

I. ARTYKUŁY

LESZEK LESZCZYŃSKI

OPTYMALIZACYJNY MODEL FUNKCJONOWANIA ODESŁAŃ POZAPRAWNYCH W PRAKTYCE SĄDOWEJ

1. WPROWADZENIE

Funkcjonowanie odesłań pozaprawnych (rozumianych jako wyrażone w przepisie prawnym upoważnienie podmiotu stosującego prawo do oparcia procesu decyzyjnego i treści decyzji, chociażby częściowo, na kryteriach pozaprawnych) w praktyce stosowania prawa prowadzi do otwarcia treści prawa na wartości i reguły pozaprawne, do rozszerzenia luzu decyzyjnego (zarówno w sądowym jak i pozasądowym typie stosowania prawa¹) oraz do „aksjologizacji” procesu decyzyjnego. To ostatnie uwidacznia się nie tylko w treści finalnej decyzji tego procesu, ale w każdej decyzji cząstkowej (walidacyjnej, interpretacyjnej czy ustalania konsekwencji). Skutki powyższe występują w przypadku klauzul odsyłających chyba w najbardziej wyraźnej postaci. Decydują o kształcie procesu podejmowania decyzji bardziej, niż to ma miejsce w przypadku dyrektywalnie ujętych zasad prawa² czy innych konstrukcji otwartych czy niedookreślonych, „wymuszających” luzu decyzyjne.

Próba zarysowania optymalnego modelu funkcjonowania odesłań pozaprawnych w praktyce stosowania prawa musi dotyczyć wielu różnych zagadnień, związanych z obecnością klauzul w przepisach prawnych, a następnie w praktyce stosowania prawa. Pierwszym z nich jest ustalenie treści samych klauzul (ich interpretacja). Następnymi – ustalenie podstawy, na której może opierać się zastosowanie klauzuli (w szczególności idzie o odpowiedź na pytanie, czy jedynie przepis obowiązujący może być taką podstawą). Kolejnymi – wpływ klauzul na rozumowania walidacyjne w odniesieniu do całego procesu decyzyjnego, wpływ na interpretację norm prawnych oraz wpływ na ustalenia subsumpcyjne i normatywną kwalifikację stanu faktycznego. W konsekwencji, co można zaliczyć do skutków najbardziej ogólnych, klauzule wpływają całościowo na zakres luzu decyzyjnego w procesie stosowania prawa oraz jego aksjologię. Wszystko to,

¹ O właściwościach obu typów por. W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 411 i n.

² Por. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 28 i n.; Z. Ziemiński, *Argumentacje moralne stosowane przez prawników*, „Etyka” 2/2967, s. 104; J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 255, 258 (choć spotkać można stanowiska zbliżające klauzule odsyłające i zasady prawa – por. np. A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1969, s. 110 i n.).

w wymiarze szczegółowym i ogólnym, przesądza o modelu, zarówno rekonstrukcyjnym, jak i optymalizacyjnym.

Celem tego opracowania jest próba zarysowania modelu optymalizacyjnego, który, biorąc pod uwagę zmiany ustrojowo-prawne, kształtujące się w ostatniej dekadzie, akcentowałby najbardziej pożądane właściwości posługiwania się klauzulami odsyłającymi w praktyce sądowej z punktu widzenia – mówiąc najogólniej – budowy demokratycznego i rynkowego systemu polityczno-gospodarczego, który dodatkowo spełniałby sformułowany w Konstytucji RP wymóg państwa prawnego.

2. PODSTAWOWE SKŁADNIKI MODELU OPTYMALIZACYJNEGO

2.1. Interpretacja klauzul odsyłających

Najbardziej wrażliwym, a jednocześnie najbardziej nieokreślonym i chwiejnym elementem tego modelu jest niewątpliwie ustalanie treści klauzul odsyłających. Sformułowanie klauzuli, mimo, że ukierunkowuje ocenianie na pewien typ wartości, w żadnym wypadku ani nie przesądza rodzaju wartości, ani tym bardziej nie przesądza konkretnej oceny, wynikającej z kryterium zawartego w klauzuli. W tym przejawia się szerokość luzu decyzyjnego podmiotu podejmującego decyzję stosowania prawa. Luzu o odpowiedniej dla konstrukcji klauzul szerokości nie da się oczywiście uniknąć i optymalny model nie może ku temu zmierzać. Model taki powinien jednak określić na tyle sam sposób ustalania treści odesłań, aby co najmniej wykluczyć takie metody interpretowania odesłań, które luz ten uzależniałyby od narzuconych z góry sposobów wartościowania czy też prowadziłyby do takiego procesu podejmowania decyzji stosowania prawa, który nie spełniałby kryteriów racjonalności działania w zakresie ustalenia treści klauzuli. Próba określenia obejmuje kilka podstawowych składników.

1. Treść odesłań ustalana jest w sposób na tyle zobiektywizowany, że z jednej strony nie jest wyrazem tylko subiektywnych preferencji konkretnego podmiotu podejmującego decyzję, zaś z drugiej – nie jest bezpośrednim wyrazem jakichś założonej przez dominującą ideologię wartości i celów. Jest więc nie tyle wyrazem własnych przekonań sędziego (choć ich udziału nie da się w pełni wyeliminować), ile swoistą wypadkową preferencji modelowego podmiotu stosującego prawo³ oraz akceptowanych społecznie preferencji moralnych (jako kryteriów podstawowych), interesu publicznego (trwałych wartości politycznych) oraz odpowiednich kryteriów gospodarczych (w warunkach rynkowych skupiających się na, ogólnie mówiąc, racjonalności gospodarczej).

2. Ramami treściowymi takiej interpretacji odesłań pozaprawnych powinny być dominujące i dające się dostatecznie wyraźnie dostrzec i sformu-

³ Na temat takich preferencji w postaci „intuicji standardowych” por. Z. Ziemiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974, s. 193.

łować wartości społeczne z jednej oraz naczelną wartość porządku prawnego z drugiej strony. Związek ze społecznymi wartościami moralnymi, będący kanonem współczesnych systemów demokratycznych, wynika z tego, że to właśnie wartości moralne są zasadniczym kierunkiem weryfikacji aksjologicznej norm prawnych w ogóle oraz podstawowym punktem odniesienia odesłań pozaprawnych. Potrzeba „zmieszczenia się” w ramach wyborów aksjologicznych określonych przez podstawowe wartości prawne (zasady prawa) wynika natomiast z konieczności utrzymania jedności aksjologicznej całego porządku prawnego także wówczas, gdy konkretne wzory zachowania czy normatywna podstawa prawnej kwalifikacji stanu faktycznego opiera się na treści kryteriów pozaprawnych. Ponadto, co staje się coraz bardziej aktualne, treść klauzul ustalanych w procesach stosowania prawa polskiego musi korespondować z treścią klauzul ustaloną w procesach stosowania prawa międzynarodowego (także w oparciu o powszechnie uznane zasady prawa międzynarodowego) oraz treścią odesłań w rozwiniętych krajowych porządkach prawnych tego samego kręgu europejskiej kontynentalnej kultury prawnej.

3. Najważniejsze w stosowaniu prawa, i to zarówno publicznego jak i prywatnego jest miarkowanie w treści klauzul odsyłających tego, co można nazwać interesem publicznym i interesem indywidualnym. Jest to fragment zagadnienia sposobu wypowiedziania ocen w procesie decyzyjnym, w ramach którego uzewnętrznianie a nie ukrywanie występujących w tym procesie konfliktów aksjologicznych sprzyja jawności ich rozstrzygnięcia, co jest już pierwszą, ale także ważną przesłanką proceduralnej poprawności decydowania przedsięwziętego w warunkach możliwych konfliktów aksjologicznych. Ustalenie relacji pomiędzy tymi interesami jest jednak równie, jeżeli nie bardziej istotne. Zakładając, że samo prawo jest z definicji elementem dbałości o oba te interesy i odpowiednie relacje między nimi, tym bardziej należy uznać, że rezygnacja z jawnego i rozważnego „miarkowania” obu tych interesów w procesach stosowania klauzul, sprzyjając ideologizacji i aksjomatyzacji, nie może spełniać warunków poprawności i racjonalności procesu. A ponieważ klauzule generalne odwołują się albo do obu, albo (częściej) do jednego z tych interesów, czynią one zestawianie argumentów płynących z ich uwzględniania, także w sytuacji, gdy przepis tego nie wymaga, podstawowym zadaniem podmiotu podejmującego decyzję⁴.

4. Treść odesłań powinna być ustalana w miarę konkretnie tak, aby można było zidentyfikować konkretną ocenę podmiotu stosującego prawo wypowiedzaną w procesie decyzyjnym i ewentualnie skonfrontować ją z wartościami, które są dla niej punktami odniesienia. Konkretność oce-

⁴ Charakterystyczna i znacząca jest tu treść jednego z orzeczeń SN, akcentującego potrzebę tej równowagi. Wyraża się to w słowach: „w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznie i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym [...] w każdym przypadku działający organ ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi i udowodnić, iż jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywateli. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu publicznego nad indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli instancyjnej i sądowej, a już szczególnie wówczas, gdy chodzi o udowodnienie, iż w interesie publicznym leży ograniczenie (lub odjęcie) określonego przez Konstytucję RP prawa własności” (wyrok SN z dn. 18 XII 1993 r., OSNIK 1994, poz. 86, s. 73).

niania, której w żadnym wypadku nie należy mylić z katalogowaniem ocen i norm wypełniających treść określonych klauzul odsyłających⁵, oznacza wypowiedzianie oceny nie w postaci abstrakcyjnej, lecz w kontekście określonego, poddawanego właśnie kwalifikacji stanu faktycznego oraz formułowanie konkretnej wartości (zasady), jaka staje się składnikiem podstawy decyzji⁶. Wzmacnia to możliwość społecznej weryfikacji zastosowanych w decyzji ocen, oraz „broni” cały proces decyzyjny i samą decyzję przed zbytnim uogólnieniem wiążącym się w sprzyjających warunkach z upolitycznieniem czy zideologizowaniem podstawy wypowiedziania oceny.

5. W procesie decyzyjnym i w samym uzasadnieniu decyzji stosowania prawa oceny wypełniające treść kryterium pozaprawnego powinny być dostatecznie względem siebie wyodrębnione i możliwie rozgraniczone (zwłaszcza wówczas, gdy w jednym procesie decyzyjnym występuje wiele klauzul odsyłających). Dotyczy to relacji między klauzulami występującymi w różnych fragmentach tego samego aktu czy pokrewnych aktów prawnych. Relacje systemowe pomiędzy przepisami części ogólnej i szczególnej powodują przyznanie im różnych ról w procesie, ale nie implikują ustalania różnych treści w przypadku klauzul o takich samych nazwach (np. art. 5 oraz art. 65 czy 140 k.c.). Wspólne zastosowanie różnie nazwanych klauzul z tych dwóch części aktu nie może natomiast powodować utożsamiania, czy nawet częściowego nakładania się ich treści. Nawet jeżeli odsyłają one do tego samego rodzaju wartości (np. moralnych). Dbałość o odrębność znaczeniową w konsekwencji nie powoduje swoistego „uwikłania aksjologicznego” procesu decyzyjnego i treści decyzji, które prowadziłyby w sposób naturalny do nagromadzenia wypowiedzi oceniających, skutkiem którego cecha wspierania się różnych ocen pozaprawnych, zwykle „grających” razem przeciwko argumentom prawnym, powodowałaby wymieszanie znaczeń i zamazywanie różnic treściowych pomiędzy konkretnymi ocenami, a czasem nawet trudności w orientacji co do podstaw aksjologicznych decydowania⁷.

2.2. Podstawa zastosowania klauzuli odsyłającej

O ile ustalanie treści klauzul odsyłających wymyka się bezpośrednio kwalifikacji z punktu widzenia warunków prawnych, bowiem właśnie istota klauzul wiąże się z odchodzeniem od kryteriów *stricti iuris*, o tyle pozostałe elementy posługiwania się klauzulami z warunkami prawnymi

⁵ Co było elementem praktyki sądowej przed 1989 r. w zakresie zasad współżycia społecznego (por. A. Łopatka, Z. Ziemiński, *Próba systematyzacji zasad współżycia społecznego według orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Państwo i Prawo” 4 - 5/1957, passim) czy w zakresie zasad ustroju PRL (por. wyr. SN z dn. 19 I 1972 r., OSPiKA 1973, poz. 29, s. 67).

⁶ Por. wyr. SN z dn. 12 XII 1997 r., OSNAPUS 1998, poz. 413, gdzie sformułowano istotny w tej kwestii pogląd, iż przy powoływaniu się na zasady współżycia społecznego konieczne jest wskazanie, o jaką zasadę idzie.

⁷ Przesadne nagromadzenie ocen jest jednak cechą aktów zastosowania klauzuli o tyle, że powołanie jednej oceny wywołuje potrzebę mocniejszego uzasadnienia aksjologicznego samego posłużenia się klauzulą oraz jej treści, a argumentami najbardziej do tego się nadającymi są inne kryteria pozaprawne, zaczerpnięte z innych przepisów lub nie występujące w przepisach w ogóle (por. np. starsze decyzje SN: uchwała z dn. 29 IX 1949 r., PiP 2/1950, s. 95 i n.; uchwała z dn. 20 III 1973 r., OSNCP 1973, poz. 185; uchwała z dn. 15 XII 1978 r., OSPiKA 1981, poz. 69). Należy zauważyć zmianę w odniesieniu do tej cechy stosowania klauzul w ramach praktyki ostatnich dziesięciu lat.

mają już dużo więcej wspólnego. Posługiwanie się klauzulami odbywa się bowiem w procesie stosowania prawa, którego wymogi formalne nie zostają zniesione czy nawet na tyle „zmiękczone”, aby nie odgrywały dostatecznie ważnej roli. Powinno to być widoczne już przy ustalaniu podstaw zastosowania klauzuli odsyłającej w procesie decyzyjnym.

1. Podstawa zastosowania klauzuli powinna znajdować się w aktach normatywnych. Nie oznacza to jednak, że klauzula musi być zastosowana w każdym przypadku, gdy jest częścią stosowanego przepisu. Swoista ostrożność czy nawet wstrzeźliwość w posługiwaniu się odesłaniami powinny być najbardziej ogólnym standardem. Jeśli jednak klauzula jest stosowana, to jej nazwa powinna być zawsze wyraźnie sformułowana w decyzji stosowania prawa oraz pokrywać się z nazwą klauzuli ze stosowanego aktu normatywnego. Obie te właściwości pozwalają bowiem i na identyfikację samej klauzuli i na wiązanie, w kontekście całej praktyki, z określoną klauzulą takich a nie innych wartości, czy wypowiedzianych ocen. Jakakolwiek modyfikacja nazewnictwa klauzul nie musi wprawdzie prowadzić do skutków przeciwnych intencji prawodawcy, niemniej powoduje nałożenie się na już istniejący luz wynikający z faktu występowania klauzul w procesie, dodatkowego „rozluźnienia w nazewnictwie klauzul”.

2. Jeszcze bardziej odchodziłoby od tego modelu „dotwarzanie” w procesie stosowania prawa klauzul nie sformułowanych w przepisach. Także ono wprawdzie nie musiało prowadzić do skutków przeciwstawnych koncepcji prawodawczej, ale wykraczałoby poza zakres samodzielności stosowania prawa występujący w kulturze prawa stanowionego. Nie można na gruncie minimalnych standardów legalizmu, jakie przy funkcjonowaniu klauzul w praktyce sądowej muszą być sformułowane, tworzyć klauzul odsyłających w procesie stosowania prawa powołując się na aksjologiczną doniosłość kryteriów pozaprawnych „nie zauważoną” przez prawodawcę.

3. Jeśli idzie o rodzaj aktów prawnych, z których organy stosujące prawo powinny „czerpać” klauzule odsyłające, to są to, w zakresie prawa państwowego, przede wszystkim ustawy. Wymogi związane z tworzeniem ustaw, a także cechy techniczno-prawne tych aktów, jeszcze bardziej widoczne zresztą w przypadku kodyfikacji, stwarzają pewne gwarancje minimalizacji negatywnych potencjalnych skutków zastosowania klauzul. Odesłania zawarte w aktach wykonawczych (co już samo może budzić wątpliwości co do wymogów prawidłowej legislacji) nie mogą odgrywać samodzielnej roli w procesie decyzyjnym. Podmioty stosujące prawo powinny mieć natomiast zupełnie wolną rękę w posługiwaniu się klauzulami obowiązującego prawa międzynarodowego (korzystając także z możliwości recypowania sposobu posługiwania się odesłaniami w międzynarodowych organach, zwłaszcza sądowych). Mogą także w pewnym zakresie, uzasadnionym przez wspólne cechy kultury prawnej, sięgać do klauzul prawa obcego, jeżeli jest to uzasadnione zbliżonym charakterem instytucji prawnych oraz stanem rozwoju praktyki sądowej⁸.

⁸ Jest to praktyka dość powszechna w kulturach recepcyjnych, np. w Japonii (por. K. Nishino, *The Use of Foreign Law by Courts in Japan* (raport na XIV Światowy Kongres Prawa Porównawczego, Ateny 1994); por. też K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law. The Framework*, Amsterdam 1977, s. 89 i n., 133 i n.

4. Przy poszukiwaniach podstawy normatywnej zastosowania klauzul może powstać pytanie o granice „zapożyczania” przydatnych, zdaniem podmiotów stosujących prawo, konkretnych odesłań z innych przepisów prawnych. Oczywiście fakt „dopełniającego” charakteru wszystkich przepisów części ogólnej aktów powoduje, że zapożyczanie klauzuli z tych przepisów do zbudowania pełnego wzoru zachowania wynikającego z przepisów części szczegółowej jest czymś zupełnie zrozumiałym. Zapożyczanie natomiast klauzul zawartych w innych przepisach szczególnych jest już jednak innym zagadnieniem i podlegać musi ogólnym warunkom argumentacji *per analogiam legis*, z tym że stosowanym bardziej restrykcyjnie (podobieństwo nie tylko stanów faktycznych, ale także instytucji prawnych, w ramach których następuje takie zapożyczenie⁹). Np. skala „nieodległego” przepisu, z którego zapożycza się klauzulę powinna być węższa przede wszystkim z powodu i tak już dużego „rozchwiania” podstaw normatywnych.

5. Sprawą także złożoną i kontrowersyjną jest możliwość zastosowania w danym procesie decyzyjnym klauzul zawartych w normach już uchylonych. Wykorzystanie tradycyjnych odesłań pozaprawnych oraz tradycyjnych sposobów posługiwania się tymi klauzulami nie jest niczym nagannym od strony treści odesłań, jeżeli poprzedni system prawny spełniał minimalne warunki praworządności, a akceptowana aktualnie, przynajmniej co do zasady, praktyka poprzedniego okresu dostatecznie precyzyjnie ustaliła treść klauzul oraz sposób ich wykorzystania w procesach decyzyjnych. Od strony formalnej może jednak budzić pewne wątpliwości z punktu widzenia teoretycznego uzasadnienia obowiązywania norm zawierających odesłania. Biorąc pod uwagę właściwości okresów przejściowych, należy dopuścić możliwość „łagodnego” przechodzenia praktyki do nowych sposobów wyrażania aksjologii pozaprawnej w procesach stosowania prawa. Wydaje się to tym bardziej aktualne, jeżeli „stare” klauzule oparte były na klasycznych odesłaniach spotykanych w tym samym kręgu rozwiniętej kultury prawnej a praktyka nawiązująca do nich chce w ten sposób przedłużyć te klasyczne odniesienia. O ile można byłoby poszukiwać takich odniesień w przypadku nawiązywania do praktyki poprzedniego, bardziej demokratycznego systemu, o tyle w przypadku budowania modelu optymalizacyjnego dla aktualnej polskiej praktyki stosowania prawa, trudno byłoby postulować nawiązywanie do już uchylonych klauzul systemu sprzed 1989 r. oraz praktyki do nich się odnoszącej (zwłaszcza w gałęziach prawa publicznego).

2.3. Wpływ klauzul na ogólne argumentacje walidacyjne

Od podstawy zastosowania klauzuli odsyłającej w procesach decyzyjnych w ogóle oraz w konkretnych procesach stosowania norm prawnych należy odróżnić wpływ odesłań pozaprawnych na ustalanie podstawy nor-

⁹ Na gruncie prawodawstwa polskiego można byłoby np. zastanawiać się nad „zapożyczeniem” klauzuli zasad współżycia społecznego z regulacji k.c. dotyczącej służebności osobistej (art. 76 k.c.) do stosowania przepisów dotyczących służebności gruntowej.

matywnej decyzji stosowania prawa podejmowanej niezależnie od tego, czy same klauzule są elementem tej podstawy czy nie. Jest to jednocześnie pierwszy element wpływu generalnych klauzul odsyłających na sam proces decyzyjny, obejmujący ponadto interpretacje oraz ustalanie i kwalifikacje stanu faktycznego. W każdym z tych rozumowań procesu stosowania prawa udział klauzul rozszerza luz decyzyjny. Model optymalny posługiwania się klauzulami w tym procesie powinien zatem mieć na uwadze, aby optymalna była właśnie skala luzu decyzyjnego wykreowanego przez klauzule. Dotyczy to także ustaleń walidacyjnych.

1. Przyjęcie założenia, iż podstawą ustaleń walidacyjnych jest obowiązujący przepis prawny powoduje, że rola klauzul odsyłających w tych ustaleniach powinna być mierzona w kategoriach uzupełnienia a nie zaniegowania podstawowej argumentacji prawnej. Oznacza to, że w tzw. normalnych sytuacjach, nie będących sytuacjami rzeczywistego przełomu aksjologicznego, klauzula może być jedynie bardzo ostrożnie wykorzystywana jako podstawa odejścia od argumentacji płynącej z przepisów prawnych. Innymi słowy nie może decydować o uznaniu danego przepisu za nieobowiązujący. Może jednak wpływać na jego stosowalność w tym sensie, że niezgodność przepisu z kryteriami klauzuli odsyłającej może powodować, że nie będzie on w danym procesie decyzyjnym zastosowany. Jest to jednak możliwe do zaakceptowania właściwie jedynie w sytuacji głębokiej zmiany społecznej w odniesieniu do przepisów przejętych (a więc dalej formalnie obowiązujących) z poprzedniego systemu prawnego¹⁰ i to przy spełnieniu dalszych warunków po stronie treści klauzuli.

2. Klauzule odsyłające mogą jednak w stopniu ograniczonym pełnić także funkcję bezpośredniego udziału w podstawie normatywnej decyzji lub wręcz samodzielnej podstawy decyzji stosowania prawa (zapożyczenie podstawy decyzji z kryteriów pozaprawnych). Założeniem jest tu zakładana przez prawodawcę lub uznana w drodze praktyki niewystarczalność kryteriów prawnych do podjęcia decyzji stosowania prawa, prowadząca do wyjścia w kierunku kryteriów pozaprawnych. Takie działanie, jeżeli nie staje się powszechną metodą podejmowania decyzji, może być uznane za dopuszczalne pod pewnymi warunkami i w pewnych gałęziach prawa (na pewno nie może być samodzielną podstawą uznania danego czynu za przestępstwo, np. na podstawie kryterium społecznej szkodliwości czy społecznego niebezpieczeństwa). Samo powinno mieć wyraźną podstawę normatywną (tak jak to ma miejsce np. w par. 7 ABGB czy art. 1 oraz 4 szwajcarskiego ZGB) lub bardzo mocne ugruntowanie w praktyce prawniczej. Ponadto, mogłoby opierać się na kryteriach aksjospołecznych oraz norm zwyczajowych, ale już nie na kryteriach aksjopolitycznych. Upolitycznienie tak ustalonej podstawy decyzji należy kwalifikować jednoznacznie negatywnie niezależnie od gałęzi prawa czy typu jego stosowania.

¹⁰ Argumentacja ta była wykorzystywana, na podstawie art. 1 p.o.p.c. z 1950 r. a następnie art. 4 k.c. po 1945 r. (por. np. uchwała Izby Cywilnej SN z dn. 12 II 1955 r., P i P 7 - 8/1955, s. 288: „O ile chodzi o przepis wydany w Polsce burżuazyjnej, nie może on być również stosowany, gdy jego dyspozycja w sposób oczywisty nie godzi się z zasadami ustroju i celami Państwa Ludowego”).

2.4. Wpływ klauzul na interpretację tekstów prawnych

Drugim obiektem wpływu klauzul w procesie są argumentacje interpretacyjne. Wykładnia przepisów może bowiem dokonywać się także przy udziale klauzul odsyłających i w takim wypadku jej rezultat zazwyczaj odbiega od rezultatu, który byłby osiągnięty bez obecności klauzuli w interpretowanym tekście. Także tutaj więc optymalna rola klauzul wiązać się musi z określeniem skali „odejścia” od argumentów płynących z przepisu prawnego.

1. Podstawowym założeniem obecności klauzul w procesach operatywnej interpretacji przepisu (co jest zagadnieniem odrębnym od interpretacji samej klauzuli) powinno być przyjęcie, że obecność klauzuli w interpretowanym przepisie (w wersji mocnej) oraz że obecność kryterium klauzuli w procesie decyzyjnym, w którym dokonuje się interpretacji przepisu nie zawierającego klauzuli (wersja słabsza) powoduje bardziej lub mniej wyraźny, ale istotny udział argumentacji aksjologicznej w wykładni. Tego się po prostu nie da uniknąć i to niezależnie od faktu, czy klauzula staje się elementem sformułowanej w tekście prawnym dyrektywy interpretacyjnej, czy nie. W przypadku sformułowania takiej dyrektywy (np. dawny art. 4 k.c.), optymalnym stanem jest jak najbardziej restrykcyjne jej stosowanie, zarówno co do częstotliwości, jak i co do treści kryteriów (zwłaszcza, gdy idzie o kryteria aksjopolityczne).

2. Wpływ obecności klauzul na interpretację przepisów prawnych nie może prowadzić do rezygnacji z dokonywania wykładni językowej. Na pewno nie można tego przyjmować jako założenie ani przy budowaniu modelu interpretacji, ani w momencie rozpoczynania konkretnego procesu wykładni. Udział klauzul nie może też burzyć przyjmowanych modeli kolejności poszczególnych dyrektyw interpretacyjnych, chociaż powoduje tu pewne modyfikacje. Wykładnia przy udziale klauzul przechodzić winna nie tyle kolejno, co równoległe przez argumenty językowe i pozajęzykowe. Nieuchronność przeprowadzenia argumentacji aksjologicznych (celowościowych i funkcjonalnych) wymaga rozważenia roli, ale nie programowego eliminowania rezultatów wykładni językowej, jeżeli te ostatnie nie budzą wątpliwości na gruncie języka prawnego i powszechnego (co więcej, wydaje się, że tym mocniej w takich wypadkach powinno się akcentować rolę rezultatów wykładni językowej). Zakładaną ogólną niewystarczalność językowej interpretacji przepisów zawierających klauzulę (wersja mocna udziału klauzuli) należy „potwierdzić” przez przydatność argumentów funkcjonalnych i celowościowych w konkretnym przypadku. Rola aksjologii w wykładni powinna być jeszcze bardziej ostrożna w przypadku słabszej wersji¹¹ udziału klauzuli w argumentacjach interpretacyjnych.

3. Nieco bardziej złożony jest problem wpływu klauzul na rozstrzygnięcie kolizji interpretacyjnych. Należy przyjąć, iż obecność klauzul w obu wersjach, mocnej i słabszej, nie musi prowadzić do preferowania w każdym przypadku interpretacyjnych argumentów aksjologicznych w stosunku do

¹¹ Por. wyżej, 2.4.(1).

argumentów językowych, jeżeli rezultatów obu nie można pogodzić. Także wówczas, gdy konieczność uwzględniania kryteriów pozaprawnych wyrażona jest w oficjalnej dyrektywie interpretacyjnej. Ostrożność wymagana w tym fragmencie procesu decyzyjnego jest szczególnie ważna i rzutuje na dalsze w nim działania (m.in. na ustalenia subsumpcyjne).

2.5. Wpływ klauzul na ustalanie stanu faktycznego

Proces ustalania stanu faktycznego poddaje się wpływom klauzul odsyłających przede wszystkim o tyle, że jest on elementem ogólniejszego procesu stosowania prawa. Właściwości tych działań akcentują przede wszystkim poznawczy charakter argumentacji w ramach tych ustaleń, także w warunkach uznawania tzw. prawdy sądowej¹². Pewne jednak elementy nie mogą się nie poddawać wpływom klauzul generalnych, co oznacza, że także tę czynność w procesie należy objąć budowanym modelem optymalizacyjnym.

1. Najogólniejszym elementem takiego modelu jest stwierdzenie, iż klauzule generalne nie powinny wpływać na ogólny wymóg ustalenia faktów zawsze tam, gdzie dokonuje się następnie kwalifikacji prawnej danego stanu faktycznego. W konkretnych procesach decyzyjnych ewentualne nieustalenie wystąpienia danych faktów, będąc przy okazji niezgodnym z założeniem ustalenia tzw. prawdy obiektywnej, nie powinno być w normalnych warunkach uzasadniane aksjologicznymi kryteriami płynącymi z klauzul¹³. Element aksjologiczny płynący z klauzul spełniać powinien natomiast inną funkcję. Staranność wyjaśnienia stanu faktycznego widzianego w świetle kryteriów aksjologii prawnej oraz kryteriów klauzul, winna stać się wartością nadrzędną.

2. Udział klauzul generalnych w procesie ustalania stanu faktycznego może wiązać się z występowaniem tzw. zwrotów szacunkowych, które z punktu widzenia ujęcia stanu faktycznego w normie prawnej, stanowiącej następnie podstawę kwalifikacji tychże faktów, wyróżniają te fakty w sposób oceniający¹⁴. Jest to normalna praktyka prawodawcza, powodująca, że takie szacowanie jest argumentacją powszechną. Ustalenie np., że dane powody są powodami ważnymi wymaga oszacowania ważności. Nie musi jednak wymagać odwołania się do klauzul generalnych. Fakt występowania klauzul generalnych w całym procesie decyzyjnym, w ramach którego dokonywane jest to oszacowanie (wersja słabsza) czy też powołanie w jednym przepisie klauzuli odsyłającej oraz takiego zwrotu szacunkowego (wersja mocna) powodować może ujmowanie ustalanego stanu faktycznego

¹² Na temat procesów poznawczych w ustalaniu stanu faktycznego por. M. Zieliński, *Poznanie sądowe – poznanie naukowe*, Poznań 1979, passim; L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988.

¹³ Zdarzają się jednak przypadki wyjątkowe, w których np. przy zaprzeczeniu macierzyństwa nie dopuszcza się ustalenia stanu faktycznego (faktu naturalnego macierzyństwa) w sytuacji, gdy zagrożone byłoby np. dobro małoletniego dziecka (por. np. uchw. SN z dn. 17 I 1968 r., OSNCP 1969, poz. 169; wyr. SN z dn. 15 II 1973 r., OSNCP 1974, poz. 86).

¹⁴ Por. J. Wróblewski: *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 177 i n.

w kontekście i w języku kryteriów klauzuli generalnej. Optymalny model takiego wykorzystania klauzul wymaga restrykcyjnego ich stosowania, co stanowiłoby niezbędną gwarancję „nieprzeważenia” elementów poznawczych przez elementy aksjologiczne w procesie ustalania faktów.

2.6. Wpływ klauzul na kwalifikację stanu faktycznego

Kwalifikacja stanu faktycznego wiąże się z wpływem klauzul odsyłających już bardziej bezpośrednio. Klauzule stają się tu elementem zarówno ustaleń subsumpcyjnych jak i wyznaczania konsekwencji.

1. Klauzule odsyłające nie powinny być wykorzystywane do zmieniania zakresu normowania oraz zakresu zastosowania danej normy prawnej do konkretnego stanu faktycznego. Ten ogólny warunek musiałby być przestrzegany w całej rozciągłości zarówno co do rozszerzania zakresu czynów nakazanych i zakazanych czy też zawężania zakresu czynów „uprawnionych”, jak też co do rozszerzania zakresu podmiotowego i przedmiotowego, w ramach którego zakazy, nakazy mają się urzeczywistniać (i odpowiednio – zawężania tego zakresu, w ramach którego urzeczywistniać się mają „uprawnienia”). Niespełnienie tego warunku nie prowadziłoby do tak niedogodnych dla adresatów skutków, gdyby na podstawie doniosłości kryteriów klauzuli rozszerzono zakres czynów „uprawnionych” czy też zakres podmiotowy i przedmiotowy, w ramach którego czyny uprawnione mają się urzeczywistniać (i odpowiednio – zawężono w stosunku do czynów, będących przedmiotem obowiązku), pod trudnym do zrealizowania warunkiem jednak, że te zmiany zakresu normowania i zakresu zastosowania normy nie ingerują w „uprawnienia” innych podmiotów (adresatów norm).

2. Klauzule generalnie nie powinny być samodzielnym argumentem przesadzającym o niezestawianiu w konkretnym procesie decyzyjnym ustalonego stanu faktycznego z kryteriami normy prawnej. Nie powinny być także argumentem eliminującym kryteria prawne z dokonywania kwalifikacji stanu faktycznego. Mogą ostrożnie modyfikować rolę tych kryteriów prawnych w kierunku uwzględnienia także kryteriów pozaprawnych, co może prowadzić do oparcia kwalifikacji na argumentach „wyważonych” na podstawie treści wewnątrz- i pozaprawnych (dotyczy to w szczególności społecznej szkodliwości czynu w stosowaniu prawa karnego na podstawie art. 1 k.k.). Jedynie w przypadkach, gdy norma prawna stwarza możliwość „podciągnięcia” konkretnego stanu faktycznego wyłącznie pod kryteria klauzul odsyłających (np. art. 65 k.c.), samodzielna rola klauzul może być zaakceptowana.

3. Kryteria klauzul odsyłających mogą pełnić określoną rolę w formułowaniu konsekwencji prawnych. Mogą być przede wszystkim elementem dyrektywy wyboru konkretnej konsekwencji z katalogu zawartego w przepisach (np. rodzaju kary), lub też wyboru konkretnej wersji określonej sankcji (np. przy wymiarze kary pozbawienia wolności, odszkodowania). Klauzule nie powinny być natomiast decydującym argumentem wspierającym odchylenie przed podmiot stosujący prawo od kryteriów prawnych

przy ustalaniu konsekwencji (czyli w rezultacie – od wymierzenia sankcji prawnej), nawet wówczas, gdy mamy do czynienia z zastosowaniem przepisów przejętych z „poprzedniego” porządku prawnego.

4. Klauzule mogą także, w ograniczonym oczywiście zakresie, pełnić rolę samodzielnego kryterium merytorycznego ustalenia konsekwencji. Nie ma zresztą innego wyjścia w sytuacjach, w których sama norma przewiduje, że sankcja ustalona będzie jedynie na podstawie kryteriów klauzul (np. orzeczenie sądu o oznaczeniu sposobu wykonania zobowiązania czy o rozliczeniu stron wg 357(1) k.c.). Ostrożniej natomiast należałoby podchodzić do ustalenia konsekwencji jedynie na podstawie kryteriów pozaprawnych przy nie wzięciu pod uwagę kryteriów określonych przez normę, bowiem prowadziłyby to do zlekceważenia tych ostatnich (np. na podstawie art. 53 k.k.) Optymalną sytuacją jest tu swoiste współokreślenie treści konsekwencji przez oba rodzaje kryteriów.

3. ZAKRES LUZU I AKSJIOLOGIA STOSOWANIA PRAWA

Powyższe, szczegółowe elementy optymalizacyjnego modelu posługiwania się klauzulami odsyłającymi w procesach stosowania prawa prowadzą do ukształtowania się przynajmniej kilku cech ogólnych o zasadniczym znaczeniu dla całości zjawiska funkcjonowania klauzul odsyłających w praktyce stosowania prawa. Dotyczą one zagadnień ogólnych ram luzu decyzyjnego związanego ze stosowaniem odesłań, relacji pomiędzy wartością elastyczności a wartościami jednolitości i pewności stosowania prawa oraz roli wartości praworządności w stosowaniu odesłań.

1. Biorąc pod uwagę fakt, iż luz decyzyjny płynący z klauzul odsyłających jest luzem „z definicji” szerokim, ale ponadto luzem zamierzonym, jawnym, ukierunkowanym i kontrolowalnym, z tymi właśnie ostatnimi cechami, realizowanymi w obrocie prawnym w stopniu maksymalnie wysokim, należy wiązać optymalny model posługiwania się klauzulami. W zakresie stosowania prawa decydujące znaczenie odgrywać będzie kontrolowalność korzystania z luzu wykreowanego przez wystąpienie klauzul w ogóle oraz rzeczywiste kontrolowanie tego luzu w konkretnych przypadkach zastosowania klauzuli. Dotyczyć to powinno w pewnym stopniu samej treści ustalanych kryteriów (choć są tu naturalne ograniczniki kontroli¹⁵) oraz, przede wszystkim, sposobu zastosowania odesłania w poszczególnych działaniach procesu decyzyjnego. Należy jednak pamiętać, że to decyzje pierwszych instancji sądowych mają najbardziej realne możliwości ustalenia znaczenia klauzul odsyłających w kontekście wyjaśnianego wszechstronnie stanu faktycznego. Stąd kontrola instancji wyższych nie powinna arbitralnie „narzucać” sposobu interpretacji samej klauzuli, bowiem mogłoby to „zniechęcać” instancje niższe do posługiwania się tymi konstrukcjami. Występowanie kontroli jest jednak istotne. Stwarza bowiem szansę na wystą-

¹⁵ Przekładają się one m.in. na niechęć instancji odwoławczych do ingerencji w ustaloną już treść klauzul odsyłających.

pienie stanu, w którym szeroki zakres luzu nie spowoduje zanegowania „minimum jedności aksjologicznej porządku państwowo-prawnego”. Nie eliminuje to oczywiście potencjalnych „indywidualnych aktów niesubordynacji”¹⁶, niemniej wyznacza ogólną linię. Jeżeli ta linia jest ponadto powiązana z podstawowymi trendami praktyki prawniczej w porządkach prawnych należących do tej samej kultury prawnej, a ponadto, jeżeli jest powiązana z trendami posługiwania się odesłaniami w orzecznictwie międzynarodowym, to gwarancje nieprzekraczania rozsądnych granic luzu decyzyjnego otrzymują mocniejsze podstawy.

2. Wyznacznikiem zakresu luzu wiążącego się z występowaniem odesłań w procesach stosowania prawa powinna być odpowiednio „ustawiona” relacja pomiędzy wartością elastyczności a wartościami jednolitości i pewności stosowania prawa. Jeżeli bowiem elastyczność stosowania prawa uzasadnia pojawienie się w procesie decyzyjnym luzu, to wartości jednolitości i pewności prowadzą do argumentów, dzięki którym zakres owego luzu może zostać ograniczony i racjonalizowany. Potrzeba „utrzymywania” roli tych ostatnich wartości, dokonywanego na poziomie doktryny prawniczej, prawodawstwa (np. odpowiednie instytucje ujednolicania) oraz samej praktyki (rzeczywista dbałość o te wartości) jest istotna o tyle, że wartości te zostają osłabione już przez sam fakt pojawienia się klauzul w przepisach i praktyce decyzyjnej. Wydaje się, że ważne znaczenie co do wzmocnienia tych wartości mogłoby mieć ukształtowanie się (oczywiście w ograniczonym zakresie) jawnej i dostatecznie mocnej (głębokiej) praktyki decydowania *per rationem decidendi*. Z jednej strony ścieśniałoby to i tak szeroką swobodę decyzyjną, natomiast z drugiej, stwarzałoby podstawę przewidywalności treści decyzji opartych na klauzulach, co pozwoliłoby na sprawniejsze wykorzystywanie klauzul przez adresatów norm do budowania wzorów zachowania, które później miałyby podlegać kwalifikacji w procesie stosowania prawa.

3. Oba powyższe elementy optymalnego modelu stosowania odesłań prowadzą i prowadzić muszą do uzgodnienia jakiejś wersji ochrony (uwzględniania) wartości praworządności i zasady państwa prawnego, która poprzez związaną z posługiwaniem się klauzulami cechę elastyczności stosowania prawa może zostać osłabiona. Dotyczy to zarówno formalnych jak i treściowych wymogów posługiwania się klauzulami odsyłającymi. Te pierwsze związane być powinny z podstawą zastosowania klauzul w procesie decyzyjnym oraz przebiegu i skutkach ich wpływu na poszczególne składniki tego procesu. Jest to kwestia, która nie powinna budzić większych wątpliwości, a warunki szczegółowe, wsparte przez najbardziej ogólny warunek nienadużywania samej konstrukcji, określić można względnie łatwo¹⁷. Funkcja warunków treściowych związanych z klauzulami nie jest jednak już tak jednoznaczna, bowiem odesłania pozaprawne nie mogą bezpośrednio wspierać treści i roli wartości wewnętrznych¹⁸, które przecież

¹⁶ Zwłaszcza wobec pewnej deprecjacji wartości jednolitości na rzecz niezawisłości i sprawiedliwości w uchwale Pełnego Składu Sądu Najwyższego z dn. 5 V 1992, OSP 1993, poz. 218.

¹⁷ Por. analizowane wyżej czynniki szczegółowe wskazane przede wszystkim w pkt. 2.3. - 2.6.

¹⁸ Por. analizowane wyżej czynniki szczegółowe wskazane przede wszystkim w pkt. 2.1. - 2.2.

decydują o tym, co rozumiemy przez praworządność i przez państwo prawne. Ta dychotomia prowadzić może jednak do pewnego postulatu, którego sens polegałby na wskazaniu potrzeby korzystania w procesie decyzyjnym z ocen, z jednej strony dostatecznie ważnych, trwałych oraz dających się zweryfikować w kontekście ich dominującej roli w świadomości społecznej, natomiast z drugiej – powiązanych z wartościami wyrażonymi w podstawowych zasadach porządku prawnego. To ostatnie wiązałoby się z pozostawianiem w wyznaczonych przez samo prawo podstawowych ramach wyborów aksjologicznych, utrzymujących „minimalną jedność aksjologii porządku prawnego”, bez której nie byłoby uzasadnione nie tylko używanie pojęcia „państwo prawne”, ale także używanie pojęcia „stosowanie prawa” na oznaczenie procesu podejmowania decyzji korzystającego z konstrukcji klauzul odsyłających.

* * *

Zaprezentowane wyżej składniki optymalizacyjnego modelu funkcjonowania klauzul odsyłających w praktyce sądowej odnoszą się do niezrelatywizowanej z zasady rzeczywistości prawnej. Pełniejsze i dokładniejsze ustalenia wymagałyby zróżnicowania zarówno samych składników jak i ich roli w zależności od tego, czy model taki odnosiłby się do stosowania prawa prywatnego czy publicznego (a w ramach tego ostatniego należałoby określić specyfikę prawa karnego, a bez wątpienia w wielu przypadkach dopiero poziom szczegółowych gałęzi prawa pozwoliłby na wyłonienie bardziej jednoznacznych właściwości). Następnie, należałoby określić punkt odniesienia takiego modelu w stosunku do typu sądowego stosowania prawa oraz typu pozasądowego (administracyjnego czy kierowniczego). W ramach typu sądowego, z pewnością należałoby także zwrócić uwagę na odrębności posługiwania się klauzulami w różnych instancjach, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki decydowania w instancjach najwyższych. Jest oczywiste, że relatywizacja nie mogła pójść w tym opracowaniu tak głęboko a zarysowany model musiał objąć w miarę powtarzalne cechy stosowania prawa w różnych gałęziach i przez różne organy. Stąd występujące w nim uproszczenia i ogólnikowe niekiedy ujęcie.

Model ten może być, rzecz jasna przy świadomości uproszczeń, potraktowany jako docelowy dla naszej rzeczywistości prawnej. Okres zmian społeczno-prawnych, jakie aktualnie u nas zachodzą, powoduje, że niektóre ze składników już są widoczne, inne – dopiero się zarysowują. Jak się jednak wydaje, zanegowanie praktyki poprzedniego porządku jest jednak wyraźne i powoduje, że powyższe składniki budują powoli zasadniczy trend realizacji takiego modelu. Jego najbardziej podstawową chyba cechą jest uświadomienie faktu, że zakres swobody, jaki może pojawić się przy posługiwaniu się konstrukcją klauzul odsyłających, nie powinien być dodatkowo rozszerzany w procesach stosowania prawa; że związanie argumentacji płynących z klauzul z argumentacją *stricte* prawną jest tu szczególnie ważne; i w końcu, że wszędzie tam, gdzie ma się do czynienia z konstruk-

cjami prowadzącymi do luzów decyzyjnych, ich urzeczywistnianie powinno być tym bardziej ostrożne i kontrolowane oraz, jeśli to tylko możliwe, zmierzać, niejako „z przekory”, do wzmacniania założenia o jak najbardziej restrykcyjnym korzystaniu z nich. W tej też konwencji zbudowane zostały składniki zaprezentowanego wyżej modelu optymalizacyjnego.

OPTIMALIZING MODEL OF FUNCTIONING OF EXTRA-LEGAL RENVOYS IN JUDICIAL PRACTICE

S u m m a r y

The aim of the work is an attempt to draw up an optimalising model which – taking into consideration all systemic and legal changes of the last decade in Poland – should stress the most desired properties of having recourse to renvoy clauses in judicial practice – from the point of view of building up democratic and market systems. Such a model should additionally meet the requirement of lawful character of the State as formulated in the Constitution of the Republic of Poland.