

# KRYTERIA POZAPRAWNE W SĄDOWEJ WYKŁADNI PRAWA

Leszek Leszczyński

---

---

---



Wolters Kluwer



# KRYTERIA POZAPRAWNE W SĄDOWEJ WYKŁADNI PRAWA

Leszek Leszczyński

---

---

---



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2022

SERIA **MONOGRAFIE**

Publikacja zawiera wyniki badań zrealizowanych w ramach projektu badawczego finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki w ramach projektu badawczego nr 2016/21/B/HS5/00139 pt.:

„Aksjologiczna dyskrecjonalność sędziowska. Między intencjami prawodawcy a autonomią sądownictwa”

Stan prawny na 1 września 2022 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Zygmunt Tobor

Wydawca

Dagna Kordyasz

Redaktor prowadzący

Kinga Zajac

Opracowanie redakcyjne

Agnieszka Witczak

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-812-8

ISSN 1897-4392

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa [www.profinfo.pl](http://www.profinfo.pl)

Patrycji i Darii

---



# **SPIS TREŚCI**

|                                                                                               |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Wykaz skrótów .....</b>                                                                    | <b>13</b> |
| <b>Wstęp .....</b>                                                                            | <b>17</b> |
| <b>Rozdział I</b>                                                                             |           |
| <b>Kryteria pozaprawne a stosowanie i wykładnia prawa .....</b>                               | <b>25</b> |
| 1. Kryterium pozaprawne jako element generalnej klauzuli odsyłającej.....                     | 25        |
| 1.1. Podstawowe pojęcia .....                                                                 | 25        |
| 1.2. Rodzaje klauzul odsyłających.....                                                        | 26        |
| 1.2.1. Szacunkowe klauzule odsyłające .....                                                   | 27        |
| 1.2.2. Generalne klauzule odsyłające.....                                                     | 28        |
| 1.3. Rodzaje kryteriów pozaprawnych.....                                                      | 36        |
| 1.4. Generalne klauzule odsyłające a zasady prawa.....                                        | 43        |
| 2. Wykładnia w procesie stosowania prawa a kryteria pozaprawne .....                          | 47        |
| 2.1. Stosowanie i wykładnia prawa .....                                                       | 47        |
| 2.2. Właściwości operatywnej wykładni prawa .....                                             | 51        |
| 2.3. Fazy operatywnej wykładni prawa .....                                                    | 55        |
| <b>Rozdział II</b>                                                                            |           |
| <b>Kryteria pozaprawne w orientacyjnej i walidacyjnej fazie sądowej wykładni prawa .....</b>  | <b>61</b> |
| 1. Kryteria pozaprawne a orientacyjna (wstępna) faza wykładni prawa .....                     | 61        |
| 2. Kryteria pozaprawne w walidacyjnej fazie wykładni prawa .....                              | 64        |
| 2.1. Podstawowe warianty wykorzystania odesłania pozaprawnego w procesie wykładni prawa ..... | 64        |

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.1.1. Cechy ogólne zastosowania odesłania pozaprawnego .....                                                                               | 64  |
| 2.1.2. Problem obowiązku zastosowania „obowiązującej” klauzuli odsyłającej.....                                                             | 68  |
| 2.1.3. Problem orzeczniczego „dotworzenia” kryterium pozaprawnego .....                                                                     | 71  |
| 2.2. Bezpośrednie zastosowanie „obowiązującej” klauzuli odsyłającej.....                                                                    | 74  |
| 2.2.1. Zastosowanie odesłań a rodzaj aktu normatywnego zawierającego klauzulę.....                                                          | 75  |
| 2.2.2. Zastosowanie odesłań a rodzaj przepisu prawnego zawierającego klauzulę .....                                                         | 78  |
| 2.2.3. Zastosowanie odesłań prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej ....                                                           | 82  |
| 2.3. „Zapożyczanie” kryteriów pozaprawnych (zastosowanie odesłań <i>per analogiam</i> ) .....                                               | 86  |
| 2.3.1. Rodzaje „zapożyczania” kryteriów pozaprawnych.....                                                                                   | 86  |
| 2.3.2. Zapożyczanie kryteriów pozaprawnych z przepisów szczegółowych ( <i>analogia legis</i> ).....                                         | 88  |
| 2.3.3. Zastosowanie odesłań pozaprawnych z przepisów ogólnych („dopełniających”) .....                                                      | 90  |
| 2.4. Problem zastosowania „nieobowiązującej” klauzuli odsyłającej .....                                                                     | 97  |
| 2.4.1. Obowiązywanie przepisu a test stosowalności odesłania pozaprawnego .....                                                             | 97  |
| 2.4.2. Zastosowanie klauzuli „jeszcze nieobowiązującej” .....                                                                               | 99  |
| 2.4.3. Zastosowanie klauzuli „już nieobowiązującej” ....                                                                                    | 101 |
| 2.4.4. Wykorzystanie odesłań nieobowiązującego prawa „obcego” .....                                                                         | 104 |
| 2.4.5. Uwagi porównawcze.....                                                                                                               | 109 |
| 2.5. Wpływ odesłań pozaprawnych na zastosowanie przepisów prawnych i zasad prawa oraz na wykorzystanie wcześniejszych decyzji sądowych..... | 111 |
| 3. Wybrane czynniki relatywizujące model ogólny .....                                                                                       | 117 |



|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| 3.1. Rodzaj gałęzi prawa.....                        | 117 |
| 3.2. Typ praktyki decyzyjnej i rodzaj sądu.....      | 121 |
| 3.3. Typ społeczno-politycznego otoczenia prawa..... | 124 |
| 3.4. Rodzaj porządku prawnego .....                  | 127 |

### **Rozdział III**

#### **Kryteria pozaprawne w fazie rekonstrukcyjnej sądowej**

|                                                                                    |            |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>wykładni prawa.....</b>                                                         | <b>133</b> |
| 1. Ustalanie treści kryteriów pozaprawnych .....                                   | 134        |
| 1.1. Nazwa klauzuli odsyłającej a treść kryterium .....                            | 134        |
| 1.1.1. Identyfikacja składników klauzuli<br>odsyłającej.....                       | 134        |
| 1.1.2. Treść odesłań do faktów i odesłań<br>do wartości (ocen).....                | 138        |
| 1.2. Ustalanie pozaprawnych treści aksjologicznych.....                            | 142        |
| 1.2.1. Rodzaje wartości pozaprawnych .....                                         | 142        |
| 1.2.2. Wartości polityczne .....                                                   | 144        |
| 1.2.3. Wartości ekonomiczne.....                                                   | 147        |
| 1.2.4. Wartości moralne .....                                                      | 149        |
| 1.3. „Normatywizacja” treści odesłań.....                                          | 153        |
| 2. Interpretacyjne łączenie wartości .....                                         | 154        |
| 2.1. „Wspieranie się” (wzmacnianie) treści pozaprawnych....                        | 155        |
| 2.2. Kreowanie i rozwiązywanie relacji kolizyjnych.....                            | 161        |
| 2.2.1. Rodzaje kolizji .....                                                       | 161        |
| 2.2.2. Kolizje w ramach kryteriów<br>jednorodzajowych.....                         | 163        |
| 2.2.3. Kolizje między różnymi rodzajami wartości.....                              | 169        |
| 2.3. Zestawianie treści kryteriów pozaprawnych<br>z aksjologią wewnątrzprawną..... | 174        |
| 3. Konkretyzacja („sytuacja”) treści odesłań .....                                 | 179        |
| 4. Rola odesłań pozaprawnych w rekonstrukcji bazowego<br>wzoru zachowania .....    | 186        |
| 5. Wybrane czynniki relatywizujące model ogólny .....                              | 190        |
| 5.1. Rodzaj gałęzi prawa.....                                                      | 191        |
| 5.2. Typ praktyki decyzyjnej i rodzaj sądu.....                                    | 201        |
| 5.3. Typ społeczno-politycznego otoczenia prawa.....                               | 206        |
| 5.4. Rodzaj porządku prawnego .....                                                | 213        |

## Rozdział IV

|                                                                                              |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Kryteria pozaprawne w fazie konstrukcyjnej i redukcyjnej sądowej wykładni prawa .....</b> | <b>219</b> |
| 1. Kryteria pozaprawne w fazie budowy normatywnych podstaw decyzji stosowania prawa .....    | 219        |
| 1.1. Konstrukcyjna faza wykładni prawa a kryteria pozaprawne .....                           | 219        |
| 1.2. Tok podstawowy .....                                                                    | 222        |
| 1.3. Tok inferencyjny .....                                                                  | 227        |
| 1.4. Tok kolizyjny .....                                                                     | 229        |
| 2. Kryteria pozaprawne w fazie redukcji decyzyjnej .....                                     | 231        |
| 2.1. Decyzja stosowania prawa a kryteria pozaprawne .....                                    | 231        |
| 2.2. Kryteria pozaprawne w kwalifikacji stanu faktycznego .....                              | 233        |
| 2.3. Kryteria pozaprawne w ustalaniu normatywnych konsekwencji kwalifikacji faktów .....     | 236        |
| 3. Kryteria pozaprawne jako argument uzasadniania decyzji stosowania prawa .....             | 240        |
| 4. Wybrane czynniki relatywizujące model ogólny .....                                        | 247        |
| 4.1. Rodzaj gałęzi prawa .....                                                               | 247        |
| 4.2. Typ praktyki decyzyjnej i rodzaj sądu .....                                             | 251        |
| 4.3. Typ społeczno-politycznego otoczenia prawa .....                                        | 257        |
| 4.4. Rodzaj porządku prawnego .....                                                          | 259        |

## Rozdział V

|                                                                                                                              |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Odesłania do kryteriów pozaprawnych a stanowienie i stosowanie prawa (uogólnienia, podsumowania, optymalizacje) .....</b> | <b>263</b> |
| 1. Odesłania pozaprawne w praktyce legislacyjnej.                                                                            |            |
| Cele, warunki i środki oddziaływania .....                                                                                   | 263        |
| 1.1. Cele i warunki odsyłania .....                                                                                          | 263        |
| 1.2. Środki ustawodawczego oddziaływania .....                                                                               | 268        |
| 1.3. Aspekty optymalizacji .....                                                                                             | 288        |
| 2. Odesłania pozaprawne a sędziowska swoboda decyzyjna ....                                                                  | 292        |
| 3. Odesłania do kryteriów pozaprawnych a proces sądowej wykładni prawa (podsumowanie) .....                                  | 298        |

---

|                                                                            |            |
|----------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4. Zarys optymalizacyjnego modelu stosowania odesłań<br>pozaprawnych ..... | 304        |
| 4.1. Model ogólny.....                                                     | 304        |
| 4.2. Kontekst współczesnego polskiego porządku<br>prawnego .....           | 317        |
| <b>Bibliografia.....</b>                                                   | <b>323</b> |



# WYKAZ SKRÓTÓW

## Akty prawne

|                 |                                                                                                                                                     |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ABGB            | – austriacki Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch z 1.06.1811 r. (Justizgesetzsammlung Nr 946/1811)                                                  |
| BGB             | – niemiecki Bürgerliches Gesetzbuch z 18.08.1896 r. (BGBl I S 42, FNA 400-2)                                                                        |
| EKPC            | – europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) |
| k.c.            | – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.)                                                                        |
| k.h.            | – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.06.1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. Nr 57, poz. 502 ze zm.) – akt archiwalny                      |
| k.k.            | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.)                                                                           |
| k.k. z 1969 r.  | – ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.) – akt archiwalny                                                              |
| KN              | – Kodeks cywilny francuski (Kodeks Napoleona) z 21.03.1804 r. (Cciv – Code civil)                                                                   |
| Konstytucja PRL | – Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22.07.1952 r. (Dz.U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36 ze zm.) – akt archiwalny                             |
| Konstytucja RP  | – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)                                                               |
| k.p.            | – ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510 ze zm.)                                                                          |
| k.p.a.          | – ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 2000)                                                        |

|                    |                                                                                                                           |
|--------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| k.p.c.             | – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.)                               |
| k.p.k.             | – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.)                                  |
| k.r.o.             | – ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1359)                                       |
| k.s.h.             | – ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 ze zm.)                                    |
| KWPT               | – Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23.05.1969 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439)            |
| k.z.               | – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598) – akt archiwalny |
| o.p.               | – ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.)                                         |
| p.o.p.c. z 1946 r. | – dekret z 12.11.1946 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. Nr 67, poz. 369) – akt archiwalny                       |
| p.o.p.c. z 1950 r. | – ustawa z 18.07.1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. Nr 34, poz. 311) – akt archiwalny                       |
| p.p.m.             | – ustawa z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 1792)                                       |
| p.u.s.a.           | – ustawa z 25.07.2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 137 ze zm.)                      |
| ustawa o PAG       | – ustawa z 23.10.1975 r. o Państwowym Arbitrażu Gospodarczym (Dz.U. Nr 34, poz. 183 ze zm.) – akt archiwalny              |
| ZGB                | – szwajcarski Zivil Gesetzbuch z 10.12.1907 r. (SR. 210.AS 24 233, 27 207 und BS 2 3)                                     |

## **Czasopisma, zbiory orzecznictwa i publikatory urzędowe**

|              |                                                                                                                                          |
|--------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AFPiFS       | – Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej                                                                                        |
| Annales UMCS | – Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio G, Ius                                                                           |
| CBOSA        | – Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, dostępna na stronie: <a href="http://orzeczenia.nsa.gov.pl">orzeczenia.nsa.gov.pl</a> |
| EPS          | – Europejski Przegląd Sądowy                                                                                                             |
| HLR          | – Harvard Law Review                                                                                                                     |

|        |                                                                                                    |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| IJSL   | – International Journal for the Semiotics of Law /<br>Revue internationale de Sémiotique juridique |
| LJAA   | – Law in Japan. An Annual                                                                          |
| ONSA   | – Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego                                                   |
| OSNC   | – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna                                                      |
| OSNCP  | – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna,<br>Pracy i Ubezpieczeń Społecznych                  |
| OSNKW  | – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Woj-<br>skowa                                        |
| OSP    | – Orzecznictwo Sądów Polskich                                                                      |
| OSPİKA | – Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażo-<br>wych                                         |
| OTK    | – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego                                                           |
| OTK-A  | – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Seria A                                                  |
| PiP    | – Państwo i Prawo                                                                                  |
| RPEiS  | – Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny                                                      |
| SIL    | – Studia Iuridica Lublinensia                                                                      |
| ZNUJ   | – Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego                                                     |
| ZNUŁ   | – Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego                                                           |

## Inne

|      |                                                 |
|------|-------------------------------------------------|
| ETPC | – Europejski Trybunał Praw Człowieka            |
| GKA  | – Główna Komisja Arbitrażowa                    |
| NSA  | – Naczelny Sąd Administracyjny                  |
| PRL  | – Polska Rzeczpospolita Ludowa                  |
| RE   | – Rada Europy                                   |
| RFN  | – Republika Federalna Niemiec                   |
| RP   | – Rzeczpospolita Polska                         |
| SN   | – Sąd Najwyższy                                 |
| TK   | – Trybunał Konstytucyjny                        |
| TSUE | – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej    |
| UE   | – Unia Europejska                               |
| USA  | – Stany Zjednoczone Ameryki Północnej           |
| ZSRR | – Związek Socjalistycznych Republik Radzieckich |





## WSTĘP

(1) Praca niniejsza<sup>1</sup> zawiera analizę ról kryteriów pozaprawnych w procesie sądowej wykładni prawa. Kryteria te, związane głównie z wartościami i normami moralnymi, politycznymi i ekonomicznymi, wykorzystywane są w sądowych procesach decyzyjnych stosowania prawa oraz towarzyszącej im operatywnej wykładni prawa na podstawie upoważnienia zawartego w normatywnej konstrukcji generalnej klauzuli odsyłającej, istotnie rozszerzającego zakres swobody interpretacyjno-decyzyjnej sądu. Pozaprawny charakter kryteriów wynika z braku ich określenia treściowego w źródłach podstawowych dla danego porządku prawnego (a więc w porządku prawa stanowionego – w przepisach prawnych). Wykładnia sądowa, będąca najważniejszym rodzajem wykładni operatywnej, prezentowana jest w pracy w kontekście odzwierciedlenia udziału kryteriów pozaprawnych w jej zasadniczych fazach (orientacyjnej, walidacyjnej, rekonstrukcyjnej, konstrukcyjnej i redukcyjnej), wyróżnianych w ujęciu walidacyjno-derywacyjnym.

Analiza w obu powyższych aspektach przedmiotowych odnosi się do wykładni sądowej przeprowadzanej głównie w ramach polskiego porządku prawnego jako przykładu porządku prawa stanowionego, przy dostrzeżeniu w ramach szczegółowych analiz istotnych odrębności prowadzących do formułowania uwag porównawczych (np. odnośnie do podstawowych gałęzi prawa czy typów procesu decyzyjnego).

---

<sup>1</sup> Praca przygotowana została w ramach realizacji projektu badawczego zatytułowanego *Aksjologiczna dyskrecjonalność sędziowska. Między intencjami prawodawcy a autonomią sądownictwa*, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki na podstawie umowy nr 2016/21/B/HS5/00139.

Twierdzenia, mające charakter teoretycznoprawny, wyprowadzane są na gruncie zarówno własnych doświadczeń sędziowskich w Naczelnym Sądzie Administracyjnym, jak i na podstawie wieloletnich systematycznych badań orzecznictwa sądów polskich (działających w warunkach systemu autokratycznego w latach 1945–1989 i systemu demokratyczno-rynkowego po 1989 r.) oraz wybranych orzeczeń sądów europejskich (Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej). W ich kontekście praca stanowi swoiste *iunctim*, ujętych w różnych perspektywach porównawczych, wyników badań wcześniejszych z badaniami nad funkcjonowaniem aktualnego polskiego porządku prawnego<sup>2</sup>.

Zasadność analizy roli kryteriów pozaprawnych w sądowej wykładni prawa i – szerzej – w procesach stosowania prawa wiąże się z przekonaniem o konieczności traktowania prawa, także w ramach porządku prawa stanowionego, szerzej niż tylko jako systemu regulacji *stricti iuris* wyrażonych w przepisach prawnych. Nie zmienia tego przekonania fakt, że kryteria pozaprawne pojawiają się właśnie w przepisach. Istotne jest bowiem to, że nawet jeśli podstawy ich wykorzystania w procesie decyzyjnym zasadniczo opierają się na normatywnej konstrukcji klauzul odsyłających w kontekście argumentacji walidacyjnej, to pozostałe

---

<sup>2</sup> Praca niniejsza jest moją trzecią polskojęzyczną monografią prezentującą tę problematykę na przestrzeni ponad 40 lat, odnoszącą się do różnych okresów i różnych aspektów funkcjonowania odesłań pozaprawnych. Mimo że różnią się one profilem badawczym oraz okresami badanego orzecznictwa, oscylują wokół roli odesłań do kryteriów pozaprawnych w stosowaniu i wykładni prawa. Pierwszą z nich jest, opierająca się na 5-letnich badaniach polskiego powojennego orzecznictwa sądowego, praca pt. *Klauzule generalne w stosowaniu prawa* (Lublin 1986), natomiast drugą, uwzględniającą już orzecznictwo po 1989 r., jest praca zatytułowana *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających* (Kraków 2000). W tym „publikacyjnym ciągu” praca niniejsza wpisuje się w założenie, że około 20-letnie okresy pozwalają nie tylko na przyjęcie nowych założeń badawczych (które w niniejszej pracy koncentrują się na procesie sądowej wykładni prawa), ale także na porównawcze dostrzeżenie nowych tendencji w odniesieniu do funkcjonowania odesłań. Należy też nadmienić, że praca niniejsza została poprzedzona wydaniem monografii pt. *General Reference Clauses in the Judicial Process. Context of Legislative Intentions and Interpretative Discretion* (Berlin 2021), opierającej się na tych samych badaniach, ale ukazującej inny profil prezentacji ich wyników. Stąd wiele przypisów w niniejszej pracy odnosi się do innych moich prac analizujących szerzej poszczególne zagadnienia stanowiące jej przedmiot.

rozumowania w ramach wykładni operatywnej, z ustalaniem treści tych kryteriów na czele, polegają (niekiedy wyłącznie) na interpretacyjnych i implementacyjnych ustaleniach podmiotu stosującego prawo. W tym świetle moje wieloletnie zainteresowania generalnymi klauzulami odsyłającymi uzupełnione zostały prowadzonymi w ostatnich latach badaniami nad autonomią orzecznictwa sądowego i potencjałem sądowej praktyki precedensowej w polskim porządku prawnym jako przykładzie porządku prawa stanowionego<sup>3</sup>. W ramach ujawnionego wyżej, stanowiącego wyraz funkcjonalnego podejścia do istoty prawa, ogólnego przekonania obie kategorie – kryteria zawarte w odesłaniach pozaprawnych oraz wcześniejsze decyzje sądowe – mimo że w porządku prawa stanowionego są modelowo uzupełniającymi w stosunku do przepisów prawnych nośnikami treści prawnych, w istotnym zakresie współkształtują treść funkcjonującego prawa, w wielu przypadkach decydując o konkretnych wynikach wykładni sądowej i treści decyzji stosowania prawa.

(2) Praca opiera się na dwóch założeniach. Pierwsze przyjmuje, że odesłania do kryteriów pozaprawnych są celowym środkiem ustawodawczym, który stał się współcześnie powszechnym środkiem ekspresji legislacyjnej niezależnie od rodzaju systemu politycznego, w jakim tworzone jest prawo, oraz niezależnie od rodzaju gałęzi prawa, której dotyczy aktywność legislacyjna. Założenie drugie natomiast podkreśla powszechność korzystania z kryteriów pozaprawnych przez sądy (choć dotyczy to też działań organów administracji oraz mediatorów) w procesach stosowania prawa, nie wykluczając także brania ich pod uwagę przez tzw. adresatów zwykłych przy realizacji własnych praw podmiotowych.

---

<sup>3</sup> Efektem tego podejścia oraz prowadzonych w jego ramach badań są m.in. dwie prace zbiorowe – *Precedens sądowy w polskim porządku prawnym* (red. L. Leszczyński, B. Liżewski, A. Szot, Warszawa 2018) oraz *Potential of Precedent in the Statutory Legal Order* (red. L. Leszczyński, B. Liżewski, A. Szot, Berlin 2019), a także dwujęzyczna monografia zestawiająca praktykę precedensową *common law* i porządku prawa stanowionego, opracowana we współautorstwie z J.M. Marshalllem, pt. *Precedens w procesie orzekania. Perspektywa sędziowska w ujęciu porównawczym / Precedent in the Judicial Process. Judges' Perspective in a Comparative Approach* (Lublin 2019).

Obecność odesłań do kryteriów pozaprawnych we współczesnych porządkach prawnych, zapoczątkowana w tzw. wielkich europejskich kodyfikacjach cywilnoprawnych XIX wieku (w których znajdują się odwołania m.in. do kryteriów słuszności, dobrej wiary, dobrych obyczajów czy interesu społecznego), zmienia formę i treść prawa. Modyfikując bowiem właściwości językowe tekstów prawnych, otwiera treść prawa na wartości i normy moralne, polityczne i ekonomiczne. Ponadto, nasycając aksjologią procesy stosowania prawa, poszerza istotnie zakres sądowej swobody decyzyjnej. Odesłania stają się tym samym najbardziej „nieformalnym” oraz najbardziej wrażliwym składnikiem dyskursu prawnego w kontekście zarówno jego powiązań z dyskursem społecznym, jak i – niebezpiecznej dla porządku prawnego – podatności na wpływy ze strony dyskursu politycznego.

Rozszerzenie się zakresu swobody decyzyjnej w wyniku odesłań do kryteriów pozaprawnych oznacza, że sposób jej urzeczywistniania w procesach sądowego stosowania prawa wpływa zasadniczo nie tylko na funkcjonowanie samych odesłań, ale także na funkcjonowanie całego porządku prawnego. Stąd tak ważna dla kształtu modelu tej relacji jest realna niezawisłość sędziowska, która w ramach dyskursu jurydycznego określa ostatecznie skutki odwoływania się do wartości i norm pozaprawnych. Jej brak czy już nawet ograniczony zakres kreuje przewagę dyskursu politycznego nad dyskursem prawnym, niezależnie od tego, czy mowa jest o wymiarze ogólnym prawa, czy o jego przejawach szczegółowych. Mając to na uwadze, podjęto w pracy próbę zarysowania modeli optymalizacyjnych, prowadzących do prawidłowych relacji między oboma tymi dyskursami w ramach tworzenia klauzul odsyłających oraz do należytej jakości sądowego wykorzystania odesłań do kryteriów pozaprawnych w demokratycznym porządku państwa prawnego.

Rzecz jasna, zależności zasygnalizowane wyżej nie oznaczają, że funkcjonowanie odesłań do kryteriów pozaprawnych samodzielnie przesądza o jakości referencyjnego porządku prawnego, niemniej bez wątpienia w istotnym zakresie tę jakość określa, zarówno w kontekście stanowienia prawa, jak i w kontekście stosowania prawa.

(3) Odesłania do kryteriów pozaprawnych i same kryteria oddziałują na wszystkie składniki procesu wykładni i stosowania prawa, kształtując i określając ich autonomię w stosunku do działań ustawodawczych. Pojawiają się one bowiem już w procesie ustalania faktów sprawy (gdzie ich wpływ jest jeszcze stosunkowo niewielki), zasadniczą rolę odgrywają jednak w wykładni prawa dokonywanej w ramach procesu decyzyjnego. Wiążąc swój udział w niej z ustaleniem podstawy zastosowania klauzuli oraz z ustaleniem treści zawartych w nich kryteriów pozaprawnych, włączają się we wszystkie rodzaje działań prowadzących do zbudowania normatywnej podstawy decyzji, zredukowanej następnie do samej decyzji stosowania prawa.

Określeniu ról kryteriów pozaprawnych w każdym z tych rodzajów działań interpretacyjnych służy struktura pracy, składająca się z pięciu rozdziałów. Dwa skrajne z nich (pierwszy i ostatni), obejmując (odpowiednio) niezbędne wprowadzenia pojęciowo-konstrukcyjne oraz uogólnienia, podsumowania i optymalizacje, pozwalają na skoncentrowanie się w trzech rozdziałach „środkowych” na analizie roli kryteriów pozaprawnych w kolejnych fazach wykładni operatywnej.

Rozdział I poświęcony jest ustaleniom pojęciowym i prezentacji przedmiotu rozprawy. Służy temu ustalenie podstawowych dla pracy pojęć (kryterium pozaprawne, odesłanie pozaprawne, generalna klauzula odsyłająca) oraz istoty samej konstrukcji klauzul odsyłających (w tym m.in. rodzajów klauzul, rodzajów kryteriów pozaprawnych oraz relacji między klauzulami a zasadami prawa), a także prezentacja podstawowych założeń wykorzystanego w pracy walidacyjno-derywacyjnego ujęcia wykładni sądowej jako rodzaju wykładni operatywnej (w kontekście jej cech, miejsca w procesie decyzyjnym oraz układu faz).

Przedmiotem rozdziału II jest analiza roli odesłań do kryteriów pozaprawnych w dwóch początkowych fazach wykładni sądowej. Pierwszą z nich jest faza orientacyjna, wprowadzająca do procesu wykładni przekonanie interpretatora, że przedmiot procesu decyzyjnego ma charakter prawny i jest wart ochrony prawnej. W ramach natomiast fazy walidacyjnej analizie poddane są dwa rodzaje ustaleń. Pierwszym z nich jest ustalenie podstawy wykorzystania kryterium pozaprawnego w procesie

wykładni, która modelowo polega na „odnalezieniu” odpowiedniego dla przedmiotu procesu decyzyjnego odesłania w systemie przepisów prawnych, ale która ani nie eliminuje „zapożyczania” odesłania, ani nie wyklucza „oderwania” zastosowania klauzuli od testu obowiązującego przepisu ją zawierającego. Drugim zaś jest określenie wpływu odesłań pozaprawnych na zastosowanie przepisów prawnych i wcześniejszych decyzji sądowych.

Rozdział III dotyczy najbardziej wrażliwych rozumowań interpretacyjnych związanych z odesłaniami do kryteriów pozaprawnych, polegających na ustaleniu treści tych kryteriów. Ich składnikiem jest powiązanie nazwy kryterium z wartościami moralnymi, politycznymi i ekonomicznymi, ujętymi zarówno odrębnie, jak i w ramach różnych relacji łączących kryteria jednorodnjajowe i różnorodnjajowe, będących przy tym zarówno relacjami wzajemnego się „wspierania”, jak i relacjami wchodzenia w kolizje. Elementem tych ustaleń jest też swoista normatywizacja treści aksjologicznych, ich jurydyzacja (poprzez zestawianie z zasadami prawa, wyrażającymi podstawową aksjologię prawną) oraz „sytuacja” (poprzez powiązanie tych treści z przedmiotem procesu decyzyjnego). Tak ustalona treść kryteriów pozaprawnych wchodzi następnie w różne relacje z kryteriami *stricti iuris* wyrażonymi w przepisie zawierającym odesłanie, „domykając” w ten sposób rekonstrukcję jednostkowego (bazowego) wzoru zachowania, w następnej fazie będącego budulcem normatywnej podstawy decyzji.

Przedmiotem rozdziału IV są dwie fazy zamykające proces sądowej wykładni operatywnej. Pierwszą z nich jest faza konstrukcyjna, prowadząca do zbudowania normatywnej podstawy decyzji w postaci połączenia bazowych wzorów zrekonstruowanych w poprzedniej fazie, składnikiem których są też treści kryteriów pozaprawnych. Podstawa ta, mająca charakter podstawy materialnoprawnej i – w nieco węższym wymiarze – proceduralnej, budowana może być w toku zwykłym (bezkolizyjnym), kolizyjnym i inferencyjnym, w ramach których kryteria pozaprawne pełnią różne role. Redukcja tych podstaw w ostatniej fazie wykładni pozwala na dostrzeżenie odrębnych ról kryteriów pozaprawnych w budowie treści decyzji stosowania prawa odnośnie do kwalifikacji stanu

faktycznego oraz do ustalania normatywnych konsekwencji (w tym też sankcji) tej kwalifikacji.

Rozdziały II, III oraz IV pracy kończą się podrozdziałami zawierającymi podstawowe ustalenia porównawcze, relatywizujące model ogólny, formułowany we wcześniejszych podrozdziałach tych rozdziałów. Odnoszą się one do czterech najważniejszych czynników różnicujących ten model: (1) rodzaju gałęzi prawa, pozwalającego na odnalezienie specyfiki posługiwania się kryteriami pozaprawnymi w gałęziach innych niż stanowiące odniesienie modelowe prawo cywilne, (2) typu praktyki decyzyjnej i rodzaju sądu, prowadzącego do dostrzeżenia czynnika poziomu instancji sądowej oraz, odrębnej niż w klasycznym typie sądowym, roli odesłań w administracyjnym typie stosowania prawa i w szczególnych postępowaniach sądowych, (3) typu społeczno-politycznego otoczenia prawa, pozwalającego na dostrzeżenie odrębności w rolach kryteriów pozaprawnych w autokratycznym i demokratycznym systemie politycznym oraz szczególnych ról odesłań w sytuacji głębokiej zmiany społecznej oraz (4) rodzaju porządku prawnego, prowadzącego do sygnalizacji zasadniczych różnic w funkcjonowaniu kryteriów pozaprawnych w porządku prawa stanowionego (zaprezentowanych na przykładzie porządku niemieckiego) oraz, w wyraźnie różniących się od niego, porządkach *common law* i prawa japońskiego.

Rozdział V pracy obejmuje dwie podstawowe grupy zagadnień. Pierwsza zawiera próbę określenia wpływu ustawodawcy na opisane w rozdziałach poprzednich funkcjonowanie odesłań pozaprawnych. Dotyczą one celów, warunków i środków oddziaływania oraz skutków legislacyjnego wprowadzenia odesłań pozaprawnych do porządku prawnego, z których najważniejszym jest poszerzenie swobody decyzyjnej w stosowaniu prawa. Druga grupa zagadnień dotyczy natomiast podsumowania ról kryteriów pozaprawnych w poszczególnych fazach procesu wykładni operatywnej oraz próby zbudowania modelu optymalizacyjnego stosowania odesłań do kryteriów pozaprawnych i ich ról w procesie wykładni, odnoszącego się do porządku prawa stanowionego, przy wyodrębnieniu kilku postulatów istotnych dla polskiego porządku prawnego funkcjonującego po 1989 r.

(4) Praca oparta jest na wykorzystaniu literatury teoretycznoprawnej oraz dogmatycznoprawnej, zarówno polskiej, jak i zagranicznej (głównie niemieckiej, amerykańskiej i japońskiej). Nie prowadzi to jednak do podejmowania otwartej i głębokiej polemiki z poszczególnymi ujęciami i twierdzeniami doktrynalnymi, które przywoływane są głównie w kontekście zaakcentowania obecności lub sposobu ujęcia analizowanego problemu w dyskursie teoretycznym lub dogmatycznoprawnym. Wynika to z faktu, że podstawowym „materiałem do budowy” twierdzeń są orzeczenia sądowe (a właściwie – ich uzasadnienia) oraz, w pewnym zakresie, regulacje normatywne.

W tym kontekście, co wydaje się metodologicznie istotne dla podkreślenia roli teorii i filozofii prawa w ramach tzw. wewnętrznej integracji nauk prawnych, perspektywa teoretycznoprawna (oparta na funkcjonalistycznym ujęciu istoty prawa) współgra w całej pracy z perspektywą dogmatycznoprawną (stanowiącą podstawę wyprowadzanych twierdzeń) oraz komparatystyczną (stanowiącą podstawę relatywizacji twierdzeń ogólnych). Stanowiący zaś efekt badań model ogólny, obok zasadniczych dla jego kształtu generalizacji deskryptywnych, obejmuje też elementy optymalizacji procesów wykładni i stosowania, a w pewnym zakresie także tworzenia, odesłań do kryteriów pozaprawnych w ogólnie ujętym demokratycznym i praworządnym porządku prawa stanowionego, ale odnoszącej się także do polskiego porządku prawnego.



## Rozdział I

# KRYTERIA POZAPRAWNE A STOSOWANIE I WYKŁADNIA PRAWA

## 1. Kryterium pozaprawne jako element generalnej klauzuli odsyłającej

### 1.1. Podstawowe pojęcia

Z przedmiotem niniejszej pracy wiążą się trzy podstawowe pojęcia, które mają swoją odrębną treść, chociaż w wielu przypadkach możliwe jest ich zamienne używanie. Idzie o pojęcia odesłania pozaprawnego, klauzuli odsyłającej oraz kryterium pozaprawnego.

Pojęcie odesłania pozaprawnego ma najszerszy zakres treściowy. W ujęciu modelowym oznacza ono legislacyjne nakierowanie uwagi adresata normy prawnej (zarówno adresata zwykłego, jak i adresata kwalifikowanego, np. sądu) na konieczność rozważenia potrzeby uwzględnienia kryterium pozaprawnego w ramach budowy wzoru zachowania lub podstawy decyzji stosowania prawa.

Kryterium pozaprawne wskazane jest w specjalnej konstrukcji normatywnej wyrażającej owo upoważnienie, którą należy nazwać klauzulą odsyłającą, przybierającą postać klauzuli generalnej lub szacunkowej. Oba rodzaje klauzul w porządku prawa stanowionego sformułowane są w różnie umiejscowionych przepisach prawnych, zarówno w kontekście

systematyki aktu normatywnego, jak i pionowej oraz poziomej struktury systemu prawnego.

Najistotniejszym składnikiem odesłania są wskazane w klauzuli odsyłającej otwarte treściowo kryteria pozaprawne<sup>1</sup>. Są one zarazem otwarte (w przeciwieństwie do „zamkniętych” w regulacji normatywnej kryteriów *stricti iuris*) i pozaprawne, w rozumieniu konieczności odwołania się w celu ustalenia ich treści do nieokreślonych normatywnie w tekście prawnym, wymiennie lub alternatywnie, wartości (np. dobro wspólne, dobro dziecka) i norm (np. zasady słuszności, zasady współzycia, dobrych obyczajów, zwyczajów). Poprawność ma zatem charakter strukturalny, funkcjonalnie bowiem, poprzez włączenie tych kryteriów do wykładni prawa, procesów decyzyjnych oraz treści decyzji sądowej, stają się one składnikiem porządku prawnego w wymiarze co najmniej konkretnego procesu stosowania prawa. Termin „kryterium” w powyższym ujęciu jest terminem zbiorczym w stosunku do wskazywanych w odesłaniach i częściowo zachodzących na siebie wartości<sup>2</sup> i norm, które mogą mieć (nie zawsze rozłącznie) treść moralną (najczęściej – ugruntowaną społecznie), polityczną lub ekonomiczną<sup>3</sup>.

## 1.2. Rodzaje klauzul odsyłających

Pojęciu klauzul odsyłających odpowiadają wspomniane wyżej dwie konstrukcje normatywne, których istota powinna zostać w tym miejscu nieco przybliżona. Pierwszą z nich jest szacunkowa klauzula odsyłająca, natomiast drugą – istotniejsza z punktu widzenia wpływu na proces

<sup>1</sup> Przyjętemu w pracy pojęciu kryterium odpowiada w dużej mierze słownikowe znaczenie tego terminu, według którego kryterium to „miernik służący za podstawę oceny, sprawdzian sądu, probierz” (*Słownik języka polskiego*, t. I, red. M. Szymczak, Warszawa 1978, s. 1065).

<sup>2</sup> Wartość rozumiana jest tu jako cecha cennej, założona apriorycznie lub ukształtowana na podstawie ugruntowanych społecznie ocen (o różnych ujęciach istoty wartości por. Cz. Znamierowski, *Oceny i normy*, Warszawa 1957, rozdziały VII i XI; Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1970, s. 57 i n.; W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989, s. 30 i n.).

<sup>3</sup> Szerzej na temat tych pojęć por. L. Leszczyński, *Tworzenie generalnych klauzul odsyłających*, Lublin 2000, s. 11–17.

wykładni operatywnej – generalna klauzula odsyłająca (i to kryteria w niej wyrażone stanowią zasadniczy przedmiot pracy).

### 1.2.1. Szacunkowe klauzule odsyłające

Klauzule szacunkowe wyrażone są w postaci takich zwrotów normatywnych, jak: ważne powody, należyta staranność, uzasadnione przyczyny, szczególne okoliczności, normalne następstwa, trwałe i zupełny rozkład pożycia, stosowne wynagrodzenie, poważny wkład, przeciętna miara, odpowiednia różnica wieku, rażąca strata itp. Zawierają zatem dwa wyraźnie odróżnialne składniki: odwołanie się do faktów (np. powody, okoliczności, następstwa, strata, wynagrodzenie, różnica wieku itp.), których wystąpienie powinno być ustalone (stwierdzone) w procesie decyzyjnym, oraz wskazanie na „ocenę”, która prowadzi do wyrażenia swoistej kwalifikacji (ważne, szczególne, odpowiednie, trwałe itp.).

Element oceniający takiego zwrotu nie wywołuje potrzeby wyrażenia typowej aprobaty lub dezaprobaty wobec danych zjawisk (oceny „typu zasadniczego”)<sup>4</sup> czy odwołania się bezpośrednio do ukształtowanych społecznie pozaprawnych wartości lub norm (np. zasad słuszności). Prawodawca nie wskazuje w nim kierunku oceniania (np. aksjologii moralnej lub politycznej), chociaż mimo powszechnego braku prawodawczego wskazania kryteriów szacowania ważności, trwałości, stosowności itp., nie jest wykluczone posiłkowanie się pewnymi wartościami, głównie moralnymi. Ustawodawca, formułując klauzulę szacunkową, wskazuje natomiast na konieczność oszacowania stopnia, wielkości, wagi, intensywności itp. wystąpienia danego stanu rzeczy opisanego w jej nazwie jako fakt.

---

<sup>4</sup> Por. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 124.

### 1.2.2. Generalne klauzule odsyłające

(1) Termin „generalna klauzula odsyłająca” (czy częściej spotykana nazwa „klauzula generalna”<sup>5</sup>) powstał na gruncie wypowiedzi doktrynalnych. Funkcjonuje także w języku praktyki prawniczej (sądowej), ale nie był i zasadniczo nie jest elementem języka aktów normatywnych<sup>6</sup>. Każdy z trzech składników tej nazwy wymaga chociażby krótkiego omówienia.

Termin „klauzula” (jako termin prawniczy) oznacza zastrzeżenie lub warunek w umowie, traktacie lub dokumencie prawnym i może oznaczać takie formy szczegółowe, jak klauzula derogacyjna, delegacyjna czy klauzula wykonalności<sup>7</sup>. Warunkiem byłby tu obowiązek rozważenia wykorzystania klauzuli przy stosowaniu przepisu ją zawierającego. Człon nazwy wskazujący na charakter „odsyłający” klauzuli oznacza, że kryteria w nim wskazane (nazwane) nie są zdefiniowane czy określone precyzyjnie w inny sposób w tekście przepisów prawnych, w związku z czym do ustalenia ich treści potrzebne jest odwołanie się do innych wartości (ocen) lub norm, niewłączonych do systemu prawnego. Natomiast „generalny” charakter odesłania oznacza, iż ustalenie treści wskazanych w nim kryteriów ma się dokonać nie w formie oszacowania, lecz wskazania na pozaprawny (np. moralny) system aksjologiczny lub normatywny, w jakimś zakresie określony (ukierunkowany) ogólnie poprzez nazwę tego kryterium.

---

<sup>5</sup> Nazwa „klauzula generalna” nie musi jednak być łączona wyłącznie z odesłaniem pozaprawnym. Rozumie się je bowiem także jako ogólne, nieenumeratywne wyliczenie kompetencji danego organu (por. H. Izdebski, *Historia administracji*, Warszawa 1984, s. 81). Por. też: Z. Ziemiński, *Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych*, PiP 1989/3, *passim*; M. Pawełczyk, *Uwagi o „odsyłającym” charakterze klauzul generalnych*, „Studia Iuridica Silesiana” 1984/9, *passim*.

<sup>6</sup> W prawie polskim termin „klauzula generalna” występuje w załączniku do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2016 r. poz. 283 ze zm.), które w § 155 ust. 1 określa m.in. te klauzule jako środek „zapewnienia elastyczności tekstu aktu normatywnego”.

<sup>7</sup> Por.: *Słownik języka polskiego*, t. 3, red. W. Doroszewski, Warszawa 1961, s. 710–711; *Słownik...*, t. 1, red. M. Szymczak, s. 927; W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1983, s. 216; *Leksykon PWN*, red. A. Karwowski, Warszawa 1972, s. 524.

Relacje pomiędzy wyróżnionymi wyżej trzema składnikami nazwy „generalna klauzula odsyłająca” wyznaczają kilka możliwych rozumień tego terminu. Najszerszym z nich jest ujęcie klauzuli jako każdej podstawy swobody decyzyjnej w procesie stosowania prawa, niewiążącej się z odrębną konstrukcją normatywną (rodzaj klauzuli w ujęciu funkcjonalnym)<sup>8</sup>. Ujęcie zawężające akcentuje obecność konstrukcji klauzuli odsyłającej w regulacji normatywnej, wiążąc pojęcie klauzuli albo z każdym zwrotem niedookreślonym (nieostrym) językowo, albo ze zwrotem odsyłającym do każdego rodzaju kryteriów zewnętrznych, niezależnie od tego, czy odsyła on do norm, ocen czy wiedzy (np. do zasad wiedzy, nauki czy techniki)<sup>9</sup>. Ujęcie kolejne dalej ogranicza pole odsyłania i zalicza do klauzul jedynie konstrukcje o charakterze aksjologicznym, które wymagają wyprowadzenia ocen pozaprawnych (nieokreślonych prawnie), niezależnie od ich charakteru (a więc także do ocen szacunkowych)<sup>10</sup>. Istotne zawężenie ma miejsce w przypadku ujęcia czwartego, traktującego generalną klauzulę odsyłającą jako normatywny zwrot odsyłający podmiot podejmujący decyzję nie do każdego rodzaju ocen, lecz do „systemu” wartości (ocen) lub norm pozaprawnych, określonych w sposób ogólnie ukierunkowany przez nazwę kryterium pozaprawnego. Dodatkowe zawężenie tego ujęcia mogłoby wiązać istotę klauzuli z odesłaniem, mieszczącym się w dostatecznie ogólnej części systemu prawnego czy aktu normatywnego, które tym samym mogłoby być wykorzystywane przy stosowaniu różnych norm czy instytucji regulowanych w danym akcie normatywnym (co pozwalałoby na rozróżnienie „generalnych klauzul generalnych” i zawartych w przepisach szczególnych aktu normatywnego „szczególnych klauzul generalnych”)<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Por. Z. Ziemiński, *Problemy...*, s. 472 i n.

<sup>9</sup> Por.: J. Wróblewski, *Glosa do wyroku SN z 19.01.1972 r., III CRN 471/71*, OSPiKA 1973/1, poz. 2, s. 67–70; F. Studnicki, *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Kraków 1949, s. 65.

<sup>10</sup> Por. Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa 1978, s. 144–145. O istocie ocen por. M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Łódź 1984, szczeg. s. 62–112.

<sup>11</sup> Por. A. Ohanowicz, *Glosa do orzeczenia GKA z 17.06.1968 r., BO-4238/68*, OSPiKA 1969/6, s. 287.

Wydaje się, że ujęcie czwarte, odpowiadające wcześniejszej charakterystyce terminu „generalna klauzula odsyłająca”, wiąże jej istotę z normatywnym zwrotem wskazującym na „system” wartości (ocen) lub norm pozaprawnych, określonych w sposób ogólnie ukierunkowany przez nazwę kryterium pozaprawnego. Jest ono najbardziej przydatne do analizy klauzuli jako konstrukcji normatywnej (legislacyjnej) otwierającej proces stosowania prawa na wykorzystanie kryteriów pozaprawnych. Kontekst miejsca tak rozumianej klauzuli w systemie regulacji prawnej stanowiłby natomiast czynnik różnicujący skutki czy skalę otwarcia podstaw decydowania sądowego czy administracyjnego, ale nie przesądzałby o zakwalifikowaniu danej konstrukcji normatywnej jako generalnej klauzuli odsyłającej.

Generalną klauzulą odsyłającą byłby zatem zwrot normatywny (konstrukcja legislacyjna), będący składnikiem przepisu prawnego, treścią którego jest upoważnienie organu stosującego prawo do wykorzystania w procesie operatywnej wykładni prawa kryteriów (norm, wartości) wyrażonych (nazwanych) w tekście prawnym, ale nie inkorporowanych (z różnych powodów) do systemu przepisów prawnych<sup>12</sup>. Z punktu widzenia zaś adresata zwykłego odesłanie byłoby wskazówką do wzięcia pod uwagę nazwanych tam kryteriów pozaprawnych przy podejmowaniu własnego działania.

(2) Analiza terminu oraz określenie treści pojęcia generalnej klauzuli odsyłającej powinny zostać zilustrowane chociażby ogólnym przeglądem niezwykle różnorodnych konstrukcji normatywnych, które tym terminem są oznaczone.

Klauzule „pierwszej fali” przybierały kilka „dominujących” nazw, występujących powszechnie w europejskich kodyfikacjach cywilnych XIX i XX stulecia. Do najbardziej powszechnych należą: „słuszność”<sup>13</sup>, „dobra

---

<sup>12</sup> O innych rozumieniach terminu „klauzula generalna” por.: J. Nowacki, *Problem blankietowości przepisów zawierających klauzule generalne* [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska, Kraków 1992, s. 127 i n.; S. Tkacz, *Rozumienie sprawliwłości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Katowice 2003, s. 13–24.

<sup>13</sup> Kryterium *lequite* w art. 1135 KN, *Billigkeit* w § 315 lub § 660 niemieckiego BGB oraz w art. 4 ZGB.

wiara”<sup>14</sup> oraz „dobre obyczaje”<sup>15</sup>. Pewna powtarzalność nazewnictwa nie stała jednak na przeszkodzie występowaniu klauzul oryginalnych i w pewnym sensie niepowtarzalnych w innych regulacjach. Do takich zaliczyć można: „naturalne zasady prawne”<sup>16</sup>, „zasady porządnej gospodarki”<sup>17</sup> czy „zwykłe przedsięwzięcia gospodarcze”<sup>18</sup>.

Trzy pierwsze z przytoczonych nazw kryteriów pozaprawnych stają się nazwami niejako klasycznymi, w dużej mierze powtarzanymi w późniejszych ustawach państw europejskich. Zostały także recypowane do innych porządków prawnych i to tak różnych, jak np. prawo tureckie (przyjmujące m.in. rozwiązania szwajcarskiego ZGB) i prawo japońskie<sup>19</sup>.

W ramach prawa japońskiego w Kodeksie cywilnym (ustawa nr 89 z 27.04.1896 r.) opierającym się na projekcie niemieckiego BGB, ale wykorzystującym także rozwiązania Kodeksu Napoleona, sformułowano odesłania między innymi do kryterium porządku publicznego<sup>20</sup> czy wymagań dobrej wiary<sup>21</sup>.

Klasyczne formy odesłań pozaprawnych pojawiają się także w europejskich systemach autorytarnych XX wieku<sup>22</sup>. Wykorzystana została w ich ramach sama konstrukcja otwarcia systemu prawnego na wartości i normy pozaprawne, ale już w nazewnictwie uwidacznia się ustawodaw-

<sup>14</sup> Kryterium *bonne foi* w art. 550 KN, *Treu und Glauben* w § 157 i § 242 BGB czy art. 2 i art. 3 ZGB.

<sup>15</sup> Kryterium *les bonnes moeurs* w art. 6 KN oraz *gute Sitten* w § 26 ABGB i w § 138 BGB.

<sup>16</sup> Regulacja § 7 ABGB.

<sup>17</sup> Kryterium *regeln der ordnungsmässigen Wirtschaft* w § 1036 oraz § 1135 BGB.

<sup>18</sup> Kryterium *ordentliche Betriebe der Wirtschaft* w § 230 ABGB.

<sup>19</sup> Por.: T. Kayaoglu, *Legal Imperialism. Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire and China*, New York 2010, 104–148; A. Adamczyk, M. Adamczyk, *Recepcja szwajcarskiego kodeksu cywilnego w Turcji. Rewolucja czy kontynuacja*, „Rocznik Nauk Prawnych” 2006/2, s. 163 i n.

<sup>20</sup> 公共の福祉 – *Kokyo no Hukushi*

<sup>21</sup> 信義に従い誠実に – *Singi ni Shitagai Seijitu*.

<sup>22</sup> O cechach systemu autorytarnego por.: M.C. Vernon, *Authoritarian* [w:] *Dictionary of Political Science*, ed. by J. Dunner, Totowa 1970, s. 38; J.J. Linz, *Totalitarian and Authoritarian Regimes: With a Major New Introduction*, Boulder–London 2000, *passim*.

czy zamiar wskazania na odmienne preferencje aksjologiczne. Mówiąc najogólniej, dochodzi do upolityczniania nazw kryteriów już na etapie tworzenia tekstu normatywnego. Najwyraźniejszymi tego przykładami są porewolucyjne klauzule sowieckie oraz klauzule aktów prawnych faszystowskich Niemiec. Pierwsze z nich obejmują na przykład odesłania do „rewolucyjnego sumienia i rewolucyjnej świadomości prawnej”<sup>23</sup> oraz „reguł socjalistycznego życia społecznego i zasad moralnych społeczeństwa budującego komunizm”<sup>24</sup>. Natomiast przykładem drugich może być odesłanie do kryterium „wiernej służby niemieckiemu narodowi i państwu”<sup>25</sup>. Co istotne, odesłania były także formułowane i stosowane w sowieckim<sup>26</sup> i niemieckim faszystowskim<sup>27</sup> prawie karnym.

---

<sup>23</sup> Por. art. 5 dekretu Rady Komisarzy Ludowych w Rosji Radzieckiej z 24.11.1917 r., zwanym „dekretem nr 1 o sądzie”, zgodnie z którym decyzje sądowe mogą być oparte na ustawach rządu przedrewolucyjnego, jeżeli ustawy te nie są sprzeczne z rewolucyjną świadomością (*riewolucionnojj sowiesti*) oraz rewolucyjną świadomością prawną (*riewolucionnomu prawosoznaniu*). Zgodnie z tą normą bowiem: „Местные суды решают дела именем Российской Республики и руководятся в своих решениях и приговорах законами свергнутых правительств лишь постольку, поскольку таковые не отменены революцией и не противоречат революционной совести и революционному правосознанию”). Por. też S.M. Dżorbenadze, *O kształtowaniu się radzieckiego ustawodawstwa i radzieckiej nauki prawa*, PiP 1978/12, s. 23–28.

<sup>24</sup> Art. 5 ustawy z 8.12.1961 r. o ustanowieniu podstaw legislacji cywilnej ZSRR i Republik Związkowych (Dziennik Rady Najwyższej ZSRR, Bo 50, 1961, poz. 525).

<sup>25</sup> Na przykład art. 2.1 Reichsbürgergesetz z 15.09.1935 r. (Reichsgesetzblatt 1935, S. 1146), zgodnie z którym obywatel niemiecki jest zobowiązany wiernie służyć niemieckiemu ludowi i rzeszy („geeignet ist in Treu dem Deustchen Volk und Reich zu dienen”). Por.: L. Gruchmann, *Rechtssystem und nationalsozialistische Justizpolitik* [w:] *Das Dritte Reich. Herrschaftsstruktur und Geschichte*, Hrsg. M. Broszat, H. Möller, München 1983, s. 83–103; D. Majer, *Grundlagen der nationalistischen Rechtssystems: Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei*, Stuttgart 1987, *passim*.

<sup>26</sup> Por. np. art. 6 radzieckiego Kodeksu karnego z 26.02.1926 r. (C3, 1926, No 9, 71), zgodnie z którym pojęcie przestępstwa powiązane było ze społecznym niebezpieczeństwem czynu (*diejstwo obščestwiennno-opasnyje*). Kryterium to zostało powtórzone w art. 1, 3 i 7 ustawy z 25.12.1958 r. o ustanowieniu zasad legislacji karnej ZSRR i Republik Związkowych (por. *Fundamentals of Legislation of the USSR and the Union Republics*, Moscow 1974, s. 238 i n.). Zostało też przejęte przez ustawodawstwa państwa socjalistycznych po II wojnie światowej (np. przez polski Kodeks karny z 1969 r.).

<sup>27</sup> Por. niemiecką ustawę z 28.06.1935 r. o zmianie kodeksu karnego (Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuch, Reichsgesetzblatt 1935 I, s. 839), wskazującą w § 2 zmienneo kodeksu kryterium *gesundes Volksempfinden* (por. B. Haftl, *Das nationalistische Willensstrafrecht*, Berlin 2000, s. 137 i n.).



Powstanie systemów autokratycznych po II wojnie światowej w Europie Środkowej i Wschodniej upowszechniło i wzmocniło tę tendencję. Nie sięgano tu jednak do tak skrajnie upolitycznionych nazw, jak to miało miejsce w obu wspomnianych wyżej systemach totalitarnych, formami legislacyjnymi stały się tu bowiem odesłania do kryteriów: interesu ogólnospołecznego, interesu politycznego, celów lub interesu państwa (niekiedy dotyczyło to celów konkretnie określonego państwa, np. Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej), interesu gospodarki narodowej, społecznego i gospodarczego przeznaczenia prawa, a także – najpowszechniej występującego w tych porządkach prawnych kryterium – zasad współżycia społecznego. Obecność takich odesłań świadczy o kontynuacji autokratycznego trendu w bardziej miękkiej „oprawie słownej”. Nie zmienia tej właściwości fakt, że współwystępował on w niektórych państwach z podtrzymywaniem, przynajmniej do pewnego czasu po zmianie autokratycznej, klasycznych nazw odesłań<sup>28</sup> czy też nazw neutralnych politycznie (dobro dziecka, dobro rodziny). Ogólnie jednak rzecz ujmując, klauzule stworzyły tu możliwość ingerencji aksjologii politycznej w treść prawa i procesy jego stosowania<sup>29</sup>, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę nowe nazwy kryteriów oraz presję na nową ich interpretację<sup>30</sup>. Dotyczy to także prawa karnego, gdzie ukształtował się trend wiązania istoty przestępstwa oraz podstaw wymiaru kary z kryterium społecznego niebezpieczeństwa czynu<sup>31</sup>.

Wiek XX, a zwłaszcza jego druga połowa przynosi ze sobą jeszcze inny istotny i trwały trend, który dotyczy także państw demokratycznych

<sup>28</sup> Na przykład klauzula art. 2 p.o.p.c. z 1946 r., nadająca zwyczajom, jeśli są one powszechne, moc ustawy.

<sup>29</sup> Co zostało wyraźnie podkreślone przez J.W. Hedemanna, przewidującego efekty obecności klauzul generalnych (por. *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933, *passim*).

<sup>30</sup> Por. np. art. 4 k.c. (uchylony w 1989 r.), w którym zasady ustroju politycznego oraz cele PRL stały się kryteriami tłumaczenia i stosowania przepisów prawa cywilnego, czy art. 417 k.p.c. (uchylony w 1996 r.), według którego naruszenie interesów PRL stało się kryterium rewizji nadzwyczajnej.

<sup>31</sup> Kryterium społecznego niebezpieczeństwa czynu pojawia się w art. 1, 26, 27 i 50 k.k. z 1969 r.

(a przynajmniej nieautorytarnych<sup>32</sup>). Wiąże się on z przenoszeniem klauzul cywilnoprawnych do gałęzi prawa publicznego, w tym szczególnie do prawa konstytucyjnego i administracyjnego<sup>33</sup>. Prowadzi to do pojawienia się nowych klauzul, które częściej odsyłają do adekwatnych dla tego działu prawa kryteriów: interesu publicznego, interesu bezpieczeństwa państwa, dobra publicznego, porządku publicznego, zasad sprawiedliwości społecznej itp.

Odesłania pojawiają się także w prawie międzynarodowym. Jest to szczególnie aktualne w regulacjach prawa ochrony praw człowieka, gdzie pojawiają się klauzule odsyłające do kryteriów konieczności w demokratycznym społeczeństwie, uzupełnione przez bardziej skonkretyzowane kryteria: porządku publicznego, interesu bezpieczeństwa publicznego, dobrobytu gospodarczego kraju czy ochrony moralności<sup>34</sup>, traktowane jako kryteria oceny działań państwa członkowskiego przez sąd międzynarodowy. Z kolei jako kryterium wykładni traktatów międzynarodowych pojawia się kryterium dobrej wiary<sup>35</sup>.

Głębokie zmiany społeczno-prawne zachodzące od roku 1989 na przykład w Europie Środkowo-Wschodniej przynoszą nową tendencję, widoczną także w polskim porządku prawnym. Polega ona na utrzymywaniu nazewnictwa ukształtowanego w systemie autokratycznym, jeżeli nie wiąże się ono bezpośrednio z aksjologią tego systemu, ale też na stopniowym powoływaniu nowych nazw kryteriów pozaprawnych, uwzględniającym nazwy klasyczne. Oba wymienione trendy uwidoczniły się między innymi w nowelizacjach Kodeksu cywilnego, w ramach których nie uchylono odesłań na przykład do zasad współżycia społecz-

---

<sup>32</sup> O ogólnych cechach tego systemu por.: A. Lijphart, *Democracies*, New Haven–London 1984, *passim*; G. Sartori, *Teoria demokracji*, przekł. P. Amsterdamski, D. Grinberg, Warszawa 1998, *passim*; A. Antoszewski, *Współczesne teorie demokracji*, Warszawa 2016, *passim*.

<sup>33</sup> Por. E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1. Band, *Allgemeiner Teil*, München–Berlin 1961, s. 77–85.

<sup>34</sup> Por. art. 8, 9, 10 i 11 EKPC.

<sup>35</sup> Por. art. 31 KWPT.