

pliwej wartości takich wskazówek, to mam na myśli fakt, że obie te dyrektywy w pewnych kontekstach mogą się okazać słuszne, a w innych zupełnie bezużyteczne. Jest zresztą rzeczą powszechnie znaną, że dywagacje nad owocnymi sposobami dochodzenia do prawdy, czy właściwego sensu różnych wytworów myśli ludzkiej, prowadzone w ramach tzw. heurystyki, czy inwentyki znajdują się nadal w powijakach i powinniśmy do nich podchodzić bardzo ostrożnie. Z drugiej strony powinniśmy się jednak zgodzić z zarzutem K. Feyerabenda i wielu innych filozofów, że granica między kontekstem heurezy i uzasadniania nie zawsze jest tak ostra, jak to sugeruje Popper i nie jest ona również ostra w przypadku dyrektyw wykładni. Dobitym tego przykładem mogą być procedury ważenia argumentów w argumentacjach prawniczych, w których często apelujemy bardziej do naszych intuicji niż obiektywnych kryteriów. Nie do podważenia jest również fakt, że dyrektywy wykładni rozumiane jako dyrektywy uzasadniania implikują czasami określone wskazówki heurystyczne, co do tego jakie czynności w toku wykładni interpretator winien przeprowadzić. Jeśli na przykład jedna z dyrektyw wykładni mówi, że definicje legalne wiążą w ramach aktu normatywnego, w który są zawarte, to tym samym implikuje ona wskazówkę heurystyczną dla interpretatora, że jeśli w ustawie znajduje się definicja, to w zasadzie nie musi on analizować innych aktów normatywnych, w których występuje definiowany termin, choć i to nie zawsze bywa prawdą. Zarzut Feyerabenda nie unieważnia jednak zasadności samego odróżniania kontekstu heurezy od kontekstu uzasadniania. Możemy bowiem zgodzić się z twierdzeniem, że intuicja i przekonania sędziowskie odgrywają ważną rolę w sztuce poszukiwania prawidłowego znaczenia przepisu prawnego, ale musimy się również zgodzić z tym, że to nie powołaniem na przekonania i intuicje, ale powołaniem na przyjęte w danej kulturze prawnej dyrektywy wykładni interpretator uzasadnia swoje decyzje.

14.4. Spór między formalistami i nieformalistami a dyrektywy preferencji

Zastosowanie różnych dyrektyw wykładni może prowadzić do rozbieżnych wyników interpretacyjnych. W tej sytuacji nasuwa się pytanie, w jaki sposób należy rozwiązywać konflikty tego rodzaju. W teorii i praktyce sformułowano w tej kwestii cały szereg koncepcji i dyrektyw. Spory o to co jest ważniejsze, litera czy duch prawa, wola historycznego, czy też aktualnego prawodawcy, wykładnia statyczna, czy dynamiczna, to klasyczne

przykłady sporów tego rodzaju³⁹⁵. Można nawet powiedzieć, że problem rozstrzygnięcia konfliktów interpretacyjnych to podstawowy czynnik, który różni od siebie różne teorie i szkoły wykładni prawa. Reguły, które wskazują, jak rozwiązać konflikt różnych dyrektyw wykładni będziemy nazywać dyrektywami preferencji³⁹⁶. Kolidujące interpretacyjne mogą się odnosić do wielu dyrektyw wykładni, ale w praktyce niewątpliwie najważniejsze znaczenie ma problem rozstrzygnięcia konfliktów między dyrektywami wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej³⁹⁷. W tej ostatniej sprawie niewątpliwie najważniejsze znaczenie ma spór między zwolennikami stanowiska formalistycznego i nieformalistycznego³⁹⁸. Formaliści twierdzą, że w przypadku konfliktu różnych dyrektyw wykładni rozstrzygające znaczenie winna mieć wykładnia językowa, nieformaliści opowiadają się za prymatem metod wykładni funkcjonalnej. Gdybyśmy nawiązali do popularnego w naszej literaturze odróżnienia J. Wróblewskiego statycznych i dynamicznych teorii wykładni, to można powiedzieć, iż formaliści są zwolennikami statycznych, natomiast nieformaliści – dynamicznych teorii wykładni³⁹⁹. Używając nieco bardziej swobodnej terminologii, można powiedzieć, iż w konflikcie między literą a duchem prawa teorie statyczne opowiadają się za literą prawa, natomiast teorie dynamiczne za jego duchem.

Spróbujmy teraz nieco szerzej scharakteryzować obydwa stanowiska. Teorie formalistyczne wykładni przyjmują zasadę prymatu wykładni językowej. Teorie te służą takim wartościom jak pewność, niezmiennosc prawa, jego przewidywalność. Podstawowym uzasadnieniem stanowiska formalistycznego jest fakt, że to właśnie język, a nie inne media, jest podstawowym instrumentem komunikowania się prawodawcy z adresatami, a zasadniczym argumentem formalistów jest argument z państwa prawa. Obywatele mają bowiem

³⁹⁵ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 85.

³⁹⁶ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2001, s. 180; M. Zieliński, *Współczesne problemy wykładni prawa*, PiP 1996/8–9, s. 7.

³⁹⁷ J. Wróblewski nazwał dyrektywy preferencyjne tego rodzaju dyrektywami wykładni drugiego stopnia, ponieważ wskazują one jaką decyzję interpretacyjną należy podjąć w sytuacji, gdy zastosowanie dyrektyw wykładni pierwszego stopnia (tj. dyrektyw wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej) prowadzi do rozbieżnych ustaleń interpretacyjnych – por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 120.

³⁹⁸ D.A. Farber, *The Hermeneutic Tourist. Statutory Interpretation in Comparative Perspective*, Cornell Law Review 1995; F. Atria, *Legal Reasoning and Legal Theory Revisited*, [w:] *Law and Legal Interpretation*, ed. F. Atria and N. MacCormick, Ashgate, Dartmouth 2003.

³⁹⁹ O odróżnieniu statycznych i dynamicznych teorii wykładni por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 152; idem, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Ossoli-num 1990, s. 93; K. Opatok, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 240.

prawo działać w zaufaniu do tego, co zostało w tekstach prawnych napisane, a nie do tego, co prawodawca zamierzał, czy chciał osiągnąć⁴⁰⁰. Trafnie pyta jeden z autorów, jak obywatel może przewidzieć rezultat wykładni, gdy interpretator będzie (permanentnie – LM) odstępował od wykładni językowej i opierał się na wykładni systemowej i funkcjonalnej⁴⁰¹. Odstąpienie od sensu językowego przepisu mogą więc uzasadniać wyłącznie bardzo ważne racje i żaden liberalizm w tej sprawie nie jest dopuszczalny, jeśli pewność prawa ma być wartością na której opiera się państwo prawa. Formalizm to tradycyjna postawa pozytywistycznej jurysprudenckiej. Formaliści są zwykle zwolennikami pasywizmu sędziowskiego i dążą do maksymalnego ograniczenia swobody sędziowskiej w interpretowaniu tekstów prawnych. Formalizm ma głębokie oparcie w praktyce prawniczej, która od XIX wieku w krajach *civil law* i *common law* pozostaje pod dominującym wpływem pozytywistycznej nauki prawa. Zasada prymatu wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej, która stanowi fundament teorii formalistycznej, jest powszechnie akceptowana w krajach zachodnich, zarówno w kręgu germańskiej, jak i romańskiej kultury prawnej. Podobnie rzecz się ma w krajach *common law*. W Anglii zasadę pierwszeństwa wykładni językowej nazywa się niekiedy regułą znaczenia literalnego (*the literal rule*), a w USA w nawiązaniu do wybitnego sędziego i filozofa prawa O. Holmesa – regułą oczywistego znaczenia (*the plain meaning rule*)⁴⁰². Jeśli do upadku komunizmu praktyka wykładni Polsce i innych krajach komunistycznych charakteryzował daleko posunięty anarchizm interpretacyjny, które dobrze oddaje reguła „Nadawaj przepisom takie znaczenie, jakie jest wygodne dla rządzących”, to po roku

⁴⁰⁰ Z. Bankowski, N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, [w:] *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, ed. D.N. MacCormick, R. Summers, Dartmouth, Worcester 1991, s. 382.

⁴⁰¹ B. Brzeziński, *Szkice z wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2002, s. 29.

⁴⁰² W jednoznaczny sposób akceptują ją autorzy, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, ed. D.N. MacCormick, R. Summers, Dartmouth, Worcester 1991, s. 5, 30, 51, 190, 382, 432; por. też R. David, G. Grasmann, *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, München 1988, s. 185, K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin–Heidelberg–New York 1979, s. 309; H.-J. Koch, H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München 1982, s. 182; P. Kohler, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, Wien–Köln–Weimar 1997, s. 215; R. Wank, *Die Auslegung von Gesetzen*, Köln 2001, s. 47; H. Rowe, *Recht und sprachlicher Wandel. Entwicklung einer institutioneller Auslegungstheorie*, Baden-Baden 2003; C. Buck, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt am Main 1998, s. 117; S.M. Grundmann, *Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof*, Konstanz 1997, s. 27.

1989 zasada prymatu wykładni językowej jest dość powszechnie akceptowana również w praktyce orzeczniczej naszych sądów⁴⁰³.

Teorię nieformalistyczną wykładni jest znacznie trudniej skonceptualizować. Nieformaliści uznają, iż interpretacja powinna służyć przede wszystkim przystosowywaniu prawa do zmieniających się sytuacji społecznych, ekonomicznych i politycznych. Szeroko rozumiana adekwatność prawa i życia to podstawowa wartość, której służą teorie dynamiczne i stąd też zdecydowana preferencja nieformalistów dla pozajęzykowych sposobów wykładni. Nieformaliści oczywiście nie uważają, że jest możliwa interpretacja tekstów prawnych bez analizy tekstów prawnych, bo byłby to jawny absurd, ale przyjmują daleko bardziej liberalne, skierowane raczej na cele i funkcje regulacji niż na literalne znaczenie przepisów, dyrektywy wykładni. Gdybyśmy wzięli to zastrzeżenie pod uwagę, to powiedzieć można, że podstawową dyrektywą preferencji na której opiera się ich teoria jest dyrektywa prymatu wykładni funkcjonalnej, wedle której w razie konfliktu rezultatów wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej przyjąć należy pierwszeństwo wykładni funkcjonalnej. W wariacie umiarkowanym stanowiska nieformalistycznego uważa się przy tym, że wykładnia funkcjonalna winna się mieścić w granicach znaczenia leksykalnego (słownikowego) przepisu, w wariacie skrajnym pomija się ten warunek i tekst prawny staje się w istocie rzeczy tylko pretekstem do poszukiwania najbardziej słusznego i racjonalnego rozstrzygnięcia danego problemu. Wydaje się, że szkoła wolnego orzecznictwa i niektórzy przedstawiciele realizmu prawniczego byli bliscy radykalnej wersji stanowiska nieformalistycznego. Teoria nieformalistyczna ma wielu zwolenników wśród przedstawicieli niepozytywistycznej teorii i filozofii prawa poczynając od szkół prawa natury, poprzez szkołę wolnego orzecznictwa i realizm amerykański. Nie odzęgnują się od niej również niektórzy przedstawiciele miękkiego pozytywizmu. Jak powszechnie wiadomo, nieformalizm jest bardzo popularnym podejściem do interpretacji norm prawa europejskiego i międzynarodowego, chociaż i tutaj coraz silniej brzmią głosy, iż zasada rządów prawa wymaga, by sądy i inne podmioty respektowały w obrocie prawnym brzmienie traktatów i innych przepisów prawa jako podstawę bezpieczeństwa obywateli i pewności obrotu prawnego. Generalnie powiedzieć można, że nieformalizm to naturalne przesłanie wszystkich zwolenników doktryny aktywizmu sędziowskiego.

⁴⁰³ J. Wróblewski opisując praktykę wykładniczą w PRL pisze o braku ustalonych reguł preferencji – por. *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, ed. D.N. MacCormick and R. Summers, Dartmouth, Worcester 1991, s. 283.

Mówiąc o sporze między formalistami i nieformalistami trzeba stanowczo podkreślić, że ostrość tego sporu w znacznym stopniu łagodzi fakt, że obowiązujące w krajach zachodnich standardy wykładni (*ius interpretandi*), dostarczają całego szeregu instrumentów, które pozwalają osłabić dylemat wyboru między literą a duchem prawa i zbliżyć do siebie oba stanowiska. Zwróćmy uwagę na najważniejsze z nich. Po pierwsze, zarówno formalści, jak i nieformaliści są zgodni co do tego, że w sytuacji, gdy wykładnia językowa nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów należy oprzeć się na wykładni systemowej lub funkcjonalnej. Pierwszeństwo wykładni językowej nie jest więc pierwszeństwem absolutnym, ale jedynie pierwszeństwem *prima facie*. Po drugie powszechnie się przyjmuje, że w sprawach trudnych rezultat wykładni językowej winien znaleźć potwierdzenie w wykładni systemowej i funkcjonalnej (dyrektywa potwierdzania, czy harmonizowania kontekstów). Po trzecie, we wszystkich porządkach prawnych (prawie wewnętrznym, europejskim i międzynarodowym) istnieją reguły, które w uzasadnionych okolicznościach pozwalają odstąpić od znaczenia literalnego (dyrektywy odstępstwa) i w ten sposób pozwalają unikać sytuacji, w których opieranie się na sensie językowym przepisu kłóciłoby się ze zdrowym rozsądkiem, wymogami sprawiedliwości, czy pryncypiami konstytucyjnymi. Dyrektywy takie znane były już starożytności. Powoływali się na nie prawnicy rzymscy, powszechnie akceptowane były w tradycji retorycznej. Cytują je wprost zarówno Cyncero, jak i Kwintylian. W krajach *common law* powszechnie znane jest odróżnienie *the literal rule*, która nakazuje interpretować normę w zgodzie z jej sensem językowym, *the golden rule*, która pozwala zmodyfikować sens językowy przepisu ze względu na jawnie absurdalny rezultat wykładni językowej i *the mischief rule*, która pozwala odejść od sensu językowego przepisu ze względu na jego ewidentną sprzeczność z innymi przepisami lub niezgodność z celem regulacji. Przypomnijmy mądrą uwagę jednego z współtwórców Konstytucji amerykańskiej A. Hamiltona (*the Federalist* 78, 8.3), że reguły wykładni służą nie tylko do odtwarzania sensu przepisów, ale także do łagodzenia niesprawiedliwości prawa⁴⁰⁴. Podobne reguły znajdziemy także w krajach *civil law*⁴⁰⁵. Nie inaczej

⁴⁰⁴ D.J. Bederman, *Classical Canons. Rhetoric, Classicism and Treaty Argumentation*, Ashgate 2001, s. 34.

⁴⁰⁵ D.J. Bederman, *Classical Canons. Rhetoric, Classicism and Treaty Argumentation*, Ashgate 2001, s. 34; C. Buck, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt am Main 1998, s. 91, 116; S.M. Grundmann, *Die Auslegung des Gemeinschaftsrecht durch den Europäischen Gerichtshof*, Konstanz 1997, s. 27, 39; L. Morawski, *Kilka uwag na temat wykładni prawa*, [w:] *Polska kultura prawa a proces integracji europejskiej*, red. S. Wrótkowska, Zakamycze 2005. Jedynie radykalni formalści odrzucają reguły odstępstwa od sensu

wygląda sprawa w prawie europejskim i międzynarodowym. Już H. Grotius wskazywał, że wykładnia umów międzynarodowych powinna unikać trzech rzeczy: absurdu, niesprawiedliwości i nieefektywności⁴⁰⁶. W takim też duchu wypowiadają się polskie sądy, by zacytować tylko orzeczenie SN: „Wykładnia językowa nie może [...] prowadzić do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu” (uchwała SN z dnia 22 marca 2007 r., III CZP 8/2007, LEX nr 230973, Biul.SN 2007/3). Bardzo mocno przy tym należy podkreślić, że wykładnię, w której sąd odstępuje od sensu literalnego przepisu powołując się na dyrektywy odstępstwa nie jest uważana za wykładnię *contra legem*, co legitymizuje taką praktykę zarówno w oczach nieformalistów, jak i formalistów. Dyrektywy odstępstwa szczegółowo analizowałem w wielu innych pracach⁴⁰⁷. Tutaj więc możemy się ograniczyć tylko do wyliczenia typowych sytuacji, w których sędzia może z nich skorzystać. Przyjmuje się więc w szczególności, że interpretatorowi wolno jest odstąpić od sensu językowego przepisu:

- w przypadku gdy sens językowy jest ewidentnie sprzeczny z fundamentalnymi wartościami konstytucyjnymi, a z istotnych powodów uchylenie przepisu byłoby w danym momencie niemożliwe lub niecelowe,
- w przypadku, gdy wykładnia językowa prowadzi do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu,
- w sytuacji, gdy wykładnia językowa prowadzi *ad absurdum*,
- w sytuacji rażącego błędu legislacyjnego.

Na koniec podkreślić należy, iż wobec tego, że powołanie się na dyrektywy odstępstwa zawsze oznacza w jakimś sensie korektę istniejącego prawa, na dyrektywy te można się powoływać wyłącznie w szczególnie ważnych okolicznościach. Nie każda zatem niesprawiedliwość, nieracjonalność, czy sprzeczność z konstytucją, ale szczególnie rażąca wada regulacji prawnej uzasadnia korzystanie z reguł tego rodzaju. Mówiąc o sporze między formalistami i nieformalistami trzeba również pamiętać o specyfice poszczególnych gałęzi prawa, która powoduje, że w gałęziach zamkniętych (prawo karne, czy podat-

języcznego na przykład A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1998, s. 24.

⁴⁰⁶ D.J. Bederman, *Classical Canons. Rhetoric, Classicism and Treaty Argumentation*, Ashgate 2001, s. 144, 152.

⁴⁰⁷ Por. w szczególności L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 83.

kowe) konieczne są bardziej formalistyczne metody wykładni (zakaz wykładni rozszerzającej i analogii), podczas gdy w gałęziach otwartych (prawo cywilne) dopuszczalny jest większy liberalizm.

14.5. Teoria deklaratoryjna i konstytutywna wykładni

Spór o to, czy wykładnia prawa ma i powinna mieć charakter odtwórczy, czy też twórczy (kreatywny) to spór, który od czasów jurysprudencki rzymskiej trapi prawników. Na tym tle wyodrębniły się dwa podstawowe stanowiska, które będą nazywać teorią deskryptywną i teorią konstytutywną wykładni. Zwolennicy deklaratoryjnej teorii wykładni utrzymują, iż interpretator tekstu prawnego nie konstruuje znaczenia pojęć języka prawnego i nie powinien go konstruować, a wyłącznie odtwarzać znaczenia już istniejące, zaś wedle zwolenników teorii konstytutywnej (konstruktywnej) w pewnych przynajmniej okolicznościach wykładnia ma i powinna mieć charakter twórczy. Spór między zwolennikami teorii deklaratoryjnej i konstytutywnej toczy się na dwóch płaszczyznach: deskryptywnej i normatywnej. W pierwszym przypadku chodzi o to, czy sądy dokonując wykładni faktycznie tylko odtwarzają znaczenie przypisów, czy też je w jakiś sposób tworzą lub przynajmniej współtworzą, w drugim zaś o to, czy sądy powinny tylko odtwarzać, czy też również tworzyć to znaczenie. Rozpocznijmy od analizy tego sporu na płaszczyźnie deskryptywnej

Poglądowym przykładem stanowiska deklaratoryjnego może być znana uchwała TK z 7 marca 1995 (W 9/94) w której Trybunał stwierdził, że jego wykładnia niczego nie ujmuje ani niczego nie dodaje do systemu obowiązujących norm prawnych⁴⁰⁸, a jedynie ustala, jaka jest treść tych norm. Zdaniem TK jego uchwały ustalające powszechnie obowiązującą wykładnię ustaw stwierdzają, jakie jest prawidłowe rozumienie przepisów i nie wnoszą żadnych nowych treści do systemu prawa. Z tej tezy wyprowadza dalej TK wniosek, iż skoro decyzje interpretacyjne wyłącznie odtwarzają sens przepisów, to w oczywisty sposób powinny one mieć moc wsteczną, tzn. obowiązywać już od chwili wejścia w życie interpretowanego przepisu (ex tunc), a nie dopiero od chwili podjęcia decyzji przez sąd (ex nunc, pro futuro). Konstruktywiści z kolei uważają, iż w sytuacji gdy wykładnia ma wyraźnie twórczy i nieprzewidywalny dla adresatów charakter sąd może inaczej określić datę od

której jego decyzja będzie wywierała skutki, a w szczególności może przyjąć, iż działa ona ex nunc (pro futuro).

Twierdzenie, że w swojej wykładni sędziowie tylko odtwarzają znacznie przepisów prawnych to tradycyjny punkt widzenia XIX wiecznej, głównie pozytywistycznej jurysprudencki. Założenie to jest jednak nie do utrzymania w świetle współczesnych nauk o języku i nie może ulegać wątpliwości, że na płaszczyźnie deskryptywnej rację mają zwolennicy teorii konstytutywnej. Jeszcze raz odwołajmy się do słynnej tezy H. Harta o otwartej tekstowości prawa (open texture of law) w myśl której znaczenie większości pojęć języka prawnego jest określone tylko częściowo i dla wielu sytuacji ani reguły języka prawnego ani reguły języka naturalnego nie odpowiadają na pytanie, czy dana sytuacja, czy też fakt podpada pod dane pojęcie, czy też nie⁴⁰⁹. Przypomnijmy sobie słynny przykład Harta z zakazem wjazdu do parku pojazdów mechanicznych w sytuacji, gdy do parku podjeżdża dziecko małym samochodem sterowanym elektrycznie oraz różne warianty tej sytuacji (samochód rozwija małą albo bardzo dużą szybkość, jest cichy lub bardzo głośny etc). Można jeszcze skomplikować podany przykład analizując sytuację, gdy do parku, po to by udzielić komuś pomocy, wjeżdża karetka pogotowia lub zwykły pojazd cywilny, czy nawet czołg, który ma zostać ustawiony na postumencie. Hart trafnie dowodzi, że nie jesteśmy w stanie sprecyzować znaczenia tego zakazu dla wszystkich możliwych sytuacji i w tym właśnie sensie większość pojęć naszego języka prawnego jest otwarta na nowe i nieprzewidziane sytuacje. Od strony lingwistycznej otwartość języka prawnego to rezultat tego, że teksty prawne są zwykle redagowane w języku potocznym, który jest językiem o nieostrych i płynnych granicach. Z tego też właśnie powodu (choć nie tylko tego – por. niżej) wykładnia prawa ma w wielu wypadkach charakter twórczy. Jak sądzę, to samo ma na myśli R. Dworkin, gdy w swojej krytyce pozytywizmu podkreśla, że pojęcie prawa ma charakter interpretacyjny, a akty wykładni prawa mają bardzo często charakter konstruktywny⁴¹⁰. W języku niemieckim odróżnienie wykładni odtwórczej i twórczej znajduje swój

⁴⁰⁹ H. Hart, *The Concept of Law*, s. 121 i n. O tzw. definicjach zupełnych i częściowych por. L. Morawski, *O dwóch sposobach definiowania pojęć w prawie*, Acta Universitatis Nicolai Copernici 1981, z. 115, Prawo XIX.

⁴¹⁰ R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, s. 50, 87; idem, *Law, Philosophy and Interpretation*, [w:] *Law and Legal Interpretation*, ed. F. Atria and N. MacCormick, Ashgate, Dartmouth 2003. Z tego powodu R. Dworkin uznaje, że nie da się wskazać semantycznych kryteriów, które by pozwoliły odróżnić normy prawne od innych reguł. Jego zdaniem wszelkie teorie semantyczne prawa z pozytywizmem na czele są wadliwe (ibidem, s. 344 oraz *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1986, s. 46, 59). W naszej literaturze na twórczy charakter wielu decyzji in-

⁴⁰⁸ Zniosła je Konstytucja z 1997 r.

wyraz nawet na poziomie języka. W tym pierwszym przypadku niemieccy juryści zwykli używać terminu „Auslegung” lub „Interpretation”. W tym drugim – raczej pojęcia „Rechtsfortbildung” (rozwijanie prawa)⁴¹¹. Zwróćmy także uwagę na to, że w analizowanych przypadkach akty twórczej wykładni prawa wynikają z immanentnych cech samego języka prawnego, a nie „chęci” sędziów, by występować w roli prawodawców, chociaż i tej ostatniej sytuacji nie można wykluczyć. Należy jednak w tym miejscu bardzo mocno podkreślić, iż konstruktywiści bynajmniej nie twierdzą, że wykładnia ma w każdym przypadku charakter twórczy, teza taka byłaby absurdalna, twierdzą oni tylko, że wykładnia prawa ma w pewnych przypadkach charakter twórczy. Trudno jest oczywiście sprecyzować w jednoznaczny sposób granice między wykładnią odtwórczą i twórczą, ale w przypadkach typowych granice te można bez trudu uchwycić. Gdyby więc sąd uznał, że koń jest zwierzęciem to chyba nikt nie miałby wątpliwości, że jest to przypadek wykładni odtwórczej, podobnie jak nikt nie ma wątpliwości, że wykładnią twórczą była z kolei wykładnia jednego z sądów amerykańskich, który uznał przejazd konną w parku za używanie pojazdu mechanicznego⁴¹². W kwestii interpretacji pojęć wykładni twórczej i odtwórczej w naszej literaturze prawniczej na uwagę zasługują dwie koncepcje. W myśl pierwszej z wykładnią twórczą mamy do czynienia w tych sytuacjach, w których interpretator odchodzi od sensu literalnego przepisu⁴¹³. W myśl drugiej koncepcji wykładnia twórcza to wykładnia, w której zawarty jest element nowości normatywnej, a zatem taka, która zmienia zakres czynów nakazanych, zakazanych lub dozwolonych⁴¹⁴. Nie trudno jest dostrzec, że obydwa te określenia niekoniecznie są ze sobą zgodne i co gorsza obydwa same wymagają wykładni. Musimy jednak się z tym pogodzić, iż teoria interpretacji nie jest tą dziedziną, w której zawsze mogliśmy osiągnąć zadowalający poziom ścisłości. Myślę jednak, że większość z nas zgodziłaby się, że z aktami twórczej wykładni prawa mamy do czynienia

interpretacyjnych wskazywał już A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 434; A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 295.

⁴¹¹ P. Kohler, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, Wien-Köln-Weimar 1997, s. 188, 221; R. Wank, *Die Auslegung von Gesetzen*, Köln 2001, s. 50.

⁴¹² Pod koniec wieku XIX jeden z sądów niemieckich uznał, że samochód jest zwierzęciem w sensie prawnym W. Daübler, *Gestaltung neuer Technologien durch Recht*, [w:] *Verdatet und vernetzt. Sozialökologische Handlungsspielräume der Informationsgesellschaft*, red. W. Steinmüller, Frankfurt am Main 1988, s. 128.

⁴¹³ L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, PiP/10.

⁴¹⁴ M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, PiP1980/6; Z. Ziemiński, *Tworzenie a stanowienie i stosowanie prawa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1993/4.

nia zwykle w następujących przypadkach: interpretacji pojęć otwartych, wykładni rozszerzającej lub zwężającej, interpretacji pojęć nieostrych, niejasnych lub innych pojęć, których sens budzi uzasadnione wątpliwości, w przypadku stosowania dyrektyw odstępstwa⁴¹⁵.

Interpretacja terminów otwartych, a więc terminów posiadających tylko częściową interpretację w języku prawnym lub potocznym to standardowy i najczęściej przytaczany przykład wykładni twórczej. Jak sądzę, trudno byłoby argumentować, że ten, kto dookreśla sens danego terminu jedynie go odtwarza. Trudno byłoby przecież argumentować, że ustawodawca, który w słowniczku do naszego kodeksu karnego stwierdza, iż statkiem wodnym jest także stała platforma umieszczona na szelfie kontynentalnym (art. 115 § 15 k.k.) tylko odtwarza istniejące znaczenie terminu „statek wodny” w języku polskim, a nie mając na uwadze potrzeby ochrony prawnej w odpowiedni sposób je konstruuje.

Druga sytuacja, która dowodzi tezy, iż wykładnia prawa może mieć charakter twórczy, to przykład wykładni rozszerzającej i zwężającej. Twierdzenie, że interpretator, który rozszerza lub zwęża znaczenie danego terminu, jedynie je odtwarza ma dokładnie tyle samo sensu, co twierdzenie, że krawiec, który poszerza lub zwęża spodnie, pozostawia je w dokładnie w takim stanie, w jakim były przed przeróbką. Pogląd taki byłby absurdalny i nie można oprzeć się wrażeniu, iż teoria deklaratoryjna pozostaje w sprzeczności nawet z językiem, którego używają prawnicy, gdy mówią o wykładni⁴¹⁶.

Następny przypadek, który chcę rozważyć, odnosi się do zasady clara non sunt interpretanda. Jak wiadomo, w myśl tej zasady wykładni dokonuje się wtedy, gdy sens przepisu prawnego budzi wątpliwości (clara non sunt interpretanda), a więc na przykład wtedy, gdy przepis prawny jest nieostry, niejasny czy wieloznaczny. Zgodnie z teorią deklaratoryjną w takim przypadku interpretator powinien konsekwentnie poprzestać na stwierdzeniu, że przepis wykazuje taką a taką wadę i to byłaby rzeczywiście wykładnia odtwórcza. Nie ulega jednak wątpliwości, że gdy interpretator dojdzie do wniosku, że przepisowi można przypisać kilka znaczeń, to sam będzie musiał wybrać jedno z nich jako właściwe. W wykładni prawa interpretator jest więc często raczej terapeutą tekstów prawnych niż ich diagnostą i taka jego rola jest również trudna do pogodzenia z podstawami, na których opiera się teoria deklaratoryjna.

Kolejnym przykładem wykładni twórczej jest stosowanie dyrektyw odstępstwa. Warto dodać, że w ich przypadku zdarza się, iż sądy odstępują od

⁴¹⁵ Szerzej na ten temat L. Morawski, *Precedens a wykładnia...*, s. 10.

⁴¹⁶ L. Morawski, *Precedens a wykładnia...*, s. 7.

fundamentalnej zasady, iż każda wykładnia, a więc także wykładnia systemowa i funkcjonalna, winna mieścić się w granicach znaczenia leksykalnego (słownikowego) interpretowanego pojęcia i poszukują tego znaczenia poza sensem leksykalnym przepisu po to, by uzgodnić znaczenie przepisu z wymogami sprawiedliwości, racjonalności i pryncypiami konstytucyjnymi.

Przejdźmy teraz do analizy naszego sporu na płaszczyźnie normatywnej, a więc do kwestii, czy jest dopuszczalne, by sądy w pewnych okolicznościach odwoływały się do aktów wykładni twórczej. Trafność stanowiska konstruktywistów na płaszczyźnie deskryptywnej nie unieważnia sporu między zwolennikami obu tych teorii na płaszczyźnie normatywnej. Można bowiem zasadnie twierdzić, że wykładnia prawa ma w wielu wypadkach charakter twórczy, a mimo to uważać, że ideałem stanu sędziowskiego powinno być jak najściślejsze trzymanie się litery prawa i unikanie takich sytuacji, w których sędzia poprawia ustawodawcę lub odstępuje od jego decyzji. W ten oto sposób spór między zwolennikami teorii deskryptywnej i konstytutywnej staje się na płaszczyźnie normatywnej sporem między zwolennikami pasywizmu i aktywizmu sędziowskiego. O sprawach tych mówiliśmy szeroko w poprzednich rozdziałach, tutaj więc ograniczymy się do kilku uwag. Zwróćmy przede wszystkim uwagę fakt, że akty wykładni twórczej są nie tylko nieuniknioną konsekwencją własności naszego języka (jego otwartości i nieostrości), ale również wynikają z tego, iż sędziowie korygują istniejące prawo kierując się motywami moralnymi lub politycznymi. Do tego w końcu sprowadza się odróżnienie aktywizmu niepolitycznego i politycznego. Jeśli w tej sprawie można coś powiedzieć, to przede wszystkim to, iż błąd zwolenników doktryny pasywizmu polega na tym, iż próbuje ona bronić swoich pozycji odwołując się do fałszywej teorii, iż każda wykładnia tylko odtwarza istniejący sens przepisów prawnych. Fakt, że teoria ta jest fałszywa w niczym jednak nie podważa naczelnego przesłania doktryny wstrzemięźliwości sędziowskiej, iż akty kreatywnej wykładni należy zwalczać tam gdzie nie wynikają one z immanentnych własności naszego języka, ale służą partykularnym celom i interesom politycznym, a nie interesom dobra publicznego. Pasywiści muszą się więc pogodzić z tym, że w wielu wypadkach akty wykładni twórczej są czymś nieuniknionym, tak jak czymś nieuniknionym jest otwartość naszego języka, ale nie muszą się godzić z tym, by akty wykładni twórczej służyły niecnym celom moralnym i politycznym.

Na koniec musimy poświęcić kilka słów następującej kwestii. Jak powszechnie wiadomo, w krajach *civil law* obowiązuje zakaz wykładni prawotwórczej i polskie sądy w swoim orzecznictwie bardzo często na ten fakt się powołują. Powstaje przeto fundamentalne pytanie, czy każda wykładnia twórcza jest wykładnią prawotwórczą, a tym samym złamaniem zakazu wykładni prawotwórczej. Myślę, że odpowiedź na to pytanie winna brzmieć zdecydowanie

negatywnie i to z kilku powodów. Jak mówiliśmy, otwartość języka prawnego jest powszechną i nieuniknioną cechą języka prawnego i w tej sytuacji twierdzenie, że w każdej sytuacji, gdy sędzia interpretuje pojęcia otwarte łamie zakaz wykładni prawotwórczej byłoby pozbawione jakiegokolwiek sensu i oznaczałoby, że wszystkie sądy i na całym świecie interpretują prawo głównie *contra legem*. Próbując rozwiązać dylemat między powszechnością wykładni twórczej i zakazem wykładni prawotwórczej należy przede wszystkim zauważyć, że pojęcia wykładnia *secundum legem*, *contra legem* i *praeter legem* nie są zbyt ścisłe, gdyż – jak wskazywaliśmy – prawo bardzo rzadko reguluje zasady interpretacji tekstów prawnych i reguły wykładni w ogromnej większości przypadków stanowią wytwór wiekowej tradycji sięgającej jeszcze czasów rzymskich (*ius interpretandi*). Z tego powodu ma rację J. Wróblewski, gdy mówi, że należałoby mówić nie o wykładni *secundum*, *contra*, *praeter legem*, ale o wykładni *secundum*, *contra* i *praeter interpretationem*. Mając ten fakt na uwadze powiemy, że wykładnia *secundum legem* to wykładnia zgodna, a wykładnia *contra legem*, to wykładnia niezgodna z przyjętym w danej kulturze kanonem poprawnej interpretacji tekstów prawnych (wykładnia *praeter legem* to wykładnia rozszerzająca). Powiemy więc, że sędzia działa *secundum legem*, gdy odstępuje od sensu literalnego przepisu, w sytuacji gdy prowadzi on *ad absurdum*, ale uznamy że działa on *contra legem*, gdy czyni to z błahych powodów. Powiemy również, że w uzasadnionych przypadkach dopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca praw i wolności obywatelskich, ale uznamy za wykładnię *contra legem* wykładnię rozszerzającą norm prawa karnego i podatkowego na niekorzyść oskarżonego i podatnika. Podobne zasady należy stosować w przypadku wykładni *sensu largo*. Powiemy więc, że sąd, który stosuje analogię w przypadkach, w których jest dopuszczalne tylko wnioskowanie *a contrario*, dokonuje wykładni *contra legem*. *Contra legem* będzie więc zastosowanie analogii na niekorzyść oskarżonego, czy podatnika, a zasadniczo *secundum legem* jest jej zastosowanie na ich korzyść. Myślę, że nie ma innej drogi rozwiązania dylematu, który wynika z faktu, że prawnicy dopuszczają w pewnych sytuacjach wykładnię twórczą, ale w żadnych nie dopuszczają wykładni prawotwórczej, niż przez przyjęcie wyżej wskazanych reguł. Musimy być wreszcie świadomi tego, że dyrektywy wykładni są jedynie *toposami*, a więc ogólnymi wskazówkami interpretacyjnymi, które w wielu przypadkach same wymagają wykładni i z tego powodu w pewnych sytuacjach odpowiedź na pytanie, co jest wykładnią *secundum* i *contra legem* może być niezmiernie trudna⁴¹⁷.

⁴¹⁷ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa...*, s. 94.