

NORBERT BANASZAK

Uniwersytet Szczeciński

Skuteczność działania Rzecznika Praw Obywatelskich – podstawowe problemy

Urząd ombudsmana powstał w Polsce u schyłku epoki państwa socjalistycznego oraz utrzymał się, a nawet umocnił, po tym okresie i obecnie funkcjonuje w państwie zorganizowanym na wzór demokracji zachodnich. Zgodnie z art. 2 Konstytucji RP¹ „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Źródłem idei państwa prawnego była świadomość istnienia pewnej nienaruszalnej sfery wolności człowieka oraz świadomość konieczności ochrony tej sfery prawem, ograniczającym zakusy władzy na jej naruszanie. Prawo stanowione przez organy przedstawicielskie, wykonywane przez administrację i strzeżone przez sądy, winno zapewnić obywatelom stabilną i godną egzystencję. Prawem zabezpieczone są podstawowe dla człowieka wartości – wolność, godność i własność. Katalog ten z czasem poszerzał się. Państwo prawa to reakcja na

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. DzU Nr 78, poz. 483 z późn. zm. W opracowaniu odstąpiono od szczegółowej analizy i przytaczania tekstów aktów prawnych oraz powoływania ich publikatorów. Warto jednak na potrzeby dalszych rozważań przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 2-3 Ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o *Rzeczniku Praw Obywatelskich* Rzecznik Praw Obywatelskich stoi na straży wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji oraz w innych aktach normatywnych; w sprawach o ochronę wolności i praw człowieka i obywatela Rzecznik bada, czy wskutek działania lub zaniechania organów, organizacji i instytucji, obowiązanych do przestrzegania i realizacji tych wolności i praw, nie nastąpiło naruszenie prawa, a także zasad współżycia i sprawiedliwości społecznej (tj. DzU z 2001 r., Nr 14, poz. 147).

arbitralność egzekutywy, naruszającej te wartości. Obecnie, gdy stopień poszanowania praw człowieka staje się wyznacznikiem demokracji i postępu, prawa te trzeba również chronić przed arbitralnością nie tylko władzy wykonawczej, ale także ustawodawcy czy sądów.

W warunkach stale poszerzających się sfer ingerencji administracji, poszerzeniu ulec musiała także grupa podmiotów kontrolujących tę administrację. Dotychczas w nauce europejskiej identyfikowano chętnie kontrolę administracji z kontrolą sądową. Podejście takie miało za sobą lata tradycji i szereg humanistycznych argumentów. Ale środek, który jest dobry dla oceny, czy decyzja administracyjna nie narusza prawa, zawiedzie w wypadku, gdy przedmiotem kontroli jest realizacja np. rządowego programu ochrony zdrowia, walki z przestępczością czy reformy systemu wykształcenia. W państwach o liberalnym ustroju i rynkowym modelu gospodarki zrozumiano rozmiar niebezpieczeństwa wówczas, gdy zorientowano się, że wkraczanie państwa w sferę prywatnego życia jednostki wcale nie wymaga jakiegokolwiek odnoszenia się do tradycyjnie pojętych indywidualnych praw obywatelskich. Uświadomiono sobie, że oto istnieje olbrzymie pole działalności administracyjnej wolne – przynajmniej na szczeblu centralnym, a w miarę postępów regionalizacji i samorządności także na szczeblu terenowym – od jakiegokolwiek skutecznej kontroli czy nawet oceny społecznej, czy państwowej. Zakres tej oceny musi być inny niż w przypadku znanych rodzajów kontroli administracji. Dodatkowo, inną rzeczą jest kontrolować administrację w krajach o stabilnej demokracji, a inną w krajach o wątpliwych tradycjach demokratycznych, gdzie establishment, jeśli nawet dopuści się błędów, może utrzymać się przy władzy².

O kontroli ewentualnego nieprawidłowego działania administracji możemy również mówić w odniesieniu do tych wszystkich organów i instytucji, których zadaniem jest dokonywanie oceny tego, jak administracja wykonuje swoje zadania wobec całego społeczeństwa czy poszczególnych jego grup (terytorialnych, zawodowych lub innych), oceny noszącej w dużej mierze niesformalizowany charakter. Można mówić, że tkwi w tym pewna słabość tego rodzaju kontroli, można jednak wysunąć i wręcz przeciwny pogląd: w tym właśnie leży jej szczególna siła i znaczenie, że jest to kontrola nie ograniczająca się do warstwy formalno-dokumentacyjnej, że – jeśli posłużyć się terminologią zapożyczoną z francuskiego prawa cywilnego – jest to kontrola interesująca się głównie rezultatem, a nie tylko pewną starannością w działaniu, kontrola, dla której nie-

² E. Łętowska, J. Łętowski, *O państwie prawa, administrowaniu i sądach w okresie przekształceń ustrojowych*, Warszawa 1995, s. 182.

wykonanie zadania będzie zawsze niewykonaniem, niezależnie od tego, jakich by usprawiedliwień nie użył odpowiedzialny za taki stan rzeczy administrator³.

Przykładem na skuteczność niesformalizowanej kontroli, kontroli o dużym zasięgu, jest działalność prasy, radia i telewizji, mająca dzisiaj podstawowe wręcz znaczenie, gdy idzie o krytykę i ocenę personalną poszczególnych osób, pełniących funkcje w aparacie administracji ogólnej i gospodarczej, ich błędów, zaniedbań, a także bezczynności. Jest to dzisiaj w Polsce środek o bardzo istotnym znaczeniu. Administrator na wysokim szczeblu może przetrzymać na swym stanowisku wiele uwag krytycznych, pochodzących od organów kontroli administracyjnych, inspekcji resortowej, a nawet organów Najwyższej Izby Kontroli. Jeśli jednak został ostro skrytykowany w prasie, a już głównie w telewizji, która przedstawia go personalnie na całą Polskę, praktycznie rzecz ujmując w większości wypadków w najbliższym czasie musi spodziewać się odwołania. Żadna bowiem administracja nie przyjmuje łatwo publicznej krytyki, a co gorsza – publicznego ośmieszania, oskarżania o bezczynność, nieudolność lub o nieuczciwość⁴.

Z tych i innych powodów należy uznać, że kontrola legalności nie jest już dziś wystarczająca w systemie administrowania. Także w ramach tego klasycznego kryterium pojawiają się nowe problemy. Niezależnie od powszechnej akceptacji zasady praworządności administracyjnej, równie powszechnie przyjmuje się z rezygnacją fikcyjny charakter tej zasady. Przyczyna jest najprostsza. Liczba przepisów administracyjnych jest dziś tak wielka, że znajomość ich, nawet dla dobrego fachowca, jest po prostu niemożliwa. W praktyce zrezygnowano z zasady domniemania powszechnej znajomości prawa, a zasady ogólne postępowania administracyjnego w ogóle jej obowiązywanie wykluczają. Problem jest dziś z dostępnością prawa. Trudno jest czasami ustalić, jakie przepisy obowiązują w danej materii, jakie zostały zmienione, a jakie uchylone.

Zwiększająca się liczba nowych przepisów nie wpływa na przekształcenia w świadomości prawnej ani obywateli, ani administracji. Obywatele są zdezorientowani, a administracja oczekuje ministerialnych wyjaśnień albo interpretacji sądowej. Poglądy obywateli w sprawach prawnych, także gdy chodzi o rzeczy podstawowe, nie wskazują na to, aby w ich świadomości zakorzeniła się pewność realizacji takich czy innych uprawnień, nawet jeśli przewidziane są one w przepisach. Wobec postępującego skomplikowania prawa materialnego często mamy do czynienia z sytuacjami, gdy znajomość prawa sprowadza się

³ *Ibidem*. Zob. także J.L. Entin, *Prawne i polityczne mechanizmy kontroli działań administracji*, „Samorząd Terytorialny” 2001 (dalej: ST), nr 1-2, *passim*.

⁴ E. Łętowska, J. Łętowski, *O państwie prawa...*, *op. cit.*, s. 183.

w świadomości ludzkiej do wykazu właściwych organów i podstawowych reguł określających, w jaki sposób są one dostępne i jak uzyskać od nich rozstrzygnięcia. W sytuacji domniemania kompetencji jednoosobowego organu w znakomitej większości indywidualnych spraw obywateli, można przewidywać, że decydującym elementem nie staje się to, jakie prawo obywatela wynika z ustawy, lecz jak i u kogo załatwić sprawę. Prawo materialne schodzi na dalszy plan, pierwszorzędno znaczenia nabywają reguły prawa ustrojowego i proceduralnego.

Nastawienie takie bierze się z realiów codzienności. W sytuacji, gdy np. w samorządach nie ma pieniędzy na nic, przestają mieć znaczenie rozstrzygnięcia rad gmin czy innych jednostek samorządu, a znaczenie ma to, kto dokonuje redystrybucji tych niewielkich środków, obiecywanych przez administrację rządową. Dodatkowo treść tych deklaracji zmienia się nieomal co miesiąc. Ważny jest więc ten, kto pilnuje kasy i bierze za to wynagrodzenie. Pochodzące – prawie w 100% – ze składu rad zarządy, a zwłaszcza wybrani bezpośrednio wójtowie, burmistrzowie i prezydenci uważają się za kogoś ważniejszego od rad, zwłaszcza gdy mają w nich stabilne poparcie. Trudno się więc dziwić obywatelom.

Decyzja administracyjna przestała być podstawową formą działania administracji w państwie. Duża część podstawowych spraw obywateli załatwiana jest w inny sposób. Dlatego powstała potrzeba zapewnienia ochrony sądowej także tam, gdzie nie ma decyzji organu administracji. Ochrona ta jednak bywa niepełna z kilku przyczyn. Po pierwsze, sądy mają skłonność do oceny działań administracji, biorąc pod uwagę tylko kryterium legalności. Po drugie, czynią to z tendencją do respektowania pozytywnego brzmienia przepisów prawa. Często nie oglądają się przy tym na Konstytucję, choć jej podlegają. Warto zauważyć, że w niektórych krajach Europy Zachodniej, np. w Anglii, sądowa kontrola dyskrecyjnej władzy administracyjnej sprawowana jest przy uwzględnieniu nie tylko kryterium legalności, ale także kryterium „racjonalności” i „dobrej wiary”. We Francji kontrola ta, poza zgodnością z prawem, obejmuje dodatkowo badanie celu i motywów jakimi kierowała się administracja, korzystając z przyznanej jej władzy uznaniowej⁵.

Powstała w ten sposób luka w systemie kontroli wypełniać powinien ombudsman, działający w imieniu parlamentu, i podejmujący w interesie jednostki akcję tam, gdzie zawodzą inne, sformalizowane, rutynowe, legalistyczne środki. Jest to właśnie pożądany kierunek rozwoju doktryny prawa administra-

⁵ Z. Duniewska, *Istota i gwarancje dyskrecyjnej władzy administracyjnej w świetle standardów europejskich*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1999, t. 59, s. 29.

cyjnego i praktyki tego prawa. Decyzja administracyjna, indywidualny akt administracyjny, często też umowa – są to tylko chwilowe rejestracje i waloryzacje pewnych stanów, wynikających z nie ustającego nigdy układu stosunków prawnych między jednostką (ich grupą) a państwem (jego przeróżnymi reprezentantami). Przez dziesiątki i setki lat w sytuacji, gdy prawo miało głównie bronić jednostki przed „niesprawiedliwością” ze strony państwa, nacisk nauki na wypracowanie i sformalizowanie owych rejestracji i waloryzacji i uczynienie z nich zinstytucjonalizowanych, wręcz rutynowych konstrukcji łącznie z elementami kontroli, był zadaniem twórczym i słusznym. Ale chyba ów etap należy do przeszłości albo obecnie przestaje wystarczać. Zadanie doktrynalnego, praktycznego orzeczniczego konstruowania instytucji decyzji czy umowy nauka ma poza sobą. Do historii przechodzi też okres przywiązywania owych instytucji do dziedzin prawa, na których tle powstały. Już dziś żyją one własnym życiem. Umowa funkcjonuje w sferze prawa administracyjnego, decyzja w płaszczyźnie prawa cywilnego⁶.

Słabością systemu kontroli administracji jest ograniczanie jej pola działania głównie do działań administracji władczej i to tylko wtedy, i w takim zakresie, w jakim administracja posługuje się decyzją. Gdzie nie będzie decyzji, nie będzie raczej postępowania ani pewnie ochrony sądowej. Nie można jednak również powiedzieć, że nie ma wtedy także żadnego opartego na prawie zinstytucjonalizowanego stosunku między administracją a jednostką. Stosunek prawno-administracyjny między nimi nie ogranicza się tylko do sfery, w której działa naprzód decyzja, potem ewentualnie sędzia. Istnieje przecież pojęcie sytuacji administracyjnoprawnej. Złożoność tych sytuacji i wpływ, jaki mają na jednostkę, jest niebagatelny⁷. Zagadnienia te powinny stać się jednym z podstawowych problemów badawczych prawa administracyjnego. Istnieją konstrukcje uruchamiające w płaszczyźnie indywidualnej zadania państwa wobec obywateli, pozostające tylko w pewnym związku, zarówno z prawem materialnym, jak i proceduralnym, w większym – z prawem ustrojowym. Mowa tu o szeroko pojętych działaniach faktycznych administracji⁸.

Miedzy innymi z tych powodów wielkim zainteresowaniem śledzono doświadczenia polskiego ombudsmana, dla którego ani proceduralne pojęcie „decyzji”, ani też materialne – „zgodności z prawem” nie stanowiło jedynych wy-

⁶ E. Łętowska, J. Łętowski, *O państwie prawa...*, op. cit., s. 185.

⁷ Zob. J. Boć, *Stosunki administracyjnoprawne i sytuacje administracyjnoprawne*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2000, s. 343 i n.

⁸ Zob. A. Błaś, *Prawne formy działania administracji publicznej. Formy działań faktycznych*, [w:] *Prawo...*, op. cit., s. 319 i n.

znaczników sfery jego działania. I któreś z tych doświadczeń musiało okazać się ważne, skoro w 1995 r. przy projektowaniu nowej ustawy o sądownictwie administracyjnym sami projektodawcy (wywodzący się w końcu z sędziowskich kręgów) dosyć odważnie postanowili rozciągnąć właściwość tego sądu poza sferę formalnie traktowanej decyzji. Tendencja ta znalazła kontynuację w trakcie prac nad reformą sądownictwa administracyjnego w pierwszych latach nowego wieku. Sąd ma teraz również kontrolować zgodność z prawem różnego rodzaju działań władczych (faktycznych), jeśli tylko dotyczą one prawem chronionej sfery uprawnień obywateli.

W warunkach państwa o niedemokratycznym ustroju, istniały dwie podstawowe przesłanki, mające wpływ na możliwości działania ombudsmana na rzecz praw i wolności obywateli. Po pierwsze – ombudsman mógł działać skutecznie, jeżeli ustawa gwarantowała mu określone kompetencje i zapewnia osobie Rzecznika niezależność od innych organów państwowych. Po drugie – autentyczność omawianego urzędu (rzeczywiste realizowanie kompetencji przyznanych w ustawie) zależało od osobistych cech ombudsmana sprawującego ten urząd, zwłaszcza od jego osobistej niezależności i niepodatności na wpływy sił politycznych oraz wszelkie inne naciski ideologiczne⁹.

Pierwsze dwa lata działalności Rzecznika Praw Obywatelskich zaznaczyły się trudnościami w realizowaniu praw i wolności politycznych obywateli (zrzeszania się w związkach zawodowych, uczestniczenia w zgromadzeniach, wyrażania przekonań w prasie, radiu i telewizji oraz w publikacjach cenzurowanych przez państwo). Okazało się, że kompetencje Rzecznika i jego skuteczność mają swe granice w uwarunkowaniach politycznych, a granice skuteczności, których nie może on przekroczyć, wyznacza ustawa oraz system polityczny ograniczający wolności obywatelskie¹⁰.

Rzecznik Praw Obywatelskich był od początku istnienia tego urzędu głównie legalistą, pilnującym egzekucji praw obywatelskich zapisanych w ustawach. Jednocześnie dbał o zachowanie dystansu wobec polityki uprawianej przez rządzącą partię, rygorystycznie odcinając się nawet od ingerencji w sferę polityki społecznej rządu¹¹.

Po upadku socjalizmu w Polsce i powstaniu ustroju opartego na demokracji parlamentarnej stanął przed urzędem Rzecznika Praw Obywatelskich nowy

⁹ T. Zieliński, *Ombudsman – możliwości i granice skutecznego działania*, „Państwo i Prawo” 1994 (dalej: PiP), nr 9, s. 4.

¹⁰ *Sprawozdanie Rzecznika Praw Obywatelskich za okres 1 I 1988-30 XII 1988 r.*, RPO-Mat. 1988, Nr 2, s. 10 i n.

¹¹ T. Zieliński, *Ombudsman...*, *op. cit.*, s. 5.

dylemat: kontynuacji przyjętej linii działania wyłącznie w granicach obowiązującego prawa, pochodzącego też z poprzedniego okresu, bądź poszerzenia sfery działań na inicjatywy reformatorskie w postaci wniosków o dokonanie zmiany na korzyść obywateli anachronicznych przepisów, nie dostosowanych do założeń demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. W okresie zasadniczych przemian polityczno-prawnych, redukcja działalności Rzecznika do kontroli przestrzegania praw i wolności zapisanych w nie uchylonych przez nowego prawodawcę ustawach, uznana została w drugiej połowie I kadencji za dyskusyjną¹². Problem dotyczył ochrony tzw. praw nabytych¹³. Zasada ochrony praw nabytych występowała też w działalności Rzecznika jako podstawa ograniczonej obrony obywateli przed pogorszeniem ich sytuacji prawnej ze względu na regres gospodarczy państwa. W warunkach kryzysu gospodarczego możliwości działań ombudsmana w sprawach dotyczących interesów socjalnych obywateli są ograniczone, co daje się zauważyć i dziś.

Istotną więc kwestią przy badaniu skuteczności Rzecznika jest pytanie o optykę postrzegania przez niego zagadnienia prymatu prawa pozytywnego nad naturalnym, lub odwrotnie. Zakres przedmiotowy kompetencji Rzecznika Praw Obywatelskich określony ustawą obejmuje wszystkie prawa i wolności obywatelskie przewidziane w Konstytucji i innych ustawach. Zdaniem większości Rzeczników, musi on czuwać nad zgodnością zachowań władz publicznych z prawem pozytywnym. Nie jest zasadniczo powołany do kontroli zgodności działalności ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej z jakimś ponadustawowym, wyższego rzędu porządkiem zwanym prawem natury. W sporze między *lex* a *ius* musi opowiedzieć się i stać twardo na gruncie doktryny pozytywistycznej. Odwołując się do nie pisanych norm prawa natury (owego *ius*), ombudsman stałby się, zdaniem wielu, ideologiem poszukującym poza ramami prawa pozytywnego podstawy swego działania. Twierdzi się, że Rzecznik musi być pozytywistą i w swych działaniach proobywatelskich bronić litery prawa. Pewność ochrony prawnej przed sądami, urzędami i wszelkimi innymi władzami publicznymi gwarantuje obywatelom właśnie prawo pozytywne zapisane w ustawach oraz w stanowionych przez władzę wykonawczą (rząd) rozporzą-

¹² Np. W. Taras, A. Wróbel, *Rzecznik Praw Obywatelskich a administracja publiczna*, „Studia Prawnicze” 1992, nr 3-4, s. 41.

¹³ Szerzej na ten temat: T. Zieliński, *Rzecznik Praw Obywatelskich w okresie przemian ustrojowych w RP*, RPO-Mat. 1993, Nr 19, s. 32; tenże, *Ochrona praw nabytych – zasada państwa prawnego*, RPO-Mat. 1992, Nr 15, *passim*.

dzeniach i zarządzeniach wydanych na podstawie ustaw i w celu ich wykonania. Tak wygląda to w prawie i taki pogląd podzielali Rzecznicy¹⁴.

Podobnie sprawa się ma z zagadnieniem moralności prawa. Uważa się, że do ombudsmana nie należy uprawianie moralizatorstwa i przeciwstawianie obowiązującemu prawu pozytywnemu wskazań etyki normatywnej. Rzecznik praw wszystkich obywateli nie może udzielać pierwszeństwa etyce przed prawem powszechnie obowiązującym. Zapatrywania moralne są bowiem w pluralistycznym społeczeństwie wielorakie, toteż gdy w grę wchodzi konflikt etosów, żadnemu z nich nie można, w społeczeństwie naprawdę demokratycznym, przyznać przewagi nad innymi. Zarówno dyktatura mniejszości, jak też dyktatura większości światopoglądowej godzi w prawa obywatelskie, a tym samym stanowi jawną lub co najmniej ukrytą formę totalitaryzmu. Demokracja gwarantuje każdemu światopoglądowi i każdemu wyznaniu równość wobec prawa¹⁵.

Poruszony tu problem związania ombudsmana określoną moralnością wystąpił ostro w początku II kadencji Rzecznika i występuje do dziś. Ustosunkowując się do dylematu prawo czy moralność?, Rzecznik II kadencji stwierdził, że żaden ombudsman nie może odnosić się lekceważąco do idei moralności prawa. Musi w swych działaniach proobywatelskich odwoływać się do praw zgodnych z powszechnie uznanymi normami moralnymi, które odzwierciedlają wartości podstawowe, ogólnoludzkie. Nie można jednak tych wartości utożsamiać z chrześcijańskim wyłącznie systemem wartości, preferowanym przez kręgi katolickie, które domagały się, by ten system korzystał z sankcji państwowych. W sprawozdaniu parlamentarnym za drugi rok kadencji, Rzecznik Praw Obywatelskich II kadencji przypomniał, że za wiążące uważa prawo zgodne z normami moralnymi, powtarzającymi się zarówno w chrześcijańskich systemach etycznych, jak też w poglądach moralnych akceptowanych przez inne kręgi kulturowe, które mają swe korzenie też w przedchrześcijańskich systemach moralnych i które ludzkość zawdzięcza takim filozofom, jak: Sokrates, Arystoteles, Seneka i Cicero¹⁶.

W zabiegach o moralność prawa (w wyżej podanym znaczeniu), Rzecznik korzystał z kompetencji występowania z wnioskami do podmiotów mających inicjatywę ustawodawczą o wydanie lub zmianę przepisów dostosowujących prawo do wymagań moralnych demokratycznego społeczeństwa. W dotychczasowej praktyce czynił on użytek z tego uprawnienia w przypadkach zauważy-

¹⁴ Zob. T. Zieliński, *Ombudsman...*, op. cit., s. 3.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Sprawozdanie Rzecznika Praw Obywatelskich za okres od 13 lutego 1993 r. do 12 lutego 1994 r.*, RPO-Mat. Nr 21, 1994.

nych niezgodności między obowiązującym prawem a zasadą sprawiedliwości społecznej, będącej podstawową zasadą moralną państwa socjalnego, zapisaną w Konstytucji.

Rzecznik Praw Obywatelskich musi także czynić użytek z klauzuli zwanej zasadami współżycia społecznego, która odpowiada mniej więcej pojęciu słuszności czy dobrej wiary. Ustawa wyraźnie bowiem nakazuje Rzecznikowi badanie, czy wskutek działania lub zaniechania podmiotów obowiązanych do przestrzegania i realizacji praw i wolności obywatelskich nie nastąpiło naruszenie zasad współżycia i sprawiedliwości społecznej¹⁷.

Dotychczasowe działania nie wydają się wystarczające. Zasady słuszności i sprawiedliwości społecznej nie są przez Rzecznika stosowane chociażby na równi z kryterium legalności¹⁸. Podmiotów kontrolujących, stosujących kryterium legalności, jest liczba wystarczająca i chodzi tylko o to, aby kontroli tej dokonywały prawidłowo. Dotyczy to także sądów i problemu stosowania przez nie Konstytucji. Tymczasem coraz powszechniejsze staje się stanowienie i stosowanie prawa w oderwaniu od zasad słuszności i sprawiedliwości społecznej, zarówno przez podmioty szczebla centralnego, jak i lokalne, nie wspominając już o ustawodawcy. Obserwujemy bowiem zjawisko ubezwłasnowolnienia suwerena przez ustawodawcę. Wówczas, gdy Rzecznik skupia się w swej działalności głównie na badaniu legalności, brakuje podmiotu stosującego kryterium słuszności i sprawiedliwości społecznej. Otwiera to drogę zjawisku instrumentalizacji prawa i stanowienia go w interesie ugrupowań politycznych, a nie społeczeństwa¹⁹.

Fałszywa jest również teza, jakoby alternatywą dla prymatu prawa pozytywnego był wyłącznie prymat prawa naturalnego. Dominacja albo jednego,

¹⁷ T. Zieliński, *Ombudsman...*, op. cit., s. 9 i 10; tenże, *Klauzule generalne w demokratycznym państwie prawnym*, RPO-Mat. 1993, Nr 17, *passim*.

¹⁸ Wg informacji Rzecznika za rok 1999, wiele skarg dotyczyło granic jednostek nowego podziału administracyjnego kraju. Wnioskodawcy prosili o wniesienie przez Rzecznika skargi do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie stwierdzenia niezgodności z Konstytucją rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie utworzenia powiatów z art. 3 ust. 2 Ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (brak opinii zainteresowanych). Rzecznik stwierdza, że analiza przepisów nie potwierdziła w jego ocenie zasadności badania spraw przez Trybunał Konstytucyjny. Czy żądania skarżących były słuszne, czy nie, nie wydaje się właściwe działanie w oparciu tylko o kryterium legalności w odniesieniu do zagadnienia rozstrzygniętego arbitralnie, bez uwzględnienia szerszego kontekstu doktrynalnego i społecznego.

¹⁹ L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (Zarys problemu)*, PiP 1993, nr 6, *passim*.

albo drugiego jest w obecnych europejskich warunkach niedopuszczalna. Tezę o prymacie prawa pozytywnego skompromitowały totalitaryzmy, natomiast tezę przeciwną – uporczywe próby nadania idei prawa naturalnego wyłącznie kształtu akceptowanego przez światopogląd chrześcijański (zwłaszcza w Polsce). Istnieją jednak jeszcze inne koncepcje, użyteczne zwłaszcza przy rozważaniach nad zagadnieniami praw człowieka.

Próby pogodzenia wskazanych sprzeczności i zbliżenia stanowisk widoczne są zarówno na płaszczyźnie filozoficznoprawnej, jak i w doktrynie prawa konstytucyjnego. Dla dogmatyki prawa istotne znaczenie miało pojawienie się tzw. niepozytywistycznych koncepcji prawa. Cechą charakterystyczną tych koncepcji jest krytyka prawniczego pozytywizmu, nie odwołująca się jednak do prawa naturalnego²⁰. Zrezygnowano z radykalnych postulatów oddzielenia prawa i moralności, a także z całkowitego podporządkowania prawa moralności. Na gruncie tych koncepcji sformułowano założenia o normatywnym charakterze konstytucyjnych praw człowieka, przyjmując specyficzny charakter norm gwarantujących te prawa. Specyfika ta polega na tym, że na płaszczyźnie generalnoabstrakcyjnej treść norm możemy ustalić jedynie *prima facie*, rzadko natomiast mamy do czynienia z regułami prawnymi, wyznaczającymi jednoznaczny sposób postępowania. Jedynie wyjątkowo prawa człowieka są w konstytucji wyrażone za pomocą sformułowań, które już na płaszczyźnie generalnoabstrakcyjnej pozwalają ustalić ich jednoznaczną treść normatywną. Przykładowo z prawa do wolności wypowiedzi bądź prawa do zgromadzeń możemy wyprowadzić szereg zasad nakazujących ochronę tych praw. Odwołując się do wskazanych zasad konstytucyjnych, możemy jedynie stwierdzić, że konstytucja nakazuje maksymalną ochronę wolności wypowiedzi czy zgromadzeń, nie wynika z nich jednak rzeczywisty, przewidziany w danym systemie prawnym zakres ochrony tych praw. Zakres ten ustalamy najczęściej w sytuacji kolizji danej zasady konstytucyjnej z zasadą gwarantującą inne prawo człowieka lub inną wartość konstytucyjnie chronioną. Wskazane rozumienie zasad konstytucyjnych opiera się na założeniach, w myśl których nie ma zasad absolutnych, które w każdym przypadku kolizji mają pierwszeństwo przed innymi. Zwiększenie zakresu realizacji danej zasady przeważnie powoduje konieczność zawężenia realizacji zasady z nią kolidującej. Wiele zasad konstytucyjnych ma taką samą rangę, nie zachodzi między nimi hierarchiczne zróżnicowanie. Rozstrzyganie

²⁰ J. Woleński w przedmowie do książki R. Dworkina, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, *passim*.

kolizji zasad odbywa się przede wszystkim w oparciu o konstytucyjną zasadę proporcjonalności²¹.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że zasada proporcjonalności, mimo braku jej pełnego, prawnego wyrazu jest jedną z podstawowych zasad normujących obecnie stosunki między obywatelem a państwem. Jest ona wyprowadzana z treści wielu aktów normatywnych o różnym charakterze i randze. Nawiązują do niej zarówno Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, jak i Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Do zachowania proporcji nawiązuje wprost art. 8 ust. 3 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego²², zgodnie z którym kontrola administracyjna społeczności lokalnych powinna być sprawowana z zachowaniem proporcji między zakresem interwencji ze strony organów kontroli a znaczeniem interesów, które ma ona chronić. Do zasady proporcjonalności odwołują się też dokumenty europejskiego *soft-law*²³. W Polsce zasada proporcjonalności jest wyprowadzana przede wszystkim z art. 2 Konstytucji, jako jedna z zasad demokratycznego państwa prawnego²⁴.

W świetle powyższych założeń konstytucja, jej poszczególne postanowienia, nie może być traktowana jako akt woli ustrojodawcy, w którym zakodowane są normy prawne. W procesie stosowania konstytucji nie chodzi też o to, by wolę tę odkodować za pomocą odpowiedniego, z góry danego, zespołu reguł wykładni. Tekst konstytucji ma charakter otwarty, stanowi podstawę dyskursu o prawach człowieka. Podstawowym zadaniem prawoznawstwa jest określenie warunków, jakie dyskurs ten powinien spełniać. Dzięki nim konstytucyjny dyskurs o prawach człowieka toczy się równocześnie na płaszczyźnie analitycznej, normatywnej i empirycznej. Ta wielopłaszczyznowość ma z jednej strony zapewnić rozstrzyganie na gruncie prawnym problemów aksjologicznych, nieuchylanie się od ich podejmowania przez wskazywanie, że skoro nie rozstrzygnął ich demokratyczny prawodawca, to nie powinny być one rozstrzygane przez inne organy, lub też rozstrzyganie ich wyłącznie na podstawie reguły większości. Z drugiej strony, konieczność ustalenia na podstawie konstytucji jednoznacz-

²¹ P. Tuleja, *Prawo naturalne i prawo pozytywne jako podstawa konstytucyjnych praw człowieka*, ETHOS 1999, nr 45-46, s. 200 i n.

²² Sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r., DzU z 1994 r. Nr 124, poz. 607.

²³ Z. Duniewska, *Zasada proporcjonalności*, [w:] *Prawo administracyjne, pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, pr. zb. Warszawa 2000, s. 102 i n.

²⁴ W oparciu o tę zasadę Trybunał orzekł w sprawie oświadczeń majątkowych samorządowców – wyrok z 13 marca 2007, K 8/07.

nej reguły prawnej, stanowiącej podstawę rozstrzygnięcia, uzasadnienie jej obowiązywania przez odwołanie się do argumentów z płaszczyzny normatywnej i empirycznej, chroni przed dowolnością rozstrzygnięć i gwarantuje pewność prawa. Trzeba jednak podkreślić, że normatywna treść poszczególnych konstytucyjnych praw człowieka jest kształtowana dopiero w sytuacji, gdy powstaje spór co do zakresu ich ochrony. Treść ta kształtuje się więc dopiero w procesie stosowania konstytucji. Konstytucja stanowi podstawę prawniczego dyskursu, który prowadzony według powyższych założeń powinien doprowadzić do słusznych rozstrzygnięć²⁵.

Organ prawodawczy, konkretyzujący konstytucję, kieruje się przede wszystkim motywacją polityczną, realizuje interesy określonych grup ludzi. Zadaniem sądu konstytucyjnego nie jest ocena politycznych intencji ustawodawcy, decydowanie, jakie interesy poszczególnych grup powinny być realizowane. Sąd konstytucyjny powinien kontrolować, by realizacja tych interesów nie naruszała praw innych grup i praw poszczególnych obywateli. Ochrona tych praw polega przede wszystkim na ochronie jednostki przed zbyt dużą ingerencją państwa, ochronie reguł podejmowania decyzji politycznych, tak by zapewnić wszystkim możliwość uczestnictwa w ich podejmowaniu, ochronie tych wartości konstytucyjnych, które ustrojodawca uważa za konieczne do funkcjonowania społeczeństwa.

Próby rozwiązania wielu problemów konstytucyjnych nawiązywały wprost lub pośrednio do dyskusji toczących się między zwolennikami prawa naturalnego i pozytywizmu prawnego. Trzeba też pamiętać, że niekiedy to właśnie doktryna i praktyka konstytucyjna stawiała przed przedstawicielami filozofii i teorii prawa nowe problemy do rozwiązania. Współczesne prawo konstytucyjne, próbując pogodzić wymogi stawiane przez przedstawicieli obu wielkich szkół prawniczych, zwraca się coraz częściej ku tzw. niepozytywistycznym koncepcjom prawa. Odwołanie się do niepozytywistycznych koncepcji prawa pozwala na większe, niż to było poprzednio, zracjonalizowanie procesu stosowania konstytucji, oceny działań ustawodawcy²⁶.

Należy pamiętać, że owe niepozytywistyczne koncepcje prawa nie odwołują się do określonego systemu etycznego. Jest to świadome założenie, trzeba sobie jednak zdawać sprawę z jego konsekwencji. W praktyce może się zdarzyć, że w podobnych przypadkach może dochodzić do odmiennych rozstrzygnięć. Te

²⁵ P. Tuleja, *Prawo naturalne i prawo...*, op. cit., s. 210; tenże, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Zakamycze 2003, *passim*.

²⁶ *Ibidem*.

odmienności mają z reguły podłoże aksjologiczne. Racjonalny dyskurs prawniczy nie przesądza kwestii aksjologicznych, określa jedynie warunki ich rozstrzygania²⁷.

Istotne znaczenie ma wyrażona w konstytucjach zasada sprawiedliwości społecznej. Z analizy wypowiedzi np. Trybunału Konstytucyjnego wynika, że traktuje on sprawiedliwość społeczną jako zasadę dynamiczną, powiązaną z innymi zasadami konstytucyjnymi i wartościami państwa prawnego, przyznając jej nawet niekiedy prymat przed innymi zasadami. Choć Trybunał stwierdza niekiedy niezgodność aktów prawnych z zasadą sprawiedliwości społecznej, to jednak dostrzega konieczność powściągliwego jej stosowania, gdyż ocena celowości stanowienia prawa należy do ustawodawcy. Sprawiedliwość społeczna to przede wszystkim sprawiedliwość dystrybutywna, choć niekiedy jako „czysta sprawiedliwość” służy przywracaniu sprawiedliwości tam, gdzie działało bezprawie lub systemowa niesprawiedliwość. Czyni to jednak w kontekście podstawowych wolności i praw człowieka wywodzonych z jego godności jako osoby ludzkiej. Klauzula ta pozwala na otwarcie systemu prawa na pozaprawne systemy norm (moralność) i wartości, które służą do oceny obowiązującego prawa, a poniekąd stają się jego treścią²⁸.

Przy regulacji statusu jednostki w państwie, zawsze w historii ludzkości rywalizowały dwie koncepcje. Jedną koncepcją, którą nazywa się uniwersalistyczną albo też kolektywistyczną, wyróżnia kolektyw, grupę społeczną, naród, państwo, jako wartość najwyższą, której podporządkowany musi być interes jednostki. Kodeks cywilny i inne ustawy podkreślały tę kwestię i na przykład mienie społeczne było znacznie wyżej cenione i chronione niż mienie osób prywatnych. Druga koncepcja indywidualistyczna, mówiła akurat coś przeciwnego, że podstawą wszystkiego jest człowiek, jednostka, a państwo i cała struktura aparatu państwowego jest po to, żeby służyć obywatelom. Na tej drugiej koncepcji oparła się cała konstrukcja nowej Konstytucji RP w zakresie określania pozycji jednostki w państwie. Koncepcja indywidualistyczna podkreśla przede wszystkim człowieka, jego wolność. Istnieje jednak różnica między prawem jednostki a wolnością jednostki. Wolność w nowej Konstytucji RP jest

²⁷ *Ibidem*. Na ten temat także: R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, PiP 1993, nr 11-12, *passim*.

²⁸ A. Burda, *Pojmowanie sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 2 (43) *passim*. Patrz także R. Tokarczyk, *Sprawiedliwość jako naczelna wartość prawa*, PiP 1997, nr 6, *passim*, oraz wystąpienia: M. Safiana, i T. Jasudowicza [w:] *Konferencja naukowa „Obywatel – jego wolności i prawa” (zbiór materiałów)*, RPO-Mat. 1998, nr 36, s. 72 i nast.

rozumiana jako zdolność naturalna, przyrodzona człowieka do podejmowania aktów woli i ich realizacji. Natomiast prawo jednostki, już od czasów prawa rzymskiego, było określane trojakimi zwrotami: *dare*, *facere*, *praestare* (dać komuś komuś powinien, uczynić coś powinien, świadczyć coś powinien). W naszym prawie cywilnym te trzy pojęcia zostały nazwane świadczeniem. W prawie administracyjnym będą to publiczne prawa podmiotowe²⁹. Po prostu, ustanawiając prawo jednostki, ustawodawca musi określić w sposób wyczerpujący to, co komu się należy. Natomiast, jeżeli chodzi o realizację wolności, tutaj występuje po drugiej stronie nie obowiązek świadczenia, tylko obowiązek zachowania się neutralnego, *non facere* – nie czynić nic, co szkodzi komuś w korzystaniu z jego wolności. Jest też zupełnie inna technika legislacyjna tworzenia ustaw regulujących wolności człowieka i regulujących prawa człowieka³⁰.

W świetle powyższych rozważań, trudno pozytywnoprawne predylekcje Rzecznika Praw Obywatelskich uznać za przejaw prawidłowego działania. I jest to chyba największa wada w jego działaniu. Jak wspomniano wcześniej, podmiotów strzegących legalności jest dość, brak natomiast podmiotu pryncypialnie strzegącego słuszności i sprawiedliwości. Mógłby to czynić Rzecznik, gdyż jego ustawowo określone kompetencje na to pozwalają. Nie do przyjęcia jest bowiem sytuacja, gdy największym dobrem jest państwo i jego dobro, a nie dobro obywateli. Dodatkowo warto zauważyć, że kontrola tylko legalności jest sprzeczna z założeniami, przyjętymi przez twórców instytucji.

Z problemem tu wskazanym wiąże się także sprawa wątpliwie prawidłowego określenia właściwości przedmiotowej Rzecznika Praw Obywatelskich. Artykuł 1, ust. 3 ustawy stanowi: „w sprawach o ochronę wolności i praw człowieka i obywatela Rzecznik bada, czy skutek działania lub zaniechania organów, organizacji i instytucji, obowiązanych do przestrzegania i realizacji tych wolności i praw, nie nastąpiło naruszenie prawa, a także zasad współżycia i sprawiedliwości społecznej”. Użycie określenia „naruszenie prawa” zawsze ukierunkowywać będzie działania Rzecznika na utarte drogi kontroli wyłącznie legalności. Z kolei użycie sformułowania „w sprawach o ochronę wolności

²⁹ Bliżej na ten temat zob. J. Boć, A. Błaś, *Publiczne prawa podmiotowe*, [w:] *Prawo...*, *op. cit.*, s. 488 i n.; M. Maciołek, *O publicznym prawie podmiotowym*, ST 1991, nr 1-2, *passim*; także: W. Jakimowicz, *O istocie i znaczeniu publicznych praw podmiotowych*, Casus 1998, nr 8, KRSKO, *passim*; tenże, *Interes indywidualny w prawie administracyjnym*, Casus 1999, nr 14, KRSKO, *passim*; *Publiczne prawa podmiotowe*, Zakamycze 2002, *passim*.

³⁰ L. Wiśniewski, [w:] *Konferencja naukowa...*, *op. cit.*, s. 158.

i praw człowieka i obywatela” w sposób istotny ogranicza zasięg skuteczności Rzecznika, bo w podejmowanych sprawach naraża go na uczestnictwo w wątpliwej moralnie polemice, czy może interweniować w danej sprawie, bo w działalności organu brak znamion naruszenia wolności i praw, lub, jak miało to już miejsce, sąd (NSA) odrzuca wystąpienie Rzecznika, bo nie wykazał on dostatecznie w działaniu organu naruszenia wolności i praw. Należałoby więc być może użyć w ustawie pojęcia „nieprawidłowość” lub „nadużycie w działalności” mogące stanowić naruszenie wolności i praw. Określenia takie powszechnie występują w regulacjach prawnych, dotyczących działalności ombudsmanów. Tak sformułowane są na przykład kompetencje Rzecznika Obywateli Unii Europejskiej³¹. Niestety taki zabieg wiązałby się z koniecznością zmiany całej koncepcji funkcjonowania Rzecznika w Polsce, co dałoby pole do popisu zwolennikom prawnopozytywnych poglądów w manifestowaniu przywiązania do regulacji złych, ale uchwalonych. Tymczasem w Europie, gdzie pojmowana szeroko ochrona wolności i praw człowieka i obywatela jest czymś oczywistym, zmierza się właśnie w kierunku ochrony obywatela przed wszelkiego rodzaju nieprawidłowościami w działaniach, zwłaszcza administracji, zgodnie z głoszonym poglądem o istnieniu nowego prawa obywatelskiego – prawa do dobrej administracji. Jakkolwiek takie podejście do problemu wydaje się w założeniu błędne, bo formułuje pewnik, że administracja jest zła, to jednak nie powinno się tej generalnej tendencji lekceważyć w naszym kraju.

Wątpliwości budzi więc fakt, że mimo zmiany ustrojowej w Polsce, nie próbowano podjąć prac nad usprawnieniem kontroli sprawowanej przez Rzecznika. Zakres przedmiotowy, jak i zakres podmiotowy jego kontroli jest generalnie taki sam, jak w chwili utworzenia instytucji. Rozszerzeniu uległ tylko katalog podmiotów chronionych i dóbr chronionych. Rzecznik stoi już nie tylko na straży praw obywatela, ale także każdego człowieka. Stoi na straży nie tylko wolności i praw akceptowanych w krajowym porządku prawnym, ale również w przyjętych do porządku krajowego paktach międzynarodowych. Problem występuje tylko w związku z kryteriami kontroli, stosowanymi przez Rzecznika.

Prawo pozytywne może być odczytywane na wiele różnych sposobów. Jedną z ważnych funkcji Rzecznika jest właśnie, ze względu na wrażliwość i wyuczucie społeczne, które powinien wykazywać, takie odczytywanie obowiązują-

³¹ Zob. S. Hambura, M. Muszyński, *Karta Praw Podstawowych*, Dokumenty Europejskie, Suplement nr 1, Bielsko-Biała 2001; N. Banaszak, *Rzecznik Obywateli Unii Europejskiej*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji XLI, Wrocław 1998, *passim*.

cego prawa, które pozwala na wyłowienie z niego pewnego systemu wartości, swoistej wewnętrznej aksjologii prawa. Nie oznacza to, że Rzecznik winien ustawiać się ponad prawem, ale powinien niewątpliwie odpowiednio ukierunkowywać wykładnię prawa, zapewniając w ten sposób skuteczniejszą ochronę jednostki. I to jest ten kierunek postępowania, który jest niezwykle ważny w działalności Rzecznika. Wrażliwość na określone problemy, ukazanie możliwości interpretacji i stosowania prawa w takim kierunku, który pozwala na zapewnienie najbardziej skutecznej na gruncie *legis latae* ochrony. Oczywiście jeżeli taka droga – poprzez odpowiednią wykładnię jest niemożliwa, to pozostaje środek dalej idący, mianowicie odwołanie się bezpośrednio do gwarancji konstytucyjnych i przeprowadzenie weryfikacji przepisów obowiązującego prawa w tej płaszczyźnie³².

Kontrola legalności nie wystarcza w złożonych warunkach społeczno-politycznych i gospodarczych naszego kraju. Niewiększych i najcięższych w kalibrze naruszeń wolności i praw człowieka naruszeń dokonuje w Polsce mocodawca Rzecznika Praw Obywatelskich. „Marna gospodarka musi dawać w rezultacie marną politykę, a z kolei marna polityka jest źródłem marnego prawa”³³. Dokąd więc elity polityczne nie rozumieją tak podstawowych kwestii, jak te, że społeczeństwo jest podmiotem (choć niezbyt świadomym), że państwo jest wytworem umowy społecznej i nie stanowi w warunkach globalizacji współczesnego świata wartości samej w sobie, jak miało to miejsce jeszcze pół wieku temu, i że prawa człowieka mają swe źródło w przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, a nie w ustawach, poprawy ochrony praw nie należy oczekiwać. W dzisiejszym świecie grupy etniczne, które własnego państwa nie mają, korzystają często z większej opieki niż obywatele niejednego suwerennego kraju.

Jeżeli chodzi o kontrolę stanu prawa w tych warunkach, to przy niedostatku innych podmiotów, ombudsmeni powinni być bardziej obrońcami sprawiedliwości, a nie strażnikami przestrzegania praw w sensie przedmiotowym. Gdziekolwiek mamy do czynienia z prawami i wolnościami człowieka, w związku z jakimkolwiek ograniczeniem w korzystaniu z nich, jako pierwsze z fundamentalnych kryteriów wchodzi w grę „zgodność z prawem”. A Rzecznik Praw Obywatelskich wcale nie powinien być „strażnikiem litery prawa”. Winien raczej zmierzać ku „interpretacji słusznościowej”, do wywodzenia z systemu skutecznych i rzeczywistych praw człowieka, a nie samych tylko formuł³⁴. Obywa-

³² M. Safian, [w:] *Konferencja naukowa...*, op. cit., s. 72.

³³ J. Łętowski, [w:] *Konferencja naukowa...*, op. cit., s. 86.

³⁴ T. Jasudowicz, [w:] *Konferencja naukowa...*, op. cit., s. 77.

tele, w których imieniu występuje, domagają się przede wszystkim sprawiedliwości, a nie legalności.

W momencie podpisywania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka podstawą stosunków międzynarodowych była zasada suwerenności państwa, a władza sądownicza kończyła się w poszczególnych krajach na sądach najwyższych. Istnienie sądu międzynarodowego, do którego jednostka mogłaby zaskarżyć państwo, przeczyło istocie prawa międzynarodowego. Jeszcze kilkanaście lat temu możliwość taka nie budziła entuzjazmu. Obecnie organy międzynarodowe identyfikują daną sytuację w konkretnym kraju jako naruszenie praw człowieka, co ma niezaprzeczalne, wielkie znaczenie moralne. Za taką identyfikacją stoi autorytet międzynarodowego organu. System implementacji sięga jednak dalej i państwo jest zobowiązane do przywrócenia stanu sprzed naruszenia praw i niekiedy do finansowego zadośćuczynienia za doznaną szkodę³⁵. Warto o tym przypominać także w kontekście naszego członkostwa w Unii Europejskiej.

„Prawo” w świetle orzecznictwa strasburskiego to także na przykład *common law*, także normy podstawowe, tradycje, zwyczaje itp. Zgodnie z Konwencją Europejską, sprawa rozstrzygana jest nie w oparciu wyłącznie o prawo i orzecznictwo krajowe, ale także standardy międzynarodowe. Warto pamiętać, że orzecznictwo strasburskie formułuje bogaty katalog zasad interpretacyjnych prawa, nie wykluczając – pozornie niedorzecznej – ewentualności „prawa bezprawnego”. Nie zawsze, gdy Trybunał Strasburski staje w obliczu „liter prawa krajowego”, uznaje jej prawną jakość, czasem stwierdza, że jakaś „litera” wskazuje na jakiś na przykład środek iluzoryczny i nieskuteczny, którego autor skargi międzynarodowej wcale nie ma obowiązku „wyczerpywać”. Nie tylko na tle niewłaściwego unormowania mocy wiążącej orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, po części prolongowanego pod rządami nowej Konstytucji, istotny jest postulat dowartościowania władzy sądowniczej w naszym kraju i wzrostu roli polskiego *case-law*. Interpretacja sądowa może i powinna odgrywać większą rolę w wypełnianiu norm prawnych żywą i bogatą treścią oraz w zbliżaniu tych norm do nowych zadań społecznych. Tak na przykład Trybunał Strasburski przypisał ogromne znaczenie ewoluującej interpretacji sądowej. Także w Polsce należy ją bardziej doceniać, by dzięki niej prawo było mniej sztywne i formalistyczne, a bliższe spełnianiu zadań, także nowych, dyktowanych przez potrzeby społeczne³⁶.

³⁵ Szerzej na ten temat: A. Redelbach, *Sądy a ochrona praw człowieka*, Toruń 1999, *passim*.

³⁶ T. Jasudowicz, *Konferencja naukowa..., op. cit.*

Rzecznik Praw Obywatelskich, mimo niekwestionowanych jego zasług, nie do końca spełnia rolę, której odegrania wymagałaby od niego sytuacja. Należy jednak pamiętać, że po zmianie ustroju kwestionowano potrzebę dalszego funkcjonowania urzędu. Rzecznik nie powinien więc angażować się w spory polityczne. W procesie ulepszania politycznoustrojowych instytucji państwa niezmiennie istotną rolę może odegrać również doktryna, o ile ograniczy swe, w przewadze występujące, prawnopoztywne i w rezultacie dogmatyczne nastawienie.

Effectiveness of the Ombudsman — basic issues

S u m m a r y

In Poland the institution of Ombudsman was created in the final years of the communist state. The office has survived and solidified and now it is functioning in a state organised along the principles of western democracies. The source of the idea of lawful state articulated in the Constitution of the Republic of Poland was the awareness that there exists an inviolable sphere of liberty which has to be protected by lawful means against any attempts of its infringement. So far European science has readily identified administrative supervision with judicial supervision. However, measures effective in evaluation whether an administrative decision does not infringe the law, fail at supervising the implementation of, e.g. a governmental programme of health protection, combating crime or educational reform. Supervision of possibly inappropriate functioning of administration also concerns all the bodies and institutions whose task is to evaluate how administration performs its tasks in relation to the whole society or its individual elements (territorial, professional, etc.), which to a great extent remains informal in its character. Citizens, represented by the Commissioner, demand justice and not legality. „Law” as defined by Strasbourg jurisprudence also covers common law, tradition, customs, etc.

Die Wirksamkeit der Funktion des Ombudsmanns – grundlegende Probleme

Z u s a m m e n f a s s u n g

Das Amt des Ombudsmanns entstand in Polen am Ausgang der Epoche des sozialistischen Staates. Er überlebte diese Periode, seine Position wurde sogar stärker und zur Zeit funktioniert es in einem Staat, der nach dem Vorbild westlicher Demokratien organisiert ist. Der Ursprung der in der polnischen Verfassung zum Ausdruck gebrachten Idee des Rechtsstaates ist das Bewusstsein, dass eine unanfechtbare Sphäre menschlicher Freiheit existiert, die mittels Rechts gegen das Begehren der Staatsmacht, die sie einschränken will, zu verteidigen ist. In der europäischen Wissenschaft wurde bisher die Verwaltungskontrolle mit der Gerichtskontrolle gern identifiziert. Die Maßnahme, mit der man prüfen kann, ob der Verwaltungsbescheid das Recht nicht verletzt, versagt, wenn der Gegenstand der Prüfung die Umsetzung z.B. der Regierungsprogramme ist, welche sich auf den Gesundheitsschutz, die Bekämpfung der Kriminalität oder die Reform des Bildungssystems richten. Über die Kontrolle eventueller unrichtiger Tätigkeit der Verwaltung können wir auch in Bezug auf alle diese Organe und Institutionen sprechen, deren Aufgabe in der Nachprüfung dessen besteht, wie die Verwaltung ihre Aufgaben gegenüber der gesamten Gesellschaft bzw. ihren einzelnen Gruppen (den territorialen, beruflichen und anderen) erfüllt. Diese Nachprüfung ist in großem Maße informal. Die Bürger, die der Ombudsmann vertritt, verlangen vor allem Gerechtigkeit, und nicht Legalität. „Recht“ im Lichte der Strasburger Rechtsprechung stellen auch z.B. das Common Law, die dem Gesetz unterliegenden Regelungen, Traditionen, Bräuche u.ä. dar.

