

Maciej Wojciechowski

Uniwersytet Gdański

Uzasadnienie zdania odrębnego jako wypowiedź dialogiczna na przykładzie wybranych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego¹

1. Wprowadzenie

Wymiar komunikacyjny prawa od dawna stanowi przedmiot zainteresowania polskiej teorii prawa – wystarczy przypomnieć koncepcję prawa jako rozmowy Lecha Morawskiego czy niedawno skonstruowaną dialogiczną koncepcję etyki prawniczej Przemysława Kaczmarka². Koncepcja, którą przedstawiał L. Morawski zmierzała do tego, aby prawo oprzeć na mechanizmach dyskursywnego podejmowania decyzji oraz konsensualnej regulacji konfliktów³. Wymiarom prawa, w którym koncepcja ta miała być urzeczywistniona, był głównie proces tworzenia prawa oraz stosowania prawa w jego głównym aspekcie jakim jest wydawanie norm indywidualnych i konkretnych wobec podmiotów, które do sądu zwracają się ze swoją sprawą. Jednocześnie wśród zarzutów kierowanych pod adresem tej koncepcji zwracano uwagę na trudności instytucjonalizacji dyskursu, ponieważ „instytucje polityczno-prawne bardzo rzadko spełniają (...) warunek kierowania się postawą kooperacyjną, a więc szczerym dążeniem do wspólnego rozwiązania problemu”⁴. Dotyczy to z pewnością ciał politycznych jakimi są parlamenty, można jednak sensownie rozważać istnienie postawy kooperacyjnej w ramach takich instytucji jak sądy. Nie mam tu jednak na myśli zasadniczej aktywności sądu jaką jest „kontakt ze światem zewnętrznym”⁵, przyjmujący formę czynności proceduralnych przewidzianych przez odpowiednie przepisy prawa formalnego, ale postawę kooperacyjną w ramach wspólnoty komunikacyjnej jaką stanowią sędziowie. Interakcyjna przestrzeń jaką tworzą sędziowie w ramach organizacyjnych form działania sądów realizuje być może w najwyższym stopniu – porównując z innymi praktykami społecznymi – wymogi

¹ Niniejszy tekst powstał w ramach grantu Narodowego Centrum Nauki „Zdania odrębne w praktyce orzeczniczej polskich sądów” (nr umowy 2014/13/D/HS5/03399).

² L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, rozdz. IV; P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*, Warszawa 2014.

³ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 114.

⁴ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 115.

⁵ Jak pisze P. Kaczmarek: „celem dyskursywnego wymiaru jest budowanie warunków do komunikacji między światem społecznym a prawniczym”. P. Kaczmarek, *Tożsamość prawnika...*, s. 126.

nakładane na dyskurs, tj. warunek porozumiewania się zgodnego z regułami etyki mowy oraz warunek idealnej sytuacji mowy. To twierdzenie przyjmuję w niniejszym artykule jedynie jako założenie, nie zaś tezę będącą przedmiotem obrony. Jako przejaw postawy kooperacyjnej, dialogicznej zostanie potraktowany element sądowej praktyki jakim jest zgłaszanie zdań odrębnych.

2. *Votum separatum* a sędziowski dialog

Zdanie odrębne, nawet pojmowane jako głos sprzeciwu wobec rozstrzygnięcia sądu, stanowi jakąś reakcję wobec niego, odpowiedź. Jest też silnym argumentem na rzecz twierdzenia, że w sali narad w ramach składu orzekającego w czasie rzeczywistym doszło do dialogu, którego śladów można poszukiwać w tekście uzasadnienia rozstrzygnięcia oraz uzasadnieniu zdania odrębnego. Tym samym ujawnia się podwójny wyraz zjawiska jakim jest zdanie odrębne. Na jednym poziomie – interakcyjnym – jest to czynność mowy, jaką jest wyrażenie niezgody wobec stanowiska prezentowanego przez większość składu. Stanowi ona najczęściej efekt dyskusji, dialogu właśnie. Drugim poziomem jest poziom formalny w postaci istnienia dwóch tekstów, z których pierwszy zawiera rozstrzygnięcie wraz z uzasadnieniem, zaś drugi ma wyrażać sprzeciw wobec pierwszego lub drugiego elementu. W ramach tego aktu sprzeciwu również można wyodrębnić samo wskazanie przedmiotu niezgody oraz treść uzasadnienia. Składniki uzasadnienia zdania odrębnego nie są objęte w Polsce zakresem regulacji procesowych. Interesować mnie zatem będzie nie aspekt dogmatyczno-procesowy instytucji *votum separatum*, ale jej wymiar komunikacyjny przejawiający się w sposobie redagowania uzasadnień zdań odrębnych do orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego (TK). W tym zakresie przedmiotem zainteresowania będzie fakt dialogowania z tekstem uzasadnienia orzeczenia. Fakt ten w tym miejscu będę traktował jako przejaw postawy dialogicznej rozumianej jako nawiązywanie w swoich wypowiedziach – ustnych czy pisemnych – do wypowiedzi innych uczestników danej sytuacji⁶. W przypadku wypowiedzi ustnych sformułowanych podczas narady konstytuują one dialog w ścisłym rozumieniu. W przypadku wypowiedzi pisemnych wspomnianego typu o dialogu można mówić jedynie w bardzo swobodnym sensie. To jednak, co z niego pozostaje, to element nawiązywania do wypowiedzi strony rzeczywistego, wcześniej prowadzonego dialogu.

Potraktowanie instytucji *votum separatum* jako oznaki sędziowskiego dialogu sytuuje się w opozycji do intuicji, według której zgłaszanie zdań odrębnych jest dowodem porażki sędziowskiego kolektywu i potwierdzeniem, że dialog ten nie przyniósł rezultatu. U podstaw tego sposobu myślenia można wyodrębnić przynajmniej dwa założenia:

- 1) przekonanie, że dialog (deliberacja, debata) jest w stanie w każdym przypadku wyeliminować różnicę zdań, czego z kolei założeniem jest iż:
 - 1.1) różnica zdań jest czymś niepożądanym;
- 2) przekonanie, że sędziowski dialog zakończył się w momencie zakończenia narady i przeprowadzenia głosowania.

Wątpliwe są zwłaszcza założenia (1) i (1.1). Przeciwno przekonaniu, że dialog jest w stanie w każdym przypadku doprowadzić do porozumienia różniące się w swoich

⁶ Na poziomie interakcyjnym owymi uczestnikami są pozostali członkowie składu, zaś na poziomie formalnym takim „uczestnikiem” jest już skład orzekający. Pomijamy tu pewną paradoksalność rozwiązania ustawowego, polegającego na tym, że sędzia zgłaszający zdanie odrębne jest zobowiązany podpisać rozstrzygnięcie, któremu się sprzeciwia.

stanowiskach strony przemawiają liczne przykłady, zarówno ze sfery tworzenia prawa (decyzje parlamentarne antagonizujące zarówno ciała ustawodawcze, jak i społeczności przez nie reprezentowane), jak i jego stosowania (składanie zdań odrębnych). Tego rodzaju niepowodzenia nie świadczą o ograniczonej wydolności dialogu jako narzędzia porozumienia, ale o tym, że w tych konkretnych przypadkach dialog ów nie spełniał warunków danego dyskursu⁷. Sądzę jednak, że każdy dialog polegający na wymianie argumentów ma swój poziom zerowy, w którym domaganie się uzasadnienia dla sformułowanych sądów przez oponenta spotka się z reakcją typu: „takie jest moje stanowisko”, „tak uważam”, „tutaj tym stoję”⁸. Za Ludwigiem Wittgensteinem można powiedzieć, że „objaśnienia mają gdzieś swój kres”⁹.

Jeszcze bardziej wątpliwe jest jednostronne założenie, że zdanie odrębne jest czymś niepożądanym. Pomimo marginalnej, w sensie ilościowym, obecności zdań odrębnych w praktyce stosowania prawa, nauka prawa konsekwentnie podkreśla duże znaczenie tej instytucji dla integralności i moralnej niezawisłości sędziów¹⁰, prowadzenia dialogu w prawniczej wspólnocie interpretacyjnej¹¹, poprawy jakości i przejrzystości orzekania¹², godności sędziego, ułatwienia wniesienia środka odwoławczego przez strony postępowania, a w przypadku sądu wyższej instancji – dla możliwości kompleksowego rozpoznania sprawy¹³.

Założenie drugie, zgodnie z którym dialog sędziowski kończy się wraz z zamknięciem narady jest zasadne na poziomie formalnym (instytucjonalnym) – a i to jedynie w zakresie obejmującym dany skład – wątpliwe jednak na poziomie interakcyjnym.

Na poziomie interakcyjnym dialog sędziowski trwa również po zakończeniu narady. Zmienia się tylko skład rozmówców. Obejmuje bowiem nie tylko członków danego składu orzekającego, ale również innych sędziów. Wszak w sensie socjologicznym sąd jest miejscem, w którym istnieją sędziowskie zachowania niewyznaczone normami prawa procesowego. Istnieją formy sądowego „życia”, w którym zgłoszenie zdania odrębnego „odbija się echem”. Oficjalnymi formami, w których zdanie odrębne jest dyskutowane, są np. narady wydziałowe w sądach administracyjnych. Formy nieoficjalne wiążą się właśnie ze społecznym wymiarem miejsca jakim jest sąd. Pozostaje do zbadania,

⁷ Por. J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, Warszawa 1999, s. 89; J. Habermas, *Faktyczność i obowiązanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 34; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oksford 1989; T.A. van Dijk, *Dyskurs jako struktura i proces: praca zbiorowa*, Warszawa 2001. Jerzy Stelmach i Bartosz Brożek wskazują następujące reguły prowadzenia dyskursu praktycznego: przekonanie o słuszności stosowanych w nim metod, poszanowanie zasady prawdomówności, zasad wolności i równości, poszanowanie zasady komunikacji językowej, prowadzenie jedynie dla trudnych przypadków, uwzględnianie ustaleń faktycznych, bezpośrednie zmierzanie do celu, uwzględnianie powszechnie akceptowanych standardów. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 205–210.

⁸ W kontekście sądowego stosowania prawa tak twierdzi Lawrence Solum konstruuując swoją aretyczną teorię orzekania. L. Solum, *Virtue Jurisprudence. A Virtue-Centered Theory of Judging*, „Metaphilosophy” 2003/1–2, s. 201. Zob. również M. Stepień, *Drogi przemiany „duszy sędziowskiej”. Ku aretycznej koncepcji orzekania sądowego?*, w: W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, Warszawa 2010, s. 275 i n.

⁹ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, Warszawa 2004, s. 8.

¹⁰ M. Lipczyńska, *Votum separatum we współczesnym polskim ustawodawstwie karnoprocesowym oraz w praktyce*, w: J. Fiema, W. Gutenkunst, S. Hubert (red.), *Studia prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdy*, Warszawa 1969, s. 212–213.

¹¹ A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *Zdania odrębne w orzecznictwie podatkowym*, „Przegląd Podatkowy” 2013/9, s. 10.

¹² J. Laffranque, *Dissenting Opinion and Judicial Independence*, „Juridica International” 2003/8, s. 170.

¹³ R. Raffaelli, *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States*, Parlament Europejski 2012, [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2012\)462470](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2012)462470), dostęp: 2.02.2017 r.; B. Zdziennicki, *Zdania odrębne w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, w: M. Zubik (red.), *Księga XXX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 135.

czy wizerunek sędziego w świadomości potocznej (tj. dla osób niebędących prawnikami) obejmuje jakiegokolwiek zachowania w budynku sądu inne, niż polegające na prowadzeniu rozprawy. Można jednak hipotetycznie założyć, że obraz ten jest radykalnie uproszczony i raczej nie obejmuje zachowań sędziego poza salą rozpraw. Z tego punktu widzenia pewną nowością dla tego obrazu może być fakt, że sędziowie rozmawiają na temat rozpatrywanych spraw również z sędziami spoza składu. Formy rozmów stanowią obecnie przedmiot badań autora, ale już teraz można powiedzieć, że ich tematem nie jest sposób ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy, ale możliwy „wachlarz” argumentów, jakie sprawa ta nasuwa (np. jakie przepisy mogą wchodzić w skład podstawy rozstrzygnięcia i jakie mogą być ewentualne konsekwencje rozstrzygnięcia dla systemu prawa).

Na poziomie formalnym przedmiotem zainteresowania praktyki prawniczej oraz dogmatyki, tym co „istnieje” w sensie prawnym i co się prawnie „liczy”, są jedynie te czynności, które mają wymiar procesowy. Wymiar ten jest wyznaczony przez obowiązujące normy proceduralne. W ich ramach mieści się np. czynność podpisania wyroku, ale już niekoniecznie czynność drukowania kartki papieru, na którym jego treść zostanie zapisana. Teza o końcu dialogu dotyczy wymiaru formalnego. Wyrok jest wydawany po zakończeniu niejawnej narady sędziów. W płaszczyźnie formalnej wydaje się, że dialog sędziów w ramach danego składu zakończył się w momencie podpisania sentencji. Nie oznacza to jednak, że nie można – wzorem Ronalda Dworkina – pojmować danego rozstrzygnięcia na kształt jednego ogniwa w łańcuchu rozstrzygnięć sądowych podejmowanych w podobnych sprawach¹⁴. Wydanie orzeczenia sądowego można bowiem postrzegać w tym duchu jako wypowiedź na temat określonego fragmentu systemu prawnego oraz odpowiedź na wypowiedzi innych składów w przeszłości, ale także jako zaproszenie do rozmowy składów orzekających w podobnych sprawach w przyszłości. W tym więc sensie, wykraczającym poza perspektywę obejmującą jeden skład orzekający, dialog sędziowski nigdy się nie kończy.

3. Zdanie odrębne jako wypowiedź dialogiczna

W tym miejscu chciałbym jednak ograniczyć się do dialogu w ramach tego samego składu orzekającego. W związku z poznawczymi ograniczeniami wynikającymi z ustawowego charakteru tajemnicy narady sędziowskiej bezpośrednim przedmiotem zainteresowania nie mogą być rozmowy członków składu. Do pewnego stopnia można uznać, że ich ślad jest obecny w tekście uzasadnienia orzeczenia oraz uzasadnienia zgłoszonego do niego zdania odrębnego¹⁵. Inaczej mówiąc, można je określać jako konwencjonalną postać sędziowskiego dialogu. Twierdzenie, że oba te teksty stanowią przykład dialogu byłoby jednak nadużyciem. Dialog prowadzony w czasie rzeczywistym obejmuje bowiem wielość wypowiedzi podmiotów prowadzących rozmowę. W przypadku tekstu uzasadnienia wyroku, postanowienia czy uchwały oraz tekstu uzasadnienia zdania odrębnego liczba ta siłą rzeczy ogranicza się do dwóch obszernych na ogół zbiorów zdań składających się na jedną wypowiedź.

¹⁴ R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2006, s. 230 i n.

¹⁵ Jak pisze Marek Zirk-Sadowski: „punktem wyjścia w badaniach dyskursu musi być (...) forma komunikacji językowej, język ukształtował się bowiem jako mowa i dlatego podstawowe kategorie językowe odwzorowują sytuacje mówienia, podobnie jak narzędzia odbijają w sobie czynność, do której zostały przeznaczone”. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 74.

Użyteczne w tym kontekście jest odróżnienie dialogu oraz wypowiedzi dialogicznej zaproponowane w latach 70. XX w. przez Janusza Lalewicza. Odróżnienie to stawiało się w opozycji do bardzo szerokiego zakresu zastosowania słowa „dialog”. Janusz Lalewicz rozumiał dialog jako „dramat rozgrywający się w stałym układzie osobowym, (...) jeżeli akcją dramatyczną tworzy sekwencja wypowiedzi, w których partnerzy występują na przemian w roli mówiącego i adresata”. Wskazywał on dodatkowo, że trudno tym terminem określać wypowiedzi mające charakter odpowiedzi, np. polemikę na łamach prasy, dodając wszakże, że można w takiej sytuacji mówić o dialogiczności samego komunikatu¹⁶. Dany komunikat może zostać uznany za dialogiczny, gdy nawiązuje do cudzego komunikatu w taki sposób, że można go opisać „jako potwierdzenie lub zaprzeczenia owego komunikatu”¹⁷. Pojęcie wypowiedzi dialogicznej J. Lalewicz buduje w opozycji do wypowiedzi autonomicznej, tj. takiej, która nie ma kontekstu lub jest od niego niezależna. Wypowiedź jest więc dialogiczna, gdy jest zależna od wypowiedzi poprzedzającej, zaś jej podstawowym składnikiem jest relacja nawiązania¹⁸. Stąd też pełne zrozumienie wypowiedzi dialogicznej z punktu widzenia odbiorcy wymaga – przynajmniej hipotetycznie – znajomości wypowiedzi do której ona nawiązuje¹⁹.

Wracając do problematyki prawniczej, tekst uzasadnienia zdania odrębnego zostanie potraktowany w toku dalszego wywodu jako wypowiedź dialogiczna. Powodem jest to, że jednym z możliwych punktów wyjścia myślenia o zdaniach odrębnych jest oczekiwanie, iż przynajmniej niektóre wypowiedzi składające się na ich pisemne uzasadnienie będą nawiązywały do argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu orzeczenia. Formy owego nawiązywania są przedmiotem niniejszego szkicu. Sądzę bowiem, że wskazywana cecha uzasadnień zdań odrębnych jest czymś więcej, aniżeli jedynie przejawem osobistego stylu konstruowania wypowiedzi pisemnych przez jej autora. Korzyści jakie mogą wynikać z takiego podejścia są różnorakie. Dialogiczność uzasadnienia danego zdania odrębnego może być wskazówką, w jaki sposób mógł przebiegać rzeczywisty dialog sędziowski podczas, tajnej wszakże, narady sędziowskiej. Pozwala również łatwiej dostrzec, gdzie przebiega źródło sędziowskiego sporu, którego efektem jest *votum separatum*. Przede wszystkim jednak wydaje się, że dialogiczność zdań odrębnych stanowi empirycznie dostępny element, który mogłaby uwzględniać zyskująca w ostatnim czasie coraz większe zainteresowanie epistemologia sporu (*epistemology of disagreement*)²⁰. Budowa ewentualnego modelu sytuacji spornej, w którą zaangażowane są dwa podmioty o zbliżonym wyposażeniu epistemicznym, wymaga uwzględnienia tej właśnie cechy, którą określiliśmy jako dialogiczność wypowiedzi. Budowa takiego modelu winna, jak się wydaje, stanowić jedno z zadań nauki prawa, zwłaszcza, że spór stanowi jedno z podstawowych zjawisk prawnych²¹.

Pomocą w konstruowaniu wskaźnika dialogiczności może być pojęcie wypowiedzi przyległych, którym posługuje się analiza konwersacyjna. Analiza ta polega na niezwykle szczegółowym badaniu rozmów codziennych, przy czym przedmiotem zainteresowania

¹⁶ J. Lalewicz, *Komunikacja językowa i literatura*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1975, s. 39.

¹⁷ J. Lalewicz, *Komunikacja językowa...*, s. 39–40.

¹⁸ J. Lalewicz, *Komunikacja językowa...*, s. 53.

¹⁹ J. Lalewicz, *Komunikacja językowa...*, s. 53.

²⁰ Zob. np. R. Feldman, T.A. Warfield, *Disagreement*, Oksford 2010. W odniesieniu do zagadnień prawniczych zob. A. Dyrda, *Spory prawnicze a pragmatyczność teorii prawa*, „Principia” 2015/61–62, s. 419; M. Wojciechowski, *Epistemologia sporu w kontekście instytucji sędziowskiego zdania odrębnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji” 2015/CII, s. 253–263.

²¹ Do tej pory sporami z zakresu różnych stosunków prawnych interesują się poszczególne dogmatyki prawa, jednak przedmiotem tego zainteresowania jest nie tyle kategoria sporu jako takiego, ile sporu wynikającego z określonego stosunku prawnego.

badaczy nie jest treść rozmów czy cechy osobowe rozmówców, ale „metody sekwencyjnego uporządkowania wypowiedzi i gestów uczestników interakcji”²². Podejście przez nią prezentowane nie może być odniesione do praktyki zgłaszania zdań odrębnych. Analiza konwersacyjna czyni przedmiotem zainteresowania rozmowy prowadzone w czasie rzeczywistym, najczęściej nieformalne – chociaż rozmowy formalne, takie jak np. prowadzone w trakcie zebrań czy porad, są również analizowane. Z oczywistych powodów żadna narada sędziowska nie może się stać przedmiotem tego rodzaju analizy. Spośród kategorii, jakimi analiza konwersacyjna się posługuje (zabieranie głosu, zaczynanie i kończenie rozmowy), chciałbym wykorzystać, w bardzo swobodny sposób, pojęcie wypowiedzi przyległych²³. W analizie konwersacyjnej są to pary wypowiedzi zwykle następujące po sobie jak: powitanie–powitanie, pytanie–odpowiedź, komplement–zaprzeczenie (ew. podziękowanie). W odniesieniu do dialogu sędziowskiego należy oczywiście zwerifikować element następowania po sobie, ponieważ w tym kontekście jest on rozciągnięty w czasie. „Przyległość wypowiedzi” w przypadku zdań odrębnych oznacza odnośnienie się do stwierdzeń znajdujących się w tekście uzasadnienia składu orzekającego. Odnoszenie się może polegać na przytoczeniu fragmentu wypowiedzi TK *in extenso* lub zreferowaniu poglądu czy argumentu przedstawionego w uzasadnieniu Trybunału. Przykładem mogą być wypowiedzi: „W uzasadnieniu niniejszego wyroku podkreślono, że...”, „Trybunał podkreślił ponadto...” i „Trybunał Konstytucyjny w kwestionowanym przeze mnie wyroku w żaden sposób nie odniósł się merytorycznie do powyższego argumentu. Zamiast tego posłużył się argumentacją nawiązującą do...”²⁴.

Wskaźnik dialogiczności, tak jak jest rozumiany w tym tekście, nie przybiera wymiaru liczbowego. Ma charakter jakościowy (interpretacyjny) i stopniowalny. Lektura uzasadnień orzeczeń TK pozwala twierdzić, że wskaźnik dialogiczności zdań odrębnych jest zróżnicowany, przy czym choć dobitnie podkreślić, iż stwierdzenie, że dane uzasadnienie zdania odrębnego jest dialogiczne w niskim stopniu nie stanowi, w prezentowanym tu podejściu, zwrotu wartościującego.

Na początek chciałbym przytoczyć przykład uzasadnienia dającego podstawę do skonstruowania hipotetycznego dialogu sędziowskiego. Dotyczy on zdania odrębnego prof. Lecha Garlickiego w sprawie dotyczącej tzw. ustawy warszawskiej²⁵, która została ustanowiona bez *vacatio legis* (weszła w życie z dniem ogłoszenia). Zarzuty niekonstytucyjności opierały się na braku należytej *vacatio legis*. Trybunał stwierdził, że brak *vacatio legis* był uzasadniony, podczas gdy L. Garlicki zgłosił zdanie odrębne do wyroku TK, argumentując, że zachowanie *vacatio legis* było konieczne. Wydawać by się mogło, że spór można sprowadzić do dwóch ocen: „brak *vacatio legis* da się uzasadnić z punktu widzenia innych wartości konstytucyjnych” (stanowisko TK) bądź „brak *vacatio legis* nie daje się uzasadnić z punktu widzenia wartości konstytucyjnych”. *Ratio decidendi* nie wydawało się złożone, co zdawało się sprzyjać dialogiczności uzasadnienia. Mimo to w tej sprawie można pokusić się o zrekonstruowanie hipotetycznego dialogu.

Trudnością, która się nasuwa, jest wskazanie jego uczestników. Kto jest bowiem interlokutorem autora zdania odrębnego: Trybunał jako organ czy większość składu

²² D. Rancew-Sikora, *Analiza konwersacyjna jako metoda badania rozmów codziennych*, Warszawa 2007, s. 7.

²³ D. Rancew-Sikora, *Analiza konwersacyjna...*, s. 42–43.

²⁴ Przykłady te pochodzą ze zdania odrębnego Wojciecha Hermelińskiego do wyroku TK z 12.02.2014 r. (K 23/10), OTK ZU 2014/2A, poz. 10, s. 183.

²⁵ Ustawa z 18.03.1999 r. o zmianie ustawy o ustroju miasta stołecznego Warszawy (Dz. U. Nr 92, poz. 1044). Wyrok TK z 3.11.1999 (K 13/99), OTK ZU 1999/7, poz. 155.

orzekającego? Swoisty paradoks sytuacji, w której sędziemu, który się z orzeczeniem nie zgadza, ustawodawca nakazuje jednak je podpisać, musimy pominąć. Przyjmujemy zatem, że rekonstruowany dialog toczy się jeszcze przed wydaniem wyroku, więc jako jego uczestników wskażemy L. Garlickiego oraz „skład orzekający” (ze świadomością, że sędzia L. Garlicki był jego członkiem). Cechą charakterystyczną wskazanej sytuacji spornej jest to, że niektóre argumenty do których odnosił się sędzia L. Garlicki, pochodziły nie z uzasadnienia TK, ale z wystąpień przedstawicieli Sejmu podczas rozprawy, stąd w rekonstruowanym dialogu znajduje się również wypowiedź przedstawiciela tego organu. Adresatami dialogicznych wypowiedzi autorów zdań odrębnych są więc nie tylko członkowie składu orzekającego, ale również inne podmioty: wnioskodawcy bądź inni uczestnicy rozprawy. Sędziowie polemizują więc nie tylko z większością składu, lecz także z innymi podmiotami dyskursu prawnego.

Rekonstruowany dialog został uzupełniony elementami charakterystycznymi dla wypowiedzi ustnych (elementy te zaznaczono kursywą)²⁶.

- **Skład orzekający:** Czasami brak *vacatio legis* jest uzasadniony, gdy ustawa nie nakłada obowiązków na obywateli.
- **L. Garlicki:** *No właśnie*, ale gdy wpływa ograniczająco na ich sytuację prawną *to* musi być „odpowiednia” *vacatio legis*, więc niedopuszczalna jest sytuacja, gdy przepisy ograniczająco wpływające na sytuację prawną obywateli wchodzi życie z dniem ogłoszenia. *Co do tego to chyba nie ma między nami sporu.*
- **Przedstawiciel Sejmu:** *Poza tym*, należało „przywrócić konstytucyjność”, bo dotychczasowy system wyboru władz Warszawy był niezgodny z Konstytucją.
- **L. Garlicki:** *Ale* ten argument nie koresponduje z innym wyrokiem TK (K 40/97), w którym Trybunał stwierdził, że tryb obsadzania stanowiska Prezydenta Warszawy nie narusza zasady równości, więc niekonstytucyjność nie jest oczywista.
- **Skład orzekający:** Ustawa nie stanowiła zaskoczenia dla adresatów ustawy, *więc można było odstąpić od vacatio legis.*
- **L. Garlicki:** *?*²⁷.
- **Skład orzekający:** *Poza tym* ustawa pomoże rozwiązać problem „prowizorium ustrojowego miasta”. Była to „szczególna sytuacja faktyczna”.
- **L. Garlicki:** *Droży Państwo, ale* „ustawa – jako akt ogólny – nie powinna występować w roli narzędzia ingerencji w spory polityczne, a w każdym razie nie może zmieniać reguł gry w odniesieniu do sporu toczącego się aktualnie (...). Grozi to instrumentalizacją ustawy. *Zresztą omawiana ustawa* daleka jest od wyprostowania wszystkich wypaczeń ustroju stolicy”.
- **Skład orzekający:** *Panie sędzio, proszę zwrócić uwagę*, że ustawa „nie zmienia w sposób natchmiastowy struktury władz Warszawy”, zaś ustawa ma wąski krąg adresatów tj. jest adresowana do organów władzy publicznej.
- **L. Garlicki:** *To prawda.* Zgodzić się można, że tego typu regulacje łatwiej poddawać się mogą odstępstwom od zasad prawidłowej legislacji, jednak *w tym przypadku* „jej adresatami były organy samorządu terytorialnego, a więc podmioty nie tylko nie podlegające organizacyjnie organom państwa, ale też wyposażone w atrybut samodzielności. Treścią ustawy jest przecież ograniczenie dotychczasowych kompetencji rady gminy Warszawa-Centrum. Nawet jeżeli uznać, że ograniczenie to jest uzasadnione merytorycznie, to nie może ono być traktowane w tej samej płaszczyźnie, jak zmiany organizacyjne wewnątrz systemu administracji rządowej, gdzie element podporządkowania przeważa nad elementem samodzielności (...)”.

²⁶ Fragmenty, które nie są zaznaczone kursywą i nie znajdują się w cudzysłowie, stanowią parafrazę wypowiedzi znajdujących się w tekście uzasadnienia orzeczenia oraz zdania odrębnego.

²⁷ Znak „?” oznacza, że do poprzedzającej wypowiedzi nie można znaleźć w wypowiedzi sędziego L. Garlickiego nawiązania.

Przykłady niskiej dialogiczności – przypominam z naciskiem, że nie wartościuję tej cechy – wskazać łatwiej w tym sensie, że z powodów, które spróbuję niżej pokazać, jest więcej uzasadnień zdań odrębnych dialogicznych w stopniu niskim. Z drugiej strony, prezentacja tych przykładów jest trudna w sensie technicznym, bo wymaga prezentacji braków określonego typu wyrażen w niejednokrotnie obszernych tekstach. Podam dwa przykłady: gdy wywód *votum separatum* nie nawiązuje w ogóle do żadnych twierdzeń znajdujących się w uzasadnieniu rozstrzygnięcia oraz przykład, gdy nawiązanie to jest umiarkowane.

Pierwszy przykład ma właściwie charakter ciekawostki. Jest nim zdanie odrębne sędziego Wiesława Johanna do wyroku TK z 2.07.2002 r. (U 7/01), w którym przyczynę braku nawiązania do tekstu uzasadnienia – mimo woli – ujawnia sam sędzia w pierwszym jego zdaniu: „zgłaszam zdanie odrębne od ogłoszonego **w dniu dzisiejszym** (podkr. – M.W.) orzeczenia...”²⁸. Prawdopodobnie więc w momencie pisania swojego tekstu sędzia zgłaszający nie znał jeszcze pisemnego uzasadnienia Trybunału. Trudno stwierdzić, w jakim stopniu sędziowie Trybunału składający zdania odrębne znają ostateczną wersję uzasadnienia orzeczenia. Pewne jest jednak, że są z nią zaznajomieni w przypadkach, gdy ich *votum separatum* dotyczy właśnie uzasadnienia.

Bardziej reprezentatywny jest inny przykład: zdania odrębnego sędzi Ewy Łętowskiej do wyroku TK dotyczącego ustaw w sprawie finansowania uczelni wyznaniowych z budżetu państwa²⁹. Gdyby podejść do struktury uzasadnień TK w sposób właściwy dla kultury *common law*, to można przyjąć, że istnieje jakieś *ratio decidendi* i dość obszerne na ogół *obiter dicta*. Na *obiter dicta* składałyby się: ocena dopuszczalności rozpoznania wniosku, przedstawienie wzorca kontroli w postaci przytoczenia treści przepisów, dotychczasowego orzecznictwa, konstruowanie reguł (np. „Demokratyczne państwo prawne powinno pozostawać bezstronne w sprawach przekonań religijnych i zapewniać każdej osobie pełną wolność sumienia i religii...”) stanowiących abstrakcyjną, a zatem na ogół bezsporną retorykę aksjologiczną. Z kolei *ratio decidendi* można rozumieć w sposób klasyczny (logiczno-inferencyjny) jako każdą regułę prawną, którą dany sędzia traktuje otwarcie lub w sposób entymematyczny jako konieczny krok na drodze do ostatecznego rozstrzygnięcia³⁰.

W omawianym wyroku chodziło oczywiście o równouprawnienie związków wyznaniowych. Trybunał uznał, że finansowanie nie narusza wzorców konstytucyjnych. *Ratio decidendi* stanowiło stwierdzenie, że: „problem nie polega na przyznaniu dotacji określonym uczelniom kościelnym, ale na nieprzyznaniu podobnych dotacji innym kościołom”. W innym sformułowaniu TK stwierdził, że zasada równości nie wymaga pozbawiania uprawnień określonych podmiotów, ale ustanowienia regulacji umożliwiających dotowanie podobnych uczelni. Niekonstytucyjna jest więc, uważał Trybunał, nie decyzja o przyznaniu finansowania, ale „decyzja” o nieprzyznaniu finansowania innym podobnym podmiotom, a więc legislacyjne zaniechanie. Drugim kluczowym twierdzeniem jest – opierające się na określonym rozumieniu pojęcia bezstronności – uznanie, że bezstronność to nie to samo co neutralność. Bezstronność dopuszcza bowiem

²⁸ Zdanie odrębne W. Johanna do wyroku TK z 2.07.2002 r. (U 7/01), OTK ZU 2002/4A, poz. 48, s. 705.

²⁹ Wyrok TK z 14.12.2009 r. (K 55/07), OTK ZU 2009/11A, poz. 167, s. 1848. Dotyczył on ustaw: z 5.04.2006 r. o finansowaniu Papieskiego Wydziału Teologicznego w Warszawie z budżetu państwa (Dz. U. Nr 94, poz. 648); z 5.04.2006 r. o finansowaniu Papieskiego Wydziału Teologicznego we Wrocławiu z budżetu państwa (Dz. U. Nr 94, poz. 649); z 5.04.2006 r. o finansowaniu Wyższej Szkoły Filozoficzno-Pedagogicznej „Ignatianum” w Krakowie z budżetu państwa (Dz. U. Nr 94, poz. 650).

³⁰ R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, Oksford 1991.

„aktywne działanie państwa w celu umożliwienia jednostce korzystanie z wolności sumienia i religii”³¹. Bezstronność nie oznacza więc bierności.

Niski poziom dialogiczności uzasadnienia zdania odrębnego polega na tym, że E. Łętowska nie odnosi się do powyższego *ratio decidendi*. Zamiast tego stawia tezę o dopuszczalności, co do zasady, finansowania z budżetu państwa wyższych uczelni pod warunkiem, że dotyczy to kształcenia w zakresach i kierunkach, gdzie misja kościoła i państwa jest równoległa; wszystkie one muszą mieć jednak „równy start”. Później następuje stwierdzenie kwalifikujące: w przypadku skarżonych ustaw nie ma tego elementu. Kolejne akapity zdania odrębnego dotyczą powszechności oferty edukacyjnej oraz systemu zabezpieczeń i gwarancji. Ewa Łętowska przypomina, że decyzja prawodawcza nie może być arbitralna, zaś skarżona ustawa – która *de facto* wygląda jak akt stosowania prawa – jest z tego powodu nieprzejrzysta.

Wypowiedzi dialogiczne w cytowanym *votum separatum* są jednak obecne. Można je łatwo dostrzec, np. w argumentie systemowym nawiązującym do fragmentu uzasadnienia TK przywołującego inne ustawy dotyczące konkretnych uczelni, jak np. ustawa z 23.05.2001 r. o ustanowieniu programu wieloletniego „Budowa Kampusu 600-lecia Odnowienia Uniwersytetu Jagiellońskiego”³² czy ustawa z 22.07.2004 r. o ustanowieniu programu wieloletniego „Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu 2004–2011”³³. Nawiązanie polega na tym, że E. Łętowska stwierdza, iż istnieje różnica pomiędzy skarżoną ustawą a aktami dotyczącymi wskazanych uczelni. Jej zdaniem różnica tkwi w tym, że ich uchwalenie „nie wiąże się z istnieniem ograniczenia swobody ustawodawcy koniecznością respektowania (...) zasady równouprawnienia (...) takiej, jaką w odniesieniu do kościołów formułuje art. 25 ust. 1 Konstytucji”³⁴³⁵.

Inne nawiązanie E. Łętowskiej do uzasadnienia polega na wyrażeniu zgody co do twierdzenia kwalifikującego zaskarżone ustawy jako akty o charakterze indywidualnym i konkretnym: „W uzasadnieniu trafnie wskazano, że zaskarżone ustawy należą do nietypowej kategorii charakteryzującej się brakiem generalności oraz abstrakcyjności (...). To prawda, że teoria i praktyka konstytucyjna znają i dopuszczają istnienie ustaw indywidualnych...”³⁶. Odmierna niż w przypadku Trybunału jest jednak jej ocena co do istnienia reżimu gwarantującego zabezpieczenie przed arbitralnością decyzji prawodawcy.

4. Czynniki warunkujące poziom dialogiczności zdań odrębnych

Powstaje zatem pytanie: w jaki sposób można próbować wyjaśniać niski poziom dialogiczności uzasadnień zdań odrębnych? Głównym i podstawowym czynnikiem wyjaśniającym są osobiste przymioty danego sędziego, przejawiające się w określonym stylu konstruowania wyводу prawniczego. Sądzę jednak, że dialogiczność wypowiedzi ma również uwarunkowania o charakterze przedmiotowym. Należą do nich: rola sędziego sprawozdawcy jako przejaw uwarunkowania instytucjonalnego związanego z organizacją pracy składu orzekającego, potencjał argumentacyjny danej sprawy, wreszcie jej waga aksjologiczna.

³¹ Wyrok TK z 14.12.2009 r. (K 55/07).

³² Dz. U. z 2001 r. Nr 67, poz. 677 ze zm.

³³ Dz. U. z 2004 r. Nr 192, poz. 1962 ze zm.

³⁴ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

³⁵ Zdanie odrębne E. Łętowskiej do wyroku TK z 14.12.2009 r. (K 55/07), s. 1867.

³⁶ Zdanie odrębne E. Łętowskiej do wyroku TK z 14.12.2009 r. (K 55/07), s. 1867.

4.1. Rola sędziego sprawozdawcy

Uwarunkowaniem o charakterze instytucjonalnym są przypadki, gdy zdanie odrębne jest składane przez sędziego sprawozdawcę, czyli sędziego przygotowującego projekt rozstrzygnięcia obejmujący brzmienie sentencji oraz uzasadnienia, a następnie przedstawiającego ów projekt pozostałym członkom składu orzekającego. W sytuacji, gdy projekt nie zyska akceptacji większości, a sędzia decyduje się na zgłoszenie zdania odrębnego, bywa, że tekst projektu staje się podstawą uzasadnienia takiego zdania odrębnego. Przyjrzyjmy się zdaniu odrębnemu sędziego Wojciecha Łączkowskiego do orzeczenia TK z 19.11.1996 r., który pełnił w tej sprawie rolę pierwszego sędziego sprawozdawcy³⁷. Struktura tego zdania odrębnego składa się alternatywnej wersji formuły sentencji orzeczenia oraz uzasadnienia złożonego z dwóch punktów oznaczonych liczbami rzymskimi. Uzasadnienie przyjmuje narrację charakterystyczną dla tekstu uzasadnienia samego orzeczenia. Rozpoczyna się od przytoczenia najdalej idącego zarzutu wnioskodawcy (dotyczącego trybu procedowania nad ustawą) wraz ze zdaniem o charakterze metatekstowym: „zarzut ten należy rozpatrzeć w pierwszej kolejności”³⁸. Treść zdania może świadczyć, że było ono przeznaczone do roli elementu uzasadnienia wyroku. „Rozpatrywanie zarzutów wnioskodawcy” jest typowe dla uzasadnienia orzeczenia. Zasadniczo bowiem uzasadnienia zdań odrębnych nie analizują zarzutów wnioskodawców, jakkolwiek bywają sprawy, w których zdania odrębne dotyczą sposobu odczytania treści ich oświadczeń.

Po zdaniu zapowiadającym rozpatrzenie zarzutów wnioskodawcy następuje przedstawienie stanu sprawy, czyli ciągu czynności konwencjonalnych, prawnie istotnych obejmujących sposób procedowania nad projektem badanej ustawy³⁹. Punkt I uzasadnienia zdania odrębnego kończy się konkluzją, która, gdyby sentencja Trybunału była inna, mogłaby się znaleźć w uzasadnieniu wyroku:

Doszło zatem do naruszenia postanowień art. 19 ust. 1–3 ustawy o związkach zawodowych. Projektodawca ustawy (Rada Ministrów), a następnie Sejm doprowadzając do uchwalenia ustawy z 3 lutego 1995 r. z naruszeniem ustawowego trybu jej dojścia do skutku spowodowali naruszenie art. 3 ust. 1 przepisów konstytucyjnych⁴⁰.

Punkt II uzasadnienia zdania odrębnego odnosi się do drugiego zarzutu wnioskodawcy, tym razem merytorycznego. Znajdujemy tu dwa przejawy dialogiczności. Pierwszy jest dość zaskakujący, dlatego, że odniesienie do tekstu uzasadnienia orzeczenia ma charakter aprobatywny:

Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia art. 1 przepisów konstytucyjnych, a zwłaszcza zasady zaufania obywateli do państwa oraz zasady ochrony praw nabytych, **podzielim przedstawiemy tu pogląd Trybunału Konstytucyjnego**⁴¹ (podkr. – M.W.).

Drugim przejawem jest forma krytyki decyzji Trybunału oraz jej interpretacja jako prawotwórczej:

³⁷ Orzeczenie TK z 19.11.1996 r. (K 7/95), OTK ZU 1996/6, poz. 49.

³⁸ Zdanie odrębne W. Łączkowskiego do orzeczenia TK z 19.11.1996 r. (K 7/95), s. 419.

³⁹ Ustawa z 3.02.1995 r. o zmianie ustawy o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa oraz o zmianie ustawy – Kodeks pracy (Dz. U. Nr 16, poz. 77).

⁴⁰ Zdanie odrębne W. Łączkowskiego do orzeczenia TK z 19.11.1996 r. (K 7/95), s. 421.

⁴¹ Zdanie odrębne W. Łączkowskiego do orzeczenia TK z 19.11.1996 r. (K 7/95), s. 421.

Być może powyższa regulacja konstytucyjna jest archaiczna, niepraktyczna i nieprzystająca do nowej sytuacji ustrojowej, lecz **Trybunał Konstytucyjny nie ma tytułu do jej zmiany** (podkr. – M.W.). Dlatego Trybunał może ograniczyć się jedynie do samego stwierdzenia, że zakwestionowane przez Wnioskodawcę rozwiązania prawne są niezgodne z treścią utrzymanych w mocy postanowień art. 70 ust. 2 przepisów konstytucyjnych, powstrzymując się od ocen wartościujących⁴².

Przykład tego, że rola sędziego-sprawozdawcy niekoniecznie jednak wpływa na niską dialogiczność uzasadnienia zdania odrębnego napisanego przez takiego sędziego, można znaleźć w zdaniu odrębnym Bohdana Zdziennickiego do wyroku TK z 20.04.2005 r.⁴³ w sprawie zgodności z Konstytucją przepisów ustawy z 15.12.2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych⁴⁴. Struktura tego zdania odrębnego jest bardzo przejrzysta i, co raczej wyjątkowe, obejmuje śródtytuły. Przytaczam je ponieważ pozwalają się zorientować co do zakresu dialogowości tego zdania odrębnego:

- I. Zmiany spółdzielczości mieszkaniowej
- II. Ocena założeń, na których opiera się wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2005 r., sygn. akt K 42/02
 1. Trybunał zadeklarował pełną akceptację dla poglądów wyrażonych w uzasadnieniu wyroku z 30 marca 2004 r. (sygn. K 32/03).
 2. **Trybunał stwierdził** (podkr. – M.W.), że wprowadzie spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu jest objęte ochroną konstytucyjną, ale odmienną od tej, którą Konstytucja gwarantuje własności.
 3. **Trybunał przyjął** (podkr. – M.W.), że ochrona własności i innych praw majątkowych przysługujących spółdzielni jest uzasadniona tylko w takim zakresie, w jakim przyczynia się to do ochrony praw przysługujących członkom spółdzielni.
 4. **Trybunał podkreślił** (podkr. – M.W.), że spółdzielczość mieszkaniowa ma szczególnie charakter (posiada odrębną ustawę będącą uzupełnieniem przepisów Prawa spółdzielczego), z którego wynika obowiązek zaspakajania różnych interesów swoich członków.
- III. Przepisy uznane w wyroku z dnia 20 kwietnia 2005 r. sygn. akt K 42/02 za niekonstytucyjne, które uważam za zgodne z Konstytucją
- IV. Uwagi końcowe⁴⁵

Część pierwsza uzasadnienia zdania odrębnego B. Zdziennickiego jest wypowiedzią w niskim stopniu dialogiczną. Przedstawia bowiem historię, funkcję oraz ewolucję uregulowań prawa spółdzielczego. Jedyńm elementem dialogicznym w tej części uzasadnienia jest akapit, w którym B. Zdziennicki referuje pogląd wnioskodawców („Wnioskodawcy zakwestionowali konstytucyjność...”), by następnie kolejno go zakwestionować („Nie można zgodzić się z tym poglądem wnioskodawców”) i uzasadnić odrzucenie tego poglądu⁴⁶. W tym więc zakresie uzasadnienie nawiązuje nie do poglądów składu orzekającego, lecz wnioskodawców, co również pozwala sądzić, że ten fragment uzasadnienia zdania odrębnego stanowiłby element uzasadnienia orzeczenia, gdyby pogląd sędziego-sprawozdawcy został zaakceptowany. Pozostałe punkty zdanie odrębnego nawiązują jednak wyraźnie do uzasadnienia i w tym zakresie to zdanie odrębne jest wypowiedzią w silnym stopniu dialogiczną. Kwestią podlegającą badaniu ilościowemu pozostaje już określenie stopnia dialogiczności zdań odrębnych, których autorami są sędziowie-sprawozdawcy.

⁴² Zdanie odrębne W. Łączkowskiego do orzeczenia TK z 19.11.1996 r. (K 7/95), s. 422.

⁴³ Wyrok TK z 20.04.2005 r. (K 42/02), OTK ZU 2005/4A, poz. 38, s. 511.

⁴⁴ Dz. U. z 2013 r., poz. 1222.

⁴⁵ Zdanie odrębne B. Zdziennickiego do wyroku TK z 20.04.2005 r. (K 42/02).

⁴⁶ Zdanie odrębne B. Zdziennickiego do wyroku TK z 20.04.2005 r. (K 42/02), s. 514.

4.2. Potencjał argumentacyjny sprawy

Dialogiczność uzasadnienia zdania odrębnego może mieć również związek z czymś, co można określić mianem potencjału argumentacyjnego danej sprawy. Oznacza on zdolność danego problemu, sprawy lub twierdzenia do wywołania w podmiocie zajmującym dane stanowisko względem niego, określonego w sensie ilościowym, zbioru racji uzasadniających dane stanowisko. Potencjał argumentacyjny może być pochodną złożoności przedmiotu sporu, np. czy różnica zdań dotyczy jednego czy kilku twierdzeń (*single dispute, multiple dispute*)⁴⁷, ale może również stanowić konsekwencję rodzaju spornej wypowiedzi. Istnieją bowiem wypowiedzi takie, jak np. oceny moralne (zasadnicze) mające wysoki potencjał argumentacyjny oraz wypowiedzi innego typu, których potencjał pod tym względem jest niższy, np. o tym, że *x* jest desygnatem danej nazwy, w sytuacji, gdy jest ona nazwą nieostrą. Czynność argumentowania na rzecz wykazania, że dany *x* jest lub nie jest desygnatem danej nazwy będzie odwoływać się do faktycznych właściwości przedmiotu *x*. Przejście jednak do konkluzji mającej wydźwięk subsumpcyjny jest krokiem, który budzi na ogół konsekwencje w postaci trudno usuwalnej rozbieżności ocen. Można się bowiem zgadzać co do opisowych właściwości danego przedmiotu np. śrubokręta, a jednak różnić się w ocenie, czy jest niebezpiecznym narzędziem w rozumieniu przepisów polskiego Kodeksu karnego⁴⁸. Trybunał nie jest sądem, w którym przedmiotem oceny czyniłoby się okoliczności faktyczne, jednak istnieją zagadnienia, które do pewnego stopnia mogą stanowić odpowiednik operacji myślowych sądu powszechnego. Tęgo rodzajem zagadnieniem jest konieczność rozstrzygnięcia przez TK, czy spełniona jest przesłanka funkcjonalna dopuszczalności rozpoznania przez Trybunał pytania prawnego. Stanowi ona jedną z trzech przesłanek – obok podmiotowej i przedmiotowej – dopuszczalności rozpoznania przez Trybunał takiej sprawy. Przesłanka funkcjonalna polega na istnieniu związku pomiędzy treścią kwestionowanego przepisu a stanem faktycznym, w związku z którą zadano pytanie prawne. Związek ze stopniem dialogiczności uzasadnienia zdania odrębnego polega zaś hipotetycznie na tym, że jeżeli sędzia zgłaszający *votum separatum* zarzuca Trybunałowi, że nie umorzył postępowania ze względu na niespełnienie przesłanki funkcjonalnej, to uzasadnienie jego aktu będzie najprawdopodobniej w niskim stopniu dialogiczne. Powodem może być „rozminięcie się” większości składu oraz przegłosowanego sędziego. Jeżeli większość uważa, że przesłanka funkcjonalna została spełniona, to uzasadnienie tego twierdzenia stanowi jedynie fragment uzasadnienia wyroku. Ilustracją takiej sytuacji może być zdanie odrębne sędzi Teresy Liszcz do wyroku TK z 20.10.2010 r. (P 37/09)⁴⁹. Poszczególne akapity uzasadnienia tego zdania odrębnego, po sformułowaniu głównego zarzutu o niedopuszczalności orzekania z powodu braku przesłanki funkcjonalnej, dotyczą treści przepisu stanowiącego przedmiot kontroli konstytucyjności, wykładni intencji wnioskodawców, przedstawienia argumentacji Trybunału w innej, zbliżonej sprawie oraz skutków tego innego orzeczenia. Brak w nim twierdzeń typu „nie podzielam twierdzenia Trybunału”, „nie zgadzam się ze stanowiskiem Trybunału” – czy równoważnych.

⁴⁷ F.H. van Eemeren, R. Grootendorst, *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragmatic – Dialectical Perspective*, Londyn–Nowy Jork 2009, s. 17.

⁴⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 2204 ze zm.). Por. postanowienie SN z 1.10.2008 r. (IV KK 88/08), OSNwSK 2008/1, poz. 1944.

⁴⁹ Zdanie odrębne T. Liszcz do wyroku TK z 20.10.2010 r. (P 37/09), OTK ZU 2010/8A, poz. 79, s. 1193.

4.3. Waga aksjologiczna sprawy

Trzecim czynnikiem mającym hipotetycznie wpływ na dialogiczność uzasadnienia zdania odrębnego jest znaczna waga aksjologiczna rozpatrywanej sprawy. Tego rodzaju charakterystyka sprawy może budzić sprzeciw w postaci zarzutu, że każda sprawa rozpatrywana przez TK ma taką samą doniosłość. Nie musi to być jednak niezgodne z twierdzeniem, że istnieją sprawy, które budzą szczególne emocje nie tylko wśród opinii publicznej, ale prawdopodobnie również pośród sędziów. Nie ma koniecznych przesłanek, by twierdzić, że zbiór spraw budzących emocje opinii publicznej pokrywa się ze zbiorem spraw budzących takie emocje wśród sędziów⁵⁰. Brak również jasnych przesłanek, aby bezspornie wskazać elementy tego drugiego zbioru. Można jedynie hipotetycznie przypuszczać, że w jakimś zakresie należą do nich m.in. kwestie miejsca religii w życiu publicznym, rozliczeń z przeszłością (tzw. lustracja). Jakaś miarą zainteresowania sędziów danym typem spraw jest liczba składanych w nich zdań odrębnych.

Sprawy te mają wysoki potencjał argumentacyjny, jednak paradoksalnie może on również wpłynąć na niski poziom dialogiczności uzasadnień zdań odrębnych. Źródła sprzeciwu sędziego zgłaszającego zdanie odrębne mogą mieć charakter na tyle fundamentalny, że uzasadnienie jego decyzji nie będzie się koncentrowało na argumentacji składu orzekającego, ale wyrażało własne stanowisko, bez nawiązania do szczegółów wyводу składu orzekającego. Jako przykład może tu posłużyć zdanie odrębne B. Zdziennickiego do wyroku TK z 5.03.2003 r. (K 7/01)⁵¹, w którym sędzia nie nawiązuje do argumentacji składu orzekającego, ale raczej wyraża swój sprzeciw co do samej idei lustracji. Zasadnicza część uzasadnienia *votum separatum* obejmuje wskazanie konfliktów zasad i wartości, na jakie zwracano uwagę w procesie tworzenia i nowelizowania tzw. ustawy lustracyjnej⁵².

5. Zakończenie

W niniejszym artykule zaproponowałem potraktowanie zdania odrębnego jako wypowiedzi dialogicznej z nadzieją, że kategoria dialogiczności może stanowić element szerszej teorii zjawiska jakim jest spór. Próbowałem pokazać przykłady zróżnicowanego poziomu nawiązywania do uzasadnienia kwestionowanego orzeczenia oraz wysunąłem prowizoryczne wyjaśnienia w postaci: występowania sędziego składającego *votum separatum* w roli sędziego sprawozdawcy, potencjału argumentacyjnego sprawy oraz jej wagi aksjologicznej. Na koniec chciałbym zwrócić uwagę na pewną możliwą konsekwencję tego, co określiłem jako niski poziom dialogiczności. Określony poziom dialogiczności wypowiedzi jaką jest uzasadnienie zdania odrębnego, można potraktować jako element sędziowskiej strategii. Zdania odrębne mogą być zgłoszone do sentencji lub uzasadnienia. W przypadku zgłoszenia *votum separatum* do uzasadnienia niezgoda nie dotyczy rozstrzygnięcia, a jedynie motywów. W przypadku, gdy *votum separatum* dotyczy

⁵⁰ Nie oznacza to bynajmniej zajęcia stanowiska, że sędziowie podejmują rozstrzygnięcia pod wpływem emocji. Nie można jednak kwestionować znaczenia tych ostatnich w wykonywaniu zawodu sędziego. Więcej na ten temat zob. np. K. Chajbos, *Praca emocjonalna w zawodzie sędziego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013/1, s. 267–280; B. Dowgiałło, D. Rancew-Sikora, M. Wojciechowski, *Emotional Labour of Judges*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2015/1, s. 97–109.

⁵¹ Zdanie odrębne B. Zdziennickiego do wyroku TK z 5.03.2003 r. (K 7/01), OTK ZU 2003/3A, poz. 19, s. 283.

⁵² Ustawa z 11.04.1997 r. o ujawnieniu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944–1990 osób pełniących funkcje publiczne (tekst jedn.: Dz. U. z 1999 r. Nr 42, poz. 428 ze zm.).

sentencji, to uprawnione wydaje się założenie, że dotyczy ono również uzasadnienia. Zbędne w takim przypadku byłoby zaznaczanie, że sprzeciw dotyczy sentencji oraz uzasadnienia tego samego punktu sentencji do którego zgłoszono *votum separatum*, jakkolwiek zdarzają się tego rodzaju formuły wśród zdań odrębnych złożonych do orzeczeń polskiego TK. Przyjęcie przez sędziego strategii niskiej dialogiczności uzasadnienia zdania odrębnego może oznaczać, że założenie o tym, iż sprzeciw wobec wyroku pociąga za sobą automatycznie sprzeciw wobec uzasadnienia nie jest zasadne. Niekoniecznie musi pociągać to za sobą akceptację jego treści, ale być może oznacza to przyjęcie przez sędziego, że uzasadnienie wyroku nie pełni roli „fundamentu” dla treści rozstrzygnięcia, a zatem nie jest warte podjęcia trudu podważania przedstawionych w nim racji.

Statement of reasons for a dissenting opinion as a dialogical utterance on the example of selected rulings of the Polish Constitutional Tribunal

Abstract: This paper claims that the statement of reasons for a dissenting opinion is a dialogical utterance. Due to the limitations imposed by the secrecy of judicial deliberations it is impossible to describe the direct exchange of arguments between the members of a judicial panel. To some extent, however, we can assume that the presented opinion of the court and a dissenting opinion represent the end result of such deliberations. It is not the same, however, to call both of them examples of dialogue. Real-time dialogue consists of a multitude of utterances of people taking part in a discussion. In the case of the final statement of reasons of the judgment and of the dissenting opinion, the number of utterances is in general limited to two separate large blocks of sentences, each block being one utterance. For this reason we can distinguish between the notion of ‘dialogue’ and that of ‘dialogical utterance’. Such a distinction was proposed in Polish theory of literature in the 1970s by J. Lalewicz. According to Lalewicz, a dialogical utterance depends on the preceding opinion, and its main feature is the ability to become a reference to that opinion. Apart from presenting forms of dialogicality, the article aims to explain these forms by presenting features other than the personal style of legal writing of a given judge. Three factors that might explain the higher or lower level of dialogicality in dissenting opinions are presented. The first factor is of an institutional nature, that is, the way work in the court is organised. The second factor is what I call a potential for an argument. Finally, the third one is the axiological importance of a given case.

Keywords: dissenting opinion, dialogical utterance, dialogue, judicial deliberations, statement of reasons for a court judgment, Constitutional Tribunal, legal disagreement

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Alexy, R. (1989). *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press.
- Bielska-Brodziak, A., Tobor, Z. (2013). Zdania odrębne w orzecznictwie podatkowym. *Przegląd Podatkowy* 9, 9–14.
- Chajbos, K. (2013). Praca emocjonalna w zawodzie sędziego. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 75/1, 267–280.
- Cross R., Harris, J.W. (1991). *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Dowgiałło B., Rancew-Sikora, D., Wojciechowski, M. (2015). Emotional Labour of Judges. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 10/1, 97–109.
- van Dijk, T.A. (2001). *Dyskurs jako struktura i proces: praca zbiorowa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Dworkin, R. (2006). *Imperium prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Dyrda, A. (2015). Spory prawnicze a pragmatyczność teorii prawa. *Principia* 61–62, 259–282.
- van Eemeren, F.H., Grootendorst, R. (2000). *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragma – Dialectical Perspective*. London–New York: Routledge.
- Feldman, R., Warfield, T.A. (2010). *Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Habermas, J. (1999). *Teoria działania komunikacyjnego, t. 1*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Habermas, J. (2005). *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Kaczmarek, P. (2014). *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*. Warszawa: LexisNexis.
- Laffranque, J. (2003). Dissenting Opinion and Judicial Independence. *Juridica International* 8, 162–172.
- Lalewicz, J. (1975). *Komunikacja językowa i literatura*. Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Lipczyńska, M. (1969). Votum separatum we współczesnym polskim ustawodawstwie karnoprosesowym oraz w praktyce. In J. Fiema, W. Gutenkunst, S. Hubert (Eds.), *Studia prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdy*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Morawski, L. (1999). *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN.
- Raffaelli, R. (2017). *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States, Parlament Europejski 2012*, [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2012\)462470](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2012)462470), dostęp: 2.02.2017 r.
- Stelmach, J., Brożek, B. (2004). *Metody prawnicze*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.

- Stępień, M. (2010). Drogi przemiany „duszy sędziowskiej”. Ku aretycznej koncepcji orzekania sądowego? In W. Staśkiewicz, T. Stawecki (Eds.), *Dyskrecjonalność w prawie*. Warszawa: LexisNexis.
- Solum, L. (2003). Virtue Jurisprudence. A Virtue-Centered Theory of Judging. *Metaphilosophy* 34/1–2, 178–213.
- Wittgenstein, L. (2004). *Dociekania filozoficzne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Wojciechowski, M. (2015). Epistemologia sporu w kontekście instytucji sędziowskiego zdania odrębnego. *Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji CII*, 253–268.
- Rancew-Sikora, D. (2007). *Analiza konwersacyjna jako metoda badania rozmów codziennych*. Warszawa: Wydawnictwo Trio.
- Zdziennicki, B. (1998). Zdania odrębne w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego. In M. Zirk-Sadowski (Ed.), *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Zubik, M. (2006). (Ed.), *Księga XXX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*. Warszawa: Biuro Trybunału Konstytucyjnego.