

Maciej Koszowski

Wyższa Szkoła Biznesu w Dąbrowie Górniczej

O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka

1. Wprowadzenie

Problematyka tzw. luk w prawie (luk prawnych) była już szeroko omawiana i dyskusyjowana w literaturze teoretycznoprawnej, w tym polskiej¹. Wciąż się jednak wydaje, że wymaga ona pewnego komentarza i uporządkowania. Nadal nie do końca bowiem wiadomo, co dokładnie należy rozumieć przez pojęcie luki w prawie, jak powinno się definiować poszczególne rodzaje takiej luki oraz kiedy można definitywnie stwierdzić, że doszło do tego typu luki usunięcia.

¹ Na temat luk w prawie ogólnie zob. np.: J. Nowacki, *Normy sprzeczne a problematyka luk w prawie*, w: *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 305–320; J. Nowacki, *Koncepcja luk contra legem*, w: *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 321–334; J. Nowacki, *O tzw. pionowych „lukach” w prawie*, w: *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 335–344; J. Nowacki, *O tzw. konstrukcyjnych lukach w prawie*, w: *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 287–304; J. Nowacki, *Luki w prawie. Ideologia*, w: *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 345–371; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 108–111; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 218–225; J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, s. 183–185; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2012, s. 137–141; A. Jamróz, *Wprowadzenie do prawoznawstwa*, Warszawa 2011, s. 208–209; E. Smoktunowicz, *Analogia w prawie administracyjnym*, Warszawa 1970, s. 31–38, 46–58; Z. Pulka, *Podstawy prawa. Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2008, s. 76–79; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht 1992, s. 224–225; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 181–183, 193–194; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2011, s. 148; A. Munczewski, *Reguły interpretacyjne w działalności orzeczniczej Sądu Najwyższego*, Szczecin 2004, s. 170–171; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 221–223; w odniesieniu do polskiego porządku prawnego: L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 131–133, 208–211; L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 314–320; J. Wróblewski, *Statutory Interpretation in Poland*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth 1991, s. 268–269; E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 38–46; R. Mastalski, *Stosowanie prawa podatkowego*, Warszawa 2008, s. 119–127; w odniesieniu do szwedzkiego porządku prawnego: A. Peczenik i G. Bergholtz, *Statutory Interpretation in Sweden*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Statutes...*, s. 313–314; w odniesieniu do porządku prawnego Wielkiej Brytanii oraz Stanów Zjednoczonych: Z. Bańkowski, D.N. MacCormick, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Statutes...*, s. 362–364; R.S. Summers, *Statutory Interpretation in the United States*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Statutes...*, s. 411–412, 419–422; w odniesieniu do niemieckiego porządku prawnego: R. Alexy, R. Dreier, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Statutes...*, s. 78–82; w odniesieniu do porządku prawnego Finlandii: A. Aarnio, *Statutory Interpretation in Finland*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Statutes...*, s. 131–132; w odniesieniu do francuskiego porządku prawnego: M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *Statutory Interpretation in France*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Statutes...*, s. 175–179; w odniesieniu do włoskiego porządku prawnego: M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *Statutory Interpretation in Italy*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Statutes...*, s. 218–220, 224–225; w odniesieniu do porządku prawnego Argentyny: E. Zuleta-Puceiro, *Statutory Interpretation in Argentina*, w: D.N. MacCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Statutes...*, s. 37–40.

Z językowego punktu widzenia termin „luka” oznacza jakiś brak w większej całości². Mówimy na przykład o lukach w pamięci, wykształceniu, tekście, wale lub ogrodzeniu. Ponadto, pomijając już negatywne konotacje, jakie się z nią wiążą, wystąpienie luki niejako z definicji wskazuje na potrzebę jej wypełnienia (uzupełnienia), a przynajmniej taką uprzednią i/lub następczą możliwość. Te też dwa atrybuty: brak jakiegoś elementu oraz celowość, a co najmniej teoretyczna tudzież praktyczna możliwość usunięcia tego braku zdają się być równie relewantne w odniesieniu do luk w prawie. Przy tym, dla pełnego wyjaśnienia istoty tego typu luk, niezbędne jawi się udzielenie odpowiedzi na cztery pytania: a) o brak czego dokładnie w ich przypadku chodzi, b) w jakim stopniu ten brak ma charakter ocenny (jest on uzależniony od subiektywnych ocen), c) czym ewentualnie można taki brak „uzupełnić” oraz d) co oznacza w tym kontekście sam termin/pojęcie: prawo.

2. Ogólna definicja luki w prawie

Przed wszystkim należy zauważyć, że idea luk w prawie zdaje się presuponować pewne szczególne rozumienie prawa jako takiego oraz sposobu (metody), w jaki jest ono w konkretnych przypadkach stosowane. Tak, po pierwsze, wydaje się, że fenomen prawa miałby się tutaj sprowadzać do generalno-abstrakcyjnych norm (reguł) prawnych, w sensie, iż „całe prawo” składałoby się i zarazem wyczerpywało w obowiązywaniu takich norm (reguł)³. Po drugie – co równie ważne, jeśli nie ważniejsze – normy te poza odznaczaniem się generalno-abstrakcyjnym charakterem miałyby spełniać jeszcze jedno kryterium, na użytek niniejszego artykułu zwane roboczo „automatyczną stosowalnością”, dzięki spełnieniu którego pozwalałyby się one „łatwo” (automatycznie) stosować w praktyce.

Jak się mianowicie wydaje, zgodnie z założeniami koncepcji luk prawnych, od konstytuujących prawo norm (reguł) oczekuje się, że będą one z góry determinować konsekwencje prawne dla mogących wystąpić w „życiu” stanów faktycznych. W tym też celu normy te powinny być na tyle konkluzywne (użyte w nich pojęcia jasne i dookreślone), aby organy stosujące prawo – sędziowie, urzędnicy itp. – były na podstawie tych norm w stanie wydać rozstrzygnięcie w przedłożonych im sprawach zarówno bez konieczności wdawania się w bazujące na subiektywnych ocenach rozważania, jak i bez potrzeby korzystania ze swobodnego uznania. Innymi słowy, oprócz niepozostawiania luzu decyzyjnego, składające się na prawo normy miałyby tu zawsze umożliwiać przypisanie skutków prawnych poszczególnym stanom faktycznym (wywiedzenie norm indywidualno-konkretnych znajdujących zastosowanie w takich stanach) bez uciekania się – przynajmniej świadomego – do nakazów zdrowego rozsądku, pryncypiów ekonomii, wymogów moralności tudzież oczekiwań społecznych lub niewyrażonej wprost intencji prawodawcy, co mogłoby utrudniać proces subsumcji i w konsekwencji prowadzić do wydawania rozbieżnych wyroków/decyzji administracyjnych na podstawie tej samej

² Zgodnie z definicją słownikową luka to „miejsce niezapełnione czymś, niezajęte, puste, wolne; przerwa, wyrwa, szczelina; brak, niedostatek, niedobór czegoś”. Zob. hasło: „luka” w: *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2008.

³ Dodatkowo normy te mogą, lecz nie muszą, być hierarchicznie uporządkowane oraz niesprzeczne, i w tym znaczeniu tworzyć „system prawny”. Te dodatkowe właściwości jawią się bowiem neutralne dla koncepcji luk w prawie. Obojętne pozostaje tu również to, skąd dana norma pochodzi, tj. czy została ona „umieszczona” w akcie prawa stanowionego, ma swe źródło w prawie zwyczajowym lub precedensowym, czy też jest normą zgodną z jakimś porządkiem aksjologicznym (np. etyką chrześcijańską). Ergo, ważny jest tutaj sam, zrelatywizowany do stanu faktycznego, jakiego skutki prawne mają zostać określone, przymiot obowiązywania danej normy, a nie to, co o posiadaniu przez nią takiego przymiotu w danej kulturze prawnej decyduje.

normy prawnej⁴. Obrazowo to zatem ujmując, normy, o jakie tu chodzi, powinny być stosowalne automatycznie.

Przyjmując takie jak przedstawione powyżej rozumienie istoty prawa oraz metody (sposobu) jego stosowania, definicja tego, czym jest luka prawna, wydaje się nasuwać sama przez się. Otóż z taką luką mielibyśmy do czynienia zawsze, ilekroć dla danego stanu faktycznego nie obowiązywałaby żadna norma prawna, jaka nadawałaby się do automatycznego – w tym stanie – zastosowania⁵. Przy tym, brak takiej normy byłby tu, z racji, że może się ono składać tylko z takich norm, niczym innym jak właśnie brakiem samego prawa. Co więcej, brak ten ewidentnie stanowiłby też pewien niedobór w większej całości, jaką w tym przypadku jest zbiór norm posiadających przymiot automatycznej stosowalności. W rezultacie, w pełni odpowiadałoby to pierwszemu z dwóch atrybutów pojęcia luki, o jakich była mowa w drugim akapicie pkt 1.

Takie jak właśnie przedstawione ujęcie luki w prawie zdaje się również idealnie wkomponowywać w podziały (rodzaje) luk w prawie, z jakimi powszechnie spotykamy się w polskiej tudzież zagranicznej nauce prawa. W pewnym zakresie pozostaje ono też adekwatne dla pojęcia tzw. sprawy jeszcze nierozpoznanej (ang. *case of first impression*), tj. odpowiednika luki prawnej w domenie prawa precedensowego.

3. Rodzaje luk prawnych

Pierwszym – podstawowym – rodzajem luki w prawie jest niewątpliwie luka określana mianem luki *extra legem* (w wolnym tłumaczeniu: na zewnątrz prawa)⁶. Kierując się zaproponowaną powyżej ogólną definicją luk w prawie, o wystąpieniu tej luki decydowałby brak obowiązywania w stosunku do danego stanu faktycznego jakiegokolwiek normy prawnej, która pozwalałaby się w tym stanie automatycznie zastosować; przy czym, nieistnienie takiej automatycznie stosowalnej normy stwierdzalibyśmy tu już na poziomie hipotezy, abstrahując zupełnie od tego, co zawiera dyspozycja. Z luką *extra*

⁴ Na podobne cechy reguł w kontekście potrzeby zapewnienia prawu dostatecznej dozy pewności wskazują L. Alexander i E. Sherwin. Autorzy ci postulują bowiem, że takie reguły powinny być, po pierwsze, na tyle ogólne (generalne), aby móc wyznaczać konsekwencje prawne dla danej klasy spraw, po drugie, w takim stopniu precyzyjne, aby dawały odpowiedź odnośnie do tych konsekwencji bez konieczności uciekania się do rozważań w przedmiocie wartości, jakim poszczególne reguły służą, oraz, po trzecie, być „poważne” w sensie zapobiegania dalszym rozumowaniom i wyznaczania w sposób ściśle skutków prawnych. Zob. L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge 2008, s. 54.

⁵ Takim stanem może być stan faktyczny, jaki rzeczywiście wystąpił, jak i – jak się wydaje – stan, jaki tylko hipotecznie może wystąpić w rzeczywistości.

Podobną definicję luki w prawie zdaje się presuponować J. Raz, *The Authority...*, s. 181 („regulated cases are those which fall under a common law or statutory rule which does not require judicial discretion for the determination of the dispute”, tłum.: „sprawy uregulowane to te, które podpadają pod regułę [z prawa] *common law* albo ustawy, jaka nie wymaga [sięgnięcia do] dyskrekcji sądowej w celu rozstrzygnięcia sporu”).

⁶ Odnośnie do luki *extra legem* zob. E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 34–38; Z. Ziemiński, *Problemy...*, s. 220–222; L. Morawski, *Wstęp...*, s. 148; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, s. 108; J. Nowacki, *Normy sprzeczne...*, s. 317; J. Nowacki, *Koncepcja...*, s. 321–322. Przez przedstawicieli polskiej nauki prawa nazywana jest ona również luką *praeter legem*, zob. J. Nowacki, *Normy sprzeczne...*, s. 317; J. Nowacki, *Koncepcja...*, s. 322; E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 34), luką aksjologiczną (ocenną) albo pozorną, zob. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp...*, s. 139–140; Z. Ziemiński, *Problemy...*, s. 220; Z. Pulka, *Podstawy...*, s. 76–77; L. Morawski, *Wstęp...*, s. 148; A. Muncizewska, *Reguły...*, s. 170–171; L. Morawski, *Wykładnia...*, s. 314; L. Morawski, *Zasady...*, s. 131; A. Redelbach, S. Wrótkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 221–222, a w literaturze obcojęzycznej także luką niedostatku/niewystarczającą, *an insufficiency gap*, zob. A. Peczenik, G. Bergholtz, *Statutory...*, s. 313, luką zewnętrzną, *an extrinsic gaps*, zob. E. Zuleta-Puceiro, *Statutory...*, s. 38, luką w ustawie, *a statutory gap*, zob. A. Aarnio, *Statutory...*, s. 131, 132, tudzież, w odróżnieniu od spraw/sporów uregulowanych, sprawą/sporem nieuregulowaną(ym), *an unregulated/unprovided case/dispute*, lub przypadkiem pominiętym, *casus omissus*, zob. J. Raz, *The Authority...*, s. 181; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 420; M. La Torre, E. Pattaro, M. Taruffo, *Statutory...*, s. 225. Por. też pojęcie luki niekonsekwencji oraz luki ewolucji, jakim posługuje się E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 53–54.

legem mielibyśmy zatem do czynienia wówczas, gdy dla danego stanu faktycznego nie obowiązywałaby żadna norma prawna, pod której zakres zastosowania ten stan podpadałby w sposób automatyczny. W rezultacie też, z uwagi na pojmowanie prawa jako zbioru norm o określonych właściwościach, taki stan faktyczny, jako że nieobjęty hipotezą żadnej z norm należących do tego zbioru, można by uważać za „zupełnie” (w ogóle) przez prawo nieuregulowany, a stąd i pozostający poza („na zewnątrz”) tym prawem.

Trzymając się dalej poczynionej w niniejszym artykule konwencji, druga z tradycyjnie wyróżnianych odmian luk w prawie, tzw. luka *intra legem* (w wolnym tłumaczeniu: wewnątrz prawa)⁷, oznaczałaby sytuację, w której dla danego stanu faktycznego obowiązuje norma prawna automatycznie obejmująca ten stan, jednakże przypisanie temu stanowi skutków prawnych na podstawie tej normy w sposób automatyczny nie jest już możliwe. Innymi słowy, tylko hipoteza tej normy odznacza się przymiotem automatycznej stosowalności, podczas gdy dyspozycja jest już go pozbawiona. Tym samym, luka, o jakiej tu mowa, nie brałaby się z „całkowitego” braku prawa dla konkretnego przypadku (pozostawiająca ten przypadek „poza prawem”), lecz z pewnego niedoboru w obowiązującym prawie, jakie dla tego przypadku istnieje, ale w niepełnej postaci.

Z kolei luka nazywana luką *contra legem* (w wolnym tłumaczeniu: przeciw prawu)⁸ zachodziłaby wówczas, ilekroć, mimo że dla danego stanu faktycznego obowiązuje automatycznie stosowalna norma prawna (i to zarówno pod względem jej hipotezy, jak i dyspozycji), to jednak norma ta nie jest taką, jaką być powinna. Dla tego stanu bardziej pożądana byłaby bowiem jakaś inna norma, o innej treści, nadająca się w tym stanie do automatycznego zastosowania. Przy tym, zgodnie z przyjętym rozumieniem istoty prawa, o tym, że jedna norma jest bardziej pożądaną od drugiej (właściwszą), mogłyby przesądzać wszelkie możliwe argumenty, oceny, twierdzenia, postulaty itp. pod warunkiem jednak, iż nie dążą one do zakwestionowania tego, że norma mniej pożądana – przynajmniej do czasu usunięcia luki *contra legem* – jest dla objętego nią stanu faktycznego obowiązującym prawem. W efekcie też tego, tak pojmowana luka *contra legem* byłaby wymierzona przeciw prawu *par excellence*, ponieważ prawo, i to w pełnej („niewybrakowanej”) postaci, w jej przypadku istnieje, tylko że nie jest ono takie, jakie czymś zdaniem być powinno.

W powyższym wywodzie brakuje odniesienia do szeregu innych potencjalnie możliwych konfiguracji, jakie mogłyby *prima facie* świadczyć o wystąpieniu luki *contra legem*. Po pierwsze, pominięty został przypadek, w którym dany stan faktyczny jest unormowany normą prawną o automatycznie stosowalnej hipotezie i pozbawionej takiej właściwości dyspozycji, podczas gdy któraś z nich powinna mieć inną treść bez zmieniania jej (nie)automatycznie stosowalnego charakteru. Po drugie, nie została wzięta pod uwagę sytuacja, w jakiej nieautomatycznie stosowalna hipoteza powinna być inną nieautomatycznie stosowalną hipotezą przy takiej samej lub innej automatycznie stosowalnej dyspozycji. Po trzecie, nie została uwzględniona konfiguracja, w jakiej aktualnie obowiązująca norma prawa o automatycznie lub nieautomatycznie stosowalnej hipo-

⁷ Na temat luki *intra legem*, zob. E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 34; L. Morawski, *Wstęp...*, s. 148; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, s. 108–109; A. Jamróz, *Wprowadzenie...*, s. 208; J. Nowacki, *Koncepcja...*, s. 322; J. Nowacki, *Normy sprzeczne...*, s. 318; por. też. J. Raz, *The Authority...*, s. 193–194. Luka ta jest też czasem zwana luką z niedookreślonością, *indeterminacy gap*, zob. A. Peczenik, G. Bergholtz, *Statutory...*, s. 313.

⁸ W przedmiocie luki *contra legem* zob. L. Morawski, *Wstęp...*, s. 148; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, s. 108; J. Nowacki, *Koncepcja...*, s. 323–334; A. Jamróz, *Wprowadzenie...*, s. 208; E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 34; E. Zuleta-Puceiro, *Statutory...*, s. 38; J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 58–61. Luka ta czasem jest nazywana również – podobnie jak ma to miejsce w stosunku do luki *extra legem* – luką aksjologiczną (*axiological gap*) albo pozorną; zob. Z. Pułka, *Podstawy...*, s. 76–77; L. Morawski, *Wstęp...*, s. 148; L. Morawski, *Wykładnia...*, s. 314; L. Morawski, *Zasady...*, s. 131; A. Peczenik, G. Bergholtz, *Statutory...*, s. 313, 314.

tezie i dyspozycji powinna być inną normą o nieautomatycznie stosowalnej hipotezie i dyspozycji tudzież inną normą, w której albo dyspozycja, albo hipoteza nie posiada przymiotu automatycznej stosowalności. Mianowicie, również te dodatkowe warianty można by próbować zaliczać do kategorii luk *contra legem*. W każdym z nich, identycznie jak w definicji z akapitu powyżej, pojawia się bowiem twierdzenie o nieadekwatności normy dotychczas obowiązującej na rzecz jakiejś innej normy bardziej właściwej. Co jednak wypada zauważyć, przy takim jak obrane w niniejszym artykule rozumieniu prawa i sposobu jego stosowania, we wszystkich tych wariantach zastąpienie normy mniej pożądanej normą bardziej pożądaną nie doprowadziłoby do uzupełnienia brakującego/naprawienia niedoskonałego fragmentu prawa, a tym samym nie zlikwidowałoby występującej w tym prawie luki, w konsekwencji czego, organ stosujący prawo nadal nie byłby w stanie rozstrzygnąć, na podstawie prawa, przedłożonej mu sprawy.

4. Uzasadnienie obranej konwencji

4.1. Znaczne zmniejszenie stopnia ocenności

Pierwszą zaletą zaproponowanej w punkcie powyżej definicji luk *extra*, *intra* i *contra legem* jest bez wątpienia znaczne zmniejszenie, notorycznie zarzucanego koncepcji luk prawnych, wysokiego stopnia „ocenności” („subiektywności”)⁹. Mianowicie, zgodnie z poczynioną w tym punkcie konwencją, o wystąpieniu luki *extra*, jak i *intra legem* przesądza samo ustalenie tego, że nie obowiązuje żadna norma prawna, jaka pozwałaby się w danym stanie prawnym automatycznie zastosować. Brakuje tu natomiast potrzeby podawania jakiegokolwiek innego uzasadnienia, jakie miałyby na celu wykazanie istnienia bądź nieistnienia takiej luki. Co więcej, również wystąpienie luki *contra legem* będzie – według tej konwencji – zawsze pociągać za sobą twierdzenie, że dla danego stanu faktycznego jakaś norma prawna automatycznie stosowalna obowiązuje; w przeciwnym bowiem razie luka ta, jako że skierowana przeciw mogącemu się składać wyłącznie z takich norm prawu nie mogłaby w ogóle zaistnieć. W przypadku jednak luki *contra legem* wciąż jawnie ocenny pozostaje drugi z definiujących ją elementów, tj. to, że norma prawna aktualnie obowiązująca nie jest taką, jaką z jakichś „poprawnych” względów być powinna.

Jako kontrargument można by tutaj podnieść, że również to, czy dana norma posiada, czy nie posiada przymiotu automatycznej stosowalności (jest w dostatecznym stopniu konkluzywna), jest uzależnione od każdorazowych ocen, preferencji, wyznaczanych wartości i oczekiwań osób wchodzących w skład organów stosujących prawo; w następstwie czego, również wypowiedzi na temat tego, że wystąpił któryś z rodzajów luk prawnych, o jakich była mowa powyżej, nie dotyczą wcale jakiegoś pozwalającego się obiektywnie stwierdzić „faktu”, lecz są wynikiem czyjejś subiektywnej oceny.

Choć niewątpliwie trudno byłoby zaprzeczyć, że przymiot automatycznej stosowalności jest warunkowany wiedzą i przekonaniami podmiotów, które stosują i przestrzegają prawo, to jednak z racji posiadania przez członków danej społeczności, przynajmniej w ja-

⁹ Na temat subiektywnego *versus* obiektywnego charakteru luk w prawie zob. np. J. Nowacki, *Luki...*, s. 345–371; J. Nowacki, *O tzw. konstrukcyjnych...*, s. 287–304; J. Nowacki, *O tzw. pionowych...*, s. 335–344; J. Nowacki, *Koncepcja...*, s. 332; A. Muncizewski, *Reguly...*, s. 170–171; L. Morawski, *Wstęp...*, s. 148; L. Morawski, *Zasady...*, s. 131–132; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, s. 109–110; E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 32–33, 51–52; J. Wróblewski, *The Judicial...*, s. 224–225; D.N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford 2005, s. 207.

kimś zakresie, podobnych przekonań i wiedzy, zdaje się on być przymiotem, jeśli już nie obiektywnym, to co najmniej intersubiektywnym. Wspólna wiedza – zwłaszcza o języku, którym się oni posługują – oraz zbliżony katalog wartości będą bowiem właśnie tym, co umożliwiłoby istnienie norm prawnych automatycznie stosowalnych: polegając na takiej wiedzy i wartościach, organ stosujący prawo może rozstrzygnąć zawiśłą przed nim sprawę bez konieczności uciekania się do swoich własnych, właściwych tylko jemu, osobistych ocen.

Ponadto, trzeba tu dodać, że przy takim jak zaproponowane rozumieniu prawa i definicjach luki *extra* i *intra legem* upadają twierdzenia, iż ocenne (uzależnione od subiektywnej oceny organu stosującego prawo) jest samo to, czy w ogóle warto/należy tego rodzaju luki wypełniać. Zgodnie z przyjętą w niniejszym artykule konwencją i opartej na niej koncepcją luk w prawie, norma prawna o przymocie automatycznej stosowalności (zarówno w relacji do jej hipotezy, jak i dyspozycji) – jako że tylko ona może być uważana za obowiązujące prawo, a tym samym być podstawą wyroku/decyzji wydanej na podstawie tego prawa – powinna obowiązywać dla każdego stanu faktycznego, jaki potencjalnie może wystąpić w rzeczywistości. W efekcie, trzymając się zatem założeń tej koncepcji, potrzeba usunięcia luki *extra* i *intra legem* zachodzi zawsze, nie pozostawiając w tym względzie jakiegokolwiek miejsca dla swobody (dyskrecji) ze strony organów stosujących prawo.

W rezultacie, zależne od subiektywnej oceny organu stosującego prawo pozostają tutaj jedynie luki *contra legem*, z którego też powodu luki te można by zwać aksjologicznymi albo ocennymi, a biorąc dodatkowo pod uwagę to, że są one wymierzone „przeciw” obowiązującemu prawu, również – przy założeniu braku możliwości ich uzupełnienia inaczej niż poprzez zmianę tego prawa – lukami fałszywymi tudzież pozornymi.

Dla wyłożonej w niniejszym artykule koncepcji luk w prawie i kwestii stopnia jej ocenności nie ma też żadnego znaczenia samo to, czy norma *automatycznie stosowalna*, obowiązująca dla danego stanu faktycznego, jest „typową” normą pierwszego stopnia, czy też normą, jaka wynika z normy mówiącej, jak należy postępować w sytuacjach, w których dla danego stanu faktycznego brakuje „typowej” normy pierwszego stopnia. W szczególności normą automatycznie stosowalną w stosunku do danego stanu faktycznego może być norma nakazująca – w sposób automatyczny – przypisywać określone skutki prawne stanom faktycznym nieuregulowanym przez jakąkolwiek inną normę automatycznie stosowalną należącą do danej dziedziny, gałęzi, działu czy systemu prawa. Z tego też rodzaju sytuacją mamy obecnie do czynienia na przykład w polskim prawie karnym, gdzie z uwagi na zasadę *nullum crimen i nulla poena sine lege* przypadki „jednoznacznie” przez prawo nieunormowane (za pośrednictwem norm w pełni automatycznie stosowalnych) uważa się za wolne od sankcji o charakterze karnym. Notabene, będąc wiernym tej zasadzie, luki *extra* i *intra legem* z założenia w tym prawie wystąpić by nie mogły: każdy potencjalnie możliwy stan faktyczny byłby bowiem unormowany normą prawną o przymocie automatycznej stosowalności. Podobnie jak z polskim prawem karnym rzecz się też ma z polskim prawem podatkowym i administracyjnym w zakresie, w jakim nakładają one obowiązki i ciężary na obywateli¹⁰.

¹⁰ Na marginesie warto tu zaznaczyć, że zasada *nullum crimen, nulla poena sine lege* nie jest wcale zasadą tak powszechną, jak by się to mogło wydawać – nie jest ona bezwzględnie przestrzegana np. w Szwecji, Francji, Włoszech czy Szkocji. Zob. A. Peczenik, G. Bergholtz, *Statutory...*, s. 352–353; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht 2008, s. 325–326; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *Statutory...*, s. 200–201; M. La Torre, E. Pattaro i M. Taruffo, *Statutory...*, s. 219; Z. Bankowski, D.N. McCormick, G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, w: D.N. McCormick, R.S. Summers (red.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth 1997, s. 328. W Szwecji i Argentynie dopuszcza się też wyjątki od zasady *nullum tributum sine lege*. Zob. A. Peczenik, G. Bergholtz, *Statutory...*, s. 346–347; A. Peczenik, *On Law...*, s. 326; E. Zuleta-Puceiro, *Statutory...*, s. 63.

Zupełnie odmiennie kwestia ta przedstawia się natomiast w polskim prawie cywilnym. Tu mianowicie obowiązuje zasada do powyższej przeciwna, tj. że stanom faktycznym, które nie są przez to prawo „jednoznacznie” unormowane, należy przypisać jakieś, choć przez tę zasadę w sposób wyraźny nieokreślone, skutki prawne. Trzymając się zaproponowanej w niniejszym artykule konwencji, można by zatem powiedzieć, że w myśl tej zasady, ilekroć w prawie cywilnym mamy do czynienia z brakiem normy, jaka nadawałaby się w danym stanie faktycznym do automatycznego zastosowania, powinno się taką normę dotworzyć (wypełnić istniejącą w tym prawie lukę *extra* lub *intra legem*). Co warto jednak zauważyć, z uwagi na rozumienie prawa w sposób przyjęty w tej konwencji, wspomniana zasada jest całkowicie zbędna. Nawet bowiem w razie jej nieobowiązania wydanie na podstawie prawa wyroku/decyzji administracyjnej w konkretnym stanie faktycznym zawsze wymagałoby uczynienia tego na podstawie normy automatycznie stosowalnej, jaką w przypadku jej braku trzeba by było w tym celu dotwarzać.

4.2. Adekwatność na tle współczesnych porządków prawnych

Patrząc przez pryzmat struktury współczesnych, przynajmniej zachodnioeuropejskich, porządków prawnych (charakteru norm, z jakich się one składają) wydaje się, że można obronić tylko takie – lub bardzo do niego podobne – rozumienie luki *extra legem*, jak to, które zostało przedstawione w pkt 3. W razie bowiem przyjęcia, że o zaistnieniu luki *extra legem* przesądza nie brak obowiązywania w stosunku do danego stanu faktycznego normy dostatecznie konkluzywnej (automatycznie stosowalnej), lecz jakiegokolwiek normy prawnej, luka tego rodzaju należałaby dzisiaj do prawdziwej rzadkości, jeśli w ogóle mogłaby kiedykolwiek w praktyce wystąpić.

Przede wszystkim, wzięwszy pod uwagę ogólnikowość postanowień „narodowych” konstytucji tudzież umów międzynarodowych, do jakich przestrzegania zobowiązały się państwa europejskie, trzeba zauważyć, że, przy założeniu możliwości/nakazu bezpośredniego stosowania takich postanowień przez sądy i inne organy stosujące prawo, niemalże zawsze będzie się dało wydać wyrok/decyzję administracyjną na podstawie któregoś z nich. Istotnie, trudno byłoby sobie wyobrazić, by nie znalazła się dzisiaj żadna wartość, jakiej ochronę gwarantuje „narodowa” konstytucja (wiążąca dane państwo umowa międzynarodowa), na którą się powołując, można by uzasadnić przypisanie danemu (dowolnie wybranemu, w tym czysto hipotetycznemu) stanowi faktycznemu jakichś skutków prawnych. W przypadku polskiej Konstytucji z 1997 r. do takich wartości o „uniwersalnym” zastosowaniu można by zaliczyć np. godność ludzką (art. 30), zasadę państwa prawa (art. 2), zasadę społecznej gospodarki rynkowej (art. 20) czy też równie „pojemną” zasadę sprawiedliwości społecznej (art. 2). Przy tym, w odniesieniu do państw będących członkami Unii Europejskiej, nie powinno się tu też zapominać o możliwości bezpośredniego stosowania przez ich organy postanowień prawa unijnego (zarówno tego pierwotnego, jak i pochodnego), które – stojąc nad normami prawa krajowego – również potrafią być ukierunkowane na ochronę/realizację nieraz bardzo „uniwersalnych” wartości/celów (np. swoboda przepływu towarów i usług).

Ponadto, abstrahując od ogólnikowego charakteru postanowień „narodowych” konstytucji oraz umów międzynarodowych i prawa unijnego (z różnych względów nie zawsze też istnieje możliwość ich bezpośredniego stosowania), wystąpieniu luki *extra legem*, definiowanej jako brak jakiegokolwiek obowiązującej normy prawnej dającej się zastosować w danym stanie faktycznym, skutecznie zapobiegałaby obecność we współczesnych porząd-

kach prawnych innych przepisów (dających się z nich wywieść norm prawnych) o bardzo szerokim zakresie zastosowania, jakie znajdują się w aktach rangi ustawowej. Mam tu na myśli zarówno tzw. zasady prawa (normy prawne nastawione na ochronę ogólnych wartości lub realizację ogólnych celów), normy zawierające pojęcia tak nieostre i niedookreślone, że przy ich interpretacji nie sposób poprzestać na ich znaczeniu językowym (np. dobro osobiste, natura stosunku prawnego), jak i wszelkiego rodzaju klauzule generalne (normy odsyłające do jakiejś bliżej niesprecyzowanej aksjologii, np. do zasad współżycia społecznego, dobrych obyczajów, słuszych interesów strony lub obywatela, szczególnie ważnych interesów państwa itp.). Jeśli bowiem tylko uznamy, że tego typu normy mogą stanowić bezpośrednią podstawę prawną dla rozstrzygnięć wydawanych w sprawach indywidualnych, luka *extra legem* w praktyce byłaby zjawiskiem niezmiernie wyjątkowym, co tym samym w dużej mierze przekreślałoby sens wprowadzania takiej kategorii pojęciowej.

Co do luk *intra legem*, to zasadność opowiedzenia się za taką jej definicją, jak zaproponowana w niniejszym artykule, z jednej strony bierze się z konieczności odróżnienia we współczesnych porządkach prawnych tego rodzaju luki od luk *extra legem*, a z drugiej z utartych wypowiedzi, jakie na temat tej luki spotykamy w doktrynie. Otóż powszechnie uważa się, że luka *intra legem* polega na nazbyt ogólnym sformułowaniu danego przepisu (normy) prawa, które to sformułowanie powoduje, iż przepis ten nie jest jednoznaczny i powinien z tego powodu zostać doprecyzowany¹¹. Tego rodzaju wypowiedzi trudno byłoby mianowicie rozumieć inaczej, aniżeli że ich autorom chodzi o brak dla danego stanu faktycznego normy wysoce konkluzywnej, a więc – zgodnie z przyjętą w niniejszym artykule terminologią – normy automatycznie stosowalnej. Nieco trudniej natomiast ustalić, czy normą, która „powoduje” lukę *intra legem*, ma być w zamyśle tych autorów norma o automatycznie stosowalnej hipotezie (jak wynika z wysuniętej w niniejszym artykule definicji tej luki), czy też może to być również norma, której hipoteza takim przymiotem się nie odznacza.

Niezależnie od tej wątpliwości, wypada jednak zauważyć, że norm, w których automatycznie stosowalna jest wyłącznie hipoteza, czyli takich, które świadczyłyby o zaistnieniu luki *intra legem* w znaczeniu zaproponowanym w niniejszym artykule, wydaje się być we współczesnych porządkach prawnych bardzo wiele. Na przykład w polskim prawie cywilnym za taką normę można by uznać normę z art. 58 § 2 k.c., która przewiduje obowiązek pozostawania czynności prawnej, pod rygorem jej nieważności, w zgodzie z zasadami współżycia społecznego, tudzież normę z art. 385¹ § 1 k.c., która ustanawia zakaz, pod rygorem uznania ich za niewiążące, kształtowania przez nieuzgodnione indywidualnie postanowienia umowy zawartej z konsumentem praw i obowiązków tego konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. To, czym jest czynność prawna lub postanowienie umowy, zdaje się być w polskim prawie cywilnym dostatecznie jasne (niebudzące wątpliwości). To natomiast, co jest zgodne, a co niezgodne z zasadami współżycia społecznego, podobnie jak i to, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając interesy konsumenta, jednoznaczne już w tym

¹¹ E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 34, „(...) brak jednoznacznego postanowienia w przepisach prawa – tzw. luki *intra legem*”; L. Morawski, *Wstęp...*, s. 148, „Luka *intra legem* to z kolei ujemna ocena tego, iż sformułowanie danego przepisu jest zbyt nieprecyzyjne, kauczukowe i powinno być uściślone”; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, s. 108–109, „Luka *intra legem*» polega na tym, iż stwierdza się luźny sposób sformułowania normy”; J. Nowacki, *Koncepcja...*, s. 322 oraz J. Nowacki, *Normy sprzeczne...*, s. 318, „(...) prawo zawiera wprawdzie jakieś postanowienia, ale nie są to postanowienia jednoznaczne – [tzw.] luki *intra legem*”; A. Jamróz, *Wprowadzenie...*, s. 208, „Jest to jednak tylko luka pozorna w systemie prawa, spowodowana niezbyt precyzyjną, zbyt «luźną» regulacją prawną”; A. Peczenik, G. Bergholtz, *Statutory...*, s. 313, „(...) *the statute regulates the case in a vague or ambiguous manner (an indeterminacy gap)*”, tłum.: „(...) ustawa reguluje daną sprawę w sposób ogólny lub dwuznaczny (luka z niedookreśloności)”.

prawie nie jest. Skoro zaś tak, to obie wspomniane normy były klasycznymi przykładami norm, w których automatycznie stosowalna jest tylko hipoteza.

Norm, których zarówno hipoteza, jak i dyspozycja nie nadają się do automatycznego zastosowania, zdaje się być natomiast we współczesnych porządkach prawnych o wiele mniej. Na pewno nie można do nich zaliczać, wzmiankowanych powyżej, zasad prawnych, tj. norm ukierunkowanych na ochronę ogólnych wartości (realizację ogólnych celów). Te bowiem znajdują zastosowanie, ilekroć w grę wchodzi ochrona danej wartości (urzędywistnienie danego celu), która to okoliczność – choć wynika bardziej ze stanu wiedzy empirycznej aniżeli rozważań natury lingwistycznej – zazwyczaj nie budzi w konkretnych stanach faktycznych poważniejszych, jeśli jakichkolwiek, wątpliwości. Trudności w przypadku tak rozumianych zasad prawnych powstają dopiero na etapie przypisywania na ich podstawie poszczególnym stanom faktycznym skutków prawnych; dotyczy to zwłaszcza sytuacji, nienależących zresztą wcale do rzadkości, w jakich zachodzi konieczność zważenia (pogodzenia) dwóch lub większej liczby zasad chroniących wzajemnie wykluczające się wartości (realizujących sprzeczne cele). *Ergo*, zgodnie z poczynioną w niniejszym artykule konwencją, obecność w danym porządku prawnym zasad prawnych z reguły świadczyłaby nie o wystąpieniu w tym porządku luki *extra*, ale *intra legem*.

Oparcie definicji poszczególnych rodzajów luk o koncepcję norm automatycznie stosowalnych, gdy patrzymy na nią z perspektywy struktury współczesnych porządków prawnych, wydaje się być już jednak nieco mniej uzasadnione w odniesieniu do luki zwanej *contra legem*. W tym przypadku można by bowiem wykazywać, że ograniczenie luki tego rodzaju do sytuacji, w jakich dla danego stanu faktycznego obowiązuje automatycznie stosowalna norma, lecz nie jest ona taką normą automatycznie stosowalną, jaką być powinna, nie koresponduje z tą strukturą. Mianowicie, jak pamiętamy, wyjęcie spod pojęcia luki *extra legem* konfiguracji, w których normą bardziej pożądaną jest norma, jakiej przynajmniej hipoteza albo dyspozycja jest pozbawiona przymiotu automatycznej stosowalności, było podyktowane tym, że taka norma, nawet w razie jej dotworzenia, nie nadawała się na podstawę prawną dla wydania rozstrzygnięcia w danym stanie faktycznym (uniemożliwiałaby to zachodząca wówczas luka *extra* lub *intra legem*). Dlatego też podejmowanie się trudu dotworzenia takiej normy miało być czymś pozbawionym jakiegokolwiek sensu.

Jednakowoż, potrzeby obowiązywania we współczesnych porządkach prawnych norm nieautomatycznie stosowalnych można by próbować na różne sposoby dowodzić. Za obowiązywaniem takich norm mogłoby bowiem przemawiać choćby to, że według dyrektyw wykładni systemowej w świetle takich norm powinno się wyklądać (interpretować) normy bardziej konkluzywne: nakaz dokonywania wykładni „zwykłych” przepisów prawa w zgodzie z przepisami, jakie wskazują na potrzebę ochrony ogólnych wartości (realizację ogólnych celów), które są podstawowe (zasadnicze) dla danego systemu, gałęzi, działu lub „wycinka” prawa¹².

4.3. Wyrażna celowość (potrzeba) usunięcia zaistniałej luki

Za przedstawionymi w niniejszym artykule definicjami luk w prawie przemawia również ich stosunek do drugiego z dwóch podstawowych atrybutów luki, o jakich była mowa

¹² *Mutatis mutandis* uwaga ta – choć jak się wydaje w mniejszym stopniu – dotyczy również luk *extra legem*. Przez wzgląd na analogiczne powody do tych, które miałyby uzasadniać rozszerzenie definicji luki *contra legem* poza to, co jest objęte definicją tej luki zaproponowaną w niniejszym artykule, można by bowiem próbować twierdzić, że za luką *extra legem* należy uznawać nie tylko brak normy automatycznie stosowalnej, ale również brak normy nieposiadającej takiego przymiotu.

na wstępie. Mianowicie, zgodnie z tymi definicjami oraz presuponowanym przez nie sposobem pojmowania i stosowania prawa jako takiego, wypełnianie luk *extra legem* i *intra legem* jest nie tylko możliwe, ale i w pełni celowe: bez uczynienia tego nie można wydać, na podstawie prawa, rozstrzygnięcia w nieuregulowanym normą automatycznie stosowalną stanie faktycznym. Wystąpienie luki *intra* lub *extra legem* niewątpliwie świadczy tu też o pewnej „wadzie” („niedoskonałości”) obowiązującego prawa, a co się z tym wiąże, wskazując na potrzebę tego prawa „naprawy”, wywołuje – tak jak luki w znaczeniu potocznym – negatywne konotacje.

Gdyby natomiast wystąpienie luki *extra* albo *intra legem* nie uniemożliwiało przypisania danemu stanowi faktycznemu skutków prawnych do czasu usunięcia takiej luki – z czym mielibyśmy do czynienia w razie przyjęcia odmiennego sposobu rozumienia i stosowania prawa niż obrany w niniejszym artykule – to wówczas celowość wypełniania tego rodzaju luk stanęłaby pod dużym znakiem zapytania. Po co mielibyśmy bowiem podejmować się trudu dotworzenia nowej bardziej konkluzywnej normy prawnej, skoro bez niej, na podstawie obowiązującego prawa, można rozstrzygnąć konkretny przypadek? Co więcej, norma dotworzona celem usunięcia zaistniałej luki w prawie musiałaby się tutaj – jak się wydaje – bądź pokrywać z dotychczas obowiązującym prawem (wynikać z tego prawa), co świadczyłoby o tym, że w tym prawie żadnej luki *de facto* nie było, bądź też być z tym prawem sprzeczna, co z kolei oznaczałoby, iż luka mająca stanowić lukę *extra* lub *intra legem* „w rzeczywistości” była luką *contra legem*.

4.4. Korelacja ze sposobami, za pomocą których luki są zazwyczaj wypełniane

Także sam sposób, w jaki zwykle się wypełniać luki w prawie, zdaje się w pełni wpisywać w zaproponowane w niniejszym artykule definicje luk w prawie. Czyż bowiem podstawowy środek służący do usunięcia luki prawnej, jakim jest tzw. *analogia legis*, nie polega właśnie na „rozciągnięciu” hipotezy jakiejś wysoce konkluzywnej normy (automatycznie stosowalnej) w celu objęcia nią stanu faktycznego nieunormowanego jakąkolwiek normą odznaczającą się takim przymiotem¹³?

Ponadto, nawet gdy wypełniamy lukę prawną poprzez odwołanie się do podstawowych zasad, wartości i celów tudzież ducha prawa – co zazwyczaj, będąc określane mianem tzw. *analogii iuris*, dopuszczalne jest dopiero wówczas, gdy usunięcie takiej luki nie jest możliwe w drodze *analogii legis* – można by bronić tezy, że przypisanie skutków prawnych konkretnym przypadkom odbywa się zawsze za pośrednictwem normy wysoce konkluzywnej (nadającej się w tych przypadkach do automatycznego zastosowania). Norma ta miałaby być bowiem budowana na podstawie tych zasad, wartości i celów, które jednocześnie stanowią jej aksjologiczne uzasadnienie, by następnie móc służyć za bezpośrednią podstawę rozstrzygnięcia wydawanego w wyraźnie objętym jej hipotezą stanie faktycznym¹⁴.

4.5. Brak wyraźnej sprzeczności z pozostałymi rodzajami luk w prawie

Na zakończenie, na obronę zaproponowanej w niniejszym artykule ogólnej definicji luki w prawie warto podnieść, że zarówno ona sama, jak i związane z nią założenie co do spo-

¹³ Na temat *analogii legis* zob. np. J. Nowacki, *Analogia...*, zwłaszcza s. 9–61, 68–89 oraz L. Morawski, *Wstęp...*, s. 160; L. Morawski, *Zasady...*, s. 203–205 i L. Morawski, *Wykładnia...*, s. 293–294.

¹⁴ Odnosnie do konieczności pośrednictwa ogólnej reguły (normy) przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków przez organy stosujące prawo zob. D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 73–99.

sobu ujmowania istoty prawa i metody jego stosowania nie przeczą *ex definitione* innym jeszcze – niż dotychczas omówione – rodzajom luk prawnych, wyróżnianym w polskiej i zagranicznej nauce prawa (tj. lukom technicznym i swoistym, lukom kolizyjnym, lukom *de lege ferenda* (vel postulatywnym) czy też lukom (nie)zamierzonym).

Mianowicie, luki techniczne, definiowane jako brak norm prawnych regulujących procedurę, w jakiej ma dojść do podjęcia jakiejś decyzji, wydania jakiegoś aktu prawnego tudzież dokonania jakiejś innej jeszcze czynności, same przez się w żaden sposób nie negują tego, że brakujące normy powinny odznaczać się przymiotem automatycznej stosowalności¹⁵. Wprost przeciwnie, z podobnych względów jak wymienione w punktach powyżej, taki przymiot wydaje się tutaj pożądany. W razie bowiem gdyby normy wyznaczające należyty sposób procedowania nie musiałyby być wysoce konkluzywne (automatycznie stosowalne), organ, który ma podjąć decyzję, wydać akt prawny lub dokonać jeszcze innego rodzaju czynności, niemalże zawsze mógłby procedować na podstawie ogólnikowych postanowień „narodowej” konstytucji tudzież wymienionych w ustawach ogólnych celów i wartości. W efekcie nie tylko luki *extra legem*, ale i luki techniczne musiałyby we współczesnych porządkach prawnych rzadko występować, co podawałoby w wątpliwość zasadność ich wyszczególniania.

Także mówienie o lukach swoistych, pojmowanych jako brak norm prawnych, których ustanowienie (wydanie, przyjęcie, uchwalenie) nakazują inne normy prawne, nie przekreśla z góry tego, że chodzi o brak norm automatycznie stosowalnych¹⁶. Jednakże w przypadku tego rodzaju luk można by podnosić, że przez pojęcie luki swoistej rozumie się przede wszystkim brak jakiejś kompleksowej regulacji prawnej (w sensie funkcjonalnie powiązanego zespołu norm) dla danego zakresu stosunków społecznych, samo natomiast to, czy w takiej regulacji mogą lub nie mogą się znaleźć jakieś luki *intra legem*, czy nawet *extra legem*, pozostaje tu kwestią otwartą¹⁷.

Analogicznie rzecz się ma z luką kolizyjną, a więc luką mającą polegać na sprzeczności dwóch obowiązujących norm prawnych. Abstrahując od sposobów wypełniania takiej luki (usunięcia kolizji, jaka wystąpiła), wydaje się, że chodzi tu właśnie o sprzeczność pomiędzy normami wysoce konkluzywnymi (automatycznie stosowalnymi). Raczej trudno byłoby przypuszczać, że mówiąc o tego rodzaju luce mielibyśmy odnosić się do norm, których zastosowanie w konkretnych przypadkach jest uzależnione od dyskrekcji organu stosującego prawo (jego subiektywnej oceny). Kolizja między takimi normami *de facto* byłaby bowiem kolizją między dyskrecją (subiektywną oceną) dokładnie tego samego podmiotu (organu stosującego prawo), co samo w sobie wydaje się być niedorzecznością. Podobnie, o luce kolizyjnej nie powinno się mówić w stosunku do chroniących wzajemnie

¹⁵ Inne spotykane terminy na określenie luki technicznej to: luka konstrukcyjna, luka tetyczna tudzież luka rzeczywista, zob. J. Nowacki, *O tzw. konstrukcyjnych...*, s. 297; Z. Ziemiński, *Problemy...*, s. 223–224; R. Mastalski, *Stosowanie...*, s. 126; L. Morawski, *Zasady...*, s. 131; Z. Pulka, *Podstawy...*, s. 78; A. Munczewski, *Reguły...*, s. 170; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 222, 223. Luka techniczna niekiedy jest nazywana też luką wrodzoną, *intrinsic gaps*, zob. E. Zuleta-Puceiro, *Statutory...*, s. 38.

¹⁶ Luka swoista jest zwana także luką pionową, luką bierności, luką konstrukcyjną oraz luką rzeczywistą, zob. J. Nowacki, *O tzw. pionowych...*, s. 337; E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 52; Z. Pulka, *Podstawy...*, s. 78; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 223.

¹⁷ Na temat luk technicznych i swoistych zob. J. Nowacki, *O tzw. pionowych...*, s. 335–344; J. Nowacki, *O tzw. konstrukcyjnych...*, s. 297–304; Z. Ziemiński, *Problemy...*, s. 222–225; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp...*, s. 138–139; A. Jamróz, *Wprowadzenie...*, s. 208–209; L. Morawski, *Wykładnia...*, s. 318; L. Morawski, *Zasady...*, s. 131, 132, 210–211; L. Morawski, *Wstęp...*, s. 148; E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 52; Z. Pulka, *Podstawy...*, s. 78–79; K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, s. 109; A. Munczewski, *Reguły...*, s. 170; R. Mastalski, *Stosowanie...*, s. 120, 126–127; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 222–223; E. Zuleta-Puceiro, *Statutory...*, s. 38; M. Troper, Ch. Grzegorzczak, J.L. Gardies, *Statutory...*, s. 177; R.S. Summers, *Statutory...*, s. 411, 412, 420.

się wykluczające wartości (realizujących sprzeczne cele) zasad prawnych. Wszak w ich przypadku kolizyjność zdaje się być cechą „wrodzoną”, bynajmniej niewymagającą jakiegoś usuwania luk, a jedynie ustalenia, która z kolidujących wartości (celów) jest w danym stanie faktycznym ważniejsza i powinna mieć pierwszeństwo, tudzież pogodzenia takich wartości (celów) drogą obrania jakiegoś kompromisu¹⁸.

Z zaproponowaną w niniejszym artykule definicją luk w prawie nie stoi też w sprzeczności luka, jaką można by zwać luką *de lege ferenda* lub postulatyczną; a więc luka, czy to *extra, intra* czy *contra legem*, czy też innego jeszcze rodzaju (techniczna, swoista, kolizyjna), której mimo zachodzącej potrzeby jej wypełnienia nie można usunąć w inny sposób aniżeli na drodze interwencji legislacyjnej (poprzez wydanie przepisu prawa stanowionego o odpowiedniej treści)¹⁹. Z samej takiej definicji tej luki nie wynika bowiem, że brak, o jaki w niej chodzi, nie może dotyczyć wyłącznie braku obowiązywania normy automatycznie stosowalnej²⁰.

Także podział na luki zamierzone i niezamierzone nie jest *ex definitione* sprzeczny z wysuniętą w niniejszym artykule ogólną definicją luki w prawie i stojącymi za nią założeniami. Ustawodawca może bowiem celowo nie ustanowić automatycznie stosowalnej normy prawnej, robiąc to np. w zamiarze, aby organ stosujący prawo sam dotwarzał taką normę na użytek każdorazowo rozpoznawanego przypadku²¹.

5. Case of first impression

Jak zostało już wspomniane, zaproponowana ogólna definicja luki w prawie wpisuje się też, lecz tylko w pewnym zakresie, w anglosaskie pojęcie tzw. „sprawy jeszcze nierozpoznanej” tudzież „sprawy pierwszego wrażenia” (*case of first impression*), a więc sprawy, dla której brakuje wiążącego precedensu (która nie jest przez taki precedens uregulowana). Jest tak dlatego, że w stosunku do pojęcia sprawy jeszcze nierozpoznanej definicja ta pozwala się utrzymać tylko wtedy, gdy za model sądowego precedensu zostanie obrany tzw. *rule model* (model precedensu z regułą). Ilekroć bowiem sprowadzamy wiążący precedens sądowy do ogólnej reguły/normy (tradycyjnie nazywanej *ratio decidendi*), tylekroć brak takiej reguły/normy dla danego stanu faktycznego będzie oznaczał, że stan ten jest prawem precedensowym nieuregulowany, *ergo* stanowi *case of first impression*. Co więcej, za odnaczeniem się

¹⁸ Odnośnie do luk kolizyjnych i im podobnych zob. J. Nowacki, *Normy sprzeczne...*, s. 307–311, 315–316, 318–320; J. Nowacki, *Koncepcja...*, s. 322–323; J. Nowacki, *O tzw. konstrukcyjnych...*, s. 291–297; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp...*, s. 140; A. Munczewski, *Reguły...*, s. 171; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 222; E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 34; Z. Ziemiński, *Problemy...*, s. 222. Por. też J. Raz, *The Authority...*, s. 193 oraz pojęcie luki interpretacyjnej, *interpretational gap*, w rozumieniu przyjętym przez A. Aarnio, *Statutory...*, s. 132. Przy tym luka ta jest też nazywana luką logiczną, luką przez przeciwieństwo lub luką alternatywną, a w przypadkach, gdy sprzeczność, jaka zachodzi pomiędzy kolidującymi normami, jest tego rodzaju, także luką prakseologiczną albo teleologiczną.

¹⁹ Por. pojęcie luki postulatycznej w znaczeniu, jakim posługuje się nim E. Smoktunowicz, *Analogia...*, s. 54–55.

²⁰ Taka luka często jest uważana za lukę aksjologiczną (ocenną) albo pozorną, w odróżnieniu od luk rzeczywistych, zob. L. Morawski, *Zasady...*, s. 131–132, 208–211; A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 221–222; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp...*, s. 139–140. Warto jednak zauważyć, że nazywanie tylko tego rodzaju luki oceną (aksjologiczną) wprowadzałoby w błąd i powinno być przez to uznane za nieprawidłowe. Wszystkie bowiem luki – również w razie opowiadzenia się za zaproponowaną w niniejszym artykule koncepcją – są w jakimś, choćby niewielkim stopniu, ocenne; przy czym, jak się wydaje, jawnie oceną zawsze, tj. niezależnie od obranej jej definicji, będzie pozostawać ta z nich, która jest zwana luką *contra legem*. Dlatego też lukę określoną w niniejszym artykule mianem luki *de lege ferenda* wyróżnia nie brak lub istnienie elementów ocennych, lecz sam tylko stosunek do możliwości jej wypełnienia (środków, jakie mogą być w tym celu użyte).

²¹ Odnośnie do podziału na luki zamierzone i niezamierzone (wraz z rozróżnieniem w ramach tych ostatnich luk pierwotnych od następczych), zob. A. Aarnio, *Statutory...*, 131–132 oraz T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp...*, s. 138. Por. też J. Raz, *The Authority...*, s. 193–194.

przez *rationes decidendi* przymiotem automatycznej stosowalności w doktrynie wiążącego precedensu przemawia dodatkowo to, że w przeciwnym razie precedens, który w świetle prawa ma być wiążący, nie mógłby pełnić tej funkcji w sposób efektywny²².

Jeśli jednak odrzucamy *rule model* lub dopuszczamy obok niego inne jeszcze ujęcia istoty sądowego precedensu, jak model rezultatu, model z zasad tudzież model z analogii, to zaproponowane powyżej wyjaśnienie tego, co stanowi *case of first impression*, upada. Mianowicie, ilekroć za wiążące będziemy uznawać nie *rationes decidendi* (reguły precedensu), lecz „stojące” za precedensowym wyrokiem zasady, wynik zważenia argumentów, jakie można było podnieść w precedensowej sprawie, czy też zachodzenie istotnego podobieństwa między sprawą aktualnie rozpoznawaną a sprawą precedensową, to wówczas o wystąpieniu sprawy jeszcze nierozpoznanej – z pewnością – nie będzie decydować brak normy/reguły automatycznie stosowalnej. Tym czymś będzie bowiem odpowiednio: niemożność podciągnięcia sprawy aktualnie rozpoznawanej (stanu faktycznego, jaki w niej występuje) pod jakąś z ogólnych zasad, jakie „stały” za którymś z precedensowych wyroków, brak zważania w przeszłości identycznego zestawu argumentów co zestaw argumentów, jakie można podnieść w sprawie aktualnie rozpoznawanej, tudzież brak „oczywistego” podobieństwa pomiędzy tą sprawą a którąś ze spraw precedensowych²³. Oczywiście, dla stwierdzenia tego, czy mamy do czynienia z *case of first impression*, konieczne będzie uwzględnienie również zakresu podmiotowego panującej w danym kraju zasady *stare decisis*, który to zakres wskazuje, jaki sąd jest obowiązany przestrzegać precedensów ustanowionych przez jaki sąd²⁴.

6. Dementi

Mimo wysunięcia i argumentowania za zasadnością takiej, a nie innej, propozycji rozumienia luk w prawie autor tego artykułu w żadnym miejscu nie twierdzi, że stosowanie prawa musi odbywać się wyłącznie, lub nawet w ogóle, za pośrednictwem generalno-abstrakcyjnych norm, a tym bardziej jeszcze norm dostatecznie konkluzywnych (automatycznie stosowalnych). Wprost przeciwnie, uważa on, że stosowanie prawa jest procesem złożonym i uwarunkowanym szeroko pojmowanym kontekstem społecznym, gospodarczym i politycznym, w żaden sposób niedającym się ująć w karby, mającej gwarantować pewność i przewidywalność prawa, dedukcji (sylogizmu prawniczego). Sama zaś koncepcja norm automatycznie stosowalnych, choć pewnie z teoretycznego punktu widzenia bardzo atrakcyjna, jest w dużej mierze, jak zresztą i cały pozytywizm tudzież normatywizm prawniczy, utopijna. *Ergo*, celem niniejszego artykułu jest jedynie ukazanie tego, że koncepcja luk w prawie, którą posługują się praktycy i przedstawiciele nauki prawa, zdaje się presuponować pewne, aczkolwiek niekoniecznie właściwe, rozumienie prawa jako takiego i sposobu jego stosowania.

Tym samym, w ocenie autora, zarówno pojęcie luki w prawie, jak i poszczególnych jej rodzajów powinno być postrzegane nie jako dobrze rozwinięty konstrukt teoretyczno-prawny, lecz jedynie jako swoisty skrót myślowy, usprawniający komunikację. Najczęściej służy ono bowiem jedynie zwróceniu uwagi na to, że dla danego stanu faktycznego brakuje normy

²² Na temat pojęcia *case of first impression*, zob. M. Koszowski, *Anglosaska doktryna precedensu. Porównanie z polską praktyką orzecznictwem*, Warszawa 2009, s. 73–75.

²³ W przedmiocie poszczególnych modeli (ujęć istoty) sądowego precedensu zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 33–73.

²⁴ Na temat zakresu (aspektu) podmiotowego zasady *stare decisis* obowiązującej w Stanach Zjednoczonych oraz Wielkiej Brytanii zob. M. Koszowski, *Anglosaska...*, s. 21–24.

wysoce konkluzywnej (dającej się automatycznie zastosować od strony hipotezy i/lub dyspozycji), a nie że mamy do czynienia z jakimś „prawdziwym” brakiem obowiązującego prawa²⁵.

7. Podsumowanie

Podsumowując, należy zauważyć, że w niniejszym artykule została wysunięta definicja zarówno luki w prawie, jak i poszczególnych tej luki rodzajów (*extra, intra i contra legem*), bazująca na koncepcji norm automatycznie stosowalnych, tj. norm wysoce konkluzywnych co do zakresu ich zastosowania oraz wyznaczanych przez nie konsekwencji prawnych. Za przyjęciem tej definicji przemawia znaczne zmniejszenie powszechnie zarzucanego lukom prawnym stopnia ocenności („subiektywności”), wkomponowywanie się w dużym stopniu w strukturę współczesnych porządków prawnych, jak i – co równie istotne – kwestia samej celowości wypełniania (usuwania) takich luk. Ponadto, również inne wyróżniane w literaturze przedmiotu rodzaje luk prawnych, jak luki techniczne, swoiste oraz kolizyjne, nie stoją na przeszkodzie tej propozycji. Ta sama uwaga dotyczy też luki, która w niniejszym artykule została nazwana luką *de lege ferenda*, a więc takiej, jaką można zlikwidować tylko na drodze legislacyjnej.

Co więcej, przyjęta tutaj konwencja pozostaje adekwatna także na gruncie prawa anglosaskiego – a dokładnie występującego tam prawa precedensowego – w odniesieniu do tzw. spraw jeszcze nierozpoznanych (*cases of first impression*). Jest tak jednak tylko w razie opowiedzenia się za jednym z wielu teoretycznie możliwych ujęć istoty sądowego precedensu, tj. za, sprowadzającym taki precedens do abstrakcyjno-generalnych norm/reguł, *rule model*.

Summary

Maciej Koszowski
A few rare remarks on legal gaps

The article addresses the issue of legal gaps (*lacunas*). Specifically, the author puts forward the general definition of legal gap which uses the concept of ‘automatically applicable’ legal rule as well as presupposes specific understanding of law – namely, that it is consisted solely of the rules of the mentioned type. Next, basing upon that definition, he defines three kinds of *lacunas* that are commonly distinguished in Polish and international scholarly literature, i.e. *extra, intra and contra legem*. As it is demonstrated, the merits of proffered definitions are manifold. First of all, they reduce the dependence of the notion of legal gap on value judgment. Secondly, they fairly well fit into the structure of contemporary legal orders. Thirdly, owing to them, the filling of legal gaps is not pointless. And lastly, the other kinds of *lacunas* one may encounter in academic literature are not at odds with the proffered theory, at least not by definition. At the end of the article, in the light of the main idea of the author’s conception, the Anglo-Saxon notion of the case of first impression is discussed, taking into account different models of (approaches to) the phenomenon of a binding judicial precedent.

²⁵ Por. pogląd, który w kontekście stosunku luk w prawie do obowiązującego prawa, wyraził J. Raz: „Unregulated disputes are, as we shall see, partly regulated, hence the court has to apply existing law as well as to make new law. But, since, by definition, in an unregulated dispute the law contains a gap, since it fails to provide a solution to the case, the court can make law without changing existing law. It makes law by filling in the gap”, tłum.: „Spory [przez prawo] nieunormowane są, jak przekonamy się, częściowo unormowane, stąd sąd musi w nich zarówno stosować prawo [dotychczas] istniejące, jak i tworzyć prawo nowe. Jednakże, ponieważ, *ex definitione*, w sporach [przez prawo] nieunormowanych prawo zawiera lukę, gdyż nie rozstrzyga ono danej sprawy, sąd może [w tych sporach] tworzyć prawo bez zmieniania prawa [dotychczas] istniejącego. On tworzy prawo poprzez wypełnienie luki”, J. Raz, *The Authority...*, s. 182.