

Rozdział I. Precedens w porządku prawa stanowionego. Ujęcia polskiej nauki prawa

Leszek Leszczyński

§ 1. Pojęcie precedensu (przykładowe ujęcia anglosaskie)

Niepodważalne założenie, iż kategoria precedensu sądowego związana jest genetycznie i funkcjonalnie z porządkiem *common law*, prowadzi do poszukiwania w doktrynie anglosaskiej pierwowzorów nie tylko określenia roli precedensu w praktyce sądowej, ale także ustalenia treści samego pojęcia.

W miarodajnym, dla ujęć słownikowych, *Black's Law Dictionary* sformułowane są trzy definicje precedensu, z których pierwsza określa, iż jest to „rozstrzygnięty przypadek lub decyzja sądu, potraktowana jako wzorcowy (*furnishing*) przykład lub autorytet (podstawa) dla identycznego lub podobnego przypadku powstałego później lub też podobny problem prawny”, druga – że precedens to „reguła prawna ustanowiona przez sąd po raz pierwszy dla danego rodzaju spraw i następnie wykorzystywana (*referred to*) przy rozstrzygnięciu podobnych spraw”, natomiast trzecia, iż precedensem jest powtórzone zachowanie (*course of conduct once followed*), które może służyć jako wzór (*guide*) dla przyszłych zachowań”¹. W tekście wyróżnionego hasła, pomiędzy tymi definicjami znajduje się wyjaśnienie, podnoszące, iż sądy usiłują rozstrzygać

¹ J.R. Nolan, *Black's Law Dictionary*, 1990, s. 1176 (*An adjudged case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for identical or similar case afterwards arising or a similar question of law. A rule of law established for the first time by the court for a particular type of case and thereafter referred to in deciding similar cases, A course of conduct once followed which may serve as a guide for future conduct*).

sprawy na podstawie zasad ustalonych we wcześniejszych przypadkach, które będąc przybliżonymi od strony faktów sprawy lub zasad prawa do przypadku rozstrzyganego, są nazywane precedensami². Słownik odsyła też na końcu wyjaśnien do pojęcia *stare decisis*³.

W powyższych definicjach precedensu sądowego zwraca uwagę po pierwsze, wiązanie precedensowości ze stwierdzanym *ex post* wpływem wcześniejszej decyzji na decyzję późniejszą oraz po drugie, alternatywność ujęć tak wykorzystywanego obiektu (*case or decision*), jak i rodzaj powiązania (*example, authority or similar question of law*) oraz warunek wykorzystania (*identical or similar case*), co stanowi istotne elementy koncepcji prezentowanej w niniejszej monografii.

Dla porównania można przytoczyć jeszcze kilka, jak się wydaje istotnych innych definicji precedensu, przenosząc analizę składników tego pojęcia do poszczególnych aspektów pojmowania i funkcjonowania precedensu, przeprowadzanej w kolejnych rozdziałach niniejszej monografii. I tak precedens bywa definiowany jako decyzja sądu, która funkcjonuje jako model dla decyzji późniejszych⁴, jako decyzja sądu lub innego ciała orzekającego, która ma specjalne znaczenie, sprowadzające się do posiadania przez nią praktycznego określania treści prawa⁵, jako podstawa decydowania w aktualnej sprawie w taki sam sposób, w jaki zadecydowano wcześniej⁶; jako decyzja, która służy za wskazówkę dla aktualnego działania⁷ czy też jako wiążąca decyzja sądu wyższego, orzekającego w ramach tej samej jurysdykcji⁸. Formułowane jest też ujęcie alternatywne, traktujące precedens jako wyłącznie relewantną wiążącą decyzję (*precedens sensu stricto*) bądź jako po prostu każdą wcześniejszą decyzję jakiegokolwiek sądu, która wnosi prawnie ważną (*bears a legally significant*) analogię do aktualnie rozstrzyganego przypadku⁹.

² Por. tamże, s. 1176.

³ Por. tamże. Jest charakterystyczne, że w wydaniu skróconym *J.R. Nolan*, Black's Law Dictionary. Abridged Sixth Edition na s. 814 znajduje się wyjaśnienie identyczne (nieskrócone), które pewnym skrótom i modyfikacjom podlega „dopiero” w wydaniu kieszonkowym: *J.R. Nolan*, Black's Law Dictionary, Third Pocket Edition, s. 553–554.

⁴ *D.N. McCormick*, *R.S. Summers*, Introduction, s. 1–2 (*...decision that functions as a model for later decisions*).

⁵ Por. *G. Lamond*, Precedent, s. 1–2 (*decision (...) that has a special legal significance (...) being regarded as having practical (...) authority over the content of the law*).

⁶ *T. Schauer*, Has Precedent, s. 381; *J.N. Adams*, *R. Brownsword*, Understanding, s. 122.

⁷ *N. Duxbury*, The Nature, s. 1 (*„decision which serves as a guide for present action*).

⁸ *R.S. Summers*, Precedent, s. 364.

⁹ Por. *Z. Bankowski*, *D.N. McCormick*, *G. Marshall*, Precedent, s. 323.

Powyżej zarysowane przykładowe sposoby pojmowania precedensu stwarzają, jak się wydaje, pewne tło do rozważenia miejsca tego pojęcia w polskiej doktrynie prawniczej, zwłaszcza w jej części teoretycznoprawnej. Rzecz jasna idzie o prawnicze pojęcie precedensu, różne od pojęcia potocznego, w ramach którego precedens może być rozumiany jako zdarzenie, które ma miejsce po raz pierwszy lub zdarzenie poprzedzające inny, podobny przypadek¹⁰.

Należy wyraźnie stwierdzić, iż problematyka precedensu jest w polskiej nauce prawa obecna i nie można tej konstatacji odnieść jedynie do kilku ostatnich dekad, mimo że to właśnie w tym okresie ma miejsce wyraźna intensyfikacja zainteresowań precedensami. Niezależnie od tego, że fakt ten nie przesądza o określeniu skali potencjału precedensu w polskim porządku prawnym jako rodzaju porządku prawa stanowionego, to jednak chociażby sygnalizacyjna analiza sposobu pojmowania oraz wyznaczania przez tę doktrynę funkcji precedensu (wcześniejszych decyzji¹¹) w praktyce sądowej winna stanowić punkt wyjścia dla dalszych analiz prowadzonych w całej niniejszej monografii.

§ 2. Precedens w polskiej nauce prawa

I. Uwagi ogólne

Precedens jako kategoria prawna pojawia się w polskiej nauce prawa zarówno w perspektywie teorii i filozofii prawa, jak i nauk szczegółowych (dogmatycznych), znajdując zdecydowanie mocniejszą obecność w ramach tej pierwszej. Co charakterystyczne, ustalenia pojęciowe, nie wiążąc się z samodzielnym (odrębnym od ustaleń anglosaskich) definiowaniem precedensu jako kategorii prawnej¹², dokonywane są zazwyczaj w perspektywie wyodrębniania pewnych rodzajów precedensu sądowego oraz odnoszenia niektórych z nich do porządku prawa stanowionego, a także formułowania uwag na temat funkcjonowania precedensu w polskim porządku prawnym.

Wypowiedzi na temat pojęcia i rodzajów precedensu formułowane są albo w ramach analiz praktyki angloamerykańskiej (przy czym przeważają w takich

¹⁰ Por. *W. Kopański*, Słownik, s. 339.

¹¹ Ujęcie wiążące istotę precedensowości z powoływaniem wcześniejszych decyzji sądowych spotykane jest także na gruncie doktryny anglosaskiej, por. *J. Komarek*, Reasoning, s. 149 i n.

¹² Por. np. definicję sformułowaną w Wielkiej Encyklopedii Prawa: „decyzja organu państwa, przede wszystkim orzeczenie sądu, którego rozstrzygnięcie staje się wiążącym na przyszłość wzorem przy rozstrzyganiu spraw podobnych” (*W. Gromski*, Precedens, s. 347).

przypadkach odniesienia amerykańskie)¹³, albo ujęć bezpośrednio nienawiązujących do dorobku doktryny oraz obserwacji praktyki *common law*, stawiających sobie za zadanie analizę szczegółowych zagadnień „dogmatycznych”¹⁴ lub budowanie ujęć bardziej kompleksowych, dotyczących teoretycznoprawnych aspektów stosowania prawa¹⁵. Istotną grupę stanowią prace powstające w konwencji bezpośrednio porównawczej (przenoszącej doświadczenia *common law* na kontynentalne porządki prawa stanowionego¹⁶ lub porównujące „klasyczną” praktykę precedensową z praktyką orzeczniczą w różnych europejskich porządkach prawnych¹⁷, w tym też w prawie polskim¹⁸), przy czym zazwyczaj porównywanie pewnych aspektów funkcjonowania precedensu przeważa nad podejmowaniem analizy kompleksowej¹⁹.

Bez wątplenia prezentację obecności precedensu w polskiej nauce prawa należy rozpocząć od zasygnalizowania sformułowanego w latach 70. ubiegłego stulecia, kompleksowego i relatywnie najgłębszego ujęcia autorstwa *J. Wróblewskiego*, aby następnie, już „punktowo” odnieść się do ustaleń podejmowanych w innych pracach, w tym także tych, które powstały w ostatnich dekadach.

II. Zarys ujęcia *J. Wróblewskiego*

J. Wróblewski buduje czteroelementowy zbiór sytuacji orzecznich, w ramach których precedensem jest nazwana decyzja, która normatywnie lub faktycznie wpływa na podejmowanie innej decyzji²⁰. Jak się wydaje, określenie po-

¹³ Por. np. *A. Ludwikowska*, System, s. 49–90; *R. Tokarczyk*, Prawo, s. 30–44; *M. Koszowski*, Anglosaska, s. 13–110.

¹⁴ Por. np. *A. Stelmachowski*, Prawotwórcza, *passim*; *R. Hauser*, *J. Trzeciński*, Prawotwórcze, *passim*.

¹⁵ Por. np. *J. Wróblewski*, Precedens, *passim*; *T. Stawecki*, Precedens w polskim porządku prawnym, s. 60–73; *M. Zirk-Sadowski*, Tzw. prawotwórcza, s. 255 i n.; *L. Morawski*, Głównie, s. 197–244; *L. Leszczyński*, Precedent, s. 255 i n.

¹⁶ Por. np. *M. Koszowski*, Norweska, s. 195 i n. W kontekście prawotwórstwa sądowego taką analizę spotkać można w pracy *A. Stelmachowskiego*, Prawotwórcza, s. 624–626.

¹⁷ Por. *B. Greczner*: Precedens, *passim*; *A. Orłowska*, Precedens, *passim*.

¹⁸ Por. *M. Koszowski*, Anglosaska, s. 111 i n.

¹⁹ Istotne znaczenie, w jakimś sensie podsumowujące ówczesne dokonania doktrynalne i praktykę polską, ma opracowanie *L. Morawskiego* i *M. Zirk-Sadowskiego*, Precedent in Poland, w: *D.N. MacCormick*, *R.S. Summers* (red.), Interpreting Precedents. A Comparative Study, analizującej w perspektywie porównawczej różne aspekty tej kategorii w różnych systemach prawnych. W tej samej perspektywie powstała też praca *M. Król*, Precedent, *passim*.

²⁰ *J. Wróblewski*, Precedens, s. 525.

wiązania między decyzjami mianem wpływu umożliwia dalsze rozróżnienia, związane z jego intensywnością (głębokością powiązań)²¹.

Relacje precedensowości powiązań ujęte są w tej koncepcji w ramach przede wszystkim rozróżnienia kryterium motywacji decydenta oraz faktu wydania decyzji²². Spełnione muszą być w związku z tym łącznie trzy warunki: 1) przekonanie decydenta, iż w aktualnych warunkach, należy podjąć decyzję D2 taką samą lub podobną do precedensowej D1²³, 2) podjęcie decyzji D2 oraz 3) wystąpienie pomiędzy D1 a D2 jednego z czterech rodzajów powiązań: a) powtórzenia D1 w D2, b) wyprowadzenia D2 z D1 według przyjętych reguł referencyjnych, c) uzasadnienia D2 regułami, którymi została uzasadniona D1 przy użyciu takich samych lub podobnych środków, za pomocą których uzasadniono D1, oraz d) uzasadnienia D2 przez odwołanie się do D1 w inny sposób niż w sytuacji b i c. Poszczególne warianty powiązań pozwalają na wyodrębnienie precedensu *strictissimo sensu* (a), *sensu stricto* (b), *sensu largo* (c) oraz *sensu largissimo* (d).

Jak się wydaje, powiązanie pomiędzy D1 i D2 w trzech ostatnich sytuacjach (b–d) odnoszone jest w tej koncepcji do uzasadniania decyzji (D2 ma się dać wyprowadzić lub uzasadnić), przy czym w ramach powiązania c i d, uzasadnianie potraktowane jest wprost jako miejsce, w którym „rozgrywa się” stwierdzenie powiązań precedensowych. W sytuacji b natomiast uzasadnianie występuje w takiej roli niejako pośrednio, jako że koncentracja powiązania na możliwościach „wyprowadzenia” D2 z D1 wiąże uzasadnianie z faktycznie dokonanymi rozumowaniami, na gruncie których zbudowano treść decyzji, a nie tylko treść uzasadnienia (a właściwie, może nawet bardziej treść decyzji niż treść jej uzasadnienia). Ponadto, użycie w tej koncepcji terminu „uzasadnianie”, a nie „uzasadnienie”, umożliwia wiązanie rozumowań służących do podjęcia decyzji z rozumowaniami (argumentami) służącymi do jej uzasadnienia (także formalnego). Tym samym autor, preferując ujęcie precedensowości w kontekście uzasadnienia, łączy je w określonym zakresie z kontekstem *heurezy*, zwłaszcza poprzez zaakcentowanie warunku przekonania decydenta.

²¹ Przy czym rozróżnienie wpływu normatywnego i faktycznego wskazuje na pewien związek z koncepcją precedensu *de iure* i *de facto*, a ukierunkowanie wpływu na „podejmowanie decyzji”, oznacza możliwość umiejscowienia go tak *apragmatycznie* (w treści decyzji), jak i *pragmatycznie* (w ramach procesu decyzyjnego).

²² Por. J. Wróblewski, *Precedens*, s. 525–526.

²³ Wyłączenie czynnika odnoszącego się do przekonania decydenta pozwala na rozróżnienie w tej koncepcji precedensu funkcjonalnego i obiektywnego (różnica polega na wyłączeniu z obiektywnego pojęcia precedensu czynnika psychologicznego), por. J. Wróblewski, *Precedens*, s. 525.

Podziałom powyższym towarzyszy rozróżnienie dwóch rodzajów i zakresów powiązania między D1 i D2, z których jeden określony jest jako uwzględnienie, a drugi – jako kierowanie się precedensem. Uwzględnianie precedensu (odpowiadające jego obiektywnemu pojęciu) ma miejsce wówczas, gdy w uzasadnieniu D2 znajduje się odwołanie do D1, ale jest ono traktowane jako argument dodatkowy, uzasadniający własne stanowisko (bez którego można byłoby co najwyżej stwierdzić zgodność D2 z D1). Kierowanie się precedensem natomiast (odpowiadające jego funkcjonalnemu pojęciu, zawierającemu przekonanie decydenta o potrzebie wykorzystania D1) ma miejsce wówczas, gdy da się ustalić rolę, jaką odwołanie się do D1 odgrywa w motywowaniu D2²⁴. W konsekwencji w ramach tej alternatywy jednoznaczna jest raczej nie tyle skala głębokości powiązania między decyzjami, ile skala głębokości uzasadnienia tego powiązania.

Na określenie głębokości powiązań między decyzjami nie wpływa w tej koncepcji sposób uzasadniania powiązania pomiędzy decyzjami, które może opierać się bądź na klasycznym rozumowaniu *per analogiam*, bądź na rozumowaniu *per rationem decidendi*²⁵, które zresztą w ocenie J. Wróblewskiego mogą się ze sobą w pewnym sensie łączyć.

III. Inne ujęcia precedensu i jego rodzajów

1. Najważniejszą kwestią poruszaną w większości opracowań polskich wydaje się być rozróżnianie precedensu wiążącego i niewiążącego²⁶, które zresztą promieniuje na wyodrębnienie kilku innych rodzajów precedensów. Precedens wiążący, identyfikowany z decyzją, której zastosowanie jest obowiązkiem sądu, odnoszony jest zazwyczaj do porządku *common law* i reguły *stare deci-*

²⁴ J. Wróblewski, *Precedens*, s. 529 i n.

²⁵ Por. tamże, s. 526 i n.

²⁶ Wyróżnianiu precedensu wiążącego towarzyszy często wyraźna deklaracja o ich braku w polskim systemie prawnym (por. tamże, s. 528–533). Podział ten na poziomie konstrukcyjnym sygnalizowany jest jednak w wielu pracach, np. L. Morawski, *Czy precedens*, s. 199; *tenże*, *Główne*, s. 208, 212; *tenże*, *Precedens*, s. 5–12 (gdzie kwestia związania oddzielona jest od prawotwórstwa – np. s. 5); M. Król, *Precedent*, s. 425–426; A. Orłowska, *Moc wiążąca, passim*. O trzech różnych rodzajach związania precedensem w postaci uchwały NSA por. D. Dąbek, *Między*, s. 194 i n. (wśród których wyodrębnione zostało też związanie „zniechęcające” kolejnych decydentów od odstąpienia). O różnych aspektach związania precedensem w porządku *common law* por. np. N. Duxbury, *The Nature*, s. 58 i n.; M.J. Gerhardt, *The Power*, s. 151 i n. oraz s. 177 (gdzie pojawia się koncepcja „superprecedensu” rozumianego jako precedens wiążący długo i szczególnie mocno). Por. też R. Siltala, *A Theory*, s. 127–150.

sis²⁷, przy czym niekiedy jako rodzaj precedensu wiążącego w porządku prawa stanowionego traktuje się, mające postać ogólną, decyzje (zwłaszcza uchwały) sądów najwyższych instancji, powiązane lub niepowiązane z rozstrzygnięciem konkretnej sprawy²⁸.

Wyróżnianiu precedensu wiążącego towarzyszyć może różnicowanie rodzaju związania, stanowiące podstawę rozróżnienia precedensu *de iure* i *de facto*. O ile ta pierwsza pokrywa się z podstawową kategorią precedensu wiążącego, o tyle pojęcie precedensu *de facto* (precedensu faktycznego), odwołując się zazwyczaj do obserwacji praktyki sądowej, utożsamiane jest z faktycznym związaniem pewnymi wcześniejszymi decyzjami, których wykorzystanie wywołane może być wyraźnie odrębnymi motywami „związania” (jego odczuwania) – bądź siłą argumentacji bądź autorytetem składu sądu bądź wreszcie względami oportunistycznymi (antycypowanie kontroli instancyjnej)²⁹.

Wyróżnianiu z kolei precedensu niewiążącego może towarzyszyć wyodrębnienie precedensu perswazyjnego („przekonującego”, *persuasive precedent*³⁰) który, oddziałując na rozumowanie aktualnego decydenta, pozostawiałyby mu jednocześnie swobodę co do jego wykorzystania. Jak widać, ten rodzaj precedensu mógłby się przekształcić w precedens wiążący *de facto*, jeśli tylko odwoływałby się do, opartych na mocnym przekonaniu o potrzebie wykorzystania, rozumowań procesowych, argumentacji lub treści wcześniejszej decyzji.

Precedens niewiązący może być także kojarzony z precedensem ilustracyjnym³¹. Jak się wydaje, jego wyodrębnienie wiąże się jednak nie tyle z oparciem się na wcześniejszej decyzji lub procesie decyzyjnym, lecz na sposobie udziału powołanej decyzji w toku argumentacyjnym uzasadnienia, na gruncie którego

²⁷ O funkcjonowaniu reguły *stare decisis* por.: J.M. Jr Walker, *The Role, passim*; J. Roland, *How stare decisis passim*; C. Starger, *The Dialectic*, s. 19–46. Por. też M. Koszowski, *Anglosaska*, s. 21 i n. Spotyka się też w literaturze amerykańskiej głęsy pomniejszające realne znaczenie tej reguły dla praktyki orzeczniczej (por. np. F. Schauer, *Stare Decisis*, s. 12 i n.; C.J. Peters, *Originalism*, s. 189 i n.).

²⁸ Dotyczyć to więc może tak uchwał składów powiększonych (7-osobowych, izbowych lub pełnego składu, z wytycznymi SN na czele), jak i np. uchwał składów zwykłych SN zawierających wpisane do księgi zasady prawne oraz uchwał TK, funkcjonujących w Polsce do 1997 r. (por. L. Morawski, *Precedens*, s. 5–12).

²⁹ Por. M. Zirk-Sadowski, *Precedens*, s. 71; L. Morawski, *Główne*, s. 212. Jako rodzaj precedensu *de facto* traktowane bywają, na podstawie „faktycznej mocy wiążącej”, uchwały NSA (por. D. Dąbek, *Między*, s. 198 i n.). M. Król natomiast wyróżnia w pewnym zakresie analogicznie do tego podziału precedensy formalne i nieformalne (por. *Precedent*, s. 426 i n.).

³⁰ L. Morawski, *Główne*, s. 216. W odniesieniu do praktyki angloamerykańskiej por. np. R. Bronaugh, *Persuasive, passim*; M.J. Gerhardt, *The Power*, s. 151–153; M. Ludwikowska, *System*, s. 62.

³¹ Por. L. Morawski, *Główne*, s. 201.

ma ono pokazać, iż takie decyzje czy rozumowania już wcześniej podejmowano w praktyce sądowej, a więc „tylko” ilustrować (i pośrednio wzmacniać) to, co i tak, bez sięgnięcia do wcześniejszego procesu decyzyjnego i decyzji, zostałyby w aktualnym procesie osiągnięte.

2. Drugi podział precedensów, częściowo powiązany z podziałami powyższymi, wiąże się z wyróżnianiem precedensów konkretnych i abstrakcyjnych³². Poszczególne ujęcia, wyraźnie utożsamiając co do zasady precedens z decyzją konkretną, rozstrzygającą daną sprawę (także kontrolującą decyzję czy wyrok w toku instancji lub ustawę w toku kontroli konstytucyjności), niekiedy dopuszczają lub rozważają możliwość potraktowania jako precedens w porządku prawa stanowionego, mimo braku jednoznacznego i precyzyjnego wyróżnienia w nich *obiter dictum*, także decyzji „abstrakcyjnych”, w postaci wspomnianych wyżej uchwał składów poszerzonych, zwłaszcza jeśli są one wykorzystywane przez niezwiązany formalnie taką uchwałą (np. poprzez sformułowanie pytania) sąd, a sama treść (teza) uchwały wiąże się z jakimś konkretnym składnikiem danego procesu decyzyjnego (stanem faktycznym, kontrolowaną decyzją itp.), w ramach którego pojawił się problem. Dotyczy to też w jakimś sensie uchwał abstrakcyjnych, niewynikających z takiego konkretnego składnika (np. podjętych w wyniku wniosku Prezesa SN lub NSA), chociaż tu *stricto* precedensowy ich charakter mimo wiążącego charakteru, jak się wydaje, byłoby trudniej uzasadnić.

3. Istotny podział wiąże się z wyodrębnieniem precedensów decyzyjnych (rozstrzygających) i interpretacyjnych³³. Precedens decyzyjny polega na odwołaniu się w procesie decydowania oraz w uzasadnieniu podjętej aktualnie decyzji do treści wykorzystanej decyzji finalnej (do zawartego w niej rozstrzygnięcia). Stanowi zatem, w jakimś zakresie, powtórzenie (jak się wydaje – zawsze adaptacyjne, a więc potencjalnie modyfikujące) samej sentencji, której zresztą nie dałoby się zakwalifikować jako precedens bez argumentacyjnego zaprezentowania tego faktu w uzasadnieniu (zwłaszcza w świetle podobieństwa stanu faktycznego czy innych składników sytuacji orzeczniczej).

Precedens interpretacyjny³⁴ także wiąże się z wykorzystaniem wcześniejszej decyzji w trakcie procesu, tyle, że nie odnosi się do decyzji finalnej, lecz do

³² Por. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *Precedens*, s. 229.

³³ Por. L. Morawski, *Główne*, s. 214. Na związek precedensu ze zmianami wykładni wskazuje T. Fleming-Kulesza, *Czy w Polsce*, s. 16.

³⁴ Por. M. Zirk-Sadowski, *Precedens*, s. 73. Można go też nazwać „operatywnym” (*operational*) – por. W.A. Edmundson, Schauer on, s. 405 lub ustawowym (*W.N. Eskridge Jr., Overruling*, s. 1361–1365).

decyzji cząstkowych, powiązanych z poszczególnymi czynnościami i rozumowaniami wykładni operatywnej, z naciskiem na wykorzystanie tych ostatnich. Także tu prezentacja argumentacyjna w uzasadnieniu takiego wykorzystania pomaga w określeniu głębokości powiązania oraz w przesądzeniu o świadomym wykorzystaniu danych rozumowań, zwłaszcza że zazwyczaj ten rodzaj precedensu kojarzony jest z precedensem niewiążącym, a więc tym bardziej wymagającym ujawnienia powiązań między oboma procesami decyzyjnymi. Jest on też w pewnym sensie niezależny od wykorzystania samej treści decyzji, bowiem do konkretnych rozumowań interpretacyjnych można odwołać się w sytuacji nie tylko niewykorzystania samej decyzji, ale także – podjęcia decyzji z tą decyzją sprzecznej. Może być także kojarzony z precedensem perswazyjnym z punktu widzenia braku wiążącego charakteru.

Jak się wydaje jednak, w konkretnych procesach decyzyjnych oba powyższe rodzaje precedensów najczęściej łączą się w jeden rodzaj (co stanowi zresztą najpełniejszy wymiar „precedensowości” powiązań między oboma procesami decyzyjnymi), jako że modelowo wykorzystane rozumowania interpretacyjne stają się precedensem dla aktualnego procesu decyzyjnego wówczas, gdy „wspierają” i wzmacniają wykorzystanie w aktualnym procesie decyzyjnym treści decyzji, przy podejmowaniu której zostały zastosowane.

4. Jeszcze innym, chyba najczęściej podnoszonym, obok rozróżniania precedensu wiążącego i niewiążącego, kryterium podziału precedensów jest przyznanie im charakteru prawotwórczego bądź nieprawotwórczego³⁵. Stał się on nawet bardziej niż pierwszy z wymienionych tu podziałów, wykładnikiem nie tylko sposobu ujmowania precedensu, ale także dopuszczalności tej kategorii orzeczniczej w polskim porządku prawnym, traktowanym rzecz jasna jako rodzaj porządku prawa stanowionego.

Z rozróżnieniem tym wiążą się dwa ujęcia z lat 60. i 70. Jedno, autorstwa Z. Ziemińskiego, wyprowadzone na gruncie teorii prawa, a konkretnie w ramach bardzo istotnej dla postrzegania istoty porządku prawnego i procesów stosowania prawa koncepcji źródeł prawa w ujęciu decyzyjnym, za precedens prawotwórczy uznaje decyzję podjętą w określonej sprawie, gdy brak jest podstaw w normach dotychczas uznawanych za obowiązujące do wydania takiej decyzji lub podstawy te są niedostatecznie określone, i dopiero decyzja sądowa określa zakres czynów zakazanych, nakazanych czy dozwolonych. Wyróżnieniu tego rodzaju precedensu towarzyszy warunek uznania poprawności takiej operacji przez doktrynę i środowisko prawnicze w kontekście powsta-

³⁵ Por. L. Morawski, *Główne*, s. 214.

nia w ten sposób nowej normy generalnej i abstrakcyjnej. Autor odróżnia ten rodzaj precedensu od precedensu „potwierdzającego”, opartego na uznaniu za obowiązującą prawnie normy zwyczajowej, przy czym wykazuje przy okazji wątpliwość co do możliwości przypisywania im wiążącego charakteru, przede wszystkim z powodu charakteru *ratio decidendi*³⁶.

Ujęcie drugie, nieco wcześniejsze, autorstwa *J. Stelmachowskiego*, wyprowadzone na gruncie nauki prawa cywilnego³⁷, nie opiera się na przyjęciu określonej koncepcji teoretycznej precedensu, lecz na obserwacji praktyki sądowej, w ramach której autor ten dostrzega (także w polskiej rzeczywistości prawnej lat 60.) „prawotwórstwo sądowe”. Jest to zatem nawet nie tyle koncepcja precedensu prawotwórczego, ile stwierdzenie realnego występowania prawotwórstwa sądowego, stające się podstawą rozważania także innych zagadnień (np. prawotwórcza wykładnia prawa). Precedensowość orzeczeń, odnosząca się w tym ujęciu przede wszystkim do ich powtarzalności, zwłaszcza w kontekście uformowania się linii orzeczniczych, jest tylko jednym z wymiarów takiej prawotwórczej praktyki sądowej.

Zagadnienie prawotwórstwa sądowego stało się też podstawą przeniesienia kategorii precedensowości na określenie relacji pomiędzy orzecznictwem sądu konstytucyjnego i sądów administracyjnych, zwłaszcza w kontekście powołania się przez NSA na wykładnię Trybunału w sytuacji braku jej formalnej mocy wiążącej³⁸.

Odróżnienie precedensowości oraz prawotwórstwa sądowego, dokonane na gruncie teoretycznoprawnym przez *M. Zirk-Sadowskiego*, zwłaszcza w kontekście problematyki nowości normatywnej, teorii wykładni, wiążącego charakteru precedensu czy zakresu kompetencji, stało się podstawą wyrażenia przez tego autora sceptycznej postawy nie tylko co do możliwości recypowania rozwiązań angloamerykańskich na grunt porządku prawa stanowionego, ale też co do możliwości przyjęcia tezy o precedensowym charakterze wykorzystanej decyzji sądowej³⁹.

³⁶ Por. *Z. Ziemiński*, Teoria prawa, s. 83–85; *tenże*, Problemy, s. 80 oraz s. 264–265 (gdzie precedens potwierdzający został już nazwany „nieprawotwórczym”) oraz *tenże*, Tworzenie, s. 50 i n.

³⁷ Por. *J. Stelmachowski*, Prawotwórcza, *passim*; *tenże*, Wstęp, s. 434–456; *tenże*, Zarys, s. 295–308.

³⁸ Por. *R. Hauser*, *J. Trzciniński*, Prawotwórcze, s. 10–13, 31–32.

³⁹ Por. *M. Zirk-Sadowski*, Precedens, *passim*, s. 69 i n., s. 73 w kontekście relacji między precedensowością a prawotwórstwem oraz s. 78 w kwestii tzw. nowości normatywnej. Bezpośrednie rozróżnienie precedensu prawotwórczego i nieprawotwórczego pojawia się też w pracach *L. Morawskiego*, nawiązującego w ramach określenia prawotwórczego charakteru precedensu do ujęć

W pewnym sensie podział precedensów na prawotwórcze i nieprawotwórcze nawiązuje do zakorzenionego także w literaturze anglosaskiej podziału precedensów na konstytutywne i deklaratywne, odnoszone tak do powiązań treściowych, jak i argumentacyjnych pomiędzy decyzjami⁴⁰.

5. Niezależnie od wyżej zaprezentowanych, relatywnie często analizowanych rodzajów precedensów, odnoszonych głównie do porządku prawa stanowionego, pojawiają się także podziały wysuwane rzadziej, co nie znaczy, że nie mają one znaczenia dla ogólnego obrazu obecności precedensu w polskiej doktrynie prawniczej. Jednym z nich jest wyróżnianie precedensów *secundum, praeter* oraz *contra legem* (w zależności od ich relacji do norm ustawowych)⁴¹, czy precedensów rzeczywistych i pozornych (z których te ostatnie, nazwane też fałszywymi, ograniczałyby się do troski o niewzruszalność własnego rozstrzygnięcia oraz automatycznego odwoływania się do publikowanych orzeczeń czy całej linii orzeczniczej)⁴².

§ 3. Problem funkcjonowania precedensu w polskim porządku prawnym

I. Uwagi ogólne

Ustalanie pojęcia precedensu oraz wyróżnianie ich rodzajów występują w polskiej literaturze prawniczej bądź jako zagadnienia samodzielne, bądź w powiązaniu z rozważeniem funkcjonowania precedensu w kontekście tak dostrzegania jego obecności w praktyce sądowej, jak i roli orzeczniczej, prowadzącego niekiedy do określenia potencjału precedensu w porządku prawa stanowionego, uwzględniającego zarówno jurydyczne, jak i społeczne aspekty tej praktyki⁴³.

Z. Ziemińskiego w kontekście zmiany zakresu normowania czy ustalonej interpretacji (por. L. Morawski, *Czy precedens*, s. 188; *tenże*, Głównie, s. 214).

⁴⁰ Por. np. rozróżnienie pomiędzy teorią *weak* oraz *strong view of precedent* oraz kompromisowym w stosunku do nich ujęciem *golden rule* (M.J. Gerhardt, *The Power*, s. 47–68, 79–110). Por. też T. Stawewski, *Precedens jako zadanie*, s. 257 (wraz z zasygnalizowanymi tam poglądami).

⁴¹ Por. L. Morawski, *Czy precedens*, s. 188.

⁴² Por. J. Zajadło, *Precedens rzeczywisty*, s. 25–27.

⁴³ Należy podzielić pogląd, wskazujący na ułomność takiego obrazu porządku prawa stanowionego, który nie obejmowałby innych decyzji sądowych jako rodzaju faktycznego źródła prawa, niezależnie od tego, czy traktowane są one jako precedensy czy tylko jako wcześniejsze, uwzględ-