym istotnym zagadnieniem związanym z unieważnianiem precedensów sądowych jest efekt (skutek) takiego unieważnienia. W zależności od obranego modelu precedensu zagadnienie to będzie się przedstawiać nieco inaczej. Ogólnie jednak przyjmuje się, że unieważniając jakiś precedens, nie unieważnia się go w całości, lecz tylko tę jego część, która jest wiążąca. W rezultacie to, że jakiś precedens był przedmiotem *overruling*, nie stanowi przeszkody w dalszym powoływaniu się na zawartość jego *obiter dictów*, przynajmniej w zakresie, w jakim nie jest ona rozwinięciem wiążącej części tego precedensu. Te, mimo iż – tak jak było dotychczas – nadal pozostają prawnie niewiążące, wciąż mogą być bowiem wykorzystywane na potrzeby adiudykacji¹⁵⁴. Jeśli chodzi natomiast o to, co na skutek unieważnienia dzieje się z wiążącą częścią precedensowego wyroku, to co do zasady uważa się, że część ta przestaje istnieć na rzecz stanowiącej jej odpowiednik części nowej¹⁵⁵.

W przypadku *the rule model* w wyniku *overruling* na ogół będzie dochodzić zatem do tego, iż obecne *ratio decidendi* będzie tracić swoje obowiązywanie i jednocześnie będzie zaczynać obowiązywać sprzeczne z nim *ratio* nowe (z precedensu, jaki został ustanowiony wskutek rozstrzygnięcia sprawy, przy okazji rozpoznawania której doszło do unieważnienia). Co jednak znamienne, nie wyklucza się tu również opcji, iż mimo że podstawy, na jakich opiera się rozstrzygnięcie z danego precedensu, zostały w jakimś późniejszym wyroku zakwestionowane, nadal będzie możliwe wydanie rozstrzygnięcia na rzecz strony będącej odpowiednikiem strony wygrywającej w sprawie precedensowej – tj. jeśli tylko będą przemawiać za tym inne przesłanki aniżeli te zakwestionowane. Wówczas też mówi się o tym, że dany precedens został bardziej „podkopany” (ang. *undermined*) aniżeli bezpośrednio unieważniony (ang. *directly overruled*)¹⁵⁶.

153 M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, s. 75.

154 W jednym ze zbiorów orzeczeń miało jednak znaleźć się kiedyś stwierdzenie, że to *dicta* zostały unieważnione – odnośnie do kontekstu, w jakim miało to miejsce, zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 131-133.

Innym problemem jest sprzeczność jakichś *dictów* z *ratio decidendi* lub *dictami* z innego precedensu. W pierwszym przypadku wydaje się, iż takie *dicta* nie mogą być już przytaczane – chyba że pochodzą one od sądu wyższego rzędu aniżeli sąd, który ustanowił precedens zawierający *ratio*, z którym są one niezgodne. W razie natomiast sprzeczności jednych *dictów* z innymi każde z nich zdaje się móc być dalej przedmiotem powoływania się na nie, w tym również wtedy, gdy pochodzą one od sądów zajmujących różne miejsce w hierarchii sądowej (choć na ogół pierwszeństwo przypadnie wówczas *dictom* pochodzącym od sądu wyższej rangi).

155 Zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 59.

156 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 121-123 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 129-131.

W odniesieniu do innych niż opierające się na regule precedensu ujęć fenomenu bycia związanym precedensowym wyrokiem kwestia tego, co dzieje się w wyniku przeprowadzenia *overruling*, jawi się nieco bardziej skomplikowanie.

Mianowicie w metodzie dr. Goodharta z racji jej podobieństwa do koncepcji *the rule model* wydaje się ona jeszcze prezentować podobnie – jeśli nie identycznie – do opisanego powyżej skutku unieważnienia precedensu. W razie już jednak opowiedzenia się za modelem precedensu z analogii, efektem unieważniania jawi się to, iż z danym stanem faktycznym i jemu podobnymi należy łączyć odtąd inne niż dotychczas skutki prawne. Przy tym wyróżnia się na tym tle tzw. *overruling* bezpośredni i pośredni (ang. *direct* i *indirect*). Z pierwszym mamy mieć do czynienia wówczas, gdy podobieństwo między sprawą, poprzez której rozstrzygnięcie doszło do unieważnienia precedensu, a sprawą, w której ten precedens został ustanowiony, jest oczywiste (sprawy te są niemalże identyczne względem siebie). Natomiast *overruling* pośredni ma zachodzić wtedy, gdy podobieństwo pomiędzy takimi sprawami jest istotne, ale nie oczywiste¹⁵⁷.

Przy akceptacji modelu precedensu z zasad dokonanie *overruling* – jak można zakładać – skutkuje tym, że stojąca za unieważnionym precedensem ogólna zasada (zasady) przestaje obowiązywać. Przy tym utrata takiego obowiązywania zdaje się tu odbywać na rzecz obowiązywania jakiejś innej nowej zasady (zasad). Ewentualnie unieważnienie precedensu mogłoby mieć w tym modelu ten skutek, iż unieważniony precedens nie może być już dłużej uznawany za egzemplifikację, jak dotąd uznawanej za stającą za nim, zasady lub zasad tudzież za wynik godzenia takich zasad bez wpływu na samo obowiązywanie tej zasady/zasad. W grę wchodzi tu też zmiana wagi wcześniej pogodzonych w taki, a nie inny sposób lub niedopuszczonych do głosu zasad. Podobnie wydaje się to wyglądać w przypadku modelu precedensu z polityk.

Z kolei w modelu rezultatu i modelu z ważenia argumentów okoliczność, iż miał miejsce *overruling*, oznacza, jak się wydaje, że siła argumentów, jakie przemawiały na rzecz strony wygrywającej w sprawie precedensowej, przestaje być na tyle wysoka, żeby uzasadniać dalsze orzekanie na rzecz tej strony, tudzież że wynik zważania argumentów, jakie można było podnieść za możliwymi rozstrzygnięciami precedensowej sprawy, prowadzi teraz do innej konkluzji, niż miało to miejsce poprzednio. Ewentualnie skutek unieważnienia byłby tu taki, iż „w danym świecie” inne wyroki zaczynają być prawidłowe, niż było to dotychczas.

W modelu z przyczyn (z toku rozumowania) unieważnienie precedensu powodowałoby zaś: bądź to, że dane przyczyny/tok rozumowania prowadzą do innego wniosku, niż miało to miejsce do tego momentu, bądź to, że przyczyny te nie są już dalej ważne (prawnie relewantne), a tok rozumowania przestał być tym właściwym.

W modelu precedensu z kwestii prawnej *overruling* oznaczałby, że dana kwestia prawna jest od jego dokonania rozwiązywana w inny sposób niż dotychczas.

157 Zob. G.C. Christie, *op. cit.*, s. 79-80; por. też R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 128 oraz N. Duxbury, *op. cit.*, s. 179.

W przypadku teorii Ronalda Dworkina to, że w stosunku do jakiegoś precedensu doszło do *overruling*, zdaje się być równoważne temu, iż sędzia Herkules nie musi, a raczej nie może brać tego precedensu pod uwagę przy konstruowaniu koherentnego zbioru zasad, jakie mają wyjaśniać dotychczas zapadłe wyroki i postanowienia prawa stanowionego. Unieważniony precedens, poza tym, że utracił przymiot obowiązywania (swój „autorytet”), powinien być tu bowiem – jak się wydaje – kwalifikowany przez tego sędziego jako błąd (pomyłka) i w związku z tym nie posiadać jakiejkolwiek mocy grawitacyjnej.

W modelu naturalnym, z racji iż dotychczas podjęte decyzje sądowe są traktowane w nim tak jak inne fakty o świecie, nie mając mocy wiążącej, *overruling* w zasadzie nie występuje¹⁵⁸. Niezastosowanie się przez sąd do któregoś z wcześniej ustanowionych precedensów może tu jednak zmieniać oczekiwania społeczeństwa co do treści obowiązującego prawa i w ten sposób wpłynąć na orzekanie w sprawach, jakie będą rozpoznawane przez sądy po tym, jak precedensowi temu odmówiono w jakiejś sprawie zastosowania.

Ponadto warto w tym miejscu zaznaczyć, że o ile unieważnienie wiążącego precedensu pozbawia go mocy wiążącej, o tyle niezastosowanie się do precedensu perswazyjnego przez sąd ogólnie władny do dokonywania *overruling* takiej mocy z oczywistych względów tego ostatniego precedensu pozbawiać nie może. Niezastosowanie się do precedensu perswazyjnego, zwłaszcza przez sąd najwyższej instancji, może natomiast osłabiać moc perswazyjną tego precedensu, jeśli nie całkowicie mu ją odbiera¹⁵⁹.

10. Prospektywna i retrospektywna moc *overruling*

Pokrewne temu, jaki jest skutek *overruling*, jest zagadnienie dotyczące tego, kiedy ten skutek nabiera mocy. Mianowicie co do zasady zakłada się, że unieważnienie precedensu działa nie tylko na przyszłość, ale również wstecz, tj. iż posiada ono nie tylko moc prospektywną, ale i retroaktywną („retrospektywną”). Przy tym to dwustronne działanie dotyczy zarówno podmiotów będących stronami postępowania, w jakim doszło do unieważnienia precedensu, jak i podmiotów występujących w innych już toczących się lub będących się w przyszłości toczyć postępowaniach sądowych – co jednak znamienne, to, że miał miejsce *overruling*, nie oznacza wcale tego, że wolno wnieść apelację od orzeczeń wydanych na podstawie unieważnionego precedensu, jakie zdążyły się w międzyczasie uprawomocnić, tudzież wzruszyć takie orzeczenia w jakiś inny sposób (np. przez wznowienie postępowania)¹⁶⁰. Taka też nie tylko prospektywna, ale i wsteczna moc wydaje się tutaj logiczną konsekwencją tego, iż dany precedens był w ocenie sądu, który go unieważnił, błędny już od samego początku. Ponadto

158 L. Alexander, *op. cit.*, s. 506.

159 Por. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 82.

160 Zob. *ibidem*, s. 173; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 575; M. Kirby, *op. cit.*, s. 4-5.

Nie tak dawno Komitet Apelacyjny Izby Lordów zniósł jednak dobrze ugruntowaną zasadę, iż nie wolno się domagać zwrotu świadczeń pieniężnych, jakie zostały spełnione pod wpływem błędu co do treści obowiązującego prawa – zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 161-162.

nietrudno zauważyć, iż w pełni koresponduje ona z założeniami deklaratoryjnej teorii prawa precedensowego, zgodnie z którą sądy prawa nie tworzą (w tym i go nie zmieniają), a jedynie je odnajdują (zob. akapit 6 pkt 5. rozdziału II części I niniejszego opracowania)¹⁶¹.

Ponieważ negatywne konsekwencje dokonywanego z mocą wsteczną *overruling* dają się łatwo wyobrazić – i to zarówno jeśli chodzi o poczucie braku sprawiedliwości u tej strony postępowania, która stosowała się do prawa o dotychczasowej treści, jak i o ryzyko podkopania ogólnej pewności i zaufania do prawa – od jakiegoś czasu podejmuje się próby wprowadzenia instytucji unieważniania precedensu z mocą wyłącznie na przyszłość (ang. *prospective overruling* albo *non-retroactive overruling*). Przy tym umożliwienie sędziom dokonywania takiego niemającego mocy wstecznej *overruling* miałyby posiadać i tę zaletę, iż dzięki odpadnięciu wzmiankowanych negatywnych konsekwencji sędziowie śmieiej unieważnialiby w praktyce „złe” precedensy, a tym samym i częściej wprowadziliby zmiany, jakie są pożądane w obecnym stanie prawnym. Wówczas też o nikim by nie można było już mówić, iż padł ofiarą krwiożerczego *overruling*, a adresaci prawa i inne zainteresowane nim osoby nie byłyby już zaskakiwane treścią nowo wprowadzanej regulacji prawnej, mając możliwość uprzedniego zaznajomienia się z nią i dostosowania do niej swoich działań. Dokonująca się na skutek wyłącznie prospektywnego *overruling* zmiana w prawie z definicji nie obejmowałaby bowiem stosunków, w jakich pozostają strony postępowania (do nich zastosowanie miałyby jeszcze dotychczasowy precedens), lecz dotyczyłaby tylko zdarzeń, umów, sporów itp., które wystąpiły po dacie, w jakiej doszło do unieważnienia¹⁶².

Niezależnie od nadmienionych w akapicie powyżej zalet unieważniania precedensów z mocą wyłącznie na przyszłość unieważnianie takie – mimo prób jego implementacji – nie zyskało aprobaty u sędziów brytyjskich, będąc w Wielkiej Brytanii posądzane nawet o trącenie mającą się dawać łatwo zauważyć „gołą legislacją sądową” (ang. *naked judicial legislation*)¹⁶³. O wiele przychylniej podchodzi się natomiast do niego w Stanach Zjednoczonych, gdzie prawem do dokonywania *overruling* z mocą jedynie na przyszłość mają dysponować zarówno sądy stanowe, np. w stanie Nowy Jork, jak i Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych¹⁶⁴. Zgodnie też ze stanowiskiem jednego z tamtejszych sądów – przy podejmowaniu decyzji w zakresie tego, czy unieważnienie ma być również retrospektywne czy tylko prospektywne – istotne są: a) okoliczność wprowadzania do prawa nowej reguły, podczas gdy dotychczasowa była jasna i strony mogły na niej polegać albo inne były oczekiwania co do rozstrzygnięcia sprawy jesz-

161 Zob. G. Lamond, *op. cit.*, s. 9; R. Cross, *op. cit.*, s. 25-29, 219; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 30-33, 228; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 344; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 397-398; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 16-17, 21; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 590; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 161-162, 172-173.

162 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 344; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 397-398; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 162.

163 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 344.

Zdaniem Lorda Devlina prospektywny *overruling* przekracza Rubikon, który oddziela władzę sądowniczą od władzy ustawodawczej, robiąc z sędziów „nieskrywanych” prawodawców – zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 232.

164 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 398; R. Cross, *op. cit.*, s. 219-220; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 229.

cze nierozpoznanej, niż przewiduje to ta nowa reguła; b) historia, cel i efekt reguły, do której unieważnienia ma dojść; c) wpływ, jaki na działanie tej reguły będzie mieć unieważnienie z mocą wsteczną; d) to, czy retrospektywne unieważnienie pociąga za sobą ryzyko wywołania niesłusznych rezultatów¹⁶⁵.

Dla pełnej ścisłości trzeba tu jednak dodać, iż jeśli chodzi o Wielką Brytanię, to można się tam natknąć na przypadki „pokrętnego” uciekania się do prospektywnego *outruling* przez Komitet Apelacyjny Izby Lordów (np. poprzez twierdzenia, że coś nie jest regułą prawną, ale praktyczną, i dlatego można to coś zmienić ze skutkiem tylko na przyszłość). Członkom tego komitetu nieobce miało być też podejmowanie dyskusji, w trakcie rozpoznawania konkretnej sprawy, odnośnie do tego, czy by nie skorzystać z takiego sposobu unieważniania¹⁶⁶. Ponadto pewną namiastkę unieważniania precedensów z mocą wyłącznie na przyszłość stanowi spotykana czasem w Wielkiej Brytanii praktyka wcześniejszego obwieszczenia o zamiarze unieważnienia danego precedensu czy to w treści *obiter dicta* [tj. czyniąc o tym wzmiankę w uzasadnieniu sporządzonym do wyroku wydanego w sprawie, w jakiej przeznaczony do unieważnienia precedens nie ma zastosowania], czy w oświadczeniach składanych „poza ławą sądową” (ang. *off-the-Bench*)¹⁶⁷. Wówczas też o takich „zakwalifikowanych” do unieważnienia (których zasadność została w sposób mniej lub bardziej wyraźny zakwestionowana) precedensach mówi się tutaj, że są *doubted* (wątpliwe)¹⁶⁸.

Na marginesie należy również zaznaczyć, iż z *outruling* z mocą wyłącznie na przyszłość wiążą się nie tylko zalety, ale i wady. Po pierwsze gdy patrzymy na to od strony czysto formalnej, dokonanie go w treści sądowego uzasadnienia w ogóle nie mieści się w tradycyjnym podziale na wiążące *ratio decidendi* i niewiążące *obiter dicta*. Unieważnienie precedensu z mocą jedynie na przyszłość, jako że nie dotyczy stron postępowania i nie jest przez to potrzebne do wydania

165 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 398.

166 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 220-221 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 230-232.

Mimo wdawania się w taką dyskusję sędziowie Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów mieli być jednak w kwestii przyzwolenia na dokonywanie *outruling* z mocą wyłącznie na przyszłość – i to nawet gdyby jego stosowanie w praktyce miało być bardzo wyjątkowe – wyraźnie podzieleni; zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 163.

167 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 198, przypis 18 oraz D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 157.

Podobna praktyka uprzedzania ze strony sędziów o możliwych zmianach w dotychczasowym stanie precedensowego prawa ma nie być też obca Stanom Zjednoczonym. Jak wskazują tu M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, konkretny precedens może stać się w tym kraju „złym prawem” (ang. *bad law*), ilekroć spotkał się on z poważną krytyką ze strony sądu, który go ustanowił, lub sądu nad tym sądem przełożonego – zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 74.

168 D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 85.

Jak się podaje, za jakąś formę prospektywnego *outruling* można by też uznać w Wielkiej Brytanii zrywające ze stanowiskiem zawartym w dotychczas obowiązującym precedensie opinie Wydziału Karnego Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii (ewentualnie Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa), jakie na podstawie pkt 1 sekcji 36 the Criminal Justice Act z 1972 r. są wydawane na wniosek the Attorney General w kwestiach prawnych występujących w sprawach, w których oskarżony został w pierwszej instancji niewinny. Takie bowiem opinie – choć przypuszczalnie będą wiążące w stosunku do spraw rozpoznawanych w przyszłości – nie mają w świetle pkt 7 sekcji 36 wspomnianego aktu żadnego wpływu na samo niewinnienie oskarżonego, które niezależnie od ich treści pozostaje tu w mocy. Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 155.

wyroku w ich sprawie, musiałyby bowiem – zgodnie z tym podziałem – zostać zaliczone do *dictów* i tym samym zostać uznane za niewiążące. Po drugie, co ważniejsze, prospektywne *overruling* nie jest wcale tak sprawiedliwe, jak się to na pierwszy rzut oka może wydawać. Nie rekompensuje ono bowiem stronie, która przegrywa proces, trudu – nie mówiąc o poniesionych przez nią kosztach – jaki ta strona zadała sobie w celu przekonania sądu, by ten poprawił dotychczas obowiązujące prawo. Stąd też praktykowanie unieważniania z mocą wyłącznie na przyszłość będzie musiało *de facto* zniechęcać do inicjowania sporów sądowych i korzystania ze środków zaskarżenia przez osoby, które mogłyby się – swoimi argumentami – przyczynić do reformy aktualnie obowiązującego prawa. Co więcej, przez zniechęcanie do wszczynania postępowań sądowych praktykowanie takiego unieważniania zmniejszy również liczbę okazji do wprowadzania poprawek w prawie przez same sądy, które nie mogą działać w tym względzie w oderwaniu od faktów rozpoznawanych przez nie spraw (wymóg konieczności/niezbędności *ratio*)¹⁶⁹. Po trzecie uciekanie się do wyłącznie prospektywnego *overruling* stanowi ewidentne przyznanie się do tego, że sędziowie są nie tylko odkrywcami, lecz także twórcami prawa, i to jeszcze takimi, którzy mogą raz stworzone przez siebie prawo później zmieniać. Przyjęcie zaś takiej postawy przez sędziów może, dla wielu, jawić się jako stojące w jawnej opozycji do zasady podziału władzy i roli, jaka we współczesnych państwach powinna przypadać sędziom. Po czwarte wskazuje się, że zachodzą poważne praktyczne trudności w określeniu momentu, w jakim precedens unieważniony z mocą wyłącznie na przyszłość ma stracić swoje obowiązywanie. Nie jest bowiem oczywiste to, czy do utraty obowiązywania takiego precedensu ma dochodzić z chwilą, w której miało miejsce unieważnienie, czy też w jakiejś dacie późniejszej, a jeśli tak, to dokładnie jakiej. Przy tym można tu zastanawiać się np. nad tym, jakie prawo, nowe czy dotychczasowe, powinno być stosowane do: a) już wszczętych w momencie unieważniania postępowań sądowych; b) już w tym momencie zawiązanych stosunków prawnych; c) poszczególnych etapów zaawansowania, na jakich w tym momencie pozostają takie stosunki, takich jak: powstania zobowiązania, upływanie terminu wymagalności, popełnienie przestępstwa, postawienie w stan oskarżenia, rozpoczęcie odbywania kary pozbawienia wolności itp.¹⁷⁰

Ponadto ogólnie podnosi się, że obawa zachwiania uzasadnionych oczekiwań co do dotychczasowej treści obowiązującego prawa, do jakiego ma dochodzić w wyniku retrospektywnego skutku sądowego tworzenia prawa, nie dotyczy spraw trudnych lub kontrowersyjnych. Jest tak bowiem z racji tego, iż w takich sprawach brakuje [z samej ich definicji] tego

169 Rozwiązaniem, jakie byłoby w stanie zaradzić temu problemowi, mogłoby być opowiedzenie się za jakimś mieszanym, retrospektywno-prospektywnym, skutkiem stosowanego przez sądy *overruling* – tj. np. przyjęcie, iż unieważnienie precedensu nie posiada mocy wstecznej z wyjątkiem stron postępowania, w ramach którego doszło do unieważnienia, ewentualnie innych jeszcze osób, które już w momencie chwili jego dokonania były uczestnikami postępowań sądowych. Zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 162.

170 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 220 oraz R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 229-232.

typu oczekiwań¹⁷¹. Poza tym moc wsteczna ma być tu tylko wtedy szkodliwa, gdy zachowanie strony, na niekorzyść której został wydany wyrok sprzeczny z dotychczas obowiązującym precedensem, rzeczywiście byłoby inne, gdyby strona ta wiedziała o tym, iż w jej sprawie dojdzie do retrospektywnego *overruling*¹⁷².

11. Antycypacyjne unieważnianie precedensu (ang. *anticipatory overruling*)

Na koniec omawiania poruszonej w niniejszym rozdziale problematyki warto poczynić jeszcze wzmiankę na temat szczególnej postaci unieważniania precedensów zwanej antycypacyjnym *overruling* (ang. *anticipatory overruling*). Tego rodzaju unieważnienie polegać ma na tym, iż sąd niemający zgodnie z zasadą *stare decisis* prawa do unieważniania precedensu znajdującego zastosowanie w rozpoznawanej przez niego sprawie, kierując się przewidywaną treścią wyroku, jaki zapadnie w sądzie wyższej instancji władnym do dokonania unieważnienia, nie stosuje się do tego precedensu. Przy tym o domniemanej woli takiego sądu, jaka jest tu z wyprzedzeniem realizowana (antycypowana), miałyby decydować przede wszystkim kierunek, w jakim ostatnio podąża orzecznictwo tego sądu (dając się w nim zaobserwować trend lub sposób rozumowania).

Jak pewnie nietrudno się domyślić, taka praktyka wyręczenia sądu uprawnionego do dokonywania *overruling* przez sąd, który normalnie nie dysponuje takim uprawnieniem, nie spotkała się z przychylnym stosunkiem w Wielkiej Brytanii, gdzie dość rygorystycznie podchodzi się do zasady związania precedensem sądowym. Mimo pewnego eksperymentowania z nią w Sądzie Apelacyjnym Anglii i Walii została ona tu mianowicie całkowicie odrzucona. Nieco odmiennie zapatruje się na nią w Stanach Zjednoczonych. W amerykańskich sądach federalnych, zwłaszcza przed 1989 r. (sprawa *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*), miano się bowiem do antycypacyjnego unieważniania czasem uciekać. Na uzasadnienie sięgania do niego w praktyce w tamtejszej literaturze wskazuje się na takie faktory jak: a) chęć zapewnienia stronom równego i sprawiedliwego traktowania; b) zwiększanie w ten sposób przewidywalności prawa i podnoszenie efektywności wymiaru sprawiedliwości; c) zdolność eliminowania przez federalne sądy apelacyjne przestarzałych precedensów pochodzących od Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, które w przeciwnym razie – z uwagi na małą liczbę spraw rozpoznawanych rocznie przez ten ostatni sąd – mogłyby długo pozostawać w mocy, zanim doszłoby do ich unieważnienia¹⁷³.

171 J. Raz, *op. cit.*, s. 198.

172 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 32.

173 Zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 344; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 159, przypis 22; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 398-399, zob. też s. 404.



ROZDZIAŁ V: DISTINGUISHING – „WYRÓŻNIENIE” PRECEDENSU

1. Zagadnienia wstępne

Mogłoby się wydawać, iż sędzia w systemie prawnym typu *common law* stoi przed koniecznością dokonania wyboru: bądź stosuje się do wiążącego go precedensu, bądź unieważnia go (o ile oczywiście jest do tego drugiego w ogóle uprawniony) – *tertium non datur*. Taka alternatywa nie oddaje jednak prawdziwego kształtu anglosaskiej praktyki orzeczniczej, w której oprócz przestrzegania (ang. *following*) i unieważniania (ang. *overruling*) dotychczas ustanowionych precedensów dopuszcza się jeszcze trzecią możliwość¹. Polega ona na „wyróżnieniu” (ang. *distinguishing*) znajdującego zastosowanie w danej sprawie precedensu. Co też przy tym znamienne, choć będący przedmiotem *distinguishing* precedens nie jest stosowany w sprawie, jaka jest rozpoznawana przez sąd, który dokonuje wyróżnienia, precedens ten nie staje się nieważny czy nieobowiązujący, jak miało to miejsce w przypadku *overruling*². Co więcej, z prawa do *distinguishing* może skorzystać nie tylko sędzia, który zasiada w sądzie uprawnionym do unieważniania precedensów, ale każdy sędzia łącznie z tym, który orzeka w sądzie zajmującym najniższe miejsce w sądowej hierarchii³.

1 Jako mieszczący w sobie tylko dwie możliwości, *following* i *overruling*, zdają się jednak postrzegać *the rule model* L. Alexander i E. Sherwin – zob. L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 58-59, zob. też s. 114-117 i 122-125.

Co również znamienne, R. Cross w swoim dość obszernym opracowaniu traktującym w całości o angielskiej doktrynie precedensu zdaje się poświęcać procesowi *distinguishing* niezbyt wiele uwagi. Co więcej, autor ten nie wydaje się uznawać „wyróżniania precedensu” za jakąś dającą się wyodrębnić instytucję czy metodę typową dla prawa precedensowego. Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 21-22, 102-103, 104-105, 130-131, 184-185, 189-190, 216; zob. też R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 26-27, 98, 101, 190, 194-195.

2 Nie zmienia to jednak – jak się wskazuje – faktu, iż wyróżnienie danego precedensu może niekiedy prowadzić do zmniejszenia faktycznej mocy takiego precedensu. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w których w środowisku prawniczym spodziewano się, iż jakiś precedens zostanie przez sąd w danej sprawie zastosowany (a nie, że stanie się on przedmiotem dokonania przez ten sąd *distinguishing*), a także precedensów, jakie zostały – jak się to zgodnie z dowcipem na ten temat ma określać – „bardzo wyróżnione”. Ponadto warto mieć tu na uwadze, iż kilkukrotne wyróżnienie jakiegoś precedensu może być niczym innym jak przygotowaniem gruntu pod unieważnienie tego precedensu w przyszłości. Zob. N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 114-155, przypis 12 oraz M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 37-38.

3 Zob. G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, /plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec, s. 8; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 74; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 186, 189; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 58.

2. Istota i rodzaje *distinguishing*

Patrząc na *distinguishing* z perspektywy opisanego w pkt 3.2. rozdziału III części I niniejszego opracowania *the rule model*, można stwierdzić, że istota tej instytucji sprowadza się do tego, iż, choć dana sprawa podpada pod regułę stanowiącą *ratio decidendi* danego precedensu, orzekający w tej sprawie sędzia – z uwagi na jej specyfikę – rozstrzyga ją w sposób odmienny od tego, co wynika z dyspozycji takiej reguły⁴. Przy tym dość interesujące jest to, co dokładnie dzieje się z *ratio decidendi* tak wyróżnionego precedensu. Ogólnie w tym względzie możliwe są bowiem dwa, jeśli nie nawet trzy, rozwiązania.

Po pierwsze można założyć, że sędzia, który skorzystał z prawa do *distinguishing*, ustanowił – obok reguły stanowiącej *ratio decidendi* wyróżnionego precedensu – inną regułę o węższym zakresie zastosowania [węższej hipotezie]. Ta węższa reguła nie może tu jednak podważać zasadności wyroku wydanego w precedensowej sprawie w tym sensie, iż nie powinna ona obejmować swoim zakresem zastosowania stanu faktycznego, jaki miał miejsce w tej sprawie. Skutki prawne tego stanu faktycznego nadal wyznaczać ma bowiem reguła będąca *ratio* wyróżnionego precedensu⁵. Posługując się językiem polskiej teorii prawa, można by zatem powiedzieć, iż na skutek *distinguishing* dochodzi do utworzenia nowej normy prawnej, jaka stanowi *lex specialis* do wcześniej istniejącej normy prawnej, jaką stanowi tutaj *ratio decidendi* wyróżnianego precedensu. Przy tym od takiego *lex specialis* wymaga się tego, by swoją hipotezą nie obejmowało ono faktów sprawy precedensowej, które nadal normowane są przez będące *lex generalis ratio decidendi*.

Po drugie można przyjąć, że – inaczej, niż miało to miejsce w wariantcie powyższym – wraz z *distinguishing* dotychczasowa treść reguły stanowiącej *ratio decidendi* wyróżnianego precedensu ulega stosownej modyfikacji. To znaczy, że na skutek *distinguishing* reguła ta zostaje w ten sposób zmieniona, iż pod jej zakres zastosowania przestają podpadać już fakty sprawy rozpoznawanej przez sędziego dokonującego wyróżnienia. Wciąż normuje ona jednak stan faktyczny, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej. Przy tym modyfikacja, o jakiej tu mowa, może w szczególności polegać na zamieszczeniu w dotychczasowej treści *ratio decidendi* wyjątku wyłączającego jego zastosowanie w sprawie, przy rozpoznawaniu której doszło do wyróżnienia zawierającego to *ratio* precedensu⁶. Ponieważ też pod zmienione *ratio decidendi*

4 O takim też *distinguishing* mówi się jako o *distinguishing* pomiędzy sprawami [tj. sprawą precedensową a sprawą rozpoznawaną przez sąd dokonujący wyróżnienia] w odróżnieniu od *distinguishing*, jaki może się dokonywać wewnątrz jednej sprawy. Z tym ostatnim mamy mieć do czynienia wówczas, gdy w ramach precedensowej sprawy dochodzi do odróżnienia tego, co stanowi *ratio decidendi*, od tego, co stanowi *obiter dicta*, tudzież rozróżnienia tego, które z okoliczności faktycznych, jakie towarzyszyły tej sprawie, były materialnie istotne, a które były materialnie nieistotne dla obranego w niej rozstrzygnięcia. Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 113.

5 Zob. R. Alexy, *op. cit.*, s. 279 i niezbyt jasne wywody w tym względzie w: R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 391.

6 Co ciekawe, w opinii J. Raza modyfikacja reguły precedensu, do jakiej dochodzi na skutek *distinguishing*, może polegać również na tym, iż stosowanie tej reguły zostanie uzależnione od wystąpienia okoliczności faktycznej, jakiej

nie podpada już sprawa rozpoznawana przez sędziego dokonującego wyróżnienia, sędzia ten może rozpoznać tę sprawę na podstawie jakiejś innej – byleby niepozostającej w sprzeczności ze zmodyfikowanym *ratio* – reguły, jaką w tym celu sam obiera⁷.

Warto w tym miejscu jednak zauważyć, iż te dwa *prima facie* odmienne ujęcia procesu *distinguishing* w rzeczywistości dają się – przynajmniej w jakimś stopniu – sprowadzić do tego samego. Regułą będącą *ratio decidendi* wyróżnionego precedensu i węższą od niej regułą, jaka w ujęciu pierwszym powstawać ma w wyniku *distinguishing*, bardzo łatwo jest scalić w taki sposób, by otrzymać regułę, jaka będzie stanowić zmodyfikowane *ratio*, o którym mowa jest w ujęciu drugim. W tym celu jako wyjątek wyłączający zastosowanie reguły będącej *ratio decidendi* wyróżnionego precedensu wystarczy bowiem wskazać na okoliczności faktyczne, jakie wyznaczają zakres zastosowania reguły węższej, do jakiej odwołuje się ujęcie pierwsze. Obierając z kolei za punkt wyjścia drugie z opisanych powyżej ujęć *distinguishing*, to z uwagi na to, że zmodyfikowane *ratio* nie znajduje już zastosowania w sprawie rozpoznawanej przez sąd dokonujący wyróżnienia, do rozstrzygnięcia tej sprawy – chcąc pozostać wiernym założeniom, jakie leżą u podstaw koncepcji *the rule model* – konieczne jest obranie jakiejś innej ogólnej reguły. Skoro zaś tak, to można by tę inną regułę uznać za odpowiednik reguły węższej (*lex specialis*), jaka występuje w pierwszym z dwóch przedstawionych wyżej ujęć procesu wyróżniania – chyba że będzie ona pozostawała z pierwotnym *ratio* nie w stosunku podrzędności, ale krzyżowania się. Różnica będzie tu tylko taka, że inaczej niż w tym ujęciu reguła ta nie będzie w żaden sposób kolidować z *ratio* wyróżnionego precedensu, gdyż to zostało wcześniej odpowiednio okrojone.

Po trzecie, oprócz już samej możliwości ustanowienia obok reguły stanowiącej *ratio decidendi* nowej reguły przy jednoczesnym ulepszaniu tej pierwszej nie tylko w celu wyłączenia jej zastosowania w sprawie, przy rozpoznawaniu której ma miejsce *distinguishing*⁸, można sobie też wyobrazić jeszcze inne rozwiązanie. To znaczy, że w wyniku wyróżniania nie dochodzi ani do okrajania zakresu zastosowania dotychczasowej reguły stanowiącej *ratio decidendi*, ani do ustanowienia obok tej reguły jakiejś innej reguły o węższym zakresie zastosowania. W zamian za to, na skutek *distinguishing* w miejsce reguły stanowiącej *ratio* wyróżnionego precedensu powstaje nowa reguła, jaka uzasadnia zarówno wyrok, który zapadł w precedensowej sprawie, jak i wyrok wydawany przez sędziego dokonującego wyróżnienia. Przy tym wydanie tego drugiego wyroku, choć znajduje oparcie w nowo powstałej regule, nie byłoby możliwe na podstawie reguły, jaką stanowiła *ratio decidendi* wyróżnionego precedensu⁹.

brak w sprawie rozpoznawanej przez sędziego dokonującego wyróżnienia, a jaka – choć nie wyszczególniona w treści dotychczasowego *ratio* – obecna była w sprawie precedensowej – zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 185.

⁷ Zob. *ibidem*, s. 186; S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, „Harvard Law Review” 1996, nr 5, s. 1011; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 27, 115-116; zob. też J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 81-82.

⁸ Por. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 391.

⁹ Por. 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. 62-63 oraz G. Lamond, *op. cit.*, s. 8.

Rozważania w zakresie tego, co powstaje na skutek procesu *distinguishing*, nie są też – jak prawie wszystko w przypadku anglosaskiej doktryny precedensu – rozważaniami o czysto teoretycznym charakterze, lecz mają znaczenie praktyczne. W zależności bowiem od tego, za którym z przedstawionych powyżej ujęć się opowiemy, co innego będzie stanowić *ratio decidendi* precedensu, jaki powstał na skutek rozpoznania sprawy przez sąd dokonujący wyróżnienia – oczywiście pod warunkiem, że sąd ten jest ogólnie władny do ustanowienia wiążących precedensów. W pierwszym ujęciu *ratio* tym będzie, istniejąca obok *ratio* wyróżnionego precedensu, sprzeczna z nim węższa reguła. W ujęciu drugim *ratio* tym będzie reguła, na podstawie której sędzia dokonujący wyróżnienia rozpoznał zawiśłą przed nim sprawę, jaka nie koliduje jednak ze zmodyfikowanym *ratio* wyróżnionego precedensu. W ujęciu zaś trzecim *ratio* tym będzie reguła, jaka zastąpiła *ratio* wyróżnionego precedensu i jaka nadaje się zarówno na podstawę prawną wyroku wydanego w sprawie precedensowej, jak i wyroku zapadłego w sprawie, przy rozpoznawaniu której doszło do *distinguishing*.

Należy tu jednak zaznaczyć, iż w praktyce może być nieraz niezmiernie trudno ustalić, które z teoretycznie możliwych ujęć procesu *distinguishing* przypisać należy konkretnemu przypadkowi wyróżnienia jakiegos precedensu. Sędzia dokonujący *distinguishing* może poprzestać bowiem na samym tylko stwierdzeniu, iż wyróżnił jakiś precedens, nie wyjaśniając już tego, jaka reguła powstała w wyniku takiego wyróżnienia. Co więcej, tak jak w przypadku *overruling*, anglosascy sędziowie nie zawsze podają do wiadomości – w uzasadnieniach wydanych przez siebie wyroków – wprost to, że właśnie poddali jakiś precedens lub precedensy *distinguishing*, przez co trzeba się tego faktu dopiero domyślać (jest to wtedy tzw. wyróżnienie dorozumiane, a nie wyraźne). Ustalenia tego, że doszło do dorozumianego *distinguishing* dokonuje się przy tym na podstawie zauważenia sprzeczności pomiędzy obranym w danej sprawie rozstrzygnięciem a tym, co nakazywał w tej sprawie znajdujący w niej *prima facie* zastosowanie precedens, przy jednoczesnym dostrzeżeniu tego, że sprawa ta jest specyficzna na tle sprawy precedensowej. W tym też przypadku nie tylko samo to, czy doszło do wyróżnienia, lecz również to, co powstało na jego skutek (jaka nowa reguła została utworzona), pozostawać będzie w sferze domysłów¹⁰. Nie mówiąc tu już o tym, iż czasem może nie być jasne także samo to, czy sędzia, który faktycznie nie zastosował się do znajdującego w rozpoznawanej przez niego sprawie precedensu, tylko ten precedens w sposób dorozumiany wyróżnił, czy też go w taki sposób unieważnił¹¹.

Przy tym warto tu mieć także na uwadze, iż identycznie jak jest to w przypadku *overruling*, o *distinguishing* mówi się tylko w stosunku do precedensów wiążących, które mają

10 Co charakterystyczne, w odniesieniu do wymyślania [przez kogoś innego niż ci sędziowie] reguły pozwalającej zachować w mocy wyroki wydane przez sędziów, którzy na ich podstawę podali reguły, jakie wzajemnie się wykluczają, mówi się czasem jako o poczynieniu dystynkcji (ang. *taking a distinction*). Przy tym takie poczynienie dystynkcji ma być możliwe poprzez wyszczególnienie jakiejś cechy, która różnicuje obie te sprawy, a na którą wspomniani sędziowie – przy formułowaniu pochodzących od nich reguł – nie zwrócili uwagi. Zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 62-63.

11 Zob. np. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 35.

zastosowanie w sprawie, przy rozpoznawaniu której dochodzi do ich wyróżnienia. Pojęcia tego nie stosuje się natomiast w odniesieniu do precedensów niemających wiążącego charakteru¹². W przypadku, gdy jednak precedens perswazyjny pozwala się w jakiejś sprawie wyróżnić, można by próbować uznać, iż traci on w odniesieniu do tej sprawy moc perswazyjną, jaką by miał, gdyby się go wyróżnić w tej sprawie nie dało¹³.

3. Przesłanka, od której spełnienia uzależniona jest możliwość skorzystania z instytucji *distinguishing*

Korzystanie z *distinguishing* uzależnione jest od tego, czy przemawia za nim specyfika sprawy, podczas rozstrzygania której ma dojść do wyróżnienia danego precedensu. Przy tym o specyfice tej mają świadczyć przede wszystkim różnice, jakie zachodzą w stanie faktycznym tej sprawy i stanie faktycznym sprawy, przy rozpoznawaniu której doszło do ustanowienia mającego zostać wyróżnionym precedensu¹⁴. Z takimi różnicami wiążą się jednak dwie poważne trudności: jedna natury bardziej technicznej, a druga o charakterze *stricte* teoretyczno-filozoficznym.

Po pierwsze pewien problem przy ustalaniu różnic pomiędzy stanem faktycznym sprawy precedensowej a stanem faktycznym sprawy aktualnie rozpoznawanej stanowi to, iż z braku innych środków sędzia rozważający skorzystanie z instytucji *distinguishing* zmuszony jest opierać się na opisie stanu faktycznego, jaki zawarty jest w uzasadnieniu precedensowego

12 J. Raz, *op. cit.*, s. 185, przypis 12.

Notabene na precedens pozwalający się wyróżnić mówi się też niekiedy, iż jest to precedens perswazyjny – zob. np. D. McFadzean, G. Ryan, *Legal Method*, Dundee 2010, s. 76.

13 Por. Ch.R. Calleros, *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006, s. 55, 80-81.

Opisywaną w niniejszym rozdziale instytucję *distinguishing* odróżnia się też czasem – jak czyni to J. Raz – od „łagodnej” (ang. *tame*) wersji wyróżniania tudzież uznaje ją za zwążającą/ograniczającą (ang. *restrictive*) w odróżnieniu od niezwążającej/nieograniczającej (ang. *non-restrictive*) postaci wyróżniania – jak czynią to J. Holland i J. Webb. Zgodnie z tym rozróżnieniem łagodne/niezwążające *distinguishing* polegać ma tylko na prostym ustaleniu tego, iż jakiś precedens nie znajduje w danej sprawie zastosowania z uwagi na to, iż w sprawie tej nie występuje któraś z okoliczności faktycznych wymienionych w regule będącej *ratio* tego precedensu. W efekcie łagodne/niezwążające wyróżnienie – inaczej niż wyróżnienie silne/zwążające – nie wpływa na dotychczasową treść reguły będącej *ratio* wyróżnionego precedensu [ani nie prowadzi do ustanowienia obok niej reguły z nią sprzecznej]. Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 185, 188-189 i J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 81-82; zob. też N. Duxbury, *op. cit.*, s. 114-115 wraz z przypisem 15; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 74; P.M. Perell, *op. cit.*, s. 5-6.

14 Dość enigmatyczne pozostaje tutaj twierdzenie, iż mogą to być również różnice w rozumowaniu (ang. *reasoning*) – z jakim spotykamy się u J. Hollanda i J. Webba (zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 198). Jakimś wyjaśnieniem myśli przewodniej takiego stanowiska może być to, że różnica, do jakiej się ono odwołuje, polega na tym, iż powody (argumenty), jakie uzasadniają wynik sprawy precedensowej, nie nadają się do rozpoznania na ich podstawie sprawy aktualnie rozstrzyganej bądź przemawiają za innym jej rozstrzygnięciem, niż nakazuje to reguła precedensu. Odnośnie do takiej możliwości zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 56; por. też R.S. Summers, *Precedent...*, s. 390-392 oraz K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 174 (który wspomina tu o „podwójnej” maksymie: „the rule follows where its reason leads; where the reason stops, there stops the rule”).

Intrygująca wydaje się również możliwość uzasadniania *distinguishing* nie różnicą w stanach faktycznych sprawy precedensowej i aktualnie rozpoznawanej, lecz zmianą, jaka nastąpiła w kontekście, w jakim doszło do ustanowienia danego precedensu (w szeroko pojmowanych okolicznościach/warunkach, jakie istniały w chwili jego ustanowienia). Na tle zmiany, jaka dokonała się w „polityce publicznej”, zob. tu P.M. Perell, *op. cit.*, s. 6.

wyroku. W efekcie trudno byłoby twierdzić, iż sędzia taki dysponuje pełną informacją w przedmiocie okoliczności faktycznych, jakie wystąpiły w sprawie precedensowej. Brakuje mu bowiem wiedzy na temat tych wszystkich faktów, których w uzasadnieniu precedensowego wyroku nie zreferował precedensowy sędzia, a które były obecne w sprawie precedensowej. Co najwyżej mógłby on próbować tu uzupełnić opis stanu faktycznego z tego uzasadnienia o to, co wynika z jego własnej wiedzy o świecie, zachodzących w nim zjawiskach i zachowaniach ludzi¹⁵. Brak wspomnianego zreferowania może być przy tym wynikiem tego, że precedensowy sędzia uznał niektóre z okoliczności, jakie wystąpiły w rozpoznanej przez niego sprawie, za prawnie nieistotne. Równie dobrze może on jednak być podyktowany czymś innym, czy to zamierzonym, czy niezamierzonym po stronie precedensowego sędziego – tj. np. brać się z powodu jego nieuwagi, braku świadomości istotności danej okoliczności, jego lenistwa, a nawet w pełni świadomej chęci ukrycia przez niego tego, co mogłoby w niekorzystny sposób rzutować na to, jak rozpoznał on zawisłą przed nim sprawę. Ponadto należy mieć na uwadze, iż nawet przy najlepszych chęciach sędziego ustanawiającego precedens, podany przez niego opis stanu faktycznego, jaki wystąpił w precedensowej sprawie, nie może odzwierciedlać całej złożoności tego stanu z uwagi na to, iż byłby on wówczas zbyt – jeśli nie nieskończenie – długi. Również okoliczności prawnie istotne z definicji muszą być przedstawione na pewnym poziomie ogólności, co wiąże się z pominięciem wielu informacji na ich temat. Z podobnych względów od precedensowego sędziego nie można też oczekiwać, iż – tym bardziej szczegółowo – wymieni on wszystkie, nawet jeśli miałyby to być wyłącznie prawnie istotne, okoliczności, które nie zaistniały w sprawie precedensowej.

W rezultacie jedyną możliwością rozwiązania zasygnalizowanego powyżej problemu jawi się przyjęcie kontrfaktycznej zasady, w myśl której wszystkie niewyszczególnione w uzasadnieniu precedensowego wyroku okoliczności faktyczne trzeba traktować jako niebyłe w sensie: rzeczywiście nieistniejące [ewentualnie z wyjątkiem okoliczności faktycznych, jakie w świetle wiedzy statystycznej i doświadczenia życiowego z wysokim prawdopodobieństwem musiały cechować stan faktyczny danej sprawy precedensowej]. Stąd też w praktyce może się okazać, że na potrzeby wyróżnienia jakiegoś precedensu zostanie przyjęte, iż w sprawie precedensowej nie występowała jakaś okoliczność faktyczna, która jest obecna w sprawie aktualnie rozpoznawanej, mimo iż okoliczność ta pojawiła się w obu tych sprawach¹⁶. Przy tym łatwo można tu sobie wyobrazić spore pole do manewru dla tych wszystkich sędziów, którzy nie chcą stosować się do wiążącego w przedłożonej im do rozpoznania sprawie precedensu.

Po drugie na tle ustalania różnic, jakie zachodzą w stanie faktycznym sprawy precedensowej i sprawy, w jakiej rozważa się wyróżnienie precedensu, powstaje kolejny – również, jeśli

15 Ponadto w celu ustalenia szczegółów stanu faktycznego, jaki wystąpił w precedensowej sprawie, można by też próbować korzystać z zawartości protokołów sądowych sporządzonych w związku z rozpoznaniem tej sprawy oraz treści pism procesowych pochodzących od stron (reprezentujących je pełnomocników procesowych) – zob. jednak akapit 6 pkt 5.1. rozdziału III części I niniejszego opracowania.

16 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 187.

nie jeszcze bardziej, kluczowy – problem. Pytanie mianowicie: czy każda, czy tylko jakaś szczególna różnica w takich stanach uzasadnia skorzystanie z instytucji *distinguishing*? Jest to tym bardziej istotne przy obraniu założenia, iż w życiu nie ma spraw identycznych i każda sprawa wyróżnia się w jakiś sposób na tle każdej innej sprawy. Ponieważ też nie za wiele mówi tu sama ogólna wytyczna, że od *distinguishing* oczekuje się, by było ono rozsądne (ang. *reasonable*)¹⁷, do określenia tego, które różnice są na tyle istotne, że przemawiają za wyróżnieniem danego precedensu, a które nie, konieczne zdaje się odwołanie się do tych samych czynników, jakie decydują o istotnym (wystarczającym, relewantnym, dostatecznym) podobieństwie w przypadku modelu precedensu z analogii (zob. pkt 6.5. rozdziału III części I niniejszego opracowania). Przy tym (nie)istotność poszczególnych odmienności można niewątpliwie oceniać przez pryzmat tego, co stanowiło „racjonalne” wyjaśnienie wydania w precedensowej sprawie właśnie takiego, a nie innego wyroku. W tym celu przydatne mogą się okazać również przytoczone na uzasadnienie zawartego w tym wyroku rozstrzygnięcia zasady, argumenty i wartości¹⁸.

W nawiązaniu też do powyżej zasygnalizowanych trudności krytycy – w szczególności z kręgu amerykańskich realistów prawnych – mają upatrywać w instytucji wyróżniania precedensów podstawowe zagrożenie dla zasady *stare decisis*. Podnoszą oni bowiem, iż sędzia, jeśli tylko nie ma ochoty być związany jakimś precedensowym wyrokiem, zawsze znajdzie jakąś różnicę faktyczną między zawisłą przed nim sprawą a sprawą precedensową – tj. w myśl karykaturalnej maksymy, iż „w precedensowej sprawie koń pozwanego był biały, a imię powoda było Joe” (bądź jak ujmuje to K.N. Llewellyn: „redheaded Walpoles in pale magenta Buick cars”)¹⁹.

Również H.L.A. Hart zwraca uwagę na to, iż liczby potencjalnych odmienności faktycznych, jakie będą przemawiać za wyróżnieniem precedensu, nigdy nie będzie się dało w sposób wyczerpujący określić²⁰. R. Cross przyznaje z kolei, iż choć ocena tego, co da się, a czego nie da się rozsądnie wyróżnić, nie jest arbitralna, mieści ona w sobie element dyskrekcji, którego nie można lekceważyć²¹. L. Alexander i E. Sherwin podnoszą natomiast, iż *distinguishing* –

17 R. Cross, *op. cit.*, s. 22, 216 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 27.

18 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 390-392 i Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 56.

19 Zob. L. Alexander, *Precedent*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, Malden 1996, s. 510 i K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 68; zob. też R. Cross, *op. cit.*, s. 47-51 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 49-52.

Notabene możliwość związania w praktyce członków judykatury precedensem sądowym zdają się również krytykować przedstawiciele ruchu występującego pod nazwą Critical Legal Studies, którzy za główny motyw w przypadku decyzji podejmowanych przez sędziów biorą polityczno-ekonomiczne interesy (wartości); zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick, L. Morawski, A.R. Miguel, *Rationales for Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 494-495.

Odnośnie do rozbieżności pomiędzy tym, co sędziowie twierdzą, że robią, a tym, co rzeczywiście czynią, w tym na tle korzystania z instytucji *distinguishing*, zob. np. Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 347-348 oraz R.S. Summers, *Precedent...*, s. 401-403, 404.

20 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, wyd. 2, Oxford 1994, s. 135.

21 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 216.

jakie ich zdaniem *de facto* zasadza się na dysanalogii – w istocie pozbawione jest jakiegokolwiek „niezależnej siły racjonalnej” (ang. *independent rational force*)²². Ci ostatni autorzy widzą też zresztą w instytucji wyróżniania precedensów sądowych niebezpieczeństwo podejmowania czysto intuicyjnych decyzji oraz zagrożenie dla stabilności precedensowych reguł z uwagi na „wytworzenie iluzji skromności”. Jak bowiem zdają się oni argumentować, sędziowie, którzy myśląc, że *distinguishing* jest czymś innym niż *overruling*, są bardziej skorzy do sięgania do tego pierwszego, działają w błędzie – bo unieważnienie i wyróżnienie precedensu to tak naprawdę to samo²³.

Niezależnie od tego, czy przytoczone poglądy są trafne czy nie²⁴, trudno byłoby zaprzeczyć, iż możliwość wyróżniania precedensów z samego swojego założenia prowadzi do osłabienia mocy precedensowych reguł (*rationes decidendi*). Możliwość ich późniejszego wyróżnienia może bowiem powodować, że ich potencjalnym adresatom będą się one nieraz jawić jako coś o niestabilnych konturach i niepewnej treści.

4. Nadużywanie prawa do *distinguishing* – tzw. „struganie precedensów”

Z uwagi na opisany w punkcie wyżej mechanizm *distinguishing* i wpisaną w niego dyskrekcję po stronie tego, kto korzysta z tej instytucji, w literaturze porusza się kwestię nadużyć, do jakich może dojść na jej tle w praktyce. Do wyróżniania precedensów może bowiem dochodzić w sposób nieadekwatny, zwłaszcza przez „dzielenie włosa na czworo” i czynienie „bardzo wysublimowanych” wyjątków od reguły stanowiącej *ratio decidendi* wyróżnianego precedensu. Przy tym takie wyjątki są i owszem poprawne pod względem formalnym, tj. spełniają opisane w pkt 2. niniejszego rozdziału tego opracowania wymogi, ale wyraźnie niespójne (niekoherentne) z tym, co przemawia za istnieniem precedensowej reguły. W konsekwencji po uczynieniu zwłaszcza szeregu takich wyjątków zwykło się mówić, iż dany precedens został „ostrugany” [porównanie do strugania np. ołówka] tudzież, że został on wyróżniony aż do śmierci (ang. *to death*) – przez co znajduje on teraz zastosowanie tylko do okoliczności faktycznych precedensowej sprawy, ewentualnie jeszcze w sprawach, których stany faktyczne są niemalże identyczne ze stanem faktycznym, jaki miał miejsce w sprawie precedensowej²⁵.

Taka praktyka naciąganego i/lub wielokrotnego wyróżniania może być przy tym powodowana różnymi motywami. Wśród nich na pewno znajdzie się chęć obejścia precedensu, jaki wiąże w danej sprawie, a do jakiego unieważnienia sędzia orzekający w tej sprawie nie jest

22 L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 123.

23 *Ibidem*, s. 123, 124.

24 Na to, że nawet założenie czysto ocennego charakteru *distinguishing* nie musi wcale oznaczać arbitralności w orzekaniu i braku pewności (przewidywalności) prawa, wskazuje np. M.P. Golding, *Legal Reasoning*, wyd. 2, Peterborough 2001, s. 134-137.

25 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 392-394; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 342, 343; G. Marshall, *op. cit.*, s. 516; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 68; D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 19; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 159, 179; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 114-115, przypis 12; R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 45, 184; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 37-38.

uprawniony²⁶. Powodem takiej praktyki może być jednak również, jak się wydaje, niechęć do przyznania tego, że wcześniej został popełniony błąd. Dotyczy to zwłaszcza przypadku, gdy dany sąd miałby unieważnić któryś z precedensów, jakie sam wcześniej ustanowił²⁷. Co więcej, „strugając” precedens, sędziowie mogą chcieć zakamufłować w ten sposób fakt, iż dochodzi do zmian w obowiązującym prawie, stwarzając pozory tego prawa stabilności i ciągłości, które to pozory nie mogłyby być zachowane, gdyby otwarcie korzystali oni z *overruling*²⁸. Ponadto sens takiego kilkukrotnego wyróżniania, które kończy się śmiercią danego precedensu, dobrze oddaje też przytaczane w jego kontekście – dość wulgarnie zresztą – przyrównanie do „gotowania żaby” (ang. *boiling the frog*): „Jeśli chcesz ugotować żabę, wkładasz ją do gorącej wody i powoli podkręcasz płomień. Gdybyś bowiem wrzucił ją od razu do wrzątku, to wyskoczyłaby i musiałbyś ją potem wkładać [tam] z powrotem, tym razem musząc ją jeszcze przytrzymywać [żeby nie wyskoczyła]. Za każdym razem żaba umrze, choć śmierć jej będzie bardziej powolna w pierwszym przypadku”²⁹. Konsekwencją wyróżniania precedensów aż do śmierci zamiast dokonania ich unieważnienia ma być również to, iż z racji, że nie było tu przyzwoitego pogrzebu, może dojść później do rezurekcji. To znaczy, że wyróżniony aż do śmierci precedens może w każdej chwili zostać ożywiony poprzez wydanie wyroku, który przywoła go na swoje – w gruncie rzeczy fałszywe – uzasadnienie³⁰.

Czasem do „zestrugania” precedensu bądź – jak się to w tym kontekście ujmuje – ograniczenia go do szczególnych faktów, jakie wystąpiły w precedensowej sprawie (ang. *confining the case to its particular facts*), może też dojść za jednym razem. Dokonuje się to wtedy drogą takiego właśnie zinterpretowania danego precedensu przez sędziego, któremu przyszło orzekać po jego ustanowieniu [najlepiej w sądzie władnym do unieważnienia tego precedensu]³¹. To, że miało miejsce kilkukrotne wyróżnianie jakiegoś precedensu, nie znaczy również, iż precedens ten nie może zostać pod koniec wyraźnie unieważniony. Wprost przeciwnie: nieraz takie wielokrotne wyróżnienie może być swoistą zapowiedzią tego, że dany precedens stanie się przedmiotem *overruling*³².

Innym dość specyficznym przypadkiem nadużywania prawa do *distinguishing* jest takie manipulowanie przy ustalaniu szczegółów stanu faktycznego obecnie rozpoznawanej sprawy,

26 Ogólnie też, jak się nadmienia, brytyjskie sądy mają działać, opierając się na przeświadczeniu, iż wskazanie na jakąś „nierozsądną” różnicę jest lepsze niż wydanie wyroku na podstawie precedensu z poprzedniej epoki, którego efekt zastosowania w obecnych warunkach nie byłby satysfakcjonujący; zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 189-190 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 199.

27 Por. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 68 i D.H. Chamberlain, *op. cit.*, s. 19.

Czynienie nazbyt subtelnych dystynkcji pomiędzy sprawami może być jeszcze przejawem chęci ukrycia tego, iż jakies precedensy pozostają ze sobą w sprzeczności [jakiej nie chce się lub nie może rozstrzygnąć na rzecz któregoś z nich] – zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 197 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 207.

28 R.A. Posner, *How Judges...*, s. 45, 184.

29 Zob. *ibidem*, s. 277.

30 *Ibidem*, s. 45, 184.

31 Zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 68.

32 M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 37-38.

by znajdujący zastosowanie w tej sprawie precedens dawał się wyróżnić. Sędzia może bowiem tak zniekształcić – w tym poprzez odpowiednią ocenę zebranego materiału dowodowego – opis tego, co wydarzyło się w zawisłej przed nim sprawie, by sprawa ta, wbrew temu, jak jest naprawdę, jawiła się jako istotnie odmienna od sprawy precedensowej³³.

Jeszcze innym przejawem niewłaściwego korzystania z instytucji *distinguishing* jest – jak się wydaje – niewyróżnienie precedensu, jaki przez wzgląd na specyfikę danej sprawy powinien być w stosunku do tej sprawy wyróżniony. Jak się bowiem wydaje, anglosaski sędzia nie tylko ma prawo, ale również obowiązek przeprowadzenia *distinguishing*, tj. przynajmniej gdy specyfika rozpoznawanej przez niego sprawy wskazuje na zasadność potraktowania tej sprawy w sposób odmienny niż sprawy precedensowej³⁴.

5. Uzasadnienie dokonywania *distinguishing*

Niezależnie od przytoczonych powyżej krytycznych poglądów na jej temat i samej możliwości jej nadużywania instytucja wyróżniania precedensów jest w anglosaskiej doktrynie precedensu nad wyraz dobrze ugruntowana. Jej istnienie jest też na ogół oceniane pozytywnie, ciesząc się wyraźnym zrozumieniem³⁵. Wskazuje się nawet, że to właśnie *distinguishing* jest najbardziej istotną cechą rozumowania, z jakiego korzysta się w prawie precedensowym³⁶. Ponadto godne uwagi jest to, iż w praktyce *distinguishing* jest o wiele bardziej popularne aniżeli *overruling* i anglosascy sędziowie, jeśli tylko jest to możliwe, zamiast unieważniać poszczególne precedensy, wolą je wyróżniać³⁷. Przy tym, jak się podaje, wyróżnianie precedensów nie ma być wcale czymś łatwym do opanowania, lecz wymagać dużych zdolności analitycznych³⁸.

Choć też samo to, dlaczego sądy zwłaszcza niskiej instancji mają posiadać prawo do wyróżniania precedensów, może jawić się jako nie do końca jasne³⁹, na uzasadnienie obecności

33 K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 61.

34 Tak też zdaje się uważać G. Marshall, zdaniem którego manipulacja może przybrać dwie postacie: a) niezgodne z prawdą doszukanie się istotnych różnic między sprawą precedensową a sprawą aktualnie rozstrzyganą, by na tej podstawie odmówić zastosowania *ratio* w tej ostatniej sprawie; b) mimo tego, że między sprawą precedensową a sprawą obecnie rozpoznawaną zachodzą istotne różnice, oznajmienie, że sprawy te są do siebie w sposób istotny podobne, i w konsekwencji zastosowanie *ratio* w sprawie obecnie rozpoznawanej; zob. G. Marshall, *op. cit.*, s. 516.

35 Zob. S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, New York 2007, s. 29-41; G. Lamond, *op. cit.*, s. 19-21; S. Brewer, *op. cit.*, s. 935-936, 1006-1018; C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996, s. 71-79; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, s. 2-3; M.P. Golding, *op. cit.*, s. 101; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 390-392; J. Raz, *op. cit.*, s. 187-189; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 182-185; K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 68-71; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 114.

36 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 341.

Na tym tle odnośnie do postrzegania *common law* nie tylko jako szczególnego systemu prawa, lecz również jako szczególnej metody [rozumowania/stosowania prawa] zob. F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991, s. 174-181.

37 L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 123; zob. też L. Alexander, *op. cit.*, s. 504-505 oraz J. Raz, *op. cit.*, s. 189.

38 Zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 68-69.

39 G. Lamond, *op. cit.*, s. 9.

takiej instytucji jak *distinguishing* można wskazać co najmniej dwa kardynalne argumenty. Po pierwsze możliwość wyróżniania precedensów pozwala zminimalizować szkody, jakie może wyrządzić bezwzględne przestrzeganie precedensowych reguł (*rationes decidendi*), tym bardziej gdy reguły te okażą się „niefortunne”⁴⁰. Po drugie z uwagi na wspomnianą zdolność do zapobieżenia potencjalnym szkodom, jakie mogłyby powstać na skutek zbyt ścisłego trzymania się poszczególnych reguł precedensowych (*rationes decidendi*), istnienie instytucji takiej jak *distinguishing* przyczynia się do odważniejszego formułowania przez sędziów propozycji takich reguł, a tym samym do stymulowania rozwoju prawa – które na dodatek, gdy okaże się niesprawiedliwe lub nierozsądne, może być później łatwo skorygowane.

Mianowicie reguła, jaką ustanawiający precedens sędzia podał jako podstawę wydanego przez siebie wyroku (*ratio* wyraźne) tudzież jakiej można się domyślić, iż stanowi taką podstawę (*ratio* dorozumiane), może być z wielu względów wadliwa. Nawet bowiem gdy prowadzi ona do wydania w sprawie precedensowej słusznego/rozsądnego/optimalnego rozstrzygnięcia, nie można wykluczyć tego, że jej stosowanie w innych przypadkach objętych jej zakresem zastosowania nie będzie prowadzić do nierozsądnych lub niesprawiedliwych rezultatów. Przy tym przyczyny wadliwości reguł stanowiących *rationes* mogą leżeć zarówno po stronie tego, kto je formułuje (jego niekompetencji, lenistwa, braku wyobraźni lub wiedzy o życiu), jak i wynikać z samej istoty ich generalno-abstrakcyjnego charakteru tudzież zmienności kontekstu, w jakim dochodzi do ich ustanawiania.

Tak o wadliwości precedensowej reguły mogą świadczyć, po pierwsze, błędy popełnione przy jej konstruowaniu, do których należy zwłaszcza niewskazanie w hipotezie okoliczności faktycznej, jaka nie tylko wystąpiła w sprawie precedensowej, ale jaka była jeszcze kluczowa dla takiego, a nie innego sposobu rozstrzygnięcia tej sprawy. Powodów takiego niewskazania można przy tym upatrywać np. w tym, że ten, kto formułował precedensową regułę (precedensowy sędzia tudzież ten, kto domyślał się jej treści w przypadku *ratio* dorozumianego), kontrfaktycznie zakładał, iż stanom faktycznym danego rodzaju zawsze towarzyszy jakaś okoliczność faktyczna, w konsekwencji czego nie ma sensu zamieszczanie tej okoliczności w hipotezie tej reguły. Po drugie powodem wadliwości precedensowej reguły może być potraktowanie precedensowej sprawy jako reprezentatywnej dla danej kategorii (klasy) spraw w sytuacji, gdy sprawa ta była na tle spraw należących do tej samej co ona kategorii (klasy) specyficzna – w efekcie czego reguła skonstruowana z myślą o sprawie precedensowej nie jest adekwatna dla innych spraw, które pod nią podpadają, brakuje w niej też wyjątków wyłączających jej zastosowanie w tych sprawach. Takie błędne przeświadczenie może być przy tym spowodowane brakiem wiedzy i małym doświadczeniem życiowym po stronie tego, kto formułuje regułę precedensu, w tym wynikiem braku korzystania przez niego z danych statystycznych i opierania się tylko na własnych przeżyciach z przeszłości⁴¹.

40 Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 125.

41 Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 107-117 i J. Raz, *op. cit.*, s. 188.

Co jednak istotne, nawet przy dołożeniu przez osoby formułujące reguły mające stanowić *rationes decidendi* maksimum należytej staranności, potencjalnej wadliwości takich reguł nie sposób będzie uniknąć. Jest tak choćby z tego powodu, iż reguła, która była lub wydawała się prawidłowa w chwili jej formułowania, może okazać się wadliwa wraz z upływem czasu. Ten, komu przyjdzie orzekać na jej podstawie – choćby z uwagi na świadomość zaistnienia nowego stanu faktycznego, nie mówiąc już o postępie w stanie wiedzy, jaki dokonał się w międzyczasie – nieraz będzie dysponował bowiem informacjami, do których nie miał dostępu ten, kto ją formułował. W rezultacie też możliwość dostrzeżenia wad stanowiącej *ratio* reguły, jak i samej różnorodności objętych nią spraw powstanie tu dopiero *ex post*⁴². Co więcej, nie można zapominać, iż nawet idealnie zaprojektowana reguła z racji jej ogólnego charakteru z definicji będzie nieadekwatna – i to już w momencie, w którym została skonstruowana – dla niektórych spraw podpadających pod jej zakres zastosowania. To znaczy, że rozpoznawanie tych spraw na jej podstawie będzie suboptymalne w porównaniu do rozstrzygnięcia ich bez bycia nią skrępowanym⁴³.

Na tle powyższego łatwo da się więc zauważyć, że gdyby nie możliwość sięgnięcia po *distinguishing*, sędzia, który nie jest uprawniony do unieważnienia danego precedensu, musiałby stosować w rozpoznawanej przez siebie sprawie jego regułę (*ratio decidendi*) niezależnie od tego, jakie wady ona posiada, wyrządzając szkodę zarówno stronom postępowania, jak i interesom sprawiedliwości. Jak też zdaje się uważać – w nawiązaniu do cytatu przytoczonego w przedostatnim akapicie pkt 3. rozdziału I części I niniejszego opracowania w kontekście elastyczności anglosaskiej doktryny precedensu – K.N. Llewellyn, to właśnie *distinguishing* ma być tym nożem, za pomocą którego mądry sędzia może się w doktrynie wiążącego precedensu oswobodzić, *ergo* „nożem chirurga” (ang. a *surgeon’s knife*)⁴⁴.

Trudno również byłoby tu zaprzeczyć, że możliwość korygowania i łagodzenia precedensów [drogą ich wyróżniania i unieważniania] posiada tę zaletę, iż nie tylko stanowi zabezpieczenie przed skutkami nie do końca przemyślanej legislacji sądowej, ale i zachęca odważnych sędziów do działania. Ci – dzięki jej istnieniu – mają moc bowiem wysuwać dalekosiężne innowacyjne rozwiązania z nadzieją, że te przyniosą korzyści, mając jednocześnie gwarancję, iż jeśli rozwiązania te zostaną źle przyjęte („padną na nieprzychylny im grunt”) lub okażą się jałowe, to droga do odwrotu będzie otwarta⁴⁵. W efekcie można powiedzieć, iż *distinguishing* wraz z *overruling* umożliwia niezbędne do rozwoju i postępu w prawie „eksperymentowanie” i uczenie się na własnych błędach. Przy tym samo wprowadzanie przez sędziów do obiegu reguł, jakie mają działać na zasadzie prób i błędów, można by przyrównać do stawianych w różnych dziedzinach wiedzy hipotez naukowych, jakie następnie mogą być weryfikowane/

42 Por. R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990, s. 96-97, 98.

43 Zob. F. Schauer, *Playing...*, s. 100-102, 213-215, zob. też s. 38-52, 77-111.

44 K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 68.

45 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 196.

falsyfikowane. Tutaj to weryfikowanie/falsyfikowanie odbywa się bowiem przez wyróżnianie (unieważnianie), które decyduje o ostatecznym kształcie (przyjęciu) poszczególnych reguł (rozwiązań) składających się na precedensowe prawo.

Ponadto warto mieć tu na uwadze, iż czasem, by uzasadnić posiadanie przez sędziów prawa do wyróżniania precedensów, odwołuje się do argumentu *a fortiori*. Skoro bowiem jakiś sędzia uprawniony jest do unieważnienia precedensu, jego *ratio*, to dlaczego nie miałby on być uprawniony do wprowadzenia w takim *ratio* tylko pewnej modyfikacji [tudzież ustanowienia obok niego węższej reguły, jaka stanowić będzie *lex specialis*]. Punkt odniesienia dla tego typu wnioskowania stanowi przy tym działalność parlamentu, który posiada zarówno prawo do uchwalania, jak i do zmieniania prawa. Jednakże, jak wskazuje G. Lamond, w odróżnieniu od *overruling*, w przypadku którego dostrzega się retrospektywną zmianę obowiązującego prawa [bądź przyznaje się, że w przeszłości miał miejsce błąd co do treści tego prawa], w przypadku *distinguishing* nie uważa się, że w jego wyniku dotychczas obowiązujące prawo zostało zmienione [istniał wcześniej jakiś błąd pod względem jego treści]. Stąd też w praktyce prawnicy nie postrzegają wyróżniania precedensów jako czegoś pokrewnego *overruling*. Co więcej, z *distinguishing* może skorzystać nie tylko sąd dysponujący prawem do unieważniania precedensów, ale również sąd, który takiego prawa nie posiada. W takiej zaś konfiguracji argument *a fortiori* na jego uzasadnienie w ogóle nie mógłby znaleźć zastosowania⁴⁶.

6. Rozwiązania mające ograniczać możliwość wyróżniania precedensów

Mając na uwadze niebezpieczeństwo płynące ze zbyt swobodnego korzystania z instytucji wyróżniania precedensów, podejmuje się niekiedy próby zmierzające do wprowadzenia w tym względzie jakichś ograniczeń. Wśród nich warto wymienić choćby propozycję ustanowienia ogólnego domniemania przeciwko dokonywaniu *distinguishing*⁴⁷ albo dyrektywę, iż tylko wtedy wolno wyróżnić jakiś precedens, jeśli uczyniłby to również sąd, od którego ten precedens pochodzi – tj. gdyby akurat orzekał on w obecnie rozpoznawanej sprawie [czyli coś na wzór idei kierowania się aktualną intencją historycznego prawodawcy]⁴⁸. Problemem tych dwóch propozycji jest jednak to, że nie wydają się one mieć za wiele wspólnego z samą praktyką⁴⁹.

Bardziej życiowa – przynajmniej *prima facie* – jawi się zasada uzależniająca łatwość dokonania wyróżnienia od sposobu, w jaki została sformułowana reguła będąca *ratio decidendi*. Mianowicie jeśli reguła ta jest szeroka (obecne w niej zwroty językowe generalne/inkluzywne), to możliwość dokonania *distinguishing* powinna być bardzo ograniczona [należy bowiem przyjąć, iż zamiarem sędziego ustanawiającego precedens było uregulowanie jak największej liczby przypadków]. Ilekroć zaś reguła ta jest wąska (mniej ogólna i zrelatywizowana do

46 G. Lamond, *op. cit.*, s. 8-9.

47 *Ibidem*, s. 9.

48 *Ibidem*, s. 9.

49 G. Lamond, *op. cit.*, s. 9-10.

faktów precedensowej sprawy), wyróżnienie precedensu powinno być łatwiejsze [bo taka postać reguły precedensu wskazuje, iż nie chciano nadawać jej uniwersalnego charakteru]⁵⁰. Co jednak znamienne, wskazuje się tu również na zasadę zgoła odwrotną, tj. iż prościej ma być wyróżnić precedens z *ratio* bardziej ogólnym niż z *ratio*, które jest bardziej szczegółowe⁵¹. Okoliczność, że reguła precedensu została sformułowana w sposób mało generalny, w wysokim stopniu zrelatywizowany do stanu faktycznego precedensowej sprawy, powoduje bowiem, iż przy rozstrzygnięciu innych spraw nie trzeba jej wyróżniać (w przypadku tych spraw można mówić co najwyżej o wyróżnieniu w sensie łagodnym/niezwiązującym, o jakim była wzmianka w przypisie 13 w niniejszym rozdziale tego opracowania). Gdy natomiast *ratio* stanowi reguła szeroka, wyraźnie „wykraczająca” poza fakty sprawy precedensowej, łatwiej powinno być doszukiwać się istotnych różnic pomiędzy stanem faktycznym tej sprawy a stanami faktycznymi innych spraw, w których precedens znajduje zastosowanie. Większe będzie też wtedy ryzyko prowadzenia – w sprawach objętych zakresem zastosowania precedensu – do absurdalnych/wysoce nieoptymalnych rezultatów.

7. Poszerzenie *ratio decidendi* a *distinguishing*

W kontekście problematyki *distinguishing* wypada również nadmienić, iż rozciągnięcie reguły precedensu na przypadki tą regułą nieobjęte nie jest traktowane jako wyróżnienie precedensu⁵² i co do zasady sędziemu wolno tak postąpić. Za takim „poszerzeniem” reguły stanowiącej *ratio decidendi* może w szczególności przemawiać to, że zarówno stany faktyczne, jakie pod tę regułę podpadają, jak i stany faktyczne tą regułą nieobjęte zasługują na taki sam sposób unormowania ze względu na cel, jaki przyświeca tej regule (to, co stanowi racjonalne uzasadnienie ustanowienia tej reguły)⁵³.

Kwestia rozciągania *rationes* na przypadki nieobjęte ich dotychczasowym zakresem zastosowania nie jest jednak wcale tak prosta, jak by się to z pozoru mogło wydawać. Poważny problem stanowi tu bowiem poszerzanie reguł precedensowych, jakie zawierają w swojej treści zwroty, które wskazują na zamiar wyznaczenia ich zakresu zastosowania w sposób ścisły – np. przewidują jakiś wyjątek lub obostrzenie wyłączające ich stosowanie w niektórych sytuacjach lub w stosunku do niektórych osób. Przykładowo takim *ratio* byłaby reguła, iż osoba poniżej 13. roku życia nie ponosi odpowiedzialności deliktowej. W jej bowiem przypadku zarówno jej „zwięźlenie”, np. do osób mających nie więcej niż 12 lat, jak i „poszerzenie”, np. na osoby powyżej 13., a poniżej 14. roku życia, wydaje się możliwe tylko w drodze *overruling*. Ewentualnie w grę

50 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 385-386 i N. Duxbury, *op. cit.*, s. 113.

51 Zob. S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 69; J. Raz, *op. cit.*, s. 196; por. też S. Brewer, *op. cit.*, s. 1019-1020, przypis 275.

52 Co do zasady *distinguishing* traktowane jest jako „zawężenie” (ang. *narrowing*), a nie poszerzenie czy rozszerzenie danego precedensu – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 8, 30, 35.

53 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, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 69, zob. też s. 193-196.

może tu wchodzić również *distinguishing*, tj. gdy zostanie wykazane, że pomiędzy sprawą precedensową a sprawą aktualnie przez sąd rozstrzyganą zachodzą na tyle istotne różnice, iż druga z tych spraw zasługuje na inne potraktowanie, niż nakazuje to reguła precedensu⁵⁴.

Ponadto trzeba tutaj pamiętać, iż poszerzenie reguł precedensowych – jeśli nie ma się ono odbywać drogą *overruling* lub *distinguishing* – będzie możliwe tylko w *cases of first impression*, a więc w sprawach, których stan faktyczny nie podpada pod zakres zastosowania *ratio* żadnego wiążącego precedensu. W wyniku rozszerzenia nie może również powstać reguła, jaka będzie pozostawać w sprzeczności z postanowieniami prawa stanowionego.

8. *Distinguishing* w innych niż *the rule model* ujęciach istoty precedensu

Nie wszyscy ujmują proces wyróżniania precedensów w sposób przedstawiony w pkt 2. niniejszego rozdziału tego opracowania. Taka, niejako wmontowana w *the rule model*, możliwość czynienia wyjątków od ogólnych reguł prawa występujących tu pod postacią *rationes decidendi* poszczególnych precedensów nie ma bowiem oddawać prawdziwej istoty wyróżniania. Co więcej, trudność pogodzenia idei ogólnej reguły z prawem do czynienia od niej następnie wyjątków, jakie nie są przewidziane w samej treści tej reguły, ma przemawiać właśnie za obraniem jakiejś innej niż *the rule model* koncepcji wyjaśniającej istotę i metodę stosowania precedensowego prawa⁵⁵.

Już w opisanej w pkt 6.1. rozdziału III niniejszego opracowania metodzie dr. Goodharta o zastosowaniu reguły precedensu miało decydować nie tylko to, że w jakiejś sprawie wystąpiły wszystkie istotne okoliczności faktyczne, które były obecne w sprawie precedensowej, lecz również to, że nie pojawiała się w tej sprawie jakakolwiek istotna okoliczność faktyczna, której brak było w sprawie precedensowej⁵⁶. Przy tym już na etapie określania treści *ratio decidendi* można by próbować – kierując się założeniami tej metody – ustalać zarówno wystąpienie jakich okoliczności faktycznych w precedensowej sprawie miało w oczach rozpoznającego tę sprawę sędziego decydujący wpływ na wyrok, jaki on w niej wydał, jak i, brak jakich istotnych okoliczności faktycznych w tej sprawie przesądził w ocenie tego sędziego o takim, a nie innym rozpatrzeniu przez niego tej sprawy⁵⁷.

54 *Distinguishing* uznawany jest za środek służący zarówno do poszerzania, jak i zwężania *rationes decidendi* przez S. Enga (zob. S. Eng, *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features*, „Scandinavian Studies in Law” 2000, t. 39, s. 287). Podobnie wydaje się też uważać R.S. Summers (zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 391).

Odnośnie do możliwości pominięcia takiego ujętego w *ratio* ograniczenia przy stosowaniu się do danego precedensu por. jednak H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 135.

55 Zob. L. Alexander, *op. cit.*, s. 507 i G. Lamond, *op. cit.*, s. 11-14, zob. też s. 8-11.

56 Co przy tym ciekawe, dr Goodhart, choć dostrzegał, że takie rozwiązanie daje pole do nadużyć, nie widział w nim żadnego zagrożenia dla zasady *stare decisis*. Powodem braku takiego zagrożenia miało być przy tym to, że – jak twierdził ten doktor – sędziowie angielscy nie są ani nieszczerzy, ani arbitralni, nie starają się też w taki oto sposób obchodzić obowiązującego ich prawa, przynajmniej nie ci jemu współcześni. Zob. A.L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, „Yale Law Journal” 1930, nr 2, s. 181; zob. też P.M. Perell, *op. cit.*, s. 2.

57 Por. G. Lamond, *op. cit.*, s. 10-11.

W modelu precedensu z zasad, skutkujące niezastosowaniem precedensu w konkretnej sprawie, *distinguishing* wydaje się być wynikiem tego, że odmienne okoliczności faktyczne tej sprawy powodują, iż stojąca za precedensem zasada lub zasady nie uzasadniają obrania dla tej sprawy takiego samego rozstrzygnięcia jak rozstrzygnięcie obrane dla sprawy precedensowej. Ewentualnie *distinguishing* podyktowane jest tu tym, że zasady takie nie mogą zostać w sprawie obecnie rozpoznawanej zrealizowane w takim samym stopniu jak w sprawie precedensowej, tudzież tym, że tym razem inny byłby rezultat godzenia tych zasad. Analogicznie zdaje się to też przedstawiać w modelu precedensu z polityk⁵⁸.

Z kolei w tych ujęciach bycia związanym precedensowym wyrokiem, jakie zwane były modelem rezultatu oraz modelem z ważenia argumentów, pojawienie się jakiejś różnicy w stanie faktycznym sprawy, w której precedens ma znaleźć zastosowanie, może stanowić nowy argument, jaki będzie osłabiał siłę argumentów, które przemawiają za takim, a nie innym rozstrzygnięciem sprawy precedensowej, lub będzie wraz z innymi argumentami, jakie można podnieść w tej sprawach przemawiał za wydaniem w niej innego niż precedensowy wyrok. Tym samym więc taka różnica może zwalniać tu z obowiązku zastosowania się do danego precedensu⁵⁹. Podobnie rzecz ta się ma w modelu precedensu z przyczyn (toku rozumowania), gdzie tego rodzaju różnica może wskazywać – w świetle powodów, jakie przemawiały za wydaniem precedensowego wyroku (rozumowania, jakim posłużono się w celu wykazania zasadności zawartego w takim wyroku rozstrzygnięcia) – na konieczność potraktowania sprawy, której ona dotyczy, w sposób odmienny, niż została potraktowana sprawa precedensowa. Z powodu różnicy w stanach faktycznych sprawy precedensowej i obecnie rozpoznawanej powód lub powody (tok rozumowania), jakie zdecydowały o takim, a nie innym rozpatrzeniu sprawy precedensowej, mogą też nie tyle uzasadniać odmienne potraktowanie tych spraw, ile nie nadawać się do rozstrzygania na ich podstawie sprawy obecnie rozpoznawanej⁶⁰. To samo dotyczy zresztą argumentów, jakie przemawiały za tym, że tak, a nie inaczej została rozstrzygnięta precedensowa sprawa.

W przypadku modelu precedensu z analogii możliwość dokonywania *distinguishing* zdaje się być oczywista, będąc wpisana w samą istotę tego modelu. Skoro bowiem precedens ma wiązać w sprawach istotnie podobnych do sprawy precedensowej, to tym samym nie wiąże on w sprawach, jakie na tle sprawy precedensowej jawią się jako nietypowe (specyficzne)⁶¹. Bardziej problematyczna wydaje się tu natomiast kwestia tego, czy w razie występowania istotnych odmienności między sprawą aktualnie rozpoznawaną a sprawą precedensową w modelu tym

58 R.A. Posner, *How Judges...*, s. 182-185.

59 Por. G. Lamond, *op. cit.*, s. 13-14.

60 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 390-392 oraz Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 56; zob. też K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 174 i G. Lamond, *op. cit.*, s. 11-12.

61 O tym, że *distinguishing* polega na dysanalogii (odwrotności analogii), mówią wprost M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis, S. Brewer i L. Alexander i E. Sherwin (zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, New York 2006, s. 10; S. Brewer, *op. cit.*, s. 936; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 123).

zachodzi prawna konieczność – a nie tylko sama możliwość – ich odmiennego potraktowania.

W modelu precedensu z kwestii prawnej do wyróżnienia precedensu – jak się wydaje – ma moc dochodzić wtedy, gdy w sprawie obecnie rozstrzyganej brak jest takiej samej kwestii prawnej jak w sprawie precedensowej (precedens nie jest *in point*). Wówczas też, zdaniem D. McFadzeana i G. Ryana, precedens [wobec sprawy aktualnie rozpoznawanej] nie ma być wiążący, lecz jedynie perswazyjny⁶².

W teorii Ronalda Dworkina instytucja *distinguishing* zdaje się natomiast wyczerpywać w tym, iż przy budowaniu wszechogarniających zasad sędzia Herkules może potraktować pewne precedensy jako pomyłkę tudzież w tym, iż podczas konstruowania takich zasad może on zamieścić w ich treści niearbitralne wyjątki mające wykluczać ich zastosowanie w sprawach odmiennych od sprawy precedensowej.

W naturalnym modelu precedensu – *prima facie* – problem wyróżniania precedensów nie pojawia się w ogóle. Zgodnie bowiem z główną ideą tego modelu sędzia nie jest w sensie prawnym związany treścią jakiegokolwiek precedensu i stąd, chcąc się do niego nie stosować w aktualnie rozpoznawanej przez siebie sprawie, nie ma on żadnej potrzeby uciekania się do instytucji *distinguishing*⁶³. Patrząc jednak z punktu widzenia uzasadnionych oczekiwań stron i innych członków społeczeństwa co do treści obowiązującego prawa, należy zauważyć, że chcący nie zawieść tych oczekiwań sędzia powinien wykazać specyfikę zawisłej przed nim sprawy, by odmówić spodziewanego zastosowania w niej precedensu – a więc *de facto* wyróżnić teoretycznie niewiążący go precedens.

62 Zob. D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 76.

63 L. Alexander, *op. cit.*, s. 506.



ROZDZIAŁ VI: PRZEFORMUŁOWANIE I POTWIERDZENIE PRECEDENSU

1. Przeformułowanie (ang. *reformulation, reexplanation*)

Przy omawianiu instytucji składających się na anglosaską doktrynę precedensu warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną – poza *overruling* i *distinguishing* – możliwość niezastosowania się do jakiegoś precedensu. Zdarza się w niej bowiem czasem, że precedens zostanie w swoisty sposób przeformułowany, na skutek czego dojdzie do istotnej zmiany jego dotychczasowego sensu (m.in. przez nadanie użytym przez precedensowego sędziego słowom i wyrażeniom nowego, odmiennego od tego, które miały one dotychczas, znaczenia). Sędzia, który dokonuje *reformulation*, robi to jednak często nie – tak jak w przypadku nadużywania instytucji *distinguishing* – tylko po to, by nie zastosować jakiegoś precedensu w zawisłej przed nim sprawie. On chce uzyskać coś o wiele więcej. Przeformułowany precedens ma mu bowiem służyć za podstawę (uzasadnienie) wydania w tej sprawie takiego rozstrzygnięcia, jakie jest przez niego w tej sprawie pożądane. W efekcie w ostatecznym rozrachunku sędzia, który dopuścił się *reformulation*, utrzymuje, iż w rozpoznawanym przez siebie przypadku stosuje jakiś precedens, faktycznie czyniąc coś diametralnie innego¹.

Pewną szczególną postać przeformułowawania („przeinaczania”) precedensów stanowi praktyka określana mianem *obiter-ing a precedent*. Jak też sama ta nazwa wskazuje, *obiter-ing a precedent* przejawia się w tym, iż za *obiter dicta* uznaje się tę część precedensowego wyroku, która w rzeczywistości stanowi wiążący element precedensu (jego *ratio decidendi* w przypadku *the rule model*). W konsekwencji – tak jak przy przeformułowawaniu, o którym była mowa w powyższym akapicie – *obiter-ing* dokonywany jest w praktyce w celu niezastosowania w obecnie rozpoznawanym przypadku wiążącego dla niego precedensu². Tu jednak przeformułowany („przeinaczony”) precedens nie może już raczej posłużyć za podstawę wydania

1 Zob. zwłaszcza: Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 342; R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 394, 396, 401-403; M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 34-35, 39-40; por. też E.H. Levi, *The Nature of Judicial Reasoning*, „The University of Chicago Law Review” 1965, nr 3, s. 400, 404 i N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 107, 178-179.

2 G. Marshall, *What is Binding in a Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 516; zob. też R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990, s. 95-98 i R.S. Summers, *Precedent...*, s. 401.

w tym przypadku wyroku o pożądanej treści. To, co na skutek *obiter-ing* zostało zepchnięte do statusu *dictów*, dalej przemawia bowiem za rozstrzygnięciem tego przypadku tak, jak nakazywał to precedens przed wypaczeniem jego prawdziwego sensu. Okrojone z kolei ze swojej pierwotnej treści *ratio decidendi* rzadko kiedy znajdzie zastosowanie w sprawie, przy rozpoznawaniu której je okrojono. Wszak *obiter-ing* zdaje się być czynione właśnie po to, żeby tego *ratio* w tej sprawie nie stosować³.

Zarówno przeformułowanie w swojej klasycznej postaci, jak i w postaci *obiter-ing* – z racji, iż na ogół, tj. wówczas gdy poprzednia interpretacja danego precedensu nie była błędna, stanowi *de facto* obejście zasady *stare decisis* – należy postrzegać raczej w kategoriach nadużycia po stronie praktykujących je sędziów⁴.

2. Potwierdzenie precedensu (ang. *reaffirming*)

Co jednak ciekawe, w anglosaskiej doktrynie precedensu możliwe są nie tylko zabiegi, których skutkiem jest uchylanie się od zastosowania któregoś z dotychczas ustanowionych precedensów, jak: wyróżnianie, unieważnianie czy przeformułowywanie. Obecne są w niej bowiem także takie praktyki, jakie mają za zadanie wzmocnić poszczególne precedensy. Występują one pod nazwą: *reaffirming*, przez które można rozumieć (ponowne) potwierdzenie słuszności/zasadności danego precedensu. Dokładnie *reaffirming* polega na zadeklarowaniu przez – władny do unieważnienia tego precedensu – sąd, iż jakiś precedens, jaki znajduje zastosowanie w obecnie rozpoznawanej przez ten sąd sprawie, jest słuszny/zasadny⁵. Wówczas bowiem, o ile tylko deklaracja ta jest szczerą (tj. nie stanowi przejawu opisanego w punkcie powyższym *reformulation* tudzież nie została złożona przy jednoczesnym nadużyciu prawa do *distinguishing*), prowadzi ona do wzmocnienia pozycji precedensu, którego ona dotyczy⁶.

Takie – stojące w opozycji do tego, jak wyglądało to pierwotnie – uznanie, że coś nie było konieczne do wydania precedensowego wyroku i przez to stanowi *obiter dicta*, zdaje się też móc być określane mianem *reassessment* – zob. J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 193.

3 Możliwe jest też przekwalifikowanie precedensu w kierunku odwrotnym, czyli obranie za *ratio decidendi* (*holding*) tego, co w rzeczywistości stanowiło *dicta*. Przy tym przekwalifikowanie takie może być wynikiem błędu, ale także zostać poczynione w celu niezastosowania się przez sąd w obecnie rozpoznawanej przez niego sprawie do prawdziwego *ratio* (*holding*). Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 401.

4 Innym jeszcze sposobem pozwalającym na obejście wiążących w danej sprawie precedensów są zabiegi zmierzające do zniekształcenia opisu stanu faktycznego, jaki jest obecny w aktualnie rozpoznawanej sprawie – zwłaszcza poprzez poczynienie nieprawidłowej oceny dowodów oraz selektywne potraktowanie okoliczności faktycznych występujących w takiej sprawie (por. R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 144).

Odnosnie do tego rodzaju manipulacji – w tym w kontekście mających skłaniać do nich w praktyce trudności, jakie w doktrynie wiążącego precedensu napotykają sędziowie chcący skorzystać z instytucji *overruling* albo *distinguishing* – zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 314-318.

5 Jeśli przedmiotem potwierdzenia jego słuszności/zasadności jest orzeczenie niebędące wiążącym precedensem, mówi się o nim nie *reaffirmed*, lecz *affirmed*.

6 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 40-44; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 275, 276; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 81.

Tak pojmowane potwierdzenie słuszności/zasadności danego precedensu należy jednak odróżniać od przyznania słuszności/zasadności orzeczeniu (zwłaszcza pochodzącemu od sądu niższego rzędu), jakie nie znajduje zastosowania w sprawie, w trakcie rozpoznawania której dochodzi do jego aprobaty. Tym bardziej dotyczy to wzięcia jakiegoś, w szczególności perswazyjnego, precedensu jedynie pod rozważenie. Wówczas bowiem mówi się nie o tym, że dane orzeczenie zostało potwierdzone ((re)affirmed) tylko odpowiednio: *approved* (zatwierdzone)⁷ oraz *considered* (rozważone)⁸.

⁷ J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 81 i D. McFadzean, G. Ryan, *Legal Method*, Dundee 2010, s. 85-86.

⁸ J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 81.



ROZDZIAŁ VII: KWESTIE KOŃCOWE

1. Zasada prymatu prawa stanowionego nad prawem precedensowym

Przy prezentowaniu problematyki, jaka wiąże się z anglosaską doktryną precedensu, nie można również zapominać o – obowiązującej bez większych wątpliwości co najmniej od początku XIX w. – zasadzie prymatu prawa stanowionego nad prawem precedensowym. Zgodnie z tą zasadą postanowieniom znajdującym się w prawie stanowionym przysługuje, w razie kolizji, pierwszeństwo nad ustanowionymi dotychczas precedensami sądowymi (zawartymi w tych precedensach regułami). Przy tym dotyczy to również tych obszarów prawa, jakie od wieków były normowane za pośrednictwem precedensów sądowych, czyli tzw. *case law*. Jak się bowiem przyjmuje, drogą aktu prawa stanowionego można skutecznie derogować (unieważnić) każdy precedens, nawet ten, który pochodzi od sądu najwyższej instancji; ważne jest tylko, by sprzeczny z precedensem akt tego prawa był ważny, tj. wydany przez kompetentny organ zgodnie z przewidzianą dla jego przyjęcia procedurą¹. Co więcej, niekiedy dopuszcza się tu do głosu nawet zasadę, iż taka derogacja pociąga za sobą również zakaz powoływania się na same argumenty/zasady, jakie przemawiały za ustanowieniem precedensu, jaki na jej skutek utracił swoją moc (na których opierała się reguła będąca *ratio decidendi* tego precedensu)².

Ze względu też na istnienie takowego pierwszeństwa na gruncie anglosaskim mówi się, że precedens jest podporządkowany ustawie³. Jednak zarówno to twierdzenie, jak i sama zasada

1 Zob. R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford 1968, s. 163; R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 173; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 329; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, New York 2006, s. 75; J.C. Wells, *A Treatise on the Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Des Moines 1878, s. 545-546; J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 212; Ch.R. Calleros, *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006, s. 45; R.S. Summers, *Statutory Interpretation in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 445; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 75, 86.

2 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 388 oraz R. Cross, *op. cit.*, s. 166-167. Inaczej wygląda to w przypadku ustaw, które mają na celu tylko skonsolidować, a nie zreformować dotychczas obowiązujące prawo stanowione. Wówczas bowiem przyjmuje się, że precedensy zawierające interpretacje postanowień skonsolidowanych aktów prawnych pozostają w mocy – zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 384; por. też R.S. Summers, *Statutory...*, s. 419.

3 R. Cross, *op. cit.*, s. 164, zob. też s. 161-162; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 173, zob. też s. 172.

prymatu prawa stanowionego nad prawem precedensowym nie przystają idealnie do tego, co rzeczywiście ma miejsce w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii.

Po pierwsze to nie parlament, lecz tutejsi sędziowie – korzystając z dostępnych im metod i zasad wykładni aktów prawa stanowionego – w znacznym stopniu decydują o tym, jakie znaczenie będzie miała dana ustawa (jej poszczególne postanowienia). Tym samym to też oni ostatecznie przesądzają o tym, czy zmiany, które chciał wprowadzić w dotychczasowym stanie prawnym ustawodawca, zostaną zgodnie z jego zamiarem urzeczywistnione. Również to, czy mimo wydania aktu prawa stanowionego o takiej, a nie innej treści sędziowie ci nie będą nadal stosować się do swoich dotychczasowych zapatrywań w normowanych tym aktem kwestiach prawnych, w znacznej mierze zależy od nich samych⁴.

Przy tym warto mieć tu na uwadze, iż akty prawa stanowionego interpretuje się w Wielkiej Brytanii nie tylko za pomocą tzw. *the literal rule* (jej istota sprowadza się do wykładni językowej) oraz drogą, służącą odkryciu intencji prawodawcy, *the mischief rule* (każe ona śledzić historię i stan prawny sprzed daty przyjęcia danego przepisu prawa w celu ustalenia tego, co stanowiło zło, jakiemu chciano poprzez wprowadzenie tego przepisu zaradzić). Poza tymi dwiema obecne są tu bowiem również bardziej zależne od uznania orzekającego sędziego zasady wykładni prawa stanowionego, jak zwłaszcza: a) łącząca w sobie dyrektywy wykładni systemowej oraz *argumentum ad absurdum* tzw. złota reguła (ang. *the golden rule*) oraz b) odwołująca się do celu danej regulacji prawnej i zasadzająca się na nakazie uwzględniania kontekstu społecznego, politycznego i ekonomicznego, w jakim ta regulacja funkcjonuje, tzw. *the purposive rule*⁵. W ramach *the golden rule* istotna jest też nie tylko absurdalność przejawiająca się w wewnętrznej sprzeczności postanowień jakiegoś aktu prawnego, ale i absurdalność w sensie ocennym. Z kolei gdy chodzi o *the purposive rule*, liczy się w niej nie tylko cel subiektywny (ten, jaki przyświecał ustawodawcy), lecz czasem także cel obiektywny. „Poszukiwanie” intencji historycznego prawodawcy jest zresztą w Zjednoczonym Królestwie o tyle utrudnione, iż korzystanie, aby ją poznać, z tzw. materiałów przygotowawczych (zwanych tu: Hansard) było tutaj – przynajmniej do niedawna, tj. do wydania wyroku w sprawie *Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart* w 1993 r. – niemalże całkowicie zakazane. Drogą wyjątku można było z tych materiałów skorzystać jedynie dla ustalenia tego, co stanowiło zło, do którego odnosi się *the mischief rule*. Co więcej, brytyjscy sędziowie przypisują prawodawcy także pewne intencje, jakie ten niekoniecznie w rzeczywistości posiada, jak np. to, że wydając akty legislacyjne, nie chce on osiągać niesłusznych rezultatów, albo to, że drogą takich aktów nie zamierza on naruszać pewnych polityk, zasad czy wartości (w tym o charakterze ekonomicznym i moralnym). Nieobcy brytyjskim sędziom jest też argument z *necessary implication* zasadzający się na

4 Por. E.H. Levi, *The Nature of Judicial Reasoning*, „The University of Chicago Law Review” 1965, nr 3, s. 407 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 170, 227-228.

5 Zob. P. Mikuli, *Zasada podziału władz a ustroj brytyjski*, Warszawa 2006, s. 140-141; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 253-264; S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 33-34; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 65-67; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 382.

tym, co musiał założyć prawodawca, mimo iż tego wprost nie powiedział, tudzież argumenty odwołujące się do tego, co jest praktycznie wykonalne, efektywne lub rozsądne⁶.

W Stanach Zjednoczonych interpretacja prawa ustawowego zdaje się już jednak bardziej zogniskowana na dążeniu do poznania prawdziwej intencji prawodawcy, i to tego historycznego, oraz staraniach zmierzających do zadośćuczynienia jej. W praktyce odbywa się to czy to poprzez analizę samej kompozycji tekstu ustawy, czy też poprzez wykorzystanie źródeł zewnętrznych, zwłaszcza wszelkiego rodzaju materiałów przygotowawczych. W przypadku prawa federalnego sięgnięcie do takich materiałów jest zresztą obligatoryjne (w odniesieniu do prawa stanowego, z wyjątkiem niektórych stanów, pozostaje ono fakultatywne). Ponadto dość dużą wagę przywiązuje się w Stanach Zjednoczonych do – pozostawiających małe pole dla sądowego uznania – dyrektyw wykładni językowej i systemowej, które odwołują się do zasad gramatyki, wewnętrznej i zewnętrznej systematyki danego aktu prawnego (nazwy tytułu, podziału na sekcje i podsekcje, nagłówków itd.) tudzież nakazu dokonywania wykładni w zgodzie z konstytucją i prawem międzynarodowym. Ponadto znaczenie poszczególnych terminów ustala się tu często na podstawie znaczenia, jakie terminy te mają w języku potocznym (ang. *common usage* albo *a standard ordinary meaning*) lub w języku technicznym, przez który rozumie się język prawniczy i język specjalistyczny/zawodowy. Jeśli też chodzi o ten ostatni, to dla poznania go korzysta się zarówno z leksykonów, jak i z opinii biegłych.

W zasadzie to dopiero brak możliwości dowiedzenia się o tym, jaka była intencja prawodawcy, lub problemy z wykładnią językową uzasadniają w Stanach Zjednoczonych sięgnięcie do innych sposobów interpretacji tekstów prawnych, jak np. do zasady, iż wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść oskarżonego. Z drugiej jednak strony sędziom amerykańskim nieobca ma być też, odwołująca się co celów obiektywnych (a nie subiektywnych), wykładnia celowościowa tudzież dyrektywa unikania tego, co niemożliwe i absurdalne, a także argumenty z polityk, ogólnych zasad, moralności i innych wartości (odnoszące się do ekonomii, dobra powszechnego itp.). Pewnym powodzeniem cieszą się w Stanach Zjednoczonych również domniemania co do intencji, jaka przyświeca prawodawcy, typu, iż prawodawca zamierzał uchwalić ustawę zgodną z konstytucją, o mocy nieretroaktywnej tudzież taką, która nie

6 W odniesieniu do zasad wykładni językowej dyskrekcja sędziów orzekających w Zjednoczonym Królestwie jest mniejsza. Ogólnie bazuje się w przypadku tej wykładni zarówno na języku/znaczeniu potocznym (tzw. *an ordinary, obvious, plain meaning*), jak i na języku/znaczeniu technicznym (specjalistycznym), w ramach którego różni się znaczenie prawnicze oraz zawodowe w sensie tego, jak rozumieją poszczególne wyrazy i zwroty odpowiednio prawnicy i przedstawiciele danej profesji. Od strony językowej istotne w Zjednoczonym Królestwie mają być również zasady gramatyki, w tym interpunkcji, a także sam kontekst, w jakim dany zwrot czy dane słowo zostały użyte – do tego kontekstu zalicza się też zarówno dany akt prawny, jak i poszczególną gałąź, czy nawet gałęzie prawa. Znamienne jest również obowiązywanie w Wielkiej Brytanii szczególnej ustawy, tzw. the Interpretation Act z 1978 r., która zawiera wytyczne, jak należy rozumieć zwroty i odwołania, które są obecne w tekstach ustaw, a w pewnym zakresie również w innych aktach prawa stanowionego, a nawet aktach notarialnych i innych dokumentach. Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 364-382, zob. też s. 382-387, 391-392, 393-395, 399-400; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 67-73; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 349-350.

prowadzi do absurdalnych lub jawnie niesprawiedliwych rezultatów. Podobnie potrafi się tu zakładać po stronie prawodawcy, iż posługuje się on językiem potocznym (a nie jakimś innym) i zna reguły tego języka.

Szczególnym instrumentem – zmniejszającym swobodę sędziów w interpretacji postanowień prawa stanowionego – jest też w Stanach Zjednoczonych tzw. *the Brandeis Brief*, w którym pełnomocnik procesowy występujący przed sądem federalnym (a czasem również przed sądem stanowym) podaje uwarunkowania/fakty społeczne, jakie rzutowały na przyjęcie takiego, a nie innego rozwiązania w prawie ustawowym. Poza tym w niektórych stanach są wydawane specjalne akty prawne określające sposób, w jaki mają być interpretowane zapisy ustaw uchwalanych w tych stanach (zob. np. *the Model Statutory Construction Act*, jaki został przyjęty w Colorado, Iowa i Wisconsin, zastąpiony następnie przez tzw. *the Uniform Statute and Rule Construction Act*). Wiele amerykańskich ustaw ma zawierać też w swojej treści mniej lub bardziej szczegółowe wytyczne co do zasad wykładni zawartych w tych ustawach postanowień⁷.

Po drugie zasada prymatu prawa może nie tyle stanowionego, ile ustawowego nad prawem precedensowym jest podważona, ilekroć dochodzi do sądowej kontroli zgodności ustaw z konstytucją. Kwestia takiej kontroli jest przy tym oczywista w Stanach Zjednoczonych. W ich bowiem przypadku mamy do czynienia z formalnymi konstytucjami pisanymi, jakie niemalże z definicji mają mieć pierwszeństwo nad sprzecznym z nimi prawem ustawowym. Ponadto tutejsze sądy bezdyskusyjnie wyposażone są dzisiaj w prawo do tzw. *judicial review* (badania zgodności ustaw z konstytucją) oraz wykładania treści ustawowych w zgodzie z postanowieniami konstytucji (tj. tak, by w wyniku zabiegów interpretacyjnych dostosować te treści do tego, czego wymaga konstytucja, i uniknąć ich ewentualnej z nią sprzeczności)⁸. Co więcej, w Stanach Zjednoczonych ustawy stanowe są sprawdzane przez sądy również pod względem ich zgodności z ustawami federalnymi, przy czym do zakwestionowania ważności tych pierwszych wystarczać ma już samo stwierdzenie braku ich zgodności z tymi drugimi w istocie (ang. *in substance*) lub w duchu (ang. *in spirit*)⁹. Przy tym nie można usunąć tu sędziego z urzędu lub postawić go w stan oskarżenia w ramach instytucji impeachmentu z powodu, iż niewłaściwie (błędnie) zinterpretował on Konstytucję Stanów Zjednoczonych Ameryki – choć możliwe jest to w przypadku, gdy popełni on poważne przestępstwo¹⁰.

7 Zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 31-35; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 52-65; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 412-419, s. 422-430, zob. też s. 430-445, 447-449, 450-453, 455, 457-458.

W Stanach Zjednoczonych na tle zasad interpretacji tekstów prawa stanowionego toczy się też dość zażarty spór między tzw. tekstualistami (którzy odrywają znaczenie tekstu od intencji jego autora) i intencjonalistami (którzy nie widzą możliwości posiadania przez tekst znaczenia, które byłoby niezależne od intencji prawdziwego lub jakiegoś fikcyjnego, przyszywanego, autora tego tekstu) – zob. np. L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 132-212.

8 Zob. np. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 46; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 443-444, 449; M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 179-180.

9 R.S. Summers, *Statutory...*, s. 444; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 180.

10 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 271, przypis 73 i 74, s. 331-332, 334, przypis 15.

O wiele większe trudności – z racji braku istnienia formalnej konstytucji – powstają na tle sądowej oceny konstytucyjności ustaw w Wielkiej Brytanii. Dawniej sądy próbowały tu bowiem kontrolować zawartość prawa ustawowego poprzez sięganie do: a) koncepcji prawa wyższego, b) zakazu pozostawania prawa stanowionego w konflikcie z *common law* czy zdrowym rozsądkiem, c) wymogu odznaczania się przez prawo stanowione „praktyczną wykonalnością”¹¹.

Dzisiaj taką kontrolę – w pewnym zakresie – brytyjskie sądy mogą sprawować przede wszystkim w kontekście obowiązku pozostawania brytyjskiego prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej oraz w związku z przystąpieniem przez Wielką Brytanię do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. Pewnym problemem pozostaje tu niewątpliwie to, iż – z powodu dualistycznego podejścia do relacji, w jakiej pozostaje prawo wewnętrzne (krajowe) do prawa międzynarodowego¹² – zarówno prawo unijne, jak i wspomniana konwencja nie obowiązują „bezpośrednio” w brytyjskim porządku prawnym, a jedynie na mocy the European Communities Act z 1972 r. oraz the Human Rights Act z 1998 r. (co do większości zawartych w nim postanowień ten ostatni akt wszedł w życie w październiku 2000 r.). Przy tym o ile sądowa kontrola zgodności krajowego prawa brytyjskiego z prawodawstwem Unii Europejskiej nie rodzi jakichś poważniejszych, co nie znaczy, że żadnych, trudności, o tyle już możliwość kontrolowania przez brytyjskie sądy zgodności tego prawa z postanowieniami rzeczonyj konwencji jest znacznie ograniczona.

Gdy chodzi o prawo unijne, sądy brytyjskie, po pierwsze, przyjęły, że w stosunku do tego prawa nie stosuje się, wynikającej z zasady suwerenności Parlamentu, reguły, iż późniejszy akt legislacyjny w sposób dorozumiany uchyla sprzeczne z nim prawo wcześniejsze – przyznając sobie tym sposobem prawo do odmowy zastosowania ustawy, jaka byłaby sprzeczna z istniejącym już w chwili jej wydania prawem Unii Europejskiej, chyba że sprzeczność ta była wyraźnie zamierzona. Po drugie do badania zgodności brytyjskiego prawa stanowionego z prawem unijnym został dopuszczony każdy brytyjski sąd, a nie tylko Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa (dawniejszy Komitet Apelacyjny Izby Lordów). Sam natomiast the European Communities Act z 1972 r., by podnieść jego znaczenie, *explicite* został uznany za akt rangi konstytucyjnej i co więcej, za akt, który w przeciwieństwie do innych ustaw nie może być w sposób dorozumiany uchylony inną ustawą. Obowiązkiwanie zaś zasady pierwszeństwa prawa unijnego nad brytyjskim prawem krajowym – według jednego ze stanowisk – zostało

11 Zob. P. Mikuli, *op. cit.*, s. 142.

Odnosnie do nakazu interpretacji prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej i Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. na tle brytyjskiego porządku prawnego zob.: J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 306-307, 310; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 151 wraz z przypisem 119, s. 182-183; S. Hanson, *op. cit.*, s. 123, 125; P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, wyd. 5, Oxford 2011, s. 287, 290; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 377-378, 395-396, 398.

12 Takie podejście zakłada, że umowa międzynarodowa, by obowiązywać w prawie wewnętrznym, musi dopiero – na podstawie odpowiedniego aktu parlamentu – uzyskać w tym prawie moc obowiązującą lub zostać do niego inkorporowana (przetransponowana).

potraktowane nawet za biorące swoją moc nie ze wspomnianego aktu (woli Parlamentu) czy też z prawa unijnego [jak chciałby Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej], ale z samego *common law*.

Zupełnie inaczej kwestia ta przedstawia się natomiast w przypadku the Human Rights Act z 1998 r., który daje sędziom brytyjskim o wiele mniejsze możliwości, jeśli chodzi o kwestionowanie ważności uchwalanego w Wielkiej Brytanii prawa ustawowego. Zgodnie bowiem z postanowieniami tego aktu, drogą powołania się na sprzeczność z treścią Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., sądy brytyjskie mogą odmówić zastosowania w zawisłej przed nimi sprawie co najwyżej postanowień aktu wykonawczego. W stosunku zaś do aktów Parlamentu sądy wyższe mogą jedynie oznajmić, że jakaś ustawa (któryś z zawartych w niej przepisów) jest niezgodna z tą konwencją. Nie mogą już jednak tej ustawy (któregoś z zawartych w niej przepisów) na tej podstawie nie zastosować w aktualnie rozpoznawanej sprawie. To dopiero Parlament, by doprowadzić do stanu zgodności, ma tę ustawę zmienić, w którym to też celu może on skorzystać z tzw. trybu przyspieszonego (ang. *a fast track procedure*). Mniejsza ranga Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności niż prawa unijnego wynika także z tego, iż wydawane na podstawie tej konwencji orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie są – tak jak orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – traktowane jako wiążące dla sądów brytyjskich, co nie oznacza jednak tego, iż w praktyce sądy te nie biorą ich pod uwagę. Zarówno też gdy chodzi o postanowienia prawa unijnego, jak i postanowienia Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, brytyjskie ustawy muszą być wykładane tak, by – na tyle, na ile jest to możliwe – nie powstał ich z tymi postanowieniami brak zgodności¹³.

Poza wykorzystaniem zasady pierwszeństwa prawa unijnego nad prawem krajowym państw członkowskich Unii Europejskiej sądy w Wielkiej Brytanii mogą też próbować kwestionować konstytucyjność niektórych postanowień tutejszego prawa ustawowego przez odwołanie się do wymogu pozostawania przez to prawo w zgodzie z Traktatem o Unii (the Treaty of Union). Traktat ten jest aktem rangi konstytucyjnej w tym sensie, iż na jego podstawie w 1707 r. doszło do połączenia Anglii i Szkocji i utworzenia w ten sposób jednego królestwa o nazwie „Wielka Brytania”¹⁴. Podobny efekt może mieć też powołanie się przez te sądy na zasadę trójpodziału władzy czy nawet pojęcie rządów prawa (ang. *the rule of the*

13 Zob. P. Mikuli, *op. cit.*, s. 144; A. Wentkowska, *Europejski Trybunał Sprawiedliwości i sądy krajowe. Doktryna i praktyka w stosowaniu prawa wspólnotowego*, Sosnowiec 2005, s. 154-168; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 28-30, 32-36, 171-172, 178, 306-307, 310-311; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 182-183, 227; S. Hanson, *op. cit.*, s. 121-125, 154-155; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 285-293; D. McFadzean, G. Ryan, *op. cit.*, s. 67-68, 76; por. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 352, 377-378, 390, 395-396, 398.

Odnosnie do roli, jaką Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności odegrała w brytyjskim porządku prawnym, zob. też A. Bisztyga, *Oddziaływanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na porządek prawny Zjednoczonego Królestwa*, Katowice 2008.

14 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 390, 396, 398.

law)¹⁵. Przy tym, co dość znamienne, również przed prawem Unii Europejskiej stawia się tu wymóg niepozostawania w sprzeczności z fundamentalnymi lub konstytucyjnymi prawami gwarantowanymi przez porządek prawny Zjednoczonego Królestwa – co z kolei pozwalałoby brytyjskim sądom na kontrolę również zawartości prawa unijnego¹⁶.

Po trzecie, co bardzo ciekawe, w anglosaskich porządkach prawnych można natknąć się także na próby bardziej otwartego podważania zasady prymatu prawa ustawowego nad precedensowym, a nawet na spory odnośnie do tego, kto, sądy czy Parlament, ma posiadać prawo określania, co jest źródłem prawa. Jak się wskazuje, u rdzennych Indian w Stanach Zjednoczonych można spotkać się co najmniej z sugestiami, że prawo sądowe ma pierwszeństwo nad prawem ustawowym w tym sensie, iż sądy mogą odmówić mocy obowiązującej „przestarzałym” sekcjom plemiennych kodeksów wówczas, gdy te nie promują wartości plemiennych i są sprzeczne z długo istniejącym zwyczajem¹⁷. Co więcej, w Stanach Zjednoczonych pojawiają się ogólne wypowiedzi zachęcające do tego, by sądy nie stosowały się do „zdezaktualizowanych” („przestarzałych”) ustaw, chyba że ustawy te zostały [niedawno] (ponownie) „potwierdzone” (ang. *reaffirmed*) przez legislaturę¹⁸.

W Wielkiej Brytanii szczególnie interesujące są z kolei w tym względzie rozważania, jakie podjęto w przedmiocie tego, skąd bierze się obowiązywanie zasady prymatu prawa unijnego nad brytyjskim prawem stanowionym w zakresie, w jakim sugerują one, że zasada parlamentarnej suwerenności (zakładająca, że brytyjski Parlament może wszystko oprócz samoograniczenia się na przyszłość) może być zmieniana, i to bynajmniej nie przez sam Parlament, lecz przez *common law*¹⁹. Przy tym czasem wskazuje się tu na obecność zasady, jaka presuponowałaby inną hierarchię, niż zakłada zasada prymatu prawa ustawowego nad prawem precedensowym, tj. iż ustawy należy tak interpretować, by pozostawały w zgodzie z *common law*²⁰. Jako zaś konkretny przykład jawnego przełamania przez brytyjskie sądy zasady pierwszeństwa postanowień ustawy nad – w tym przypadku mającym zostać ustanowionym – prawem precedensowym można by wskazać na wyrok Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów z 1991 r., w którym, zarówno wbrew dotychczasowemu stanowisku panującemu w *common law*, jak i wbrew ówczesnemu prawu ustawowemu (the Sexual Offences Act z 1976 r.) uznano, iż możliwe jest to, aby mąż zgwałcił

15 Zob. P. Mikuli, *op. cit.*, s. 143-144; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 396-399.

16 P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 291, 293.

17 Zob. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 47.

18 Zob. *ibidem*, s. 47 wraz z przypisem 67; zob. też R.S. Summers, *Statutory...*, s. 419, 436, 448-449.

19 Zob. P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 285, 289-290.

20 Zob. P. Mikuli, *op. cit.*, s. 139-140.

Nieco inną kwestią jest problem rozciągania *per analogiam* przepisów prawa stanowionego (reguł dających się z takich przepisów derywować) kosztem precedensów ustanowionych w dziedzinach tradycyjnie zaliczanych do *common law* (*case law*) tudzież rozstrzygnięcia konkurencji analogii z takich przepisów i precedensów w *cases of first impression* na korzyść tych pierwszych. Zasada prymatu przemawiałaby bowiem za zasadnością takich praktyk – tj. z racji tego, iż, jak się wydaje, w świetle tej zasady przepisom prawa stanowionego, przynajmniej *ceteris paribus*, powinna przysługiwać większa moc oddziaływania; zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 164-166, 168; J.W. Harris, *op. cit.*, s. 173-175, 176-177; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 388-389; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 421-422; zob. też M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 63.

żonę²¹. Innym przypadkiem takiego przełamania prymatu ustawy była sprawa *Anisminic v. Foreign Compensation Commission* z 1969 r., w której wspomniany komitet, lekceważąc jednoznaczny zapis ustawowy, przyznał sobie prawo do rozpoznania odwołania od, będącej jednym z trybunałów, the Foreign Compensation Commission²².

Powyższe dywagacje odnośnie do tego, kto decyduje o źródłach prawa i kwestiach ustrojowych Zjednoczonego Królestwa, są tym bardziej zastanawiające, iż niezależnie od ich wystąpienia przyjmuje się również, że brytyjski Parlament jest w stanie – drogą wydania stosownej ustawy – zmieniać zasady rządzące tutejszą zasadą *stare decisis*²³.

Notabene można by też podważać wyższą pozycję sądownictwa nad legislaturą i rządem w zakresie interpretowania przez nie prawa stanowionego i stwierdzania o niekonstytucyjności ustaw poprzez wskazanie, iż to od tych dwóch ostatnich w znacznym stopniu zależy czy wyroki sądów, i w jakim wymiarze, zostaną ostatecznie wykonane (będą przestrzegane)²⁴.

2. Stosunek prawa precedensowego do prawa zwyczajowego

Co dość znamienne, w Zjednoczonym Królestwie do dziś nie odmawia się zwyczajom lokalnym (tj. takim, jakie wykształciły się w niektórych partiach królestwa) możliwości bycia źródłem obowiązującego prawa. By móc zostać uznanym za obowiązujące prawo, taki zwyczaj musi przejść jednak pozytywnie szczególnego rodzaju test. Wymaga się bowiem od niego: a) by był rozsądny, b) by nie był sprzeczny z przepisem ustawy, c) by był faktycznie przestrzegany jako prawo, d) by swoim istnieniem sięgał do niepamiętnych czasów. To ostatnie kryterium – mimo iż oznacza, że do wykształcenia się zwyczaju powinno dojść najpóźniej już w 1189 r. – jest w praktyce o tyle złagodzone, iż ciężar dowodu w zakresie jego spełnienia spoczywa nie na tym, kto się na dany zwyczaj powołuje, lecz na tym, kto ten zwyczaj neguje.

Choć wymienione kryteria, ich (nie)spełnienie, same z siebie mają decydować w Zjednoczonym Królestwie o tym, czy jakiś zwyczaj jest, czy nie jest, źródłem obowiązującego prawa, to jednak w praktyce relacja prawa precedensowego do prawnych zwyczajów nie jest wcale oczywista. Mianowicie wskazuje się tutaj, że kluczowe znaczenie ma nie sama definicja (wyżej opisany test), lecz to, kto tę definicję (test) stosuje. Tym kimś jest zaś nikt inny jak sami brytyjscy sędziowie. Ci też pod wymogiem bycia rozsądnym zwykli rozumieć niewystępowanie sprzeczności z fundamentalnymi zasadami brytyjskiego systemu prawa. W celu natomiast ustalenia braku takiej sprzeczności analizują oni dotychczas ustanowione precedensy sądowe (przy czym sama kwestia bycia przez dany zwyczaj rozsądnym ma być kwestią „prawną”, a nie „faktyczną”). W efekcie też tego prawo zwyczajowe wydaje się być w Wielkiej Brytanii podporządkowane prawu precedensowemu. Przy tym z uwagi na jego specyfikę ma być to

21 Zob. N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 137 wraz z przypisem 95.

22 Zob. P. Mikuli, *op. cit.*, s. 144.

23 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 226.

24 Por. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 7-8, 131-135, 145-146.

podporządkowanie przez „derywację” w odróżnieniu od podporządkowania przez „abrogację”, z jakim mamy mieć do czynienia w przypadku podporządkowania zarówno prawa precedensowego, jak i prawa zwyczajowego prawu stanowionemu²⁵.

3. Pojęcie precedensu sądowego

Jak nietrudno się na podstawie tego, co zostało dotychczas zaprezentowane, domyślić, pojęcie precedensu sądowego w prawie *common law* dalekie jest od jednoznaczności. W zależności bowiem od kontekstu, w jakim został on użyty, i – co może nawet ważniejsze – przyjmowanego modelu precedensu, termin ten będzie posiadał inne znaczenie. Przykładowo kiedy mowa jest o byciu związanym precedensem sądowym, najczęściej będziemy mieli na myśli tę część precedensowego wyroku lub jakieś inne wyobrażenie o nim, jakie uchodzi za wiążące. Tak w przypadku *the rule model* precedens oznaczałby więc *ratio decidendi*²⁶. W sytuacji natomiast gdy nazwą „precedens” posługuje się w znaczeniu bardziej ogólnym, to przy akceptacji tego modelu precedensu pod słowem tym będą pewnie kryć się zarówno *ratio decidendi*, jak i *obiter dicta*, ale już nie pozostała treść sądowego orzeczenia (np. zawarte w nim wywody co do oceny zgromadzonego materiału dowodowego)²⁷. Oczywiście pewną komplikację dla pojmowania terminu „precedens” w pierwszym ze wskazanych powyżej sposobów jego rozumienia będzie stanowić okoliczność, iż aby należycie pojąć to, co stanowi *ratio*, potrzebne jest nieraz – zgodnie z tym, o czym była mowa w pkt 3.5. rozdziału III części I niniejszego opracowania – odwołanie się do faktów precedensowej sprawy i argumentów przytoczonych przez precedensowego sędziego za takim, a nie innym rozstrzygnięciem tej sprawy. To zaś mogłoby sugerować, że precedens zawsze konstytuuje nie tylko zawarta w danym orzeczeniu lub dająca się z niego wywnioskować ogólna reguła, ale również pozostała część tego orzeczenia, a przynajmniej zawarty w niej opis stanu faktycznego i tok argumentacji. Kwestia ta będzie jeszcze bardziej skomplikowana w pozostałych możliwych ujęciach fenomenu bycia związanym precedensem sądowym. Wówczas bowiem pod pojęciem precedensu – poza regułą skonstruowaną według zaleceń dr. Goodharta – moglibyśmy rozumieć: a) siłę argumentów przemawiających na rzecz strony wygrywającej precedensową sprawę lub wynik zważania argumentów na korzyść i niekorzyść każdej ze stron występujących w tej sprawie; b) sposób, w jaki wytłumaczono zasadność precedensowego wyroku (tok rozumowania, jaki doprowadził do wydania tego wyroku); c) kwestię prawną

25 Zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 155-162; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 167-172; zob. też N. Duxbury, *op. cit.*, s. 8-9 wraz z przypisem 23.

26 Tak np. M.D. Murray i Ch.H. DeSanctis zdają się definiować pojęcie „precedensu” – odróżniając przy tym sam precedens od sprawy [precedensowej] – poprzez pojęcie *holding*, tj. uznając precedens za ekwiwalent *holding*; zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 46; zob. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 323 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 290, przypis 1.

27 Por. R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 364.

rozstrzygniętą precedensowym wyrokiem; d) przyczynę lub przyczyny, jakie zdecydowały o przyjęciu zawartego w precedensowym wyroku rozstrzygnięcia; e) daną zasadę lub zasady albo „politykę” lub „polityki”, jakie stały lub jakie były egzemplifikacją rozstrzygnięcia, które zawiera precedensowy wyrok (w razie ich wzajemnej sprzeczności to, w jaki sposób zostały one w tym wyroku pogodzone); f) zakres, w jakim wyrok precedensowy oddziałuje *per analogiam*, czy też g) dworkinowską moc grawitacyjną takiego wyroku²⁸.

Ponadto precedens można by też próbować pojmować jako każdy wyrok mogący mieć wpływ na zawartość późniejszych decyzji sądowych lub mogący posłużyć jako argument przemawiający za ich podjęciem²⁹. Wówczas też pojęcie „precedensu” objęłoby swoim zakresem zarówno orzeczenia, które są wiążące, jak i orzeczenia niewiążące, ale mogące mieć znaczenie podczas wydawania rozstrzygnięć sądowych. Co więcej, prawdopodobnie pod pojęcie to podpadałyby wtedy nie tylko *rationes decidendi*, ale także większość *obiter dictów*. Również takie zbiorcze ujęcie nie wydaje się jednak oddawać tego, w jaki sposób posługuje się terminem: „precedens” w praktyce. Jest tak choćby w kontekście twierdzeń o braku związania sądu najwyższej instancji precedensami pochodzącymi od sądów apelacyjnych, gdzie trudno byłoby obstawać przy tym, iż słowo „precedens” oznacza u osób, od których te twierdzenia pochodzą, coś innego niż *ratio decidendi* (*holding*). Nie sposób byłoby też utrzymywać, iż poprzez takie twierdzenia chce się podkreślić to, że orzeczenia sądu apelacyjnego będą mieć jakiś wpływ na to, jak mają orzekać sędziowie zasiadający w sądach najwyższych. Wprost przeciwnie: w tego typu twierdzeniach chce się przekazać, iż zgodnie z zasadą *stare decisis* wyroki wydane dotychczas przez sądy apelacyjne mogą zostać przez sąd nad nimi położony zignorowany bez konieczności po stronie tego ostatniego sądu jakiegoś szczególnego tłumaczenia się w tym względzie – choć z drugiej strony użycie tu na określenie tych wyroków nazwy „precedens” wskazuje na to, że dla jakichś sądów są one jednak wiążące³⁰.

28 M.J. Gerhardt precedens (sądowy i niesądowy) w prawie konstytucyjnym definiuje z kolei jako jakiegokolwiek przeszłe uzasadnienie, decyzję lub wydarzenie, jakie Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych lub władze niesądowe „obdarzają” (ang. *invest with*) mocą normatywną (ang. *normative authority*) w materiałach konstytucyjnych – zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 3.

29 Zob. np. *ibidem*, s. 289-290, przypis 1.

30 Jeszcze inne znaczenia, jakie może mieć termin „precedens” w zależności od tego, kto się nim posługuje, podaje G. Marshall. Tak według tego autora po pierwsze terminu „precedens[ny]” używa się czasem bez większej refleksji na oznaczenie zestawu podjętych uprzednio decyzji sądowych, jakie są potencjalnie istotne dla rozpoznania danej sprawy i jakie zazwyczaj w związku z tą sprawą są „zgromadzone” i zacytowane przez pełnomocników procesowych – co mogłoby oddawać sens, w jakim pojęcie „precedensu” rozumieją adwokaci. Po drugie słowo „precedens” ma być stosowane na oznaczenie wyniku (rezultatu) decyzji sądowej, o którym myśli się, że posiada jakieś znaczenie – w takim też sensie można by powiedzieć, że wyraz „precedens” mają pojmować sędziowie. Po trzecie terminem „precedens” ma móc można posługiwać się z myślą o szerszej regule, jakiej przejawem (ilustracją) była decyzja sądowa podjęta w konkretnej sprawie – co z kolei mogłoby stanowić sens, w jakim nazwą „precedens” posługują się przedstawiciele nauki prawa i krytycy. Zob. G. Marshall, *op. cit.*, s. 503-504.

Pozostawiając z kolei na boku samo to, czy jakieś orzeczenie ma, może mieć lub miało wpływ³¹ na sposób orzekania w innych sprawach, i patrząc na interesujące nas zagadnienie od strony czysto językowej, o precedensie można by mówić jako o czymś, co poprzedza (ang. *precede*)³² wydanie wyroku w jakiejś sprawie. Przy tym nie trzeba dodawać, iż również taka definicja byłaby myląca w zakresie, w jakim mogłaby ona sugerować, że o precedensie mówimy tylko wtedy, gdy już został on ustanowiony. Ponadto pojęciem „precedensu” byłyby wówczas objęte też wyroki wydawane przez sądy pierwszej instancji.

Ewentualnie, upraszczając powyższe zawłośc, słowo „precedens” można by rozumieć tak jak podaje M.J. Gerhardt: jako decyzje sądow, zwłaszcza sądu najwyższej instancji³³. Takie rozwiązanie nie wydaje się jednak odpowiadać sposobowi, w jaki słowo to jest pojmowane i używane w rzeczywistości. Zupełnie innym jeszcze rozumieniem terminu precedens jest natomiast uznawanie go za tworzenie prawa przez sąd podczas wymierzania przez niego sprawiedliwości³⁴.

N. Duxbury słusznie zwraca tu też uwagę na to, że – choć można się między nimi doszukać podobieństw – nie powinno się mylić (zrównywać) pojęcia „precedensu” z innymi znanymi pojęciami/instytucjami/zjawiskami. Tak precedens ma – według tego autora – mieć coś wspólnego z analogią, ale nie każde uczynienie analogii polega na zastosowaniu się do precedensu. Podobnie ma być, gdy chodzi o standard. Mimo bowiem iż przestrzeganie precedensów pociąga za sobą oglądanie się za ustalonym standardem, to jednak ustanowienie standardu nie jest potrzebne do ustanowienia precedensu. Standard też, nawet zupełnie nowy, nie musi oznaczać powstania precedensu. Rozumowanie (wnioskowanie) z precedensu nie ma być również – w ocenie tego autora – tym samym co rozumowanie (wnioskowanie) z doświadczenia: bo w przypadku doświadczenia liczy się to, czego nas ono nauczyło, a w przypadku precedensu już niekoniecznie³⁵. Co więcej, zdaniem N. Duxbury’ego precedens to też nie – a przynajmniej nie zawsze – to samo co przykład (egzemplifikacja) lub ilustracja zastosowania jakiejś zasady tudzież sama ta zasada³⁶. Nie ma on być także, choć również bazuje na czymś z przeszłości, identyczny ze zwyczajem, m.in. z racji tego, iż na skutek ustanowienia precedensu może dojść do przełamania dotychczasowego zwyczaju, zwyczaj może być niepamiętny, a precedens już nie. Ponadto w odniesieniu do zwyczaju – inaczej niż w przypadku precedensu – istotne jest to, że jest on akceptowany przez daną społeczność³⁷. Poza tym błędem byłoby również,

31 Odnośnie do kwestii powtarzalności (utrwalonej praktyki) w kontekście pojęcia „precedensu” zob. 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. 65-66.

32 Por. Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 51.

33 M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 111.

34 Zob. *ibidem*, s. 289-290, przypis 1.

35 Zob. N. Duxbury, *op. cit.*, s. 2-3.

36 Zob. *ibidem*, s. 7.

37 Zob. *ibidem*, s. 8-9.

jak tym razem wskazuje F. Schauer, utożsamianie precedensu z samym procesem uczenia się z wcześniej rozpoznanych spraw sądowych³⁸.

4. Moc (siła) poszczególnych precedensów

Mimo iż zgodnie z zasadą *stare decisis* precedensy są albo wiążące, albo niewiążące, również na tle anglosaskiej doktryny precedensu poruszany jest problem mocy (siły) poszczególnych precedensowych wyroków. Wskazuje się mianowicie, że siła (moc) w sensie trudności w niezastosowaniu się do danego precedensu (kwestionowaniu go) w praktyce zależna jest od wielu bardzo różnych czynników. O większości też tych czynników była już *de facto* w niniejszym opracowaniu mowa, zwłaszcza przy omawianiu podatności konkretnego precedensu na *overruling* (zob. pkt 2. rozdziału IV części I niniejszego opracowania), a pośrednio i w kontekście samych wymogów, jakim musi sprostać dana reguła, by móc uchodzić za *ratio decidendi* (zob. pkt 2.3.-3.4. rozdziału III części I niniejszego opracowania). Notabene z racji możliwości wyszczególnienia takich czynników – oraz samej instytucji *overruling* i *distinguishing* – mówi się również czasem, iż występujący po stronie precedensów sądowych przymiot bycia prawnie wiążącym nie wpisuje się w dychotomiczny, typowy dla pozytywizmu prawniczego, podział na prawo albo obowiązujące/wiążące, albo nieobowiązujące/niewiążące. Precedensy bowiem – w przeciwieństwie do ustaw i ich postanowień – mają charakteryzować się obowiązywaniem, a używając bardziej adekwatnego do tego celu terminu, „autorytetem” stopniowalnym (ang. *authority* w odróżnieniu od ang. *validity*)³⁹.

Dokładnie w kontekście czynników mających wpływ na różną moc (siłę) poszczególnych precedensów ustanawianych w systemach prawnych typu *common law* zwraca się uwagę na następujące prawidłowości:

- a) w zakresie rodzaju sądu i osoby sędziego:
 - im wyższa w hierarchii sądowej pozycja sądu, od jakiego pochodzi dany precedens, tym większa moc tego precedensu;
 - siła precedensu zależna jest od autorytetu (sławy, renomy) sędziego, który go ustanowił, w tym także od autorytetu i liczby przewodniczących składu orzekającego;
 - mocny jest precedens, jaki został ustanowiony przez pełny skład danego sądu (*in banco*) lub większość sędziów zasiadających w takim sądzie; przy tym taki precedens jest również silniejszy od precedensu ustanowionego przez inny mniej liczny wieloosobowy skład tego sądu⁴⁰;

38 Zob. F. Schauer, *Thinking...*, s. 38-40.

Czymś innym od precedensów sądowych – problematyce których poświęcone jest niniejsze opracowanie – są „precedensy niesądowe” (ang. *nonjudicial precedents*). Przy tym możliwość występowania tych drugich wiąże się głównie z domeną prawa konstytucyjnego (gdzie postąpienie w jakiejś sytuacji w określony sposób przez członków organu władzy publicznej może być później traktowane jako wyznaczające to, jak należy lub można – będąc w zgodzie z prawem – postępować w podobnych sytuacjach w przyszłości) – zob. np. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 5-6, 111-146, 202, 329-333.

39 N. Duxbury, *op. cit.*, s. 23, zob. też s. 104-108.

40 Jak się jednak wskazuje, precedens ustanowiony przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii – ilekroć sąd ten orzeka w sprawach cywilnych, a nie karnych – ma posiadać identyczną wagę niezależnie od tego, czy pochodzi od pełnego

- precedens ustanowiony przez jednego sędziego, lub mniejszą liczbę sędziów, jest słabszy od precedensu ustanowionego przez większą liczbę sędziów;
 - precedens jawi się jako silniejszy w czasie, gdy sędziowie, od których on pochodzi, wciąż orzekają w sądzie, w ramach którego precedens ten został ustanowiony (np. nie przeszli oni jeszcze na emeryturę);
- b) w zakresie danego obszaru (dziedziny, gałęzi, rodzaju) prawa:
- ogólnie silniejsze są precedensy ustanowione w prawie własności, zachodzącym na to prawo prawie spadkowym, prawie umów (kontraktów) oraz prawie gospodarczym (handlowym), a także te, które dotyczą prawa wyborczego i z którymi wiąże się potrzeba ochrony praw nabytych;
 - słabsze są precedensy dotyczące kwestii dowodowych i procesowych, w tym zwłaszcza tych związanych z jurysdykcją (właściwością rzeczową);
 - precedensy w prawie karnym są silniejsze, gdy działają na korzyść oskarżonego, a słabsze, gdy działają na jego niekorzyść;
 - większą moc mają precedensy ustanowione w prawie ustawowym (zawierające interpretacje postanowień tego prawa), a mniejszą moc precedensy ustanowione w prawie konstytucyjnym (zawierające interpretację zapisów pisanej konstytucji)⁴¹;
- c) w zakresie rodzaju sądowego uzasadnienia:
- słaby jest precedens, przy ustanawianiu którego sędzia nie podał żadnego uzasadnienia;
 - precedens jest słabszy, jeśli któryś z ustanawiających go sędziów zgłosił zdanie odrębne; takie zdanie może też zacząć żyć później własnym życiem i ostatecznie stać się nawet ważniejsze od precedensowego wyroku, którego dotyczy (przynajmniej do jego unieważnienia)⁴²;
 - precedens z jednym wspólnym dla wszystkich orzekających w danej sprawie sędziów uzasadnieniem jest silniejszy od precedensu z uzasadnieniem wspólnym tylko dla większości z tych sędziów;
 - precedens z uzasadnieniem mniejszościowym lub uzasadnieniami zbieżnymi tylko co do wyniku jest słaby⁴³;
- d) w zakresie stosunku do innych precedensów, ustaw i opinii przedstawicieli nauki prawa:

składu tego sądu (na który składa się pięciu sędziów) czy jedynie od panelu 3-osobowego tego sądu – zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 108.

41 Zob. pkt 2.2. rozdziału II części II niniejszego opracowania.

42 Z drugiej strony podnosi się czasem, iż fakt zgłoszenia zdania odrębnego świadczyć ma o tym, że precedensowa sprawa i obrane w niej rozstrzygnięcie zostały należycie rozważone (przemyślane), w konsekwencji czego pojawienie się takiego zdania będzie wzmacniało, a nie osłabiało moc danego precedensu – zob. K.N. Llewellyn, *op. cit.*, s. 64-65.

43 W Kanadzie przyjmuje się nawet, że wyroki pochodzące od Sądu Najwyższego Kanady, których uzasadnienie jest wspólne tylko dla mniejszości z biorących udział w ich wydaniu sędziów (stanowi tzw. *a minority opinion*), nie stanowią wiążących precedensów – zob. P.M. Perell, *op. cit.*, s. 4.

- pojedynczy precedens jest słabszy niż seria (linia) – powielających się, zachodzących na siebie – precedensów;
 - silny jest precedens, który dał początek powstaniu całego szeregu innych precedensów, zwłaszcza przyczynił się do rozwoju jakiejś instytucji/doktryny prawnej (a więc tzw. *a super-precedent* lub *a super-duper precedent* tudzież precedens ustanowiony w tzw. sprawie przewodniej (ang. *a leading case*));
 - precedens jest słabszy, jeśli jest niekoherentny z innymi precedensami, czy to ustanowionymi przed nim, czy po nim;
 - podobnie nie jest silny precedens, jaki jest niespójny z ustawodawstwem, zwłaszcza tym, jakie zostało przyjęte przez legislaturę po dacie jego ustanowienia;
 - osłabiony jest precedens, który interpretuje prawo stanowione w sposób, jaki jest niezgodny z rezultatem wykładni językowej;
 - mniejszą moc mają precedensy, które są sprzeczne z precedensami z innych jurysdykcji (stanów w przypadku Stanów Zjednoczonych);
 - na mniejszą lub większą siłę danego precedensu wpływ ma zarówno jego aprobata, jak i dezaprobata ze strony akademików, w tym ich jednomysłność lub jej brak w tym względzie;
- e) w zakresie wieku (czasu, jaki upłynął od momentu ustanowienia):
- kierowanie się wiekiem danego precedensu w celu określenia jego mocy wymaga zachowania ostrożności;
 - co do zasady wraz z upływem czasu i ich przyswajaniem (akceptacją) precedensy powinny zyskiwać na swojej sile;
 - precedensy ustanowione niedawno są jednak o tyle silniejsze, iż w ich przypadku trudno jest powoływać się na okoliczność ich dezaktualizacji;
 - precedensy ustanowione natomiast bardzo dawno temu („leciwe”) mogą się okazać przestarzałe, zwłaszcza z uwagi na późniejsze zmiany w kontekście społecznym, politycznym i ekonomicznym, jaki towarzyszył ich ustanowieniu (przez to, że nie współgrają już one z duchem czasu);
- f) w pozostałych zakresach:
- precedens jest mocniejszy, jeśli obywatele go zaakceptowali (zyskał on ich aprobatę) lub mu zaufali, w szczególności w sensie, iż podjęli na jego podstawie decyzje w swoich życiowych sprawach (oparli na nim swoje działania i plany);
 - precedens jest tym silniejszy, im częściej był z aprobatą cytowany, i tym słabszy, im rzadziej był z aprobatą przytaczany, czy to przez sędziów, czy przedstawicieli innych władz niż sądowa;
 - precedens nawet w prawie konstytucyjnym jest osłabiony/wzmocniony, gdy odpowiednio spotkał się dezaprobatą lub przychylnym stosunkiem ze strony rządu lub członków legislatury;

- na ogół mocny jest precedens, którego unieważnienie zachwiałoby dobrze ugruntowanymi rządowymi strukturami lub praktykami, w tym takimi, jakie sprawdziły się podczas poważniejszych kryzysów;
- precedens, który zawiera rozwiązanie, jakie jest niepraktyczne, nierozsądne lub niesprawiedliwe itp., jest słaby;
- precedens z wąskim *ratio* wydaje się silniejszy od precedensu z *ratio* szerokim;
- na moc danego precedensu wobec konkretnej sprawy wpływ ma to, jak bardzo stan faktyczny tej sprawy jest podobny do stanu faktycznego, jaki wystąpił w sprawie precedensowej;
- silniejszy jest precedens zawarty w wyroku, jaki został wydany nie bezpośrednio po zamknięciu rozprawy, lecz jakiś czas później (na co wskazuje zwłaszcza adnotacja w zbiorze orzeczeń: *cur. adv. vult*);
- precedensy nieopublikowane w wydawanych drukiem zbiorach orzeczeń są bardzo słabe, jeśli nie zupełnie pozbawione mocy; poza tym moc danego precedensu może osłabiać też to, iż redaktorem zawierającego go zbioru orzeczeń nie był zawodowy prawnik⁴⁴.

44 Odnośnie do czynników mających mieć wpływ na moc (siłę) danego precedensu w krajach z systemem prawnym typu *common law* zob.: D.H. Chamberlain, *The Doctrine of Stare Decisis: its Reasons and its Extent*, New York 1885, s. 18-19, 20-21; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 15-17, 18-19, 21, 48, 50, 54, 57, 84, 100-101, 109-110, 150-151, 152-153, 155-157, 192, 193, 200, 257, przypis 47, 48, s. 258, przypis 53, s. 268, przypis 41, s. 269, przypis 51, s. 269-270, przypis 64, s. 271-272, przypis 76, s. 310, przypis 50, s. 317, przypis 4, s. 333, zob. też s. 6, 177-198; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 23, 62-66 wraz z przypisem 19 i 27, s. 113-114, 157-158, 161 wraz z przypisem 27; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 535, 541-545, 547-548, 550, 582; R. Cross, *op. cit.*, s. 138, 141-143, 144-145; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 47, 117, 118, 121, 158-163, 164; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 321, 328-329, 340-341, 345; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 373-378, 388-390; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 75-77, zob. też s. 77-82; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 19, 81, 208; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 61; S. Hanson, *op. cit.*, s. 69; zob. też L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 56-58 oraz D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 222.



CZĘŚĆ II: PORÓWNANIE Z KONTYNETALNĄ PRAKTYKĄ ORZECZNICZĄ

ROZDZIAŁ I: ANGLOSASKIE PRECEDENSY A WYROKI SĄDOWE WYDAWANE W KRAJACH *CIVIL LAW*

1. Wprowadzenie

Mając już zarys i znając podstawowe instytucje anglosaskiej doktryny precedensu, w tej części niniejszego opracowania zostanie podjęta próba spojrzenia z ich perspektywy na rolę, jaką zwykle odgrywa orzecznictwo sądowe w procesie stosowania i wykładni prawa w systemach prawnych typu *civil law*. Jako modelowe zostaną w tym celu wykorzystane przykłady z polskiej, a także niemieckiej, francuskiej, włoskiej i hiszpańskiej praktyki orzeczniczej.

2. Elementy, rodzaje i styl kontynentalnych orzeczeń sądowych

Gdy chodzi o strukturę orzeczenia sądowego, to w Polsce – podobnie jak w Wielkiej Brytanii oraz Stanach Zjednoczonych – oprócz samego wyniku rozpoznanej sprawy (wskazania na to, która strona jest stroną wygrywającą, a która przegrywającą proces sądowy) składa się na nią: a) opis stanu faktycznego, jaki miał miejsce w rozpoznanej sprawie; b) krótkie przedstawienie tego, czego domagały się strony (ich pełnomocnicy procesowi) i w jaki sposób za tym argumentowano; c) informacja na temat przebiegu postępowania w niższych instancjach (jeśli postępowanie takie miało miejsce); d) pochodzące od członków składu orzekającego wyjaśnienie tego, dlaczego w rozpoznanej sprawie zostało wydane właśnie takie, a nie inne rozstrzygnięcie¹. Analogicznie kwestia struktury orzeczenia sądowego wygląda też w innych krajach z rodziny *civil law*².

1 Na temat struktury i zawartości polskich orzeczeń sądowych zob.: art. 325 i 328 § 2 Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296 z późn. zm.); art. 413 i 424 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 z późn. zm.); art. 138 i 141 § 4 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 z późn. zm.); art. 108 Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072); por. też L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 227-228 i J. Wróblewski, *Statutory Interpretation in Poland*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 291-292, 293.

2 Zob. odnośnie do struktury i elementów orzeczeń niemieckich: R. Alexy, R. Dreier, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991,

Co jednak znamienne, styl, za pomocą którego są uzasadniane w Polsce rozstrzygnięcia sądowe, jest – odmiennie od dyskursywnego i otwartego stylu sędziów anglosaskich – urzędowy, legalistyczny, bezosobowy i na ogół w znacznej mierze dedukcyjny (subsumpcyjny). W sporządzanych w Polsce uzasadnieniach sądowych używa się też często zwrotów i wyrażeń z języka prawnego i prawniczego, które nie są zrozumiałe dla przeciętnego obywatela (mniej urzędowe i bardziej potoczne czy nawet zdroworozsądkowe bywają tu motywy podawane przez sędziego w formie ustnej bezpośrednio po ogłoszeniu wyroku). W efekcie tego można zaryzykować twierdzenie, że powody podane przez polskich sędziów na wyjaśnienie tego, dlaczego w taki, a nie inny sposób rozstrzygnęli oni zawisłe przed nimi sprawy sądowe, są często nieszczerze w sensie, iż skrywają one te czynniki (oceny i przemyślenia), które *de facto* były decydujące w procesie podejmowania przez nich decyzji, jakie miały wpływ na ostateczny rezultat w tych spawach. Raczej też tylko w przypadku sądów najwyższej instancji i spraw budzących poważne kontrowersje można się tu dopatrzeć jakichś poważniejszych przejawów stylu bardziej otwartego i argumentacyjnego, nastawionego na przekonanie odbiorcy co do słuszności, mogącego być teoretycznie również innym, rozstrzygnięcia sądowego³.

W innych niż Polska krajach z systemem prawa kontynentalnego kwestia stylu, w jakim sporządza się uzasadnienia decyzji sądowych, przedstawia się analogicznie, jeśli nie jeszcze bardziej formalnie i adyskursywnie. Tak we Francji – ze względu na ściśle lub, jak się wskazuje, swoiście pojmowaną tutaj zasadę trójpodziału władzy i jej główne założenie, że sądy prawa nie tworzą, będąc jedynie wykonawcami rozkazów pochodzących od parlamentu – styl francuskich uzasadnień sądowych ma być na wskroś dedukcyjny (subsumpcyjny) i urzędowy. Przy tym ma on być jeszcze nad wyraz lakoniczny i z definicji pozbawiony rozważań o wartościach („politykach”). Bardziej obszernie mają być za to we Francji uzasadnienia tamtejszego trybunału konstytucyjnego oraz opinie autorstwa działających w sądach administracyjnych specjalnych urzędników, których zadaniem jest wyrażenie niewiążącego w rozpoznawanej sprawie stanowiska co do

s. 103 i R. Alexy, R. Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 21; orzeczeń hiszpańskich: A.R. Miguel, F.J. Laporta, *Precedent in Spain*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 263-265; orzeczeń argentyńskich: E. Zuleta-Puceiro, *Statutory Interpretation in Argentina*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 61-62; orzeczeń francuskich: M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *Statutory Interpretation in France*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 197-198 i M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *Precedent in France*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 106-107; orzeczeń włoskich: M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *Statutory Interpretation in Italy*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 238-240 i M. Taruffo, M. La Torre, *Precedent in Italy*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 146-147.

3 Por. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 225-226 oraz J. Wróblewski, *Statutory...*, s. 292-294. Co jednak znamienne, zgodnie z § 106 ust. 3 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego (Dz.U. 2018 poz. 660) uzasadnienie sądowe powinno być jasne i możliwie najkrótsze oraz ograniczać się do kwestii istotnych, należy w nim też unikać obcych i nieużywanych powszechnie wyrażeń oraz zbędnych odwołań do literatury prawniczej.

prawa, jakie znajduje zastosowanie w tej sprawie (wraz z konkretną propozycją rozstrzygnięcia tej sprawy). Także we Włoszech – bardzo podobnie jak w Hiszpanii – styl uzasadnień sądowych ma być co do zasady urzędowy, bezosobowy i sylogistyczny (w tym subsumpcyjny, formalny i logiczny) z niewielkimi tylko ustępstwami na rzecz stylu argumentacyjnego. Do tego styl ten ma być tu jeszcze nieraz bardzo rozwlekły i przez to też zawiły i biurokratyczny (legalistyczny i techniczny). Na ogół we włoskich uzasadnieniach sądowych ukrywa się również rolę ocen, wartości, argumentów z moralności, ekonomii itp., rzadko dokonując ich ważeń. Sam język takich uzasadnień ma być przy tym na wskroś prawniczy, tak jakby jego adresatami nie byli zwykli obywatele czy strony postępowania sądowego, lecz prawnicy. Tego też rodzaju formalizm ma być najbardziej wyraźny w przypadku włoskiego sądu najwyższego. W Hiszpanii pewne wyjątki na rzecz prostego – bardziej zrozumiałego dla przeciętnego obywatela – języka mają się dawać jednak zauważyć w odniesieniu do tutejszego trybunału konstytucyjnego. Nieco inaczej wygląda to w Niemczech. Uzasadnienia wyroków sądów niemieckich z jednej strony mają bowiem przybierać charakter legalistyczny, dedukcyjny i urzędowy, a z drugiej być dyskursywne i argumentacyjne, w tym zawierać wypowiedzi wskazujące na to, że rozstrzygając daną sprawę sędzia dokonał w tej sprawie ważenia przeciwstawnych zasad. Przy tym to drugie oblicze ma się dawać tu zauważyć zwłaszcza podczas uzasadniania przez sądy rozstrzygnięć wydanych przez nie w materiałach bardziej problemowych (kontrowersyjnych) tudzież w sprawach z zakresu prawa konstytucyjnego⁴.

Jeśli chodzi o rodzaje uzasadnień sądowych, to – poza możliwością zgłoszenia zdań odrębnych – zarówno w sprawach karnych, jak i administracyjnych polscy sędziowie orzekający w składach wielosobowych mają możliwość, tak jak ich anglosascy koledzy, podania uzasadnienia zbieżnego tylko co do wyniku⁵. To samo dotyczy sędziów, którzy orzekają w polskim Trybunale Konstytucyjnym⁶. Taką możliwością niekoniecznie dysponują już jednak sędziowie z innych krajów z systemem prawnym typu *civil law*⁷.

4 Zob. M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 107-108, 110; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 198-200; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 146-148; M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 237-243, 254, 255-256; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 264-266, 268; R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 21-22; R. Alexy, R. Dreier, *Statutory...*, s. 103-105; A. Peczenik, *On Law and Reason*, wyd. 2, 2009, s. 276, 277. Odnośnie do stylu uzasadnień pochodzących od sędziów argentyńskich por. E. Zuleta-Puceiro, *op. cit.*, s. 60-61.

5 Zob. art. 137 § 2 *in fine* Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 z późn. zm.) oraz art. 114 § 2 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 z późn. zm.).

6 Zob. 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).

7 Jak się podaje, we Francji i Włoszech brak ma być uzasadnień zbieżnych tylko co do wyniku, a nawet zdań odrębnych. Orzeczenia sądów francuskich mają na dodatek być jeszcze anonimowe w sensie, iż nie są one podpisywane, a wynik głosowania nad mającym zapaść wyrokiem nie jest ujawniany (zob. M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 199; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 110, 122; M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 242). Choć są one co do zasady dopuszczalne, zdania odrębne i uzasadnienia zbieżne tylko co do wyniku mają też nie być często spotykane u sędziów hiszpańskich (zob. A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 262, 269). W Niemczech z kolei zdania odrębne mają

Co też przy tym znamienne, w uzasadnieniach dołączanych do wydawanych w Polsce rozstrzygnięć sądowych z definicji wskazuje się na jakiś przepis czy przepisy prawa stanowionego (ustaw, Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, rozporządzeń wykonawczych do ustaw, prawa miejscowego, umów międzynarodowych lub odpowiednich aktów unijnego prawa pierwotnego i wtórnego), jakie mają stanowić podstawę prawną tych rozstrzygnięć. Przy tym w wyniku przeprowadzenia wykładni takich przepisów w treści uzasadnienia sądowego może zostać: a) zamieszczone stwierdzenie, że występujący w aktualnie rozpoznawanej przez sąd sprawie stan faktyczny (opisany w sposób dość ogólny) podpada, bądź nie, pod dany przepis prawa (wyrażenie znajdujące się w takim przepisie), oraz b) podany nowy na ogół bardziej szczegółowy od tego, jaki znajduje się w akcie prawa stanowionego, „przepis prawa”, zwłaszcza w postaci ogólnej (generalno-abstrakcyjnej) normy, który daje jaśniejszą odpowiedź odnośnie do tego, jak należy rozstrzygnąć aktualnie rozpoznawany przypadek lub obecną w nim kwestię prawną⁸. Oczywiście zarówno do wspomnianego stwierdzenia, jak i do zbudowania nowego bardziej szczegółowego „przepisu prawa” może zostać tu wykorzystany nie jeden, lecz kilka czy nawet kilkanaście przepisów prawa stanowionego, wraz z uwzględnieniem relacji, jakie zachodzą między tymi przepisami (zwłaszcza stosunki *lex specialis lex generalis* oraz *lex superior lex inferior*).

Takie też stanowiące wynik sądowej wykładni prawa stanowionego „nowe przepisy prawa”, ewentualnie twierdzenia co do podpadania ogólnie opisanych stanów faktycznych pod postanowienia aktów prawa stanowionego (znajdujące się w tych postanowieniach zwroty), są następnie kwalifikowane jako tzw. tezy poszczególnych orzeczeń (wyroków) sądowych oraz umieszczane w zawierających te orzeczenia (wyroki) zbiorach, które wydawane są w wersji drukowanej, a ostatnio również elektronicznej⁹, oraz elektronicznych bazach danych (jak np.

być istotne tylko w przypadku tutejszego trybunału konstytucyjnego (zob. R. Alexy, R. Dreier, *Statutory...*, s. 105 i R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 19, 35).

⁸ Por. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 228, 229-230, 231, 245, 246; zob. też M. Zirk-Sadowski, *Problem nowości normatywnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1979, t. 22, s. 47-62.

Na te dwie możliwości: nowa bardziej szczegółowa reguła [nowy „przepis prawa”] oraz klasyfikacja (subsumpcja) danego stanu faktycznego przez stwierdzenie, iż podpada on pod jakiś przepis lub zwrot prawa stanowionego, wydają się na gruncie francuskim wskazywać również M. Troper, Ch. Grzegorzcyk i J.L. Gardies –zob. M. Troper, Ch. Grzegorzcyk, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 199.

Jak też w kontekście pierwszej z tych możliwości ujmują to L. Alexander i E. Sherwin, na skutek sądowej wykładni prawa stanowionego dochodzi do zastąpienia sformułowania znajdującego się w tekście prawnym sformulowaniem bardziej klarownym, które jest przy tym uważane – jeśli chodzi o jego znaczenie – za ekwiwalent tego pierwszego („ekwiwalent sformułowania oryginalnego w jego znaczeniu” – ang. *equivalent to the original formulation in its meaning*). Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 63; zob. też L. Alexander, *Precedent*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, 1996, s. 511.

⁹ Co znamienne, w Polsce orzeczenia sądowe publikuje się w zbiorach/bazach oficjalnych w tym sensie, iż za ich przygotowanie i ukazanie się są odpowiedzialne konkretne sądy.

Tak prawo do wydawania zbioru własnych orzeczeń przysługuje polskiemu Sądowi Najwyższemu, który obecnie wydaje aż trzy takie zbiory: „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna (OSNC)”, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Izba Wojskowa (OSNKW)” i „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych (OSNP)”. Ponadto orzeczenia tego sądu są też udostępniane za pośrednictwem zamieszczonych na jego stronie internetowej: „bazy orzeczeń” oraz zakładki „najnowsze orzeczenia”, a także w innych miejscach, do których odsyła

Biuletyn Informacji Publicznej dostępny na tej stronie (zob. art. 8 i 9, 87 § 2, 132 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.); § 4 pkt 11, § 80, 114 i 115 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego (Dz.U. 2018 poz. 660); § 37-38 Zarządzenia nr 23/2018 Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych jednostek administracyjnych w Sądzie Najwyższym (Instrukcja Biurowa)).

Na polskim Naczelnym Sądzie Administracyjnym spoczywa ustawowy obowiązek wydawania zbioru orzeczeń sądów administracyjnych, w związku z czym sąd ten wydaje: „Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych”. Poza tym orzecznictwo sądów administracyjnych jest udostępniane również w Internecie za pośrednictwem Centralnej Bazy Orzeczeń i Informacji o Sprawach rozpoznawanych w sądach administracyjnych oraz w sądach europejskich, nad którą nadzór sprawuje Wydział Informacji Sądowej tego sądu. Baza ta – zgodnie z informacją podaną na jej stronie www – nie ma jednak „statusu zbioru urzędowego”, a jedynie służy „celom informacyjnym oraz edukacyjnym” (zob. art. 42 Ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1269 z późn. zm.); § 3 ust. 1 pkt 6 Regulaminu wewnętrznego urzędowania Naczelnego Sądu Administracyjnego stanowiącego załącznik do Uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 listopada 2010 r. w sprawie regulaminu wewnętrznego urzędowania Naczelnego Sądu Administracyjnego (M.P. 2010 nr 86 poz. 1007); Zarządzenie nr 9 Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 lipca 2007 r. w sprawie utworzenia Centralnej Bazy Orzeczeń i Informacji o Sprawach sądów administracyjnych i udostępniania orzeczeń przez Internet; § 9 ust. 2 Zarządzenia nr 13 Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 sierpnia 2015 r. w sprawie publikowania informacji na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej oraz stronie internetowej Naczelnego Sądu Administracyjnego); § 19 ust. 1 pkt 9 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 sierpnia 2015 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1177)).

Zbiór urzędowy swoich orzeczeń, wraz z ich uzasadnieniami i zdaniem odrębnymi, wydaje również – od 1 stycznia 2016 r. w postaci elektronicznej na jego stronie internetowej (wcześniej była to wersja drukowana o nazwie rodzajowej: zeszyty) – polski Trybunał Konstytucyjny pod nazwą „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” (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)). Orzeczenia tego trybunału na ogół podlegają również ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej lub w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, ewentualnie w dziennikach urzędowych ministrów kierujących działami administracji rządowej, dziennikach urzędowych przewodniczących określonych w ustawach komitetów, którzy są członkami Rady Ministrów, i dziennikach urzędowych urzędów centralnych (zob. art. 190 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.) oraz art. 9 ust. 1 pkt 6, art. 10 ust. 1 pkt 4, art. 10 ust. 2 pkt 5 i 6 i art. 12 ust. 1 pkt 3 Ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. 2000 nr 62 poz. 718) w związku z art. 114 ust. 1 Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072)). Przy tym każdemu ze wspomnianych sądów pomagają w upowszechnianiu wiedzy o ich dorobku orzeczniczym specjalne podmioty/jednostki organizacyjne. Odpowiednio jednostkami tymi są: a) Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, działający przy Sądzie Najwyższym Rzecznik Prasowy, Sekretariat Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego; b) Biuro Orzecznictwa (Naczelnego Sądu Administracyjnego), Wydział Informacji Sądowej (w Naczelnym Sądzie Administracyjnym), wydział gromadzenia i publikacji orzeczeń sądów administracyjnych (w Naczelnym Sądzie Administracyjnym), wydział informacji sądowej (tworzone w miarę potrzeby w wojewódzkich sądach administracyjnych); c) Biuro Służby Prawnej Trybunału – odnośnie do zadań i struktury tych jednostek/podmiotów zob. § 5, 6, 63-68 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego (Dz.U. 2018 poz. 660); § 3-6 Zarządzenia nr 23/2018 Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych jednostek administracyjnych w Sądzie Najwyższym (Instrukcja Biurowa); § 3, 11-18a Regulaminu wewnętrznego urzędowania Naczelnego Sądu Administracyjnego stanowiącego załącznik do Uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 listopada 2010 r. w sprawie regulaminu wewnętrznego urzędowania Naczelnego Sądu Administracyjnego (M.P. 2010 nr 86 poz. 1007); art. 40 Ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1269 z późn. zm.); § 5 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 sierpnia 2015 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1177); art. 24-25 Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem

„Lex” lub „Legalis”). Bardzo podobnie kwestia ta zdaje się też przedstawiać w innych krajach z kręgu *civil law*¹⁰.

Przy tym, co godne uwagi, polski sędzia może w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku podać wyniki interpretacji również takich przepisów prawa stanowionego, jakie nie miały bezpośredniego znaczenia dla rozpoznania zawisłej przed nim sprawy. To znaczy, że może on np. dokonać w takim uzasadnieniu wykładni przepisów, jakie zostały przywołane przez pełnomocników procesowych stron lub jakie są w pewien sposób tematycznie powiązane z kwestiami prawnymi, jakie wystąpiły w rozpoznanej przez niego sprawie. Ponadto teoretycznie taki sędzia, zwłaszcza gdy zasiada w sądzie wyższej instancji, może również podzielić się tu swoimi poglądami na temat interpretacji takich przepisów prawa stanowionego, jakie nie pozostają w jakimkolwiek, nawet bardzo luźnym związku ze stanem faktycznym i problemami prawnymi występującymi w przedłożonej mu do rozpoznania sprawie¹¹.

Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072); Statut Biura Służby Prawnej Trybunału Konstytucyjnego stanowiący załącznik do Uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 lipca 2017 r. w sprawie statutu Biura Służby Prawnej Trybunału Konstytucyjnego.

Od strony technicznej przebiega to najczęściej tak, iż redakcją i opracowaniem wyroków, które mają się znaleźć w „oficjalnych” zbiorach/bazach orzeczeń poszczególnych sądów, zajmują się odpowiedni redaktorzy i zespoły redakcyjne działające w ramach tych sądów. Czynności związane zaś z samym już tylko procesem wydawniczym są tu zlecane podmiotom prywatnym. To też często sędziowie, którzy osobiście brali udział w wydaniu danego orzeczenia – poprzez wypełnienie odpowiedniej rubryki w tzw. karcie informacyjnej – występują z pierwszą inicjatywą w zakresie propozycji zakwalifikowania danego orzeczenia do publikacji w zbiorze/bazie i wytypowania tego jego fragmentu, który ma stanowić jego tezę (zob. § 37 Zarządzenia nr 23/2018 Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych jednostek administracyjnych w Sądzie Najwyższym (Instrukcja Biurowa) wraz z załącznikami do tego zarządzenia (stanowiącymi wzory karty informacyjnej) oraz § 35 i 83 Zarządzenia nr 14 Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 sierpnia 2015 r. w sprawie ustalenia zasad biurowości w sądach administracyjnych i § 19 ust. 1 pkt 9 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 sierpnia 2015 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1177)).

Ogólnie na temat publikacji orzeczeń sądowych w Polsce por. też L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 226-227.

10 Przykładowo we Włoszech taki – stanowiący odpowiednik tego, co określa się w Polsce tezą wyroku – powstały w wyniku sądowej wykładni prawa stanowionego nowy „przepis prawa” nosi nazwę *massima*. Poszczególne *massime* są przy tym „wyciągane” tutaj z treści uzasadnień sporządzonych do wyroków tutejszego sądu najwyższego przez, składający się z sędziów i powołany specjalnie w tym celu w 1941 r., urząd zwany Ufficio del Massimario. Następnie – poza tym, że są one przechowywane przez ten urząd – poszczególne *massime* są publikowane w quasi-oficjalnych seriach w prasie prawniczej, a ponadto dostęp do ich zawartości możliwy jest za pośrednictwem mediów elektronicznych. Zob. M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 148-149, 167-168 i M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 228, 242, 251.

Inaczej wygląda to jednak we Francji, gdzie ma się nieraz zdarzać, iż w treści danego wyroku (sporządzonego do niego uzasadnienia) trudno jest znaleźć ogólną regułę, która nadawałaby się na podstawie zawartego w sentencji tego wyroku rozstrzygnięcia – zob. R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 13 i M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 129; zob. też M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 199, 203-204.

Generalizując, na okoliczność, iż w systemach prawnych typu *civil law* dotychczas zapadłe orzeczenia sądowe postrzegane są jako relatywnie abstrakcyjne reguły/zasady, wskazują D.N. MacCormick i R.S. Summers (zob. D.N. MacCormick, R.S. Summers, *Further General Reflections and Conclusions*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 536-537; zob. też R.S. Summers, M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 488-489).

11 Choć zgodnie z § 106 ust. 3 zd. 1 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego (Dz.U. 2018 poz. 660) „uzasadnienie [sądowe] powinno być jasne i możliwie najkrótsze oraz ograniczać się do kwestii istotnych.”

Dość szczególnie przypadki takiej całkowicie „oderwanej” sądowej wykładni prawa stanowią w Polsce wyroki Trybunału Konstytucyjnego oraz uchwały Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, jakie te organy władzy sądowniczej wydają/podejmują *in abstracto*, tj. bez orzekania o skutkach prawnych konkretnego stanu faktycznego¹². Przy tym wynikiem tego rodzaju uchwał/wyroków są na ogół – tak jak przy dokonywaniu przez sądy wykładni *in concreto* – nowe bardziej szczegółowe „przepisy prawa”, których stosowanie na tle pojawiających się w życiu stanów faktycznych będzie rodzić mniejsze wątpliwości aniżeli w przypadku przepisów zawartych w aktach prawa stanowionego. Rzadziej natomiast – jak się wydaje – wynikiem tym będzie tu proste stwierdzenie, że jakiś opisany w sposób generalny stan faktyczny podpada pod dany przepis lub przepisy prawa stanowionego tudzież znajdujące się w takim przepisie/przepisach wyrażenia.

Niewątpliwie takie też dotychczas sformułowane w uzasadnieniach sądowych (wyrokach/uchwałach), bardziej szczegółowe od tych znajdujących się w aktach prawa stanowionego, „przepisy prawa”, tudzież stwierdzenia co do subsumpcji opisanych w sposób ogólnych stanów faktycznych, mogą służyć pomocą przy rozstrzyganiu przez polskie sądy rozpoznawanych przez nie spraw sądowych. Co więcej, można odnieść nieraz wrażenie, iż polscy sędziowie traktują je nie tylko jako jedną z wielu możliwych propozycji, lecz jako coś, do czego przynajmniej *prima facie* warto się stosować. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy autorem takich nowych „przepisów prawa”/decyzji co do subsumpcji są sędziowie zasiadający w sądach wyższej lub najwyższej instancji, a sprawę rozpoznaje sąd instancji niższej. Bez wątpienia też takie wyniki sądowej wykładni prawa stanowionego uchodzą w Polsce za argument, na jaki wolno się powoływać w tutejszym dyskursie prawnym, i to zarówno w tym, do jakiego dochodzi w trakcie postępowania sądowego, jak i w tym prowadzonym na szczeblu akademickim. Odwołanie się do takich wyników stanowi również jeden z możliwych sposobów uzasadnienia przez sąd tego, dlaczego przedłożoną mu sprawę rozpoznał on właśnie w taki, a nie inny sposób.

12 Zgodnie z art. 83 § 1 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zmianami) polski Sąd Najwyższy władny jest podejmować uchwały, w jakich dokonuje interpretacji przepisów prawa stanowionego, w dwojakiego rodzaju sytuacjach: 1) gdy rozpoznając kasację lub inny środek odwoławczy, poweźmie poważne wątpliwości co do wykładni przepisów prawa będących podstawą wydanego w niższej instancji rozstrzygnięcia [wykładnia *in concreto*] oraz 2) gdy bez bezpośredniego związku z rozpoznawaniem w chwili obecnej takiej sprawy w dotychczasowym orzecznictwie (sądów powszechnych, sądów wojskowych lub jego samego) ujawnią się rozbieżności w wykładni przepisów prawa, jakie były podstawą orzekania w tym orzecznictwie [wykładnia *in abstracto*].

Analogicznie kwestię wydawania tego rodzaju uchwał przez polski Naczelny Sąd Administracyjny w dwóch wymienionych powyżej rodzajach sytuacji normują art. 15 § 1 pkt 2 i 3 oraz art. 264-269 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 z późn. zm.). Jeśli chodzi o badanie przez polski Trybunał Konstytucyjny zgodności aktów normatywnych z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, to można by powiedzieć, że w przypadku wniesienia skargi konstytucyjnej lub wystąpienia do niego z pytaniem prawnym trybunał ten orzeka niejako *in concreto*, natomiast w razie wszczęcia przed nim postępowania na innej podstawie (złożenia wniosku pochodzącego od uprawnionego podmiotu) że jego wyroki zapadają *in abstracto* (zob. art. 79, 122 ust. 3, art. 133 ust. 2, art. 186 ust. 2, art. 191 i 193 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.)). Por. też J. Wróblewski, *Statutory...*, s. 302-303.

W efekcie w polskiej nauce prawa zwykło się twierdzić, iż wyroki sądowe, zwłaszcza te pochodzące od sądów wyższej instancji, stanowią w Polsce tzw. precedensy *de facto*, która to nazwa odróżniać ma te precedensy od mających występować w państwach z systemem prawnym typu *common law* precedensów *de iure*¹³.

3. Podstawowe różnice pomiędzy wyrokami wydawanymi w prawie *common law* i *civil law*

Mimo pozwalającego się zauważyć w krajach z rodziny *civil law* wpływu wcześniej zapadłych orzeczeń sądowych na zawartość później wydanych takich orzeczeń, pomiędzy stosunkiem, jaki do orzecznictwa sądowego mają sędziowie z tych krajów i sędziowie z Wielkiej Brytanii oraz Stanów Zjednoczonych, zachodzą dość istotne różnice.

3.1. Ogólny brak zasady *stare decisis*

Pierwszą – i najprawdopodobniej najbardziej podstawową – różnicą między kontynentalną praktyką orzeczniczą a anglosaską doktryną precedensu jest brak prawnego związania uprzednio wydanym orzeczeniem sądowym, a tym samym i brak obowiązywania kluczowej dla systemu prawnego typu *common law* zasady *stare decisis*¹⁴. W Polsce o istnieniu takiej zasady można by co najwyżej mówić w odniesieniu do uchwał Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz wyroków Trybunału Konstytucyjnego. W zakresie stosunków, jakie zachodzą wewnątrz tego sądu, oznak związania typowego dla tej zasady można by się też doszukiwać w przypadku niektórych uchwał polskiego Sądu Najwyższego.

13 Por. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 224, 231-236, 237-239, 253-254; por. też J. Wróblewski, *Statutory...*, s. 279-280, 297.

Podobnie rzecz ma się w Niemczech, Hiszpanii i Argentynie, odnośnie do których wskazuje się, że orzecznictwo sądowe, zwłaszcza gdy pochodzi od sądów najwyższych instancji, ma w praktyce cieszyć się dużym uznaniem i być dość konsekwentnie ze strony sędziów przestrzegany. Nieco inaczej jest natomiast we Włoszech, gdzie do końca XIX w. nie powoływano się na dotychczas wydane wyroki sądowe, a wyraźna zmiana nastąpiła w tym względzie dopiero począwszy od 1940 r. Ponadto w kraju tym ma istnieć bardzo dużo orzeczeń sądowych, w tym i takich, które się nawzajem wykluczają. We Francji z kolei – mimo że dotychczas zapadłe wyroki sądowe odgrywają tu widoczną rolę w procesie adiudykacji (zwłaszcza w prawie administracyjnym) – ma panować zasada, zgodnie z którą wyrok, z którego wynika, że sędzia oparł go na którymś z poprzednio wydanych orzeczeń sądowych (a tym bardziej potraktował takie orzeczenie jako dla niego wiążące), z samego tego powodu należy kwalifikować jako wadliwy. W efekcie, jak się wskazuje, francuscy sędziowie ogólnie nie zwykli – choć samo takie odwoływanie się nie jest przez francuskie prawo zakazane – odwoływać się do podjętych wcześniej decyzji sądowych jako argumentu na uzasadnianie trafności obieranych przez nich w rozpoznawanych przez nich sprawach rozstrzygnięć. W zbiorach orzeczeń sądowych ma się też we Francji publikować zresztą tylko niewielką liczbę wydawanych w tym kraju wyroków. Zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 24-25, 27-32, 38, 57; R. Alexy, R. Dreier, *Statutory...*, s. 90, 97; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 270-275, 276, 278-279, 288, 289-290; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 152-156, 162-163, 168-170, 178, 179, 180, 183-184, 186-187; M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 227-228, 230, 241-242; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 112-113, 115-119, 125; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 188-189, 199, 204; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 10-11, 12-15; E. Zuleta-Puceiro, *op. cit.*, s. 49-50, 55-56; R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 487.

14 W przedmiocie tezy, że zasadnicze różnice pomiędzy anglosaską doktryną precedensu a podejściem do dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych, z jakim spotykamy się w krajach z obszaru *civil law*, są symptomem braku w tych ostatnich uznawania precedensu sądowego za pełnoprawne źródło prawa, zob. D.N. McCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 539.

Na podstawie bowiem 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.) stanowisko wyrażone w odpowiednich uchwałach polskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego (podjętych przez siedmiu sędziów, całą izbę lub pełny skład tego sądu) jest wiążące dla składów polskich sądów administracyjnych. Przez takie składy rozumie się przy tym nie tylko składy orzekające w polskim Naczelnym Sądzie Administracyjnym, ale także składy orzekające w podległych temu sądowi wojewódzkich sądach administracyjnych, jakie wydają wyroki w sprawach administracyjnych w pierwszej instancji. Jeśli natomiast któryś z takich składów nie podziela stanowiska wyrażonego w odpowiedniej uchwale polskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego – w myśl art. 269 § 1 wspomnianej ustawy – powinien zwrócić się do tego ostatniego sądu, by ten zmienił lub potwierdził to stanowisko; przy czym takie potwierdzenie lub zmiana będą po ich dokonaniu dla tego i innych składów polskich sądów administracyjnych wiążące¹⁵.

Artykuł 190 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.) stanowi z kolei, iż orzeczenia polskiego Trybunału Konstytucyjnego posiadają przymiot mocy powszechnie wiążącej. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w których orzeczenia te przesądzają o tym, czy dany akt normatywny (lub jego część) pozostaje w zgodzie z zawartością aktu normatywnego hierarchicznie od niego wyższego – tj. np. orzekania przez ten trybunał co do zgodności jakiejś ustawy, któregoś z jej postanowień, z umową międzynarodową ratyfikowaną za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie. Ponadto za powszechnie wiążące uważa się te z orzeczeń tego trybunału, w których określił on, jaka z możliwych (wchodzących w grę) interpretacji danego przepisu prawa stanowionego nie powoduje konieczności pozbawiania tego przepisu mocy wiążącej. Stąd też można powiedzieć więc, że polski Trybunał Konstytucyjny uprawniony jest do dokonywania – przynajmniej w pewnym zakresie (poprzez wykluczenie innych możliwości) – sądowej wykładni prawa stanowionego, jaka jest później wiążąca zarówno dla sędziów, jak i adresatów prawa. Przy tym, choć na ogół uważa się on za zobligowany do przestrzegania (niekwestionowania) 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 promulgowanych)¹⁶.

15 Co do pewnych dalszych szczegółów na temat związania składów sądów administracyjnych odpowiednimi uchwałami Naczelnego Sądu Administracyjnego zob. np.: uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 30 czerwca 2008 r., sygn. akt: I FPS 1/08; uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 26 października 2009 r., sygn. akt: I OPS 10/09; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 lutego 2007 r., sygn. akt: I FSK 639/06; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z dnia 28 czerwca 2006 r., sygn. akt: IV SA/Wa 2143/05.

16 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”).

W przypadku polskiego Sądu Najwyższego istnieje natomiast ustawowy obowiązek stosowania się do orzecznictwa tego sądu, ale tylko w obrębie tego sądu. Dokładnie przewiduje go art. 88 § 1-3 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.), z którego wynika, że poszczególne składy polskiego Sądu Najwyższego obowiązane są bądź zastosować się w rozpoznawanej przez nie sprawie do przyjętych wcześniej przez ten sąd zasad prawnych, bądź zwrócić się do odpowiednio poszerzonego składu tego sądu, aby ten podjął decyzję o ewentualnym odstąpieniu od danej takiej zasady. Przy tym zgodnie z art. 87 § 1 wspomnianej ustawy przyjęte przez polski Sąd Najwyższy zasady zawarte są w odpowiednich uchwałach pełnego składu tego sądu, jego połączonych izb, jednej izby, a także składu jego siedmiu sędziów, ilekroć skład ten postanowi o nadaniu powziętej przez siebie uchwały mocy zasady prawnej.

Poza przypadkiem powyższym i instytucją *res iudicata* (powaga rzeczy osądzonej) orzeczenia pochodzące od polskiego Sądu Najwyższego – choć w zamierzeniach sąd ten ma czuwać nad jednolitością orzecznictwa polskich sądów powszechnych i wojskowych¹⁷ – nie mają mocy powszechnie wiążącej. W efekcie zarówno sądy apelacyjne, okręgowe, jak i rejonowe mogą nie stosować się w Polsce do propozycji wykładni prawa stanowionego, jakie zostały sformułowane w orzecznictwie tego sądu. To samo dotyczy również sądów wojskowych¹⁸. Brak jest też w Polsce jakiegoś – wskazującego na obecność w tych relacjach jakichś przejawów działania zasady *stare decisis* – związania orzeczeniami sądu wyższej instancji sędziów zasiadających w sądzie wydającym wyroki w niższej instancji¹⁹.

17 Zob. art. 1 pkt 1 lit. a Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.).

18 Co jednak szczególne, orzecznictwo polskiego Sądu Najwyższego nie zawsze było dla innych polskich sądów formalnie niewiążące. Dawniej sąd ten uprawniony był bowiem do wydawania tzw. „wytocznych w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej”, które zgodnie z art. 23 ust. 1 Ustawy z dnia 20 września 1984 o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 1984 nr 45 poz. 241), stanowiąc rodzaj abstrakcyjnej wykładni przepisów prawa stanowionego, były wiążące dla wszystkich polskich sądów oraz innych organów, nad którymi sąd ten sprawował nadzór orzeczniczy. Wcześniej zaś, na mocy art. 28 ust. 1 zd. 2 Ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 1962 nr 11 poz. 54), naruszenie pochodzących od polskiego Sądu Najwyższego „wytocznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej” mogło stanowić podstawę do uchylecia lub zmiany tak wydanego orzeczenia sądowego. Jeszcze zaś wcześniej naruszenie „wytocznych wymiaru sprawiedliwości” ustalanych przez polski Sąd Najwyższy stanowiło uchybienie, jakie mogło być podstawą środka odwoławczego (zob. 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.). Ostatecznie jednak, wraz z upadkiem poprzedniego systemu politycznego, tj. pod koniec 1989 r., możliwość wydawania tego rodzaju wytocznych została polskiemu Sądowi Najwyższemu – jak dotąd – bezpowrotnie odebrana. Niewiele wskazuje też na to, aby coś w tej materii miało się w niedalekiej przyszłości zmienić.

Na temat wspomnianych wytocznych zob. też J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 208 i L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 223-224.

Odnosnie do innych przypadków powszechnie wiążącej wykładni prawa stanowionego, jakie występowały dawniej w Polsce (w postaci „wyjaśnień” Centralnej Rady Związków Zawodowych oraz „wyjaśnień” Komitetu Pracy i Płac, a także uchwał Rady Państwa, w latach 1952-1989, a później uchwał Trybunału Konstytucyjnego, w latach 1989-1997), zob. J. Nowacki, Z. Tobor, *op. cit.*, s. 204.

19 Bynajmniej nie wprowadzają takiego zawiązania art. 386 § 6 i art. 390 § 2 Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296 z późn. zm.) i art. 441 § 3 i art. 442 § 3 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 z późn. zm.) oraz art. 190 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 z późn. zm.). Na mocy bowiem zawartych w tych przepisach uregulowań prawnych ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania

Podobnie jak w Polsce kwestia występowania zasady *stare decisis* przedstawia się w innych krajach z systemem prawa kontynentalnego. Mianowicie na ogół orzeczeniom sądowym, w tym wyrokom sądów najwyższych i naczelnych sądów administracyjnych, nie przysługuje w tych krajach przymiot bycia prawnie wiążącymi.

Pewnym wyjątkiem jest tutaj Hiszpania, gdzie, po pierwsze, dwukrotne wyrażenie przez Sąd Najwyższy tego samego poglądu w danej kwestii prawnej ma posiadać – w stosunku do sądów niższej instancji – status nieco zbliżony do bycia prawnie wiążącym. Przy tym status ten wywodzi się z tego, że jedną z możliwych podstaw do wniesienia kasacji w prawie cywilnym, prawie pracy i prawie administracyjnym stanowi w tym kraju naruszenie stanowiska judykatury (zwanego tu „prawniczą doktryną” albo „jurisprudencją”), przez które rozumie się właśnie dwa lub więcej zbieżnych treściowo orzeczeń tutejszego Sądu Najwyższego. Wniesienie na tej podstawie kasacji nie jest jednak równoznaczne z tym, iż zostanie ona na pewno uwzględniona – sam hiszpański Sąd Najwyższy nie uważa się bowiem za prawnie zobligowany do stosowania się do dotychczas przejawianych przez siebie poglądów w poszczególnych kwestiach prawnych niezależnie od tego, ile razy zostały one przez orzekających w nim sędziów wyrażone, pozostawiając sobie prawo do ich ewentualnej zmiany. Co więcej, jak się wskazuje, orzeczenia sądu niższej instancji, jaki nie zastosował się przy jego wydawaniu do dwukrotnie powtórnego w danej kwestii prawnej poglądu Sądu Najwyższego, nie traktuje się tu też jako niezgodnego z prawem, ale bardziej podlegającego dyskusji. Ponadto wspomniana podstawa do wniesienia kasacji nie dotyczy prawa karnego, w którym kasację wolno oprzeć tylko na zarzucie naruszenie prawa, a nie orzecznictwa sądowego. Niejako jednak z drugiej strony hiszpański Sąd Najwyższy jest ją w tym prawie władny odrzucić [*a limine*] tylko z tego powodu, iż obecny przypadek jest zasadniczo podobny do przypadków, w jakich inne kasacje zostały przez niego w przeszłości oddalone.

Po drugie w celu unifikacji (zapewnienia jednolitości) tutejszego orzecznictwa w Hiszpanii występować ma też szczególny rodzaj kasacji, której przesłankę wniesienia stanowi fakt odmiennego rozstrzygnięcia tej samej kwestii prawnej przez dwa sądy ostatniej instancji z różnych jurysdykcji (w sumie takich jurysdykcji ma być tu siedemnaście). Przy tym w wyniku rozpatrzenia takiej kasacji hiszpański Sąd Najwyższy ma usuwać stanowiące jej podstawę rozbieżności w sposób autorytatywny, tj. rozpoznający ją wyrok jest traktowany jako wiążący dla innych hiszpańskich sądów.

tudzież wykładnia prawa, jakie są wyrażone w uzasadnieniu wyroku sądu wyższej instancji, który przekazał aktualnie rozpoznawaną sprawę sądowi niższej instancji do ponownego rozpoznania, wiążą tylko w stosunku do tej sprawy (w ogóle nie obejmując już innych spraw). To samo dotyczy sposobu rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego, które wyłoniło się/ powstało przy rozpoznawaniu apelacji/środka odwoławczego w sądzie drugiej instancji i które sąd ten przekazał/ przedstawił do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu, o jakim jest mowa w tych przepisach. Również bowiem sposób ten jest wiążący tylko w sprawie podczas rozpoznawania, której doszło do rzeczowego przekazania/przedstawienia – z wyjątkiem jednak przypadku, kiedy tak przekazane/przedstawione zagadnienie prawne podczas jego rozstrzygnięcia w Sądzie Najwyższym zostanie przekazane do rozstrzygnięcia powiększonemu składowi tego sądu, jaki podejmie w nim uchwałę mającą moc zasady prawnej (wtedy zastosowanie znajdzie omówiony już w niniejszym opracowaniu art. 88 § 1-3 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.)).

Po trzecie prawnie wiążące mają być w Hiszpanii również te orzeczenia Sądu Najwyższego, które zostały wydane po rozpoznaniu kasacji wniesionej w interesie prawa. Uprawnieniem do wystąpienia z taką kasacją dysponuje w sprawach cywilnych prokurator, a w postępowaniu administracyjnym radca reprezentujący interesy państwa – ilekroć dojdą oni do wniosku, iż wydanie wyroku przez sąd niższej instancji godzi w interes ogółu. Co też znamienne, przychylenie się do tego typu kasacji przez Sąd Najwyższy nie odnosi tu skutku względem sprawy rozpoznanej przez sąd niższej instancji. Tym samym nawet jeśli wydany w tej sprawie wyrok okaże się niezgodny z prawem, pozostaje on w mocy – co w swojej istocie przypomina odwołanie od sposobu rozstrzygnięcia danej kwestii prawnej, jakie w Wielkiej Brytanii może wnieść do Wydziału Karnego Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii the Attorney General²⁰.

Ponadto w Hiszpanii ma obowiązywać zasada, iż ten sam organ sądowy (np. wydział) co do zasady powinien stosować się do dotychczas zajmowanego przez niego w kwestiach prawnych stanowiska. W związku z tym ilekroć chce on od takiego stanowiska odstąpić, powinien wyraźnie podać swój zamiar do wiadomości i co więcej, przedstawić jakieś uzasadnienie przemawiające za postąpieniem w ten sposób. W razie braku też zadośćuczynienia temu wymogowi hiszpańskim obywatelom przysługiwac ma skarga do tutejszego Trybunału Konstytucyjnego, na skutek wniesienia której trybunał ten uchyla niezawierający rzeczzonego uzasadnienia wyrok jako niekonstytucyjny (tj. z racji naruszenia konstytucyjnej zasady równości obywateli wobec prawa)²¹.

Poza Hiszpanią o jakiejś namiastce zasady *stare decisis* tudzież związaniu *prima facie* poprzednio wydanymi orzeczeniami sądowymi można by mówić w odniesieniu do Niemiec. Tutaj przyjmuje się bowiem, iż odmowę zastosowania się do „wykształconego” orzecznictwa sądów najwyższych mogą uzasadniać tylko absolutnie przekonujące powody. Co więcej, wówczas gdy orzekający w Niemczech sędziowie chcieliby odstąpić od zapatrywań prawnych przejawianych przez sąd wyższej instancji, mają być oni nieraz zobligowani do przekazania temu sądowi sprawy do rozpoznania, ilekroć od wydanego przez nich wyroku – z racji wyczerpania przysługującego tu toku instancji – strony nie będą się już mogły odwołać. Ponadto również gdy któryś z trybunałów konstytucyjnych poszczególnych landów nosi się z zamiarem niezastosowania do poglądu zawartego w orzecznictwie innego takiego trybunału lub Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, powinien się on zwrócić w tej sprawie do tego ostatniego. Podobnie rzecz się ma, gdy jeden z federalnych sądów najwyższych nie zgadza się ze stanowiskiem innego takiego sądu. Wtedy bowiem sąd ten ma obowiązek przedstawić sporne zagadnienie Wspólnemu Panelowi Federalnych Sądów Najwyższych (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichte des Bundes)²².

20 Zob. przypis 168 w rozdziale IV części I niniejszego opracowania.

21 Zob. A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 263, 270-275, 276, 278-279, 286, 288, 290 (stan na ok. 1996 r.).

22 Zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 24-34, 36-39, 57 (stan na ok. 1996 r.).

W kontekście Niemiec warto też wspomnieć o próbach, jakie dawniej podejmowano na ich terenie z myślą o wcieleniu tutaj w życie zasady *stare decisis*. Tak np. w 1838 r. w Królestwie Hanoweru – w celu zapewnienia pewności prawa i tego,

O ile też – z wyjątkami, o których była mowa powyżej, oraz ewentualnym związaniem w ramach samych tych sądów²³ – orzecznictwo sądów najwyższych jest w krajach z kręgu *civil law* co do zasady niewiążące²⁴, o tyle wyroki trybunałów (sądów) konstytucyjnych na ogół uchodzą w tych krajach za powszechnie prawnie wiążące. Pozostałe sądy nie są bowiem uprawnione do kwestionowania stwierdzonej w tych wyrokach (nie)zgodności danego przepisu z postanowieniami konstytucji tudzież dokonanej na jej tle wykładni tych postanowień. Do

by było ono jednakowo stosowane – w drodze ustawy postanowiono, iż orzeczenia pochodzące od Sądu Najwyższego z siedzibą w Celle mają mieć status prawnie wiążący. Już jednak po okresie 10 lat wycofano się z tego pomysłu: bo, jak stwierdzono, niepewność prawa nie tylko się dzięki niemu nie zmniejszyła, lecz wręcz odwrotnie doszło do jej eskalacji (zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 32).

Notabene również we Włoszech, począwszy gdzieś od XVI w., orzecznictwo sądów najwyższych, jakie w tym czasie były powoływane w poszczególnych włoskich państewkach, miało uchodzić za prawnie wiążące. Orzeczenia takich sądów miały być też tutaj – obok prawa stanowionego i *ius commune* – oficjalnie zaliczane do „formalnych” źródeł prawa. Stan taki miał się przy tym tu utrzymywać aż do XIX w., kiedy to zaczęto uchylać kodeksy, a za uprawnioną do przeprowadzania wiążącej interpretacji prawa zaczęto postrzegać wyłącznie legislaturę (zob. M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 183-184).

23 Na temat takiego związania – i procedur przewidzianych dla odstąpienia od poprzednio zajmowanego w danej kwestii stanowiska – w ramach sądów i trybunałów najwyższej instancji w Niemczech i Hiszpanii zob.: R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 32, 39 oraz A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 275; w odniesieniu do Francji i Włoch por. natomiast: M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 136; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 177, 181; M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 252.

24 Ogólnie sam fakt stosowania się w praktyce przez sędziów zasiadających w sądach niższej instancji do orzeczeń (znajdujących się w nich zapatrywań prawnych) wydanych dotychczas przez sądy wyższej i najwyższej instancji próbuje się na gruncie państw z obszaru *civil law* tłumaczyć obawą po stronie takich sędziów przed uwzględnieniem apelacji od wydanych przez nich wyroków [z powodu nienależytego zastosowania lub zinterpretowania przez nich prawa], ewentualnie obawą po stronie tych sędziów przed utrudnieniami, jakie w przeciwnym razie mogliby oni mieć w dalszej karierze i awansie zawodowym – zob. na tle Niemiec, Francji i Hiszpanii odpowiednio: R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 36; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 117, 118; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 274-275, 290.

Taka teza znajdowałaby przy tym jakieś uprawdopodobnienie w wymienieniu jako jednej z podstaw do wniesienia kasacji do sądu najwyższej instancji tego, iż sąd niższej instancji nie zastosował się do orzeczenia sądu, do jakiego wnosi się kasację. Przykładem funkcjonowania takiego rozwiązania w praktyce są Niemcy i Hiszpania. W tych pierwszych jedną z przyczyn, mających uzasadniać odwołanie się od wyroku wydanego przez sąd wyższej instancji, jest właśnie niezastosowanie się do stanowiska przejawianego w orzecznictwie odpowiedniego Federalnego Sądu Najwyższego, Wspólnego Panelu Federalnych Sądów Najwyższych lub Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. W Hiszpanii z kolei – o czym była już mowa w niniejszym opracowaniu – pełnoprawną podstawę kasacji może stanowić zlekceważenie przez sąd, od którego wyroku ma być ona wniesiona, stanowiska judykatury, pod którym to pojęciem rozumie się co najmniej dwa powielające się co do meritum orzeczenia tutejszego Sądu Najwyższego. Podstawa ta nie dotyczy tu jednak obszaru prawa karnego, w którym skargę kasacyjną ma być wolno oprzeć jedynie na zarzucie naruszenia prawa, a nie poglądów judykatury – zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 19, 38, 57 oraz A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 273-274, 276 (stan na ok. 1996 r.).

Wymownym przykładem na to, że obawa przed uwzględnieniem apelacji przez sąd wyższej instancji nie zawsze jest na tyle skuteczna, by skłonić sędziów zasiadających w sądach niższej instancji do stosowania się do orzecznictwa takiego sądu, jest niewątpliwie – nie tak znowy dawny – *casus* jednego z niemieckich sądów administracyjnych. Sąd ten z uporem godnym uznania wydawał bowiem wyroki ewidentnie sprzeczne ze stanowiskiem sądu nad nim przełożonego, długo nie przejmując się nie tylko samą potencjalną groźbą, ale i mającym faktycznie miejsce masowym wręcz uwzględnianiem wnoszonych od tych wyroków środków odwoławczych. Przy tym dopiero pozytywne rozpoznanie ponad 160 apelacji było w stanie sprawić, iż w 1986 r. ten „krunąbrny” sąd odstąpił od własnych zapatrywań prawnych i dostosował się do poglądu panującego w sądzie wyższego od niego rzędu – zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 37-38, 58.

takiego kwestionowania nie są też czasem uprawnione nawet same te trybunały – zwłaszcza pod względem braku możliwości uznania przez nie za konstytucyjne tego, co wcześniej zostało zakwalifikowane przez nie jako niekonstytucyjne. Przy tym, podobnie jak jego polskiemu odpowiednikowi, np. francuskiemu Trybunałowi Konstytucyjnemu, ma się zdarzać nieraz stwierdzić, iż jakiś zapis ustawy jest zgodny z konstytucją pod warunkiem jednak rozumienia (interpretowania) go w taki, a nie inny sposób²⁵.

3.2. Brak rozróżnienia na *ratio decidendi* i *obiter dicta*

Drugą zasadniczą różnicą pomiędzy anglosaskimi precedensami a wyrokami zapadającymi w państwach z rodziny *civil law* wydaje się brak występowania w przypadku tych drugich podziału na *ratio decidendi* i *obiter dicta*.

Gdy mowa o Polsce wszelkie wypowiedzi składu orzekającego zawierające wyniki wykładni prawa stanowionego, jakie znajdują się w sądowym uzasadnieniu, zdają się mieć identyczną moc – niezależnie od tego, czy miały one jakieś znaczenie, czy nie, dla rozpoznanego przez ten skład przypadku. Co więcej, nawet te wywody takiego składu, które nie stanowią sądowej wykładni przepisów prawa stanowionego, mogą być co do zasady przywołane jako argument przy rozstrzygnięciu w sądach spraw sądowych, o ile tylko pozwalają się one – z uwagi na ich tematykę – jakoś dla tego celu wykorzystać.

W efekcie zarówno sami sędziowie, jak i pełnomocnicy procesowi oraz akademicy nie stosują w Polsce żadnych wyrafinowanych metod i teorii, które miałyby służyć zidentyfikowaniu tego elementu orzeczenia sądowego, który ma (może mieć) znaczenie przy rozpoznawaniu innych przypadków niż przypadek, w jakim to orzeczenie zostało wydane. Co do zasady każdy prawnik – jeśli nie nawet laik – bez problemu rozpoznaje tu również ten fragment sądowego uzasadnienia, który dotyczy interesującej go kwestii prawnej; mogąc mieć co najwyżej trudności nie tyle z samą jego identyfikacją, ile z należyтым zrozumieniem jego sensu²⁶.

Jakimś odstępstwem na rzecz podziału podobnego do rozróżniania na *ratio decidendi* i *obiter dicta* są w Polsce orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego oraz uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego. Te pierwsze wiążą bowiem tylko w odniesieniu do sentencji i – jak można przyjmować – w zakresie wynikającym z wniosku, pytania prawnego lub skargi, na

25 Odnośnie do mocy powszechnie wiążącej orzeczeń pochodzących od trybunałów (sądów) konstytucyjnych Niemiec, Francji, Włoch i Hiszpanii zob. odpowiednio: R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 26-27, 36, 39, 56; R. Alexy, R. Dreier, *Statutory...*, s. 116; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 116-117; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 154-155, 163; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 272, 278, 279.

Co też ciekawe, gdy chodzi o Hiszpanię, to skarga konstytucyjna może zostać tu negatywnie rozpoznana niemalże bez podania jakiegokolwiek wyraźnego uzasadnienia, ilekroć za takim jej rozpoznaniem przemawia dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, a członkowie składu orzekającego pozostają co do takiego jej losu jednomyślni. W takim jednak przypadku w uzasadnieniu wyroku tego trybunału powinno zostać wskazane, który lub które dokładnie z jego wcześniejszych orzeczeń stanowiły powód oddalenia skargi konstytucyjnej – zob. A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 263 (stan na ok. 1996 r.).

26 Por. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 246.

podstawie których toczyło się postępowanie²⁷. Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego zdają się natomiast wiązać pod względem sentencji oraz tego fragmentu sądowego uzasadnienia, który pozostaje z tą sentencją w bezpośrednim związku, a do tego jeszcze w granicach postanowienia lub wniosku o podjęcie takiej uchwały²⁸.

Analogicznie kwestia podziału na *ratio decidendi* i *obiter dicta* zdaje się przedstawiać w przypadku innych państw z kręgu *civil law*. Zarówno w tamtejszej judykaturze, jak i nauce i praktyce prawa nie podejmuje się bowiem raczej jakichkolwiek prób mających na celu skonstruowanie teorii umożliwiających odróżnienie istotnej od nieistotnej części sądowego wyroku. Sędziowie i uczestnicy postępowania sądowego co do zasady czują się bowiem w tych państwach uprawnieni do powoływania się na każdy fragment przytaczanego orzeczenia, jeśli tylko może on, ich zdaniem, mieć jakieś znaczenie dla rozstrzygnięcia zawisłej sprawy²⁹. Paradigmatycznym przykładem są pod tym względem Włochy, w których już na etapie kwalifikacji poszczególnych fragmentów uzasadnień sądowych tutejszego Sądu Najwyższego – by wyłonić z nich tzw. *massime* – nie bierze się pod uwagę tego, czy zawarte w tych fragmentach propozycje sądowej wykładni prawa stanowionego miały zastosowanie w rozpoznanej przez ten sąd sprawie. Co więcej, poszczególne *massime*, po ich wyodrębnieniu, funkcjonują tu często w całkowitym oderwaniu od okoliczności faktycznych, jakie wystąpiły w sprawach, przy okazji rozstrzygania których doszło do ich sformułowania. Pełne treści orzeczeń pochodzących od włoskiego Sądu Najwyższego nie są nawet nigdzie regularnie publikowane, choć nie oznacza to, że nie można się na nie czasem natknąć w prasie prawniczej. Jeśli jednak jakieś orzeczenie nie zostało zamieszczone w tej ostatniej, to chcąc stwierdzić, czy dana *massima* była niezbędna, czy nie, do wydania wyroku w sprawie, przy okazji rozpoznawania której doszło

27 Zob. art. 67 ust. 1 Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072).

28 Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 lutego 2007 r., sygn. akt.: I FSK 639/06 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt I FSK 1786/12 („sformułowanie «stanowisko zajęte w uchwale», o którym mowa w 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.), powinno się interpretować ściśle, obejmując nim wykładnię zawartą w sentencji uchwały, tylko w granicach uzasadnionych treścią wniosku lub postanowienia. Wykładnia podana w sentencji uchwał, wykraczająca poza te granice, jak również te poglądy prawne, które zostały wyrażone w uzasadnieniu uchwały, które nie mają bezpośredniego związku z «zajętym stanowiskiem», są pozbawione mocy wiążącej”).

29 Odnośnie do Niemiec i Włoch zob. tu: R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 48-49 oraz M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 148-149, 167-168, 183.

Ogólnie na brak stosowania w krajach z kręgu *civil law* rozróżnienia na *obiter dicta* i *ratio decidendi* zwracają uwagę D.N. MacCormick i R.S. Summers – zob. D.N. MacCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 537; zob. też G. Marshall, *What is Binding in a Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 507; R. Cross, *op. cit.*, s. 47; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 49.

Niewątpliwie należy zgodzić się tu z poglądem D.N. MacCormicka, iż także w przypadku systemów prawnych, w których nie występują orzeczenia formalnie wiążące, lecz jedynie perswazyjne [prawie nieważące], musi zostać wskazane, który element wyroku sądowego jest „perswazyjny” [posiada znaczenie podczas rozpoznawania w sądach spraw sądowych] (zob. D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 145). Takie jednak wskazanie jest w systemach prawa kontynentalnego nieporównywalnie mniej od strony teoretycznej skomplikowane i zarazem o wiele łatwiejsze w praktycznym stosowaniu aniżeli w systemie prawnym typu *common law*.

do jej wyartykułowania, konieczne będzie wystąpienie o tekst tego orzeczenia do sekretariatu włoskiego Sądu Najwyższego³⁰.

Wyjątkiem potwierdzającym regułę wydaje się natomiast Hiszpania, w której podejmować ma się pewne starania mające na celu podtrzymanie podziału na *ratio decidendi* i *obiter dicta*³¹. Warto mieć też na względzie, że we Francji identyfikacja ogólnej reguły (nowego bardziej szczegółowego „przepisu prawa”) będącej rezultatem sądowej wykładni prawa stanowionego może rodzić nieraz pewne trudności. Jest tak z tej prostej przyczyny, iż we francuskich uzasadnieniach sądowych nie zawsze takie reguły są wyraźnie podawane i przez to trzeba je – na podstawie wyniku sprawy i tego, co znajduje się w takich uzasadnieniach, najlepiej na podstawie jeszcze nie jednego, lecz kilku orzeczeń sądowych – dopiero „wyinterpretować”³².

3.3. Nieprzywiązywanie wagi do okoliczności faktycznych sprawy, w jakiej wydano orzeczenie, na które się później powołuje

Zupełnie inaczej niż w systemie prawnym typu *common law* przedstawia się w kontynentalnych systemach prawnych kwestia okoliczności faktycznych, jakie wystąpiły w sprawie, na orzeczenie wydane w której się później powołuje. Jak pamiętamy, okoliczności te odgrywały kluczową rolę przy ustaleniu treści reguły mającej stanowić anglosaskie *ratio decidendi*, podczas gdy np. w Polsce takie okoliczności wydają się niemalże całkowicie bezużyteczne. Z zasady liczy się tu bowiem tylko wynik sądowej wykładni prawa stanowionego i to, którego dokładnie przepisu lub przepisów prawa stanowionego wykładnia ta dotyczy. Ewentualnie istotne są tu jeszcze wywody (argumenty) przytoczone na poparcie zasadności obrania takiej wykładni. Szczegóły zaś samego stanu faktycznego, jaki miał miejsce w sprawie, przy rozpoznawaniu której dokonano sądowej wykładni danego przepisu lub przepisów prawa, w zakresie, jakim nie są ujęte w samych wynikach tej wykładni, są na ogół irrelewantne.

Oznacza to, że choć w powstałym na skutek sądowej wykładni nowym „przepisie prawa” mogą znajdować się jakieś okoliczności stanu faktycznego, jaki wystąpił w rozpoznanej w przeszłości przez sąd sprawie, pozostałe okoliczności faktyczne, które dotyczą tej sprawy i na które nie zwrócono uwagi przy formułowaniu tego nowego „przepisu prawa”, przestają mieć w polskiej praktyce orzeczniczej niemalże jakiegokolwiek znaczenie. Co więcej, nawet gdy powołuje się nie na nowo powstały w wyniku sądowej wykładni „przepis prawa”, lecz na samo to, że jakiś stan faktyczny został zakwalifikowany jako podpadający pod któryś lub któreś z przepisów prawa stanowionego (występujące w nich wyrażenie), stan ten zazwyczaj ujmowany jest tu wtedy w sposób bardzo ogólny (generalny). W takiej też postaci

30 Zob. M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 148-149, 167-168 oraz M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 228, 238, 241-242.

31 Zob. A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 280-281, 282.

32 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 13 i M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 129.

figuruje on w analizach przeprowadzanych w uzasadnieniu sądowym wyroku, w którym przesądzono o jego kwalifikacji (i sporządzonej na ich podstawie tezie wyroku). W takim uzasadnieniu na ogół nie zamieszcza się też w Polsce jakichkolwiek sugestii, iż subsumpcja została dokonana w świetle całokształtu specyficznych okoliczności faktycznych, jakie miały w miejsce w danym przypadku. Poza tym same takie okoliczności faktyczne nie są tu też jakoś nad wyraz dokładnie referowane w szczegółach w uzasadnieniach sądowych, przez co też wiedza osób, które osobiście nie brały udziału w postępowaniu sądowym, na ich temat jest znacznie ograniczona.

W efekcie zarówno sędziowie, jak i pozostali prawnicy (praktycy, akademicy) zwykli nie przywiązywać w Polsce dużej wagi do aspektu faktycznego rozstrzygniętych w przeszłości spraw sądowych. Detale i subtelności dotyczące okoliczności faktycznych, jakie miały miejsce w sprawach, na które strony (ich pełnomocnicy procesowi) powołują się w postępowaniu przed sądem, nie są na ogół przedmiotem jakiegoś sporu. Podobnie zresztą takie detale i subtelności nie są tu szczegółowo roztrząsane w tych uzasadnieniach sądowych, w jakich odwołano się do treści poprzednio podjętych decyzji sądowych³³. Co więcej, w polskim dyskursie prawnym – inaczej niż w anglosaskim – rzadko kiedy przywołuje się, czy to w argumentach pełnomocników procesowych, czy w uzasadnieniach sądowych i opracowaniach akademickich, hipotetyczne stany faktyczne. Dotyczy to zarówno braku odwoływania się do takich stanów w kontekście porównywania ich ze stanem faktycznym, jaki występuje w sprawie obecnie przez sąd rozstrzyganej, lub stanami faktycznymi, jakie miały miejsce w rozpoznanych już sprawach sądowych, jak i w kontekście posługiwania się nimi jako paradygmatycznymi przypadkami, w których znajdują lub nie znajdują zastosowania poszczególne przepisy prawa stanowionego³⁴.

Również w odniesieniu do pozostałych państw z systemem prawnym typu *civil law* wskazuje się, iż okoliczności faktyczne, jakie towarzyszyły sprawom rozpoznany przez sądy dotychczas, na ogół nie odgrywają przy powoływaniu się na te sprawy w trakcie aktualnie toczących się postępowań sądowych jakiejś większej roli. Okoliczności te, a zwłaszcza ich szczegóły, nie mają w tych państwach być też jakoś szczególnie istotne w procesie identyfikacji tego elementu wydanego w przeszłości orzeczenia, który ma znaczenie przy odwoływaniu się do tego orzeczenia jako argumentu za takim, a nie innym rozstrzygnięciem obecnie rozpoznawanej przez sąd sprawy. Na ogół poprzestaje się tam – tak jak w Polsce – na tych fragmentach uzasadnień sądowych, które przypominają swoją postacią przepisy prawa stanowionego, nie interesując się zaledwie opisami stanów faktycznych, na tle których takie fragmenty zostały

33 Zob. też L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 231.

34 Por. jednak uwagę, według której polscy sędziowie mają sięgać do hipotetycznych stanów faktycznych w celu ukazania tego, przy jakich okolicznościach faktycznych żądanie strony przegrywającej byłoby uzasadnione, w: L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 251.

sformułowane³⁵. W treści kontynentalnych uzasadnień sądowych na ogół trudno jest też doszukać się odwołań i analiz czysto hipotetycznych stanów faktycznych³⁶.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie także w zawartości wydawanych w krajach z kręgu *civil law* zbiorów orzeczeń, które nie zawierają aż tak szczegółowych – jak w państwach z rodziny *common law* – opisów stanów faktycznych³⁷. W przypadku Polski – a jak się wydaje, również pozostałych krajów z kontynentalnym systemem prawnym – trudno byłoby też mówić o czymś na wzór, zawierającego nie tylko rozstrzygnięcie danej kwestii prawnej, ale i streszczenie okoliczności faktycznych, jakie miały miejsce w danej sprawie, *headnote*. Tu na czele ujętych w zbiorach i elektronicznych bazach orzeczeń umieszcza się bowiem krótkie tezy przypominające swoją postacią przepisy prawa stanowionego bez jakiegokolwiek już odnoszenia się do tego, co wydarzyło się w sprawach, przy rozpoznawaniu których doszło do sformułowania tych tez³⁸.

W celu pełnego naznaczenia różnicy, o której mowa jest w niniejszym punkcie, warto wskazać, iż wyroki sądowe w dyskursie prawnym, jaki podejmowany jest w krajach z obszaru

35 Zob. D.N. MacCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 536, 537, 539 i J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 177.

Wzorcowym przykładem są tutaj – stanowiące odpowiednik tezy polskiego wyroku sądowego – włoskie *massime*, które po ich wyciągnięciu z treści sądowego uzasadnienia mają w dalszym obiegu funkcjonować już bez jakiegokolwiek odnoszenia się do okoliczności faktycznych sprawy, przy rozpoznawaniu której doszło do ich sformułowania. Zob. M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 241-242; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 148-151, 168, 170, 182-183, por. jednak s. 169, 175 i 182 (gdzie autorzy ci nadmienią, iż niekiedy – np. w przypadku orzeczeń, z uwagi na ich znaczenie i nowatorski charakter, opublikowanych w całości w prasie prawniczej – szczegółły stanu faktycznego, jaki wystąpił przy wydaniu danego wyroku, mogą we Włoszech odgrywać pewną rolę przy określaniu zasadności powoływania się na ten wyrok w poszczególnych przypadkach).

Nieco inaczej wygląda to we Francji – zwłaszcza ilekroć sąd w uzasadnieniu orzeczenia, na które chce się powołać, nie podał nowego bardziej szczegółowego niż przepisy prawa stanowionego „przepisu prawa”, lecz dokonał jedynie kwalifikacji (subsumpcji) występującego w rozpoznanej przez niego sprawie stanu faktycznego pod któreś z postanowień prawa stanowionego. Jak się bowiem wskazuje – choć sami francuscy sędziowie mają nie wdawać się w takie rozważania – zarówno tutejsi pełnomocnicy procesowi, jak i akademicy mają przywiązywać tu sporą wagę do okoliczności faktycznych, jakie towarzyszyły wydaniu wyroku lub wyroków, do których zamierza się odwołać. To samo dotyczy również aspektów faktycznych sprawy, której skutki prawne próbuje się określać na podstawie takiego wyroku lub wyroków. Zob. M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 109, 127-128, 132, 136-137.

36 W Hiszpanii odniesień do hipotetycznych stanów faktycznych nie ujrzy się nie tylko u sędziów, ale nawet u pozostałych prawników. Takie odniesienia – i to, jak się wskazuje, nie jakoś często – wykorzystywane są tu co najwyżej do celów dydaktycznych. Podobnie jest we Francji, gdzie zamieszczanie w uzasadnieniach sądowych analiz bazujących na hipotetycznych stanach faktycznych lub nawet prostych wzmianek o takich stanach nie tylko nie jest spotykane, ale nawet ma być zakazane. Do hipotetycznych stanów faktycznych odwołują się tu jednak przedstawiciele nauki prawa oraz prawnicy praktycy, w tym zwłaszcza w kontekście argumentu *reductio ad absurdum*. Z bardziej przychylnym stosunkiem do hipotetycznych stanów faktycznych mamy natomiast do czynienia we Włoszech. Stany takie są w tym kraju bowiem dosyć często przywoływane w dyskursie prawnym, w tym w celu ustalenia znaczenia i zakresu potencjalnego oddziaływania poprzednio wydanych orzeczeń dla określania skutków prawnych poszczególnych przypadków. Zob. A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 288; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 136-137; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 182; zob. też ogólną uwagę poczynioną w tym przedmiocie w: R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 474.

37 Zob. D.N. MacCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 536.

38 Por. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 22; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 109; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 150-151; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 268.

common law, powoływane są często wraz z przytoczeniem istotnych okoliczności faktycznych rozpoznanej tymi wyrokami sprawy. W związku z tym zarówno strony postępowania (ich pełnomocnicy procesowi), jak i sędziowie poświęcają takim okolicznościom sporo czasu i uwagi, poddając je nieraz dogłębnym analizom³⁹. Ponadto w państwach z systemem prawnym typu *common law* zwykło się często wysuwać argumenty opierające się nawet na całkowicie hipotetycznych (wymaganych) stanach faktycznych. Tak poprzez odwołanie się do tego rodzaju stanów można w tych państwach np. ustalić przypadki, w jakich dany precedens na pewno znajduje zastosowanie – by następnie wykorzystać je jako punkty wyjścia do porównań ze stanem faktycznym sprawy aktualnie w sądzie rozpoznawanej i na tej podstawie twierdzić, iż precedens ten powinien lub nie powinien zostać w tej sprawie zastosowany⁴⁰.

3.4. Brak instytucji *overruling*

W systemach prawa kontynentalnego trudno byłoby też mówić o czymś na wzór anglosaskiej praktyki unieważniania dotychczas ustanowionych precedensów.

W przypadku Polski gdy sąd niższego, równego lub wyższego rzędu nie zgadza się z zawartą we wcześniejszym wyroku interpretacją jakiegoś przepisu prawa stanowionego tudzież znajdującą się w takim wyroku subsumpcją danego stanu faktycznego, sąd ten – bez konieczności zachowania jakiejś szczególnej procedury i tłumaczenia się – nie stosuje się do tej interpretacji/subsumpcji. Co więcej, samo to, że jakiś sąd odstąpił od wcześniej zajmowanego, czy to przez niego samego, czy przez jakiś inny sąd, stanowiska w poszczególnych kwestiach prawnych, nie oznacza tu wcale, iż przy wydawaniu kolejnego wyroku nie zmieni on swojego zdania⁴¹.

Jedynym wyjątkiem są wspomniane w pkt 3.1. niniejszego rozdziału tego opracowania zasady prawne Sądu Najwyższego i uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego, od których odstępienie możliwe jest w składzie powiększonym nie mniej licznym od tego, który je ustanowił, a w niektórych przypadkach składzie jeszcze szerszym⁴². Co jednak znamienne, zlekceważenie przez te sądy takiego trybu lub rozpoznanie sprawy niezgodnie z daną uchwałą/

39 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 324, 338-339 i R.S. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 364, 387.

40 Zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 401 oraz Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 345-346.

41 L. Morawski i M. Zirk-Sadowski wskazują jednak, iż polskie sądy na ogół wyraźnie zaznaczają, od stanowiska z którego z dotychczasowych orzeczeń odchodzą, oraz uzasadniają nowo przyjmowane stanowisko, w wyniku też czego, ich zdaniem, „milczący” *overruling* ma nie odgrywać w Polsce istotnej roli – zob. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 249-250 (stan na ok. 1996 r.).

42 Zgodnie z art. 88 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.):

„§ 1. Jeżeli jakikolwiek skład Sądu Najwyższego zamierza odstąpić od zasady prawnej, przedstawia powstałe zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia składowi całej izby.

§ 2. Odstąpienie od zasady prawnej uchwalonej przez izbę, połączone izby albo pełny skład Sądu Najwyższego, wymaga ponownego rozstrzygnięcia w drodze uchwały odpowiednio przez właściwą izbę, połączone izby lub pełny skład Sądu Najwyższego.

zasadą prawną nie wydaje się skutkować nieważnością lub jakąkolwiek inną wadą po stronie tak wydanego orzeczenia. Są to też wymogi czysto proceduralne (formalne), a nie określające to, kiedy odstąpienie od wcześniej zajmowanego stanowiska jest, a kiedy nie jest uzasadnione, jakie były typowe dla problematyki unieważniania precedensów w krajach z rodziny *common law*.

Kwestia *overruling* przedstawia się podobnie w innych państwach z obszaru *civil law*⁴³. W odniesieniu do nich wskazuje się bowiem, że sądy wyższej, a nawet i najwyższej instancji świadomie i z pewną regularnością nie raczą nawet wspomnieć o tym, iż zrywają z uprzednio zajmowanym stanowiskiem⁴⁴. Przy tym zauważa się, że możliwość takiego „milczącego” zrywania z uprzednio zajmowanym stanowiskiem i biorący się z niej brak konieczności wyraźnego uzasadniania tego, dlaczego się tak postąpiło, przekłada się na większą łatwość w niestosowaniu się przez sądy do ich dotychczasowych zapatrywań prawnych [aniżeli w przypadku, gdy zrywanie takie byłoby czynione w sposób otwarty wraz z podaniem powodów, które za nim przemówiły]⁴⁵.

Dość ciekawy jest tutaj *casus* Hiszpanii, gdzie, po pierwsze, po stronie tutejszego Trybunału Konstytucyjnego ma istnieć szczególnie zobowiązanie do poddania swojego wcześniej zajmowanego w danej kwestii prawnej stanowiska pod rozważę pełnego składu, ilekroć miałyby dojść do jego zmiany. Po drugie na organach sądowych ma spoczywać tu ogólny obowiązek do wskazania przyczyn uzasadniających zmianę w ich dotychczasowych zapatrywaniach prawnych. Problem każdego z tych dwóch wymogów tkwi jednak w tym, iż – jak się podaje – w praktyce niemalże nigdy nie są one spełniane. Hiszpański Trybunał Konstytucyjny rzadko

§ 3. Jeżeli skład jednej izby Sądu Najwyższego zamierza odstąpić od zasady prawnej uchwalonej przez inną izbę, rozstrzygnięcie następuje w drodze uchwały obu izb. Izby mogą przedstawić zagadnienie prawne do rozpoznania przez pełny skład Sądu Najwyższego”.

Według art. 269 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 z późn. zm.):

„§ 1. Jeżeli jakkolwiek skład sądu administracyjnego rozpoznający sprawę nie podziela stanowiska zajętego w uchwale składu siedmiu sędziów, całej Izby albo w uchwale pełnego składu Naczelnego Sądu Administracyjnego, przedstawia powstałe zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia odpowiedniemu składowi. Przepis art. 187 § 1 i 2 stosuje się odpowiednio.

§ 2. W przypadkach, o których mowa w § 1, skład siedmiu sędziów, skład Izby lub pełny skład Naczelnego Sądu Administracyjnego podejmuje ponowną uchwałę. Przepisu art. 267 nie stosuje się.

§ 3. Jeżeli skład jednej Izby Naczelnego Sądu Administracyjnego wyjaśniający zagadnienie prawne nie podziela stanowiska zajętego w uchwale innej Izby, przedstawia to zagadnienie do rozstrzygnięcia pełnemu składowi Naczelnego Sądu Administracyjnego”.

43 D.N. McCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 538-539.

44 Taka praktyka ma się dawać zauważyć w takich krajach jak: Szwecja, Włochy, Hiszpania, Francja i Norwegia – zob. D.N. McCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 539.

W przedmiocie kwestii „unieważniania precedensów” w tych państwach zob. też: M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 133; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 177-179; S. Eng, *Precedent in Norway*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 211-212; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 285-286; G. Bergholz, A. Peczenik, *Precedent in Sweden*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 309-310.

Odnosnie do odpowiedników wyraźnego i domniemanego *overruling* w Niemczech zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 55-57.

45 Zob. D.N. McCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 539.

kiedy zbiera się w pełnym składzie w wyżej wspomnianym celu. Powody podawane zaś za nowo przyjmowanym w danej kwestii prawnej rozwiązaniem są tak ogólne i co do meritum słabe, że trudno uznać je za „szczególne” [dostatecznie przekonujące]⁴⁶. Do obowiązku uzasadnienia odejścia od poglądu zawartego w utrwalonym dorobku orzecznictwa bardziej poważnie wydaje się natomiast podchodzić w Niemczech⁴⁷.

W kontekście *overruling* warto mieć też na uwadze, iż w krajach z systemem prawnym typu *civil law* – zupełnie inaczej, niż wygląda to w prawie anglosaskim – zastosowania się do stanowiska z poprzednio wydanego orzeczenia mogą odmówić nie tylko sądy tego samego lub wyższego szczebla co sąd, który wydał to orzeczenie, lecz także każdy inny sąd niezależnie od tego, jak niskie miejsce zajmuje w hierarchii sądowej⁴⁸. Co równie znamienne, w tym ostatnim przypadku poczynionej przez sąd niższego rzędu odmowy nie określa się – przynajmniej nie w Polsce – mianem unieważnienia antycypacyjnego, nie traktując jej w ogóle jako czegoś, co miałyby w jakiś znaczący sposób wpływać na status (jego słuszność/zasadność) stanowiska sądu przełożonego tudzież co miałyby urzeczywistniać („wyprzedzać”) wolę tego sądu⁴⁹. W polskiej praktyce orzeczniczej nie dojrzy się też nic, co by wskazywało na obecność *overruling* dokonywanego wyłącznie ze skutkiem na przyszłość⁵⁰.

3.5. Brak instytucji *distinguishing*

Podobnie jak z *overruling* ma się w krajach z systemem prawnym typu *civil law* rzecz z wyróżnianiem precedensów.

Niezmiernie rzadko zdarza się bowiem, by polskie sądy koncentrowały się na różnicach faktycznych, jakie występują pomiędzy poszczególnymi stanami faktycznymi, by na tej podstawie

46 Zob. A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 272-273, 275, 285-286 (stan na ok. 1996 r.).

47 Zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 30-31, 57.

48 Zob. D.N. MacCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 538-539.

49 Oczywiście nieużywanie w Polsce takiego pojęcia jak „antycypacyjny *overruling*” nie oznacza – jak słusznie wskazują L. Morawski i M. Zirk-Sadowski – że nigdy nie dochodzi tu do sytuacji, w której sąd wyższej instancji przyjmie punkt widzenia sądu niższej instancji, który nie zgodził się z jego wcześniejszym stanowiskiem. Zob. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 250.

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

Co jednak warte wzmianki, zgodnie z art. 190 ust. 3 zd. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.) oraz art. 108 ust. 2 Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072) polski Trybunał Konstytucyjny – choć nie dysponuje prawem do przeprowadzania prospektywnego *overruling* własnych orzeczeń – przy orzekaniu o sprzeczności danego aktu normatywnego (lub jego przepisu) z aktem normatywnym wyższego od niego rzędu (lub jego przepisem) uprawniony jest do określenia daty, z jaką akt (przepis) taki ma stracić moc obowiązującą. Przy tym w przypadku ustawy (jej przepisu) termin odroczenia utraty takiej mocy nie może przekroczyć 18 miesięcy, a w przypadku innych aktów normatywnych (ich przepisów) 12 miesięcy, licząc od daty ogłoszenia wyroku tego trybunału (zob. też L. Garlicki, *op. cit.*, s. 366-367). W dość interesujący sposób zdaje się też postępować włoski Sąd Konstytucyjny. Mianowicie, jak się wskazuje, w celu uniknięcia powstania luki w systemie prawa sąd ten ma nieraz nie stwierdzać niekonstytucyjności jakiegoś przepisu ustawy, co do którego przekonany jest, iż jest on sprzeczny z którąś z zasad konstytucyjnych, a jedynie zachęcać włoski parlament do jego odpowiedniej zmiany, strasząc jednocześnie, iż w przeciwnym razie sam unieważni go w przyszłości. Zob. M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 242-243 oraz M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 179-180.

odrzuć jakąś propozycję sądowej wykładni przepisów prawa stanowionego. W zasadzie dość nietypowym argumentem byłoby w Polsce twierdzenie, iż jakiś przepis prawny lub kwestię prawną należy interpretować/rozstrzygać w sposób odmienny niż poprzednio z uwagi na to, że stan faktyczny sprawy obecnie rozstrzyganej istotnie różni się od stanu faktycznego, jaki występował w sprawie, przy rozpoznawaniu której przepis ten został wcześniej zinterpretowany/ kwestia ta została wcześniej rozstrzygnięta. Za odrzuceniem dawnego i przyjęciem nowego sposobu interpretacji danego przepisu prawa stanowionego (rozstrzygnięcia danej kwestii prawnej) zdają się bowiem przemawiać – zgodnie z polskim *ius interpretandi*⁵¹ – zupełnie inne czynniki niż odmienności w poszczególnych stanach faktycznych. Do tych czynników należą np.: *ratio iuris* danej regulacji prawnej, intencja historycznego i aktualnego prawodawcy, dyrektywy wykładni językowej, systemowej i celowościowej, argumenty konsekwencjonalistyczne, jak np. *argumentum ad absurdum*, czy też bardziej jeszcze wysublimowane koncepcje, jak idea racjonalnego prawodawcy. Wszystkie one ujmowane są jednak w sposób abstrakcyjny, będąc traktowane jako działające w sposób ogólny, a nie jako zrelatywizowane do konkretnych sytuacji faktycznych⁵².

Również w stosunku do innych państw z systemem prawnym typu *civil law* podnosi się, iż nie wypracowano tam jakiegś szczególnej metodologii dla wyróżniania dotychczas wydanych orzeczeń sądowych, uznając możliwość „cichego” niestosowania się do nich za wystarczającą⁵³.

51 Pod pojęciem *ius interpretandi* w niniejszym opracowaniu rozumiany będzie katalog typowych dla danej kultury prawnej argumentów i dyrektyw, jakimi zwykło się posługiwać w tej kulturze do celów wykładni i stosowania obowiązującego prawa; por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, Warszawa 2005, s. 276-277.

52 Mimo przyznania tego, że polska terminologia prawnicza jako taka nie operuje terminem „wyróżniania” (ang. *distinguishing*), L. Morawski i M. Zirk-Sadowski są zdania, iż również w Polsce występuje zjawisko odpowiadającej w swej istocie tej instytucji. Przy tym na poparcie swojej tezy przywołują oni orzeczenie polskiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 sierpnia 1990 r. (sygn. akt: K 7/90), w którym został poczyniony wyjątek od przyjętej wcześniej przez ten trybunał zasady ochrony praw nabytych – polegający na wprowadzeniu do dotychczasowej treści tej zasady obostrzenia, iż zasada ta dotyczy tylko praw, jakie zostały nabyte słusznie (w odróżnieniu od praw, jakie stanowiły swojego rodzaju przywilej dla pewnych grup społecznych). Ponadto autorzy ci wskazują tu też na okoliczność, iż polski Trybunał Konstytucyjny w wielu swoich orzeczeniach określił również, w jakich sytuacjach dopuszczalne jest odejście od zasady *lex retro non agit* (zob. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 248-249).

Problematyczność podanych wyżej przykładów bierze się jednak stąd, iż w przywołanych orzeczeniach polski Trybunał Konstytucyjny nie zastosował raczej żadnej formy rozumowania, która polegałaby na zagłębieniu się w szczegóły stanów faktycznych, jakie charakteryzowały sprawę poprzednio i aktualnie rozpoznawaną. Tym bardziej nie posłużył się on przy wydawaniu tych orzeczeń dysanalogią. W efekcie wydaje się, iż wprowadzając wyjątki/obostrzenia, o których mowa jest w przywołanych powyżej przykładach, polski Trybunał Konstytucyjny – jeśli już – dokonał czegoś bardziej odpowiadającego anglosaskiemu *overruling*, częściowo unieważniając swój poprzedni precedens, aniżeli *distinguishing*. Trudno byłoby też twierdzić, iż powstające w wyniku przeprowadzanej przez ten trybunał wykładni postanowień Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej nowe bardziej szczegółowe „przepisy prawne” są – tak jak w przypadku anglosaskich *rationes* – już z samej definicji „zaczepialne”, w sensie iż można od nich odejść, gdy tylko przemawia za tym specyfika danego przypadku.

53 Zob. D.N. MacCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 537-538; zob. też uwagi poczynione tu w: R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 488-489.

Na gruncie konkretnych państw, tj. Niemiec, Francji, Włoch i Hiszpanii, zob.: R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 54-55; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 132; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 15; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 175-177; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 284.

Na pewne oznaki praktyk, choć trochę przypominających anglosaski *distinguishing*, wskazuje się jednak w przypadku Niemiec i Włoch⁵⁴.

3.6. Wyjątkowe korzystanie z analogii, w tym spowodowane sprowadzaniem istoty poprzednio wydanych orzeczeń do postaci ogólnych reguł

Na tle porównywania roli, jaką odgrywają dotychczas wydane orzeczenia w procesie wykładni i stosowania prawa w krajach z kręgu *common law* i w krajach z obszaru *civil law*, należy też zauważyć, iż – przynajmniej *prima facie* – odmienną funkcję pełni w nich rozumowanie *per analogiam*.

Korzystając z analogii w prawie anglosaskim, najczęściej szukamy bowiem podobieństwa między faktami sprawy poprzednio przez sąd rozpoznanej a faktami sprawy, której skutki prawne mają zostać dopiero ustalone. Istnienie takiego podobieństwa skutkuje też potraktowaniem tej drugiej sprawy w taki sam lub podobny sposób, w jaki została potraktowana ta pierwsza, czyli sprawa poprzednio przez sąd rozpoznana. Tego rodzaju schemat wnioskovania stanowił przy tym oś tego ujęcia istoty stosowania prawa precedensowego, jakie zostało opisane w pkt 6.5. rozdziału III części I niniejszego opracowania pod nazwą modelu precedensu z analogii tudzież jakie sprowadzało się do łączenia rozumowania przez podobieństwo z ideą precedensowej reguły.

Kwestia sięgania do rozumowań *a simile* ma się natomiast zupełnie inaczej w przypadku systemów prawnych z rodziny *civil law*. Tutaj interesuje nas bowiem nie podobieństwo między stanem faktycznym sprawy poprzednio przez sąd rozpoznanej a stanem faktycznym sprawy, której skutki prawne chcemy dopiero ustalić, lecz podobieństwo między tym ostatnim a typowymi stanami faktycznymi, jakie podpadają pod dany przepis prawa stanowionego (dającą się derywować z tego przepisu normę o generalno-abstrakcyjnym charakterze). Przy tym, co nawet ważniejsze, z analogii korzysta się w tego rodzaju systemach prawnych najczęściej dopiero wtedy, gdy dany stan faktyczny nie podpada pod żaden przepis prawa stanowionego (dającą się z niego derywować normę o generalno-abstrakcyjnym charakterze), a więc wtedy, gdy mamy do czynienia z tzw. luką w prawie. Luka ta – na odróżnienie jej od innych możliwych rodzajów luk w prawie – określana jest też niekiedy mianem luki *extra legem* (w wolnym tłumaczeniu „na zewnątrz prawa” lub „poza prawem”).

Poza powyższym przypadkiem w systemie prawnym typu *civil law* na wnioskovanie z analogii powołuje się głównie w celu odmowy przyjęcia za podstawę wydawanego rozstrzygnięcia przepisu prawa stanowionego (dającej się z niego derywować normy o generalno-abstrakcyjnym charakterze), który znajduje bezpośrednie zastosowanie w aktualnie rozpoznawanym przypadku. Dokładnie polega to na tym, że zamiast tego przepisu stosuje się inny przepis prawa stanowionego, który normuje stany faktyczne, jakie są istotnie podobne

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

do stanu faktycznego, jaki występuje w aktualnie rozpoznawanym przypadku – mimo iż ten inny przepis nie obejmuje swoim zakresem zastosowania tego stanu faktycznego. Sytuacja, w której sięga się w prawie kontynentalnym do analogii w taki właśnie sposób, bywa przy tym nazywana luką *contra legem* (w wolnym tłumaczeniu „przeciwko prawu”)⁵⁵.

W obu powyższych konfiguracjach rozumowanie z podobieństwa nosi nazwę tzw. analogii *legis* („analogii z przepisu ustawy”). Poza analogią *legis* w krajach z systemem prawnym typu *civil law* występuje jednak jeszcze wnioskowanie określane mianem analogii *iuris* („analogii z prawa”). Poprzez sięgnięcie do tej ostatniej stawia się wnioski co do skutków prawnych, jakie należy przypisać danemu stanowi faktycznemu, na podstawie „ducha prawa” lub jakiejś ogólnej zasady lub zasad prawa (np. danej gałęzi prawa lub całego systemu prawa). Stąd też w zasadzie – mimo nazwy „analogia” – brak tu porównywania ze sobą jakichkolwiek sytuacji faktycznych i ustalanie (nie)istnienia między nimi istotnego podobieństwa. Co dodatkowo znamienne, analogią *iuris* – tak jak analogią *legis* – wolno się posłużyć tylko wtedy, gdy nie wystarczy posłużenie się zasadami wykładni prawa. Do *analogi iuris* można ponadto sięgać raczej dopiero wtedy, gdy nie wystarczy skorzystać z „analogii z przepisu ustawy” (czyli wówczas, gdy nie obowiązuje taki przepis prawa stanowionego, jaki regulowałby przypadki podobne do przypadku, którego skutki prawne chcemy ustalić)⁵⁶.

Mimo *prima facie* całkowicie odmiennego ujmowania roli rozumowania *per analogiam* w systemie prawa anglosaskiego i systemie prawa kontynentalnego można próbować doszukiwać się w tym względzie również pewnych podobieństw. Pierwszy rodzaj analogii, zwany

55 Ponadto z analogii można tu też korzystać w celu wypełnienia luki zwanej luką *intra legem* (w wolnym tłumaczeniu „wewnątrz prawa”), a więc ilekroć treść przepisu prawa stanowionego jest nazbyt ogólna lub niejasna. W szczególności poprzez stwierdzenie zachodzenia podobieństwa pomiędzy przypadkami, w jakich dany przepis niewątpliwie znajduje swoje zastosowanie, a przypadkami, co do których zachodzą w tym względzie jakieś wątpliwości, można próbować kwalifikować te drugie przypadki za również objęte tym przepisem. Zob. M. Koszowski, *The Scope of Application of Analogical Reasoning in Statutory Law*, „American International Journal of Contemporary Research” 2017, nr 1, s. 23 i M. Koszowski, *Analogical Reasoning in Law*, Newcastle upon Tyne 2019, s. 172.

56 Por. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 381-383.

W przedmiocie analogii w polskiej literaturze teoretycznoprawnej, w tym rodzajów i modeli tego rozumowania, zob. zwłaszcza: J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966; E. Smoktunowicz, *Analogia w prawie administracyjnym*, Warszawa 1970; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 195-214; J. Wróblewski, *Statutory...*, s. 276-277, 299; M. Koszowski, *Analogical...*, s. 2-199; por. też L. Leszczyński, *op. cit.*, s. 249-255 oraz B. Brożek, *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007, s. 140-157.

Na temat analogii w Niemczech zob.: R. Alexy, R. Dreier, *Statutory...*, s. 89, 91, 106, 109, zob. też s. 78-82; w Argentynie: E. Zuleta-Puceiro, *op. cit.*, s. 40-41, 47, zob. też s. 37-40, 62-64; we Francji: M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 200-202, zob. też s. 174, 175-179; we Włoszech: M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 218-220, 224-225, 232, 243. Ogólnie na temat zakresu możliwego zastosowania argumentu z analogii i jego ograniczeń w prawie stanowionym i precedensowym zob. też M. Koszowski, *The Scope of Application of Analogical Reasoning in Statutory Law*, „American International Journal of Contemporary Research” 2017, nr 1 (7), s. 16-34; M. Koszowski, *The Scope of Application of Analogical Reasoning in Precedential Law*, „Liverpool Law Review” 2016, nr 1, s. 9-32; M. Koszowski, *Restrictions on the Use of Analogy in Law*, „Liverpool Law Review” 2016, nr 3, s. 137-151; M. Koszowski, *Analogical...*, s. 170-183.

Odnosnie do rodzajów luk w prawie, jakie są wyróżniane w systemach prawnych z rodziny *civil law*, zob. M. Koszowski, *O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 1, s. 109-120, 121-122 wraz z przywołaną tam literaturą.

analogią *legis* – w zakresie, w jakim służy do wypełnienia luk *extra legem* – jest bowiem w swej istocie bardzo zbliżony do stosowania w krajach z rodziny *common law per analogiam rationes decidendi* precedensów, jakie nie znajdują bezpośredniego zastosowania w rozpoznawanym przez sąd przypadku. Przy tym dotyczy to zwłaszcza postępowania w ten sposób w sprawach jeszcze nierozpoznanych (ang. *cases of first impression*), a więc sprawach, dla których brak jest wiążącego precedensu lub obowiązującego przepisu prawa stanowionego (dającej się z niego derywować normy prawnej)⁵⁷. Natomiast analogia, za pomocą której dochodzi do likwidacji luki *contra legem*, zdaje się mocno przypominać, przynajmniej w swoim ostatecznym rezultacie, anglosaską instytucję wyróżniania (ang. *distinguishing*). Na skutek bowiem skorzystania z tej ostatniej w stanie faktycznym sprawy obecnie rozpoznawanej nie znajduje zastosowania reguła precedensu, jaka obejmuje ten stan swoim bezpośrednim zakresem zastosowania. Z kolei, odwołującą się do ducha prawa lub ogólnych zasad prawa, analogię *iuris* można by próbować przyrównać do rozumowania, jakie stosuje anglosaski sędzia w sprawach jeszcze nierozpoznanych, których nie rozstrzyga on na podstawie analogii do którejś ze spraw precedensowych, lecz opierając się na własnych przemyśleniach i własnym sumieniu tudzież swoim poczuciu tego co rozsądne (w kontekście *common law* o analogii *iuris* będzie jeszcze mowa w punkcie następnym niniejszego rozdziału tego opracowania).

Należy tu jednak zauważyć, iż zarówno sięganie do analogii w celu wypełnienia luki *extra legem*, jak i luki *contra legem*, podobnie zresztą jak same te luki, stanowi w prawie kontynentalnym, a przynajmniej w polskim systemie prawnym, wyraźną rzadkość. W efekcie analogia *legis* traktowana jest tu jako coś wyjątkowego, jeśli nie mającego mieć zastosowanie w „prawdziwej ostateczności”. W związku z tym wyraźnie widoczny jest też nacisk, jaki kładzie się na konieczność zachowania przy korzystaniu z niej dużej ostrożności i powściągliwości. Charakterystyczne zaś dla systemów prawnych typu *common law* przejawy wnioskovania przez podobieństwo, w tym w szczególności te kryjące się pod postacią instytucji *distinguishing*, należą – o czym była mowa w pierwszej części niniejszego opracowania – do podstawowych i regularnie praktykowanych metod stosowania prawa. Jeśli więc nawet nie w samym sposobie dochodzenia do ostatecznej konkluzji, kolosalna różnica pomiędzy oboma systemami tkwi w częstotliwości (intensywności), z jaką korzysta się w nich z tego rodzaju wnioskovania.

Powyższa obserwacja ma też bezpośrednie przełożenie na sposób ujmowania istoty sądowego precedensu w krajach z obszaru *common law* i *civil law*. Chcąc dokonać tu jakiegoś komparatystycznego porównania, można by mianowicie stwierdzić, iż zarówno dla Polski, jak i innych państw z kontynentalnym systemem prawnym typowe wydaje się to ujęcie, które

57 Ponadto również w systemie prawa anglosaskiego na sprawy, które są wyraźnie przez prawo (ani stanowione, ani precedensowe) nieunormowane, drogą analogii rozciąga się przepisy ustaw normujące stany faktyczne podobne do stanu faktycznego obecnie rozpoznawanego przypadku – zob. tu np. R. Cross, *op. cit.*, s. 164-166 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 173-175.

w anglosaskiej doktrynie precedensu występowało pod nazwą *the rule model*⁵⁸. Brak jest tu natomiast zupełnie lub niemalże zupełnie modelu precedensu z analogii i mu podobnych⁵⁹. Co najwyżej – w zakresie, w jakim argumenty, zasady, powody, „polityki”, sposoby rozumowania, które przywoływane zostały przez sędziego dla wykazania prawidłowości nowo powstającego w wyniku wykładni prawa stanowionego „przepisu prawa” lub poczynionej przez niego pod to prawo subsumpcji konkretnego stanu faktycznego, są wykorzystywane do dokonywania wykładni/subsumpcji innych niż ten przepis/stan przepisów prawa stanowionego/ stanów faktycznych – można by tutaj mówić o obecności w systemach prawnych typu *civil law* też jakichś przejawów modelu precedensu z argumentów, zasad, przyczyn, „polityk” lub toku rozumowania. O nawiązywaniu do głównej idei takich ujęć istoty sądowego precedensu w tych systemach może świadczyć również dokonywanie przez pryzmat użytych przez funkcjonujące w nich trybunały (sądy) konstytucyjne argumentów, zasad, powodów, „polityk”, sposobów rozumowania oceny (nie)konstytucyjności innych przepisów prawa stanowionego niż ten, przy okazji oceny (nie)konstytucyjności którego te argumenty/zasady/powody/„polityki”/ sposoby zostały podane⁶⁰

3.7. Mniejszy zakres swobody w *a case of first impression* i konieczność oparcia sądowego rozstrzygnięcia na przepisie prawa stanowionego

Inaczej niż w *common law* przedstawia się też w Polsce – oraz innych państwach z obszaru *civil law* – kwestia postępowania w sprawach jeszcze nierozpoznanych, przez jakie można by

58 Taki sposób spojrzenia na dotychczas wydane orzeczenia sądowe, jaki sprowadza te orzeczenia do ogólnej reguły (zasady), obecny ma być w Niemczech, Włoszech, Hiszpanii i Francji – zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 48-50; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 127-129; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 148-149, 167-171, 182-183; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 280-281.

59 Ogólnie na to, że model precedensu oparty na analogii odgrywa w krajach z obszaru *civil law* znacznie mniejszą rolę niż w systemach prawa anglosaskiego, wskazują D.N. MacCormick i R.S. Summers (zob. D.N. MacCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 537).

Opisując problematykę polskiego orzecznictwa sądowego, w tym jego wpływ na stosowanie i interpretację prawa, modelu precedensu z analogii nie dopatrzili się w Polsce L. Morawski i M. Zirk-Sadowski (zob. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 229-230, 231, 245).

Odnosnie do istnienia modelu precedensu z analogii we Francji i Włoszech zob. jednak M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 127-129 i M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 168-169, por. jednak s. 182-183 (z których wynika, że we włoskiej praktyce orzeczniczej w zasadzie brak jest obecnie warunków dla funkcjonowania takiego modelu precedensu, przynajmniej na większą skalę).

60 Na tle Polski przejawów modelu argumentacyjnego można by się doszukiwać w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Nie zmienia to jednak faktu, iż w pierwszej kolejności orzeczenia pochodzące od tych sądów są tu postrzegane przez pryzmat generalno-abstrakcyjnych reguł prawa będących wynikiem sądowej wykładni – na ogół bardziej niedookreślonych od nich – przepisów prawnych zawartych w aktach prawa stanowionego. Por. też L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 245-246.

W przedmiocie występowania modelu precedensu z zasad/„przyczyn”/argumentów/toku rozumowania w Niemczech, Francji, Włoszech i Hiszpanii zob. odpowiednio: R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 22, 48-49; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 127-128, 129; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 148-149, 150, 167-169, 182-183; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 268, 280-281.

tu rozumieć przypadki, w których co do mającego w nich znaleźć zastosowania prawa żaden sąd wyższej instancji się jeszcze nie wypowiedział.

W *cases of first impression* anglosaski sędzia kierował się przede wszystkim własnym rozsądkiem i poczuciem sprawiedliwości, ogólnymi zasadami czy analogią do precedensów (ich *rationes*) ustanowionych w sprawach podobnych do sprawy aktualnie przez niego rozpoznawanej. W systemie prawa kontynentalnego brak orzeczenia poświęconego danej kwestii prawnej bynajmniej nie daje orzekającemu sędziemu aż tak dużej swobody. W takiej bowiem sytuacji kontynentalny sędzia nie tylko nie może kierować się tym, co jemu wydaje się słuszne lub pożądane, tudzież jakimiś ogólnymi zasadami, ale po pierwsze jest związany treścią znajdujących zastosowanie w przedłożonej mu sprawie przepisów prawa stanowionego, a po drugie jest obowiązany interpretować te przepisy według metod należących do kontynentalnego (polskiego, niemieckiego, francuskiego, hiszpańskiego, włoskiego itd.) *ius interpretandi*. Co więcej, nawet gdy dla rozpoznawanego przez niego przypadku brak jest jakiegokolwiek przepisu prawa stanowionego, który dawałby się w tym przypadku zastosować (co nie należy wcale do częstych sytuacji), sędzia ten dysponuje o wiele mniejszym zakresem uznania (swobody, dyskrekcji) niż jego anglosaski kolega. Wówczas, określając taki stan niekiedy mianem luki *extra legem*, przyjmuje się bowiem, że powinien on oprzeć swe rozstrzygnięcie na treści przepisów prawa stanowionego, jakie pozwala się zastosować w zawisłej przed nim sprawie *per analogiam*. Dopiero zaś gdy nie uda mu się znaleźć żadnego takiego przepisu, w „prawdziwej ostateczności”, może on czy to drogą analogii *iuris*⁶¹, czy to w jakimś inny sposób, w tym bezpośredni, odwołać się do jakichś ogólnych zasad (gałęzi, dziedziny, systemu prawa czy prawa jako takiego) tudzież panującej w danym porządku prawnym aksjologii. Powołanie się już jednak na to, co jemu samemu wydaje się rozsądne, zasadne lub sprawiedliwe, nie jest tu na ogół w ogóle możliwe⁶².

Jest tak dlatego, iż zgodnie z dominującą na Starym Kontynencie filozofią prawa (pozytywizmem prawniczym)⁶³ oraz ścisłym pojmowaniem na tym kontynencie zasady trójpodziału władzy, która zakłada, że sędziowie prawa tworzyć nie mogą⁶⁴, każdy wyrok sądowy *ex definitione* powinien mieć za swoją podstawę jakiś przepis prawa stanowionego.

61 Odnośnie do analogii *iuris* na tle polskiego porządku prawnego zob. J. Nowacki, *op. cit.*, s. 121-134; E. Smoktunowicz, *op. cit.*, s. 27-29; L. Morawski, *Zasady...*, s. 211-214.

62 Szczególnym wyjątkiem jest na tym tle art. 1 ust. 2 szwajcarskiego Kodeksu cywilnego z dnia 10 grudnia 1907 r., zgodnie z którym „w razie braku postanowień prawa stanowionego sąd powinien orzec zgodnie z prawem zwyczajowym, a w braku zaś i jego zgodnie z regułą, jaką sam byłby ustanowił, gdyby był ustawodawcą” [tłum. M.K.].

63 Na temat kierunku w filozofii prawa, jakim jest pozytywizm prawniczy, zob. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, wyd. 2, Kraków 1999, s. 21-59 oraz J. Oniszczyk, *Filozofia i Teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 376-518.

64 Można by powiedzieć, iż panuje tu swoista deklaratoryjna teoria prawa, z tym że zgodnie z nią prawo nie ma tkwić – tak jak zakładano w przypadku prawa anglosaskiego – w zwyczajach czy nakazach rozumu, lecz w przepisach prawa stanowionego (takiego przyrównania deklaratoryjnej teorii prawa precedensowego do, dopuszczającej jedynie odwrotną rolę interpretatora tekstu prawnego, deklaratoryjnej teorii wykładni [prawa stanowionego] dokonuje np. L. Morawski – zob. L. Morawski, *Główne...*, s. 270).

Jeśli zaś nie jest to możliwe – np. z powodu nieprzewidzenia przez prawodawcę możliwości wystąpienia w życiu sytuacji danego rodzaju i biorącego się stąd braku odpowiedniego legislacyjnego rozwiązania – podstawą takiego wyroku powinno być coś o charakterze obiektywnym, jak: zwyczaj, zasada, ewentualnie duch prawa. Brak jest tu natomiast na ogół możliwości – przynajmniej oficjalnego – oparcia sądowego rozstrzygnięcia na własnych poglądach/zapatrywaniach/wizjach składu orzekającego. Również któreś z poprzednio wydanych orzeczeń nie może tutaj posłużyć za samoistną podstawę wydawanego wyroku (co jednak znamienne, nie przeszkadza to mówić na tle francuskiego prawa administracyjnego i pewnych dziedzin prawa we Włoszech o istnieniu *case law*)⁶⁵. Wymóg wskazania

Przy tym z podsztytym deklaratoryjnym punktem widzenia oficjalnym lub quasi-oficjalnym zakazem tworzenia prawa przez sądy mamy do czynienia w przypadku Polski, Włoch, Niemiec, a w jakimś sensie także w przypadku Hiszpanii. W maksymalnej chyba swej rozciągłości zakaz ten obowiązuje natomiast we Francji. Co znamienne, jak zauważa to L. Morawski, w Polsce za deklaratoryjnym sposobem spoglądania na prawo oficjalnie opowiada się [nawet] – będący najbardziej kreatywnym z polskich organów sądowych – Trybunał Konstytucyjny (zob. L. Morawski, *Główne...*, s. 270-271). W Niemczech zaś zakaz tworzenia prawa przez sądy ma być szczególnie widoczny w domenie prawa karnego oraz administracyjnego, a także w dziedzinach, w stosunku do których uważa się, że państwo powinno prowadzić swoją politykę za pomocą aktów legislacyjnych przyjmowanych przez parlament. Tutaj też, jak się wskazuje, pewien wpływ na to, że sądy mają być jedynie odkrywcami, a nie twórcami prawa, miała mieć, działająca pod egidą F.C. Savigniego i G.F. Puchty, tzw. Historyczna Szkoła Prawa. O poglądach tej szkoły mówi się zresztą, iż stanowiły klasyczny przypadek teorii deklaratoryjnej. Podobne stanowisko w tym względzie przejawiał w Niemczech również B. Windscheid, który zasadniczo dopuszczał istnienie tylko dwóch źródeł prawa: ustaw i prawnych zwyczajów, nie widząc już miejsca wśród takich źródeł dla orzeczeń sądowych. We Włoszech prawotwórstwo sądowe jest niedopuszczalne przynajmniej w teorii. Nie jest ono również mile widziane w oczach judykatury postrzeganej jako całość w Hiszpanii. We Francji z kolei za jedyne oficjalne źródło prawa, w myśl monteskiuszowskiej zasady trójpodziału władzy, ma uchodzić prawo stanowione, a przez to też sędziom prawo ma być wolno jedynie stosować (mają być oni niczym więcej jak tylko „ustami ustawy”) – które to przeświadczenie ma być to jeszcze dość mocno uwarunkowane historycznie oraz sięgać czasów rewolucji francuskiej. Francuskich sądów ma się nawet nie uznawać za odrębną władzę, traktując je jako – obok jej administracyjnego odłamu – część władzy wykonawczej [a więc tej, która ma posłuszenie wykonywać decyzje władzy ustawodawczej i nie wkraczać w prawodawcze kompetencje tej ostatniej].

Odnosnie do zakazu sądowego tworzenia prawa w państwach wymienionych powyżej zob. odpowiednio: L. Morawski, *Zasady...*, s. 18-22; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 226, 233-234, 235-236, 242-244, 251-252, 255-256; J. Wróblewski, *Statutory...*, s. 305-306; R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 33-34, 40-42; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 158, 171; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 272, 279, 289-290; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 112-115, 117-119, 133-134, 137-138; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 203-204, 211; M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 246.

⁶⁵ Tak jest we Francji, Hiszpanii, Włoszech i Niemczech. Przy tym w tych trzech ostatnich – obok przepisu prawa stanowionego – w drodze wyjątku dopuszczalne jest wydanie wyroku na podstawie zwyczaju lub ogólnej zasady systemu prawa. Ponadto w Niemczech w prawie prywatnym, ilekroć brak jest przepisu prawa stanowionego, jaki nadawałby się na podstawę rozstrzygnięcia zawisłej w sądzie sprawy, przyjmuje się, że rozpoznający tę sprawę sędzia może – a nawet musi, by prawidłowo wypełnić swoje obowiązki – oprzeć swój wyrok na ogólnych założeniach (podstawach) prawa, które są istotne dla stosunku prawnego, o jakim przyszło mu orzekać. Zob. M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 111, 117-118, 119, 133-134; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 211; R. Cross, *op. cit.*, s. 10; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 10-11; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 276; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 158, 169; R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 33-34, zob. też s. 40-42. W przedmiocie Polski zob. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 231, 233-234, 236. Ogólnie odnośnie do krajów, w których obowiązują kodeksy, w odróżnieniu od krajów *common law*, zob. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, R.S. Summers, J. Wróblewski, *On Method and Methodology*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 16.

jako podstawy rozstrzygnięcia przepisu prawa stanowionego potęguje przy tym w sprawach karnych i podatkowych, mająca w krajach z rodziny *civil law* często rangę konstytucyjną, zasada *nullum crimen, nulla poeana sine lege* i zasada *nullum tributum sine lege*. Zgodnie bowiem z tymi zasadami skazanie za popełnienie przestępstwa i wymierzenie za nie kary oraz nałożenie podatku może nastąpić jedynie na podstawie ustawy (jej przepisu)⁶⁶.

Również powoływanie się na orzecznictwo sądowe w dyskursie prawnym odbywa się w krajach z systemem prawa kontynentalnego na ogół wraz z jednoczesnym zaznaczeniem tego, którego z przepisów prawa stanowionego przywoływane orzeczenie dotyczy⁶⁷.

3.8. Brak podejmowania dyskusji w judykaturze w przedmiocie tego, jak powinno się korzystać z dotychczas wydanych orzeczeń sądowych, oraz słabsza znajomość tych orzeczeń

W kontynentalnej judykaturze – zupełnie odmiennie niż u Anglosasów – nie dyskutuje się za wiele na temat zasad i sposobu, w jaki powinno się korzystać z dotychczasowego dorobku sądowego orzecznictwa. Rozważania w tym przedmiocie prowadzi się co najwyżej w literaturze, i to niekoniecznie jeszcze na jakimś wyeksponowanym miejscu. Wydane w przeszłości orzeczenie sądowe bynajmniej nie zajmuje tu centralnego miejsca, jeśli chodzi o źródła prawa czy dywagacje nad prawem jako takim. Przykładowo, jak się podaje, w niemieckiej judykaturze miało się odbyć tylko kilka dyskusji w tym temacie⁶⁸.

Na marginesie warto w tym miejscu również odnotować, iż inaczej niż w systemie prawnym typu *common law*, zwłaszcza gdy za jego przykład przyjmiemy Wielką Brytanię, wygląda stosunek kontynentalnych sędziów do opinii i poglądów przedstawicieli nauki prawa. Inna wydaje się też na Starym Kontynencie rola tych ostatnich w interpretacji (krytyce, systematyzacji) dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych. Co do zasady w krajach z kręgu *civil law* sędziowie zwykli bowiem liczyć się ze zdaniem akademików, zwłaszcza profesorów prawa, w tym również – jeśli nie w szczególności – tych nadal żyjących. Przy tym zdanie takie może być wyrażone zarówno w podręcznikach, artykułach naukowych lub opracowaniach monograficznych, jak i w komentarzach do poszczególnych ustaw (kodeksów), glosach (krytycznych, aprobujących) do konkretnych orzeczeń czy też innych jeszcze rodzajach publikacji. Znaczenie dla sędziów orzekających w danej sprawie może mieć tu nawet treść specjalnie przygotowanych z myślą o tej sprawie lub występujących w niej kwestii prawnych opinii (ekspertyz, memorandumów), jakie zamówiono u któregoś ze znanych przedstawicieli nauki prawa. Co więcej, kontynentalni sędziowie nie tylko posiłkują się zapatrywaniami akademików na to, jak prawo wygląda lub powinno wyglądać

66 Na gruncie polskiego porządku prawnego por. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 236.

67 Zob. np. w odniesieniu do Hiszpanii: A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 276.

68 Zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 24, 28, 50; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 157, 163-164, 167, 171-172; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 269-270, 279-280, 282, 289-290.

w materiałach prawnych, w jakich sami nie wyrobili sobie stanowiska, ale zapatrywania takie mogą ich skłonić również do tego, by odstąpili od stanowiska, jakie dotychczas w danej kwestii prawnej zajmował sąd, w ramach którego orzekają, lub nawet sąd nad tym sądem przełożony łącznie z sądem najwyższej instancji. Ogólnie też tzw. doktrynę prawniczą, pod którym to pojęciem rozumie się właśnie poglądy przedstawicieli nauki prawa, zwykło się w krajach z rodziny *civil law* nieraz – jak np. w Polsce i Francji – uważać za jedno ze źródeł prawa – aczkolwiek niesamoistne i niewiążące⁶⁹.

Co natomiast istotne – przeciwnie niż u Anglosasów – w państwach z obszaru *civil law* na ogół nie zakłada się po stronie profesjonalnych pełnomocników procesowych pełnej znajomości orzeczeń, jakie dotychczas zostały wydane przez sądy wyższej i najwyższej instancji. W państwach tych w zupełności wydaje się wystarczać dobra, a nie doskonała znajomość orzecznictwa sądowego. Tym bardziej niezmiernie trudno byłoby na tle systemów prawa kontynentalnego mówić o – takim, jaki występuje w Wielkiej Brytanii – obowiązku po stronie pełnomocników procesowych przytaczania w postępowaniu przed sądem również tych z dotychczas zapadłych wyroków sądowych, które są niekorzystne dla ich klienta⁷⁰.

3.9. Zdecydowanie większa liczba spraw na wokandzie w sądach najwyższej instancji oraz często trzecioinstancyjny charakter tych sądów

Co znamienne, sądy najwyższej instancji zarówno w Polsce, jak i w innych krajach z kręgu *civil law* rozpoznają rocznie o wiele więcej spraw aniżeli Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa.

69 Zob. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 241, 247; L. Morawski, *Zasady...*, s. 190; J. Wróblewski, *Statutory...*, s. 280-281, 294, 303; R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 24, 35-36, 55; R. Alexy, R. Dreier, *Statutory...*, s. 90, 118; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 123, 129-130, 132; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 189; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 152, 155, 157, 161, 173-174; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 283; E. Zuleta-Puceiro, *op. cit.*, s. 50. Por. też komparatystyczne uwagi, jakie w tym przedmiocie, są sformułowane w: R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 474. Co jednak znamienne, we Włoszech odwoływanie się w sądowym uzasadnieniu do poglądów konkretnego przedstawiciela nauki prawa (z imienia i nazwiska) miało być dawniej – tj. przynajmniej jeszcze w latach 80. – zakazane (zob. M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 229, 230, 254-255 i M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 184). Zresztą do całkiem niedawna nawet orzecznictwo sądowe miało nie być tu przedmiotem zainteresowania jako źródło prawa – z powodu, jak się podaje, skupienia się na supremacji legislatury oraz pojmowania w sposób *stricte* formalistyczny ipozytywistyczny zasady rządów prawa (zob. M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 171).

70 W Niemczech od zawodowych prawników wymaga się jednak, by posiadali wiedzę w zakresie orzeczeń wydanych dotychczas przez sądy wyższej instancji. Przy tym do wymogu tego podchodzi się na tyle poważnie, iż w razie braku posiadania takiej wiedzy i spowodowania nim szkody po stronie klienta na niemieckim prawniku ciąży ma obowiązek odszkodowawczy. Podobne wymagania odnośnie do znajomości orzecznictwa sądowego, jakie może mieć znaczenie dla rozpoznania sprawy, w której występują, stawia się też pełnomocnikom procesowym we Włoszech (choć, jak się wskazuje odnośnie do tutejszego Sądu Najwyższego, włoscy sędziowie nie polegają na dotychczas wydanych orzeczeniach, jakie przytoczą im strony postępowania [reprezentujący je prawnicy], lecz w celu odszukania takich orzeczeń mają do dyspozycji własne odpowiednie zaplecze). Zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 24, 31; R. Alexy, R. Dreier, *Statutory...*, s. 90; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 152; M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 251. Ogólnie na temat wymogu powoływania się na dorobek orzecznictwa sądowego w krajach z obszaru *civil law* zob. R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 487, 489.

stwa (dawny Komitet Apelacyjny Izby Lordów)⁷¹ czy Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych⁷², będąc przez to na ogół przeładowane nadmiarem napływających do nich skarg. Taki nadmiar – abstrahując już od tego, że ogólnie może się przekładać na gorszą jakość adiu dykacji – ma stanowić też główny powód, bardzo uciążliwej dla stron, przewlekłości postępowań przed tymi sądami⁷³.

Co więcej, w państwach z systemem prawnym typu *civil law* możliwość odwołania się do sądu najwyższej instancji nie jest często uzależniona od dyskrekcji orzekających w tych sądach sędziów lub w jakiś inny szczególnie utrudniona. W efekcie sądy te działają

71 W 1990 r. podawano, że Komitet Apelacyjny Izby Lordów rozstrzyga rocznie ok. 30 apelacji wnoszonych od wyroków pochodzących od sądów angielskich. W 1995 r. miało być to 67 apelacji. Obecnie zaś szacuje się, że Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa będzie rozpoznawał – prawdopodobnie – ok. 60-80 apelacji rocznie (nie licząc podwójnie spraw skonsolidowanych lub połączonych). Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 14; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 318; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 18.

72 W świetle danych z lat 80. sąd ten miał rozpoznawać ok. 5 000 spraw rocznie, sporządzając 150 uzasadnień sądowych (w 2000 r. operuje się tu liczbą rządu 100 takich uzasadnień). Przy tym większość tych spraw miała dotyczyć badania zgodności ustaw i działań organów administracji z Konstytucją Stanów Zjednoczonych Ameryki, a ok. 80-90 z nich poruszały problemy związane z interpretacją treści ustawowych. Na jednego sędziego zasiadającego w tym sądzie miało też w tym czasie przypadać do napisania ok. 20 uzasadnień większościowych rocznie (zob. R.S. Summers, *Statutory...*, s. 408, 454 oraz M.L. Cohen, K.C. Olson, *Legal Research in a Nutshell*, St. Paul 2000, s. 51). Na przełomie XX i XXI wieku do tego sądu miało być zaś wnoszonych ponad 7000 apelacji na rok, z których sąd ten przyjmował do rozpoznania 75-87. Rocznie rozpatrywał on też wtedy 71-77 spraw, podając podpisane uzasadnienie. Rozstrzygnięte przez niego wówczas sprawy konstytucyjne oscylowały natomiast w przedziale 16-27 każdego roku, co stanowiło 23,9-36,5% wszystkich spraw rozpoznanych przez niego rocznie wraz z przedstawieniem podpisanego uzasadnienia (zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 260, przypis 142, zob. też s. 299, przypis 141).

Z kolei Sąd Najwyższy Stanu Nowy Jork miał w 1995 r. rozpoznać 340 spraw, obecnie sporządzając uzasadnienia w ok. 175 sprawach rocznie (zob. R.S. Summers, *Precedent...*, s. 359 oraz informacje na stronie: <https://www.nycourts.gov/ctapps/outline.htm>).

73 Francuski Sąd Najwyższy (*Cour de cassation*) ma rozstrzygać rocznie grubo ponad 20 000 spraw (z czego jakąś nowość do dotychczasowego stanu orzecznictwa ma wnosić tylko ok. 300 z nich), a francuski odpowiednik Naczelnego Sądu Administracyjnego (*Conseil d'État*) – notabene pełni on również funkcje opiniodawcze w ramach procesu legislacyjnego – w 1991 r. miał rozpoznać 11 000 spraw. Przy tym czas oczekiwania na rozpoznanie danej sprawy może wynosić tu nawet kilka lat. W Hiszpanii Sąd Najwyższy ma rozstrzygać rocznie ponad 25 000 spraw a Trybunał Konstytucyjny niespełna 300. Z kolei włoski Sąd Najwyższy (*Corte di Cassazione*) ma rozpoznawać rocznie ok. 12 000 spraw cywilnych i przeszło 30 000 spraw karnych, a włoski Naczelny Sąd Administracyjny (*Consiglio di Stato*) kilka tysięcy spraw. Obciążenie włoskiego Trybunału Konstytucyjnego (*Corte costituzionale*) ma z kolei wynosić 300-400 spraw na rok. W Niemczech federalny Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof*) w 1987 r. miał rozpoznać 4 297 spraw cywilnych i 3 711 spraw karnych, a Federalny Sąd Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) w 1998 r. rozstrzygnąć 3 702 sprawy, z czego 3 613 stanowiły obywatelskie skargi konstytucyjne. W Argentynie Sąd Najwyższy w maju 1987 r. miał rozpoznać 443 sprawy, podczas gdy zaległych na jego wokandzie spraw miało być w tym miesiącu 3 583 – zob. M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 105-106; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *op. cit.*, s. 209; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 14; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 144; M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 214, 215; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 262; R. Alexy, R. Dreier, *Statutory...*, s. 115-116; E. Zuleta-Puceiro, *op. cit.*, s. 31. W Polsce Sąd Najwyższy miał w latach 80. rozpoznawać 7 000 do 10 000 spraw rocznie, a obecnie rozpoznaje ok. 10 000 spraw. Przy tym wpływa do niego nieco więcej spraw aniżeli zostaje rozstrzygniętych, co tym samym przekłada się na zaległości i związaną z nimi przewlekłość postępowania (zob. odpowiednio: J. Wróblewski, *Statutory...*, s. 302 oraz *Informacja o działalności Sądu Najwyższego w roku 2013*, Warszawa 2014, http://www.sn.pl/osadzienajwyzszym/Dzialalnosc_SN/Dzialalnosc_SN_2013.pdf, s. 4). Do polskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego w 2014 r. wpłynęło niespełna 18 000 spraw, podczas gdy rozpatrzył on ok. 15 000 spraw (co stanowiło tylko 40% spraw będących w tym czasie na jego wokandzie), a 22 064 z wniesionych do niego skarg kasacyjnych pozostało nierozpatrzone (zob. *Sprawozdanie roczne za 2014 r.*, Warszawa 2014, <http://www.nsa.gov.pl/download.php?plik=923>, s. 21).

niez jako sądy trzeciej instancji, a nie sądy *stricte* precedensowe, tj. takie, które zajmują się sprawami szczególnie godnymi uwagi, jakie wymagają wydania w nich „precedensowego” rozstrzygnięcia⁷⁴.

74 We Francji i Włoszech ani Sąd Najwyższy, ani Naczelny Sąd Administracyjny nie dysponują jakimkolwiek instrumentem, który pozwalałby im na dokonanie wstępnej selekcji wnoszonych do nich skarg. To samo dotyczy włoskiego Trybunału Konstytucyjnego. W efekcie wskazuje się, że sądy te funkcjonują w praktyce jako sądy trzeciej instancji. Analogicznie kwestia ta wygląda w Hiszpanii, gdzie możliwości odrzucenia *a limine* przez sądy najwyższej instancji środka zaskarżenia są raczej nikłe i dotyczą wyłącznie przypadków poważnych i nieusuwalnych błędów formalnych oraz oczywistego naruszenia prawa lub stanowiących próbę obejścia prawa/ dokonania prawnego lub proceduralnego „oszustwa” (choć trzeba zauważyć, iż skarga konstytucyjna może zostać tu odrzucona bez jakiegos dodatkowego uzasadnienia, gdy za jej negatywnym rozpatrzeniem przemawia treść któregoś z dotychczasowych orzeczeń hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego; kasację zaś w prawie karnym można odrzucić tutaj na tej podstawie, iż sprawa, w jakiej ją wniesiono, jest zasadniczo podobna do spraw, w jakich poprzednio skargi kasacyjne zostały w tym prawie oddalone). Poważniejsze ograniczenia w odwoływaniu się do sądów najwyższej instancji tudzież w występowaniu ze skargami konstytucyjnymi można spotkać natomiast na gruncie niemieckim. Zob. M. Troper, Ch. Grzegorzczuk, *op. cit.*, s. 104, 106; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 146; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *op. cit.*, s. 263; M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 215, 241, 250-251; R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 19-21 (stan na ok. 1996 r.). Odnośnie do Argentyny lat 80. zob. w tym względzie: E. Zuleta-Puceiro, *op. cit.*, s. 31.

W Polsce – zgodnie z art. 398⁹ Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296 z późn. zm.) – przyjęcie przez Sąd Najwyższy skargi kasacyjnej do rozpoznania jest uzależnione w sprawach cywilnych od wystąpienia przynajmniej jednej z następujących przesłanek: a) w sprawie występuje istotne zagadnienie prawne, b) istnieje potrzeba wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie sądowym, c) zachodzi nieważność postępowania lub d) skarga kasacyjna jest oczywiście uzasadniona. Przy tym dwie pierwsze z tych przesłanek wydają się w wysokim stopniu ocenne/uznaniowe. Inne ograniczenia we wnoszeniu skargi kasacyjnej, ale już pozbawione elementów ocennych/uznaniowych, w procedurze cywilnej przewiduje art. 398² Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296 z późn. zm.) – dotyczą one głównie spraw mniejszej wagi. W postępowaniu karnym merytoryczne przesłanki dla wnoszenia kasacji zostały w Polsce określone w art. 523 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 z późn. zm.).

Oprócz skargi kasacyjnej od prawomocnych wyroków wydawanych w sprawach z zakresu prawa prywatnego i prawa administracyjnego, przynajmniej teoretycznie, przysługuje w Polsce jeszcze skarga odpowiednio do Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, o jakiej stanowią art. 424¹-424²³ Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296 z późn. zm.) i art. 285a-285l Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 z późn. zm.). W praktyce skuteczność takiego środka odwoławczego wydaje się jednak mocno wątpliwa. Środek ten służy bowiem nie do wzruszenia zapadłego w danym przypadku orzeczenia, lecz jego uwzględnienie skutkuje koniecznością wypłaty przez państwo polskie rekompensaty za szkodę, jaką poniosła strona na skutek wydania w jej sprawie wyroku niezgodnego z prawem. Znając zatem polskie realia społeczno-polityczne, należy przewidywać raczej niską liczbę przypadków, w których polski Sąd Najwyższy i Naczelny Sąd Administracyjny będą w stanie przyznać, iż któryś z podległych im sądów niższej instancji, przez wydanie takiego, a nie innego wyroku w zawisłej przed nim sprawie, naruszył obowiązujące prawo w stopniu uzasadniającym wypłacenie z tego tytułu odszkodowania. W przeciwnym zresztą razie, tj. w sytuacji potraktowania przez te sądy skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jak zwykłego środka odwoławczego, spodziewać by się należało oporu ze strony rządu polskiego, a także niezadowolenia u członków polskiego społeczeństwa. Wszak to oni – jako podatnicy – będą ostatecznie ponosić koszty rekompensat spowodowanych wadliwą pracą polskiego sądownictwa.

Innym jeszcze środkiem zaskarżania prawomocnych orzeczeń do Sądu Najwyższego (wydanych przez sądy powszechne i wojskowe) jest w Polsce nowo wprowadzona skarga nadzwyczajna, jaką regulują art. 89-95 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.). Może być ona wniesiona, jeśli jest to konieczne do zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, a ponadto występuje przynajmniej jedna z następujących okoliczności: a) skarżone orzeczenie narusza zasady lub wolności i prawa człowieka i obywatela określone w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, b) skarżone orzeczenie w sposób rażący narusza prawo przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, c) zachodzi oczywista sprzeczność istotnych

Jeśli chodzi o samą Polskę, to należy również zauważyć, iż nie ma tutaj też takiej instytucji jak angielski *leap-frogging*, tj. możliwości wniesienia apelacji/kasacji do Sądu Najwyższego z ominięciem postępowania przed sądem apelacyjnym. Jakiegoś podobieństwa w tym względzie można by się tu co najwyżej dopatrywać w, zachodzącej po stronie polskich sądów apelacyjnych, opcji zwrócenia się do Sądu Najwyższego z prośbą o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości (wymagającego zasadniczej wykładni przepisów ustawy), jakie wyłoniło się w aktualnie rozpoznawanej przez nie sprawie. W razie bowiem otrzymania takiej prośby polski Sąd Najwyższy władny jest nie tylko orzec co do takiego zagadnienia, ale również – jeśli uzna to za wskazane – przejąć zawisłą przed sądem apelacyjnym sprawę do własnego rozpoznania⁷⁵.

4. Konkluzje

Wydaje się, że z poczynionego w powyższych punktach porównania wyraźnie wynika, iż kontynentalny, w tym polski, sposób wykorzystywania dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych do celów wykładni i stosowania prawa znacznie różni się od podejścia, jakie przejawiają w tym

ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego. Przy tym do jej wystosowania – w terminie 5 lat od dnia uprawomocnienia się mającego zostać zaskarżonym orzeczenia, a jeżeli od orzeczenia tego została wniesiona kasacja albo skarga kasacyjna w terminie roku od dnia rozpoznania tych środków – uprawniony jest Prokurator Generalny, Rzecznik Praw Obywatelskich, a w zakresie swojej właściwości Prezes Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, Rzecznik Praw Dziecka, Rzecznik Praw Pacjenta, Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego, Rzecznik Finansowy, Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców i Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W przypadku Naczelnego Sądu Administracyjnego wniesienia skargi kasacyjnej nie jest w Polsce obwarowane jakimiś szczególnymi warunkami i z reguły jest dopuszczalne od każdego wyroku wydanego przez wojewódzki sąd administracyjny – zob. art. 173 § 1 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 z późn. zm.). Nie jest to jednak, jak by się z pozoru mogło wydawać, rozwiązanie nadzwyczajne, wręcz przeciwnie. Zgodnie bowiem z art. 176 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.) każde postępowanie sądowe – niezależnie od jego rodzaju – powinno być w Polsce co najmniej dwuinstancyjne. Ponieważ zaś na strukturę polskiego sądownictwa administracyjnego składają się obecnie poza Naczelnym Sądem Administracyjnym tylko wojewódzkie sądy administracyjnych, sąd ten pełni w niej funkcję nie tyle sądu najwyższego, ile sądu drugiej instancji.

Jeśli chodzi natomiast o przysługującą podmiotom indywidualnym skargę do polskiego Trybunału Konstytucyjnego (na niekonstytucyjność aktu prawa stanowionego, jego przepis(y), na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej ostatecznie orzekł o wolnościach, prawach lub obowiązkach konstytucyjnych danej jednostki), to w zasadzie jej wnoszenie nie napotyka żadnych istotnych ograniczeń (nie może ona jednak dotyczyć prawa do azylu i przyznania statusu uchodźcy). Poza koniecznością sporządzenia jej przez adwokata lub radcę prawnego (tzw. przymus adwokacko-radcowski) w celu jej wystosowania wystarczy bowiem wyczerpać normalny tok instancji („drogę prawną”), zmieścić się w terminie trzech miesięcy od daty, w której otrzymało się ostatni wyrok (decyzję lub inne jeszcze rozstrzygnięcie), dołączyć ten wyrok (decyzję lub inne jeszcze rozstrzygnięcie) i udokumentować datę jego otrzymania oraz wskazać, które dokładnie i dlaczego wolności lub prawa konstytucyjne i przez jaki dokładnie niekonstytucyjny przepis(y) aktu prawa stanowionego, na podstawie którego została rozstrzygnięta sprawa skarżącego, zostały naruszone – 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 i art. 77 ust. 1 Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072)).

⁷⁵ Zob. art. 390 § 1 Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296 z późn. zm.) oraz art. 441 § 1 i 5 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 z późn. zm.).

względzie sędziowie i prawnicy anglosascy⁷⁶. Stąd też określanie wyroków polskich sądów mianem „precedensów sądowych” może wprowadzać w błąd, powodując mniejszy lub większy zamęt pojęciowy. Stosowanie takiej terminologii może przede wszystkim rodzić – całkowicie w swej istocie błędne – przeświadczenie o występowaniu znacznych podobieństw pomiędzy rolą, jaka przypada w procesie wykładni i stosowania prawa orzecznictwu sądowemu w kontynentalnych i anglosaskich porządkach prawnych, nie ukazując przy tym w żaden sposób różnic, o jakich była mowa w pkt 3.1.-3.9. niniejszego rozdziału tego opracowania. Dlatego też znacznie lepszym rozwiązaniem wydaje się postrzeganie kontynentalnych, w tym polskich, orzeczeń sądowych w kategoriach formalnie wiążącej lub mającej wpływ na orzekanie w innych sprawach sądowej wykładni prawa – bez jakiegokolwiek odwoływania się do instytucji sądowego precedensu.

Przeciwko tak ostrej tezie można by jednak podnieść dwa kontrargumenty. Po pierwsze również w krajach z obszaru *common law* zwykło się używać nazwy „precedens” na oznaczenie formalnie niewiążącego w danej sprawie wyroku sądowego. O takim wyroku mówi się tu bowiem jako o „precedensie perswazyjnym”⁷⁷. Ripostując, od razu należy jednak zauważyć, iż również na tle takich niewiązących (perswazyjnych) precedensów na gruncie anglosaskiej

76 Jak ogólnie wskazuje F. Schauer: „Although convergence is the sophisticated position these days, it is wise not to be too sophisticated. In style, tone, attitude, and even to some extent formal structure, common-law legal systems genuinely do differ from civil-law legal systems”. Zob. F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 108.

Nieco mniej radykalni wydają się pod tym względem D.N. MacCormick i R.S. Summers. Mimo bowiem dostrzegania szeregu „uderzających” różnic w sposobie korzystania z dorobku orzecznictwa w krajach z systemem prawnym typu *common law* i *civil law*, jednocześnie sugerują oni, iż większość z tych różnic może okazać się jedynie powierzchowna, a w rzeczywistości może zachodzić tu „funkcjonalne podobieństwo”, jeśli nie nawet równoważność – zob. D.N. MacCormick, R.S. Summers, *op. cit.*, s. 540.

77 Pod terminem precedensu perswazyjnego rozumie się w systemach prawa anglosaskiego zwłaszcza: a) orzeczenia pochodzące od sądu niższej instancji aniżeli sąd, przed którym toczy się postępowanie w sprawie, w jakiej się na te orzeczenia powołuje; b) orzeczenia sądów mających siedzibę w innym stanie lub innej jurysdykcji, ewentualnie c) orzeczenia wydane przez sądy z innych państw należących do rodziny *common law*. Poza tym nazwę „precedens perswazyjny” stosuje się tu czasem na określenie precedensu, którego stan faktyczny (tudzież poruszona w nim kwestia prawna) jest odmienny od stanu faktycznego (kwestii prawnej), jaki występuje w sprawie aktualnie przez sąd rozstrzyganej – tj. na oznaczenie precedensu dającego się zastosować w tej sprawie drogą odległej analogii. Ponadto w przypadku Stanów Zjednoczonych – i innych państw federacyjnych z systemem prawnym typu *common law* – oprócz już samych wyroków, w których zostały zinterpretowane jednakowo lub podobnie brzmiące przepisy ustaw obowiązujących w innych stanach (prowincjach, jurysdykcjach), za precedens perswazyjny mogą uchodzić także wyroki pochodzące od sądów, zwłaszcza najwyższych, jakie gdy wydane przez sądy federalne podejmują problemy prawa stanowego, a gdy wydane przez sądy stanowe dotyczą prawa federalnego. Zob. R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford 1968, s. 4, 5, 37; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 4, 5, 41; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 82, 158; Ch.R. Calleros, *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006, s. 55, 63, 79, 80, 81, 82; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, New York 2006, s. 69-72, 74, zob. też s. 77-82; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 323; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 359; D. McFadzean, G. Ryan, *Legal Method*, Dundee 2010, s. 76; P.M. Perell, *Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument*, <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques>, s. 1, 4, 8; L. Morawski, *Główne...*, s. 259; zob. też R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 348-349 oraz F. Schauer, *Thinking...*, s. 38-40.

praktyki orzeczniczej istotny jest podział na *ratio decidendi* oraz *obiter dicta*. Przy tym *ratio* perswazyjnego precedensu ma mieć oczywiście większą moc/siłę (w tym przypadku perswazyjną) aniżeli jego *dicta*⁷⁸. Uważa się nawet czasem, że moc takiego *ratio* – nawiasem mówiąc – jest większa aniżeli moc *obiter dictów* z precedensu prawnie wiążącego⁷⁹. Tego zaś rodzaju dystynkcji – z oczywistych względów – nie można już jednak stosować wobec wyroków kontynentalnych, w przypadku których podział na *ratio decidendi* i *obiter dicta* na ogół w ogóle nie występuje⁸⁰.

Powyższa uwaga nie zmienia faktu, iż w opracowaniach komparatystycznych poświęconych porównywaniu kontynentalnych systemów prawa z systemem prawa anglosaskiego upowszechniło się posługiwanie terminem: „precedens” zarówno w odniesieniu do wyroków sądowych wydawanych przez sądy z krajów z rodziny *civil law*, jak i przez sądy z państw z obszaru *common law*. Przy tym dla odróżnienia ich od precedensów anglosaskich kontynentalne orzeczenia sądowe (ich efekt, moc) nazywa się tu precedensami perswazyjnymi (ang. *persuasive*) bądź *de facto*⁸¹. Dla zbiorczego (ogólnego) zaś podkreślenia odmiennego charakteru postrzegania dotychczas wydanych orzeczeń sądowych na Starym Kontynencie ucieka się w takich opracowaniach do określenia „doktryna perswazyjnego precedensu” (ang. *a doctrine of persuasive precedent*) – co stanowić ma jakąś przeciwwagę dla panującej np. w Anglii i Walii doktryny ściśle wiążącego precedensu (ang. *a doctrine of strictly binding precedent*)⁸².

Po drugie zostawiając na boku zastaną praktykę nazewniczą – choćby z tego powodu, iż z faktu, że się ona wykształciła, nie można wywodzić wniosku, że nie jest ona błędna – warto skupić się na kolejnym, poważniejszym, z kontrargumentów. Można mianowicie podnieść, iż w celu ustalenia tego, czy w stosunku do Polski i innych państw z systemem prawnym typu *civil law* prawidłowe jest używanie nazwy „precedens sądowy”, powinno się porównywać orzeczenia sądowe, jakie zapadają w tych państwach, nie z wyrokami, jakie w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii wydawane są w domenie tzw. *case* lub *common law*, lecz jakie zapadają tam w prawie stanowionym. Te bowiem, analogicznie jak wyroki sądów z obszaru *civil law*, są wydawane w wyniku interpretacji przepisów prawa stanowionego i, co więcej, w powszechnym użyciu są również – tak jak orzeczenia zapadające w *case/common law* – określane mianem precedensów. Do tego też kontrargumentu będzie odnosił się następny rozdział niniejszego opracowania.

78 Zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 80; R. Cross, *op. cit.*, s. 37 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 41.

79 R. Cross, *op. cit.*, s. 37 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 41.

80 Przy tym na to, iż nie wydaje się, by był prosty albo konieczny związek między poglądami odnośnie do tego, co ma konstituować *ratio decidendi* („autorytatywny” element orzeczenia sądowego), a występowaniem lub nie zasady *stare decisis*/ instytucji wiążącego precedensu, ogólnie zwraca uwagę G. Marshall – zob. G. Marshall, *op. cit.*, s. 508.

81 Zob. np. R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 487 oraz D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 143-144.

Na tle włoskiego porządku prawnego terminu *de facto precedent* oraz *persuasive precedent* zamiennie używają M. La Torre, E. Pattaro i M. Taruffo – zob. M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 241 oraz M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 154.

82 Zob. np. D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 144.



ROZDZIAŁ II: PRECEDENSY USTANAWIANE W STANACH ZJEDNOCZONYCH I WIELKIEJ BRYTANII W PRAWIE STANOWIONYM

1. Wyniki sądowej wykładni prawa stanowionego zamieszczone w anglosaskim wyroku

Zarówno w Zjednoczonym Królestwie, jak i w Stanach Zjednoczonych obok precedensów sądowych źródłem obowiązującego prawa są akty prawa stanowionego. Zgodnie z opisaną w pkt 1. rozdziału VII części I niniejszego opracowania zasadą prymatu prawa stanowionego nad prawem precedensowym akty te, ich postanowienia, mają pierwszeństwo nad poszczególnymi precedensami i to one w razie konfliktu powinny stanowić podstawę wydanego w danej sprawie rozstrzygnięcia. Nie zmienia to co prawda tego, że w obu wspomnianych państwach nadal obecne są takie działy (obszary) prawa, jakie w znacznej mierze są normowane tylko precedensami. Tradycyjnie określa się je lub prawo, jakie je reguluje, mianem: *case law*, *judge-made law* albo *common law*¹. W każdym z tych państw istnieją jednak – zwłaszcza dzisiaj – i takie działy (obszary) prawa, w jakich wiodącą rolę odgrywają regulacje ustawowe.

W przypadku aktów prawa stanowionego, czy to wydanych w obszarach tradycyjnie zaliczanych do *common law*², czy poza nimi, do rozpoznania na ich podstawie konkretnej

1 Do dzisiaj w obu wymienionych krajach do takich działów (obszarów) należą: prawo kontraktów (zobowiązań), prawo deliktów i prawo własności. Ponadto w przypadku Wielkiej Brytanii dochodzą tu jeszcze kwestie związane z kontrolą sądową (nadzorem sądowym) nad działalnością organów administracji publicznej. Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 325; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 365-366; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 22.

2 Termin *common law* może być rozumiany na wiele sposobów. Po pierwsze można się nim posługiwać na oznaczenie anglosaskiego systemu prawa, zwłaszcza w celu odróżnienia go od kontynentalnych systemów prawnych tudzież systemów prawnych opartych na kodeksach (zob. R.S. Summers, *Statutory Interpretation in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 408; odnośnie do idealnej postaci systemu *common law* na tle idealnego wyobrażenia systemu *civil law* zob. F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 103-108). Po drugie można używać go na określenie prawa, lub jego obszarów, którego bezpośrednim źródłem są wyłącznie lub w przeważającej mierze dotychczas wydane wyroki sądowe (tzw. prawo precedensowe, *case law* lub *judge-made law*). Tutaj też określeniem przeciwnym dla *common law* jest *statutory law* (prawo ustawowe). Po trzecie przez *common law* można rozumieć specyficzną metodę podejmowania decyzji sądowych (czy nawet bardziej ogólnie, stosowania prawa), z której można korzystać zarówno podczas wydawania wyroków na podstawie precedensów sądowych, jak i przepisów prawa stanowionego (zob. S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, „Harvard Law Review” 1996, nr 5, s. 936, przypis 30; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 13; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 22-23, 26; S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 31-32; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 449; zob. też F. Schauer, *Thinking...*, s. 103-106). Ponadto

sprawy nie wystarcza też proste oparcie się na bezpośrednim rozumieniu zawartego w nich tekstu, ale konieczne jest zinterpretowanie tego tekstu (poddanie go odpowiedniej wykładni)³. W efekcie tego również w anglosaskich wyrokach sądowych, jakie są wydawane na podstawie przepisów prawa stanowionego, oprócz samego wyniku sprawy będzie można znaleźć propozycje interpretacji takich przepisów. Propozycje te przybierają przy tym – tak jak w krajach z kręgu *civil law* – często postać nowych, bardziej szczegółowych „przepisów prawa”. Ponadto w anglosaskich wyrokach będą się też mogły znaleźć twierdzenia co do tego, iż stan faktyczny danej sprawy podpada, bądź nie, pod któreś z postanowień prawa stanowionego lub zawartych w nim wyrażen⁴. W sumie mielibyśmy tu więc do czynienia ze znacznym podobieństwem, a nie odmiennością pomiędzy orzeczeniami zapadającymi w *common law* i *civil law*. Podobieństwo to – jak zostanie wykazane poniżej – jest jednak czysto iluzoryczne.

2. Specyfika precedensów ustanawianych w anglosaskim prawie stanowionym

Przed przejściem do omawiania poszczególnych zagadnień dotyczących precedensów, jakie są ustanowione drogą wydawania wyroków na podstawie postanowień prawa stanowionego w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych, wypada zaznaczyć, iż w ich przypadku występują nieraz jeszcze większe problemy i wątpliwości niż na tle precedensów ustanawianych w obszarach tradycyjnie zaliczanych do *common law*. Przede wszystkim trudno jest jednoznacznie wskazać, co w takich precedensach stanowi *ratio decidendi*. Wysoce problematyczna jest także rola, jaką ma odgrywać w nich stan faktyczny precedensowej sprawy.

2.1. Równie dyskursywny i otwarty styl uzasadnień sądowych

Co istotne, również uzasadnienia sądowe, jakie są sporządzane do wyroków wydawanych na podstawie przepisów prawa stanowionego, odznaczają się w systemie prawa anglosaskiego

warto mieć również na uwadze, iż zwłaszcza w przeszłości nazwy *common law* używano także jako przeciwieństwa dla *equity law*, które w swych założeniach miało „nadrabiać” niedostatki tego pierwszego (zob. przypis 25 w rozdziale I części I niniejszego opracowania).

Podobne problemy znaczeniowe jak z terminem *common law* wiążą się też z wyrażeniem *case law*. Po pierwsze, jak się wskazuje, „czyste” *case law* to dzisiaj już prawdziwa rzadkość (zob. D.N. McCormick, *Rhetoric...*, s. 144), a po drugie nazwy *case law* używa się w prawie anglosaskim czasem również na oznaczenie orzeczeń wydanych w materiach, jakie w pierwszej kolejności są normowane prawem stanowionym (zob. np.: Z. Bankowski, D.N. McCormick, *op. cit.*, s. 363, 395 i D.N. McCormick, *Rhetoric...*, s. 144).

³ W przedmiocie stosowanych w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii sposobów wykładni tekstów aktów prawa stanowionego zob. pkt 2.2. niniejszego rozdziału tego opracowania (odnośnie do zapisów konstytucji) oraz pkt 1. rozdziału VII części I niniejszego opracowania (odnośnie do postanowień ustaw).

⁴ Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 63; Z. Bankowski, D.N. McCormick, *op. cit.*, s. 392-393; R.S. Summers, M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 488-489; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 386; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 414, 445-446, 454-455.

znacznym stopniem dyskursywności (ich formuła jest dialogowa). Jak się podaje, poza tym, iż uzasadnienia te potrafią być obszernie, ich styl jest często otwarty, szczery i narracyjny⁵. Tym samym – podobnie jak uzasadnienia wyroków zapadających w obszarach *common law* – różnią się one od uzasadnień sądowych, z jakimi mamy do czynienia w krajach z kręgu *civil law*.

Jakiegoś zbliżenia do ich kontynentalnych odpowiedników można by się tu natomiast próbować doszukiwać, gdy chodzi o rodzaje uzasadnień sądowych. Choć bowiem co do zasady również w odniesieniu do orzeczeń wydawanych na podstawie prawa stanowionego dopuszczalne są uzasadnienia zbieżne tylko co do wyniku i zdania odrębne, w przypadku Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów miano preferować ich kosztem jedno wspólne uzasadnienie⁶. W Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych zdania odrębne jawią się już jednak – jak się wskazuje w kontekście precedensów interpretujących postanowienia prawa ustawowego – bardziej regułą aniżeli wyjątkiem. Co więcej, do jednego wyroku potrafi być tu dołączonych nawet pięć czy sześć różnych uzasadnień⁷.

2.2. Zwiększona siła zasady *stare decisis*

Zarówno w Wielkiej Brytanii, jak i Stanach Zjednoczonych – zgoła odmiennie od tego, z czym spotykamy się w systemach prawa kontynentalnego – precedensy ustanawiane drogą wyroków wydawanych na podstawie przepisów prawa ustawowego, tak jak precedensy ustanawiane w prawie *common law*, pozostają wiążące⁸. Twierdzi się tu nawet czasem, iż sądowa interpretacja ustawy jest tak samo ważna (autorytatywna) jak tekst tej ustawy⁹ albo że z chwilą dokonania interpretacji ustawowych postanowień wynik tej interpretacji staje się „częścią” danej ustawy¹⁰. W efekcie też, mimo obowiązywania w poszczególnych stanach Stanów Zjednoczonych jednakowo brzmiących ustaw lub ich fragmentów, jeśli tylko te ustawy/fragmenty będą interpretowane przez sądy tych stanów w sposób odmienny, będziemy mogli oficjalnie utrzymywać, iż w każdym z tych stanów obowiązuje inne prawo¹¹.

Co jednak jeszcze bardziej znamienne, precedensy interpretujące przepisy prawa usta-

5 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 392-393 oraz R.S. Summers, *Statutory...*, s. 445-447, 457.

6 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 393.

7 R.S. Summers, *Statutory...*, s. 446.

8 *Ibidem*, s. 427; R. Cross, *op. cit.*, 169-174; M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 75; L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 229-232; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 173.

9 M.L. Cohen, K.C. Olson, *op. cit.*, s. 3; L. Alexander, *op. cit.*, s. 511.

10 R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 467 i J.C. Wells, *A Treatise on the Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Des Moines 1878, s. 593, 600, 601, 605.

Orzeczeń zawierających interpretacje tekstu ustawy – choć uznaje się je tu za wiążące – nie wydaje się jednak zrównywać z samym takim tekstem w Australii; zob. S. Rares, *The Role of the Intermediate Appellate Court After Farah Constructions*, pierwotnie wygłoszone dnia 7 listopada 2008 r. w Melbourne na 4th Appellate Judges Conference of the Australasian Institute of Judicial Administration, <http://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/justice-rares/Rares-J-20081107.rtf>, s. 6.

11 Por. J.C. Wells, *op. cit.*, s. 605.

wowego nie tylko są w krajach anglosaskich tak samo formalnie wiążące jak precedensy ustanawiane w materiałach nieuregulowanych prawem stanowionym, ale ich „faktyczna” moc/siła jest – jak można odnieść wrażenie – większa aniżeli tych ostatnich. Mianowicie w praktyce takie stanowiące interpretacje postanowień ustaw precedensy są o wiele mniej chętnie unieważniane od precedensów, które takiej interpretacji nie zawierają. Przy tym niechęć do korzystania z instytucji *overruling* ma w ich przypadku brać się przede wszystkim z szacunku dla prerogatywy parlamentu, którego intencja raz „odkryta” powinna pozostawać niezmienna aż do czasu, gdy on sam, będąc z niej niezadowolony, nie dokona odpowiedniej zmiany w aktualnie obowiązującym prawie. Na tym tle dochodzi też do wysuwania nawet bardzo daleko posuniętych poglądów, jak np. to, że precedensy zwierające interpretację przepisów ustaw są wyjęte spod działania the Practice Statement, że kwestia unieważniania ostatnio ustanowionych precedensów, jakie interpretują postanowienia niedawno wydanych ustaw, [w ogóle] nie powinna być podnoszona tudzież że jeśli nawet jakaś propozycja sądowej wykładni prawa ustawowego – przez zwykłą nieuwagę sądu, który ją podał – prowadzi w innych sprawach [niż precedensowa] do absurdu lub jawnej niesprawiedliwości, to i tak powinna być ona przy rozstrzyganiu tych spraw przestrzegana¹².

W rezultacie precedensy zawierające interpretację treści ustawowych mają w prawie anglosaskim – w przeciwieństwie do ich odpowiedników w prawie kontynentalnym – nie tylko moc prawnie (formalnie) wiążącą, ale w stosunku do nich zasada *stare decisis* zdaje się jeszcze silniejsza, aniżeli ma to miejsce w przypadku precedensów ustanawianych w materiałach, jakie nie są regulowane prawem ustawowym.

Gwoli ścisłości należy jednak zaznaczyć, iż taka zwiększona moc/siła zasady *stare decisis* nie dotyczy precedensów, jakie w Stanach Zjednoczonych są ustanawiane w domenie prawa konstytucyjnego. Tutaj bowiem – choć nie znaczy to, że zawsze tak było – sądy amerykańskie chętniej i częściej korzystają z instytucji *overruling* niż w przypadku precedensów mieszczą-

12 Zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 328, 350; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 375-376, 383; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 137; R.S. Summers, *Precedent...*, s. 371-373; D.H. Chamberlain, *The Doctrine of Stare Decisis: its Reasons and its Extent*, New York 1885, s. 21; N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 122, przypis 41; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, s. 6-7, 28, 32-33; E.H. Levi, *The Nature of Judicial Reasoning*, „The University of Chicago Law Review” 1965, nr 3, s. 401 (przy tym ten ostatni autor, co dość znamienne, reguły zawarte w precedensach ustanowionych w obszarach *common law* uznawał jedynie za niewiążące *dictum*).

Co więcej, użycie w nowo uchwalanej ustawie takich wyrażen, jakie zostały wcześniej poddane sądowej interpretacji, traktowane jest w systemie prawa anglosaskiego czasem – zwłaszcza gdy interpretacja ta jest dobrze znana i ma długą tradycję – jako potwierdzenie ze strony władzy ustawodawczej słuszności takiej interpretacji i nadanie jej mocy ustawowej (zob. R. Cross, *op. cit.*, s. 169, 173-174, R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 177, 181-182; por. też R.S. Summers, *Statutory...*, s. 423, 442).

Odmienne wydaje się wyglądać to w Australii, gdzie powtórzenie w nowo przyjętej ustawie całej sekcji poprzednio obowiązującej ustawy, a nawet i ponowne uchwalenie takiej ustawy wydaje się pozbawiać mocy wiążącej precedensy, do których ustanowienia doszło na podstawie tej sekcji/ustawy (zob. S. Rares, *op. cit.*, s. 5-6, 9).

cych w sobie interpretację postanowień ustawowych. Jako wyjaśnienie takiego poluzowania zasady *stare decisis* wskazuje się na okoliczność, iż bez niego – z uwagi na skomplikowaną, w porównaniu z wprowadzaniem zmian w treści zwykłych ustaw, procedurę i wymogi, jakie trzeba spełnić, by zmienić prawo konstytucyjne – trudno byłoby dokonać jakiegokolwiek ingerencji w dotychczasowym stanie prawnym (przy czym oczywiste jest, że derogacji precedensu odwołującego się do zapisów konstytucji nie można dokonać na mocy zwykłej ustawy, lecz tylko drogą odpowiedniej poprawki konstytucyjnej; gdy też chodzi o precedensy ustanowione przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, które dotyczą Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki, w taki sposób derogować miano jedynie cztery z nich). Taką argumentację ma wzmacniać dodatkowo to, iż konstytucja jako taka, a tym samym i doprecyzowujące jej zapisy precedensy sądowe, z samego swojego założenia ma być zmienna w czasie. Wszak stanowi ona odbicie zasad i „polityk” uwarunkowanych społecznie (które to zasady i „polityki” ewoluują wraz ze zmieniającym się społeczeństwem, jego poglądami). Ci, którzy orzekali na jej podstawie w przeszłości, mogli nie być też świadomi problemów, jakie występują w czasach teraźniejszych, i sposób, w jaki oni myśleli, nie może przez to rzutować na to, jak takie problemy mają być rozwiązywane. Dzisiaj dysponuje się również inną wiedzą niż dawniej i w jej świetle co innego niż poprzednio może okazać się prawidłowe. Ponadto projektodawcy Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki oraz osoby, które ją ratyfikowały, mogli nie przewidywać tego, że na jej tle dojdzie do wielu sporów sądowych, oraz nie zakładać działania zasady *stare decisis* w stosunku do orzeczeń wydanych w wyniku rozpoznania takich sporów.

Poza tym za większą podatnością na *overruling* precedensów mających za podstawę postanowienia konstytucji przemawiać ma też konieczność „ugięcia się” przed tym, czego uczy nas doświadczenie i refleksja, oraz siłą „lepszego” rozumowania [argumentów], wraz z rozpoznaniem tego, że działanie na zasadzie prób i błędów, tak owocne w naukach przyrodniczych, jest właściwe również dla wykonywania funkcji sądowniczych. Co więcej, ponieważ decyzje w prawie konstytucyjnym są przejawem uprawiania polityki, również one – tak jak sama polityka – powinny być zmieniane, gdy nie są odpowiednie. Istotna ma być tu też treść samej przysięgi, którą przy powołaniu na urząd składają sędziowie – tj. iż przy orzekaniu będą oni kierować się konstytucją (a nie – w domyśle – dotychczas wydanymi orzeczeniami tudzież głosą, jaką poczynili do jej tekstu ich poprzednicy). Przeciwno temu ostatniemu podnosi się jednak, że konstytucja z racji, iż obliguje sędziów do orzekania na podstawie prawa, a nie własnego osądu, automatycznie obliguje ich do przestrzegania precedensów sądowych podług zasady *stare decisis*. Takie bowiem precedensy są w Stanach Zjednoczonych prawem, stanowią tego prawa inherentny element, co w sposób dorozumiany musi zakładać również i sama konstytucja.

Wzmiankowane osłabienie zasady związania precedensem w domenie prawa konstytucyjnego – które po raz kolejny zdaje się oddalać, a nie zbliżać do siebie kraje z rodziny

civil law i *common law*; jak bowiem pamiętamy z pkt 3.1. rozdziału I części II niniejszego opracowania polski Trybunał Konstytucyjny z jednym nie aż tak istotnym wyjątkiem nie uważał się za uprawniony do odstępowania od swoich orzeczeń – nie jest jednak zupełne. W przeciwieństwie do abstrakcyjnych kwestii z zakresu podziału władzy (uprawnień rządu i legislatywy) dość odporne na unieważnienie, również gdy nawiązują do postanowień konstytucji, mają być bowiem precedensy, jakie dotyczą prawa własności, transakcji biznesowych i praw nabytych. Także w innych materiach, ilekroć w grę wchodzi potencjalne nadwątlenie zaufania obywateli do pewności prawa, jak np. w kwestii reprodukcji i równości płci, precedensy ustanowione w prawie konstytucyjnym nie powinny być – co do zasady – unieważniane. Ponadto by nie dopuścić do eskalacji napięcia, przyjmuje się również, że spod *overruling* powinno się wyłączyć ostatnio wydane wyroki w kwestiach, jakie szczególnie dzielą członków amerykańskiego społeczeństwa. Co więcej, w USA w prawie konstytucyjnym mają być też obecne takie precedensowe orzeczenia, których unieważnienie jest niemalże praktycznie niemożliwe (tzw. super lub super-duper precedensy), jak np. precedens uznający konstytucyjność drukowanego pieniądza.

W przypadku *overruling* w amerykańskim prawie konstytucyjnym ma być też potrzebne podanie specjalnego uzasadnienia na jego dokonanie (ang. *a special justification*), a powodem jego poczynienia coś więcej aniżeli samo stwierdzenie tego, że będący jego przedmiotem precedens błędnie interpretuje pisaną konstytucję. Przy tym dostrzega się tu zagrożenie powstania chaosu w prawie konstytucyjnym w razie obrania innego podejścia. Unieważnienie precedensu ustanowionego w takim prawie nie powinno być także wynikiem presji politycznej.

W Stanach Zjednoczonych oczywiście pozostaje też to, że zasada *stare decisis* obejmuje także wyroki, które tutejsze sądy wydają w związku z badaniem zgodności treści ustawowych z konstytucją (tzw. *judicial review*).

Co więcej, w praktyce na sędziów Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych mają być na ogół wybierane osoby, które żywią szacunek dla dotychczas ustanowionych w prawie konstytucyjnym precedensów sądowych. Tak na przykład kandydatura Roberta Borka miała zostać odrzucona przez Senat z powodu, iż dopuszczał on zbyt daleko idącą możliwość odstępowania od takich precedensów¹³.

13 Odnośnie do słabszej mocy/siły zasady *stare decisis* w przypadku precedensów ustanowionych w domenie prawa konstytucyjnego zob.: R.S. Summers, *Precedent...*, s. 372, 376, 377-378, 381-382, 386; M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford 2011, s. 3, 5, 6-7, 9, 14-45, 48-66, 97-98, 172-204, 256-258, przypis 18, 26, 27, 28, 47, 48, 51, 53, s. 260, przypis 142, s. 263, przypis 190, 265, przypis 5-7, s. 266-267, przypis 11, 14, 16, 19, 21, s. 268, przypis 36, 41, s. 269-270, przypis 51 i 64, s. 271-272, przypis 76, s. 273, przypis 96, s. 274-275, przypis 104, 105, 108, 111, s. 285, przypis 110, s. 288, przypis 140, s. 310, przypis 50, s. 317, przypis 4, s. 324, przypis 11, s. 325-334, zob. też s. 66-110; R.A. Posner, *How Judges...*, s. 54-56, 275-278; Ch.R. Calleros, *op. cit.*, s. 61-63; J.C. Wells, *op. cit.*, s. 554-568; zob. też: Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 329; W. Huhn, *The Five Types of Legal Argument*, wyd. 2, Durham 2008, s. 128; N. Duxbury, *op. cit.*, s. 150; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 20; J. Rubinfeld, *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge 2005, s. 3-18; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 6-8, 58-59; E.H. Levi, *The Nature...*, s. 401-402, 404; por. jednak L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 230.

Na marginesie warto też dodać, iż jak się wskazuje, amerykańscy sędziowie podczas interpretacji tekstu konstytucji dysponują większą swobodą niż wówczas, gdy dokonują interpretacji postanowień ustawowych. Jest tak głównie z uwagi na to, że w przeciwieństwie do tych ostatnich brak jest w Stanach Zjednoczonych ustalonych kanonów, które mówiłyby, jak należy wyklądać zapisy konstytucyjne. Wyznaczenie tu zaś jakichś zasad na drodze ustawowej wydaje się niekonstytucyjne. Przy tym – poza odwoływaniem się do tzw. oryginalnego znaczenia (ang. *original meaning*) lub jasnego znaczenia (ang. *plain meaning of the Constitution's language*) – próbuje się forsować tutaj nawet takie koncepcje jak np. to, że konstytucja jest „żywa” i w związku z tym jej znaczenie nie jest i nie może być raz na zawsze ustalone lub że postanowienia konstytucji należy postrzegać przez pryzmat nie tyle języka, jakiego w nich użyto, ile przypadków paradygmatycznych w sensie takich sytuacji faktycznych, jakie projektodawca tych postanowień miał w zamyśle, w chwili gdy je formułował. Przy tym takie paradygmatyczne przypadki nie wykluczają stosowania postanowień konstytucyjnych w innych jeszcze – niepodobnych do nich – sytuacjach faktycznych, tj. zastosowanie tych postanowień w takich sytuacjach jest zależne od uznania sędziego. Podczas orzekania na podstawie konstytucji ma zachodzić ponadto większa konieczność podejmowania decyzji o charakterze politycznym (dokonywania wyborów o takim charakterze), który to fakt chce się w Stanach Zjednoczonych na różne sposoby ukryć^{14, 15}.

Co dodatkowo ciekawe, na gruncie Stanów Zjednoczonych próbuje się udowodniać również to, iż prawidłowe wdrożenie w życie precedensów w prawie konstytucyjnym, zależy od tego, jakie działania podejmą po ich ustanowieniu inne władze niż sądownicza¹⁶.

2.3. Wypełnianie luk w prawie ustawowym

W Wielkiej Brytanii co do zasady przyjmuje się, że akty prawa stanowionego powinno się interpretować tak, by nie prowadziło to do powstania w nich luk. Nie zawsze jednak – mimo

Z podobnych względów na słabszą moc/siłę precedensów ustanowionych w prawie konstytucyjnym (zwłaszcza w kontekście tych konstytucyjnych postanowień, które dotyczą ochrony praw człowieka i podstawowych wolności) wskazuje się również na gruncie Australii – 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. 6-7.

14 W tym kontekście R.A. Posner przywołuje następującą anegdotkę: „Pobożny Żyd, przechodząc obok lokalu mieszcowego mohela (osoby, która dokonuje rytualnego obrzezania) i widząc zegarki kieszonkowe wystawione na wystawie w oknie sklepowym, nie kryjąc swojego zaskoczenia, wchodzi i mówi: «Mohel, dlaczego ty wystawiasz zegarki kieszonkowe na swojej wystawie?». Na co ten mu odpowiada: «A co chciałbyś, żebym [tam] wystawiał?»”. Zob. R.A. Posner, *How Judges...*, s. 350-351, przypis 5.

15 Na temat zasad interpretacji konstytucji, w tym idei „żywej konstytucji” i „momentów konstytucyjnych”, podczas których prawo ma przechodzić reżimową zmianę spowodowaną nadzwyczajną mobilizacją polityczną i odpowiednim wynikiem wyborczym, a sędziowie mają obowiązek dokonania w jej świetle reinterpretacji prawa, oraz propozycji postrzegania prawa konstytucyjnego przez pryzmat wiążących interpretatora przypadków paradygmatycznych, zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 220-229; J. Rubinfeld, *op. cit.*, s. 3-18; M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 52, 55-58, 66.

16 Zob. M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 7-8, 131-135, 145-146.

nawet wyteżonych zabiegów interpretacyjnych – da się tu ukryć, że mamy do czynienia z luką w jakiejś ustawie. Wówczas też sądy mogłyby potraktować sprawę podpadającą pod taką lukę jako sprawę jeszcze nierozpoznaną (ang. *a case of first impression*), po czym w celu usunięcia tej luki ustanowić odpowiedni precedens.

Co jednak znamienne, niektóre brytyjskie ustawy zdają się zakładać zupełną derogację *common law* w zakresie materii, jakie są nimi normowane. To zaś sprawia, że brak uregulowania nimi jakiegoś stanu faktycznego nie pozwala kwalifikować się jako wystąpienie *a case of first impression*. W efekcie też tego sądy nie mogą same określić w sposób pozytywny skutków prawnych takiego stanu – tak jak czynią to w przypadku *cases of first impression* – lecz muszą uznać ten stan za unormowany negatywnie i czekać na ewentualną interwencję legislacyjną. Przy tym regułę tę rozciąga się w Wielkiej Brytanii również na luki w ustawach wydanych w domenach prawa, które bezpośrednio regulowane są nie prawem precedensowym, lecz prawem stanowionym. Wyjątkiem jest pod tym względem Szkocja, w której the Court of Session, a także orzekający w sprawach karnych the High Court of Justiciary czują się władne – tam, gdzie wymagają tego względy słuszności – wypełniać ewidentne luki w prawie ustawowym¹⁷.

Bardziej liberalnie – a przez to, jak się wydaje, w sposób bardziej zbliżony do tego, z czym spotykamy się w krajach z kręgu *civil law* – zdaje się podchodzić do możliwości likwidowania luk przez sądy w Stanach Zjednoczonych. Oczywiście również tutaj ustawy interpretuje się tak, by zapobiec istnieniu w nich ewentualnych luk – czy to odwołując się do celu, „polityk” i zasad, jakie można wiązać z ustawową regulacją, czy to przez posłużenie się koncepcją intencji historycznego lub aktualnego (potencjalnego) prawodawcy tudzież powołanie się na uzasadnienie/urzędową interpretację organu administracji publicznej danej ustawy. W razie jednak dojścia do wniosku, iż w ustawie występuje luka, przyjmuje się tu, że można ją usunąć drogą „ustawowej analogii” (ang. *statutory analogy*). Przy tym analogia ta stanowi rozumowanie bardzo podobne, jeśli nie wręcz identyczne, do wspomnianej już w pkt 3.6. rozdziału I części II niniejszego opracowania analogii *legis*, za pomocą której likwiduje się w systemie prawnym typu *civil law* m.in. luki określane mianem *extra legem*. Na skutek sięgnięcia do „ustawowej analogii” sprawie, która nie jest normowana prawem ustawowym, przypisuje się bowiem takie konsekwencje prawne, jakie posiada podobna do niej sprawa unormowana jakimś przepisem prawa stanowionego. By poradzić sobie z luką w prawie ustawowym, amerykański sędzia może ponadto skorzystać też z innych środków aniżeli taka analogia, zwłaszcza sięgnąć po treść ustawy obowiązującej w innym stanie, która reguluje materie, jakim w jego stanie zabrakło ustawowego unormowania¹⁸.

17 Zob. Z. Bankowski, D.N. McCormick, *op. cit.*, s. 362-364, 373-374.

18 R.S. Summers, *Statutory...*, s. 411-412, 414, 419-421.

Co jednak istotne, jak się podaje, zarówno w Zjednoczonym Królestwie, jak i Stanach Zjednoczonych, wspomniana „analogia z ustawy” ma być o wiele mniej „wpływowa” niż w Argentynie, Francji, Polsce, Niemczech, Włoszech, Szwecji czy Finlandii¹⁹.

Jeśli chodzi o samą nomenklaturę, to na określenie faktu braku uregulowania prawem ustawowym stanu faktycznego, jaki powinien być przez to prawo unormowany, w prawie anglosaskim nie używa się – chyba że z wyjątkiem kiedy traktuje się dany wycinek stosunków społecznych jako podpadający pod obszar *common law* – pojęcia *a case of first impression*. W zamian za to posługuje się tu terminem luki (ang. *gap*) albo sporu czy sprawy nieuregulowanej (ang. *unprovided case, unregulated case, unregulated dispute*) tudzież jeszcze łacińskim wyrażeniem *casus omissus*²⁰. Przy tym o sprawie nieuregulowanej mówi się tutaj również wtedy, gdy jakiś stan faktyczny podpada pod obowiązujący przepis prawa stanowionego jednak z powodu niedookreśloności języka, w jakim jest on sformułowany, lub intencji prawodawcy przepis ten nie daje się w tym stanie bez większych wątpliwości zastosować. Ta też niedookreśloność może być – jak się wskazuje – zarówno niezamierzona, jak i zamierzona. Przykładem tej ostatniej są takie ustawowe zwroty jak „należyta staranność” czy „nieprzyzwoity język”²¹.

2.4. Ratio decidendi, obiter dicta, overruling i distinguishing

Co równie ważne, jeśli nawet nie ważniejsze od okoliczności wymienionej w pkt 2.2. niniejszego rozdziału tego opracowania, na gruncie anglosaskim z reguły przyjmuje się, iż również w przypadku precedensów, do jakich ustanowienia doszło na skutek rozpoznania zawisłej sprawy na podstawie przepisów prawa stanowionego, istotny jest podział na *ratio decidendi* i *obiter dicta*. Przy tym wiążące jest tu oczywiście tylko to pierwsze, podczas gdy treść *dictów* stanowi jedynie niewiążącą wskazówkę. Co więcej, precedensy takie, poza tym, iż mogą stać się przedmiotem *overruling*, nie są wyłączone spod możliwości dokonania ich wyróżnienia²². Nie znaczy to jednak, że anglosascy sędziowie nie są, gdy chodzi o korzystanie z tych dwóch instytucji w praktyce, nieco bardziej powściągliwi aniżeli w przypadku precedensów ustanowionych w obszarze *common law*²³.

Kwestia większej „odporności” na unieważnianie precedensów, do jakich ustanowienia doszło na skutek rozpoznania sprawy na podstawie przepisów prawa stanowionego,

19 R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 471-472.

20 Zob. R.S. Summers, *Statutory...*, s. 420-421; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 193-194; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 362-364.

21 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 193-194; por. też R.S. Summers, *Statutory...*, s. 412, 419.

W prawie kontynentalnym w razie występowania takiej niedookreśloności mówi się czasem o istnieniu szczególnego rodzaju luki w prawie – tj. tzw. luki *intra legem* tudzież luki z niedookreśloności (ang. *indeterminacy gap*); zob. np. M. Koszowski, *O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 1, s. 112 wraz z przytoczoną w przypisie 7 literaturą.

22 Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 375.

23 J. Raz, *op. cit.*, s. 191.

została już *de facto* przedstawiona w pkt 2.2. niniejszego rozdziału tego opracowania. Przy tym sama procedura i efekt *overruling* wygląda w odniesieniu do takich precedensów tak samo jak w przypadku precedensów ustanawianych w domenie *common law* (zob. rozdział IV części I niniejszego opracowania). Jeśli chodzi z kolei o *distinguishing*, to – wbrew odmiennym intuicjom – również jego przebieg nie różni się tu znacznie, jeśli w ogóle, od sposobu, w jaki są wyróżniane precedensy ustanawiane w obszarze *common law*. Również tym razem przesłanką uzasadniającą poczynienie wyróżnienia jest bowiem doszukanie się istotnych różnic między stanem faktycznym sprawy precedensowej a stanem faktycznym sprawy aktualnie przez sąd rozpoznawanej. Wyróżniony precedens pozostaje też w mocy, znajdując nadal zastosowanie przede wszystkim w stanie faktycznym, jaki wystąpił w precedensowej sprawie. Sędzia natomiast dokonujący *distinguishing* może przyjąć inną niż przyjęta w wyróżnionym precedensie propozycję interpretacji przepisu prawa stanowionego. Przy tym, ilekroć sędzia ten zasiada w sądzie uprawnionym do ustanawiania wiążących precedensów, wydany przez niego wyrok staje się kolejnym wiążącym precedensem.

Zarówno więc możliwość dokonywania *overruling*, jak i *distinguishing* sprawia, że anglosaskie precedensy ustanawiane w prawie ustawowym różnią się pod tym względem od orzeczeń sądowych, jakie zapadają w prawie kontynentalnym. W ich bowiem przypadku różnice faktyczne pomiędzy sprawą, przy okazji rozpoznawania której doszło do wykładni przepisu prawa stanowionego, a sprawą rozpoznawaną później, w której znajduje zastosowanie powstały w wyniku takiej wykładni nowy bardziej szczegółowy „przepis prawa”, nie odgrywały – z nielicznymi wyjątkami – większej, jeśli jakiegokolwiek, roli²⁴.

Gdy chodzi o *ratio decidendi* precedensu, do jakiego ustanowienia doszło na skutek rozpoznania jakiejś sprawy na podstawie przepisów prawa stanowionego, to w najbardziej uproszczonej wersji można by za nie uznawać propozycję interpretacji danego przepisu prawa stanowionego, jaka jest odmienna od treści tego przepisu i na ogół bardziej od niego dookreślona (szczęgółowa). Przy tym tylko wtedy propozycja ta będzie mogła uchodzić za *ratio*, a nie za *obiter dicta*, jeśli była ona niezbędną (konieczną) do wydania precedensowego wyroku w sensie, iż to na jej podstawie została rozpoznana precedensowa sprawa²⁵. Takie też ujęcie wydaje się pokrewne temu, w jaki sposób postrzega się na ogół

24 Zob. pkt 3.3. rozdziału I części II niniejszego opracowania oraz R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 488-489.

25 Za taką wersją zdaje się opowiadać np. D.N. McCormick – zob. D.N. McCormick, *Rhetoric...*, s. 158; zob. też L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 63.

Co warto jednak zauważyć, w odniesieniu do precedensów, jakie stanowią wyroki wydawane na podstawie przepisów prawa stanowionego, za *ratio decidendi* nie uznaje się – tak jak w przypadku precedensów ustanawianych w domenie *common law* – każdej reguły, która była niezbędna do rozstrzygnięcia sprawy precedensowej. Tutaj taka reguła poza spełnieniem wymogu niezbędności/konieczności musi różnić się w jakiś sposób od przepisu lub przepisów prawa stanowionego, które stanowią podstawę rozstrzygnięcia precedensowej sprawy. Jeśli bowiem sędzia uprawniony do ustanawiania wiążących precedensów, wydając wyrok na podstawie przepisu prawa stanowionego, nie dokona żadnej wykładni takiego przepisu, opierając się tylko na tym przepisie, to jego wyrok w ogóle nie będzie posiadał

istotę orzeczenia sądowego w państwach z kręgu *civil law*. Oprócz niego w anglosaskiej doktrynie precedensu możliwe są jednak o wiele bardziej wyrafinowane – i przez to też coraz mniej podobne do kontynentalnych – rozwiązania. Szczególnie warto przyjrzeć się trzem następującym.

Po pierwsze, zgodnie z teorią wysuniętą przez Lorda Denninga, precedensy zawierające interpretację postanowień ustawowych są wiążące w zakresie, w jakim postanowienia te zostały zastosowane do stanu faktycznego („sytuacji”), jaki wystąpił w precedensowej sprawie. W ich przypadku nie wiąże natomiast nic ponadto, w tym słowa [zwroty], jakich użył precedensowy sędzia. Takie też właśnie podejście ma być w opinii Lorda Denninga uzasadnione tym, iż wyłączną funkcją sądu, dokonującego interpretacji przepisów ustawy, jest zastosowanie słów tej ustawy w konkretnym stanie faktycznym („sytuacji”). W efekcie też tego przepisy te mają być zastosowane tak samo w każdym podobnym do niego stanie faktycznym („sytuacji”). Toteż ilekroć sędzia orzekający w sądzie uprawnionym do ustanawiania wiążących precedensów zakwalifikował np. sklep z farbami (ang. *a paint shop*) jako podpadający pod dany przepis prawa ustawowego, to w kolejnej sprawie, w jakiej również znajduje zastosowanie ten przepis i w jakiej obecny jest sklep z farbami, poczyniona przez tego sędziego kwalifikacja będzie wiążąca. W odniesieniu natomiast do spraw z innymi obiektami, jak np. skład/magazyn (ang. *a depot*), rozstrzygający je sędziowie nie będą już tak ustanowionym precedensem związani²⁶.

Po drugie, jak zaproponował tym razem Lord Reid, w stosunku do precedensów zawierających interpretację postanowień prawa stanowionego za wiążące należy uważać nie słowa sędziego ustanawiającego precedens, jakie zastępują słowa obecne w tekście ustawy, ale test, jaki ten sędzia zastosował w celu ustalenia znaczenia danego przepisu prawa stanowionego na potrzeby rozpoznawanego przez niego przypadku. Test ten wiązać ma jednak

ratio (zob. D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 158 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 72). Inną rzeczą jest to, czy taka sytuacja jest w praktyce w ogóle możliwa – choćby z racji tego, iż przypisanie na podstawie ogólnych sformułowań, jakie zawierają postanowienia prawa stanowionego, skutków prawnych konkretnemu stanowi faktycznemu zawsze wymaga poddania, w tym w świetle tego stanu, takich sformułowań jakiejś interpretacji (tj. w myśl zasady *omnia sunt interpretanda*).

²⁶ R. Cross, *op. cit.*, s. 170-171 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 178-179.

Propozycja ta w specyficzny sposób czyni zadość wymogowi zrelatywizowania *ratio* do okoliczności faktycznych precedensowej sprawy (zob. pkt 3.3.3. rozdziału III części I niniejszego opracowania), ewentualnie przypomina nieco model precedensu z analogii połączony z *the rule model* (zob. ostatnie akapity pkt 6.5. rozdziału III części I niniejszego opracowania) przy wzięciu za regułę precedensu normy stanowiącej wynik interpretacji przepisu prawa stanowionego, jaki znalazł zastosowanie w precedensowej sprawie.

Odnośnie do rozumowania *per analogiam* jako uniwersalnej metody stosowania prawa stanowionego w państwach z systemem prawnym typu *common law* zob.: C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996, s. 79-90; S. Brewer, *op. cit.*, s. 990-1003; L.L. Weinreb, *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005, s. 88-94; E.H. Levi, *An Introduction...*, s. 6-8, 27-102; D.N. MacCormick, *Rhetoric...*, s. 212-213; H.L.A. Hart, *Concept of Law*, Oxford 1994, s. 127; M.P. Golding, *Legal Reasoning*, wyd. 2, Peterborough 2001, s. 104-107; S.J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, New York 2007, s. 65-74; por. też Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 369; w kontekście poszerzonym o systemy prawne typu *civil law* zob. też J. Nowacki, *op. cit.*, s. 62-67.

tylko o tyle, o ile między aktualnie rozpoznawaną przez sąd sprawą a sprawą precedensową nie zachodzą istotne różnice; w przeciwnym razie należy go bowiem traktować jako tylko pewną [niewiązącą] wskazówkę²⁷.

Po trzecie godna uwagi jest też możliwość, o jakiej wspominają L. Alexander i E. Sherwin. Mianowicie można przyjąć, iż przy rozpoznawaniu przedłożonej mu sprawy sędzia związany jest poczynioną wcześniej propozycją interpretacji przepisów prawa stanowionego tylko wtedy, gdy propozycja ta jest prawidłowa. Jeśli natomiast jest ona błędna, to sędzia, któremu przyjdzie orzekać po jej dokonaniu, nie musi się już do niej stosować, mogąc – czy wręcz musząc – obrać interpretację prawidłową. Ewentualnie sędzia ten powinien w tego rodzaju sytuacji zważyć „autorytet”, jaki ma prawidłowa interpretacja przepisów ustawy, oraz „autorytet”, jaki posiada precedensowe *ratio*. Przy tym można tu założyć, że do odstąpienia od błędnej interpretacji i obrania w jej miejsce nowej prawidłowej będzie mogło dojść tylko wtedy, gdy przyniesie to więcej korzyści aniżeli strat²⁸.

Jak łatwo zauważyć, tylko trzeci z przedstawionych powyżej sposobów ustalenia tego, co w przypadku sądowej wykładni postanowień prawa stanowionego ma posiadać znaczenie przy rozpoznawaniu w sądach spraw sądowych, mógłby zostać uznany za korespondujący ze sposobem, w jaki na potrzeby wykładni i stosowania prawa korzysta się z dotychczas wydanych orzeczeń sądowych w krajach z rodziny *civil law*. Zarówno bowiem pierwsza, jak i druga z przedstawionych powyżej możliwości kładzie o wiele większy nacisk na aspekt faktyczny rozpoznanej w przeszłości sprawy niż czyni się to w prawie kontynentalnym. Również zresztą uszczegółowienie trzeciej z tych możliwości nie wydaje się przystawać do tego, z czym na ogół spotykamy się na Starym Kontynencie. Trudno bowiem twierdzić, iż orzekający w państwach z systemem prawnym typu *civil law* sędziowie starają się na co dzień mierzyć wagę, jaką będzie miało (nie)zastosowanie się do przyjętej poprzednio przez sądy „nieprawidłowej” interpretacji przepisu prawa stanowionego. Oni zdają się bowiem utrzymywać, że zawsze stosują się do

27 R. Cross, s. *op. cit.*, 171-172 i R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 179-180.

28 Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 63.

Odrębnym zagadnieniem jest tu kwestia związania, poczynionym w precedensowym wyroku, sposobem wykładni jakiegoś wyrażenia (słowa) użytego w jednej ustawie w stosunku do tego samego wyrażenia (słowa) znajdującego się w innej ustawie. Z reguły przyjmuje się bowiem, że taka interpretacja nie jest co do zasady wiążąca, jednakże wskazane by było, aby sąd zawsze wyraźnie wyjaśnił, dlaczego identycznie brzmiący zwrot ustawowy ma posiadać dwa różniące się od siebie znaczenia (zob. Z. Bankowski, D.N. MacCormick, G. Marshall, *op. cit.*, s. 329; Z. Bankowski, D.N. MacCormick, *op. cit.*, s. 369, 378; R. Cross, *op. cit.*, s. 172-173; R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 180).

Jeszcze inny problem zachodzi w sytuacji, w której sądy dokonały wiążącej interpretacji postanowień takiej ustawy, w miejsce której parlament uchwalił później nowy akt prawny, używając w nim tych samych co w tej ustawie sformułowań bez jakiegokolwiek wskazania, jak należy je teraz rozumieć. Jako remedium również tutaj można by wskazać, iż – z racji że ustawodawca ją znał (lub powinien ją znać) – powinno się stosować do dotychczasowej interpretacji tych sformułowań, chyba że, jak wskazuje to R. Cross, istnieją bardzo przekonujące powody ku temu, by postąpić inaczej (zob. R. Cross, *op. cit.*, 173-174; por. jednak R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 181-182).

W tym kontekście godne uwagi jawi się też domniemanie, że ustawodawca zna utrwalone znaczenie pojęć, które występują w prawie *common law*, przez co też w razie posłużenia się przez niego takimi pojęciami w sposób zamierzony w treści danej ustawy należy zakładać, iż jego zamiarem było nadanie tym pojęciom takiego znaczenia, jakie mają w tym prawie (chyba że istnieją podstawy, by móc sądzić inaczej) – zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *op. cit.*, s. 57; zob. też R.S. Summers, *Statutory...*, s. 423.

interpretacji takiego przepisu, jaka jest „prawidłowa”. W państwach tych propozycje wykładni postanowień ustawowych mają też na ogół tę samą moc niezależnie od tego, czy były one niezbędne (konieczne) do wydania wyroku w sprawie, przy rozpoznawaniu której doszło do ich poczynienia, przez co też nie doszło w nich do wykształcenia się jakiegokolwiek metody pozwalającej na odróżnienie *ratio decidendi* od *obiter dictów*.

Co więcej, w systemach prawnych typu *common law* również w stosunku do precedensów ustanowionych w prawie stanowionym zwykło się – odmiennie niż dzieje się to na Starym Kontynencie – sięgać do znanego nam z pkt 6.5. rozdziału III części I niniejszego opracowania modelu precedensu z analogii. To znaczy, że to, czy dany przepis prawa stanowionego znajduje zastosowanie w sprawie aktualnie rozstrzyganej stwierdza się tu na podstawie podobieństwa tej sprawy do sprawy lub spraw, które we wcześniej wydanych wyrokach zakwalifikowano jako podpadające pod ten przepis. Przy tym dotyczy to zwłaszcza przepisów ogólnikowych²⁹.

Ponadto w przypadku precedensów mieszczących w sobie interpretację przepisów prawa stanowionego aktualny zdaje się pozostawać w prawie anglosaskim – nieodgrywający większej roli na tle kontynentalnej praktyki orzeczniczej³⁰ – podział na kwestie „prawne”, które mogą być przedmiotem *ratio decidendi*, i „faktyczne”, w zakresie których nie można ustanowić wiążącego precedensu i które ilekroć występuje ona w danym postępowaniu, będą rozpoznawane przez ławę przysięgłych³¹. Przy tym ogólnie istnieje tu pokusa, by jako poruszające kwestie, które dotyczą „faktów”, a nie „prawa”, traktować wyniki interpretacji tych przepisów prawa stanowionego, jakie zawierają zwroty w wysokim stopniu niedookreślone, jak np.: „rozsądne”, „sprawiedliwe” czy „słuszne” (a więc terminy, które w polskiej teorii i filozofii prawa zaliczylibyśmy do tzw. klauzul generalnych lub zwrotów szacunkowych). Dzięki takiemu też podejściu zablokowana by była możliwość ustanawiania w miejsce takich zwrotów wiążących precedensów, a przez to i zmniejszania swobody (dyskrecji, uznania) po stronie każdorazowo orzekających w ich przedmiocie sędziów³².

29 Zob. S.J. Burton, *op. cit.*, s. 66, 73; C.R. Sunstein, *Legal...*, s. 82; K.D. Ashley, *Arguing by Analogy in Law: a Case-Based Model*, [w:] *Analogical Reasoning. Perspectives of Artificial Intelligence, Cognitive Science, and Philosophy*, red. D.H. Helman, 1988, s. 206; E. Braman, *Law Politics & Perception. How Policy References Influence Legal Reasoning*, Charlottesville 2009, s. 84; G.C. Christie, *Law, Norms & Authority*, London 1982, s. 66.

30 Na to, że w Polsce liczą się zarówno te z dotychczas wydanych orzeczeń, które zawierają interpretację przepisów prawa stanowionego (zmniejszają niepewność co do prawa), jak i te, które dotyczą kwestii związanych z oceną/interpretacją stanów faktycznych (materii dowodowych), zdają się zwracać uwagę L. Morawski i M. Zirk-Sadowski (zob. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 245).

31 Zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 194.

Ponadto J. Raz zdaje się utrzymywać, iż sędzia powinien powstrzymać się również z interpretowaniem tych wyrażeń ustawowych – pozostawiając ich rozumienie każdorazowym członkom ławy przysięgłych – jakie zostały użyte w ich znaczeniu potocznym (ang. *plain, ordinary meaning*), a nie w specyficznym znaczeniu prawniczym (ang. *a special legal signification*) – zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 194.

32 Zob. D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 96-97.

Inaczej, tj. uznając – z wyjątkiem, o którym była mowa w powyższym przypisie – możliwość uszczegółowienia takich terminów, jak np. „rozsądna ostrożność”, „dobre zachowanie”, „słuszna sprawa”, „istotne naruszenie sposobu korzystania z nieruchomości”, „obraźliwe lub obelżywe zachowanie”, „nieprzyzwoity język”, „zachowanie, jakie może prowadzić

Na marginesie można również odnotować, iż w przypadku precedensów, jakie stanowią wyroki wydawane na podstawie postanowień ustawowych, nieco mniejszy może się w Wielkiej Brytanii okazać problem wielości *rationes*. Jest tak z uwagi na pojawiające się tu głosy, iż przy orzekaniu w sprawach, jakich rozpoznanie uzależnione jest jedynie od ustalenia semantycznego znaczenia sformułowań użytych w tekście ustawy, pożądane jest jedno wspólne uzasadnienie [bez rozbudowanych zdań odrębnych i uzasadnień zbieżnych tylko co do wyniku]³³.

3. Wnioski końcowe

Podsumowując, wypada zauważyć, iż z przedstawionej powyżej charakterystyki orzeczeń wydawanych w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii na podstawie przepisów prawa stanowionego wyraźnie wynika ich odmienność na tle sposobu, w jaki na potrzeby wykładni i stosowania prawa korzysta się z orzecznictwa sądowego w państwach z rodziny *civil law*. Co znamienne, powodem tego nie jest tu też wcale jedynie brak obowiązywania w tych ostatnich państwach zasady *stare decisis* – choć oczywiście wzmocniona moc tej zasady w przypadku precedensów zawierających interpretację postanowień prawa ustawowego dodatkowo zwiększa kontrast między anglosaskim i kontynentalnym systemem prawnym. Inne istotne różnice, patrząc na nie od strony tego, z czym spotykamy się w krajach z kręgu *civil law*, to: a) brak instytucji *distinguishing*; b) brak instytucji *overruling*; c) nieobecność skomplikowanych metod określania tego, co w przypadku konkretnego dotychczas wydanego orzeczenia ma mieć znaczenie – i jak wysokie – dla rozstrzygnięcia w sądach spraw sądowych.

Wyjaśnieniem istnienia takich rozbieżności wydaje się przy tym to, że mimo obecności w anglosaskim systemie prawa aktów prawa stanowionego wydawane tam na podstawie postanowień takich aktów orzeczenia sądowe odziedziczyły szereg specyficznych cech po swoich pobratymcach: precedensach ustanawianych w tzw. *cases of first impression*. W związku z tym orzeczenia te są postrzegane w tym systemie nadal w kategoriach zasad i metod zapoczątkowanej w Anglii i „wyeksportowanej” później do brytyjskich kolonii – bazującej w znacznym stopniu na rozumowaniach faktualnych: (dys)analogii – jedynej w swoim rodzaju doktryny wiążącego precedensu sądowego i stanowiącej fundament tej doktryny zasady *stare decisis*. Tego samego nie można już natomiast żadną miarą powiedzieć o sposobie, w jaki na użytek adiudykacji traktuje się wyroki, do jakich wydawania dochodzi w systemach prawnych typu *civil law*, w których wypracowane metody wykładni i stosowania prawa opierają się na zupełnie innych założeniach takich jak przede wszystkim: a) ukrywająca prawotwórstwo sądowe pozytywistyczna wizja prawa; b) zasada ścisłego rozgraniczania sfery stanowienia

do naruszenia spokoju”, lub „zachowanie mogące naruszyć uczucia religijne”, poprzez ustanawianie przez sądy szeregu doprecyzowujących je precedensów, wydaje się uważać J. Raz – zob. J. Raz, *op. cit.*, s. 194; zob. też L. Alexander, E. Sherwin, *op. cit.*, s. 63.

33 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 95.

od sfery stosowania prawa, przy rezerwacji tej pierwszej dla legislatywy i ewentualnie z jej upoważnienia jeszcze egzekutywy; c) dedukcyjne (sylogistyczne, „logiczne”) ujmowanie procesu stosowania prawa³⁴.

Stąd też zresztą rolę podstawowych argumentów w prawie kontynentalnym odgrywają: intencja historycznego lub aktualnego prawodawcy, argumenty o charakterze językowym, teleologicznym i konsekwencjonalistycznym tudzież, ubrane w mniej lub bardziej zawoalowane formy, rozważania o charakterze moralnym lub quasi-moralnym (aksjologicznym). Sama natomiast argumentacja z opartej na różnicach i podobieństwach pomiędzy porównywanymi stanami faktycznymi analogii i dysanalogii z reguły należy w tym prawie do rzadkości.

34 Odnośnie do tego, że prawniczą analogią i dedukcją rządzi w znacznym stopniu ten sam rodzaj ludzkiego rozumowania („myślenia”), zob. jednak M. Koszowski, *Bezpieczeństwo a pewność prawa: dwie metody stosowania prawa w ramach Unii Europejskiej*, [w:] *Kategoria bezpieczeństwa w prawnym wymiarze Unii Europejskiej*, red. S.M. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2013, s. 122-128.



ROZDZIAŁ III: ZAKOŃCZENIE

1. Dalsze różnice między anglosaskimi precedensami a wyrokami pochodzącymi od sądów z państw z kręgu *civil law*

Na wzmocnienie postawionej w niniejszym opracowaniu tezy o daleko posuniętej odmienności w sposobie korzystania z orzecznictwa sądowego w systemach prawnych typu *civil law* i *common law* można jeszcze dodać, iż różnic zachodzących w tym względzie jest w rzeczywistości jeszcze więcej, aniżeli zostało to zaprezentowane w dwóch poprzednich rozdziałach.

Na przykład podnosi się tu, że o ile w Zjednoczonym Królestwie z reguły można wyszukać tylko jeden lub kilka precedensów istotnych dla danej sprawy, o tyle we Włoszech, Francji, Niemczech czy w Polsce często będzie się dało znaleźć jakąś większą liczbę – i to nie tak dawnych – orzeczeń sądowych mogących mieć znaczenie dla danej sprawy. W związku też z tym w krajach tych zwykło się operować, nieznanym prawu anglosaskiemu, pojęciem „linia orzecznictwa” („linia orzecznicza”)¹, które – najlepiej jeszcze z dodatkiem „utrwalona” („stała”, „permanentna”, „ustalona”) – wskazuje na konsekwencję w rozstrzyganiu przez sądy jakiejś kwestii prawnej w taki, a nie inny sposób². Ze względu na taką mnogość, mogących mieć znaczenie przy rozpoznawaniu danej sprawy, orzeczeń sądowych trudno byłoby również w praktyce wymagać, aby sędzia, któremu przyszło orzekać w systemie prawa kontynentalne-

1 Taka linia orzeczeń nosi we Francji nazwę *jurisprudence constante*, w Niemczech *ständige Rechtsprechung*, a we Włoszech *giurisprudenza costante* albo *consolidata*; zob. M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *Precedent in France*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 122, 128; R. Alexy, R. Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 35, 50; M. Taruffo, M. La Torre, *Precedent in Italy*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 161.

2 Zob. R.S. Summers, M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 489; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 122-123, 130-131; R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 35, 50-54; M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 160-161, 172-174; L. Morawski, M. Zirk-Sadowski *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 246-247; A.R. Miguel, F.J. Laporta, *Precedent in Spain*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 277, 282-283.

Można by się jednak próbować doszukiwać pewnego podobieństwa pomiędzy linią orzeczniczą a anglosaskim pojęciem sprawy wiodącej (ang. *leading case*), która dała początek dalszym wyrokom, w jakich powtórzono przyjęte w niej rozwiązanie (zob. akapit 4. pkt 4. rozdziału IV części I niniejszego opracowania). O ile jednak w prawie anglosaskim wystarczy powołać się tylko na sprawę wiodącą, o tyle w państwach z systemem prawnym typu *civil law* z reguły, dla wzmocnienia siły argumentacyjnej, będzie się przytaczać cały szereg, a najlepiej wszystkie z pokrywających się merytorycznie orzeczeń.

go, zawsze odniósł się – tym bardziej jeszcze szczegółowo – do wszystkich z tych orzeczeń³. W krajach z rodziny *civil law* niemalże z samego założenia brak będzie więc odpowiednika, znanej systemowi prawnemu Wielkiej Brytanii, instytucji *per incuriam*⁴.

Ponadto, jak się wskazuje, w systemie prawnym typu *common law* liczyć się będzie nawet jeden pojedynczy precedens, tj. moc argumentacyjna takiego precedensu mimo jego „jednorazowego” charakteru z reguły będzie bardzo wysoka. Natomiast w krajach z obszaru *civil law* powołanie się na jeden tylko wyrok sądowy może okazać się bardzo słabym argumentem i dopiero jakaś seria powielających to samo stanowisko orzeczeń będzie mieć w nich jakieś większe argumentacyjne znaczenie⁵. Co więcej, w państwach z kręgu *civil law*, z uwagi na niejednokrotnie niesamowicie dużą liczbę dotychczas wydanych orzeczeń sądowych, w tym pochodzących od sądów najwyższej instancji, występuje poważne ryzyko zachodzenia sprzeczności między takimi orzeczeniami. Z powodu braku zaś instytucji *overruling* czy istnienia jakichkolwiek innych reguł kolizyjnych mówiących, jak te sprzeczności rozstrzygać, będzie tu nieraz konieczne dokonanie mniej lub bardziej arbitralnego wyboru pomiędzy niezgodnymi ze sobą orzeczeniami (tj. zwłaszcza spośród kolidujących ze sobą propozycji interpretacji danego przepisu prawa stanowionego, jakie się w tych orzeczeniach znajdują)⁶.

3 Zob. R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 487, 489.

4 Brak przywołania w uzasadnieniu wyroku któregoś z dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych, jakie były istotne dla rozpoznanej tym wyrokiem sprawy, w takich krajach jak Niemcy, Szwecja czy Argentyna, ma być jednak uważane za błąd (zob. R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 487). We Włoszech od sędziego z sądu niższej instancji oczekuje się też, że przy uzasadnianiu wydawanego przez siebie wyroku poczyni on wzmiankę o takim orzeczeniu Sądu Najwyższego, które przemawia na niekorzyść sposobu, w jaki rozstrzygnął on zawisłą przed nim sprawę (zob. M. Taruffo, M. La Torre, *op. cit.*, s. 179).

5 Zob. R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 489; D.N. MacCormick, R.S. Summers, *Further General Reflections and Conclusions*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 538; R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, s. 145; odnośnie do Francji, jako modelowego kraju z systemem prawnym typu *civil law*, zob. też R. Cross, *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford 1968, s. 10-11 i R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 11.

Podobnie w odniesieniu do Polski zdają się wskazywać L. Morawski i M. Zirk-Sadowski. Przy tym autorzy ci nie tylko podpisują się pod tezą, że siła danego orzeczenia wyraźnie wzrasta tu, gdy jest ono podparte ustaloną i stałą [niezmienną] linią orzecznictwa, ale ponadto wskazują jeszcze, że ilekroć jakiś wyrok nie przyczyni się tutaj do utworzenia się takiej linii, to wydaje się, iż nie ma podstaw, by traktować go jako precedens [*de facto*] – przez co też raczej miał mieć J. Wróblewski, że w stosunku do takiego [jak dotąd] pojedynczego wyroku określenie tego, czy jest on precedensem, możliwe jest tylko *post factum* (zob. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 246-247).

Trzeba jednak zauważyć, że również w systemie prawnym typu *common law* seria precedensów na ogół będzie silniejsza niż pojedynczy precedens (zob. np. J.C. Wells, *A Treatise on the Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Des Moines 1878, s. 535-536, 550-551 i M.J. Gerhardt, *op. cit.*, s. 48, s. 271-272, przypis 76).

6 Por. R.S. Summers, M. Taruffo, *op. cit.*, s. 489.

Zjawisko nadmiaru orzeczeń sądowych, jakie są przy tym jeszcze często niespójne, niepewne i wzajemnie sprzeczne, ma szczególnie dawać się we znaki we Włoszech. W jego też zresztą efekcie – jak się tutaj wskazuje – każdy, jeśli tylko dobrze poszuka, ma możliwość znalezienia sobie w tym kraju takiego wyroku, jaki tylko jest mu potrzebny. W związku z takim nadmiarem wysuwa się we Włoszech również postulaty, by drastycznie zredukować liczbę spraw rozpatrywanych przez tutejsze sądy wyższych instancji – i to najlepiej aż do poziomu 20% stanu obecnego (zob. M. Taruffo i M. La Torre, *op. cit.*, s. 164-165, 181, 186, 187).

2. Występujące w polskiej literaturze teoretycznoprawnej podziały orzeczeń sądowych a anglosaskie precedensy

Wracając do przedstawionych w pkt 1. rozdziału I części I niniejszego opracowania propozycji podziałów dotychczas wydanych orzeczeń sądowych, należy stwierdzić, że choć niewątpliwie propozycje te posiadają pewną wartość teoretyczną, to jednak na ogół nie nadają się do ukazywania odmienności, zwłaszcza tych istotnych, jakie zachodzą między sposobem korzystania z dorobku orzecznictwa w krajach z kręgu *civil law* i *common law*. Poza samym rozróżnieniem na precedensy *de facto* i *de iure*, do zasadności którego też można by mieć bardzo poważne zastrzeżenia⁷, pozostałe podziały, jakie można spotkać w polskiej

7 Trzeba bowiem bezwzględnie podkreślić, iż nazwa „precedens *de facto*” (na odróżnienie danego orzeczenia sądowego od „precedensu *de iure*”) jest wyjątkowo nietrafna, ilekroć miałyby ona wskazywać tylko na pewną dającą się empirycznie zaobserwować regularność w stosowaniu się przez sądy do rozwiązań z poprzednio wydanych orzeczeń sądowych – tj. bez łączenia tej regularności z jakimś prawnym tudzież psychologicznym (wewnętrznym, zinternalizowanym) obowiązkiem zachodzącym po stronie osób będących sędziami. Wówczas bowiem w odniesieniu do precedensów *de facto*, po pierwsze, należałoby mówić nie o jakimś ich oddziaływaniu (wpływie) na sposób orzekania przez sądy w sprawach sądowych, ale tylko o pewnej koincydencji. Po drugie przy takim założeniu dotychczas wydane orzeczenia sądowe stanowiłyby co najwyżej jedno z wielu możliwych źródeł informacji, a zawarte w nich propozycje wykładni przepisów prawa stanowionego i przytoczone na poparcie tych propozycji wywody miałyby taką samą moc niezależnie od tego, czy pochodziłyby one od któregoś lub którychś z sędziów czy od jakiejś całkowicie przypadkowej osoby. Jak łatwo zauważyć, tak jednak nie jest. Precedens *de facto* – sądząc po kontekście, w jakim się tego terminu używa – znaczy coś znacznie więcej aniżeli sam dający się faktycznie zaobserwować fakt, niemającego żadnego związku przyczynowego, powielania w adiudykacji rozwiązań z przeszłości. Mianowicie ci, którzy posługują się takim terminem, zakładają, że wydane dotychczas przez sądy orzeczenia posiadają pewną możliwość – poza samą siłą argumentów użytych przy ich uzasadnianiu – wpływania (oddziaływania) na zawartość orzeczeń sądowych, jakie będą zapadały w dalszej kolejności. Innymi słowy sędzia orzekający w danej sprawie – mimo iż nie jest do tego wprost w świetle prawa zobowiązany – ma czuć się tu z jakiegoś powodu, być może dla niego nawet bliżej niewyjaśnionego, zobligowany w jakiejś mierze do kierowania się zawartością decyzji sądowych, jakie zostały dawniej podjęte.

W efekcie można by zaryzykować twierdzenie, że również orzeczenia sądowe wydawane w krajach z obszaru *civil law* posiadają ukierunkowaną na przyszłość moc normatywną, a przez to też, iż są one w tych krajach w jakimś stopniu – chociażby nawet bardzo niewielkim – prawnie wiążące. Biorąc zaś pod uwagę, że to prawne związanie jest tu często w opozycji do oficjalnego stanowiska tudzież ustawowych/konstytucyjnych katalogów źródeł powszechnie obowiązującego prawa, można by o takich orzeczeniach mówić, iż są one „faktycznie prawnie wiążące” tudzież że są one *de facto* precedensami *de iure* lub precedensami *de iure de facto*. Podobnie zresztą zdają się przyjmować G. Bergholz i A. Peczenik, gdy w odniesieniu do dorobku orzecznictwa sądowego w Szwecji nadmieniają o związaniu *de facto*, oraz A. Aarnio, który w kontekście dotychczas wydanych orzeczeń sądowych wspomina o rozróżnieniu na faktycznie i prawnie wiążącą naturę takich orzeczeń (aczkolwiek pochodzące od niego wyjaśnienie tego, co rozumie on przez taką naturę, zdaje się już niezgodne z konotacjami, jakie wywołuje użyta przez niego terminologia). Także R. Alexy i R. Dreier wskazują tu na związanie *de facto* (lub *de facto* związanie) w odróżnieniu od związania *de iure* – zob. odpowiednio: G. Bergholz, A. Peczenik, *Precedent in Sweden*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 293; A. Aarnio, *Statutory Interpretation in Finland*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 138; R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 32-33; w kontekście dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych odnośnie do zwrotu „*de facto* znaczenie” (ang. *de facto importance*) zob. też R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, tłum. R. Adler, D.N. MacCormick, Oxford 1989, s. 274; por. również szczególnie cenne uwagi na temat wiążącego i perswazyjnego autorytetu w: F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009, s. 67-76.

Dość poważnym problemem nawet tak zrewidowanej terminologii jest jednak to, że w przypadku anglosaskiej doktryny precedensu dotychczas zapadłe wyroki sądowe są w pewnym sensie również tylko „faktycznie” prawnie wiążące,

literaturze teoretycznoprawnej, wydają się wnosić bardzo niewiele w tym zakresie. Błędem byłoby też twierdzić, iż w prawie anglosaskim występują wyłącznie precedensy *de iure*, a brak jest precedensów *de facto*. Do tych ostatnich trzeba by zaliczyć przynajmniej zawartość nieważących *obiter dictów*, zwłaszcza tych pochodzących od sądów najwyższej instancji⁸ tudzież całą kategorię precedensów, jakie w systemach prawnych z rodziny *common law* są nazywane perswazyjnymi⁹.

Taka nieadekwatność podziałów, jakie wysuwa się w polskiej literaturze teoretycznoprawnej w celu odróżniania orzeczeń wydawanych w systemach prawa anglosaskiego i kontynentalnego, jest też szczególnie widoczna w przypadku podziału na precedensy konkretne i abstrakcyjne. Jak bowiem zostało to w pkt 1. rozdziału I części I niniejszego opracowania zaznaczone, w odniesieniu do systemu prawnego typu *common law* w tej

a nie – jak wydaje się prawnikom z państw z rodziny *civil law* – „czysto” prawnie wiążące. Również bowiem w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych obowiązek stosowania się przez sądy do rozwiązań z uprzednio wydanych wyroków przy rozpoznawaniu innych spraw sądowych (tzw. tu zasada *stare decisis*) nie ma umocowania w prawie stanowionym. Podobnie prawo to nie wymienia takich wyroków pośród źródeł powszechnie obowiązującego prawa (np. w katalogu takich źródeł zawartym w konstytucji). Analogicznie bowiem jak w krajach z obszaru *civil law* powoływano się tam na orzecznictwo sądowe i faktyczne stosowanie się do niego przez sądy wynika z faktu wykształcenia się tam takiej, a nie innej praktyki czy kultury orzeczniczej. W efekcie, paradoksalnie, podział na precedensy *de facto* i *de iure*, czy też na precedensy wiążące *de facto* i wiążące *de iure*, jest całkowicie nieadekwatny do celów, w których jest powszechnie wykorzystywany. Zgodnie z nim w systemie *common law* wszystkie precedensy – zarówno te wiążące, jak i perswazyjne – musiałyby być bowiem zaliczone do precedensów *de facto* (wiązących *de facto*). W prawie kontynentalnym z kolei obok precedensów *de facto* (wiązących *de facto*) występowałyby jeszcze precedensy *de iure* (wiązące *de iure*) w postaci orzeczeń wydawanych przez tamtejsze trybunały (sądy) konstytucyjne. Takie stanowisko byłoby zaś całkowicie sprzeczne z tym, co się na ogół sądzi.

Prawdziwa różnica, jaka zachodzi między oddziaływaniem dotychczas wydanych orzeczeń na rozpoznawanie w sądach spraw sądowych w systemach prawnych typu *common law* i *civil law*, polega bowiem nie tyle na prawnym czy faktycznym charakterze tego oddziaływania, ile na różnym stopniu jego mocy, a także całym odmiennym aparacie pojęciowym i instytucjonalnym, o którym była mowa w niniejszym opracowaniu.

W powyższym kontekście godne uwagi są też spostrzeżenia, jakie w kwestii problemu z rozróżnianiem precedensów na *de facto* i *de iure* poczynił T. Stawecki (w ich przedmiocie zob. T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 62-66), oraz pochodzące od R. Alexy i R. Dreier ostrzeżenie, iż na tle podziału na „związanie *de iure*” i „związanie *de facto*” możliwe są nieporozumienia z racji tego, że również związanie prawne może być słabsze lub bardziej „miękkie” [mniej konkluzywne], i co więcej, takie słabsze związanie jest postrzegane przez uczestników danej kultury prawnej w kategoriach czegoś o charakterze normatywnym, a nie tylko czegoś empirycznie powtarzalnego (zob. R. Alexy, R. Dreier, *Precedent...*, s. 33). Co także może wydać się tu znamienne, jak podaje S. Eng, w Norwegii prawnicy mają [w ogóle] nie stosować rozróżnienia na precedensy wiążące *de iure* i wiążące tylko *de facto* (zob. S. Eng, *Precedent in Norway*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 202).

⁸ Zob. M.D. Murray, Ch.H. DeSanctis, *Legal Research and Writing*, New York 2006, s. 78.

Co też ciekawe, S. Eng w swoim opracowaniu na temat podobieństw i cech specyficznych norweskiej i angielskiej doktryny precedensu zapowiada, iż będzie się on posługiwał nazwą perswazyjnego precedensu na określenie zarówno niewiązących orzeczeń sądowych, jak i zawartości *obiter dictów* z precedensów o wiążącym charakterze – zob. S. Eng, *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features*, „Scandinavian Studies in Law” 2000, t. 39, s. 302.

⁹ Odnośnie do pojęcia: „precedens perswazyjny” w prawie anglosaskim zob. przypis 77 w rozdziale I części II niniejszego opracowania.

literaturze było podnoszone, że obecne są w nim tylko precedensy konkretne, podczas gdy w systemie prawnym typu *civil law* obok tych precedensów mają występować również precedensy abstrakcyjne. Taka teza jest jednak ewidentnie sprzeczna z istotą instytucji *obiter dictów*, która polegała właśnie na tym, iż sędzia może podać w uzasadnieniu swojego wyroku propozycje rozwiązania nawet takich kwestii prawnych, jakich rozstrzygnięcie nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla rozpoznania tym wyrokiem zawisłej przed nim sprawy. Przy tym po ich sformułowaniu takie propozycje mogą wpływać na to, jak poszczególne przypadki będą później rozstrzygane przez sądy, przez co trudno byłoby je traktować jako coś innego niż abstrakcyjny precedens *de facto*, a więc taki precedens, jakiego – zgodnie ze stanowiskiem przejawianym w polskiej nauce prawa – miało się w prawie anglosaskim nie uświadczyc w ogóle.

Na marginesie można tu również zauważyć, iż podejmowanie uchwał mających moc zasad prawnych przez polski Sąd Najwyższy bez związku z rozpoznawaniem konkretnych spraw sądowych (co miało stanowić paradygmatyczny przykład precedensu abstrakcyjnego) nie wydaje się całkowicie oderwane od takich spraw, a przynajmniej nie *ex definitione*. To bowiem właśnie zapadłe w konkretnych stanach faktycznych wyroki tego sądu lub sądów niższych instancji (powszechnych i wojskowych) zdają się najczęściej świadczyć o rozbieżności w wykładni przepisów prawa będących podstawą orzekania w nim i tych sądach, która to okoliczność zgodnie z art. 83 § 1 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018 poz. 5 z późn. zm.) uprawnia go do podejmowania wspomnianych uchwał. W efekcie można powiedzieć, że choć do podejmowania uchwały mającej moc zasady prawnej nie dochodzi tu jednocześnie z rozpoznawaniem – przez polski Sąd Najwyższy lub sąd mu podległy – konkretnej sprawy, tego rodzaju sprawa lub sprawy mogły się często przysłużyć do jej powstania tudzież wpłynąć na jej treść. Podczas podejmowania takiej uchwały sędziowie polskiego Sądu Najwyższego mogą też oczywiście wizualizować sobie konkretne przypadki w celu upewnienia się, czy interpretacja prawa stanowionego, jaką zamierzają obrać, jest na pewno tą właściwą. Te same zresztą uwagi są adekwatne w stosunku do uchwał podejmowanych na podstawie art. 15 § 1 pkt 2 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 wraz z późn. zm.) przez polski Naczelny Sąd Administracyjny, w których bez związku z rozpoznawaniem konkretnej sprawy sąd ten wyjaśnia przepisy prawne, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych.

Kolejne, wydawałoby się sztandarowe, jeśli chodzi o możliwość naświetlenia różnic między systemem prawa kontynentalnego i systemem prawa anglosaskiego, rozróżnienie na precedensy prawotwórcze i nieprawotwórcze również nie jest pod tym względem zadowalające. Owszem można by przyjąć, że ilekroć sąd anglosaski orzeka w sprawie jeszcze nierozpoznanej tudzież unieważnia dotychczasowy precedens (jego *ratio decidendi*) i w to miejsce ustanawia nowy precedens (nowe *ratio decidendi*), to jego wyrok odznacza się nor-

motwórczym charakterem. Z podobnym skutkiem mamy jednak do czynienia, ilekroć sąd kontynentalny zmienia zajmowane wcześniej w danej kwestii prawnej stanowisko i w ten sposób wpływa na to, jak ta kwestia będzie od tego momentu rozstrzygana przez niego i/lub inne sądy. Również bowiem w tym przypadku będzie można mówić o wprowadzaniu nowości normatywnej do systemu prawa. To samo dotyczy sytuacji, w której sąd w systemie prawnym typu *civil law* po raz pierwszy interpretuje jakiś przepis prawa stanowionego, podając przy tym nowy, bardziej szczegółowy od niego „przepis prawa”, który służy następnie za pomoc przy rozpoznawaniu innych spraw na podstawie tego pierwszego przepisu. W efekcie, jeśli chodzi o problem nowości normatywnej, to wydaje się on równie skomplikowany w każdym z tych systemów prawnych.

Analogicznie jak z podziałem na precedensy prawotwórcze i nieprawotwórcze rzecz ma się z podziałem na precedensy interpretacyjne i rozstrzygnięcia (deklaratoryjne i konstytutywne). Wydaje się mianowicie, iż mniej więcej tak samo trudno jest na gruncie systemu prawnego typu *civil law* i systemu prawnego typu *common law* stwierdzić, kiedy jeszcze mamy do czynienia z pierwszymi z nich, a kiedy już z drugimi. Na przykład: czy jeśli anglosaski sędzia z sądu najwyższej instancji korzysta z instytucji *distinguishing*, to jedynie interpretuje precedens (jego *ratio*) czy już wprowadza jakąś istotną zmianę w dotychczas obowiązującym prawie i w konsekwencji wydawany przez niego wyrok należy kwalifikować nie jako precedens interpretacyjny, lecz jako precedens rozstrzygnięcia? Podobnie: czy jeśli sędzia kontynentalny zasiadający w takim sądzie przyjmie na uzasadnienie wydanego przez siebie wyroku całkowicie sprzeczną z obieraną w dotychczas wydawanych przez ten sąd wyrokach interpretację jakiegoś przepisu prawa stanowionego, ale mieszczącą się w obecnym w jego kraju *ius interpretandi*¹⁰, to taki wyrok jest precedensem rozstrzygnięcia czy tylko precedensem interpretacyjnym? Wydaje się więc, iż również poprzez odwołanie się do tego podziału nie sposób doszukać się jakichś wyraźnych odmienności między systemem prawa kontynentalnego a systemem prawa anglosaskiego.

Także rozróżnienie na precedensy „rzeczywiste”, mające występować w systemach prawnych typu *common law*, i precedensy „pozorne”, mające charakteryzować Polskę, nie wydaje się przy takim jego rozumieniu właściwe. Zgodnie z panującą w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii zasadą *stare decisis* sędzia, zwłaszcza ten zasiadający w sądzie niższej instancji, ma obowiązek stosowania się również – jeśli nie właśnie przede wszystkim – do tych precedensów, z jakimi się osobiście co do ich *meritum* nie zgadza i na których nie oparłby on swojego rozstrzygnięcia, gdyby nie ta zasada. Stąd też miało się nawet zdarzać, że anglosascy sędziowie wprost w treści pochodzących od nich uzasadnień sądowych narzekali, iż przy rozpoznawaniu przedłożonej im sprawy muszą przestrzegać błędnych w ich mniemaniu precedensów, wraz z zaznaczeniem, że przejawiają nadzieję,

10 Odnośnie do pojęcia „*ius interpretandi*” zob. przypis 51 w rozdziale I części II niniejszego opracowania.

że sąd przełożony nad sądem, w którym zasiadają, te precedensy w postępowaniu apelacyjnym unieważni. Patrząc więc z perspektywy takich sędziów, w systemie prawnym typu *common law* aż roiłoby się od precedensów „pozornych” (fałszywych). Na postrzeganie dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych w kategoriach precedensu „rzeczywistego” mogą sobie w tym systemie pozwolić – i to też ze znacznymi ograniczeniami, bo sama błędność danego orzeczenia na ogół nie stanowi tu wystarczającej przesłanki do poddania go pod *overruling* – raczej tylko sędziowie orzekający w sądach najwyższej instancji¹¹. Do oddania różnic zachodzących między wyrokami zapadającymi w prawie anglosaskim i kontynentalnym nie nadaje się też pojęcie „orzeczenia precedensowego” w sensie, o jakim wspomina T. Flemming-Kulesza. Precedensy w systemie prawa anglosaskiego mogą bowiem – tak jak w systemach prawa kontynentalnego – zarówno przełamywać dotychczasowy sposób spojrzenia na daną kwestię prawną (*overruling*, nadużycie *distinguishing* tudzież przeformułowanie danego precedensu, ewentualnie rozstrzygnięcie sprawy jeszcze nierozpoznanej w sposób odmienny od tego, czego powszechnie oczekiwano), jak i rozwijać lub potwierdzać dotychczas zajmowane w niej stanowisko; przy czym tych drugich przypadków wydaje się tu być oczywiście o wiele więcej.

Nieco bardziej przydatne dla ukazania jakiejś specyficznej cechy anglosaskiej doktryny precedensu wydaje się natomiast – na pierwszy rzut oka zupełnie niepozorne – rozróżnienie na „precedensy prawne”, mające redukować niepewność w zakresie obowiązującego prawa, oraz „precedensy faktyczne”, mające zmniejszać niepewność w kwestiach związanych z ustaleniem szczegółów stanu faktycznego i oceną dowodów – jakie zaproponowali L. Morawski i M. Zirk-Sadowski. Jeśliby bowiem przyjąć, iż podział na kwestie „prawne” i „faktyczne” jest możliwy do utrzymania w teorii i praktyce, to można by próbować twierdzić, iż „precedensy faktyczne” nie mogą uchodzić w prawie anglosaskim za wiążące, a być może nawet i za perswazyjne.

Tego samego nie można już powiedzieć o ostatnim z przytoczonych na wstępie niniejszego opracowania podziałów, tj. na precedensy *secundum, praeter* i *contra legem*. Zarówno bowiem w systemie prawnym typu *common law*, jak i systemie prawnym typu *civil law* są wydawane orzeczenia sądowe, o których da się powiedzieć, że są *contra legem* lub *secundum legem*. W obu z nich wyrok sprzeczny z obowiązującym przepisem prawa stanowionego należy uważać – przynajmniej *prima facie* – za wydany *contra legem*; podobnie jak wyrok opierający się na mieszczącej się w granicach dozwolonej takiego prawa wykładni należałoby traktować

11 Warto przytoczyć tu choćby słowa amerykańskiego filozofa i teoretyka prawa Fredericka Schauera: „By ordinarily requiring that legal decisions follow precedent, the law is committed to the view that it is often better for a decision to accord with precedent than to be right, and that it is frequently more important for a decision to be consistent with precedent than to have the best consequences” albo fragment książki Ruperta Crossa pt. *Precedent in English Law*: „However anomalous a decision of a superior court may be (...), since it has received the blessing of an appellate court, it binds all courts below that court in the hierarchy”. Zob. odpowiednio F. Schauer, *Thinking...*, s. 36 oraz R. Cross, *op. cit.*, s. 10.

w nich jako wydany *secundum legem*. W przypadku prawa anglosaskiego za *contra legem* powinno się też uznawać decyzję sądową sprzeczną z wiążącym precedensem, ilekroć sąd, który ją podejmuje, nie jest uprawniony do *overruling*; a za *secundum legem* uważać decyzję sądową podjętą w zgodzie z dopuszczalnymi metodami interpretacji *ratio* precedensowego wyroku, jakie znajduje zastosowanie w sprawie, której ta decyzja dotyczy, a także decyzję sądową podjętą na skutek prawidłowo przeprowadzonego wyróżnienia wiążącego w sprawie, której ona dotyczy, precedensu. Jeśli chodzi natomiast o orzeczenia *praeter legem*, to sama już ich idea pozostaje dość kontrowersyjna. Powstaje bowiem pytanie, czy w ogóle mogą istnieć takie decyzje sądowe, które ani nie są zgodne, ani nie są niezgodne z obowiązującym prawem, będąc niejako „obok” tego prawa. Nawet jednak w razie udzielenia na to pytanie odpowiedzi pozytywnej takie rozróżnienie również nie wydaje się mieć istotnego znaczenia dla możliwości uwypuklenia specyfiki orzeczeń zapadających w systemach prawnych typu *common law* i *civil law* (np. jak uznamy za będące *praeter legem* wyroki wydawane w *cases of first impression*, to jako takie wypadałoby pewnie potraktować również wyroki sądów kontynentalnych, jakie zapadają w przypadku luk *extra legem*).

Reasumując, zaprezentowane na początku niniejszego opracowania podziały wyroków (orzeczeń, precedensów) sądowych, jakie można znaleźć w polskiej literaturze teoretycznoprawnej, nie nadają się do ukazania za ich pomocą unikalnego charakteru anglosaskiej doktryny precedensu. Wprost przeciwnie podziały te mogą posłużyć do wykazania pewnych zbieżności między systemami prawnymi typu *common law* i *civil law*. Jakąś użyteczność dla tego celu może mieć bowiem tylko rozróżnienie na precedensy prawne i faktyczne w znaczeniu, jakie nadają mu L. Morawski i M. Zirk Sadowski. Podział na precedensy *de iure* i *de facto* zdaje się natomiast przydatny jedynie do nakreślenia oficjalnego stanowiska, jakie panuje w każdym z tych dwóch systemów, po jego głębszej zaś analizie jawi się on już jednak teoretycznie błędny, chyba że za jego pomocą pragnie się wskazać na to, że w prawie anglosaskim brak jest precedensów *de iure*, a w prawie kontynentalnym takie „precedensy” w postaci orzeczeń wydawanych tam przez trybunały (sądy) konstytucyjne występują!

3. Właściwa terminologia

Na koniec warto odnieść się do potencjalnego zarzutu w postaci pytania, które mogłoby zostać zadane przez obrońców określania wyroków sądowych, jakie są wydawane w systemach prawnych typu *civil law*, precedensami. Skoro bowiem mylącym ma być posługiwanie się w odniesieniu do tych systemów pojęciem „precedensu sądowego”, to jakim innym określeniem na oznaczenie kontynentalnych orzeczeń sądowych i ich wpływu na sposób orzekania w tutejszych sądach mielibyśmy tu operować? Odpowiedź na ten zarzut/pytanie wydaje się jednak relatywnie prosta. Mianowicie zamiast uciekać się do nazwy precedens *de facto* i precedens *de iure* w miejsce tych określeń można by traktować o poprzednio

wydanych orzeczeniach sądowych i ewentualnie formalnie wiążącej (*de iure*) oraz mającej „faktyczny” wpływ (*de facto*) sądowej wykładni prawa stanowionego, a przynajmniej, decydując się już na użycie w kontekście systemu prawnego typu *civil law* terminu „precedens”, wyraźnie zaznaczyć, iż nie ma on za wiele wspólnego z precedensem anglosaskim, który jest jedyny w swoim rodzaju.

Co też dość znamienne, gdy mowa o polskiej judykaturze, w treściach uzasadnień sądowych takie słowo jak „precedens” nie jest na ogół stosowane.

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



APENDYKS: NORWEGIA, SZWECJA I TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ¹

Broniona w niniejszym opracowaniu teza o odmienności anglosaskich precedensów na tle orzeczeń wydawanych w krajach z rodziny *civil law* nie może być już tak łatwo powtórzona w stosunku do dwóch, a przyjemniej jednego, ze skandynawskich systemów prawnych². W ich bowiem przypadku, jak się wydaje, można już mówić nie tylko o sądowej wykładni prawa stanowionego, lecz o precedensach *par excellence*. Ponadto teza ta nie do końca przystaje do prawa Unii Europejskiej, gdzie – jak można odnieść wrażenie – występuje jakaś, co prawda nierozwinięta pod względem instytucjonalnym, zasada *stare decisis* tudzież jej załączki.

Szczególnie wymowny, gdy mowa o Skandynawii, jest bowiem *casus* Królestwa Norwegii, w którym orzeczenia tamtejszego Sądu Najwyższego – tak jak wyroki wydawane przez sądy najwyższe w państwach z obszaru *common law* – ma cechować przymiot bycia formalnie (prawnie) wiążącymi. Orzeczeniami tymi mają być tu bowiem związani sędziowie orzekający w sądach niższych instancji, a więc zwłaszcza ci zasiadający w tzw. *tingrettene* (≈ sądy rejonowe) oraz tzw. *lagmannsrettene* (≈ sądy apelacyjne)³. Przy tym sam

1 Do napisania niniejszego apendyксу przyczyniły się badania, jakie autor jako *a guest researcher* przeprowadził na Uniwersytecie Tromsø w Norwegii. 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 ponosi beneficjent.

2 Zarówno kultura prawna, jak i porządki prawne państw skandynawskich nie mogą być utożsamiane z kulturą i systemem prawnym typu *civil law*. O wiele bardziej zdają się one tworzyć inną jeszcze, odrębną zarówno od tego systemu, jak i systemu prawa anglosaskiego, rodzinę. Przy tym choć można się tu doszukać pewnych podobieństw do każdego z tych systemów, nieco bliżej ma im być do systemu prawa kontynentalnego. Zob. J. Husa, K. Nuotio, H. Pihlajamäki, *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, [w:] *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, red. J. Husa, K. Nuotio, H. Pihlajamäki, Antwerp 2007, s. 1-39; J.W.F. Sundberg, *Civil Law, Common Law and the Scandinavians*, „Scandinavian Studies in Law” 1969, t. 13, s. 181-205; K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, tłum. T. Weir, wyd. 3, Oxford 1998, s. 276-285; G. Bergholz, A. Peczenik, *Precedent in Sweden*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 293.

Notabene również w odniesieniu do porządku prawnego przywoływanej w części II niniejszego opracowania Argentyny mówi się o swoistym łączeniu elementów charakteryzujących system prawny typu *common law* i *civil law* – zob. E. Zuleta-Puceiro, *Statutory Interpretation in Argentina*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 31-33, 69-71.

3 Odnośnie do struktury sądownictwa i rodzajów sądów, jakie występują w Norwegii, zob. informacje podane na stronie internetowej: <http://www.frostating.no/english/english-about/courts-of-norway> i norweską ustawę z dnia

norweski Sąd Najwyższy (Høyesterett) – tak jak sądy najwyższe w Stanach Zjednoczonych i Zjednoczonym Królestwie od czasu wydania the Practice Statement – nie jest w sposób prawny zobligowany do ich przestrzegania. Dawniej jednak, tj. w latach 50. XIX w., również wśród jego sędziów można było znaleźć osoby, które czuły się bezwzględnie zobowiązane do stosowania się do uprzednio wyrażonych w jego orzecznictwie poglądów w kwestiach prawnych. Dzisiaj natomiast mimo braku prawnego związania – bardzo podobnie do tego, jak wygląda to w systemach prawnych typu *common law* – sędziowie norweskiego Sądu Najwyższego uważają się za zobligowanych do uwzględniania (brania pod uwagę) treści jak dotąd wydanych przez ten sąd wyroków⁴. Przy tym wspomniany obowiązek przestrzegania przez sądy niższej instancji precedensów pochodzących od Høyesterettu ma – identycznie jak przedstawia się to w przypadku anglosaskiej doktryny precedensu – swoje źródło nie w jakimś postanowieniu prawa stanowionego, lecz w fakcie wykształcenia się w Norwegii takiej, a nie innej praktyki i kultury orzekania⁵.

Ponadto pomijając już nawet to, że tak jak w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych, w Norwegii liczy się nawet pojedyncze orzeczenie, a nie dopiero utrwalona linia orzecznicza⁶, bardzo zbliżone do anglosaskich wydają się tutaj zapatrywania na określanie tego, co w przypadku precedensu sądowego ma uchodzić za wiążące. W norweskiej praktyce orzeczniczej ma się bowiem wyróżniać, po pierwsze, *ratio decidendi* w postaci ogólnej reguły lub zasady prawa, która to reguła/zasada może bądź zostać wyraźnie podana w uzasadnieniu precedensowego wyroku (*ratio* wyraźne), bądź dawać się zbudować na podstawie takiego wyroku, ewentualnie szeregu takich wyroków (*ratio* dorozumiane). Po drugie, przy określeniu zakresu związania precedensem sądowym, nieobca ma być też Norwegom zarówno praktyka poszukiwania jakiejś ogólnej zasady, której przejawem było wydanie takiego, a nie innego wyroku w precedensowej sprawie, jak i ustalanie tego, jakie racjonalne przyczyny

13 sierpnia 1915 r. *Lov om domstolene [Domstolloven]*, która normuje ustrój norweskich sądów powszechnych, a z opracowań doktryny: A. Rosseland, *Presentation of the National Courts Administration and the Norwegian Court Reform of 2002*, „Scandinavian Studies in Law” 2007, t. 51, s. 615-618; P.H. Lindblom, *The Role of the Supreme Courts in Scandinavia*, „Scandinavian Studies in Law” 2000, t. 39, s. 328-329; P. Hagelien, M. Vonen, *The Norwegian Legal System. An introductory guide*, Bergen 1994, s. 19-21; S. Eng, *Precedent in Norway*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. McCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 189-190.

4 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 199-201, 211-212; S. Eng, *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features*, „Scandinavian Studies in Law” 2000, t. 39, s. 294; T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, „Law Quarterly Review” 1938, t. 54, nr 213, s. 112-114; L.B. Orfield, *The Growth of Scandinavian Law*, Philadelphia 1953, s. 172-174; M. Koszowski, *Norweska doktryna precedensu w zarysie*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2012, nr 3, s. 196-197.

5 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 276-278 i S. Eng, *Precedent...*, s. 201-202.

Warto jednak zaznaczyć, iż dopiero w ciągu XX w. zaczęto w Norwegii postrzegać orzecznictwo sądowe jako samoistne – istniejące obok prawa zwyczajowego oraz ustawowego – źródło prawa. Dawniej utrzymywano tu bowiem – choć niekoniecznie odpowiadało to w pełni stanowi rzeczywistości – że tutejsze *case law* stanowi tylko dowód panujących zwyczajów (lub przyczyn do ich wykształcenia się), a wyrok sądowy sam z siebie prawa tworzyć nie może. Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 202 i L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 172-173; zob. też T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, s. 102-111.

6 S. Eng, *Precedent...*, s. 205, 208-209.

[argumenty] przemawiały za rozstrzygnięciem precedensowej sprawy w sposób, w jaki została ona rozpatrzona. Poza tym w Norwegii zwykło się w tym celu również porównywać okoliczności faktyczne sprawy aktualnie rozpoznawanej z okolicznościami faktycznymi sprawy rozstrzygniętej w przeszłości, by na tej podstawie formułować twierdzenia o (nie) zachodzeniu między tymi sprawami istotnych różnic i podobieństw. W efekcie można by powiedzieć, iż w norweskiej praktyce orzeczniczej obecne są zarówno odpowiedniki anglosaskiego *the rule model*, modelu precedensu z zasad i modelu z przyczyn (argumentów, ich ważenia), jak również modelu precedensu z analogii – co nie oznacza jednak tego, że oficjalnie operuje się w niej tym ostatnim terminem⁷.

Co więcej, w Królestwie Norwegii występuje również instytucja *distinguishing*, która – tak jak ma to najczęściej miejsce w prawie anglosaskim – zdaje się zasadać tu na dysanalogii (rozumowaniu polegającym na odwrotności analogii). Przy tym wyróżnianie precedensu może odbywać się tutaj zarówno w sposób wyraźny, jak i dorozumiany. Z pierwszego norwescy sędziowie mają korzystać głównie wtedy, gdy są w wysokim stopniu pewni, iż dostrzeżone przez nich odmienności pomiędzy stanem faktycznym sprawy rozpoznanej w przeszłości a stanem faktycznym sprawy aktualnie przez nich rozstrzyganej są na tyle prawnie istotne, iż uzasadniają odmienne potraktowanie każdej z tych spraw. Z kolei wyróżnianie precedensów w sposób dorozumiany – poza tym, że, jak się wskazuje, ma być ono wynikiem braku u tych sędziów takiej pewności – potrafi przybrać w Norwegii postać nader specyficzną. Mianowicie niestosujący się do jakiegoś precedensowego wyroku norweski sędzia ma czasem nie tylko nie mówić wprost, że skorzystał z instytucji *distinguishing*, lecz niejako w zamian za to podawać [bardziej niż zwykle] szczegółowy opis stanu faktycznego rozstrzygniętej przez siebie sprawy⁸. W takim przypadku niedomówione może pozostać też to, czy sędzia ten tylko wyróżnił (poczynił od niego wyjątek) czy unieważnił w całości niezastosowany w zawisłej przed nim sprawie precedens. Przy tym jeśli chodzi o ostatnie, to jego moc jest w Norwegii zarówno pro-, jak i retrospektywna, tj. brak jest tu możliwości dokonywania *overruling* wyłącznie z mocą na przyszłość. Do unieważniania dotychczas ustanowionych przez norweski Sąd Najwyższy precedensów jest przewidziana również szczególna procedura. Mianowicie rozpoznający sprawę, w której w grę wchodzi odstępianie od takiego precedensu, skład pięcioosobowy (jaki jest tutaj składem podstawowym) może przekazać tę sprawę do rozpoznania tzw. Dużej Izbie, która składa się z jedenastu sędziów. Przy tym gdy zażądało tego co najmniej dwóch członków takiego składu, przekazanie tej sprawy do rozpatrzenia

7 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 207-208; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 278-279, 284, 287-288; S. Eng, *Analysis of Dis/agreement – with particular reference to Law and Legal Theory*, Dordrecht 2003, s. 502-509; M. Koszowski, *Norweska...*, s. 197; G. Marshall, *What is Binding in a Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 509-510.

8 S. Eng, *Precedent...*, s. 210, 214 i M. Koszowski, *Norweska...*, s. 197-198.

przez Dużą Izbę lub pełny skład (według decyzji prezesa) staje się obligatoryjne⁹. Choć też w Norwegii brak ma być rozbudowanych teorii, jakie miałyby wskazywać, kiedy wolno sięgać do *overruling*, a kiedy tego czynić nie należy, nie wydaje się, by instytucja ta była w tym kraju w jakiś sposób nadużywana i prowadziła do „podkopywania” pewności tutejszego prawa. W latach 1916-1970 norweski Sąd Najwyższy miał wyraźnie unieważnić bowiem tylko siedemnaście ze swoich precedensów¹⁰. Co także istotne, co do zasady nie różnicuje się tu jakoś szczególnie mocy pojedynczego precedensu sądowego w odróżnieniu od serii takich precedensów, a w przypadku istnienia tej ostatniej sąd może zacytować (powołać się na) tylko jeden, np. pierwszy/ostatni tudzież najważniejszy lub najbardziej typowy, ze składających się na nią precedensowych wyroków¹¹. W Norwegii – co przypomina angielski *leap-frogging* – możliwe jest też wniesienie apelacji (kasacji) do Sądu Najwyższego z pominięciem postępowania przed sądem apelacyjnym¹².

Na gruncie norweskim nie do końca przestrzega się jednak – sztandarowego w przypadku anglosaskiej doktryny precedensu – podziału na wiążące *ratio decidendi* i niewiążące *obiter dicta*. Te ostatnie, gdy są starannie sformułowane, mogą bowiem uchodzić za prawnie wiążące dla norweskich sędziów¹³. Choć też używane w norweskim dyskursie prawnym argumenty są względnie zdroworozsądkowe, a norweski język prawniczy w dużej mierze niewyspecjalizowany, również styl norweskich uzasadnień sądowych, zwłaszcza dołączanych do wyroków wydawanych w sprawach karnych (i innych sprawach, w których do głosu dochodzi zasada legalności), nie dorównuje pod względem dyskursywności i rozwlekłości stylowi uzasadnień, jakie są sporządzane w krajach anglosaskich. Nie tak częste jak u ich angielskich kolegów są też wśród norweskich sędziów zdania odrębne i uzasadnienia zbieżne tylko co do wyniku¹⁴. Ponadto w przypadku wyroków, jakie zapadają w obszarze prawa karnego i administracyjnego, ich podstawy prawnej nie może stanowić w Norwegii któryś

9 Zob. § 5 i 6 norweskiej ustawy z dnia 13 sierpnia 1915 r. *Lov om domstolene [Domstolloven]*; zob. też S. Eng, *Precedent...*, s. 191, 211-212 oraz M. Koszowski, *Norweska...*, s. 197-199.

Co znamienne, podwaliny dla procedury przeprowadzania *overruling* w składzie powiększonym – by przez uniemożliwienie dokonywania ciągłych zmian w orzecznictwie norweskiego Sądu Najwyższego zagwarantować jedność prawa i zwiększyć autorytet samego tego orzecznictwa – miała stwarzać w Norwegii już ustawa z 1926 r.; zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, s. 114-115.

10 S. Eng, *Precedent...*, s. 211-212; S. Eng, *The Doctrine...*, s. 304; odnośnie do czasów dawniejszych zob. T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, s. 112-114 oraz L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173.

11 S. Eng, *Precedent...*, s. 205, 208. Na temat tego, jak wyglądało to dawniej, por. jednak T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, „Law Quarterly Review” 1938, t. 54, nr 214, s. 266-267, 269-270 i L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 173.

12 Zob. § 30-2 ustawy z dnia 17 czerwca 2005 r. *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister [Tvisteloven]*, która reguluje w Norwegii postępowanie sądowe i mediacyjne w sprawach cywilnych, oraz § 8 ustawy z 22 maja 1981 r. *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)*, która normuje w Norwegii postępowanie sądowe w sprawach karnych, i M. Koszowski, *Norweska...*, s. 200.

13 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 294, 305; S. Eng, *Precedent...*, s. 207; T. Leivestad, *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, s. 269; L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 174; M. Koszowski, *Norweska...*, s. 197.

14 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 289-293, 298-301; S. Eng, *Precedent...*, s. 191, 193, 214, zob. też s. 197-198; M. Koszowski, *Norweska...*, s. 199; por. też A. Peczenik, *On Law and Reason*, wyd. 2, 2009, s. 276-277 i G. Bergholz, A. Peczenik, *op.*

z dotychczas ustanowionych precedensów sądowych, lecz musi nią być przepis prawa stanowionego¹⁵. Współczesnym Norwegom nieobca ma być też, starająca się ukryć prawotwórczy aspekt adiudykacji, deklaratoryjna teoria prawa precedensowego¹⁶.

Odmienne też niż Stanom Zjednoczonym i Zjednoczonemu Królestwu norweskiej praktyce orzeczniczej znana – co nie znaczy, że nie wykorzystywana bardzo rzadko – jest instytucja antycypacyjnego unieważniania precedensów¹⁷ – w ramach której sąd niższej instancji, zwłaszcza przewidując to, co zrobiłby w rozpoznawanej przez niego sprawie sąd najwyższy, nie stosuje się do precedensu pochodzącego od tego ostatniego. Co więcej, poza samym przeformułowywaniem precedensów¹⁸, w Norwegii ma dochodzić także, w szczególności wśród sędziów zasiadających w sądach niższej instancji, i to – jak sugeruje S. Eng – częściej niż się zazwyczaj uważa, do manipulacji przy ustalaniu okoliczności faktycznych aktualnie rozpoznawanego w sądzie przypadku w celu niezastosowania w tym przypadku precedensu, jakiego przestrzeganie w tym przypadku pociągałoby za sobą konieczność wydania niesłusznego w ocenie rozpoznającego ten przypadek sędziego wyroku. Przy tym w efekcie takich manipulacji – w tym dokonanych przez odpowiednie nadużywanie niepisanych reguł dowodowych – ma dochodzić do podania innego opisu stanu faktycznego, jaki wystąpił w zawisłej sprawie, niż zostałby podany wówczas, gdy rozpoznającemu tę sprawę sędziemu nie chodziłoby o uniknięcie bycia związanym precedensowym prawem¹⁹.

Inaczej, niż odbywa się to w Wielkiej Brytanii, są rekrutowani także norwescy sędziowie, których wyłania się spośród osób sprawujących różne funkcje publiczne: członków korpusu służby cywilnej, pracowników Policji i prokuratury tudzież akademików²⁰. Rola tych ostatnich ogólnie wydaje się zresztą w Norwegii większa aniżeli w krajach anglosaskich²¹. Mimo też iż norweski Sąd Najwyższy dysponuje prawem selekcji tego, którymi z wnoszonych do niego apelacji/kasacji będzie się zajmował, a którym odmówi przyjęcia ich do rozpoznania, orzeka on z dość dużą częstotliwością, rozstrzygając rocznie ok. 400 spraw karnych i 500

cit., s. 296 (autorzy ci wskazują na często dyskursywny, argumentacyjny i złożony charakter sporządzanych w Norwegii uzasadnień sądowych).

15 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 202-203, 204 oraz M. Koszowski, *Norweska...*, s. 200.

16 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 280-282, 311-314, 319.

17 S. Eng, *Precedent...*, s. 212 i M. Koszowski, *Norweska...*, s. 198.

Podaje się jednak, że ostatni raz, kiedy w Norwegii sąd pierwszej instancji umyślnie odmówił zastosowania się do orzeczenia pochodzącego od tutejszego Sądu Najwyższego, miał mieć miejsce na początku ubiegłego stulecia – zob. A. Peczenik, *op. cit.*, s. 281.

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

19 S. Eng, *The Doctrine...*, s. 314-318 i M. Koszowski, *Norweska...*, s. 201.

20 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 293. Co do szczegółów w zakresie procedury powoływania sędziów w Norwegii, w tym występującej tu instytucji sędziów tymczasowych, zob. A. Rosseland, *op. cit.*, s. 618-621.

21 Odnosnie do roli, jaką odgrywają w Norwegii przedstawiciele nauki prawa i ich poglądy, w tym poczynienia w tym względzie przez duńskiego profesora prawa H. Munch-Petersena przyrównania do Niemiec (a nie do Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych), zob. L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 174.

cywilnych²² (choć sporą część z nich stanowią sprawy mniejszej wagi lub dotyczące kwestii czysto proceduralnych) – co też czyni go bardziej sądem trzeciej instancji aniżeli sądem *stricte* precedensowym²³. Skutkiem ubocznym tak wysokiej liczby rozpoznawanych przez ten sąd spraw są przy tym konflikty pomiędzy pochodzącymi od niego precedensami i w pewnym sensie również zjawisko nadmiaru takich precedensów²⁴. Ponadto, co warto mieć na uwadze, w norweskiej judykaturze o wiele rzadziej, niż dzieje się to w judykaturach państw anglosaskich, dyskutuje się o zasadach mających rządzić tutejszą doktryną prawnie wiążącego precedensu²⁵.

Nieco podobnie jak w Norwegii rzecz ma się w Szwecji. Choć nie występuje tu instytucja prawnie wiążących precedensów (w połowie XX w. nie było to jednak wcale takie oczywiste, a i w czasach współczesnych zdarzają się głosy, iż na sądach niższej instancji spoczywa obowiązek przestrzegania dorobku orzeczniczego tutejszego Sądu Najwyższego z wyjątkiem tych tylko jego orzeczeń, które zostały wydane *per incuriam*), podnosi się, że faktyczny wpływ poprzednio wydanych orzeczeń sądowych jest w tym kraju nawet większy aniżeli w krajach z systemem prawnym typu *common law*. Przy tym wpływ ten ma jeszcze ciągle wzrastać²⁶. Szczególnie istotne mają być w tym względzie wyroki wydawane przez

22 Zob. A. Rosseland, *op. cit.*, s. 618.

23 Zob. S. Eng, *Precedent...*, s. 190.

24 *Ibidem*, s. 205, 213.

25 Zob. S. Eng, *The Doctrine...*, s. 289-292.

26 Dla nieobowiązywania w Szwecji zasady *stare decisis* kluczowe znaczenie miało wystąpienie Justitieombudsmana [przedstawiciel szwedzkiego parlamentu w sprawach sądownictwa i administracji publicznej] w 1947 r. z rocznym sprawozdaniem zawierającym krytykę sądu niższej instancji, której powodem było to, że sąd ten nie zastosował się do zapatrywań prawnych szwedzkiego Sądu Najwyższego wyrażonych na dodatek *in pleno*. W odpowiedzi bowiem na to sprawozdanie odpowiednia komisja parlamentarna (Riksdagens lagutskott) kategorycznie odmówiła słuszności zarzutowi Justitieombudsmana, oznajmiając, iż sądy niższych instancji nie są w Szwecji związane orzecznictwem Sądu Najwyższego, i to jedynie waga przywołanych przez ten sąd argumentów („powodów”) na uzasadnienie wydawanych przez niego wyroków powinna być decydująca dla wpływu, jaki sąd ten będzie miał na to, jak wymierzają sprawiedliwość (stosują prawo) sądy niższej instancji. Zasadność stanowiska obranego przez wspomnianą komisję została potem skonsultowana ze środowiskiem akademickim, a samo wydarzenie stało się przyczynkiem do dalszej burzliwej wymiany zdań. Tak np. jedni twierdzili, że rozwiązanie przyjęte przez tę komisję jest nie tylko tym najwłaściwszym (każdy sędzia musi samemu, w sposób niezależny, dojść do tego, jaką decyzję podejmie w przedłożonej mu sprawie), ale ponadto jeszcze dokładnie takim, jakie obrać nakazywało ówczesne prawo stanowione. Przy tym podniesiono też, że gdyby pogląd Justitieombudsmana był prawidłowy, uzasadnienia podawane przez szwedzki Sąd Najwyższy musiałyby być o wiele bardziej wyczerpujące, niż miało to miejsce dotychczas. Zauważono również, że dzięki temu, iż orzecznictwo tego sądu nie jest wiążące, sąd ten ma więcej okazji do rozważenia zasadności podjętych przez siebie poprzednio decyzji, co jest stanem pożądanym. Inni z tezą rzeczonyj komisji, np. poprzez wskazanie, iż argumenty („powody”, „podstawy”), jakie na uzasadnienie swoich rozstrzygnięć podają sędziowie szwedzkiego Sądu Najwyższego są często niejasne, zgodzić się już – przynajmniej w jej dosłownym brzmieniu – nie mogli. Zwrócono tu także uwagę na fakt natury empirycznej, iż w praktyce sędziowie zasiadający w szwedzkich sądach niższych instancji stosują się do orzeczeń szwedzkiego Sądu Najwyższego (zawartych w tych orzeczeniach zapatrywań prawnych) właśnie dlatego, że pochodzą one od tego sądu [a nie od kogoś innego]. Przy tym do takiego stosowania się dochodzi również wtedy, gdy sami ci sędziowie rozstrzygnęliby poszczególne kwestie prawne w sposób odmienny, i tylko bardzo ważne powody mogą ich skłonić do postąpienia wbrew temu, co wynika z orzecznictwa szwedzkiego Sądu Najwyższego (do analizowania w tym celu wagi „powodów” przywoła-

szwedzki Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny i wyspecjalizowane sądy wyższej instancji – i to zarówno gdy chodzi o stosunki wertykalne, jak i horyzontalne. Samej zaś przyczyny tak dużego wpływu orzecznictwa sądowego na sposób, w jaki jest stosowane w Szwecji prawo, ma być można dopatrywać się, po pierwsze, w tym, iż szwedzki sędzia, który orzeka w sądzie niższej instancji, nie stosuje się do któregoś z wcześniej wydanych orzeczeń sądu wyższej instancji w zasadzie tylko wtedy, gdy chce, by sąd wyższej instancji rozważył zasadność tego orzeczenia – tj. np. wówczas, gdy takie orzeczenie nie daje się pogodzić z postanowieniami ustawy, jest sprzeczne z innym orzeczeniem sądowym lub materiałami przygotowawczymi albo zachodzi podejrzenie, że do jego wydania doszło przez pomyłkę lub *per incuriam*. Po drugie znamienne ma być w tym kontekście w Szwecji brak, występujących w Wielkiej Brytanii, reguł, jakie pozwalają sędziemu na nie zastosowanie się do istotnego dla rozpoznawanej przez niego sprawy dotychczas wydanego orzeczenia (tj. reguł wyznaczających zakres związania zasadą *stare decisis* oraz konstytuujących instytucję *distinguishing*). W efekcie, jak się nadmienia, orzecznictwo sądowe jest w Szwecji trzecim po ustawach i materiałach przygotowawczych źródłem prawa. Co więcej, na skutek inkorporowania prawa unijnego i tracenia przez to przez materiały przygotowawcze na znaczeniu, ma ono nawet te materiały wyprzedzać, plasując się tuż za ustawami. W pewnych dziedzinach/segmentach prawa, np. w prawie deliktów, w Szwecji ma występować też coś na wzór anglosaskiego *case law* (przynajmniej w sensie, iż bez znajomości orzecznictwa sądowego zrozumienie takich dziedzin/segmentów prawa nie jest możliwe).

Na tle szwedzkiej praktyki orzeczniczej – choć sami sędziowie rzadko kiedy posługują się pierwszym z tych terminów, w odróżnieniu od drugiego, który ma być używany dość często – ma się korzystać również z anglosaskiego podziału na: *ratio decidendi* i *obiter dicta*. Przy tym przyjmuje się tu, że *ratio* ma być niezbędne do wydania rozstrzygnięcia w sprawie, przy okazji rozpoznawania której doszło do jego ustanowienia w sensie, iż gdyby było ono inne, to i to rozstrzygnięcie musiałyby się różnić. Choć też w teorii zakłada się tutaj czasem, że *ratio* stanowi ogólna reguła znajdująca zastosowanie w podpadających pod nie stanach faktycznych, w praktyce postrzega się poprzednio rozpoznane sprawy sądowe raczej jako „pouczające” przykłady „rozsądnych” decyzji, biorąc pod uwagę występujące w tych sprawach stany faktyczne i jako takie mogące służyć wskazówką przy rozpatrywaniu przez sądy innych spraw sądowych. W konsekwencji właściwym dla Szwecji ujęciem najbardziej istotnej części orzeczenia sądowego wydaje się to, które bazuje na analogii. Poza tym szwedzkim sędziom nieobce ma być też ważenie zasad (argumentów), jakie przemawiają za mogącymi w danej sprawie zapaść rozstrzygnięciami, co z kolei czyni-

nych w uzasadnieniu wyroku tego sądu). Zob. W.E. Eyben, *The Attitude Towards Judicial Precedent in Danish and Norwegian Courts*, „Scandinavian Studies in Law” 1959, t. 3, s. 58-59, 77-78; G. Bergholz, A. Peczenik, *op. cit.*, s. 300; A. Peczenik, G. Bergholz, *Statutory Interpretation in Sweden*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 323; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 281.

łoby jakieś podłoże dla funkcjonowania tu odpowiedników modelu precedensu z zasad, argumentów lub rezultatu.

Ponadto od strony teoretycznej za *ratio decidendi* mogą też uchodzić w Szwecji „przyczyny”, jakie uzasadniały wydanie wyroku sądowego, którego ono dotyczy. Przy tym przyczynami tymi mogą być te przyczyny, jakie podał sędzia w uzasadnieniu tego wyroku, mniemając, iż były one niezbędne do wydania przez niego takiego, a nie innego rozstrzygnięcia w przedłożonej mu do rozpatrzenia sprawie. Mogą być nim jednak także przyczyny, które – nawet gdy nie zostały wyartykułowane przez takiego sędziego – można uznać za konieczne do rozpoznania przez niego tej sprawy w taki, a nie inny sposób. Byłyby to więc jakieś postacie *ratio* wyraźnego i dorozumianego choć rozumianego inaczej, niż zakłada to koncepcja *the rule model*.

W praktyce, jak się wskazuje, sędziowie szwedzkiego Sądu Najwyższego – choć czasem zdarzy się im postąpić inaczej – mają na ogół nie formułować wyraźnie ogólnej reguły, jaka kwalifikowałaby się na *ratio decidendi* wydanego przez nich orzeczenia. Podane zaś w sporządzonych przez nich uzasadnieniach argumenty, jakie mogłyby przysłużyć się do powstania takiej reguły, są często „stosowane wąsko”. W efekcie, jak się podaje, do skonstruowania w Szwecji dorozumianego *ratio* wskazane jest wykorzystanie jakiejś większej liczby dotychczas wydanych orzeczeń sądowych, najlepiej jeszcze rozciągniętych w czasie (notabene tak wyłonione *ratio* ma być tutaj silniejsze od *ratio* opartego tylko na jednym wyroku sądowym). Przy tym ogólnie szwedzcy sędziowie mają w sporządzanych przez siebie uzasadnieniach sądowych „trzymać się” faktów sprawy, jaką rozpoznali, bez uciekania się do abstrakcyjnych rozumowań i przytaczania „powodów” niepotrzebnych do rozpoznania tej sprawy, przejawiając ostrożność w dochodzeniu do konkluzji, które „wykraczałyby” poza te fakty. Tym samym rzadko mają oni też umyślnie produkować *obiter dicta*. Również z odwołaniami do hipotetycznych stanów faktycznych spotkamy się w Szwecji bardziej w literaturze prawniczej aniżeli w treściach takich uzasadnień – co nie zmienia faktu, iż szwedzcy sędziowie mogą skorzystać z takiej literatury, gdy przyjdzie im określić skutki prawne zaprezentowanego w niej – jak dotąd hipotetycznego – stanu faktycznego.

Tak jak w norweskiej, tak w szwedzkiej praktyce orzeczniczej można się też natknąć na, bazującą na odmiennościach w porównywanych stanach faktycznych, instytucję *distinguishing*, i to zarówno w jego odmianie wyraźnej, jak i dorozumianej. Przy tym – abstrahując od przypadków nawiązywania w ramach tej instytucji do subtelnych i nierealnych różnic, jakie mają się tu zdarzać – *distinguishing* dorozumiany – bardzo podobnie jak w Norwegii – ma przybierać w Szwecji nieraz postać specyficzną, tj. polegać na szczegółowym, aż do przesady, opisanium stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy bez wyraźnego znaczenia, czy doszło do wyróżnienia czy też do całkowitego odstąpienia od rozwiązania przyjętego w którymś z poprzednio wydanych orzeczeń sądowych. To

ostatnie – mimo iż dla szwedzkiego Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego została przewidziana fakultatywna możliwość podjęcia w tej kwestii decyzji *in pleno* – występuje tu jednak niemalże zawsze pod postacią dorozumianą („milczącą”)²⁷. W latach 1983-1993 do wyraźnego *overruling* we wspomianej procedurze miało dojść w Szwecji bowiem tylko trzy razy. Poza tym precedens może być tu – wyraźnie lub w sposób dorozumiany – unieważniany tylko częściowo. Choć w szwedzkiej praktyce orzeczniczej nie uświadczy się też prospektywnej odmiany unieważniania poprzednio wydanych wyroków sądowych, szwedzki Sąd Najwyższy, rozpoznając daną sprawę, ma sugerować czasem, iż w przyszłości może dojść do zmiany prawa w stopniu dalej idącym aniżeli przy wydawaniu wyroku w tej sprawie. Na tle *overruling* dość problematyczna pozostaje też w Szwecji, przyjmowana w niej w pewnym zakresie, reguła, zgodnie z którą w razie konfliktu pomiędzy dotychczas zapadłymi orzeczeniami sąd ma prawo wybrać, do którego z takich orzeczeń będzie się stosował (co nie znaczy oczywiście, iż nie wolno mu tutaj dążyć do takich orzeczeń pogodzenia/zharmonizowania, w sensie zinterpretowania ich w taki sposób, by zapobiec istnieniu sprzeczności między nimi). Poza *distinguishing* i *overruling* w Szwecji mają się ponadto dawać zauważyć zabiegi przypominające nieco anglosaskie *reformulation*.

Także styl i język uzasadnień sądowych – chociaż pod koniec XIX i w pierwszej połowie XX w. w przeważającej mierze był on tu zwięzły, urzędowy, niezmiernie subsumpcyjny i bardzo abstrakcyjny – ma być w Szwecji, zwłaszcza gdy chodzi o orzeczenia Sądu Najwyższego, dyskursywny (dialogowy, argumentacyjny), a przy tym otwarty i rozwlekły. W tych uzasadnieniach mają się pojawiać również argumenty z wartości: politycznych, społecznych, moralnych, ekonomicznych itp. Szwedzcy sędziowie w miarę możliwości mają również starać się posługiwać zwrotami zrozumiałymi dla przeciętnych obywateli, co nie znaczy jednak, że starania te często nie kończą się na poprzestaniu na terminach z języka prawniczego i specjalistycznego. Co więcej, w Szwecji nie dąży się do podtrzymania, tym bardziej jeszcze za wszelką cenę, deklaratoryjnej teorii prawa. W przypadku uzasadnień sądowych, w szczególności tych sporządzanych w sądach niższej instancji, także współcześnie dochodzić ma tu jednak też czasem do podania bardzo szczegółowego opisu stanu faktycznego, jaki miał miejsce w rozpoznawanej sprawie, przy niedostatecznym wyjaśnieniu podstawy prawnej wydawanego w tym stanie wyroku. Przy tym, identycznie jak w Wielkiej Brytanii, w Szwecji możliwe jest sporządzanie nie tylko uzasadnień większościowych, ale i zdań odrębnych, jakie mogą być tutaj dość obszerne i dyskursywne, oraz uzasadnień zbieżnych tylko co do wyniku (różniących się w prowadzącej do tego wyniku argumentacji). Co dodatkowo istotne, gdy mowa jest o szwedzkim Sądzie Najwyższym, to sędziowie we własnych osobach decydują o tym, które ze sporządzonych przez nich

27 Przekazanie sprawy pełnemu składowi Sądu Najwyższego w celu odstąpienia przez ten sąd od linii orzecznictwa przewidywała już w Szwecji zresztą ustawa z 1876 r.

uzasadnień (włączając w to zdania odrębne i uzasadnienia zbieżne tylko co do wyniku) mają zostać ujęte w całości w wydawanym przez ten sąd zbiorze orzeczeń (*Nytt Juridiskt Arkiv*) i przez to posiadać silniejszą moc. Szwedzkie orzeczenia – tak jak ich anglosaskie odpowiedniki – mają też być opatrywane *headline*, którego długość potrafi sięgać nawet pół strony.

Co interesujące, w stosunku do tych z nich, które są przestarzałe, lub poprzez powołanie się na tzw. *desuetudo derogatoria* (tj. wykształcenie się przeciwnego zwyczaju) szwedzkie sądy mogą uznać pewne zapisy ustaw za niewiążące i w ten sposób przełamać zasadę prymatu prawa stanowionego nad prawem sądowym. W domenach normowanych prawem ustawowym sędziowie szwedzkiego Sądu Najwyższego – w tym i w prawie karnym – mają też nie stronić od korzystania z analogii, w tym pod pozorem dokonywania jedynie „interpretacji” („wykładni”) prawa. Ponadto zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny – na skutek zmian legislacyjnych z 1971 r. – są w Szwecji zaprojektowane nie jako sądy trzeciej instancji, ale z samego założenia jako tzw. sądy precedensowe, tj. takie, które rozpoznają głównie te sprawy (kwestie prawne), w jakich zachodzi potrzeba sformułowania autorytatywnego stanowiska lub zmiany dotychczasowego. Przy tym sądy te dysponują w tym celu odpowiednim uprawnieniem pozwalającym im na dokonywanie selekcji kierowanych do nich odwołań. Taki „precedensowy” charakter szwedzkiego Sądu Najwyższego potwierdza również to, że rocznie sąd ten rozpoznaje tylko ok. 130-160 spraw (i ok. 160-180 spraw mniejszej wagi). Notabene z uwagi na taką niewielką częstotliwość, z jaką orzeka ten sąd, w Szwecji trudno ma być mówić o jakimś nadmiarze, gdy chodzi o dotychczas wydane orzeczenia sądowe. Także konflikty między liniami takich orzeczeń mają należeć tu do rzadkości, częstsze mają być natomiast tychże zygzyki, jakie wskazują na ewolucję w podejściu sądów do danej kwestii prawnej według zasady: dwa kroki naprzód, jeden krok wstecz²⁸.

Oprócz Norwegii i Szwecji²⁹ godny uwagi jest też system czy – ujmując to bardziej precy-

28 Zob. G. Bergholz, A. Peczenik, *op. cit.*, s. 293-314; A. Peczenik, G. Bergholz, *op. cit.*, s. 311, 322-324, 325, 329, 334, 337-338, 341-345, 356; A. Peczenik, *op. cit.*, s. 272-278, 280-281; W.E. Eyben, *op. cit.*, s. 58-59, 77-78; P.H. Lindblom, *op. cit.*, s. 328; G. Marshall, *op. cit.*, s. 510; L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 257.

29 Notabene również w innym państwie, może już nie skandynawskim, ale na pewno nordyckim, orzeczenia sądowe posiadały w przeszłości przymiot bycia prawnie wiążącymi. Poza bowiem funkcją legislacyjną – jaką zresztą po przejściu Islandii w drugiej połowie XIII w. pod panowanie króla norweskiego, a potem duńskiego mu systematycznie ograniczono – islandzki parlament, tzw. Alþingi, sprawował też funkcje sądowe, w ramach których dokonywał prawnie wiążącej wykładni obowiązującego prawa. Pierwotnie było to czynione na tle i w związku z rozpoznawaniem sporów pomiędzy konkretnymi osobami. Z czasem jednak do przeprowadzenia powszechnie wiążącej wykładni prawa stanowionego przez Alþingi związek z takimi sporami przestał być konieczny. Przy tym za pomocą tej wykładni usuwane były głównie luki i wątpliwości w interpretacji postanowień, skądinąd bardzo popularnego wśród członków islandzkiego społeczeństwa, kodeksu z XIII w., znanego powszechnie pod nazwą „Jónsbók”. Co więcej, wiążącej wykładni zapisów tego kodeksu miały dokonywać niekiedy nawet islandzkie sądy niższej instancji. Taki też stan rzeczy miał się utrzymywać na wyspie lodu i ognia niemalże aż do schyłku XVII w. (zob. L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 99-100 i G. Karlsson, *The History of Iceland*, London 2000, s. 89-90, 91, 153; w przedmiocie procedury, w jakiej

zyjnie – „przestrzeń” prawa Unii Europejskiej, w tym zwłaszcza działalność sądów zwanych zbiorczo Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej, oraz relacje, w jakie wchodzi te sądy z sądami z krajów przynależnych do Unii Europejskiej. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, który stoi na czele struktury unijnego sądownictwa, nie jest prawnie (formalnie) wiążące ani dla niego samego, ani dla znajdującego się pod nim: Sądu i ewentualnych sądów wyspecjalizowanych w razie ich utworzenia (do 1 września 2016 r. sądem takim był Sąd do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej, który rozstrzygał spory między Unią Europejską a jej pracownikami) – co nie znaczy, że w praktyce zarówno on, jak i Sąd się do tego orzecznictwa zazwyczaj nie stosują. Co jednak znamienne, orzecznictwo to zdaje się być – podobnie jak i orzeczenia pochodzące od Sądu i sądów wyspecjalizowanych, jakie mogą zostać utworzone – wiążące dla sędziów orzekających w sądach krajowych mających siedzibę w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Przy tym związanie, o którym tu mowa, dotyczy zwłaszcza tych orzeczeń sądów unijnych, które zostały wydane na skutek tzw. pytań prejudycjalnych – z jakim zgodnie z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.) mogą, a w przypadku gdy od wydawanego przez nie wyroku nie przysługuje środek odwoławczy, muszą zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości sądy krajowe (ilekroć do rozpoznania zawisłej przed nimi sprawy konieczne jest zinterpretowanie lub ocena ważności prawa unijnego)³⁰.

Alþingi dokonywał, zanim jeszcze islandzka republika utraciła niepodległość interpretacji niejasnego prawa, zob. M. Koszowski, *Medieval Iceland: The Influence of Culture and Tradition on Law*, „Scandinavian Studies” 2014, nr 3, s. 338 i 342 wraz z literaturą tam przywołaną).

Odnośnie do wpływu, jaki ma obecnie orzecznictwo sądowe na sposób stosowania i wykładni prawa w innych państwach nordyckich niż Szwecja i Norwegia, tj. w Danii, Islandii oraz Finlandii (w której wpływ ten wydaje się zresztą największy i niewiele odbiegający od tego, z czym spotykamy się w Szwecji), zob. odpowiednio: P.H. Lindblom, *op. cit.*, s. 328; W.E. Eyben, *op. cit.*, s. 55-58, 66-67, 78-86; P.S. Lauridsen, *Introduction*, [w:] *Danish Law. A General Survey*, red. H. Gammeltoft-Hansen, B. Gomard, A. Philip, Copenhagen 1982, s. 18-19; J. Lookofsky, *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>; R.H. Wandall, *Researching Danish Law*, <http://nyulawglobal.org/globallex/denmark.htm>, pkt 4.2. (Precedents); R. Tryggvadóttir, T. Ingadóttir, *Researching Icelandic Law*, zaktualizowane przez: E. Mathiesen, 2010, <http://nyulawglobal.org/globallex/Iceland1.html>, pkt 3.4. (Precedents); A. Aarnio, *Precedent in Finland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 65-101; A. Aarnio, *Statutory Interpretation in Finland*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 126, 127, 138-139, 142, 161, 164; por. też A. Peczenik, *op. cit.*, s. 280-281 (autor ten zdaje się przyrównywać do siebie pod względem roli, jaką odgrywają dotychczas wydane orzeczenia sądowe w adiudykacji, Finlandię, Szwecję, Norwegię i Danię) oraz L.B. Orfield, *op. cit.*, s. 14 i 257 (autor ten twierdził, że w Szwecji przywiązanie do zasady *stare decisis* (tendencja do przestrzegania w sądach precedensów sądowych) jest słabsza niż w Danii i Norwegii).

30 Zob. J.J. Barceló, *Precedent in European Community Law*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 415-416, 420-424; P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, wyd. 5, Oxford 2011, s. 448-454, 475-476, 482; R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991, s. 16-17; J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010, s. 171; K. Scheuring, *Precedens w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 98-99, 102-103, 177-188, 211-235; A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 115-119; A. Orłowska, *Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red.

Poza tym, iż wspomniane związanie nie ma wyraźnego umocowania w żadnym przepisie pierwotnego prawa unijnego, a jego źródłem jest jedynie wola Trybunału Sprawiedliwości³¹, poważnym problemem unijnej *stare decisis* jest jednak brak lub bardzo okrojony kształt pozostałych instytucji, jakie rządziły anglosaską doktryną precedensu. Mianowicie z uwagi na bardzo lakoniczny – a przy tym jeszcze niezmiernie abstrakcyjny, dogmatyczny i „bezbarny” – styl unijnych uzasadnień sądowych (nie uświadczy się w nich ani poetyckiego czy narracyjnego języka, ani analogii i uwag czynionych na marginesie, ani nawet rozważań nad kontrargumentami i realizowanymi „politykami”)³², trudno jest tu aplikować jakies bardziej wyszukane koncepcje na określenie tego, co ma wiązać w przypadku wyroków wydanych przez sądy unijne. Co najwyżej, można by się w tym względzie odwoływać do założeń *the rule model* czy ewentualnie idei modelu precedensu z zasad. Przy tym poszczególne reguły/zasady, jakie mogłyby posłużyć za *ratio decidendi*, są tu najczęściej wyrażone wprost w sądowym uzasadnieniu – i to jeszcze w postaci, jaka zdaje się zakładać całkowitą izolację takich reguł/zasad od stanu faktycznego, jaki miał miejsce w sprawie, na tle rozstrzygnięcia której doszło do ich sformułowania, tudzież od stanu faktycznego, jaki wystąpił w sprawie, w związku

L. Leszczyński, Lublin 2004, s. 241, 242, 243-244; K. Piasecki, *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 70, 73-75, 76; 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. 89-90, 98-99; P. Dąbrowska-Kłosińska, *Skutki wyroków prejurydycjalnych 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. 397-408, 413, 414, 415-416; 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, s. 38-44, 52.

Odnosnie do struktury unijnego sądownictwa i instytucji pytań prejurydycjalnych zob. odpowiednio M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 36-38 oraz s. 40-41 łącznie z przypisem 9 i literaturą tam przywołaną.

31 Zob. pkt 12-13 i 15-17 Zaleceń dla sądów krajowych dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejurydycjalnym (2012/C 338/01), pkt 5-7 Zaleceń dla sądów krajowych dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejurydycjalnym (2016/C 439/01) i pkt 5-7 Zaleceń dla sądów krajowych dotyczących składania wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejurydycjalnym (2018/C 257/01) oraz 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 i 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).

32 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 17; J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 177; S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003, s. 171; W.R. Cornish, *Taking the Common Law to Poland*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 51; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 46, 52.

z rozpoznawaniem której sąd krajowy wystąpił do Trybunału Sprawiedliwości ze stosownym pytaniem prejudycjalnym³³. W efekcie nie tylko – co do zasady – nie stosuje się tutaj sztan-
dardowego dla anglosaskiej doktryny precedensu podziału na *ratio decidendi* i *obiter dicta*
(wszystkie zasady/reguły, jakie zostały podane w uzasadnieniach pochodzących od unijnych
sędziów, zdają się posiadać taką samą moc)³⁴, ale brak jest również warunków do stosowania
modelu precedensu z analogii oraz korzystania z instytucji *distinguishing*³⁵. Co najwyżej po
stronie sądów unijnych można by się doszukać praktyk podobnych do anglosaskiego prze-
formułowywania precedensu³⁶. W zasadzie trudno jest też w przypadku tych sądów mówić
o instytucji *overruling*. Trybunał Sprawiedliwości nie tylko nieraz nie podaje do wiadomości
tego, iż właśnie odstąpił od wcześniej zajmowanego w danej kwestii prawnej stanowiska (i
trzeba się tego faktu dopiero domyślać), ale nawet jeśli poinformuje o takim odstąpieniu, to już
nie wyjaśnia, dlaczego tak postąpił (nie czuje się w żaden sposób zobligowany do tłumaczenia
się z tego, że zmienił swoje dotychczasowe zapatrywania prawne)³⁷.

Co równie znamienne, sędziowie zasiadający w Trybunale Sprawiedliwości nie mają
– w przeciwieństwie do ich kolegów ze Stanów Zjednoczonych i Zjednoczonego Królestwa –
możliwości zgłaszania zdań odrębnych i uzasadnień zbieżnych tylko co do wyniku. Nie wolno
im również ujawniać osobom z zewnątrz informacji o ewentualnej różnicy zmian między
nimi, będąc zobligowanymi do zachowania w tym względzie tajemnicy³⁸. Ogólnie zdają się
oni też mocno opowiadać za deklaratoryjną teorią prawa, a podstawą wydawanych przez
nich rozstrzygnięć są z zasady przepisy unijnego prawa pozytywnego, czy to pierwotnego (w

33 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 414, 417, 427, 433; A. Orłowska, *Czy orzeczenia...*, s. 241, 242; K. Piasecki, *op. cit.*, s. 75-76; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 44-45, 52.

34 R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 17; W.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, ze sprawy *Associazione Industrie Siderurgiche Ita-
liane (ASSIDER) v. High Authority of the European Coal and Steel Community (5/55)* wynikałoby, że za ekwiwalent *ratio*
w przypadku unijnych orzeczeń sądowych należałoby uznawać tzw. *operative part* (sentencję) wyroku oraz jej podstawy
(uzasadnienie). Dosłownie w sprawie tej Trybunał Sprawiedliwości stwierdził mianowicie, że: „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.

35 M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 45, 49-50, 52. W przedmiocie twierdzeń o występowaniu – na tle unijnej
stare decisis – instytucji *distinguishing*, i to nawet w jej wyraźnej postaci, zob. jednak: J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 430-432 i K.
Scheuring, *op. cit.*, s. 192-195.

36 Zob. K. Scheuring, *op. cit.*, s. 199.

37 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 18; J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 416, 420, 430, 434; A. Orłowska, *czy orzeczenia...*, s.
241; A. Kalisz, *op. cit.*, s. 115-116; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 195-199; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 49.

38 Zob. R. Cross, J.W. Harris, *op. cit.*, s. 17-18; S. Hanson, *op. cit.*, s. 157; P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 63; W.R. Cor-
nish, *op. cit.*, s. 51; M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 46.

postaci traktatów), czy pochodnego (w postaci aktów prawnych przyjmowanych przez unijne instytucje). Ewentualnie za podstawę taką może tu posłużyć jakaś ogólna zasada lub zasady, ale nigdy nie może nią być poprzednio wydane orzeczenie³⁹. Podobnie natomiast jak w Wielkiej Brytanii poglądy przedstawicieli nauki prawa – przynajmniej sądząc po liczbie odwołań do nich, a w zasadzie ich zupełnym braku w treściach unijnych uzasadnień sądowych⁴⁰ – nie wydaje się cieszyć wśród unijnych sędziów jakimś nadzwyczajnym poważaniem.

Dla unijnej *stare decisis* charakterystyczne jest również to, iż zdecydowanie większą siłą niż pojedyncze wyroki będą miały w niej utrwalone linie orzecznictwa⁴¹. Sam Trybunał Sprawiedliwości zdaje się też orzekać o wiele częściej, niż ma to miejsce w przypadku Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa (dawniejszego Komitetu Apelacyjnego Izby Lordów)⁴². Dość specyficznym aspektem unijnej praktyki orzeczniczej jest ponadto możliwość wydawania orzeczeń z ograniczeniem ich mocy retroaktywnej oraz obecność nieznanymi prawu anglosaskiemu rzeczników generalnych. Mianowicie Trybunał Sprawiedliwości – co notabene pozostaje w jawnej sprzeczności z oficjalnie wyznawaną przez ten sąd deklaratoryjną teorią prawa – potrafi oznajmić, iż oprócz sprawy, w związku z rozpoznawaniem której jego orzeczenie jest wydane (na tle której zadano pytanie prejudycjalne, na które jest udzielana odpowiedź w wydawanym przez niego orzeczeniu), znajdujące się w tym orzeczeniu stanowisko ma mieć zastosowanie tylko w odniesieniu do tych z zaistniałych jak dotąd stanów faktycznych, w jakich powództwa (postępowania) zostały już przed sądami krajowymi wytoczone (wszczęte). To znaczy, że wszystkie pozostałe stany faktyczne, jakie istnieją w chwili wydania takiego orzeczenia, są wyjęte spod obowiązku stosowania się przez sądy krajowe do zawartego w takim orzeczeniu stanowiska⁴³. Jeśli chodzi natomiast o rzeczników generalnych, którzy działają na stałe przy Trybunale Sprawiedliwości, a w przypadku Sądu do pełnienia ich funkcji mogą być wyznaczone osoby spośród jego sędziów, to ich zadanie polega na przedstawieniu niezobowiązującej przy rozpoznawaniu danej sprawy opinii odnośnie do tego, jak sprawa ta powinna być rozstrzygnięta. Takie opinie, poza tym, że służą pomocą sędziom unijnym, są o tyle istotne, iż często proponowane w nich rozstrzygnięcie (odpowiedź na pytanie prejudycjalne) pokrywa się z sentencją wyroku wydanego przez Trybunał Sprawiedliwości. Wówczas też, mimo iż w przeciwieństwie do wyroków sądów unijnych opinie te są dla krajowych sędziów niewiążące, ich treść może stanowić objaśnienie tego, jak powinno się rozumieć i stosować się do takich wyroków. Jest tak tym bardziej, iż na ogół opinia rzecznika generalnego jest o wiele bardziej obszerna i dyskursywna aniżeli samo uzasadnienie unijnego wyroku sądowego. Jak

39 Zob. K. Scheuring, *op. cit.*, s. 137-140, 201 oraz M. Koszowski, *Granice związania...*, s. 47-48 wraz z przypisem 21.

40 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 417.

41 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 428-430, 433-434.

42 Przykładowo w 1990 r. przed Trybunałem Sprawiedliwości toczyło się 380 spraw, a liczba wydanych przez ten trybunał wyroków sięgnęła 225 – zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 410.

43 Zob. J.J. Barceló, *op. cit.*, s. 432-433; P. Dąbrowska-Kłosińska, *op. cit.*, s. 408-413; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 130-131, 143, 232.

się też wskazuje, w takiej opinii mogą się znaleźć zarówno odwołania do poglądów przedstawicieli nauki prawa, jak i rozważania odnośnie do „polityk”, a sam jej styl może być jeszcze względnie otwarty (szczerzy)¹.

Mając powyższe na uwadze, trudno jest jednoznacznie stwierdzić, czy wyrokom pochodzącym od sądów unijnych: Trybunału Sprawiedliwości, Sądu i funkcjonującego dawniej Sądu do spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej bliżej jest do anglosaskich precedensów czy do wyników sądowej interpretacji prawa stanowionego, z jaką mamy do czynienia w krajach z kręgu *civil law*. Mimo wszystko wydaje się jednak, że na postrzeganie takich wyroków w kategoriach typowych dla panującej w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych doktryny wiążącego precedensu jest jeszcze za wcześnie i – nawet przy sprzyjających warunkach, których jak na razie brak – na to, by spoglądanie na te wyroki z tej perspektywy stało się uzasadnione, trzeba będzie jeszcze trochę poczekać².

1 Zob. P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, s. 62; J. Barceló, *op. cit.*, s. 411, 413-414, 418, 434; K. Scheuring, *op. cit.*, s. 104-107; W.R. Cornish, *op. cit.*, s. 51; M. Koszowski, *Granice zwiqzania...*, s. 46-47, 53.

2 O tym, że praktyka orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie zmierza w kierunku anglosaskiego systemu prawa (anglosaskiej zasady *stare decisis*), zdają się napomykać J. Holland i J. Webb (zob. J. Holland, J. Webb, *op. cit.*, s. 177-178). Podobnego zdania wydaje się być również S. Hanson (zob. S. Hanson, *op. cit.*, s. 156).



POSŁOWIE

Choć starałem się uchwycić wiele szczegółów i subtelności anglosaskiej doktryny precedensu, dużym błędem byłoby twierdzić, iż w niniejszym opracowaniu zostały zasygnalizowane wszystkie koncepcje, teorie i uwagi, których przedmiotem jest precedens sądowy charakterystyczny dla Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii. Ten jest bowiem pojęciem tak centralnym dla anglosaskiego systemu i nauki prawa, że trudno sobie wyobrazić, by ktokolwiek z tamtejszych teoretyków i filozofów prawa nie chciał się w jakiś oryginalny sposób na jego temat wypowiedzieć.

Jak też można było podczas lektury niniejszego opracowania zauważyć, poszczególne instytucje i rozwiązania wchodzące w skład anglosaskiej doktryny precedensu dość łatwo jest wiązać z wyszczególnianymi głównie dla celów dydaktycznych filozofiami prawa. Deklaratoryjna teoria prawa precedensowego, deontyczne uzasadnianie obowiązku przestrzegania precedensów sądowych, wymóg zgodności reguł precedensowych z zasadami *common law* czy też samo dążenie do wydawania sprawiedliwych rozstrzygnięć to jakieś przejawy filozofii prawa natury. Możliwość ustanawiania przez sędziów wyraźnych *rationes* to oznaka pozytywizmu prawniczego i szkoły wolnego prawa. Instytucje takie jak *distinguishing* i *overruling* oraz powody usprawiedliwiające korzystanie z nich (również odejście w 1966 r. w Wielkiej Brytanii od absolutnie wiążącego precedensu) to znamiona pragmatyzmu prawniczego i argumentacyjnego (dyskursywnego) podejścia do prawa i jego stosowania. Ewidentnie dostrzegalne są tu też akcenty z zakresu realizmu prawnego – jak choćby samo podkreślanie tego, iż swój kształt oraz obowiązywanie anglosaska doktryna precedensu zawdzięcza praktyce, jaka się wykształciła (temu, co sędziowie faktycznie robią), a nie jakimś przepisom prawa stanowionego, czy też uwypuklenie psychologicznego aspektu, jaki wiąże się z (nie)przestrzeganiem precedensowych wyroków. Można zaryzykować nawet twierdzenie, iż niemalże wszystkie problemy teorii i filozofii prawa na swój sposób wyczerpują się w krajach z systemem prawnym typu *common law* w konceptualizowaniu i analizowaniu precedensów sądowych, jako że te stanowią w tych krajach często kwintesencję tego, czym jest obowiązujące prawo.

Na koniec podjętej problematyki – mając nadzieję, iż przekonałem Cię, Czytelniku, do unikalnego charakteru anglosaskich precedensów sądowych – mogę powiedzieć, że z zaciekawieniem będę śledził rozwój w Polsce instytucji uchwał Naczelnego Sądu Administracyjnego, które – zgodnie z przyjętym sposobem wykładni art. 269 § 1 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 wraz z późn. zm.) – są wiążące zarówno dla sędziów orzekających w tym sądzie, jak i w wojewódzkich sądach administracyjnych. Na tle tych uchwał, choć oczywiście daleko im do anglosaskich precedensów, zdaje się bowiem rodzić polska zasada *stare decisis*, która być może zostanie w przyszłości przeniesiona również na relacje Sądu Najwyższego z sądami powszechnymi i sądami wojskowymi.



ANGLOSASKA DOKTRYNA PRECEDENSU PORÓWNANIE Z KONTYNETALNĄ PRAKTYKĄ ORZECZNICZĄ

STRESZCZENIE:

Monografia pt. *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z kontynentalną praktyką orzeczniczą* omawia podstawowe zagadnienia wiążące się z precedensem sądowym w Stanach Zjednoczonych Ameryki i Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. Oprócz przedstawienia struktury amerykańskiego i brytyjskiego sądownictwa zostały w niej poruszone przede wszystkim: a) historia rozwoju doktryny precedensu, do której wykształcenia się doszło w Stanach Zjednoczonych i Zjednoczonym Królestwie; b) argumenty, jakie wysuwa się za i przeciw instytucji wiążącego precedensu sądowego; c) standardowe elementy i rodzaje wyroków sądowych wydawanych w systemie prawnym typu *common law*; d) kwestie związane z publikacją i dostępem do dotychczas wydanych orzeczeń sądowych w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii; e) wertykalny i horyzontalny zakres wiązania w tych krajach precedensem sądowym, a więc problem tego, który sąd jest w nich związany precedensem którego sądu (przy uwzględnieniu komplikacji, do jakich dochodzi na tym tle z powodu podziału Stanów Zjednoczonych na poszczególne stany oraz występowania w Zjednoczonym Królestwie trzech odrębnych jurysdykcji i działania tam Komisji Sądowej Tajnej Rady). Przy tym zostały też poczynione pewne odwołania do rozwiązań, z jakimi można się spotkać w Kanadzie i Australii. Ponadto zostały tu zaprezentowane możliwe modele (ujęcia istoty) sądowego precedensu, takie jak: *the rule model* (model precedensu z ogólnych reguł), model precedensu z analogii („szczególnej”), model precedensu oparty na ogólnych zasadach, model precedensu z ważenia argumentów, model rezultatu, ujęcie precedensu odwołujące się do toku rozumowania, przyczyn, jakie zdecydowały o wydaniu precedensowego wyroku, lub rozsądku, koncepcja precedensu postrzeganego jako odpowiedź na daną kwestię prawną, propozycja Ronalda Dworkina zasadzająca się na idei nadludzko uzdolnionego sędziego Herkulesa tudzież tzw. metoda dr. Goodharta.

W niniejszej monografii można znaleźć także objaśnienie szeregu pojęć i instytucji typowych dla anglosaskiej doktryny precedensu. Są nimi m.in.: „sprawa jeszcze nierozpoznana” (ang. *a case of first impression*), wyróżnianie i unieważnianie precedensów (ang. *overruling* i *distinguishing*), rozróżnienie na *obiter dicta* i *ratio decidendi* czy też przypadki ustanowienia

precedensu *per incuriam* lub *sub silentio*. Niepominięta została w niej również problematyka czynników, jakie w praktyce wpływają na siłę konkretnego precedensu (wzmacniają lub osłabiają jego moc), oraz kwestia tego, w jakiej relacji pozostaje prawo precedensowe do prawa ustawowego i prawa zwyczajowego, tudzież problem sądowej kontroli aktów parlamentu w Stanach Zjednoczonych i Zjednoczonym Królestwie przy uwzględnieniu faktu członkostwa tego ostatniego w Unii Europejskiej oraz przystąpienia przez nie do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w kontekście sprzeczności, jakie faktycznie mogą zachodzić między krajowym prawem brytyjskim (precedensowym i ustawowym) a prawem unijnym lub tą konwencją.

Na powyższej kanwie zostały ponadto naświetlone subtelne terminologiczne dystynkcje, zawile koncepcje oraz inne szczególne zagadnienia dotyczące np. pojęcia sprawy wiodącej (ang. *a leading case*), superprecedensu (ang. *a super-precedent*) lub supersuperprecedensu (ang. *a super-duper precedent*), odróżniania *obiter dictów* od *dictów* albo wyłącznie prospektywnego od prospektywno-retrospektywnego unieważnienia precedensu, przeprowadzania antycypacyjnego *overruling* czy też pojawienia się w jednym precedensie wielu *rationes decidendi*. Przy tym zostały tu też uchwycone różnice, jakie zachodzą między Stanami Zjednoczonymi a Wielką Brytanią, w ramach których został m.in. omówiony wymóg przestrzegania przez Sąd Apelacyjny Anglii i Walii jego własnych precedensów wraz z trzema wyjątkami od tego wymogu i jego ogólnym rozluźnieniem w przypadku spraw karnych (gdy w grę wchodzi wolność osobista), ograniczenia w powoływaniu się na precedensy dostępne tylko w mediach elektronicznych, problem orzeczeń sądowych celowo pozbawionych przez wydający je sąd statusu wiążącego precedensu, etyczny obowiązek po stronie profesjonalnych pełnomocników procesowych do przytaczania w procesie sądowym zarówno precedensów korzystnych, jak i niekorzystnych dla ich klienta tudzież mniej rygorystyczny charakter amerykańskiej i szkockiej doktryny precedensu w porównaniu z ich angielską odpowiedniczką.

W drugiej części monografii zostało przeprowadzone porównanie anglosaskiego podejścia do dotychczas zapadłych orzeczeń sądowych z praktyką, z jaką spotykamy się w Polsce i innych krajach z rodziny *civil law*. Dla pełnej prawidłowości takiego porównania została w niej też przybliżona istota i cechy szczególne precedensów sądowych ustanawianych w Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych w prawie stanowionym (ustawowym i konstytucyjnym), a nie tylko tych, jakie są ustanawiane w obszarze nieunormowanym prawem stanowionym (tzw. *common law*) i o jakich była głównie mowa w pierwszej części monografii. Niejako przy okazji zostało tu także wykazane, że podziały precedensów sądowych, z jakimi możemy się spotkać w polskiej literaturze teoretycznoprawnej – odmiennie od tego, co się zazwyczaj sądzi – są na ogół nieprzydatne do wychycenia różnic, jakie zachodzą między anglosaskim a kontynentalnym sposobem korzystania w adiudykacji z dotychczas wydanych orzeczeń sądowych. Podziały te zdają się za to bardziej nadawać do uwypuklenia tego, co systemy prawne typu *common law* i *civil law* mają ze sobą wspólnego.

W ostatniej części monografii, tj. Apendyksie, krótkiej prezentacji doczekało się norweskie, szwedzkie i unijne podejście do korzystania z dotychczasowego dorobku sądowego orzecznictwa. W przypadku Norwegii, Szwecji i praktyki orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej można bowiem doszukiwać się jakichś oznak działania zasady *stare decisis* tudzież innych instytucji, które są charakterystyczne dla anglosaskiej doktryny precedensu.



THE ANGLO-SAXON DOCTRINE OF PRECEDENT A COMPARISON WITH CONTINENTAL JUDICIAL PRACTICE

THE ABSTRACT:

The monograph entitled: *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z kontynentalną praktyką orzeczniczą (the Anglo-Saxon Doctrine of Precedent: a Comparison with Continental Judicial Practice)* elucidates the pivotal questions respecting judicial precedents in the United States of America and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Thus, apart from an outline of the structure of the British and American judicature, the following is presented: the history of the development of the Anglo-Saxon doctrine of binding judicial precedent; reasons that are commonly adduced for and against having such a doctrine; the standard elements of a legal decision in the common law legal system; issues connected with the publication of and public access to such decisions; the possible kinds of a judicial opinion in common law countries; the vertical and horizontal aspects of the operation of the principle of *stare decisis*, i.e. the exposition of which court is bound by a precedent of which court (including the intricacies that stem from the existence of state and federal judicatures in the USA and from the division of the UK into three distinct jurisdictions as well as from the presence of the Judicial Committee of the Privy Council here). In the margin, a few mentions on Canadian and Australian solutions in these respects have also been made.

Moreover, a number of theoretically possible models and accounts have been depicted in this monograph explaining the gist and the constraint of a judicial precedent such as: the rule model, the model from particular analogy, the principle-oriented model, the model based on weighting countervailing arguments (pros and cons), the result model, the concept of precedent as reason(s) or reasoning, precedent perceived as an answer to a legal question or the Dworkinian idea of a remarkably skillful judge: Hercules. The so-called Dr. Goodhart's method and its cognates have also not been omitted from this analysis. Additionally, a vast array of the notions and institutions specific to the Anglo-Saxon

doctrine of precedent have been discussed and presented here, including: a case of first impression, the workings of overruling and distinguishing, the distinction between *obiter dicta* and *ratio decidendi*, or the instances of rendering a precedent *per incuriam* and *sub silentio*. Allowance has also been made for factors which in practice influence, strengthen or diminish the force of a given precedent as well for the relation in which precedential law stands to the statutory and customary ones. Regard for judicial review both in the USA and the UK legal system and the corollaries of the membership of the United Kingdom in the European Union and its accession to the European Convention on Human Rights (ECHR) for the bindingness and possibility of challenging particular precedents have also been covered.

Against the above-mentioned background, subtle terminological distinctions, perplexing concepts and intricacies (concerning, *inter alia*, the notion of a leading case, super-precedent or super-duper precedent, *obiter dicta* confronted with *dicta*, prospective, retrospective and anticipatory overruling or the problem of multiple *rationes*) together with differences between rules governing the use of precedents in the UK and the USA have been grasped and illuminated. In this manner the reader is provided with the peculiarities of the bindingness of England and Wales Court of Appeal by its own precedents, including the three main exceptions from such an obligation as well as the general relaxation of this obligation in criminal matters when only personal liberty is at stake. Or, the restrictions on invoking precedents that are available only in electronic media, the question of the so-called noncitable opinion, the ethical duty of the professional legal counselors to mention precedents that are not in favor of their clients but applicable in the case they are defending and the less strict character of the American and Scottish doctrines of precedent have been highlighted.

The second part of the book comprises the comparison of the Anglo-Saxon approach to previously rendered judicial decisions to its Continental counterpart with particular regard to Polish but also German, Spanish, French and Italian judicial practice. For the purpose of such a comparison, reference has also been made to the precedents and their characteristic features that are established in the statutory and constitutional law of the UK and the USA. Incidentally, it has been demonstrated that the terminological divisions of the judicial precedents that one may encounter in Polish theoretical literature – contrary to the prevailing stance – are generally not useful for showing how the Polish or a continental attitude to previously made judicial decisions differs from the Anglo-Saxon one. In return, it has been suggested that these divisions lend themselves to being invoked to underscore what civil law and common law legal systems have – in this respect – in common.

In the last part of the book, i.e. the Appendix, the Norwegian, Swedish and the Court of Justice of the European Union's ways of making use of the already delivered judgments for the adjudicative purposes are outlined. These ways mainly serve here as examples in which the symptoms of the functioning of the principle of *stare decisis* or some other institutions typical of the Anglo-Saxon doctrine of precedent can be – more or less readily – discerned.



BIBLIOGRAFIA

1. Aarnio A., *Precedent in Finland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, 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, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 123-170.
3. Aldisert R.J., *Logic for Lawyers. A Guide to Clear Legal Thinking*, wyd. 3, Notre Dame 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, 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, 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, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 73-121.
9. *Appendix: Final Version of the Common Questions, Comparative Legal Precedent Study, September 1994*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 545-551.
10. Ashley K.D., *Arguing by Analogy in Law: a Case-Based Model*, [w:] *Analogical Reasoning. Perspectives of Artificial Intelligence, Cognitive Science, and Philosophy*, red. D.H. Helman, 1988, s. 205-224.
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., Morawski L., Miguel A.R., *Rationales for Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 481-501.

13. Bankowski Z., MacCormick D.N., *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 359-406.
14. Bankowski Z., MacCormick D.N., Marshall G., *Precedent in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 315-354.
15. Bankowski Z., MacCormick D.N., Summers R.S., Wróblewski J., *On Method and Methodology*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 9-27.
16. Barceló J.J., *Precedent in European Community Law*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 407-436.
17. Bergholz G., Peczenik A., *Precedent in Sweden*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 293-314.
18. Bisztyga A., *Oddziaływanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na porządek prawny Zjednoczonego Królestwa*, Katowice 2008.
19. Brewer S., *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, „Harvard Law Review” 1996, nr 5, s. 923-1028.
20. Brodecki Z., *Precedens*, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 277-282.
21. 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.
22. Brożek B., *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007.
23. Burton S.J., *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, wyd. 3, New York 2007.
24. Calleros Ch.R., *Legal Method and Writing*, wyd. 5, New York 2006.
25. Cardozo B.N., *The Nature of the Judicial Process (With Notes)*, New Haven 1921.
26. Chamberlain D.H., *The Doctrine of Stare Decisis: its Reasons and its Extent*, New York 1885.
27. Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 7, Warszawa 2012.
28. Christie G.C., *Law, Norms & Authority*, London 1982.
29. Cohen M.L., Olson K.C., *Legal Research in a Nutshell*, St. Paul 2000.
30. Conybeare Ch.A.V., *The Place of Iceland in the History of European Institutions*, Oxford 1877.

31. 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.
32. Craig P., de Búrca G., *EU Law. Text, Cases and Materials*, wyd. 5, Oxford 2011.
33. Cross R., *Precedent in English Law*, wyd. 2, Oxford 1968.
34. Cross R., Harris J.W., *Precedent in English Law*, wyd. 4, Oxford 1991.
35. Dąbrowska-Kłosińska P., *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.
36. Duxbury N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008.
37. Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1978.
38. *Dyskusja w Komitecie Nauk Prawnych PAN nad referatem prof. Andrzeja Stelmachowskiego „prawotwórcza rola sądów w świetle orzecznictwa cywilnego”*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 4-5, s. 784-786.
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, 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” 2000, t. 39, s. 275-323.
42. Eyben W.E., *The Attitude Towards Judicial Precedent in Danish and Norwegian Courts*, „Scandinavian Studies in Law” 1959, t. 3, s. 55-86.
43. Flemming-Kulesza T., *Czy w Polsce możemy mówić o prawie precedensowym?*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 15-21.
44. Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 15, Warszawa 2011.
45. Gerhardt M.J., *The Power of Precedent*, Oxford 2011.
46. Golding M.P., *Legal Reasoning*, wyd. 2, Peterborough 2001.
47. Goodhart A.L., *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, „Yale Law Journal” 1930, nr 2, s. 161-183.
48. Hagelien P., Vonen M., *The Norwegian Legal System. An introductory guide*, Bergen 1994.
49. Hanson S., *Legal Method & Reasoning*, wyd. 2, London 2003.
50. Hart H.L.A., *The Concept of Law*, wyd. 2, Oxford 1994.
51. Holland J., Webb J., *Learning Legal Rules*, wyd. 7, Oxford 2010.

52. Holmes O.W., *The Path of the Law*, przedruk w: „Boston University Law Review” 1965, t. 45, s. 24-42.
53. Huhn W., *The Five Types of Legal Argument*, wyd. 2, Durham 2008.
54. Hunter D., *Teaching and Using Analogy in Law*, „Journal of the Association of Legal Writing Directors” 2008, t. 2, s. 151-168.
55. Husa J., Nuotio K., Pihlajamäki H., *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, [w:] *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*, red. J. Husa, K. Nuotio, H. Pihlajamäki, Antwerp 2007, s. 1-39.
56. *Informacja o działalności Sądu Najwyższego w roku 2013*, Warszawa 2014, http://www.sn.pl/osadzienajwyzszym/Dzialalnosc_SN/Dzialalnosc_SN_2013.pdf.
57. Jabłońska-Bonca J., *Wprowadzenie do prawa. Introduction to law*, Warszawa 2008.
58. Jackson B.S., *Analogy in Legal Science*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 145-164.
59. 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.
60. Kalisz A., *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007.
61. Karlsson G., *The History of Iceland*, London 2000.
62. Kirby M., *Precedent – Report on Australia*, ogłoszone 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.
63. Korybski A., Leszczyński L., Pieniżek A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin 2007.
64. Koszowski M., *Analogical Reasoning in Law*, Newcastle upon Tyne 2019.
65. Koszowski M., *Bezpieczeństwo a pewność prawa: dwie metody stosowania prawa w ramach Unii Europejskiej*, [w:] *Kategoria bezpieczeństwa w prawnym wymiarze Unii Europejskiej*, red. S.M. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2013, s. 113-134.
66. Koszowski M., *Dwa modele wykładni prounijnej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2012, nr 18, s. 43-58.
67. Koszowski M., *Granice prounijnej wykładni prawa krajowego*, „Radca Prawny” 2012, nr 130, „Dodatek Naukowy”, s. 15D-20D.
68. 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.
69. Koszowski M., *Karl Nickerson Llewellyn, The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School. With a New Introduction and Notes by Steve Sheppard*, Oxford University Press, New York 2008, „Studia Iuridica Toruniensia” 2015, t. 17, s. 301-320.

70. Koszowski M., *Medieval Iceland: The Influence of Culture and Tradition on Law*, „Scandinavian Studies” 2014, nr 3, s. 333-351.
71. Koszowski M., *Model precedensu z analogii*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 2, s. 43-65.
72. Koszowski M., *Norweska doktryna precedensu w zarysie*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2012, nr 3, s. 195-206.
73. Koszowski M., *O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 1, s. 109-122.
74. Koszowski M., *Restrictions on the Use of Analogy in Law*, „Liverpool Law Review” 2016, nr 3, s. 137-151.
75. Koszowski M., *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: dwa ujęcia analogii*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, sectio G (Ius), 2014, nr 2, s. 61-87.
76. Koszowski M., *Rozumowanie per analogiam w prawie precedensowym: reguła, konkurencja, poszukiwanie i uzasadnienie dla korzystania z analogii*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2015, nr 4, s. 35-61.
77. Koszowski M., *The Scope of Application of Analogical Reasoning in Statutory Law*, „American International Journal of Contemporary Research” 2017, nr 1, s. 16-34.
78. Koszowski M., *The Scope of Application of Analogical Reasoning in Precedential Law*, „Liverpool Law Review” 2016, nr 1, s. 9-32.
79. Koszowski M., *Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony*, „Studia Prawa Prywatnego” 2012, z. 2, s. 60-70.
80. La Torre M., Pattaro E., Taruffo M., *Statutory Interpretation in Italy*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 213-256.
81. Lamond G., *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, [w:] *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec>.
82. Lauridsen P.S., *Introduction*, [w:] *Danish Law. A General Survey*, red. H. Gammeltoft-Hansen, B. Gomard, A. Philip, Copenhagen 1982, s. 9-20.
83. Leivestad T., *Custom as a Type of Law in Norway. I.*, „Law Quarterly Review” 1938, t. 54, nr 213, s. 95-115.
84. Leivestad T., *Custom as a Type of Law in Norway. II.*, „Law Quarterly Review” 1938, t. 54, nr 214, s. 266-286.
85. Leszczyński L., *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004.
86. Levi E.H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949.

87. Levi E.H., *The Nature of Judicial Reasoning*, „The University of Chicago Law Review” 1965, nr 3, s. 395-409.
88. Lindblom P.H., *The Role of the Supreme Courts in Scandinavia*, „Scandinavian Studies in Law” 2000, t. 39, s. 325-365.
89. 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.
90. 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>.
91. MacCormick D.N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.
92. MacCormick D.N., *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005.
93. MacCormick D.N., Summers R.S., *Further General Reflections and Conclusions*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 531-550.
94. Maris C.W., *Milking the Meter*, [w:] *Legal Knowledge and Analogy. Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, red. P. Nerhot, Dordrecht 1991, s. 71-106.
95. Marshall G., *What is Binding in a Precedent*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 503-517.
96. McFadzean D., Ryan G., *Legal Method*, Dundee 2010.
97. Miguel A.R., Laporta F.J., *Precedent in Spain*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 259-291.
98. Mikuli P., *Zasada podziału władz a ustrój brytyjski*, Warszawa 2006.
99. Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 4, Warszawa 2005.
100. Morawski L., *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, z. 10, s. 3-12.
101. Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 10, Toruń 2006.
102. Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006.
103. Morawski L., Zirk-Sadowski M., *Precedent in Poland*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 219-258.
104. Murray M.D., DeSanctis Ch.H., *Legal Research and Writing*, New York 2006.
105. Nowacki J., *Analogia legis*, Warszawa 1966.
106. Nowacki J., Tobor Z., *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 3, Warszawa 2007.
107. Oniszczyk J., *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008.
108. Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.
109. Orfield L.B., *The Growth of Scandinavian Law*, Philadelphia 1953.

110. Orłowska A., *Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?*, [w:] *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2004, s. 237-244.
111. Orłowska A., *Precedens w systemach prawnych różnych krajów europejskiej kultury prawnej*, „Radca Prawny” 2000, nr 5, s. 13-23.
112. Peczenik A., Bergholz G., *Statutory Interpretation in Sweden*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 311-358.
113. Peczenik A., *On Law and Reason*, wyd. 2, 2009.
114. Perell P.M., *Stare Decisis and Techniques of Legal Reasoning and Legal Argument*, <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques>.
115. Perelman Ch., Olbrechts-Tyteca L., *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, tłum. J. Wilkinson, P. Weaver, Notre Dame 1969.
116. Piasecki K., *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
117. *Podstawowe ustawy ustrojowe Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, tłum. S. Kubas, wstęp P. Sarnecki, Warszawa 2010.
118. Policiewicz J., *Precedens w praktyce Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Przeгляд Prawa i Administracji” 2000, t. 44, s. 213-224.
119. Posner R.A., *How Judges Think*, Cambridge 2008.
120. Posner R.A., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990.
121. *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010.
122. Rares S., *The Role of the Intermediate Appellate Court After Farah Constructions*, pierwotnie wygłoszone dnia 7 listopada 2008 r. w Melbourne na 4th Appellate Judges Conference of the Australasian Institute of Judicial Administration, <http://www.fed-court.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/justice-raises/Rares-J-20081107.rtf>.
123. Raz J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979.
124. Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992.
125. Rosseland A., *Presentation of the National Courts Administration and the Norwegian Court Reform of 2002*, „Scandinavian Studies in Law” 2007, t. 51, s. 608-628.
126. Rubinfeld J., *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge 2005.
127. Sarkowicz R., Stelmach J., *Teoria prawa*, Kraków 2001.
128. Schauer F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991.
129. Schauer F., *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge 2009.

130. Scheuring K., *Precedens w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
131. Sherwin E., *A Defense of Analogical Reasoning in Law*, „The University of Chicago Law Review” 1999, t. 66, s. 1179-1197.
132. Smoktunowicz E., *Analogia w prawie administracyjnym*, Warszawa 1970.
133. *Sprawozdanie roczne za 2014 r.*, Warszawa 2014, <http://www.nsa.gov.pl/download.php?plik=923>.
134. Stawecki T., *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 59-98.
135. Stawecki T., *Precedens jako zadanie dla nauk prawnych*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 229-265.
136. Stelmach J., Sarkowicz R., *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, wyd. 2, Kraków 1999.
137. Stelmachowski A., *Prawotwórcza rola sądów (w świetle orzecznictwa cywilnego)*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 4-5, s. 611-626.
138. 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.
139. Sulikowski A., *Wstęp do prawoznawstwa. Krótki kurs*, Wałbrzych 2007.
140. Summers R.S., *Precedent in the United States (New York State)*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 355-406.
141. Summers R.S., *Statutory Interpretation in the United States*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 407-459.
142. Summers R.S., Taruffo M., *Interpretation and Comparative Analysis*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 461-510.
143. Sundberg J.W.F., *Civil Law, Common Law and the Scandinavians*, „Scandinavian Studies in Law” 1969, t. 13, s. 179-205.
144. Sunstein C.R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1996.
145. Sunstein C.R., *Commentary on Analogical Reasoning*, „Harvard Law Review” 1993, nr 3, s. 741-791.
146. Taruffo M., La Torre M., *Precedent in Italy*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 141-188.
147. Troper M., Grzegorzczak Ch., *Precedent in France*, [w:] *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1997, s. 103-140.

148. Troper M., Grzegorzczak Ch., Gardies J.L., *Statutory Interpretation in France*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 171-212.
149. Tryggvadóttir R., Ingadóttir T., *Researching Icelandic Law*, zaktualizowane przez: E. Mathiesen, 2010, <http://nyulawglobal.org/globalex/Iceland1.html>.
150. Walton D., *Informal Logic. A Pragmatic Approach*, wyd. 2, Cambridge 2008.
151. Wandall R.H., *Researching Danish Law*, <http://nyulawglobal.org/globalex/denmark.htm>.
152. Weinreb L.L., *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge 2005.
153. Wells J.C., *A Treatise on the Doctrines of Res Adjudicata and Stare Decisis*, Des Moines 1878.
154. Wentkowska A., *Europejski Trybunał Sprawiedliwości i sądy krajowe. Doktryna i praktyka w stosowaniu prawa wspólnotowego*, Sosnowiec 2005.
155. White J., *Analogical Reasoning*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, red. D. Patterson, Malden 1996, s. 583-590.
156. Wróblewski J., *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 10, s. 521-533.
157. Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa a prawotwórstwo*, „Państwo i Prawo” 1967, z. 6, s. 865-878.
158. Wróblewski J., *Statutory Interpretation in Poland*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 257-309.
159. Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997.
160. Zajadło J., *Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli po co prawnikom filozofia prawa*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 23-57.
161. Zirk-Sadowski M., *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” 1980, z. 6, s. 69-78.
162. Zirk-Sadowski M., *Problem nowości normatywnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1979, t. 22, s. 47-62.
163. Zuleta-Puceiro E., *Statutory Interpretation in Argentina*, [w:] *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot 1991, s. 29-71.
164. Zweigert K., Kötz H., *Introduction to Comparative Law*, tłum. T. Weir, wyd. 3, Oxford 1998.
165. Zych T., *W poszukiwaniu pewności prawa. Precedens a przewidywalność orzeczeń sądowych w tradycji prawa anglosaskiego*, Toruń 2017.



Słowa kluczowe: precedens, sądowy, Wielka Brytania, Zjednoczone Królestwo, Stany Zjednoczone, USA, system prawny, common law, civil law, kontynentalny, europejski, doktryna, anglosaska, angielska, *de iure*, *de facto*, prawnie wiążący, prawnie niewiążący, związanie, porównanie, prawo, norma, rozumowanie, stosowanie, wykładnia, interpretacja, Polska

Key Words: precedent, judicial, Great Britain, United Kingdom, United States, USA, UK, legal system, common law, civil law, continental, European, doctrine, Anglo-Saxon, English, *de iure*, *de facto*, legally binding, legally non-binding, bindingness, comparison, law, rule, reasoning, applying, interpretation, Poland



Indeks osobowy

A

- Aarnio Aulis 250, 266, 278
Adler Ruth 23, 250, 278
Aldisert Ruggero John 62, 70, 118, 278
Alexander Larry 17, 20, 28, 47, 48, 49, 51, 53, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 72, 74, 75, 82, 91, 94, 96, 99, 109, 110, 111, 115, 121, 122, 123, 124, 130, 132, 133, 139, 140, 158, 163, 169, 170, 172, 173, 176, 177, 178, 179, 186, 197, 201, 235, 236, 239, 240, 243, 244, 245, 246, 278
Alexy Robert 23, 26, 102, 164, 199, 200, 201, 205, 210, 211, 212, 216, 217, 218, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 248, 250, 251, 278
Ashley Kevin D. 246, 278
Asquith 99
Asquith Cyril, Lord Asquith 99
Austin John 49, 82, 128

B

- Bacon Francis 19
Bankowski Zenon 20, 21, 23, 24, 28, 30, 33, 34, 35, 40, 41, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 90, 92, 97, 98, 99, 109, 114, 115, 116, 117, 118, 123, 125, 129, 131, 134, 136, 137, 141, 142, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 159, 162, 169, 170, 172, 180, 183, 184, 185, 187, 188, 189, 191, 197, 216, 226, 228, 231, 234, 235, 236, 237, 239, 241, 242, 244, 245, 278, 279
Barceló John 267, 268, 269, 270, 279
Bell George Joseph 125
Bentham Jeremy 49, 82
Bergholz Gunnar 217, 250, 257, 260, 262, 266, 279, 284
Biszyga Andrzej 188, 279
Blackstone William 18, 132
Brewer Scott 114, 115, 165, 172, 176, 178, 234, 244, 279
Brodecki Zdzisław 13, 279
Broekman Jan M. 22, 23, 24, 25, 46, 49, 52, 62, 116, 279
Brożek Bartosz 221, 279
Búrca Gráinne de 187
Burton Steven J. 17, 32, 35, 47, 55, 62, 70, 78, 81, 98, 99, 101, 114, 116, 129, 130, 133, 136, 138, 140, 153, 172, 244, 246, 279

C

Calleros Charles R. 21, 22, 23, 24, 28, 33, 37, 42, 43, 62, 92, 97, 101, 113, 116, 118, 126, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 138, 153, 155, 156, 167, 169, 178, 183, 186, 189, 193, 197, 231, 234, 239

Cardozo Benjamin N. 24, 46, 128, 133, 135, 279

Chamberlain Daniel Henry 17, 18, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 49, 68, 71, 72, 74, 82, 83, 86, 97, 101, 114, 115, 128, 159, 170, 171, 197, 237, 279

Chauvin Tatiana 13, 17, 279

Christie George C. 46, 63, 114, 137, 157, 246, 279

Cohen Morris 17, 20, 32, 37, 43, 58, 60, 61, 62, 81, 228, 236, 279

Conybeare Charles Augustus Vansittart 85, 279

Cornish William R. 22, 268, 269, 270, 279

Craig Paul 85, 89, 187, 188, 189, 267, 269, 270, 280

Cross Rupert 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 53, 54, 56, 57, 61, 62, 63, 65, 66, 68, 69, 71, 72, 74, 76, 77, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 107, 108, 113, 115, 116, 118, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 132, 134, 136, 138, 141, 142, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 167, 169, 170, 171, 176, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 195, 197, 203, 205, 212, 213, 220, 222, 226, 228, 231, 232, 236, 237, 239, 243, 244, 245, 246, 249, 254, 267, 268, 269, 280

D

Dąbrowska-Kłosińska Patrycja 267, 270, 280

Denning Tom, Lord Denning 35, 85

DeSanctis Christy H. 33, 34, 37, 42, 43, 44, 53, 54, 58, 60, 61, 62, 63, 67, 70, 79, 81, 83, 92, 93, 96, 97, 98, 100, 102, 103, 115, 117, 118, 126, 137, 141, 153, 155, 156, 160, 178, 183, 186, 189, 191, 197, 231, 232, 236, 245, 251, 283

Diplock Kenneth, Lord Diplock 77

Dixon Owen 101

Douglas William Orville 35

Dreier Ralf 199, 200, 201, 205, 210, 211, 212, 216, 217, 218, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 248, 250, 251, 278

Duxbury Neil 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 54, 65, 68, 72, 74, 79, 80, 81, 82, 83, 93, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 107, 108, 113, 115, 116, 126, 128, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 157, 162, 163, 164, 165, 167, 170, 172, 176, 180, 190, 191, 193, 194, 197, 237, 239, 280

Dworkin Ronald 50, 64, 65, 93, 119, 120, 121, 280

E

Eng Svein 177, 181, 217, 251, 258, 259, 260, 261, 262, 280
Erskine John (of Carnock) 125
Eyben Bo von 262, 266, 280

F

Finnis John 50
Flemming-Kulesza Teresa 17, 254, 280

G

Gammeltoft-Hansen Hans 266
Gardies Jean-Louis 285
Garlicki Lech 207, 218, 280
Gerhardt Michael J. 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 33, 35, 42, 46, 47, 48, 49, 55, 63, 82, 83, 87, 92, 93, 103, 115, 121, 125, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 153, 154, 155, 163, 166, 170, 171, 176, 180, 181, 186, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 197, 228, 239, 240, 249, 280
Golding Martin P. 23, 28, 32, 35, 63, 91, 114, 123, 124, 129, 170, 172, 244, 280
Gomard Bernhard 266, 282
Goodhart Arthur L. 35, 65, 68, 92, 103, 104, 105, 107, 113, 117, 124, 142, 177, 276, 280
Gorman, autor 125
Grochalski Stefan Marek 115, 247, 267, 281
Grzegorzczak Christopher 199, 200, 201, 203, 205, 210, 211, 213, 215, 216, 217, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 248, 285

H

Hagelien Per 258, 280
Hale, sędzia w latach 70. XVIII w. 18
Hanson Sharon 17, 20, 22, 23, 28, 29, 31, 32, 33, 40, 46, 48, 52, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 62, 71, 72, 76, 78, 79, 80, 82, 91, 92, 97, 98, 101, 103, 107, 108, 113, 114, 118, 137, 176, 184, 187, 188, 197, 234, 268, 269, 270, 280
Harris J.W. 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 53, 54, 56, 57, 61, 62, 63, 65, 66, 68, 69, 71, 72, 74, 76, 77, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 90, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 107, 108, 113, 115, 116, 118, 123, 124, 125, 126, 129, 130, 132, 134, 136, 138, 141, 142, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 167, 169, 171, 176, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 195, 197, 203, 205, 212, 213, 220, 222, 226, 228, 231, 232, 237, 239, 243, 244, 245, 246, 249, 267, 268, 269, 280
Hart Herbert Lionel Adolphus 49, 52, 63, 66, 169, 176, 177, 184, 244, 280

Helman David Henry 246, 278
Herkules 119, 120, 121, 158, 179, 273
Hobbes Thomas 48
Holland James 20, 21, 22, 25, 28, 32, 33, 35, 40, 41, 42, 45, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 62, 64, 65, 69, 71, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 85, 88, 90, 92, 94, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 113, 118, 124, 125, 129, 132, 133, 137, 142, 144, 146, 147, 148, 150, 152, 158, 159, 160, 161, 165, 167, 170, 181, 182, 183, 184, 187, 188, 197, 215, 221, 228, 231, 234, 236, 267, 268, 270, 280
Holmes Oliver Wendell 83, 280
Huhn Wilson 17, 18, 32, 114, 117, 239, 280
Hunter Dan 115, 124, 280
Husa Jaakko 257, 281

I

Ingadóttir Thordis 266, 286

J

Jabłońska-Bonca Jolanta 13, 14, 15, 16, 17, 281
Jackson Bernard S. 104, 115, 118, 281
Justyńska Paulina 13, 267, 281

K

Kaczor Jacek 13, 285
Kalisz Anna 13, 14, 267, 269, 281
Karlsson Gunnar 266, 281
Kirby Michael 22, 25, 28, 30, 45, 46, 56, 58, 97, 103, 116, 125, 132, 139, 158, 239, 281
Korybski Andrzej 13, 15, 281
Kozowski Maciej 1, 2, 3, 4, 12, 88, 115, 126, 221, 222, 242, 247, 258, 259, 260, 261, 266, 267, 268, 269, 270, 281, 282, 287
Kötz Hein 257, 286
Kubas Sebastian 40, 284

L

Lamond Grant 17, 22, 23, 25, 35, 47, 53, 62, 63, 64, 65, 92, 104, 109, 111, 124, 132, 159, 163, 165, 172, 175, 177, 178, 282
Laporta Francisco J. 199, 200, 201, 205, 209, 210, 211, 213, 215, 216, 217, 218, 220, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 248, 283
Lauridsen P.S. 266, 282
Leivestad Trygve 258, 260, 282

Leszczyński Leszek 13, 15, 221, 267, 281, 282, 283
Levi Edward Hirsch 28, 93, 97, 101, 114, 116, 123, 172, 180, 184, 237, 239, 244, 282
Lindblom Per Henrik 258, 266, 282
Llewellyn Karl Nickerson 22, 24, 25, 28, 30, 31, 48, 50, 53, 54, 62, 63, 68, 71, 90, 92, 93, 94, 96,
97, 98, 100, 103, 104, 113, 116, 118, 123, 125, 126, 141, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 174, 178,
193, 195, 282
Lookofsky Joseph 266, 283
Lord Asquith (Cyril Asquith) 99
Lord Denning (Tom Denning) 35, 243
Lord Diplock (Kenneth Diplock) 35
Lord Dunedin (Andrew Murray) 35
Lord Eldon (John Scott) 35
Lord Mansfield (William Murray) 19
Lord Radcliffe (Cyril Radcliffe) 31
Lord Selborne (William Palmer) 35
Lord St. Leonards (Edward Sugden) 35
Lord Wilberforce (Richard Wilberforce) 35

M

MacCormick Donald Neil 13, 18, 20, 21, 23, 24, 28, 30, 33, 34, 35, 37, 40, 41, 42, 44, 46, 47, 48,
49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 68, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85,
90, 91, 92, 93, 96, 97, 98, 99, 102, 103, 107, 109, 114, 115, 116, 117, 118, 123, 125, 128, 129, 130,
131, 134, 136, 137, 141, 142, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 155, 159, 160, 162, 164, 169, 170, 172,
180, 183, 184, 185, 187, 188, 189, 191, 197, 198, 199, 203, 206, 212, 215, 216, 217, 218, 220, 223,
226, 228, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 257,
258, 259, 262, 266, 267, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 286
Maris C.W. 121, 283
Marshall Geoffrey 18, 20, 21, 23, 24, 28, 30, 33, 34, 35, 40, 41, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54,
55, 58, 60, 62, 65, 66, 67, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 90, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 102,
104, 107, 114, 116, 118, 123, 129, 131, 134, 136, 137, 141, 142, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 155,
159, 162, 169, 170, 172, 180, 183, 185, 191, 192, 197, 212, 216, 228, 231, 232, 234, 237, 239, 245,
259, 266, 279, 283
Mathiesen Erna 266
McFadzean Dale 32
McLean, sędzia 154
Miguel Alfonso Ruiz 63, 99, 109, 114, 116, 117, 169, 199, 200, 201, 205, 209, 210, 211, 213, 215,
216, 217, 218, 220, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 248, 283
Mikuli Piotr 22, 38, 39, 40, 184, 187, 188, 189, 190, 283

Montrose J.L. 107

Morawski Lech 13, 14, 15, 16, 17, 20, 63, 76, 91, 99, 109, 114, 116, 117, 169, 198, 199, 201, 203, 205, 207, 212, 214, 216, 218, 219, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 232, 246, 248, 249, 254, 255, 267, 283

Munch-Petersena Hans 261

Murphy L., sędzia Sądu Najwyższego Australii 28

Murray Andrew, Lord Dunedin 65

Murray Michael D. 33, 34, 37, 42, 43, 44, 53, 54, 58, 60, 62, 63, 67, 70, 79, 81, 83, 92, 93, 96, 97, 98, 100, 102, 103, 115, 117, 118, 126, 137, 141, 153, 155, 156, 160, 178, 183, 186, 189, 191, 197, 231, 232, 236, 245, 251, 283

Murray William, Lord Mansfield 19

N

Nerhot Patrick J. 22, 46, 52, 104, 121, 278, 279, 281, 283

Nowacki Józef 13, 207, 221, 224, 244, 283

Nowicka Aurelia 22

Nuotio Kimmo 257, 281

O

Olbrechts-Tyteca Lucie 109, 284

Oliphant Herman 117

Olson Kent 17, 20, 32, 37, 43, 58, 60, 61, 62, 81, 228, 236, 279

Oniszczyk Jerzy 123, 225, 283

Opalek Kazimierz 13, 283

Orfield Lester Bernhardt 258, 260, 261, 266, 283

Orłowska Agnieszka 13, 14, 15, 16, 267, 268, 269, 283

P

Palmer William, Lord Selborne 144

Pattaro Enrico 199, 200, 201, 203, 205, 210, 213, 215, 219, 221, 225, 227, 228, 229, 232, 282

Patterson Dennis 17, 47, 63, 99, 114, 132, 169, 201, 278, 286

Peczenik Aleksander 200, 217, 250, 257, 260, 261, 262, 266, 284

Perell Paul M. 21, 22, 23, 28, 32, 33, 36, 45, 46, 48, 77, 78, 97, 101, 102, 104, 109, 116, 124, 126, 144, 167, 177, 195, 232, 284

Perelman Chaïm 109, 284

Philip A. 266, 282

Piasecki Kazimierz 267, 268, 284

Pieniążek Antoni 281

Pihlajamäki Heikki 257, 281
Policiewicz Joanna 13, 14, 15, 284
Posner Richard A. 17, 22, 24, 26, 28, 29, 30, 32, 33, 46, 49, 50, 54, 56, 61, 62, 71, 79, 81, 87, 93, 94,
110, 115, 123, 125, 126, 129, 131, 137, 140, 170, 171, 172, 174, 178, 180, 181, 232, 239, 240, 249,
284
Puchta Georg Friedrich 225

R

Radcliffe Cyril, Lord Radcliffe 31
Rares Steven 46, 66, 68, 71, 97, 98, 101, 116, 236, 237, 284
Raz Joseph 52, 55, 56, 63, 65, 66, 69, 85, 113, 115, 116, 121, 124, 125, 133, 134, 135, 140, 160, 162,
163, 165, 167, 168, 172, 173, 174, 176, 242, 246, 284
Redelbach Andrzej 13, 15, 284
Roberts Owen 131
Rosseland Arvid 257, 261, 284
Rubinfeld Jed 239, 240, 284
Ryan Gareth 32, 33, 34, 36, 40, 41, 42, 44, 54, 58, 60, 61, 65, 80, 97, 101, 121, 122, 124, 125, 142,
148, 149, 150, 151, 160, 167, 179, 182, 183, 184, 185, 188, 232, 283

S

Sarkowicz Ryszard 13, 123, 225, 284, 285
Sarnecki Paweł 40, 284
Savigni Friedrich Carl von 225
Schauer Frederick 18, 21, 22, 24, 27, 28, 30, 32, 46, 47, 53, 54, 56, 62, 63, 64, 65, 69, 78, 82, 87, 97,
99, 100, 101, 102, 107, 113, 115, 123, 125, 126, 132, 163, 172, 174, 194, 231, 232, 234, 250, 254, 284
Scheuring Krzysztof 13, 14, 15, 16, 17, 267, 268, 269, 270, 284
Scott John, Lord Eldon 34
Sherwin Emily 20, 24, 25, 26, 28, 47, 49, 53, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 72, 74, 75, 82, 91, 94, 96, 99,
114, 115, 121, 122, 123, 130, 132, 133, 139, 140, 163, 169, 170, 172, 173, 178, 186, 197, 201, 235,
236, 239, 240, 243, 244, 245, 246, 278, 284
Smoktunowicz Eugeniusz 221, 224, 285
Stair (James Dalrymple, Pierwszy Wicehrabia Stair) 49
Stair J.V. 125
Stawecki Tomasz 12, 13, 14, 16, 17, 251, 279, 285
Stelmach Jerzy 13, 123, 225, 284, 285
Stelmachowski Andrzej 13, 17, 285
Sugden Edward, Lord St. Leonards 34
Sulikowski Adam 13, 14, 15, 16, 285

Summers, autor 125

Summers Robert S. 13, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 30, 33, 34, 35, 37, 40, 43, 44, 46, 48, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 68, 71, 77, 78, 81, 85, 93, 97, 101, 102, 116, 123, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 137, 140, 141, 153, 154, 155, 159, 160, 162, 164, 165, 167, 169, 170, 172, 176, 177, 178, 180, 181, 183, 186, 189, 191, 197, 198, 199, 203, 205, 206, 212, 215, 216, 217, 218, 220, 223, 226, 227, 228, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 239, 241, 242, 243, 245, 248, 249, 250, 251, 257, 258, 259, 262, 266, 267, 278, 279, 280, 283, 285, 286

Sundberg Jacob W.F. 257, 285

Sunstein Cass R. 22, 23, 24, 25, 35, 62, 68, 70, 81, 93, 114, 118, 123, 172, 244, 246, 285

Ś

Śledzińska-Simon Anna 12, 13, 16, 17, 251, 280, 284, 285, 286

T

Taruffo Michele 199, 200, 201, 203, 205, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 232, 235, 236, 241, 243, 248, 249, 285

Torre Massimo La 199, 200, 201, 203, 205, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 232, 248, 249, 282, 285

Troper Michel 199, 200, 201, 203, 205, 210, 211, 213, 215, 216, 217, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 248, 285

Tryggvadóttir Rán 266, 286

V

Vonen Marie 258, 280

W

Wade William 125

Walker Marshall 34

Walton Douglas 25, 286

Wandall Rasmus H. 266, 286

Weaver Purcell 109, 284

Webb Julian 20, 21, 22, 25, 28, 32, 33, 35, 40, 41, 42, 45, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 62, 64, 65, 69, 71, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 85, 88, 90, 92, 94, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 113, 118, 124, 125, 129, 132, 133, 137, 142, 144, 146, 147, 148, 150, 152, 158, 159, 160, 161, 165, 167, 170, 181, 182, 183, 184, 187, 188, 197, 215, 221, 228, 231, 234, 236, 267, 268, 270, 280

Weinreb Lloyd L. 114, 116, 124, 244, 286

Weir Tony 257, 286

Wells John Cleland 20, 21, 28, 33, 42, 43, 44, 54, 68, 71, 74, 77, 81, 83, 86, 88, 97, 101, 114, 116,

129, 132, 133, 137, 153, 154, 158, 159, 183, 197, 236, 239, 249, 286
Wentkowska Aleksandra 188, 286
White, autor 125
White Byron 100
White Jefferson 100, 114, 121, 125, 286
Wilberforce Richard, Lord Wilberforce 25
Wilkinson John 109, 284
Winczorek Piotr 13, 17, 279
Windscheid Bernhard 225
Wright, autor 125
Wronkowska Sławomira 13, 15, 284, 286
Wróbel Andrzej 267, 280
Wróblewski Jerzy 13, 17, 198, 199, 204, 205, 221, 225, 226, 227, 228, 249, 283, 286
Wyrzykowski Mirosław 12, 13, 16, 17, 251, 280, 284, 285, 286

Z

Zajadło Jerzy 13, 16, 279, 286
Ziembiński Zygmunt 13, 15, 284, 286
Zirk-Sadowski Marek 13, 14, 15, 16, 17, 198, 199, 201, 203, 205, 207, 212, 214, 216, 218, 219, 223, 225, 226, 227, 246, 248, 249, 254, 286
Zuleta-Puceiro Enrique 199, 200, 205, 221, 227, 228, 229, 257, 286
Zweigert Konrad 257, 286
Zych Tymoteusz 13, 14, 15, 17, 286



Indeks rzeczowy

A

A case of first impression 6, 7, 54, 126, 129, 230, 248, 249, 287, 292

Analogia 89, 109, 112, 116, 124, 228, 229, 248

– ogólnie 105

– *iuris* 116, 124, 228, 229, 231

– *legis* 228, 229

Argentyna 206, 207, 212, 228, 235, 236, 249, 258, 269

B

Baza orzeczeń 84, 208, 210, 222

C

Case law 189, 195, 232, 241, 242, 270, 275

Civil law 7, 8, 11, 16, 17, 18, 78, 205, 206, 207, 210, 212, 217, 218, 219, 221, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 235, 238, 239, 241, 242, 243, 245, 248, 251, 252, 254, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 269, 283, 288, 292, 305

Common law 5, 6, 7, 11, 12, 16, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 31, 32, 33, 36, 39, 46, 48, 50, 51, 56, 57, 58, 65, 84, 85, 115, 116, 117, 121, 124, 125, 127, 128, 131, 133, 167, 176, 193, 194, 195, 197, 200, 203, 212, 219, 220, 222, 223, 224, 227, 229, 230, 232, 233, 238, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 257, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 269, 270, 274, 285, 287, 288, 291, 292, 305

D

Dicta (dictum) 5, 6, 7, 8, 54, 55, 59, 65, 91, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 110, 118, 119, 121, 149, 159, 163, 168, 185, 186, 197, 218, 219, 220, 239, 249, 250, 272, 275, 276, 281, 287, 292

Distinguishing 7, 8, 38, 54, 74, 97, 119, 144, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 200, 225, 226, 227, 229, 249, 250, 254, 262, 263, 271, 275, 276, 277, 281, 285, 287, 292

– ogólnie 151

– domniemany – zob. w tym haśle: dorozumiany

– dorozumiany 158, 170, 271, 276, 277

– do śmierci (*to death*) 174

– łagodny 180

– nadużywanie 273

– niezważający (nieograniczający) 171, 273

Doktryna perswazyjnego precedensu 43, 44, 45, 83, 103, 161, 187, 238, 239, 260
Doktryna precedensu 1, 2, 3, 5, 8, 11, 15, 19, 20, 23, 32, 45, 49, 51, 54, 270, 285, 287, 291, 299
Doktryna wiążącego precedensu 45, 260

F

Fakty sprawy precedensowej – zob. Okoliczności faktyczne

FindLaw 63

Finlandia 249, 278

Francja 23, 206, 207, 210, 212, 217, 218, 220, 222, 224, 226, 228, 230, 231, 232, 234, 236, 249, 257, 258

H

Hiszpania 207, 215, 216, 217, 220, 224, 231, 236

Holding 65, 70, 71, 73, 74, 75, 77, 95, 102, 103, 118, 119, 120, 139, 186, 197, 198

J

Justis 63

K

Kolizja precedensów – zob. Sprzeczność precedensów

Konkluzywność 98, 117, 260

L

Landmark decision – zob. *Leading case*

Lawtel 63

Leading case 140, 202, 257, 288, 292

Leap-frogging 41, 237, 272

Linia orzecznictwa – zob. Linia orzecznicza

Linia orzecznicza 257, 258, 270

Luka

– ogólnie 228, 229

– *contra legem* 228, 229, 263, 264

– *extra legem* 227, 229, 231, 248, 264

– *intra legem* 228, 249

M

Massima 210, 220

Massime 210, 219, 222

Metoda dr. Goodharta 6, 106, 109, 287

Model precedensu

– metoda dr. Goodharta – zob. odrębne hasło: Metoda dr. Goodharta

– model naturalny 6, 124, 125, 161, 183

– model rezultatu 112, 113, 160, 182, 287

– model z analogii 112, 251, 253, 271

– model z argumentów 160, 230, 287

– model z kwestii prawnej 124, 233

– model z polityk 182, 198, 230

– model z toku rozumowania 11, 114, 115, 160, 182, 230, 287

– model z ważenia zasad – zob. w tym hasle: model z zasad

– model z zasad 6, 111, 114, 115, 121, 124, 230

– teoria Dworkina 6, 117, 121, 122, 123, 124, 161, 183, 287, 288

– *the rule model* 66

Moralność 132, 191, 207

N

Niemcy 216, 217, 218, 219, 226, 227, 231, 258, 273

Norma – zob. Reguła

Norwegia 8, 224, 260, 269, 278

O

Obiter dicta – zob. *Dicta*

Obiter-ing 185, 186

Okoliczności faktyczne 66, 68, 71, 72, 75, 86, 98, 107, 109, 124, 126, 169, 172, 181, 182, 220, 221, 271

Overriding – zob. *Overruling*

Overruling

– antycypacyjny 165

– domniemany – zob. w tym hasle: dorozumiany

– dorozumiany 68, 144, 165, 225, 245

– ogólnie 143, 156, 159, 161

– prospektywny 162, 164

– wyraźny 144

P

Per incuriam 5, 6, 78, 79, 80, 81, 92, 146, 148, 258, 274, 275, 288, 292

Perswazyjne 45

Podobieństwo 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 160, 227, 229, 238

Podział władzy 17, 25, 41, 43, 71, 85, 104, 152, 164, 232, 246

Polska 11, 12, 206, 226, 231, 285, 305

Prawo

– pewność 117, 136, 137, 150, 156, 162, 217, 246, 254, 272, 298

– skostnienie 131

– starzenie się 132, 133

Prawo Unii Europejskiej 2, 6, 8, 15, 16, 88, 91, 92, 117, 134, 154, 155, 193, 194, 195, 255, 269, 279, 280, 283, 288, 289, 297, 298, 299, 301

Prawo unijne – zob. Prawo Unii Europejskiej

Prawo wspólnotowe – zob. Prawo Unii Europejskiej

Prawo zwyczajowe

– ogólnie 196

– stosunek prawa zwyczajowego do prawa precedensowego 11, 196, 197, 270, 288

Precedens

– błędność precedensu 156

– interpretacja – zob. *Ratio decidendi: interpretacja*

– liczba – 63, 80, 91, 108, 110, 111, 139, 158, 282

– odstąpienie – zob. *Distinguishing; Overruling*

– pojęcie 17, 111, 194, 197, 198, 199, 263, 264

– przeformułowanie 7, 185

– publikacja – zob. Wyrok sądowy: publikacja

– reguła – zob. *Ratio decidendi*

– składniki – zob. Wyrok sądowy: elementy

– struganie 7, 174

– unieważnienie – zob. *Overruling*

– uzasadnienie – zob. odrębne hasło: Uzasadnienie wyroku sądowego

– wymogi – zob. *Ratio decidendi*

– wyróżnianie – zob. *Distinguishing*

– związanie – zob. *Stare decisis*

Precedens abstrakcyjny – zob. Rodzaje precedensów

Precedens *de facto* – zob. Rodzaje precedensów

Precedens *de iure* – zob. Rodzaje precedensów

Precedens konkretny – zob. Rodzaje precedensów

Precedens *obiter dicta* – zob. odrębne hasło: *Obiter dicta*

Precedens perswazyjny 77, 145, 171, 183, 219, 238, 260
Precedens *ratio decidendi* – zob. odrębne hasło: *Ratio decidendi*
Precedens sprzeczny – zob. Sprzeczność precedensów
Precedens *super-duper* 140, 202, 246, 288, 292
Precedens *super* 52, 140, 202, 246
Precedens własny 20, 37, 38, 39, 41, 43, 49, 50, 51, 102, 143, 145, 146, 147, 148, 149
Publikacja wyroku (precedensu) – zob. *Ratio decidendi*: wymogi: należyte (właściwe) opublikowanie; Wyrok sądowy: publikacja

R

Ratio decidendi

- ogólnie 93, 104
- brak ustanowienia *sub silentio* – zob. odrębne hasło: *Sub silentio*
- interpretacja 49, 87, 96, 186, 191, 243, 244, 252, 261, 305
- kwestie faktyczne 86, 87, 88
- kwestie prawne 26, 40, 41, 42, 44, 86, 87
- należyte rozważenie 76
- poszerzenie 180
- powszechna akceptacja 77
- przeformułowanie – zob. Precedens: przeformułowanie
- reguła precedensu 66, 67, 69, 70, 74, 94, 98, 171, 180, 181, 229
- wymogi
 - brak ustanowienia *per incuriam* – zob. odrębne hasło: *Per incuriam*
 - brak ustanowienia *sub silentio* – zob. odrębne hasło: *Sub silentio*
 - należyte (właściwe) opublikowanie 60
 - powszechna akceptacja 78
 - test uniwersalności 6, 92
 - zestarzenie się *ratio* 132, 133
 - zgodność z prawem Unii Europejskiej – zob. też: Prawo wspólnotowe
 - zgodność z zasadami *common law* 84

Reguła 12, 22, 30, 47, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 78, 81, 84, 86, 87, 88, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 105, 109, 110, 116, 117, 118, 132, 133, 146, 163, 168, 169, 170, 171, 177, 178, 179, 180, 181, 189, 190, 197, 200, 208, 229, 250, 270, 275, 277, 299

Reguła precedensu – zob. *Ratio decidendi*

Rodzaje (podziały) precedensów

- abstrakcyjne 16, 17, 260, 261
- *contra legem* 19, 263, 264
- *de facto* (prawnie niewiążące) 16, 212, 258, 259

- *de iure* (prawnie wiążące) 16, 212, 259, 260, 264
- deklaratoryjne 18, 231, 262
- faktyczne 18
- fałszywe – zob. w tym haśle: pozorne
- interpretacyjne 17, 18, 262
- konkretne 16, 17
- konstytutywne 18, 262
- nieprawotwórcze 17, 18, 261, 262
- niewiążące – zob. w tym haśle: *de facto*
- perswazyjne 43, 44, 83, 145, 151, 161, 171, 238, 260
- pozorne 18, 262
- *praeter legem* 19, 264
- prawne 16, 18, 263, 264
- prawotwórcze 17, 18, 261, 262
- rozstrzygnięcia 16, 17, 18, 19, 59
- rzeczywiste 16, 18, 262, 263
- *secundum legem* 19, 263, 264
- wiążące – zob. w tym haśle: *de iure*

Ruling 56, 65, 69, 70, 77, 118, 133

S

Sądowa interpretacja prawa – zob. Sądowa wykładnia prawa

Sądowa wykładnia prawa 244, 252, 265

Sądy

- Komitet Apelacyjny Izby Lordów (*the Judicial Committee of the House of Lords*) 38, 39, 41, 47, 48
- Naczelny Sąd Administracyjny 17, 211, 235, 236, 261, 275, 278
- Sąd Apelacyjny Anglii i Walii (*the England and Wales Court of Appeal*) 41, 42, 292
 - Wydział Cywilny (*the Civil Division*) 41, 82
 - Wydział Karny (*the Criminal Division*) 41
- Sąd Najwyższy 16, 23, 39, 40, 49, 88, 138, 158, 211, 214, 215, 216, 235, 236, 237, 261, 270, 271, 272, 273, 274, 277, 278
- Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych 39, 40, 46, 51, 90, 156, 157, 158, 162, 198, 235, 245
- Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa 40, 41, 47, 48, 76, 77, 88, 90, 92, 147, 148, 149, 151, 153, 154, 155, 156, 193, 234, 235

- Sądowa Komisja Tajnej Rady (*the Judicial Committee of the Privy Council*) 6, 23, 42, 43, 45, 47, 48, 154, 155, 291
- Sądy Dystryktowe (*the District Courts*) 40, 158
- Sheriffs 42, 43
- *the Court of Session (the Outer House / the Inner House)* 37, 39, 42, 43, 151, 154, 248
- *the High Court of Justiciary* 39, 42, 43, 47, 151, 154, 248
- Trybunał (Sąd) Konstytucyjny 205, 207, 210, 211, 213, 214, 226, 237
- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej 8, 15, 155, 194, 269, 302, 303
- Wysoki Sąd (*the High Court*) 36, 39, 41, 42, 43, 47, 48, 49, 151, 154, 248
- Słuszność 225
- Sprawa jeszcze nierozpoznana – zob. *Case of first impression*
- Sprawa nieuregulowana 249
- Sprawa pierwszego wrażenia – zob. *Case of first impression*
- Sprawa wiodąca – zob. *Leading case*
- Sprawiedliwość 24, 274
- Sprzeczność precedensów 64, 84, 144, 146
- Stany Zjednoczone (USA) 11, 128, 157, 158, 246, 291, 292, 305
- Stare decisis* 5, 7, 8, 19, 20, 23, 26, 30, 32, 35, 36, 38, 40, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 65, 66, 76, 79, 82, 84, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 114, 116, 118, 126, 129, 131, 132, 134, 140, 143, 144, 145, 150, 154, 156, 165, 173, 181, 186, 196, 198, 200, 212, 215, 216, 217, 239, 243, 244, 245, 246, 254, 260, 262, 269, 274, 275, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 289, 291, 293
- Sub silentio* 76, 288, 292
- Super-duper precedent* – zob. *Leading case*
- Super precedent* – zob. *Leading case*
- Sylogizm 68, 101
- Szwecja 8, 224, 258, 269, 278

U

- Unieważnienie precedensu – zob. *Overruling*
- Uzasadnienie wyroku sądowego
 - elementy – zob. Wyrok sądowy: elementy
 - większościowe 56, 57
 - wspólne 201, 243, 254
 - zbieżne tylko co do wyniku 57, 208, 243, 272, 277
 - zdanie odrębne 140, 201

W

Wielka Brytania (Zjednoczone Królestwo)

- ogólnie 8, 11, 19, 22, 37, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 47, 49, 51, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 76, 77, 80, 81, 83, 85, 88, 90, 91, 92, 104, 120, 127, 137, 145, 152, 153, 154, 155, 156, 162, 163, 165, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 205, 212, 216, 234, 239, 241, 242, 243, 247, 248, 254, 258, 260, 262, 270, 273, 275, 277, 281, 283, 285, 287, 288, 301
- Anglia 6, 20, 23, 24, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 47, 48, 49, 51, 57, 64, 77, 80, 82, 86, 91, 104, 128, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 155, 156, 163, 165, 194, 200, 216, 239, 254, 288
- Irlandia 11, 23, 37, 39, 42, 43, 45, 47, 287, 301
- Szkocja 39, 42, 43, 47, 49, 58, 62, 64, 86, 118, 127, 128, 151, 194

Włochy 207, 217, 218, 219, 220, 226, 227, 231, 235, 236, 239

Wykładnia prawa

- intencja prawodawcy 79, 140, 190, 191, 249
- język potoczny 191, 192
- język techniczny (specjalistyczny) 191
- ogólnie 219
- *the golden rule* 190
- *the literal rule* 190
- *the mischief rule* 190
- *the purposive rule* 190

Wykładnia prounijna 79, 91

Wykładnia prowsópnotowa 279

Wyrok sáodowy

- elektroniczna baza orzeczeñ – zob. odrębné hasło: Baza orzeczeñ
- elementy 56, 287
- interpretacja – zob. *Ratio decidendi*: interpretacja
- publikacja 81, 82, 83, 84, 209, 210
- skłádniki – zob. w tym hasle: elementy
- struktura – zob. w tym hasle: elementy
- teza 217
- uzasadnienie – zob. odrębné hasło: Uzasadnienie wyroku sáodowego
- wykładnia – zob. w tym hasle: interpretacja
- zbiór orzeczeñ – zob. odrębné hasło: Zbiór orzeczeñ

Wyróźnienie precedensu – zob. *Distinguishing*

Z

Zasada prymatu (pierwszeństwa) ustawy 154, 189, 190, 192, 195, 241

Zasada związania precedensem – zob. *Stare decisis*

Zasady prawa 35, 189, 270

Zbiór orzeczeń 20, 21, 61, 62, 83, 208

Ź

Źródło prawa 16, 22, 50, 51, 60, 84, 91, 127, 195, 196, 213, 232, 233, 234, 241, 270, 275

