

Tatiana Chauvin

Umowy prawotwórcze jako umowy prawa publicznego

Kwartalnik Prawa Publicznego 3/2, 7-37

2003

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Tatiana Chauvin**

UMOWY PRAWOTWÓRCZE JAKO UMOWY PRAWA PUBLICZNEGO

W dyskusjach toczących się wokół życia społecznego i politycznego, coraz częściej pojawia się zagadnienie demokracji w jej postaci partycypacyjnej. Według niektórych, zmierzamy wręcz w stronę zjawiska demokracji konsensualnej, której założeniem jest umożliwienie obywatelom aktywnego uczestnictwa w wypracowywaniu decyzji podejmowanych przez władzę publiczną lub chociaż bieżącej kontroli realizacji tych decyzji¹. Taki typ demokracji postrzegany jest jako model decyzyjny komplementarny, rzadziej alternatywny, wobec tradycyjnych, władczych form prawotwórstwa.

Umowy prawotwórcze stanowią najbardziej sformalizowaną instytucję, poprzez którą model demokracji partycypacyjnej dochodzi do skutku. Inspiracją dla uporządkowania problemów z tym związanych stała się, toczona już od dłuższego czasu w literaturze światowej, debata, poświęcona coraz powszechniejszej obecności negocjacyjnych form prawotwórstwa, jak również konieczności poszukiwania nowych środków i sposobów komunikowania się władzy publicznej ze społeczeństwem i reprezentatywnymi dla niego grupami. Kierowanie rozważań w tę stronę spowodowane jest krytyczną obserwacją niewydolności uznanych form prawotwórstwa, czyli, posługując się prawoznawczą terminologią, tzw. stanowienia *sensu stricto*. Niewydolność ta przekłada się często na nietrafne rozstrzygnięcia normatywne.

Demokracja pośrednia, parlamentarna z coraz większym trudem jest w stanie odpowiadać na rosnące potrzeby społeczeństwa, którego

* Dr Tatiana Chauvin – adiunkt w Instytucie Nauk o Państwie i Prawie, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

¹ B. Gąciarz, W. Pańków, *Dialog społeczny po polsku – fikcja czy szansa*, Warszawa 2001, s. 13.

struktury w widoczny sposób ulegają rozdrobnieniu. Powstaje coraz więcej, mniej lub bardziej autonomicznych obszarów życia społecznego², jak również zorganizowanych grup obywateli (związków zawodowych, stowarzyszeń, organizacji czy samorządów zawodowych) często nastawionych roszczeniowo. Postawa manifestowana przez te grupy, skierowana szczególnie w stronę władzy, wymaga formalnej reakcji ze strony systemu prawnego, najlepiej w postaci uwzględnienia konkretnych rozwiązań instytucjonalnych, umocowanych normatywnie. Z drugiej strony, zauważalna jurydyzacja życia społecznego i próby reagowania na nowe sytuacje środkami normatywnymi skutkuje ich wysoką niedoskonałością.

Różne, mniej lub bardziej sformalizowane sposoby wymiany informacji i prezentacji stanowisk między obywatelami i władzą publiczną, socjologowie określają mianem dialogu społecznego. Zjawisko regulowania konfliktów, ale także układania przyszłych stosunków między partnerami społecznymi drogą dialogu, ma swój początek w sferze gospodarczej. Przywiązanie do takiej ekonomicznej wizji dialogu widoczne jest także w polskiej konstytucji, która w art. 20 wprowadza, jako zasadę ustrojową, obowiązek konstruowania społecznej gospodarki rynkowej, wśród innych czynników, także w oparciu o „dialog i współpracę partnerów społecznych”. Tym samym bardzo istotna sfera kontaktów państwo – obywatel znajduje umocowanie w przepisach najwyższej rangi. Myślę jednak, iż nie ma przeciwwskazań, szczególnie w obliczu nowych form obywatelskiej aktywności, aby praktykę dialogu rozszerzyć na inne struktury, wykraczające poza sferę stosunków reprezentacja pracowników – pracodawca – państwo³.

Polskie prawo pozytywne zna dwa, a właściwie nawet trzy przykłady regulacji odpowiadających charakterystyce umów prawotwórczych. Różni je, co prawda, stopień sformalizowania i poziom regulacji normatywnej, ale wszystkie czynią zadość założeniom negocjacyjnego systemu prawa. W pierwszym rzędzie chodzi o układy zbiorowe pracy, wokół natury, których narosła już pokaźna myśl teoretyczno-prawna (choćby refleksja ta rozwija się głównie wśród specjalistów prawa pra-

² Takie ujęcie przemian dokonujących się w życiu społecznym, uwzględniających cechujący je w coraz wyższym stopniu pluralizm i jego konsekwencje dla systemu, wiąże się z koncepcją tzw. autopojezy i prawa refleksyjnego. Na ten temat szczególnie: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 78 i n.; tegoż Autora: *Spór o model polityki prawa – ujęcie systemowe*, PiP 1992, nr 9, oraz „*Autopoiesis*” i *prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera* [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, pod red. G. Skąpskiej i in., Kraków 1992.

³ B. Gąciarz, W. Pańków, op.cit., s. 17.

cy⁴). Ich szczególna rola jako źródła prawa pracy wynika przede wszystkim z faktu, że dochodząc do skutku w drodze porozumienia oraz charakteryzując się szczególnymi walorami i cechami, mają doniosłe – zarówno społeczne, jak i prawne – znaczenie dla kształtowania prawidłowych stosunków społecznych. Istotne jest również podkreślenie dwójakiego charakteru układów zbiorowych: jako źródła prawa pracy mają one charakter normatywny, ale technika ich zawierania wyraża ich kontraktualną naturę.

Drugim przykładem jest instytucja relatywnie nowa, wprowadzona przepisem art. 25 ust. 5 konstytucji z 2 kwietnia 1997 roku, dotycząca umów zawieranych przez Radę Ministrów z innymi niż katolicki kościołami i związkami wyznaniowymi. Umowa taka, przybierająca normatywnie postać tzw. ustawy partykularnej, wprowadza *de facto* do systemu postanowienia umowne jako źródło prawa powszechnie obowiązującego.

Trzecim przykładem, choć o mniejszej formalizacji, który podciągnąć można pod ideę tak pojmowanej komunikacji społecznej, jest funkcjonowanie Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych. Założenia ustawy regulującej działania tej Komisji stanowią normatywne rozwinięcie konstytucyjnej zasady dialogu społecznego⁵.

Analiza powyższych przykładów, dokonywana zarówno przy użyciu metod, którymi posługuje się nauka o prawie, jak i z perspektywy szczegółowych nauk dogmatycznych (przede wszystkim prawa pracy, ale również prawa cywilnego) dostarcza wielu interesujących i stosunkowo nowych elementów, stanowiących swojego rodzaju wyłom w tradycyjnie władczym systemie tworzenia prawa.

1. UMOWA PRAWOTWÓRCZA – PRÓBA DEFINICJI

Zgodnie z tradycją kontynentalnej kultury prawnej, tworzenie prawa w Polsce jest aktem władczego stanowienia prawa. Ujawnia się w tym akcie stosunek podporządkowania między stanowiącym prawo a adresatami norm. Prawo stanowione jest jednostronną decyzją pod-

⁴ Por. szczególnie – L. Kaczyński, *Charakter prawny układów zbiorowych pracy*, PiP 1996, nr 7.

⁵ Ustawa z 6.7.2001 r. o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych i wojewódzkich komisjach dialogu społecznego, Dz. U. Nr 100 poz. 1080, z późn. zm. (t.j.: Dz. U. z 2001 r., Nr. 154 poz. 1793, Nr. 154 poz. 1800; Dz. U. z 2002 r., Nr 10 poz. 89, Nr 240 poz. 2056).

miotu wyposażonego w kompetencję prawotwórczą. Od wielu czynników, zazwyczaj zewnętrznych wobec systemu, zależy, jaką formę przyjmie to prawotwórstwo: od skrajnego woluntaryzmu, do czytelnych reguł prawotwórstwa legalistycznego czy nawet społecznego.

W literaturze przedmiotu dość często spotyka się twierdzenie, że w systemach tego typu umowa prawotwórcza, jako fakt prawotwórczy, nie jest rozpowszechniona⁶. O jego prawdziwości świadczą zresztą przytoczone nieliczne przykłady takich umów w polskim prawie wewnętrznym. Nie można jednakże lekceważyć ich znaczenia. Prawo konsensualne, powstające przy pomocy techniki kontraktowej, narusza w pewien sposób tradycyjny podział kompetencji normodawczych, jak również wprowadzać może poważne ograniczenia w uprawnieniach prawodawcy.

Umowa, jako szczególna forma stanowienia prawa, to co najmniej dwustronna czynność prawotwórcza, poprzez którą strony w niej uczestniczące ustalają wiążące normy, generalne i abstrakcyjne. Jest to w tym wypadku akt kreujący normy prawne, doniosła prawnie czynność konwencjonalna, przez którą podmioty ją zawierające uznają normy będące wynikiem negocjacji i zawartego consensusu za obowiązujące. „Tworzenie prawa przez umowy (...) regulowane jest przez prawo obowiązujące, które wyznacza procedury zawierania umów, a także generalnie określa ich treściowe ramy”⁷. Taką ogólną definicją umowy jako faktu prawotwórczego dysponujemy, jest ona zakotwiczona w teorii prawa i stanowi bardzo ogólny, ale trafny punkt wyjścia dla konstruowania koncepcji umów prawotwórczych, jako instrumentu stanowienia prawa w prawie wewnętrznym na szerszą, niż dotychczas, skalę.

Należy wspomnieć także moim zdaniem o obecnym w doktrynie pojęciu **współstanowienia**⁸ prawa, która to forma pozostaje w ścisłym związku z prowadzonymi rozważaniami. Współstanowienie ma czytelne powiązania z konsensualnym sposobem tworzenia prawa. Zakłada ono, podobnie, że w akcie prawotwórczym wyrażona jest wola co najmniej dwóch, równoprawnych, podmiotów. W przypadku władczego systemu prawa – a zakładamy, że z takim mamy do czynienia w systemie prawa ustawowego – organ państwa stanowi w tym wypadku pra-

⁶ G. L. Seidler, H. Groszyk, J. Malarczyk, A. Pieniążek, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Lublin 2000, s. 149. Autorzy przypominają, że w historii, drogą, powiedzielibyśmy dziś, konsensualną, powstawało prawo lenne. Do tego typu aktów zalicza się również artykuły henrykowskie i pacta conventa.

⁷ E. Kustra, *Polityczne problemy tworzenia prawa*, Toruń 1994, s. 15–16.

⁸ J. Jabłońska-Bonca, *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1996, s. 27; A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1999, s. 180.

wo wspólnie z innymi podmiotami. Zachodzi sytuacja, w której państwo przekazuje organizacjom niepaństwowym kwestię do uregulowania i w konsekwencji godzi się na treść rozstrzygnięcia. Jednakże normy powstające tą drogą, mają charakter obowiązujący nie z mocy decyzji organizacji niepaństwowej, lecz odpowiedniej decyzji prawotwórczej (aktu normatywnego) organu państwa⁹. Do zagadnienia tego powrócimy rozważając normatywne uwarunkowania umów prawotwórczych i konsekwencje, jakie mają jej postanowienia dla prawa obowiązującego i dla sfery stosowania prawa.

Swego czasu, w trakcie prac konstytucyjnych, pojawiła się idea tzw. umów społecznych¹⁰ – prawo miałyby powstawać drogą umów zawieranych między przedstawicielami obywateli (np. zrzeszonymi w związkach zawodowych) a organami władzy publicznej (np. administracji rządowej). Umowy takie miałyby wiązać nie tylko strony, które je zawarły, ale obowiązywać *erga omnes*. Określano te umowy jako rodzaj wewnątrzpaństwowego równoważnika dla umów międzynarodowych. Wyjście naprzeciw tych propozycji stanowi właśnie art. 25 ust. 5 ustawy zasadniczej, będący swoistą analogią do konkordatu¹¹. Twórcy społecznego projektu konstytucji, postulujący wprowadzenie umów społecznych jako źródła prawa, nie precyzowali, kto może być podmiotem takiej umowy, w jakim trybie powinna być zawierana, jaki będzie jej dopuszczalny zakres przedmiotowy, jaką pozycję zajmie ona w hierarchii źródeł prawa. Brak tych ustaleń, jak również kontrowersyjna i mało klarowna wizja natury prawnej umów społecznych, stały się źródłem ich zasadniczej krytyki¹².

Jako podsumowanie tych ogólnych rozważań, można zgłosić pewną uwagę terminologiczną. W niektórych przypadkach celowym i traf-

⁹ Ten przykład współstanowienia prawa jest dla naszych rozważań najistotniejszy, bowiem wskazuje na istotny, równorzędny udział organizacji np. obywatelskich w kształtowaniu treści norm prawnych. Nie jest to jednakże jedyny przykład współstanowienia. Można wskazać jeszcze na: współdziałania dwóch organów państwa czy wspólne rozporządzenie dwóch ministrów – por. A. Redelbah, *op.cit.*, s. 180.

¹⁰ Pojęcie to nadal zresztą funkcjonuje w literaturze. Dla przykładu J. Oniszczyk posługuje się nim dla określenia szczególnego rodzaju umów politycznych, typu *Pakt o przedsiębiorstwie państwowym* – por. J. Oniszczyk, *Prawo, jego tworzenie i systematyka. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1999, s. 105.

¹¹ Można zaznaczyć, że nie uchwalono do tej pory ustawy partykularnej respektującej w swej treści postanowienia umowy między podmiotami z przepisu art. 25 ust. 5 ustawy zasadniczej. Wiadomo jednak, że z roszczeniem o zawarcie takiej umowy do roku 2000 wystąpiły przynajmniej 4 kościoły – por. Z. Witkowski, *Kilka uwag w sprawie zakresu kompetencji Rady Ministrów z art. 25 ust. 5 nowej konstytucji RP* [w:] *Konstytucja, wybory, parlament*, Warszawa 2000, s. 217.

¹² P. Winczorek, *Dyskusje konstytucyjne*, Warszawa 1996, s. 127.

niej oddającym naturę tego aktu konwencjonalnego byłoby zastępowanie terminu „umowa” innym pojęciem, uwzględniającym jego zbiorowy charakter. Z takim zjawiskiem mamy do czynienia w przypadku **układów** zbiorowych pracy, zwanych również czasem porozumieniami normatywnymi. Nie ujmując niczego konsensualnej i negocjacyjnej naturze omawianej czynności konwencjonalnej, akcentujemy swoisty sposób zorganizowania partnerów społecznych. Dotyczy to w szczególności sfery stosunków ekonomicznych. Jednakże spotkać można w doktrynie głosy, iż nic nie stoi na przeszkodzie, by umowę między państwem a niekatolickimi instytucjami wyznaniowymi, po stronie tych drugich zawierało kilka kościołów, czy związków łącznie.

Na terminologicznym odróżnianiu „umowy” (kontraktu) od „unii” czy „paktu”, zależało szczególnie L. Duguit. Zainspirowany specyficzną rolą układów zbiorowych pracy, twierdził: „W unii, inaczej niż w kontrakcie, obie strony chcą tego samego: ustanowienia nowej, generalnej reguły, która będzie od tej pory normowała stosunki pracy dla określonego zawodu”¹³. Także w trakcie prac konstytucyjnych poświęconych związkom wyznaniowym pojawiało się w kontekście regulacji ich stosunków z państwem pojęcie **porozumienia**. Miałoby ono lepiej odpowiadać publicznoprawnemu ujęciu tych stosunków. Zamienne używanie przez ekspertów konstytucyjnych pojęć „porozumienie” i „umowa” doprowadziło ostatecznie do pozostawienia w przepisie konstytucyjnym tej ostatniej. Trzeba jednak pamiętać, że termin ten nie pokrywa się w pełni z umową w rozumieniu cywilistycznym¹⁴.

2. UMOWA PRAWOTWÓRCZA A MYŚL FILOZOFICZNO-PRAWNA

W literaturze francuskiej przyjmuje się, że na kształt teorii umów wpłynęły trzy czynniki: cywilistyczna myśl prawa rzymskiego, prawo kanoniczne i refleksje nowożytnej szkoły prawa naturalnego¹⁵. Z punktu widzenia umów prawotwórczych najważniejsza wydaje się doktryna Grocjusza i Puffendorfa, dla których znaczenie nadawane umowom było konsekwencją suwerennej wolności człowieka. Istotę tej teorii stanowiło założenie, że człowiek, wyposażony w pierwotne i niezbywalne wol-

¹³ Cyt. za J. Le Goff, *La naissance des conventions collectives*, „Droits” 1990, nr 12, s. 76.

¹⁴ Z. Witkowski, op.cit., s. 218.

¹⁵ J.-L. Gazzaniga, *Domat et Pothier. Le contrat a la fin de l'ancien régime* [w:] *Le contrat*, „Droit” 1990, nr 12, s. 38.

ności, mógł jedynie mocą swej wolnej woli nałożyć na siebie jakiegokolwiek ograniczenia. „Jedynie bowiem za pośrednictwem umowy można było w sposób zgodny z założeniami (...) doktryny doprowadzić do współdziałania jednostek bez naruszania ich wolności. Umowa prowadzi wprawdzie do związania jej uczestników, jednakże skutek ten wynika z ich swobodnie podjętej decyzji (...)”¹⁶. Co ważne, obaj myśliciele kładli nacisk na konsensualny charakter umowy, a nie na cechy, które identyfikują ją jako akt szeroko pojętej wymiany ekonomicznej. Rozwinięte to zostało przez liberalny nurt filozofii prawa i dało owoc w cywilistycznej teorii autonomii woli. Warto więc podkreślić tutaj jej prawnaturalne korzenie.

Ewidentnie „prywatnoprawne” źródło tego twierdzenia nie powinno przeszkodzić w poszukiwaniu dopuszczalnych analogii między prawem umów konstruowanym przez tradycję cywilistyczną, a instytucją umów prawotwórczych. Również na poziomie zasad. Chodzi bowiem o to, aby zaakcentować **technikę** dochodzenia do porozumienia czy do consensusu, a nie fakt, że zawarcie umowy prowadzi do powstania stosunku prawnego, który to problem jest już typowy wyłącznie dla prawa prywatnego. Wyraźnie ku takiej interpretacji przychyła się L. Morawski, doszukując się w zasadzie autonomii woli i swobody zawierania umów oraz w warunkach ważności czynności prawnych odwołań do sfery racjonalności komunikacyjnej sformułowanej przez J. Habermasa.¹⁷ Również doktryna prawa pracy mówi o autonomii (swobodzie) układowej jako zasadzie zbiorowego prawa pracy, uwzględnia jednakże istotne jej ograniczenia¹⁸.

Okresem bardzo płodnym dla refleksji nad nowymi sposobami rozwiązywania konfliktów społecznych i alternatywnymi formami kooperacji władzy ze społeczeństwem stały się ostatnie dekady. Nowe prądy w teorii, filozofii i socjologii prawa burzą tradycyjnie pozytywistyczne podejście do definicji systemu prawa i sposobów jego tworzenia. Postuluje się, aby normy konstruujące system prawa były w większym niż dotychczas stopniu owocem formalnych i instytucjonalnych,

¹⁶ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 9.

¹⁷ L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 101.

¹⁸ Na autonomię układową składa się szczególnie: swoboda zawarcia układu, określenia przez strony jego rodzaju (zakładowy czy ponadzakładowy), zakresu podmiotowego, przedmiotu (materii układowej), a także rozstrzygania sporów związanych z zawarciem układu. Ograniczeniem jest m.in. semiimperatywny charakter norm powstających drogą układową – por. L. Florek, T. Zieliński, *Prawo pracy*, Warszawa 2003, s. 333, a także L. Florek, *Umowny charakter układu zbiorowego pracy*, PiP 1997, nr 7, s. 17–18.

bądź nawet nieformalnych porozumień lub uzgodnień zawieranych między prawodawcą i adresatami norm. Stopień formalizacji takich porozumień zależałby w dużym stopniu od proceduralnej otwartości prawotwórstwa danego systemu na nowe metody. Za pójściem w tym kierunku przemawiają motywy tak powszechnie podkreślanej natury społecznej (o wiele większa złożoność stosunków społecznych, większe zróżnicowanie grup społecznych, utrata sterowności systemu), jurydycznej (konstytucjonalizacja i rozwój wolności obywatelskich i praw człowieka, nowa ranga godności człowieka), jak i doktrynalnej (bogatszy sposób rozumienia miejsca i roli obywateli w systemach demokratycznych, niepowodzenie modelu racjonalności socjotechnicznej).

Coraz częściej w omawianym kontekście pojawiają się nazwiska A. Kauffmana, G. Teubnera, J. Habermasa, R. Alexiego¹⁹. Głoszą oni postulaty proceduralizacji prawa i podchodzenia do niego w oparciu o etykę dyskursu. „W konsekwencji zakłada się wzrost roli prawa proceduralnego kosztem norm prawa materialnego, określającego konkretne obowiązki bądź uprawnienia danych podmiotów prawa; zadaniem prawa proceduralnego ma być jedynie tworzenie forum otwartego dyskursu społecznego oraz instytucjonalnie gwarantowanej jego otwartości”²⁰. Nowe formy skutecznej komunikacji między społeczeństwem i podmiotami nim rządzącymi wpływają na wzrost poczucia tzw. sprawiedliwości proceduralnej²¹.

Wąskie ramy niniejszego artykułu nie pozwalają przybliżyć najważniejszych prądów filozoficznych koncentrujących się wokół przywołanych zagadnień. Powstała na ten temat, poza tekstami źródłowymi, bardzo bogata literatura. I z zadowoleniem należy zauważyć, że polska doktryna podjęła nowe pomysły i konsekwentnie je rozwija.

Tym, na co warto jednak zwrócić uwagę, jest koncepcja tzw. programów zaproponowana przez N. Luhmana²². W świetle tej teorii, umo-

¹⁹ Por. szczególnie: J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Zakamycze 2003, w którym Autor dokonuje interesującego podsumowania założeń teorii dyskursu praktycznego w ujęciu R. Alexy’ego i J. Habermasa.

²⁰ H. Groszyk, A. Korybski, *Konflikt interesów i prawo*, Warszawa 1990, s. 6. Postulat proceduralizacji prawa pojawił się wraz z koncepcjami prawa refleksyjnego, lansowanymi przede wszystkim przez myśl niemiecką – por. szczególnie prace L. Morawskiego, omawiające główne założenia tego nurtu.

²¹ Por. m.in. T. Chauvin, *Sprawiedliwość proceduralna: źródło wartości procesu ustawodawczego w demokratycznym państwie prawnym*, (niepublikowana praca doktorska), Warszawa 2001, *passim*.

²² Wśród polskich Autorów problematykę tej koncepcji przybliżyła czytelnikom szczególnie E. Kustra – por. *Polityczne problemy...*, s. 17 i n. Por. także: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999.

wy prawotwórcze ucieleśniają formę tworzenia tzw. programów proceduralnych. Program oznacza kompleks powiązanych aktów prawodawczych. Jest to, inaczej rzecz ujmując, zespół norm określających warunki, cele lub środki działania adresatów programu oraz zespół reguł de-sygnujących instytucje odpowiedzialne za konkretyzację i implementację programu i tryb ich procedowania. Luhman wyróżnia programy celowe, warunkowe i proceduralne. Program proceduralny, z naszej perspektywy najważniejszy, ma rację bytu, gdy instytucje prawotwórcze uzgadniają z adresatami programu cele lub środki działania lub wręcz przekazują adresatom ich określenie (warunki programu). Dla zdefiniowania tzw. programów warunkowych z powodzeniem zastosować refleksję A. Batora, który co prawda nie posłużył się określeniem „program warunkowy”, ale dokonał trafnej charakterystyki zjawiska: „(...) dla uznania prawa za «nieinstrumentalizowane» nie wystarcza sama wolność w sferze działań symbolicznych (podpisywania umów), ale przede wszystkim zapewnienie adresatom norm możliwości wyboru dokonywania własnych czynności instrumentalnych. Mamy tu, zatem do czynienia z pewnym samoograniczeniem się po stronie prawodawcy, który w swoim planie budowy porządku prawnego odrzuca taki wariant przyszłych wzajemnych układów z adresatami norm, w którym przywilejem czynności dokonywanych przez prawodawcę jest pełnienie funkcji instrumentalnej (opracowywania strategii działań w określonej dziedzinie, nadawanie poszczególnym jej elementom kształtu prawnego) i pozostawienie zachowaniom adresatów norm wyłącznie funkcji realizacyjnej (...)”²³.

Umowa wyrażona poprzez stworzenie takiego programu ma z założenia godzić racjonalność instrumentalną prawotwórstwa z jego racjonalnością komunikacyjną²⁴. Innymi słowy, godzić ma zadania sterujące współczesnych państw z fundamentalnymi prawami i wolnościami jednostek i pozwala traktować je, na płaszczyźnie prawotwórczej, jako możliwie równorzędny partnera.

We współczesnej refleksji teoretycznej i filozoficznej widoczne jest poszukiwanie odpowiedzi na konkretne praktyczne problemy, których liczba będzie się prawdopodobnie tylko mnożyć. Dlatego poszukuje się takich form regulacji, które „przesuwają punkt ciężkości z norm bezpo-

²³ A. Bator, *Instrumentalizacja jako aspekt prawa* – referat wygłoszony na zjeździe Katedr Filozofii i Teorii Prawa (19–21.9.1998 r., Kazimierz Dolny), kopia, s. 15.

²⁴ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, Warszawa 1999. Por. także: M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 112 i n.; J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris 2001, s. 244 i n.

średnio regulujących ludzkie zachowania na normy, które określają mechanizmy podejmowania decyzji i rozstrzygania sporów²⁵.

3. UMOWA PRAWOTWÓRCZA JAKO UMOWA PRAWA PUBLICZNEGO

Umowy prawotwórcze stanowią przykład umów publicznoprawnych. Pomimo, iż wskazuje się na liczne trudności sprecyzowania kryteriów odróżniających prawo prywatne od publicznego, można ogólnie przyjąć, że prawo publiczne to porządek prawny złożony z norm prawnych odnoszących się do statutu państwa i władzy publicznej oraz z norm regulujących relacje między władzą publiczną i obywatelami. Potwierdzają to przykłady gałęzi prawa zaliczanych do tej sfery (konstytucyjne, administracyjne, finansowe, częściowo prawo pracy). Celem regulacji prawa publicznego jest, najszerszej rzecz ujmując, ograniczenie władzy w celu jak umożliwienia jak najszerszej ochrony wolności indywidualnych – taki jest według doktryny francuskiej fundament ideologiczny prawa publicznego.

Do umowy publicznoprawnej niektórzy autorzy proponują zastosować te same zasady, które tradycyjnie odnosi się do umów cywilnoprawnych: zasadę *pacta sunt servanda*, wielość podmiotów, ich równorzędność, zasadę wzajemności, jako pewien szczególny stosunek, który musi zaistnieć pomiędzy poszczególnymi normami składającymi się na umowę²⁶. Analizując charakter umowy prawotwórczej spróbujemy sprawdzić, czy tak daleko posunięte analogie są w tym przypadku uzasadnione.

Prawo publiczne od prawa prywatnego różnią generalnie cztery typy kryteriów²⁷: organiczne, celowościowe, materialne i formalne. Przyjmujemy, być może dość arbitralnie, że te właśnie typy kryteriów posłużą nam do udowodnienia publicznoprawnej natury umów prawotwórczych.

3.1. KRYTERIUM ORGANICZNE

Jednym z kryteriów przywoływanych dla podkreślenia publicznoprawnego aspektu czynności konwencjonalnej, jest wskazywanie na udział w niej, jako podmiotu, państwa, zazwyczaj jego władzy wyko-

²⁵ L. Morawski, *Spór o model polityki prawa – ujęcie systemowe*, PiP 1992, s. 37.

²⁶ G. L. Seidler i in., op.cit., s. 149.

²⁷ M. Gounelle, *Introduction au droit publique*, Paris 1989, s. 1–3.

nawczej²⁸. Założenie to stanowić może także jeden z warunków zaliczania umów prawotwórczych do umów prawa publicznego. Normy publicznoprawne mają z państwem związek dwojaki: jest ono jednocześnie ich autorem i adresatem²⁹. W stosunkach tego typu władza publiczna pojawia się jako, równorzędna lub nadrzędna, zależy to od charakteru umowy, ich stron³⁰. Na władczy (nadrzędny) wobec pozostałych stron umowy charakter pozycji państwa wskazuje dla przykładu doktryna francuska, która od dziesięcioleci rozwija koncepcję umów administracyjnych³¹.

Jeżeli jednak chodzi o dostępne w polskim prawie ilustracje umów prawotwórczych, to w niektórych przypadkach uzasadniona wydaje się teza o równorzędności zawierających ją podmiotów. Widoczne jest to choćby na przykładzie umów dotyczących stosunków państwa z innymi niż katolicki kościołami i związkami wyznaniowymi. Równorzędność stron zawierających tę umowę (Rada Ministrów i właściwi przedstawiciele kościołów i związków) skutkuje istotnym ograniczeniem kompetencji ustawodawcy. W tzw. ustawie partykularnej jest on zobowiązany do respektowania postanowień takiej umowy. Podobnie ma się rzecz z usytuowaniem partnerów społecznych w Komisji Trójstronnej. Dla przykładu, każda z uczestniczących w niej stron (rządowa, pracowników i pracodawców) ma równe prawo wnoszenia spraw pod obrady Komisji i zajmowania stanowiska (art. 2 ustawy o Komisji Trójstronnej), a podjęcie przez nią uchwały wymaga zgody wszystkich biorących udział w głosowaniu (art. 10 ust. 2 i 3 ustawy). Zbliżona pozycja organów administracji rządowej i samorządowej widoczna jest także przy zawieraniu ponadzakładowych układów zbiorowych (po stronie pracodawców)³².

²⁸ Takie rozwiązania przyjęto również w polskim prawie pozytywnym – por. art. 25 ust. 5 konstytucji oraz art. 5 ustawy o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych.

²⁹ Faktem jest, że również w stosunkach typowo prywatnoprawnych, których podmiotami są osoby fizyczne lub prawne kontraktujące między sobą, państwo tak czy inaczej jest obecne. Determinuje ono, choćby drogą norm *iuris dispositivi* podstawowe warunki stosunków prawnych oraz gwarantuje zastosowanie sankcji.

³⁰ Są jednakże przypadki, w których zawarcie takiej umowy zależne jest od zachowania określonego organu. Przykładem jest zawieranie układów zbiorowych przez pracowników zatrudnionych w jednostkach sfery budżetowej – L. Florek, T. Zieliński, *op.cit.*, s. 332 i 333.

³¹ Źródłem takiego stanu rzeczy autorzy francuscy upatrują w dyskryminacyjnym wobec obywateli charakterze całego prawa publicznego. Niezależnie od zastosowanego modelu decyzyjnego (akt jednostronny – umowa) władza publiczna dysponuje szczególnym typem mandatu i szczególnym typem ochrony, co służyć ma ochronie dobra publicznego – por.: M. Gounelle, *Introduction au droit public*, Paris 1989, s. 7.

³² L. Florek, T. Zieliński, *op.cit.*, s. 326.

J. Habermas twierdzi, że warunkiem *sine qua non* dobrego funkcjonowania sfery publicznej, jest wykształcenie się „rozumnego podmiotu”, „dojrzałego obywatela”, który realizując zgodnie z zasadą konsensusu własne cele, realizuje tym samym własną potrzebę emancypacji. „Stan rozwoju tego „rozumnego podmiotu” (...) może być oceniany poprzez stopień uznania podstawowych, demokratycznych wartości politycznych (wolności, sprawiedliwości itp.), postaw wobec władzy, pracy, państwa, a przede wszystkim umiejętności osiągania konsensusu oraz zdolności i konieczności partycypacji politycznej – poprzez ruchy polityczne, inicjatywy obywatelskie mające odniesienie do sfery publicznej itp.”³³

W odniesieniu do umów prawotwórczych i ze względu na konieczną ich formalizację, tak aksjologicznie pojmowany przez Habermasa aspekt obywatelskiego uczestnictwa w życiu publicznym uzupełnić można o warunek **reprezentatywności** partnerów społecznych. Kwestia ta dotyczy przede wszystkim organizacji pracodawców i pracowników. (Inaczej, z oczywistych przyczyn, będzie się ona kształtowała w odniesieniu do kościołów i związków wyznaniowych, którym państwo konstytucyjnie gwarantuje autonomię³⁴). Jeżeli bowiem zdecydujemy się na przyznanie partnerom społecznym tak szerokich uprawnień wobec państwa i oferujemy im poważny instrument w kształtowaniu swojej sytuacji prawnej, istotne jest określenie (np. w normatywnych regulacjach poświęconych umowom prawotwórczym – co jest raczej kwestią nieokreślonej przyszłości) kryteriów uznawania danego podmiotu za uprawniony do uczestnictwa w instytucjonalnym procesie dialogu społecznego. Unia Europejska, na której regulacjach można by się w tej mierze wzorować, drogą Komunikatu Komisji Europejskiej określiła takie kryteria³⁵. W prawie polskim pojęcie reprezentatywności w odniesieniu do związków zawodowych i organizacji pracodawców zostało normatywnie uregulowane m.in. we wspomnianej ustawie poświęconej funkcjonowaniu Komisji Trójstronnej (art. 6 i 7) oraz w Kodeksie pracy³⁶. Kryteria decydujące o reprezentatywności danej organizacji to głównie liczebność jej członków i zasięg.

W doktrynie francuskiej problem ten pojawił się w związku z rozwojem, już od XIX wieku układów zbiorowych w prawie pracy. Stawia-

³³ *Spoleczeństwo obywatelskie*, pod red. W. Bokajła, K. Dziubka, Wrocław 2001, s. 66–67; por. także: J. Habermas, *Droit et democratie...*, s. 388.

³⁴ Warto jednak zauważyć, że muszą to być kościoły i związki wyznaniowe, które zostaną zarejestrowane zgodnie z prawem. Ewentualne wątpliwości dotyczą tego, czy przepis konstytucyjny art. 25 ust. 5 dotyczy jedynie organizmów już istniejących, czy też jest pewną regulacją również „na przyszłość”.

³⁵ B. Gąciarz, W. Pańków, op.cit., s. 27.

no sobie wówczas pytanie, jak zagwarantować tożsamość woli reprezentantów i podmiotów reprezentowanych (władze związku – jego członkowie, związek zawodowy – podmioty w nim nie zrzeszone, a objęte rozstrzygnięciami porozumienia). Rozwiązania tego problemu szukano na przykład w konstrukcji mandatu³⁷. Zdarza się, iż problem braku reprezentatywności pociąga za sobą krytykę umów prawotwórczych jako takich, sugerując, że „umowy *sensu stricto* jako forma tworzenia prawa nie zawsze dają gwarancję ustanowienia norm prawnych opartych na rzeczywistym *consensusie*, bowiem nie zawsze mechanizmy społecznej reprezentacji i wyrażania zgody działają prawidłowo”³⁸. Stąd, z jednej strony, dla realizacji założeń programów proceduralnych konieczne jest przyjęcie domniemania indywidualnej zgody, a z drugiej strony powinno się gwarantować indywidualne prawo do skargi każdemu, czyje interesy nie są w odpowiedni sposób reprezentowane³⁹.

Wydaje się, co zgodnie potwierdza się w literaturze zarówno polskiej, jak i niemieckiej czy francuskiej⁴⁰, że kryterium organiczne nie wystarcza dla wykazania czytelnej dystynkcji prawa prywatnego i publicznego. Z perspektywy umów prawotwórczych może ono jednak okazać się bardzo pomocne dla ukształtowania tak delikatnej materii, jak kwestia kompetencji normodawczej, czy raczej prawodawczej, zarówno po stronie państwa (w stosunkowo nowej roli strony kontraktującej), jak i zrzeszeń obywateli.

3.2. KRYTERIUM CELOWOŚCIOWE

W zgodzie z podziałem teleologicznym obu porządków, normy prawa publicznego mają za zadanie ochronę interesu publicznego⁴¹, podczas gdy prawo prywatne stoi na straży interesów prywatnych.

W kryterium tym najżywsze odzwierciedlenie znajduje znana (i dla wielu stanowiąca decydujące kryterium podziału) formuła Ulpiana, wskazująca na odróżnianie obu porządków na postawie tzw. *utilia*. Inte-

³⁶ O reprezentatywności związków na szczeblu zakładowym i ponadzakładowym por. L. Florek, T. Zieliński, op.cit., s. 327.

³⁷ J. Le Goff, *La naissance des conventions collectives*, „Droits” 1990, nr 12, s. 70–71.

³⁸ E. Kustra, *Polityczne...*, s. 21.

³⁹ Ibidem, s. 21.

⁴⁰ Tak dla przykładu M. Gounelle, op.cit., s. 2; J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 28.

⁴¹ Na temat pojęcia „interesu publicznego”: *Variation autour de l'idéologie de l'intérêt général*, pod red. J. Chevalier; w prawie polskim np. M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986.

res publiczny bywa w literaturze definiowany jako interes ogółu, interes wszystkich, państwowy, dobro wszystkich itp.⁴² Sformułowano nawet na tej podstawie tzw. teorię interesu. Stawia to jednak przed przyjmującym takie, lub tylko takie, kryterium, zadanie wyraźnego oddzielenia interesów „publicznych” i „prywatnych”. Zdarza się, że ustanowienie określonych przepisów dotyczących stosunków prawa prywatnego (cywilnego, handlowego) dopomóc ma państwu w realizacji określonych celów o charakterze publicznym.

Pomimo, iż teoria interesu nie dostarcza nam argumentów wystarczających do oddzielenia korzyści publicznych i prywatnych, to polski ustawodawca w kwestiach pozostawionych do regulacji drogą stosunków umownych, kryterium to w pewnej mierze akceptuje. Art. 16 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania z 17 maja 1989 r. i jego pokonstytucyjna nowelizacja (art. 16a) podkreślają, że stosunki i współpraca oparte na umowie regulowanej konstytucyjnie, dotyczyć powinny przede wszystkim współdziałania dla zachowania pokoju, kształtowania warunków rozwoju kraju oraz zwalczania patologii społecznych. Są to cele, których „publiczny” charakter, w znaczeniu ochrony pewnych wspólnych interesów i wartości, czy dobra wszystkich, ogółu, narodu, nietrudno zidentyfikować.

Z kolei w stosunkach między pracodawcami, pracownikami i państwem za najbardziej pożądaną stan stosunków uważa się osiągnięcie pokoju społecznego. Umowa prawotwórcza i racjonalne negocjacje mają w tym wypadku charakter instrumentów służących do jego osiągnięcia. Nie sposób nie odwołać się w tym miejscu do „jurysprudencji interesów” R. Iheringa. Pojęcie interesu i walki prowadzącej do realizacji nabiera szczególnego znaczenia w sferze prawa pracy, gałęzi o największym społecznym wydzwiku. Istota prawa ujawnia się w walce rozbieżnych indywidualnych interesów, zaś celem prawa wedle Iheringa jest pokój społeczny⁴³. Ta właśnie idea przyświecała inicjatorom ustawy o Komisji Trójstronnej, która stanowić ma forum dialogu społecznego, prowadzonego w celu godzenia interesów pracowników, interesów pracodawców oraz dobra publicznego (art. 1 i 2 ustawy o Komisji Trójstronnej). Można na bazie tych przykładów sformułować postulat przedmiotowego ograniczenia umów prawotwórczych, gdyby np. doszło do uchwalenia aktu normatywnego regulującego ich zawieranie, do sfery uniwersalnych wartości, ochrony praw człowieka i do tych płaszczyzn społecznych, w których zróżnicowanie interesów i rodzące się na tym tle konflikty są naturalnym elementem życia społecznego.

⁴² Licznych przykładów na określenie *utilia publicae* dostarcza w swojej monografii J. Nowacki, op.cit., s. 12 i n.

⁴³ H. Groszyk, A. Korybski, op.cit., s. 31.

3.3. KRYTERIUM MATERIALNE (CHARAKTER NORM POWSTAJĄCYCH DROGĄ UMÓW PRAWOTWÓRCZYCH)

Prawo publiczne konstruowane jest z norm o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Normy powstające drogą umów prywatnoprawnych są konkretne i indywidualne. Żeby można był uznać umowę za fakt prawotwórczy, normy przez nią kreowane muszą spełniać warunek generalności i abstrakcyjności. Tylko w ten sposób będą one mogły stanowić podstawę decyzji wykonawczych i aktów indywidualnych. Mając na względzie dostępne przykłady umów prawotwórczych, dostrzec można, że stanowią one bardzo szeroko pojęte rozwinięcie konkretnych praw człowieka i obywatela, czy zasad ustrojowych (wolność sumienia i wyznania, wolność związkowa, demokracja). Dlatego tak ważne jest, aby postanowienia umów prawotwórczych nie miały charakteru dyskrecjonalnego i aby stwarzały normatywną gwarancję możliwości dochodzenia swoich praw. Tym bardziej, że mają być skuteczne *erga omnes*, w przeciwieństwie do umów kształtujących stosunki prawa cywilnego czy handlowego⁴⁴.

3.4. KRYTERIUM FORMALNE

Podział o charakterze idealizacyjnym przypisuje podmiotom prawa publicznego posługiwanie się w podejmowaniu decyzji aktami jednostronnymi, sferze prawa prywatnego pozostawiając techniki kontraktualne. Dla niniejszych rozważań istotna jest tendencja przenoszenia technik umownych na płaszczyznę prawa publicznego. Doktryna francuska od lat rozwija zgodnie z tą tendencją teorię umów administracyjno-prawnych⁴⁵.

Polskie prawo pozytywne nie definiuje *expressis verbis* pojęcia umowy. Jednak z rozwijanej na płaszczyźnie doktrynalnej i ogólnie akceptowanej definicji można wywieść wniosek, iż przez umowę rozumie się czynność prawną, której elementami koniecznymi są: po pierwsze, uczestnictwo co najmniej dwóch stron i, po drugie, złożenie zgod-

⁴⁴ Ta cecha umów prawotwórczych widoczna jest nawet w układach zbiorowych, których postanowienia obejmują nie tylko strony układu, ale wszystkich pracowników zatrudnianych przez pracodawców – stronę układu.

⁴⁵ Por. choćby A. de Laubadere, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I i II, Paris 1983.

nego oświadczenia woli przez wszystkie strony. Pierwszy warunek, w przypadku umów prawa cywilnego pozwala odróżnić umowę od jednostronnych czynności prawnych (np. testamentu), w przypadku zaś tworzenia prawa – odróżnia je od aktu stanowienia *sensu stricto*. To, co dla obu porządków jest wspólne i z naszej perspektywy bardzo istotne, to, że **konsensus** jest tutaj zachowaniem **kreującym normy prawne**.

Umowa jako forma tworzenia prawa, niezależnie od jej publicznego czy prywatnego charakteru, występuje, gdy za jej pośrednictwem dokonuje się standaryzacja praw i obowiązków stron umowy na podstawie kompromisu albo konsensusu. Konsensualne tworzenie prawa podporządkowuje się pewnym ogólnym warunkom. Zgodne oświadczenia woli wywołują skutki prawne (są ważne) jedynie wtedy, kiedy prawo pozytywne przyznaje im taką władzę i tylko w granicach przez prawo wyznaczonych. Innym efektem umowy jest konieczność podporządkowania się przez strony dyspozycjom składającym się na treść kontraktu.

Mowa tutaj o kryterium formalnym, albowiem powyższe określenie umowy zwraca uwagę tylko na jeden jej aspekt – na sposób kształtowania się – pomija natomiast jej funkcję społeczną i konkretne zobowiązania stron⁴⁶. Umowę trzeba odróżnić od stosunku prawnego – drogą konsensualną jest on dopiero kreowany. To stwierdzenie jest dla nas bardzo istotne, pozwala niejako „wydestylować” umowę ze sfery prywatnoprawnej i wykorzystać ją jako instrument użyteczny w zawieraniu kompromisów i porozumień również w prawie publicznym, a konkretnie, jako źródło prawa obowiązującego *erga omnes*.

Rozważania nad techniką zawierania umów prawotwórczych uprawniają do poszukiwania dopuszczalnych analogii i zapożyczeń ze sfery cywilnoprawnej. Korzystanie z prywatnoprawnego dorobku staje się szczególnie użyteczne przy określaniu formy umów prawotwórczych i samej procedury ich zawierania. Dla przykładu układy zbiorowe pracy muszą być zawierane w formie pisemnej i podlegają rejestracji. Konsekwencją przyjęcia swobody układowej, jest to, że układ stworzony jest w sposób umowny, a potem, z mocy prawa, nabiera charakteru źródła prawa⁴⁷. „Umowa o zawarciu układu wywiera skutki analogiczne do ustanowienia aktu prawnego z zastrzeżeniem wymogu rejestracji, który w istocie jest podobny do rygoru co do formy czynności prawnej”⁴⁸.

⁴⁶ Ibidem, s. 63.

⁴⁷ L. Florek, *op.cit.*, s. 17.

⁴⁸ L. Kaczyński, *op.cit.*, s. 37.

Zawarcie układu następuje w drodze rokowań (art. 241² § 1 kodeksu pracy). Pomimo uzasadnionych wątpliwości, co do możliwości porównania rokowań regulowanych przez kodeks pracy (z wszystkimi ich ograniczeniami⁴⁹) z przepisami kodeksu cywilnego, wydaje się, iż nie ma przeciwwskazań, aby na określenie terminu „rokowania” zastosować przepis art. 72 k.c. Głosi on: jeżeli strony prowadzą rokowania w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia, co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem rokowań. Myślę, że ogólna idea dochodzenia do porozumienia drogą rokowań (technika kontraktowa) nie doznaje uszczerbku na gruncie prawa pracy. Nie wiadomo tylko, czy na odesłanie takie pozwala przepis art. 300 k.p., generalnie odsyłający do przepisów Kodeksu cywilnego, ale jedynie w kwestii stosunku pracy⁵⁰.

Warto też zwrócić uwagę na kwestię wyrażenia „zgodnych oświadczeń woli”, jako sposobu procedowania przy zawieraniu umowy. Pojęcie to może być zastąpione przez „konsensus stron”. Drugi z terminów został już bowiem w pewnej mierze przyswojony przez teorię i socjologię prawa i znany jest choćby z rozważań nad negocjacyjnym sposobem tworzenia prawa, rosnącym czy to w opozycji, czy jako optymalizacyjne uzupełnienie aktów jednostronnych o władczym charakterze. „Konsensus jest jednomyślną decyzją tworzącą reguły współdziałania bądź rozstrzygającą konflikt; w tym drugim przypadku treścią decyzji jest formuła współdziałania, odnosząca się do zbieżnej części żądań (interesów) uczestników negocjacji. Ukazanie tej zbieżności może polegać na odwołaniu się do wyższych – wspólnych dla wszystkich uczestników konfliktu – racji (wartości), które w wyniku eskalacji konfliktu mogłyby zostać zagrożone⁵¹. Pomijam zaś, jako oczywisty, fakt, że dla zawarcia takiej umowy konieczne jest osiągnięcie consensusu, czyli zgodne wyrażenie oświadczeń woli i przyjęcie na siebie przez obie strony zobowiązań wynikających z niej postanowień, jak również internalizacja zasady *pacta sunt servanda*.

⁴⁹ L. Florek, op.cit., s. 17.

⁵⁰ Na temat wąskiego i szerokiego rozumienia użytego w tym przepisie pojęcia „stosunek pracy” por. B. Wagner, *Związki prawa pracy z prawem cywilnym* [w:] *Dziedzictwo prawne XX wieku, Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2002, s. 425–426. Interesujące stanowisko prezentuje w tej mierze także L. Florek, op.cit., s. 25.

⁵¹ H. Groszyk, A. Korybski, op.cit., s. 103.

3.5. NEGOCJACJE

Odrębną kwestią wymagającą rozważenia jest rola, jaką w procesie (procedurze) zawierania umów prawotwórczych pełnić mają negocjacje, czyli bezpośrednie rokowania prowadzone przez strony umowy przed jej zawarciem. Prawo cywilne posługuje się pojęciem umów adhezyjnych, w których od podmiotu kontraktującego oczekuje się jedynie zgody na przystąpienie do umowy, której warunki zaakceptuje on w formie narzuconej przez kontrahenta. Są to choćby umowy tak powszechne, jak te zawierane z zakładami ubezpieczeniowymi. W takim wypadku oczywiste jest, że przystąpienie do nich nie było poprzedzone negocjacjami. Ten rodzaj kontraktu w sferze stosunków prawa publicznego znalazł zastosowanie w przypadkach niektórych typów francuskich umów administracyjno-prawnych.

Wydaje się, że w przypadku umów prawotwórczych, teza taka jest trudniejsza do obrony. Istotę tych umów stanowi wspólne wypracowanie jej postanowień przez władzę publiczną i reprezentację obywateli. Nie ma zaś to być powtórka z mechanizmów władczego i faktycznie często autorytarnego narzucania określonych rozwiązań normatywnych. Na rzecz takiego twierdzenia przemawia również przyjmowana często terminologia mówiąca o **prawie konsensualnym**. Nie powinno tu chodzić li tylko o dobrowolne przystępowanie przez organizacje obywateli do umów, których postanowienia zostały opracowane przez dysponującego lepszym dostępem do informacji partnera, jakim jest państwo. Upada wówczas idea traktowania negocjacji jako płaszczyzny prezentowania różnych, często pozostających w konflikcie, interesów. Również umowa prawotwórcza przestaje wówczas być owocem kompromisu bądź konsensusu. Dowodu na trafność takiego toku myślenia dostarcza wspomniana regulacja układów zbiorowych pracy, których zawieranie w drodze rokowań ma charakter obligatoryjny. Wyklucza to więc możliwość zawarcia takiego układu w drodze złożenia oferty i jej przyjęcia⁵².

Przyznać jednak trzeba, że próba realizacji zasad prawotwórstwa konsensualnego w większym zakresie, wykraczającym poza najbardziej konfliktotwórcze sfery stosunków władza publiczna – obywatele, pociągać może za sobą ogromne koszty, między innymi, co do czasu podejmowania decyzji. Stąd propozycja zastępowania w niektórych przypad-

⁵² L. Kaczyński, op.cit., s. 27.

kach bezpośrednich rokowań tzw. regułą akcesu, czyli akceptacją celu i regułą współdziałania wypracowanych w całości przez jedną ze stron umowy. Faktyczna równorzędność podmiotów ją zawierających stoi jednak wówczas pod znakiem zapytania. Pewnym rozwiązaniem w tym wypadku może być odwołanie się do etyki negocjacji i narzucenie partnerom społecznym zasad tzw. negocjacji racjonalnych.

Negocjacje racjonalne są paradygmatem negocjacji konstruktywnych⁵³, a ich celem jest osiągnięcie sprawiedliwego porozumienia, które odpowiada interesom stron, w miarę możliwości rozwiązuje konflikt interesów, jest wyrazem równości stron, jest trwałe i ma na uwadze interes wspólnoty⁵⁴. W celu uniknięcia nadużyć i np. przeciągania czasu rokowań postulować, więc można normatywną regulację określonych zasad ich prowadzenia. Nie chodzi przy tym o regulowanie procedury rokowań, gdyż ta zależec może od licznych czynników natury podmiotowej czy merytorycznej i powinna być ustalona przez same strony. Istotne są natomiast warunki ogólne, których znakomity przykład daje prawo pracy: obowiązek przystąpienia do rokowań na żądanie drugiej strony w określonych przypadkach (art. 241² § 3), obowiązek prowadzenia rokowań w dobrej wierze i z poszanowaniem słusznych interesów drugiej strony (art. 241³ § 1) oraz obowiązek pracodawcy udzielania związkom zawodowym informacji o sytuacji ekonomicznej zakładów (241⁴ § 1). Analogicznie do ostatniego punktu kształtuje się obowiązek państwa w ramach jego prac w Komisji Trójstronnej (art. 3 ust. 1 ustawy nakłada na stronę rządową obowiązek przedstawienia Komisji prognoz dotyczących założeń budżetu).

W polskim prawie istotne miejsce zajmuje instytucja konsultacji, stanowiących swego rodzaju namiastkę negocjacji. Należy zwrócić uwagę na dość istotne rozróżnienie: akceptacja doktrynalna czy nawet regulacja normatywna (konsultacje społeczne) negocjacyjnego sposobu tworzenia prawa, nie pociąga za sobą konieczności przyjęcia prawa konsensualnego, jako wytworu formalnie regulowanych umów prawotwórczych. Jest to dla ustawodawcy wygodny środek służący optymalizacji decyzji prawotwórczych i choćby w rozwiązaniach pozytywnych polskiej procedury ustawodawczej zajmuje istotne miejsce. Regulowane jest

⁵³ O czterech typach negocjacji konstruktywnych por. L. Bellenger, *Negocjacje*, seria *Que sais-je?*, Kraków 1999, s. 77 i n.

⁵⁴ Negocjacje racjonalne opierają się na czterech ogólnych zasadach, rozkładanych na pewne reguły szczegółowe: nakaz odrębnego traktowania kwestii osoby i przedmiotu sporu, koncentrowanie się na interesach, a nie na pozycjach, wypracowywanie rozwiązania na rzecz wspólnej korzyści i oparcie rezultatu na kryteriach obiektywnych – *ibidem*, s. 96–97.

przepisami ustawowymi i regulaminowymi (przede wszystkim art. 31 ust. 3 Regulaminu Sejmu). Fakt akceptowania przez ustawodawcę negocjacyjnych metod ustalania treści przyszłego prawa, nie wymaga od razu sięgania do umów jako formy jego tworzenia. Tak, więc obowiązek stosowania konsultacji np. w fazie projektowania aktów normatywnych, choć często nakładany na prawodawcę (w szerokim ujęciu) przez przepisy ustawowe, nie musi pociągać innych niż stanowienie jednostronne, form tworzenia prawa. Konsultacje mogą więc stanowić istotny element proceduralny w ramach władczego systemu tworzenia prawa.

*

Wydaje się, iż nawet taka uproszczona analiza kryteriów odróżniających sferę stosunków publicznoprawnych od tych regulowanych przez prawo prywatne, jest w jakiś sposób użyteczna dla wykazania charakterystycznych cech umów prawotwórczych. Umowy te, jak daje się zauważyć, noszą praktycznie wszystkie cechy porządku publicznoprawnego. Państwo uczestniczy w nich jako strona, powstają w celu ochrony interesu publicznego, a normy będące ich owocem są abstrakcyjne i generalne – tworzą prawo na równi z jednostronnym aktem stanowienia. Jediną różnicą jest stosowanie do ich powstania techniki kontraktualnej. Obecność państwa w tych stosunkach pociąga za sobą oparcie decyzji prawodawczej na zobowiązaniach wynikających z umowy zawartej z przedstawicielami społeczeństwa. W pewnym zakresie dopuścić można również stosowanie do nich, jako do ogólnej kategorii umów zasad umów cywilnoprawnych (np. *pacta sunt servanda*, wielość podmiotów, równość podmiotów, zasada wzajemności⁵⁵).

4. UMOWA PRAWOTWÓRCZA A PRAWO

Realizacja konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego wymaga, aby wszelkie relacje jednostka – państwo znajdowały oparcie w normach prawnych. Przymiotnik „demokratyczne” uprawnia do poszukiwań nowych instrumentów, które mogą w tych relacjach znaleźć zastosowanie, a które znajdą umocowanie w odpowiednich przepisach. Umowy prawotwórcze, jako jeden z tych instrumentów, najbardziej zinstytucjonalizowany, wymagają szczególnego typu oparcia w obo-

⁵⁵ G. L. Seidler i in., op.cit., s. 149.

wiążącym prawie. Reguły rządzące tym źródłem prawa powinny być o wiele bardziej restryktywne, niż ma to miejsce w przypadku umów prawa cywilnego. Warto w tym kontekście wziąć pod uwagę obowiązek rejestracji układów zbiorowych pracy przez wskazany organ. Rejestracja jest warunkiem ich wejścia w życie i, w konsekwencji, nabycia mocy obowiązującej (art. 241¹¹ § 1 i 241¹² § 1 kodeksu pracy)

Zawierając umowę, strony działają na podstawie prawa obowiązującego, przepisów zewnętrznych w stosunku do umowy⁵⁶. Przepisy te, co najmniej, określają strony, przedmiot umowy i ewentualne sankcje. Na płaszczyźnie proceduralnej zawarcie umowy wymaga zgodnych oświadczeń woli, prowadzących do ustanowienia norm prawnych⁵⁷. Tak ogólnie zarysowany typ powiązań między umową a prawem obowiązującym, w przypadku umów prawotwórczych pociąga za sobą konieczność rozwiązania wielu istotnych problemów. Z jednej strony dotyczą one natury prawnej takich umów, z drugiej, miejsca, jakie zajmą wykreowane tą drogą normy w systemie źródeł prawa. Problem polega na tym, że w konstytucyjnym zamkniętym katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego, ustrojodawca nie umieścił umów prawotwórczych. Ich postanowienia otrzymują moc obowiązującą drogą rozmaitych furtek, które wprowadzają jednakże swego rodzaju „kompetencyjne precedensy”.

W przepisach obowiązujących, normy, które służyć mają za podstawę prawną zawierania umów prawotwórczych znajdziemy w aktach różnej rangi. W konstytucji jest to przede wszystkim art. 25 ust. 5. W wypadku tym ustawa zasadnicza przesądza regulację na poziomie ustawowym umów zawieranych przez Radę Ministrów z kościołami i związkami wyznaniowymi (ustawa partykularna). Obszar stosunków między tymi podmiotami, normujący materię dość delikatną, stał się więc przedmiotem konstytucjonalizacji, ale regulacja w ustawie zasadniczej nie jest wyczerpująca. Dla nadania takiej umowie mocy obowiązującej decydujące jest rozwiązanie, że to nie umowa bezpośrednio jest źródłem prawa, ale sankcjonująca ją ustawa. Tyle, że treść ustawy jest zdeterminowana postanowieniami umowy. Ewentualne wątpliwości wiążą się z praktycznym sposobem transpozycji postanowień umowy do przepisów ustawowych. Pojawia się pytanie, czy projekt ustawy ma odtwarzać w nie-

⁵⁶ Por. tytułem przykładu art. 16a ust. 2 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania: „Przepisy umowy nie mogą naruszać przepisów ogólnie obowiązującego prawa, a w szczególności zasady równouprawnienia wszystkich kościołów i innych związków wyznaniowych”.

⁵⁷ J. Ghestin, *La notion du contrat*, oraz D. Alland, *Ouverture: Le contrat dans tous ses états* [w:] *Le contrat*, „Droits” 1990, nr 12.

zmienionej formie te dyspozycje, czy jedynie respektować ich treść? Niezależnie od praktyki, która ustali się w przyszłości w tej mierze, pozycja ustawodawcy, co jest kontrowersyjne z perspektywy kompetencji prawotwórczych, ulega zredukowaniu do „potwierdzenia” takiej umowy i nadania jej postaci przepisów ustawowych. Umowa jako taka bezpośrednio nie musi szukać swojego miejsca wśród źródeł prawa.

Inną zasadą konstytucyjną, o czym już wspominaliśmy, inspirującą regulację stosunków sfery ekonomiczno-społecznej drogą konsensualną, jest zasada dialogu społecznego. Jej ustawowe rozwinięcie i zinstytucjonalizowanie stanowią przepisy o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych. Układy zbiorowe pracy z kolei pojawiają się w konstytucji tylko raz, w art. 59 ust. 2, jako konsekwencja przyznania jednostce przez ustrojodawcę tzw. prawa do koalicji, czyli zrzeszania się w związki zawodowych. Jako, że mogą swoimi postanowieniami obejmować podmioty nie będące stroną układu, mają charakter prawotwórczy. Formalnie nie są jednak powszechnie obowiązującym źródłem prawa⁵⁸. Pomimo swojego normodawczego charakteru znalazły się one poza katalogiem aktów (źródeł prawa) wymienianych w rozdziale III ustawy zasadniczej. Ze względu jednakże na fakt, że pojęcie „układ zbiorowy pracy” należy do grupy pojęć zastanych, dla części konstytucjonalistów i teoretyków prawa nie ulega wątpliwości ich charakter źródeł prawa powszechnie obowiązującego⁵⁹.

4.1. ŹRÓDŁA PRAWA

Istotne z interesującej nas perspektywy staje się pytanie o charakter tych aktów, jako źródeł prawa. Decyzja w tej sprawie będzie przesądzała o tym, czy i w jakiej mierze umowy prawotwórcze mogą stać się podstawą aktów stosowania prawa. Na gruncie prawoznawstwa powszechnie uznaje się niejednoznaczność, czy raczej wieloznaczność terminu „źródło prawa”⁶⁰. Pośród *fontes iuris oriundi* najczęściej

⁵⁸ „Brak wyraźnego zaliczenia układów zbiorowych pracy do źródeł prawa powszechnie obowiązującego i **specyficzny konsensualny charakter tego aktu** (wytl. – T. Ch.) budzi wątpliwości, co do objęcia układów zakresem źródeł prawa powszechnie obowiązującego” – J. Oniszczyk, *op.cit.*, s. 104.

⁵⁹ Opinię taką podziela m.in. P. Winczorek, por. *Kilka uwag o konstytucjonalizacji „źródeł prawa” w akcie z 2 kwietnia 1997 r.* [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, pod red. L. Leszczyńskiego, Lublin 1999, s. 25–34.

⁶⁰ Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa–Poznań 1973, s. 76.

spotyka się podział na formalne, materialne i instytucjonalne źródła prawa⁶¹. Nieco inną, przynajmniej w warstwie terminologicznej, klasyfikację, proponuje J. Wróblewski. Wyróżnia on mianowicie źródła prawa w ujęciu normodawczym, funkcjonalnym, walidacyjnym i decyzyjnym⁶². Każde z wymienionych tu znaczeń można rozpatrywać z różnych punktów widzenia. Dla przykładu normodawczym źródłem prawa może być zarówno fakt prawotwórczy uznany za taki w określonym systemie prawa (systemie konkretnym, systemie typie), zgodnie z przyjmowanymi w tym systemie regułami walidacyjnymi, jak i akt kompetentnego organu prawodawczego (akt normatywny). Ujęcie funkcjonalne (materialne) źródeł prawa obejmuje prawne i pozaprawne czynniki, które wpływają na to, że w danym systemie prawnym obowiązują normy o określonej treści. Pozostałe dwie kategorie nie znajdują a naszym przypadku zastosowania.

Generalnie układy zbiorowe pracy i umowy z art. 25 ust. 5 Konstytucji uznać można za formalne źródła prawa. Będą to więc tym samym źródła prawa o charakterze normodawczym. Nie należy zapominać, że na podstawie art. 9 § 1 kodeksu pracy, są ważnym (również ze względu na swoją społeczną rolę i konsensualny charakter) źródłem prawa pracy. Łączy się to ze wspomnianym wcześniej normatywnym (obok umownego, obligacyjnego, charakterem tych aktów. Nieco więcej kontrowersji wywołać może zakwalifikowanie ich, jako samoistnych bądź niesamoistnych źródeł prawa. Samoistnym źródłem prawa określana jest „każda reguła lub zasada, która może stanowić samodzielną podstawę decyzji sędziowskiej lub innego aktu stosowania prawa, a tym samym (...) może być samodzielnym źródłem nasyżych praw lub obowiązków”⁶³.

Szczególna trudność pojawia się w tym wypadku w związku z umowami między państwem a związkami wyznaniowymi. Czy takim źródłem prawa jest już sama umowa, czy dopiero sankcjonująca jej postanowienia ustawa partykularna?

4.2. PROBLEM KOMPETENCJI PRAWOTWÓRCZYCH

Odpowiedź na powyższe pytanie wiąże się z innym problemem, moim zdaniem z praktycznego punktu widzenia, ważniejszym. Chodzi

⁶¹ T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2002.

⁶² W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 413 i n.

⁶³ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1998, s. 107.

mianowicie o określenie kompetencji prawotwórczych podmiotów zawierających omawianą umowę. W państwie prawa, w związku chociażby z zasadą podmiotowego i przedmiotowego podziału władzy, nie jest możliwe naruszanie w jakikolwiek sposób ustawodawczej kompetencji parlamentu drogą delegowania jej na jakieś inne podmioty. Normy udzielające kompetencji do ustanawiania wiążących norm generalnych i abstrakcyjnych, w tym przede wszystkim normy udzielające kompetencji ustawodawczych, mają szczególną doniosłość społeczną. „Kompetencje prawodawcze przyznawane są określonym podmiotom państwa po to, by czyniąc z nich użytek (...) realizowały jakieś, choćby ogólnie nakreślone cele społeczne”⁶⁴. Zawarcie umowy prawotwórczej jest doniosłą prawnie czynnością konwencjonalną. Wymogi konstrukcyjne norm kompetencyjnych korespondują ściśle z regułami sensu danej czynności konwencjonalnej (tu: prawodawczej). Reguły te mogą odnosić się do sposobu dokonywania samej czynności (składanie oświadczeń woli poprzedzone rokowaniami), jak również do wytworu tej ostatniej (umowa). Wśród tych ostatnich reguł podkreślić w naszym wypadku należy znaczenie reguł merytorycznych, wyznaczających treść aktu prawodawczego⁶⁵.

Poza tym trzeba mieć na uwadze, że skorzystanie przez upoważniony podmiot z kompetencji, wywołuje aktualizację określonych obowiązków. Normy kompetencyjne nakazują, bowiem przestrzegać norm merytorycznych, które zostaną ustanowione lub uznane w określony prawem sposób, w określonym zakresie spraw. W warunkach władczego systemu prawa, powiązania kompetencyjne są jednocześnie powiązaniem hierarchicznymi. I, jak słusznie zauważa E. Kustra, ewentualne delegowanie kompetencji odbywa się w ramach aparatu państwowego. Innego rodzaju rozwiązania, jak udzielanie czy delegowanie kompetencji prawotwórczych na zrzeszenia obywateli, nie jest raczej możliwe⁶⁶. Jak wobec tego określić rodzaj kompetencji, którym na mocy ustawy zasadniczej dysponują np. organizacje wyznaniowe?

Dość pociągające dla wyjaśnienia tego problemu wydają się dwie koncepcje, rozciągające pojęcie kompetencji na szerszy, niż tradycyjnie przyjmowany, krąg podmiotów. Pierwsza z nich to koncepcja Z. Ziem-

⁶⁴ A. Michalska, S. Wronkowska, *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1980, s. 7.

⁶⁵ Szerzej: Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 134–136 i podana tam literatura.

⁶⁶ E. Kustra, *Polityczne...*, s. 14. Drugie z rozwiązań, w którym powiązania kompetencyjne nie „odwzorowują” powiązań hierarchicznych, charakterystyczne jest dla teoretycznego modelu prawotwórstwa negocjacyjnego. Póki jednak nie ma umocowania w wyraźnych przepisach – pozostaje pewnym modelem idealizacyjnym.

bińskiego, uwzględniająca uprawnienia, które A. Ross nazwał normami „autonomii prywatnej” (w odróżnieniu od „norm autorytetu publicznego”)⁶⁷, jako rodzaj kompetencji prawnej określonych podmiotów do dokonania w pewien sposób danej czynności prawnej. Drugą, być może pomocną, teorią jest normatywizm. Jego zwolennicy stoją na stanowisku, że każda próba podziału prawa na publiczne i prywatne ma charakter ideologiczny (pozaprawny). Normy obu porządków to jedynie dwie metody „wytwarzania prawa”, a normy indywidualne i konkretne to tylko kolejny szczebel w systemie prawa, konstruowanym jedynie na więziach kompetencyjnych. „Oświadczenie woli, tworzące prawotwórczy stan rzeczy, jest w obu przypadkach tylko dalszym ciągiem wytwarzania się woli państwa⁶⁸”. Pomijając, jako nieistotne, rozbieżności co do zakresu systemu prawa, widzimy niestety, że już pobieżna analiza tych koncepcji wykazuje, iż sięganie do nich jest tylko pewnym ułatwieniem terminologicznym. Nie dotyka jednak istoty rzeczy i nie wyjaśnia w żaden sposób charakteru rozważanych uprawnień.

Uprawnienie, z którym mamy do czynienia w przypadku stron umowy prawotwórczej, jest kompetencją do stanowienia „norm autorytetu publicznego”, norm w dostatecznym stopniu abstrakcyjnych i generalnych, obowiązujących *erga omnes*. Jest to, więc rodzaj kompetencji normodawczej, regulowanej przez przepisy konstytucyjne (niekatolickie kościoły i związki wyznaniowe) lub ustawowe (układy zbiorowe pracy, Komisja Trójstronna). Nie jest to jednakże kompetencja prawodawcza, gdyż ta (w przypadku art. 25 ust. 5 konstytucji) należy, choć w ograniczonym merytorycznie wymiarze, do Sejmu i Senatu. Być może jest to, więc rodzaj kompetencji częściowej do dokonania określonej czynności konwencjonalnej, która w tym wypadku oznacza zawarcie umowy z kompetentnym podmiotem władzy publicznej?

Norma kompetencyjna ustanawia możliwość kreowania innych norm prawnych (kompetencja normodawcza), ale zawiera też warunki, których spełnienie konieczne jest dla wykonania owej możliwości: po pierwsze, wskazuje podmioty kwalifikowane do dokonania aktu ustanawiającego normy, następnie, określa procedurę, w jakiej się tego dokonuje oraz wyznacza możliwy zakres ustanowionej normy. W przypadku udzielenia kompetencji prawotwórczej podmiotom innym niż konstytucyjnie wskazane, w przepisach udzielających takiej nowej kom-

⁶⁷ K. Pleszka, *Hierarchia w systemie prawa*, Zeszyty Naukowe UJ CIXX, Prace z Nauk Politycznych, Kraków 1988, s. 60.

⁶⁸ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa (Metoda i pojęcia zasadnicze)*, Warszawa 1934, s. 62-63.

petencji należałoby odpowiednio sformułować **zakres zastosowania** takiej normy. Trzeba by więc wskazać naraz dwa podmioty – strony umowy oraz szczególnie ujętą procedurę jej zawarcia. Chodzić tu bowiem będzie o technikę kontraktualną. Trzeba by nałożyć również jakieś ograniczenia, czy stworzyć szczegółowe regulacje dla **zakresu normowania** – np. ograniczenie grupy adresatów podległych kompetencji do grupy, której reprezentacja jest stroną umowy itp. W przypadku określania podmiotów uprawnionych istotne wydaje się również, definiowane już wcześniej, przestrzeganie warunku reprezentatywności podmiotu zawierającego taką umowę z przedstawicielami państwa. Wymóg ten przyczynić się może do wyeliminowania pewnej przypadkowości i nadużyć w działaniach i roszczeniach ze strony szeroko pojętych partnerów społecznych.

Odrębnej uwagi wymaga również kwestia kształtowania się kompetencji prawotwórczej po stronie organów władzy publicznej. Weźmy jako przykład wielokrotnie przywoływane umowy dotyczące stosunków państwa z kościołami i związkami wyznaniowymi innymi niż katolickie. Ze strony państwa umowę taką zawiera Rada Ministrów. Ma więc ona – analogicznie do drugiej ze stron – rodzaj cząstkowej kompetencji normodawczej. Dodatkowo, nieliczne dostępne analizy charakteru tej kompetencji Rady Ministrów przychylają się do twierdzenia o obligatoryjnym przystąpieniu do rokowań, jeżeli druga strona umowy (kościół lub związek wyznaniowy) wystąpi ze stosownym roszczeniem⁶⁹. Obligatoryjna jest również forma umowa dla regulacji tych stosunków: wskazuje na to użycie przez ustrojodawcę trybu oznajmującego.

Szczególnie również kształtuje się w przytoczonej instytucji sytuacja innego organu władzy publicznej, a mianowicie ustawodawcy. Jak była o tym mowa, charakter prawny umów prawotwórczych wynika nie z mocy decyzji organizacji niepaństwowych, czy nawet porozumienia zawartego między państwem i jakąś instytucją czy organizacją społeczną, ale z odpowiedniego aktu prawodawczego państwa. Rola jego, ograniczona do usankcjonowania postanowień umowy, narusza tutaj być może nawet zasadę demokracji pośredniej, zgodnie z którą władza zwierzchnia należy do narodu, sprawującego ją przez swych demokratycznie wybranych przedstawicieli. Należy więc wyjątkowo uczulić inicjatorów ewentualnych regulacji umowy prawotwórczej na to, żeby pozycja ustawodawcy nie była ograniczana w sposób przypadkowy.

⁶⁹ Z. Witkowski, op.cit., s. 220–221.

5. ZAGROŻENIA PŁYNAĆE DLA PRAWOTWÓRSTWA Z WŁADCZEGO I NEGOCJACYJNEGO MODELU TWORZENIA PRAWA

Zarówno władczy jak i negocjacyjny sposób (model) tworzenia prawa nie są wolne od cech negatywnych. Z obu płyną odmiennego rodzaju zagrożenia⁷⁰. Sposób władczy, zakładając, że jest jedyną formą dopuszczalną w państwie niedemokratycznym, niesie tych zagrożeń więcej i są one poważniejsze. Podstawowym zagrożeniem w warunkach władczego systemu prawa jest jednostronne ustalanie przez państwo granic wolności jednostki wobec państwa i społeczeństwa. Reguły sprawiedliwości materialnej narzucone są przez państwo. Na ich podstawie rozstrzyga ono za adresatów norm prawnych, co jest dla nich dobre, a co złe. Bardzo istotne jest też, iż w ramach tego systemu dominują celowe programy prawodawcze. Znaczy to, że instytucje tworzące prawo określają cele lub środki działania za adresatów programu. Zagadnienie tworzenia programów celowych wiąże się z innym ważkim problemem, a mianowicie z kwestią instrumentalizacji prawa (sterowania).

Teoretyczny model negocjacyjnego tworzenia prawa zakłada normatywne wykluczenie możliwości sterowania, ponieważ procesy tworzenia prawa są oparte na demokratycznych procedurach artykułowania i uzgadniania różnych wartości i interesów⁷¹. Ujawniają się wówczas zasady sprawiedliwości proceduralnej. Wprowadzenie w życie negocjacyjnego modelu systemu prawa i jego tworzenia opiera się właśnie na regułach etyki proceduralnej. Odpowiedni sposób zorganizowania procedur prawotwórczych, poprzez zagwarantowanie w ich ramach miejsca na uzgodnienia i porozumienia z podmiotami innymi niż mandatariusze (a idąc dalej – uzależnienie wprowadzenia określonych norm od porozumień z ich adresatami), zabezpieczać mają przed możliwością destrukcyjnej instrumentalizacji prawa oraz wyznaczać granice instrumentalizacji konstruktywnej. Dzięki tej ostatniej prawo jest w stanie realizować cele służące dobru wspólnemu.

Już pewnego rodzaju udoskonalenie systemu władczego poprzez dopuszczenie elementów systemu konsensualnego pozwala, na przy-

⁷⁰ E. Kustra, *Władczy oraz negocjacyjny typ tworzenia prawa. Szanse i zagrożenia*, RPEiS 1994, nr 4, passim.

⁷¹ Ibidem, s. 27.

kład, na dokonanie oceny programów celowych ze względu na ewentualne zagrożenia dla podstawowych praw i wolności jednostek. Konstytutywnym elementem rozwiniętego negocjacyjnego typu tworzenia prawa są, jak była o tym mowa, programy warunkowe, na bazie których instytucje tworzące prawo określają tylko warunki ramowe, pozostawiając wybór celów lub środków działania adresatom programów, oraz programy proceduralne, dzięki którym instytucje te **uzgadniają** z adresatami programu cele lub środki działania. Program warunkowy wymaga, co najmniej, kompromisu. Na podstawie tego kompromisu wyznacza się zakres wolności dla określonych podmiotów prawa – adresatów norm prawnych. Programy proceduralne natomiast są w zasadzie konsensualną formą tworzenia prawa. Realizacja normatywna negocjacyjnych form prawotwórstwa wymagałaby nadania takim porozumieniom charakteru czynności konwencjonalnych doniosłych prawnie, a nawet delegacji kompetencji prawodawczych na zrzeczenia reprezentujące obywateli. Akceptacja przez państwo takiego typu programów w sferze prawotwórczej, mogłaby się przyczynić do pogodzenia zadań sterujących współczesnych państw z prawami i wolnościami jednostek.

Jednak również system negocjacyjny, pomimo, iż w wersji modelowej jest przykładem niejako doskonałej demokratyzacji, nie jest wolny od pewnego rodzaju niebezpieczeństw. Są one odmiennej natury niż ma to miejsce w przypadku systemu władczego.

Po pierwsze, udział w procesie tworzenia prawa wymaga od społeczeństwa stworzenia odpowiednich mechanizmów reprezentacji (innej niż parlamentarna) i sprawności w formułowaniu potrzeb. Mechanizmy takie mogą nie zawsze działać prawidłowo. Widać to choćby na przykładzie związku zawodowego i przywoływanego problemu reprezentatywności. Z obawy przed dyktatem jednostronnych decyzji każdy chciałby, jeśli nie decydować samodzielnie, to choćby uczestniczyć w rozstrzygnięciach go dotyczących. Realia są jednak takie, że do negocjacji konieczne są określone predyspozycje. Po wtóre, niezbędna jest również umiejętność tworzenia grup, korporacji, które stanowić będą faktyczne źródło nacisku na władzę. W efekcie negocjacje stają się niefortunnym czynnikiem nierównowagi, sprzyjając grupom uprzywilejowanym. Władza, bowiem faworyzuje tych, którzy ustanawiają się instancją negocjacji⁷². Negocjacje poprzedzające zawarcie umowy, stać się mogą płaszczyzną przetargów wąskich interesów społecznych i, w konsekwencji, realizować przywileje jedynie konkretnych grup. Umowy, jako for-

⁷² L. Bellenger, *op.cit.*, s. 14.

ma tworzenia programów proceduralnych są głównie nastawione na uwzględnianie interesów grupowych, partykularnych, nie gwarantują więc ochrony interesu ogólnego czy wspólnego.

Przy wszystkich pozytywnych stronach negocyjacyjnego sposobu tworzenia prawa, że nie może więc ono stanowić jedyne normatywnego modelu prawotwórstwa, a jedynie przykład drogi jego doskonalenia. Dzieje się tak głównie ze względu na wielkość współczesnych państw i znaczne zróżnicowanie w łonie tworzących je społeczeństw. Lecz procesy tworzenia prawa polegać powinny **nie tylko i nie głównie** na jednostronnym ustanawianiu norm przez kompetentne organy władzy publicznej. Należy też uwzględnić tworzenie prawa częściowo w drodze porozumień instytucjonalnych, które dla swej skuteczności, wymagają równorzędnego traktowania organów państwowych i np. zrzeszeń obywateli.

Realizacja zasady demokracji rozbudowywanej, czy poszerzanej drogą tak zarysowanej modyfikacji sposobu podejmowania decyzji prawotwórczych, wiąże się z rozmaitego typu problemami. Na jeden z nich zwraca uwagę N. Bobbio mówiąc o „niesterowności systemów demokratycznych”⁷³. Jednym z przejawów niesterowności w demokracji jest sposób podejmowania decyzji w państwie, w tym decyzji prawodawczych. Na skutek procesu dystrybucji władzy, w ustrojach demokratycznych rodzi się zjawisko władzy rozproszonej. Bobbio pisze: „władza jest tym bardziej rozproszona, im bardziej zarządzanie społeczeństwem na wszystkich poziomach odbywa się według procedur dopuszczających partycypację, niezgodę, a więc mnożenie się miejsc, w których podejmowane są kolektywne decyzje”⁷⁴. Nietrudno jest objąć tym rozumowaniem również wykonywanie funkcji ustawodawczej. Konsekwencją takiego rozproszenia jest mnożenie się ośrodków władzy, konkurencja między nimi, a w końcu konflikt pomiędzy podmiotami powołanymi do rozwiązywania konfliktów. Konflikt taki, inny od naturalnych ponieważ konfliktów społecznych, nazywa Bobbio „konfliktem do kwadratu” i uważa za sytuację wysoce patologiczną.

⁷³ N. Bobbio, *Liberalizm i demokracja*, Kraków–Warszawa 1998, s. 63–65. Autor wylicza trzy podstawowe problemy, które stoją u źródeł takiej niesterowności: a) ustroje demokratyczne, w porównaniu do autorytarnych, cechuje narastająca dysproporcja między liczbą potrzeb i żądań wysuwanych przez społeczeństwo obywatelskie a zdolnością odpowiedzi na nie ze strony systemu politycznego (zjawisko tzw. przeciążenia); b) w ustrojach demokratycznych konflikty społeczne występują w większym stopniu niż w autokratycznych – pierwszorzędne miejsce zajmuje tu konflikt pomiędzy interesem całości, wspólnym, a interesami poszczególnych grup; c) wysoki stopień dystrybucji władzy.

⁷⁴ Ibidem, s. 65.

Zgodzić się więc należy na idealizacyjny charakter komunikacyjnej wizji porządku prawnego. Bez specjalnych zastrzeżeń można przypisać taki właśnie charakter również, konstruującym tę wizję, koncepcjom negocjacyjnego typu tworzenia prawa. Podstawą istnienia wielu instytucji prawnych jest fakt „niemożliwości konsensualnej regulacji konfliktów w sytuacji, gdy zagrożone są najbardziej elementarne dla życia ludzkiego wartości”⁷⁵. Pokusić się można w tym miejscu o tezę, że skoro podstawowe wolności i prawa jednostki zostają wyłączone spod decyzji demokratycznej większości (poprzez zakotwiczenie ich w konstytucji), podobnie powinno działać się w przypadku zastosowanych na większą skalę umów prawotwórczych. Nie zmienia to faktu, że władza ustawodawcza jest, zgodnie ze współczesną koncepcją państwa prawnego, zobowiązana do stwarzania jednostce proceduralnych gwarancji dochodzenia jej praw w przypadku naruszenia tych nienegocjowalnych wolności⁷⁶.

PODSUMOWANIE

Proces instytucjonalizacji dialogu społecznego i uznawanie porozumień w coraz bardziej formalnej postaci nie wynika jedynie z pewnych ideologicznych koncepcji, ale powinien być pilną odpowiedzią na faktyczne procesy i zmiany zachodzące w życiu społecznym. W umowie prawotwórczej dochodzi do swoistego przemieszania pojęć kształtowania się prawa i tworzenia prawa. Przyjmuje się, że pojęcie prawotwórstwa ma zakres węższy i zawiera się w pojęciu kształtowania się prawa. Prawo kształtuje się pod wpływem określonych stosunków społecznych i jest wyrazem działalności grup społecznych, partii politycznych, grup nacisku. Stanowi pewnego rodzaju treściowe ograniczenie działalności prawotwórczej podmiotów państwowych dysponujących kompetencją prawodawczą⁷⁷. Zamiast jedynie ograniczać rolę różnych aktorów życia społecznego do ogólnie pojętego wpływania na kształt prawa, można spróbować dać im do ręki instrument efektywny, wykorzystywany w odpowiednio sformułowanym mechanizmie decyzyjnym. Najklarowniej z tej perspektywy prezentują się układy zbiorowe, będące

⁷⁵ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 99.

⁷⁶ S. Wronkowska, *Zarys koncepcji państwa prawnego w polskiej literaturze politycznej i prawnej* [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995, s. 72.

⁷⁷ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 128.

„instrumentem demokratycznego trybu kształtowania warunków pracy i płacy”⁷⁸.

Oczywiście zdawać sobie trzeba sprawę z różnorodnych uwarunkowań zaistnienia takiego szczególnego, pośredniego źródła prawa w polskim systemie. Najważniejsze i najtrudniejsze jest to, że uwarunkowania te nie tyle leżą w sferze instytucjonalnej czy w sferze konkretnych rozwiązań normatywnych – możliwość wprowadzenia i rozumnego korzystania z takiego instrumentu zależy od rozwoju kultury prawnej i pewnej odpowiedzialności, tak władzy publicznej, jak i pierwotnych adresatów norm za treść prawa. Nie jest moim zamiarem rozwijanie tu idei społeczeństwa obywatelskiego, bo dawno już wyszliśmy z fazy intuicyjnego odbierania tego zjawiska i wiemy konkretnie, jakie warunki powinny być spełnione, żeby społeczeństwo mogło być określone tym mianem. Ale właśnie do tej kategorii pojęć należy się tu odwołać.

⁷⁸ Z. Salwa, *Prawo pracy*, Warszawa 2000, s. 56.