

SŁAWOMIR TKACZ

Uniwersytet Śląski

O TYM, CZY ISTNIEJE POTRZEBA
REINTERPRETACJI TERMINU „STANOWIENIE PRAWA”

1.

Termin „stanowienie prawa” funkcjonuje powszechnie we współczesnym prawnoustwotwie. W dogmatyce prawniczej z podręcznikami włącznie oraz w orzecznictwie najczęściej spotykamy opinie, że „stanowienie” wiąże się z działalnością organów państwowych (ciał kolegialnych lub jednoosobowych), którym przyznano kompetencje do wydawania obowiązujących przepisów prawnych¹. Akt stanowienia jest dokonywany przez uprawniony do tego podmiot, w wyniku czego powstają normy abstrakcyjne i generalne². Normy ustanowione przez kompetentny organ państwa w przewidzianym trybie, w szczególności w sposób należyty ogłoszone, zyskują cechę obowiązywania³. Uzasadnienie obowiązywania normy przez odwołanie się do tego, że normę ustanowił ktoś (organ), który ma władzę nad adresatem norm, określa się mianem tetycznego uzasadnienia normy⁴. Piszemy także o tetycznym kryterium obowiązywania prawa⁵ [obowiązywanie prawa w ujęciu normatywnym (systemowym)]⁶, [obowiązywanie prawa u ujęciu formalnym (tetycznym)]⁷. Zgodnie z kryterium tetycznym „wypowiedź X w okoliczno-

¹ Por. J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 3, Kraków 2007, s. 116; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 13, Toruń 2011, s. 84–85; A. Bator *et al.*, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2006, wyd. 1, s. 197–198.

² T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 5, Warszawa 2009, s. 143.

³ Podkreślam, że w niniejszym opracowaniu nie zajmuję się przedstawionymi w doktrynie poglądami, które wiążą prawo z określonymi przeżyciami psychicznymi (np. teoria L. Petrażyckiego). Przykładowo B. Wróblewski, *Studja z dziedziny prawa i etyki*, Warszawa 1934, posługuje się pojęciem przeżycia psychicznego stanowienia, które traktuje w kategoriach czynności psychicznej. Por. B. Wróblewski, *op. cit.*, s. 148–164.

⁴ Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 80.

⁵ J. Nowacki, Z. Tobor, *op. cit.*, s. 141.

⁶ L. Morawski, *op. cit.*, s. 61.

⁷ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 210.

ściach W powinien wykonać czyn C” stanowi obowiązującą normę, jeżeli została ona w należyтым trybie ustanowiona przez kompetentny organ (zgodnie z właściwym trybem prawotwórczym, w odpowiedniej formie) i nie została uchylona⁸.

W niniejszym opracowaniu poddam analizie problem aktualności wymienionych poglądów w perspektywie aktualnego stanu wiedzy teoretycznoprawnej.

Przedstawione charakterystyki pojęcia stanowienia prawa odzwierciedlają obiegowo formułowane opinie, zgodnie z którymi źródłem prawa jest decyzja prawodawcza kompetentnego podmiotu, którym jest organ kolegialny bądź jednoosobowy. Oczywiście jest, że zaprezentowane definicje terminu „stanowienie” są następstwem określonego sposobu pojmowania prawa. Prowadząc badania o charakterze teoretycznym, autorzy, przyjmując pewną charakterystykę pojęcia stanowienia, często ograniczają swoje analizy do prawa stanowionego charakteryzowanego w kategoriach aktu prawotwórczego kompetentnego organu państwa przybierającego postać ustaw i aktów wykonawczych⁹. Taka metodologia prowadzenia badań jest powszechnie akceptowana. Nie oznacza to, iż nie różnią oni innych metod powstawania prawa, na przykład prawa zwyczajowego¹⁰. W dyscyplinach dogmatycznych oraz w orzecznictwie jednakże najczęściej przyjmuje się, że polski system prawa jest „systemem prawa stanowionego pozytywnego” — sposoby powstawania prawa tym samym są ograniczane do jego „stanowienia” (charakteryzowanego w sposób, który został już przedstawiony). Jak piszą autorzy jednego z podręczników: „prawo powstaje poprzez akt stanowienia danego podmiotu, który jest do tego upoważniony w określonych konstytucyjnie formach i tylko w tych formach”¹¹. Niewątpliwie zaprezentowane charakterystyki rozumienia stanowienia prawa korespondują z regulacją odnoszącą się co do źródeł prawa¹², która została zawarta w obowiązującej konstytucji z 1997 roku, w szczególności z przyjmowaną powszechnie zasadą zamkniętego systemu źródeł prawa wiązaną z katalogiem zawartym w art. 87 ust. 1¹³. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo akceptują tezę o zamkniętym systemie źródeł prawa powszechnie

⁸ J. Nowacki, Z. Tobor, *op. cit.*, s. 141–142; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 210–211; L. Morawski, *op. cit.*, s. 61–63.

⁹ A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 460–461. Autor ten pisze wprost, że pole dociekań zostało zawężone, by możliwe było pominięcie specyficznych problemów obowiązywania norm prawa zwyczajowego, a także niepozytywizowanych zasad prawnych w rozumieniu Dworakina albo Alexy’ego.

¹⁰ *Ibidem*. O prawie zwyczajowym zob. W. Bossy, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe jako „źródło prawa”*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” No 911, „Prawo” CL, Wrocław 1988, s. 3–20.

¹¹ M. Araszkiewicz *et al.*, *Prawo konstytucyjne. Repetytorium*, Kraków 2004, s. 13.

¹² Zagadnienie różnych charakterystyk pojęcia źródła prawa było wielokrotnie podejmowane w prawach teoretycznoprawnych, co zwalnia mnie z obowiązku referowania ustaleń poczynionych przez innych autorów. Zob. przykładowo J. Wróblewski, *Prawoznawstwo jako źródło prawa*, „Państwo i Prawo” 1973, nr 7, s. 3–14.

¹³ Szerzej na ten temat zob. M. Pichlak, *Zamknięty system źródeł prawa. Studium instytucjonalizacji dyskursu prawniczego*, Wrocław 2013, s. 127.

obowiązującego, przy czym jest ona odnoszona zarówno do form tworzenia prawa, jak i do podmiotów wyposażonych w kompetencje prawotwórcze¹⁴. Nieliczni autorzy wskazują na istniejące wątpliwości w tym zakresie, odwołując się między innymi do rozwiniętej normatywnej koncepcji źródeł prawa Z. Ziemińskiego¹⁵. W pracach teoretycznoprawnych od wielu lat dostrzega się problem związany z tym, czy konstytucja enumeratywnie wylicza wszystkie formy tworzenia prawa, czy też odnosi się ona wyłącznie do źródeł prawa stanowionego pozytywnego¹⁶. Odrębną kwestią jest relacja terminów „źródło prawa” i „system prawa”. K. Pleszka, poddając badaniom tę kwestię, pisał wprost, że w następstwie utożsamiania terminu „źródła prawa” z tekstem aktów normatywnych ujmowanych w kategoriach systemu prawa, tak jak to często czynią dyscypliny dogmatycznoprawne, trzeba uznać, iż jedno z tych pojęć, albo pojęcie systemu prawa, albo pojęcie źródeł prawa (systemu źródeł prawa) staje się zbędne¹⁷.

W piśmiennictwie stawiane bywa pytanie, czy art. 87 ust. 1 konstytucji w istocie nie powinien być traktowany w kategoriach wyliczenia li tylko podstawowych form prawotwórstwa¹⁸. Jeden z autorów pisze wprost, że zarówno teza, iż system przewidziany przez konstytucję ma jednoznacznie zamknięty charakter, jak również, że konstytucja wprowadza otwarty system źródeł prawa byłaby nieuprawniona¹⁹. Niewątpliwie widoczne niezdecydowanie doktryny w tej materii (zarówno zwolennicy, jak i przeciwnicy tezy o zamkniętym charakterze źródeł prawa formułują wiele argumentów na rzecz zajmowanego stanowiska, nadto nie zawsze identycznie pojmują ową „zamkniętość”) może rodzić i rodzi liczne komplikacje.

¹⁴ Por. S. Wronkowska, *O źródłach prawa i aktach normatywnych raz jeszcze*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 113.

¹⁵ Por. D. Danecka, *Konstytucyjny katalog źródeł prawa a źródła prawa ochrony środowiska (część I)*, „Casus” 2012, nr 65, s. 15–23.

¹⁶ Por. rozważania, które przeprowadził W. Gromski, *Niektóre filozoficzno-teoretyczne podstawy konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, red. A. Bator, Wrocław 1999, s. 67–100; w szczególności s. 98: „Konstytucja natomiast w ogóle nie wypowiada się w sprawie takich form tworzenia prawa, jak kształtowanie się prawa zwyczajowego («wewnętrznego») czy precedensów prawotwórczych. Przyjęcie, że rozstrzygnięcie tej sprawy pozostawiono niespornej doktrynie, niczego nie załatwia, ponieważ doktryna taka jeszcze się nie ukształtowała”.

¹⁷ K. Pleszka, *Hierarchia w systemie prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” CMXXI, „Prace z Nauk Politycznych” z. 33, Kraków 1988, s. 31.

¹⁸ M. Pichlak, *op. cit.*, s. 133.

¹⁹ *Ibidem*, s. 135. Odrębną kwestią, na którą zwraca uwagę Z. Pulka, jest to, że w warstwie założeń epistemologicznych myślenie pozytywistyczne oparte jest na założeniu opozycji podmiotu i przedmiotu — w następstwie tego system prawa jest traktowany jako niezależny od podmiotu poznającego. Zob. Z. Pulka, *Interpretacja prawnicza jako rodzaj interpretacji filozoficznej*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 128.

W 1995 roku S. Wronkowska i M. Zieliński, stawiając pytanie o sposób pojmowania prawa w projektach Konstytucji RP, wskazywali, że w świetle analizy tych projektów zasadny jest wniosek, iż przyjmowana podstawa obowiązywania prawa jest wyraźnie pozytywistyczna — obowiązują normy wyznaczone przez władzę prawodawczą (podmioty odpowiednio legitymowane)²⁰. Jednocześnie w pracach teoretycznoprawnych powstałych w okresie ostatnich dwudziestu lat coraz częściej wskazuje się na istnienie tendencji do depozytywizacji prawa²¹. Przykładowo A. Bator, podejmując zagadnienie dyskursu odwołującego się do myśli ponowoczesnej, wprost stwierdza, iż w świetle argumentów odwołujących się do prawniczego dorobku nowoczesności podważony został mit ukształtowany pod wpływem pierwotnej wersji pozytywizmu prawniczego o nieograniczonej władzy państwa, której efektem jest stanowienie prawa²². Niewątpliwie źródło podważenia tego mitu stanowił kryzys tradycyjnie przyjmowanego paradygmatu myślenia o prawie, w szczególności kryzys paradygmatu sądownictwa konstytucyjnego. A. Sulikowski, diagnozując ten kryzys, wprost wskazuje, że jednym z symptomów kryzysu jest podważenie tezy o istnieniu prawa jako bytu zobiektywizowanego oraz możliwości jego jednoznacznej interpretacji²³. W szczególności nowoczesna refleksja — jak pisze autor — doprowadziła do ciągłego podważania tradycyjnych pojęć²⁴. Jednym z tych pojęć jest termin „stanowienie prawa”.

2.

W świetle przedstawionych uwag wydaje się, że można przedstawić trzy najczęściej spotykane w piśmiennictwie stanowiska odnoszące się co do problematyki stanowienia prawa.

Narracja, którą nazwę mianem tradycyjnej, zakłada, że normy tworzące system prawa muszą stanowić wynik działań podjętych przez organy państwa (jednoosobowe lub kolegialne), mające kompetencje prawotwórcze. Problemy, które są podejmowane w ramach tak określonej charakterystyki prawa, zamykają się w kręgu tego, czy w praktyce stosowania prawa należy dokonywać ścisłej egzegezy tekstu prawnego, czy też należy dążyć do „domykania” otwartej tekstowo-

²⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Pojęcie i zakres prawa w projektach Konstytucji RP*, [w:] *Prawo, źródła prawa i gwarancje jego zgodności z ustawą zasadniczą w projektach Konstytucji RP*, red. K. Działocha, A. Preisner, „Acta Universitatis Wratislaviensis” No 1745, „Prawo” CCLXII, Wrocław 1995, s. 9–23.

²¹ Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. 2, Warszawa 2000, s. 93–94.

²² A. Bator, *Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensusu*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 41.

²³ A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, s. 55 n.

²⁴ *Ibidem*, s. 30.

ści prawa²⁵. Jak uprzednio wskazano, ta narracja — powszechnie przyjmowana w dogmatyce i praktyce prawniczej — wyklucza to, aby w ramach systemu prawnego mogły istnieć normy w inny sposób legitymowane niż poprzez umocowanie w tekstach prawnych stanowiących wynik działalności prawotwórczej. Wydaje się, że należy się zgodzić ze stanowiskiem przedstawionym przez W. Langa, że pozytywistyczna wizja prawa jest wystarczająca w sytuacjach normalnych (przebiegłych)²⁶. Tam, gdzie pojawiają się przypadki „nieprzebiegłe”, wizja ta zawodzi. Tezę tę można przykładowo odnieść do „zasad prawa” uznawanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, które nie zostały wprost wyrażone w przepisach konstytucyjnych, w szczególności w aspekcie pytania o uczestnictwo sądów konstytucyjnych w tworzeniu prawa²⁷. W literaturze zasady te określane są jako „zasady nieskodyfikowane”, czyli te, które „zyskują uzasadnienie swego obowiązywania przede wszystkim przez odwołanie się do dyrektyw »wynikania normy z normy«, zastosowanie wnioskowania przez indukcję zupełną oraz użycie różnych typów wnioskowań redukcyjnych”²⁸. J. Nowacki słusznie poddał krytycznej analizie możliwość utrzymania w narracji pozytywistycznej uzasadnień legitymizujących te zasady²⁹. Odpowiedzią na podnoszone w tej materii wątpliwości, oprócz poszukiwania uzasadnienia dla wymienionych czynności w zabiegach o charakterze inferencyjnym, były także twierdzenia o specyficznym charakterze wykładni przepisów konstytucyjnych, czy też rozróżnienie „wykładni odtwórczej” i „wykładni twórczej”. Zgadzam się z L. Morawskim, że trudno uznać te uzasadnienia za przekonujące³⁰.

Odpowiedzią na komplikacje związane z ujmowaniem stanowienia w narracji pozytywistycznej jest komunikacyjna wizja prawa przedstawiona przez J. Habermasa, której genezy upatruje się w szkole frankfurckiej³¹. Prawo traktowane w kategoriach zjawiska komunikacyjnego jest oparte na idei dyskursu, którego

²⁵ Por. J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Kraków 2010, s. 97.

²⁶ W. Lang, *System prawa i porządek prawny*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, „Uniwersytet Szczeciński Rozprawy i Studia” T. (DCCLXVI) 692, Szczecin 2008, s. 10.

²⁷ Por. A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 8, s. 19–36.

²⁸ M. Kordela, *Stanowienie zasad prawa*, [w:] *Abiit, non obiat. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, red. A. Dębiński et al., Lublin 2013, s. 194.

²⁹ J. Nowacki, *O uzasadnieniu zasady zaufania w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Zasady prawa*, red. C. Martysz, A. Matan, Z. Tobor, Bydgoszcz-Katowice 2007, s. 157–182. Także w niektórych pracach z zakresu dyscyplin dogmatycznoprawnych wskazuje się wątpliwości związane z wyodrębnieniem „zasad prawa”, które nie zostały wprost wyrażone w ustawach. Por. przykładowo M. Kotulska, *Zasady prawa i postępowania administracyjnego — pojęcie i funkcje na tle ogólnej teorii prawa i dyscyplin szczegółowych*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2009/2010, Sectio G, vol. LVI/LVII, s. 127–149.

³⁰ L. Morawski, *Kilka uwag na temat wykładni*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 31–42.

³¹ Por. L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 110.

uczestnicy dążą do porozumienia³². Wyznacza on idealną formę tworzenia prawa, które opiera się na wspólnym przekonaniu (nie jest przez nikogo narzucone)³³. Jak pisze J. Habermas:

Teoria dyskursywna wyjaśnia prawowitość prawa za pomocą — ze swej strony prawnie zinstytucjonalizowanych — procedur i założeń komunikacyjnych, które uzasadniają domniemanie, że procesy stanowienia i stosowania prawa prowadzą do racjonalnych rezultatów³⁴.

Skąd legitymująca moc teorii dyskursywnej — dyskursy grają konstytutywną rolę w tworzeniu norm prawnych, gdyż umożliwiają one swobodny przepływ argumentów (informacji i uzasadnień); w ten sposób ugruntowuje się przypuszczenie, że rezultaty osiągnięte w wyniku dyskursu są mniej lub bardziej racjonalne³⁵. Legitimacja prawa związana ze zgodą wszystkich uczestników racjonalnego dyskursu jest genezą systemu (w połączeniu z akceptacją zasady demokracji i systemu prawa), który zapewnia ochronę praw zasadniczych we wszystkich sferach³⁶. Habermasowska wizja prawa jako zjawiska komunikacyjnego, tworzonego przez wspólnotę komunikacyjną, w której obywatele są równoprawnymi autorami porządku prawnego, przeciwstawiana jest wizji pozytywistycznej, w której normy prawne powstają w drodze stanowienia³⁷. B. Wojciechowski słusznie wskazuje, że „teza o komunikacyjnej naturze prawa znalazła pełną akceptację w metodologii współczesnego prawoznawstwa”³⁸. Podkreślam, że komunikacyjna wizja prawa jest pewną wizją idealistyczną, odrębną kwestią jest to, czy dogmatyka i praktyka prawnicza, które — jak się często wydaje — nie dostrzegają problemów identyfikowanych w dyskursie teoretycznoprawnym, są gotowe na to, aby zaakceptować tę wizję jako skuteczne narzędzie ich rozwiązania.

W końcu, zgodnie z trzecią wyodrębnioną grupą poglądów, eliminację niekorzystnych następstw wiążących się z tradycyjnie ujmowaną charakterystyką stanowienia prawa ma zapewnić projekt jursprudencji postmodernistycznej³⁹. Nie

³² O kontrowersjach związanych z pojęciem dyskursu zob. W. Cyruł, *Wpływ procesów komunikacyjnych na praktykę tworzenia i stosowania prawa*, Warszawa 2012, s. 116 n.

³³ *Ibidem*, s. 100 n. Por. L. Morawski, *Podstawy filozofii prawa*, Toruń 2014, s. 78–84.

³⁴ J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, przeł. A. Romaniuk, R. Marszałek, Warszawa 2005, s. 435.

³⁵ *Ibidem*, s. 574.

³⁶ B. Wojciechowski, *Uzasadnienie praw człowieka w koncepcji dyskursu prawniczego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2001, t. LXIII, s. 9. Zob. także J. Wróblewski, *Materialne i proceduralne aspekty prawa w teorii prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1990, t. XLV, s. 22.

³⁷ Tak m.in. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 110–113. Por. jednakże W. Cyruł, *op. cit.*, s. 227, autor, prowadząc rozważania dotyczące perspektywy komunikacyjnej tworzenia prawa, wskazuje, że ostatni etap dyskursu prawodawczego *sensu largo* konstytuują akty stanowienia prawa (akt stanowienia i publikacji jest dyskursem *sensu stricto* prawodawczym).

³⁸ B. Wojciechowski, *Uzasadnienie praw człowieka...*, s. 27–28.

³⁹ Podkreślam, że w niniejszym opracowaniu nie podejmuję rozważań odnośnie do wzajemnej relacji terminów „postmodernizm”–„ponowoczesność”, akceptując przyjmowaną w polskiej litera-

sposób wdawać się w tym miejscu w rozważania dotyczące założeń postmodernistycznych, zresztą nie czuję się wystarczająco kompetentny, aby podjąć rozważania dotyczące meandrów filozofii postmodernistycznej, którą nigdy naukowo się nie zajmowałem. Nie budzi moich wątpliwości jednakże to, że wobec istnienia rozmaitych odłamów nurtu postmodernistycznego oraz rozmaitych interpretacji wypowiedzi sformułowanych w ramach tego nurtu⁴⁰ trudno się pokusić o jednoznaczne określenie cech postawy postmodernistycznej⁴¹. Fundament filozofii postmodernistycznej stanowi krytyka projektów modernistycznych, którym postmoderniści zarzucają konserwaryzm⁴². Ogólnie rzecz ujmując, postmodernizm postuluje depozytywizację myślenia o prawie i jego tworzeniu, odrzucając tradycyjnie przyjmowane kategorie w pojmowaniu prawa (jak również próby ich reform dokonywane w duchu modernizmu). Jak pisze L. Morawski: „w przekonaniu postmodernistów oparta na pozytywistycznym paradygmacie koncepcja prawa stała się anachronizmem i nie jest w stanie stawić czoła problemom społeczeństw końca XX wieku”⁴³. Przykładowo w ujęciu M. Foucaulta o tym, że powstaje idea (rodzi się wiedza), przesądza dyskurs, który przyjmuje postać pewnego rytuału (określa on kwalifikacje, jakie musi mieć mówca, definiuje sposób wypowiadania się, gesty, zachowania etc.)⁴⁴. Dyskurs podlega pewnym regułom (nawet jeżeli jego uczestnicy rzadko uświadamiają sobie ich obecność i moc wiążącą), przy czym nie jest on otwarty dla każdego podmiotu (jest on zarezerwowany dla tych, którzy mają odpowiednią wiedzę)⁴⁵. Jego aktorzy, będąc nośnikami wiedzy, jednocześnie zachowują władzę, co pozwala im rządzić pozostałymi członkami społeczeństwa⁴⁶. Jednocześnie postmodernizm stawia pytania, jakie czynniki wpływają w rzeczywistości na kształtowanie się treści obowiązującego prawa, kto je tworzy oraz czyją wolność i bezpieczeństwo prawo zabezpiecza⁴⁷. M. Zirk-Sadowski słusznie wskazuje, że postmodernizm jest procesem „wyciągania ostatecznych konsekwencji z tezy o odczarowaniu świata”⁴⁸. Odrębną kwestią jest to,

turze konwencję, aby posługiwać się tymi terminami niezobowiązująco. Por. M. Błachut, *Wstęp*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 8.

⁴⁰ Szerzej na ten temat por. L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 19 n.

⁴¹ Por. M. Zirk-Sadowski, *Postmodernistyczna jursprudencja?*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 15.

⁴² Por. J. Stelmach, *Ponowoczesna filozofia prawa*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, t. 2, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 18.

⁴³ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 25.

⁴⁴ M. Foucault, *Porządek dyskursu*, przeł. M. Kozłowski, Gdańsk 2002, s. 27. Por. także S. Oliwniak, *Transgresja, dyskurs, prawo u ujęciu Michela Foucaulta*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 211.

⁴⁵ M. Foucault, *op. cit.*, s. 27.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 7 n. Por. S. Oliwniak, *op. cit.*, s. 215–221.

⁴⁷ Por. A. Sulikowski, *Nowoczesny paradygmat człowieka jako podmiotu prawa a posthumanizm poststrukturalistyczny*, [w:] *Abiit, non obiat. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, red. A. Dębiński et al., Lublin 2013, s. 365 n.

⁴⁸ M. Zirk-Sadowski, *op. cit.*, s. 22.

czy dogmatyka i praktyka prawnicza przywiązane do określonej charakterystyki prawa oraz jego stanowienia są gotowe na takie odczarowanie. Polemika prowadzona w 2011 roku na łamach „Państwa i Prawa” pomiędzy A. Sulikowskim a J. Jaskiernią, dotycząca tego, co może dać postmodernizm nauce prawa konstytucyjnego, „karze” sceptycznie ocenić możliwość odejścia przez nauki szczegółowe prawoznawstwa od powszechnie przyjmowanego paradygmatu wypowiadania twierdzeń odnoszących się co do tworzenia prawa⁴⁹. Analiza argumentów, które sformułowali dyskutanci w jej toku, pozwala na sformułowanie wniosku ogólnego, że dyscypliny dogmatycznoprawne, w szczególności dogmatyka prawa konstytucyjnego, nie są gotowe na otwarcie postmodernistyczne, uznając, że narzędzia, którymi się posługują w ramach narracji pozytywistycznej i mieszczące się w jej ramach konstrukcje, są wystarczające dla zrozumienia problemów, które są stawiane przed konstytucjonalistami i dla prowadzenia nowoczesnej refleksji konstytucyjnoprawnej. J. Jaskiernia, uzasadniając swoje stanowisko, wprost pisze, że nauka prawa konstytucyjnego dysponuje znacznie bardziej ograniczonym polem manewru w tej materii niż teoria i filozofia prawa z uwagi na to, iż podmiotem decyzyjnym jest tu suweren, który tworząc prawo, w szczególności poprzez odpowiedni kształt ustawy zasadniczej, wyraża swoją wolę polityczną (w stopniu nie spotykanym w innych dziedzinach)⁵⁰. Trzeba zauważyć, że nikt nie kwestionuje tego, iż to do suwerena należy tworzenie prawa, natomiast „zakładając na chwilę postmodernistyczne okulary”, trzeba postawić kluczowe w powyższym sporze pytanie, kto jest tym suwerenem i jakie mechanizmy decydują o powstawaniu prawa. Wydaje się, że A. Sulikowski słusznie podnosi, iż paradygmat myślenia dogmatycznoprawnego opiera się na przyjęciu warunku koniecznego, że konstytucja jest tworem ustrojodawcy — zawdzięcza ona (tak jak inne akty prawne) swą moc obowiązującą podejmowanym przezeń działaniom w ramach ustalonej procedury (uchwalenie, zatwierdzenie, ogłoszenie etc.)⁵¹. Jak pisze autor, „taka opowieść dominuje”, podejmowane w jej ramach polemiki (głosy krytyki) mieszczą się w ramach tego nurtu — „stanowią w zdecydowanej mierze zestawienie poglądów dedukowanych z jednych dogmatów oraz też dedukowanych z innych dogmatów uznanych za niekontrowersyjny element dyskursu”⁵². Nie jest moim celem w tym miejscu prowadzenie rozważań mających na celu odpowiedzenie na pytanie, co może dać nauce prawa postmodernizm⁵³. Poprzestanę zatem na

⁴⁹ Zob. A. Sulikowski, *O możliwościach postmodernizacji nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 12, s. 3–16; J. Jaskiernia, *O znaczeniu postmodernizmu dla nauki prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 4, s. 35–48; A. Sulikowski, *Konstytucjonaliści a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 12, s. 30–42.

⁵⁰ J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 48.

⁵¹ A. Sulikowski, *Konstytucjonaliści...*, s. 30 n.

⁵² *Ibidem*, s. 34.

⁵³ Świadomie odwołuję się w tym miejscu do tytułu pracy L. Morawskiego. Zob. L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm*, Toruń 2001.

konstatacji, że w chwili obecnej sceptycznie należy ocenić możliwość otwarcia się szczegółowych dziedzin prawa w sferze rozumienia prawa i jego tworzenia na krytykę postmodernistyczną. Jest to przede wszystkim związane z elementem niepewności nieodłącznie związanym z myśleniem postmodernistycznym⁵⁴, który — jak się wydaje — jest absolutnie nieakceptowalny z punktu widzenia dyskursu dogmatycznoprawnego i praktyki prawniczej, przywiązanych do funkcjonowania pojęć „jednoznacznych”, „obiektywnych” i niepodlegających dyskusji.

3.

W piśmiennictwie dogmatycznoprawnym istnieje powszechne przekonanie o dominacji we współczesnych systemach prawa kontynentalnego prawa stanowionego, jako jedynego bądź podstawowego sposobu tworzenia prawa⁵⁵. Jak pisze jeden z autorów:

Znaczenie i rola prawa stanowionego wpisuje się w ideę demokratycznego państwa prawnego, którego osnową jest wszak powszechny porządek prawny tworzony na podstawie ściśle określonych procedur ustawodawczych i przyjmowany przez reprezentatywne gremia mające demokratyczną legitymację⁵⁶.

Z. Ziemiński w studium poświęconym problematyce stanowienia i obowiązywania prawa stwierdza, że koncepcja prawa stanowionego jako prawa tworzonego w odpowiedniej formie w ustalonym trybie przez prawodawcę odzwierciedla w wielkim uproszczeniu pozytywistyczną koncepcję prawa obowiązującego, zgodnie z którą obowiązujące prawo stanowią normy ustanowione przez suwerena w danej społeczności⁵⁷. Podmiotem sprawczym jest prawodawca — organ państwa określony przez przepisy udzielające kompetencji do działań prawotwórczych⁵⁸. Jednocześnie autor wskazuje, że w systemie istnieją fakty prawotwórcze będące źródłem prawa, inne niż stanowienie norm — jak pisze:

⁵⁴ B. Wojciechowski, *Dekonstrukcja między prawem i sprawiedliwością*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999, s. 314.

⁵⁵ Por. M. Safjan, *Refleksje o roli zwyczaju*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 85.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 86–87.

⁵⁷ Z. Ziemiński, *O stanowieniu i obowiązywaniu prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1995, s. 41.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 43. Odrębnym zagadnieniem jest kwestia umowy jako faktu prawotwórczego. Por. T. Chauvin, *Próba wprowadzenia do teorii umów prawotwórczych*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 83–90.

Kryterium obowiązywania norm prawnych o takim „źródle” sprowadza się do wskazania reguły walidacyjnej przyznającej danemu rodzajowi faktom charakter faktów prawotwórczych oraz do stwierdzenia, że w danej kwestii na jakiś fakt takiego rodzaju można się powołać⁵⁹.

Do tej grupy faktów prawotwórczych zostały przezeń zaliczone „normy ukształtowane zwyczajowo, normy moralne, precedensy, ogólne zasady prawa (niemające podstawy w tekstach obowiązujących aktów prawodawczych [przyp. S.T.]”⁶⁰. Z. Ziemiński wskazuje trudności i problemy wiążące się z uznawaniem wymienionych faktów prawotwórczych jako źródła obowiązujących norm prawnych⁶¹. Podobnie w pracach autorów z kręgu dyscyplin dogmatycznoprawnych wskazuje się kontrowersje związane z uznawaniem innych faktów prawotwórczych niż „stanowienie” za źródło prawa (nawet jeżeli nie jest ono uznawane za równoważne stanowieniu), w szczególności w świetle regulacji konstytucyjnych⁶². Wprost zadawane jest pytanie, czy Konstytucja RP pozostawia miejsce na inne poza prawem stanowionym źródła prawa?⁶³

Mając na uwadze przedstawiony problem, trzeba się zastanowić nad tym, gdzie szukać odpowiedzi odnośnie do charakterystyki pojęcia stanowienia prawa, która byłaby akceptowalna dla dogmatyki i praktyki prawniczej. Okazuje się, że znaczenie terminu „prawo stanowione” nie jest tak ostre i jednoznaczne, jak wynikałoby to z charakterystyk spotykanych w pracach dogmatycznoprawnych⁶⁴. Pojęcie stanowienia jest uwikłane w pewne rozbieżności pojęciowe, które w tym miejscu przedstawię.

Termin „stanowienie” to forma rzeczownikowa czasownika „stanowić”, który w języku powszechnym oznacza ‘tworzyć coś’, ‘składać się na coś’⁶⁵, ‘decydować, rozstrzygać, postanawiać o czym, ustanawiać, uchwalać’⁶⁶. W prawnoznawstwie termin „stanowienie” wiązany jest z „aktami ustanowienia norm” (dla innych podmiotów, by się one tak, a tak zachowały), dokonanymi w jakiejś określonej regułami danego języka formie słownej czy też za pomocą znaków innego rodzaju⁶⁷. W dyscyplinach dogmatycznoprawnych i praktyce prawniczej przyjęto

⁵⁹ Z. Ziemiński, *O stanowieniu...*, s. 63.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 63–76. Przykładowo L. Morawski rozróżnia „samoistne źródła prawa”, do których zalicza legislację, prawo zwyczajowe, precedens oraz „niesamoistne źródła prawa”, czyli wszelkie normy, które nie mogą stanowić wyłącznej podstawy aktu stosowania prawa; do tych ostatnich autor zalicza orzeczenia sądowe, materiały przygotowawcze, doktrynę prawniczą, materiały komparatystyczne, reguły egzegezy i reguły pozaprawne. Por. L. Morawski, *Podstawy...*, s. 104–111.

⁶¹ Z. Ziemiński, *O stanowieniu...*, s. 63 n.

⁶² M. Safjan, *op. cit.*, s. 89.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Por. K. Opalek, *Pojęcie prawa pozytywnego*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 12, s. 8. Por. także A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa...*, s. 460.

⁶⁵ *Słownik języka polskiego*, t. 3, red. M. Szymczak, Warszawa 1994, s. 319; *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 1374.

⁶⁶ *Słownik języka polskiego*, t. 8, red. W. Doroszewski, Warszawa 1966, s. 703.

⁶⁷ Z. Ziemiński, *O stanowieniu...*, s. 41–42.

konwencję „prawa pozytywnego stanowionego” — prawa czerpiącego moc obowiązującą z „ustanowienia” przez kompetentny organ państwa, odrzucając tym samym pogląd o obowiązywaniu prawa natury, czy innego prawa pozytywnego niż to, które powstaje w drodze stanowienia. Tak rozumiany termin „prawo” z dopełnieniem „pozytywny”, jak pisał A. Comte w *Rozprawie o duchu filozofii pozytywnej*, „oznacza to, co realne w przeciwieństwie do tego co urojone”, „podkreśla kontrast między tym, co pożyteczne, a tym, co jałowe”, przeciwstawia „pewność chwiejności”, „to, co ściśle, temu, co mgliste” i w końcu wyraz „pozytywny” stanowi przeciwstawienie wyrazu „negatywny”⁶⁸. Przedstawione charakterystyki leży u podstaw wprowadzenia do aparatu pojęciowego prawoznawstwa „prawa pozytywnego stanowionego”, gdzie jego „ustanowienie” przez kompetentny organ państwa mający uprawnienia do działań prawotwórczych miało zapewniać prawu walor „pozytywności”, rozumiany tak jak to zostało wskazane powyżej⁶⁹. Termin ten, który — historycznie rzecz ujmując — był wiązany z podziałem prawa w znaczeniu prawniczym na prawo pozytywne stanowione i to, które nie powstaje w drodze stanowienia, z czasem stał się racją na rzecz poglądu, iż nie istnieje prawo pozytywne, nieustanowione w sposób wskazany powyżej⁷⁰. W konsekwencji miało to urzeczywistniać postulat pewności prawa⁷¹.

Początkowo termin „prawo pozytywne” nie był zamykany w wąskich ramach prawa stanowionego — wiązano z tym terminem wszelkie normy mające swe źródło w ludzkiej działalności, w tym prawo zwyczajowe oraz prawo „autorytetu ksiąg prawniczych”⁷². „Prawo pozytywne” jako „prawo stanowione” — jak pisze K. Opalek — niegdyś obejmowało w zasadzie wszystkie rodzaje prawa w znaczeniu prawniczym⁷³. Także zakres pojęcia stanowienia nie jest tak oczywisty, jak

⁶⁸ A. Comte, *Rozprawa o duchu filozofii pozytywnej*, Kęty 2001, s. 39–40.

⁶⁹ Zob. także K. Opalek, J. Wróblewski, *Pozytywizm prawniczy*, „Państwo i Prawo” 1954, nr 1, s. 5–42.

⁷⁰ Por. K. Opalek, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1983, s. 238.

⁷¹ Problematyka pewności prawa została poddana analizie w monografii M. Wojciechowski, *Pewność prawa*, Gdańsk 2014.

⁷² K. Opalek, *Pojęcie prawa...*, s. 4: „Pewne zaczątki pojęcia prawa pozytywnego mamy już w starożytności, ale właściwie zostało ono rozwinięte w średniowieczu, przy czym uderza to, że prawo pozytywne objęło wtedy nie tylko prawo stanowione, lecz także oparte na zwyczaju i na autorytecie ksiąg prawniczych. Właściwie zatem prawo pozytywne to nie dosłownie *ius positivum*, lecz w ogóle prawo mające swe źródło w jakiejś ludzkiej działalności”.

⁷³ K. Opalek, *Zagadnienia teorii prawa...*, Warszawa 1983, s. 238. Należy także zwrócić uwagę na myśl L. Petrażyckiego, który pozostając wierny metodzie psychologicznej, w kategoriach odmian „prawa pozytywnego” — tak jak było ono przezeń pojmowane — klasyfikował nie tylko „prawo ustawowe”, ale także „prawo praktyki sądowej”, „prawo ksiąg prawniczych”, „prawo przyjętych w nauce opinii”, „prawo doktryn poszczególnych prawników lub ich grup”, „prawo wypowiedzi autorytetów religijno-etycznych” i inne. Zob. L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. 2, Warszawa 1960, s. 320 n. Por. S. Tkacz, *O „pozytywności” i „oficjalności” prawa w teorii Leona Petrażyckiego*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 1, s. 75–92; *idem*, *O wykładni prawa w teorii Leona Petrażyckiego*, [w:] *O prawie i jego dziejach księ-*

to się zazwyczaj przyjmuje; K. Opalek wprost wskazuje na istnienie możliwości rozszerzania tego terminu („stanowienie pośrednie”, „stanowienie dorozumiane”) o fakty prawotwórcze, których źródłem jest praktyka organów państwa⁷⁴. Autor słusznie zwraca uwagę na to, że im szerzej będziemy rozumieć termin „stanowienie”, tym bardziej traci rację bytu podział na prawo stanowione i prawo niestanowione, ponieważ w końcu nic nie pozostanie dla tej drugiej kategorii⁷⁵. Również w pracach z zakresu dogmatyki prawa konstytucyjnego powstałych w okresie przed drugą wojną światową zostało wyrażane stanowisko, iż „prawo stanowione może się objawić w rozmaity sposób”⁷⁶. Jeżeli sięgniemy do źródeł terminu „prawo stanowione”, należy uznać za normę prawa stanowionego każdą, która jest tworem myśli i woli ludzi — normy prawa stanowionego są wytworem człowieka, powstają one w sposób zależny od jego woli⁷⁷. Uważam, że właśnie taka charakterystyka „prawa stanowionego” odpowiada intuicjom językowym związanym z pojęciem stanowienia (ktoś stworzył, ustanowił *etc.*)⁷⁸.

Odrębną kwestią, której w tym miejscu nie podejmuję, jest to, czy w świetle przedstawionych uwag pozostaje jeszcze miejsce w prawoznawstwie na pojęcie prawa pozytywnego⁷⁹. Wydaje się, że trzeba w końcu zadać pytanie, czy nie jest tak, iż termin „prawo pozytywne” we współczesnej dogmatyce i praktyce prawniczej jest w istocie pewnym przyzwyczajeniem językowym, bez głębszej treści pojęciowej, a przede wszystkim refleksji odnośnie do charakterystyki tego pojęcia. Problemowi temu wypada poświęcić opracowanie czy opracowania odrębne.

4.

W tytule artykułu zadałem pytanie, czy istnieje potrzeba reinterpretacji terminu „stanowienie prawa”. Wydaje się, że diagnozując aktualny stan polskiej dogmatyki i praktyki prawniczej, można sformułować wniosek, że pojęcie stanowienia prawa uwikłano w pewną konwencję, ograniczając „stanowienie” wyłącznie do działań organów państwa, których wynikiem jest powstanie tekstów aktów praw-

gi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin, ks. 2, red. M. Mikołajczyk *et al.*, Białystok 2010, s. 383–399.

⁷⁴ K. Opalek, *Pojęcie prawa...*, s. 6.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 6–7.

⁷⁶ W. Makowski, *Nauka o państwie*, cz. I: *Teoria państwa*, Warszawa 1939, s. 55.

⁷⁷ K. Opalek, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962, s. 165.

⁷⁸ Przykładowo C. Znamierowski „stanowienie” będące źródłem obowiązywania norm tetycznych wiąże z tworzeniem norm opartym na decyzji (woli określonego podmiotu). Zob. C. Znamierowski, *Oceny i normy*, Warszawa 1957, s. 491. Por. W. Lang, *Czesława Znamierowskiego „Oceny i normy”*, „Państwo i Prawo” 1960, nr 1, s. 103–105.

⁷⁹ J. Nowacki i Z. Tobor poruszali ten problem już w pierwszych wydaniach podręcznika *Wstęp do prawoznawstwa*, które ukazały się w drugiej połowie lat 80. XX w. Zob. także K. Opalek, *Zagadnienia teorii prawa...*, Warszawa 1983, s. 246.

nych (źródeł prawa wymienionych w katalogu zawartym w Konstytucji). W świetle ustaleń teoretycznoprawnych co do rozumienia prawa, należy stwierdzić, że konwencja ta zaprowadziła dyscypliny szczegółowe prawoznawstwa w przysłówiową „ślepą uliczkę” — nie może ona bowiem uzasadnić obowiązywania wszystkich elementów stanowiących prawo (składników normatywnej koncepcji źródeł prawa). Tym samym powszechnie akceptowane rozumienie „stanowienia prawa” zamiast urzeczywistniać wartość pewności prawa, rodzi jego niepewność — spowodowaną tym, że wiele norm, które faktycznie są przesłanką decyzji podejmowanych przez organy stosujące prawo (np. wiele zasad prawa), nie znajduje uzasadnienia w treściach wiążących z pojęciem stanowienia.

Jakie mogą być „dalsze losy” terminu „stanowienie prawa”?

A. Można przyjąć, że skoro wspólnota tradycyjnie charakteryzuje „stanowienie prawa”, tak jak już wskazano, nie dostrzegając (bądź udając, że nie dostrzega) problemów z tym związanych, należy się z tą sytuacją pogodzić. Odnosnie do szczegółów można po prostu zignorować fakt, że w rzeczywistości źródłem decyzji w procesie stosowania prawa są normy, których nie da się legitymować w drodze stanowienia, tak jak jest ono ujmowane w dyscyplinach szczegółowych prawoznawstwa. Wydaje się, że nie popełniając błędu, można by rzec, iż nieliczne, niewygodne dla *mainstreamu* głosy kwestionujące ogólnie przyjmowany i narzucony społeczeństwu paradygmat w tej materii nie doprowadzą do zmiany poglądów tych, którzy mają władzę, a zarazem są nośnikami wiedzy, która pozwala rządzić innymi⁸⁰. Kwestia stanowienia prawa zaliczana do opowieści powtarzanych w setkach podręczników, „na których się wychowały pokolenia prawników”, nie jest bowiem w polskim tradycyjnym dyskursie dogmatyczno-prawnym polem otwartym na szersze dyskusje⁸¹.

B. Można się również pokusić o sformułowanie ogólnego postulatu, że pojęcie stanowienia prawa wobec podnoszonych wątpliwości, odnośnie do jego rozumienia, winno zostać „odłożone do lamusa”. Jednakże w prawoznawstwie termin ten jest powszechnie używany, trudno jest zatem prognozować, aby w przyszłości ów postulat mógł zostać zrealizowany. Należy nadmienić, że wiele pojęć, co do których wiele lat temu formułowano postulaty eliminacji z aparatu pojęciowego prawoznawstwa, funkcjonuje w nim do dzisiaj, co więcej — „mają się one świetnie” i nic nie wskazuje, aby ten stan miał ulec zmianie (np. termin „źródło prawa”)⁸².

C. Można zaproponować trzecią drogę, w postaci odczytania na nowo terminu „stanowienie prawa”. Jeżeli mówię o odczytaniu na nowo, mam na myśli nie

⁸⁰ W tym miejscu odwołuję się do opinii formułowanych przez M. Foucaulta, por. przyp. 44–46.

⁸¹ Por. A. Sulikowski, *Konstytucjonalisci...*, s. 30 n.

⁸² Por. J. Nowacki, Z. Tobor, *op. cit.*, s. 115: „W literaturze coraz częściej wyrażane są poglądy, że termin »źródła prawa« jest »tak wieloznaczny budzi tak bałamutne skojarzenia myślowe, że trzeba go odłożyć do lamusa«. [...] Eliminując pojęcie »źródło prawa«, wielu autorów pisze po prostu o sposobach powstawania czy tworzenia prawa lub o tzw. formach prawa”.

stworzenie projektującej definicji tego terminu, lecz powrót do jego źródeł. Nie dostrzegam żadnych przeszkód, aby termin „stanowienie prawa” wiązać z każdą działalnością człowieka, w następstwie której powstają normy będące wytworem jego woli. Podkreślam wyraźnie, że nie chodzi o przypisanie normom prawnym powstającym w drodze stanowienia korzeni metafizycznych, czy też prawnonaturalnych, lecz powrót do źródeł terminu „stanowienie prawa”, niefortunnie sprowadzonego li tylko do pewnego wycinka działalności człowieka w postaci działalności organów państwowych, będących ciałami kolegialnymi lub jednoosobowymi. Nie mam wątpliwości co do tego, iż usunięcie komplikacji związanych z przyjmowaną w dogmatyce i praktyce prawniczej charakterystyką stanowienia prawa musi polegać na przyjęciu pewnej konwencji. Moje propozycje pojęciowe opierają się na następującej konwencji: ustalamy, że „stanowienie prawa” oznacza wszelką działalność człowieka zależną od jego woli, w następstwie której powstają obowiązujące normy prawne, będące elementami systemu prawa. Zaproponowana konwencja ujmuje „stanowienie prawa” w kategoriach koncepcji rzeczywistej praktyki społecznej — „stanowienie” to akt społeczny, a nie tylko działalność organów państwa, w efekcie której powstają teksty prawne⁸³. Tym samym pozwala ona na pojmowanie w kategoriach norm prawa stanowionego reguł instytucjonalnych i konwencyjnych, które niewątpliwie są elementami systemu prawa. Odrębną kontrowersyjną kwestią jest to, czy istnieje potrzeba wyodrębnienia w ramach tak pojmowanego stanowienia prawa („stanowienia *sensu largo*”) terminu wobec niego zakresowo węższego w postaci „stanowienia *sensu stricto*” — obejmującego działania podejmowane przez kompetentne organy państwa, w następstwie których powstają akty normatywne. Komplikacje, które mogą się pojawić w tym zakresie, będą związane ze wzajemnym przenikaniem się norm tworzonych przez uprawnione organy kolegialne bądź jednoosobowe oraz reguł instytucjonalnych i konwencyjnych, które w pewnych przypadkach współkonstrytuują normę stanowiącą element systemu prawa.

Zdaję sobie sprawę z tego, że zaproponowana w punkcie „C” konwencja nie rozwiązuje problemu identyfikacji norm jako obowiązujących, w szczególności kwestii kryteriów, których spełnienie przesądza o tym, że stanowią one obowiązujące normy prawne⁸⁴. Nie wdając się w tym miejscu szerzej w dyskusje związane z problematyką pojęcia obowiązywania, poprzestanę na konstatacji, że podzielam stanowisko wyrażone przez T. Pietrzykowskiego, który pojęcie obowiązywania prawa wiąże z łącznym spełnieniem dwóch warunków, a mianowicie przynależnością normy do systemu prawa (stanowi ona element systemu) i stosownością, to jest

⁸³ Podkreślam, że „stanowienie norm prawnych” było już przez Z. Ziemińskiego charakteryzowane w kategoriach aktu społecznego. Odrębną kwestią jest jednakże to, w jaki sposób ten akt jest pojmowany. Por. Z. Ziemiński, *O stanowieniu...*, s. 41.

⁸⁴ Por. L. Nowak, *Cztery koncepcje obowiązywania prawa*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1966, nr 2, s. 97 n. Problem ten został poddany wyczerpującej analizie w monografii A. Grabowskiego wymienionej w przyp. 9.

wydawaniem przez organy stosujące prawo decyzji uwzględniającej przewidzianą przez normę regułę zachowania w przypadkach opisanych przez prawodawcę faktów oraz przestrzeganiem normy przez pozostałych adresatów przepisu prawa⁸⁵. Oczywiście, jak uprzednio wskazałem, uważam, że źródła przynależności normy do systemu nie mogą być sprowadzane do wąsko rozumianego stanowienia, co więcej — w moim przekonaniu stosowność może konstytuować normę jako przynależną do systemu⁸⁶. Odrębną kwestią jest to, w jaki sposób są ustalane warunki uzyskania mocy obowiązującej przez regułę powstałą w drodze stanowienia pojmowanego, tak jak to już zostało przedstawione, i kto je będzie ustalał, w szczególności, czy obowiązywanie stanowi cechę, która może być ustalona dyskursywnie.

Pamiętając o tych kontrowersjach, uznaję, że przedstawiona charakterystyka pojęcia stanowienia prawa zrywa ze „złudzeniem” prawa jako zjawiska jednolitego („prawo pozytywne stanowione”), którego tworzenie jest sprowadzone do wspólnego mianownika — „stanowienia” — wykluczającego inne formy tworzenia prawa („instytucjonalne poparcie”, „konwencja” *etc.*). Uważam, że przedstawiona kompromisowa propozycja czyni zadość postulatowi formułowanemu przez teorię ujmuje prawo w kategoriach zjawiska komunikacyjnego, nie ma bowiem żadnych przeszkód, aby w kategoriach norm prawnych powstających w drodze stanowienia ujmować także te, które zostały wypracowane w ramach dyskursu i są legitymowane zgodą osiągniętą przez jego uczestników. Wydaje się, że realizuje ona także przynajmniej niektóre postulaty formułowane przez autorów zaliczanych do kręgu postmodernistycznego, zrywając z prawoznawstwem ograniczonym do analizy tekstów prawnych i dekonstruując faktyczne przesłanki powstawania norm prawnych (odmienną kwestią będzie to, czy mogą one powstać przypadkowo w toku działań podejmowanych przez ludzi). Tym samym propozycja sięgająca do korzeni terminu „stanowienie” staje się jednocześnie propozycją ponowoczesną.

⁸⁵ T. Pietrzykowski, *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz*, Kraków 2004, s. 39–40. Zob. także *idem*, *Temporalny zakres obowiązywania prawa*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 4, s. 45–56. Odmiennie A. Grabowski; por. polemikę pomiędzy tymi autorami na łamach „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”: T. Pietrzykowski, *W poszukiwaniu Świętego Graala*. Andrzej Grabowski o prawniczym pojęciu obowiązywania prawa, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2010, nr 1, s. 64–77; A. Grabowski, *Pospozytywizm na tropie Świętego Graala? Odpowiedź na krytykę Tomasza Pietrzykowskiego*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2010, nr 1, s. 78–90.

⁸⁶ W tym miejscu posłużę się następującym przykładem. Załóżmy, że pewien przepis kodeksu karnego został uchylony przez prawodawcę, a więc wobec faktu, iż przestał przynależeć do systemu utracił on moc obowiązującą. Jednakże art. 4 § 1 k.k. regulujący zasady prawa karnego międzyczasowego zawiera metaregułę, która w przypadku gdy w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, nakazuje stosować ustawę obowiązującą poprzednio, gdy jest względniejsza dla sprawcy. Jeżeli przepis, który przestał obowiązywać, jest względniejszy dla sprawcy, pomimo tego, iż stracił on moc obowiązującą, będzie on stosowany — stosowność będzie decydować o tym, iż będzie on obowiązywał, pomimo że formalnie przestał przynależeć do systemu (został uchylony).

5.

Przedstawione rozważania wymagają kilku słów podsumowania. Dyscypliny dogmatycznoprawne i praktyka prawnicza, przyjmując postawę modernistyczną, czego wyrazem jest utrzymywanie formułowych wypowiedzi w narracji pozytywistycznej, stoją współcześnie przed wyzwaniem, jakim jest pytanie, czy pozostając wiernym tej narracji, można uzasadnić formułowane wypowiedzi dotyczące prawa i jego stosowania⁸⁷. Wydaje się, że ten paradygmat, którego przejawem jest akceptacja rozumienia terminu „stanowienie”, tak jak jest on pojmowany od dziesięcioleci, wyczerpał swoje możliwości legitymacji norm składających się na prawo, bądź przynajmniej części z tych norm. Stąd pytania o legitymizację działań organów państwa, których nie da się uzasadnić, nie wychodząc poza tradycyjne kelsenowskie postrzeganie prawa oraz tradycyjną charakterystykę terminu „stanowienie”, zgodnie z którymi prawo jest sprowadzane do tekstów aktów powstających w drodze działań organów kolegialnych i jednoosobowych, określanych mianem jego stanowienia⁸⁸. Moim zamierzeniem nie jest narzucenie uczestnikom prawoznawczych dyskursów wywodzącym się z kręgu dogmatyki i praktyki prawniczej apriorycznie wytworzonego pojęcia stanowienia. Wydaje się, że uzasadniony jest pogląd, iż dotychczas podejmowane przez przedstawicieli teorii prawa zamierzenia badawcze o takim charakterze (bądź większość z nich) nie zyskały wielkiego oddźwięku w obrębie dyscyplin dogmatycznoprawnych, jak również w praktyce orzeczniczej. Zatem twierdzenie krytyczne sformułowane w ramach myśli teoretycznoprawnej, iż dogmatycy winni „stanowienie prawa” odmiennie charakteryzować, niż jest to powszechnie przyjmowane, może otwierać nowe pole problemowe, ale raczej odnoszące się do lokalnego dyskursu teoretycznego niż praktyki prawniczej. Fundamentem odmiennego podejścia badawczego, które prezentuję, jest uprawianie prawoznawstwa w taki sposób, aby oddać rzeczywisty charakter działań podejmowanych przez wspólnotę prawniczą w stosunku do terminu „stanowienie”, a nie narzucać określoną charakterystykę tego terminu. W moim przekonaniu, jeżeli popatrzymy na praktykę prawniczą, nie zaś na składane deklaracje, opowieść o tym, iż „stanowienie prawa” to tylko działalność kompetentnych kolegialnych bądź jednoosobowych organów państwa działających w przewidzianym trybie, w wyniku której powstają teksty prawne, nie znajduje potwierdzenia w rzeczywisto-

⁸⁷ Por. cytowane w treści artykułu prace A. Sulikowskiego.

⁸⁸ Pytanie to najczęściej w polskim piśmiennictwie jest zadawane w kontekście działań podejmowanych przez sądy konstytucyjne. Por. przykładowo W. Gromski, *Legitymizacja sądów konstytucyjnych wobec władzy ustawodawczej*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4, s. 11 n. Por. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 17 n.; A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2012, s. 83 n.

ści i żadne „czary” odprowadzane nad pojęciem stanowienia charakteryzowanego w ramach narracji pozytywistycznej tego nie zmieniają. Odrębną kwestię stanowi to, czy dogmatyka i praktyka prawnicza są gotowe na rozpoczęcie dyskursu sięgającego do myślenia w kategoriach „co w rzeczywistości nieświadomie (ew. świadomie) robimy, choć nie zdajemy sobie z tego sprawy”, bądź „nie chcemy, aby inni zdali sobie z tego sprawę”. Oczywiście jest bowiem, że otwarcie się na takie myślenie musi w efekcie naruszyć konstrukcję mitu zarówno o nieograniczonej władzy państwowej urzeczywistnianej poprzez stanowienie prawa, jak i mitu o tym, że działania organów orzeczniczych (ich obowiązki) polegają wyłącznie na stosowaniu reguł zawartych w tekstach aktów prawnych stworzonych przez tę władzę⁸⁹.

Na koniec, wracając do źródeł, które legły u podstaw sformułowanych tu propozycji odnośnie do potrzeby reinterpretacji pojęcia stanowienia prawa, muszę wskazać, że w pełni podzielam postulat przedstawiony przez A. Batora, iż w debatach toczonych współcześnie w ramach prawoznawstwa nie prawo jako akt językowy pochodzący od prawodawcy powinien być zderzony z filozofią ponowoczesną, lecz sposoby konceptualizowania prawa oraz identyfikowane na poziomie filozofii prawa prawnicze sposoby wartościowania i legitymizowania prawa⁹⁰. Uważam, że proponowana konwencja dotycząca pojęcia stanowienia prawa ten postulat urzeczywistnia. Myślę, że pewne elementy filozofii nowoczesnej mogą stanowić narzędzie, które można wykorzystać w toku projektów, mających na celu przekonanie dogmatyki i praktyki prawniczej, że składane deklaracje nie odpowiadają działaniom, które są w rzeczywistości podejmowane przez nauki szczegółowe prawoznawstwa i orzecznictwo. Odrębną kwestią jest język tych projektów, który nie może się zamykać w lokalnym dyskursie teoretycznoprawnym, lecz powinien być zrozumiały dla szerszego grona członków wspólnoty prawniczej. Wydaje się, że właśnie to niezrozumienie jest przyczyną tego, iż wysiłek dekonstrukcyjny myśli ponowoczesnej jest często traktowany przez prawników-dogmatyków jako ciekawa, ale jednak egzotyka. Z tego względu za realny do wykonania plan minimum dla teorii prawa należy uznać odkrycie przed wspólnotą prawniczą rzeczywistych treści przypisywanych pojęciom uznawanym za niesporne i uniwersalne, jak również dekonstrukcję niepodlegających dyskursowi założeń czynionych najczęściej nieświadomie przez główny nurt myśli dogmatycznoprawnej i orzecznictwo sądowe. Uważam, iż postulat reinterpretacji pojęcia stanowienia prawa i przedstawione propozycje, choć mogą zostać ocenione jako nadal zmierzające do pewnej uniwersalizacji tego pojęcia, ten plan realizują.

⁸⁹ Por. A. Bator, *op. cit.*, s. 41.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 39–40.

IS THERE A NECESSITY TO CONSTITUTE THE CONCEPT OF “LAW-MAKING”?

Summary

The objective undertaken by the author of this paper is to define the term “law-making” in the legal discourse. Following the analysis, the author indicates three possible manners of the narration related to this concept. The first one is the traditional narration, which associates “law-making” with the activities of state organs responsible for constituting law. The second one is the “communicative narration” presented with the concepts recognising law in terms of the communicative phenomena and the third narration linked with postmodern jurisprudence. There is a question posed about the need to reinterpret the traditional characteristics of “law-making,” which breeds doubt about the identification of law. It occurs due to the fact that many of the standards, which are really the premise of decisions taken by the authorities applying the law (e.g. Many legal principles), are not justified in the contents traditionally linked with the concept of regulation. The author recommends a new re-reading of the terms “regulation” and “law-making” through the link with each human activity, which consequently constitutes the base for the legal norms. The study was recapitulated by the conclusions.