

O znaczeniu argumentacji komparatystycznej zewnętrznej i wewnętrznej w stosowaniu prawa administracyjnego

Jedną ze znamienych cech bogatego i zróżnicowanego dorobku Szanownego Jubilata jest to, jak wielką wagę przypisuje On metodzie komparatystycznej w badaniach nad administracją publiczną. W pracach naukowych i wykładach Profesora Jerzego Korczaka widoczny jest nie tylko szacunek dla komparatystyki w ogóle, ale również – a być może przede wszystkim – szacunek dla dokonań Wrocławskiej Szkoły Komparatystyki, którą promował także w anglojęzycznych publikacjach, przyczyniając się do jej zasłużonej widoczności w międzynarodowym dyskursie. Jubilat zwraca uwagę, że na tle międzynarodowym rozwój badań nad komparatystyką w Polsce zasługuje na odrębne opracowania¹. Ta myśl inspiruje do podjęcia rozważań – w duchu tradycji wrocławskiej – o praktycznym stosowaniu komparatystyki w rodzimym porządku prawnym.

Czym jest komparatystyka na urodzajnym polu prawa administracyjnego?² Już tak postawione pytanie może prowadzić do eksploracji nowych obszarów w badaniach nad administracją publiczną i prawem administracyjnym, ponieważ nie koncentruje się ono na tym, jak przeprowadzić owocną

* Dr Karolina Kulińska-Jachowska, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Instytut Nauk Administracyjnych; ORCID: [0000-0002-0143-8368](https://orcid.org/0000-0002-0143-8368).

¹ J. Korczak, *The benefit of using the comparative method in studying public administration*, [w:] D. Cendrowicz, A. Chrisidu-Budnik (red.), *Comparative perspectives for public administration and administrative law*, Wrocław 2018, s. 13-24.

² Nawiązuję w tym miejscu do pytania zadanego przez B. Kingsbury'ego: *What constitutes 'law' in the efflorescent field of 'global administrative law'?* (zob. *idem*, *The concept of 'law' in global administrative law*, „European Journal of International Law” 2009, nr 20(1), s. 23-57). S. Romano stwierdza, że „współcześnie komparatystyka jest coraz bardziej kojarzona z prawem, chociaż nie wiadomo co to właściwie oznacza (*Nowadays, comparison is more and more associated with law, even though it is unclear what it is exactly meant by that*), *idem*, *Comparative legal argumentation: three doctrines*, „Diritto & Questioni Pubbliche” 2012, nr 12, s. 469-492.

i metodologicznie poprawną analizę porównawczą, lecz skłania do zastanowienia się nad tym, jakie operacje intelektualne i ich wyniki (w postaci prac naukowych, decyzji, wyroków, uzasadnień aktów prawnych i innych) utożsamiamy z szeroko rozumianą komparatystyką. Nie oznacza to wcale, że w przypadku metod właściwych komparatystyce panuje zgoda. Mark Van Hoecke, przedstawiając propozycję uporządkowania i ujednolicenia metodologii komparatystyki prawniczej³, zwrócił uwagę, że wysiłki aspirujących komparatystów niejednokrotnie schodzą na manowce tylko z tego względu, że to, co w ubiegłym stuleciu było w komparatystyce powszechnie aprobowane, na przestrzeni kilku ostatnich dekad uległo mniejszym i większym zmianom lub stało się przedmiotem jednoznacznej krytyki (m.in. pojęcie rodzin prawa⁴)⁵. Z drugiej zaś strony, badania porównawcze stały się nieodłącznym elementem w kanonie metodologii badań nad prawem i administracją publiczną. Innymi słowy, choć komparatystyka jest powszechnie aprobowana i doceniana, to wciąż nie jest jednolicie postrzegana i uprawiana. Remedium na ten stan rzeczy M. Van Hoecke upatruje w porządkowaniu i harmonizowaniu ram metodologicznych komparatystyki. Konkluzji tej nie sposób odmówić trafności, niemniej dostrzeżony przez niego paradoks inspiruje do spojrzenia na ów problem szerzej i podjęcia dyskusji nad granicami komparatystyki i różnymi jej postaciami.

Jednym z obszarów, który nie doczekał się jeszcze wyczerpującego omówienia, jest aktywność komparatystyczna rodzimych sądów administracyjnych i organów administracji publicznej. Dyskurs zdominowały rozważania dotyczą-

³ *The common-core method*. Metoda ta (nieciesząca się znaczącą popularnością wśród przedstawicieli polskich nauk prawnych) została zaproponowana na początku XX w. przez Rudolfa Schlesingera i miała polegać na zestawianiu podobieństw i różnic w rozstrzygnięciu określonego zagadnienia w różnych porządkach prawnych. Porównania mieli zaś dokonywać eksperci w danej gałęzi prawa reprezentujący każdą z badanych jurysdykcji. Dostrzeżone w ten sposób podobieństwa miały stanowić wspólny rdzeń (*common core*) systemów prawnych. O implikacjach metody wspólnego rdzenia, w szczególności dla prawa międzynarodowego publicznego zob. D. Zdrójkowski, *Rudolf Schlesinger (1909-1996). Życie i idea*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2017, t. XVI, z. 2, s. 175-186.

⁴ Interesujące są w tym względzie badania M. Pargendlera, który, posiłkując się analizą historyczną, sugeruje, że rozwój koncepcji rodzin prawnych należałoby zobrazować raczej za pomocą paraboli aniżeli wykresu liniowego. Jego zdaniem, wbrew utrwalonemu przekonaniu pojawienie się dychotomii *common law-civil law* w prawie zwyczajowym miało osiągnąć swój szczyt dopiero na początku XX w. – po zakończeniu pierwszej globalizacji w 1914 r., ale przed drugą globalizacją w drugiej połowie tego stulecia – wobec czego głosy za porzuceniem koncepcji rodzin prawnych nie są wcale tak radykalne, jak mogłoby się współcześnie wydawać. M. Pargendler, *The Rise and Decline of Legal Families*, „The American Journal of Comparative Law” 2012, vol. 60, no. 4, 1043-1074.

⁵ M. Van Hoecke, *Methodology of Comparative Legal Research*, „Law and Method” 2015, no. 4, s. 1-35.

ce komparatystyki w kontekście wykładni i stosowania prawa UE, których wartości nie sposób przecenić, lecz jest to tylko jeden z wielu kontekstów, w których sądy i organy administracji publicznej muszą, powinny lub mogą posługiwać się analizą porównawczą. W literaturze zachodniej badanie argumentacji komparatystycznej w orzecznictwie od dawna cieszy się dużym zainteresowaniem, choć stosunkowo rzadko rozważania te są relatywizowane do określonej gałęzi prawa⁶. Bodaj najwięcej uwagi poświęca się odesłaniom do prawa obcego w orzeczeniach sądów konstytucyjnych, a odzwierciedleniem tej tendencji są ukazujące się w ostatnich latach publikacje dotyczące komparatystyki w orzeczeniach TK⁷.

Diagnoza aktywności komparatystycznej sądów administracyjnych i organów administracji nie ma wyłącznie znaczenia praktycznego. W istocie stanowi przedpole dla formułowania poprawnych metodologicznie wniosków i teorii ze stanowiska komparatystyki prawniczej, a także dogmatyki prawa administracyjnego, co można zilustrować na przykładzie wyroku NSA z dnia 12 marca 2008 r. W tej sprawie skarżący kasacyjnie zarzucił wyrokowi WSA w Warszawie naruszenie prawa materialnego, tj. przepisów art. 2 i art. 87 Konstytucji RP, polegające na przyjęciu jako jednej z podstaw rozstrzygnięcia „stanowisk zagranicznych urzędów patentowych, a nie jedynie obowiązujących na terenie Rzeczypospolitej źródeł prawa”⁸. W ocenie kasatora sposób argumentacji WSA, który polegał na wyrażeniu aprobaty dla stanowiska zagranicznych urzędów patentowych, nie był uprawniony, gdyż organy te nigdy nie były stroną postępowania, zaś obca praktyka orzecznicza nie może być podstawą, choćby pomocniczą, w orzekaniu przez sądy polskie. Zarzut nie zyskał aprobaty NSA, który wyjaśnił, że skarżący błędnie utożsamiał zastosowanie przez Sąd określonego przepisu, źródłem którego musi być akt normatywny należący do katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego określonego w art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, z akceptacją przez Sąd określonego dorobku orzeczniczego, literatury, względnie poglądów prawnych wyrażonych w orzeczeniach innych organów (także organów innych państw). O ile bowiem podstawą prawną orzeczenia nie

⁶ Zob. np.: D. Canale, *Comparative reasoning in legal adjudication*, „Canadian Journal of Law & Jurisprudence” 2015, no. 28(1), s. 5-27; S.K. Harding, *Comparative reasoning and judicial review*, „Yale Journal of International Law” 2003, no. 28, s. 409-464; M. Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford 2013.

⁷ A. Paprocka, *An Argument from Comparative Law in the Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2018, nr 8, s. 237-250.

⁸ II GSK 412/07, LEX nr 371981; M. Ziółkowski, *Wykładnia komparatystyczna czy niekomparatystyczne odwołanie do prawa obcego? Studium przypadku Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Konstytucyjny” 2022, nr 3, s. 95-119; P. Chybalski, *Aprobata i krytyka stosowania wykładni komparatystycznej w orzecznictwie konstytucyjnym*, PiP 2022, z. 4, s. 27-45.

może być akt nienależący do konstytucyjnego katalogu źródeł prawa, „o tyle dopuszczalne, a nawet wręcz pożądane, jest stosowanie prawnoporównawczej wykładni przepisów, uwzględniającej stanowisko innych organów i ich uzasadnienie. Takie działanie Sądu pozwala bowiem na szerszą ocenę rozpoznawanego zagadnienia i uzupełnia wykładnię językową, celowościową lub historyczną stosowanego przepisu. Zabieg prawnoporównawczej wykładni nie może być zatem utożsamiany ze związaniem Sądu poglądami innych organów (autorów publikacji)”⁹.

Choć rozważania NSA o subsydiarności odesłania do stanowisk zagranicznych urzędów patentowych są co do zasady poprawne, to zdecydowanie na wyrost zabieg ten został określony mianem wykładni prawnoporównawczej (sąd I instancji poświęcił temu zagadnieniu jeden akapit składający się wyłącznie ze skróconego zestawienia stanowisk kilku urzędów patentowych), podczas gdy stanowi przykład argumentu z prawa obcego, określanego także mianem argumentu komparatystycznego. Zgodzić należy się też z twierdzeniem, że odwołanie do stanowiska innych, obcych organów nie może być z zasady utożsamiane ze związaniem sądu tymi poglądami, przy czym nie można wykluczyć, że w pewnych przypadkach argumentacja oparta na obcych źródłach może stanowić przekroczenie granic swobody sędziowskiej.

W dyskursie dotyczącym argumentacji komparatystycznej zewnętrznej (odesłania do obcych źródeł prawa i wiedzy o prawie) ważną rolę odgrywa dyskusja wokół autorytetu perswazyjnego¹⁰, która to koncepcja jest związana doktryną przeniesienia (zapożyczenia) sądowego (*doctrine of judicial transplant*)¹¹.

W tym ujęciu odesłanie do obcego orzecznictwa jest postrzegane jako czynnik swoiście optymalizujący działalność sędziów (w szczególności w sądach konstytucyjnych). Nie orzekają oni wówczas jedynie o zgodności określonych aktów prawnych z konstytucją, lecz stają się współtwórcami i gwarantami idealnego porządku prawnego i etycznego¹². W ramach tego typu argumentacji wyróżnia się cztery etapy aktywności komparatystycznej: (1) rekonstrukcja różnic i analogii w tym, jak interpretowane są wypowiedzi normatywne w różnych kontekstach w potencjalnie porównywalnych przypadkach; (2) ocena i wybór najlepszego wariantu uwzględniające specyfikę konkretnej sprawy; (3) krytyka wewnętrzna, której efektem jest dojście przez sędziego do przekonania, że od-

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ H.P. Glenn, *Persuasive Authority*, „McGill Law Journal” 1987, vol. 32, no. 2, s. 261-298; Ch.W. Flanders, *Toward a Theory of Persuasive Authority*, „Oklahoma Law Review” 2009, vol. 62, no. 1, s. 55-58.

¹¹ S. Romano, *op. cit.*, s. 469-472.

¹² *Ibidem*, s. 477.

powieź na określone pytanie lub analiza danego zagadnienia przeprowadzona przez sąd obcy jest lepsza, bardziej skuteczna czy adekwatna niż rozwiązanie oparte na rodzimym prawie i orzecznictwie; (4) przeniesienie obcego rozwiązania do wewnętrznego porządku prawnego w drodze orzeczenia (S. Romano opisuje ten etap jako „wyzwanie normatywne”)¹³. Najważniejszą rolę odgrywają etap drugi i trzeci (ewaluacji i krytyki), które łączy się z koncepcją autorytetu perswazyjnego (*persuasive authority*) czy też mocy perswazyjnej określonego źródła prawa (w tym także orzeczenia, aktu typu *soft law*). Teoria autorytetu perswazyjnego nawiązuje do charakterystycznego dla *common law* podziału na precedensy formalnie wiążące i perswazyjne. W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że w przeciwieństwie do autorytetu wiążącego (*binding authority*) autorytet perswazyjny przekonuje do posłuszeństwa, nie wymuszając go. Ten szczególny rodzaj autorytetu charakteryzują dwie cechy. Po pierwsze, opiera się całkowicie na sile perswazji, co oznacza, że treść wypowiedzi jest ważniejsza niż reputacja samego autora. Po drugie, autorytet ten jest uznawany za autorytet słaby, miękki – jest to autorytet oparty na sile (lepszego) argumentu. Ocena potencjalnego obiektu przeniesienia (odesłania) nie jest uznaniowa. Przeciwnie, etap oceny ma być wyrafinowaną operacją intelektualną, która pozwala uniknąć arbitralności rozstrzygnięć w sprawach szczególnie trudnych i skomplikowanych¹⁴.

Doktryna sądowego przeniesienia nie jest wolna od krytyki. S. Romano dzieli stawiane wobec niej zarzuty na cztery kategorie. Dwie z nich opierają się na kwestionowaniu współistnienia w jej ramach trzech konkurencyjnych koncepcji: autorytetu, perswazji i prawdy. Zarzut pierwszy dotyczy niemożności pogodzenia ze sobą autorytetu prawa obcego i jego oddziaływania perswazyjnego, jako wzajemnie się wykluczających. Albo jest tak, że sędzia decyduje się zastosować odesłanie do prawa obcego ze względu na jego walory perswazyjne, albo z szacunku dla organu, który jest ustanowił. Wówczas przekonanie o słuszności aktu czy też orzeczenia jest pochodną autorytetu. Zarzut drugi jest wypadkową zestawienia ze sobą koncepcji prawdy i perswazji. Nawet przy starannym doborze i krytycznej ocenie obiektów porównania przypisanie danemu źródłu waloru perswazyjności oznacza przyzwolenie na rozumowanie w kategoriach subiektywnych i wydawanie opinii, oderwanych od jednoznacznie określonych kryteriów oceny i hierarchii źródeł prawa w rodzimym porządku prawnym. Trzeci, normatywny zarzut sprowadza się do twierdzenia, że odesłanie do prawa obcego prowadzi do zachwiania trójpodziału władz. Jeżeli bowiem

¹³ *Ibidem*, s. 477-478.

¹⁴ H.P. Glenn, *op. cit.*, s. 261.

to sędzia samodzielnie decyduje o zastosowaniu źródła prawa lub orzeczenia obcego, to przejmuje on w ten sposób uprawnienia legislatora, dowolnie decydując o podstawie wyrokowania. Jak wskazuje S. Romano, zarzut ten dotyczy bardziej dyskusji nad granicami swobody orzeczniczej sędziów niż odesłania do prawa obcego jako takiego. Czwarty zarzut to zarzut epistemologiczny – jeżeli prawo jest zjawiskiem kulturowym, to wobec braku wspólnych przesłanek epistemologicznych poznanie jednego systemu prawnego nie może prowadzić do zrozumienia drugiego (co miałyby dotyczyć zwłaszcza zapożyczeń między *common law* a systemami prawa stanowionego)¹⁵.

Na zbieżność między odesłaniem do prawa obcego a argumentem z autorytetu zwrócił uwagę M. Ziółkowski na kanwie analizy wybranych orzeczeń TK, dochodząc do przekonania, że zasadna jest refleksja nad tym, czy każde odwołanie się przez TK do prawa lub orzecznictwa obcego może być w przekonujący sposób analizowane jako przejaw (sądowej) działalności komparatystycznej, a co za tym idzie – czy może być (i czy w ogóle powinno) mierzone komparatystyczną miarą¹⁶. Jak twierdzi, odwołania do obcego prawa i orzecznictwa w badanych przez niego wyrokach niewiele mają wspólnego z komparatystyką i niekoniecznie jest to ich wada lub błąd metodologiczny po stronie Trybunału, ponieważ odesłania te należałoby traktować jako ujawniony przez Trybunał w uzasadnieniu istotny dla wykładni pozajęzykowy kontekst otoczenia normatywnego Konstytucji RP. Dodatkowo, M. Ziółkowski słusznie zwraca uwagę na niepokojące zjawisko abuzywnego użycia komparatystyki, które polega na powoływaniu brzmienia zagranicznych przepisów (w tym wypadku konstytucyjnych) lub całych instytucji, a także orzecznictwa, w sposób oderwany od kontekstu historycznego ich powstania, funkcji w konkretnym porządku prawnym oraz kontekstu społeczno-politycznego ich użycia¹⁷. W skrajnych przypadkach uprawiana w ten sposób „komparatystyka” staje się narzędziem do uzasadniania konstytucyjności rozstrzygnięć wspierających nieliberalne decyzje większości politycznej¹⁸.

¹⁵ Ch.F. Flanders zwraca dodatkowo uwagę na brak jednoznacznych kryteriów wytyczających granicę autorytetu perswazyjnego: *What entitles a source – whether it be a decision of a foreign court, a blog entry, a law review article, or a treatise – to count as a persuasive authority? Are some sources, either by virtue of their merit or their status as a kind of source, generally more persuasive than others?*, *idem*, *op. cit.*, s. 56.

¹⁶ M. Ziółkowski, *op. cit.*, s. 97.

¹⁷ *Ibidem*, s. 96-97.

¹⁸ Jako przykład abuzywnego wykorzystania komparatystyki M. Ziółkowski podaje uzasadnienie wyroku TK z dnia 14 lipca 2021 r. w sprawie P 7/20, w którym odesłanie do orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (Bundesverfassungsgericht) posłużyło jako argument za przyjęciem tożsamości konstytucyjnej jako przesłanki kontroli *ultra vires* aktu UE – *ibidem*, s. 96.

Sądy administracyjne określają mianem analizy komparatystycznej i prawnoporównawczej także porównania wewnątrzsystemowe (w tym porównania historyczne)¹⁹. Kategorię argumentów komparatystycznych wewnętrznych w orzecznictwie wyróżnia J. Winczorek, który utożsamia je z argumentami natury historycznej²⁰. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że z punktu widzenia teorii i metod komparatystyki prawniczej porównania wewnątrzsystemowe uznaje się za element analizy komparatystycznej dotyczącej porównywanych porządków prawnych. W porównaniu prawa nie należy ograniczać uwagi do wyłącznie do zestawienia krajowych porządków prawnych rozpatrywanych na podstawie konkretnych, izolowanych (zewnętrznych) kwestii. Konieczne jest także zbadanie w poszczególnych krajach, w jaki sposób poszczególne rozwiązania odnoszą się do siebie wewnątrz systemu. Wyniki wewnętrznego porównania wewnątrz systemu mogą i muszą zostać uwzględnione w porównaniu prawnym. Samoistne porównania wewnątrzsystemowe (niezwiązane z odesłaniem lub porównaniem do prawa obcego) stosowane dla potrzeb praktyki będą służyć oczywiście innym celom i wydaje się, że w wielu wypadkach wyciąganie ich przed nawias wykładni historycznej czy systemowej nie jest uzasadnione. Czy ten rodzaj odesłań należy zatem odrzucić jako odrębny przedmiot poznania naukowego?

Potencjału poznawczego argumentów komparatystycznych wewnętrznych używanych przez organy administracji publicznej i sądy administracyjne można upatrywać w dwóch obszarach. Pierwszy z nich to komparatystyka wewnętrzna w służbie integralności prawa administracyjnego. Pole dla komparatystycznej aktywności orzeczniczej w tym zakresie stanowią zwłaszcza sprawy z pogranicza prawa karnego i administracyjnego²¹. Natomiast drugi obszar jest związany z integralnością administracji publicznej w ogóle. Potencjał tego nurtu może być trudny do wydobywania w odniesieniu do polskiego orzecznictwa, ponieważ jest on silnie związany z doktryną deferencji sędziowskiej, która, jak

¹⁹ Na przykład w wyroku z dnia 11 października 2012 r., II OSK 1347/12, NSA stwierdził, że za stwierdzeniem, że art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji zawiera wyczerpujący i zamknięty wykaz przesłanek odmowy wydania pozwolenia na broń palną, które wiążą organy administracji publicznej, przemawia zwłaszcza analiza prawnoporównawcza treści przepisu w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy i po niej. LEX nr 1234136.

²⁰ J. Winczorek, *Wzorce wykładni konstytucji w świetle analizy treści uzasadnień orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, s. 407.

²¹ Zob. uwagi D. Dąbek o minimalnych standardach administracyjnoprawnej regulacji sankcji o karnym charakterze: *eadem*, *Ochrona granicy – minimalne standardy administracyjnoprawnej regulacji sankcji o karnym charakterze*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Integralność prawa administracyjnego. Perspektywa polska*, Warszawa 2019, s. 245-268.

wskazują Z. Kmiecik i J. Wegner, nie jest jeszcze adekwatna w polskim prawie i polskim systemie politycznym, a nawet nie jest jeszcze w tym systemie znana w rozumieniu przyjętym w literaturze światowej²².

Na marginesie głównych rozważań warto zauważyć, że doktryna defereencji sędziowskiej stanowi sama w sobie interesujący przykład tłumaczenia prawniczego, a nawet komparatystyki językowej. Wobec braku ekwiwalentu tego pojęcia w języku prawnym w polskiej literaturze nazwa tej zasady jest tłumaczona różnie (niekiedy przez tych samych autorów) m.in. jako: powściągliwość sądowa²³, zasada sądowego respektowania²⁴, doktryna sędziowskiego szacunku²⁵, sądowe uznanie²⁶. Niektórzy autorzy, zapewne chcąc uczynić odwołanie do tego pojęcia jak najbardziej czytelnym, dokonują przekładu powyższej zasady w sposób opisowy („sądowe domniemanie poprawności interpretacji prawa przyjętej przez agencję regulacyjną”²⁷) lub nie tłumaczą wcale²⁸. Słusznie jednak T. Stawecki podkreśla wagę różnic znaczeniowych poszczególnych wariantów tłumaczeń, wyjaśniając, że przeciwieństwem aktywizmu sędziowskiego jest powściągliwość sędziowska lub wstrzemięźliwość sędziowska (*judicial restraint*), będąca szerszym programem wykonywania roli sędziego, zwłaszcza sędziego sądu konstytucyjnego. Takie stanowisko wydawało się dominować przez kilkanaście lat w USA, ustępując obecnie koncepcjom „sędziowskiego poszanowania dla decyzji innych podmiotów” („sędziowskiego respektu”, *judicial deference*) jako szczególnej postaci powściągliwości sędziowskiej”, a jednocze-

²² Z. Kmiecik, J. Wegner, *Deference to the Public Administration in Judicial Review: A Polish Perspective*, [w:] G. Zhu (red.), *Deference to the Administration in Judicial Review. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer 2019, s. 372.

²³ M. Bernatt, *Koncepcja powściągliwości sądowej w prawie ochrony konkurencji*, PiP 2017, z. 6, s. 36-54.

²⁴ M. Kamiński, *Wzorce kodyfikowalności procedury sądownoadministracyjnej oraz problemy ich konkretyzacji na tle rozwiązań w wybranych zagranicznych porządkach prawnych i w prawie polskim*, „Forum Prawnicze” 2021, nr 4, s. 67-89.

²⁵ G. Maroń, *Glosa do wyroku federalnego Sądu Apelacyjnego dla 4. Okręgu z 25 maja 2017 roku w sprawie International Refugee Assistance Project v. Trump*, 857 F.3d 554 (4th CIR. 2017), „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego – Seria Prawnicza” 2017, nr 21, s. 176-193.

²⁶ J. Zajadło, *James Bradley Thayer i problem „niekonstytucyjności ponad wszelką wątpliwość*, „Przegląd Konstytucyjny” 2021, nr 1, s. 7-20.

²⁷ D. Stolicki, *Recepcja orzecznictwa Sir Edwarda Coke’a w brytyjskim i amerykańskim prawie konstytucyjnym: analiza porównawcza*, [w:] R. Kłosowicz et al. (red.), *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne: księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*, Kraków 2016, s. 685-705.

²⁸ M. Kamiński, *Aksjonormatywne dylematy standaryzacji kryterium legalności administracyjnoprawnej w procesie weryfikacji sądownoadministracyjnej. Rozważania na tle anglosaskiej koncepcji judicial deference*, [w:] Z. Duniewska, A. Rabięga-Przyłęcka, M. Stahl (red.), *Standardy współczesnej administracji i prawa administracyjnego*, Warszawa 2019, s. 328-346.

śnie zauważa, że „trudno też dostrzec konsekwencję autorów w posługiwaniu się powyższymi terminami”²⁹. Mając to na uwadze, proponowane tłumaczenie w postaci „deferencji sędziowskiej” jest najbardziej adekwatne jako ekwiwalentne semantycznie i fonetycznie z oryginałem. Słowo deferencja nie jest zarazem bezrefleksyjną kalką z języka angielskiego. Znajdziemy je bowiem w *Słowniku języka polskiego* pod red. Doroszewskiego, w którym zostało zdefiniowane jako „szacunek, poważanie, względy”.

Tezę o potrzebie stosowania komparatystyki wewnątrzsystemowej przez sądy dokonujące kontroli legalności administracji publicznej wskazał niedawno E. Berger w odniesieniu do systemu Stanów Zjednoczonych Ameryki³⁰. Jak wyjaśnia M. Kamiński, koncepcja deferencji sędziowskiej polega na respektowaniu przez sądy federalne kompetencji agencji (organów) administracji federalnej do samodzielnego interpretowania i stosowania ustaw upoważniających władzę wykonawczą do kształtowania i wdrażania polityki państwa. Doktryna ta opiera się na założeniu, że ustawodawca federalny, upoważniając określone agencje administracyjne do kształtowania (*policy-making*) lub wykonywania (*policy-applying*) polityki w określonej dziedzinie, przyznaje jednocześnie tym podmiotom kompetencje do „administrowania” (zarządzania) ustawą w tym zakresie, co skutkuje zasadniczym ograniczeniem kompetencji sądów do podważania zasadności interpretacji lub aplikacji ustawy przez właściwą agencję, jeśli zmierzają one do realizacji jasno wyrażonej intencji ustawodawcy³¹.

Teza E. Bergera jest pozornie dość prosta – w sprawach dotyczących sądowej kontroli administracji sądy powinny stosować analizę porównawczą własnej wydolności i kompetencji oraz wydolności i kompetencji agencji federalnych objętych badaniem (E. Berger krytycznie ocenia sędziów orzekających w sprawach konstytucyjnych z udziałem agencji administracyjnych, którzy dokonywali kontroli polityk administracyjnych w taki sam sposób jak polityk właściwych dla legislatury). Wynik takiej analizy może bowiem przesądzić o deferencji ze strony sądu bądź jej braku. Idea ta wykracza zatem poza porównywanie przepisów prawnych, a nawet instytucji i organów, a wynosi komparatystykę na poziom narzędzia bezpośrednio oddziałującego na zasadę trójpodziału władz.

Ponownie powołując się na Z. Kmiecika i J. Wegner, należy zauważyć, że deferencja sędziowska ma praktyczne zastosowanie w systemach *common law*,

²⁹ T. Stawecki, *Dyskusje wokół aktywizmu i pasywizmu sądów konstytucyjnych jako spór o wykładnię konstytucji*, [w:] T. Stawecki, P. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014, s. 364-365.

³⁰ E. Berger, *Comparative Capacity and Competence*, „Wisconsin Law Review” 2020, no. 2, s. 215-238.

³¹ M. Kamiński, *Aksjonormatywne...*, s. 333.

w których administrację kontrolują sądy powszechne, podczas gdy w systemach, w których wyłoniła się wyspecjalizowana jurysdykcja administracyjna, zwłaszcza z kompetencjami do orzekania merytorycznego, doktryna *deferencji* ma zdecydowanie słabsze podstawy. Z tego względu propozycja E. Bergera nie daje się (jeszcze) przełożyć wprost na kontekst polskiego orzecznictwa, lecz otwiera pole do zupełnie nowego spojrzenia na badania nad orzecznictwem i komparatystyką wewnętrzną w sprawach z zakresu kontroli administracji publicznej.