



Ewa Kabza

Problem stosowania analogii w prawie cywilnym

There is no word, (...) which is used more loosely, or in a greater variety of senses, than Analogy.

J. S. Mill, A System of Logic, t. II, Londyn 1868, s. 86

Mgr Ewa Kabza

Doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego i Rodzinnego na Wydziale Prawa i Administracji UMK w Toruniu. Uczestniczka kursu z zakresu prawa angielskiego (*Certificate in an Introduction to English Law and the Law of the European Union*). Absolwentka studiów administracyjnych na WPiA UMK (2008 r.). Ukończyła także Europejskie Studia Specjalne w Centrum Studiów Europejskich im. Jeana Monneta w Toruniu (2006 r.), Europejską Akademię Dyplomacji w Warszawie (2008 r.) oraz Comparative Law Course na UMK (2007 r.). Zająła II miejsce w konkursie na najlepsze prace dyplomowe na WPiA (2008 r.). Opublikowała trzy artykuły: Utrata szansy wyleczenia w prawie angielskim („Prawo i Medycyna” 2010, nr 38); Wybrane problemy upadłości konsumenckiej w świetle nowej regulacji (*Studia Iuridica Toruniensia* 2009, t. V); LIFE+ na lata 2007–2013 („Prawo i Środowisko 2007”, nr 4).

Problem of reasoning per analogiam in civil law

The article deals with a problem of using reasoning per analogiam in Polish civil law. Nevertheless, at first, it was essential to make some general remarks on this most frequently used technique of legal argument. The paper discusses not only the concept of lacuna and the problem of „relevant” similarity as two necessary and sufficient conditions for the analogical argumentation, but also the method of application of analogy in legal reasoning. However, the article shows both theoretical background of reasoning per analogiam in Polish civil law (analogy „in book”) and analogy „in action”. Many cases from the private law application practice serve as an example for a careful examination of a question under discussion. Among them, noteworthy is to mention about the sanction of defective legal act of legal person (society) or about the application of argumentum a simile in property law. Also some widely held views are challenged in this paper – in the midst of them statement that reasoning by analogy is a tool for petrification of the legal order. It was also the author’s aim to emphasize the inconsistency in judicial opinions on various material aspects – the problem of article 656 of Polish civil code is one of the best examples. Finally, it was vital to mention that the winds of change with regard to the meaning of separation of powers are blowing. As far as some distinguished scholars are concerned, it’s high time to recognize the lawmaking character of a judicial exposition of the existing law. The practice of creative judicial interpretation which is mainly developed due to reasoning per analogiam confirms the abovementioned statement.



Uwagi wprowadzające

Kodeks, nawet najbardziej kompletny, nigdy nie jest zakończony¹. Właściwie należałoby powiedzieć, że kodeksy tworzą się samoistnie z biegiem czasu. „Ustawy raz zredagowane pozostają takie, jak zostały napisane; natomiast ludzie nigdy nie stoją w miejscu; stale działają”². Aby prawo raz ustanowione „nadażało” za zachodzącymi w społeczeństwie zmianami, potrzeba Dworkinowskiego „supersędziego”, „sędziego-Herkulesa”, który orzekając, stawia sobie za cel znalezienie takiego rozwiązania, które najlepiej przystaje do systemu prawnego jako całości oraz znajduje najmocniejsze uzasadnienie w systemie (*dimension of fit* oraz *dimension of justification*)³. Orzekanie przez sędziego-Herkulesa jest procesem dynamicznym, opartym nie tylko na prze-

ro rozszerzamy dyspozycję istniejącej normy prawnej na okoliczności nie objęte jej zakresem, poszerzamy w ten sposób spektrum okoliczności, które będą podpadały pod ten sam przepis. A to oznacza w pewnym stopniu petryfikację stanu prawnego. Okoliczności są „nowe”, rozwiązania zaś ciągle te same. Dlatego też niektórzy konstatują, że „w ogromnej większości przypadków analogia jest w gruncie rzeczy tylko pewnym pretekstem, jedną z licznych fikcji, którymi operujemy w prawie, chcąc ratować walor pewnych zasad, które praktycznie są nie do utrzymania”⁶. Nie przesądzając w tym miejscu słuszności tego twierdzenia, należy dodać, że dla innych analogia w praktyce stosowania prawa to istny *brainstorm of jurists’-diction*⁷, co postaram się wykazać w niniejszym opracowaniu.

Powszechnie przyjmuje się, że granicą oddzielającą wykładnię sensu stricto od analogii jest możliwe znaczenie językowe przepisu.

pisach prawa, ale i na kryteriach otwartych oraz innych decyzjach stosowania prawa⁴, w którym rzeczywistość odzwierciedlona jest na bieżąco w jego orzeczeniach⁵.

Inhibitorem dla nadmiernej normotwórczości sędziego, w opinii niektórych, jest właśnie analogia (co poddane będzie dokładniejszej analizie w dalszej części rozważań). Mówiąc o stosowaniu analogii, trzeba mieć na myśli zabieg polegający na „rozszerzaniu” zakresu istniejącej w prawie pozytywnym normy prawnej (lub zespołu norm) na inne sytuacje, które co prawda nie mieszczą się w zakresie obowiązującej normy (lub ich zespołu), ale są do niej podobne. Sko-

Miejsce analogii w teorii prawa

Ogólnym zadaniem wykładni jest ustalenie, czy też konstruowanie, rzeczywistego znaczenia norm prawnych⁸. Można nawet zaryzykować twierdzenie, podążając tokiem rozumowania przedstawicieli hermeneutyki, że przed interpretacją nie ma prawa. Dopiero w trakcie rozwiązywania poszczególnych problemów powstaje „konkretne prawo”⁹, które będzie uwzględniać w dostatecznym stopniu podlegające ciągłym zmianom otoczenie społeczne. Uwaga ta jest zasadna zwłaszcza na gruncie prawa cywilnego, którego normy konstru-

1 J.M.E. Portalis. Podaję za: J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker, *Principles of French law*, Oxford 1998, s. 26.

2 Tamże.

3 Z. Brodecki (red.), *Europa sędziów*, Warszawa 2007, s. 27

4 Tak L. Leszczyński na konferencji międzynarodowej *Aktywizm czy formalizm sędziowski – jaka droga dla polskiego sądownictwa?* Zob. sprawozdanie z konferencji A. Kalisz, M. Stefaniuk, PiP 2007, z. 5, s. 128.

5 Z. Brodecki (red.), *Europa...*, s. 27.

6 A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 301.

7 S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantic, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, *Harvard Law Review* 1996, t. 109, s. 926.

8 S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, Wrocław 1985, s. 168. Liczne przykłady określił wykładni prawa prezentuje J. Woleński, *Logiczne problemy wykładni prawa*, ZNUJ 1972, z. 56, s. 20–26.

9 J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 190.

owane są na wysokim poziomie abstrakcji, a wielość i zmienność stanów faktycznych, które pod normy te podpadają, jest ogromna.

Wykładnia, „jako *interpretatio*, a więc swego rodzaju «zapośredniczenie» między wypowiedzią normatywną a jej adresatami, odkrywa w *interpretandum* elementy na pierwszy rzut oka niejawne, a więc co prawda niedostępne bezpośrednio oglądowi, lecz w pewnym sensie już w owej wypowiedzi zawarte”¹⁰. Wykładnia komplementuje to, co w ustawodawstwie niekompletne, i doskonali to, co niedoskonałe. Tym samym stanowi „funkcjonalny surogat ustawy”¹¹. Jest to więc „specyficzna działalność rekonstrukcyjna, usytuowana niejako pomiędzy twórczą konstrukcją prawa a mechaniczną aplikacją jego przepisów”¹².

Powszechnie przyjmuje się, że granicą oddzielającą wykładnię *sensu stricto* od analogii jest możliwe znaczenie językowe przepisu. Podczas gdy wykładnia mieści się w ramach możliwego znaczenia leksykalnego danego zwrotu, analogia wykracza poza to znaczenie (w zgodzie z maksymą *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*)¹³. Dlatego też „problematyka stosowania analogii teoretycznie różni się nieco od problematyki stosowania innych środków wykładni”¹⁴. Przejście od wykładni do analogii powoduje przesunięcie w materiale stanowiącym podstawę decyzji. W przypadku analogii bowiem nie jest to już tekst ustawy (warunkiem koniecznym do zastosowania analogii jest luka w prawie, więc jakiś prawnie relewantny, jednak nieuregulowany prawem pozytywnym stan faktyczny), lecz pewne wielkości normatywne, cele i wartości¹⁵. Analogia jest instrumentem, który na wzór rzymskiego *ius pretorium*, wspomaga (*adiuvare*), uzupełnia (*supplere*) i koryguje (*corrigerere*) *ius civile*.

10 T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu*, streszczenia referatów z konferencji wydziałowej „Wykładnia prawa” odbywającej się 27 lutego 2004 r. w Warszawie, s. 26, <http://konferencja.wpia.uw.edu.pl/files/streszczenia.pdf>.

11 T. Giaro, *Wykładnia bez kodeksu. Uwagi historyczne o normatywności interpretacji prawniczej* [w:] P. Winczorek (red.), *Teoria i praktyka wykładni prawa*, Warszawa 2005, s. 16.

12 Tamże, s. 14.

13 L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2008, s. 161.

14 J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 312.

15 T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, s. 51 i cyt. tam literatura.

Nasuwa się w tym miejscu pytanie, czy wnioskowanie *per analogiam* jest w takim razie jeszcze wykładnią, czy już tworzeniem prawa (przynajmniej na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnej sprawy¹⁶). A może jest „czymś trzecim”? SN dostrzega subtelność granicy między kreacją prawa a jego stosowaniem. W jednym z wyroków *expressis verbis* nakazuje zachowanie ostrożności przy stosowaniu analogii. „Skoro sądy w Rzeczypospolitej Polskiej stosują prawo, a nie je tworzą, konieczna jest ostrożność, tak aby analogia mieściła się w granicach wykładni prawa i nie prowadziła do przekroczenia granic władzy, którą Konstytucja powierzyła sędziom i sądom”¹⁷. W doktrynie natomiast wyrażono pogląd, iż analogia *legis* (*a fortiori* więc analogia *iuris*) to „ewidentny przypadek prawotwórstwa interpretatora, akceptowany pod jednym bardzo rygorystycznym warunkiem: że dotyczy ona jedynie uzupełnienia systemu prawa przez wypełnienie tzw. luk konstrukcyjnych tego systemu”¹⁸. Wydaje się, że źródłem dualizmu w pojmowaniu roli analogii jest różne podejście do systemu źródeł prawa *per se*. Podczas gdy w przywołanym wyroku SN opowiedział się za tzw. systemem deklarowanym (gdzie wykładnia nie jest traktowana jako źródło prawa wobec konstytucyjnego, zamkniętego katalogu źródeł prawa), doktryna postuluje przyjęcie tzw. systemu realnego¹⁹. W obliczu kształtowania się *ius commune* bardziej adekwatne wydaje się drugie stanowisko odrzucające w pewnym zakresie „fetysza pozytywizmu prawniczego” (formalny system źródeł prawa)²⁰. Trudno lekceważyć w praktyce stosowania prawa osiągnięcia dokonane na gruncie harmonizacji prawa umów (np. PECL, UNIDROIT), czy czynów niedozwolonych (PETL). Należy mieć jednak świadomość, iż uznanie i respektowanie tego „prawa pozbawionego obowiązywania”²¹ to rozszerzenie

16 Analogię *legis* jako metodę tworzenia norm konkretno-indywidualnych postrzegał np. W. Siedlecki, *Podstawowe pojęcia prawne*, Kraków 1948, s. 85.

17 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601.

18 M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 432.

19 T. Giaro, *Interpretacja jako źródło prawa – dawniej i dziś*, *Studia Prawnoustrojowe* 2007, nr 7, s. 244.

20 T. Giaro, *Wykładnia...*, Warszawa 2005, s. 22.

21 N. Jansen, *Dogmtik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2005, nr 13, s. 752 [za:] T. Giaro, *Interpretacja...*, s. 249.

kompetencji prawotwórczej już nie tylko na sądy, ale także na teoretyków prawa. Odnosząc się już *stricte* do zagadnienia analogii, warto zasygnalizować stanowisko Savigny'ego, który w imię pandektystycznej „naukowości” tworzenia prawa chciał wyjąć analogię spod kompetencji sądów, których naukowość była wątpliwa (gdyż rzadko spotykany był „uczony na stolcu sędziowskim”²²), i zarezerwować możliwość jej stosowania dla dogmatyki uniwersyteckiej²³.

Argumentum a simile (podobnie jak pozostałe reguły logiki prawniczej) wpisuje się w tzw. wykładnię *sensu largo*²⁴ (techniczne metody wykładni²⁵), w odniesieniu do których granica znaczenia językowego nie jest bezwzględnie koniecznym instrumentem metodologicznym²⁶. Jak stwierdził SN, „analogia legis stanowi jedną z technicznych metod wykładni prawa *sensu largo*”²⁷. Inni umieszczają wnioskowanie *per analogiam* w ramach wykładni logicznej, która opiera się na uznaniu za obowiązujące norm prawnych „wynioskowanych” według reguł wnioskowań sformułowanych przez doktrynę prawniczą (reguły inferencyjne)²⁸.

W prawie niemieckim wyróżniono wykładnię *sensu stricto* (*Auslegung*) oraz rozwijanie norm (*Rechtsfortbildung*). O ile więc możliwe znaczenie językowe jest w Niemczech granicą wykładni, nie jest już granicą dopuszczalności decyzji stosowania prawa. Poza granicą językową jest jeszcze sądowe prawotwórstwo²⁹. Przez teoretyków prawa europejskiego analogia postrzegana jest natomiast jako instrument wykładni systemowej (kontekstualnej), argument *quasi*-logiczny (argument w węższym znaczeniu), gwarantujący autonomiczność, integralność i spójność systemu³⁰.

22 F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, Berlin 1840, s. 89 [za:] T. Giaro, *Wykładnia...*, s. 19.

23 Tak T. Giaro, *Wykładnia...*, s. 27.

24 Tak L. Morawski, *Wstęp...*, s. 159; M. Zieliński, Z. Radwański, *Wykładnia prawa cywilnego*, Studia Prawa Prywatnego 2006, nr I, s. 13.

25 S. Grzybowski (red.), *System...*, s. 168.

26 T. Spyra, *Granice...*, s. 78.

27 Uchwała SN z 22 września 1995 r., III CZP 119/95, OSNC 1995/12/180.

28 T.A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, *Zarys prawa cywilnego*, Lublin 2008, s. 68.

29 T. Spyra, *Granice...*, s. 267.

30 D. de Búrca, J.H.H. Weiler (red.), *The European Court of Justice*, Oxford 2001, s. 58. Podobnie H.G. Schermers, M. Wael-

Analogia a instytucje podobne

W teorii prawa funkcjonują dwie instytucje, których zakres znaczeniowy w pewnym sensie odpowiada zakresowi terminu „analogia”. Są to: wykładnia rozszerzająca oraz odpowiednie stosowanie przepisów. Pokróćce zostaną poniżej przedstawione cechy pozwalające na przyporządkowanie określonej czynności do któregoś z podanych zabiegów interpretacyjnych.

Istnieją co najmniej dwa znaczenia pojęcia „wykładnia rozszerzająca”³¹. Jeśli punktem odniesienia uczynimy wykładnię językową, to każda wykładnia, która daje wynik szerszy od wykładni językowej (od tzw. bezpośredniego rozumienia przepisu), jest wykładnią rozszerzającą³². Jeśli modyfikacji ulegnie w pewnym stopniu pojęcie „językowego znaczenia przepisu” i nie zostanie ograniczone tylko do „bezpośredniego rozumienia przepisu”³³, wówczas pod pojęciem wykładni rozszerzającej trzeba rozumieć taką wykładnię, która rozciąga znaczenie przepisu do granic możliwego znaczenia językowego, obejmując nim również przypadki nienależące do pozytywnych kandydatów predykatu³⁴. Gdy natomiast badamy relację między wykładnią językową a wykładnią intencjonalną (czyli wykładnią przepisów zgodną z wolą i intencjami prawodawcy), z wykładnią rozszerzającą mamy do czynienia wtedy, gdy przyjmujemy znaczenie przepisu szersze od znaczenia językowego, bo normodawca powiedział mniej niż zamierzał (*minus dixit quam voluit*)³⁵. Dlatego też, mimo iż określony przypadek nie należy do „rdzenia znaczeniowego” (P. Heck i H. Hart powiedzieliby „do jądra” pojęcia), należy do budzącej wątpliwości „sfery przejściowej” („płaszczka” pojęcia)³⁶.

Wśród teoretyków prawa brak jednolitego stanowiska co do kryteriów odróżniających *interpretatio*

broeck, *Judicial protection in the European Union*, Hague 2002, s. 18. Por. także J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2006, s. 187.

31 L. Morawski, *Wstęp...*, s. 139.

32 Tamże.

33 S. Grzybowski (red.), *System...*, s. 175.

34 Tak K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1991, s. 354 [za:] T. Spyra, *Granice...*, s. 106.

35 Podobnie E. Waśkowski, *Teoria wykładni prawa cywilnego*, Warszawa 1936, s. 169.

36 J. Wróblewski, *Interpretatio extensiva*, RPEiS 1965, nr I, s. 116.

extensiva od analogii³⁷. Wyrażono np. w doktrynie pogląd, zgodnie z którym „wykładnia z analogii *legis* tym różni się od wykładni rozszerzającej, że w przypadku wykładni rozszerzającej tekst jest językowo jasny, a ów jasny sens nie zostaje uznany mimo to za miarodajny, podczas gdy przy analogii *legis* powstaje niejasność co do ograniczania zakresu stosowania i zakresu normowania jedynie do elementów wyraźnie zaznaczonych”³⁸. Inni proponują trzy sposoby rozstrzygnięcia tego sporu³⁹. Po pierwsze, można analogię postrzegać jako swoiste „koło ratunkowe” dla podmiotów stosujących prawo, gdy luka istnieje mimo zastosowania wykładni. Inni postulują zatarcie granicy między wykładnią rozszerzającą a analogią. Trzecia koncepcja wprowadza natomiast dualizm samego pojęcia analogia. W rezultacie, można byłoby mówić o analogii w wykładni prawa i analogii w stosowaniu prawa, przy czym koncepcja ta ma walor jedynie teoretyczny. W praktyce bowiem irrelevantny jest fakt, czy uznamy, iż znaczenie stosowanej normy zostało ustalone *per analogiam*, czy też że normę ustaloną nie *per analogiam* zastosowano *per analogiam* do szerszego zakresu faktów⁴⁰.

Odnosząc się natomiast do drugiego pojęcia, które należy odróżnić od analogii, a mianowicie do odpowiedniego stosowania przepisów, wskazać trzeba, że polega ono na „najnormalniejszym stosowaniu określonych przepisów do drugiego zakresu odniesienia, z tym jednak, że całkowicie nie mają zastosowania, bądź też w pewnej części swej treści ulegają zmianie te spośród nich, które ze względu na treść swych postanowień są bezprzedmiotowe lub sprzeczne z przepisami normującymi już dane stosunki, do których mają być

zastosowane”⁴¹. Przeniesienie określonej normy „poza macierzysty zakres regulacji odbywa się z założonym przez ustawodawcę dopasowaniem do drugiego zakresu odniesienia, dopuszczonym formułą «odpowiedniego» stosowania przepisu. Przy ustalaniu sposobu dostosowania normy w drugim zakresie odniesienia niezbędne staje się wykorzystanie zasad wykładni systemowej i funkcjonalnej. Te zaś skłaniają do przyjęcia, że stosowanie normy w drugim zakresie odniesienia, chociaż «odpowiednie», powinno nastąpić w sposób najbardziej zbliżony do tego, w jakim funkcjonuje ona w pierwszym zakresie”⁴².

Proces odpowiedniego stosowania opiera się na podobieństwie między przepisami. Dlatego też w oczywisty sposób można zaklasyfikować go jako rodzaj analogii⁴³. Oceny tej nie podzielił SN w uchwale w składzie siedmiu sędziów z dnia 29 września 2009 r., twierdząc, że „czym innym jest (...) odpowiednie stosowanie określonych przepisów, wynikające z odesłania do pewnej regulacji odrębnej, podyktowanego techniką legislacyjną (zredukowanie konieczności powtórzeń) i koniecznością modyfikacji tej regulacji ze względu na odmienną istotę przedmiotu tej regulacji, a czym innym stosowanie takich przepisów w drodze analogii, którą uzasadnia właśnie brak odpowiedniej regulacji”⁴⁴. Podobne rozróżnienie poczynił SN w uchwale z 18 października 2006 r.: „(...) istnieje zasadnicza różnica pomiędzy odpowiednim stosowaniem a analogią z przepisu ustawy. «Odpowiednie stosowanie» następuje bowiem z woli ustawodawcy, zawartej w przepisie odsyłającym (...) przy czym wymóg «odpowiedniości» oznacza, że przepis odnoszący się do innej, wyraźnie uregulowanej sytuacji wymaga dostosowania (a więc w pewnym sensie modyfikacji) ze względu na różnice zachodzące pomiędzy dwoma abstrakcyjnie, hipotetycznie określonymi stanami faktycznymi. Natomiast analogia z ustawy (analogia *legis*) jest instytucją nie-

37 W praktyce natomiast odróżnienie wykładni rozszerzającej od wnioskowania *per analogiam* często natrafia na poważne przeszkody – zwłaszcza gdy nie można ustalić, czy norma prawna jest nieściśle sformułowana, czy też zamierzeniem ustawodawcy było pominięcie niektórych aspektów (por. E. Waśkowski, *Teoria wykładni...*, s. 169, przypis 18). Z pomocą wówczas przychodzi wykładnia systemowa i zakaz wykładni prowadzącej do luk.

38 S. Wronkowska (red.), *Z teorii i filozofii Zygmunta Ziemińskiego*, Wolters Kluwer 2007, s. 210. Podobnie S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 168.

39 J. Wróblewski, *Interpretatio...*, s. 129–130.

40 Tak J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 291–292.

41 J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, PiP 1964, z. 3, s. 372.

42 Uchwała SN z 30 stycznia 2001 r., I KZP 50/00, OSNKW 2001/3–4/16.

43 L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 215; J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 154.

44 Uchwała SN (7) z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, LEX nr 518164.

uregulowaną żadnym przepisem i oznacza, że organ stosujący prawo uzupełnia, na podstawie istniejących przepisów, lukę, którą ustawodawca pozostawił, choć mógł i powinien był ją «zapełnić» odpowiednią regulacją prawną. Założeniem analogii jest podobieństwo pomiędzy hipotetycznym stanem faktycznym, który został wyraźnie uregulowany, a podobną sytuacją nieuregulowaną⁴⁵.

W literaturze przedmiotu kwalifikuje się przepisy nakazujące odpowiednie stosowanie przepisów jako przepisy odsyłające⁴⁶, które mogą np. przyczynić się do osiągnięcia skrótowości tekstu i zapewniają spójność regulowanych instytucji prawnych⁴⁷.

Aby odpowiednie stosowanie przepisów było dopuszczalne, musi znajdować podstawę prawną w konkretnym przepisie⁴⁸. Jest ono bowiem legitymowane przez

(art. 1035–1046 k.c.⁵⁰). Natomiast zgodnie z art. 1035 k.c., do wspólności majątku spadkowego oraz do działu spadku stosuje się odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych (art. 195 i nn. k.c.).

Bogate orzecznictwo, traktujące o odpowiednim stosowaniu przepisów, dotyczy normy art. 656 k.c., na mocy której do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Problem pojawił się, czy katalog odesłań z art. 656 k.c. ma charakter zamknięty i czy dopuszczalne jest odesłanie milczące. Wątpliwości dotyczą

Aby odpowiednie stosowanie przepisów było dopuszczalne, musi znajdować podstawę prawną w konkretnym przepisie.

samego ustawodawcę, którego wola było podobne (o ile nie identyczne) ukształtowanie dwóch odrębnych instytucji prawnych. Przykładem podobnego ukształtowania trzech sytuacji jest kaskadowe odesłanie z art. 46 k.r.o.⁴⁹, w którym ustawodawca w sprawach nieuregulowanych w przepisach o ustawowym ustroju majątkowym, od chwili ustania współwłasności ustawowej do majątku, który był nią objęty, jak również do podziału tego majątku każe stosować odpowiednio przepisy o wspólności majątku spadkowego i o dziale spadku

zwłaszcza możliwości sądowego ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 § 2 k.c.) i kwestia ta jest sporna zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Prezentowane są w związku z tym dwa rozbieżne stanowiska. Zwolennicy pierwszego z nich argumentują, że z uwagi właśnie na zamknięty katalog odesłań z art. 656 k.c. (choć ustawodawca nie posłużył się charakterystycznymi sformułowaniami przesądzającymi o taksonomicznym wyciszeniu) oraz na autonomiczny (wobec umowy o dzieło) charakter umowy o roboty budowlane, wykluczona jest możliwość wprowadzenia modyfikacji postanowień umowy o roboty budowlane i ustalenia wysokości wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy na podstawie art. 632 § 2 k.c.⁵¹. Zarysował się też pogląd

45 Uchwała SN z 18 października 2006 r., II CSK 121/06, LEX nr 278679.

46 J. Nowacki, „Odpowiednie”..., s. 375 i cyt. tamże literatura.

47 § 156 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej, Dz.U. z 2002 r. Nr 100, poz. 908.

48 Uchwała SN z 7 kwietnia 2006 r., III CZP 24/06, OSNC 2007/2/24.

49 Ustawa z 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59 ze zm.

50 Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.

51 Wyrok SN z 26 października 2000 r., II CKN 417/00, LEX nr 52620, wyrok SN z dnia 6 maja 2004 r., II CK 315/03, OSP 2005/5/60. Por. J. Frąckowiak, *O konieczności dalszych zmian prawa cywilnego szczególnie w odniesieniu do podmio-*

przeciwny, dopuszczający w drodze ostrożnej analogii, stosowanie art. 632 § 2 k.c.⁵², bowiem „brak w art. 656 § 1 k.c. odesłania do odpowiedniego stosowania art. 629 i 632 § 2 k.c. do umowy o roboty budowlane otwiera (...) możliwość uznania, że w tym zakresie istnieje luka prawna. Może wskazywać na nią już sam brak dostatecznej regulacji dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych”⁵³ (argumentacja sprzeczna, jak się wydaje, z zakazem wykładni prowadzącej do luk). Przeważa stanowisko, zgodnie z którym „jeżeli strony w umowie o roboty budowlane zastosowały jeden z systemów wynagrodzenia uregulowanych w przepisach Kodeksu cywilnego dotyczących umowy o dzieło (ryczałtowy lub kosztorysowy), to w drodze analogii należy stosować właściwe przepisy dotyczące tej umowy”⁵⁴. Uzasadnieniem takiego rozwiązania jest, w opinii SN, tak duże podobieństwo obecnego kształtu prawnego umowy o roboty budowlane do umowy o dzieło (spełniona przesłanka podobieństwa), że niejednokrotnie powstają trudności w subsumcji zawartego kontraktu pod właściwe przepisy⁵⁵. SN powołuje się *expressis verbis* w swoich uzasadnieniach również na istnienie luki. Art. 656 § 1 k.c. nie zawiera stosownego odesłania do przepisów

tów i umów w obrocie gospodarczym, PPH 1999, nr 3, s. 7 i nn; P. Sokal, *Glosa do uchwały SN z dnia 11 stycznia 2002 r.*, III CZP 63/01, Prawo Spółek 2003, nr 12, s. 54 i nn; K. Kołakowski [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2009, s. 332.

52 Wyrok SN z 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, LEX nr 479317; uchwała SN z 21 lipca 2006 r., III CZP 54/06, OSNC 2007/5/66; wyrok SN z 20 listopada 1998 r., II CKN 913/97, LEX nr 138655; wyrok SN z 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/00, OSNC 2001/1/9; wyrok SN z 18 października 2006 r., LEX nr 278679. Wyjątkowo SN w wyroku z 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07, LEX nr 325619, opowiedział się za stosowaniem analogii w sposób zdecydowany. Zob. też: B. Lackoroński, *Glosa do wyroku SN z dnia 16 maja 2007 r.*, III CSK 452/06, OSP 2009/2/19; J.A. Strzépka, *Glosa do uchwały SN z dnia 11 stycznia 2002 r.*, III CZP 63/01, OSP 2002/10/125; Tenże, *Z problematyki prawnej umowy o roboty budowlane*, PPH 2002, nr 12, s. 13.

53 Uchwała SN (7) z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, LEX nr 518164.

54 Wyrok SN z 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, LEX nr 479317.

55 Wyrok SN z 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07, LEX nr 325619; wyrok SN z 25 marca 1998 r., II CKN 653/97, OSNC 1998/12/207.

o umowie o dzieło w zakresie wynagrodzenia przyjmującego zamówienie tylko dlatego, że założeniem przy uchwalaniu przepisów kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane było regulowanie wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych przez przepisy szczególne (nieobowiązujący już art. 648 § 3 k.c., art. 650 k.c. oraz uchwała nr 11 Rady Ministrów z dnia 11 lutego 1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów o prace projektowe w budownictwie oraz o wykonywanie inwestycji, robót i remontów budowlanych⁵⁶)⁵⁷.

SN w uchwale w składzie siedmiu sędziów z 2002 r. stwierdził: „skoro więc dopuszczalność sięgania do odpowiedniego stosowania przepisów o umowie o dzieło została wyraźnie ograniczona do (...) czterech, taksatywnie określonych w art. 656 § 1 k.c. sytuacji, oznacza to, że taka właśnie była wola ustawodawcy, której nie można naruszać drogą rozszerzającej wykładni, ze szkodą dla spójności systemu prawnego”⁵⁸. Natomiast w uchwale z 2009 r., również w składzie siedmiu sędziów, SN orzekł odmiennie i dopuścił stosowanie *per analogiam* przepisów art. 629 i 632 § 2 k.c. do umów o roboty budowlane⁵⁹.

Schemat stosowania analogii

Dokonanie szczegółowej analizy *ex tunc* obowiązującego prawa pozytywnego, w której wyniku organ prawo stosujący stwierdzi istnienie w aktualnym stanie prawnym luki konstrukcyjnej, otwiera drogę do poszukiwania rozwiązania dla konkretnej, prawnie relewantnej, lecz nieunormowanej, sytuacji.

Stosowanie przepisów w drodze *analogiae legis* ma miejsce wówczas, gdy „dyrektywy językowe i systemowe jednoznacznie nie wskazują, że określony przepis dotyczy wyłącznie stanu faktycznego w nim wyznaczonego (*argumentum a contrario*), a równocześnie argumentacja funkcjonalna pozwala przyjąć, że zawarta w przepisie prawnym regulacja odnosi się także do okoliczności podobnych do opisanej w tym

56 M.P. Nr 8, poz. 47 ze zm.

57 Wyrok SN z dnia 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07, LEX nr 325619.

58 Uchwała SN (7) z 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002/9/106. Analogiczne stwierdzenie zawiera wyrok SN z 6 maja 2004 r., II CK 315/03, OSP 2005/5/60.

59 Uchwała SN (7) z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, LEX nr 518164.

przepisie⁶⁰. Apriorycznie trzeba także założyć konsekwencję prawodawcy w formułowaniu ocen (*legislator non preasumitur sibi ipsi contrarius*) i jego racjonalność aksjologiczną.

Modus procedendi stosowania analogii *legis* obejmuje cztery etapy⁶¹. Przede wszystkim należy stwierdzić, że dana sytuacja nie jest prawnie irrelevantna, ale wykładnia literalna nie umożliwia sformułowania oceny prawnej. Po wtóre, trzeba wyszukać kontekst językowy dotyczący podobnej sytuacji faktycznej, hipotezę obejmującą analogiczną sytuację. Różnice między obydwojoma stanami faktycznymi nie powinny być istotne z punktu widzenia celu (*ratio legis*) normy (jej dyspozycji), która ma być stosowana w trybie analogii⁶². Następnie trzeba wykluczyć istniejące, a wynikające z kontekstu językowego, zakazy stosowania analogii. Wreszcie dopuszczalne jest zastosowanie dyspozycji związanej z badaną hipotezą, odpowiednio

naniem wykładni całego porządku prawnego⁶⁵. Chodzi bowiem o „harmonijne” uzupełnienie systemu obowiązującego prawa, który czerpie z zasad będących podstawą całego szeregu przepisów, a nawet całego obowiązującego prawa (duch prawa)⁶⁶. Jednocześnie należy zauważyć, że zawsze wtedy, gdy sędzia wywodzi jakąś normę z całokształtu prawa, *de facto* zajmuje miejsce ustawodawcy, „rozszerza” podstawę normatywną na potrzeby procesu decyzyjnego⁶⁷. Tym samym rozstrzyga, jak postąpiłby organ legislacyjny, gdyby miał uregulować tę problematykę (*verba art. 1 ust. 2 szwajcarskiego kodeksu cywilnego z 1912 r.*: „według reguły, jaką ustanowiłby, sam będąc prawodawcą”). Nie zmienia tego faktu okoliczność, iż warunkiem *sine qua non* zastosowania wniosku *per analogiam iuris* jest stwierdzenie, iż „ustawodawcy można przypisać takie oceny i preferencje (znajdujące wyraz w wielu różnych przepisach i zasadach

Zawsze wtedy, gdy sędzia wywodzi jakąś normę z całokształtu prawa, de facto zajmuje miejsce ustawodawcy.

do sytuacji będącej przedmiotem oceny („zapożyczenie” podstawy normatywnej⁶³).

Sięgając do analogii *iuris*, nie rozporządza się żadnym przepisem prawa, który by wskazywał na określoną dyspozycję. Mówi się bowiem, iż brak jest normy, która nadawałaby się do analogicznego zastosowania⁶⁴. Zastosowanie analogii z prawa łączy się z doko-

systemu prawa), jakie, zważywszy na aksjologiczną, logiczną i prakseologiczną konsekwencję racjonalnego prawodawcy, uzasadniają zrekonstruowanie normy o określonej treści, która wypełni stwierdzoną lukę w prawie⁶⁸.

Spoczywająca na sędziach odpowiedzialność w przypadku stosowania analogii *iuris* jest ogromna. Nie można bowiem nie dostrzec, że *de facto* „nie jest to żadna analogia, lecz po prostu sposób subsydiarnego tworzenia prawa dla potrzeb rozstrzygnięcia konkretnego przypadku”⁶⁹ (o ile nie tworzenia norm

60 Uchwała SN z 15 września 2004 r., III CZP 46/04, OSNC 2005/9/152.

61 S. Grzybowski (red.), *System...*, s. 167.

62 T.A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, *Zarys...*, s. 70. Ciekawe przykłady z *common law*, odnoszące się do istotnych podobieństw i różnic dwóch stanów faktycznych – zob. np. *Rylands v Fletcher*, 3 L.R.-E. & I. App. 330 (H.L. 1868), *Brown v Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

63 L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 249.

64 Tak A. Wolter, *Problemy wykładni prawa*, PiP 1960, z. 7, s. 93.

65 S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1985, s. 85.

66 F. Zoll, *Prawo cywilne*, t. I, Poznań 1931, s. 81.

67 L. Leszczyński, *Zagadnienia...*, s. 249.

68 T.A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, *Zarys...*, s. 71.

69 K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 110.

generalnych⁷⁰). Dlatego też należy podzielić poglądy zwolenników ostrożnego, wstrzemięźliwego oraz posilkowego stosowania wnioskowania z prawa⁷¹.

Dopuszczalność stosowania analogii – uwagi ogólne

W codziennym życiu „twórcze przewidywanie na podstawie analogii jest tak powszechne, że nawet go nie zauważamy”⁷². „O konieczności (...) [stosowania analogii – przyp. autorki] tak przekonane są współczesne kodeksy, że wyraźne zaznaczenie uważają za zbyteczne”⁷³. Podobnie jest w polskim prawie cywilnym, co niejednokrotnie powtarzał SN. W jednym z wyroków stwierdził: „w prawie cywilnym, ze względu na otwartość i niezupełność regulacji, przyjmuje się generalnie, że analogia jest dopuszczalna”⁷⁴.

Rozumowanie przez analogię jest więc uznanym i przyjętym sposobem stosowania prawa cywilnego⁷⁵, i to nie tylko w wypadkach wyraźnie wskazanych w przepisach prawnych⁷⁶. Trudno sobie nawet wyobrazić, chociażby ze względu na zasadę swobody umów⁷⁷, funkcjonowanie prawa prywatnego bez rozumowania *per analogiam*⁷⁸. Dopuszczalność stosowania analogii przesądził sam TK. W jednym ze swych

orzeczeń *expressis verbis* stwierdził, iż „przy usuwaniu luk nie powinno się wykluczać korzystania z analogii, i to zarówno z ustawy, jak i z prawa”⁷⁹. Szybkie zmiany prawa, które są cechą współczesnej kultury prawnej (dokonujące się zwłaszcza na obszarze prawa prywatnego), i jeszcze bardziej dynamiczne i złożone zachowania jednostek niejako wymuszają na sędziach „naprawianie”⁸⁰ uchybień ustawodawcy oraz „uaktualnienie” prawa pozytywnego.

W Niemczech w okresie tworzenia kodeksu cywilnego i dominacji tzw. jurysprudenji pojęciowej (*Begriffsjurisprudenz*) jeden z projektów *explicite* przesądzał konieczność zastosowania wnioskowania *per analogiam*, jeśli tylko podmiot stosujący prawo będzie miał do czynienia z przypadkami nieunormowanymi⁸¹. Tomasz z Akwinu z kolei wywodził uzasadnienie stosowania analogii z faktu, że prawo jest „pierwotnie analogiczne”. W związku z tym wszelkie poznanie prawa ma także charakter analogiczny. Przyrodzona „analogiczność” wynika z definicji prawa jako odpowiedniości bytu i powinności. Odpowiedniość zaś to „zgodność za względu na stosunek”, co w nomenklaturze Stagiryty oznacza po prostu analogię⁸². Analogiczność prawa pociąga za sobą analogiczność pojęć prawnych.

W odniesieniu do analogii z prawa brak tak jednoznacznego przyzwolenia, z jakim mamy do czynienia w przypadku analogii z ustawy⁸³. Ponieważ nie istnieje

70 Zob. np. uchwała SN (7) z 14 września 2007 r., III CZP 31/07, OSNC 2008/2/14, oraz późniejsze orzeczenia uznające jej precedensowy charakter, np.: uchwała SN z 19 grudnia 2008 r., III CZP 122/08, OSNC 2009/7–8/115; wyrok SN z 5 lutego 2009 r., I CSK 297/08, LEX nr 494004.

71 L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 302.

72 J. Hawkins, *On intelligence*, Times Books, New York 2004, s. 125.

73 S. Rundstein, *Studia i szkice prawne*, Lwów 1904, s. 47.

74 Wyrok SN z 5 października 2006 r., IV CSK 132/06, OSNC 2007/7–8/III.

75 Uchwała SN(7) z 3 grudnia 1998 r., III CZP 38/98, OSNC 1999/5/98.

76 Wyrok Sądu Antymonopolowego z 23 kwietnia 1992 r., XVII Amr 7/92, Wokanda 1992, nr 9, s. 39. Zob. też: postanowienie SN z 25 maja 2001 r., WA 15/01, OSNKW 2001/9–10/81.

77 A. Stelmachowski, *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym*, PiP 1966, z. 3, s. 474. Polemicznie z tym stwierdzeniem J. Nowacki, *Wolność umów a uzasadnienie analogii*, PiP 1966, z. 11, s. 744.

78 E. Smoktunowicz, J. Mieszkowski, *Źródła i wykładnia prawa podatkowego. Podręcznik doradców podatkowych*, Biały-stok 1998, s. 97.

79 Orzeczenie TK z 8 listopada 1994 r., P 1/94, OTK 1994/2/37.

80 Uchwała SN(7) z 3 grudnia 1998 r., III CZP 38/98, OSNC 1999/5/98.

81 Pierwszy projekt niemieckiego kodeksu cywilnego zawierał przepis, że „do stosunków, do których ustawa nie zawiera przepisu, mają być odpowiednio stosowane przepisy dotyczące prawnie podobnych stosunków; w braku takich stosunków należy kierować się zasadami wypływającymi z ducha porządku prawnego”. Por. też § 7 austriackiego kodeksu cywilnego z 1811 r. oraz Can. 19 kodeksu prawa kanonicznego z 1983 r. (w przypadku braku wyraźnych postanowień ustawy albo prawa zwyczajowego należy kierować się – z wyjątkiem spraw karnych – postanowieniami ustaw normujących przypadki podobne, ogólnymi zasadami prawnymi, jurysprudencją, praktyką Kurii Rzymskiej oraz powszechną, stałą opinią uczonych).

82 Tak A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe 1965, s. 14 [za:] T. Spyra, *Granice...*, s. 117.

83 Większymi sceptykami okazali się teoretycy prawa niż sami cywiliści (A. Stelmachowski, *Zarys teorii...*, s. 301).

jakaś jedna norma, która byłaby podstawą przeprowadzenia rozumowania *per analogiam*, wywnioskowanie określonej normy następuje z całego zespołu norm, co *de facto* oznacza wyposażenie władzy sądowniczej w *quasi*-ustawodawcze kompetencje.

Ciekawym zagadnieniem ogólnym związanym z zagadnieniem dopuszczalności stosowania analogii jest problem wyroków TK w przedmiocie wniosku o zbadanie zgodności ustaw z Konstytucją. TK, jako tzw. ustawodawca negatywny, „dokonuje takich zmian w systemie prawnym, które mają charakter generalny, są zatem aktami prawotwórczymi⁸⁴. Orzeczenie TK, stwierdzające niezgodność z Konstytucją określonych przepisów aktu normatywnego, powoduje, że (...) kwestionowane przepisy zostają w sposób trwały wyeliminowane z obowiązującego w Rzeczypospoli-

mu prawnego RP⁸⁷. Ponieważ nie są to luki *eiusdem generis*, niedopuszczalne jest ich wypełnianie w drodze analogii. Dlatego też „częstym motywem odrzucania skutków orzeczenia jest dążenie do uniknięcia sytuacji, w której powstałaby luka w prawie, co dotyczy m.in. przypadków, gdy w związku z wadliwością upoważnienia ustawowego traciłyby moc akty wykonawcze, często materialnie niebudzące wątpliwości⁸⁸. Ponadto, „wszelką «analogię» z przepisów uznanych za niezgodne z Konstytucją w trybie przewidzianym w art. 190 Konstytucji należy zaś uznać za naruszenie art. 178 ust. 1 Ustawy Zasadniczej⁸⁹.”

Zasygnalizować należy problem dopuszczalności stosowania *per analogiam* przepisów szczególnych. Jeżeli bowiem u podstaw danego rozstrzygnięcia, a nieuregulowanego prawem pozytywnym, przy-

Analogia jest również niedopuszczalna, jeśli w drodze jej zastosowania zawężeniu uległoby rozumienie reguł gwarancyjnych, zasady równości czy osłabiona zostałaby ochrona praw i wolności.

tej systemu prawnego. Trybunał nie ma jednak kompetencji do wypełnienia powstałej w ten sposób «luki normatywnej»⁸⁵. *Ex definitione*, TK jako negatywny prawodawca wyłącznie (re)konstruuje porządek prawny⁸⁶. „Luka” powstała w związku z wyeliminowaniem przepisu z porządku prawnego z powodu niezgodności z Konstytucją lub innym aktem prawnym ma odmienny charakter prawny od luki konstrukcyjnej systemu prawa. „Nie tylko bowiem nie jest ona niezamierzona, lecz wprost przeciwnie, wynika z aktywności orzeczniczej Trybunału jako strażnika spójności i jedności syste-

padku leży ta sama *ratio iuris*, która spowodowała wydanie przepisu wyjątkowego, dopuszczalne jest analogiczne stosowanie przepisów o charakterze wyjątkowym⁹⁰. Wszelkie reguły wykładni są bowiem wyłącznie pewnymi toposami argumentacyjnymi, nie zaś bezwzględnie obowiązującymi zakazami. W judykaturze dopuszczono stosowanie *per analogiam* przepisu szczególniego, „gdy stan faktyczny nie unormowany

84 Por. uchwałę SN z 3 lipca 2003 r., III CZP 45/03, OSNC 2004/9/136.

85 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601. 86 Co do szczegółów, zob. np. L. Morawski, *Zasada trójpodziału...*, s. 59 i nast.

87 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601. 88 Wyrok SN z 20 kwietnia 2006 r., IV CSK 28/06, OSNC 2007/2/31.

89 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601. 90 R. Longchamps, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922, s. 40. Por. też literaturę przywołaną w: J. Nowacki, *Przyczynek...*, s. 760. Niemal identyczne stwierdzenie zawiera uchwała SN(7) z 19 stycznia 2006 r., III CZP 100/05, OSNC 2006/6/95.

odpowiada tym samym warunkom, które uzasadniają wydanie przepisu szczególnie. Analogia jest (...) niedopuszczalna wtedy, gdy przepis wyjątkowy mógłby stanowić podstawę do argumentu *a contrario*⁹¹.

Analogia jest również niedopuszczalna, jeśli w drodze jej zastosowania zawężeniu uległoby rozumienie reguł gwarancyjnych, zasady równości czy osłabiona zostałaby ochrona praw i wolności⁹². Dlatego też SN zanegował np. taką wykładnię przepisów kodeksu postępowania cywilnego, która w drodze analogii ograniczałaby prawa procesowe strony poprzez wprowadzenie nieistniejących w ustawie ograniczeń czasowych zarzutu braku zapisu na sąd polubowny⁹³. Także ograniczenie lub wyłączenie prawa do wniesienia apelacji w wyniku wykładni rozszerzającej przepisu lub w drodze analogii jest niedopuszczalne, bowiem ograniczenie prawa procesowego strony wymaga jednoznacznej regulacji ustawowej⁹⁴. Co ciekawe, w orzecznictwie niemieckim doktryna, zgodnie z którą wszelkie ingerencje w prawa i wolności obywatelskie muszą mieścić się w ramach granicy językowej, nie została zaakceptowana⁹⁵.

Czasami stosowanie analogii jest niedopuszczalne z uwagi na konstytucyjną ochronę pewnych wartości – np. rodziny, małżeństwa. Tak jest w przypadku konkubinatu. Niekiedy stwierdza się nawet, iż konkubinaty w prawie polskim jest indyferentny⁹⁶, a konkubenci *de iure* są względem siebie osobami obcymi z racji braku między nimi stosunku prawnorodzinnego⁹⁷. Taka kwalifikacja konkubinatu wydaje się zbyt surowa. Nie budzi natomiast wątpliwości, iż „przyznanie konkuben-

tom jakichkolwiek praw, jakie wynikają z małżeństwa, prowadziłoby do ich daleko idącego usankcjonowania i wzięcia pod ochronę, tworząc w ten sposób drugi rodzaj związków równoległe występujących do związków małżeńskich z pominięciem (...) aspektów moralnych⁹⁸. Zrównanie sytuacji konkubentów oraz małżonków nie nastąpi nawet w sytuacji, gdy konkubinaty jest trwały oraz gdy istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że konkubenci zawrą ze sobą w niedalekiej przyszłości związek małżeński⁹⁹. Warto jednak zasygnalizować, że SN wydał w latach osiemdziesiątych orzeczenie, w którym z uwagi na charakter osobisty stosunków zachodzących między osobami pozostającymi w związku pozamałżeńskim uznał za właściwe stosowanie *per analogiam* do konkubentów przepisów o zawieszeniu biegu terminu przedawnienia co do roszczeń, które przysługują jednemu z małżonków przeciwko drugiemu przez czas trwania małżeństwa¹⁰⁰. Także „ze względu na konstytucyjną zasadę ochrony małżeństwa oraz brak podstaw do uznania braku regulacji prawnej związków pozamałżeńskich za lukę w prawie, niedopuszczalne jest stosowanie unormowań z zakresu prawa małżeńskiego (w tym wspólności majątkowej i podziału dorobku), nawet w drodze analogii, do innych niż małżeństwo stosunków cechujących się istnieniem więzi osobisto-majątkowych¹⁰¹. „Do stosunków majątkowych osób pozostających w związku pozamałżeńskim nie mogą być stosowane w drodze analogii przepisy (...) o wspólności ustawowej. Związek pozamałżeński sam przez się nie wywołuje żadnych skutków o charakterze prawnomajątkowym między osobami, które w związku takim pozostają. Jeśli powstają między nimi stosunki prawnomajątkowe, prawa i obowiązki stąd wynikające ocenić należy na podstawie przepisów właściwych dla tych stosunków¹⁰².

91 Uchwała SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNC 1970/6/97.

92 W. Wróbel, *Wpływ orzecznictwa Sądu Najwyższego na kształtowanie się pojęć i instytucji prawnych* [w:] T. Bąkowski, K. Grajewski, J. Warylewski (red.), *Orzecznictwo w systemie prawa*, Warszawa 2008, s. 84.

93 Uchwała SN z 21 stycznia 2009 r., III CZP 136/08, LEX nr 470716.

94 Postanowienie SN z 12 czerwca 2008 r., III CSK 54/08, LEX nr 424393.

95 T. Spyra, *Granice...*, s. 72.

96 Wyrok SN z 22 czerwca 2007 r., V CSK 114/07, LEX nr 442549.

97 T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2001, s. 13. W pewnych okolicznościach jednak SN uznaje konkubentów za rodzinę. Zob. np. wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 648/04, OSNC 2006/5/54, wyrok SN z dnia 2 grudnia 1970 r., II CR 541/70, LEX nr 6831.

98 Uchwała SN z 30 stycznia 1986 r., III CZP 79/85, OSNC 1987/1/2.

99 Zob. art. 123 k.r.o. i zapadłe na jego tle postanowienie SN z 25 października 1983 r., III CRN 234/83, OSNC 1984/8/135.

100 Orzeczenie SN z 6 czerwca 1980 r., III CRN 62/80, LEX nr 8241.

101 Wyrok SN z 6 grudnia 2007 r., IV CSK 301/07, OSNC 2009/2/29.

102 Uchwała SN z 2 lipca 1955 r., II CO 7/55, OSNCK 1956/3/72. Judykatura akceptuje kazuistyczną koncepcję rozstrzygnięcia sporów wynikających ze stosunków majątkowych mię-

Luka w prawie¹⁰³ jako warunek konieczny dla stosowania analogii

„Stosowanie analogii dopuszczalne jest pod warunkiem stwierdzenia luki w ustawie¹⁰⁴. *Ex definitione* więc nie stosuje się analogii przy „wyczerpującym uregulowaniu kwestii¹⁰⁵. Przez lukę w prawie rozumie się najczęściej taki stan rzeczy, gdy dla konkretnego stosunku społecznego, który nie jest ani prawnie obojętny, ani nie został przez prawodawcę uznany za niepodlegający unormowaniu prawnemu, nie ma normy prawnej czy to wyraźnej, czy to dającej się wyprowadzić w drodze wykładni przepisów¹⁰⁶. Oznacza to, iż mówiąc o luce w prawie, mamy na myśli taki stan tekstów normatywnych, w których co do pewnych sytuacji będących zdarzeniami prawnymi brak jest przepisów nie tylko w ich wyraźnej, słownej redakcji, ale nawet w ich opartym na wykładni kontekście językowym, określającym skutki prawne¹⁰⁷. Inni powiedzą natomiast tak: o luce konstrukcyjnej można mówić wtedy, „gdy określona kwestia wymagająca regulacji prawnej nie została w ogóle unormowana¹⁰⁸. Nie może natomiast znaleźć aprobaty stanowisko, wedle którego luka istnieje nie tylko wówczas, gdy brak jest w systemie prawa jakiegoś potrzebnego rozstrzygnięcia, ale i gdy istnieje co prawda rozstrzygnięcie, ale

nie jest ono jednoznaczne¹⁰⁹. Oceny, że dany stan nie jest uregulowany przez prawo obowiązujące, choć być powinien, zawsze dokonuje organ prawo stosujący (wyjątkiem w tym względzie są luki swoiste)¹¹⁰. Przy dokonywaniu oceny stanu regulacji prawnej sądom nie wolno dokonywać wykładni w sposób prowadzący do luk. „Wykazanie istnienia luki w prawie wymaga przedstawienia jednoznacznych argumentów, gdyż luka takiej nie można domniemywać¹¹¹. Należy jednak dodać, że w niedawnej uchwale SN w składzie siedmiu sędziów zakwestionowano utrwalony pogląd, że stosowanie analogii jest dopuszczalne tylko w sytuacji istnienia luki w prawie. W uzasadnieniu tej uchwały SN stwierdził: „Istnienie luki instrumentalnej nie jest jednak warunkiem stosowania przepisów w drodze analogii. Może za tym przemawiać także sytuacja, w której rozstrzygnięcie prawnie istotnej kwestii jest wprawdzie możliwe na podstawie przepisów ogólnych, jednakże ich zestawienie z regulacją szczególną zbliżonych kwestii, unormowanych wyraźnie przez ustawodawcę, prowadzi do rezultatów istotnie odmiennych, a nie ma wystarczających racji tę odmienną uzasadniających¹¹².

Luka w prawie nie jest pojęciem jednorodnym¹¹³. Wyróżnia się luki niewłaściwe (aksjologiczne), które występują, gdy co prawda norma prawna daje pozytywne rozstrzygnięcie, jednakże jest ono sprzeczne z oceną interpretatora. „To, że trafność (...) zamierzeń i ich społeczne skutki są przedmiotem krytyki, nie może uzasadniać tezy, że ma (...) miejsce luka prawna, do wypełniania której, w ramach wykładni

dzy konkubentami, sięgając do analogii zwłaszcza z prawa zobowiązań (bezpodstawne wzbogacenie, prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia, umowa spółki cywilnej, umowa zlecenia), prawa rzeczowego (zniesienie współwłasności, zastosowanie przepisów o roszczeniach uzupełniających, przewidzianych w art. 224–231 k.c.).

- 103 Istnienie luk w prawie, mimo pojawiających się głosów, że luka nie ma i być w prawie nie może (Bergbohm, Kelsen, Jellinek), trudno jest negować. Zob. E. Waśkowski, *Teoria wykładni...*, s. 130.
- 104 Uchwała SN(7) z 20 marca 1969 r., III PZP 2/69, OSNC 1969/9/152.
- 105 Postanowienie SN z 15 grudnia 1966 r., II PR 495/66, OSPiKA 1967 C 194.
- 106 A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 104. Podobnie A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, s. 100; S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1955, s. 64 i nn. Co do określeń opisujących lukę w prawie zob. J. Nowacki, *Normotwórczość...*, s. 91–92.
- 107 S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys...*, s. 84.
- 108 Uchwała SN z 26 kwietnia 2007 r., III CZP 27/07, OSNC 2008/6/62.

109 A. Stelmachowski, *Klauzule...*, s. 475.

110 J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 294.

111 Wyrok SN z 4 czerwca 1993 r., I PRN 58/93, OSNC 1994/2/45.

112 Uchwała SN (7) z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, LEX nr 518164.

113 J. Wróblewski, *Interpretatio secundum, praeter et contra legem*, PiP 1961, z. 4–5, s. 619. Inny podział proponuje E. Waśkowski, *Teoria wykładni...*, s. 131–137. Autor mówi m.in. o lukach w znaczeniu ścisłym; lukach dogmatycznych/krytycznych/prawno-politycznych; lukach istniejących w mniemaniu samego organu prawo stosującego, któremu istniejąca norma wydaje się niesłuszna. Cytowany przez E. Waśkowskiego Heck wyróżnia lukę w znaczeniu szerszym i węższym. Ponadto luki pierwotne; powstałe wskutek zmiany stosunków życiowych; zupełne i częściowe; historyczne i poznawcze; alternatywne i kolizyjne.

mieszczącej się w stosowaniu, a nie już w tworzeniu prawa, upoważnione są sądy¹¹⁴. Luki nie można też dopatrywać się na tej postawie, że *de lege ferenda* może się nasuwać jakieś bardziej celowe uregulowanie sprawy¹¹⁵. W systemie prawa spotkać można także luki *intra legem* (norma przez zawarte w niej terminy oceniające odsyła do jakichś ocen i norm) oraz luki swoiste (ustawodawca nie wydał przepisów, które powinien był wydać na gruncie norm prawa obowiązującego). Z punktu widzenia przedmiotu naszych rozważań najdonioślejsze znaczenia mają luki konstrukcyjne¹¹⁶. Im też należy poświęcić więcej uwagi.

Z luką konstrukcyjną mamy do czynienia, gdy norma prawna reguluje pewną instytucję prawną w sposób niewyczerpujący, pomija jakiś element instytucji, bez którego odpowiednie normy nie mogą być zastosowane. Można w takim przypadku mówić nawet o pewnej „ułomności stanu prawnego”¹¹⁷ powstałej na skutek „niezamierzonego przeoczenia” ustawodawcy¹¹⁸. Wówczas, „dla rozstrzygnięcia konkretnego wypadku konieczne jest znalezienie reguł, które nie są zawarte w prawie obowiązującym”¹¹⁹. Zawsze należy jednak pamiętać, iż wykładnia prawa musi opierać się na założeniu racjonalnego i prawidłowego działania ustawodawcy oraz na przyjęciu wewnętrznej spójności aktu prawnego i całego systemu prawa. „Nie jest możliwe przyjęcie, aby ustawodawca popełnił taką dużą omyłkę i w tym samym artykule regulując dwie instytucje prawne ograniczył czasowo funkcjonowanie jednej z nich, pomijając drugą”¹²⁰. W takiej sytuacji, zgodnie z paremią *expressio unius exclusio alterius*, jedyne logiczne i poprawne wytłumaczenie sprowadza się do wniosku, że ustawodawca ograniczył czasowo funkcjonowanie jednej (a konkretnie: prawa do wynagrodzenia za wzór użytkowy), a nie

ustanowił takiego ograniczenia drugiej (dla projektu racjonalizatorskiego).

Reprezentatywnym przykładem luki konstrukcyjnej jest brak przepisów intertemporalnych. „Niewątpliwie z faktu braku przepisu przejściowego nie powinien być wyciągany wniosek o regulacji negatywnej”¹²¹. W takiej sytuacji konieczne jest przyjęcie w toku wykładni, że istnieje luka prawna, która powinna być wypełniona z wykorzystaniem analogii. W doktrynie panuje zgodność co do tego, że w braku regulacji kwestii intertemporalnych w nowej ustawie, trzeba sięgać do analogicznego stosowania przepisów wprowadzających kodeks cywilny (analogia *legis*). W razie dokonania zmiany terminów przedawnienia, analogiczne zastosowanie znajdzie art. XXXV przepisów wprowadzających kodeks cywilny. „W sytuacji, gdy nowa ustawa skraca termin przedawnienia, roszczenie ulegnie przedawnieniu w myśl zasady dalszego stosowania ustawy dawnej albo zgodnie z zasadą bezpośredniego stosowania ustawy nowej, w zależności od tego, który z terminów upływa wcześniej. W razie stosowania ustawy nowej bieg terminu przedawnienia liczony jest od początku, od dnia wejścia w życie tej ustawy”¹²². Jednocześnie pamiętać należy o następującej regule wykładni prawa międzyczasowego – jeżeli stan faktyczny powodujący powstanie, zmianę lub ustanie stosunku prawnego nastąpił pod rządami dawnej ustawy, to do oceny jego skutków prawnych stosuje się ustawę dawną, także po wejściu w życie nowej ustawy¹²³.

Innym przykładem luki w prawie cywilnym jest brak norm prawnych, które regulowałyby stosunki wspólności innego prawa niż prawo własności rzeczy. Gdyby polski ustawodawca podążył śladem np. niemieckiego (§ 74I–§ 764 BGB), który wyraźnie unormował wspólność praw, współwłasność byłaby tylko jednym z wielu (choć pod względem gospodar-

114 Uchwała SN z 18 listopada 1994 r., III CZP 146/94, OSNC 1995/3/48.

115 Zob. B. Dobrzański, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 20 marca 1963 r.*, 3 CR 74/62, OSNC 1964, nr 7–8, s. 335. Por. wyrok SN z 3 kwietnia 2001 r., I CKN 1405/98, LEX nr 52703.

116 Zwane też lukami właściwymi czy też technicznymi.

117 Uchwała SN(7) z 3 grudnia 1998 r., III CZP 38/98, OSNC 1999/5/88.

118 Wyrok SN z 25 kwietnia 2007 r., IV CSK 34/07, LEX nr 461601.

119 J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 301.

120 Wyrok SN z 4 czerwca 1993 r., I PRN 58/93, OSNC 1994/2/45.

121 Wyrok SN z 7 czerwca 2002 r., IV CKN 1157/00, LEX nr 80262. Zob. też wyrok SN z 13 listopada 2000 r., I CKN 1221/00, LEX nr 75290.

122 Uchwała SN z 21 listopada 2006 r., III CZP 102/06, OSNC 2007/7–8/104. Podobnie uchwała SN z 28 lutego 1994 r., III CZP 9/94, OSP 1995/1/3; uchwała SN z 12 czerwca 2002 r., III CZP 35/02, OSNC 2003/6/77.

123 Uchwała SN z 15 marca 1995 r., III CZP 23/95, OSNCP 1995/7–8/105.

czym zapewne najistotniejszym) rodzajów wspólności¹²⁴. We francuskim kodeksie cywilnym rzeczą *per se* (ruchomością) są także prawa majątkowe¹²⁵, co powoduje, iż ze współwłasnością *sensu stricto* mamy do czynienia wtedy, gdy własność tej samej rzeczy lub prawa przysługuje kilku osobom. *De lege lata* takich regulacji jednak nie ma w prawie polskim, co skutkuje koniecznością analogicznego stosowania przepisów o współwłasności np. do wspólności masy majątkowej (art. 875 k.c., art. 1035 k.c.), wspólności innych niż własność praw rzeczowych (np. wspólności użytkowania wieczystego¹²⁶), wspólności niektórych praw obligacyjnych (np. najem¹²⁷, dzierżawa), wspólności niektórych praw na dobrach niematerialnych należących do kilku osób (np. wspólne prawo autorskie¹²⁸, wspólność patentu¹²⁹). Zauważyć trzeba, iż bez znaczenia jest fakt, czy *expressis verbis* ustawodawca odesłał do stosowania przepisów o współwłasności normując wspólność, czy też odesłanie to ma charakter entymematyczny. *De iure* w obu przypadkach znajdują zastosowanie te same przepisy. Gdyby regulacja wspólności masy majątkowej występowała by w polskim porządku prawnym, odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów o współwłasności w przypadku wspólności byłoby bezpodstawne.

Ponadto, „stosowanie analogii dopuszczalne jest pod warunkiem stwierdzenia luki w ustawie, nie można zaś mówić o luce w ustawie, która zawiera przepisy o środkach prawnych, a nie wspomina o środku nadzwyczajnym. Okoliczności wskazujące na potrzebę takiego nadzwyczajnego środka mogą stanowić jedynie uzasadnienie postulatu uregulowania tej kwestii

w drodze ustawy, nie mogą jednak upoważnić sądu do uzupełnienia ustawy przez wprowadzenie instytucji w ustawie nie przewidzianej¹³⁰. Niemniej jednak SN w kilku orzeczeniach wywiódł, że luka w prawie występuje nie tylko wtedy, gdy dla danego stanu faktycznego brak jest w ogóle uregulowania, ale także wówczas, gdy istnieje uregulowanie ogólne, które można odnieść do tego stanu faktycznego, ale które jest całkowicie nieadekwatne do uzasadnionych potrzeb społecznych¹³¹. Negatywna ocena przez SN obowiązujących i mających mieć zastosowanie w danej sprawie przepisów odniosła skutek w postaci odmowy ich stosowania (wykładnia *contra legem*). W doktrynie tego rodzaju „zabieg” został nazwany „odmładzaniem” starych przepisów według nowych wzorów¹³². Ze względu na dokonany przez SN wyłom w bezwzględnej niedopuszczalności stosowania analogii do luk aksjologicznych, odnośny fragment jednego z orzeczeń przytoczę *in extenso*: „ogólne uregulowanie (...) jest całkowicie nieadekwatne do zasługujących ze wszech miar na ochronę interesów znacznej części ludności (...) i jako takie nie czyni zadość istotnej potrzebie społecznej. To zaś usprawiedliwia z kolei ocenę, że takie całkowicie nieodpowiadające uzasadnionym potrzebom społecznym uregulowanie jest równoznaczne z omawianego punktu widzenia z brakiem uregulowania, a więc że w takim wypadku występuje także luka w prawie, usprawiedliwiająca zastosowanie analogii¹³³. Ciekawe, iż w niektórych sprawach angielskich (gdzie *de iure* mamy do czynienia z prawem precedensowym, choć obecnie już w mniejszym zakresie), a dokładniej w tych, w których opowiedziano się za tzw. *declaratory theory of case-law*, w analogiczny sposób odniesiono się do zagadnienia „ewentualnego” tworzenia prawa przez sądy. Twierdzono mianowicie, że sędziowie jedynie dostosowują istniejące już reguły

124 Uchwała SN z 15 grudnia 1958 r., I CO 22/58, OSPiKA 1960/147. Por. orzeczenie SN z 9 kwietnia 1948 r., I C 55/48, OSNC 1949/1/18; uchwała SN z 16 czerwca 1967 r., III CZP 45/67, OSNC 1968/1/3.

125 Art. 529 francuskiego kodeksu cywilnego.

126 Uchwała SN z 28 marca 1980 r., III CZP 11/80, OSNC 1980/7–8/139.

127 Postanowienie SN z 28 listopada 1997 r., I CKN 317/97, OSNC 1998/5/86.

128 Art. 9 ust. 5 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.

129 Art. 72 ust. 3 ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.

130 Uchwała SN(7) z 20 marca 1969 r., III PZP 2/69, OSNC 1969/9/152.

131 Tak: uchwała SN z 19 marca 1996 r., III CZP 19/96, OSNC 1996/7–8/97. Por.: wyrok SN z 23 marca 1999 r., II CKN 24/98, OSNC 1999/11/187; uchwała SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNC 1970/6/97, orzeczenie SN z 20 marca 1963 r., 3 CR 74/62, OSPiKA 1964/7–8/153.

132 F. Schmidt, *Construction of Statutes*, Scandinavian Studies in Law 1957, t. I, s. 198.

133 Uchwała SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNC 1970/6/97. Podobnie: orzeczenie SN z 20 marca 1963 r., 3 CR 74/62, OSPiKA 1964/7–8/153.

i zasady do nowej rzeczywistości¹³⁴. Także w judykaturze Federalnego Sądu Najwyższego Niemiec znaleźć można orzeczenia, w których ze względu na konieczność dostosowania prawa do nieustannie zmieniających się okoliczności społecznych, ekonomicznych itp., w opinii sądu uzasadniona była ostrożna i zgodna z ustalonymi wartościami prawnymi korekta prawa¹³⁵. Uświadomić sobie trzeba bowiem prostą zależność. Im ideologia prawem związanej decyzji sądowej będzie bardziej eksponowana, tym sądy będą śmieiej formułowały wypowiedzi o występowaniu luki w prawie. Całkowity zakaz tworzenia prawa przez sądy prowadzi bowiem do liberalizacji wszelkich standardów wykładni – w tym zakazu wykładni prowadzącej do luk – a w rezultacie do „kryptoprawotwórstwa sądowego”¹³⁶. Mimo iż „właściwym sposobem zmiany nietrafnych rozwiązań może być ich korekta, dokonana na – jedynie możliwej w państwie prawa – drodze ustawodawczej”¹³⁷, coraz częściej spotkać można orzeczenia, w których dochodzi do nadmiernego uelastycznienia reguł wykładni i tym samym interpretacja przepisu jest objęta władzą dyskrecjonalną podmiotu stosowania prawa.

Podobieństwo – cecha decydująca przy wyborze przepisu stosowanego przez analogię

Analogia *legis* polega na tym, że do danego stosunku prawnego stosuje się normę prawną, której hipoteza dotyczy wprawdzie innego, ale podobnego stanu faktycznego¹³⁸. Ma to być przepis normujący przypadki najbliższe, najbardziej podobne, najbardziej stosow-

ne¹³⁹, bardzo zbliżone¹⁴⁰, „najbliższe, podobne do rozstrzyganego przypadku ze względu na istotne cechy”¹⁴¹. Ponadto, „podstawową zasadą stosowania *analogiae legis* jest nawiązanie do przepisu pochodzącego z tego samego, a przynajmniej z pokrewnego aktu prawnego”¹⁴². Chodzi bowiem o to, „aby norma prawna harmonijnie wchodziła do całości prawa stanowionego jako nowy człon powstały z jego organizmu i dzielący jego właściwości, albowiem norma ta wchodziłaby w tę całość, gdyby ta nie zawierała luki”¹⁴³. Dlatego też SN za niedopuszczalne uznał np. ustanowienie kuratora spadku (art. 666 § 1 k.p.c.) w sytuacji, kiedy mimo przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego i wykreślenia z rejestru przedsiębiorców spółki z o.o., pozostała po niej nierozdysponowana część majątku (nieruchomość), wpisana w księdze wieczystej jako własność tej spółki, a więc należąca do nieistniejącej osoby prawnej¹⁴⁴. Między pozycją prawną zmarłej osoby fizycznej a nieistniejącej osoby prawnej nie ma istotnego podobieństwa uzasadniającego stosowanie analogii.

Podobieństwo pomiędzy adresatami norm, okolicznościami oraz czynami zachodzi wówczas, gdy tak to przedstawia się z perspektywy ocen prawodawcy. Nie jest natomiast istotne, że w powszechnej opinii te podmioty, okoliczności i czyny są całkiem podobne¹⁴⁵. Chodzi wyłącznie o podobieństwo, które znacząco przewyższa występujące różnice¹⁴⁶, podobieństwo

134 Zob. np. *Munster v Lamb* [1883] 11 Q.B.D. 588; *Willis v Baddeley* [1892] 2 QB 324; *Donoghue v Stevenson* [1932] HL; *Duport Steels Ltd v SIRS* (1980) HL. Przeciwnie stanowisko (tzn. sądy angielskie tworzą prawo) zajmuje np. Lord Reid, *The Judge as Law Maker*, *Journal of the Public Society of Teachers of Law* 1972, vol. 12, s. 22 i nn.

135 BGHZ 85, 64, [67f].

136 L. Morawski, *Precedens...*, s. 10.

137 Uchwała SN z 18 listopada 1994 r., III CZP 146/94, OSN 1995/3/48.

138 Por. np. M. P. Golding, *Legal Reasoning*, Broadview Press 2001, s. 44 („Arguments by analogy proceed from certain given or assumed resemblances to an inferred resemblance”).

139 J. Nowacki, *Analogia legis a sprawiedliwość legalna. Valeat aequitas*, Katowice 2000, s. 324.

140 Uchwała SN z 20 maja 1978 r., III CZP 39/77, OSNC 1979/3/40.

141 Uchwała SN z 26 kwietnia 2007 r., III CZP 27/07, OSNC 2008/6/62.

142 Uchwała SN z 24 stycznia 2007 r., III CZP 143/06, OSNC 2007/11/166.

143 J.J. Litauer, *O metodzie wypełniania luk w ustawodawstwie*, PiP 1947, z. 7–8, s. 16. Zob. też T. Czeżowski, *Główne zasady nauk filozoficznych*, Wrocław 1959, s. 171.

144 Uchwała SN z 24 stycznia 2007 r., III CZP 143/06, OSNC 2007/11/166.

145 S. Wronkowska (red.), *Z teorii i filozofii...*, s. 210. Por. ciekawy wywód J.J. Thompson, *A Defence of Abortion*, *Journal of Philosophy and Public Affairs* 1971, nr 1, s. 47–66.

146 J.H. Farrar, *Reasoning by Analogy in the Law*, *Bond Law Review* 1997, vol. 9, nr 2, s. 149. Por. wywody F. Bacona [w:] K. Fischer, *Francis Bacon of Verulam. Realistic Philosophy and its Age*, London 1857, s. 132–133.

„istotne”, „doniosłe”, „fundamentalne”, najbardziej odpowiadające (zwłaszcza w wymiarze celowościowym)¹⁴⁷, „oczywiste (...) przede wszystkim w zakresie praktycznych skutków”¹⁴⁸. Inni dodają, iż w powoływanych sytuacjach ma występować „ta sama myśl legislacyjna”¹⁴⁹. Istotne podobieństwo faktów może wynikać zarówno z ich fizycznego podobieństwa, jak i z porównania celów regulacji (zgodnie z paremią *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*)¹⁵⁰. W doktrynie wyrażono pogląd, iż analogia jest gwarantem poszanowania *volonté générale*¹⁵¹.

W judykaturze powstał spór, czy między instytucją pełnomocnictwa a organem osoby prawnej istnieje istotne podobieństwo. Jest to problem o dużej doniosłości praktycznej. Uznając bowiem, że organ osoby prawnej oraz jej pełnomocnik to dwie odrębne instytucje prawne, możliwe będzie np. ustanowienie członka zarządu spółki z o.o., uprawnionego umową

gicznego stosowania art. 103 k.c., mającego zastosowanie do umów zawieranych przez rzekomego pełnomocnika¹⁵³. Argumentami mającymi świadczyć na rzecz odrębności i niepodobieństwa organu osoby prawnej oraz jej pełnomocnika są zarówno źródło powstania kompetencji do działania (w przypadku organu osoby prawnej – ustawa i umowa spółki; pełnomocnika – czynność prawna dokonana przez osobę prawną), jak i sposób zaliczania skutków działania pełnomocnika i organu. Podczas gdy pełnomocnik działa w imieniu i na rzecz innej osoby w granicach umocowania, działania organu są działaniami samej osoby prawnej (teoria organu). Inni natomiast, negując przypisywanie najdonioślejszego znaczenia tzw. „logicznym konsekwencjom teoretycznych konstrukcji”, postulują supremację wykładni funkcjonalnej. „Różnice konstrukcyjne między instytucją pełnomocnictwa a instytucją organu osoby prawnej, wyrażające

W judykaturze powstał spór, czy między instytucją pełnomocnictwa a organem osoby prawnej istnieje istotne podobieństwo.

spółki do jej reprezentacji łącznie z drugim członkiem zarządu, pełnomocnikiem do poszczególnych czynności¹⁵². Opowiadając się zaś za istnieniem „istotnego podobieństwa” między nimi, SN w składzie siedmiu sędziów dopuścił konwalidację czynności prawnej dokonanej przez zarząd spółdzielni bez wymaganej do jej ważności uchwały walnego zgromadzenia (ewentualnie rady nadzorczej) na podstawie analo-

gię w odmiennej «technice zaliczania skutków działania osób reprezentujących na rzecz podmiotów reprezentowanych», nie usuwają istotnego podobieństwa między obu tymi instytucjami, polegającego na tym, że zarówno pełnomocnik, jak i osoba pełniąca funkcję organu mają działać w granicach przyznanych im kompetencji, skutki zaś takiego ich działania są przypisywane bezpośrednio – mocodawcy lub osobie prawnej. Funkcja obu tych instytucji jest więc podobna¹⁵⁴. Nie przesądzając słuszności żadnego z rozwiązań, wskazać warto, że obydwie orzeczenia spotkały się z niejednorodną opinią glosatorów¹⁵⁵.

147 Uchwała SN(7) z 3 grudnia 1998 r., III CZP 38/98, OSNC 1999/5/88.

148 Uchwała SN z 22 września 1995 r., III CZP 119/95, OSNC 1995/12/180.

149 Uchwała SN z 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNC 1970/6/97.

150 L. Morawski, *Wstęp...*, s. 160.

151 K. Langenbucher, *Argument by Analogy in European Law*, *The Cambridge Law Journal* 1998, nr 57(3), s. 482.

152 Uchwała SN z 23 sierpnia 2006 r., III CZP 68/06, OSNC 2007/6/82.

153 Uchwała SN (7) z 14 września 2007 r., III CZP 31/07, OSNC 2008/2/14.

154 Tamże.

155 Co do szczegółów zob. np. E. Kabza, *Problem stosowania analogii legis w prawie cywilnym w świetle uchwały SN z dnia 14 września 2007 r., III CZP 31/07* (w przygotowaniu).

Analogia w prawie rzeczowym

Niemal *communis opinio* jest, iż na gruncie prawa rzeczowego, z uwagi na zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych, stosowanie wniosku *per analogiam* nie jest dozwolone. SN odnosząc się do tego problemu, stwierdził: „trzeba też podkreślić, że wykładając przepisy prawa rzeczowego i inne wywołujące skutki prawnorzeczowe, z zasady należy unikać niektórych rodzajów wykładni, dopuszczonych w innych dziedzinach prawa, w szczególności wykładni, która prowadzi do pozbawienia uprawnionych prawa rzeczowego w drodze analogii”¹⁵⁶. Jak każda reguła wykładni, jest to jednak tylko pewien topos argumentacyjny. Dlatego też wskazać należy na dwie sytuacje występujące w obszarze prawa rzeczowego, w których dopuszczalne jest wnioskowanie z podobieństwa.

SN dopuścił stosowanie poprzez analogię przepisów o drodze koniecznej do sytuacji objętych w obecnie obowiązującym porządku prawnym mianem służebności przesyłu¹⁵⁷ z uwagi na „społeczno-gospodarcze względy, które leżą u podstaw dyspozycji” przepisu¹⁵⁸; gdy takie zastosowanie przepisów „umożliwi zaspokojenie istniejących potrzeb gospodarczych, które nie mogą być zaspokojone przy zastosowaniu innych potrzeb”¹⁵⁹. „Pod rządem prawa rzeczowego dopuszczalne było ustanowienie przez sąd – w drodze analogii do art. 33 prawa rzeczowego [którego odpowiednikiem jest art. 145 obecnie obowiązującego k.c. – przyp. autora] – służebności gruntowej obciążającej nieruchomość mającą bezpośrednią łączność z siecią wodociągową i polegającej na doprowadzeniu od tej sieci przewodów wodociągowych do nieruchomości, która nie jest do sieci przyłączona i nie ma z nią bezpośredniej łączności”¹⁶⁰. To prawda, że „art. 33 prawa rzeczowego ma niewątpliwie na myśli drogę w dawnym, tradycyjnym znaczeniu. Ale motyw legislacyjny

[uzasadniający stosowanie analogii zgodnie z premią *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio* – przyp. autora] jest szerszy: streszcza się w zdaniu, że pod pewnymi warunkami sam fakt sąsiedztwa nieruchomości uzasadnia powstanie z mocy ustawy odpowiedniej służebności gruntowej”¹⁶¹.

Należy pamiętać o równoległym obowiązującym w prawie rzeczowym art. 175, na mocy którego było możliwe ustanowienie służebności na rzecz każdego właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa, do której stosowane były odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych. Świadomy, jak się wydaje, brak recepcji do kodeksu cywilnego z 1964 r. regulacji analogicznej do art. 175 (aż do nowelizacji w 2008 r. wprowadzającej instytucję służebności przesyłu) stanowił przyzwolenie na elastyczne i dynamiczne stosowanie prawa (a raczej prawotwórstwo). Stosowana bowiem pod rządami prawa rzeczowego z 1946 r. metoda ustanawiania przez sąd tzw. służebności drogi koniecznej dla doprowadzenia np. linii elektrycznej do nieruchomości, która nie jest przyłączona do sieci elektrycznej, ograniczona wyłącznie do nieruchomości sąsiednich, została „rozciągnięta” na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, zakresem podmiotowym zostało objęte przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwo przesyłowe wg nomenklatury wprowadzonej nowelizacją), bez względu na to, czy jest ono właścicielem nieruchomości i niezależnie od ewentualnego miejsca położenia tejże nieruchomości. Natomiast zgodnie z literą prawa, aby ustanowić służebność drogi koniecznej, niezbędne jest istnienie sąsiedniej nieruchomości władnącej. Po drugie, sieć energetyczna, wodociągowa itp. nie prowadzą do zwiększenia użyteczności nieruchomości władnącej w rozumieniu art. 285 § 2 k.c., gdyż służą one do prowadzenia działalności gospodarczej, są materialnym składnikiem przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym. Mogą tylko zwiększyć użyteczność przedsiębiorstwa w znaczeniu funkcjonalnym, umożliwić prowadzenie przedsiębiorstwa¹⁶². Błędne jest założenie, że „skoro przedsiębiorstwo stanowi zorganizowany zespół składników, to zwiększenie jego użyteczności jako całości pośrednio obejmuje również wszystkie jego składniki,

156 Uchwała SN z 18 kwietnia 2007 r., III CZP 139/06, LEX nr 244425.

157 Ustawa z 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2008 r., Nr 116, poz. 731.

158 Orzeczenie SN z 31 grudnia 1962, II CR 1006/62, OSNiKA 1964/5/91.

159 Uchwała SN z 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02, OSNC 2003/11/142.

160 Uchwała SN z 3 czerwca 1965 r., III CO 34/65, OSNC 1966/7-8/109.

161 A. Szpunar, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 31.12.1962, II CR 1006/62*, OSPiKA 1964, nr 5, s. 207.

162 E. Gniewek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02*, Rejent 2003, nr 5, s. 152.

nie wykluczając nieruchomości wchodzących w skład przedsiębiorstwa¹⁶³. Przepisy prawa rzeczowego mają charakter kogentny, ustawodawca ogranicza swobodę kształtowania stosunków prawnych przez strony. Naruszenie zaś imperatywnych przepisów powoduje sankcję nieważności czynności prawnej. W omawianym jednak przypadku istniało zdecydowane przyzwolenie ustawodawcy na liberalizm interpretacyjny (prawotwórstwo) w ramach regulacji prawa rzeczowego.

Drugim, wartym uwzględnienia przypadkiem stosowania analogii w prawie rzeczowym jest instytucja użytkowania wieczystego. Konstrukcja ta bowiem została niemal „stworzona” do analogicznego stosowania przepisów.

Użytkowanie wieczyste zostało ukształtowane w kodeksie cywilnym jako prawo pośrednie między prawem własności a prawami rzeczowymi ograniczonymi¹⁶⁴. Mówi się nawet, iż jest to prawo rzeczowe *sui generis*¹⁶⁵. Na podstawie wyraźnych odesłań do ustanowienia prawa użytkowania wieczystego (art. 234 k.c.) oraz do jego przeniesienia (art. 237 k.c.) stosuje się odpowiednio przepisy o własności. W pozostałym zakresie „do wypełnienia luki w ustawowej regulacji tego prawa mogą (...) służyć nie tylko zastosowane w drodze analogii przepisy kodeksu cywilnego o własności¹⁶⁶, ale i przepisy dotyczące praw rzeczowych ograniczonych, w zależności od tego, które z nich w pełniejszy sposób będą służyć prawidłowej realizacji celu instytucji użytkowania wieczystego¹⁶⁷. Trzeba bowiem pamiętać, iż z jednej strony treść prawa

użytkowania wieczystego jest jednak o wiele bliższa treści prawa własności. Z drugiej strony, podobnie jak prawa rzeczowe ograniczone, jest to prawo na rzeczy cudzej. Najdobitniej dualistyczną naturę prawa użytkowania wieczystego oddaje postanowienie SN, w którym została zastosowana „podwójna analogia” w sytuacji zrzeczenia się prawa użytkowania wieczystego¹⁶⁸. Co do formy zrzeczenia SN uznał, że znajdzie zastosowanie nieobowiązujący już art. 179 § 1 k.c. (forma aktu notarialnego przewidziana dla zrzeczenia się prawa własności nieruchomości), natomiast ze względu na cechy decydujące o podobieństwie do praw rzeczowych ograniczonych, oświadczenie o zrzeczeniu powinno być złożone właścicielowi nieruchomości (analogia z art. 246 § 1 k.c.). Ze względu na trudności, jakie generuje dualistyczna natura użytkowania wieczystego, w projekcie nowego kodeksu cywilnego powołane zostaje do życia, w miejsce użytkowania wieczystego, prawo zabudowy, które jako zdefiniowane prawo rzeczowe ograniczone, miałyby jednoznacznie określone miejsce w strukturze systemu prawnego¹⁶⁹.

Zgłaszane wnioski *de lege ferenda* w kwestii zmiany konstrukcji prawa użytkowania wieczystego zasługują na pełną aprobatę. *De lege lata* jednak jest instytucją generującą wiele trudności. Egzemplifikując tylko, można np. postawić pytanie, czy obciążenia ustanowione na prawie użytkowania wieczystego (m.in. hipoteka) istnieją nadal w sytuacji, gdy umowa o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste została uznana prawomocnie za nieważną i na tej podstawie doszło do wykreślenia z księgi wieczyste prawa użytkowania wieczystego¹⁷⁰. „Istnienie hipoteki na prawie użytkowania wieczystego, które (...) nie powstało w sposób prawnie skuteczny, byłoby sprzeczne z istotą tego obciążenia i w konsekwencji musiałyby być odniesione do prawa własności nieru-

163 Uchwała SN z 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02, OSNC 2003/11/142.

164 SN zajmuje w tej kwestii jednolite stanowisko – zob. np. postanowienie SN z 17 stycznia 1974 r., III CRN 316/73, OSN 1974/11/197.

165 K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449ⁿ*, Warszawa 2008, s. 729.

166 Uchwała SN z 29 listopada 1972 r., III CZP 82/72, OSNCP 1973/7–8/125, postanowienie SN z 17 stycznia 1974 r., III CRN 316/73, OSNCP 1974/11/197, uchwała SN z 29 maja 1974 r., III CZP 21/74, OSNCP 1975/4/55, wyrok SN z 17 kwietnia 1997 r., I CKU 32/97, Prokuratura i Prawo 1997, nr 10, poz. 35, uchwała SN z 7 maja 1998 r., III CZP 11/98, OSNC 1998/12/199, postanowienie SN z 30 października 2003 r., IV CK 114/02, OSNC 2004/12/201, postanowienie SN z 24 sierpnia 2005 r., II CK 34/05, LEX nr 193837.

167 Postanowienie SN z 24 sierpnia 2005 r., II CK 34/05, OSNC 2006/7–8/125.

168 Postanowienie SN z 24 sierpnia 2005 r., II CK 34/05, OSNC 2006/7–8/125.

169 Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalizacja wizji Kodeksu Cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 71. Co do szczegółów zob. K. Zaradkiewicz, *Podstawowe założenia dotyczące propozycji regulacji prawa zabudowy* [w:] Z. Radwański (red.), *Zielona Księga...*, s. 354 i nn.

170 Uchwała SN z 22 września 1995 r., III CZP 119/95, OSNC 1995/12/180.

chomości w sposób naruszający art. 65 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece¹⁷¹ i zasadę, że teren oddany w użytkowanie wieczyste po ustaniu tego prawa powraca do właściciela bez żadnych obciążeń. W takiej sytuacji wymaga rozważenia, czy do przypadku, w którym stwierdzona została nieważność umowy o oddaniu nieruchomości w użytkowanie wieczyste, a prawo to zostało obciążone hipoteką (...) nie powinien być zastosowany w drodze analogii art. 241 k.c.¹⁷², normujący skutki wygaśnięcia prawa użytkowania wieczystego. W analizowanej sprawie prawo użytkowania wieczystego, mimo wpisania go do księgi wieczystej, w ogóle nie powstało. Natomiast art. 241 k.c. odnosi się do sytuacji, w której prawo użytkowania wieczystego przestaje istnieć (np. wskutek upływu czasu, na który zostało ustanowione; konfuzji; wywłaszczenia). „Oczywiste jest jednak podobieństwo obu sytuacji, przede wszystkim w zakresie praktycznych skutków wygaśnięcia czy też niepowstania prawa. Dotyczy to w szczególności losu ustanowionych obciążeń tego prawa, między innymi hipoteki, które bez niego nie mogą istnieć. Z tego względu uznać należy za dopuszczalne zastosowanie w drodze analogii do rozważanego przypadku art. 241 k.c.”. Nie rozstrzygając o słuszności orzeczenia SN, warto poczynić kilka uwag odnoszących się do zasadności użycia wniosku *per analogiam* w danej sprawie. Przede wszystkim w doktrynie sporne jest, czy rzeczywiście możemy mówić o „oczywistym” podobieństwie zachodzącym pomiędzy wygaśnięciem użytkowania wieczystego a stwierdzeniem jego nieważności. Powoływany w uzasadnieniu art. 241 k.c. dotyczy ważnie ustanowionych obciążeń, jednakże wygasających po ustaniu istniejącego początkowo ważnie ustanowionego prawa użytkowania wieczystego. Ustanowienie natomiast hipoteki na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste na podstawie nieważnej umowy

171 Ustawa z 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361 ze zm. Art. 65 ust. 1 „W celu zabezpieczenia oznaczonej wiarygodności można nieruchomość obciążyć prawem, na mocy którego wierzyciel może dochodzić zaspokojenia z nieruchomości bez względu na to, czyją stała się własnością, i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela nieruchomości (hipoteka)”.

172 Uchwała SN z 22 września 1995 r., III CZP 119/95, OSNC 1995/12/180.

nie wygasło, lecz w ogóle jej ustanowienie było bezskuteczne. Nie istniał bowiem przedmiot obciążenia, czyli użytkowanie wieczyste¹⁷³. Oznacza to, że *de facto* nie istniała przesłanka podobieństwa uzasadniająca zastosowanie wniosku *per analogiam*. Inni natomiast rozwiązania zawieszę sprawy upatrują w instytucji rękojmi i w wykładni teleologicznej¹⁷⁴. W komentowanej uchwale sam SN odniósł się krytycznie, jak się wydaje, do utrwalonej linii orzeczniczej, zgodnie z którą „nabycie użytkowania wieczystego w drodze ustanowienia go przez odpowiedni organ państwa co do nieruchomości nie będącej własnością państwową nie jest możliwe, choćby nawet nabywca działał – będąc w dobrej wierze – w zaufaniu do księgi wieczystej”¹⁷⁵. Tez tych bowiem, jak uzasadnia to SN, „nie można by odnieść do wszystkich wadliwości umowy użytkowania wieczystego, nawet wówczas gdy polegają one na naruszeniu bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa i nieważności”. Taka konstatacja uzasadniałaby prowadzenie przez skład orzekający wywodu zmierzającego do ostatecznego przyznania ochrony wierzycielowi hipotecznemu, działającemu w zaufaniu do księgi wieczystej. Co więcej, stosowanie analogii byłoby nieuzasadnione z powodu braku spełnienia przesłanki istnienia luki prawnej. Luka prawna nie zachodzi, gdyż sytuację, w której została stwierdzona nieważność umowy o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste, a prawo to uprzednio zostało obciążone hipoteką, normują przepisy o rękojmi. *Lege non distinguente* – nie mają znaczenia przyczyny niezgodności między stanem prawnym nieruchomości ujawnionym w księdze wieczystej a rzeczywistym stanem prawnym. Tym samym przyczyną niezgodności może być to, że wpis użytkownika wieczystego został dokonany bez ważnej podstawy prawnej. SN dokonał jednak zwrotu od logicznych konsekwencji wcześniejszych wywodów stwierdzając, iż „istnienie hipoteki na prawie użytkowania wieczystego, które – jak się

173 S. Rudnicki, *Glosa do uchwały SN z dnia 22.9.1995 r., III CZP 119/95*, PS 1996, nr 2, s. 60 oraz E. Gniewek, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 września 1995 r., III CZP 119/95*, OSP 1996/3/56, s. 139, 140.

174 A. Szpunar, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 września 1995 r., III CZP 119/95*, OSP 1996/7–8/137, s. 357; tenże, *Uwagi o hipotece na użytkowaniu wieczystym*, Rejent 1996, nr 12.

175 Zob. np. orzeczenie SN z 21 czerwca 1968 r., OSNCP 1969/93.

okazało – nie powstało w sposób prawnie skuteczny, byłoby sprzeczne z istotą tego obciążenia”.

Analogia a prawotwórstwo

Trudności w akceptacji dopuszczalności stosowania analogii w prawie cywilnym zaczynają się piętrzyć, gdy umieścimy problematykę wnioskowania *per analogiam* (zwłaszcza *per analogiam iuris*) w orbicie sporu toczącego między zwolennikami aktywizmu sędziowskiego a formalistami. Jak już zostało powiedziane, wnioskowanie przez analogię ma swe uzasadnienie w ocenach akceptowanych przez stosującego prawo. Tym samym, skutki prawne określane drogą wnioskowania *per analogiam* w ostatecznym rezultacie mają uzasadnienie w ocenach organów orzekających¹⁷⁶. O ile bowiem jako *communis opinio* należy przyjąć dopuszczalność stosowania analogii tylko do przypadków nieunormowanych, o tyle problem pojawić się może już w samym rozgraniczeniu sytuacji unormowanych i nieunormowanych. Dlatego też, dla pełnej precyzji stosowania *argumentum a simili* byłoby konieczne mówienie o przypadkach unormowanych i nieunormowanych „według interpretacji I normy N”¹⁷⁷.

Rozstrzygnięcia sądowe wydawane *per analogiam* są tworem nie wyznaczanych przez prawo ocen organów orzekających¹⁷⁸. Niemal identyczny *definiens* odnajdziemy w doktrynalnej definicji zjawiska aktywizmu sędziowskiego, polegającego na tym, że sędzia podejmuje decyzję, która nie jest zdeterminowana przez przepisy prawne, a więc dokonuje wyboru, który jest jego własnym wyborem, nie zaś dokonaniem

przez samego prawodawcę¹⁷⁹. Co więcej, można nawet powiedzieć, iż każdorazowe odstąpienie od sensu literalnego przepisu jest wykładnią twórczą¹⁸⁰. Ponieważ w sprawach cywilnych sądy nie mogą odrzucić powództwa ze względu na brak adekwatnych przepisów prawa¹⁸¹ (co w literaturze przedmiotu zostało nazwane proceduralnym nakazem rozstrzygnięcia¹⁸²), a przepisy prawa cywilnego konstruowane są na wysokim poziomie abstrakcji oraz obfitują w różne niedookreślone wyrażenia, klauzule generalnejza-wisko aktywizmu wydaje się zatem nieuniknione. Co do tego, że kodeks, choć najbardziej kompletny, nigdy nie jest zakończony, wątpliwości nie mieli też twórcy nieśmiertelnej, jak się wydaje, kodyfikacji napoleońskiej¹⁸³. Jest on jednak „samowystarczalny”¹⁸⁴. Sędzia bowiem nie jest tylko „prawniczym autorem (...) powtarzającym dokładnie to, co zapisano w prawie”¹⁸⁵. Nie sposób przecież także dalej utrzymywać, że bardziej poprawne byłoby reaktywowanie tzw. rekursu ustawodawczego (*référé législatif*)¹⁸⁶, a zarazem justyniańskiej zasady *eius est legem interpretari legem cuius est legem condere*, niż zezwolić w pewnym zakresie na uzupełnianie systemu prawa przez sędziów. W obliczu dynamicznych zmian zachodzących w świecie jeszcze bardziej aktualna staje

176 J. Nowacki, *Prawotwórczość a „stosowanie” prawa per analogiam i a fortiori*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1969, t. III, s. 33.

177 J. Nowacki, *Problem normotwórczości wnioskowania przez analogię*, *Studia Prawnicze* 1974, nr 1, s. 89. Por. wypowiedź C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, oprac. E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 63 („Każdy człowiek ma swój punkt widzenia, u każdego kształtuje się on odmiennie. Duch prawa zależałby od poprawnej czy też błędnej logiki sędziego, od jego dobrego lub złego trawienia, od siły jego namiętności, od słabości do kogoś (...), od tych najdrobniejszych przyczyn, które wpływają na zewnętrzny wygląd każdego przedmiotu w zmiennej świadomości ludzkiej).

178 Tamże.

179 L. Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, *Przegląd Sejmowy* 2009, nr 4, s. 65 i cyt. tam literatura.

180 L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, *PiP* 1996, z. 10, s. 7.

181 J. Nowacki, *Przyczynek do uzasadnienia analogii*, *PiP* 1965, z. 5–6, s. 754–755.

182 K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia...*, s. 113. Pierwotnym proceduralnym nakazem rozstrzygnięcia był art. 4 Kodeksu Napoleona, na mocy którego sędzia odmawiający wyrokowania pod pozorem, że prawo milczy, ciemne jest lub niedostateczne, mógł być pociągnięty do odpowiedzialności jako winny odmówienia sprawiedliwości. Analogicznie art. 4 Kodeksu cywilnego Królestwa Polskiego z 1825, *Dziennik Praw* z 1825, vol. 10, nr 41, s. 3 i nn. ze zm.

183 Tak J.M.E. Portalis. Podają za: J. Bell, S. Boyron, S. Whitaker, *Principles...*, s. 26.

184 C. Baudenbacher, *Some Remarks on the Method of Civil Law*, *Texas International Law Journal* 1999, vol. 34, s. 344, przypis 88.

185 Z. Brodecki (red.), *Europa...*, s. 26.

186 J. Wróblewski, *Podstawa normatywna i reguła decyzji w sądowym stosowaniu prawa*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1969, nr 3, s. 16.

się paremia *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* (D. I.3.18).

Monteskiuszowskie przekonanie, iż „władza sądu jest poniekąd żadna”¹⁸⁷, a „sędziowie narodu to są jedynie usta, które wygłaszają brzmienie praw; nieożywione istoty, które nie mogą złagodzić ani ich siły, ani surowości”¹⁸⁸ nie przystaje do realiów prawnych naszych czasów. Zdecydowanie trafniejsza byłaby konstatacja, iż co prawda sądy tworzą prawo, jednak mówienie o tym (przynajmniej w niektórych kręgach) jest herezją¹⁸⁹. Czasami jednak *expressis verbis* SN przyznaje, że „robi coś ponad” stosowanie prawa podług zasad logiki formalnej: „stosowanie (...) analogii ma charakter prawotwórczy. Oznacza to, że organ stosujący prawo przyjmie za obowiązujące takie reguły konstruuje czynności konwencjonalne, których niewątpliwie ustawodawca nie przewidywał, a jedyną legitymacją takiego braku jest (...) założenie, że ustawodawca nie chciałby dopuścić do luki konstrukcyjnej w ustawie”¹⁹⁰.

Symptomatycznym przykładem ogromnego znaczenia sądowego prawotwórstwa w Niemczech, a zarazem precedensu, jest praktyka stosowania § 242 BGB¹⁹¹. To właśnie na gruncie twórczej wykładni tego przepisu rozwinęła się filozofia nieuczciwych klauzul w umowach konsumenckich – najpierw w postaci niemieckiej AGB-Gesetz, a następnie znalazła odzwierciedlenie w dyrektywie unijnej w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich¹⁹².

Warto skreślić także kilka uwag na temat kontynentalnego systemu precedensów. Analogia pojmowana za starożytnymi klasykami jako „proporcja”¹⁹³,

„porównanie”, „podobieństwo”¹⁹⁴, stanowi przecież rdzeń teorii precedensu¹⁹⁵. Wyrażono nawet pogląd, iż precedens jest niczym innym, jak zastosowaniem sformalizowanego wniosku *per analogiam* (K.J. Holyoak)¹⁹⁶.

W doktrynie prawa polskiego mówi się o „uwzględnianiu precedensu” oraz o „kierowaniu się precedensem”¹⁹⁷. Sądy niższej instancji poprzez „kierowanie się” i „uwzględnianie” precedensu, legitymizują najczęściej podjęte przez siebie rozstrzygnięcia. Wcześniejsze orzecznictwo traktowane jest jako pewien „autorytet orzeczniczy” (*stare interpretatis*), czy racja, która przemawia za słusznością rozwiązania już istniejącego oraz zasadnością oparcia się na niej w obecnie zawisłej sprawie¹⁹⁸. Na gruncie prawa francuskiego wyrażono nawet opinię, iż nie istnieje ani jedna sądowa konkluzja (*conclusion*) czy orzeczenie (*rapport*), które nie zawierają jakiegoś odesłania do wcześniejszych rozstrzygnięć¹⁹⁹. Odwołanie takie stanowi dowód konsekwencji w stosowaniu prawa²⁰⁰. W prawie polskim przykładem stabilności orzecznictwa, a *de facto* precedensowego charakteru orzeczeń SN, jest wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 października 2004 r.²⁰¹ SOKiK usprawiedliwił zastosowanie analogii *iuris* w następujący sposób: „zastosowanie w niniejszej sprawie wykładni

187 Ch. Montesquieu, *O duchu praw*, t. I, Warszawa 1927, s. 227.

188 Tamże, s. 23.

189 Lord Denning, *The Reform of Equity* [w:] C.J. Hamson (red.), *Law Reform and Law Making. A Reprint of a Series of Broadcast Talks*, Cambridge 1953, s. 31.

190 Uchwała SN z 5 lutego 1987 r., III CZP 97/86, OSNC 1988/2–3/32.

191 C. Baudenbacher, *Some Remarks on the Method of Civil Law*, *Texas International Law Journal* 1999, vol. 34, s. 341–342. We Włoszech – zob. s. 344.

192 Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich, Dz.U. UE L 095 z 1993 r., s. 29–34.

193 Euklides, *Elementy*, księga 5, definicja 6.

194 M.F. Kwintylian, *Kształcenie mówcy*, księga I, 6, 3 [za:] K. Szymanek, *Argument z podobieństwa*, Katowice 2008, s. 71.

195 M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, s. 48

196 F. Schauer, *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*, *University of Virginia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series* 2008, nr 91, s. 3 i cyt. tam literatura.

197 J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, PiP 1971, z. 10, s. 530; podobnie o prawie stanowionym J.L. Dennis, *Interpretation of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent*, *Louisiana Law Review* 1993, vol. 54, nr 1, s. 3.

198 Z. Brodecki (red.), *Europa ...*, s. 34. Zob. też np. uchwała SN z 29 września 1978 r., III CZP 56/78, OSNC 1979/4/68 („Podkreślić należy, że podobne stanowisko zajął SN w wyroku z dnia 26.5.1978 r. I CR 57/78”).

199 M. Lasser, *Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, *Yale Law Journal* 1995, vol. 104, s. 1376.

200 R. David, *French Law*, Barton Rouge 1972, s. 183.

201 XVII Ama 66/04, Dz.Urz. UOKiK 2005/1/10.

z analogii prawa jest uprawnione ze względu na użycie tej metody do rozwiązania podobnego zagadnienia prawnego powstałego na tle stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w czasie przez Sąd Najwyższy²⁰². Taka argumentacja może świadczyć o tym, iż praktyczne różnice między krajami *common law* i *civil law* w zakresie uznawania zasady *stare decisis* są w zasadzie „mikroskopijne”²⁰³.

Wnioski końcowe

Dynamizm stanów faktycznych znajdujących się w kręgu zainteresowania prawa cywilnego zawsze był imponujący. Przepisy zaś mające zastosowanie w konkretnych sprawach cechuje znacznie większa stabilność. Dlatego też sędzia „stosujący prawo do objawów życia codziennego musi te przepisy obowiązujące dopiero odpowiednio urabiać, uzupełniać, luki ich przez analogię wypełniać, nieraz nawet poprawiać, jeżeli niewątpliwie nie wyrażają trafnie woli ustawodawcy”²⁰⁴. Argument przeciwników zbyt pochopnego stosowania analogii na gruncie prawa prywatnego nie przekonuje. Co prawda trudno przeczyć, iż wnioskowanie *per analogiam* może podważać pewność prawa, niemniej jednak wydaje się, że o ile nie można w żaden sposób pogodzić rozwiązania „pewnego” ze „sprawiedliwym” i ustawodawca nie przedsięwzięmie stosownych kroków, prymat należałoby przyznać temu drugiemu.

Dokonująca się „prolifercja prawa” umacnia pozycję wnioskowań prawniczych (w tym analogii) na mapie dostępnych dla organu stosującego prawo metod wykładni prawa. Inicjuje też zmiany zmierzające w kierunku sądowego aktywizmu. Zauważyć

jednak trzeba, że przeobrażenia te, zamiast ewolucyjne, są jednak rewolucyjne. Skala pojawiających się w judykaturze odstępstw od znaczenia przepisu ustalonego w drodze tradycyjnie pojmowanego kanonu wykładni i „przywracania sprawiedliwości” za pomocą interpretacji, może budzić pewne obawy. Analogia z instrumentu służącego wykładni, a więc ustalaniu znaczenia już istniejącej normy, staje się bowiem wówczas narzędziem kreacji prawa, spoczywającym w rękach organów prawo stosujących.

Przeprowadzona analiza wykładni operatywnej pozwala stwierdzić istniejącą tendencję zmierzającą do liberalizacji zasad wykładni oraz, w związku z trwającym procesem harmonizacji i ujednolicania prawa, postępującego umacniania pozycji wykładni teleologicznej. Tym samym, sądy cywilne odchodzą od tradycyjnie pojmowanego i utrwalonego w Europie kontynentalnej *ius interpretandi*, traktując reguły egzegezy prawniczej na gruncie prawa prywatnego tylko jako pewne niewiążące toposy argumentacyjne. Zauważa się, że coraz częściej organy prawo stosujące interpretują przepisy w sposób prowadzący do stwierdzenia występowania luk w prawie tam, gdzie one nie występują. Reguły wnioskowań prawniczych są więc stosowane nawet wówczas, gdy znaczenie normy prawnej można zrekonstruować w drodze wykładni *sensu stricto*. Ponadto, w pewnych sytuacjach nawet wykazanie istnienia luki konstrukcyjnej nie jest *conditio sine qua non* stosowania przepisów w drodze analogii. Natomiast niejednorodność orzecznictwa w zakresie czy to podobieństwa zachodzącego między przepisami, czy też istnienia luk, przekracza akceptowalne granice. Oznacza to, że *de facto* ustalenie znaczenia przepisu objęte jest poniekąd władzą dyskrecyjną sądu, co stoi w sprzeczności z przyjętymi założeniami państwa prawa.

W związku z powyższym, *de lege ferenda* należałoby zastanowić się nad zasadnością utrzymywania fasady trójpodziału władz, gdzie sędzia tylko interpretuje ustanowione przez organy ustawodawcze prawo.

202 Wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r., III SK 25/04, Dz.Urz. UOKiK 2004/4/327.

203 K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford 1998, s. 263.

204 I. Homola-Skąpska, *Wspomnienia Fryderyka Zolla (1865–1948)*, Kraków 2000, s. 309.