

TADEUSZ BIERNAT

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

MIĘDZY POLITYKĄ A PRAWEM.  
PROBLEM „UPOLITYCZNIENIA” TWORZENIA PRAWA\*

Zjawisko określane mianem „upolitycznienia prawa” jest, jak się wydaje, intuicyjnie dobrze rozumiane i kojarzone przede wszystkim z tworzeniem prawa. Z analitycznego punktu widzenia rozważanie „upolitycznienia” tworzenia prawa nastrocza wiele trudności, a podstawowa polega na samej konstrukcji pojęcia „upolitycznienia” i jego zastosowania do oceny działań prawotwórczych, które mają głównie charakter polityczny. Upolitycznienie politycznego działania wydaje się problematyczne z punktu widzenia konstrukcji i użycia takiego określenia<sup>1</sup>.

Należy jednak podkreślić, że tworzenie prawa nie jest procesem czysto politycznym, bo zawiera elementy składowe należące do sfery prawa, którymi są między innymi: wyznaczenie przez prawo i podporządkowanie obowiązującemu prawu zgodnie z zasadą legalizmu działań władzy; stosowanie obowiązującego w tym zakresie prawa i możliwości jego interpretacji; konstruowanie treści przepisów prawnych z założeniem ich stosowalności w hipotetycznych sytuacjach, w ramach przedmiotowo i podmiotowo wyznaczonego zakresu aktu normatywnego<sup>2</sup>.

Przyjęte określenie „upolitycznienia” oznacza przesunięcie wyznaczonych granic między polityką a prawem, oscylujących między autonomicznymi uprawnieniami podmiotu politycznego do decydowania o tym, co jest prawem

---

\* Opracowanie zrealizowane w ramach projektu badawczego finansowanego przez NCN. Nr 2014/13/B/H55/00565.

<sup>1</sup> Wiele problemów o charakterze analitycznym jest „lepiej widocznych” z perspektywy anglojęzycznych terminów „politics” i „policy”. Wyróżnione pojęcia odnoszą się do różnych form aktywności społecznej i politycznej, a pojęcie „policy” ukazuje inne oblicze, inny wymiar polityki. Szerzej na ten temat: T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, *Politics of law and legal policy. Introduction*, [w:] *Politics of Law and Legal Policy. Between Modern and Post-modern Jurisprudence*, red. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2008.

<sup>2</sup> Na ten temat: M. Zamboni, *The Policy of Law. A Legal Theoretical Framework*, Oxford 2007, s. 6–8.

(w demokratycznym systemie jest to decyzja demokratycznie wybranej legislatury działającej na podstawie ustalonych procedur), a tym, co powinno być prawem, czyli prawem o określonych treściach, respektującym wartości jemu przypisywane. Naruszenie tych granic jest stopniowalne i może przyjmować silną lub słabą formę. Silną formą upolitycznienia jest polityczna instrumentalizacja prawa, gdy tworzone prawo jest ukierunkowane bezpośrednio na realizację interesów i zabezpieczenie pozycji władzy; gdy jest tworzone z naruszeniem legalności działań prawotwórczych; gdy narusza prawa podmiotowe obywateli (prawa człowieka).

Słabsza, ale częściej spotykana forma upolitycznienia tworzenia prawa jest związana z naruszeniem przez podmiot polityczny tworzący prawo narzuconych mu dodatkowych ograniczeń, które mają gwarantować wysoki poziom jakości stanowionego prawa. Podmiotowi politycznemu uczestniczącemu w tworzeniu prawa, a nie tylko formalnie ujmowanej legislatury, próbuje się narzucić ograniczenia, które wprowadzają się związane z organizacją procesu prawotwórczego, ale często wykraczają poza jej instytucjonalny i prawny wymiar<sup>3</sup>. Ograniczenia te mają dać gwarancje kreacji lepszego prawa i wyeliminować woluntaryzm decyzji prawotwórczych.

Trzy najbardziej charakterystyczne ograniczenia będą podstawą analizy zjawiska upolitycznienia tworzenia prawa. Są one związane z: legitymizacją tworzenia prawa, demokratyzacją tworzenia prawa, standardami legislacji charakterystycznymi dla tworzenia prawa w demokratycznym państwie prawa<sup>4</sup>. W jakimś stopniu zjawiska te łączą się z sobą, można powiedzieć, że współuczestniczą w kształtowaniu wzorca legislacji, zapobiegając lub ograniczając upolitycznienie procesu prawotwórczego i podejmowanych w jego toku kluczowych decyzji.

<sup>3</sup> Pojęcie organizacji procesu prawotwórczego, rozumiane szeroko, odnosi się do grupy czynników mających wpływ na zespół działań prawotwórczych. Istotny wpływ na te działania mają przyjęte procedury i prawnie określona struktura instytucjonalna podmiotów uczestniczących w tym procesie. Podstawowe znaczenie dla organizacji procesu tworzenia prawa ma jego wkomponowanie w rozwiązania ustrojowe i przyjętą konstrukcję sprawowania władzy politycznej. W konsekwencji tworzenie prawa jest w znacznym stopniu uzależnione od form sprawowania władzy. Trafnie charakteryzuje tę zależność S. Wronkowska, pisząc: „Ów proces ma charakter polityczny w tym sensie, że decyzje o celach regulacji prawnych, ustanowieniu norm, ich treści i czasie ich wprowadzenia w życie podejmują instytucje sprawujące władzę. Wpływ na ten proces ma całe społeczne, kulturowe i intelektualne otoczenie, zwłaszcza rozpowszechnione wartości, tradycja, obyczaje w życiu publicznym, kultura polityczna i prawna oraz wiedza elit podejmujących decyzje” — S. Wronkowska, *Proces prawodawczy dwóch dekad — sukcesy i niepowodzenia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” LXXI, 2009, z. 2, s. 111.

<sup>4</sup> Wskazane zagadnienia są szerzej omawiane w monografii T. Biernat, *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016.

## 1. OGRANICZENIA WYNIKAJĄCE Z WYMOGU LEGITYMIZACJI TWORZENIA PRAWA

Wymóg legitymizacji tworzenia prawa jest pierwszą płaszczyzną występujących ograniczeń. Mają one charakter doktrynalny, a nie formalny. Są jednak ważne, ponieważ pozwalają nie tylko na dostrzeżenie upolitycznienia, lecz, w zależności od preferowanej koncepcji legitymizacyjnej, pozwalają bliżej określić jego charakter.

Łączenie tworzenia prawa z procesem legitymizacji działań prawotwórczych jest motywem przewodnim wielu teoretycznych rozważań, jak np. w modelu dyskursywnym/komunikacyjnym, w którym faktycznie uzgodnione sensy są podstawą usprawiedliwienia i uzasadnienia tworzonego prawa. Istota problemu sprowadza się do zakresu i sposobu legitymizacji działań prawotwórczych.

W demokratycznych systemach politycznych respektowanie zasad demokracji jest warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym do legitymowania, usprawiedliwienia i uzasadnienia podejmowanych decyzji legislacyjnych. Przyjmowane stanowisko nie oznacza zakwestionowania demokratycznej legitymacji władzy, w tym również legislatywy. Jest zakwestionowaniem tak rozumianej legitymacji jako wystarczającego usprawiedliwienia, rodzaju *carte blanche* dla działań władzy. W systemie demokratycznym woluntaryzmowi działania władzy prawodawczej potencjalnie zapobiegają wprowadzie normy konstytucyjne, prawa podmiotowe, prawa człowieka — to wszystko, co wyznacza szeroko rozumiane granice władzy, ale mimo występowania tych rozwiązań nie zapobiegają one podejmowaniu takich decyzji, w tym również w sferze tworzenia prawa, które są wyraźnie upolitycznione. Tak scharakteryzowany „punkt wyjścia” ma fundamentalne znaczenie. Prezentując go, S. Wronkowska pisze:

Prawo jest wyrazem potrzeby, a niektórzy utrzymują, że koniecznością uporządkowania życia społecznego i poddania go pewnym regułom tak, by umożliwić istnienie i należyte funkcjonowanie poszczególnym ludziom i społecznościom, które oni tworzą, by uczynić ich życie w kontaktach z innymi, mającymi rozmaite aspiracje i kierującymi się rozmaitymi interesami, bezpiecznym i przewidywalnym, wprowadzając doń element ładu. We współczesnych państwach oczekuje się, że realizując to zadanie, tworzący prawo sami będą respektować określone reguły, w szczególności tę, która głosi, że nawet demokratycznie wyłoniony prawodawca nie jest legitymowany, by w sposób arbitralny kształtować treść obowiązującego prawa, traktując je jako instrument do osiągnięcia celów politycznych, które sobie dowolnie wyznacza<sup>5</sup>.

Kluczowym problemem związanym z legitymizacją procesu tworzenia prawa jest jego „podwójna natura”, podwójne zakorzenienie — w rzeczywistości politycznej i prawnej. Jest ulokowany w rzeczywistości politycznej, bo jest działaniem władzy politycznej, jest uprawnieniem władzy, jest związany z wyznaczaniem i realizacją celów politycznych. W konsekwencji dzieli, w znacznym stopniu, status legitymizacyjny władzy politycznej. Równocześnie jest ulokowany

<sup>5</sup> S. Wronkowska, *Na czym polega dobra legislacja?*, „Przegląd Legislacyjny” 2002, nr 1, s. 10.

w rzeczywistości prawnej: po pierwsze, przez fakt prawnego wyznaczenia ram procesu legislacyjnego, przez skorelowanie działań prawotwórczych z systemem konstytucyjnych zasad i podstawowych praw podmiotowych, po drugie, przez efekt, którym jest prawo, również wymagające formuły legitymizacyjnej. Jest to problem zarówno teorii (filozofii) polityki, jak i filozofii (teorii) prawa. W tym ostatnim wymiarze jest to „dopełnienie” wymogów ogólnej teorii prawa, tak scharakteryzowanych przez R. Dworkina:

Ogólna teoria prawa musi być zarazem normatywna i pojęciowa. Jej część normatywna musi podejmować różnorodne zagadnienia, które dają się uszeregować w następującą listę. Musi ona obejmować teorię legislacji, orzekania i praworządności; te trzy teorie podejmują normatywne kwestie prawa z punktu widzenia prawodawcy, sędziego i zwykłego obywatela. Teoria legislacji musi zawierać teorię legitymizacji, opisującą warunki, na jakich określona osoba lub grupa jest upoważniona do tworzenia prawa, oraz teorię sprawiedliwości ustawodawczej, określającą, jakie prawo może ona lub powinna tworzyć<sup>6</sup>.

W planie ukształtowania wyodrębnionej dyscypliny, legisprudencji, przedstawiony został projekt, który obejmuje wiele istotnych zagadnień związanych z tworzeniem prawa, w tym również legitymizacji tego procesu. Ta koncepcja teoretyczna zawiera wiele oryginalnych postulatów i rozwiązań. Koncentruję się tylko na tych, które dotyczą problemu legitymizacji i wydają się najbardziej użyteczne do wyjaśniania zjawiska upolitycznienia tworzenia prawa.

Przedstawiona przez L.J. Wintgensa koncepcja nowej teorii legislacji jest oparta na krytyce paradygmatu opartego na tezie, że prawo jest oddzielone od polityki.

Prawo jest postrzegane jako zakorzenione w polityce, ale kreuje swoje własne życie, odcinając się od tego korzenia. Prawo ma swoje własne metody naukowe, ma dogmatykę, a szerzej, ma różnego rodzaju teorie prawne. W jaki sposób prawo jest tworzone, jak przebiega proces legislacji, nie absorbuje to uwagi teoretyków prawa<sup>7</sup>.

Ten paradygmat sprzyjał ukonstytuowaniu się postaw i przekonań mających fundamentalne znaczenie dla sposobu myślenia o tworzeniu prawa. Warto pamiętać, że o jego wzmocnieniu i ugruntowaniu zadecydowało upowszechnienie zasady podziału władzy<sup>8</sup>.

Z punktu widzenia omawianych zagadnień znacząca jest konsekwencja dominującego paradygmatu. Jest to „domniemanie” legitymizacji prawa — postawa, wyrażająca silne przekonanie, iż zasadniczo prawu „przysługuje” cecha samoistnego usprawiedliwienia. Ten typ legitymizacji można określić mianem atrybutywnej. Omawianą zależność dobrze charakteryzuje następująca wypowiedź:

<sup>6</sup> R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 4.

<sup>7</sup> L.J. Wintgens, *Legisprudence as a new theory of legislation*, [w:] *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, red. L.J. Wintgens, Aldershot 2005 s. 3.

<sup>8</sup> Jak podkreśla I.B. Flores, ta wiara została wzmocniona przez doktrynę podziału władzy, która jest podstawą różnic w myśleniu prawniczym i politycznym, do niedawna przyjmującym, że tworzenie prawa, jego kreowanie należy do sfery polityki, interpretacja prawa, stosowanie prawa zaś należy do rzeczywistości prawnej — I.B. Flores, *The quest for legisprudence: Constitutionalism v. legalism*, [w:] *The Theory and Practice...*, s. 39.

Teoria tworzenia prawa po prostu nie jest konieczna ani dla współczesnych teorii prawa natury, gdzie prawo pozytywne jest legitymowane, jeżeli zostało poprawnie wydedukowane z prawa natury, ani dla pozytywizmu prawnego, gdzie prawo pozytywne jest legitymowane przez odniesienie do suwerena<sup>9</sup>.

Przełamanie obowiązującego paradygmatu, zaproponowane przez L.J. Wintgensa, wiąże się z podstawowym założeniem konstrukcji teorii tworzenia prawa. W tym założeniu szczególną rolę odgrywa uzasadnienie i usprawiedliwienie tworzonego prawa, sposobu jego tworzenia, uzyskiwane przez odniesienie do systemu zasad. „Uzasadnienie legislacji jest związane z procedurą związaną z równoważeniem i utrzymywaniem w równowadze moralnych i politycznych ograniczeń wolności. Ze względu na racjonalny charakter legislacji wymagane jest stworzenie podstawowej struktury zasad”<sup>10</sup>. Jest to istotna część procesu legitymizacji. Wynika to z następującego stwierdzenia: „Przy pomocy tej struktury zewnętrzne ograniczenia mogą być usprawiedliwione. Usprawiedliwienie jest częścią procesu legitymizacji. Nie prowadzi to do zewnętrznego ograniczenia tego, co ma być ostatecznie usprawiedliwione”<sup>11</sup>. Uznając wolność jednostki jako nadrzędną wartość i konieczność usprawiedliwienia jakichkolwiek form zewnętrznego ograniczenia wolności, w tym również przez prawo, dochodzimy do stanowiska, że podstawą legisprudencji jest obowiązek usprawiedliwienia i uzasadnienia podejmowanych działań. W tym sensie legisprudencja jest definiowana jako racjonalna teoria legislacji. Struktura uzasadnienia i usprawiedliwienia jest oparta na czterech zasadach. Są to: zasada alternatywności, zasada normatywnej spoistości, zasada temporalności, zasada koherencji.

Zasada alternatywności oznacza, że zewnętrzne ograniczenie wolności może być usprawiedliwione jedynie w wypadku braku wykształcenia się interakcji społecznych lub gdy wykształcone interakcje zawodzą. Interwencja suwerena, przez wprowadzenie zewnętrznego ograniczenia wolności, jest usprawiedliwiona jedynie, jeśli to ograniczenie jest lepsze względem wewnętrznych ograniczeń lub gdy mamy do czynienia z niepowodzeniem ukształtowania interakcji społecznych. Zasada normatywnej spoistości odnosi się do szczególnego rodzaju wymagań, które są przypisane do relacji między normą i związaną z nią sankcją. Między normą a sankcją występuje zależność, w którą powinien być wpisany „istotny związek”. Ta relacja również wymaga usprawiedliwienia.

Zasada temporalności oznacza, że niezależnie od usprawiedliwienia i uzasadnienia wprowadzonego na podstawie dwóch wymienionych zasad zewnętrzne ograniczenia wolności powinny być zawsze dodatkowo uzasadniane z punktu widzenia momentu ich wprowadzenia. Uzasadnienie powinno wykazać, że dla wprowadzanych ograniczeń był to „właściwy czas”.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 38.

<sup>10</sup> L.J. Wintgens, *op. cit.*, s. 11.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

W całej strukturze zasad szczególne miejsce zajmuje zasada koherencji, jej ułożenie w teorii koherencji i wyróżnienie czterech poziomów koherencji. Ta perspektywa jest użyteczna w wyjaśnianiu skomplikowanego procesu tworzenia prawa<sup>12</sup>. Tworzenie prawa stanowi tę szczególną sytuację, która powinna być odnoszona do najwyższego poziomu koherencji. Koncepcja tak określonej koherencji, jak stwierdza L.J. Wintgens, jest oparta na tezie, że ustawodawca, podobnie jak sędzia, jest w swoim działaniu podporządkowany przepisom prawa, że podobnie można charakteryzować jego działalność oraz że działanie zgodnie z przepisami obejmuje znacznie więcej niż tylko minimalistycznie określony obowiązek zakazu ich łamania<sup>13</sup>. O ile minimalnie lub negatywnie wyznaczony standard jego postępowania oznacza zakaz przekraczania prawa, to w sensie pozytywnym działanie to oznacza, że ustanawiane prawa i obowiązki będą skutecznie realizowane, będą wystarczająco chronione i tak dalej. Dążeniem ustawodawcy jest nie tylko wprowadzenie konkretnego rozwiązania, które zasługuje na aprobatę, jeśli zostanie zrealizowane. Zawiera obowiązek wprowadzania możliwie najlepszych regulacji, a nie realizacji politycznie zaplanowanego celu. Jest to, w perspektywie nauki tworzenia prawa, możliwe tylko pod warunkiem uwzględniania sensu systemu prawnego jako całości<sup>14</sup>.

Przedstawiona propozycja nie tylko określa obszar badawczy legisprudencji (*the duty of justification is what jurisprudence is about*)<sup>15</sup>, lecz także otwiera możliwości wyznaczenia teoretycznych ram dla analizy upolitycznienia tworzenia prawa. W ramach tej konstrukcji możliwa jest waloryzacja, usystematyzowanie i agregacja podstawowych elementów tego modelu, którymi są sposoby legitymowania działań prawotwórczych. W przełożeniu na twierdzenia teorii i sformułowane na ich podstawie dyrektywy mogą być niebanalnym narzędziem, po które należy sięgnąć w analizie upolitycznienia procesu prawotwórczego.

W pracy *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, będącej podsumowaniem wielu wcześniejszych publikacji z zakresu legisprudencji, L.J. Wintgens wprowadza do rozważań dodatkowy aspekt. Dotyczy on kontekstu realizacji zasad. Każda z nich może być realizowana w większym lub mniejszym zakresie, ale każda jest też realizowana przy uwzględnieniu innych, w kontekście pozostałych. Relacje między tworzącymi strukturę zasadami zostały przedstawione graficznie w postaci kwadratu, w którym każdemu z boków odpowiada jedna z czterech omówionych wyżej zasad. Ograniczenia wyznaczone, w równym stopniu, w ramach poszczególnych zasad wskazują na pole decyzji dokładnie w środku kwadratu. Można powiedzieć, że jest to idealne wyważenie zasad i osiągnięcie pełnej legitymacji. Dostatecznie legitymowane są decyzje, które będą przesuwają się w stronę jednej z czterech formuł uzasadnień, ale nie opuszczają „pola legitymi-

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 16.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 22.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 11.

zacji”. Opuszczenie tego pola, „przeciągnięcie” w jedną stronę sprawia, że decyzja nie jest legitymowana, a jedynie usprawiedliwiona. Zasady, każda względem pozostałych, formują legitymizacyjny kontekst. Na gruncie tej idei jest jasne, że „optymalna” legislacja jest mitem, twierdzi Wintgens, i dodaje: „To, czego możemy oczekiwać od prawodawcy, to nie optymalna legislacja, cokolwiek by to nie znaczyło, lecz satysfakcjonująca legislacja, która jest legislacją dostatecznie legitymowaną, zgodnie z zasadami”<sup>16</sup>.

Koncepcja zawarta w projekcie legisprudencji wytycza jedną z możliwych dróg analizy procesu legitymizacji legislacji. W koncepcjach współczesnych istotne jest odejście od legitymizacji podmiotowej, która jest często przywoływana jako formuła, uzasadnienie działań prawotwórczych i tworzonego prawa<sup>17</sup>. Legitymizacja procesu prawotwórczego, ujmowana również w inny sposób, stwarza możliwości charakterystyki jego upolitycznienia<sup>18</sup>.

Tylko zarysowane, podstawowe zagadnienia poruszane w ramach koncepcji legisprudencji pozwalają na weryfikowanie konkretnych decyzji — praktyki legislacji — w kontekście upolitycznienia i zrozumienie, na czym polega upolitycznienie. Jest ono bowiem najczęściej związane z wyjściem poza pole legitymizacyjne, z bardzo silnym usprawiedliwieniem decyzji prawotwórczej. Posłużmy się konkretnym przykładem. Podjęcie decyzji prawotwórczych z naruszeniem zasady normatywnej spoistości, mówiącej o szczególnego rodzaju wymaganiach, przypisywanych do relacji między normą i związaną z nią sankcją, jest częstym przypadkiem upolitycznienia tworzenia prawa. Zmiany w obszarze prawa karnego materialnego są bardzo często podejmowane z naruszeniem tej zasady. Najbardziej ilustratywnym przykładem jest opisane zjawisko oddziaływania populizmu penalnego na tworzenie prawa<sup>19</sup>. Najczęściej w sytuacji popełnienia drastycznej zbrodni ujawniają się, stymulowane głównie doniesieniami medialnymi, postawy społeczne domagające się zmiany przepisów i zaostrzenia kary dla określonego typu przestępstwa. W odpowiedzi na to politycy „prześcigają się” w pomysłach na realizację tego postulatu, co w efekcie prowadzi do inicjatywy legislacyjnej. Pomijam „upolityczniony kontekst” takich decyzji, związany z dążeniem polityków do zaskarżenia sobie przyszłych głosów potencjalnych wyborców. Upolitycznienie działań legislacyjnych polega na ich jednostronności, skupionej na społecznie aprobowanym usprawiedliwieniu, ale z naruszeniem zasad legitymizacji.

<sup>16</sup> L.J. Wintgens, *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate 2012, s. 282.

<sup>17</sup> Własne ujęcie kwestii legitymizacji tworzenia prawa i wynikających z niej ograniczeń dla władzy przedstawiam w tekście: *Legitymizacja procesu legislacyjnego*, [w:] *Prawowitość czy zgodność z prawem. Legitymacja władzy w państwach demokratycznych*, red. A. Preisner, Wrocław 2010.

<sup>18</sup> P.J. Kelley, *Theories of legislation and statutory interpretation: Natural law and the intention of the legislature*, „Washington University Jurisprudence Review” 1, 2009, nr 1.

<sup>19</sup> Wszechstronną analizę tego zjawiska przeprowadziła M. Szafrńska w pracy doktorskiej *Wpływ penalnego populizmu na tworzenie prawa. Perspektywa mediocentryczna*. Praca opublikowana jako monografia: M. Szafrńska, *Penalny populizm a media*, Kraków 2015.

## 2. OGRANICZENIA WYNIKAJĄCE Z WYMOGU DEMOKRATYZACJI TWORZENIA PRAWA

Demokratyzacja tworzenia prawa oznacza udział społeczeństwa w procesie tworzenia prawa i ma zapobiegać woluntaryzmowi decyzji, zwłaszcza na poziomie identyfikacji problemów wymagających prawnej interwencji. Bez wnikania w złożoną problematykę charakterystyki zjawiska demokratyzacji procesu tworzenia prawa możemy powiedzieć, że ten postulat jest podwójnie uzasadniany: względami politycznymi, gdy postuluje się wpływ społeczeństwa obywatelskiego na działania władzy, i względami teoretycznymi, przez łączenie z preferowanym modelem tworzenia prawa, który spełnia w największym stopniu postulat demokratyzacji procesu prawotwórczego. Teoretyczne odniesienie jest związane z dominującym aktualnie dyskursywnym modelem tworzenia prawa. Model dyskursywny jest oparty na racjonalności komunikacyjnej i jej zastosowaniu do optymalizacji procesu prawotwórczego. Komunikacyjna racjonalność wynika z konsensusu wszystkich podmiotów społecznych zaangażowanych w proces tworzenia prawa, a konsensus jest pochodną dyskursu. Istotą jest uznanie i postulowanie sposobu podejmowania decyzji prawotwórczych, opartych na dokonanych uzgodnieniach, konsultacjach i opiniach.

Mając na uwadze klauzulę demokratycznego państwa prawa, należy podkreślić dwa aspekty związane z istotą demokracji i ich oddziaływanie na proces tworzenia prawa. Z jednej strony, jest to respektowanie wartości przypisywanych demokracji. W tym kontekście można mówić o postulacie demokratyzacji procesu tworzenia prawa, polegającej nie tylko na powierzeniu uprawnień do stanowienia ustaw organom pochodzącym z wyboru dokonywanego przez naród, lecz także właściwej organizacji procesu prawotwórczego: demokratycznych procedur podejmowania decyzji i zagwarantowania w nim uczestnictwa podmiotów społecznych. Wskazuje na to również orzecznictwo TK<sup>20</sup>. Z drugiej strony, jest to kwestia organizacji struktur umożliwiających partycypację społeczeństwa w życiu publicznym, tworzenia instytucji i form agregacji tych instytucji. W szczególnym, interesującym z punktu widzenia organizacji procesu prawotwórczego, aspekcie jest to kwestia budowy tych instytucji społeczeństwa obywatelskiego, które potencjalnie mogą być uczestnikami tego procesu. W jednym i w drugim wypadku mamy do czynienia z kształtowaniem możliwości uczestnictwa podmiotów społecznych w decyzjach prawotwórczych podejmowanych na różnych etapach procesu tworzenia prawa.

Najszerszą formą uczestnictwa podmiotów społecznych w procesie tworzenia prawa są konsultacje. Przybierają różną postać, różny jest ich status w organizacji tworzenia prawa, co przejawia się również w podstawach prawnych ich przepro-

<sup>20</sup> *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zagadnień związanych z procesem legislacyjnym*, oprac. Biuro Trybunału Konstytucyjnego, współpraca w wyborze i przygotowaniu I. Chojnicka, Warszawa 2015, s. 8.

wadzania, obowiązujących standardów. Przestrzeganie zasady konsultacji (co nie jest równoznaczne z uwzględnianiem wyników konsultacji) jest obowiązkiem prawodawcy, ale tylko w celu realizacji określonych typów projektów legislacyjnych. Dla tej grupy projektów konsultacje są ustawowo uregulowaną formą korzystania z opinii uprawnionych podmiotów<sup>21</sup>. Realizacja konsultacji jest w tym wypadku nie tylko obligatoryjna, lecz także decyduje o prawidłowości i skuteczności legislacji. Trybunał Konstytucyjny podkreśla

ważkość i aktualność swego dotychczasowego orzecznictwa, w którym uznał znaczenie braku konsultacji dla stwierdzenia wadliwości postępowania ustawodawczego, jeżeli konsultacje te były wymagane ustawą. Nie oznacza to oczywiście, że wyniki konsultacji są wiążące dla ustawodawcy. Nie może on jednak uchylić się od spełnienia swoich obowiązków związanych z tworzeniem prawa, jeśli owe obowiązki są przez przepisy prawa określone jako zespół obligatoryjnych wymagań<sup>22</sup>.

Równocześnie Trybunał stwierdził, że: „W demokratycznym państwie prawnym nie można jednak wiązać konsekwencji prawnych z wadami praktyki w dziedzinie konsultacji, jeżeli prawo nie tworzy jednoznacznego standardu wymagań, jakie mają być spełnione w tym zakresie”<sup>23</sup>.

W innej formule przebiegają konsultacje będące wynikiem przyjęcia przez podmioty podejmujące prace legislacyjne autonomicznych reguł konsultacji, mających usprawnić i zoptymalizować proces legislacji. Ustanowienie tych reguł następuje przez przyjęcie wewnętrznych aktów prawnych. Ich doprecyzowanie może przyjmować formę wytycznych, regulaminów, wzorów lub inną. W Polsce takie rozbudowane reguły konsultacji dotyczą przede wszystkim przygotowania projektów ustaw przez instytucje rządowe. Warto zwrócić uwagę na przyjęte rozwiązania mające „urealn timer” proces konsultacji<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Kwestie przeprowadzania konsultacji społecznych normowane są przez wiele aktów prawnych. W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. zawarte są podstawy do tworzenia ustaw zawierających przepisy określające tematykę i formy dialogu społecznego. Konstytucja określa podstawowy zakres podmiotowy partnerów społecznych, wśród których wymienia: związki zawodowe, stowarzyszenia, ruchy obywatelskie, organizacje społeczno-zawodowe rolników, inne dobrowolne zrzeszenia oraz fundacje. Szczegółowe regulacje ustawowe ustalają, kto, na jakim etapie tworzenia prawa i w jaki sposób uczestniczy w przygotowywaniu i uchwalaniu ustaw.

<sup>22</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lutego 2003 r. w sprawie K 24/02, Dz.U. 2003 Nr 98, poz. 334.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> W 2012 r. przedstawiciele polskiej administracji rządowej i organizacji obywatelskich wspólnie wypracowali dokument „Siedem Zasad Konsultacji”, który następnie został włączony do rządowego programu „Lepsze regulacje 2015”. Zaproponowane w nim zasady to: dobra wola, powszechność, przejrzystość, responsywność, koordynacja, przewidywalność i poszanowanie interesu ogólnego. Wskazuje się w tym dokumencie, że: „Przejrzyste i partycypacyjne prowadzenie procesu tworzenia aktów prawnych przynosi liczne korzyści zarówno dla władzy, jak i dla obywateli. Legislatorzy otrzymują możliwość poznania wielu — być może wcześniej im nieznanych — opinii lub nowych faktów, a także zdobycia wiedzy z różnych źródeł. Dysponując zaś szerszą i bardziej różnorodną wiedzą, mogą podjąć lepsze decyzje, w dużej mierze oparte na faktach. Z kolei obywatele — zwłaszcza jeśli konsultacje przyjmują formę dialogu — zyskują poczucie uczestniczenia

Z punktu widzenia analizy decyzyjnej procesu tworzenia prawa istotne rozstrzygnięcia zapadają na najwcześniejszych etapach. Wtedy konsultacje mają największy sens. Zwraca się na to uwagę w literaturze, wskazując, że „Proces konsultowania projektu aktu prawnego powinien się rozpoczynać na etapie definiowania problemu i poszukiwania sposobów jego rozwiązania. Jest to etap wstępny, często nazywany prelegislacyjnym”<sup>25</sup>. Z punktu widzenia podejmowania decyzji prawotwórczych, zwłaszcza jeśli decyzja nie jest z założenia jednokryterialna, sięganie w drodze konsultacji do informacji ułatwiających dokonywanie wyboru wydaje się czymś oczywistym. Konsultacja staje się naturalną formą pozyskiwania przesłanek decyzji. Jest to odwrócenie myślenia o problemie społecznej partycypacji w procesie tworzenia prawa i zmiany traktowania konsultacji w kategoriach od „dopuszczenia podmiotów do udziału” do „aktywnego poszukiwania informacji w drodze konsultacji”. Przy takim zmienionym podejściu kwestie proceduralne i instytucjonalne dotyczące tego aspektu legislacji przestają być pierwszoplanowe. Istotna jest treść informacji, a odformalizowany sposób jej pozyskania pozwala nie tylko na wykorzystanie dodatkowych form argumentacji legislacyjnej, lecz także na zbudowanie pełniejszych podstaw decyzji. Takie zmienione podejście ma jednak swoje „wady”. Konieczne jest przeanalizowanie stanowisk, agregacji uzyskanych informacji i przekształcenia ich w przesłanki decyzji, zważenia występujących argumentacji, a to wymaga zorganizowanego działania (jeśli liczba informacji jest duża, oraz wysiłku intelektualnego, który nie każdy może lub chce podjąć).

Tak wyznaczone ramy decyzyjne procesu legislacyjnego łatwo zweryfikować konkretnymi działaniami. W ustaleniach zawartych w Raporcie z badania nad sposobem prowadzenia konsultacji publicznych i tworzenia dokumentów towarzyszących rządowym projektom ustaw w 2012 roku zawarto dwie, istotne z punktu widzenia analizy fazy prelegislacyjnej, uwagi. Pierwsza dotyczy tego, w jaki sposób, a ściślej, jak głęboko analizowany jest problem, który stanowi impuls legislacyjny, jakie są jego przyczyny. „Brak jednoznacznego opisu problemu i jego skali determinuje także brak możliwości odpowiedzi na pytanie o ewentualne przyczyny występowania danego problemu. Inaczej mówiąc — jeśli nie

---

w procesie podejmowania decyzji, w którym są traktowani jako partnerzy. Tworzone transparentnie i partycypacyjnie normy prawne w większym stopniu mogą liczyć na społeczną akceptację i wolę ich przestrzegania. Wszystkie te elementy powodują wzrost obustronnego zaufania”. Por. [https://mac.gov.pl/files/7\\_zasad\\_30-04.pdf](https://mac.gov.pl/files/7_zasad_30-04.pdf) (dostęp: 30.10.2016). Program „Lepsze regulacje 2015” został przyjęty uchwałą Rady Ministrów z 22 stycznia 2013 r. „Zasady konsultacji przeprowadzanych podczas przygotowywania dokumentów rządowych. Reforma regulacji”, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa, sierpień 2009 r., s. 5 — dokument rekomendowany do stosowania decyzją Komitetu Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2009 r. (KRM-0102-40-09).

<sup>25</sup> G. Kopińska, *Najważniejsze wnioski i rekomendacje*, [w:] G. Kopińska et al., *Tworzenie i konsultowanie rządowych projektów ustaw. Raport z badania nad sposobem prowadzenia konsultacji publicznych i tworzenia dokumentów towarzyszących rządowym projektom ustaw w 2012 roku*, s. 108, [www.batory.org.pl](http://www.batory.org.pl). Publikacja jest udostępniana na zasadach licencji Creative Commons (CC).

wskazano samego problemu, to zwykle nie analizowano również przyczyn jego występowania”<sup>26</sup>. Druga uwaga odnosi się do kwestii respektowania nie tylko proceduralnych wymogów, lecz także zasady poprawnej legislacji<sup>27</sup>. Wskazane problemy występują również, gdy chodzi o decyzje Rady Ministrów, organu, który przez wewnętrzne regulacje narzucił sobie bardziej rygorystyczne procedury postępowania we wstępnej fazie procesu legislacyjnego. Z praktyki na ogół nie wynika, aby decyzje ustalające, które problemy czy konflikty będą przesłanką uruchomienia procesu legislacyjnego, były wszechstronnie badane i analizowane, również gdy decyzje takie są podejmowane przez wiodący, z punktu widzenia inicjatywy ustawodawczej, organ, którym jest Rada Ministrów.

Rada Ministrów, najbardziej kompetentny podmiot wyposażony w inicjatywę ustawodawczą, wprowadziła autonomiczne regulacje prawne proceduralne i rozwiązania instytucjonalne, mające wskazywać na demokratyzację tworzenia prawa, której cechami są: przejrzystość, kolegalność przejawiająca się w przyjętych zasadach uzgodnień, opiniowania i współpracy, rzetelność, profesjonalizm i otwartość przejawiająca się w rozbudowanych możliwościach konsultacji procesu decyzyjnego. W takim układzie możemy mówić o spełnieniu postulatu demokratyzacji tworzenia prawa, a w konsekwencji — o ograniczeniu potencjalnych możliwości „upolitycznienia” decyzji prawotwórczych. Realne działania jednak wyraźnie temu przeczą. Przyjęte rozwiązania stają się w znacznej mierze bezprzedmiotowe. Wystarczy prześledzić realne decyzje prawotwórcze. W wykazie złożonych do Sejmu projektów ustaw w okresie dwóch miesięcy — od 14 kwietnia do 14 czerwca 2016 roku — tych, którym nadano numer druku, było ogółem ponad 80. Z tego 30 projektów było z przedłożenia rządowego, a ponad 50 z przedłożenia poselskiego. Znaczna część tych ostatnich była złożona przez posłów reprezentujących większość parlamentarną, czyli stronę rządową. Projekty z przedłożenia poselskiego, ze względu na rozwiązania z zakresu organizacji tworzenia prawa, nie są objęte takimi rygorami dotyczącymi konsultacji, które pozwalałyby łączyć ich przygotowanie z demokratyzacją tworzenia prawa.

Odrębnym problemem jest wykorzystywanie wysoce zinstytucjonalizowanych i sformalizowanych form uczestnictwa podmiotów społecznych w stanowieniu prawa. Wprowadzenie do systemu prawa polskiego ustawowej regulacji dotyczącej lobbingu stanowiło istotny krok w sformalizowaniu partycypacji

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> W raporcie stwierdzono: „W wyniku przeprowadzenia analizy dokumentów dostępnych na platformie internetowej Rządowy Proces Legislacyjny, zarządzanej przez Rządowe Centrum Legislacji, ustaliliśmy, że z umieszczonych tam w 2012 roku 110 projektów ustaw w wypadku blisko jednej czwartej z nich (26 projektów) nie przedstawiono opisu problemu, który ma być rozwiązany za pomocą ingerencji legislacyjnej w system prawny [wyróżnienie w oryginale — T.B.]. W wypadku kolejnych 43% projektów mieliśmy zastrzeżenia do takiego opisu” — *ibidem*, s. 105.

podmiotów społecznych w procesie prawotwórczym<sup>28</sup>. Wysłuchanie publiczne stanowi formę udziału podmiotów społecznych, obywateli w procesie stanowienia prawa, na ściśle określonym etapie, i wyrażania opinii w określonym trybie. Jak wskazuje się w literaturze, w prawie polskim brakuje definicji wysłuchania, a instytucja ta, zgodnie z przyjętymi regulacjami, umożliwia obywatelom udział (przez wyrażenie opinii) jedynie w procesie stanowienia prawa<sup>29</sup>. Podstawy prawne dotyczące instytucji wysłuchania są różne, w zależności od etapu działań prawotwórczych i typu aktu normatywnego. Odrębne przepisy regulują wysłuchanie publiczne nad projektem ustawy w fazie parlamentarnej, projektem ustawy przygotowywanym przez Senat, projektem rozporządzenia przygotowywanego w Radzie Ministrów. Potencjalnie również instytucja petycji może być włączona jako forma uczestnictwa podmiotów społecznych w tworzeniu prawa. Regulacje prawne, wprowadzone ustawą o petycjach<sup>30</sup>, określiły zasady składania i rozpatrywania petycji oraz sposób postępowania organów w sprawach dotyczących petycji. Rolę instytucji petycji w oddziaływaniu na tworzenie prawa będzie weryfikowała praktyka<sup>31</sup>.

Urealnione znaczenie uczestnictwa podmiotów społecznych, konsultacji i opiniowania projektów ustaw, wysłuchania publicznego, wynika z praktyki działania opartej na standardach. Standardach, w których docenia się wagę uzyskiwanej informacji i akceptuje stanowisko, że jej uwzględnienie w procesie tworzenia prawa nie narusza uprawnień i autonomii podmiotów podejmujących decyzje. Przyjęcie takich standardów może doprowadzić do wyeliminowania swoistej hipokryzji zawartej w stanowiskach podmiotów tworzących prawo. W stanowiskach tych z jednej strony podkreśla się znaczenie konsultacji w tworzeniu prawa, z drugiej, jak wskazuje praktyka, nawet w najważniejszych sprawach konsultacje albo

<sup>28</sup> Ustawa z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa, Dz.U. 2005 Nr 169, poz. 1414.

<sup>29</sup> B. Zamaćńska pisze „Warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko M. Safiana wyrażone w zdaniu odrębnym do wyroku Trybunał Konstytucyjny z dnia 3 listopada 2006 (K 31/06), który stwierdził, iż wysłuchanie publiczne należy do tych instytucji regulaminowych, które mają na celu urzeczywistnienie pewnych składników, elementów demokracji bezpośredniej w ramach procedur parlamentarnych. Zapewnia ono prezentację szerszego niż zazwyczaj spektrum opinii przez zainteresowane podmioty publiczne, społeczne i prywatne na temat projektowanych rozwiązań ustawodawczych sprzyjając w ten sposób budowie społeczeństwa obywatelskiego” — B. Zamaćńska, *Wysłuchanie publiczne w polskim systemie prawnym — wybrane zagadnienia*, „Economics and Management” 2013, nr 3, s. 196.

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o petycjach, Dz.U. 2014 poz. 1195.

<sup>31</sup> „Brak tradycji społeczeństwa obywatelskiego w Polsce powoduje, że zrozumienie jego istoty ograniczone jest do stosunkowo nielicznej grupy społecznej. Maleje społeczna aktywność. Może za pośrednictwem instytucji petycji wzmocni się idea społeczeństwa obywatelskiego, poprzez rozszerzenie *sprzyjającego otoczenia instytucjonalnego*. Sądzę, że okres *wycofania* się społeczeństwa z oficjalnych struktur normatywnych i instytucjonalnych mamy już za sobą. Petycje to pole do nowych działań w imię interesów społecznych i rozwoju demokracji” — H. Zięba-Załuśka, *Prawo petycji w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2010, nr 4, s. 21.

nie są prowadzone, albo opinie w nich wyrażone z założenia nie mają wpływu na podejmowane decyzje. Upolitycznienie procesu tworzenia prawa w kontekście omawianego zjawiska ma dwojaki charakter. Po pierwsze, polega na zawłaszczaniu i całkowitemu podporządkowaniu władzy politycznej tworzenia prawa, mimo zadeklarowania, w rozmaity sposób, dzielenia tego uprawnienia z podmiotami społecznymi. Po drugie, jest to upolitycznienie w znaczeniu materialnym (treści podejmowanych decyzji), których przesłanką są tylko opinie politycznego gremium. W konsekwencji zmonopolizowane decyzje polityczne naznaczone są partykularnymi interesami politycznymi<sup>32</sup>.

### 3. OGRANICZENIA WYNIKAJĄCE Z WYMOGU RESPEKTOWANIA STANDARDÓW LEGISLACJI

Trzecią płaszczyzną, pozwalającą na charakterystykę upolitycznienia tworzenia prawa, są standardy legislacji, ujmowane jako część standardów funkcjonowania władzy w demokratycznym państwie prawa. Jeśli standardy wyznaczają zakres i sposób działania władzy politycznej, zarysowując w ten sposób jej granice, to ich naruszanie będzie *de facto* upolitycznieniem działania. Ta, pozornie łatwa w ocenie, sytuacja w praktyce nastrocza sporo trudności, jeśli weźmiemy pod uwagę tylko dwie zmienne: rodzaj standardu i stopień naruszenia. Inny wymiar będzie miało systematyczne naruszanie standardu wyznaczonego zasadą zakazu retroaktywności prawa (w tym wypadku można mówić o politycznej instrumentalizacji prawa), a inny — omijanie lub taka interpretacja procedur związanych z organizacją procesu tworzenia prawa, które skutkują „reassumpcjami” głosowań na posiedzeniach komisji sejmowych.

Pojęcie standardu odnosi się do wzoru, a równocześnie stanowi rodzaj ideowego punktu odniesienia podejmowanych działań. Standardy wyznaczają sposób postępowania, kierunek działania. Specyficzne cechy standardów przejawiają się w dwóch wymiarach. Jako wzorzec normatywny mają niejednorodną naturę. Mogą wynikać, przenikać się i być w rozmaity sposób „skonfigurowane” z zasadami, normami, regułami (zarówno należącymi do systemu prawa, jak i do innych systemów normatywnych), a także kreować, jeśli są zagregowane, własne wyodrębnione systemy.

Prawo krajowe, które samo jest zbiorem standardów (wzorców postępowania), także podlega standaryzacji ze względu na istnienie wzorców wyższego rzędu. Wzorce takie wynikają z regulacji zawartych w umowach międzynarodowych, w prawie organizacji ponadkrajowych, a także z uzna-

<sup>32</sup> Analiza decyzyjna tworzenia prawa pozwala na jego pogłębioną charakterystykę. Poza ustaleniem bardzo szczegółowych zależności możliwe jest wyznaczenie swoistego rodzaju „punktów zwrotnych czy przełomowych”, w sekwencji podejmowanych decyzji prawotwórczych, co bardzo często pozwala wykazać „upolitycznienie” działań legislacyjnych. Szerzej to zagadnienie omawiam w: *Legislacja. Analiza procesu...*, s. 51–63.

nych przez społeczność międzynarodową zwyczajów, praktyki prawnej i doktryny współczesnych państw demokratycznych. Dotyczą one zarówno całego systemu prawnego, jak i jego poszczególnych elementów, a więc procesu tworzenia prawa, jego treści i języka, sposobów interpretacji i stosowania przepisów prawnych, w tym kształtu i funkcjonowania organów ochrony prawnej<sup>33</sup>.

Pomijam w tym miejscu odrębną, wymagającą, bardziej wnikliwej analizy kwestię funkcjonowania standardów w systemie społecznym i posługiwania się pojęciem standardu w prawoznawstwie.

W wymiarze dyrektywalnym standardy wyznaczają szczególny sposób postępowania, który jest zorientowany nie tylko na respektowanie wzoru, lecz także na jego maksymalną realizację. Inaczej mówiąc, funkcjonowanie standardu budowane jest nie na zachowawczym postępowaniu, opartym na postulatcie respektowania wzoru, lecz na pozytywnym zorientowaniu, prowadzącym do jego możliwie pełnej realizacji.

Kreowanie standardów legislacji, podobnie jak innych, związanych z demokratycznym państwem prawa, dokonuje się przez przyjęcie i respektowanie zasad, w nawiązaniu do idei regulatywnej praworządności. Zasada demokratycznego państwa prawa pełni szczególną rolę w funkcjonowaniu współczesnych systemów demokratycznych. Jest podstawowym wzorcem zdefiniowania wyodrębnionej kategorii państw, a także innych form politycznej organizacji społeczeństw, jak np. Unia Europejska. Zasada ta jest silnie wkomponowana w kształt współczesnych ustrojów demokratycznych. „Uniwersalność” zasady demokratycznego państwa prawa polega na możliwości jej zastosowania do oceny działań władzy we wszystkich obszarach, w tym również legislacji. W demokratycznym państwie prawa wyraźnie jest obserwowalna tendencja, aby możliwie szerokie spektrum działań władzy poddawać formalnie zdefiniowanym procedurom, przede wszystkim regulacjom prawnym. Jest to niezbędny element umożliwiający kontrolę działań władczych. Dotyczy to przede wszystkim przestrzegania prawa, jego stanowienia i stosowania.

W szerszym wymiarze punkt odniesienia tej zasady można ogólnie scharakteryzować jako stan wyrażający oczekiwanie spełnienia najwyższych standardów przez władze publiczne we wszystkich obszarach ich działania. Standardy „wywodzone” z tej zasady są stosowane w „konkretnych sytuacjach”, czego najlepszym potwierdzeniem, w zakresie działań legislacyjnych, są sprawy rozpatrywane przez Trybunał Konstytucyjny<sup>34</sup>.

Charakterystyka zasady państwa prawa, w zestawieniu z zasadą *the rule of law*, pozwala na uchwycenie dwóch istotnych elementów. Z jednej strony można

<sup>33</sup> A. Zieliński, *Procesy standaryzacji prawa — konieczność czy wyzwanie?*, [w:] *Prawo a polityka*, red. M. Zubik, Warszawa 2007, s. 117.

<sup>34</sup> W literaturze przedmiotu i w orzecznictwie TK napotykamy na wiele określeń charakteryzujących tę zależność. Mowa jest o dedukowaniu, wynikaniu, obejmowaniu zakresem i innych — M. Kordela, *Możliwość systemu zasad prawa*, [w:] *System prawa a porządek prawny*, red. O. Bogucki i S. Czepita, Szczecin 2008, s. 71.

mówić o unifikacji zakresu znaczenia tych zasad<sup>35</sup>. Z drugiej — o „uproszczonym” zrozumieniu zasady państwa prawa. To uproszczone rozumienie było przyczyną podjęcia działań przez Radę Europy.

W listopadzie 2007 roku Rada Europy przyjęła rezolucję „The principle of the rule of law”. Przesłanką jej przyjęcia było stwierdzenie, że myślenie prawnicze w wielu krajach wspiera rozumienie „państwa prawa” jako supremację „nadrzędności prawa stanowionego”. W taki sposób rozumie się ideę państwa prawa w państwach, w których zarówno w teorii, jak i praktyce obecne są tradycje totalitarne. Takie formalistyczne podejście i interpretacja pojęć *the rule of law* i *Etat de droit* (jak również *Rechtsstaat*) jest sprzeczne z istotą „praworządności” i prymatu prawa<sup>36</sup>.

W wyniku tej rezolucji, na zlecenie Komisji Weneckiej, grupa prawników podjęła się przygotowania raportu. W toku opracowania raportu osiągnięto konsensus, wskazując na

niezbędne elementy *the rule of law*, oraz państwa prawa (*Rechtsstaat*), nie tylko formalne, ale także w wymiarze materialnym (*materieller Rechtsstaatsbegriff*). Ustalenia, które zostały dokonane w raporcie, przyjętym przez Komisję Wenecką w marcu 2011 roku, są interesujące z dwóch powodów. Po pierwsze, stanowiły rodzaj podsumowania wypracowanych wcześniej opinii na temat istoty państwa prawa i w licznych punktach odwołują się do nich. Po drugie, po raz pierwszy został sporządzony wykaz cech pozwalających na dokonywanie ewaluacji konkretnych państw, pod kątem wypełniania kryterium „państwa respektującego zasadę *the rule of law*”<sup>37</sup>.

W katalogu cech na pierwszym miejscu wymieniono: legalizm, nadrzędność prawa, działanie zgodne z prawem, w tym przejrzysty, odpowiedzialny i demokratyczny proces stanowienia prawa. Wskazano również na dodatkowe, szczegółowe reguły, które „doprecyzowywały” wymienione wyżej ustalenia. Znaczna ich część dotyczy stanowienia prawa, zasad przyzwoitej legislacji.

Używane pojęcie standardów legislacji jest, z założenia, próbą połączenia innych określeń: zasady/zasad poprawnej legislacji, reguł przyzwoitej legislacji, konstytucyjnego wzorca prawidłowej legislacji. Pozwala również na włączenie do dyskusowanego problemu standaryzacji tworzenia prawa dyrektyw techniki tworzenia prawa. Podkreśla się bowiem, że: „Zasada państwa prawnego wymaga stanowienia norm nienagannych z punktu widzenia techniki legislacyjnej”<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Współcześnie w myśleniu prawniczym dokonuje się unifikacja znaczeń pojęć państwa prawa i *the rule of law*. Podkreśla się, że pojęcia: „angielskie *the rule of law*, niemieckie *Rechtsstaat* i francuskie *Etat de droit*, jeśli weźmiemy pod uwagę trzy najistotniejsze prawne tradycje w Europie, dostarczają podobnych odpowiedzi na podobne pytania” — L. Pech, *The rule of law as a constitutional principle of the European Union*, „Jean Monnet Working Paper” 2009, nr 4, s. 70.

<sup>36</sup> Resolution 1594 (2007)1 The principle of the rule of law. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 23 November 2007 (Doc. 11343, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/eres1594.htm> (dostęp: 30.10.2016).

<sup>37</sup> Report on the Rule of Law Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev.

<sup>38</sup> *Proces prawotwórczy*..., s. 10.

Jednakże uznanie zasad techniki prawodawczej jako części składowych zasady poprawnej legislacji odnoszone jest tylko do „rudymenatnych kanonów techniki prawodawczej”<sup>39</sup>.

Zaliczenie do standardów legislacji zasad techniki prawodawczej nastrocza poważnych trudności ze względu na ich zróżnicowany charakter i status. Są to zespoły reguł przybierające postać urzędowych zbiorów lub aktów normatywnych tak charakteryzowanych: „Urzędowe zbiory formułują standardy poprawnych aktów normatywnych, wskazują na standardowe sposoby postępowania najczęściej prowadzące do uzyskania aktu normatywnego spełniającego warunki poprawności z punktu widzenia określonego systemu norm prawnych”<sup>40</sup>. Poza tak ogólnie sformułowanym określeniem zbiory takich wskazań przyjmują, tak jak w Polsce, postać powszechnie obowiązującego aktu normatywnego. Jest nim rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (dalej: ZTP)<sup>41</sup>.

Istotnym problemem staje się określenie podstaw obowiązywania tych reguł. Jedną z możliwych podstaw obowiązywania zasad techniki prawodawczej jest typ argumentacji konstytucyjno-systemowej ważny z dwóch powodów. Po pierwsze, pozwala na uzupełnienie standardów legislacyjnych wynikających z zasady demokratycznego państwa prawnego przez ich dookreślenie. Niezależnie od tego, ten typ argumentacji używany jest do legitymizowania sankcji za naruszenie ZTP. „Zasady te bowiem stanowią bardziej precyzyjny standard oceny aktów normatywnych, a ich powiązanie z zasadą państwa prawnego oferuje z kolei możliwość nałożenia sankcji za ich naruszenie”<sup>42</sup>. Po drugie, ten typ argumentacji pozwala na

<sup>39</sup> W literaturze, a także w wypowiedziach TK, powołujących się na liczne opracowania, sformułowane zostało następujące stanowisko: „Pojęcie zasad poprawnej legislacji jest pokrewne pojęciu zasad techniki prawodawczej (skodyfikowanych w załączniku do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie »Zasad techniki prawodawczej«, Dz.U. Nr 100, poz. 908), ale nie jest z nim tożsame (zob. W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 2 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja...*, t. 5, s. 47). Zasady techniki prawodawczej bezpośrednio nie mogą stanowić podstawy kontroli konstytucyjności prawa (zob. T. Zalasinski, *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 206). Tylko bowiem »uchylenie rudymenatnym kanonom techniki prawodawczej, ujmowanym w postaci zasad przyzwoitej legislacji« stanowi przesłankę stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu (zob. postanowienie TK z 27 kwietnia 2004 r., sygn. P 16/03, OTK ZU nr 4/A/2004, poz. 36). Tak więc jedynie istotne naruszenie zasad techniki prawodawczej jest równocześnie złamaniem konstytucyjnych zasad prawidłowej legislacji”. Wyrok z dnia 16 grudnia 2009 r. sygn. akt Kp 5/08.

<sup>40</sup> R. Piszko, *Zasady techniki prawodawczej w praktyce wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” LXIV, 2002, z. 4, s. 23.

<sup>41</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908), znówelizowane przez Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 5 listopada 2015 r., zmieniające rozporządzenie w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. 2015 poz. 1812).

<sup>42</sup> M. Błachut, J. Kaczor, *Typy uzasadnień obowiązywania zasad techniki prawodawczej w polskim porządku prawnym*, „Folia Iuridica Wartislaviensis” 1, 2012, nr 2, s. 60.

przedstawienie uzasadnionej typologii dyrektyw zawartych w ZTP przede wszystkim z punktu widzenia ich znaczenia dla procesu prawotwórczego.

Podział dyrektyw odzwierciedlający ten odmienny charakter poszczególnych działań prawotwórczych jest dodatkowo skomplikowany, jeśli uwzględnimy ich adresatów oraz to, z jakim etapem procesu tworzenia prawa korespondują. Mimo wskazanych problemów uzasadniony wydaje się podział na dyrektywy ogólne i techniczne. Dyrektywy ogólne, wyrażone w § 1 ZTP, przez zawarte w nich treści nawiązują do koncepcji racjonalnego tworzenia prawa, wskazując, a raczej zakładając, że poprawna legislacja wymaga zarówno właściwego rozpoznania stanów stosunków społecznych, jak i sekwencyjnej zależności podejmowanych decyzji.

Wskazując na problem standardów legislacji, traktowanych jako jednej z form ograniczenia dla działań władzy, których naruszenie może być podstawą analizy upolitycznienia procesu tworzenia prawa, należy mieć na uwadze dwie okoliczności. Z jednej strony, mamy do czynienia ze swobodą działań prawodawcy. W zakresie tej swobody może kształtować reguły dotyczące tworzenia prawa, ale nie przekraczając powszechnie uznawanych w demokratycznym państwie prawa standardów. Z drugiej strony, pamiętać należy o tym, że standardy zawierają odniesienia ideowe, wyznaczając szczególny sposób postępowania. Postępowanie według standardu może mieć charakter minimalistyczny i polegać na respektowaniu wzoru, a także na takim zorientowaniu, które prowadzi do jego pełnej realizacji. Lekceważenie standardów potencjalnie prowadzi do upolitycznienia tworzenia prawa, w indywidualnych przypadkach nie zawsze o znaczących skutkach, lecz gdy jest powtarzalne — do znaczącej erozji prawa.

Lekceważenie standardów jest najczęściej występującym przypadkiem tego zjawiska, które określam jako „słabszą formę upolitycznienia” tworzenia prawa. Naruszanie standardów legislacji charakterystycznych dla demokratycznego państwa prawa może mieć różne przyczyny. Może wynikać z krótkowzroczności działań polityków, realizowania czy uwikłania się w partykularną grę interesów, ignorancji i niekompetencji, najczęściej przejawiającej się w niewłaściwym rozpoznaniu problemów społecznych i możliwych sposobów ich rozwiązania. Niezależnie od tych przyczyn jest niezwykle niebezpieczną praktyką w legislacji, której powielanie może prowadzić do trudnych do przewidzenia konsekwencji systemowych.

## BETWEEN POLITICS AND LAW. THE PROBLEM OF “POLITICIZATION” THE CREATION OF LAW

### Summary

The purpose of this article is to analyze the phenomenon of “politicization” of the law making process. A strong form of politicization is the political instrumentalization of law when the law is treated as the implementation of particular interests of the political power; when is created in vio-

lation of the legality of the law-making activities; when it violates the rights of individuals (human rights). The weaker but more common form of politicization the creation of law is related to the violation by a political authority, legislative body, additional restrictions imposed on it, which are supposed to guarantee a high level quality of the law. Three of the most characteristic limitations will be the basis for analyzing the phenomenon of politicization of law making. They are related to: the legitimization of law-making, the democratization of law-making process, and the standards of legislation that are characteristic of lawmaking in a democratic state under the rule of law. To some extent, these phenomena are interconnected, one can say that they are involved in shaping the pattern of the proper legislation by preventing or reducing the politicization of the lawmaking process and its key decisions.