

**Bartłomiej Bodziński-Guzik<sup>1</sup>**

## **Komitety negocjacyjnego tworzenia regulacji: analiza i krytyka rozwiązań normatywnych**

### **Streszczenie:**

W niniejszym artykule zaprezentowana została jedna z metod partycypacji publicznej wykorzystywana w amerykańskim porządku prawnym – metoda negocjacyjnego tworzenia regulacji. Została ona przedstawiona na przykładzie komitetów negocjacyjnego tworzenia regulacji wprowadzonych przez amerykańskiego ustawodawcę w *Negotiated Rulemaking Act* z 1990 r. Autor dokonuje prezentacji kolejnych etapów procedury, počawszy od utworzenia komitetu, jego obrad, na stopniu związania administracji jego efektami kończąc. Poszczególne etapy procedury poddawane są analizie i krytyce. Wywód podsumowuje refleksja nad użytecznością przeprowadzonych rozważań dla rodzimego porządku prawnego.

**Słowa kluczowe:** partycypacja, komitety negocjacyjnego tworzenia regulacji, administracja publiczna, tworzenie regulacji, amerykańskie instytucje prawne

### **1. Wstęp**

Trudno nie zgodzić się ze stwierdzeniem, iż szczególnie obecnie problem szeroko rozumianej partycypacji publicznej<sup>2</sup>, tj. włączania się obywateli w proces rządzenia, nabiera coraz większego znaczenia z uwagi na fakt komplikowania się struktur i stosunków społecznych. Coraz intensywniejsze ingerowanie ustawodawcy w życie obywateli, poprzez

<sup>1</sup> Autor jest studentem IV roku prawa oraz V roku administracji na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

<sup>2</sup> Klasycznie ujmuje się partycypację jako proces, w trakcie którego przedstawiciele społeczeństwa uzyskują wpływ, a pośrednio i kontrolę nad decyzjami władz publicznych, gdy te decyzje mają bezpośredni lub pośredni wpływ na ich własne interesy. Def. za: D. Długosz, J.J. Wygnański, *Obywatele współdecydują. Przewodnik po partycypacji społecznej*, Warszawa 2005, s. 11.

bardziej skrupulatne regulowanie szczegółowych kwestii ich dotyczących, nie zawsze przynosi pożądaný skutek i spotyka się z pozytywnym odbiorem. Często regulacje dotyczące specjalistycznych dziedzin życia lub też wpływające na szerokie grono różnicowanych światopoglądowo odbiorców okazują się być dysfunkcyjne, nie spełniając swojego normatywnego zadania<sup>3</sup>. Jako jedno z postulowanych rozwiązań tego problemu, tj. podniesienia jakości regulacji i stopnia jej internalizacji u adresatów, wskazuje się na partycypację publiczną. Uznaje się, iż włączenie przyszłych adresatów norm w proces decyzyjny może skutkować zarówno lepszą merytorycznie regulacją<sup>4</sup> – poprzez proces dokapitalizowania wiedzą pochodzącą od nich samych, jak i lepszą jej internalizacją oraz akceptacją z uwagi na fakt oddolnego jej pochodzenia. Próby sformalizowania partycypacji, nadania jej ram normatywnych, często powodują jednak, że regulacje normujące uczestnictwo obywateli w procesie stanowienia prawa borykają się z tymi samymi problemami co regulacje dysfunkcyjne z uwagi na brak zaangażowania adresatów. Z tego względu analiza wykorzystywanych już rozwiązań może być cennym narzędziem służącym unikaniu podobnych błędów w przyszłości. Mając na względzie wagę wskazanych postulatów, w poniższym artykule zaprezentowane zostaną ramy metody komitetów oraz zjawisko partycypacji w kontekście przedmiotowej procedury. Kolejnym punktem będzie przybliżenie czytelnikowi rozwiązań normatywnych związanych z celem obrad komitetu, podmiotami uprawnionymi do zasiadania w nim, a także procedurą jego ustanowienia. Poruszona zostanie także problematyka *notice and comments* w związku z procedurą oraz pozostałe normy umieszczone w akcie, takie jak obowiązki komitetu czy zasady sądowej kontroli. W trakcie prezentacji na bieżąco dokonywał będę oceny prezentowanych rozwiązań. Na zakończenie przytoczone zostaną przykłady wykorzystania metody komitetów w praktyce oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej analizy.

Celem poniższego artykułu jest przybliżenie czytelnikowi procedury negocjacyjnego tworzenia regulacji (*negotiated rulemaking*, dalej jako: *reg-neg*), poprzez analizę i ocenę składających się na nią rozwiązań normatywnych. Zostanie ona zaprezentowana na przykładzie komitetów negocjacyjnego tworzenia regulacji. Poniższe uwagi *de lege lata* stanowią rezultat przeprowadzonej przeze mnie analizy treści aktu normatywnego regulującego działalność komitetów.

Prezentowane poniżej rozwiązania normatywne przyjęte zostały przez amerykańskiego ustawodawcę w *Negotiated Rulemaking Act*<sup>5</sup> z 1990 r. (dalej jako: *NRA*). Zawiera on zasady i wytyczne dotyczące tworzenia i funkcjonowania komitetów negocjacyjnego tworzenia regulacji. Są one jedną z metod partycypacji obywatelskiej w procesie

<sup>3</sup> M. Stępień, *Responsywna administracja publiczna*, Toruń 2008, s. 135 i nast.; T. Woś, *Niezależne organy regulujące w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Zagadnienia prawne*, Kraków 1980; K. Poczykowska, *Rola i znaczenie partycypacji publicznej* [w:] A. Maszkowska, K. Sztop-Rutkowska, *Partycypacja obywatelska – decyzje bliższe ludziom*, Białystok 2013, s. 47 i nast.

<sup>4</sup> National Performance Review, *Improving Regulatory Systems*, 1993, s. 29–31, cyt. za: P.J. Harter, *Assessing The Assesors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking*, New York Environmental Law Journal 2000, 9, s. 4, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=202808](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=202808), 03.10.2017.

<sup>5</sup> U.S.C. §§ 561–570.

stanowienia regulacji obecnych w amerykańskim systemie prawnym. Z uwagi na prezentowany stopień szczegółowości, dla lepszego zrozumienia prezentowanej tematyki konieczne jest zaznajomienie się czytelnika z procedurą prawną dotyczącą ustanawiania oraz obrad komitetu, a także z pozycją agencji w amerykańskim systemie prawnym i istotą wspomnianych regulacji. Poniżej prezentuję jedynie ramowy jej przebieg. Szerzej o pozycji agencji federalnych oraz roli regulacji przeczytać można w przywoływanej literaturze autorstwa T. Wosia oraz M. Stępnia<sup>6</sup>.

## 2. Procedura ustanowienia oraz obrady komitetu

Komitet negocjacyjnego tworzenia regulacji powoływany jest przez szefa danej agencji<sup>7</sup>, po zbadaniu przez niego zasadności jego utworzenia. Podjęcie decyzji poprzedzone jest umieszczeniem na stronie internetowej tzw. *Notice of intent*, w której zwierzchnik informuje o zamiarze powołania komitetu, celu jego obrad oraz proponowanym składzie zgodnie z wymogami określonymi w *NRA*. Obwieszczenie to podlega procedurze *notice and comments*<sup>8</sup>, po której zwierzchnik podejmuje ostateczną decyzję o ustanowieniu lub nieustanowieniu komitetu. W przypadku jego ustanowienia członkowie, z których co najmniej jeden jest reprezentantem agencji, deliberyują w celu osiągnięcia konsensusu lub kompromisu, jeśli zdecydują się na takie rozumienie celu obrad. Efektem końcowym ich prac winien być projekt przedmiotowej regulacji. Uczestnicy samodzielnie ustalają regulamin obrad, w trakcie których mogą korzystać z pomocy moderatorów. Na zakończenie prac przedstawiają oni raport zawierający efekty obrad, tj. projekt regulacji lub, w przypadku braku osiągnięcia porozumienia, wskazówki i uwagi. Całościowy raport może zostać uzupełniony o uwagi poszczególnych członków.

## 3. *NRA* a problematyka partycypacji

Analizę postanowień *NRA* rozpocząć należy od głównego celu, czy też wartości przyświecającej amerykańskiemu ustawodawcy przy jego promulgacji. Nie jest on wskazany w akcie wprost – sam ustawodawca określa go jako chęć zwiększenia zastosowania negocjacyjnego regulowania, z wykorzystaniem nieformalnych metod, poprzez nadanie mu adekwatnych ram prawnych (§ 561). Można przypuszczać, że ma on na celu zwiększenie partycypacji obywatelskiej w procesie stanowienia prawa. Na gruncie normatywnym postulowany jest taki poziom udziału obywateli, który zapewni im możliwie jak najszerszy, realny wpływ na kształt regulacji.

<sup>6</sup> M. Stępień, *op.cit.*, s. 135 i nast.; T. Woś, *op.cit.*, s. 13 i nast., s. 65 i nast.

<sup>7</sup> Np. Agencja ds. Żywności i Leków czy Federalna Komisja Handlu.

<sup>8</sup> Procedura ta, co do zasady, polega na obligatoryjnym umieszczeniu treści proponowanej przez agencję regulacji w oficjalnym rejestrze oraz na stronie internetowej. Następnie ma miejsce ograniczony w czasie proces komentowania propozycji przez zainteresowane strony. Agencja nie jest związana treścią złożonych komentarzy, musi natomiast odnieść się do nich, w szczególności uzasadnić ich nie uwzględnienie.

C. Coglianese ujmuje partycypację jako proces wartościowy sam w sobie, kultywujący cnoty obywatelskie i wzmacniający etos republikański<sup>9</sup>. R. Masango pisze z kolei, że: „Partycypacja to deliberatywny proces, poprzez który jednostki zaangażowane są w kształtowanie spraw publicznych. Jego celem jest osiągnięcie racjonalnie umotywowanej zgody”<sup>10</sup>. Takie ujęcie wydaje się najlepiej oddawać rozumienie partycypacji przez amerykańskiego ustawodawcę. Także sam cel obrad komitetu, czyli osiągnięcie konsensu, utwierdza mnie w przekonaniu, iż właśnie taka, deliberatywna, realna, ale także wymagająca zaangażowania partycypacja pogłębiająca rzeczywisty udział obywateli uznawana jest przez prawodawcę za naczelny cel i wartość metody partycypowania wprowadzonej poprzez *NRA*. Zgadzam się, że treść aktu w aspekcie przedmiotowym oraz sposób uregulowania występujących w nim dyrektyw przywodzi na myśl ustawodawstwo bardziej cywilno-prawne niż administracyjne<sup>11</sup>. Jednocześnie nie sposób zaprzeczyć, iż uregulowanie na poziomie ustawowym, nawet semiimperatywnie, sposobu wykorzystania komitetów jest formą ograniczenia całkowicie uznaniowego jej wykorzystania. Zastrzeżenie, że postanowienia *NRA* nie powinny być traktowane jako ograniczające innowacyjność metod regulowania, skłania ku refleksji, że celem aktu prawnego, zgodnie z jego początkowym artykułem, jest wyznaczenie ram prawnych, dzięki którym agencje częściej i sprawniej będą mogły sięgać po rozwiązania deliberatywne. Założenie takie wydaje się racjonalne, przynajmniej na gruncie normatywnym<sup>12</sup>. Przyjąć należy, iż ustawodawca wzywa do stosowania wykładni celowościowej, przynajmniej w zakresie, w jakim inna interpretacja mogłaby ograniczać innowacyjność (§ 561 zd. 2). Należy pozytywnie ocenić to stanowisko, gdyż w przeciwnym razie metoda mająca na celu uelastycznienie i odformalizowanie procesów legislacyjnych, okazać mogłaby się klasycznym przykładem „wylania dziecka z kąpielą”.

#### 4. Konsensus jako cel obrad komitetu

Przechodząc do celu obrad samego komitetu, którym jest wspomniany już konsensus (jednomyślna zgoda), należy zastanowić się nad sensownością i realnością takiego rozwiązania. Oczywistym jest, że w kwestiach spornych, kontrowersyjnych występuje duża polaryzacja poglądów i konflikt interesów. Wydawać mogłoby się, iż oczekiwanie w takiej sytuacji jednomyślności jest, jeśli nie oderwane od rzeczywistości, to przynajmniej nazbyt optymistyczne. Co do zasady można zgodzić się z taką tezą. Oceny należy jednak dokonać biorąc pod uwagę deliberatywny model partycypacji przyjęty w akcie. Z uwagi na zwiększenie udziału obywateli, a także nakładu środków i czasu oraz ze względu na większą ilość uprawnień przysługujących komitetowi, należy oczekiwać więcej od jego członków. Możliwość samodzielnego przyjęcia przez komitet tego,

<sup>9</sup> C. Coglianese, *E-rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process*, *Administrative Law Review* 2004, 56/2, s. 39 i nast., cyt. za: M. Stępień, *op.cit.*, s. 107.

<sup>10</sup> R. Masango, *Public Participation: A Critical Ingredient of Good Governance*, *Politeia* 2002, 21/2, s. 53, cyt. za: M. Stępień, *op.cit.*, s. 107.

<sup>11</sup> M. Stępień, *op.cit.*, s. 143.

<sup>12</sup> Rozważania w powyższym rozdziale mają charakter normatywny.

jak będzie rozumiany ów konsensus, np. jako kompromis (ogólne porozumienie, ale nie jednomyślność), należy traktować jako próbę uelastycznienia procedury. Niemniej jednak w przedmiotowej sytuacji ustawodawca nadal restrykcyjnie dąży do osiągnięcia pozornie nierealnej jednomyślności, gdyż za sprawą swoistej „meta-zgody”, „meta-konsensu” inna przyjęta definicja czyni zadość ustawowym postulatowi. Pozytywnie zatem należy ocenić takie ukształtowanie celu działania komitetu.

## 5. Podmioty uprawnione do zasiadania w komitecie

Przed przejściem do przesłanek pozwalających zwierzchnikowi agencji na powzięcie zamiaru powołania komitetu zajmę się analizą dyrektyw dotyczących jego uczestników, czyli członków komitetu oraz osób zaangażowanych w jego powstanie i obrady, tj. „zwołującego” i moderatora. Akt wskazuje jako potencjalnych członków komitetu strony, które są w stanie adekwatnie reprezentować grupy interesów. Nie ma przy tym znaczenia osobowość prawna strony (członka), który może być zarówno osobą fizyczną, jak i każdą inną jednostką posiadającą wymaganą zdolność prawną w rozumieniu przepisów ogólnych.

Grupa interesu definiowana jest z kolei jako grupa osób, które w odniesieniu do kwestii czy sprawy mają podobny punkt widzenia lub na które regulacja może wpłynąć w podobny sposób [§ 562 (5), (8), (9)]. Rozwiązanie takie pozwala wyprowadzić kilka wniosków. Po pierwsze, ustawodawca odwołując się do przepisów ogólnych, celem wskazania uprawnionych podmiotów, unika zawężenia grupy potencjalnych członków. Trudno wyobrazić sobie inne uregulowanie, które nie prowadziło do ograniczenia partycypacji. Po drugie, ustawodawca definiuje pojęcie grupy interesu przez dwie przesłanki. Grupa taka może składać się z osób, na które regulacja „wpłynie w podobny sposób” lub które mają co do niej „podobny punkt widzenia”. Nie trudno wyobrazić sobie sytuację, gdy oba te kryteria mogą być spełniane łącznie przez niektóre z grup, ponieważ z reguły to wpływ regulacji będzie miał znaczenie przy ocenie danej regulacji. Rozróżnienie to nie jest jednak bezzasadne, gdyż w niektórych sytuacjach, pomimo podobnego wpływu regulacji, punkt widzenia może być zgoła odmienny.

## 6. Kryterium interesu jako przesłanka uprawniająca do uczestnictwa w obradach

Przedmiotem istotnej analizy powinien być tutaj rodzaj tego interesu. Niewątpliwie możemy mówić o interesie faktycznym, który powinien być jednak uzasadniony i konkretny, tj. spełniać wymienione powyżej kryteria. Rodzi to pytanie o charakter tego interesu, który rozważyć można np. w kontekście triady Bernatzika. „Interes faktyczny przeobraża się w interes prawny, gdy uzyskuje odniesienie prawne, tzn. gdy wynika z normy prawnej, opiera się na niej lub daje się z nią powiązać”<sup>13</sup>. Z taką sytuacją mamy niewątpliwie do czynienia w przypadku *NRA*, wskazać można bowiem w jego treści normę prawną odnoszącą się do realizacji interesu faktycznego polegającego

<sup>13</sup> J. Zimmermann, *Prawo Administracyjne*, Warszawa 2014, s. 312.



na uczestnictwie w komitecie. Ochronie prawa do uczestniczenia w komitecie, a zatem reprezentowanego interesu, służyć ma instytucja akcesu do komitetu po ogłoszeniu *Notice of intent*<sup>14</sup>. Obostrzona jest ona jednak konkretnymi przesłankami, tj. zgłaszający się (lub nominowany) do komitetu powinien przedstawić swoje dane wraz ze wskazaniem grupy interesu, jaką ma reprezentować, dowód na jego umocowanie do reprezentacji, oświadczenie o aktywnym działaniu w dobrej wierze na rzecz prac komitetu oraz wyjaśnienie, dlaczego strony wskazane na członków komitetu nie reprezentują go w stopniu dostatecznym. Niesie to za sobą przynajmniej dwie konsekwencje. Po pierwsze, wskazuje na dążenie ustawodawcy do stanu, w którym jedna strona (osoba) reprezentuje jeden interes. Po drugie, wydaje się ograniczać udział „społeczników/teoretyków” w pracach komitetu. Jak łatwo się domyślić, konsekwencją takiego dążenia jest znacząca polaryzacja poglądów grupy. Do konsekwencji takiego stanu rzeczy odniosę się później. Ograniczenie udziału wspomnianych „teoretyków” należy z jednej strony ocenić negatywnie, jako ograniczające partycypację, z drugiej strony za zasadne, jeśli celem komitetu jest stworzenie regulacji najpełniej oddającej preferencje jej adresatów.

## 7. Reprezentacja interesu agencji w trakcie obrad, uczestnictwo osób trzecich

Kontynuując rozważania na temat uczestników komitetu, wskazać należy na odgórny wymóg reprezentowania interesów agencji podczas jego obrad. Wymóg ten jest realizowany poprzez uczestnictwo przynajmniej jednego delegata do jej reprezentacji. Powinien on być traktowany na równi z pozostałymi członkami komitetu oraz mieć prawo w pełni reprezentować interesy agencji. Mając na względzie powyższe, agencja zapewnia sobie takie samo prawo do uczestniczenia w obradach, jak pozostałym uczestnikom. Co więcej, przyjęć należy, także w świetle innych regulacji, m.in. zakazu moderowania obrad przez reprezentanta agencji, że zrzeka się ona na czas obrad swojego władztwa w zakresie regulowania, umiejscawiając się na równi z zainteresowanymi. To rozwiązanie należy ocenić bardzo pozytywnie, jako silnie realizujące idee partycypacji deliberatywnej<sup>15</sup>. Także wspomniany zakaz uważam za zasadny, dopuszczenie reprezentanta agencji do moderacji obrad mogłoby rodzić obawy o stronniczość i próbę manipulowania ich przebiegiem. Myśl ta prowadzi do ostatniej kwestii, tj. ograniczeń udziału osób trzecich w procedurze, czyli wspomnianych zwoływających oraz moderatora.

Zgodnie z *NRA* agencja powinna zbadać, czy nie występują przesłanki (finansowe lub personalne) mogące być przeszkodą w pełnieniu przez daną osobę jej funkcji. Rozwiązanie to należy uznać za słuszny zabieg legislacyjny oraz klasyczny przykład wyłączenia (mający zapobiec zewnętrznym wpływom na efekt prac komitetu – np. w wypadku moderatora reprezentującego partykularne interesy, czy zwoływającego – odpowiedzialnego

---

<sup>14</sup> Z uwagi na tę ochronę dochodzi zatem do przeobrażenia interesu faktycznego w interes prawny. Otwarta natomiast pozostaje kwestia, czy uprawnieniu temu przysługuje jeszcze mocniejsza ochrona, tzn. czy mieści się ono w kategorii publicznych praw podmiotowych. *NRA* nie wskazuje, czy poprawnie wypełnione zgłoszenie może zostać odrzucone przez agencję.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 108 i nast.

za dobór składu komitetu, również mogącego tak dobrać grupy interesu, aby skład odzwierciedlał jego indywidualne poglądy). W tym miejscu, aby zachować ciągłość wyводу, przedstawię obowiązki moderatora i zwoływającego. Do obowiązków pierwszego z nich należy przewodniczenie obradom, bezstronne wspieranie członków komitetu w prowadzeniu deliberacji i negocjacji, prowadzenie „policji sesyjnej”<sup>16</sup> zgodnie z regułami *Federal Advisory Committee Act* (dalej jako: *FACA*)<sup>17</sup>. Umożliwienie włączenia do obrad moderatora należy uznać za słuszne rozwiązanie, szczególnie z uwagi na fakt, iż nie wszyscy członkowie komitetu muszą być obeznani z zasadami prowadzenia negocjacji (deliberacji) w sposób skuteczny. Z pewnością może on pozytywnie wpłynąć na poziom i efektywność obrad. Pozytywnie ocenić można sposób jego wyłonienia, dążący jak się wydaje do osiągnięcia owej, tak trudnej do zmierzenia bezstronności.

Ustawodawca przewidział dwie możliwości wyłonienia moderatora. Pierwszą z nich jest zaakceptowanie przez komitet kandydatury wskazanej przez agencję. W wypadku braku takiej akceptacji, osobę do pełnienia tej funkcji członkowie komitetu mogą wyznaczyć samodzielnie. W obu przypadkach kandydat musi zostać zatwierdzony za pełną zgodą komitetu. Ustawodawca ponownie kładzie tutaj nacisk na jednomyślność. Uwzględnia jednocześnie możliwe trudności z jej osiągnięciem, np. w sytuacji zastrzeżeń co do bezstronności delegata ze strony agencji. Takie rozwiązanie wydaje się być przemyślane i spójne. Pozwala ono zapewnić należyty poziom obrad, a także niweluje zagrożenia związane z zewnętrznymi naciskami. Jak wspomniałem, przesłanki wyłączenia dotyczą także zwoływającego, czyli osoby którą agencja ma prawo powołać przy określaniu osób, na które regulacja może wpłynąć w sposób znaczący. Do jego obowiązków należy przedstawienie potencjalnym uczestnikom kwestii mającej być przedmiotem regulacji, celem ustalenia czy utworzenie komitetu jest właściwe i zasadne dla przedmiotowej regulacji. Dodatkowo zobowiązany jest on raportowania postępów i ewentualnego składania uwag. Pozwala to zwierzchnikowi na bieżącą ewaluację zasadności powołania komitetu. Efekty prac zwoływającego powinny być dostępne na publiczne żądanie. Ze względu na wspomniane już przyczyny za zasadną należy uznać konieczność zbadania, czy w odniesieniu do zwoływającego nie występuje konflikt interesów. Po przedstawieniu regulacji dotyczących uczestników obrad ocenie należy poddać przesłanki pozwalające na ustanowienie komitetu i jednocześnie na stwierdzenie, że wykorzystanie tej metody leży w interesie publicznym.

## 8. Przesłanki determinujące decyzję o ustanowieniu komitetu

Pierwszą z przesłanek jest istnienie zapotrzebowania na regulację, tj. stwierdzenie przez agencję, że przedmiotowy zakres potencjalnej regulacji nadaje się do opracowania na drodze deliberatywnej. Przesłanka ta ma charakter prakseologiczny, trudno zatem oczekiwać ustanowienia komitetu co do kwestii zbyt szerokich, wymagających np. ustawowego uregulowania. Bezzasadne byłoby to także przy problemach zbyt wąskich,

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 144.

<sup>17</sup> *Federal Advisory Committee Act* 1972, [https://www.gsa.gov/graphics/ogp/without\\_annotations\\_R2G-b4T\\_0Z5RDZ-i34K-pR.pdf](https://www.gsa.gov/graphics/ogp/without_annotations_R2G-b4T_0Z5RDZ-i34K-pR.pdf), 17.12.2016.

co prowadzi nas do drugiej przesłanki, mianowicie istnienia ograniczonej liczby możliwych do zidentyfikowania grup interesów, na które regulacja wpłynie w sposób znaczący. W sytuacji, gdy mamy do czynienia ze zbieżnością interesów, a rozbieżności dotyczą jedynie np. pewnych technicznych aspektów, agencja powinna zbadać, czy klasyczne metody partycypacji nie okażą się wystarczające. W tym aspekcie należy uznać za zasadne pozostawienie procedury *notice and comments* jako nadrzędnej w stosunku do metody *reg-neg*.

Kolejne trzy warunki należy rozważyć łącznie. Są to: istnienie uzasadnionego prawdopodobieństwa, że komitet osiągnie porozumienie w sprawie w ustalonym terminie; występowanie okoliczności, w których negocjacyjne tworzenie regulacji nie będzie bezzasadnie opóźniać *notice and comments* ani ustanowienia ostatecznej regulacji oraz posiadanie przez agencję odpowiednich środków na potrzeby ustanowienia komitetu. O ile pozytywnie należy ocenić fakt wskazania przez ustawodawcę na ekonomiczne aspekty ustanowienia komitetu, zarówno w kontekście efektywności prac agencji, jak i funduszy, o tyle użycie nieostrych pojęć w konstytuowaniu tych wytycznych trudno uznać za udane. Słusznym wydaje się założenie, że ustawodawca kierował się tutaj pewną pragmatyką oraz troską o interes publiczny. Z pewnością zaistnieć mogą sytuacje, w których wysokie koszty oraz rozciągnięcie w czasie spowodują nieekonomiczność procedury. Niemniej jednak, jeśli istotą metody *reg-neg* powinno być wypracowanie lepszych, bliższych adresatom oraz mocniej i chętniej internalizowanych regulacji, a taki postulat wydaje się zasadny, to w takich przypadkach należy rozważyć, czy większe koszty lub dłuższy czas regulowania w stosunku do klasycznych metod nie okażą się zasadne, odwołując się do wspomnianych wcześniej postulatów interpretacyjnych oraz sformułowania „bezzasadnie opóźni”. Podobnej interpretacji należy poddać sformułowanie „uzasadnione prawdopodobieństwo”. Dochodzi tu bowiem do uznaniowego wartościowania, które pozwala uwzględniać wspomniany i nadrzędny interes społeczny, choć nie jest całkiem zgodne z ideą szerokiej partycypacji. Trudno oczekiwać, żeby zwierzchnik agencji powoływał komitet, jeśli antagonizmy między stronami czy złożoność problemu są tak duże, że nie wskazuje to na możliwość znalezienia rozwiązania w sensownym terminie.

Kolejną przesłanką jest istnienie uzasadnionego prawdopodobieństwa, że komitet będzie w sposób zrównoważony reprezentował swoich członków, którzy będą w stanie w sposób adekwatny reprezentować grupy interesów oraz są skłonni do negocjowania w dobrej wierze. Wykorzystanie nieostrych twierdzeń w akcie prawnym bardzo często rodzi kontrowersje. O ile samą dyrektywę należałoby z tego powodu ocenić negatywnie jako zbyt uznaniową, jeśli nie niemierzalną, o tyle w kontekście pozostałych przesłanek oraz mechanizmów zabezpieczających interesy ewentualnie pominiętych grup, uznać należy ją za spójną z pozostałymi przesłankami. Trudno za bezzasadny uznać postulat, aby za reprezentację grupy odpowiadała osoba, która nie ma odpowiedniego umocowania, podobnie jak trudno oczekiwać skuteczności i przeznaczać publiczne środki na osoby niechętne do podjęcia rozmów w dobrej wierze.

Na zakończenie analizy warunków zasadności podjęcia decyzji o ustanowieniu komitetu przytoczyć należy przesłankę dotyczącą gotowości agencji do uznania



wypracowanego rozwiązania w największym możliwym stopniu, zgodnie z prawnymi zobowiązaniami, wypracowanego przez komitet konsensu, jako podstawy regulacji mającej być następnie przedmiotem *notice and comments*. W tym miejscu podnieść należy niewątpliwie najpoważniejszy zarzut odnośnie uregulowania instytucji komitetów. Pomimo podjęcia przez ustawodawcę próby ograniczenia za pomocą powyższej dyspozytywnej dyrektywy negatywnych skutków braku związania agencji wypracowanym konsensem, uznać należy ją za niewystarczającą. Uzasadnieniem dla takiego stanu rzeczy mogą być wartości takie jak pewność prawa czy legitymacja władzy oraz wspomniana już subsydiarność metod negocjacyjnych względem komentowania. Jednak ilość poświęconego czasu i środków wskazywałaby na zasadność silniejszego związania agencji efektami prac komitetu. Wydaje się zatem, iż odpowiednim byłoby ingerowanie przez agencję w kształt regulacji dopiero po zebraniu komentarzy dotyczących przygotowanego projektu regulacji. Takie rozwiązanie jest jednak problematyczne w sytuacji, gdy komitet nie wypracuje gotowego rozwiązania lub efekty jego prac będą częściowe. Prowadzi to dopytania, czym w istocie są wypracowane przez komitet efekty.

## 9. Rola *notice and comments* oraz *Notice of intent* w procedurze NRA

Analizując cel ustanowienia NRA, zasadnym byłoby zobowiązanie agencji do poddania procedurze *notice and comments* całościowego rozwiązania w takiej formie, w jakiej udało się je wypracować oraz pozostawienie klauzuli maksymalnej recepcji w pozostałych przypadkach. Rozwiązanie takie nie tylko byłoby konsekwentne i zbieżne z założeniami deliberatywnej partycypacji oraz całym aktem, ale także nie wpływałoby negatywnie na pewność prawa czy legitymizację władzy, z uwagi na fakt, iż po przeprowadzeniu procedury agencja nadal dysponowałaby swoimi, przynajmniej częściowymi, uprawnieniami do ingerencji w akt. Na negatywną ocenę wpływa jeszcze jeden argument. Skoro agencja ma zapewnioną możliwość ingerowania w treść proponowanej regulacji na równi z innymi, uznaniowość w tym zakresie powinna zostać ograniczona. Analiza przesłanek uprawniających zwierzchnika agencji do podjęcia decyzji o zamiarze ustanowienia komitetu pozwala na przejście do kolejnych zagadnień, a mianowicie procedury ustanowienia i obrad komitetu.

Jak już wspomniano, ustanowienie komitetu zależy od zgodności z interesem publicznym i celowości zastosowania metod *reg-neg* w przedmiotowym przypadku. Decyzja ta należy do zwierzchnika agencji, który bada ją, weryfikując wymienione powyżej przesłanki. Ocena tego rozwiązania pozwoli także zbadać zasadność przesłanek w szerszym kontekście. W celu ich zbadania może skorzystać z pomocy zwołującego. Na podstawie własnych przemyśleń i/lub raportu zwołującego zwierzchnik podejmuje decyzję w przedmiocie zamiaru ustanowienia bądź nieustanowienia komitetu. Podkreślić należy, iż jest to w istocie meta-decyzja. Dotyczy ona jedynie chęci ustanowienia i jest stwierdzeniem, że zwierzchnik agencji uznał przedmiotowy stan faktyczny za nadający się do regulacji poprzez komitet. W takiej sytuacji agencja zobowiązana jest zamieścić, zgodnie z procedurą, wspomnianą *Notice of Intent*. Decyzja ta jest przejawem

ograniczonej dyskrekcji<sup>18</sup>, bowiem – paradoksalnie – ograniczenie to wynika ze wspomnianych wcześniej przesłanek, które całościowo rozpatrzyć należy nie tyle jako zawężające partycypację, a jedynie optymalizujące warunki, w których taka partycypacja ma szansę jak najpełniej spełnić swoje zadanie. Jednocześnie, zgodnie z postulowaną wykładnią, spełnienie ich powinno prowadzić do ogłoszenia *Notice of intent*, tak jednak nie jest. Nie zagłębiając się w kwestie wykładni, konieczność poddania tej decyzji komentowaniu należy ocenić pozytywnie z punktu widzenia wartości partycypacyjnych, natomiast uznaniowość tej decyzji za negatywne rozwiązanie. Wszakże jest to jedynie kwestia niewiążącego zamiaru zwierzchnika agencji.

Ogłoszenie *Notice of Intent* pełni dwie funkcje. Po pierwsze, udostępnienie opinii publicznej danych dotyczących dotychczasowych efektów prac pozwala na kontrolę i ocenę działań agencji. Po drugie, daje szansę na akces podmiotów pominiętych, na zasadach wskazanych powyżej. Akces ten jest rozwiązaniem niezwykle ciekawym, ponieważ nie tylko sprzyja szerszej partycypacji (w razie niedopatrzeń, pominięć), ale dodatkowo zwalnia agencję z ponownego badania przesłanek, pozostawiając w jej gestii jedynie ocenę sensowności uzasadnienia. Pozwala to uniknąć np. ponawiania całej procedury zwoływania, co wydłużyłoby czas i zwiększyło koszty. Po zebraniu komentarzy odnośnie zamiaru ustanowienia komitetu agencja ogłasza swoje ostateczne, poparte uzasadnieniem stanowisko. Dodatkowo, gdy decyzja jest negatywna, zobowiązana jest poinformować bezpośrednio zaangażowane osoby. To rozwiązanie także wydaje się ograniczać skutki uznaniowości, szczególnie jeśli uzasadnienie jest racjonalne i spójne.

## 10. Przebieg prac komitetu

Poniżej zaprezentowana zostanie analiza przebiegu prac komitetu, a następnie paragrafów końcowych *NRA*, czyli obowiązków raportowania przez komitet, kosztów jego utworzenia i uczestnictwa w nim oraz zasad sądowej kontroli. W sytuacji, w której komitet zostaje ustanowiony, w zakresie jego utworzenia oraz administrowania agencja podlega pod regulacje *Federal Advisory Committee Act*<sup>19</sup> [§ 565 (a)(1)]. Zawiera on wytyczne i dyrektywy dotyczące tworzenia oraz istnienia szeroko pojętych ciał doradczych tworzonych na potrzeby amerykańskich organów wykonawczych. *FACA* pozostaje istotny w aspekcie, w którym reguluje otwartość obrad komitetu na obecność publiki. Zgodnie z §10 (a)(1) *FACA* każde spotkanie komitetu doradczego powinno być dostępne dla obserwatorów chyba, że przepisy szczególne stanowią inaczej. Praktyka wydaje się wpisywać w regulacje *FACA*, przy czym publika nie jest dopuszczana do deliberacji, jeśli komitet nie postanowi inaczej na podstawie przepisów szczegółowych<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Zgodzę się jednak z tezą, iż decyzja ta jest całkowicie uznaniowa, szczególnie przy stosowaniu wykładni literalnej, na co wskazują czasowniki „may” i „shell”; § 563 (a) *NRA*.

<sup>19</sup> [https://www.gsa.gov/graphics/ogp/without\\_annotations\\_R2G-b4T\\_0Z5RDZ-i34K-pR.pdf](https://www.gsa.gov/graphics/ogp/without_annotations_R2G-b4T_0Z5RDZ-i34K-pR.pdf), 17.12.2016.

<sup>20</sup> C.B. Harrington, L.H. Carter, *Administrative Law and Politics: Cases and Comments*, New York 2015, <https://books.google.pl/books?id=6aCnBAAQBAJ&printsec=copyright&hl=pl#v=onepage&q&f=false>, 17.12.2016.

Oba te rozwiązania, zarówno jawność, jak i tajność obrad, byłyby uzasadnione. Oczywiście otwartość zwiększa transparentność obrad i jest zgodna z ideą partycypacji. Jednocześnie może także ograniczać swobodę deliberacji, a z uwagi na postulowaną pełną i równą reprezentację interesów wydaje się, że obserwatorzy posiadać powinni swoich przedstawicieli już zasiadających w komitecie i posiadających ich mandat. Z tego względu obecność publiki może być nie tylko dysfunkcyjna, ale także wydaje się bezcelowa, przynajmniej częściowo. Oceny tego należałoby jednak dokonywać w odniesieniu do konkretnego przypadku.

Ustawowe ograniczenie wielkości komitetu (z dyskrejonalem zastrzeżeniem możliwości poszerzenia składu ponad 25 osób, na mocy decyzji zwierzchnika) ma, jak się wydaje, charakter praktyczny. Pamiętając o prawdopodobnej polaryzacji interesów reprezentantów, można wyprowadzić wniosek, iż jedna osoba reprezentuje poniekąd jeden interes. Z tego względu zbyt obszerne grono<sup>21</sup> uniemożliwiłoby prawdopodobnie skuteczne obrady. Zabieg ten ma na celu wzmacniać tak istotną dla ustawodawcy równowagę, niwelując ryzyko powstawania frakcji, łączenia sił, celem narzucenia stanowisk większości. Ustawodawca wzmacnia w ten sposób pozycję dialogu oraz możliwość analizy problemu z wielu punktów widzenia. Prowadzi to do pytania o poziom wiedzy i przygotowania uczestników. Sam akt nie stawia przed uczestnikami wymagań dotyczących przygotowania merytorycznego. Rodzi to pewne wątpliwości odnośnie możliwości zapełnienia adekwatnego poziomu debaty. Przyjąć należy jednak, iż rygorystyczne przesłanki dotyczące umocowania do reprezentacji oraz wymóg istotnego wpływu, pozwalają przypuszczać, że uczestnicy, nawet jeśli nie są przedstawicielami klasy eksperckiej, posiadają przynajmniej wiedzę lokalną, która pozwala na konstruktywną debatę w przedmiotowej kwestii. Braki związane z umiejętnym uczestnictwem w dyskusji pozwala z kolei nadrobić uczestnictwo moderatora, gwarantującego odpowiedni technicznie poziom deliberacji.

Główny cel działania komitetu został już szczegółowo omówiony. Pozostaje zatem odnieść się do wymogu rozpatrzenia przez komitet kwestii poddanych przez agencję pod rozwagę oraz przygotowania projektu regulacji z jej uwzględnieniem. Rozwiązanie to, podkreślające pewną podległość komitetu i ograniczające jego swobodę, ma swoje prakseologiczne uzasadnienie. Nie należy zapominać, że komitet powoływany jest, gdy agencja staje przed złożonym problemem, którego nie jest w stanie sama rozwiązać (lub klasyczne metody wydają się być mniej adekwatne). Same obrady zostały przez ustawodawcę uregulowane w sposób charakterystyczny dla aktu. Z jednej strony wskazuje on na możliwość ustanowienia wewnętrznego regulaminu obrad, z drugiej nawiązuje do postulowanej innowacyjności. Wskazuje on, że przepisy ogólne dotyczące stanowienia regulacji, tj. § 553 U.S.C., nie powinny mieć zastosowania. Znajduje to swoje uzasadnienie w fakcie, iż uczestnicy nie są profesjonalnymi legislatorami, dodatkowo komitet – jako subsydiarny dla klasycznych metod regulowania – nie może podlegać tym procedurom, których zastąpienie ma na celu.

<sup>21</sup> Jak we wskazanym w rozdziale następnym przykładzie *No Child Left Behind Act*.

## 11. Obowiązek raportowania

Na zakończenie wskazać należy na obowiązek złożenia przez komitet raportu, zgodnie z regułami *FACA*. Biorąc pod uwagę obywatelski aspekt partycypacji oraz przywiązanie do kontroli i przejrzystości procedur, obowiązek ten wydaje się być naturalną konsekwencją przyjęcia takiego modelu. Stanowi on również efekt prac komitetu przedstawianych przezeń agencji. Zasługującym na dodatkową pochwałę rozwiązaniem jest możliwość umieszczenia w takim raporcie dowolnych uwag i załączników uznanych przez komitet bądź poszczególnych członków za istotne. Możliwość kontroli i weryfikacji prac komitetu jest szczególnie ważna z uwagi na fakt, iż jego obsługa finansowana jest ze środków publicznych. Członkowie komitetu ponoszą natomiast koszty uczestnictwa samodzielnie. Takie unormowanie należy uznać za udane, gdyż najpełniej wpisuje się w definicję pełnej czy też realnej partycypacji oraz którą wydaje się kierować ustawodawca. Pozwala to także uniknąć problemu „zawodowego” członkostwa w komitetach w sytuacji, gdyby zasiadanie w nich było wynagradzane. Prawodawca przewiduje jednak możliwość wystąpienia sytuacji, w której istotny dla zapewnienia równowagi członek nie dysponuje samodzielnie środkami koniecznymi dla uczestnictwa. Na podstawie decyzji zwierzchnika takiej osobie może zostać przyznany zwrot zasadnie poniesionych kosztów.

## 12. Kontrola sądowa

Końcowe paragrafy *NRA* dotyczą poddawania regulacji wypracowanych w procedurze kontroli sądowej. Ustawodawca zdecydował się ograniczyć kontrolę sądową w zakresie, w jakim kognicji sądu podlegać miałyby okoliczność skorzystania z metod negocjacyjnych. Podkreślić należy, iż chodzi jedynie o sam fakt skorzystania z takich metod. Jak się wydaje, ma to na celu wykluczenie sporów sądowych dotyczących regulacji wyłącznie z uwagi na fakt jej negocjacyjnego ustanowienia. Jednocześnie pozostałe dozwolone prawnie formy kontroli są dopuszczalne zgodnie z obowiązującymi przepisami, a sam fakt negocjacyjnego ustanowienia nie przyznaje regulacji specjalnej ochrony (§ 570). Niewątpliwie jest to rozwiązanie zasadne, chroniące zarówno wartości partycypacyjne, jak i prawo do sądu oraz kontroli. W tym miejscu ukazuje się konsekwencja ustawodawcy w ochronie porządku prawnego. Z jednej strony uniemożliwia on podniesienie zarzutu wobec samego sposobu regulacji, co mogłoby łatwo niweczyć prace komitetu z uwagi np. na ich odformalizowany charakter, z drugiej jednak nie pozwala, aby ewentualne uchybienia legislacyjne ograniczały prawa uczestników obrotu prawnego, nawet jeśli w założeniu pochodzą od nich samych.

Na podstawie dotychczasowych rozważań *NRA* należy ocenić jako przykład konsekwentnej i spójnej legislacji. Poza kilkoma wskazanymi powyżej wyjątkami ustawodawca wykazał się roztropnością i szerokim spojrzeniem, a także konsekwencją w kreowaniu aktu, słusznie przewidując ewentualne problemy i starając się im zapobiec. Na gruncie normatywnym, za wyjątkiem wskazanych zarzutów, ustawa wydaje się przemyślana.

Poniżej postaram się zwięźle przybliżyć jej realne efekty i zastosowanie, a także skonfrontować swoje wnioski z rzeczywistością.

### 13. Wykorzystanie metody komitetów w praktyce

Poniżej zaprezentowane zostaną krótko dwa przykłady wykorzystania metody komitetów w praktyce. Pierwszy z nich dotyczy kwestii odnawiania licencji na zapory wodne przez Federalną Komisję Regulacji Energetyki i co ciekawe, nie był klasycznym przykładem stanowienia regulacji. Komisja zdecydowała się wykorzystać metody deliberatywne z uwagi na niezwykle czasochłonną i drogą procedurę sugerowaną przez prawo. Przedstawiciele rządu, lokalnych środowisk, NGO oraz International Paper – firmy, która ubiegała się o odnowienie licencji, zasiedli w komitecie i osiągnęli porozumienie w czasie krótszym w stosunku do zwyczajowych procedur. Dodatkowo prace komitetu wpłynęły pozytywnie na społeczny odbiór firmy. Negatywny przykład wykorzystania metod *reg-neg* to kwestia *No Child Left Behind Act*<sup>22</sup> mającego regulować problem nierówności edukacyjnych. Problem niezwykle istotny i szeroki doprowadził do utworzenia komitetu (mającego zająć się tylko częścią problematyki) o niezwykle szerokim składzie. Wystarczy wskazać przedstawicieli dzieci bezdomnych, o ograniczonych możliwościach językowych, dzieci imigrantów oraz szkół prywatnych, wydawców, organizacji edukacyjnych, pozostałych rodziców czy reprezentantów szeroko pojętego biznesu. Komitet nie tylko nie wypracował oczekiwanej regulacji, nie udało mu się w zasadzie przygotować żadnej rekomendacji w postulowanym zakresie<sup>23</sup>.

Powyższe przykłady pokazują, jak istotne jest właściwe zastosowanie deliberatywnych metod we właściwie dobranej sprawie. Podczas gdy w sytuacji niezupełnie oczywistej praca komitetu okazała się być niezwykle owocna, w kwestii o narodowym znaczeniu, dużo bardziej istotnej, negocjacje spełzły na niczym. Sytuację tę dobrze podsumowują słowa Mathew J. McKinney'a. Wskazuje on, iż negocjacyjne tworzenie regulacji nie jest lekiem na wszystkie bolączki (jak mogłyby sugerować prace Philipa J. Hartera). Wymaga ono rozważnego stosowania, a jego cel jest szerszy niż wskazują na to zarzuty Coglianse'a, czyli przyspieszenie regulowania i ograniczenie sporów sądowych. W adekwatnych warunkach pozwala bowiem tworzyć lepsze regulacje i włączać obywateli w deliberatywny proces ich tworzenia. Wskazuje on także na przypadki rzeczywistego stosowania metod *reg-neg* z pominięciem oficjalnej procedury<sup>24</sup>. Sytuacja ta kwestionuje skuteczność *NRA* w zakresie, w jakim uregulowanie tych procedur miało zachęcić agencje do szerszego ich wykorzystywania. Rzeczywiście przez ponad 20 lat ustanowiono niecałe sto komitetów, co nie wydaje się być wynikiem imponującym<sup>25</sup>. Jak jednak wspomniano, celem niniejszego artykułu było

<sup>22</sup> <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ110/html/PLAW-107publ110.htm>, 17.12.2016.

<sup>23</sup> P.H. Schuck, S. Kochevar, *Reg Neg Redux: The Career of a Procedural Reform* (2013), *Theoretical Inquiries in Law* 2014, 15, s. 441 i n., [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2330357](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2330357), 17.12.2016.

<sup>24</sup> M.J. McKinney, *Negotiated Rulemaking: Involving Citizens in Public Decisions*, *Montana Law Review* 1999, 60, s. 11, 39–40, <http://scholarship.law.umt.edu/mlr/vol60/iss2/6>, 17.12.2016.

<sup>25</sup> H. Schuck, S. Kochevar, *op.cit.*, s. 439.



przedstawienie i analiza rozwiązań dotyczących komitetów, aby móc zastanowić się nad sensem i miejscem partycypacji w rodzimym porządku prawnym, a także potencjalnym wykorzystaniem funkcjonalnych rozwiązań. Z tego też względu, na zakończenie pracy, zamiast klasycznego podsumowania przedstawię kilka wniosków oraz potencjalnych kierunków debaty.

## 14. Zakończenie

Zwyczajowe streszczenie wniosków wydaje się być w tym miejscu niepotrzebne z wielu względów. Wystarczy wskazać chociażby na fakt, iż wiele z nich, w różnych kontekstach, zostało przywołanych kilkakrotnie. Warto natomiast ocenić użyteczność przedstawionej problematyki dla rodzimego dyskursu. Niewątpliwie istnieje wiele wartościowych opracowań dotyczących partycypacji, wiele analiz aktualnego jej poziomu w Polsce. Łączy je najczęściej wspólny wniosek, iż poziom partycypacji – czy to politycznej, czy obywatelskiej – jest niski, choć sytuacja ta z wolna zmienia się na lepsze. Można by podważać zasadność analizowania instytucji tak dogłębnie realizującej idee partycypacji, jednocześnie w systemie prawnym tak odległym od naszego. Uważam, że analiza i świadomość prawna w tym zakresie są potrzebne. Nie tylko pozwalają one na głębsze spojrzenie na partycypację, wskazując na konieczność szerszego jej ujmowania niż tylko poprzez referenda czy budżety obywatelskie<sup>26</sup>. Według mnie pozwalają także uczyć się na błędach innych po to, aby w momencie, w którym poziom partycypacji wzrośnie dostatecznie, dysponować solidną, rozległą podstawą instytucji i propozycji pozwalających wdrożyć mniej lub bardziej intensywne mechanizmy partycypacyjne do porządku prawnego. Samemu tylko komentarzowi dotyczącemu wdrożenia rozwiązań deliberatywnych czy zaproponowanych w *NRA* można by poświęcić osobny artykuł, jeśli nie publikację. Dodatkowo dochodzi do tego problematyka komentowania oraz innych metod, takich jak ławy obywatelskie czy obywatelskie inicjatywy ustawodawczej. Ograniczę się zatem do bardzo ogólnych wniosków, które można wysnuć z analizy *NRA* i które mam nadzieję okażą się uniwersalne.

Poszukiwanie rozwiązań dotyczących zwiększenia udziału obywateli w procesie tworzenia norm nie powinno odbywać się bez nich. Należy dołożyć starań, aby uniknąć legislacyjnej pułapki polegającej na stworzeniu rozwiązań (regulacji prawnych) dotyczących partycypacji obywateli bez ich udziału w wypracowywaniu takich rozwiązań. Z drugiej strony koniecznym jest także uwzględnienie wiedzy eksperckiej. Z uwagi na brak adekwatnych rozwiązań w tym zakresie, odpowiednie wydaje się wypracowanie

---

<sup>26</sup> Być może zasadnym byłoby wdrożenie na szeroką skalę internetowych narzędzi komentowania, wykorzystując amerykański dorobek w tym zakresie w taki sposób, aby zminimalizować mankamenty tej metody. Zaletą takiej metody byłoby nie tylko umożliwienie dostępu do partycypacji szerokiemu gronu odbiorców, ale także jednoczesna promocja aktywności obywatelskiej wśród obywateli. Próby wdrożenia bardziej złożonych rozwiązań wymagałyby niewątpliwie lokalnej inkubacji, wiążąc się z wysokimi kosztami. Należy pamiętać, iż rzeczywista partycypacja wymaga zaangażowania i skłonności obywateli do poświęcenia swojego czasu na sprawy publiczne. Ponoszenie nakładów na wdrożenie złożonych mechanizmów partycypacji przy braku zaufania bądź zainteresowania obywateli, byłoby niegospodarne. Oczywiście są to tylko przypuszczenia, wymagające empirycznej weryfikacji.

próbego modelu partycypacji i zweryfikowanie go w praktyce. Jednocześnie metoda prób i błędów, choć wydaje się być odpowiednia, napotyka trudność w stosowaniu jej w obrocie prawnym. Doktrynalne postulaty dotyczące negocjacyjnego regulowania są niewątpliwie słuszne, jednak nawet najlepsi teoretycy nie są w stanie przewidzieć wszystkich potencjalnych zmiennych. Pod uwagę należy wziąć także tzw. problem inflacji legislacyjnej, pomimo bardzo liberalnego, niemalże cywilnoprawnego normowania, *NRA* bez wątpienia ograniczyło swobodę stosowania metod deliberatywnych z negatywnym dla nich skutkiem. Słuszne postulaty ustawodawcy nie odniosły spodziewanego zwycięstwa w starciu z administracyjną machiną.

Z tego też względu należy zacząć lokalnie, poprzez lepszą integrację społeczności i z uwagi na mniejszą wagę lokalnych regulacji, a jednocześnie większe zaangażowanie jednostek sprzyjające skutecznej partycypacji, co widać także na przykładzie komitetów odnoszących sukcesy. Rozwiązaniem wartym powielenia są dyrektywy dotyczące kontroli sądowej. Sam fakt „wykorzystania partycypacji” (zakładając oczywiście, iż będzie reprezentatywna) nie powinien podlegać kontroli, jednocześnie jej efekty powinny podlegać pod taki sam reżim kontroli, ale i ochrony, jak akty prawne tworzone na każdej innej legalnej drodze. To tutaj wydaje się istnieć najszersze pole do działań legislacyjnych. Ustalenie jasnych, nieuznaniowych kryteriów dla partycypacji, wraz z mechanizmami jej kontroli, akceptowane przez wszystkich uczestników, powinny być podstawą i początkiem rozważań nad ewentualnym rozszerzaniem skali partycypacji. Regulacje te powinny zapewniać także reprezentatywność i różnorodność podmiotów, zarówno w aspekcie siły czy wielkości grupy, ale także wiedzy merytorycznej. Ani eksperci, ani przedstawiciele lokalnej wiedzy nie powinni być faworyzowani. Merytoryczne przygotowanie i umiejętność współpracy są w niektórych przypadkach zbędne, w innych gwarantują wysoką jakość regulacji. Co więcej, partycypacja nie może być w prosty sposób nagradzana. Ekwivalent finansowy za współuczestniczenie w tworzeniu wspólnoty nie powinien być dopuszczalny, poza określonymi przypadkami. Partycypowanie powinno być traktowane jako cel i nagroda sama w sobie dla świadomych i aktywnych obywateli. Konieczna jest także refleksja nad momentem i rodzajem stosowanej partycypacji. Jak wskazałem, nie każdy jej rodzaj będzie odpowiedni dla każdego zagadnienia. Im silniejsza i głębsza partycypacja, tym więcej warunków brzegowych musi zostać spełnionych, aby takie działania były skuteczne i efektywne. Z tego też względu na barkach doktryny i władzy oraz samej administracji, która przecież w efekcie staje się, a przynajmniej powinna, głównym beneficjentem tych działań, regulując łatwiej i otrzymując lepiej zinternalizowane regulacje, powinien spoczywać obowiązek promowania partycypacji czy szerzej – obywatelskości. Aby tego dokonać, warto poznać i poddać wnikliwej ocenie rozwiązania funkcjonujące w innych porządkach prawnych, w tym w Stanach Zjednoczonych, do czego, jak mam nadzieję, przyczynić mogą się również powyższe rozważania.

\* \* \*

## **Committees of Negotiated Rulemaking – Analysis and Critics on Legal Regulations**

This article presents one of the methods of public participation used in the American legal order – the method of negotiated rulemaking. It is presented on the example of the negotiated rulemaking committees introduced by the US legislator in the Negotiated Rulemaking Act of 1990. The author carries out the following stages of the procedure: its creation, proceedings and effects. The stages of the procedure are analyzed and criticized. At the end of the article the author asks about the usefulness of presented considerations for the Polish legal order.

**Key words:** participation, negotiated rulemaking committee, public administration, rulemaking, American legal order