

Jan Wiktor Tkaczyński¹

Thomas Würtenberger²

O granicach interpretowania prawa według Karla Engischa Studium przypadku niemieckiego

Słowa kluczowe: prawo sędziowskie, prawo konstytucyjne, doktryna państwa i prawa
Keywords: judicial law, constitutional law, doctrine of state and law

Streszczenie

Zapewne nie pomylimy się tutaj, gdy stwierdzimy, że jedną z najgoręcej dyskutowanych kwestii w niemieckiej doktrynie prawa pozostaje nadal problematyka delimitacji granic prawotwórstwa sędziowskiego (*Richterrecht*). Inaczej mówiąc, najzwyczaj, prawa sędziego do stanowienia prawa. Prawo sędziowskie jest, i trudno się z taką opinią nie zgodzić, jednym z najciekawszych, ale i zarazem kontrowersyjnych zagadnień we współczesnym prawodawstwie. A pytanie, czy sędzia ma być jedynie „ustami ustawy”, czy też jednak wolno mu wносить twórczy wkład w jej odczytanie, nie sposób uznać, także dzisiaj, za mało poważne, bądź wręcz nawet przestarzałe. Stąd próbę udzielenia nań odpowiedzi przez Karla Engischa (1899–1990), jednego z najwybitniejszych niemieckich teoretyków prawa karnego XX stulecia³, można i należy widzieć nie tylko w kategoriach kazuistycznych popisów, ale również (a kto wie, czy nie głównie) jako świadectwo badacza odrzucającego widzenie sędziego w roli swoistego automatu działającego wedle dogmatów poznawczych. Z polskiego punktu widzenia świadectwo to pozostaje przy tym o tyle przekonywujące, o ile uwzględnić odrzucenie przez Engischa narodowosocjalistycznych

¹ ORCID ID: 0000-0002-1027-8802, profesor, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie. E-mail: jan.tkaczynski@uj.edu.pl.

² Profesor, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg we Fryburgu Bryzgowijskim. E-mail: thomas.wuertenberger@jura.uni-freiburg.de.

³ H.J. Hirsch, *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Athen 2003, s. 225.

uroszczeń w badaniu i stosowaniu prawa. Postawa, która – jak wiemy – nie była typową dla tego środowiska w okresie Trzeciej Rzeszy.

Abstract

On the Limits of Interpreting the Law According to Karl Engisch German Case Study

We are probably not mistaken when we state here that one of the most heatedly debated issues in German legal doctrine remains the problem of the delimitation of the limits of judicial lawmaking (*Richterrecht*). In other words, and in the most succinct terms, the judge's right to legislate. For the judicial law is, and it would be difficult not to agree with such an opinion, one of the most interesting but also controversial issues in contemporary legislation. The question as to whether a judge is merely the „mouthpiece of the law”, or whether he or she is allowed to make a creative contribution to its interpretation, cannot be regarded, even today, as not serious or merely outdated. Hence, the attempt of Karl Engisch (1899–1990), one of the most prominent German criminal law theorists of the 20th century, to answer this question can and should be seen not only in terms of casuistic demonstration, but also (and who knows if not primarily) as the evidence of a scholar who rejects seeing the judge as a kind of automaton acting according to cognitive dogmas. From the Polish perspective, this account remains convincing insofar as one takes into consideration Engisch's rejection of National Socialist delusions in the study as well as in the application of law. An attitude which, as we know, was not typical of this milieu during the Third Reich.

✱

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem

Publius Iuventius Celsus, *Digesta* 1, 3, 17

I.

Nawet bardzo pobieżne badanie nowożytnej historii doktryn polityczno-prawnych pod kątem powszechności hołdowania przekonaniu, iż w zasięgu możliwości nauki leży stworzenie absolutnej jasności i pewności prawa, pozwala wskazać bez większego trudu, że tą epoką było oświecenie. Nigdy indziej jak

właśnie wówczas doszło do głosu przekonanie, iż dzięki dokładnemu określeniu norm prawnych stanie się możliwe wyrugowanie niejednoznaczności w orzekaniu sędziowskim bądź przy podejmowaniu decyzji administracyjnych. Z tym tak reprezentowanym przekonaniem trafnie koresponduje ocena Paula Bockelmanna, który już przed laty wskazywał, że według oświeceniowych wzorców „sędziowskie stosowanie prawa powinno [...] działać jak automat, z tą atoli różnicą, że nie mechanicznie, tylko logicznie”⁴. Już jednak w XIX w. okazało się, że tego rodzaju oczekiwanie, ba dezyderat wręcz pod adresem zdefiniowanego w taki sposób stosowania prawa, jest nie do wykonania. Wkrótce stało się oczywiste, że nie jest możliwe enumeratywne wyliczenie wszystkich hipotetycznych przypadków przy stosowaniu prawa, już to poprzez ujęcie go w ścisłe ramy normatywne, już to w drodze urzędowej wykładni.

Aczkolwiek związanie prawem sądów i organów administracyjnych nie zostało współcześnie w takim stopniu poluzowane jak oczekiwano tego jeszcze u progu XX w. (tak głównie tzw. Szkoła wolnego prawa, *Freirechtsschule*)⁵, to mimo to zmiany, które w tym zakresie nastąpiły w Niemczech po 1949 r., nie tylko na naszą uwagę zasługują, co się jej wręcz domagają. Wiemy na podstawie art. 20 ust. 3 niemieckiej Ustawy Zasadniczej, że władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości wiążą ustawy i prawo⁶. Tej tak sformułowanej zasadzie legalizmu nie przeczy jednak obecna praktyka ustrojowa, wedle której stanowione we wszystkich dziedzinach prawo buduje się w taki sposób, aby sędziowie i urzędnicy mogli, podejmując rozstrzygnięcia, samodzielnie zarówno oceniać i uzasadniać określony stan faktyczny w drodze jego przyporządkowania (subsumcji) pod ogólną normę prawną, jak i dokonywać odpowiedniego zarządzenia. Wolno tutaj od razu dodać, że nic nie wskazuje, aby niemożliwe było przyjęcie hipotezy, że zaprezentowany sposób działania pozostanie ważny również w przyszłości i że jedyną kwestią dyskusyjną w Niemczech w tym zakresie będzie zaledwie stopień związania prawem wspomnianej władzy wykonawczej i wymiaru sprawiedliwości.

⁴ P. Bockelmann, *Festschrift für Rudolf Smend*, Göttingen 1952, s. 26.

⁵ Więcej na temat „Szkoły wolnego prawa”: K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen 1992, s. 22 n. oraz H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, Heidelberg 2005, s. 275 i n.

⁶ R. Zippelius, T. Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, München 2018, § 12, Rn. 9–13.

Przestawiony stan kusi wobec tego do zastanowienia się, co będzie się działo, gdy w miejsce *ius strictum* (prawo ścisłe, formalistyczne) wstąpi właśnie praktykowanie *ius aequum* (prawo słuszne). Zaczniemy od tego, że w dzisiejszych czasach spotykamy różne formy prawnego sposobu wyrażania, które w zamyśle ustawodawcy mają pomóc stosującym je w osiągnięciu wskazanej uprzednio samodzielności jednostkowego orzekania. Według Karla Engischa⁷ są to:

- nieokreślone terminy prawne (*unbestimmte Rechtsbegriffe*),
- terminy normatywne (*normative Begriffe*),
- postanowienia umowne (klausule) w oparciu o (swobodę) uznania (*Ermessensklauseln*)
- klauzule generalne (*Generalklauseln*).

Nie stanowi go natomiast w tym rozumieniu zaskarżalność orzeczeń sądowych oraz decyzji administracyjnych za pomocą środków odwoławczych (*Anfechtbarkeit von gerichtlichen Entscheidungen und Verwaltungsakten durch Rechtsmittel*)⁸.

Zgodzić się wypadnie⁹, że w powyższym wyliczeniu formę wywołującą najgorętsze spory w doktrynie stanowią postanowienia umowne w oparciu o (swobodę) uznania. Bierze się to z faktu, że w przypadku terminów normatywnych nie wszystkie one muszą być zarazem terminami nieokreślonymi. Przykładowo pojęcia takie jak „małżeństwo” lub „niepełnoletni” pozostają relatywnie określone, ponieważ warunki ich zachodzenia są zdefiniowane. Tym samym stwierdzenie, że ktoś jest „żonaty” bądź „niepełnoletni” daje się łatwo dokonać na podstawie przyjętych kryteriów opisowych. Tymczasem udzielenie odpowiedzi, czy określone przestępstwo zostało dokonane z „niskich” pobudek lub, czy dana publikacja ma charakter „pornograficzny”, może nastąpić wyłącznie na drodze oceny. To natomiast nie oznacza nic innego jak to, że treść normatywna rzeczonych pojęć musi być wypełniana każdorazo-

⁷ K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 2018, s. 157.

⁸ Ibidem, s. 158–159.

⁹ Z bogatej literatury przedmiotu tu najbardziej charakterystyczne głosy: M. Anders, B. Gehle, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München 2022, Einl. II 33; F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, München 2021, § 40; R. Maurach, K.H. Gössel, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2014, t. II, § 63; H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2020, § 7; H. Wolff, O. Bachoff, R. Stober, W. Kluth, *Verwaltungsrecht*, München 2017, t. I, § 31.

wo właśnie za pomocą wartościowania. Pozostaje przy tym obojętne, czy owa ocenność nosi cechę subiektywną po stronie dokonującego samodzielnie oceny, czy też jednak jej źródła należy szukać w określonych z góry ocenach typu, jak sądzi się „powszechnie” lub jak uznaje się za „miarodajne”.

Jeżeli przyjąć, że samodzielność w ocenie jest podstawową cechą odnoszącą się do postanowienia umownego w oparciu o (swobodę) uznania, to trudno w przedmiotowym zakresie odmówić racji Engischowi, gdy stwierdza, że „sędziowskie prawo (swobody) uznania” (*richterliche Ermessen*) i „administracyjne prawo (swobody) uznania” (*Verwaltungsermessen*) należą do najbardziej wieloznacznych i najtrudniejszych zarazem pojęć w teorii prawa¹⁰. Dobrze obserwujemy to właśnie w odniesieniu do systemów prawa stanowionego, w których istnieje pogranicze stosowania przez sąd prawa obowiązującego i tworzenia przezeń, choć nie *contra legem*, prawa sędziowskiego, uzupełniającego ustawę. Jak dostrzeżono to już trafnie przed laty¹¹, wymieniona trudność zasadza się na tym, że teoria o prawie (swobody) uznania stała się równocześnie centralnym punktem prawa procesowego. Ujmując rzecz całą w podwójne pytanie, można je tu wobec tego sformułować następująco: Czy decyzje organów administracyjnych w oparciu o prawo (swobody) uznania mogą być kontrolowane i korygowane przez sądy i, czy także orzeczenia sądów mogą z kolei być kontrolowane i korygowane przez sądy wyższej instancji?

II.

W literaturze przedmiotu podnosi się często, że cechą charakterystyczną decyzji administracyjnych i orzeczeń sądowych zapadłych w oparciu o prawo (swobody) uznania jest to, że ich zaskarżenie nie może zakończyć się powożeniem, jak długo pozostają one w określonych granicach prawnych. Inaczej mówiąc, wprost, dopiero naruszenie tych granic, rozumiane tu jako nadużycie władzy dyskrecjonalnej (*Ermessensmissbrauch*), czyni stosowną decyzję administracyjną lub dane orzeczenie sądowe błędnymi, a w konsekwen-

¹⁰ K. Engisch, op.cit., s. 164.

¹¹ H.H. Rupp, *Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit*, „Neue Juristische Wochenschrift” nr 30 (1969), s. 1273 oraz H. Soell, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, Heidelberg 1973, s. 97 n.

cji skutecznie zaskarżalnymi¹². Aczkolwiek kwestia związku między prawem (swobody) uznania a jego sądową kontrolą jest ważna¹³, to nie mniej ważne wydaje się nam jednak wyjaśnienie w sensie dogmatycznym najpierw struktury tego pierwszego z punktu widzenia prawa sędziowskiego (*Juristenrecht*). Patrząc z tej perspektywy należy tak tedy zapytać, czy obok wspomnianych nieokreślonych terminów prawnych oraz terminów normatywnych, które – jak wiemy – uwypuklają w rzeczonym przypadku szczególną pozycję sędziów i urzędników –, to czy na dowartościowanie w formie ustanowienia odrębnej kategorii terminologicznej nie zasługują aby również upoważnienia w zakresie prawa (swobody) uznania (*Ermessensermächtigungen*)?

Poglądowemu (i pouczającemu zarazem) zestawieniu stanowisk doktryny w rzeczonym aspekcie dobrze przysłuży się, naszym zdaniem, odwołanie się do klasyków. Chronologicznie wypada zacząć od Rudolfa Launa. Według tego autora przyznanie organom władzy wykonawczej prawa (swobody) uznania sprawia ni mniej, ni więcej, że są one „upoważnione [...] wedle woli wynikającej z przekonania o własnej słuszności do samodzielnego decydowania, co powinno być bezpośrednim następstwem ich działania”¹⁴. W podobnym duchu wypowiedź znajdujemy u Georga Jellinka, który sens rzeczonego prawa widzi podczas podejmowania decyzji przez danego urzędnika w jego „osobistym pojmowaniu sprawy”¹⁵. Tym samym staje się możliwe, że w podobnych przypadkach rozpatrywanych przez różnych urzędników mogą zapaść różne rozstrzygnięcia. To z kolei prowadzi Ernsta Forsthoffa do stwierdzenia, że prawo (swobody) uznania to nic innego jak „pole działania i decydowania, wybór [przez podmiot rozstrzygający] między różnymi możliwymi rodzajami zachowania się”¹⁶.

Wyłuskaniu takich elementów inkryminowanego terminu jak własne pojmowanie sprawy przez urzędnika oraz swoboda z jego strony wyboru, czy też pola działania towarzyszyć musi jednak postawienie pytania, jak elementy te

¹² H. Maurer, Ch. Waldhoff, op.cit., § 7, Rn. 19 n; H. Wolff, O. Bachoff, R. Stober, W. Kluth, op.cit., § 31, Rn. 56 n.

¹³ K. Redeker, H.-J. v. Oertzen, *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, Stuttgart 2022, § 114, Rn. 11n.

¹⁴ R. Laun, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig 1910, s. 62.

¹⁵ G. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1931, s. 30.

¹⁶ E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts I*, München 1973, s. 84.

mają się do siebie nawzajem? Lub, jeszcze dokładniej, czy ich stosowanie prowadzi do tego samego? Według Engischa odpowiedź na postawione pytanie brzmi twierdząco¹⁷. Argumentów na rzecz jego stanowiska dostarcza przy tym lektura rozważań Hansa-Jürgena Bruns, który już przed laty przekonywująco dowodził i uczył, że owa możliwość wyboru, to swoiste upoważnienie do wyboru, nie jest jednak równoznaczne z tym, aby do głosu miały dochodzić osobiste zapatrywania decydenta. I tak to przedstawiał: „Upoważnienie do wyboru w ramach ustalenia wymiaru kary, które przyznano sędziemu orzekającemu, nie oznacza materialnej swobody wyboru między dwoma prawidłowymi rozstrzygnięciami, a jedynie zewnętrzną możliwość dokonania wyboru przy znalezieniu jednej (!) słusznej kary. Uznanie zewnętrznej możliwości dokonania wyboru nic przecież nie mówi o merytorycznej słuszności orzeczenia”¹⁸.

Rzeczywiście, trudno nie zechcieć zauważyć podniesionej przez Bruns kwestii słuszności pod względem treści (*inhaltliche Richtigkeit*) tego bądź innego rozstrzygnięcia podjętego w oparciu o prawo (swobodnego) uznania. Trudno zarazem jednak przemilczeć, że termin „słuszność” nie jest tu bynajmniej pojęciem ostrym. Znaczy to tyle co, że owa słuszność wyklucza udzielenie więcej niż jednej odpowiedzi, czy też może jednak oznacza ona tyle co dopuszczalność (*Vertretbarkeit*) swobody uznania w ustalonych prawnie ramach? Jeżeli przyjmiemy przedmiotową wątpliwość za wyjściową, to mamy do czynienia z jednej strony z wyborem między dwiema kontrydiktoryjnie zróżnicowanymi decyzjami: udzielenie zgody w określonej sprawie lub jej odmówienie. Z drugiej jednakże istnieje również możliwość o charakterze dysjunktywnym wyboru sprowadzającego się w ramach danej alternatywy do ich sumy logicznej spośród wielu dopuszczonych opcji.

Wszystko to razem może sprawiać na postronnym obserwatorze wrażenie dyskusji o cechach wysoce spekulatywnych, gdyby nie fakt, że mówimy tutaj o fundamentalnym z punktu widzenia jednostki ustrojowym kształcie sposobu podejmowania rozstrzygnięć ze strony władzy sądowej lub administracyjnej. Przedstawiany wielogłos odzwierciedla nie tylko dylematy demokratycznego państwa prawa w relacji władza – obywatel, ale i pozwala wysłuchać w europejskiej spuściźnie polityczno-prawnej wątek innych przemyśleń,

¹⁷ K. Engisch, op.cit., s. 168.

¹⁸ H.-J. Bruns, *Strafzumessungsrecht*, Köln 1974, s. 92.

niejako równoległych do postrzegania państwa jako jedynie ucieleśnionego prawa. Rozważań, których sens da się hasłowo sprowadzić, ku przestrodze nas wszystkich, do przedstawienia takiego państwa już to jako Hobbesowy „Lewiathan”, już to z przykładów literackich jako Kafkowy „Zamek” lub – w wersji jeszcze bardziej przerysowanej – jako „Nowy Wspaniały Świat” według Aldousa Huxleya bądź „Rok 1984” George’a Orwella. Nie mamy przecież wszyscy, na pewno, najmniejszych problemów ze wskazaniem przykładów *détournement de pouvoir*, czyli nadużycia władzy dyskrecjonalnej wobec jednostki jako petenta czy też strony procesowej.

III.

Pozostajemy w zgodzie z powyższym dzieleniem przez Engischa (prawnego) włosa na czworo dlatego, że autor ten kierując bacniejszą uwagę na wewnętrzną zawartość opcji wyboru (*Wahlmöglichkeit*), pokazuje przy tym dwoistość rzeczonych opcjonalności pod kątem nie tylko rzeczywistym, ale i prawnym¹⁹. Spostrzeżenie trafne, gdyż dopiero tak rozumiane prawo (ustawa) otwiera drogę opcjonalności dzięki zawartej w swoich normach możliwości wyboru między alternatywnymi rozwiązaniami. Mało tego, stanowi zarazem wskazanie mniej lub więcej czytelnej intencjonalności ustawodawcy. To ostatnie tymczasem jest tu szczególnie istotne i potrzebne, jeśli uwzględnić sytuację, w której działający na podstawie ustawowego upoważnienia urzędnik lub sędzia dokonuje alternatywnie takiego bądź innego rozstrzygnięcia. Stworzone przez ustawodawcę upoważnienie jest tu niczym innym jak delegacją, rodzajem uprawnień do wykonywania czynności zastrzeżonych wcześniej dla innego organu.

Uwaga ta ma tutaj kapitalne znaczenie, ponieważ pokazując związaną z działaniem administracji prawnymi (ustawowymi) oraz prawno-konstytucyjnymi wytycznymi, pozwala w rezultacie podnieść, iż nie jest uprawnione mówienie o „swobodnym uznaniu” (*freies Ermessen*), a jedynie o „prawnie związanym uznaniu” (*rechtlich gebundenes Ermessen*). W rzeczy samej: uznanie rozumiane tu jako swoboda wyboru jest w danym przypadku wykonywaniem delegacji ustawowej oraz związanych z nią wspomnianych wytycznych. Przysłowiową kropkę nad *i* stawia zresztą tutaj sam niemiecki ustawodawca. W § 40 kodeksu

¹⁹ K. Engisch, op.cit., s. 169.

postępowania administracyjnego (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG) czytamy, że „Jeśli urząd jest upoważniony do działania na podstawie prawa (swobody) uznania, to jego działanie ma pozostać w zgodzie z odpowiednim upoważnieniem oraz zachować ramy ustawowe prawa (swobody) uznania”²⁰.

Byłoby z naszej strony poważnym jednak niedopatrzeniem pominięcie wynikającej z przedstawionej sytuacji niepewności co do prawidłowości podjętego rozstrzygnięcia. Zwraca na to uwagę także sam Engisch, gdy stwierdza, że mimo najstaranniejszego nawet zbadania określonego przypadku pozostaje niedosyt pewności co do słuszności podjętej decyzji²¹. Ów niedosyt jest tu zresztą całkiem zrozumiały, gdyż mimo wzięcia pod uwagę wszystkich wyliczonych powyżej czynników obiektywnych, pozostaje i tak po stronie podejmującego rozstrzygnięcie element jego subiektywnego (indywidualnego) osądu, który nie poddaje się kontroli. Trudno nie podnieść wyjaśniająco, że zakres swobodnej oceny (*Beurteilungsspielraum*) różni się od prawa (swobody) uznania (*Ermessensermächtigung*) tym, że to drugie otwiera większą, także pod względem subiektywnym, przestrzeń swobody podejmowania decyzji.

Przedstawiona cecha oddaje niewątpliwie istotę konstrukcji uznania jako kategorii definiowania prawnego. Stąd nie sposób przeoczyć, że możliwość (swobody) uznania zostaje wprowadzona przez niemieckiego ustawodawcę tam, gdzie z pokładanym z jego strony zaufaniem co do zdolności ocennych urzędnika lub sędziego koresponduje w konkretnym przypadku rozstrzygnięcie uwzględniające takie aspekty jak słuszność, celowość i odpowiedniość. Pisząc to, musimy się zastrzec od razu, iż jesteśmy naturalnie świadomi, że mowa tu o przypadku idealnym. Niemniej jednak trudno byłoby tutaj zapomnieć, że istnienie takich wzorców jako punktów odniesienia jest nie tylko potrzebne, ale i moralnie wskazane, aczkolwiek dostarczenie w odniesieniu do tego ostatniego dowodów wyłożonych *stricte* prawniczo nie jest bynajmniej proste.

To tłumaczyłoby zresztą stopniowe zawężanie w doktrynie pola swobody uznania poprzez jego reglamentację normatywną z jednej strony, z drugiej natomiast, paradoksalnie, podtrzymywanie go w różnych unormowaniach. Niedostatek przy tym, jakoby brak wystarczająco przekonujących przesła-

²⁰ Więcej na ten temat: F.O. Kopp, U. Ramsauer, op.cit., § 40, Rn. 38 n.

²¹ K. Engisch, op.cit., s. 170.

nek do twierdzenia *a priori*, iż według (swobody) uznania można skutecznie rozstrzygać jedynie w prawie administracyjnym, daje się łatwo wykazać również w prawie karnym na przykładzie występowania swobody uznania jako immanentnej części prawa sędziowskiego. Taką możliwość otwierają tutaj przykładowo prawo karne dla nieletnich, czy też – z uwagi na celowość – niektóre środki procesowe. Najlepiej zresztą dowodzi tego tutaj tzw. „może”-uregulowanie w § 4 ust. 1 kodeksu postępowania karnego (*Strafprozeßordnung*, StPO), które umożliwia (roz)łączenie przez sąd powiązanych spraw.

Jeszcze inne pole do dyskusji otwiera wystąpienie przypadku, w którym po jednej stronie mamy stan faktyczny (zespół znamion czynu przestępczego) z odpowiadającą mu normą zawierającą nieokreślony termin prawny, po drugiej zaś następstwo prawne orzekane w oparciu o prawo (swobody) uznania. Tego rodzaju zbieg wymienionych pojęć przy ich stosowaniu może prowadzić do tego, że albo nieokreślony termin prawny skutkuje po stronie swobody uznania jego ubytkiem (*Ermessensschwund*) zamieniając tym samym dane uregulowanie „może” na „musi”, albo też swoboda uznania wkracza w denotację nieokreślonego terminu prawnego z łatwością do przewidzenia konsekwencją, iż ten ostatni zaliczany jest *de facto* do obszaru prawa (swobody) uznania²². Wszystko to razem przynosi ten skutek, że wprawdzie nieokreślone terminy prawne oraz terminy normatywne nie są *per se* mierzone według osobistej oceny, to jednak stanowią *nolens volens* „osobistą resztówkę tego, co uważa się za słuszne”²³, gdyż ich interpretacja oraz zastosowanie pozostają w poszczególnych przypadkach ambiwalentne.

IV.

W podsumowującej ocenie nie pomylimy się zapewne, gdy stwierdzimy, że każdy, kto miał do czynienia z sądem lub urzędem, będzie chętniej przedkładał nad jedynie stosujące prawo (*Rechtsanwender*) takiego urzędnika

²² H. Maurer, Ch. Waldhoff, op.cit., § 7, Rn. 48 n; H. Wolff, O. Bachoff, R. Stober, W. Kluth, op.cit., § 31, Rn. 47. Warto zwrócić uwagę, że samo terminologiczne rozróżnienie między nieokreślonymi terminami prawnymi a prawem (swobody) uznania nie jest stawiane pod znakiem zapytania w przypadku granicznym, jaki stanowi tutaj powiązanie przepisów. Więcej: F.O. Kopp, U. Ramsauer, op.cit., § 40, Rn. 5 n.

²³ K. Engisch, op.cit., s. 175.

i sędziego, który potrafi także dostrzec indywidualność strony i/lub określonego przypadku. Musimy jednak zastrzec się tutaj od razu, że sąd nasz nie oznacza bynajmniej przyzwolenia na wyrodzenie się idei swobody oceny po stronie sędziego lub urzędnika w jej przeciwieństwo. Nie chodzi przecież o rozstrzygnięcie według własnego widzimisię, a jedynie o prawo do własnego osądu w granicach prawa. Stąd, jak się wydaje, instytucje demokratycznego państwa prawa oraz praworządność nie tylko mogą być gwarantem przedmiotowego działania, ale i pozostają nim w sposób wiarygodny. Czy jednak wystarczający? Na tak postawione pytanie Karl Engisch nie udziela jednoznacznej odpowiedzi. Trudno za taką uznać jego wypowiedź, według której dorozumianym filarem rzetelności w trakcie procesu podejmowania decyzji jest uprzednie zapewnienie wychowania stanu urzędniczego i sędziowskiego w duchu ponadpartyjności, rzeczowości oraz nieprzekupności²⁴. Lektura prasy codziennej, również w Niemczech, dostarcza aż nadto dowodów, że tego rodzaju przekonanie jest (niestety) oddzielone od naiwności bardzo cienkim przepierzeniem.

Literatura

- Anders M., Gehle B., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München 2022.
Bockelmann P., *Festschrift für Rudolf Smend*, Göttingen 1952.
Bruns H.-J., *Strafzumessungsrecht*, Köln 1974.
Engisch K., *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 2018.
Forsthoff E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts I*, München 1973.
Hirsch H.J., *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Athen 2003.
Jellinek G., *Verwaltungsrecht*, Berlin 1931.
Kopp F.O., Ramsauer U., *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, München 2021.
Kroeschell K., *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen 1992.
Laun R., *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig 1910.
Maurach R., Gössel K.H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2014.
Maurer H., Waldhoff Ch., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2020.
Redeker K., v. Oertzen H.-J., *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, Stuttgart 2022.
Rupp H.H., *Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit*, „Neue Juristische Wochenschrift“ 1969, nr 30.

²⁴ Ibidem, s. 191.

Schlosser H., *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, Heidelberg 2005.

Soell H., *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, Heidelberg 1973.

Wolff H., Bachoff O., Stober R., Kluth W., *Verwaltungsrecht*, München 2017.

Zippelius R., Würtenberger T., *Deutsches Staatsrecht*, München 2018.