

II. ARTYKUŁY RECENZYJNE

ROBERT PISZKO

ODEŚLANIA, KLAUZULE GENERALNE, LUZY DECYZYJNE

1. UWAGI OGÓLNE

Problematyka odesłań w prawie polskim, zwłaszcza zaś odesłań w formie klauzuli zasad współzycia społecznego była przedmiotem żywego zainteresowania w polskiej nauce prawa począwszy od końca lat pięćdziesiątych, aż do końca lat osiemdziesiątych. Gorące spory dotyczące klauzul generalnych ucichły w latach dziewięćdziesiątych, pomimo tego, że w końcu lat osiemdziesiątych doszło do znacznych transformacji ustrojowych, a także zmian treści klauzul odsyłających zawartych w przepisach prawnych i w konsekwencji powstały ponownie warunki do podjęcia rozważań dotyczących klauzul generalnych. Dopiero teraz jednak ukazały się drukiem prace, które zapowiadają ponowne zainteresowanie problematyką odesłań. Jedną z tych prac jest opracowanie L. Leszczyńskiego – *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*¹, drugą artykuł tego autora – *Optymalizacyjny model funkcjonowania odesłań w praktyce sądowej*², trzecią także artykuł L. Leszczyńskiego – *Pewność i jednolitość sądowego stosowania prawa a odesłania pozaprawne*³. W pracach tych rozważane są, co do zasady odmienne problemy, jednak w szczególności w zakresie zagadnień pojęciowych mogą być potraktowane łącznie. Przedmiotem niniejszego omówienia będą jednak przede wszystkim problemy poruszone w pierwszej z wymienionych pozycji.

Niezwykle interesujące studium L. Leszczyńskiego podporządkowane jest zasadniczemu celowi, jakim jest sformułowanie wskazówek dla ustawodawcy racjonalnego w zakresie tworzenia odesłań poza system norm prawnych – składających się na optymalny model tworzenia klauzul odsyłających. Stąd być może praca charakteryzuje się mniejszą niż zwykle w rozważaniach o charakterze ściśle pojęciowym dyscypliną w zakresie formułowania treści pojęć istotnych, z punktu widzenia konstruowania odesłań w prawie.

Opracowanie składa się z pięciu rozdziałów. Zadaniem pierwszego miało być, wedle autora, omówienie zagadnień pojęciowych i rzeczywiście rozdział ten zawiera określenie kategorii ontologicznej dla pojęcia klauzuli

¹ L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, Wyd. UMCS, Lublin 2000.

² L. Leszczyński, *Optymalizacyjny model tworzenia odesłań pozaprawnych w praktyce sądowej*, RPEiS 2/2000.

³ L. Leszczyński, *Pewność i jednolitość sądowego stosowania prawa a podesłania pozaprawne*, „Rejent”, rok 10, nr 4(108).

generalnej, obejmując jednocześnie rozważania zmierzające do wyjaśnienia charakteru językowego i ocennego klauzul generalnych. Nie jest to jednak jedyny rozdział, którego przedmiotem są zagadnienia pojęciowe. Poza rozdziałem pierwszym zagadnienia pojęciowe, tym razem w aspekcie funkcjonalnym, podejmuje autor także w rozdziale czwartym, a nie brak ich także w rozdziale drugim i trzecim, a nawet piątym, których zasadniczym zadaniem nie było przeprowadzenie ustaleń pojęciowych.

W rozdziale drugim autor analizuje praktykę konstruowania odesłań w przepisach prawnych. Zgodnie z założeniami autora ujęcie tego rozdziału ma charakter komparatystyczny – przedmiotem analizy są historyczne europejskie akty normatywne, w których pojawiły się pierwsze konstrukcje odesłań pozaprawnych. W rozdziale trzecim autor kontynuuje rzetelną prezentację konstrukcji odesłań, doprowadzając sprawozdanie aż do końca lat dziewięćdziesiątych dwudziestego wieku. Powtórzenia, kilkakrotnie już w innych pracach podejmowanego ujęcia komparatystycznego w aspekcie historycznym⁴, uzupełnione są w omawianym rozdziale studium o ogólne wskazanie różnic w nazewnictwie odesłań i miejsca odesłań w aktach normatywnych oraz ich funkcji.

W rozdziale czwartym autor przedstawia, w pierwszych trzech punktach, cele odesłań pozaprawnych, warunki ich formułowania i miejsce odesłań w strukturze poziomej i pionowej systemu norm prawnych. Rozważania te w istocie dotyczą jednak funkcjonalnego aspektu znaczenia terminów: „odesłanie”, „klauzula odsyłająca”, „klauzula generalna”. W punkcie czwartym tego rozdziału omówiono z kolei różne uwarunkowania tworzenia odesłań w zależności od typu kultury prawnej i systemu politycznego i gospodarczego, a także charakteru otoczenia danego systemu prawnego.

Wreszcie w rozdziale piątym autor podjął udaną próbę zbudowania optymalizacyjnego modelu tworzenia odesłań w prawie, z tym jednak zastrzeżeniem, że celem jego nie jest „określenie utopijnego obrazu porządku, do którego zmierzać ma system społeczno-polityczny oraz praktyka tworzenia i stosowania prawa w Polsce”⁵, ale wskazanie składników optymalizacyjnego modelu tworzenia klauzul odsyłających. Rozdział piąty poprzedza krótkie podsumowanie ustaleń autora w zakresie funkcjonalnego aspektu znaczenia terminu „klauzula odsyłająca”.

2. ODESŁANIA, KLAUZULE ODSYŁAJĄCE, KLAUZULE GENERALNE

2.1. W czasie długich dziejów koncepcji odesłań do pozaprawnych wartości, w piśmiennictwie prawniczym pojawiło się wiele poglądów na różne aspekty znaczenia terminu „klauzula generalna”.

Zgodność poglądów dotyczących klauzul generalnych występuje już, co najmniej w kilku aspektach. W szczególności powszechnie akceptowane

⁴ L. Leszczyński, *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, Lublin 1986.

⁵ *Ibidem*, s. 178.

jest rozumienie funkcji klauzul generalnych, jako „środka dostosowania prawa ustawowego do konkretnych sytuacji życiowych, za pomocą udzielonej organowi stosującemu prawo kompetencji do posługiwania się w pewnych przypadkach ocenami i regułami pozaprawnymi”⁶.

Podobnie nie jest kwestionowane stanowisko, według którego najszerszym zakresowo terminem łączącym z otwarciem systemu prawnego na reguły i wartości pozaprawne jest termin „odesłanie”⁷. Takie ujęcie znaczenia tego terminu pozwala na posługiwanie się terminami „klauzula odsyłająca” i „klauzula generalna” w kolejno węższych zakresowo znaczeniach niż znaczenie terminu „odesłanie”.

W zakresie badań dotyczących stosowania przepisów zawierających odesłania, dalszy postęp nie mógł być osiągnięty bez wyeliminowania możliwości powstawania sporów werbalnych. Konieczne więc było przetworzenie, mimo wszystko luźnego, pojęcia terminów: „odesłanie”, „klauzula odsyłająca”, „klauzula generalna”, w ściśle wyposażone w operatywne kryteria stosowalności, a więc dokonanie zabiegu o charakterze eksplikacji pojęciowej. Próba operacji takiej została już w polskiej literaturze przeprowadzona⁸. Tymczasem L. Leszczyński⁹ używa terminu „odesłanie” zamiennie z terminem „klauzula odsyłająca”, twierdząc jednocześnie, że odesłanie czy klauzula generalna jest częścią¹⁰ przepisu prawnego, względnie całym przepisem prawnym. Akceptuje natomiast węższe zakresowo, w stosunku do pojęcia terminu „klauzula odsyłająca” znaczenie terminu „klauzula generalna”. Takie ujęcie znaczeń przywołanych terminów pozbawione jest operatywnych kryteriów stosowalności.

Sens używania terminów „odesłanie” i „klauzula odsyłająca” w różnych znaczeniach wiąże się z występowaniem różnych form odesłań pozasystemowych. Nie wszystkie zostały sformułowane w przepisach prawnych w postaci klauzuli odsyłającej, a więc w postaci zwrotu nakazującego uwzględniać reguły pozaprawne w określonych sytuacjach – zwrotu, którego częścią jedynie jest nazwa reguły czy wartości pozaprawnej. Oznacza to, że są takie odesłania, które nie zostały sformułowane w postaci klauzuli odsyłającej. Fakt, że w systemie prawnym rzeczywiście nie brakuje odesłań, które nie zostały sformułowane w postaci klauzuli odsyłającej w systemie prawnym, potwierdza sam L. Leszczyński, analizując „właściwości językowe zwrotu”¹¹ i zauważając, że w tekstach aktów normatywnych często pojawiają się nazwy konkretne o nieustalonym znaczeniu i nazwy abstrakcyjne, których desygnaty w świecie realnych desygnatów nie istnieją. Z takimi odesłaniami zdają się wiązać najczęściej nazwy abstrakcyjne i to takie, których znaczenie uzależnione jest od przyjmowanej koncepcji teore-

⁶ Np. T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, Warszawa 1988, s. 34; J. Wróblewski, *Przepisy odsyłające*, ZNUŁ 1964, Seria I, s. 13; K. Wójcik, *Teoretyczne konstrukcje klauzuli generalnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1987, s. 105, 106 (Materiały z VIII Zjazdu Teoretyków Państwa i Prawa).

⁷ Np. J. Wróblewski, *Przepisy...*, s. 35 i podsumowujące opracowanie: T. Zieliński, *Klauzule...*, s. 32.

⁸ R. Piszko, *Prawo a normy pozaprawne*, Szczecin 2000, s. 27 - 48; wcześniej: R. Piszko, *System prawny polski a normy pozaprawne. Aspekt teoretyczny*, niepublikowana rozprawa doktorska, Szczecin 1996, s. 59 - 76.

⁹ L. Leszczyński, *Tworzenie...*, op. cit., s. 9.

¹⁰ Ibidem, s. 10.

¹¹ Ibidem, s. 11.

tyczno-filozoficznej zjawiska, którego dotyczą. Na przykład „wina” jest kategorią normatywną pozbawioną sensu, jeżeli nie wiąże się z określoną koncepcją teoretyczną odnoszącą się do treści jej pojęcia. Koncepcja winy jako konstrukcja normatywna odsyłająca do pozasystemowych norm moralnych wiąże się z tzw. retributywną koncepcją kary, w ramach której preferowane są zresztą podobne wartości. Obraz odesłań pozbawionych formy klauzuli odsyłającej uzupełnia – choć nie wyczerpuje – kategoria „kary” jako kategorii normatywnej o charakterze analogicznym do kategorii „winy”.

Widać więc, że oprócz odesłań sformułowanych w postaci zwrotu nakazującego uwzględniać reguły czy wartości pozaprawne dla rozstrzygnięcia w określonych sytuacjach faktycznych, występują też odesłania, na przykład, w postaci pojedynczych nazw abstrakcyjnych. Szczególny charakter tych odesłań nie budzi wątpliwości, są to jednak zjawiska, które przynajmniej potencjalnie wiążą się z problematyką odesłań¹².

Występowanie odesłań w postaci nazw abstrakcyjnych przesądza o tym, że terminu „odesłanie” nie należy używać zamiennie z terminem „klauzula odsyłająca” – tym bardziej, że potencjalnie rzecz biorąc nie tylko używanie nazw abstrakcyjnych w tekście prawnym wiąże się z odesłaniami, których nie sformułowano w formie klauzuli odsyłającej. Podsumowując można stwierdzić, że każda klauzula odsyłająca jest jakimś odesłaniem, ale nie każde odesłanie jest klauzulą odsyłającą.

2.2. Klauzule generalne autor omawianego opracowania zalicza do szerszej kategorii zwrotów nieokreślonych (nieokreślonych) znaczeniowo. Mają to być zwroty nie posiadające wyraźnego znaczenia w języku powszechnym lub w języku prawniczym. Zwroty nieokreślone nie są jednorodną grupą. Autor wymienia te spośród nich, które:

- 1) zawierają nazwy odsyłające do określonych sytuacji faktycznych w celu ustalenia ich znaczenia i te, które
- 2) zawierają nazwy odsyłające do „ocen”¹³.

W ramach pierwszej grupy zwrotów występują takie, które zawierają nazwy konkretne i takie, które zawierają nazwy abstrakcyjne.

Druga grupa zwrotów nieokreślonych ma obejmować zwroty odwołujące się wyraźnie, zdaniem L. Leszczyńskiego, do ocen. W grupie zwrotów odwołujących się wyraźnie do „ocen” autor¹⁴ wyróżnia: zwroty porównawcze i klauzule generalne.

Według L. Leszczyńskiego zwroty porównawcze (szacunkowe) zawierają obok elementu faktycznego (powody, przyczyny) elementu ocennego (ważne, szczególnie) wskazujący na konieczność oszacowania stopnia, wielkości, wagi, intensywności wystąpienia danego stanu rzeczy¹⁵. Zwroty porównawcze według L. Leszczyńskiego, to takie zwroty jak: „szczególne okoliczności”, „szczególne następstwa”, „szczególne zasługi”, „rażąca strata”, „stosowne

¹² L. Leszczyński uważa, że takie odesłania „nie są typowe”, *ibidem*, s. 18.

¹³ *Ibidem*, s. 18, 19.

¹⁴ *Ibidem*, s. 19.

¹⁵ *Ibidem*, s. 21.

wynagrodzenie”, „przeciętna miara”, „odpowiednia różnica wieku”, „poważny wkład”¹⁶.

Uwzględnianie elementu faktycznego w zwrotach porównawczych polegać ma, w ujęciu L. Leszczyńskiego, na konieczności uwzględniania okoliczności faktycznych zanim nastąpi oszacowanie stopnia, wielkości, wagi, intensywności wystąpienia danego stanu rzeczy¹⁷. Wydaje się więc, że chodzi w tym przypadku raczej o **konsytuację** – pozajęzykowe tło zwrotu porównawczego, rozumiane jako ogół okoliczności towarzyszących wypowiedzi normatywnej¹⁸.

W koncepcji L. Leszczyńskiego wątpliwości budzi twierdzenie o występowaniu elementu ocennego w zwrotach porównawczych – zwroty te mają zawierać nazwy odsyłające do ocen. Wątpliwości związane z określeniem zwrotów porównawczych jako zwrotów zawierających nazwy odsyłające do ocen wiążą się z przyjmowanym pojęciem terminu „ocena”, ewentualnie „element ocenny”.

Termin „ocena”, w ścisłym tego słowa znaczeniu, oznacza przeżycie przez kogoś aprobaty czy dezaprobaty czegoś w określonej chwili. Nawet, jeżeli przyjmiemy (w szerszym znaczeniu terminu „ocena”), że termin „ocena” to także dyspozycje do przeżyć określonego rodzaju, zauważymy, że zapewne L. Leszczyńskiemu nie chodziło o takie rozumienie tego terminu. W przypadku pojęcia terminu „ocena” chodzi o to, czy coś co jest dobre, czy złe samo przez się, czy mieści się w obrębie aprobowanych czy tylko ocenianych jako pozytywne stanów rzeczy, bądź czy coś jest objęte dezaprobatą, względnie znajduje się wśród ocenianych jako negatywne stanów rzeczy.

W takim ujęciu wydaje się, że w koncepcji L. Leszczyńskiego co do zwrotów porównawczych nie mamy do czynienia z odesłaniem do oceny w ścisłym tego słowa znaczeniu, to jest do oceny zasadniczej. Podobnie jest w przypadku oceny instrumentalnej. Definicja terminu „ocena instrumentalna” wskazuje na występowanie elementu ocennego i elementu intelektualnego – teoretycznie tych samych, które L. Leszczyński wskazuje w zwrotach porównawczych. Jednak w przypadku oceny instrumentalnej element intelektualny¹⁹ polega na stwierdzeniu, że pewien stan rzeczy pociąga za sobą inny. W przypadku zwrotów porównawczych „**element intelektualny**” prowadzi raczej do określenia znaczenia terminu tworzącego zwrot porównawczy (powód, przyczyna, rozkład pożycia, zakłócenia w pracy). Element ocenny jako element oceny instrumentalnej zaś zawierać ma „ocenę” oczekiwanych skutków. W przypadku zwrotów porównawczych nie mamy więc do czynienia ani z odesłaniem do „ocen zasadniczych”, ani z odesłaniem do „ocen instrumentalnych”. Dodatkowo uzasadnia taki pogląd to, że w przypadku zwrotów porównawczych nie chodzi o bezpośrednią aprobatę czy dezaprobatę jakiegoś stanu rzeczy. Aprobata czy dezaprobata mogą być natomiast elementem szerzej zarysowanej sytuacji. Mianowicie aprobatą może być objęte działania podjęte z uwagi na wystąpienie okoliczności

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem, s. 18.

¹⁸ *Encyklopedia języka polskiego*, praca zbiorowa pod red. St. Urbańczyka, Ossolineum 1992, s. 168, 169.

¹⁹ Element intelektualny nazywany jest niekiedy elementem opisowym.

określonych w zwrotach porównawczych. Aprobujemy zwykle na przykład orzeczenie rozwodu w sytuacji, gdy wystąpił zupełny i trwały rozkład pożycia małżeńskiego.

Podobnie stosowanie zwrotów porównawczych nie ma na celu określanie, czy jakiś stan rzeczy jest gorszy (lepiej) od innego (choć się z tym wiąże). Chodzi raczej o to, że pewien element sytuacji faktycznej posiada własności uzasadniające zaliczenie do pewnej grupy, a więc w istocie **kwalifikuje fakty**. Zwrot porównawczy bowiem dzieli to, czego dotyczy, na dwie grupy. Jedna obejmuje to, co odpowiada pewnemu wzorcowi, druga obejmuje to, co z nim nie koresponduje. Gdy chodzi o „ważne przyczyny”, to możemy wydzielić klasę przyczyn uważanych za ważne i tych, które uważamy za nieważne – a więc dokonać **kwalifikacji przez oszacowanie**.

Z uwagi na nadużywanie słowa „ocena” i na to, że termin „ocena” wydaje się słabo sugerować związek z ustalonymi kryteriami i procesem wyboru, można zaproponować używanie terminu „**element kwalifikacyjny (element kwalifikacji przez oszacowanie)**” – czyli **element ze stałymi kryteriami oszacowania** zamiast terminu „element ocenny”. Tak rozumiany „**element kwalifikacyjny**” tworzy obok „**elementu intelektualnego**” i „**konsytuacji**” jeden z aspektów znaczenia terminu „zwrot porównawczy”, „zwrot skłonnościowy”, „zwrot kwalifikacyjny”, czy innego, który można w to miejsce zaproponować.

Zdaniem L. Leszczyńskiego najbardziej przydatne ujęcie zakresu nazwy „klauzula generalna” polegać może na traktowaniu klauzuli generalnej jako zwrotu ocenego niedookreślonego, który odsyła podmiot podejmujący decyzję do ocen lub norm w sposób ukierunkowany poprzez nazwę **kryterium pozaprawnego**. Byłoby to więc odesłanie do „systemu” ocen (norm), a nie do jednostkowych aktów oceniania (szacowania) – co ma miejsce w przypadku zwrotów szacunkowych.

Z kolei analizując „**pozaprawność kryteriów odesłania**” L. Leszczyński wypowiada pogląd, według którego nie jest możliwe ani nawet celowe w pełni poprawne odróżnienie odesłań do ocen, od odesłań do norm. Dla ustalenia funkcji odesłań pozaprawnych wystarcza zdaniem tego autora przyjęcie założenia, że podmiot stosujący prawo w przypadku klauzul odwołuje się wprost do wartości lub aksjologicznego uzasadnienia danych norm pozaprawnych²⁰. Oznacza to, zakwestionowanie poprawności osiągniętych już w doktrynie prawniczej ustaleń, co do pojęcia terminu „klauzula generalna” i ustaleń, co do różnic pomiędzy odesłaniami do norm i odesłaniami do wartości.

Takie stanowisko zmusza do przypomnienia, że wypowiedziano już wcześniej, a nawet powszechnie akceptowano w doktrynie prawniczej poglądy, według których klauzule generalne odsyłają do norm²¹. W przypadku odesłania do norm zadaniem organu stosującego prawo jest po prostu odnalezienie reguł czy norm pozaprawnych. Ewentualne trudności w od-

²⁰ Ibidem, s. 26.

²¹ Por. np. A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 61; H. Jankowski, *Prawo i moralność*, Warszawa 1968, s. 224 - 225, 251.

szukiwaniu reguł czy norm pozaprawnych nie pozwalają przy tym na odstępianie od poszukiwania norm czy reguł na rzecz poszukiwania wartości. Nie jest więc konieczne ustalanie chronionych wartości. Uwzględnianie „zwrotów porównawczych” w stosowaniu prawa wymaga znacznie większego wysiłku od organu stosującego prawo niż analogiczne do posługiwania się normami prawnymi stosowanie norm pozaprawnych. Konieczne jest bowiem dokonywanie ustaleń w zakresie chronionych normami wartości.

Jak widać sytuacje, w których następuje ustalenie znaczenia zwrotów porównawczych w celu właściwej kwalifikacji, znacznie różnią się od sytuacji, w których konieczne jest badanie zgodności ewentualnego rozstrzygnięcia z jakimiś normami czy regułami o charakterze aksjologicznym, w tym pozaprawnymi. Poza tym także stopień skomplikowania współczesnych systemów norm prawnych sprawia, że operowanie nazbyt pojemnym pojęciem klauzuli generalnej nie jest wskazane. Co więcej, należy się chyba spodziewać coraz dalej postępującego zwężenia pojęcia klauzuli generalnej. Dalsze zwężenie znaczenia terminu: „klauzula generalna” zdaje się zwracać w kierunku objęcia tym terminem jedynie zwrotów opatrzonych nazwą „**klauzula generalna klasyczna**”²². Klauzule generalne klasyczne i zwroty kwalifikacyjne (zwroty porównawcze, klauzule generalne funkcjonalne) zaliczane niekiedy do wspólnej grupy klauzul generalnych, zdają się bowiem dotyczyć kategorialnie nawet odmiennych zjawisk. Pierwsze wiążą się z uwzględnianiem dla rozstrzygnięcia w danej sprawie pozaprawnych reguł a charakterze aksjologicznym, drugie ze swoistą kwalifikacją okoliczności faktycznych.

3. ODESŁANIA DO ZWYCZAJÓW

3.1. Według L. Leszczyńskiego z odesłaniami mamy do czynienia wówczas, gdy:

- 1) prawodawca upoważnia podmiot stosujący prawo do sięgania albo do zwyczajów (norm zwyczajowych), albo
- 2) do jednostkowych ocen szacunkowych (porównawczych), albo
- 3) do ocen systemowych (generalnych klauzul odsyłających).

Pierwsze z tych odesłań nie wiąże się ani z ocenami, ani z wartościami, dwa ostatnie mają charakter ocenny²³.

Jak widać, analizując typy odesłań pozaprawnych (rozdział I pkt. 2 – Rodzaje klauzul odsyłających), L. Leszczyński wyróżnia odesłania do zwyczajów jako odesłania do systemu normatywnego pozbawionego uzasadnienia aksjologicznego. Traktowanie odesłania do zwyczajów jako odesłania do systemu normatywnego pozbawionego uzasadnienia aksjologicznego budzi wątpliwości z dwóch punktów widzenia. Po pierwsze pojęcie zwyczaju przy-

²² **Klauzula generalna klasyczna** to zwrot: 1) będący częścią przepisu prawnego, 2) uzależniający rozstrzygnięcie w danej sytuacji faktycznej od zgodności z ogólnymi regułami, o charakterze aksjologicznym, nie sformułowanymi w tekście prawnym, 3) którego treść jest (lub może być) podstawą podjęcia decyzji w procesie stosowania obowiązujących przepisów prawa. Por. R. Piszko, op. cit., s. 40.

²³ *Ibidem*, s. 19.

jęte przez L. Leszczyńskiego nie może być akceptowane bezkrytycznie – tym bardziej, że także on sam zwraca uwagę, na przypadki pokrywania się norm zwyczajowych z normami moralnymi, prawnymi czy religijnymi. Po drugie termin „zwyczaj” może być traktowany jak termin odnoszący się do jakiegoś sposobu postępowania oraz jako termin odnoszący się do sposobu ukształtowania się norm określonego rodzaju – w takim przypadku nazwa „zwyczaj” określa jedynie sposób ukształtowanie się normy np. o charakterze aksjologicznym. Po trzecie odesłania do zwyczajów nie są jedynymi odesłaniami, które nie są odesłaniami do wartości.

3.1.1. W definicjach terminu „zwyczaj” jako terminu odnoszącego się do jakiegoś **sposobu postępowania** charakterystyczne jest częste pokrywanie się poszczególnych znaczeń tego terminu ze znaczeniem terminu „obyczaj”. Podobna sytuacja ma miejsce w praktyce uwzględniania zwyczajów i obyczajów w stosowaniu prawa.

Rozbieżność poglądów wyrażanych w kontekście znaczenia terminu „zwyczaj” i terminu „obyczaj” skłania do zajęcia stanowiska, które mogłoby być traktowane jako porządkujące w opisanych grupach poglądów.

W tym zakresie możliwe zdają się być dwa ujęcia. Pierwsze z nich mogłoby polegać na przyjęciu funkcjonującego zresztą w praktyce założenia, że zwyczaj to to samo, co obyczaj. Drugie może polegać na uznaniu, że terminy „zwyczaj” i „obyczaj” różnią się znaczeniem.

Zgodnie z praktyką języka powszechnego i praktyką stosowania prawa tożsamość znaczeniowa „obyczaj” i „zwyczaj” mogłaby się odnosić do powszechnie przyjętego, najczęściej uświęconego tradycją, właściwego pewnej grupie ludzi, charakterystycznego dla danego terenu, okresu, czasu sposobu postępowania w pewnych okolicznościach. Z tym ujęciem łączy się założenie ujednolicenia odesłań w ten sposób, by pozostało jedynie odesłanie do „obyczajów” albo odesłanie do „zwyczajów”.

Odróżnienie znaczeń terminów: „obyczaj” i „zwyczaj” wydaje się natomiast klarowne w przypadku, gdy „zwyczaj” uznany zostanie za – powszechnie przyjęty, najczęściej uświęcony tradycją, właściwy pewnej grupie ludzi, charakterystyczny dla danego terenu, okresu, czasu sposób postępowania w pewnych okolicznościach; „obyczaj” natomiast za sposób postępowania należący do sfery obyczajowości. Termin „obyczajowość” odnosi się do całości wzorów zachowania przekazywanych przez tradycję i przestrzeganych przez daną grupę. Znaczenie terminu „obyczajowość” w takim ujęciu jest praktycznie tożsame z pojęciem „kultury obyczajowej”, niekiedy nazywanej *etosem* (*ethosem*), sposobem życia, stylem życia, nie będącej ani moralnością, ani prawem.

W takim ujęciu zarówno „zwyczaj”, jak i „obyczaj” występuje niemal wyłącznie w wersji skonwencjonalizowanej (pozbawionej uwikłania aksjologicznego), jednak wersja nieskonwencjonalizowana nie jest wykluczona, przy czym charakter skonwencjonalizowany wyróżnia w takim samym stopniu normy zwyczajowe jak normy obyczajowe²⁴.

²⁴ Ibidem, s. 126, 127; J. Grad, *Obyczaj a moralność*, Poznań 1993, s. 58 - 76.

3.1.2. Nazwa „zwyczaj”, w przeciwieństwie do nazwy „obyczaj”, odnosić się może także do **sposobu kształtowania się norm określonego rodzaju**. Mogą to być normy prawne, moralne, religijne, obyczajowe. W tym ujęciu normy zwyczajowe, to normy powstałe w drodze zwyczaju. Jest więc możliwe ustalenie, że w wyniku przywołania zwyczajów w przepisach dochodzi w istocie do uwzględniania obyczajów czy innych norm sformułowanych w drodze kształtowania się praktyki określonego rodzaju. W przypadku określonych rodzajów norm sformułowanych w drodze kształtowania się praktyki określonego rodzaju ich aksjologiczny charakter nie budzi wątpliwości.

3.2. Odesłania do reguł o charakterze pozaaksjologicznym, to na przykład, odesłania do **norm technicznych**²⁵. W systemie prawnym polskim można dostrzec dwa typy przepisów odsyłających do norm technicznych²⁶. Pierwszy typ obejmuje przepisy wprowadzające normy techniczne *sensu largo* do tekstu prawnego, drugi to przepisy odsyłające pozasystemowo²⁷.

W ramach pierwszej grupy występują **przepisy normalizacyjne, prawo o miarach, czy przepisy bezpieczeństwa i higieny pracy**, które są integralną częścią kodeksu pracy i zawierają normy generalne i abstrakcyjne. W ramach drugiej grupy można wskazać odesłania do mających również charakter generalny i abstrakcyjny „**zasad rachunkowości**”²⁸, „**powszechnie przyjętych przez środowisko zawodowe zasad rachunkowości**”²⁹, „**zasad techniki górniczej**”³⁰, „**zasad współczesnej wiedzy technicznej**”³¹.

Co do pierwszego typu przepisów wprowadzających normy techniczne do systemu prawnego nie ma wątpliwości, że są one przepisami prawnymi i podlegają regułom właściwym dla systemu prawnego. Przepisy takie formułują normy techniczne bezpośrednio w tekście prawnym. Druga grupa obejmuje odesłania pozaprawne bez uwikłania aksjologicznego.

4. ODEŚLANIA, LUZY DECYZYJNE

Niewątpliwie konsekwencją otwarcia systemu prawnego na normy i wartości pozaprawne jest uwikłanie aksjologiczne procesu stosowania prawa. Uwikłanie aksjologiczne procesu stosowania prawa przez stosowanie

²⁵ Por. M. Michalska, *Prawo a normy techniczne*, Poznań 1968, s. 87.

²⁶ Wyróżnienie dwóch typów przepisów odsyłających do norm technicznych ma charakter typologii, a nie podziału logicznego, stąd na przykład „zasady rachunkowości” zostały sformułowane zarówno w przepisach ustawy o rachunkowości jaki i poza nią – w praktyce rachunkowości.

²⁷ J. Wróblewski, *Wstęp*, op. cit., s. 47.

²⁸ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. Nr 121, poz. 591). Od zasad rachunkowości określonych w przywołanej ustawie o rachunkowości należy odróżnić „powszechnie przyjęte przez środowisko zawodowe zasady rachunkowości” z ustawy o badaniu i ogłaszaniu sprawozdań finansowych oraz biegłych rewidentach i ich samorządzie Dz. U. Nr 111, poz. 480, z późn. zm.

²⁹ Art. 5, ust. 3, pkt 5 ustawa z dnia 19 października 1991 r. o badaniu i ogłaszaniu sprawozdań finansowych oraz biegłych rewidentach i ich samorządzie Dz. U. Nr 111, poz. 480, z późn. zm.

³⁰ Art. 63 ustawy z dnia 4.02.1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 27 z 1994 r.).

³¹ Art. 5, ust. 1 ustawy z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414).

³² L. Leszczyński, *Tworzenie...*, s. 120, 167.

techniki odesłań pozaprawnych powoduje, zdaniem L. Leszczyńskiego, w każdym przypadku, rozszerzenie luzu decyzyjnego przez swoiste odformalizowanie „w sensie osłabienia roli wartości wewnętrzprawnych oraz rozluźnienia rygoryzmu w zastosowaniu przepisów *stricte* prawnych”³². W rozważaniach na temat luzu decyzyjnego L. Leszczyński opiera się na ustaleniach dokonanych przez M. Król w zakresie znaczenia terminu „luz decyzyjny”³³.

Zdaniem M. Król, luz decyzyjny jest zakresem swobody w danej sytuacji decyzyjnej i polega na prawnej możliwości wyboru przez decydenta jednego wariantu działania spośród określonego zbioru działań wyznaczonego przez stosowną normę prawną. Luz taki może mieć charakter dynamiczny – problematyka podejmowania decyzji jest tu ujmowana z punktu widzenia procesu podejmowania decyzji albo statyczny – związany z zakresem i rodzajem swobody, jaką dysponuje decydent przy podejmowaniu decyzji stosowania prawa³⁴.

W ujęciu dynamicznym proces podejmowania decyzji polega na stopniowej eliminacji i wykluczeniu alternatyw działania określonych abstrakcyjnie, czyli w oderwaniu od określonej sprawy, aż do uzyskania jednego wariantu działania – na poziomie pierwszym zbiór alternatyw działania wyznaczany jest zakresem prawa obowiązującego oraz kryteriami pozaprawnymi (regułami odesłania), na poziomie drugim – zbiór możliwych i wyznaczonych przez prawo alternatyw działania decydenta zrelatywizowany jest do typu sprawy, a na poziomie trzecim – chodzi o zbiór możliwych alternatyw działania zrelatywizowany do określonej sprawy³⁵.

Zastosowanie zaproponowanej przez M. Król i wykorzystywanej przez L. Leszczyńskiego koncepcji rozumienia luzu decyzyjnego wymaga na początku ustalenia, o jakie alternatywy działania chodzi w przypadku odesłań pozaprawnych. Skoro, zdaniem L. Leszczyńskiego, wprowadzenie odesłania pozaprawnego rozszerza luz decyzyjny, to alternatywa taka polega, jego zdaniem, na początku na wprowadzenia możliwości wyboru pomiędzy normami prawnymi z jednej strony, a normami pozaprawnymi i wartościami pozaprawnymi z drugiej. M. Król zakłada jednak, że normy prawne i normy oraz wartości pozaprawne wyznaczają zakres luzu – nie ma więc wyboru pomiędzy nimi, ale wśród alternatyw działania wyznaczonych przez prawo i normy oraz wartości pozaprawne. Także na drugim i trzecim poziomie decyzyjnym wybór następuje w obrębie zbioru alternatyw działania. Oznacza to, że treść pojęcia luzu decyzyjnego w ujęciu dynamicznym nie przesądza w jakikolwiek sposób ani o rozszerzeniu, ani o zawężeniu swobody decydenta uwzględniania norm i wartości pozaprawnych obok norm prawnych.

W ujęciu statycznym M. Król³⁶ kładzie nacisk na pole wyboru alternatyw działania – pole wyznaczone wstępnie przez normy prawne i normy oraz wartości pozaprawne. W tym ujęciu normy prawne i normy oraz

³² M. Król, *Pojęcie luzu normatywnego stosowania prawa*, PiP 6/1979, s. 62 - 72.

³⁴ *Ibidem*, s. 62.

³⁵ *Ibidem*, s. 63 - 64.

³⁶ *Ibidem*, s. 64.

wartości pozaprawne określają „pole” ewentualnej swobody decydenta na każdym etapie podejmowania decyzji. Rzecz jednak w tym, że normy prawne z jednej strony, a normy oraz wartości pozaprawne z drugiej, kształtują jedynie klasy sytuacji, których dotyczą, a na zakres swobody podejmowania decyzji przez określony podmiot nie wpływają normy prawne, normy czy wartości pozaprawne, ale reguły wyboru rozwiązań alternatywnych takie jak np.: zasada racjonalnej decyzji stosowania prawa i zasada trafnej decyzji stosowania prawa.

Z powyższych rozważań wynika, że w przypadku odesłań do norm czy wartości pozaprawnych chodzi w istocie nie o luz decyzyjny, który w przypadku odesłań pozaprawnych ma charakter wtórny, ale o luz pojęciowy. L. Leszczyński pisze o tym luzie twierdząc, że „ogólność odesłania oraz świadomość tej ogólności może być uznana za cechę istotną całej konstrukcji”³⁷. To ostatnie twierdzenie wymaga jednak omówienia.

Niewątpliwie cechą formułowanych w tekstach prawnych klauzul odsyłających, czy innych form odesłań jest używanie nazw określających reguły odesłania, które w chwili ich uwzględnienia w tekście prawnym nie mają często w ogóle jakiegokolwiek ustalonego znaczenia, względnie znaczenie to nie jest jedno albo charakteryzuje się szerokim pasmem nieostrości. Przykładem są między innymi „zasady współżycia społecznego”, „zasady słuszności”, „zwyczaje”, „dobre obyczaje” (klauzule generalne klasyczne) z jednej strony, zwroty porównawcze (klauzule generalne funkcjonalne) z drugiej i np. „wina”, „kara” jako szczególne formy odesłań – z trzeciej. Luz, zdaniem L. Leszczyńskiego, polega w tym przypadku na tym, że nie wiadomo na początku, czym są zasady współżycia społecznego czy zasady słuszności, na czym polega wina czy kara. Skoro więc należy wybrać właściwe znaczenie, to luz nie polega na wyborze jednego z rozwiązań alternatywnych, ale na dokonaniu wyboru, co do pojęcia jakiegoś terminu. Nie jest to więc luz decyzyjny, ale wybór właściwego znaczenia (luz pojęciowy). Raz dokonany wybór w postaci ustalenia, że zasady współżycia społecznego to normy moralne z trzeciego, solidarystycznego nurtu w moralności kończy występowanie takiego luzu. W konsekwencji ustalenia, że zasady współżycia społecznego, to określone normy moralne, przyjąć należy, że dla celów rozstrzygnięcia w określonej sytuacji faktycznej poszukujemy po prostu norm moralnych, które są normami ukształtowanymi w danej moralności albo nie – dokonując niekiedy operacji podobnej do wykładni prawa. Także tutaj nie ma, więc luzu decyzyjnego – swobody tylko obowiązek poszukiwania normy (luz zakresowy). W przypadku konieczności analizowania reguł, z punktu widzenia określonej dostatecznie sformalizowanej etyki normatywnej, może się ujawnić tzw. luz interpretacyjny.

Luz decyzyjny wystąpi w większym stopniu w przypadku klauzul generalnych funkcjonalnych. Konieczność dokonania swoistej analizy określonego stanu rzeczy w celu: zaliczenia danego stanu rzeczy do typu stanów rzeczy odpowiadających określonemu w przepisach wzorcowi, który organ stosujący prawo obowiązany jest uwzględnić, podejmując określone działa-

³⁷ L. Leszczyński..., op. cit., s. 124.

nie w sferze obowiązującego prawa albo zaliczenia takiego stanu rzeczy do typu stanów rzeczy nie odpowiadających wzorcowi, który organ stosujący prawo obowiązany jest uwzględnić podejmując określone działanie w sferze obowiązującego prawa – oznacza konieczność wyboru pomiędzy wartościami instrumentalnymi wyznaczającymi elementy takiego wzorca.

5. PODSUMOWANIE

Studium *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających* nie miało na celu prowadzenia rozważań pojęciowych, ale sformułowanie części elementów optymalizacyjnego modelu tworzenia klauzul odsyłających. Ustalenia te uległy więc ograniczeniu w zakresie, w jakim były zbędne dla osiągnięcia celu studium. W kilku przypadkach autor dokonał uproszczeń, które w pewnym stopniu pomijają osiągnięty już dorobek naukowy wiążący się z odesłaniami. Trzeba jednak podkreślić, że uwagi dotyczące zagadnień terminologicznych ograniczają się do kilku zaledwie terminów – w pozostałym zakresie trudno się z autorem omawianego studium nie zgodzić.

Cel rozprawy w postaci sformułowania elementów optymalizacyjnego modelu tworzenia klauzul odsyłających został niewątpliwie osiągnięty, ustalenia w tym zakresie zawierają wiele istotnych i ciekawych twierdzeń, w szczególności dotyczących warunków tworzenia klauzul generalnych, ich umiejscowienia w strukturze systemu prawnego oraz związków z kulturą prawną.

Omawiane opracowanie stanowi znaczny, twórczy wkład autora do problematyki klauzul generalnych i to nie tylko w aspekcie teoretyczno-prawnym. Podkreślić należy także, że studium L. Leszczyńskiego zapewne inspirować będzie do dalszych rozważań w związku z podjęciem rozważań w zakresie nie podejmowanych dotychczas problemów.