

Marcin Matczak
Uniwersytet Warszawski

Odpowiedź na recenzję Anny Tomzy dotyczącą książki „*Summa iniuria*. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa”

Na wstępie pragnę serdecznie podziękować Autorce za dogłębną lekturę mojej książki oraz za bardzo wnikliwą i obszerną recenzję. W niniejszej odpowiedzi chciałbym skupić się na kilku najważniejszych kwestiach, omówionych głównie w zakończeniu recenzji, w sekcji *Wątpliwości*.

Pierwszą kwestią, która wymaga ustosunkowania się, jest krytyka metodologii badania orzecznictwa sądów administracyjnych, którego wyniki przedstawiłem w prologu mojej książki. Autorka zwraca uwagę, że analiza orzecznictwa oparta wyłącznie na ustaleniu ilości odwołań do Konstytucji RP i prawa wspólnotowego nie jest adekwatna do analizy poziomu formalizmu w orzecznictwie tych sądów. Argument ten jest w pewnym sensie echem wcześniej już formułowanych zarzutów pod adresem ilościowej analizy orzecznictwa sądowego. Istotą tego argumentu zdaje się być przekonanie, że bezduszna statystyka nie oddaje prawdziwego obrazu orzecznictwa, że sama jest formalistyczna, ponieważ nie uwzględnia głębokiej struktury myślenia sędziowskiego, która niekoniecznie musi być ujawniona na poziomie uzasadnienia danego orzeczenia.

Przedstawiony sposób krytyki jest dla mnie trudny do odparcia, ponieważ opiera się na zupełnie innych niż moje założeniach metodologicznych. Przyjęte przeze mnie podejście do analizy orzecznictwa, co wielokrotnie podkreślałem, ma na celu ukazanie generalnego stanu tego orzecznictwa, nie zaś odpowiedź na pytanie, czy w konkretnym orzeczeniu sędzia powinien, czy też nie powinien, odwołać się do norm konstytucyjnych lub wspólnotowych. Używając paraleli do nauk ekonomicznych, moim celem jest ustalenie trendów makroekonomicznych, występujących na poziomie całej gospodarki, a nie analiza na poziomie mikroekonomicznym, a więc analiza sytuacji konkretnego przedsiębiorstwa. I tak jak w przypadku analiz ekonomicznych możliwe jest, że w dobie ogólnego, makroekonomicznego kryzysu istnieją poszczególne przedsiębiorstwa, które świetnie sobie radzą, tak i mimo ogólnego formalizmu orzecznictwa poszczególni sędziowie w poszczególnych orzeczeniach mogą być wybitnie nieformalistyczni, szeroko wykorzystując argumenty wspólnotowe i konstytucyjne. Nie zmienia to faktu, że na poziomie makro mamy do czynienia z kryzysem – czy to ekonomicznym, czy to kryzysem formalistycznego orzekania. Jednocześnie, aby uchwycić trendy na poziomie makro,

konieczne jest sformalizowanie narzędzi badawczych – w innym wypadku możemy jedynie stosować jakościową analizę wybranych orzeczeń, która nie jest w stanie pokazać trendu powszechnego.

Trend ten, co pragnę mocno podkreślić, zmienia się obecnie w kierunku nieformalistycznym. W lutym 2010 r. wraz z kolegami z Republiki Czeskiej i Węgier opublikowałem opracowanie, które, stosując tę samą metodologię, porównuje orzecznictwo sądów administracyjnych w trzech krajach środkowoeuropejskich¹. W badaniu tym Polska pod względem formalizmu znajduje się dokładnie w środku stawki – orzecznictwo czeskie jest mniej formalistyczne od polskiego, głównie za sprawą licznych odwołań do argumentów celowościowych i funkcjonalnych, a orzecznictwo węgierskie jest znacznie bardziej od naszego oparte na argumentach ściśle formalnych. Co jednak najważniejsze, wskazane w omawianym artykule dane za rok 2006 wskazują na istotną zmianę trendów orzecznictwa w porównaniu do głównego okresu badania (1999–2004). W przypadku Polski liczba odwołań do prawa wspólnotowego wzrosła o 100% w porównaniu do poprzedniego okresu, a w orzecznictwie wojewódzkich sądów administracyjnych aż o 300%!

Uważam, że wyniki te pozwalają sformułować dwie tezy. Po pierwsze, postulowane w raporcie z badania sądów administracyjnych oraz w prologu mojej pracy odchodzenie od modelu formalistycznego rzeczywiście wystąpiło, jednak z pewnym opóźnieniem w stosunku do zmiany na poziomie legislacyjnym i ustrojowym. Po drugie, co szczególnie istotne dla polemiki z Autorką recenzji, przyjęta metoda analizy orzecznictwa sądowego jest w stanie pokazać zmiany w trendach orzeczniczych, mimo że nie polega na analizie treści poszczególnych orzeczeń. Ta druga teza dowodzi moim zdaniem, że przyjęta przeze mnie metodologia nie jest błędna, a także, że proponowana przez Autorkę analiza jakościowo-indukcyjna nie byłaby w stanie pokazać trendów o charakterze makro, ponieważ nie można w jej ramach wypracować punktu odniesienia, według którego można by porównywać sposoby orzekania pomiędzy krajami albo w aspekcie czasowym. Ponieważ nie ma dwóch identycznych orzeczeń, nie sposób ustalić, czy w procesie orzeczniczym następuje jakokolwiek zmiana – zwiększona liczba odwołań do wartości konstytucyjnych czy wspólnotowych w orzeczeniu B nie oznacza zmiany trendu orzeczniczego, ponieważ nie da się porównać orzeczenia B z orzeczeniem A (w którym z pewnością występował np. inny stan faktyczny). Dopiero oderwanie się od konkretnych orzeczeń i ustalenie średniej liczby odwołań w dużej grupie orzeczeń pozwala taki trend zauważyć, ponieważ oderwanie to minimalizuje wpływ przygodnych cech indywidualnych danego orzeczenia na uśredniony obraz orzecznictwa w skali makro.

Drugą kwestią, do której pragnę się odnieść, jest rzekomo dokonywana przeze mnie ocena polskiego orzecznictwa przy użyciu kryteriów stosowanych zazwyczaj do oceny orzecznictwa amerykańskiego. Użyłem słowa „rzekomo”, ponieważ uważam, że w mojej pracy oceniam orzecznictwo polskie przy pomocy kryteriów właściwych dla naszej kultury prawnej. Być może po przeczytaniu książki powstaje wrażenie dużej ilości odniesień do literatury anglosaskiej, jednak nie da się, moim zdaniem, postawić moim rozważaniom zarzutu błędu przesunięcia kulturowego, polegającego na stosowaniu kryteriów oceny zaczerpniętych z jednej kultury prawnej do innej, całkowicie w pewnych aspektach odmiennej. Chcę zwrócić uwagę, że w prologu mojej książki twierdzenie o spo-

¹ M. Matczak, M. Bencze, Z. Kuhn, *Constitutions, EU Law and Judicial Strategies in the Czech Republic, Hungary and Poland*, "Journal of Public Policy, University of Cambridge" 2010/30.

dziewanym przechodzeniu od formalistycznego modelu orzekania do modelu opartego na orzekaniu w oparciu o zasady nie jest zaczerpnięte z doktryny amerykańskiej, ale wyprowadzone wyłącznie z faktu zmian w polskiej i europejskiej rzeczywistości, polegających na uchwaleniu nowej konstytucji i akcesji do Unii Europejskiej. Podobnie w powołanym już przeze mnie artykule rozszerzającym badanie orzecznictwa na Czechy i Węgry założeniem było uwzględnienie jedynie lokalnych, środkowoeuropejskich czynników wpływających na trendy orzecznicze.

Co więcej, w całej mojej pracy wskazuję, że to doktryna amerykańska (w szczególności prace F. Schauera oraz dorobek oryginalistów, z sędzią A. Scalią na czele) postuluje formalistyczny sposób orzekania, a idealnym narzędziem umożliwiającym mądre, nieformalistyczne orzekanie jest wypracowana w Polsce derywacyjna koncepcja wykładni prawa profesora M. Zielińskiego (analizę zastosowania tej koncepcji do uzasadnienia nieformalistycznego podejścia do stosowania prawa prowadzę w dwóch kluczowych rozdziałach mojej książki). Przeciwnie więc do założenia Autorki, mógłbym powiedzieć, że zastosowanie amerykańskich kryteriów do oceny polskiego orzecznictwa doprowadziłoby mnie raczej do afirmacji formalizmu niż do jego krytyki. Tymczasem głównym moim twierdzeniem jest teza, że polscy sędziowie nie korzystają z dorobku polskiej doktryny, która ma w moim odczuciu wybitnie nieformalistyczne nastawienie (przynajmniej jeśli chodzi o derywacyjną koncepcję wykładni). W świetle powyższych argumentów uznaję więc sformułowane w recenzji twierdzenie o zamerykanizowaniu kryteriów stosowanych do oceny polskiego orzecznictwa za nieuzasadnione.

Kolejną, bardzo ciekawą kwestią podniesioną przez Autorkę jest twierdzenie, że stosowanie wykładni językowej nie musi być jednoznaczne z formalizmem w stosowaniu prawa. Podejście do tego zagadnienia zależy oczywiście od przyjmowanych założeń. Chciałbym przypomnieć, że badane przeze mnie orzeczenia sądów administracyjnych są orzeczeniami wydawanymi w sprawach wysoce spornych – sprawa trafiająca do sądów administracyjnych jest pokłosiem sporu między obywatelem (przedsiębiorcą) a administracją publiczną, sporu, którego rozstrzygnięcie nie jest oczywiste, ponieważ w takim wypadku skarżący zapewne podporządkowałby się decyzji administracyjnej. W takiej sytuacji rozstrzygnięcie tego sporu przez sąd poprzez powołanie wyłącznie znaczenia językowego przepisów prawa jest w moim odczuciu co najmniej paternalistyczne, żeby nie powiedzieć – lekceważące dla stron tego sporu. Dlatego też w założeniach badania przyjąłem, że ograniczenie argumentacji sędziowskiej do argumentów z zakresu wykładni językowej będzie jednoznaczne z limitowaniem zakresu argumentów, z których może korzystać sędzia. Takie limitowanie zaś stanowi przejaw formalizmu, jak także wskazywałem w pracy.

Autorka przy okazji rozważań nad relacją pomiędzy wykładnią językową a formalizmem zwraca uwagę, że „w naszej kulturze prawnej formalizm ujmujemy raczej jako preferowanie pewnych wartości nazywanych formalnymi”. Nie sądzę, aby argument ten był trafiony. W rozdziale drugim poświęciłem wiele miejsca różnicy pomiędzy formalizmem a formalnością prawa, wskazując, że szacunek dla wartości formalnych w prawie nie stanowi dla mnie przejawu formalizmu. Wydaje się więc, że przedstawiony argument, także w zakresie, w jakim odnosi się do wykładni językowej, wynika z różnic w pojmowaniu samego formalizmu. Jednocześnie Autorka pisze: „Jeśli sąd waży zasady i daje pierwszeństwo zasadom chroniącym wartości formalne, to nie jest to spór o rolę wykładni językowej, ale o rolę wartości ‘substancjalnych’ w ocenie obowiązywania prawa”. Gdyby takie ważenie miało w orzecznictwie sądów administracyjnych rzeczywiście

miejsce, to liczba odwołań do wartości „substancjalnych”, zmierzona w moim badaniu byłaby większa. W założeniach badania przyjąłem bowiem, że każde przywołanie argumentu liczy się jako odniesienie dla potrzeb badania, nawet jeśli sędzia decyduje się ostatecznie odrzucić dany argument na rzecz innego (w tym przypadku formalnego). Nie chodzi więc o uznanie danego argumentu, ale o włączenie go w proces rozumowania sędziowskiego. Niski odsetek odniesień do danego argumentu oznacza więc, że w ogóle nie pojawia on się w uzasadnieniu wyroku, nawet jako argument odrzucony. Trudno w takiej sytuacji mówić o wazeniu argumentów formalnych i substancjalnych.

Kolejnym zagadnieniem, do którego warto się odnieść, jest wpływ specyfiki orzecznictwa administracyjnego na wynik badania przedstawionego w prologu książki. Jak wskazuje Autorka, „sądy administracyjne w Polsce są tylko sądami kasacyjnymi, a zatem w odczuciu polskiego prawnika, z natury rzeczy są sądami bazującymi na formalizmie”. Ponownie muszę tutaj odnieść się do założeń badania. Po pierwsze, kasatoryjność orzeczeń sądów administracyjnych nie powoduje niemożności powołania argumentów o charakterze substancjalnym (jak np. argument z celu postępowania administracyjnego), czy też powołania argumentów o charakterze zasad (np. zasad postępowania administracyjnego zawartych w początkowych przepisach kodeksu postępowania administracyjnego). Po drugie, w badaniu orzecznictwa sądów czeskich, które już powoływałem w niniejszym tekście, wykazano dwukrotnie wyższą niż w Polsce częstotliwość odwołań do tzw. standardów zewnętrznych, choć specyfika tych sądów, w tym kasatoryjność ich orzecznictwa, nie jest różna od polskiej. Uważam więc, że charakter orzecznictwa administracyjnego nie jest zmienną wyjaśniającą wysoki poziom występującego w tym orzecznictwie formalizmu.

Ostatnimi argumentami krytycznymi, do których chciałbym się odnieść, jest kwestia nieprecyzyjności niektórych kategorii używanych przez mnie w książce, w szczególności takich jak stosowanie prawa czy zasada prawa oraz sprawa zakresu wykorzystanej przeze mnie literatury polskiej. Argument braku precyzyjnych definicji przyjmuję z pokorą, ponieważ rzeczywiście nie poświęciłem obszernych rozważań zdefiniowaniu podstawowych pojęć w mojej książce. Powodem takiego podejścia jest podnoszone przeze mnie w założeniach pracy oparcie się na filozofii języka potocznego, wykorzystywanej w prawoznawstwie głównie przez H.L.A. Harta, która to filozofia sceptycznie odnosi się do kwestii definiowania pojęć, preferując indukcyjne wyjaśnianie ich znaczenia w konkretnych sytuacjach użycia języka. Mimo to, w odniesieniu do zasad, wskazałem w książce wyraźnie, że bliskie jest mi ich ujęcie prezentowane przez R. Dworkina. Nie wskazałem, co przynajmniej, jak mają się do siebie pojęcia zasady i standardu – jest to błąd, który zauważyłem zbyt późno, aby go naprawić. Co do kategorii „stosowanie prawa” – przyjąłem bardzo szerokie rozumienie tego terminu, obejmujące nie tylko wykładnię prawa, ale i wszystkie procesy rozumowania prawniczego stosowane w celu ustalenia indywidualnej i konkretnej sytuacji prawnej adresata normy prawnej. Wydaje mi się, że takie ujęcie omawianych kategorii nie doprowadziło mnie do błędnych konkluzji, na co wskazuje, jak sądzę, brak takiego stwierdzenia w recenzji.

Co do kwestii wykorzystania przeze mnie literatury polskiej – z pewnością istnieje możliwość dyskusji, na ile powołane przeze mnie polskie prace wyczerpują literaturę ważną dla problemu formalizmu, czy też szerzej, wykładni i stosowania prawa. Zgadzam się, że z pewnością nie wyczerpują. Przewaga literatury obcej w bibliografii mojej książki wynika z faktu, że problem formalizmu w stosowaniu prawa nie był szerzej omawiany w naszym kraju. Dlatego też w tej części pracy, która jest poświęcona rekonstrukcji

zjawiska formalizmu, odwołań do prac polskich jest mniej. Natomiast w części drugiej, w moim odczuciu ważniejszej i bardziej wartościowej, w której próbuję uzasadnić, że nieformalistyczne stosowanie prawa da się pogodzić z pozytywistycznym podejściem do prawa, odwołania do literatury polskiej stanowią jedno z podstawowych narzędzi analizy. Dotyczy to w szczególności prac profesora M. Zielińskiego dotyczących derywacyjnej koncepcji wykładni, uznanej przeze mnie za główne narzędzie teoretyczne pozwalające rozwikłać problemy, z którymi literatura anglosaska nie mogła sobie poradzić, a także wskazanej przez Autorkę pracy B. Brzezińskiego, z której w moich rozważaniach korzystałem i którą przywołuję. Uważam więc, że literatura polska zajmuje w mojej książce kluczowe miejsce, dowodząc tym samym jej wielkiej wartości i aktualności.

Jeszcze raz dziękuję Autorce za przedstawioną recenzję i wyrażam nadzieję, że dyskusję nad kwestiami formalizmu, wykładni i stosowania prawa będziemy mogli kontynuować.