

Rozdział I. System prawa a porządek prawny w ujęciu doktrynalnym

§ 1. Przegląd wybranych stanowisk teoretycznoprawnych

W niniejszym paragrafie zostaną zaprezentowane wybrane stanowiska teoretycznoprawne zarówno polskie, jak i zagraniczne, które stanowią próbę odpowiedzi na szereg pytań, które zostały postawione w prolegomenie. Nie jest celem niniejszej książki relacjonowanie dorobku teorii prawa dotyczącego zależności między ugruntowanymi w języku prawnym i prawniczym terminami system prawa i porządek prawny. Po pierwsze, dlatego, że ciężar naukowej refleksji skupia się na zagadnieniach systemu prawa i nawet jeżeli te zagadnienia wkraczają w obszar (w moim rozumieniu) porządku prawnego, to często w opracowaniach starszych termin porządek prawny w ogóle się nie pojawia. Po drugie, trudne zadanie zebrania całego dorobku teorii prawa na temat systemu prawa i porządku prawnego to materiał na odrębną książkę. Istotniejsze wydaje się syntetyczne przedstawienie koncepcji autorów, którzy uznawani są współcześnie za klasyków o niekwestionowanej pozycji naukowej. Pozwoli to z jednej strony na pokazanie zróżnicowanych stanowisk teoretycznych w zakresie badanej materii, a z drugiej strony treści te będą stanowiły podbudowę dla pokazania stanowiska w tym przedmiocie autora niniejszej książki.

Na sposób pisać o systemie prawa i porządku prawnym bez przedstawiania najważniejszych z punktu widzenia niniejszej pracy elementów czystej teorii prawa *H. Kelsena*¹, w której to koncepcji terminy te urastają do rangi zasadniczych. W przeglądzie światowego dorobku stanowisko teoretyczne *H. Kelsena*

¹ *Hans Kelsen* (1881–1973) – jeden z najbardziej znanych teoretyków prawa XX w. Reprezentant kontynentalnego nurtu prawoznawstwa, twórca tzw. czystej teorii prawa, zwanej również normatywizmem. Autor prac: 1911 – *Grundlagen der Lehrevom Staatsrecht* (Podstawowe zagadnienia prawa państwowego); 1934 – *Reine Rechtslehre* (Czysta nauka prawa); 1945 – *General Theory of Law and State* (Ogólna teoria prawa i państwa).

zajmuje miejsce szczególne, ponieważ jego teorie stanowiły źródło inspiracji, refleksji oraz krytyki dla przedstawicieli nauki prawa, w tym nauki polskiej już od czasów dwudziestolecia międzywojennego².

Zakotwiczony w twardym pozytywizmie prawniczym kelsenowski normatywizm kreuje szczegółową naukę o normie prawnej, w ramach której materializują się bezpośrednio z nią powiązane zagadnienia systemu prawa i porządku prawnego. W tym miejscu skupię się wyłącznie na wybranych – systemowych aspektach czystej teorii prawa pomijając takie kwestie jak: rozdział pomiędzy bytem a powinnością, budowa normy, relacje między prawem a moralnością, czy relacje między prawem a państwem. Przedmiotem zainteresowania staje się przede wszystkim stanowisko *H. Kelsena* na temat systemu prawa i porządku prawnego.

Tak jak oczywiście jest, że *H. Kelsen* słynie z autorstwa szczeblowej (hierarchicznej) konstrukcji budowy systemu prawnego opartego na normie podstawowej (*Grundnorm*), tak oczywiście już nie jest, że autorstwo to jest kwestionowane³. Nie ma to oczywiście znaczenia dla prowadzonego wywodu, a zostaje podane jedynie incydentalnie jako ciekawostka. Ważny natomiast jest fakt, że *H. Kelsen* zdaje się utożsamiać terminy system prawa i porządek prawny, które bezwzględnie wiąże z pojęciem normy prawnej rozumianej bardzo szeroko. Już w pierwszym rozdziale dzieła pt. „Czysta teoria prawa” pisze on: „Porządek jest systemem norm, których jedność stanowi, że mają wszystkie tę samą podstawę obowiązywania. A podstawą obowiązywania porządku normatywnego jest – jak zobaczymy – norma podstawowa, z której można wyprowadzić

² Szerzej na ten temat np. zob. S. Czepita, *Koncepcje teoretyczno-prawne w Polsce międzywojennej*, CzP-H 1980, Nr 2, s. 130 i n.; J. Wróblewski, *Krytyka normatywistycznej teorii prawa i państwa Hansa Kelsena*, Warszawa 1955, *passim*.

³ W tym miejscu należy odwołać się do stanowiska *H. Schambecka* kwestionującego to autorstwo. W trakcie wykładu gościnnie wygłoszonego 13.12.2010 r. na WPiA Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu stwierdził on: „Teoria szczeblowej budowy porządku prawnego została przez *Kelsena* przedstawiona w opublikowanym w 1934 r. w Wiedniu pierwszym wydaniu jego książki pt. „Czysta nauka prawa”, jednak – i to powinno być z całą stanowczością zaznaczone – teoria ta nie pochodzi oryginalnie od *Kelsena*, lecz od jego ucznia, a mojego przyjaciela *Adolfa Merkla*, który tezę o szczeblowej budowie systemu prawa rozwinął wiele lat przed ukazaniem się dzieła *Kelsena*. *Merkl* tezę tę przedstawił już w 1917 r. w rozprawie naukowej pt. „Podwójne oblicze prawa” oraz w 1918 r. w pracy pt. „Prawo w świetle jego stosowania”. Teza ta została następnie rozwinięta w 1931 r. w artykule do pierwszej księgi pamiątkowej ku czci *Kelsena* zatytułowanym *Prolegomena do teorii szczeblowej budowy prawa*. Do tego *Merkl* już w 1927 r. wskazał drogę dla teorii szczeblowej budowy prawa w swym uznanym później za klasyk dziele pt. „Ogólne prawo administracyjne”. Drogą tą podążył następnie jego nauczyciel *Kelsen*”, w: *H. Schambeck*, *Nauka prawa Hansa Kelsena*, *Studia Iuridica Toruniensia* 2011, t. VIII, s. 39.

obowiązywanie wszystkich należących do tego porządku norm”⁴. W innym fragmencie z kolei czytamy: „... prawo – jak podkreślano – jest nie pojedynczą normą, lecz systemem norm, porządkiem społecznym, a normę szczególną można postrzegać jako normę prawną o tyle, o ile należy ona do takiego porządku”⁵. W końcu pisząc o dynamice prawa w rozdziale piątym *H. Kelsen* stwierdza: „Jeżeli prawo rozumiane jest jako porządek normatywny, jako system norm, które regulują zachowanie ludzi, rodzi się pytanie, co uzasadnia jedność wielości norm, dlaczego określona norma należy do określonego porządku”⁶. W powyżej cytowanych fragmentach terminy porządek i system w kontekście rozumienia prawa i w odniesieniu do norm używane są zamiennie. Wydaje się że *H. Kelsen* rzeczywiście synonimizuje te pojęcia i swobodnie nimi żongluje, żeby zgrabnie konstruować zdania i unikać w nich nazbyt częstych powtórzeń. Takie podejście do wymienności tych terminów znajduje jednak uzasadnienie w koncepcji kreowanej przez tego autora.

H. Kelsen zbudował szczeblową konstrukcję systemu prawnego na rozróżnieniu dwóch rodzajów relacji między normami, a mianowicie relacji statycznej i dynamicznej. Pierwsza z nich ma charakter treściowy oparty na inferencji aksjologicznej normy niższej z normy wyższej. Tak należy rozumieć przykład *H. Kelsena*, że z normy nakazującej prawdę można wywnioskować normy zakazujące kłamania, oszukiwania, czy nakazujące dotrzymywania obietnicy. Z kolei relacja dynamiczna opiera się na powiązaniach formalnych, ponieważ norma podstawowa zawiera upoważnienie dla autorytetu normodawczego, w jaki sposób utworzyć normy generalne i indywidualne. *H. Kelsen* pisze, „Norma podstawowa dostarcza tylko przyczyny obowiązywania, a nie treści norm stanowiących ten system. Ich treść może być określona tylko przez akty, za pomocą których upoważniony do tego przez normę podstawową autorytet i autorytety upoważnione z kolei przez ten autorytet stanowią pozytywne normy tego systemu”⁷. W ten sposób tworzona jest hierarchia systemu prawa, która ma charakter dynamiczny. Ów dynamizm prawa oparty na więzach formalnego upoważnienia (procedur) wynikającego z norm wyższego rzędu do tworzenia norm niższego rzędu jest zdecydowanie przez *H. Kelsena* preferowany.

⁴ *H. Kelsen*, *Czysta teoria prawa*, tłum. R. Szubert, A. Bosiacki (red. i wstęp), Warszawa 2014, s. 93.

⁵ *H. Kelsen*, *Czysta teoria*, s. 113.

⁶ *H. Kelsen*, *Czysta teoria*, s. 295.

⁷ *H. Kelsen*, *Czysta teoria*, s. 299.

Kelsenowska czysta teoria prawa opiera się wyłącznie na prawie pozytywnym, a więc tym prawie, które w danym miejscu i czasie posiada moc obowiązującą. *H. Kelsena* interesuje wyłącznie normatywna struktura prawa i właściwie wyłącza z rozważań o prawie kwestie ideologii politycznej, aspekty historyczne, czy socjologiczne. Prawo to obowiązująca norma pozytywna, która należy do systemu prawa. *A contrario* norma prawna nie może funkcjonować poza systemem prawa. Ważna w rozważaniach na temat synonimizowania przez *H. Kelsena* terminów system prawa i porządek prawny jest z kolei teza o nieistnieniu praktycznego przeciwieństwa pomiędzy procesami stanowienia i stosowania prawa⁸. Znajduje to odzwierciedlenie w twierdzeniu, że do systemu prawa należą zarówno normy generalne i abstrakcyjne, jak i indywidualne i konkretne. Jest to z punktu widzenia założeń teorii logiczne, skoro żadna norma nie może istnieć poza systemem prawa. Jeżeli więc do systemu prawa należą normy, które są efektem stanowienia, jak i te, które formułowane są w procesach stosowania prawa, to różnica między systemem prawa a porządkiem prawnym się zaciera. Zatarcie tej różnicy jest tym bardziej oczywiste z punktu widzenia założeń kelsenowskiego systemu dynamicznego. Bo skoro organy stosujące prawo wydają indywidualno-konkretne decyzje stosowania prawa czerpiąc kompetencje z ustaw, a więc z norm wyższego rzędu, to normy indywidualno-konkretne należą do systemu prawa rozumianego także jako porządek prawny.

Przechodząc na grunt anglosaskiej teorii i filozofii prawa nie sposób pominąć *H. Harta*⁹ i jego koncepcji systemu prawa osadzonej w nurcie pozytywistycznym. Pokazanie koncepcji *H. Harta* na tle kelsenowskiego ujęcia kontynentalnego wydaje się ciekawe głównie z powodu odmiennych założeń, na których opierają się te dwie kultury prawne. Chodzi tutaj nie tylko o odmienne katalogi źródeł prawa, ale także inną pozycję i rolę sędziego. Istotny jest również fakt, że *H. Harta* zaliczyć można do nurtu umiarkowanego pozytywizmu, w ramach którego jego teorie można uznać za kompromis pomiędzy skrajnym pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawa natury i szkołami socjolo-

⁸ R. Wójcik, Czysta teoria prawa Hansa Kelsena a współczesne prawoznawstwo polskie – wybrane zagadnienia, RPEiS 1982, rok XLIV, z. 3, s. 77.

⁹ Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1922) – teoretyk i filozof prawa, przedstawiciel anglosaskiego pozytywizmu prawniczego. Twórca prawnopoztywnej koncepcji prawa o cechach uniwersalnych. Autor prac: 1953 – *Definition and Theory of Jurisprudence* (Definicja i teoria prawoznawstwa); 1954 – *Theory in Jurisprudence* (Teorie w prawoznawstwie); 1958 – *Positivism and the Separation of Law and Morals* (Pozytywizm a rozdział prawa i moralności); 1961 – *The Concept of Law* (Pojęcie prawa).

gicznymi¹⁰. Egzemplifikacją tego umiarkowania było uznanie minimalnej treści praw naturalnych.

System prawa w koncepcji *H. Harta* jest dwupoziomowy a stopień jego skomplikowania wynika z faktu, że nie wszystkie prawa należy wiązać z modelem przymusowych nakazów. Pisał on, że „... koncepcja najwyższego i niezależnego suwerena, na której cały model się opiera, jest mylna, gdyż rzeczywiste systemy prawa mają z nim niewiele wspólnego”¹¹. Odwoływał się przy tym do prawa zwyczajowego, a także do przekonania, że prawa zamieszczone w ustawach nie muszą być wcale nakazami dla innych. *H. Hart* pisał również, że „Można klasyfikować prawa w ten sposób, że jedne przyznają zdolność jednym jednostkom do sporządzania testamentów, zawierania umów czy zawierania małżeństw, a inne nadają urzędnikom kompetencje, np. sędziom do rozstrzygania określonych spraw, ministrom – do wydawania przepisów, a samorządowi lokalnemu do tworzenia własnych regulacji”¹².

H. Hart, co ciekawe, nie definiował prawa, chociaż poddawał analizie definicje innych autorów, m.in. *O.W. Holmesa*, *J.Ch. Graya*, *J. Austina*. Sprowadzał prawo do przyjętej przez siebie typologii reguł zachowania¹³. Uznawał system prawa za konstrukt złożony, dlatego w jego przekonaniu możliwie najwierniejsze jego przedstawienie jest możliwe poprzez wygenerowanie dwóch odmiennych, choć wzajemnie ze sobą powiązanych reguł zachowania. Wydaje się, że hartowskie reguły można określić mianem norm prawnych, ponieważ wówczas łatwiej będzie identyfikować specyfikę ich zakresów normowania. Pierwszy rodzaj jest wyznaczany przez reguły pierwotne lub inaczej podstawowe (*H. Hart* obu tych pojęć używał zamiennie). Te reguły/normy wyznaczają nakazy i zakazy, ponieważ za ich pośrednictwem „...ludzie zostają zobowiązani do czynienia jednych rzeczy i powstrzymywania się od innych, niezależnie od swej woli”¹⁴. Reguły pierwotne należy więc sprowadzić do prawnych nakazów i zakazów, których twórcą jest ustawodawca, a ich wymagalność jest zagwarantowana przez władzę. Za ich pośrednictwem tworzy on pierwotne ramy systemu prawa tzw. „przedprawny” system prawa. Dopiero jednak reguły wtórne konstytuują właściwy – prawny charakter systemu prawa. Decydują one zarówno

¹⁰ A. Sylwestrzak, Herbert L.A. Hart – pozytywizm umiarkowany, *Miscellanea Historico-Iuridica* 2016, t. XV, z. 2, s. 144.

¹¹ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, J. Woleński (przekł. i wstęp), Warszawa 1998, s. 46.

¹² H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, s. 45.

¹³ L. Leszczyński, Zagadnienia systemu prawa w koncepcji H.L.A. Harta, *An. UMCS* 1979, Sectio G, vol. XXVI, Nr 9, s. 135.

¹⁴ L. Leszczyński, *Zagadnienia systemu prawa*, s. 116.

o istnieniu systemu prawa, jak również o jego złożoności. Złożoność ta osiąga poziom, w którym system prawa można uznać za porządek prawny albo szerzej za przestrzeń normatywną. Reguły wtórne przesadzają o nierozdzielalnym związku systemu prawa z państwem. Z nich bowiem wynikają kompetencje władzy państwowej do różnego typu działań wpływających na istnienie oraz treść reguł pierwotnych. Hart wyróżnia trzy rodzaje reguł wtórnych a mianowicie reguły uznania (*rules of recognition*), reguły zmiany (*rules of change*) i reguły orzekania (*rules of adjudication*). Reguły uznania przesadzają o tym co jest prawem. Stanowią one więc kryterium identyfikacji prawa poprzez określenie jakie fakty normotwórcze w określonym systemie prawa są źródłami prawa. Identyfikując system *common law* H. Hart twierdził, że w systemie tym zwyczaj i precedens są podporządkowane ustawodawstwu. Twierdził on jednocześnie, że „... zwyczaj i precedens zawdzięczają swój status prawa, jakkolwiek byłby on niepewny, nie „milczącej” realizacji władzy prawodawczej, lecz przyjętej regule uznania, przyznającej im miejsce niezależne, chociaż podporządkowane”¹⁵. Według H. Harta reguły uznania mogą pochodzić od różnych organów, ale są to przede wszystkim reguły praktyki prawniczej, którymi posługują się sędziowie uznając określone fakty normotwórcze za prawo i stwierdzając ważność norm prawnych. Myśląc jednak kategoriami kontynentalnego systemu prawa, wydaje się uprawniona ocena reguł uznania jako reguł (przepisów) determinujących identyfikację w każdym konkretnym systemie prawa katalogu jego źródeł i podstaw ich obowiązywania. Reguły zmiany, są to reguły, określające procedury, za pomocą których dokonuje się zmian reguł pierwotnych. One decydują o dynamicznym charakterze prawa, którego treść można i należy modyfikować dostosowując je do aktualnych wymogów społecznych. Z kolei reguły orzekania wskazują na instytucje uprawnione do stosowania prawa i procedurę, w oparciu o którą takie prawo jest stosowane. Według H. Harta reguły orzekania upoważniają określone podmioty do „... autorytatywnego rozstrzygnięcia pytania, czy jakaś reguła pierwotna została naruszona w danym przypadku”¹⁶. H. Hart widzi ponadto ścisły związek pomiędzy regułami uznania i regułami orzekania, ponieważ, jego zdaniem, reguły nadające kompetencje judykacyjne będą również regułami uznania¹⁷.

Koncepcja systemu prawa H. Harta mimo jej cech uniwersalnych stanowi jednak konstrukcję, której inspiracją był anglosaski system prawa. Można na-

¹⁵ H.L.A. Hart, Pojęcie prawa, s. 141–142.

¹⁶ H.L.A. Hart, Pojęcie prawa, s. 136–137.

¹⁷ H.L.A. Hart, Pojęcie prawa, s. 137.

wet pokusić się o stwierdzenie, że koncepcja ta ten system ilustruje i tłumaczy jego założenia. Ekspozowana systemowo rola sędziów i urzędników, którzy na drodze praktyki uznają ważność ustanowionej normy prawnej i tworzą prawo w drodze precedensu, nie tylko łączy procesy stanowienia i stosowania prawa, ale również znacznie rozszerza rozumienie systemu prawa. W kulturze kontynentalnej separacja tych procesów poprzez uznanie podziału władzy pozwala na wiązanie systemu prawa z prawem ustanowionym przez ustawodawcę. Porządek prawny pozostaje domeną działania instytucji prawnych przede wszystkim sądów. Norma prawna zaś wydaje się częścią wspólną systemu prawa i porządku prawnego. Tak trudno wytyczyć między nimi granicę, ponieważ znaczna część norm należy i do systemu prawa i do porządku prawnego, zaś są i takie, które istnieją wyłącznie w porządku prawnym. System *common law* za pośrednictwem zespolenia kompetencji sędziów do stanowienia i stosowania prawa rozszerza się w stopniu pozwalającym na identyfikowanie go jako porządku prawnego w kontynentalnym rozumieniu tego pojęcia.

W obszarze polskiej teorii prawa szczególnie ciekawe wydają się ujęcia systemu prawa prezentowane przez J. Wróblewskiego i W. Langa. W moim przekonaniu przedstawione przez tych autorów propozycje ujęcia systemu prawa a niekiedy również i porządku prawnego są ciekawe i spójne, niekiedy kontrowersyjne a na pewno polemiczne.

Prezentacja poglądów J. Wróblewskiego na temat systemu prawa wydaje się najbardziej złożona w polskiej teorii prawa i jest w moim przekonaniu najbardziej pogłębiona i dojrzała. Autor ten demonstruje swoje stanowisko teoretyczne dostrzegając zarówno dogmatyczny, jak i praktyczny wymiar tego zagadnienia. Swoje poglądy na temat systemu prawa przedstawia z perspektywy trzech płaszczyzn, a mianowicie modeli systemów norm¹⁸, dogmatycznego podejścia do systemu prawa¹⁹ i zależności między decyzją sądową a koncepcją systemu prawa²⁰. Nie jest ani możliwe, ani celowe przedstawienie wszystkich poglądów J. Wróblewskiego na złożone zagadnienie systemu prawa. Skupię się

¹⁸ Najważniejsze prace dotyczące tego zakresu to: J. Wróblewski, Norma generalna i norma indywidualna, ZNUŁ 1962, seria I, z. 23; J. Wróblewski, Modele systemów norm a system prawa, SP-E 1969, t. II; J. Wróblewski, Stosunki między systemami norm, SP-E 1971, t. VI.

¹⁹ Najważniejsze prace dotyczące tego zakresu to: J. Wróblewski, Przepisy odsyłające, ZNUŁ 1964, seria I, z. 35; J. Wróblewski, Sposoby wyznaczania zachowania przez przepisy prawne, ZNUŁ 1964, seria I, z. 35; J. Wróblewski, Obowiązywanie systemowe i granice dogmatycznego podejścia do systemu prawa, SP-E 1986, t. XXXVI.

²⁰ Najważniejsze prace dotyczące tego zakresu to: J. Wróblewski, Sądowe stosowanie prawa, Warszawa 1972; J. Wróblewski, Wartości a decyzja sądowa, Warszawa–Wrocław–Kraków 1973; J. Wróblewski, Decyzja sądowa a koncepcja systemu prawa, ZNUŁ 1978, seria I, z. 28.

więc tylko na tych, które bezpośrednio są związane z przedmiotem poruszającym w następnych rozdziałach niniejszego opracowania.

Rozważania dotyczące modeli systemów norm i stosunków między systemami norm opierały się na obserwacji zjawisk społecznych, których istotnym aspektem jest występowanie różnych systemów norm, pomiędzy którymi mogą wystąpić albo występują różne korelacje. Traktując system norm jako zbiór uporządkowany, *J. Wróblewski* wyróżnił pięć modeli takich systemów: dynamiczny, statyczny, dynamiczny złożony, dynamiczno-statyczny i dynamiczno-statyczny złożony. Każdy z tych systemów opiera się na trzech rodzajach norm, tj. normie merytorycznej (określającej powinność zachowania nie normodawczego), normie stanowienia (określającej powinność zachowania normodawczego wyznaczonego autorytetu, a więc powinność stanowienia normy) i normie formalnej (określającej powinność zachowania się zgodnie z normą ustanowioną przez autorytet). Autor ten sformułował postulaty, które muszą być spełnione, aby można było mówić o modelu systemu norm. Uznał on, że model systemu norm to zbiór uporządkowanych norm niesprzecznych, w którym występuje co najmniej jedna norma merytoryczna i jedna norma formalna. Ponadto, jeżeli występuje norma stanowienia, to łącznie z nią musi występować norma formalna. Twierdził także, że normy mogą występować w postaci wolnej lub związanej byle były to normy w wysokim stopniu ogólne i abstrakcyjne. Wyłączał natomiast z systemu prawa normy jednostkowe i konkretne²¹. Analiza sposobu uporządkowania norm w każdym z modeli pozwoliła *J. Wróblewskiemu* na dogłębną analizę problematyki zupełności systemu, sprzeczności pomiędzy normami i rozumowań inferencyjnych. Analiza ta umożliwiła także konstatację taką mianowicie, że system prawa jest najbardziej zbliżony do modelu dynamiczno-statyczno złożonego. *J. Wróblewski* kwalifikował modelowo system prawa jako system mieszany, a stopień jego otwartości uzależniał od sposobu w jaki naczelne normy konstytucyjne wyznaczają treść pozostałych norm systemu²².

Wróblewski poruszał zagadnienia będące zasadniczym przedmiotem rozważań niniejszej książki przy analizie dogmatycznego podejścia do systemu prawa. Kluczowe dla tego kontekstu rozważań jest powiązanie rozumienia terminu system prawa z formalnymi wymogami obowiązywania prawa. W tym ujęciu system prawa jest zamkniętym zbiorem obowiązujących norm praw-

²¹ Więcej na ten temat zob. *J. Wróblewski*, Modele systemów norm, a system prawa, w: *J. Wróblewski*, Pisma wybrane, *M. Zirk-Sadowski* (wybór i wstęp), Warszawa 2015, s. 224–226.

²² *J. Wróblewski*, Modele systemów norm, s. 241–242.

nych, przy czym można opisowo określić zarówno kryteria obowiązywania normy prawnej, jak i jej przynależności do systemu prawa. J. Wróblewski sformułował pojęcie „obowiązywania systemowego”, które determinuje kształt systemu prawa wyłącznie do norm ustanowionych, a więc takich które wynikają z przepisów prawnych. Stwierdza przy tym, że „Zgodnie z ujęciem dogmatycznym konstruowanie normy jest procesem, w którym do ustanowień prawodawcy niczego się nie dodaje. Normy prawne są wyłącznie normami ustanowionymi”²³. Dostrzega przy tym, że system prawa w ujęciu dogmatycznym nie jest w stanie sprostać potrzebom praktyki prawniczej. W tym rozumieniu nie mieszczą się bowiem normy będące wynikiem zastosowania rozumowań inferencyjnych i normy sformułowane w procesach wykładni prawa. Osobnym problemem pozostają też przepisy odsyłające pozasystemowo, tj. do reguł moralności, słuszności, zasad współżycia społecznego i zwyczaju. Wszystkie wskazywane powyżej zagadnienia problemowe mieszczą się w moim przekonaniu w materii porządku prawnego.

W ujęciu W. Langa pojęcia system prawa i porządek prawny są terminami bliskoznacznymi, których rozumienie kształtowane jest w ścisłym związku ze współczesnym (umiarkowanie pozytywistycznym) rozumieniem terminu „prawo”. Różnica w denotacji obu tych terminów sprowadza się do przyjęcia szerszego zakresu nazwy porządek prawny²⁴. W zakresie tym mieści się system prawa rozumiany jako zbiór norm oraz „... zbiór działań i realnych stosunków między ludźmi, wyróżnionych i uporządkowanych normatywnie według reguł systemu prawa”²⁵. Konsekwencją takiego rozumienia jest uznanie, że porządek prawny jest działającym faktycznie systemem prawa²⁶. Bez wątpienia prezentowane jest tutaj stanowisko funkcjonalnego ujęcia porządku praw-

²³ J. Wróblewski, Obowiązywanie systemowe i granice dogmatycznego podejścia do systemu prawa, w: J. Wróblewski, Pisma wybrane, s. 256.

²⁴ Funkcjonalne rozumienie porządku prawnego jako systemu prawa w działaniu opiera się, co do zasady, na założeniu, że abstrakcyjno-generalna norma prawna w procesie stosowania prawa staje się podstawą wydania indywidualnej i konkretnej decyzji stosowania prawa. Na tym tle szczególnie uwagę zwracają koncepcje dwudziestolecia międzywojennego, u podstaw których leżą założenia zgoła odmienne. I tak można uznać, że w ujęciu H. Kelsena system prawa jest utożsamiany z porządkiem prawnym, ponieważ obejmuje on zarówno normy generalne, jak i indywidualne. Ciekawy pogląd prezentuje H. Isay, dla którego system prawa obejmuje jedynie normy indywidualne (H. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929, s. 16–29). Równie ciekawe wydaje się stanowisko R. Carré de Malberga, zdaniem którego normy generalne i normy indywidualne tworzą dwa równoległe systemy prawa (R. Carré de Malberg, Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés, Paris 1933, s. 115 i n.).

²⁵ W. Lang, System, s. 13.

²⁶ W. Lang, System, s. 13.

nego. W. Lang pisząc o porządku prawnym określa go jako porządek prawny w działaniu. Rozumienie działania jest przy tym bardzo szerokie, skoro obejmuje zbiór działań i realnych stosunków między ludźmi, które są normatywnie determinowane przez reguły systemu prawa. Możemy przez to rozumieć, że owo działanie oznacza zarówno procesy decyzyjne stosowania prawa, ale również przestrzeganie prawa i realizację jego postanowień przez adresatów. Adresaci ci wypełniając dyspozycje normy prawnej muszą czynić zadość wymogom proceduralnym przewidzianym dla dokonywania określonych czynności prawnych (np. złożenie wniosku w przewidzianym przez prawo terminie i formie). Bliskoznaczność terminów system prawa i porządek prawny determinowana jest sposobem rozumienia tego pierwszego.

W koncepcji W. Langa system prawa identyfikowany jest ze zbiorem norm²⁷. Definiowany jest jako uporządkowany hierarchicznie i przedmiotowo zbiór norm generalno-abstrakcyjnych i zasad postępowania. Ta identyfikacja jest tak kategoryczna, że wyklucza możliwość uznania za część systemu prawa źródła prawa, z których rekonstruowana jest norma prawna²⁸. Teksty prawne i zawarte w nich przepisy prawne rozumiane jako jednostki redakcyjne stanowią wyłącznie oficjalne i autorytatywne źródło informacji o normach prawnych. Nie są one częścią systemu prawa. Przy oczywistej akceptacji różnicy między systemem źródeł prawa a normami z tych źródeł wyinterpretowanymi, trudno mi jednak zgodzić się ze stanowiskiem, że system prawa obejmuje normy prawne z pominięciem źródeł, z których zostały one zrekonstruowane.

System prawny w prezentowanym ujęciu opiera się na szerokim katalogu norm, z których jest on skonfigurowany. Ich źródłem jest nie tylko prawodawca, ale również procesy stosowania prawa. Obok norm rekonstruowanych z przepisów prawnych system zawiera również, reguły walidacyjne, interpretacyjne, normy będące rezultatem inferencji, a także normy pozatekstowe kreowane z kryteriów otwartych, do których prawodawca odsyła w przepisach prawnych²⁹. Normy te mają więc różne źródło pochodzenia, ale generalnie

²⁷ Do zbioru tych norm zalicza się: 1) normy merytoryczne regulujące zachowania ludzi, 2) normy określające sposoby dokonywania czynności prawnych przez podmioty niebędące organami państwowymi, 3) normy ustrojowe, 4) normy kompetencyjne, 5) normy proceduralne regulujące działania organów państwa.

²⁸ Podobne stanowisko znajdziemy u T. Stawckiego i P. Winczorka. Piszą oni: „Elementami systemu prawa pozytywnego są zatem normy prawne i tylko one. Przepisy i zawierające je akty normatywne dostarczają jedynie materiału do budowy norm prawnych”. Tak T. Stawcki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 2, Warszawa 1999, s. 84.

²⁹ W. Lang, *System*, s. 16.

materializują się w porządku prawnym – procesach decyzyjnych stosowania prawa, czyli w prawie w działaniu. Z tego wynika, że niezależnie od źródeł rekonstrukcji normy (formalnych – aktów normatywnych i nieformalnych – wartości pozaprawnych), które i tak nie są zaliczane do systemu prawa, system ów nie istnieje bez porządku prawnego. W jego ramach bowiem normy są rekonstruowane. Skoro więc źródła prawa do systemu prawa nie należą, to system ten ma charakter wtórny wobec porządku prawnego, ponieważ jest zależny od rozumowań prawniczych w ramach tego porządku dokonywanych. W toku myślowym *W. Langa* jest pewna niekonsekwencja, ponieważ pisze on, że „Porządek prawny we współczesnym państwie jest rezultatem funkcjonowania uprzednio ukształtowanego systemu, którego podstawowe elementy zapisane są w aktach rządu konstytucyjnego”³⁰. Funkcjonowanie jednak łączy on z porządkiem prawnym, ponieważ dopiero w nim materializują się normy prawne. Zrozumiałe jest natomiast stwierdzenie, zgodnie z którym „Kształtujący się porządek prawny stopniowo kreuje system prawa”³¹. Teza ta zostaje rozwinięta poprzez konstatację, że materialne źródła prawa przekształcają się częściowo w źródła formalne w procesie ewolucji porządków prawnych. Na pewno należy zgodzić się z tym, że normy prawne ukształtowane i utrwalone w procesach stosowania prawa mogą być stopniowo normatywizowane przez prawodawcę. Może też nastąpić uznanie i normatywizowanie niektórych dostatecznie ugruntowanych norm społecznych.

Logiczną konsekwencją szerokiego katalogu norm kreujących system prawny są rozważania na temat pierwotnych i wtórnych źródeł prawa i ich wpływu na kwalifikowanie systemu prawa jako otwartego lub zamkniętego oraz zupełnego i niezupełnego.

Zastanawiające jest, że *W. Lang* w swoich rozważaniach bardzo mocno akcentuje rozróżnienie między sferą prawa krajowego i międzynarodowego. Ten dychotomiczny podział znajduje swoje odzwierciedlenie w krajowym i międzynarodowym ujęciu systemu prawa i odpowiednio analogicznej kwalifikacji porządku prawnego. Autor ten dostrzega wzajemne zależności między nimi traktując krajowe systemy prawne jako systemy monocentryczne, które w kontekście procesów tworzenia i stosowania prawa dopuszczają ograniczoną mul-

³⁰ *W. Lang*, System, s. 14.

³¹ *W. Lang*, System, s. 14.

ticentryczność³². W wywodzie teoretycznym preferuje jednak ujęcie abstrakcyjne oparte na klasycznym rozumieniu prawa krajowego.

§ 2. System prawa w państwach kultury kontynentalnej

Przechodząc do analizy systemu prawa w państwach kultury kontynentalnej należy poczynić założenie, które w tożsamym zakresie odnosić się będzie do materii charakteryzowanej w paragrafie następnym niniejszego rozdziału. Mianowicie, analizując konstrukcję systemu prawa i porządku prawnego w państwach kultury kontynentalnej i anglosaskiej nie mam na myśli konkretnych systemów prawnych, tylko typ abstrakcyjny posiadający cechy wynikające z kultury i tradycji prawnej. W założeniu więc krótka charakterystyka dotyczy konkretnych dwóch modeli systemów prawnych, których założenia konstrukcyjne odzwierciedlane są z większym lub mniejszym powodzeniem w realnie funkcjonujących systemach prawa państw należących do danej kultury prawnej. Wybór tych dwóch modeli podyktowany jest znaczeniem, jakie można im przypisać, a które przejawia się w kształtowaniu prawa i jego rozumieniu oraz procesach decyzyjnych w globalnym świecie. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt terminologicznego przywiązania państw kultury kontynentalnej do sformułowania „system prawa” i odpowiednio do „porządku prawnego” państw reprezentujących kulturę *common law*.

System prawa kontynentalnego charakterystyczny dla państw kontynentalnej Europy zrodził się z tradycji romańsko-germańskiej. Z uwagi na kulturowe korzenie tego systemu i cechy charakterystyczne jego konstrukcji system ten określany jest jako system prawa stanowionego, ustawowego, *civil law*, czy *statutory law*. Wszystkie te nazwy są utrwalone w stopniu, który pozwala na identyfikację systemu, bez względu na to, którą nazwą się posłużymy. New World Encyclopedia posługuje się taką oto definicją systemu prawa kontynentalnego: „Civil law, or Continental law, is the predominant system of law in the world, with its origins in Roman law, and sets out a comprehensive system of rules, usually codified, that are applied and interpreted by judges. Modern systems are descendants of the nineteenth century codification movement, du-

³² Szerzej na ten temat, W. Lang, Wokół multicentryczności systemu prawa, PiP 2005, Nr 7, s. 95–99.

ring which the most important codes (most prominently the Napoleonic Code and the Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) came into existence)³³. Definicja powyższa stara się wyartykułować najważniejsze dla rozumienia prawa na kontynencie elementy. Obejmuje więc swoim zakresem i to na poziomie ogólnym źródła tego systemu, jego ewolucję i cechy.

Urosło już do rangi absolutu obecnie umiejscowienie podwalin systemu prawa na kontynencie europejskim w prawie rzymskim. Prawdą jest oczywiście, że *Corpus Iuris Civilis* cesarza *Justyniana* stanowił podstawę nowożytnego rozumienia prawa cywilnego, ale prawdą jest również i to, że prawo państw europejskich przeszło długą drogę ewolucji do postaci, jaką posiada współcześnie i to, że nadal się zmienia. Historia rozwoju prawa w Europie jest równie fascynująca jak historia Europy w ogóle. Kształtowanie się państw narodowych na gruzach Rzymu, przejście od prawa prymitywnego do prawa archaicznego, rozpowszechnienie systemów uniwersalnych: rzymskiego i kanonicznego oraz wpływ kultury prawnej oświecenia na program powszechnej kodyfikacji prawa to punkty zwrotne w kilkunastowiecznej historii prawa europejskiego³⁴. Przemianom tym towarzyszył olbrzymi ładunek niezliczonych doktryn politycznych i prawnych, które były źródłem polemik i zarazem inspiracji dla kształtowania nowych konceptów prawa. Jednocześnie tempo tych zmian było zróżnicowane tak w perspektywie historycznej, jak zresztą i współczesnej.

Bez wątpienia najbardziej doniosła w skutkach dla dzisiejszego kształtu systemów prawa państw kontynentalnych była rozwinęta w XVII i XVIII w. koncepcja kodyfikacji. Stanowiła ona wypadkową oświeceniowych idei, wśród których na czoło wybijały się koncepcje demokracji, praworządności, praw człowieka, ochrony własności. Postulaty pewności prawa i jego jednolitości z punktu widzenia państw narodowych wymagały, aby prawo zostało skodyfikowane. Proces ten był decydujący dla ujednolicenia prawa, które w dużym stopniu stanowiło kompilację prawa rzymskiego, prawa zwyczajowego i lokalnych rozwiązań prawnych. Prekursorem w tym zakresie stały się dziewiętnastowieczne kodyfikacje poczynając od francuskiego *Code Civil* (Kodeksu Na-

³³ Prawo cywilne lub kontynentalne jest dominującym systemem prawa na świecie, którego początki sięgają prawa rzymskiego i określa kompleksowy system reguł, zwykle skodyfikowanych, które są stosowane i interpretowane przez sędziów. Nowoczesne systemy są potomkami dziewiętnastowiecznego ruchu kodyfikacyjnego, podczas którego powstały najważniejsze kodeksy (przede wszystkim Kodeks Napoleona i BGB) – tak www.newworlencyklopedia.org.

³⁴ Szerzej na ten temat zob. K. Sójka-Zielińska, Drogi i bezdroża prawa. Szkice z dziejów kultury prawnej Europy, Wrocław–Warszawa–Kraków 2000, s. 8–86.

poleona) z 1804 r., poprzez austriacki Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) z 1804 r. i niemiecki Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) z 1896 r.

Niezależnie od istniejących różnic w konstrukcji systemów prawa państw europejskich, nowych paradygmatów tego prawa (np. hybrydyzacja instytucji prawnych), procesów integracyjnych na poziomie międzynarodowym i ponadnarodowym można wygenerować określony *corpus* cech identyfikujących kontynentalne rozumienie prawa.

Po pierwsze, system prawa kontynentalnego opiera się na kodyfikacji. Należy tu przyjąć szerokie rozumienie tego procesu. Kodyfikacja nie ogranicza się tylko do stanowienia kodeksów jako aktów normatywnych, które mają węzłowe znaczenie dla określenia istoty danej gałęzi prawa. Kodyfikacja oznacza omnipotentne znaczenie stanowienia aktów normatywnych (przede wszystkim ustaw) dla unormowania poszczególnych sfer życia społecznego. W ten sposób kreowany jest prymat ustaw w systemie źródeł prawa, za pośrednictwem których kodyfikowane są wszystkie gałęzie prawa, a także wyodrębnione zostały przedmiotowo subgałęzie. Oczywiście kodeks jako szczególne określenie ustawy (ale także „ordynacja”³⁵ i „prawo”³⁶) pozostaje regulacją główną dla danej gałęzi prawa i jej wzorcem aksjologicznym, co nie pozostaje bez wpływu na stanowienie ustaw szczegółowych w ramach tej gałęzi, a także na proces interpretacji ustaw szczegółowych – o ile jest to potrzebne i możliwe – w zgodzie z regulacją kodeksową.

Reguła kodyfikacji prawa wpływa po drugie, na dominujące znaczenie w systemie źródeł prawa aktów normatywnych. Przyjęcie założenia wyłączności prawodawczej władzy ustawodawczej w zasadzie pozbawia a na pewno bardzo mocno ogranicza znaczenie jakichkolwiek innych źródeł prawa. „Wszechmocny” ustawodawca stanowi akty normatywne w prawnie określonym trybie i formie tworząc przepisy prawne będące źródłem abstrakcyjnych i generalnych norm prawnych (co do zasady). Korzystając z tej wyłączności określa swobodę decyzyjną sędziów i umożliwia im w granicach ustawowo przewidzianych odwoływanie się do wartości pozaprawnych (klausule generalne), do słuszności, do zwyczajów miejscowych. Ustawodawca w ten sposób wpływa na uelastycznienie procesu stosowania prawa, rozszerzenie katalogu źródeł

³⁵ Np. ustawa z 29.8.1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1325 ze zm.) ma dominujące znaczenie na gruncie prawa podatkowego.

³⁶ Np. ustawa z 20.6.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 450 ze zm.) jest zasadniczą regulacją dla określenia zasad ruchu drogowego.

rekonstrukcji normy, przy jednoczesnym pozostawieniu aktu normatywnego jako formalnego i dominującego systemowo źródła prawa.

Po trzecie, w końcu w systemie prawa kontynentalnego obserwujemy ściśle oddzielenie funkcji stanowienia i stosowania prawa. Oznacza to formalny podział ról w tych dwóch zasadniczych dla prawa kontynentalnego procesach. Organ ustawodawczy stanowi prawo w formie aktu normatywnego (ustawy), a sędzia prawo stosuje poprzez akt wykładni obowiązujących przepisów i ich zastosowanie w określonym stanie faktycznym. Oddzielenie procesów stanowienia i stosowania prawa powoduje, że modelowo organ ustawodawczy nie stosuje prawa a sędzia go nie stanowi. Zgodnie z zasadą *iudicis est ius dicere, non dare*, rzeczą sędziego jest orzekać, nie stanowić prawo. Dlatego też nie uznaje się w prawie kontynentalnym precedensu jako formalnego źródła prawa, chociaż orzeczenie sądu może pełnić funkcję źródła rekonstrukcji normy jako argument uzupełniający, którego rola jednak jest ściśle związana z praktyką stosowania prawa wypracowaną w poszczególnych państwach kontynentalnych.

Wspomniane powyżej *corpus* cech identyfikujących kontynentalne rozumienie prawa jest w miarę stabilny niezależnie od tego, że systemy prawa poszczególnych państw europejskich mogą posiadać cechy charakterystyczne tylko dla nich. Na tym tle wyjątkiem może być Szwajcaria. Odejście od zasady podziału władzy, na rzecz jednolitości władzy państwowej, dominacja referendum jako egzemplifikacja zasady demokracji bezpośredniej, neutralność, to cechy charakterystyczne dla ustroju tego państwa, które mają wpływ na kształt systemu prawa i porządku prawnego. Nie stanowią jednak zaprzeczenia kontynentalnej kultury prawnej.

§ 3. Porządek prawny w państwach kultury anglosaskiej

Wyspy Brytyjskie stały się kolebką odmiennego sposobu pojmowania prawa. Stopień, w jakim Brytania oparła się rzymskiemu podbojowi był wprost proporcjonalny do zanegowania i w konsekwencji odrzucenia rzymskiej tradycji i sposobu rozumienia prawa. Anglosasi rzymskie *lex* i *leges* zastąpili własnym *common law* – pospolitym, zwyczajowym prawem. Z czasem autonomiczne prawo zza Kanału La Manche urosło do rangi kultury prawnej, która na skutek kolonializmu zyskała wymiar globalny. Dzisiaj *common law* obok