

Rozdział I. Zagadnienia ogólne

§ 1. Wielość filozofii prawa, wielość dróg interpretacji

I. Uwagi wstępne

Prawo jest jedną z tych dziedzin humanistycznych, w których interpretacja zajmuje miejsce pierwszorzędne. To poprzez nią odkrywane są normy i zamysł prawodawcy. Nie ma jednak dotąd jasnej odpowiedzi, czym jest prawo i raczej jej nie będzie. W tym temacie powstało wiele poglądów; musimy tę niedogodność przyjąć i z nią się pogodzić. Czasem uważa się, że prawo jest zespołem tak czy inaczej pojmowanych norm postępowania (głównie koncepcje prawnonaturalne oraz pozytywistyczne), albo według innej grupy poglądów zespołem faktów psychicznych lub społecznych, związanych z określonego rodzaju normami (koncepcje realistyczne). Pojawiły się również poglądy stanowiące „trzecią drogę” w rozważaniach nad prawem, a należy do nich przede wszystkim hermeneutyka¹.

Zapytać można, czy z punktu widzenia niniejszego opracowania konieczne jest poruszanie problematyki rozumienia prawa, a jeżeli tak, to z jakiego powodu. Odpowiedzi należy szukać w poglądach, które głoszą, że mamy co najmniej tyle określeń interpretacji prawniczej, ile odmiennych typów filozofii prawa². Zatem przyjęcie określonego stanowiska w kwestii ontologii prawa ma także wpływ na ustalenia, w jaki konkretnie sposób należy dokonywać interpretacji (wykładni). „Każdemu bowiem z ontologicznych aspektów rozważań nad prawem odpowiada aspekt metodologiczny. Filozofia czy teoria prawa bez filozofii interpretacji byłaby ślepa, z kolei filozofia interpretacji prawniczej bez określonej ontologii byłaby, patrząc z materialnego punktu widzenia, pusta”³.

¹ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 94–125.

² J. Stelmach, *Wokół pojęcia interpretacji prawniczej*, w: R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 61, 66.

³ Tamże, s. 66.

Szczegółowe omawianie poszczególnych koncepcji prawa nie jest tu jednak konieczne, bowiem na ten temat powstało wiele obszernych publikacji⁴. Warto jedynie rozwinąć wątek hermeneutyki prawniczej, która stanowi dla mnie punkt wyjścia.

II. Hermeneutyka prawnicza

Hermeneutyka jest jedną z tych koncepcji, która ma swe źródło w rozważaniach filozoficznych i tą drogą została zaadoptowana na potrzeby prawa⁵. Należy do grupy najstarszych, a przy tym najbardziej spornych filozofii interpretacyjnych. Ma wielu zwolenników, ale też i krytyków. Ci ostatni, przynajmniej na gruncie filozofii współczesnej, są najczęściej zwolennikami metodologii analitycznej⁶.

Termin „hermeneutyka” wywodzi się z kultury językowej starożytnej Grecji, gdzie funkcjonowało słowo *hermeneutiké*⁷ oznaczające sztukę objaśniania, obwieszczenia, tłumaczenia i wykładni. Genezę tego terminu wiązano także z *Hermesem*, któremu przypisywano początek języka i pisma. W filozofii pojawił się natomiast u *Arystotelesa* termin *hermeneia*, którym ów myśliciel podkreślał związek pomiędzy interpretacją a rozumieniem⁸. W czasach nowożytnych w tytule książki bodaj pierwszy raz pojawiła się u *J.C. Dannhauera*, autora dzieła „*Hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum litterarum*”⁹.

⁴ Zob. np. *J. Oniszczyk*, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 30 i n.; *tenże*, *Koncepcje prawa*, Warszawa 2004 i podana tam literatura.

⁵ Pierwszą ważną polską pracą była monografia *M. Zirk-Sadowskiego* pt. *Rozumienie ocen w języku prawnym* (Łódź 1984), a poadto publikacje: *T. Gizbert-Studnicki*, *Das hermeneutische Bewusstsein der Juristen*, w: *Rechtstheorie*, Berlin 1987, Nr 18, s. 344–367; *tenże*, *Der Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik*, *AfRuS* 1987, vol. 73, s. 476–493; *J. Stelmach*, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Ebelsbach 1991. Zob. także *J. Stelmach*, *Co to jest hermeneutyka?*, Wrocław–Kraków 1989; *tenże*, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 49 i n.; *J. Stelmach*, *B. Brożek*, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 225 i n.; *M. Zirk-Sadowski*, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 81 i n.; *H. Leszczyzna*, *Hermeneutyka prawnicza – rozumienie i interpretacja tekstu prawnego*, Warszawa 1996.

⁶ *J. Stelmach*, *B. Brożek*, *Metody prawnicze*, s. 225.

⁷ Podano za: *J. Stelmach*, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, s. 49; *J. Oniszczyk*, *Filozofia i teoria prawa*, s. 619; *A. Veraart*, *R. Wimmer*, *Hermeneutyka*, w: *T. Gadacz* (red.), *Wokół rozumienia. Studia i szkice z hermeneutyki*, Kraków 1993, s. 9. Z kolei według słownika *Kopalińskiego* „hermeneutyka” wywodzi się z greckiego *hermēneutikós* („dotyczący wyjaśniania”), które pochodzi od *hermēneús* („tłumacz”) (tak: *W. Kopaliński*, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, Warszawa 2003, s. 209, hasło „hermeneutyka”). Por. także: *J. Stelmach*, *B. Brożek*, *Metody prawnicze*, s. 225.

⁸ Zob. *arystotelesowe Peri Hermeneias*.

⁹ Strasburg 1654 r.

W tym kontekście A. Veraart i R. Wimmer piszą, że zarówno samo wykładanie, jak i teoria wykładni dają się w aspekcie historycznym wyprowadzić z dwóch wątków tradycji: greckiej filozofii i teorii języka, która stała się podstawą alegorycznego objaśniania tekstów, w szczególności stoickiej interpretacji *Homera* i *Hezjoda*, oraz zorientowanej głównie na dosłowny, czyli literalny sens żydowskiej wykładni Biblii. Pierwszego połączenia obu tradycji dokonuje w helleńskiej diasporze żydowskiej *Filon* z Aleksandrii, dostrzegając obok sensu literalnego drugą, alegoryczną płaszczyznę znaczeniową Starego Testamentu. Dopiero łączne ujęcie obu płaszczyzn znaczenia prowadzi, według niego, do adekwatnej interpretacji. Przed chrześcijańską wykładnią Starego Testamentu pojawia się też zadanie zespolenia skierowanej do wszystkich ludzi ewangelii Nowego Testamentu z adresowanym jedynie do narodu żydowskiego Starym Testamentem¹⁰.

Samą hermeneutykę rozumiano zaś różnie. Początkowo poprzez hermeneutykę określano jedynie sztukę objaśniania tekstów, natomiast obecnie spotykamy dwa jego podstawowe znaczenia. Po pierwsze, hermeneutyka oznaczać może specyficzną metodę interpretacji każdego tekstu i innych wytworów kulturowych (*F.S.D. Schleiermacher*, *W. Dilthey*), a po drugie, pewną filozofię określaną jako nauka rozumiejąca lub filozofia rozumienia (*M. Heidegger*, *H.-G. Gadamer*)¹¹. Hermeneutyka prawnicza nawiązuje do obu tych nurtów i może być pojmowana bądź jako teoria interpretacji tekstów prawnych, bądź jako swoisty kierunek filozofii prawa.

Hermeneutyka prawnicza w pierwszym ujęciu zakłada, że podstawowym zadaniem nauk prawnych jest zrozumienie tekstu prawnego i odnajdywanie rozstrzygnięć określonych stanów faktycznych. Zrozumienie tekstu prawnego, zinterpretowanie go, zawsze zawiera element twórczy, gdyż podmiot dokonujący wykładni ukształtowany jest przez określoną kulturę, uznaje określony system wartości, znajduje się w określonej sytuacji historycznej, a także ukształtowany jest w określony sposób przez swe najbliższe środowisko.

Choć tak pojmowana hermeneutyka odrzuca pogląd o istnieniu jakiegoś jedyne, obiektywnego rezultatu interpretacji, to jednak swe zadanie upatruje w wypracowaniu przekonujących i poprawnych sposobów rozumienia tekstu prawnego. Jej celem jest wypracowanie pewnych typów argumentacji co do „poprawnych”, „legitymowanych” sposobów rozumienia tekstu. Tego rodzaju for-

¹⁰ A. Veraart, R. Wimmer, *Hermeneutyka*, s. 9.

¹¹ Zob. np. *Wilhelm Dilthey*, *Pisma estetyczne*, Warszawa 1982; *G. Misch*, *Dilthey: myśl i dzieło*, w: *T. Gadacz* (red.), *Wokół rozumienia. Studia i szkice z hermeneutyki*, s. 39–40; *H.-G. Gadamer*, *Prawda i metoda. Zarys hermeneutyki filozoficznej*, Warszawa 2007; *H. Leszczyna*, *Hermeneutyka prawnicza – rozumienie i interpretacja tekstu prawnego, passim*; *H. Coing*, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehre der allgemeinen Hermeneutik*, Köln–Opladen 1959; *A. Kaufmann*, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln–Berlin–Bonn–München 1984.

mułowanie wskazówek interpretacyjnych konieczne jest, by uniknąć bezzasadnej arbitralności poszczególnych interpretacji.

W przypadku drugiego ujęcia, czyli hermeneutyki prawniczej rozumianej jako filozofia prawa, punkt ciężkości stawia się w zupełnie innym miejscu; chodzi tu przede wszystkim o ontologię prawa. Filozofia ta opiera się na ogólnej filozofii rozumienia, jest ona jednak również metodą.

Początek takiemu sposobowi uprawiania hermeneutyki dali *E. Husserl* oraz *M. Heidegger*. Przełomowym momentem stało się jednak wydanie w 1975 r. dzieła *H.-G. Gadamera* pt. „Wahrheit und Methode” („Prawda i metoda”)¹², po lekturze którego nie sposób traktować hermeneutyki tylko i wyłącznie jako wąsko pojętej teorii interpretacji. „*Gadamer* zdawał sobie sprawę z tego, że jeśli hermeneutyka ma być rzeczywistą filozofią rozumienia, nie może się ograniczyć ani tylko do epistemologii humanistycznej (*Schleiermacher*, *Dilthey*), ani tylko do ontologii fundamentalnej (*Husserl*, *Heidegger*). Jego zdaniem, hermeneutyka musi pozostać otwarta, bo tylko wówczas będzie mogła zachować swoje roszczenie do uniwersalności. Ta otwartość oznacza w szczególności łączenie momentów (aspektów) gdzie indziej niepołączalnych: ogólnego z konkretnym, teoretycznego z praktycznym, konstruktywnego z krytycznym, przy równoczesnej rezygnacji z tradycyjnego pytania o prawdę i obiektywne poznanie”¹³.

Podstawową cechą hermeneutyki ujmowanej jako filozofia prawa, jest podejście do języka. Na te kwestie zwracał uwagę m.in. *H.-G. Gadamer* twierdzący, że: „(...) język to ośrodek, w którym mieszczą się ja i świat (...)”¹⁴. Według niego, wszelkie przejawy naszej twórczej aktywności wiążą się ściśle z językiem. W przypadku tekstów prawnych jak i mowy, nie mamy wątpliwości, że przekaz odbywa się właśnie w nim. *Gadamer* zauważa jednak coś więcej. Twierdzi, że językowa interpretacja jest formą interpretacji w ogóle. Dlatego występuje ona także tam, gdzie przedmiot interpretacji nie ma językowej natury, a więc nie jest tekstem, lecz rzeźbą lub utworem muzycznym¹⁵. Nawiązuje tym samym do współczesnych, semiologicznych ujęć języka, jako dowolnego i każdego systemu znakowego, np. w wydaniu *F. de Saussure’a*. Jest to uniwersalne medium, w którym dokonuje się rozumienie; bytem, który może być rozumiany, jest język, choć ma on wiele aspektów.

Hermeneutycy wypowiadali się też o historyczności rozumienia. Hermeneutyka jest bowiem przede wszystkim wiedzą o rozumieniu. Nie mówi, co prawda ostatecznie, jakie powinno ono być, a jedynie opisuje warunki, w których jest

¹² *H.-G. Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1975.

¹³ *J. Stelmach*, *B. Brożek*, *Metody prawnicze*, s. 252.

¹⁴ *H.-G. Gadamer*, *Prawda i metoda*. Zarys hermeneutyki filozoficznej, s. 636.

¹⁵ Zob. tamże, s. 519 i n.

ono możliwe. Rozumienie jest pewnym procesem mającym charakter historyczny; historyczności jednak nie należy utożsamiać z „historią”, oznaczającą obiektywny, przebiegający w czasie ciąg zdarzeń. „Historyczność” oznacza tu pewną strukturalno-subiektywną formę takich istot, których sens przez to jest oznaczony, że one same mają pewną historię¹⁶. „Historyczność” związana jest więc z samą istotą bytu ludzkiego. W związku z powyższym „(...) podejście hermeneutyczne nie ma nic wspólnego ze stanowiskiem historycyzmu, które oznacza akceptację ideologii głoszącej obiektywność i absolutność historii jako takiej, jak i praw nią rządzących. (...) rozumienie posiada pewną strukturę czasową i (...) nie można oderwać go od interpretacyjnej tradycji, którą tworzy jednak sam interpretator”¹⁷. Historyczne prawo to zaś coś, co istnieje jako rezultat procesu wykładni¹⁸, a urzeczywistnione jest w określonym miejscu i czasie. Interpretator musi bowiem wiedzieć, że funkcjonujące regulacje nie są zawieszane „w próżni”, ale istnieją tu i teraz¹⁹.

Dla hermeneutyki traktowanej jako filozofia prawa ważne jest także zagadnienie koła lub, jak wolą niektórzy, spirali hermeneutycznej. Pojęcia te dookreślają proces interpretacyjny, polegający na takim dokonywaniu wykładni, w którym interpretator odnajduje znaczenie tekstu metodą kolejnych przybliżeń i korektur. Rozpoczyna on od wstępnego odczytania tekstu, dzięki czemu otrzymuje wyobrażenie całości, a następnie dokonuje interpretacji szczegółowej, rozwiązując kolejne wątpliwości. Przechodzi od ogółu do szczegółu i na powrót do ogółu. *K. Larenz* przy tym twierdzi, że nie zawsze wracamy do punktu wyjścia, a wnosimy się na nowy „wyższy poziom” rozumienia, dlatego też lepiej mówić o spirali, a nie o kole hermeneutycznym²⁰.

Świat oczywiście zmienia się i zmiany te będą współwyznaczać sens przepisów. Stąd w hermeneutyce mówi się o potrzebie „aktualizacji”; w założeniu ma ona doprowadzić do przystosowania prawa do wymogów życia, a to ma nastąpić

¹⁶ *J. Stelmach*, Współczesna filozofia interpretacji prawniczej, s. 77 i podana tam literatura.

¹⁷ Tamże, s. 77. *L. Landgrebe* pisał: „We wszelkim rozumieniu poszczególnego dzieła przesłanką jest spokrewnienie rozumiejącego z całością świata, z którego pochodzi to dzieło, a znów zrozumienie tego świata opiera się na zrozumieniu jego poszczególnych dzieł, które zwrótne promieniują na tamto rozległe rozumienie” (*L. Landgrebe*, *Rozumienie w naukach o duchu*, w: *T. Gadacz* (red.), *Wokół rozumienia. Studia i szkice z hermeneutyki*, Kraków 1993, s. 204).

¹⁸ Prawa nie ma zatem przed interpretacją, co stwierdzał *A. Kaufmann*. Zob. *A. Kaufmann*, *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, w: *A. Kaufmann, W. Hassemer* (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1985, s. 122. Podano za: *J. Stelmach*, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, s. 67.

¹⁹ Zob. też *T. Gadacz* (red.), *Wokół rozumienia. Studia i szkice z hermeneutyki*, Kraków 1993, *passim*.

²⁰ *K. Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin–Heidelberg–New York–Tokyo 1983, s. 184; podano za *J. Stelmach*, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, s. 81; zob. też *T. Spyra*, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, s. 113–116.

poprzez wykładnię dynamiczną. Jej celem nie jest zmiana ustawy, ale dostosowanie jej do historycznej sytuacji, w której znajduje się interpretator.

Dla hermeneutyków ważna jest także kwestia przedrozumienia, czyli rozumienia wstępnego interpretatora, warunkującego w ogóle rozumienie tekstu prawnego. Jest to uprzednia wiedza interpretatora, posiadającego już pewne wyobrażenie na temat obowiązującego prawa oraz otaczającego go świata. Wyobrażenie to dotyczy choćby języka, który opisuje rzeczywistość, tradycji związanej z powstawaniem ustawodawstwa danego państwa, społecznych powiązań, interesów oraz struktur i życiowych stanów rzeczy, do których odnoszą się normy prawne.

K. Larenz odróżnia jednak wyraźnie przedrozumienie (*Vorverständnis*) i przedsąd (*Vorurteil*), który bliższy jest „przesądowi” (*Aberglaube*). Tylko przedrozumienie pełni w procesie interpretacji prawniczej pozytywną rolę, przygotowując właściwe rozumienie oraz kształcąc poznawczą właściwość określaną przez niego jako „oczekiwanie sensu”. Jest to swoista hipoteza wykładnicza i przesłanka odpowiedniego rozumienia prawa²¹.

Dla hermeneuty niezwykle ważne jest też posiadanie wiedzy nie tylko o otaczającym go świecie i o obowiązującym prawie, ale również o dotychczasowych interpretacjach. „Interpretacja (...) musi być bowiem czyniona nie tylko ze świadomością swego sytuacyjnego określenia, lecz także musi się ona ustosunkować do interpretacji, których już dokonano, tym bardziej, że te ostatnie wywierają istotny wpływ na aktualne (teraźniejsze) rozumienie. (...) konstytutywne znaczenie dla interpretacji hermeneutycznej ma tradycja. Jest ona medium, w którym nawarstwiają się interpretacje wpływające na dany akt rozumienia dokonywany przez hermeneutę, który skądinąd sam jest zawsze ukształtowany przez tradycję”²². Dotychczas dokonane interpretacje, wyrażone m.in. w orzecznictwie sądowym, stają się więc częścią rzeczywistości, wzbogacając wiedzę o niej. Kolejne procesy interpretacyjne nie powinny więc tej wiedzy pomijać.

III. Podsumowanie

Związki pomiędzy filozofią prawa a interpretacją są zatem ściśle. Mnie osobście najbliższa jest zorientowana fenomenologicznie hermeneutyka prawnicza. Jej metoda prowadzi w sposób naturalny do zrekonstruowania normy z przepisu, co jest skutkiem dokonywanej interpretacji²³. Przy klauzulach ge-

²¹ J. Stelmach, Współczesna filozofia interpretacji prawniczej, s. 83–84; J. Oniszczyk, Filozofia i teoria prawa, s. 676.

²² A. Szahaj, Teoria krytyczna szkoły frankfurckiej, Warszawa 2008, s. 172 i 174.

²³ Por. B. Brożek, Normatywność prawa, Warszawa 2012, s. 9.

neralnych zyskuje ona szczególnie, bowiem sama analiza językowa nie jest tu wystarczająca: interpretator musi uwzględniać kontekst zmieniającej się rzeczywistości, wdrażając w życie postulaty wykładni dynamicznej, a to odpowiada w pełni hermeneutycznemu postulatowi aktualizacji²⁴. Ponadto, właśnie przy klauzulach, w tym klauzuli interesu publicznego, realizuje się w sposób szczególnie wyrazisty zasada koła hermeneutycznego, kiedy to sięga się na przemian po przesłanki zawarte zarówno w samym przepisie, jak i po przesłanki pozaprawne. Metoda hermeneutyczna pozwala zatem w pełni uwzględniać związki tego, co ogólne, z tym, co konkretne, tego, co stałe, z tym, co zmienne, tego, co należące do sfery prawnej, z tym, co jest poza nią. To metoda hermeneutyczna godzi w pełni reguły wykładni językowej, funkcjonalnej i systemowej, niezbędne przy stosowaniu przepisów zawierających klauzule generalne²⁵. Także daje szerokie możliwości wykładni w kontekście przepisów unijnych, przy których sama wykładnia językowa, choćby z uwagi na niespójność poszczególnych tłumaczeń aktów prawnych na języki narodowe, nie jest wystarczająca²⁶. To wreszcie metoda hermeneutyczna pozwala na wydanie rozstrzygnięcia w przypadkach trudnych, gdy tradycyjne metody zawodzą.

§ 2. Z problematyki klauzul generalnych

I. Uwagi wstępne

Klauzule generalne są konstrukcją prawną dość kontrowersyjną, a spory dotyczą już samej ich definicji, nie mówiąc o kwestiach bardziej szczegółowych. Ich problematyka nie należy zatem do prostych.

²⁴ Por. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 215–216, 408.

²⁵ „Wykładnia przy udziale klauzul przechodzić winna nie tyle kolejno, co równolegle 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 (...)” (*L. Leszczyński, Optymalizacyjny model funkcjonowania odesłań pozaprawnych w praktyce sądowej*, RPEiS 2000, Nr 2, s. 8).

²⁶ Zob. T. Stawecki, *O praktycznym zastosowaniu hermeneutyki w wykładni prawa*, w: P. Winiczorek (red.), *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Warszawa 2005, s. 107 i n. Por. N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 204–208; K. Pleszka, „Ius” i „lex” w prośpólnotowej wykładni prawa krajowego, w: M. Borucka-Arctowa, T. Biernat, J. Czapska, H. Opałek, A. Rojek, M. Stępień (red.), *Prawo – władza – społeczeństwo – polityka*. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałeckiego, Toruń 2006, s. 93–107; K. Pleszka, *Językowe znaczenia tekstu prawnego jako granica wykładni*, w: M. Zirk-Sadowski (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Łódź 1997, s. 69–77.

Są one przejawem jednej z technik legislacyjnych o tradycji, która sięga prawa rzymskiego. Ich geneza wiąże się z szeroko rozumianą cywilistyką, choć obecnie również i w prawie publicznym często występują, co odnosi się m.in. do klauzuli interesu publicznego. Rzecz jednak nie w tym, gdzie klauzule są stosowane, ale jak są stosowane. Praktyka pokazuje, że dostarczają one wielu problemów interpretacyjnych, przez co pojawiają się takie poglądy, że stosowanie klauzul generalnych jest w pewnym sensie klęską ustawodawcy, który poprzez ich nadmierne wprowadzanie do systemu prawnego sam pozbawia się kontroli nad prawidłowością procesu stosowania prawa²⁷. Postuluje się więc niekiedy zastąpić te zwroty jednoznacznie brzmiącymi przepisami prawnymi.

W literaturze przedmiotu klauzule generalne zyskują jednak w większości uznanie, bowiem pozwalają odchodzić od kazuistycznej metody regulacji prawnej, a do tego są ważnym elementem dostosowywania prawa do zmieniających się warunków w świecie, bez konieczności każdorazowej zmiany przepisów. Już *W.L. Jaworski* zauważał, że nie ma i nie będzie kodeksu, który wytrzymałby konkurencję z różnorodnością i komplikacjami życia²⁸. Z kolei jeden z twórców francuskiego kodeksu cywilnego *J.-É.-M. Portalis* pisał: „Kodeks nawet najbardziej kompletny nie jest nigdy zakończony, a przed sędzią staje tysiąc nieoczekiwanych sytuacji, ponieważ ustawy raz zredagowane pozostają takie, jak zostały napisane, natomiast ludzie nigdy nie stoją w miejscu, stale działają (...) i to działanie tworzy w każdym momencie jakąś nową kombinację zdarzeń, nowy fakt, nowy skutek. Siłą konieczności wiele jest pozostawione do unormowania zwyczajowego, do rozstrzygnięcia przez ludzi wykształconych i sędziego”²⁹. To klauzule mają zapewniać więc adresatom norm prawnych regulacje uwzględniające zmienne stany życiowe. *S. Grzybowski* nazywa je dlatego „materią żywą”, służącą uelastycznianiu – w miarę potrzeb i zmian społecznych – „sztywnych ocen prawnych”³⁰.

²⁷ Zob. *M. Wyrzykowski*, Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym, Warszawa 1986, s. 199.

²⁸ *W.L. Jaworski*, Prawo cywilne na ziemiach polskich, Kraków 1920, t. II, cz. I, s. 61; *T. Zieliński*, Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym, PiP 1997, Nr 11–12, s. 134 i n.

²⁹ Cyt. za *K. Sójka-Zielińską*, Zasada słuszności a założenia kodyfikacyjne w XIX w., PiP 1974, Nr 2, s. 34. Zob. też: *K. Sójka-Zielińska*, Sędzia wobec ustawy w programach kodyfikacyjnych epoki Oświecenia, w: Materiały z konferencji pt. „Wykładnia Prawa”, Warszawa 2004, s. 33. Zob. *B. Kornelius*, General Clauses in the Process of Law Application. Chosen Aspects, SLGR 2009, Nr 19 (32), s. 108.

³⁰ *S. Grzybowski*, Normy prawa cywilnego, w: *S. Grzybowski* (red.), System prawa cywilnego, t. I, Część ogólna, Warszawa i in. 1985, s. 119.

II. Odesłania w prawodawstwie i ich charakter

Omówienie problematyki klauzul generalnych należy rozpocząć od zagadnień dotyczących „odesłań” w prawie.

L. Leszczyński pod pojęciem „odesłania” rozumie „(...) będące wyraźną konstrukcją prawodawczą (elementem przepisu prawnego) i sformułowane w języku prawnym, upoważnienie dla organu stosującego prawo do wyznaczenia zachowania adresata decyzji lub ustalenia podstaw kwalifikacji zachowań adresata normy, na podstawie kryteriów (norm, ocen) wyrażonych (nazwanych) w tekście prawnym, ale nieinkorporowanych (z różnych powodów) do systemu przepisów prawnych”³¹.

Z typowymi odesłaniami mamy do czynienia wtedy, gdy prawodawca w sposób celowy upoważnia podmiot stosujący prawo do sięgania:

- 1) po zwyczaj (normy zwyczajowe);
- 2) do jednostkowych ocen szacunkowych (porównawczych);
- 3) do ocen systemowych (generalnych klauzul odsyłających)³².

Normy zwyczajowe charakteryzują się brakiem uzasadnienia aksjologicznego dla obowiązywania wiążących się z nim wzorów zachowań³³, przez co odesłanie do zwyczajów można zaliczyć do odesłań niewartościujących³⁴.

Inny charakter mają odesłania, o których mowa w punktach 2 i 3, bowiem odsyłają do kryteriów ocennych, a przez to mają charakter wartościujący.

Odesłanie w postaci „interesu publicznego” jest niewątpliwie generalną klauzulą odsyłającą³⁵, zatem tą konstrukcją prawodawczą zajmę się szerzej.

III. Pojmowanie generalnej klauzuli odsyłającej

Termin „klauzula generalna” nie występował i nie występuje w katalogu pojęć języka prawnego, funkcjonuje natomiast w języku praktyki prawniczej i w doktrynie³⁶. W literaturze prawniczej pojawiło się jednak wiele, często zu-

³¹ L. Leszczyński, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, Lublin 2000, s. 17; *tenże*, Stosowanie generalnych klauzul odsyłających, Kraków 2001, s. 21 i n.

³² L. Leszczyński, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, s. 19.

³³ Zob. A. Żurawik, Dobre obyczaje a zwyczaj, zasady współżycia społecznego i dobra wiara – ujęcie teoretyczne, KPP 2007, Nr 4, s. 201–204.

³⁴ Zob. też F. Studnicki, Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy, Kraków 1949, s. 65.

³⁵ Tak też np. L. Leszczyński, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, s. 9.

³⁶ Nazwa „klauzula generalna” pochodzi od J.W. Hedemanna z pracy *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933. Podano za A. Szpunar, Nadużycie prawa podmiotowego, Kraków 1947, s. 63, przypis 1.

pełnie odmiennych, ujęć omawianej konstrukcji prawnej³⁷. Nie ma jednak potrzeby ich wszystkich tu przytaczać.

Za *L. Leszczyńskim* można przyjąć, że klauzula generalna odpowiada wszystkim elementom odesłania, z tym że kryteria i oceny pozaprawne, do których prawodawca poprzez klauzule generalne odwołuje się, mają charakter ukierunkowany i „systemowy”³⁸. Dlatego nazywa je „generalne klauzule odsyłające” i odróżnia od takich klauzul generalnych (rozumianych potocznie), z którymi nie wiąże się odesłanie do jakichś kryteriów pozaprawnych³⁹.

Wydaje mi się, że jest to ujęcie, które będzie najbardziej przydatne dla celów niniejszego opracowania, stąd przyjmę je w dalszych rozważaniach.

W literaturze prawniczej pada też nieraz pytanie, czy klauzulą generalną jest cały przepis prawny zawierający zwrot odsyłający do kryteriów pozaprawnych, czy też część przepisu, sam tylko zwrot niedookreślony, wskazujący na kryterium pozaprawne⁴⁰. Najczęściej przyjmuje się, że klauzulą generalną jest wyłącznie szczególnego rodzaju zwrot językowy, będący częścią przepisu prawnego, co moim zdaniem jest w pełni uzasadnione.

Zasadniczo więc generalne klauzule odsyłające spełniają trzy najważniejsze funkcje:

- 1) otwierają treść prawa na wartości pozaprawne, co wiąże się z przejściem części odpowiedzialności za spełnianie przez prawo roli środka kontroli społecznej z prawodawcy na praktykę prawniczą;
- 2) rozszerzają luz decyzyjny w procesie stosowania prawa⁴¹ oraz

³⁷ Zob. *L. Leszczyński*, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, s. 24–25; *T. Zieliński*, Klauzule generalne w prawie pracy, Warszawa 1988, s. 29–66.

³⁸ *L. Leszczyński*, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, s. 23.

³⁹ Por. *B. Wojciechowski*, Zakres swobodnego uznania podmiotu stosującego prawo w argumentacyjno-interpretacyjnym modelu, w: *R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel* (red.), System prawa administracyjnego, t. 4, Wykładnia w prawie administracyjnym, Warszawa 2012, s. 466–467.

⁴⁰ Na ten temat pisał m.in. *J. Czarzasty*, Przyczynek do problematyki klauzul generalnych, *PiP* 1975, Nr 5, s. 84–85; *L. Leszczyński*, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, s. 10; *T. Zieliński*, Klauzule generalne w prawie pracy, s. 39–41; *B. Wojciechowski*, Zakres swobodnego uznania podmiotu stosującego prawo w argumentacyjno-interpretacyjnym modelu, s. 466.

⁴¹ *B. Wojciechowski* stwierdza jednak, że: „(...) klauzule generalne nie zawierają najczęściej umocowania do dyskrecjonalności, lecz odwołują się do obiektywnych, ogólnych i wiążących wartości. Korelacja między klauzulami generalnymi i dyskrecjonalnością może występować wtedy, gdy kryterium odesłania zawarte w klauzuli jest podstawą rozstrzygnięcia dyskrecjonalnego. Nie można zgodzić się jednak z tezą, że każde rozstrzygnięcie podjęte w warunkach swobody związanej z pozaprawnym odesłaniem ma charakter uznaniowy w odniesieniu do jego treści. (...) Podkreślić należy, iż władza dyskrecjonalna będzie zawsze swobodą ukierunkowaną, i to bez względu na to, czy w danej normie upoważniającej zawarte jest odesłanie pozaprawne” (*B. Wojciechowski*, Zakres swobodnego uznania podmiotu stosującego prawo w argumentacyjno-interpretacyjnym modelu, s. 467). Autor ten wcześniej stwierdza, że dyskrecjonalność pojawia się wszędzie tam, gdzie sędzia (organ administracyjny) nie podchodzi do procesu stosowania prawa w sposób ściśle sformalizowany i związany. Nie jest on

3) powodują uwikłanie procesu stosowania prawa oraz obrotu prawnego w aksjologię.

W toku dalszych analiz będę wskazywać, że ustawodawca posługując się klauzulą interesu publicznego próbuje czasem odejść od aksjologii i związać ją z kryterium ocennym bardziej obiektywnym, jednak – moim zdaniem – nie udaje mu się to i uwikłanie w aksjologię będzie tu faktem.

Klauzule generalne, zgodnie z powyższymi ustaleniami, mogą odsyłać do kryteriów:

- 1) moralnych (w świetle przeważających poglądów należy do nich m.in. klauzula dobrych obyczajów);
- 2) politycznych (np. zasady ustroju i cele PRL) bądź
- 3) ekonomicznych (np. interes gospodarki narodowej)⁴².

Wskazany powyżej podział kryteriów nie jest jednak podziałem rozłącznym, czego przykładem jest choćby klauzula interesu publicznego, która ma charakter wielowymiarowy i wielowątkowy, do czego będę jeszcze nawiązywać.

Klauzule generalne odsyłają więc do pewnego systemu (układu) ocen lub norm pozaprawnych, podając jednocześnie generalne mierniki oceniania, poprzez określenie wartości lub systemu preferencji, jakimi organ stosujący prawo ma się kierować⁴³.

L. Leszczyński jednak zastrzega, że cecha systemowości w zakresie norm moralnych czy politycznych nie może być traktowana tak jak systemowość norm prawnych. Systemowość jest bowiem uważana za cechę definicyjną prawa⁴⁴, jest ona rezultatem procesów systematyzacji prawa, dokonywanych nie tylko w procesie tworzenia prawa, ale także – zdaniem niektórych – w procesie jego stosowania i wykładni⁴⁵. Natomiast np. moralność, będąca kryterium, do którego czasem odesłanie prowadzi, nie tworzy systemu w rozumieniu teorii systemów⁴⁶, choć jak twierdzi *W. Lang*: „Doktryny moralne rekonstruują, racjona-

wówczas postawiony przed zadaniem przeprowadzenia prostej, racjonalnej subsumpcji, lecz jest upoważniony do wyważenia pomiędzy większą ilością alternatyw. Może on wybierać pomiędzy dwoma kontrydiktoryjnymi decyzjami (np. przyznanie lub nieprzyznanie uprawnienia) lub między większą ilością dopuszczalnych rozwiązań przewidzianych w dysjunkcji (tamże, s. 462).

⁴² Zob. np. *L. Leszczyński*, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, s. 29; *K. Wójcik*, Teoretyczna konstrukcja klauzuli generalnej, *SPE* 1990, t. XLIV, s. 47–68.

⁴³ Zob. *J. Nowacki*, Niektóre zagadnienia zasad współżycia społecznego, *PiP* 1957, Nr 7–8, s. 102–103; *H. Jankowski*, Prawo i moralność, Warszawa 1968, s. 253; *L. Leszczyński*, Tworzenie generalnych klauzul odsyłających, s. 31.

⁴⁴ *K. Opalek, J. Wróblewski*, Zagadnienia teorii prawa, Warszawa 1969, s. 78 i n.

⁴⁵ *W. Lang*, Teoria prawa, Toruń 1972, s. 112–140; *W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki*, Teoria państwa i prawa, Warszawa 1986, s. 349–373.

⁴⁶ Por. *K. Opalek*, Z teorii dyrektyw i norm, Warszawa 1974, s. 207. Zob. też *H. Kelsen*, Introduction to the Problems of Legal Theory, Oxford 1992, s. 55–56; *tenże*, General Theory of Law and State, Third Printing 2009, s. 20 i n.

lizują i porządkują zastane w świadomości i praktyce społecznej zasady i oceny moralne i przekształcają je w kodeksy etyczne, będące systemami normatywnymi (...)”⁴⁷. Podobne wątpliwości można wysuwać w stosunku do norm politycznych. L. Leszczyński uważa więc, że: „Systemowość w normach moralnych czy politycznych jest co najwyżej wyobrażana na zasadzie refleksji (»istnieje« w psychice) jako byt *quasi*-idealny, mający swój »bytowo-autonomiczny fundament«”⁴⁸. Twierdzi dalej, że normy te nie powstają jako system. „System” (właściwie raczej konglomerat) tych norm „istnieje” w psychice podmiotów prawodawczych w oderwaniu od konkretnych stanów faktycznych oraz podmiotów stosujących prawo i adresatów zwykłych, zarówno w postaci „abstrakcyjnej”, jak i w związku z tymi stanami, jeżeli norma odsyłająca do kryteriów pozaprawnych znajduje już zastosowanie. Ocena jaką się w ten sposób wyprowadza nie ma charakteru sytuacyjnego, jak to miało miejsce przy zwrotach szacunkowych, lecz wypływa z ukształtowanego pod wpływem różnych czynników „systemu” wartości. W tym sensie klauzule odsyłają do kryteriów ogólnych, właśnie do „systemu” ocen, norm, reguł czy zasad, zaznaczonych w kierunku odesłania⁴⁹.

Otwarcie treści prawa na wartości pozaprawne niewątpliwie ma skutek tego rodzaju, że część odpowiedzialności za treść norm prawnych spada na podmioty stosujące prawo⁵⁰. Czy w takich przypadkach nie mamy jednak już do czynienia z prawotwórczym charakterem decyzji opartych na klauzulach generalnych? Doktryna prawnicza, jak i sądy oraz Trybunał Konstytucyjny nie przyznają temu procesowi przymiotu prawotwórstwa. Podkreśla się natomiast istnienie ścisłego związku pomiędzy konkretnym rozstrzygnięciem wydanym w oparciu o kryteria pozaprawne, a normą ustawową, która wprowadza pewien luz do procesu stosowania prawa. Ważne jest jednak, by przepis nie przekraczał pewnych granic określoności, wymaganej przez zasady składające się na demokratyczne państwo prawne. Ważne jest też stworzenie odpowiednich mechanizmów kontroli rozstrzygnięć wydawanych w oparciu o tego typu konstrukcje. Prawodawca więc już na etapie tworzenia przepisów powinien zminimalizować negatywnych skutki posługiwania się klauzulami generalnymi.

Po części zagadnienie to wiąże się z kolejnym. Chodzi tu o dyskusję pomiędzy zwolennikami ujęcia subiektywnego oraz obiektywnego zawartości treści

⁴⁷ W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989, s. 45.

⁴⁸ L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, s. 31. Autor odwołuje się do: R. Ingarden, *O dziele literackim. Badania z pogranicza ontologii, teorii języka i filozofii literatury*, Warszawa 1960, s. 441–447 (w szczególności s. 442).

⁴⁹ L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, s. 31–32.

⁵⁰ Por. J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowna*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1973.

wej klauzul generalnych⁵¹. *M. Safjan* stwierdza w tym kontekście, że dążenie do pełnej obiektywizacji ocen zdaje się przeczyć samej istocie klauzul generalnych, pozbawiając je niezbędnej elastyczności i relatywności; z drugiej jednak strony, ujęcia skrajnie subiektywistyczne kłócą się z postulatem pewności prawa, z weryfikowalnością formułowanych w procesie jego stosowania ocen i w rezultacie prowadzą do dowolności⁵².

Na tym tle jawi się nam koncepcja „złotego środka”, która jest mi najbliższa. Według niej organ stosujący prawo, mimo że faktycznie będzie miał pewną swobodę w wyborze rozstrzygnięcia, to i tak nie będzie mógł wyjść poza pewne granice narzucone przez ustawodawcę, odnoszące się przede wszystkim do podstawowych założeń aksjologicznych systemu, zawartych głównie w Konstytucji RP, która tworzy pewien trzon. Będzie musiał on także uzasadnić, według jakich kryteriów ocennych dokonuje rozstrzygnięcia, bowiem z każdą klauzulą takie kryterium można związać. Przykładowo, klauzulę interesu publicznego można odnosić do pewnych wartości, celów, czy potrzeb, do czego jeszcze nawiąże. A jeśli odnosimy ją do wartości, to należy podać do jakich. Może bowiem tu chodzić np. o wartości składające się na etykę chrześcijańską, czy o wartości wyprowadzane z norm prawnych. Nie jest to przy tym katalog wyczerpujący, a możliwości jest wiele.

IV. Generalne klauzule odsyłające a zwroty ocenne

W piśmiennictwie wyróżnia się także zwroty ocenne, które nie są tożsame z klauzulami odsyłającymi. Zwrot ocenny jest bowiem normatywnym wyrażeniem złożonym, zawierającym nazwę abstrakcyjnie ujętych faktów oraz wskazanie rodzaju wypowiedzi oceniającej, upoważniającej do oszacowania (swoistej kwalifikacji) skali wystąpienia tych faktów. W odróżnieniu od generalnej klauzuli odsyłającej nie ma tu odesłania do „systemu” wartości czy norm, lecz do jednostkowej czynności szacowania (oceniającego porównawczego)⁵³.

Zwroty takie odróżnia się również od zwrotów niedookreślonych lub nieostrych w sensie semantycznym, w których to mamy do czynienia z nieostrością językową nazw.

Typowe zwroty ocenne to np. „ważne powody”, „szczególne okoliczności”, czy „ważny interes”. Szczególnie ten ostatni jest istotny z punktu widzenia interesujących nas zagadnień, bowiem ustawodawca niejednokrotnie posługuje się

⁵¹ *M. Safjan*, Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji), PiP 1990, Nr 11, s. 53.

⁵² Tamże, s. 54.

⁵³ *L. Leszczyński*, Wykładnia generalnych klauzul odsyłających prawa administracyjnego, s. 340.

klauzulą „ważnego interesu publicznego”, co rozwinę w dalszej części opracowania.

Pierwszy składnik omawianych wyrażeń wskazuje na szacowanie, a drugi na przedmiot szacowania, czyli na określone fakty, które muszą zostać ustalone.

Biorąc pod uwagę klauzulę „ważnego interesu publicznego” można dojść do wniosku, że zwroty ocenne niekiedy występują także w postaciach nietypowych, bowiem łączą się z generalnymi klauzulami odsyłającymi. Ich istotą jest wtedy powiązanie podstawy szacowania z wartościowaniem opartym na określonej aksjologii (ocenianiem zasadniczym), co – zdaniem *L. Leszczyńskiego* – pozwala na stworzenie konstrukcji brzegowej między klauzulami generalnymi a zwróceniami ocennymi. Szacowaniu wtedy podlega fakt nieujęty ściśle opisowo, lecz zawierający pewną treść aksjologiczną (interes, dobro czy w pewnym sensie także potrzeba). Określenie danego interesu nie stanowi w takim wyrażeniu samodzielnego kryterium odesłania typowego dla klauzuli generalnej, gdyż wymaga dodatkowo oszacowania⁵⁴.

V. Niedookreśloność klauzuli generalnej interesu publicznego a konstytucyjna zasada demokratycznego państwa prawnego

1. Uwagi wstępne

Zasada demokratycznego państwa prawnego jest jedną z podstawowych zasad Rzeczypospolitej Polskiej. Ustrojodawca wprowadził ją do art. 2 Konstytucji RP. Przepis ten stanowi, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

Z zasady tej wywodzi się zasadę zaufania obywatela do państwa i tworzonego przez nie prawa, która wymaga m.in., by przepisy spełniały pewne wymogi określoności, co ma szczególne znaczenie tam, gdzie chodzi o ingerencję czynnika publicznego w sferę praw i wolności obywatelskich. Stąd, omawiając problematykę klauzuli interesu publicznego, będącej takim właśnie narzędziem ingerencji w sferę prywatnoprawną, trzeba zagadnienie to ująć również z punktu widzenia konstytucyjnego. Wcześniej jednak warto odnieść się do problemu rozumienia zasad prawnych, tym bardziej, że rozważania te przydatne będą także w dalszych analizach, tym razem odnoszących się do zasad społecznej gospodarki rynkowej i wolności działalności gospodarczej.

⁵⁴ Tamże, s. 340–341.