



Uniwersytet
Wrocławski

Maciej Pichlak

ZAMKNIĘTY SYSTEM ŹRÓDEŁ PRAWA

Studium instytucjonalizacji
dyskursu prawniczego



Wrocław 2013

ZAMKNIĘTY SYSTEM ŹRÓDEŁ PRAWA

Studium instytucjonalizacji dyskursu prawniczego

Prace Naukowe
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Seria: **e-Monografie**

Nr 27

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/41255>

MACIEJ PICHLAK

ZAMKNIĘTY SYSTEM ŹRÓDEŁ PRAWA

Studium instytucjonalizacji dyskursu prawniczego

Wrocław 2013

Komitet Redakcyjny
Przewodniczący – *prof. dr hab. Leonard Górnicki*
Członek – *mgr Bożena Górna*
Sekretarz – *mgr Aleksandra Dorywała*

Recenzja wydawnicza
prof. nadzw. UŁ dr hab. Jerzy Leszczyński

© Copyright by **Maciej Pichlak**

Korekta
Ewa Gałyga-Michowska

Projekt i wykonanie okładki
Marta Pawlak

Skład i opracowanie techniczne:
Agnieszka Kalota, Tomasz Kalota eBooks.com.pl

Wydawca
Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa

ISBN 978-83-61370-02-4

*Pamięci Profesora
Artura Kozaka*

Rzecz jasna, że dla egzegezy zasad prawnych (...), można umownie i w tym właśnie zakresie traktować prawo jako porządek zamknięty (...). Co ważniejsze, z punktu widzenia polityki prawnej, zwłaszcza podstawowego postulatu praworządności, można życzyć sobie, aby prawo o ile możliwości jak najdokładniej normowało sposób i warunki stanowienia prawa (...); aby więc był to o ile możliwości porządek zamknięty. Ale jeśli chce się badać rzeczywiste drogi tworzenia się prawa, jego trwania i przemian, (...) trzeba wtedy spojrzeć na prawo, jako na porządek otwarty, tj. taki, który się tworzy, uzupełnia i zmienia nie tylko drogami uprzednio w nim określonymi, ale także innymi.

Franciszek Longchamps de Bérier, *O źródłach prawa administracyjnego*

Szewc Sokratesa wiedział, po co żyje na tym świecie: po to, by szyc buty Sokratesowi i innym mieszkańcom Aten. Sokrates zaś wiedział tylko to, że nic nie wie. Najcięższe zadanie narzucono zaś naszemu cechowi prawniczemu: My prawnicy musimy bowiem niezłomnie wierzyć w naszą profesję, a jednocześnie – gdzieś w zakamarkach duszy – stale w nią wątpić.

Gustav Radbruch, *Filozofia prawa*

Powinna być nieufnością.

Stanisław Barańczak, *Parę przypuszczeń na temat poezji współczesnej*

PODZIĘKOWANIA

Książka ta początkowo miała stanowić publikację rozprawy doktorskiej, obronionej przeze mnie w 2008 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Od tamtej chwili minęło już jednak sporo czasu, w którym, z różnych względów, angażowałem się w inne przedsięwzięcia naukowe. Kiedy w końcu możliwe było podjęcie prac nad przygotowaniem tej publikacji, nie obyło się zatem bez daleko idących zmian, dających w rezultacie inne już opracowanie. W ten właśnie sposób powstała niniejsza książka – dzieło nowe, jednocześnie jednak czerpiące w wielu miejscach z wcześniejszej pracy doktorskiej. W związku z tym czuję się zobowiązany skierować podziękowania pod adresem tych osób, bez których napisanie obu prac nie byłoby z mojej strony możliwe.

W pierwszym rzędzie winien jestem podziękowania najbliższym – mojej żonie, a także rodzicom. Wspierali mnie oni na różne sposoby przez cały ten okres; zaciągnąłem u nich dług, którego nie sposób spłacić inaczej niż poprzez wdzięczność.

W obrębie świata akademickiego, dziękuję recenzentowi tej publikacji, Panu Prof. Jerzemu Leszczyńskiemu, mając nadzieję, że tekst książki chociaż w części oddaje sprawiedliwość jego wnikliwym uwagom. Pozostają także wdzięczny obu recenzentom mojej rozprawy doktorskiej, Panom Prof. Prof. Włodzimierzowi Gromskiemu i Markowi Zirk-Sadowskiemu, których jak zawsze cenne sugestie były dla mnie bardzo pomocne również w pracach nad tą publikacją.

Podziękowania kieruję także pod adresem Koleżanek i Kolegów z Katedry Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego, kierowanej przez Prof. Andrzeja Batora – nie tylko za bezpośrednie uwagi i wskazówki podczas prac nad książką, ale także za codzienny wspólny wysiłek budowania wspianej atmosfery dla pracy naukowej. Spośród tego grona chciałbym wymienić jeszcze szczególnie Pana Prof. Stanisława Kaźmierczyka, dziękując za dobrą wolę i zaufanie, jakim obdarzył kilka lat temu bliżej sobie nieznanego studenta ostatniego roku studiów prawniczych, otwierając tym samym przede mną świat teorii i filozofii prawa.

Dzięki mojemu promotorowi, Prof. Arturowi Kozakowi, mogłem zrozumieć, że osoba pełniąca tę rolę winna łączyć w sobie trzy cechy: po pierwsze, być otwartą i służyć pomocą tam, gdzie podopieczny tego potrzebuje; po drugie, własną twórczością naukową inspirować próby badawcze swoich wychowanków; po trzecie wreszcie, pozostawiać wolność tym ostatnim tam, gdzie zdecydują się oni iść w innym niż wynikający wprost z owej inspiracji kierunku. Za wszystkie te trzy rzeczy winien jestem Profesorowi Kozakowi wdzięczność; gorzki smak tym słowom nadaje jedynie fakt, że nie zdążyłem przekazać mu ich osobiście. Jego pamięci pozwalam sobie tę pracę poświęcić.

Spis treści

Podziękowania	10
Wykaz ważniejszych skrótów	13

WPROWADZENIE

1. Przedmiot i charakter pracy	15
2. Pojęcie zamkniętego systemu źródeł prawa	18
3. Zasada zamkniętego systemu źródeł prawa w interpretacji aksjologicznej oraz ontologicznej.....	25
4. Argument z zamkniętego systemu źródeł prawa w praktyce	28
5. Trzy pytania	35
6. Porządek pracy	37

CZEŚĆ PIERWSZA

Rozdział I

Dyskurs prawniczy jako praktyka społeczna.....43

1. Uwagi wprowadzające.....	43
2. Odmianny teorii argumentacji; teoria analityczna a prakseologiczna.....	45
3. Dyskurs jako praktyka społeczna	49
4. Charakterystyka dyskursu prawniczego	62
5. Problematyka walidacyjna w dyskursie prawniczym.....	67
6. Uwagi podsumowujące.....	73

Rozdział II

Typy argumentacji analitycznej i dialektycznej w dyskursie75

1. Uwagi wprowadzające.....	75
2. Argumentacja analityczna	77
3. Argumentacja dialektyczna	80
4. Dialektyka i rozum praktyczny.....	89
5. Relacje dwóch rodzajów argumentacji.....	94
6. Uwagi podsumowujące.....	97

CZEŚĆ DRUGA

Rozdział III

Aksjologiczna interpretacja Zasady pod rządami konstytucji z 1952 r.....99

1. Uwagi wprowadzające.....	99
2. Źródła prawa w postanowieniach konstytucji z 1952 r. oraz w praktyce prawotwórczej	102
3. Rozchwianie koncepcji źródeł prawa w poglądach doktrynalnych.....	107

4. Postulat „zamknięcia” systemu źródeł prawa i argumentacja na jego rzecz	116
5. Uwagi podsumowujące.....	125

Rozdział IV

Ontologiczna interpretacja Zasady pod rządami konstytucji z 1997 r.	127
1. Uwagi wprowadzające.....	127
2. Źródła prawa w postanowieniach konstytucji z 1997 r.	127
3. Wątpliwości na tle regulacji konstytucyjnej.....	131
4. Podstawowe założenia koncepcji systemu źródeł prawa w dyskursie prawniczym	137
5. Argumentacja na rzecz zamkniętego systemu źródeł prawa	142
6. Uwagi podsumowujące.....	155

CZĘŚĆ TRZECIA

Rozdział V

Instytucjonalizacja praktyki.....	157
1. Uwagi wprowadzające.....	157
2. Instytucjonalizacja pierwotna i wtórna.....	160
3. Mechanizm instytucjonalizacji pierwotnej.....	165
4. Instytucjonalizacja, obiektywizacja i świat życia.....	170
5. Ontologia i kontrola: podwójna rola instytucjonalizacji	179
6. Instytucjonalizacja i legitymizacja	181
7. Uwagi podsumowujące.....	185

Rozdział VI

Instytucjonalizacja i przemiany dyskursu prawniczego	186
1. Uwagi wprowadzające.....	186
2. Od aksjologicznej do ontologicznej interpretacji Zasady.....	187
3. Problem legitymizacji: w uniwersum pozytywizmu prawniczego.....	195
4. W sprawie możliwej reinterpretacji Zasady	214
5. Uwagi podsumowujące.....	219

Bibliografia	223
---------------------------	------------

Wykaz wykorzystanych orzeczeń.....	243
---	------------

Wykaz ważniejszych skrótów

- KRP Komentarz – L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1-4, Warszawa 1999-2005
- NBP – Narodowy Bank Polski
- nkźp* – normatywna koncepcja źródeł prawa
- NSA – Naczelny Sąd Administracyjny
- ONSA – „Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego”
- OSNC – „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna”
- OSNP – „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Zbiór Urzędowy. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych”
- OSPika – „Orzecznictwo Sądów Powszechnych i Komisji Arbitrażowych”
- PiP – „Państwo i Prawo”
- PPA – „Przegląd Prawa i Administracji”
- RPEiS – „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”
- SN – Sąd Najwyższy
- SPE – „Studia Prawno-Ekonomiczne”
- TK – Trybunał Konstytucyjny

WPROWADZENIE

1. Przedmiot i charakter pracy

1. Główny przedmiot zainteresowania prezentowanej pracy stanowi obecność argumentacji odwołującej się do zamkniętego systemu źródeł prawa w rodzimym dyskursie prawniczym. Autor zdaje sobie sprawę, że dobór takiej właśnie problematyki może wzbudzać wątpliwości Czytelnika, i to zarówno zainteresowanego szczegółowymi naukami prawnymi, jak i teorią czy filozofią prawa¹. Z możliwym sceptycyzmem tego drugiego postaram się zmierzyć za chwilę. Jeśli zaś idzie o Czytelnika pierwszego rodzaju, mógłby on podnieść, iż dyskusje wokół kształtu systemu źródeł prawa (w tym kwestie dotyczące jego „zamknięcia”), tak żywe w latach 80. i 90. ubiegłego wieku, od dłuższego już czasu nie rozpalają emocji. Możliwe kontrowersje wydają się rozstrzygnięte, a wszelkie istotne cechy systemu precyzyjnie określone, w czym niemałą rolę przypisuje się obecnej konstytucji z 1997 r.² Wygląda więc na to, że praca obierająca te zagadnienia za przedmiot swoich rozważań skazana jest na powtarzanie dobrze znanych twierdzeń i trywialność.

Twierdzę jednak, że tak nie jest. W dotychczasowych debatach nad systemem źródeł prawa pewne istotne kwestie nie zostały szerzej dostrzeżone i zasługują na wyjaśnienie. A chodzi tu o problemy fundamentalne, dotyczące najgłębszych warstw naszego sposobu rozumienia, czym jest system źródeł prawa i co oznacza twierdzenie o jego zamkniętym charakterze.

Także w obrębie problematyki systemu źródeł prawa istnieje dziś obszar, w którym dyskusje nie tylko są wciąż toczone, ale wręcz zdają się przybierać na sile. Chodzi tu o ciągle rosnący katalog działań „pozakonstytucyjnych”, w drodze których tworzone są regulacje o prawnym bądź *quasi*-prawnym charakterze. Wskazuje się obecnie na coraz więcej zjawisk, które wykraczają poza przewidziany w ustawie zasadniczej system źródeł prawa, a co więcej, często w ogóle nie mieszczą się w przyjętym w tym akcie

¹ O tym, że praca kieruje się przede wszystkim do tych dwóch kręgów odbiorców, co odpowiada dwóm sugerowanym w tytule poziomom prowadzonych w niej rozważań, zob. niżej.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483.

sposobie pojmowania prawa³. Stanowią one oczywiste wyzwanie dla zasady zamkniętego systemu źródeł prawa, z którym praktyka próbuje sobie radzić na różne sposoby⁴.

Nie tym jednak problemom poświęcona jest praca; pojawiają się one najwyżej na marginesie głównego wywodu. Ten ostatni ogranicza się do zagadnień związanych z funkcjonowaniem rozważanej zasady na gruncie samej regulacji konstytucyjnej. W tych ramach staram się uzasadnić tezę węższą, ale zarazem bardziej chyba radykalną: Argumentacja odwołująca się do zamkniętego charakteru systemu źródeł prawa nie wynika bezpośrednio z postanowień konstytucji z 1997 r. i jest na ich gruncie wątpliwa. Przypisanie systemowi tej cechy nie dokonuje się wprost w ustawie zasadniczej, ale stanowi dzieło samej praktyki. Teza ta zostanie szerszej uzasadniona w rozdziale czwartym, jednak już teraz wymaga podkreślenia.

2. Jednocześnie, przyjętą perspektywę badawczą wyznacza fakt przynależności pracy do ogólnej nauki prawa (rozumianej szeroko, obejmującej także prawnicze aplikacje teorii argumentacji, analizy dyskursu czy teorii społecznej). Nie jest zatem zamiarem piszącego te słowa rozwiązywanie problemów istniejących na gruncie szczegółowych nauk prawnych, związanych z zagadnieniem zamkniętego systemu źródeł prawa. Do realizacji takiego zadania nie czułbym się zresztą kompetentny. Jeśli podejmuję tu zagadnienia, które uznane być mogą za dogmatycznoprawne, to czynię to jedynie w sposób pomocniczy. Celem głównym natomiast jest raczej reinterpretacja powyższych problemów poprzez odwołanie do teoretycznoprawnej aparatury kategoryjnej. Inaczej mówiąc, nie pytam na przykład, jak na gruncie założenia zamkniętego systemu źródeł prawa rozstrzygnąć kwestię ewentualnego prawotwórczego charakteru działania jakiegoś podmiotu, ale raczej: jak rozumieć fakt, iż spośród szeregu możliwych przyjmuje się w praktyce jeden, określony sposób rozstrzygnięcia tego typu kwestii.

Interpretacja teoretyczna, o której tu mowa, dokonuje się zatem w szczególności poprzez „zanurzenie” problemów szczegółowych w szerszych koncepcjach teoretycznych, ujmujących rzeczywistość prawną na wyższym poziomie abstrakcji. Wśród tych ostatnich ulokować należy w pierwszym rzędzie prezentowaną w pracy koncepcję typów argumentacji – dialektycznej i analitycznej – oraz tytułową teorię instytucjonaliza-

³ Wskazać tu można zarówno na ogólne zjawiska, jak multicytryczność współczesnych porządków prawnych, czy autonomizację systemu prawa wobec państwa, jak i na konkretne formy działań znane z polskiej rzeczywistości: prawo precedensowe, wybrane rodzaje orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, etyki zawodowe, działalność organów administracji publicznej, kreującą tzw. „niezorganizowane źródła prawa” czy „przepisy administracyjne” i in.

⁴ Zob. rozdz. IV.3.

cji praktyki, wskazującą na pośredniczącą rolę tej ostatniej między dwoma wskazanymi sposobami argumentowania.

Na tej drodze staram się dowieść, że zasada zamkniętego systemu źródeł prawa może być interpretowana na dwa sposoby, które w pracy zostają określone jako aksjologiczny i ontologiczny; że w rodzimym dyskursie prawniczym przeważa argumentacja odwołująca się do interpretacji ontologicznej, ufundowanej na założeniu o obiektywnie zamkniętym charakterze systemu źródeł prawa; że założenie to z kolei stanowi produkt procesów społecznej instytucjonalizacji i obiektywizacji, odpowiadających za kreację szczególnego rodzaju rzeczywistości symbolicznej. Dla praktyki prawniczej skutkuje to przede wszystkim dostarczeniem stabilnych i obiektywnych, a jednocześnie niepodważalnych kryteriów rozstrzygnięcia pojawiających się w jej obrębie problemów walidacyjnych. Teoria instytucjonalizacji pozwala także wyjaśnić, w jaki sposób określona praktyka argumentacyjna zyskuje uprawomocnienie (legitymizację) w teoretycznej wizji porządku prawnego – w tym wypadku w wizji proponowanej przez prawniczy pozytywizm.

Jednak relacja między opisywanymi w pracy problemami praktycznymi a objaśniającą je teorią nie przybiera formy „lwiej spółki”, w której tylko jedna ze stron czerpałaby korzyści. Również teoria może co nieco zyskać na tej transakcji. Ponieważ nie w każdym punkcie będzie ona zapewne bezspornie akceptowana (a w niektórych miejscach, ośmielam się twierdzić, jest także propozycją nową), opisywane zjawiska mogą uwiarygodniać jej przydatność jako adekwatnego narzędzia dla interpretacji praktyki. Mamy zatem do czynienia ze strukturą odpowiadającą twierdzeniu hermeneutyki o kolistości myślenia: proponowana teoria wyjaśnia niektóre aspekty praktyki prawniczej, ale jednocześnie ta ostatnia poświadcza wiarygodność teorii⁵. Tę wzajemność obu poziomów analizy sugeruje już, niejako podwojony, tytuł pracy: „Zamknięty system źródeł prawa” – zagadnienie z obszaru dogmatyki i praktyki prawniczej – staje się okazją dla podjęcia „studium instytucjonalizacji dyskursu prawniczego”, a więc przedsięwzięcia teoretycznego.

Problematyka systemu źródeł prawa odbierana jest często przez przedstawicieli ogólnej refleksji o prawie jako posiadająca charakter ściśle techniczny, o niewielkiej filozoficznej doniosłości – stąd wspomniany na początku podrozdziału sceptycyzm. Mam nadzieję, że to, co dotychczas powiedziano, chociaż w części potrafi zakwestionować to przekonanie; temu też służyć ma choćby analiza przykładów z orzecznictwa, dokonywana w podrozdziale czwartym. Jeśli spojrzeć na zagadnienie źródeł prawa z perspektywy

⁵ Jest to podejście metodologiczne w jakimś sensie typowe dla całości nauk społecznych, także o „empirycznej” orientacji – zob. np. B. Geddes, *Paradigms and Sand Castle s. Theory Building and Research Design in Comparative Politics*, Ann Arbor 2003, rozdz. 2.

praktyki, w której obrębie dokonuje się rozstrzygnięć walidacyjnych, okazuje się ono filozoficznie co najmniej równie problematyczne, co kwestie interpretacji prawa, tak dogłębnie dyskutowane w literaturze. Przy uznaniu wagi tych ostatnich, dziwi brak szerszej refleksji nad pierwszym⁶. Niniejsza praca, podejmująca problematykę źródeł prawa z perspektywy teorii argumentacji oraz teorii społecznej, stara się odpowiedzieć na ten brak.

2. Pojęcie zamkniętego systemu źródeł prawa

1. Zanim będziemy mogli przejść do rozważania przykładów, obrazujących sposób funkcjonowania zasady zamkniętego systemu źródeł prawa w praktyce dyskursu prawniczego, konieczne jest ustalenie podstawowej treści pojęcia zamkniętego systemu źródeł prawa. Ustalenie to będzie się przy tym dokonywać na drodze rekonstrukcji sposobu rozumienia tego pojęcia w praktyce prawniczej; idzie tu więc o zastosowanie jednej z typowych metod analitycznych, jaką jest metoda klaryfikacji pojęć⁷. Przy zastosowaniu tej metody, ze szczególną ostrożnością należy posługiwać się teoretyczną aparaturą pojęciową, unikając, na ile to możliwe, kategorii obcych praktyce stanowiącej przedmiot analiz. W miarę możliwości staram się zatem ograniczyć do siatki pojęciowej właściwej dla poddanych pod refleksję obszarów dyskursu prawniczego. Rozpocznemy zatem od ustalenia, w jaki sposób w praktyce rozumiane jest pojęcie źródeł prawa, aby następnie przejść do klaryfikacji pojęcia zamkniętego systemu owych źródeł; jako podstawowe elementy składowe treści tego ostatniego pojęcia wskazane zostaną trzy wymogi: samodefiniowania, jedności oraz wyraźnych granic systemu źródeł prawa. Rozważania ograniczone zostaną przy tym do rodzimej praktyki prawniczej, jako że tylko ona stanowi bezpośredni przedmiot analiz w pracy.

2. Pojęcie „źródeł prawa” obrosło w doktrynie prawniczej tak wieloma znaczeniami, iż niejednokrotnie postulowano wręcz rezygnację z posługiwania się nim, jako wieloznacznym i mylącym⁸. Leon Petrażycki pisał swego czasu, iż nauka o źródłach prawa „stano-

⁶ Od niedawna polski czytelnik może cieszyć się – bodaj czy nie jedynym, za to rekompensującym wiele dotychczasowych braków – wyjątkiem od tej reguły, jakim jest praca Andrzeja Grabowskiego *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa* (Kra-ków 2009).

⁷ Por. tamże s. 227 i n..

⁸ Zob. np. F. Longchamps, *O źródłach prawa administracyjnego (problemy poznawcze)*, [w:] W. Jaśkiewicz i in. (red.), *Studia z zakresu prawa administracyjnego. Ku czci Prof. dra Mariana Zimmermanna*, Warszawa – Poznań 1973, s. 95; F. Longchamps, *Współczesne problemy podstawowych pojęć prawa administracyjnego*, PiP 1966, nr 6, s. 891-892; Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawoznawstwa. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1966, s. 85-88.

wi dziwaczne i nienormalne zjawisko. (...) Gdyby zoologowie zaczęli nazywać psy, koty itd. «źródłem zwierząt» i prowadzić między sobą spory co do tego, czym są źródła zwierząt, (...) byłby to objaw myśli zupełnie tego samego rodzaju, jaki spotykamy we współczesnym prawoznawstwie w dziedzinie nauki o tak zwanych źródłach prawa⁹. Mimo tego rodzaju głosów, niezmiennie funkcjonuje ono w dyskursie prawniczym, gdzie jego pozycja nie wydaje się zagrożona. Ustawa zasadnicza z 1997 r. przyniosła wręcz wzrost jego rangi, poprzez nadanie mu statusu pojęcia konstytucyjnego. W tej sytuacji rezygnować z posługiwania się nim niepodobna. Zachodzi natomiast potrzeba – zgodnie z zasadą „wiele uznawaj, mało odrzucaj, często rozróżniaj”¹⁰ – doprecyzowania jego znaczenia¹¹.

Pod pojęciem „źródła prawa”, jeśli jest używane bez dodatkowych wyjaśnień, rozumiem zatem w pracy – zgodnie z utrwaloną tradycją terminologiczną – źródła obojętowania prawa w znaczeniu formalnym, tj. fakty uznawane za prawotwórcze w danym systemie¹². Chętniej przy tym niż terminem „fakt prawotwórczy” posługuję się wyrażeniami „akt prawotwórczy” bądź „akt normatywny”, jako silniej powiązanymi z, przyjętym tu, apragmatycznym ujęciem źródeł prawa¹³. Pojęcie „aktu prawotwórczego” może być wreszcie odnoszone bądź do konkretnego aktu (np. ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny), bądź też do abstrakcyjnie ujętego rodzaju takiego aktu (np. ustawa jako pewien typ aktu normatywnego). W pracy przyjęta została ta pierwsza konwencja.

⁹ L. Petrażycki, *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, t. 2, Warszawa 1960, s. 304-305.

¹⁰ Autorstwo tej formuły przypisuje się św. Tomaszowi z Akwinu.

¹¹ Jerzy Wróblewski pisał w kontekście sporów o znaczenie terminu „źródła prawa”: „Sądzę, że ważne jest, by teoria prawa liczyła się z zastanym językiem prawoznawstwa. Wyraża się to między innymi w analizie jego aparatu pojęciowego, która może prowadzić do wyodrębnienia rozmaitych problemów, jakie się z nim wiążą, i do sprecyzowania rozmaitych sposobów użycia poszczególnych terminów.” – tenże, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989, s. 23. Zbliżone słowa odnajdujemy w tekście tego samego autora *Prawoznawstwo jako „źródło prawa”*, PiP 1973, nr 7, s. 3.

¹² Por. np. Z. Ziemiński, *Kilka uwag metodologicznych o koncepcjach źródeł prawa*, RPEiS 1967, nr 2, s. 88; tenże, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 244-245, 252 i n. Na fakt, iż takie znaczenie terminu źródła prawa pozostaje podstawowe dla dyskursu prawniczego, wskazuje Włodzimierz Gromski w: A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2006 [dalej jako: WNP Leksykon], s. 189 [hasło: *Formalne źródła prawa*].

¹³ Zob. np. Z. Ziemiński, *Kilka uwag...*; S. Wojtczak, *O przyczynach nieporozumień związanych z użyciem terminu „źródło prawa”*, SPE 2006, t. 73, s. 11 i n.; S. Wronkowska, *O źródłach prawa i aktach normatywnych raz jeszcze*, [w:] A. Nowicka i in. (red.), *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Sołtyśńskiego*, Poznań 2005, s. 115 i n.; W. Gromski w: WNP Leksykon, s. 187-188 [hasło: *Akt prawotwórczy*]. Termin „akt normatywny” został swego czasu skrytykowany przez Zygmunta Ziemińskiego z racji swojej wieloznaczności (zob. tenże, *Akt normatywny czy akt prawotwórczy*, PiP 1993, nr 11-12). Nie przeszkodziło to mu jednak „zakorzenie się” w języku prawnym i prawniczym. Płynący z tego zakorzenia *usus* językowy pozwala obecnie uznać termin ten za dostatecznie jednoznaczny.

Takie rozumienie pojęcia „źródeł prawa” pozostaje we wszystkich elementach zgodne z dominującym sposobem jego pojmowania w dyskursie doktrynalnym – w szczególności w rozważaniach poświęconych problematyce zamkniętego systemu źródeł prawa. Dyskurs ten jest zresztą w tym zakresie wewnętrznym zróżnicowany: o ile w rozważaniach z zakresu teorii prawa stwierdza się zazwyczaj wieloznaczność omawianego pojęcia, a dominuje posługiwanie się nim na sposób pragmatyczny, o tyle w obrębie dogmatyk prawnych, nawet jeśli nie neguje się faktu wieloznaczności, dość zgodnie rozumie się pod nim po prostu akt normatywny¹⁴. Zaproponowane ujęcie jest, jak sądzę, również zgodne z rozumieniem tego terminu przyjętym przez polską Konstytucję¹⁵.

3. Powszechnie podzielanym w literaturze założeniem jest, iż całość rozumianych na sposób przyjęty w pracy aktów prawotwórczych składa się na „system źródeł prawa”¹⁶. Niemal równie silnie zakorzeniona jest w dyskursie prawniczym kategoria systemu zamkniętego. Mimo pewnych rozbieżności w sposobie rozumienia pojęcia zamkniętego systemu źródeł prawa, można pokusić się o pewne uogólnienia w tym zakresie. Jest przy tym oczywiste, że pojęcie systemu źródeł prawa odróżnić należy od pokrewnego pojęcia

¹⁴ Tak np. autorzy pracy *Prawo, źródła prawa i zgodność obowiązującego prawa z konstytucją w projektach konstytucji* (K. Działocha, A. Preisner (red.), Wrocław 1995, *passim*), odwołując się do kategorii źródeł prawa w tytule, uważają ją zapewne za na tyle nieproblematyczną, że nie poruszają kwestii jej znaczenia. Kolejne partie pracy poświęcone natomiast zostają poszczególnym rodzajom aktów normatywnych. Kazimierz Działocha stwierdza zaś wprost: „W systemie prawa stanowiącego (...) system źródeł prawa to zasadniczo system aktów normatywnych stanowiących przez organy państwa lub z ich upoważnienia, a także umowy międzynarodowe obowiązujące w systemie wewnętrznym państwa.” – tenże, *Zasady budowy systemu źródeł prawa w nowej konstytucji*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988, s. 108. Zob. też np. stanowisko Piotra Tuleji w podręczniku: P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2004, s. 8-9. Symptomatyczne są tu także liczne publikacje pt. *Źródła prawa... (konstytucyjnego, administracyjnego, międzynarodowego itp.)*, stanowiące po prostu zbiory obowiązujących aktów normatywnych z danej gałęzi prawa. Na powszechność tego sposobu rozumienia pojęcia źródeł prawa w obrębie szczegółowych nauk prawnych zwracają także uwagę przedstawiciele teorii prawa – zob. np. J. Wróblewski, *Prawoznawstwo jako...*, s. 4 w piśmie.

¹⁵ Por. K. Działocha, Uwaga 9 do Rozdziału III, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, [dalej jako: KRP Komentarz], t. 1, s. 9; P. Winczorek, *Kilka uwag o konstytucjonalizacji „źródeł prawa” w akcie z 2 kwietnia 1997 roku*, [w:] L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, Lublin 1999, s. 25-29.

¹⁶ Z nowszej literatury zob. zvl. dwie prace zbiorowe i zawarte w nich teksty: M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów, 1-3 czerwca 2000*, Lublin 2000; A. Szymt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005. Z pozycji dawniejszych zob. np. J. Starościk, *Podstawy prawne działania administracji (Źródła prawa administracyjnego)*, Warszawa 1973, rozdz. 2; J. Mazur (red.), *System źródeł...* Na głębszym poziomie, jako presupozycję twierdzenia o istnieniu systemu źródeł prawa wskazać można założenie o obiektywnym istnieniu prawa i jego źródeł jako przedmiotów niezależnych od podmiotu je poznającego. Założenie to, w polskiej literaturze teoretycznej szczegółowo zrekonstruowane przez Marka Zirk-Sadowskiego, przybliżone zostanie w dalszych rozważaniach (zob. rozdz. VI.3. i powoływana tam literatura).

systemu prawa, które jest używane na oznaczenie zbioru norm (reguł) prawnych¹⁷. Mimo że przy opisie zasady zamkniętego systemu źródeł prawa odwołania do obu systemów często przenikają się wzajemnie, nie wystarcza to, aby móc je utożsamiać¹⁸.

Po pierwsze więc, zagadnienie „zamknięcia” systemu źródeł prawa odnosi się wyłącznie do aspektów formalnych tego systemu; nie obejmuje ono zatem problematyki związanej z treściowymi więziami w systemie.

Po drugie, najczęściej przywoływanym na określenie zamkniętego systemu źródeł prawa wymogiem jest warunek, który określić można jako „samodefiniowanie” systemu. W jego najogólniejszej wersji przyjmuje się, iż system ma charakter zamknięty, jeśli sam określa dopuszczalne w jego ramach kategorie źródeł prawa (formy tworzenia prawa)¹⁹. W nieco innym ujęciu, system ma charakter zamknięty, jeśli zmiany systemu dokonywane być mogą jedynie na sposoby określone przez sam ten system²⁰.

Takie ujęcie wymogu samodefiniowania, charakterystyczne przede wszystkim dla krajowej literatury przełomu lat 70. i 80. ubiegłego wieku, stosunkowo wcześniej uznano jednak za zbyt generalne. Jego doprecyzowanie polegało przede wszystkim na wprowadzeniu jakiegoś „progowego” szczebla hierarchii, na którym może być formułowana kompetencja prawotwórcza. Za próg ten przyjmowano zazwyczaj bądź poziom ustaw zwykłych, o ile ich postanowienia pozostają zgodne z podstawowymi założeniami konstytucji, bądź wreszcie poziom samej konstytucji²¹. Już od mniej więcej połowy lat 80. przeważa stanowisko, wyraźnie wiążące pojęcie zamkniętego systemu źródeł prawa z jego dookreśleniem właśnie w ustawie zasadniczej²². Te same rygory zwykło się przyj-

¹⁷ Zob. np. W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 389 i n.; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 180 i n.

¹⁸ Tego rodzaju tendencję można nieraz zaobserwować w literaturze oraz orzecznictwie – zob. np. L. Garlicki, B. Szepietowska, *System źródeł prawa w Polsce*, [w:] B. Szepietowska, J.M. Karolczak (red.), *Posel jako ustawodawca*, Warszawa 1993, s. 10; wyrok TK z dnia 9 listopada 1999 r., K 28/98. [Wszystkie orzeczenia Trybunału podają za stroną www.trybunal.gov.pl. Pomocniczo korzystam z serii wydawniczych: Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w ... Roku, od 1987 r.; Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór urzędowy, Warszawa, od 1996 r., (od 2002 r. jako: Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór urzędowy. Seria A oraz Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór urzędowy. Seria B)]. Niektóre możliwe źródła pomieszczenia w tym względzie wskazuje F. Longchamps, *O źródłach prawa...*, s. 96-97.

¹⁹ Zob. np. H. Rot, *Akty prawotwórcze w PRL. Koncepcja i typy*, Wrocław 1980, s. 14-16.

²⁰ Zob. np. W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy i formy działalności prawotwórczej*, Warszawa 1979, s. 21; F. Longchamps, *O źródłach prawa...*, s. 96-97. Już te dwa ujęcia pokazują, jak trudnym zadaniem w praktyce jest rozdzielenie problematyki dotyczącej systemu źródeł prawa oraz systemu prawa. Określanie form zmiany systemu źródeł prawa dokonuje się przecież na poziomie norm prawnych, a zatem w ramach systemu prawa.

²¹ Por. np. W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 73; J. Mazur, *Uwagi o tworzeniu prawa w PRL*, PiP 1986, nr 8, s. 35.

²² Za znamienne uznać można tu trzy wypowiedzi, wszystkie pochodzące z roku 1988: por. K. Działocha, *Zasady budowy...*, s. 120; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *O aspekcie normatywnym ustawy zasadniczej PRL*, PiP 1988, nr 7, s. 34; stanowisko Zespołu Prawa Konstytucyjnego i Tworzenia Prawa Rady Legi-

mować również we współczesnej literaturze przedmiotu²³, a także orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego²⁴.

System może być zamknięty w sensie spełniania wymogu samodefiniowania zarówno pod względem przedmiotowym, jak i podmiotowym. System jest zamknięty pod względem przedmiotowym, jeśli wymóg samodefiniowania jest spełniony co do form tworzenia prawa; zamknięcie podmiotowe oznacza natomiast, iż wyczerpująco został zdefiniowany krąg podmiotów posiadających kompetencje prawotwórcze.

Po trzecie, wydaje się, że charakter subsydiarny względem rygoru samodefiniowania systemu źródeł prawa posiada wymóg jedności tego systemu, obejmujący występujące w systemie więzi formalne²⁵. System charakteryzuje się jednością, jeśli wszelkie obowiązujące w jego ramach źródła prawa znajdują w ostateczności jedną podstawę obowiązywania, przy czym jako podstawę tę wskazuje się naturalnie konstytucję²⁶. W tym kontekście S. Wronkowska wraz z Z. Ziemińskim stwierdzają: „Ustawę konstytucyjną traktować należy również jako podstawę tworzenia systemu prawnego, i to w dwojakim sensie. Z jednej strony, wyznaczać ona powinna koncepcję «źródeł prawa» danego systemu, z drugiej strony, jako ustawa hierarchicznie najwyższa – udzielać legitymacji kompetencyjnej aktom prawotwórczym na podstawie tej koncepcji wydawa-

slacyjnej z 30 czerwca 1988 r., zawarte w: *Koncepcja uregulowania systemu źródeł prawa w przyszłej Konstytucji*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł...*, s. 100.

²³ Por. np. opinie biegłych w postępowaniu przed TK w sprawie aktów prawnych organów NBP – wyrok z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99. Zob. także prace zawarte w zbiorach M. Granat (red.), *System źródeł...*, oraz A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system...* Także większość dostępnych podręczników akademickich określa jako zamknięty taki system źródeł prawa, w którym to konstytucja dokonuje enumeratywnego wyciszczenia form tworzenia prawa oraz podmiotów posiadających kompetencję w tym zakresie – zob. np. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 126-127; W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2006, s. 173-174; P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne...*, s. 8 i n.; J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2007, s. 364.

²⁴ Zob. np. wyrok z dnia 1 grudnia 1998 r., K 21/98.

²⁵ Od jedności systemu odróżnić należy jego „jednolitość” bądź „spójność”, traktowane jako wyraz relacji treściowych między elementami systemu prawa – zob. np. A. Łopátka, *Ogólne założenia polityki legislacyjnej PRL*, PiP 1972, nr 1, zvl. s. 11; J. Bafia, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1984, s. 48-49; S. Kaźmierczyk, *Konstytucyjna determinacja treści prawa*, [w:] K. Działocha (red.), *Konstytucyjny model...*, s. 73 i n.; J. Trzciniński, *Konstytucyjne gwarancje jedności systemu prawa*, [w:] tamże, s. 249 i n.; S. Wronkowska, *Spójność systemu prawa*, [w:] A. Wasilkowski i in. (red.), *Jakość prawa. Konferencja naukowa nt. jakości prawa, zorganizowana w ramach obchodów 40-lecia Instytutu Nauk Prawnych PAN, październik 1996 r.*, Warszawa 1996, s. 59 i n.

²⁶ Tak m.in. Z. Czeszejko-Sochacki, *Moc wiążąca orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 1986, nr 6, s. 25; por. też O. Weinberger, *Teoria konstytucji w świetle pozytywizmu instytucjonalnego*, przeł. M. Smolak, RPEiS 1993, nr 4, s. 7. W podobnym tonie wypowiedział się polski Trybunał Konstytucyjny, rozważając kwestię relacji prawa krajowego do prawa Unii Europejskiej – zob. wyrok z dnia 11 maja 2005 r. (K 18/04). W tym kontekście założenie o jedności krytykują przedstawiciele nauki prawa europejskiego – zob. np. K. Wójtowicz, *Pozycja ustawy w polskim porządku prawnym po akcesji*, [w:] B. Banaszak (red.), *Parlament Europejski i parlamenty narodowe*, Wrocław 2004, s. 53-59, gdzie autor stwierdza, że polska konstytucja przyjmuje błędną perspektywę, jeśli chodzi o omawianą relację porządków prawnych. Prawo wspólnotowe nie stanowi bowiem jedynie luźnego zbioru aktów prawnych, inkorporowanych do prawa krajowego, lecz odrębny, „spójny, oparty na jednolitych zasadach system” (tamże, s. 55).

nym²⁷. Jest to zatem wizja systemu odpowiadająca propozycji Kelsenowskiej, o budowie przypominającej piramidę, z jedną normą podstawową „na szczycie” systemu²⁸.

Związek między samodefiniowaniem systemu źródeł prawa a jego jednością nie ma charakteru koniecznego; subsydiarność tego ostatniego wymogu ujawnia się jednak szczególnie wyraźnie, gdy zdefiniowania zamkniętego systemu źródeł prawa oczekiwać – jak to się zwyczajowo przyjęło – od konstytucji. Jeśli bowiem w ramach systemu miałyby funkcjonować jakieś inne źródła prawa, oparte na autonomicznych względem ustawy zasadniczej podstawach obowiązywania, ranga tego aktu w praktyce ulegałaby oczywistej marginalizacji²⁹. Tym samym kwestia ewentualnie zamkniętego charakteru systemu nie zależałaby więcej od jej postanowień.

Wreszcie, po czwarte, na treść pojęcia zamkniętego systemu źródeł prawa, obok wymogu samodefiniowania i jedności systemu, składa się także warunek „wyraźnych granic”, zakładający konieczność uznania pojęcia źródeł prawa za pojęcie klasyfikacyjne. Ujmując zresztą rzecz z szerszej perspektywy, uznać trzeba, iż dążenie do przypisania prawu takich „wyraźnych granic” pozostaje silnie obecne we współczesnym myśleniu o źródłach prawa i systemie prawa w ogóle³⁰. Postulat dookreślenia kryteriów walidacyjnych, a poprzez to doprecyzowania granic systemu źródeł prawa, podnosiło, wprost lub pośrednio, wielu polskich autorów³¹. Wagę tej cechy systemu podkreślał także Trybunał Konstytucyjny³².

²⁷ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *O aspekcie normatywnym...*, s. 31. Innymi słowami zbliżoną myśl wyraża J. Wróblewski, *System źródeł prawa w konstytucji PRL*, [w:] A. Patrzalek (red.), *Problemy prawodawstwa w nowej Konstytucji PRL*, Wrocław 1988, s. 46-47.

²⁸ Teoretyczny wyraz tak rozumianej jedności stanowi do pewnego stopnia konstrukcja tzw. formalnej jedności systemu. Po pierwsze jednak, odnosi się ona raczej do systemu norm prawnych, po drugie zaś, uwzględnia zarówno powiązania formalne, jak i treściowe w systemie. Zob. zwł. H. Rot, *Jedność i podziały systemu prawa*, Wrocław 1971, s. 54-58.

²⁹ Zob. dalsze rozważania na temat prawotwórstwa samoistnego w rozdz. III.2 i III.3.

³⁰ Zob. rozdz. VI.3. Por. także M. Pichlak, *Teza o autonomii prawa we współczesnym myśleniu prawniczym*, [w:] M. Araszkiewicz (red.), *Z punktu widzenia teorii prawa*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zeszyty Prawnicze/ Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa, Kraków 2009, s. 23 i n.

³¹ Zob. np. J. Jabłońska-Bonca, „*Prawo powielaczowe*”. *Studium z teorii państwa i prawa*, Gdańsk 1987, s. 66. Zob. też tamże, s. 52-55, 64-67; W. Zakrzewski, *Prolegomena do teorii działalności prawotwórczej w państwie socjalistycznym*, PiP 1975, nr 3, s. 10-14; Z. Ziemiński, *O normowaniu procesu prawotwórstwa w PRL*, PiP 1975, nr 10, s. 21-22; H. Rot, *Porządkowanie prawotwórstwa w świetle potrzeb stosowania prawa*, PiP 1979, nr 2, s. 18; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *O aspekcie normatywnym...*, s. 33; J. Wróblewski, *Nieostrość systemu prawa*, SPE 1983, t. 31, s. 22; tenże, *Głos w dyskusji*, [w:] *Z dyskusji nad reformą konstytucyjną*, PiP 1988, nr 5, s. 85. Warto zwrócić uwagę zwłaszcza na pracę W. Zakrzewskiego, w której autor jako warunek konieczny zapewnienia „wyraźnych granic” systemu źródeł prawa przedstawia realizację wymogu samodefiniowania. Na s. 14 pisze on: „Postulowane wyżej ostre rozgraniczenie aktów o mocy prawnie wiążącej i aktów prawnie nie obowiązujących nie może być skutecznie zrealizowane bez generalnej akceptacji zasady, że norma czy dyrektywa prawnie wiążąca może być wyrażona wyłącznie w aktach, których forma, nazwa, tryb stanowienia i zakres obowiązywania są określone normatywnie”.

³² Zob. np. wyrok z dnia 11 maja 2004 r., K 04/03, w którym Trybunał poddał z tych pozycji krytyce instytucję „wykładni urzędowej” Ministra Finansów.

Teoretycznym wyrazem warunku „wyraźnych granic”, na poziomie systemu norm prawnych, jest w polskiej teorii prawa konstrukcja zupełności walidacyjnej³³. W literaturze anglosaskiej jej odpowiednik stanowi natomiast „teza o ograniczonym obszarze prawa” (*limited domain of law thesis*), sformułowana przez Fredericka Schauera³⁴. Także dla tego autora kluczową rolę odgrywa jednoznaczne określenie kryteriów obowiązywania: system prawa cechuje „ograniczony obszar”, jeśli rangę prawa obowiązującego potrafimy przyznać „ograniczonej grupie norm możliwych do podporządkowania testowi pochodzenia” (*a limited and pedigreable set of norms*), dzięki czemu możliwe jest wyraźne „rozgraniczenie między prawem a nie-prawem”³⁵.

4. Z pojęciem zamkniętego systemu źródeł prawa pozostaje ściśle powiązana zasada podziału źródeł prawa na źródła prawa wewnątrznie i powszechnie obowiązującego (w skrócie: zasada podziału źródeł). Powiązanie to ujawnia się na dwa sposoby. Po pierwsze (co pokazuje przykład praktyki prawotwórczej pod rządami polskiej konstytucji z 22 lipca 1952 r.), otwieranie systemu źródeł prawa najczęściej dokonuje się w praktyce właśnie „na styku” prawa wewnątrznie i powszechnie obowiązującego. Tam zatem, gdzie obserwuje się problemy z jednoznacznym odgraniczeniem tych dwóch sfer, trudności te stają się jedną z podstawowych przyczyn utrzymywania się otwartego systemu źródeł prawa – jak miało to miejsce w rodzimej praktyce w okresie PRL. Po drugie, na gruncie obecnie obowiązującej konstytucji przyjmuje się powszechnie, iż zasada zamkniętego systemu źródeł prawa odnosi się jedynie do kategorii źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Zgoda na ten dychotomiczny podział musi wyprzedzać twierdzenie o obowiązywaniu zasady zamkniętego systemu. Choć zatem zasada podziału źródeł prawa nie jest bezpośrednim przedmiotem zainteresowania pracy, w dalszych rozważaniach miejscami konieczne okażą się odwołania także i do tej zasady oraz sposobu jej rozumienia.

5. Posiadanie przez system źródeł prawa powyższych cech nie jest naturalnie żadną pojęciową koniecznością. Nietrudno wskazać przypadki takich zespołów normatywnych, których nie wahalibyśmy się określić jako „prawo”, a które nie spełniają opisanych tu wymogów. Nie ma przykładowo charakteru zamkniętego system źródeł prawa rzym-

³³ W. Lang, J. Wróblewski, W. Zawadzki, *Teoria państwa...*, s. 405.

³⁴ F. Schauer, *Rules and the Rule of Law*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1991, Vol. 14, i s. 3; tenże, *The Limited Domain of the Law*, „Virginia Law Review” 2004, No. 9.

³⁵ F. Schauer, *Rules and the Rule...* Do tezy o ograniczonym zakresie przyjdzie jeszcze wrócić szerzej w dalszych rozważaniach, w rozdz. VI.3.

skiego³⁶, ale także – przypadek znacznie nam bliższy – prawo polskie okresu PRL³⁷. Nie da się jednak zaprzeczyć, iż wymogi te stanowią ważny element naszej szeroko rozumianej kultury prawnej, rodzaj ideału, który jest wyznaczany prawu w jej ramach. Jako takie wykazują swoistą „siłę ciężenia”, wpływając istotnie na nasz sposób postrzegania i myślenia o prawie. Nawet jeśli miałyby zostać poddane krytyce, nie mogą być przez nas zignorowane. Taki ich charakter nie jest zresztą jakąś dziejową czy kulturową efermerydą. Można chyba zaryzykować twierdzenie, iż korzyści płynące z takiego kształtu systemu źródeł prawa od wieków są dostrzegane i powszechnie akceptowane. Były one obecne w myśleniu o prawie co najmniej od czasów Kodeksu Hammurabiego, kamiennych tablic Mojżesza, Ustawy XII tablic czy Kodeksu Justyniana. Nie można jednak nie dostrzec, że dominujący wciąż w naszej kulturze pozytywistyczny sposób postrzegania prawa przypisuje zasadzie zamkniętego systemu źródeł prawa szczególną doniosłość i wartość³⁸.

3. Zasada zamkniętego systemu źródeł prawa w interpretacji aksjologicznej oraz ontologicznej

1. Zrekonstruowane powyżej pojęcie zamkniętego systemu źródeł prawa stanowi podstawową składową prawną zasadę zamkniętego systemu źródeł prawa (dalej w pracy: *Zasady*), zakazującej tworzenia prawa w formach innych, niż określone w zamkniętym katalogu tych źródeł. Podejmując się kolejno klaryfikacji treści owej zasady, zwrócić należy uwagę na jedno, niezwykle istotne rozróżnienie. Zasadę tę rozumieć można bowiem bądź jako postulat praktyczny, wyrażający się w kategoriach polityczno-etycznych, bądź też jako wyraz obiektywnego kształtu systemu prawa. Z każdym z tych sposobów rozumienia zasady powiązany jest oczywiście inny charakter zarówno argumentacji przywoływanej dla jej uzasadnienia, jak i używanych w dyskursie prawniczym argumentów na niej opartych.

Mówiąc o zasadzie zamkniętego systemu źródeł prawa, należy zatem mieć na względzie powyższe rozróżnienie. Czym innym w istocie jest zasada rozumiana jako polityczno-etyczny postulat, a czym innym jako obiektywny „fundament konstrukcyj-

³⁶ Por. M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2007, s. 175-190.

³⁷ Por. dalsze rozważania w rozdz. III.

³⁸ Szerzej o związkach współczesnego pozytywizmu prawniczego z zasadą zamkniętego systemu źródeł prawa mowa będzie w rozdz. VI.3.

ny” systemu prawa. Te dwa sposoby rozumienia przedmiotowej zasady określam jako „aksjologiczną” i „ontologiczną” jej interpretację³⁹.

2. Powyższego rozróżnienia nie należy jednocześnie utożsamiać z odróżnieniem wypowiedzi *de lege lata* i *de lege ferenda*. Szczególnie interpretacja aksjologiczna ma charakter bardziej złożony i może obejmować zarówno wnioski *de lege ferenda*, jak i wypowiedzi, które określić można mianem interpretacyjnych. W ramach tych ostatnich twierdzi się, iż system źródeł prawa *powinien* z określonych względów mieć charakter zamknięty; jednocześnie jednak wskazuje się, iż faktycznie istniejący system źródeł z pewnych powodów (np. na podstawie postanowień konstytucji) *może być traktowany jako zamknięty*; że np. przepisy konstytucyjne dają się interpretować w sposób wskazujący na taki właśnie charakter systemu. Tego rodzaju wypowiedzi łączą w sobie element twierdzenia *de lege lata* z postulatami *de lege* oraz *de sententiae ferenda*. Nie tylko zatem wskazują na możliwość określonej interpretacji kształtu systemu (co charakterystyczne: mowa tu o możliwości, nie zaś konieczności), ale także dążą do wskazania argumentów na rzecz wyboru takiej właśnie interpretacji jako najlepszej spośród możliwych⁴⁰. Uznanie ważności Zasady wiąże się w tym wypadku każdorazowo z przyjęciem określonej postawy praktycznej, aksjologicznie zaangażowanej⁴¹.

Nazywanie wyróżnionego sposobu rozumienia Zasady „postulatem” nie oznacza więc, iż jej praktyczne znaczenie ogranicza się w takim wypadku do dążenia do reformy porządku prawnego – do momentu zaś zrealizowania tejże reformy, nie może ona odgrywać istotnej roli w kształtowaniu praktyki. Przeciwnie, jak zauważył Franciszek Longchamps de Bérier, w słowach, które stanowią motto tej pracy, możemy stwierdzać fakt istnienia otwartego systemu źródeł prawa, a jednocześnie żądać od praktyki tworzenia i stosowania prawa realizacji wymogów płynących z postulatu „zamknięcia” systemu⁴².

Jeśli zatem twierdzę, że omawianą zasadę można traktować jako postulat, to sformułowany może on być nie tylko pod adresem prawodawcy czy ustrojodawcy, lecz także – przede wszystkim – praktyki prawniczej. Odwołując się do konkretnego przykładu, wydaje się, iż wobec ogólności i niejednoznaczności postanowień konstytucji PRL z dnia 22 lipca 1952 r.⁴³ w przedmiocie kształtu systemu źródeł prawa, możliwe na jej

³⁹ Nasuwa się tu skojarzenie, którego adekwatność ma jednak charakter ograniczony, z uznanym rozróżnieniem na zasady prawa jako „zasady systemu prawa” oraz „postulaty systemu prawa”. Zob. W. Lang, J. Wróblewski, W. Zawadzki, *Teoria państwa...*, s. 398-400.

⁴⁰ Odpowiada to sposobowi rozumienia wypowiedzi interpretacyjnych przez Ronalda Dworkina, jako twierdzeń próbujących interpretować daną praktykę „w najlepszym możliwym świetle” – zob. tenże, *Imperium prawa*, przeł. J. Winczorek, Warszawa 2006, s. 47 i 66-69.

⁴¹ Jak zobaczymy w rozdz. II, odpowiada to typowi argumentacji dialektycznej.

⁴² Zob. F. Longchamps, *O źródłach prawa...*, s. 97.

⁴³ Dz. U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36.

gruncie było zarówno zaakceptowanie, jak i odrzucenie zamkniętego charakteru tego systemu⁴⁴. Jego otwieranie w praktyce stanowiło zatem wynik bądź przyjętego w jej ramach sposobu interpretacji postanowień konstytucji, bądź, częściej nawet, faktycznego ignorowania jej znaczenia. Dążenia doktryny szły zatem przede wszystkim w kierunku zmiany tych praktyk, a dopiero w drugiej kolejności i w celu wymuszenia takiej zmiany – w kierunku zmiany obowiązującego stanu prawnego.

3. Z kolei interpretacja ontologiczna Zasady opiera się na założeniu o obiektywnie zamkniętym charakterze systemu źródeł prawa. Uznanie ważności Zasady znajduje tym samym swoje wsparcie w faktyczności porządku prawnego i staje się niezależne od zajmowanej postawy praktycznej. W interpretacji tej nie chodzi zatem o odwołania do ontologii jako usystematyzowanej teorii bytu, tj. o formułowanie jakichś sądów istotnościowych o prawie. Interpretacja ta jest „ontologiczna” w tym szczególnym sensie, że odwołuje się do przyjmowanego w praktyce obrazu rzeczywistości, zespołu przekonań praktycznych o świecie. Łączy się więc raczej ze wspomnianą faktycznością czy też ontyką, niż z ontologią *sensu stricto*.

Powracające w dotychczasowych rozważaniach rozróżnienie pomiędzy zasadą zamkniętego systemu źródeł prawa a odpowiadającym jej założeniem o takim właśnie charakterze systemu może *prima facie* wydawać się niejasne i zbędne. Rzeczywiście, praktyka prawnicza nie posługuje się tego typu dystynkcją. Wytłumaczeniem tego stanu rzeczy jest fakt zdominowania współczesnego dyskursu przez omawianą tu, ontologiczną interpretację Zasady, w której te dwa elementy zostają ze sobą w praktyce utożsamione.

Akceptowalne na poziomie praktyki, utożsamienie takie nie znajduje jednak uzasadnienia na poziomie teoretycznym. W tym ostatnim wymiarze nie można przeoczać faktu, że mamy tu do czynienia z dwoma różnymi typami wypowiedzi: z jednej strony zasadą, a więc wypowiedzią normatywną, skierowaną do organów tworzenia i stosowania prawa; z drugiej zaś założeniem o obiektywnie zamkniętym charakterze systemu, a zatem twierdzeniem o charakterze deskryptywnym, mającym opisywać szczególny rodzaj rzeczywistości – rzeczywistość prawa⁴⁵. Co więcej, relacja między tymi dwoma rodzajami wypowiedzi jest tego rodzaju, że wypowiedź deskryptywna stanowić ma uza-

⁴⁴ Początkowo nawet przeważało, jak się zdaje, stanowisko, jakoby konstytucja wprowadzała zamknięty system źródeł prawa – zob. W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 73-74.

⁴⁵ Prawda, że ta deskryptywna wypowiedź opisywać ma szczególnego rodzaju rzeczywistość, która sama ma charakter symboliczny i normatywny. Niemniej jednak należeć będzie ona do prawniczego dyskursu teoretycznego, nie zaś praktycznego. W sprawie dyskusji nad praktycznym bądź teoretycznym charakterem wypowiedzi w ramach dyskursu prawniczego por. A. Grabowski, *Dyskurs prawniczy jako przypadek szczególnie ogólnego dyskursu praktycznego*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 2, Kraków 2003, s. 45 i n.; B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze. Logika – analiza – argumentacja – hermeneutyka*, Kraków 2004, s. 174-176.

sadnienie dla wypowiedzi normatywnej⁴⁶. Należy zatem odróżniać to, co podlega uzasadnieniu, od tego, co stanowi podstawę uzasadnienia.

Wszystko to, jako się rzekło, nie jest dostrzegane w praktyce, zbudowanej wokół ontologicznej interpretacji Zasady. Tu wypowiedzi obu rodzajów łączą się w nierozdzielną całość. Tak np. w rodzimej literaturze, biorącej za punkt wyjścia obecnie obowiązującą konstytucję z 1997 r., przyjmuje się powszechnie – uzasadniając to przekonanie „jednoznacznym” tekstem ustawy zasadniczej bądź „wyraźną” wolą ustrojodawcy – że porządek źródeł prawa ma rzeczywiście charakter zamknięty. Co więcej, z tego przekonania wywodzi się bezpośrednio – a zatem niejako z pominięciem przedmiotowej Zasady – nakazy i zakazy w sferze prawotwórstwa.

4. Nie przypadkiem sięgnięto powyżej do przykładów konstytucji „lipcowej” z 1952 r. oraz obecnie obowiązującej konstytucji z 1997 r. Ponieważ omawiane rozróżnienie dwóch sposobów interpretacji Zasady posiada fundamentalne znaczenie dla całej pracy, konieczne będzie bliższe przyjrzenie się, w jaki sposób obie te interpretacje funkcjonują w rzeczywistej praktyce dyskursu prawniczego. Zagadnieniu temu poświęcona jest druga część pracy. Wykazane w niej zostanie m.in., że aksjologiczna interpretacja Zasady pozostawała charakterystyczna dla okresu obowiązywania Konstytucji PRL z 1952 r., klasycznym zaś przykładem interpretacji ontologicznej jest sposób jej rozumienia pod rządami obecnej Konstytucji RP z 1997 r. Nie oznacza to oczywiście, że w pierwszym przypadku nie pojawiały się także akcenty ujęcia ontologicznego, ani też że na gruncie obecnej ustawy zasadniczej brakuje zupełnie odwołań o aksjologicznym charakterze. Pełne podporządkowanie dyskursu prawniczego jednemu tylko wzorcowi jest rzeczą nieosiągalną. Niemniej jednak w obydwu wyróżnionych przypadkach daje się obserwować wyraźną dominację jednego ze sposobów rozumienia omawianej Zasady.

4. Argument z zamkniętego systemu źródeł prawa w praktyce

1. O tym, że odwołanie do zamkniętego systemu źródeł prawa stanowi uznany i istotny argument w dyskursie prawniczym, przekonywać nie trzeba. Wskazane poniżej orzecze-

⁴⁶ Przyjęcie takiej relacji może prowadzić do zarzutu błędu naturalistycznego, ze stwierdzenia bowiem „faktu” posiadania przez system źródeł prawa zamkniętego charakteru wyprowadzane są tu określone powinności pod adresem podmiotów tworzących i stosujących prawo. W odpowiedzi można zauważyć, iż wchodzące w grę twierdzenie opisowe samo odnosi się do szczególnego rodzaju rzeczywistości, mającej charakter symboliczny i normatywny. Tym niemniej, istnienia w tym przypadku wspomnianego błędu nie można *a priori* wykluczyć. Jeśli jednak miałby on miejsce, to w obrębie samej praktyki, która stanowi przedmiot badania w pracy. Rzeczywiście, w rozdziale poświęconym instytucjonalizacji ukazane zostanie, jak z punktu widzenia uczestnika praktyki dochodzi do „stopnienia” się wymiarów faktyczności i powinności – zob. rozdz. V.4 i V.5.

nia mogą natomiast zobrazować, w jakim charakterze i w jak różnorodnym spektrum spraw bywa on wykorzystywany. Tym samym powinny one ukazać, że argument, choć powszechnie używany, nie jest jednak nieproblematyczny. Oczywiście, przegląd ten posiada jedynie charakter przykładowy, stanowiąc wybór spośród niezwykle bogatego zbioru orzecznictwa.

Tak np. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 17 marca 1998 r., rozważając kwestię, czy minister, wydając rozporządzenie, zobowiązany jest przestrzegać wcześniejszych ustaleń tzw. Komisji Trójstronnej (Trójstronnej Komisji d. s. Społeczno-Gospodarczych), odwołuje się do rozważanego argumentu dwukrotnie: raz dla oceny możliwości współstanowienia prawa przez związki zawodowe, gdzie odmowa uznania takiej możliwości uzasadniana jest zamknięciem systemu źródeł prawa w wymiarze podmiotowym; po raz drugi przy ocenie charakteru normatywnego ustaleń Komisji Trójstronnej, których niewiążący charakter Trybunał wywodzi z zamknięcia systemu źródeł prawa w aspekcie przedmiotowym⁴⁷. Tym samym odrzuca on wniosek NSZZ „Solidarność” o uznanie odpowiedniego rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej, naruszającego zdaniem strony skarżącej ustalenia Komisji, za niezgodne z przepisami ustawy – Karta Nauczyciela oraz z art. 7 konstytucji.

W innym orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny, podtrzymując stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu w sprawie, odmawia uznania układu zbiorowego pracy za źródło prawa na gruncie prawa podatkowego⁴⁸. Tym samym uznaje, że postanowienia zakładowego układu zbiorowego nie zwalniają pracodawcy od odprowadzenia do urzędu skarbowego zaliczek na podatek dochodowy od osób fizycznych z tytułu dodatkowych świadczeń na rzecz pracowników, wynikających z postanowień układu (w sprawie chodziło o częściowe finansowanie kosztów dojazdów pracowników do zakładu pracy). Orzeczenie to stanowi interesujący wyraz „konfliktu” pomiędzy prawem pracy a prawem podatkowym, na których gruncie inaczej postrzegany jest kształt systemu źródeł prawa i kwestia jego zamknięcia.

Inne kategorie aktów, którym sądy odmówiły cech prawotwórstwa i powszechnego obowiązywania, powołując się *explicite* lub *implicite* na zasadę zamkniętego systemu źródeł prawa, to m.in. uchwały samorządów zawodowych⁴⁹, statut spółdzielni mieszkaniowej⁵⁰, statut uczelni wyższej oraz regulamin studiów⁵¹, instrukcje Prezesa Zakładu

⁴⁷ Wyrok TK z dnia 17 marca 1998 r., U 23/97.

⁴⁸ Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2006 r., II FSK 836/05 (*LEX nr 254975*).

⁴⁹ Wyrok NSA z dnia 23 sierpnia 2006 r., II OSK 1046/05 (*LEX nr 266431*).

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 8 lutego 2000 r., I CKN 399/98 (*LEX nr 50855*); wyrok SN z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 515/07 (OSNC Zbiór Dodatkowy, Nr A, poz. 35).

⁵¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 16 listopada 2006 r., III AUa 516/06 (*LEX nr 253491*).

Ubezpieczeń Społecznych⁵² czy wreszcie prawo europejskie (wspólnotowe) przed dniem przystąpienia Polski do Unii Europejskiej⁵³. W podobny sposób ocenione zostały w szeregu orzeczeń zarządzenia wykonawcze do ustaw, wydane przed dniem wejścia w życie obecnie obowiązującej konstytucji, a nie zastąpione odpowiednimi rozporządzeniami w trybie przewidzianym w art. 241 ust. 6 ustawy zasadniczej; sądy administracyjne konsekwentnie przyjęły, iż zarządzenia takie nie tracą wprawdzie z mocy samego prawa swojej mocy wiążącej, należy je jednak traktować jako akty o wewnętrznym jedynie charakterze, przez co nie mogą one stanowić podstawy prawnej decyzji administracyjnej⁵⁴.

Często do argumentu z zamkniętego systemu źródeł prawa sięga Sąd Najwyższy przy badaniu poprawności podstawy kasacji, dokonując oceny, czy rzeczywiście strona skarżąca wykazała naruszenie norm prawa materialnego. Niejednokrotnie SN stwierdzał bezpodstawność skargi, wskazującej na naruszenie norm wywiedzionych ze źródła nie należącego do zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego⁵⁵. Ze zbliżonym działaniem mamy do czynienia przy ocenie poprawności podstawy prawnej żądania czy też przy interpretacji pojęć takich jak „działanie bezprawne” lub „niezgodność z prawem”⁵⁶.

Wreszcie zauważyć należy, że do rozważanego argumentu odwołują się nie tylko same sądy, ale chętnie czynią to także uczestnicy postępowania.

2. Wszystkie te przykłady ukazują m.in. znaczenie, jakie argument z zamkniętego systemu źródeł prawa posiada dla praktyki. Jednocześnie przy lekturze powołanych orzeczeń widać, że twierdzenie o zamkniętym kształcie systemu prawa traktowane jest powszechnie jako oczywistość, wypowiedź o obiektywnej cesze rzeczywistości prawnej, które nie wymaga dalszej szczegółowej argumentacji. Wyraźnie zaznacza się dominacja wyróżnionej powyżej ontologicznej interpretacji zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Jednocześnie argument ten uznawany jest za prawomocną podstawę rozstrzygnięcia o uprawnieniach i obowiązkach jednostek i grup społecznych.

⁵² Wyrok SN z dnia 11 lutego 1999 r., III ZP 39/98 (OSNP 2000 Nr 7, poz. 284).

⁵³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2009 r., VI ACa 1240/08 (*LEX nr 530989*).

⁵⁴ Tak NSA w Warszawie m.in. w wyrokach z dnia 10 grudnia 2001 r., OSA 8/01 (ONSA 2002 Nr 3, poz. 95), z dnia 10 stycznia 2002 r., I SA 1368/00 (*Lex nr 81908*) oraz z dnia 23 kwietnia 2002 r., I SA 2453/00 (*Lex nr 81713*), a następnie WSA w Warszawie w wyroku z dnia 20 kwietnia 2005 r., I SA/Wa 291/04 (*Lex nr 166522*).

⁵⁵ Zob. np. wyroki SN: z dnia 24 stycznia 2000 r., III CKN 538/98 (*LEX nr 52732*); z dnia 8 lutego 2000 r., I CKN 399/98; z dnia 17 maja 2006 r., I CNP 14/06 (*LEX nr 200877*); z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 515/07.

⁵⁶ Wyrok SN z dnia 17 maja 2006 r., I CNP 14/06; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 24 października 2006 r., I ACa 702/06 (*LEX nr 298405*).

Szkopuł polega na tym, że przynajmniej w niektórych z przedstawionych spraw założony kształt systemu źródeł prawa stanowił przedmiot bezpośredniej bądź pośredniej krytyki ze strony poszczególnych uczestników postępowania. Tym samym zakwestionowany został przyjęty sposób rozumienia „zamknięcia” owego systemu. Na tym tle bezproblemowe traktowanie omawianego argumentu jako obiektywnego i prawomocnego, bez szerszego uzasadnienia, uznać trzeba za co najmniej frapujące. Wrócimy do tych wątpliwości w następnym podrozdziale, gdzie będą one stanowić podstawę sformułowania szczegółowych pytań badawczych. Obecnie odnotujemy jedynie zarówno ów frapujący problem, jak i dwie przypisywane argumentowi z zamkniętego systemu źródeł prawa cechy, jakimi są obiektywność oraz prawomocność⁵⁷.

3. Obiektywność i prawomocność to jednak nie jedyne wyznaczniki charakteryzujące rozpatrywany argument. Jak uważny czytelnik mógł zauważyć, przytaczane wyżej orzeczenia sugerują jedną jeszcze specyficzną cechę tego argumentu (czy może raczej: leżącego u jego podstaw założenia co do kształtu systemu źródeł prawa), jaką jest jego niepodważalność. Obecnie chciałbym przywołać orzeczenie, w którym ten niepodważalny charakter argumentu uwidocznił się szczególnie wyraźnie. Chodzi o wyrok Trybunału Konstytucyjnego, dotyczący głośnego swego czasu problemu aktów prawnych stanowiących przez organy NBP, skierowanych do banków komercyjnych⁵⁸. Zagadnienie niepodważalności interesującego nas argumentu wydaje się przy tym na tyle ciekawe i zagadkowe, że warto wskazanemu rozstrzygnięciu Trybunału przyjrzeć się nieco dokładniej.

Wniosek o zbadanie konstytucyjności przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim, upoważniających organy Banku (Radę Polityki Pieniężnej oraz Zarząd NBP) do stanowiących aktów prawnych skierowanych do banków komercyjnych, określających obowiązki po stronie tychże banków, wniósł Prezes Najwyższej Izby Kontroli. Wnioskodawca wyszedł z założenia, iż Konstytucja RP w rozdziale trzecim („Źródła prawa”) ustanawia zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego. System ten zamknięty został w sposób przedmiotowy – wymieniając wyczerpująco formy aktów normatywnych powszechnie obowiązujących, oraz podmiotowy – przez

⁵⁷ Obiektywność oraz prawomocność („ważność”), jako dwa wymogi obecne w dyskursie prawniczym, w interesujący sposób łączy w swojej najnowszej pracy Jerzy Leszczyński – zob. tenże, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Kraków 2010, s. 116 i n.

⁵⁸ Wyrok z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99. Zarówno sam przedmiot rozstrzygnięcia, jak i przyjęte przez Trybunał rozwiązania były wielokrotnie już komentowane w literaturze. Szersze omówienie orzeczenia zamieszcza np. Jerzy Oniszczyk w: tenże, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kraków 2004, s. 836-841. Meritum sprawy w szerszym kontekście omawia m.in. Cezary Kosikowski w: tenże, *Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (na tle porównawczym)*, Warszawa 2004, s. 261-269.

jednoznaczne wskazanie organów uprawnionych do wydawania takich aktów normatywnych.

Tymczasem wydawane na mocy zakwestionowanych przepisów ustawy o NBP akty wykonawcze są zaadresowane do podmiotów imiennie i liczebnie nieokreślonych, a przy tym nie stanowiących jednostek wewnętrznych NBP. Są one zatem aktami prawa powszechnie obowiązującego. Naruszają one zasadę zamkniętego systemu źródeł prawa po pierwsze pod względem przedmiotowym – mają formę uchwał, która to forma nie została przewidziana przepisami konstytucji dla aktów powszechnie obowiązujących. Naruszają przywołaną zasadę także pod względem podmiotowym – gdyż NBP, ani jako osoba prawna, ani jako żaden z jego organów, nie został wskazany w konstytucji jako organ uprawniony do wydawania jakichkolwiek aktów wykonawczych do ustaw.

Trybunał stanął tu przed niezwykle trudnym wyzwaniem. Stanowisko wnioskodawcy miało za sobą niewątpliwie istotne racje, wsparte dodatkowo ustaleniami powołanych w sprawie biegłych, co do zasady także odmawiających organom Banku kompetencji do stanowienia tego rodzaju aktów⁵⁹. Gdyby jednak uznać argumentację wnioskodawcy, w konsekwencji doprowadzić musiałoby to do znacznych utrudnień w ustalaniu i realizowaniu polityki pieniężnej przez bank centralny, co należy do jego konstytucyjnych zadań. Stąd Trybunał dostrzegał potrzebę uznania kompetencji organów NBP do stanowienia aktów prawnych będących przedmiotem kontrowersji. Na rzecz tego uznania można było argumentować na co najmniej dwa sposoby, prezentowane w sprawie przez różnych uczestników: Prezes NBP oraz Prokuratora Generalnego.

4. Wydawać by się mogło, iż uznanie możliwości stanowienia aktów wykonawczych przez NBP prowadzić musi do zakwestionowania w tym przypadku zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Gdyby zdecydować się na zabieg wyważenia wymogów prowadzenia polityki pieniężnej (z wszystkimi jej elementami i uwarunkowaniami, jak stabilność waluty, niezależność banku centralnego itp.) z jednej strony, a zasady zamkniętego systemu z drugiej, w rozpatrywanym przypadku tworzyłoby to możliwość uznania większej wagi pierwszej grupy racji – co z kolei pozwalałoby, w drodze wyjątku, na odstąpienie od wymogów zamkniętego systemu. Takie też stanowisko zajęła ówczesna Prezes NBP, ze szczególnej pozycji ustrojowej banku centralnego oraz nałożonych na niego zadań konstytucyjnych wywodząc potrzebę „regulacji specjalnej” dla jego kompetencji prawotwórczych. Prezes NBP zgadzała się ze stwierdzeniem, iż akty stanowione przez organy Banku mają charakter powszechnie wiążący. Jednocześnie stwierdzała m.in., iż regulacje przyznające organom Banku tego rodzaju kompetencje „mają więc charakter

⁵⁹ Najbardziej kategorycznie Eugenia Fojeik-Mastalska, w tym samym kierunku Sławomira Wronkowska i Piotr Winczorek. Odmienne stanowisko zajął Michał Kulesza.

specjalny, który wprawdzie nie mieści się w przywołanej przez wnioskodawcę koncepcji tzw. zamkniętego systemu źródeł prawa, lecz wynika ze szczególnych postanowień art. 227 konstytucji⁶⁰.

Odmiennej argumentacji użył Prokurator Generalny. Zaproponował on szczególnego rodzaju zabieg interpretacyjny, uznając, iż akty te można traktować jako mające charakter wewnętrzny. Wynika to zdaniem Prokuratora z relacji istniejącej między bankami komercyjnymi a bankiem centralnym. Jak stwierdza: „Pozycja NBP (bank banków) oraz charakter przypisanych mu zadań wyraźnie wskazują na istnienie funkcjonalnej więzi między NBP a bankami, która wypełnia treść konstytucyjnego określenia «organizacyjnej podległości»⁶¹.

Obydwie propozycje „obrony” uprawnień NBP charakteryzują się jednak pewnymi słabościami. Większe wątpliwości budzi stanowisko Prokuratora Generalnego, rekomendującego wysoce dyskusyjną interpretację pojęcia „organizacyjnej podległości”. Przez życzliwość określić ją można jako skrajny przykład wykładni rozszerzającej (choć może bardziej adekwatnie byłoby mówić tu o wykładni *contra legem*) nie popartej jednak odpowiednim uzasadnieniem. Wnioskodawca (Prezes NIK) z łatwością mógł replikować, iż banki komercyjne „występują jako podmioty odrębne, działające poza strukturami organizacyjnymi NBP. Wszystkie banki posiadają osobowość prawną, swobodnie dysponują powierzonymi środkami pieniężnymi oraz prowadzą samodzielnie gospodarkę finansową a ich interesy i ich polityka wcale nie muszą być nawet zbieżne z interesami NBP i celami polityki pieniężnej⁶². Zgodził się z tymi zastrzeżeniami skład orzekający Trybunału, uzupełniając je wątpliwościami bardziej ogólnej natury. Opowiedzenie się za takim stanowiskiem skutkuje bowiem rozchwianiem podziału na akty prawa powszechnego i wewnętrznego. „Przyjęcie, że tego rodzaju funkcjonalne zależności, jakie występują między NBP a innymi bankami, odpowiadają konstytucyjnemu pojęciu «organizacyjnej podległości» mogłoby – stwierdza Trybunał – prowadzić do sytuacji, w której niemożliwe stałoby się odróżnienie «jednostek organizacyjnie podległych» organom wydającym akty o charakterze wewnętrznym od jakichkolwiek innych rodzajów relacji występujących między dowolnymi podmiotami a tymi organami⁶³.

⁶⁰ Wyrok z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

⁶¹ Tamże.

⁶² Tamże.

⁶³ Tamże. Zbliżony problem rozważany był już w latach 80., gdy na tle kwestii związanych ze stanowieniem przez rząd „samoistnych” aktów normatywnych, które miałyby obowiązywać podmioty gospodarki społecznej, powstało pytanie, czy relację między tymi podmiotami a rządem można określać mianem „organizacyjnej podległości”. W literaturze opowiedziano się przeciwko takiej możliwości, powołując argumenty podobne do zawartych w powyższym stanowisku TK – zob. rozdz. III.

Bardziej wiarygodna wydaje się propozycja Prezes NBP, jednak i ona posiada wyraźne słabości. Po pierwsze, nie jest powiedziane, że wymogi prowadzenia polityki pieniężnej rzeczywiście muszą przeważać nad wartościami, jakie stoją za zasadą zamkniętego systemu źródeł prawa. Brak tu kategoriicznych, rozstrzygających i w pełni uniwersalnych kryteriów. Wdawanie się w tego rodzaju argumentację zawsze niesie zatem w sobie ryzyko kontestacji⁶⁴. Po drugie, zdaniem Trybunału rodzi ona ryzyko „rozchwiania” systemu źródeł prawa, nasuwając zbyt wyraźne skojarzenia z charakterystyczną dla praktyki prawotwórczej okresu PRL konstrukcją „aktów samoistnych”⁶⁵. Po trzecie wreszcie, i argument ten wydaje się najistotniejszy, przyjęcie otwartego systemu źródeł prawa, choćby miało mieć charakter wyjątkowy, jest traktowane po prostu jako niemożliwe i niedopuszczalne na gruncie samej konstytucji. Dla większości osób wypowiedzających się w tej kwestii w ramach postępowania (uczestników, biegłych, samego Trybunału) nie ulega wątpliwości, iż konstytucja wprowadza jednoznacznie i kategoricznie zamknięty system źródeł prawa.

5. W obliczu tych trudności rozwiązanie zaproponowane przez Trybunał odznacza się wysokim kunsztem argumentacyjnym. Łączy ono w sobie elementy obydwu przedstawionych stanowisk. TK uznał co do zasady potrzebę szczególnej regulacji w przypadku banku centralnego. Potrzeba ta wynika z jego wyjątkowej pozycji oraz konstytucyjnie uznanych kompetencji tego banku. To jednak nie wystarcza, ponieważ bez względu na sytuację, Trybunał z gruntu odrzucił możliwość odejścia od zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Uznał natomiast, iż z racji owej specyfiki, jaką odznacza się położenie NBP, w tym szczególnym przypadku zgodzić należy się na rozciągnięcie pojęcia „organizacyjnej podległości” na zależność funkcjonalną, jaka zachodzi między bankami komercyjnymi a bankiem centralnym. Jednocześnie Trybunał zastrzegł, iż możliwość ta ograniczona pozostaje „do specyficznej sytuacji, gdy mianowicie podmiotem jest konstytucyjna instytucja – Narodowy Bank Polski, zaś przedmiotem konstytucyjnie określone zadania publiczne”⁶⁶.

Powstaje pytanie, jaki jest cel tego ostatniego zabiegu, czyli uzupełnienia stanowiska Trybunału o rozszerzającą wykładnię pojęcia organizacyjnej podległości. Nie służy on w tym przypadku do rozstrzygnięcia o *meritum* sprawy – r z e c z y w i s t y m a r g u -

⁶⁴ W istocie Prezes NIK, ustosunkowując się do argumentacji Prezes NBP, stwierdził, iż „nie uważa, aby niezależność banku centralnego, nawet postrzegana jako «wartość» konstytucyjna (...) była wartością nadrzędną nad innymi konstytucyjnymi wartościami, w tym zasadami dotyczącymi stanowienia prawa” – wyrok z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

⁶⁵ Na temat aktów samoistnych zob. rozdz. III.3.

⁶⁶ Wyrok z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

mentem jest tu właśnie wyjątkowa pozycja NBP, określona w konstytucji⁶⁷. Dokonana wykładnia rozszerzająca służy jedynie uzupełnieniu przyjętego stanowiska i dostarczenia mu odmiennej legitymizacji. Rodzi to przypuszczenie, iż faktycznym powodem odwołania do podległości funkcjonalnej nie są kwestie natury merytorycznej, lecz chęć wykazania, iż nienaruszone pozostaje założenie zamkniętego systemu źródeł prawa. Założenie to postrzegane jest przez Trybunał jako do tego stopnia niepodważalne, że woli on uciec się do dość karkołomnych zabiegów interpretacyjnych, niż dopuścić do odstąpienia od niego. Oto kolejna zagadka i źródło kolejnych pytań związanych z rozważanym argumentem.

5. Trzy pytania

1. Rozważania poprzedniego podrozdziału ujawniły kilka zastanawiających cech praktyki argumentacyjnej nawiązującej do zamkniętego systemu źródeł prawa. Przypomnijmy w tym kontekście ustalenia Ronalda Dworkina co do wyróżnionych przez niego „sporów teoretycznych”, do których należą *par excellence* rozważane problemy systemu źródeł prawa i kryteriów zaliczania do tego systemu. Dworkin pokazuje zarówno obecność tego typu sporów w praktyce orzeczniczej krajów kultury *common law*, jak i dość rozpowszechnioną w nauce prawa skłonność do negowania ich istnienia⁶⁸. Okazuje się, że diagnozy te zachowują znaczny stopień aktualności także w polskiej kulturze prawnej – przy czym ujawniona tendencja do ukrywania „sporów teoretycznych” dotyczy nie tylko ustaleń doktrynalnych, ale również praktyki orzeczniczej.

Sformułujmy zatem wnioski, jakie płyną z analizy powyższych przykładów. Sprowadzają się one do trzech pytań odnośnie do argumentu z zamkniętego systemu źródeł prawa – wychodzących z przekonania, że argument ten nie znajduje bezpośredniego oparcia w postanowieniach Konstytucji.

Po pierwsze, co pozwala traktować ten argument jako adekwatny wyraz rzeczywistego kształtu systemu prawa, w tych sytuacjach, w których kształt ten podawany jest w wątpliwość? Jakie zatem da się wskazać racje na rzecz obiektywnie zamkniętego charakteru systemu źródeł prawa, które można by przeciwstawić głosom podważającym tę jego cechę, albo, mówiąc prościej, skąd uczestnicy praktyki prawniczej czerpią obraz tego systemu jako systemu zamkniętego?

⁶⁷ Podobnie orzeczenie to zdaje się interpretować Kazimierz Działocha, *Konstytucyjna koncepcja prawa i jego źródeł w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 324; tenże, *Zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego w konstytucji i w praktyce*, [w:] A. Szmyt (red), *Konstytucyjny system...*, s. 20-21.

⁶⁸ Zob. R. Dworkin, *Imperium prawa...*, rozdz. I.

Jest to jednocześnie pytanie o to, dlaczego wśród uczestników praktyki brak jest potrzeby uzasadnienia przyjętej charakterystyki systemu. W zdecydowanej większości przywoływanych orzeczeń uznano ją raczej za pewnik, oczywiste założenie, samo mogące stanowić źródło argumentów w rozpatrywanej sprawie. Ten brak uzasadnienia związany jest bezpośrednio z przywoływaną cechą obiektywności i także domaga się wyjaśnienia

Po drugie, zaobserwowaliśmy na przykładzie ostatniego orzeczenia, w jaki sposób argument ten „broni się” w tych przypadkach, w których zachodzi możliwość potencjalnego odstąpienia od niego. Ujawnia się w tym wypadku szczególny charakter twierdzeń odwołujących się do faktu zamknięcia systemu źródeł prawa. Traktowane są one nie tylko jako obiektywnie prawdziwe (co jest przedmiotem uwagi w obrębie pierwszego z pytań), ale jednocześnie niepodważalne. Stanowią tym samym, odporną na wszelką krytykę, podstawę systemu prawa, do której pozostałe elementy systemu muszą niejako się dostosować. Skąd zatem twierdzenia te czerpią moc niepodważalności – nawet tam, gdzie porzucenie założenia o „zamknięciu” systemu wydawać by się mogło zewnętrznemu obserwatorowi rozwiązaniem bardziej uzasadnionym?

Po trzecie wreszcie, w omawianych przykładach ujawniają się niektóre z możliwych wątpliwości, związanych z faktyczną treścią zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Skoro tego rodzaju wątpliwości pojawiają się w praktyce, powstaje pytanie, dzięki czemu zasada ta cieszy się dostateczną legitymizacją i może być traktowana jako prawomocny argument, służący do rozstrzygnięcia kwestii, „co się komu należy”⁶⁹.

Od pytania o fakty przechodzimy w tym wypadku do pytania o prawo. O ile dwa pierwsze pytania sformułowane zostały raczej w kategoriach właściwych dla dyskursu teoretycznego, przy ostatnim z nich dla oglądu argumentacji prawniczej przyjęta zostaje perspektywa dyskursu praktycznego. Dyskurs prawniczy (a co najmniej poszczególne jego elementy) zdaje się bowiem podlegać opisowi w kategoriach właściwych obydwu tym rodzajom dyskursu⁷⁰. Wypowiadając zatem ostatnie z pytań innymi słowami: jakie uprawomocnienie znajdują decyzje, które uznają bądź odmawiają uznania określonych

⁶⁹ Sformułowanie, jak wiadomo, pochodzi od Ulpiana (*Iustitia est [...] voluntas ius suum cuique tribuendi*), który łącząc zagadnienie bezpośrednio ze sprawiedliwością (*iustitia*), wywołuje tym samym problem legitymizacji. Zob. *Ulpianus Digesta* 1,1,10 (cyt. za: M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne...*, s. 176 w przypisie). Problem tu zasygnalizowany można uznać za wynikający z przyjęcia tezy Roberta Alexy’ego, iż dyskurs prawniczy ma charakter praktyczny, a jego celem jest usprawiedliwienie dokonanego rozstrzygnięcia – zob. tenże, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, tran s. by R. Adler and N. MacCormick, Oxford 1989, s. 177-180 i 212-217 [wyd. oryg. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt 1978].

⁷⁰ Por. B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, s. 174-176.

faktów za fakty prawotwórcze, powołując się przy tym na argument z zamkniętego systemu?

2. Odpowiedź na powyższe pytania, która wielu prawnikom może nasuwać się jako oczywista, wskazywać będzie na konstytucję jako źródło rozważanej argumentacji. W takim wypadku postawione pytania ocenione musiałyby być jako trywialne i w gruncie rzeczy bezprzedmiotowe. Trudno bowiem o mocniejsze oparcie dla argumentacji w dyskursie prawniczym, niż postanowienia ustawy zasadniczej. Pamiętać jednak należy o tym, co powiedziano na początku niniejszego rozdziału: z tekstu Konstytucji RP zdaje się nie wynikać w bezpośredni sposób zasada zamkniętego systemu źródeł prawa. Żadna z zawartych w niej norm nie wyraża takiej zasady wprost, a postanowienia szczegółowe są w tym względzie co najmniej niejednoznaczne. Wychodząc od tego stwierdzenia, postawić można wstępną hipotezę, iż rozważana argumentacja znajduje prawdopodobnie podstawę inną niż w prawie stanowionym. Zarówno powyższe twierdzenie o niejednoznaczności postanowień Konstytucji, jak i przedstawiona hipoteza, zostaną rozważone szerzej w rozdziale czwartym. Obecnie natomiast uprawniają one do bliższego przyjrzenia się praktyce argumentacyjnej odwołującej się do zamkniętego systemu źródeł prawa.

W ten sposób doszliśmy do sformułowania trzech podstawowych pytań badawczych, wynikających z oglądu praktyki argumentacyjnej nawiązującej do zamkniętego systemu źródeł prawa. Praca, która podejmuje problem funkcjonowania omawianej argumentacji w praktyce prawniczej, musi odpowiedzieć na powyższe pytania. Co więcej, można oczekiwać, aby odpowiedzi te udzielane były nie osobno, ale w ramach jednej, spójnej koncepcji teoretycznej. Niniejsza praca stanowi zatem próbę sformułowania i rekomendacji tego rodzaju teorii.

6. Porządek pracy

1. Praca składa się z trzech części, z których każda służy nieco innym celom, a poprzez to prezentują one różne nastawienie metodologiczne. Pierwsza z nich ma za zadanie sformułowanie założeń teoretycznych dla analizy praktyki dyskursu prawniczego; druga część pracy ma charakter rekonstrukcyjny, skupiając uwagę na istniejących sposobach funkcjonowania i uzasadniania Zasady w konkretnych przypadkach dyskursu prawniczego; część trzecia posiada charakter wyjaśniający, a zarazem interpretacyjny, tłumacząc znaczenie zdiagnozowanych wcześniej zjawisk w obrębie praktyki prawniczej poprzez odwołanie do kategorii instytucjonalizacji.

W części pierwszej przedstawione zostały teoretyczne ramy, w których możliwe jest odczytywanie dyskursu prawniczego, a w szczególności mówienie o jego instytucjonalizacji. Chodzi tu zwłaszcza o przybliżoną w rozdziale pierwszym prakseologiczną teorię dyskursu, akcentującą społeczny charakter i społeczne uwarunkowania wszelkiego działania argumentacyjnego. To społeczne usytuowanie praktyki dyskursu obejmuje zarówno kontekst, w którym jest on toczony, jak i kierujące nim reguły. Każdą argumentację rozpatrywać należy zatem przy uwzględnieniu tych dwóch grup czynników ją warunkujących.

Jednocześnie uwarunkowania te mogą być dla konkretnej praktyki określone z większym bądź mniejszym stopniem szczegółowości; w przypadkach skrajnych zachodzi konieczność ich wypracowania i uzgodnienia w obrębie samej praktyki. Problemy te uwidaczniają się w sposób szczególny w, teoretycznie ujętej, strukturze dyskursu prawniczego podejmującego problematykę walidacyjną, do której należy także będąca przedmiotem rozważań problematyka systemu źródeł prawa. Z tych względów w rozdziale tym nie tylko dokonuję lokalizacji dyskursu prawniczego na tle dyskursu ogólnego, ale w ramach tego pierwszego wyodrębniam także dwa rodzaje problemów, które określam jako walidacyjne oraz meta-walidacyjne. Rozstrzygnięcie każdego z nich wymaga odwołania do odmiennego rodzaju argumentacji; stąd też konieczność sięgnięcia w pracy po kategorie argumentacji analitycznej i dialektycznej.

Powyższe dwa typy argumentacji podlegają bliższemu dookreśleniu w rozdziale drugim, zamykającym część pierwszą. W tym zakresie nazwane zostają zarówno najważniejsze różnice między nimi, jak również ich wzajemne związki. Jeśli je sobie przeciwstawiać, argumentację analityczną charakteryzować można jako podejmowaną w szczegółowo zdefiniowanym kontekście i w oparciu o precyzyjne reguły, wyznaczające każdorazowo jedno obiektywnie ważne rozstrzygnięcie. Podejmowane w jej ramach problemy rozstrzygane są w oparciu o zewnętrzne kryteria, co pozwala mówić o przewadze argumentacji „z ontologii” (typowej dla dyskursu teoretycznego). Charakterystyczny dla drugiego rodzaju argumentacji pozostaje niedoprecyzowany, sporny kontekst oraz brak konkluzywnych reguł. Argumentacja przybiera w tym przypadku charakter zindywidualizowany i możliwy do podważenia, dla rozważanego zaś problemu brak jednego, bezspornie ważnego rozstrzygnięcia. Dominują tu argumenty o aksjologicznym charakterze (dyskurs praktyczny), a źródłem ważności zarówno zgłaszanych w trakcie dyskursu tez, jak i jego wyników jest przede wszystkim sam dyskurs i fakt ich akceptacji ze strony uczestników. Jednocześnie, oba wyszczególnione rodzaje argumentacji pozostają w zbyt złożonych wzajemnych związkach, aby można je było w prosty sposób sobie przeciwstawiać.

Druga część pracy, w której dążę do przedstawienia sposobu, w jaki zasada zamkniętego systemu źródeł prawa obecna jest w dyskursie prawniczym, także podzielona została na dwa rozdziały. Bazują one na wprowadzonej powyżej dystynkcji między aksjologiczną (Zasada jako postulat) i ontologiczną (Zasada jako wyraz rzeczywistości) interpretacją omawianej Zasady, rozważając szczegółowo sposób funkcjonowania Zasady w obydwu wyróżnionych interpretacjach.

Jako przykład interpretacji aksjologicznej przyjęty zostaje sposób rozumienia Zasady pod rządami konstytucji z 1952 r., natomiast jako przykład ujęcia ontologicznego – pod rządami obecnie obowiązującej konstytucji z roku 1997. W tym zakresie przybliżone zostaje nie tylko rozumienie Zasady w praktyce dyskursu, ale także kontekst prawny oraz zwyczajowy sposób argumentacji na rzecz Zasady w ramach każdej z interpretacji. Wskazuję tutaj, iż ten ostatni różni się znacznie w obydwu przypadkach, przybierając za pierwszym razem charakter argumentacji dialektycznej, za drugim – analitycznej. W tym ostatnim wypadku sama Zasada przestaje być ściśle odróżniana od, stanowiącego jej uzasadnienie, założenia o obiektywnie zamkniętym charakterze systemu źródeł prawa, a zatem od wypowiedzi o *quasi*-opisowym charakterze.

W ramach rozdziału czwartego poddane zostają także analizie sposoby uzasadniania zaobserwowanego „przejęcia” od aksjologicznej do ontologicznej interpretacji Zasady. Spośród trzech spotykanych tu uzasadnień (zmiana treści obowiązującej regulacji prawnej; wyraźna wola ustrojodawcy; *communis opinio* praktyki prawniczej), jedynie trzecie wydaje się wiarygodne. Nie może być takim wskazanie na treść obowiązującej konstytucji, ta bowiem pozostaje niejednoznaczna; nie może też odwołanie do woli ustrojodawcy, która nie tylko pozostaje empirycznie trudno uchwytna, ale której z bardziej podstawowych względów (odrębność dyskursów tworzenia prawa i określania jego znaczenia) nie daje się oddzielić od założeń funkcjonujących w obrębie praktyki.

Z rozważań tej części pracy wynika zatem m.in., iż za możliwość traktowania Zasady jako wyrazu obiektywnie istniejącego stanu rzeczy w głównej mierze odpowiada sama praktyka prawnicza. Nie chodzi przy tym tylko o uznanie twórczej roli tej ostatniej w porządkowaniu i rozwijaniu prawa obowiązującego, co jest stwierdzeniem oczywistym i banalnym. W tym miejscu mowa jest jednak o zjawisku o poważniejszych konsekwencjach, które polega na tym, iż ustalenia praktyki zyskują charakter zobiektywizowany i niezależny już od niej samej⁷¹. Rodzi to pytanie, po pierwsze, skąd praktyka ta czerpie „siłę” do kształtowania pewnego porządku faktyczności, wyznaczającego obiektywny kontekst działania, po drugie, jak dokonuje się uprawomocnienie wyników takiej jej aktywności. Jak nietrudno zauważyć, jest to jedynie nadanie bardziej sprecyzowanej

⁷¹ Na oznaczenie tego procesu J. Leszczyński zaproponował niedawno termin „pozytywizacja” – zob. tenże, *Pozytywizacja prawa...*, *passim*.

formuły problemom badawczym znanym już z niniejszego rozdziału; na pytania z tym związane odpowiada trzecia, ostatnia część pracy.

Część ta przedstawia teoretyczną interpretację zrekonstruowanej wcześniej praktyki, odwołując się do kategorii instytucjonalizacji. Pozwala to objaśnić procesy wskazane w postawionych wyżej pytaniach badawczych. W rozdziale piątym scharakteryzowane zostaje ogólne pojęcie instytucjonalizacji praktyki, jako procesu nieformalnego, niekontrolowanego i często niejawnego – co odróżnia go od dominującego w naukach prawnych sposobu rozumienia tego terminu. Szczególna uwaga zwrócona zostaje na fakt, iż opisywane w rozdziale procesy społeczne odpowiedzialne są zarówno za wykształcanie się trwałych, wiążących dla uczestników praktyki reguł, jak również za podtrzymywanie stabilnego, szerszego od każdej partykularnej praktyki kontekstu działania. W rozdziale podjęty zostaje także problem związków między instytucjonalizacją a legitymizacją praktyki.

Wreszcie w rozdziale szóstym rozważone zostają skutki instytucjonalizacji dla praktyki dyskursu, w tym w szczególności: dyskursu związanego z zamkniętym systemem źródeł prawa. Wskazane zostają tu nie tylko konsekwencje w postaci przejścia od argumentacji dialektycznej do analitycznej, a w związku z tym do ontologicznego sposobu ujmowania Zasady, ale także pewne dalsze, powiązane z nimi konsekwencje. Chodzi tu przede wszystkim o nadanie pochodzącym z praktyki konstruktom charakteru niepodważalnego i argumentacyjnie nieugruntowanego, poprzez włączenie ich w obszar najgłębszej warstwy przyjmowanego obrazu świata – tzw. świat życia. Rozważony zostaje także problem, w jaki sposób wciąż współcześnie dominująca wizja rzeczywistości prawnej, wyznaczana przez pozytywizm prawniczy, przyczynia się do legitymizacji praktyki wspartej na założeniu o zamkniętym systemie źródeł prawa.

2. Celem uniknięcia ewentualnych nieporozumień konieczne wydają się dwie jeszcze uwagi. Po pierwsze, jak można było zauważyć na podstawie tego, co dotychczas powiedziane, praca w specyficzny sposób posługuje się pewnymi terminami, skądinąd silnie zakorzenionymi w refleksji prawniczej. Pojęcie instytucjonalizacji, czy predykaty „analityczny” oraz „dialektyczny”, funkcjonują tu w znacznej mierze odmiennie od najczęstszego sposobu ich użycia. Zdaję sobie sprawę, iż może to stanowić pewne utrudnienie dla Czytelnika, który proszony jest o zawieszenie swoich często dobrze ugruntowanych przyzwyczajęń językowych. Niemniej jednak zastąpienie jakimiś „substytutami” powyższych terminów, wprost zaczerpniętych z kluczowych dla koncepcji pracy projektów teoretycznych, wydaje się niemożliwe.

Po drugie, po wyłożeniu, o czym traktuje prezentowana praca, warto także zastrzec, o czym traktować nie ma. Posiada ona cele rekonstrukcyjne i interpretacyjne, nie

stawia zaś sobie wprost zadań krytycznych. Nie podejmuje zatem próby oceny zjawisk i mechanizmów, które przedstawia (przejście od aksjologicznej do ontologicznej interpretacji Zasady, proces instytucjonalizacji dyskursu *etc.*). Odczytywanie jej czy to jako ich aprobaty, czy to jako krytyki byłoby niezgodne z intencjami autora. Nie rozważa także w sposób pogłębiony zagadnień związanych z racjonalnością dwóch wyróżnionych w niej typów argumentacji, dialektycznej oraz analitycznej, ani ewentualnych zalet czy słabości każdego z nich. Wreszcie, nie ma na celu krytyki założeń aksjologicznych, leżących u podstaw konkretnych praktyk czy konstrukcji prawniczych. Sądzę, że jeśli dobrze wywiązuje się ona z postawionych przed nią zadań, może być traktowana jako przygotowanie do podjęcia wskazanych wyżej kwestii. Ich rozważenie stanowiłoby jednak już odrębne zadanie badawcze, wymagające przygotowania innej pracy.

Istnieje taki sposób uprawiania teorii czy filozofii prawa, który polega na podejmowaniu problemów sprawiających trudności szczegółowym naukom prawnym i rozwiązywaniu ich przy użyciu szczególnej perspektywy czy aparatury pojęciowej. Jest to filozofia prawa rozumiana jako „dogmatyka trudnych przypadków”. Istnieje też jednak taki sposób uprawiania tych dyscyplin, który bierze swój początek w pytaniu, dlaczego pewne rzeczy wydają się nam oczywiste i naszych wątpliwości nie budzą. Jak pisze Jerzy Zajadło: „Rola filozofii prawa polega więc przede wszystkim na tym, by wykluczyć lub potwierdzić istnienie swoistego «drugiego dna» problemu, a w przypadku potwierdzenia – odrzucić wnioski *prima facie* i wniknąć w sprawę *more philosophico*”⁷². Zwięźlej i dobitniej paralelna zasada sformułowana została w odniesieniu do poezji; uczynił to Stanisław Barańczak w słowach przywoływanych jako motto pracy: „Powinna być nieufnością”⁷³. Właśnie tę drugą drogę teoretyzowania próbuje wykorzystywać niniejsza praca, wychodząc z przekonania, że sposób, w jaki postrzegamy system źródeł prawa (sposób silnie zakorzeniony i darzony zaufaniem), wymaga dziś przemyślenia na nowo, a być może także – weryfikacji.

⁷² J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008, s. 13.

⁷³ S. Barańczak, *Parę przypuszczeń na temat poezji współczesnej*, [w:] tenże, *Wiersze zebrane*, Kraków 2006, s. 497.

CZEŚĆ PIERWSZA

ROZDZIAŁ I

Dyskurs prawniczy jako praktyka społeczna

1. Uwagi wprowadzające

Niniejszy rozdział ma na celu zaprezentować podstawowe założenia teoretyczne dla analizy praktyki dyskursu prawniczego. Jest to tym potrzebniejsze wobec rosnącej wieloznaczności kluczowego pojęcia dyskursu, często odnotowywanej w literaturze przedmiotu. Jak np. zauważa David Howarth, „pojęcie dyskursu przejęte przez nauki społeczne zyskało na technicznym i teoretycznym wyrafinowaniu, obrastając w dodatkowe sensory i konotacje. (...) Znaczenie, zakres i zastosowanie pojęcia dyskursu są determinowane przez konkretny paradygmat teoretyczny”¹. Z tych też względów rozdział ten koncentruje się na zadaniu przedstawienia ogólnej charakterystyki dyskursu, stanowiącej wynik przyjętego sposobu jego postrzegania jako praktyki społecznej (tzw. prakseologiczna teoria dyskursu). Przyjęcie takiej perspektywy płynie z przekonania, iż społeczne uwarunkowania dyskursu posiadają podstawowe znaczenie dla jego kształtu, a ich uchwycenie jest niezbędne dla właściwego zrozumienia jego natury. Taki sposób rozumienia dyskursu decyduje też o opisowym charakterze użytego pojęcia, w opozycji do rozpowszechnionego w polskiej literaturze teoretycznoprawnej ujęcia normatywnego.

Kolejno dookreślone zostają najistotniejsze w kontekście prowadzonych rozważań cechy ogólnie rozumianego dyskursu. Zostaje on ujęty jako praktyka substancjalna, skończona, podmiotowa oraz kierowana regułami. Następnie w rozdziale podjęte zostaje zagadnienie zlokalizowania dyskursu prawniczego na tle tak ujętego ogólnego pojęcia dyskursu. W tym zakresie dookreślony zostaje przede wszystkim zakres problematyki charakterystyczny dla dyskursu prawniczego.

Szczególna uwaga w obrębie dyskursu prawniczego poświęcona zostaje problematyce walidacyjnej. Podyktowane jest to faktem, iż do problematyki tej zaliczyć należy

¹ D. Howarth, *Dyskurs*, przeł. A. Gąsior-Niemiec, Warszawa 2008, s. 14.

m.in. kwestie odnoszące się do rozważanej zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. W tym kontekście ukazana zostaje specyfika tej problematyki, na którą w rzeczywistości składają się dwojakiemu rodzaju problemy, związane bądź to z zastosowaniem uznanych reguł walidacyjnych, bądź też z określaniem samych tych reguł. Podjęty zostaje także problem znaczenia kontekstu społecznego, w którym toczony jest dyskurs, dla rozstrzygnięcia problemów o charakterze walidacyjnym.

W pracy używam w zasadzie zamiennie określeń „dyskurs”, „argumentacja” czy „praktyka argumentacyjna”. Konwencja taka jest dość dobrze zakorzeniona w polskiej literaturze z zakresu nauki prawa; silne powiązania między tymi pojęciami ujawniają się m.in. w często spotykanym sformułowaniu „dyskurs argumentacyjny”². Trzeba jednak zachować świadomość, że takie utożsamienie – jakkolwiek możliwe do zaakceptowania – stanowi pewne uproszczenie, koncentrując się na jednym tylko spośród możliwych wymiarów analizy dyskursu³.

Jednym z najprostszych spotykanych określeń dyskursu w ramach tzw. nurtu analizy dyskursu (przynajmniej w jego anglosaskim odgałęzieniu) jest opis dyskursu jako „języka-w-użyciu” bądź też „działania społecznego nadawania znaczeń za pomocą języka lub innych systemów symbolicznych”⁴. Ograniczając zatem zakres analizy do wymiaru argumentacyjnego, można by przez analogię zdefiniować dyskurs jako „argumentację-w-użyciu” czy też „działanie społeczne argumentowania za pomocą języka”. Mniej zatem interesować mnie będzie analiza logicznej poprawności argumentacji, a bardziej jej społecznych uwarunkowań i skutków.

Jak widać, ta podstawowa, argumentacyjna perspektywa badań nad dyskursem jest nierozzerwalnie związana z perspektywą społeczną, skoro argumentacja zostaje opisana właśnie jako pewien rodzaj praktyki społecznej; będzie o tym mowa szerzej w następnym podrozdziale. Dodatkowo dopuszczam możliwość uzupełniania analizy prowadzonej w wymiarze argumentacyjnym oraz społecznym pewnymi twierdzeniami z zakresu perspektywy poznawczej. Ustalenia poznawcze uczestnika praktyki silnie od-

² Zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003, *passim*, zwł. s. 14-31; tenże, *Etyka dyskursu prawniczego*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 261-272. Por. także B. Wojciechowski, *Uzasadnianie praw człowieka w teorii dyskursu prawniczego*, „*Studia Prawno-Ekonomiczne*” 2001, t. 63, s. 10-11.

³ O podstawowych wymiarach analizy dyskursu mówią m.in. tacy autorzy, jak James Paul Gee (*An Introduction to Discourse Analysis. Theory and Method*, London and New York 1999, s. 85-94) czy Teun A. van Dijk (*Badania nad dyskursem*, [w:] T.A. van Dijk (red.), *Dyskurs jako struktura i proces*, przeł. G. Grochowski, Warszawa 2001, s. 9-35). Obaj autorzy podkreślają przy tym przydatność analiz o wielowymiarowym (wielopłaszczyznowym) charakterze.

⁴ Pierwsze określenie zob. np. J.P. Gee, *An Introduction to Discourse...*, *passim*; drugie pochodzi od J. Lemke, zob. tegoż *Textual Politics: Discourse and Social Dynamics*, London 1995 (cyt. za: R. Wodak, *Wstęp: Badania nad dyskursem – ważne pojęcia i terminy*, [w:] R. Wodak, M. Krzyżanowski (red.), *Jakościowa analiza dyskursu w naukach społecznych*, Warszawa 2011, s. 18).

działają na charakter i treść wykorzystywanych przez niego argumentów; jak stwierdza Teun van Dijk: „Zarówno abstrakcyjne, jak i rzeczywiste opisy (...) aktów mowy i budowy konwersacji zawsze przyjmują założenie, że użytkownicy języka dysponują pewną wiedzą”⁵. Stąd też w pracy korzystam także z literatury poruszającej się w obrębie ostatniego z wyróżnionych podejść⁶.

Miejscami w pracy sięgam także do pojęcia rozumowań, które pozostaje silnie zakorzenione w dyskursie teoretycznoprawnym, szczególnie proweniencji anglosaskiej (*legal reasoning*). W przypadkach takich „rozumowanie” utożsamiać należy z argumentacją. Nie idzie tu bowiem o procesy psychiczne poszczególniej jednostki, lecz o działanie mające na celu szersze, intersubiektywne uzasadnienie określonego stanowiska. Nie kieruję swej uwagi na to, co danej jednostce wydaje się dowiedzione czy uzasadnione, lecz co może być uznane za takie na gruncie reguł przyjętych w ramach określonego audytorium⁷. Sama zresztą natura rozumowań prawniczych, a wśród tych szczególnie rozumowań sędziowskich, dokonywanych na potrzeby uzasadnienia decyzji wobec stron, a także organu instancyjnej kontroli i wreszcie środowiska prawniczego oraz opinii publicznej, nadaje im charakter intersubiektywny – choćby dokonywane były przez jednego sędziego w zaciszu gabinetu⁸.

2. Odmiany teorii argumentacji; teoria analityczna a prakseologiczna

Według Roberta Alexy’ego, teoria argumentacji prawniczej może być interpretowana i uprawiana w trzech różnych kierunkach: empirycznym, analitycznym i normatywnym⁹. Niewątpliwie najszerzej reprezentowane jest właśnie podejście normatywne,

⁵ T.A. van Dijk, *Badania nad dyskursem...*, s. 26.

⁶ Chodzi tu przede wszystkim o pracę Petera Bergera i Thomasa Luckmanna, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*, przeł. J. Niżnik, Warszawa 1983; natomiast z zakresu ogólnej refleksji o prawie o prace Artura Kozaka (zob. zwł. *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002), a także Marka Zirk-Sadowskiego (zob. np. *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 1, Kraków 2001, s. 83 i n.).

⁷ Na konieczność przyjęcia w ramach prawoznawstwa preferencji dla badania intersubiektywnych uzasadnień rozumowań prawniczych (ujawniających się przede wszystkim w tzw. materiale decyzji) przed analizą procesów psychicznych wskazywał wyraźnie Jerzy Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 18-27. W ten sam sposób określa rozumowania (*reasoning*), jako praktykę intersubiektywnego uzasadniania, uwidaczniającą się w tekstach rozstrzygnięć sądowych, Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, *passim*, zwł. s. 8-13.

⁸ O różnych rodzajach audytoriów, do których zwraca się uzasadnienie decyzji sądowego stosowania prawa zob. Ch. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, przeł. T. Pajor, Warszawa 1984, s. 227-228.

⁹ R. Alexy, *A Theory of Legal...*, s. 15. Alexy powtarza powyższe rozróżnienie także w swoich późniejszych pracach – zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie...*, s. 26-29 i cytowana tam literatura.

rozumiane jako poszukiwanie „kryteriów racjonalności dyskursu prawniczego”¹⁰. W tym nurcie mieści się choćby dorobek samego Alexy’ego, będącego bez wątpienia jednym z czołowych przedstawicieli współczesnej teorii argumentacji.

Teoria racjonalnego dyskursu musi jednak opierać się na pewnych założeniach co do samego dyskursu, które zawdzięcza innym podejściom teoretycznym. Rodzi to pytanie o teorię, która najlepiej potrafiłaby spełnić zadanie sformułowania takich założeń. Zdaniem Alexy’ego, punktem wyjścia dla jej konstruowania powinny być przede wszystkim ustalenia teorii analitycznej, nastawionej na badanie logicznej struktury wypowiedzi obecnych w ramach dyskursu. Z większą ostrożnością traktuje on przydatność teorii empirycznej, widząc w tym wypadku niebezpieczeństwo nieuprawnionego wnioskowania z twierdzeń opisowych na twierdzenia normatywne¹¹.

Tezy Alexy’ego wymagają dwojakiego komentarza. Po pierwsze, jeśli dobrze rozumiem intencje tego autora, jego zamiarem jest wskazanie jedynie najczęściej spotykanych kierunków uprawiania teorii dyskursu; jest bowiem oczywiste, że obok trzech wymienionych możliwe są także inne podejścia – by wymienić tylko fenomenologiczną, transcendentálną, hermeneutyczną czy krytyczną refleksję nad dyskursem¹². Po drugie, wskazanie teorii analitycznej jako stanowiącej podstawę wszelkiej innej refleksji nad dyskursem jest o tyle problematyczne, że samo pojęcie tejże teorii jest szalenie wieloznaczne. Nawiązuje ono wyraźnie do pojęcia filozofii analitycznej, jednak bez bliższego wyjaśnienia, jak ma być rozumiana ta ostatnia. W tej mierze jesteśmy, jak się zdaje, skazani głównie na intuicje. Wspomniany nurt filozofii pozostaje natomiast na tyle szeroki i wewnętrznie zróżnicowany, że wśród samych jego przedstawicieli nie ma zgody co do jego istotnej charakterystyki¹³.

Jeśli więc pod pojęciem analitycznej teorii dyskursu rozumieć po prostu taki styl myślenia, który dba o precyzję pojęciową i klarowność języka – co stanowi bodaj najszerszą możliwą tu interpretację – należy w pełni zgodzić się z twierdzeniem o jej pierwszorzędnym znaczeniu. Zdaje się jednak jasne, że Alexy’emu chodzi o coś więcej. Być może zmierza on do stwierdzenia, iż prowadzone rozważania winny w głównej mierze polegać na analizie pojęć i wypowiedzi językowych – zwłaszcza w oparciu o jedną z typowych metod analitycznych¹⁴. Również tę tezę można zaakceptować, przy zastrzeże-

¹⁰ R. Alexy, *A Theory of Legal...*, s. 15.

¹¹ Tamże, s. 15 i 180.

¹² Zdaję sobie sprawę, że użyte określenia są wieloznaczne, a wskazywane przez nie sposoby refleksji mogą się wzajemnie krzyżować czy dopełniać; nie jest jednak moim celem bliższa ich analiza.

¹³ Zob. zwł. T. Szubka, *Filozofia analityczna. Koncepcje, metody, ograniczenia*, Wrocław 2009, s. 11-36.

¹⁴ Najszerzej przyjmowany podział metod typowych dla filozofii analitycznej pozwala wyróżnić typy analizy pojęciowej, analizy logicznej oraz analizy lingwistycznej. Tę listę trzech „klasycznych” typów ana-

niu, iż metoda ta (metody) ma być jedną z podstawowych, nie zaś jedyną – jak zdają się uważać niektórzy przedstawiciele filozofii analitycznej¹⁵.

Oba przytoczone sposoby rozumienia terminu „teoria analityczna” nie są obce założeniom i metodom, jakimi w zamierzeniu autora ma się odznaczać niniejsza praca. Jest ona analityczna w tym sensie, że stara się dbać o klarowność rozważań, a poczesne w niej miejsce zajmuje analiza innych wypowiedzi językowych, wraz z występującymi w nich pojęciami, i ich możliwych znaczeń.

Druga z interpretacji pojęcia teorii analitycznej, wskazująca na właściwe jej metody analiz, pozostaje jednak wieloznaczna. Wieloznaczność ta wynika bezpośrednio z różnorodności istniejących tu metod – wychodzących nieraz z zupełnie odmiennych założeń ontologicznych czy epistemologicznych. Może ona również być rozumiana w ten sposób, że wynikiem zastosowania odpowiedniej metody ma być formułowanie twierdzeń o charakterze analitycznym, w znaczeniu pojęciowo koniecznym. Tak wydaje się ją rozumieć sam Alexy, pisząc np. o „pojęciowo koniecznej” cesze prawa, jaką ma być roszczenie do słuszności (*Anspruch auf Richtigkeit*). Takie postawienie sprawy jest już jednak dalece bardziej wymagające i problematyczne. Krytyka możliwości istnienia tego rodzaju teorii jest niemal równie bogata (także na gruncie prawoznawstwa), co próby jej uprawiania. Także piszący te słowa podziela przekonanie, iż rzekomo czysto pojęciowa (i aksjologicznie neutralna) analiza okazuje się zazwyczaj uwikłana w szereg nieujawnianych założeń i dążeń, zazwyczaj o charakterze politycznym czy etycznym¹⁶.

Nawet jednak, gdyby zgodzić się z możliwością teorii analitycznej w ostatnim z przedstawionych ujęć, także ono okazuje się wieloznaczne i nie rozjaśnia jeszcze wszystkich, nawet podstawowych, wątpliwości związanych ze słówkiem „analityczny”. W szczególności wskazać można na różnicę w rozumieniu języka (i właściwej metody jego analizy), jaka zachodzi między „analizą twardą” a „miękką”, czy, wedle innej propozycji, między „strukturalnym” a „komunikacyjnym” podejściem w teorii analitycznej¹⁷. W przybliżeniu, w ramach pierwszej perspektywy, język (w tym również praktyka

liza Tadeusz Szubka uzupełnia o, wewnątrz zróznicowany, typ „analizy systematycznej”, mający charakteryzować wiele najnowszych dokonań w obrębie omawianego nurtu filozofii. Zob. tamże, rozdz. II.

¹⁵ Warto zauważyć, iż sam Alexy nie podziela takiego stanowiska, konstruując teorię dyskursu, którą można określić jako wieloaspektową, czy, w nawiązaniu do polskich dyskusji z zakresu metodologii prawoznawstwa, jako „wielopłaszczyznową”. W ramach innego, niż proponowane przez tego autora, rozróżnienia nurtów teorii argumentacji, jego własna koncepcja określana jest jako jedna z najważniejszych spośród przynależących do tzw. „nurtu dialogicznego” – zob. E.T. Feteris, *A Survey of 25 Years of Research on Legal Argumentation*, „Argumentation” 1997, No. 11, s. 362-63; A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie...*, s. 488 i n.

¹⁶ Zob. szerzej M. Pichlak, *Autonomia argumentacji prawniczej: między refleksją etyczną a analitycznym prawoznawstwem*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2009, s. 248-51.

¹⁷ Zob. A. Kozak, *Myslenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, do druku przygotował M. Pichlak, wstęp A. Bator, Wrocław 2010, s. 73-79.

językowa, jaką jest dyskurs) analizowany jest przez pryzmat abstrakcyjnej, logicznej struktury, którą miałyby ucieleśniać. Perspektywa druga z kolei skupia swą uwagę na języku (dyskursie) rozumianym jako praktyka, tj. szczególny rodzaj działania społeczne go, w tym zakresie istotnym problemem czyniąc m.in. społeczne uwarunkowania i skutki posługiwania się językiem¹⁸.

Powyższa różnica łączy się odmiennym rozumieniem możliwego przedmiotu powszechnie ważnych sądów o dyskursie: w pierwszym wypadku tym, co uniwersalne, są logiczne kryteria poprawności posługiwania się językiem. Społeczne determinanty są tu wtórne i mogą co najwyżej prowadzić do zniekształceń dyskursu w stosunku do logicznego wzorca. W podejściu drugim, tym, co najbardziej podstawowe i powszechne (analityczne w szerokim rozumieniu), jest właśnie funkcjonowanie społecznych uwarunkowań języka, które dopiero wtórnie wyznaczać mogą uznawane za właściwe formy budowania wypowiedzi językowych¹⁹. Dla budowy normatywnej teorii dyskursu skutkuje to wskazaniem odmiennych kryteriów racjonalności: wedle pierwszego ujęcia, dyskurs racjonalny to zgodny z wymogami abstrakcyjnej i uniwersalnej logiki; wedle drugiego z podejść, dla oceny racjonalności dyskursu konieczne jest odwołanie się do kontekstu społecznego, w którym jest on osadzony.

Ostatnie uwagi ukazują jednocześnie różnicę między „komunikacyjnym” podejściem analitycznym a empiryczną teorią dyskursu, z którą mogłoby ono być błędnie utożsamiane. Zasadnicza różnica polega na tym, że nie ogranicza się ono do rejestracji socjologicznych zmiennych, lecz jest nastawione na analizę pewnych stałych właściwości dyskursu – z tym, że ujmowanego z perspektywy działania społecznego. Można wręcz powiedzieć, jakkolwiek stwierdzenie to wykracza poza „ducha” filozofii analitycznej, że społeczne osadzenie dyskursu wyznacza specyficzne warunki możliwości jego zaistnienia – zyskując tym samym przymiot warunku transcendentnego dyskursu²⁰.

Nie ukrywam, że za zdecydowanie trafniejsze w obrębie teorii analitycznej uważam podejście „komunikacyjne” niż „strukturalne”; zgadzam się z zasadniczym kierun-

¹⁸ Tę ostatnią perspektywę przyjmuje także – mimo znacznego zróżnicowania wewnętrznego – nurt tzw. analizy dyskursu. Por. np. A. Duszak, N. Fairclough, *Wstęp: Krytyczna analiza dyskursu – nowy obszar badawczy dla lingwistyki i nauk społecznych*, [w:] A. Duszak, N. Fairclough (red.), *Krytyczna analiza dyskursu. Interdyscyplinarne podejście do komunikacji społecznej*, Kraków 2008; A. Horolets, *Wprowadzenie – status dyskursu w badaniach socjologicznych*, [w:] A. Horolets (red.), *Analiza dyskursu w socjologii i dla socjologii*, Toruń 2008; R. Wodak, *Wstęp: Badania...*

¹⁹ Por. A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 73 i n.

²⁰ Tak pojmuje to zagadnienie Wojciech Kalaga, pisząc o problemie, „który – pod wieloma przebraniami – pojawia się w różnych obszarach szeroko rozumianej humanistyki (...). Problem ten – pisze dalej autor – ucieleśnia się w pytaniu o czynniki warunkujące możliwość zaistnienia i funkcjonowania dyskursów”. Czynniki te określa Kalaga jako „rudymetarną infrastrukturę dyskursu”. Zob. tegoż, *Mgławice dyskursu. Podmiot, tekst, interpretacja*, Kraków 2001, s. 5-7.

kiem, który ujawnia się w ramach tej perspektywy. Jednak m.in. ze względu na wskazane powyżej pomieszenie co do możliwych znaczeń pojęcia „teorii analitycznej”, a także silne jej uwikłanie w dążenie do „pojęciowo koniecznych” ustaleń, w dalszych rozważaniach będę unikał tego określenia. Zamiast tego dla prowadzonych tu analiz proponuję określenie „prakseologicznej koncepcji dyskursu”²¹. Choć koncepcja taka nadal korzysta w ograniczonym zakresie z metod analitycznych, nie jest to jedynie wymiana jednego słowa na inne. Podstawowa różnica wynika z faktu, że teoria analityczna, obojętnie, w której z jej odmian, postrzega argumentację przede wszystkim w jej wymiarze *l o g i c z n o - j ę z y k o w y m*; natomiast dla podejścia prakseologicznego argumentacja jest w pierwszym rzędzie *d z i a ł a n i e m s p o ł e c z n y m* i z tej perspektywy jest reflektowana. Wynika z tego m.in., że teoria prakseologiczna znacznie większą wagę powinna przywiązywać do zagadnień, które określić by można jako problemy społecznej ontologii dyskursu. Rozważania mieszczące się w nurcie filozofii analitycznej odznaczają się często bowiem tym, że dla budowy takiej ontologii rzeczywistości społecznej czynią wprawdzie miejsce, jednak samego tego zagadnienia już nie podejmują. Koncepcja prakseologiczna – przyjmując perspektywę postrzegania dyskursu jako działania społecznego – zmuszona jest niejako wyciągnąć z tego faktu dalej idące konsekwencje. Kolejny podrozdział ma na celu ukazanie, o jakiego rodzaju konsekwencje może tutaj chodzić.

3. Dyskurs jako praktyka społeczna

1. Rozumienie dyskursu jako działania społecznego jest jednym z podstawowych założeń współczesnej teorii argumentacji. Twierdzenia normatywne, formułowane w ramach tej teorii, nie mogą więc rezygnować z ugruntowania w teorii społecznej. Twierdzenie to pozostaje ważne co najmniej od czasów, kiedy John L. Austin na określenie wypowiedzi ukuł pojęcie „aktów mowy” – *speech acts*. Od tego bowiem momentu niemożliwe wydaje się prowadzenie refleksji nad językiem w oderwaniu od zagadnień pragmatyki – tj. m.in. od zależności pomiędzy praktyką używania języka a jego społecznym otoczeniem²². Jak wspomniane zostało w zakończeniu poprzedniego podrozdziału, w tym kierunku zmierzać ma proponowana tu prakseologiczna koncepcja dyskursu.

²¹ Termin zaczerpnięty z prac Pierre’a Bourdieu – zob. tegoż, *Szkie teorii praktyki, poprzedzony trzema studiami na temat etnologii Kabylów*, przeł. W. Kroker, Kęty 2007, s. 178 i n.

²² Jednego z bardziej pouczających przykładów oparcia teorii racjonalnego dyskursu na analizie dyskursu jako praktyki społecznej dostarcza teoria działania komunikacyjnego Jürgena Habermasa. Jest tak niezależnie od tego, czy z propozycją Habermasa zgadzać się, czy nie. Zob. tegoż, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1 i 2, przeł. A.M. Kaniowski, Warszawa 1999 i 2002; zwł. t. 1, s. 455 i n.

Co jednak ma oznaczać użyte wyżej pojęcie? Jak w tym ujęciu rozumiane jest samo pojęcie dyskursu? Stwierdzenie, iż dyskurs postrzegać należy przez pryzmat jego społecznej natury, otwiera przed nami co najmniej kilka możliwości interpretacyjnych; zachodzi tu potrzeba wskazania, na czym polega specyfika interpretacji przyjmowanej w ramach podejścia prakseologicznego.

Dostępne możliwości rozumienia tezy o społecznej naturze dyskursu zasadniczo zamykają się w polu wyznaczanym poprzez opozycję dwóch paradygmatów w teorii społecznej: obiektywistycznego (naturalistycznego), do którego w pierwszym rzędzie zaliczyć należy funkcjonalizm i strukturalizm, oraz interakcjonistycznego, którego sztandarowym przykładem może być etnometodologia. Zamiast o paradygmatach lepiej może byłoby tu mówić o podstawowych nurtach myślowych, zakładających zarówno odmienne sposoby poznania teoretycznego, jak i określone sposoby rozumienia praktyki i ontologie rzeczywistości społecznej. W tych ramach wyznaczają one także odmienny sposób rozumienia pojęcia dyskursu.

Celem ukazania powstającej różnicy sięgnijmy do rozważań Artura Kozaka. Autor ten wprowadza rozróżnienie pomiędzy „instytucjonalno-funkcjonalną” oraz „interakcyjno-pragmatyczną” wizją społeczeństwa. Pierwsza z nich „traktuje rzeczywistość świata kultury jako zewnętrzną i niezależną od jednostki ludzkiej. Istnieje ona obok człowieka podobnie jak natura”. Druga z kolei ma postrzegać rzeczywistość społeczną „jako permanentnie konstruowaną w międzyludzkich interakcjach symbolicznych. (...) Rzeczywistość kultury ma charakter okazjonalny (przypadkowy) i sytuacyjny (związany z konkretnym kontekstem), bo jest «wypadkową» niepowtarzalnego splotu szeregu okoliczności warunkujących określoną interakcję, w której negocjowana jest sytuacja”²³.

Kozak przedstawia nam tym samym obszar wyboru, którego granice zakreśla następująca opozycja: albo zgodzimy się na istnienie stabilnej struktury społecznej, niesprowadzalnej do praktyki i pełniącej wobec tej ostatniej funkcję regulacyjną, albo przyjmujemy wizję życia społecznego jako powstającego i ginącego wciąż na nowo w pojedynczych, niczym nie determinowanych interakcjach. Rodzi się jedynie pytanie, czy wybór musi się ograniczać do tych dwóch możliwości. Na następnych stronach będę się starał argumentować na rzecz tezy, że tak nie jest. Możliwy jest taki sposób rozumienia społeczeństwa i praktyki społecznej, który unika skrajności obydwu wymienionych ujęć. Podejście takie określać będę za Pierrem Bourdieu właśnie jako prakseologiczne²⁴. Jednym z autorów, którzy umożliwili jego rozwój, był m.in. Norbert Elias, piszący pod

²³ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, s. 108-109.

²⁴ Zob. P. Bourdieu, *Szkic teorii...*, s. 178 i n. Tego typu perspektywa teoretyczna cieszy się także dobrym miejscem w ramach nurtu analizy dyskursu – zob. np. J.P. Gee, *An Introduction to Discourse...*, s. 11.

koniec lat 30. ubiegłego wieku o potrzebie „usunięcia szczeliny, jaka często w myśleniu otwiera się między jednostką a społeczeństwem”²⁵.

W niniejszym rozdziale przedstawiam jedynie dość szkicowy zarys przyjętego podejścia teoretycznego²⁶. Jest to, jak sądzę, usprawiedliwione tym, że taki szkic wydaje się w pełni wystarczający dla prowadzonych rozważań. Wydobyte zostaną tu zatem jedynie najistotniejsze elementy pojmowania dyskursu. Tak ujęte, podejście charakteryzujące pracę pozostaje dość otwarte i może być przypisane różnym tradycjom teoretycznym. W szczególności, w moim zamyśle, winno być ono możliwe do pogodzenia zarówno z tradycją filozoficznej hermeneutyki, jak i pragmatyzmu, a w obszarze tzw. teorii społecznej – z propozycjami m.in. Bourdieu czy Anthony’ego Giddensa. (Oczywiście nie oznacza to, że wszystkie te nurty intelektualne dają się z kolei uzgodnić między sobą; dla potrzeb pracy jednoznaczne rozstrzygnięcie możliwych różnic nie wydaje się jednak konieczne).

2. Dla przybliżenia rekomendowanego tu podejścia prakseologicznego warto na początek przedstawić słabości obu wspomnianych wcześniej podejść – obiektywistycznego oraz interakcjonistycznego²⁷. Mówiąc w największym skrócie: z pierwszym zdaje się wiązać błąd hipostazy, z drugim zaś – redukcjonizmu.

Autorzy, którzy rozwijają interesujący nas tu nurt prakseologiczny, stosunkowo więcej miejsca poświęcają krytyce podejścia określonego tu jako obiektywistyczne. Jest to dyktowane faktem, iż cieszy się ono zdecydowanie większym uznaniem w naukach społecznych. Sam język tych nauk, przesycony takimi kategoriami teoretycznymi jak: społeczeństwo, kultura, grupa, klasa, norma, struktura, podmiot racjonalny *etc.*, wykazuje ciążenie w stronę myślenia obiektywistycznego.

Bourdieu ukazuje pułapki obiektywizmu głównie na przykładzie podejścia strukturalistycznego²⁸, słusznie, jak się zdaje, oskarżając je o paralogizm „urzeczowiania abstrakcji”, kiedy to kategorie konstruowane przez naukę traktujemy jako „samodzielne byty, posiadające społeczną skuteczność”²⁹. W takim podejściu praktyka nie jest ujmowana jako coś, co się dzieje, wraz z przynależną jej wieloznacznością, wewnętrznymi

²⁵ N. Elias, *Społeczeństwo jednostek*, przeł. J. Stawiński, Warszawa 2008, s. 23.

²⁶ Do pewnego stopnia charakterystyka ta zostanie rozwinięta w rozdziale kolejnym.

²⁷ Także te określenia czerpię od Bourdieu, jakkolwiek autor ten przedkłada określenie „fenomenologiczne” nad „interakcjonistyczne”. Mój wybór dyktowany jest wieloznacznością pierwszego z terminów, preferowanego przez Bourdieu. Zob. tenże, *Szkic teorii...*, s. 178 i n. Zbliżone rozróżnienie wprowadza Raymond Boudon, pisząc o paradygmacie interakcjonistycznym oraz deterministycznym – zob. tenże, *Efekt odwrócenia. Niezamierzone skutki działań społecznych*, przeł. A. Karpowicz, Warszawa 2008, s. 234 i n.

²⁸ Zob. P. Bourdieu, *Szkic teorii...*, s. 179-192.

²⁹ Tamże, s. 188.

sprzecznościami i częstą nieprzewidywalnością, ale jedynie jako kolejna kategoria teoretyczna, podległa obiektywnym strukturalizmom, których wykonanie stanowi. Jak mówi Bourdieu, działanie ulega rozdzieleniu na daną przedteoretyczną, dającą się bezpośrednio obserwować, która zostaje odrzucona jako zanieczyszczająca obraz obiektywnej struktury, oraz „konstruowany przedmiot” (kategorię teoretyczną) – realizację struktury – który zostaje wyeliminowany jako czysto indywidualny i wtórny wobec struktury. „Obiektywizm buduje teorię praktyki (w znaczeniu wykonania), ale tylko jako negatywnego produktu ubocznego, (...) odpadu z budowy systemów obiektywnych relacji, który natychmiast zostaje wyrzucony na śmietnik³⁰.” Działanie jest tu wyjaśniane poprzez odwołanie do mających je modelować struktur. Powraca jednak problem paralogizmu (hipostazy) – obiektywizm nie wyjaśnia, w jaki sposób pewne kategorie teoretyczne (jaką jest m.in. struktura) miałyby „modelować” rzeczywiste zachowania jednostek – w wyjaśnieniu tym łączy się pojęcia o zupełnie odmiennym statusie epistemologicznym. Taka próba wpisania teoretycznego modelu w żywą tkankę społecznych interakcji skutkuje, jak mówi przywoływany autor, „ześlizgiwaniem się z modelu rzeczywistości do rzeczywistości modelu”³¹.

Ten sam problem jeszcze wyraźniej ujawnia się w przypadku funkcjonalizmu, który wprost traktuje strukturę jako kategorię opisową, jako element życia społecznego (w przeciwieństwie do strukturalizmu, który zdaje się rozumieć ją na sposób bardziej rekonstrukcyjny)³². Utożsamiana z funkcją, kategoria ta prowadzi do budowy modelu statycznego i deterministycznego³³.

Jeśli idzie o podejście interakcjonistyczne, niewątpliwie wychodzi ono od przekonania, że, jak mówi Elias, „społeczeństwo z jego porządkiem nie istnieje poza jednostkami”³⁴. W rezultacie dochodzi jednak do ograniczenia analizy tylko do poziomu pojedynczych interakcji i ich właściwości; życie społeczne gubi swój wymiar uwarunkowań strukturalnych. Jest to przykład redukcjonizmu w naukach społecznych. Jak stwierdza Giddens, podejście takie „popęśnia typowy błąd, rozpatrując jedynie problem «wytwarzania», przez co w ogóle nie rozwija pojęć analizy strukturalnej”³⁵. Choć u przywoływanych wyżej autorów, wykazujących niedostatki obiektywizmu, nie znajdujemy rów-

³⁰ Tamże, s. 185.

³¹ Tamże, s. 191. Zob. także D. Howarth, *Dyskurs...*, s. 54.

³² Zob. A. Giddens, *Nowe zasady metody socjologicznej. Pozytywna krytyka socjologii interpretacyjnych*, przeł. G. Woroniecka, Kraków 2001, s. 172-174.

³³ Por. tamże, także s. 139-147. Podejście takie rodzi zdaniem Giddensa kolejne słabości, wspólne dla strukturalizmu oraz funkcjonalizmu: niemożność poradzenia sobie z zagadnieniami konfliktu i zmiany społecznej. Jak pisze przywoływany autor o projekcie Durkheima: „kiedy raz oddzielił [on] metodologicznie historię – zdarzenia w czasie – od funkcji, nie potrafił ich potem powiązać” (tamże, s. 173).

³⁴ N. Elias, *Społeczeństwo jednostek...*, s. 78.

³⁵ A. Giddens, *Nowe zasady...*, s. 174.

nie rozbudowanej krytyki podejścia interakcjonistycznego, jego słabe strony wydają się ewidentne. W skrajnej postaci redukcjonizm tego rodzaju uniemożliwiłby jakiegokolwiek rozwój teorii społecznej; wszystko, co byłoby dostępne badaczowi, to opis nieskończonej liczby pojedynczych sytuacji, bez nadziei na jakiegokolwiek uogólnienie – choćby w postaci typologii zachodzących interakcji. W podejściu takim niemożliwe staje się dokonanie rozróżnienia między przedmiotem badania a teorią odnoszącą się do owego przedmiotu³⁶.

Jak wykazał swego czasu Elias, obydwie omawiane podejścia wpadają we wspólną pułapkę, którą można określić jako błąd esencjalizmu bądź substancjalizmu. Stwierdzenie takie może w pierwszej chwili wydać się zaskakujące. Łatwiej błąd tego rodzaju dostrzec w podejściu obiektywistycznym, przypisującym niezależną „istotę” czy „substancję” społecznym strukturom³⁷; czy jednak można mówić o nim w odniesieniu do przedstawicieli postawy interakcjonistycznej? Elias twierdzi, że tak: także oni bowiem podzielają wiarę, że przedmiotem analizy mogą być jedynie byty posiadające tego typu własną substancjalność – różnica polega jedynie na rodzaju bytów, którym przypisywane jest tego rodzaju istnienie. W wypadku pierwszym są to struktury, w drugim – jednostki.

Warto może przytoczyć uwagi Eliasa, do dziś zadziwiająco swą trafnością, w szerszym wymiarze. Autor ten skupia najpierw swą uwagę na przedstawicielach obiektywizmu:

Ponieważ są oni w stanie pojmować prawidłowości jedynie jako prawidłowości obiektów materialnych czy sił materialnych, nieświadomie przypisują obserwowanym prawidłowościom ludzkich związków ich własną substancję, niezależną od jednostek. Wychodząc od tych specyficznych prawidłowości społecznych, mogą myśleć o społeczeństwie jedynie jako o czymś ponadjednostkowym. Jako medium tych prawidłowości wynajdują bądź „zbiorowego ducha”, bądź „zbiorowy organizm”, albo bywa też, ponadjednostkowe mentalne i materialne „siły”, przez analogię do przyrodniczych sił i substancji³⁸.

Następnie Elias przenosi swoje zainteresowanie na zwolenników opozycyjnego poglądu:

Na przeciwnym biegunie znajdują się ugrupowania, których idee skupiają się przede wszystkim na ludzkich jednostkach. Dostrzegają dość wyraźnie to, co jest zakryte dla tamtych: że wszystko to, co nazywamy „strukturami i prawami społecznymi”, to struktury i prawa relacji między pojedynczymi ludźmi. Lecz podobnie jak przedsta-

³⁶ Por. zbliżoną krytykę radykalnego deskrypcjonizmu w teorii języka u Zirk-Sadowskiego, *Rola pragmatyki w badaniach języka prawnego*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 1981, nr 6.

³⁷ P. Bourdieu, *Szkic teorii...*, s. 175.

³⁸ N. Elias, *Społeczeństwo jednostek...*, s. 24.

wiele pierwszej grupy, ci również są niezdolni do uznania, że relacje same mogą mieć własne struktury i prawidłowości; podobnie jak tamci mimowolnie myślą o tych strukturach i regularnościach nie jako o właściwościach relacji między namacalnymi całościami, lecz jak o właściwościach samych takich materialnych całości. Uważają oni jednak (...) że ta realna substancja społecznych struktur i prawidłowości jest atrybutem wyizolowanej jednostki³⁹.

Jeśli chce się uniknąć tego rodzaju pułapek myślenia, należy odrzucić zarówno ograniczenia obiektywizmu, jak i interakcjonizmu. Chodziłoby zatem o podejście, które nie wyklucza rzeczywistego oddziaływania struktur na praktykę, ale które nie przypisuje im niezależnego bytowania, akceptując fakt, iż „ani na poziomie logiki, ani w praktyce życia codziennego nie możemy wydostać się poza strumień działania”⁴⁰. Innymi słowy, podejście takie musi uznawać, że „rzeczywistą” tkanką społeczną są jedynie działania i interakcje jednostek, uwarunkowania strukturalne zaś są wytwarzane, odtwarzane i podtrzymywane jedynie w takich działaniach⁴¹. To właśnie są podstawowe założenia podejścia prakseologicznego. W jego ramach wpływ struktury na praktykę nie stanowi więcej założenia, które – dostarczając wyjaśnień dla obserwowanych prawidłowości – samo w sobie nie wymaga wyjaśnienia. Raczej, obserwując tego typu wpływ, czynić się będzie z niego problem, krytycznie pytając o warunki możliwości istnienia struktury i jej skuteczności⁴². W istocie, z tego właśnie rodzaju problemem mieliśmy do czynienia w rozdziale poprzednim, stawiając pytania o sposób funkcjonowania argumentu z zamkniętego systemu źródeł prawa w praktyce. Jedną z możliwych odpowiedzi w tym zakresie dostarczyć ma część trzecia pracy.

3. Pora odpowiedzieć na pytanie, na czym polega specyfika podejścia prakseologicznego w odniesieniu do problematyki dyskursu. Przede wszystkim pod pojęciem tym rozumie się tu zawsze *rzeczywistą praktykę* – chodzi o dyskurs rozumiany „realnie”, a nie „idealnie”⁴³. Warto zauważyć, że w polskiej literaturze z zakresu prawoznawstwa dominuje aktualnie rozumienie pojęcia dyskursu, wywodzące się z tradycji, którą umownie

³⁹ Tamże.

⁴⁰ A. Giddens, *Nowe zasady...*, s. 16-17.

⁴¹ Najczytelniej bodaj pisze o tym A. Giddens, który na określenie tego procesu proponuje neologizm „strukturacja”. Zob. tamże, s. 174-178.

⁴² Przy czym w odniesieniu do struktury „istnienie” *de facto* równa się skuteczność – nie istnieje ona przecież esencjalnie, a jedynie jako czynnik „odkształcający” wybory jednostek.

⁴³ Rozróżnieniem takim posługuje się Ota Weinberger i przyjmuje je od tego autora jako niezwykle trafne – jakkolwiek zarówno metody, jak i kierunek analiz Weinbergera różnią się w sposób zasadniczy od proponowanych tutaj. Por. tenże, *Basic Puzzles of Discourse Philosophy*, „Ratio Juris” 1996, Vol. 9, No. 2, s. 173 i n.

nazwać można „niemiecką”⁴⁴. Klasyczne jej przykłady mogą stanowić uniwersalna pragmatyka Jürgena Habermasa bądź transcendentálna pragmatyka Karla Ottona Apla. Kategoria dyskursu posiada tu wyraźnie idealne i normatywne zabarwienie. Często przy tym pod pojęciem tym rozumie się pewną uniwersálną, abstrakcyjną strukturę, niesprowadzalną do rzeczywistych praktyk – co rodzi podejrzenia o nastawienie obiektywistyczne. W proponowanym tu ujęciu natomiast pojęcie to odnosi się zawsze do konkretnej, jednostkowej praktyki, mającej z konieczności charakter lokalny i ograniczony⁴⁵. Tak rozumiane dyskursy (liczba mnoga wydaje się tu właściwsza) dzieją się, rozpoczynają i kończą – i dopiero wtórnie pytać można o ich ewentualne podobieństwa czy też obserwowane w ich ramach regularności i prawa.

Oczywiście, także w takim ujęciu dyskurs jest kategorią teoretyczną, a nie „daną przedteoretyczną” – jest już pewną interpretacją rzeczywistych działań społecznych. Jako kategoria teoretyczna stara się jednak pozostać na tyle „blisko praktyki”, na ile to w ogóle możliwe. W szczególności, jego ujęcie nie odbiega w istotny sposób od praktycznych interpretacji własnych działań, przyjmowanych przez samych uczestników opisywanych praktyk społecznych.

W świetle dotychczasowych rozważań rozumieć należy podstawowe cechy dyskursu, rozumianego jako praktyka społeczna. Uznanie dyskursu za taką praktykę, poza wynikającym zeń *a fortiori* wymogiem intersubiektywności, skutkuje przyjęciem co najmniej czterech podstawowych z punktu widzenia pracy założeń, charakteryzujących jego naturę. Jest to kolejno założenie o substancjalności dyskursu, o jego skończoności (lokalności), charakterze podmiotowym oraz kierowaniu przez reguły; zostaną one omówione poniżej.

Pierwszą z konsekwencji rozumienia dyskursu jako praktyki społecznej jest przyjęcie, iż dyskurs z istoty ma zawsze charakter substancjalny. Znaczy to m.in., że na jego formę, zasady i wyniki wywiera wpływ historyczna treść przekonań uczestników⁴⁶.

⁴⁴ Zob. zwł. M. Zirk-Sadowski, *Dyskurs jako mowa regulowana normami moralnymi*, [w:] G. Skąpska i in. (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992, s. 185 i n.; także B. Wojciechowski, *Dyskursywny model sądowego stosowania prawa – wybrane aspekty*, [w:] J. Stelmach (red.), *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003, s. 151-155; tenże, *Uzasadnianie praw...*, s. 11 i n.; częściowo też J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny...*, s. 16-22; tenże, *Etyka dyskursu...*, s. 261 i n. Z zagranicznych autorów zajmujących się ogólną nauką o prawie, którzy przyjmują podobną perspektywę, wskazać należy oczywiście w pierwszym rzędzie Alexy’ego (*A Theory of Legal...*, *passim*).

⁴⁵ Tym samym różni się ono także od innej wpływowej w naukach społecznych tradycji rozumienia tego pojęcia, czerpiącej ze strukturalizmu i poststrukturalizmu (z Michelelem Foucaultem jako jej najważniejszym przedstawicielem), gdzie oznacza ono przede wszystkim pewien zobiektywizowany porządek, warunkujący praktykę. Zob. np. D. Howarth, *Dyskurs...*, gdzie autor odnosi tytułową kategorię „...do historycznie uwarunkowanych systemów znaczeń kształtujących tożsamość podmiotów i przedmiotów” (s. 24). Przyjęta tu perspektywa zdaje się natomiast pozostawać najbliższa rozumieniu kategorii dyskursu w tradycji anglosaskiej – por. np. R. Wodak, *Wstęp: Badania...*

⁴⁶ Zob. na ten temat m.in. R. Alexy w: A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, [w:] A. Aarnio, N. MacCormick (red.), *Legal Reasoning*, Dartmouth 1992, Vol. 1, s. 273-275

Próba sformułowania czysto formalnej teorii dyskursu nieuchronnie fałszuje obraz. Dyskurs zawsze toczony jest z pewnego miejsca; „argumentacja nigdy nie przebiega w pustce”⁴⁷. „Miejsce” to wyznaczone jest przez audytorium, w którego ramach argumentacja jest podejmowana. Przyjęta teoria musi zdawać z tego sprawę, potrafiąc nazwać, a nie raz poddać problematyzacji to miejsce i charakterystyczną dla niego perspektywę. Dyskurs zatem zawsze dokonuje się w określonym świecie, bez którego nie daje się uchwycić jego sensu; to struktura świata czyni dyskurs i obecne w nim argumenty sensownymi. Na oznaczenie tej struktury, zakładanej w dyskursie, posługuję się w pracy pojęciem „kontekstu”⁴⁸.

Jak zostało zaznaczone, kontekst dyskursu wyznaczany jest przez audytorium, w którym jest on prowadzony. Pojęcie audytorium wprowadzone zostało przez Chaima Perelmana, który określił je jako „ogół tych wszystkich osób, na które mówca chce wpłynąć swoją argumentacją”⁴⁹.

Uznając niewątpliwą zasługę Perelmana we wprowadzeniu omawianej kategorii, wobec przyjętego przezeń sposobu jej rozumienia podnieść można dwa zarzuty: po pierwsze, wyznaczenie ram audytorium dokonuje się tu poprzez świadomość jednostki argumentującej (ujęcie psychologizujące), po drugie zaś, audytorium to ujęte zostaje na sposób czysto podmiotowy („ogół osób”)⁵⁰. Szczególnie w odniesieniu do pierwszej kwestii stwierdzić można, iż wikła się ona w ryzykowny dla teorii prawa psychologizm i nurt filozofii świadomości w ogóle. Przy takim podejściu uzasadnienie choćby intersubiektywności zabiegów argumentacyjnych napotyka znaczne trudności⁵¹.

Podejściu temu przeciwstawić można sposób rozumienia audytorium przez Auliusa Aarnio, który wiąże je z wywodzącą się z filozofii Ludwiga Wittgensteina kategorią formy życia (sposobu życia)⁵², której audytorium jest „osobowym wyrazem”⁵³. Audytorium, stanowiące przestrzeń istnienia dyskursu, jest wspólnotą określaną przez uczest-

[oryg. wyd. w: „Rechtstheorie” 1981, Nr 12].

⁴⁷ Ch. Perelman, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, przeł. M. Chomicz, Warszawa 2004, s. 22.

⁴⁸ Pojęcie to odgrywa istotną rolę w analizach z zakresu socjolingwistyki – zob. T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Warszawa – Kraków 1986, s. 84-92.

⁴⁹ Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 27.

⁵⁰ Od tego ostatniego zresztą Perelman sam odchodzi, mówiąc też o przekonaniach jako konstytutywnych dla audytorium. Zob. Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 34-37.

⁵¹ Por. na ten temat uwagi co do kategorii świata życia w rozdz. V.4.

⁵² Oryginalny termin *Lebensform* tłumaczony bywa na dwa odmienne sposoby, raz jako „forma życia” (zob. np. A. Aarnio, *O pojęciu audytorium w argumentacji prawniczej. Filozoficzny punkt widzenia*, przeł. M. Zirk-Sadowski, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 1981, nr 6, s. 3-25; P. Dehnel, *Dekonstrukcja – rozumienie – interpretacja. Studia z filozofii współczesnej i nie tylko*, Kraków 2006, *passim*), raz jako „sposób życia” (zob. L. Wittgenstein, *O pewności*, przeł. B. Chwedeńczuk, Warszawa 2001). Pierwszy wybór wydaje się właściwszy.

⁵³ Zob. A. Aarnio, *O pojęciu audytorium...*, s. 12 i n.

nictwo we wspólnej formie życia (lub jej fragmencie), rozumianej jako praktyka wyznaczająca wspólny horyzont tego, co dla jej uczestników niepoddające się pod wątpliwość⁵⁴. Do kategorii tej powrócimy szerzej w dalszych rozważaniach⁵⁵.

Z założenia o substancjalnej naturze dyskursu płyną poza wszystkim innym dwa wnioski.

Po pierwsze, wśród wymogów racjonalności dyskursu muszą się znaleźć także pewne podstawowe wymogi co do jego treści (treści przekonań jego uczestników), choćby były one sformułowane wyłącznie na sposób negatywny.

Po drugie, co w tym miejscu zdaje się istotniejsze, dla możliwości dyskursu konieczny jest pewien stopień zbieżności treści tych przekonań uczestników, które są istotne z punktu widzenia konkretnej „sytuacji dyskursu”. W szczególności, nie wystarczy zgoda w kwestii formalnych ram organizacji procedury argumentacji. Rozszerzone zostają tym samym wymogi co do wspólnego horyzontu, który podzielać muszą uczestnicy praktyki dyskursu⁵⁶.

4. Kolejne założenie jest negatywnym dopełnieniem poprzedniego, przyjmując wielowymiarowe ograniczenie dyskursu. Analogicznie do trzech rodzajów skończoności bycia, opisanych przez Odoną Marquarda⁵⁷, wyróżniam tu trzy relatywizacje skończoności dyskursu: skończoność w stosunku do przestrzeni, w stosunku do czasu oraz do Boga. Wspólnie one wyznaczają to, co można za Giddensem nazwać „usytuowaniem” dyskursu⁵⁸.

⁵⁴ Myśl o społecznym usytuowaniu praktyk argumentacyjnych (językowych) obecna jest w filozofii Wittgensteina we wszystkich właściwie etapach jej rozwoju – przy czym zmieniają się podstawowe kategorie, które mają ją wyrażać. Obok „formy życia” jest to przede wszystkim powiązana z nią kategoria „gry językowej”. Jednak już na etapie *Traktatu logiczno-filozoficznego* pojawia się pokrewny problem „granic świata” – zob. szerzej G.H. von Wright, *Wittgenstein o pewności*, przeł. M. Szczubiałka, [w:] L. Wittgenstein, *O pewności...*, s. 122-133. O relacjach między pojęciami gry językowej i formy życia pisze A. Aarnio, *O pojęciu audytorium...*, s. 13-14.

⁵⁵ Zob. rozdz. V.4.

⁵⁶ Zob. A. Aarnio, w: A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal...*, s. 32; T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny...*, s. 84-85. Dobrym przykładem niemożności zaistnienia sensownego dyskursu w przypadku braku podzielanej płaszczyzny odniesienia w strukturze świata jest stara indyjska anegdota o ludziach badających słonia w ciemnym pomieszczeniu. Ponieważ każdy z badaczy dotyka jedynie pewnego fragmentu słonia, i każdy odmiennego, ich poznawcze horyzonty odniesienia nie pokrywają się, a oni sami nie potrafią dojść do racjonalnego porozumienia, czym jest zwierzę zwane słoniem. Także ten wymóg można interpretować jako jeden z warunków racjonalności dyskursu.

⁵⁷ O. Marquard, *Pytanie o pytanie, na które odpowiedzią jest hermeneutyka*, [w:] tenże, *Rozstanie z filozofią pierwszych zasad*, przeł. K. Krzemieniowa, Warszawa 1994, s. 125-127. Problem możliwości aplikacji koncepcji tego filozofa na grunt ogólnej refleksji o prawie podjął P. Jabłoński, *O przydatności rad Odo Marquarda we współczesnym namyśle nad prawem*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2007, s. 53 i n.

⁵⁸ A. Giddens, *Stanowienie społeczeństwa. Zarys teorii strukturacji*, przeł. S. Amsterdamski, Poznań 2003, s. 125 i n.

Dyskurs jest skończony w wymiarze czasowym oraz przestrzennym, ponieważ dokonuje się on w sytuacjach społecznych, które zasadniczo mają charakter dyskretny, tzn. stosunkowo wyraźnie zarysowane granice czasoprzestrzenne⁵⁹. Do tego ograniczenia dochodzą także dalsze, wynikające z osadzenia praktyki dyskursu w określonym porządku językowym, kulturowym, instytucjonalnym... Wszystkie one określają sposób usytuowania praktyki dyskursu, który zapewnia zaplecze dla jego prowadzenia, ale jednocześnie wyznacza jego granice.

Szczególnie ograniczenie przestrzenne może wydawać się dziś, w dobie globalizacji i komunikacji elektronicznej, tracić na znaczeniu. Przekonanie o zaniku tego rodzaju ograniczenia jest jednak, przynajmniej częściowo, złudne; przestrzeń i jej granice nie znikają, zmienia się tylko ich forma. Jeśli pod pojęciem przestrzeni dyskursu rozumieć to wszystko, co pozostaje w zasięgu oglądu jego uczestników, uznać należy, że także cyberprzestrzeń narzuca tego rodzaju ograniczenia. Oczywiście, potencjalny zasięg spojrzenia jest tutaj znacznie szerszy, do tego stopnia, że przenosić można uznać go za nieograniczony. W naszych analizach interesuje nas jednak, przypomnijmy, realny kształt dyskursu – a z tej perspektywy widać, że możliwości „objęcia wzrokiem” owej przestrzeni przez uczestników praktyki są niezwykle skromne i fragmentaryczne. Paradoksalnie, ta potencjalna łatwość dostępu do wszelkich informacji sprawia, że ograniczoność naszych faktycznych możliwości staje się jeszcze wyraźniejsza. Jej przekroczenie możliwe byłoby tylko w takim dyskursie, w którym uczestniczyć mogłaby nieskończona liczba uczestników. Także to okazuje się jednak niemożliwe; spojrzenie na osobowy wymiar dyskursu odsłania kolejny wymiar jego skończoności.

Podsumujmy: dyskurs pozostaje skończony tak w wymiarze czasowym i przestrzennym, jak i osobowym. Wszystkie one wyznaczają pewne usytuowanie dyskursu – zawsze lokalne, każdorazowo bowiem możliwe są do pomyślenia usytuowania inne niż aktualnie dostępne. Tę przypadkowość oddają najkrócej słowa Marquarda: „skończoność jest byciem – jakich wiele”⁶⁰. Ograniczenia te prowadzą jednocześnie do ostatniego z podstawowych wymiarów skończoności, które zostało tu nazwane skończonością w stosunku do Boga.

Teza o skończoności dyskursu w stosunku do Boga nie musi bynajmniej mieć charakteru teologicznego. Oznacza ona, iż dyskurs zawsze jest toczony w obliczu niepełnej wiedzy jego uczestników. Uczestnicy dyskursu, uwikłani w tak, a nie inaczej

⁵⁹ Tamże. Jak sądzę, kategorie czasu i przestrzeni powinny być tu rozumiane nie na sposób fizyczny, lecz jako „obszary znaczące”. Są one w tym ujęciu wypełnione znaczeniem, które niosą, i temu znaczeniu są podporządkowane. Na temat takiego sposobu rozumienia czasu i przestrzeni zob. zwł. H. Buczyńska-Garewicz, *Metafizyczne rozważania o czasie. Idea czasu w filozofii i literaturze*, Kraków 2003, *passim*; też: *Miejsca, strony, okolice. Przyczynek do fenomenologii przestrzeni*, Kraków 2006, *passim*.

⁶⁰ O. Marquard, *Pytanie o pytanie...*, s. 126.

usytuowane praktyki, znajdują się stale w sytuacji niemożności obrania „boskiej perspektywy” – wolnej od uwikłań w partykularyzmy i ograniczenia⁶¹.

W szczególny sposób problem skończoności dyskursu uwidacznia się w odniesieniu do dyskursu prawniczego, gdzie nieraz ta jego cecha podlega sformalizowaniu. Konieczność zakończenia, przzerwania w pewnym momencie procedury dyskusowania podnoszona jest zwłaszcza w odniesieniu do dyskursu toczonego w ramach stosowania prawa. Jednocześnie tę cechę stosowania prawa wydobywa się jako mającą określać jego specyfikę w stosunku do np. rozważań dogmatycznoprawnych. Paradoksalnie jednak, podkreślenia wymaga tu raczej brak specyfiki dyskursu prawniczego. Jak zostało wskazane, każda praktyka dyskursu ma charakter skończony; ograniczenia pewnych jego rodzajów mogą jedynie przybierać charakter sformalizowany, co jednak nie stanowi o jakiejś radykalnej odrębności tego typu dyskursu.

5. Wreszcie dyskurs, jak każda praktyka społeczna, z jednej strony pozostaje działaniem podmiotowym, z drugiej zaś jest kierowany regułami. Uznanie tych dwóch jego właściwości stanowi bezpośrednią konsekwencję przyjętego tu, prakseologicznego sposobu rozumienia dyskursu – w pewnym sensie łączącego elementy spojrzenia interakcjonistycznego oraz obiektywistycznego. Właśnie pierwszemu z nich prezentowane podejście zawdzięcza uznanie działającego podmiotu za istotny element analizy społecznej rzeczywistości. Skoro zaś praktyka dyskursu ma charakter podmiotowy, to pozostaje także praktyką potencjalnie twórczą i otwartą na zmianę, co teoria społeczna także powinna uwzględniać. Stanowi to dla tej ostatniej niemałe wyzwanie, jako że często sprawia ona wrażenie „dziedziny badań pozbawionej podmiotu”⁶² – bądź poprzez jego pominięcie na rzecz determinantów strukturalnych, bądź też poprzez traktowanie działania podmiotowego jako swoistej „czarnej dziury”, zmiennej niewiadomej, ograniczającej możliwość konstrukcji w pełni satysfakcjonującej (deterministycznej) teorii. Należy tymczasem przyjąć działanie podmiotowe jako pozytywną podstawę dla budowy teorii. Jak stwierdza cytowany przed chwilą Raymond Boudon, badacz społeczny „nie może zaniedbywać roli wolności bez narażenia się na duże rozczarowanie”. Potrzeba zatem „dookreślić stopień wolności, którym dysponują aktorzy społeczni w ramach społeczeństwa, przy uwzględnieniu przymusów strukturalnych danej sytuacji”⁶³.

Daleko większe trudności rodzi jednak z pozoru oczywiste stwierdzenie, iż dyskurs kierowany jest regułami. Tego rodzaju rozumienie praktyki w ogóle, a praktyki językowej w szczególności, proponowali m.in. przywoływani już „późny” Wittgenstein

⁶¹ Por. A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 34-35.

⁶² R. Boudon, *Efekt odwrócenia...*, s. 229.

⁶³ Tamże, s. 19.

oraz Austin⁶⁴. Na gruncie prawoznawstwa do koncepcji tych dwóch filozofów języka nawiązywał, wprost lub pośrednio, choćby Herbert Hart⁶⁵. Czy nie jest to jednak powrót prostą drogą do błędu legalizmu i hipostazy, przed którymi przestrzegał nas m.in. Bourdieu? Z jednej strony, pojęcie reguły nie może być tu rozumiane jedynie jako opis pewnej regularności, możliwej do zaobserwowania w danej grupie; jedną z konstytutywnych, jeśli nie najważniejszą cechą reguł jest ich wiążący, normatywny charakter. Z drugiej strony, pojęcie reguły, jako części składowej strukturalnych uwarunkowań dyskursu, powinno być rozumiane raczej na sposób rekonstrukcyjny, nie zaś opisowy. Reguły nie są częścią praktyki, która istniałaby „realnie”, na sposób podobny do miejsca, w którym praktyka jest wykonywana, do jej uczestników, ich aktów mowy, poruszeń ciała *etc.*

Rodzi to pytania o możliwy do przyjęcia sposób rozumienia reguł, o źródła ich normatywnego charakteru, o dokładny sens stwierdzeń o „kierowaniu się regułami” czy o „zastosowaniu reguły”. Jak wiadomo, najbardziej wpływową współcześnie dyskusję tych problemów zainicjowały pisma Wittgensteina⁶⁶. Obecne uwagi nie są właściwym miejscem dla poszukiwania odpowiedzi na powyższe pytania; ograniczyć należy się tu do prostej konstatacji, iż w praktyce dyskursu ujawnia się skuteczny charakter reguł. Ponownie wypada odesłać do dalszych partii pracy, a dokładniej do rozdziału piątego, w którym sformułowana zostanie jedna z możliwych prób takiej odpowiedzi.

Przyjęta tu perspektywa może być przeciwstawiana różnego rodzaju ujęciom, przejawiającym tendencje do jednostronnego spojrzenia na praktykę⁶⁷. Za najbardziej wpływowe przykłady takich jednostronnych ujęć uznać można traktowanie praktyki społecznej jako działania zorientowanego strategicznie, jak i postrzeganie jej w kategoriach „normatywnego determinizmu”. Można je traktować jako specyficzne warianty prezentowanych powyżej perspektyw interakcjonistycznej oraz obiektywistycznej. Podobnie jak w przypadku tych ostatnich, ostre przeciwstawienie dwóch wskazanych tu sposobów orientacji działania społecznego nie wydaje się właściwą postawą. Można stwierdzić, iż w praktyce obydwie te orientacje – nazwijmy je strategiczną i normatywną – mogą się na siebie nakładać i przenikać.

⁶⁴ Zob. m.in. R. Alexy, *A Theory of Legal...*, s. 47-58; por. także P. Dehnel, *Dekonstrukcja – rozumienie...*, s. 194 i n.

⁶⁵ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 1998, *passim*. O związkach teorii Harta z tzw. filozofią języka potocznego zob. rozdz. VI.3.

⁶⁶ Na gruncie prawoznawstwa problemy te rozważa w swojej ostatniej pracy A. Kozak – zob. tenże, *Myślenie analityczne...*, s. 157-66.

⁶⁷ Zob. np. J. March, J. Olsen, *Instytucje. Organizacyjne podstawy polityki*, przeł. D. Sielski, Warszawa 2005, s. 11 i n. Zob. na ten temat także rozdz. V.2.

Przydatne w tym kontekście może okazać się wprowadzone przez Alfreda Schütza rozróżnienie czynników warunkujących działanie na „motywy-*azęby*” (orientacja strategiczna) oraz „motywy-*ponieważ*” (orientacja normatywna). Autor ten ukazuje powiązania zachodzące w praktyce między obydwoimi rodzajami motywacji, krytykując z tych pozycji ich ostre przeciwstawienie w obrębie teorii działania racjonalnego Maxa Webera⁶⁸. Jest to jednocześnie jedno z tych miejsc w koncepcji teoretycznej Schütza (do której sięgam szerzej w części trzeciej pracy), które pozwala ukazać jej związki z przyjętym podejściem prakseologicznym.

Jeśli więc działam jako podmiot racjonalny w rozumieniu klasycznej socjologii – podmiot zmierzający do zrealizowania zamierzonego celu w oparciu o dostępną wiedzę – to jednocześnie działam w ramach wyznaczanych mi przez reguły społeczne, nakazujące wybierać określony sposób postępowania spośród teoretycznie dostępnych. Nie jestem przy tym skazany na postrzeganie owych reguł jedynie jako środków do skutecznego osiągnięcia celu – można powiedzieć, iż mają one w pełni charakter normatywny, tj. wiążący mnie jako uczestnika praktyki⁶⁹. Te dwie perspektywy pozostają nierozdzielne, jak bowiem zauważa Michał Paździora, wiążące mnie reguły nie tylko wyznaczają dopuszczalne środki działania, ale wywierają wpływ na samo określenie celów⁷⁰. Nawet jeśli w rutynowych działaniach rzadko uświadamiam sobie obecność reguł i wiążącą moc, z jaką na mnie oddziałują, świadczy to jedynie o ich sile i głębokim zakorzenieniu w moich „strukturach decyzyjnych”. Reguły te trwają, często w sposób niezauważalny kształtując moje zachowanie i podsuwając wybór w przypadkach istnienia alternatywnych dróg postępowania⁷¹.

⁶⁸ Zob. A. Schütz, *Potoczna i naukowa interpretacja ludzkiego działania*, przeł. D. Lachowska, „Studia Filozoficzne” 1979, nr 6, s. 160-161 i 167-176.

⁶⁹ Podobne rozumienie praktyki (jako *działania-w-sytuacji*) prezentuje M. Paździora, ugruntowując swoje stanowisko w założeniach zwrotu pragmatycznego – zob. tenże, *Uprzywilejowanie praktyki, czyli o tzw. zwrocie praktycznym w teorii i jego konsekwencjach*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność...*, s. 188-193.

⁷⁰ Tamże.

⁷¹ A. Kozak pojęcie reguły wiąże jedynie z tymi wyznacznikami społecznych zachowań, które wpływają na nasze postępowanie w sytuacji świadomości istnienia wyboru. Dla oznaczenia tych sytuacji, w których zachowanie dyktowane przez reguły (*sensu largo*) narzuca się jako jedynie możliwe, autor ten posługuje się pojęciem „imperatywu instytucjonalnego”. Uznając wagę powyższego rozróżnienia, w pracy używam jednak pojęcia reguł w szerszym sensie, obejmującym obydwie te kategorie, zgodnie z utrwaloną tradycją teorii socjologicznej. Pojęciu imperatywu instytucjonalnego bliska pozostaje natomiast używana przeze mnie kategoria instytucjonalnej reguły – zob. rozdz. V.5. Zob. także A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 61-62.

4. Charakterystyka dyskursu prawniczego

1. Gdy podejmuje się próbę wyodrębnienia z ogólnego pojęcia dyskursu tzw. dyskursu prawniczego, stanąć musi pytanie o kryteria, wedle których wyodrębnienie to się dokonuje. Problem ten zawsze przysparzał nauce prawa licznych kłopotów. Stąd też zapewne częstym w literaturze podejściem jest unikanie szczegółowych rozważań w tym zakresie i oparcie się na rozumieniu intuicyjnym, zapewne przy założeniu, że w „praktyce każdy wie, o co chodzi”⁷².

Autorzy, którzy podejmują się wskazania, choćby pośrednio, na kryteria wyodrębniające dyskursu prawniczy, przyjmują różnego rodzaju strategie. Tytułem przykładu wskazać chciałbym tu na dwa szczególnie interesujące rozwiązania w tej materii.

Pierwszym jest rezygnacja z definiowania cech szczególnych dyskursu prawniczego, połączona jednak z odesłaniem do określonej teorii takiego dyskursu. Postawę taką, jak się zdaje, przyjmuje np. Bartosz Wojciechowski, wskazując na teorię argumentacji prawniczej Alexy’ego⁷³. Jest to uzasadnione faktem, iż przedmiotem zainteresowania autora jest nie sam dyskurs prawniczy, lecz właśnie określona koncepcja teoretyczna tegoż dyskursu. Można jednak zauważyć, iż taki pośredni sposób określania interesującego nas pojęcia także może rodzić problemy, jeśli – jak zdaniem piszącego te słowa dzieje się w przypadku propozycji Alexy’ego – sama teoria, do której następuje odesłanie, dokonuje tego określenia w sposób nieprecyzyjny.

Reprezentantem drugiego rozwiązania jest Zbigniew Łyda⁷⁴. Określając roboczo dyskurs jako język postrzegany z perspektywy pragmatyki („język w użyciu”), rozumie odpowiednio dyskurs prawniczy jako „język prawniczy «w użyciu»”⁷⁵. Tym samym dyskurs ten zostaje wyodrębniony poprzez odwołanie do silnie zakorzonego w polskiej literaturze teoretycznoprawnej pojęcia języka prawniczego⁷⁶. I tu jednak można mieć wątpliwości. Zakorzenie nie oznacza jednoznaczności; precyzyjne wyróżnienie kategorii języka prawniczego także przysparza istotnych trudności⁷⁷. Ostatecznie, termin ten jest zazwyczaj rozumiany dość intuicyjnie.

⁷² Zob. np. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny...*, *passim*; tenże, *Etyka dyskursu...*, s. 261-272; T. Gizbert-Studnicki, *Podstawy argumentacji prawniczej*, [w:] S. Kaźmierczyk (red.), *Historia – prawo – państwo. Zbiór studiów*, Wrocław 1995, *passim*. Z literatury zagranicznej np. A. Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turku 1977, *passim*.

⁷³ B. Wojciechowski, *Uzasadnianie praw...*, *passim*.

⁷⁴ Z. Łyda, *Presupozycje a dyskurs prawniczy*, „*Studia Prawnicze*” 1991, nr 3, s. 25-26.

⁷⁵ Tamże, s. 26.

⁷⁶ Na temat pojęcia języka prawniczego zob. zwł. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 237-238; W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa...*, s. 301.

⁷⁷ Zob. WNP Leksykon, s. 88 [hasło: *Język prawny*].

Na innym nieco, bo meta-teoretycznym poziomie problem kryteriów wyodrębniających argumentację prawniczą podejmuje Andrzej Grabowski⁷⁸. Autor dokonuje systematycznej rekonstrukcji możliwych strategii w tym zakresie, wskazując na trzy najczęściej obecne w literaturze przedmiotu kryteria: użycie specyficznie prawniczych argumentów; powiązanie z prawem; wykonywanie przez prawników.

Kryteria te nie są wzajemnie wykluczające się; możliwe teoretycznie i spotkane w praktyce jest podejście łączące więcej niż jedno spośród nich. Podobnie jak autor, na potrzeby pracy przyjmuję jednak jako najbardziej adekwatne kryterium drugie. Zwolnikiem tego kryterium pozostaje m.in. Alexy, który dla wyróżnienia dyskursu prawniczego spośród ogólnego dyskursu praktycznego wskazuje na fakt, iż ten pierwszy musi być określany „poprzez swe powiązanie z obowiązującym prawem, jakkolwiek miałyby być ono określane”⁷⁹.

Grabowski wyróżnia trzy możliwe aspekty tego kryterium: aspekt personalny (kto jest upoważniony do dokonywania argumentacji), aspekt proceduralny (wedle jakich procedur argumentacja ma się odbywać) i aspekt substancjalny (możliwy obszar argumentacji, z uwzględnieniem jej dopuszczalnego przedmiotu, tematu i sytuacji). Spośród nich najistotniejszy dla pracy pozostaje aspekt substancjalny; także tutaj jednak między poszczególnymi aspektami nie ma jakiegось konfliktu czy relacji wykluczania.

Nacisk na aspekt substancjalny ma podwójne uzasadnienie: po pierwsze, koresponduje on z przyjętym w pracy sposobem rozumienia tak prawa (jako zobiektywizowanej struktury symbolicznej), jak i dyskursu (jako praktyki substancjalnej, wykonywanej w ramach i w licznych odniesieniach do zdefiniowanego przez audytorium kontekstu). Po drugie, praca skupia uwagę na dwóch obszarach praktyki prawniczej, jakimi są stosowanie prawa oraz dogmatyka prawnicza. O ile w pierwszym z obszarów wszystkie trzy aspekty odgrywają istotną rolę, o tyle w odniesieniu do dogmatyki prawniczej właśnie aspekt substancjalny będzie miał znaczenie pierwszorzędne, mniej zaś będą możliwe do wyraźnego określenia aspekt proceduralny czy personalny⁸⁰.

Ostatecznie zatem przez dyskurs prawniczy rozumieć będę tego rodzaju praktykę dyskursywną (argumentacyjną), która dokonywana jest w odniesieniu do prawa, rozumianego jako określona struktura symboliczna. Odniesienie to może w szczególności polegać bądź na tym, iż prawo staje się przedmiotem dyskursu, bądź na tym, że zakładany kształt systemu prawa wyznacza kontekst dyskusji, a odwołanie do niego staje się argumentem w sprawie. Ta dość otwarta charakterystyka omawianego pojęcia wymaga

⁷⁸ A. Grabowski, *Judicial Argumentation and Pragmatics*, Kraków 1999, s. 26-30.

⁷⁹ R. Alexy, *A Theory of Legal...*, s. 212.

⁸⁰ Tak m.in. A. Grabowski, *Judicial Argumentation...*, s. 31-32. Por. też materialny i proceduralny model decyzyjny stosowania prawa u J. Wróblewskiego, *Sądowe stosowanie...*, s. 42-56.

dopełnienia poprzez wskazanie dwóch paradygmaticznych przypadków dyskursu prawniczego, jakimi są stosowanie prawa oraz rozważania dogmatyki prawniczej.

2. Problematyka dyskursu prawniczego może być klasyfikowana i wyróżniana na wiele różnych sposobów. W literaturze istnieje szereg propozycji takich klasyfikacji bądź typologii⁸¹. Chyba najstarszym, choć dyskusyjnym rozwiązaniem w tym zakresie jest podział na *questiones iuris* i *questiones facti*⁸².

Jeśli wziąć pod uwagę różnorodność praktyk, w których obrębie podejmowany jest dyskurs prawniczy (legislacja, inne formy tworzenia prawa, stosowanie prawa, prawnicze doradztwo, doradztwo prawne i in.)⁸³, zadanie wyczerpującego wyliczenia rodzajów problematyki tego dyskursu okazuje się niezwykle trudne. Niemal każda z tych praktyk posiada bowiem w tej sferze własną specyfikę. W niniejszej pracy nie ma jednak potrzeby całościowej rekonstrukcji problematyki analizowanego dyskursu, nawet jeśliby ograniczyć się do interesujących nas tu szczególnie stosowania prawa oraz rozważań dogmatycznoprawnych. Dalsze rozważania skupiają swą uwagę na dwóch jedynie obszarach problemowych, jakimi są problematyka walidacyjna oraz problematyka egzegezy. To one właśnie posiadają najbardziej uniwersalny, a zarazem kluczowy charakter dla dyskursu prawniczego; zdają się stanowić „serce” problemów tego dyskursu. Jako jedyne też stanowią część wspólną przedmiotu zainteresowania obydwu wskazanych powyżej pól praktyki prawniczej (stosowanie i dogmatyka prawa)⁸⁴.

Waga problemów walidacyjnych oraz egzegezy w dyskursie prawniczym została doceniona w obydwu „klasycznych” na gruncie polskiej literatury teoretycznych modelach praktyki prawniczej, jakimi są propozycja Jerzego Wróblewskiego oraz Zygmunta Ziemińskiego; na nich też przede wszystkim opieram dalszą rekonstrukcję dyskursu prawniczego⁸⁵. Istniejące między nimi różnice co do sposobu rozumienia tychże proble-

⁸¹ O wybranych z nich zob. A. Grabowski, *Judicial Argumentation*..., s. 34-39.

⁸² Na nieostry do pewnego stopnia charakter podziału na fakty i prawo w obrębie dyskursu prawniczego zwracał uwagę m.in. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie*..., s. 51-52.

⁸³ Obszerną typologię poszczególnych obszarów praktyki prawniczej przedstawia A. Grabowski, *Judicial Argumentation*..., s. 25-26.

⁸⁴ Por. WNP Leksykon, s. 25 [hasło: *Dogmatyka prawa*]; J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, [w:] *Zagadnienia metodologiczne prawniczo-prawoznawstwa. Materiały z sesji naukowej, Łódź 27 – 28 marca 1980 r.*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1982, s. 125-134; W. Lang, J. Wróblewski, W. Zawadzki, *Teoria państwa*..., s. 7-16; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie*..., s. 43; Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy*..., s. 212; M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawniczym*, Warszawa 1988, s. 191-196.

⁸⁵ Za „klasyczne” należałoby też dziś uznać Lecha Morawskiego rekonstrukcję różnych teoretycznych ujęć argumentacji (epistemiczno-technologiczne, retoryczno-topiczne oraz komunikacyjne), przedstawione w książce *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe* (Toruń 1988). Jeśli w tym miejscu nie sięgam do tej ważnej pracy, to dlatego, że jej autor koncentruje się raczej na prezentacji podstawowych założeń poszczególnych koncepcji. Morawski nie podejmuje natomiast próby bu-

mów nakazują przy tym bądź dokonać wyboru między tymi koncepcjami, bądź też zaproponować koncepcję odmienną od obydwu przedstawionych. W dalszych rozważaniach wykorzystuję przede wszystkim – choć nie wyłącznie – propozycje poznańskiego teoretyka; podstawową konstrukcję autora w tej materii, jaką stanowi tzw. normatywna koncepcja źródeł prawa, uznać można bowiem za najbardziej spójną i konsekwentną koncepcję w rodzimej literaturze przedmiotu⁸⁶.

3. Przyjmuję, że sformułowana przez Ziemińskiego normatywna koncepcja źródeł prawa (dalej: *nkzp*) stanowi konstrukcję bezpośrednio powiązaną ze społeczną praktyką dyskursu prawniczego⁸⁷. Założenie to wymaga pewnego uzasadnienia, jako że teoretycznie istnieje także możliwość odmiennej jej interpretacji.

Ziemiński określa proponowaną przez siebie *nkzp* jako „zespół reguł nakazujących uznawanie jakichś faktów za fakty prawotwórcze w danym systemie oraz reguł dotyczących wiązania z tymi faktami prawotwórczymi – obowiązywania określonych norm w danym systemie”⁸⁸. W pełnym rozwinięciu, koncepcja ta „powinna pozwalać na rozstrzyganie, jakie normy należą, a jakie nie należą do danego systemu prawnego”⁸⁹. Jest to więc koncepcja, która zawsze pozostaje zrelatywizowana do określonego systemu. Pozostaje pytanie, czy ma ona stanowić wyraz reguł faktycznie obecnych w praktyce prawniczej i praktykę tę kształtujących, czy też jedynie konstrukt teoretyczny nie odniesiony do zastanej praktyki. Przyjęcie tego ostatniego podejścia nie pozwalałoby na bezpośrednie jej wiązanie z dyskursem prawniczym.

Nkzp zostaje przez autora przeciwstawiona teorii źródeł prawa. Ta ostatnia jest właśnie konstruktem teoretycznym, będącym wynikiem refleksji naukowej. *A contrario*, *nkzp* jawi się jako zbiór reguł faktycznie obecnych w praktyce, które wyznaczają społecznie przyjmowany zespół poglądów na temat ważnych źródeł prawa i sposobów ich egzekucji. „Pojęcie teorii źródeł prawa jest tedy pojęciem nadbudowanym nad pojęciem normatywnej koncepcji źródeł prawa”, jak stwierdza sam Ziemiński⁹⁰. Reguły składa-

dowy, możliwych (?) do wypracowania na gruncie tychże koncepcji, modeli w takim sensie, w jakim czynią to wymienieni w tekście autorzy.

⁸⁶ Takiej jej oceny dokonuje m.in. W. Gromski, *W sprawie pojmowania aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, [w:] S. Kaźmierczyk, *Historia – prawo...*, s. 49 w przypisie.

⁸⁷ Założenie to nie oznacza przyjęcia *a priori*, iż formułowana przez autora treść reguł składających się na *nkzp* w pełni pokrywa się z regułami rzeczywiście funkcjonującymi w danej kulturze prawnej. Odnosi się ono jedynie do zakładanego przez przedstawiciela „szkoły poznańskiej” charakteru prezentowanej koncepcji. Adekwatność *nkzp* w ujęciu Ziemińskiego względem praktyki ogranicza się zresztą raczej jedynie do rodzajów wyróżnionych reguł, nie zaś do ich treści, w tym bowiem zakresie koncepcja autora ma wobec praktyki wyraźne normatywne aspiracje.

⁸⁸ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 245.

⁸⁹ Tamże, s. 246.

⁹⁰ Tamże, s. 246. Zob. także tenże, *Fakty prawotwórcze i reguły ich egzekucji*, PiP 1979, nr 8-9, s. 76-77.

jące się na *nkźp* mają zatem charakter reguł społecznych, które wyznaczają rzeczywiste sposoby rozstrzygania problemów obecnych w dyskursie prawniczym. Tym samym istnieje możliwość ich odniesienia do praktyki tego dyskursu, bezpośrednio bowiem kształtują one praktykę argumentacyjną w jego obrębie. Tego rodzaju bezpośrednio bądź pośrednio odniesienia pojawiają się przecież w pracach teoretyka z Poznania⁹¹.

Jednocześnie, ponieważ kryterium rozróżnienia poszczególnych rodzajów reguł w ramach *nkźp* ma charakter przedmiotowy (jakiego rodzaju problemy są rozstrzygane przy ich zastosowaniu), z rodzajami tymi bezpośrednio powiązany pozostaje odpowiadający im rodzaj problematyki dyskursu, jako rozstrzyganej przy użyciu tych reguł. Zachodzi tu wzajemna przekładalność reguł składających się na *nkźp* i odpowiedniej problematyki dyskursu prawniczego.

Jak wiadomo, wśród reguł współtworzących *nkźp* Ziemiński rozróżnia reguły walidacyjne i reguły egzegezy, którym odpowiadać będą dwa rodzaje problematyki dyskursu. Ostatnia grupa reguł dodatkowo podlega dalszemu podziałowi na reguły interpretacyjne, inferencyjne oraz kolizyjne⁹².

Problematyka walidacyjna związana jest z pytaniem, jakie fakty należy uznać za fakty prawotwórcze w odniesieniu do danego systemu⁹³. W szczególności problematyka ta obejmuje zagadnienia:

1) tego, jaki zakłada się kontekst społeczno-polityczny, w którym jakieś fakty społeczne mają być uznawane za fakty prawotwórcze, 2) tego, jakie akty wydania przepisów przez określony organ w określonym trybie mają być uznane za fakty prawotwórcze („źródła pisane”) oraz 3) tego, jakie inne fakty („źródła niepisane”) mają być uznane za prawotwórcze⁹⁴.

Problematyka egzegezy z kolei obejmowałaby zagadnienia „wiązań z określonymi faktami prawotwórczymi określonych norm postępowania”⁹⁵, to jest kwestie interpretacji przepisów prawnych (ew. także norm zwyczajowych itp.), problemy inferencyjne oraz kolizyjne⁹⁶.

W ten sposób problematyka źródeł prawa zarysowana zostaje niezwykle szeroko, znacznie obszerniej, niż ma to miejsce w pracy⁹⁷. Należy zatem zauważyć, że prezen-

⁹¹ Zob. zwł. M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń...*, s. 193-196; a także Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 258-259; tenże, *Fakty prawotwórcze...*, s. 77.

⁹² Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 245-248, 268 i n.

⁹³ Por. tamże, s. 247.

⁹⁴ Tamże, s. 252.

⁹⁵ Tamże, s. 247.

⁹⁶ Tamże.

⁹⁷ Por. Wprowadzenie, pkt 2.

wane rozważania ograniczają się do zagadnień walidacyjnych – i do nich tylko należy odnosić używany tu termin „koncepcja źródeł prawa” (*resp.* „koncepcja systemu źródeł prawa”), o ile jego użycie dokonuje się bez wyraźnego odniesienia do konstrukcji teoretycznej Ziemińskiego.

5. Problematyka walidacyjna w dyskursie prawniczym

1. Ograniczenie przedmiotu zainteresowań do problematyki walidacyjnej przyjmując z jednoczesną świadomością, iż wyraźne rozgraniczenie pomiędzy nią a problematyką egzegezy rodzi poważne trudności. Sądzę jednak, iż jest to cecha ogromnej większości obecnych w literaturze propozycji podziałów problematyki dyskursu prawniczego. Nie wyklucza to z góry przydatności konkretnej konstrukcji teoretycznej; tak też rzecz się przedstawia w odniesieniu do przyjętego podziału.

Wskazać można trzy podstawowe powody, dla których odróżnienie problematyki egzegezy i walidacyjnej może rodzić kontrowersje.

Po pierwsze, decyzja walidacyjna ma na celu ustalenie, że zaistniał określony fakt prawotwórczy. Nie można jednak ocenić, czy określony fakt ma charakter faktu prawotwórczego, dopóki nie ustali się w sposób pewny, iż jego skutkiem jest ustanowienie określonej normy prawnej⁹⁸. Przykładowo, cechą definicyjną aktu normatywnego jest zawieranie się w jego treści co najmniej jednej normy prawnej, tj. abstrakcyjno-generalnej (tzw. akt normatywny w znaczeniu materialnym)⁹⁹. Samo więc stwierdzenie, iż kompetentny organ (np. parlament) ustanowił akt, uznawany od strony formalnej za akt normatywny (np. ustawę w znaczeniu formalnym), nie wystarcza, bez wstępnej choćby analizy treści tego aktu pod kątem obecności w nim norm prawnych, za uznanie go za taki akt od strony materialnej. Analiza treści i ustalanie obecności norm prawnych przynależą już jednak do problematyki egzegezy. Tym samym dopiero – wstępna przynajmniej – rekonstrukcja normy w drodze egzegezy pozwala na podjęcie decyzji walidacyjnej co do danego faktu prawotwórczego¹⁰⁰.

⁹⁸ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 257-258.

⁹⁹ Zob. zwł. orzeczenie TK z dnia 7 czerwca 1989 r., U 15/88; K. Działocha, *Pojęcie aktu normatywnego w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym*, SP 1989, nr 2-3, s. 43 i n.; W. Gromski, *W sprawie pojmowania...*, s. 45-49.

¹⁰⁰ Relacja ta co prawda nie jest tak jednostronna, jako że zgodnie z tzw. zasadą *superfluum* domniemuje się, iż każdy element tekstu prawnego zawiera treść normatywną. Przyjęcie powyższego domniemania jako niewzruszalnego skutkowałoby każdorazowo koniecznością rekonstrukcji normy lub jej elementów z tekstu uznanego wstępnie za tekst aktu prawotwórczego. Wydaje się jednak, że zasada *superfluum* stanowi we współczesnej kulturze prawnej typowy przykład domniemania wzruszalnego. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Trybunał Konstytucyjny dawały wyraz przekonaniu, iż stosowanie powyższego domniemania ma pewne granice. Na tej podstawie odmawiały np. uznania normatywnego charakteru wypowiedzi zawartej w treści aktu prawotwórczego, której znaczenia nie daje się odczytać. Por. orzeczenia

Konieczność sięgnięcia do egzegezy staje się jeszcze wyraźniejsza w tych sytuacjach, w których od strony formalnej nie ma podstaw dla uznania prawotwórczego charakteru danego aktu, dochodzi natomiast do takiego przypisania w oparciu o zrekonstruowane z treści aktu normy, uznane za spełniające kryteria przynależności do norm prawnych. W tym przypadku pewna wstępna procedura egzegezy poprzedza wręcz podjęcie decyzji walidacyjnej. Podobnie rzecz się ma także w odniesieniu do „niepisanych” źródeł prawa, tzn. przede wszystkim prawa zwyczajowego i precedensowego. Także i w tych razach niemożliwe jest bowiem stwierdzenie zaistnienia faktu prawotwórczego bez rekonstrukcji normy prawnej: w pierwszej sytuacji normy prawa zwyczajowego, w drugim – normy stanowiącej *ratio decidendi* precedensowego rozstrzygnięcia¹⁰¹.

Po drugie, decyzja walidacyjna podejmowana jest często (choć nie zawsze) dla potrzeb konkretnego przypadku – podmiot jej dokonujący rozważa w tej sytuacji jedynie te problemy walidacyjne, które odnoszą się do aktów prawotwórczych (przepisów prawnych) mogących w jego przekonaniu prowadzić do rekonstrukcji norm istotnych z punktu widzenia sprawy. Dokonanie tego wstępnego wyboru w obrębie problematyki walidacyjnej nie jest oczywiście możliwe bez posiadania choćby *prima facie* opinii na temat norm możliwych do wyprowadzenia – czyli bez pewnych „intuicji interpretacyjnych”.

Wreszcie trzeci powód to fakt, iż w wielu sytuacjach ustalenie treści reguł walidacyjnych nie jest możliwe bez znajomości konkretnych norm prawnych (zazwyczaj norm konstytucyjnych), ustanawiających szereg spośród tych reguł dla określonego systemu. Dokonanie rozstrzygnięć walidacyjnych jest zatem możliwe dopiero po dokonaniu egzegezy tych przepisów prawnych, które prowadzą do rekonstrukcji odpowiednich reguł walidacyjnych. W takich przypadkach problematyka walidacyjna może być podjęta w dyskursie dopiero po dokonaniu pewnych uprzednich rozstrzygnięć w obrębie problematyki egzegezy.

Przepisy konstytucji, które prowadzą do rekonstrukcji owych reguł walidacyjnych, często mają przy tym charakter ogólnikowy i wieloznaczny. W tych sytuacjach szczególnie ciężko mówić o istnieniu jakichś precyzyjnych i stabilnych reguł walidacyjnych, niezależnych od interpretacyjnych zabiegów. Jednocześnie jednak ujawnia się w obrębie praktyki pewien „podział zadań”, polegający na tym, iż szczególnie powołani do tego uczestnicy dyskursu (Trybunał Konstytucyjny, przedstawiciele doktryny) podejmują wysiłek ścisłego zdefiniowania systemu reguł walidacyjnych (koncepcji źródeł prawa) w oparciu o często niejasne postanowienia ustawy zasadniczej. Pozostali uczestnicy dyskursu, niejako „wkraczający na arenę” już po trudzie tych pierwszych, porusza-

SN z dnia 25 kwietnia 1991 r., I PRN 4/91 oraz z dnia 19 grudnia 1991 r., III SW 33/91 [za: A. Kozak, *Granice prawniczej...*]; także wyrok TK z dnia 22 maja 2002 r., K 6/02.

¹⁰¹ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 261-264.

ją się zazwyczaj w swoim własnym odczuciu w obrębie jednoznacznie już zdefiniowanego i stabilnego kontekstu. Jak mogliśmy się przekonać przy okazji przypadków rozpatrywanych we Wprowadzeniu, pozwala to traktować tenże kontekst jako godne zaufania oparcie dla rozstrzygania problemów właściwych tym uczestnikom dyskursu. To, co na poziomie teoretycznym może być rozpoznane jako akt hermeneutyczny, z perspektywy praktyki stanowi akt poznania o charakterze *quasi-empirycznym*¹⁰².

Wszystko to wskazuje, że rozgraniczenie między problematyką walidacyjną oraz egzegetyczną nie jest jednoznaczne czy oczywiste; niektórzy autorzy nie podejmują w ogóle tego rozróżnienia, wskazując na inne istotne podziały w obrębie problematyki dyskursu¹⁰³. Także niektóre z propozycji bazujących na omawianym rozróżnieniu zdają się sugerować, że nie ma ono charakteru absolutnego¹⁰⁴. Nie prowadzi to jednak w przekonaniu piszącego te słowa do pełnego „stopienia” się obydwu pól problemowych. Nawet jeśli problematyka walidacyjna wymaga pewnych rozstrzygnięć egzegetycznych, to mają one co do zasady charakter wstępny, można powiedzieć: intuicyjny¹⁰⁵. Nie wyklucza to potrzeby rozwiniętej egzegezy tekstu prawnego po rozstrzygnięciu kwestii związanych z problematyką walidacyjną.

2. Problematyka walidacyjna rozstrzygana jest w oparciu o składające się na koncepcję źródeł prawa reguły walidacyjne. Powstaje jednak pytanie, w jaki sposób wyznaczane mają być same te reguły. Rozpatrywana problematyka dyskursu prawniczego obejmuje zatem w rzeczywistości dwa rodzaje zagadnień. Jedne z nich to problemy związane ze stosowaniem przyjętych reguł walidacyjnych, drugie natomiast obejmują problemy określania samych tych reguł.

W modelu stosowania prawa zaproponowanym przez Wróblewskiego ta dwoistość interesującej nas problematyki uwidacznia się w samej strukturze decyzji walidacyjnej, gdzie pojęcie reguł walidacyjnych zastąpione zostaje przez kategorię kryteriów obowiązywania¹⁰⁶. Decyzja ta od strony językowej daje się sprowadzić do zwrotu: „przepis N obowiązuje ze względu na kryteria obowiązywania $KO_1, KO_2 \dots KO_n$ w systemie

¹⁰² Ten „podział pracy” w obrębie praktyki prawniczej widać wyraźnie np. w rozważaniach z rozdz. III i rozdz. IV, gdzie na jego oznaczenie odwołuje się do znanej metafory „pracy w łańcuchu”.

¹⁰³ Por. A. Grabowski, *Judicial Argumentation...*, s. 34-37.

¹⁰⁴ Por. poglądy Wróblewskiego na temat decyzji walidacyjnej (m.in. decyzja ta zawiera w sobie zwrot „reguła N obowiązuje...” – *Sądowe stosowanie...*, s. 107) lub kategorię intuicji interpretacyjnej u Leszka Leszczyńskiego (*Zagadnienia teorii stosowania prawa*, Kraków 2001, s. 63 – zob. także przypis następny).

¹⁰⁵ O intuicji interpretacyjnej jako wstępnym etapie stosowania prawa mówi L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii...*, s. 63. W innych zaś razach, jak w trzecim z omówionych przypadków, rozstrzygnięcia na poziomie egzegezy dokonywane są uprzednio przez inne podmioty.

¹⁰⁶ O wymienności tych dwóch pojęć Wróblewski mówi w: *Sądowe stosowanie...*, s. 95-96.

prawa LS w wymiarach czasoprzestrzennych ST^{107} . W nieco innej formule brzmi ona: „reguła N obowiązuje w LS w czasie T zgodnie z kryteriami obowiązywania $KO_1, KO_2 \dots KO_n$ oraz ocenami $V_1^v, V_2^v \dots V_n^v$ ”¹⁰⁸.

Językowa formuła decyzji w drugiej wersji wprost odsyła do ocen podmiotu podejmującego decyzję (uczestnika dyskursu), potrzebnych zarówno przy doborze samych kryteriów, jak i stosowaniu kryteriów już określonych. Tym samym wskazuje na potrzebę określenia kryteriów obowiązywania w obrębie dyskursu. Przy czym problem tego określenia Wróblewski ujmuje w ramy odrębnej decyzji stanowiącej składową procesu stosowania prawa, jaką jest meta-decyzja źródeł prawa.

O ile zatem decyzja walidacyjna ma na celu ustalenie, jaki przepis uznać można za przepis obowiązujący w oparciu o dostępne argumenty (z których podstawowymi są właśnie przyjmowane kryteria obowiązywania), meta-decyzja źródeł prawa decyduje o doborze samych dopuszczalnych argumentów¹⁰⁹. Następuje wyraźne wyodrębnienie dwóch „etapów” dyskursu podejmującego problematykę walidacyjną: po pierwsze, rozstrzygnięcie problemów (które można by nazwać także meta-walidacyjnymi) związanych z określeniem dopuszczalnych kryteriów obowiązywania, po drugie, rozstrzygnięcie problemów związanych z zastosowaniem tak ustalonych kryteriów¹¹⁰. Odwołując się do znanej i powoływanej już we Wprowadzeniu dystynkcji zaproponowanej przez Dworkina, drugi rodzaj problemów obejmowałby jedynie „empiryczne” spory o prawo¹¹¹, podczas gdy pierwszy z nich, o charakterze meta-walidacyjnym – także spory „teoretyczne”¹¹².

Ponieważ kryteria obowiązywania zależą bezpośrednio od przyjmowanej koncepcji systemu źródeł prawa, określenie tejże koncepcji uznać można za typowy przykład problemu meta-walidacyjnego. W szczególności do problematyki takiej należą pytania o otwarty bądź zamknięty charakter systemu źródeł prawa, charakter kryteriów wyznaczających pojęcie źródeł prawa (np. kryteria formalne, materialne bądź funkcjonalne)¹¹³, czy katalog uznawanych w ramach systemu rodzajów tych źródeł. Z kolei do drugiego rodzaju problemów, które uznać można za „tradycyjne” problemy walidacyjne, należeć

¹⁰⁷ Tamże, s. 101.

¹⁰⁸ Tamże, s. 107.

¹⁰⁹ Tamże, s. 44 i 110.

¹¹⁰ Zbliżoną konwencję terminologiczną proponuje w swojej ostatniej pracy Grabowski, mówiąc o dyskursie walidacyjnym oraz metadyskursie walidacyjnym. Rozumienie tych terminów nie jest tożsame z tu przyjętym rozróżnieniem walidacyjnej i meta-walidacyjnej problematyki dyskursu, nie wykluczają się one jednak wzajemnie. Por. tegoż, *Prawnicze pojęcie...*, s. 497-498.

¹¹¹ Przy czym określenie „empiryczne” można tu traktować jedynie obrazowo, gdyż w rzeczywistości wchodzić tu mogą w grę różnego rodzaju kontrowersje, także o charakterze językowym.

¹¹² R. Dworkin, *Imperium prawa...*, s. 3-6. Dworkin określa spór teoretyczny jako spór o „podstawy prawa”.

¹¹³ Więcej na ten temat zob. rozdz. V.4 i zamieszczone tam uwagi co do pojęcia aktu normatywnego.

będzie pytanie, czy w rozpatrywanym przypadku spełnione zostały kryteria wyznaczone przez przyjmowaną koncepcję systemu źródeł prawa (np.: czy przypadek ten mieści się w zamkniętym katalogu źródeł prawa) i czy w związku z tym danemu aktowi można przypisać cechę aktu prawotwórczego.

3. Wyróżnienie dwóch rodzajów problemów walidacyjnych nie przesądza jednak jeszcze, że obydwa one na ten sam sposób są obecne w ramach dyskursu. Często bowiem, jak się zdaje, problemy o charakterze meta-walidacyjnym postrzegane są jako rozstrzygnięte w sposób uprzedni względem dyskursu¹¹⁴. Wyznaczać miałyby one wówczas ów stabilny kontekst, o którym była mowa wcześniej.

Kwestia obecności tego rodzaju problematyki w obrębie dyskursu prawniczego nie została przez Wróblewskiego przesądzona w sposób jednoznaczny. Autor nie rozstrzyga bowiem wyraźnie, czy meta-decyzja źródeł prawa, mająca wyznaczać kryteria obowiązywania, jest rzeczywistym elementem składowym każdorazowego procesu podejmowania decyzji stosowania prawa, czy też jest ona „rozstrzygana” w sposób uprzedni, np. dzięki jednoznacznemu brzmieniu odpowiednich postanowień konstytucyjnych, bądź też dzięki bezspornym ustaleniom doktryny prawniczej, czy szerzej: kultury prawnej w ramach danego audytorium. Równie niejednoznaczne jest stwierdzenie, iż zarówno sam dobór, jak i stosowanie kryteriów obowiązywania „czasem wymaga odwołania do ocen”¹¹⁵. Zauważyć można jedynie, że brak wyraźnego wyodrębnienia meta-decyzji źródeł prawa w materialnym decyzyjnym modelu stosowania prawa wskazuje raczej na stanowisko, iż decyzja ta jest już (zazwyczaj) rozstrzygnięta w momencie przystępowania do stosowania prawa. Zbliżałoby to wizję dyskursu prawniczego do modelu zakładającego istnienie stabilnego i niezależnego kontekstu, w którego obrębie rozstrzyga się zagadnienia walidacyjne.

Stosunkowo bardziej sprecyzowane pozostaje stanowisko Ziemińskiego w przedmiotowej kwestii. Autor ten stwierdza, iż przyjęte w danej kulturze reguły walidacyjne, stanowiące część uznawanej koncepcji źródeł prawa, zależą od dwóch powiązanych wzajemnie czynników: wyraźnych postanowień zawartych w przepisach prawnych oraz od dostatecznie rozpowszechnionej doktryny prawniczej¹¹⁶. Ta ostatnia z kolei kształtuje się w wyniku przyjętych koncepcji politycznych, „przypisujących suwerenność określonym podmiotom, grupom czy klasom społecznym”¹¹⁷. Kształt doktryny wyznaczają tak-

¹¹⁴ Por. M. Pichlak, *Ustawa jako mgławica. O zastosowaniu pewnej metafory w prawoznawstwie*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność...*, s. 210-213.

¹¹⁵ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie...*, s. 107.

¹¹⁶ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 246, 252-253.

¹¹⁷ Tamże, s. 253.

że „nagromadzone przez prawników doświadczenia prakseologiczne w zakresie prawnoznawstwa”¹¹⁸. Wskazywałyoby to na zasadniczą uprzedniość reguł walidacyjnych względem dyskursu prawniczego.

Ziemiński mówi też wyraźnie o „szerszym kontekście społecznym”, z którego wynika uznawanie określonych faktów za fakty prawotwórcze. Jednocześnie kontekst ten określa poprzez kategorię „założeń ideologicznych”, co może budzić wątpliwości. Nie definiuje on przy tym pojęcia ideologii wprost, z prowadzonych rozważań można jednak wnioskować, iż autor ma na myśli przyjętą w społeczeństwie ideologię polityczną. Niezależnie od wątpliwości, czy współczesnym (zresztą jakimkolwiek) społeczeństwom przypisać można jednolite i wewnętrznie spójne założenia ideologii politycznej, w stanowisku tym widać bezpośrednio i nieuniknione podporządkowanie prawa wymogom polityki, stanowiące, jak sędzę, wynik założeń o proveniencji marksistowskiej. W kontekście daleko posuniętej autonomii prawa i kultury prawnej¹¹⁹, trudno zgodzić się z taką wizją.

Ziemiński wspomina także o „upraszczaniu pracy” w rekonstrukcji pełnego katalogu źródeł prawa, pozwalających uznać określony fakt za fakt prawotwórczy w tych sytuacjach, w których „wiadomo o co chodzi”¹²⁰. Pokazuje tym samym, że w przypadkach rutynowych za decyzją walidacyjną stoi zwykle baza pewnych niewystawianych założeń, które przyjmowane są bez zastrzeżeń (jako oczywiste), a których artykulacja wymagałaby zbyt wiele wysiłku. Przesłanki decydujące o doborze określonych reguł walidacyjnych pozostają zatem nie tylko uprzednie względem konkretnego przypadku wykonywania praktyki dyskursu, ale często także dla praktyki tej są „niewidoczne”.

Z drugiej strony, w swej późnej pracy, napisanej wspólnie z Maciejem Zielińskim, autor wyraźnie wskazuje na istnienie także przypadków dyskusyjnych, w których krąg dostępnych przesłanek zawodzi i nie daje podstaw dla rozstrzygnięcia problemu. Jak piszą autorzy,

w rzeczywistości (...) cały szereg przypadków pozostaje bez wyraźnych kryteriów rozstrzygnięcia, a reguły walidacyjne konstruuje się w sposób mniej czy bardziej spekulacyjny *ex post*, gdy trzeba rozstrzygnąć kwestię obowiązywania czy nieobowiązywania jakiejś drażliwej politycznie normy w systemie prawnym. Zdarza się, iż regu-

¹¹⁸ Tamże, s. 254.

¹¹⁹ Zob. zwł. prace Gromskiego: *Autonomia prawa wobec polityki i jej konstytucyjne uwarunkowania*, [w:] E. Zwierzchowski (red.), *Prawo i kontrola jego zgodności z konstytucją*, Warszawa 1997, s. 49-62; tenże, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000, *passim*; tenże, *Autonomia prawa jako funkcja kultury prawnej*, [w:] tenże (red.), *Autonomia prawa, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2001, s. 36-62; tenże, *Kultura i kształtowanie autonomii prawa*, [w:] J. Helios (red.), *Autonomia prawa ze stanowiska teorii i filozofii prawa, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2003, s. 59-76.

¹²⁰ Zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, s. 258-259.

łą walidacyjną konstruuje się właśnie pod kątem określonego rozstrzygnięcia tego rodzaju kwestii szczegółowej¹²¹.

Oczywiście obydwie te możliwości teoretycznie wchodzą w grę. Możliwe do wyobrażenia są zarówno przypadki, w których reguły walidacyjne mają niekontrowersyjny, stabilny i jednoznaczny charakter, wyznaczane są bowiem przez szerszy kontekst społeczny, jak i sytuacje, w których brak tego rodzaju niezależnych kryteriów, a rozstrzygnięcie musi zostać oparte na regułach, które dopiero są konstruowane w dyskursie. Cytowani autorzy zdają się dość negatywnie oceniać praktyki ostatniego rodzaju, nie zamierzają jednak negować faktu ich istnienia.

Wydaje się jednocześnie, że każda z tych sytuacji skutkuje zdecydowanie odmiennym charakterem praktyki argumentacyjnej. Inaczej będzie wyglądać przecież uzasadnienie decyzji, przy którym istnieje możliwość odwołania do uznanych i nie poddawanych pod dyskusję reguł, inaczej zaś, gdy w ramach dyskursu zachodzi dopiero potrzeba podjęcia próby przekonania do sensowności reguł użytych w danej sytuacji. W przypadku takim pojawia się konieczność odwołania do dalszych racji, pełniących funkcję uzasadnień drugiego stopnia.

6. Uwagi podsumowujące

W rozdziale zaprezentowana została prakseologiczna koncepcja dyskursu, ujmująca ten ostatni jako praktykę argumentacyjną o społecznym charakterze. Z rozważań szczegółowych wyłania się obraz praktyki dyskursu, w którym szczególnie istotne okazują się dwa jej rysy. Z jednej strony, praktyka ta, zachowując charakter podmiotowy, kierowana jest określonymi regułami. Nie oznacza to niemożliwości zajęcia w jej ramach pozycji strategicznej, a jedynie niemożność całkowitego przeciwstawienia dwóch alternatywnych orientacji działania: celowo-racjonalnej (orientacja strategiczna) i nastawionej na realizację reguły (orientacja normatywna). Ta cecha praktyki okaże się istotna w rozważaniach poświęconych dwóm typom argumentacji, zawartych w rozdziale następnym, jej znaczenie zaś stanie się w pełni widoczne przy analizie zjawiska instytucjonalizacji w rozdziale piątym.

Z drugiej strony, praktyka zawsze dokonuje się w określonym kontekście, szerszym od niej samej. To usytuowanie w kontekście pozostaje kluczowe dla właściwego jej rozumienia; także i ono wykaże swoją wagę zarówno w rozdziale kolejnym, jak i w refleksji nad instytucjonalizacją praktyki.

¹²¹ M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń...*, s. 175.

Obydwie te cechy praktyki dyskursu ujawniają się w sposób szczególny w tym obszarze dyskursu prawniczego, który podejmuje problematykę walidacyjną. Argumentacja w tej sferze podporządkowana zostaje przyjętym regułom walidacyjnym. Jednocześnie ujawnia się w takim przypadku szczególny charakter relacji między obydwoma wyróżnionymi cechami dyskursu: kontekst, w którym argumentacja jest prowadzona, decyduje bowiem często o kształcie przyjętych w niej reguł. Tak też dzieje się w przypadku interesującego nas fragmentu argumentacji prawniczej, gdzie szerszy kontekst społeczny, na który składają się m.in. podzielane w danej kulturze przekonania w przedmiocie pojęcia prawa, kształtu systemu prawa oraz systemu jego źródeł, wyznaczają treść uznawanych w tej kulturze reguł walidacyjnych.

Możliwa jest jednak również sytuacja, w której kontekst dyskursu nie zapewnia odpowiednio precyzyjnych i jasnych reguł, pozwalających rozstrzygnąć określony problem walidacyjny. W tym momencie pojawia się w dyskursie konieczność podjęcia problematyki o charakterze meta-walidacyjnym. Jej rozstrzygnięcie polegać będzie na zaproponowaniu takiej nowej reguły walidacyjnej, która może zostać zaakceptowana przez uczestników dyskursu. Jest oczywiste, że wypracowanie takiej reguły odbywać się musi w inny sposób i na innych zasadach, niż rozstrzyganie konkretnych problemów w oparciu o reguły uprzednio przyjęte.

Ponieważ praktyka prawnicza niejednokrotnie stawać musi przed koniecznością rozstrzygnięcia obydwu rodzajów problemów (co wprost stwierdzają Zieliński z Ziemińskim¹²²), nie dziwi pytanie, co dokładnie dzieje się zarówno w jednej, jak i w drugiej sytuacji. Jak wygląda uzasadnianie dokonywanych na tych obszarach wyborów, do jakiego rodzaju kryteriów i argumentów można w takich razach się odwołać. Jedną z najbardziej znanych, a zarazem owocnych prób odpowiedzi na te pytania podjął Perelman, wprowadzając na określenie dwóch zarysowanych sposobów argumentowania pojęcia rozumowań analitycznych oraz dialektycznych. Kolejny rozdział poświęcony jest bliższej charakterystyce obydwu rodzajów argumentacji.

¹²² Tamże.

ROZDZIAŁ II

Typy argumentacji analitycznej i dialektycznej w dyskursie

1. Uwagi wprowadzające

1. Tytułowe „dwa rodzaje argumentacji”, jak zostało zasygnalizowane pod koniec poprzedniego rozdziału, nawiązują do wprowadzonego przez Perelmana podziału rozumowań na analityczne i dialektyczne, którego źródłem, wedle deklaracji autora, pozostaje filozofia Arystotelesa¹²³.

Przed właściwymi rozważaniami konieczne zdają się dwie uwagi terminologiczne. Przywoływany autor, posługując się wyrażeniem „rozumowania” (dialektyczne oraz analityczne), rozumie pod nimi *de facto* działanie argumentacyjne. Rozróżnienia w tym zakresie nie wprowadza także, jak się zdaje, Arystoteles, do którego twórca „nowej retoryki” nawiązuje (i do którego poglądów w poniższych rozważaniach przyjdzie wielokrotnie sięgać). Odpowiada to znaczeniu wyrażenia „rozumowanie”, jakie przyjęte zostało w poprzednim rozdziale pracy. W dalszych rozważaniach posługuję się najczęściej za samym Perelmanem kategorią rozumowań, co jednak można traktować za równoważne argumentacji.

Druga uwaga odnosi się natomiast do terminów „analityczne” oraz „dialektyczne”, użytych na określenie obydwu typów rozumowań. Jako że terminy te odznaczają się silnym zakorzeniem w dyskursie zarówno filozofii ogólnej, jak i prawoznawstwa, zastrzec należy, iż przyjęte przez Perelmana za Arystotelesem ich rozumienie odbiega od najczęściej spotykanego. Posługiwanie się nimi w tym miejscu pracy wymaga zatem od Czytelnika swoistego *epoché*, w którym zawiesi on naturalne skojarzenia słowne. Oczywiście, możliwe byłoby wykazanie istnienia powiązań między poszczególnymi sposobami rozumienia użytych terminów; analiza tych więzi nie będzie jednak zasadniczo przedmiotem refleksji.

2. Punktem wyjścia rozważań Perelmana jest, podobnie jak miało to miejsce w poprzednim rozdziale, stwierdzenie obecności w dyskursie prawniczym dwojakiego rodzaju problemów. Pierwsze z nich rozstrzygane są dzięki wnioskowaniu opartemu na prze-

¹²³ Zob. zwł. Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, *passim*; tenże, *Imperium retoryki...*, *passim*. Syntetyczne omówienie głównych idei „nowej retoryki” Perelmana znajdzie czytelnik m.in. w: J. Wróblewski, *Logika prawnicza a teoria argumentacji Ch. Perelmana*, [w:] Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 7-27; B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, rozdz. IV.

słankach, których prawdziwość posiada zasadniczo walor konieczności bądź oczywistości. Wnioskowaniu tego rodzaju odpowiada zdaniem autora kategoria rozumowań analitycznych w filozofii Arystotelesa. Rozumowania te miałyby charakteryzować się tym, iż prawdziwość przesłanek gwarantuje prawdziwość wniosku. Mają one zatem charakter formalnie niezawodny, demonstratywny i bezosobowy. Z tego też względu uznać je należy za rozumowania kategoryczne, wymuszające swoją akceptację¹²⁴. Zostały one omówione przez Stagirytę w *Analitikach pierwszych* oraz *Analitikach wtórych*.

Z kolei rozumowania drugiego rodzaju, nad którymi refleksję lokuje Perelman w *Topikach*, w *Retoryce* oraz *O dowodach sofistycznych*, wychodzą od przesłanek, którym nie można przypisać waloru prawdziwości (oczywistości), lecz jedynie prawdopodobieństwo. Prawdopodobieństwo to związane jest z faktem, iż twierdzenie stanowiące przesłankę rozumowania cieszy się akceptacją bądź zasługuje na akceptację, jest „rozsądne”. Wynik takiego rozumowania nie narzuca się zatem w sposób kategoryczny, a jedynie może być uznany za słabiej lub mocniej przekonujący. Oczywiście zarówno akceptacja przesłanek, jak i uznanie wyniku tych rozumowań zależy od nastawienia uczestników dyskursu, zatem mają one charakter osobowy. Zawsze kierowane są do określonego audytorium i ocenia się je w kontekście oddziaływania na innych¹²⁵. Na ich określenie posługuje się autor pojęciem rozumowań dialektycznych.

Przyjęte przez Perelmana rozróżnienie ma, jak autor sam stwierdza, podstawowe znaczenie dla jego projektu „nowej retoryki” (czy będącej jej synonimem „nowej dialektyki”)¹²⁶. Perelman zaleca sięganie do rozumowań dialektycznych wszędzie tam, gdzie nie może być mowy o absolutnej konieczności czy oczywistości twierdzeń, gdzie natomiast nie chcemy uznać kapitulacji rozumu. Dążąc do celu perswazyjnego, przekonując do dyskusyjnego stanowiska, dialektyka wyszukuje wszelkie godne uznania, rozsądne argumenty. Tym samym wprowadza rozumność w te sfery, w których nie znajdują zastosowania analityczne procedury weryfikacji. Dotyczy to w projekcie Perelmana w szczególności sposób problematyki wartości i sfery rozumności praktycznej¹²⁷.

Wyrażając uznanie dla takiego zamierzenia, nie sposób nie zauważyć, iż obydwie kategorie argumentacji omówione zostały przez Perelmana w sposób dość skrótowy. Powstawać mogą na tym tle wątpliwości zarówno co do dokładnego określenia ich charakteru, jak i relacji między nimi. Stąd też poniżej zaproponować chciałbym szerszą analizę im poświęconą. Analiza ta oparta została na pewnej reinterpretacji dzieł filozofa

¹²⁴ Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 13-14, 18-19.

¹²⁵ Tamże, s. 14-17.

¹²⁶ Tamże, s. 17.

¹²⁷ Tamże, s. 19-21.

ze Stagiry¹²⁸, dokonywanej jednak w bliskim nawiązaniu do propozycji samego Perelmana.

2. Argumentacja analityczna

1. Pierwszym zadaniem musi być określenie dokładnego charakteru rozumowań analitycznych¹²⁹. Wbrew temu, co można by sądzić na podstawie słów autora *Nowej retoryki*, Arystoteles nie wprowadza takiego pojęcia na oznaczenie rozumowań odrębnego rodzaju. Sformułowanie użyte przez Perelmana jest zapewne nawiązaniem do tytułu dwóch dzieł Stagiryty, w których miał zostać przedstawiony ten rodzaj rozumowania: *Analityk pierwszych* oraz *Analityk wtórych*. Przy przyjęciu takiego rozwiązania ujawniają się dwojakiego rodzaju wymagania, którym muszą czynić zadość rozumowania o charakterze analitycznym. Dzieła te nie stanowią bowiem całkowitej jedności, jeśli chodzi o ich przedmiot. *Analityki pierwsze* ustanawiają podstawę Arystotelesowej koncepcji logiki formalnej, traktując o formalnych regułach wnioskowań (przede wszystkim o sylogizmie klasycznym). *Analityki wtóre* natomiast poświęcone są nie tyle formie rozumowań, co ich treści, rozważając problematykę wiedzy naukowej¹³⁰. Kazimierz Leśniak pisze w swoim komentarzu do obydwu ksiąg:

sylogistyka dążyła tylko do wykrycia i poznania warunków, dzięki którym wniosek wynika z przesłanek; dostarczała zatem tylko pewnej wiedzy formalnej. Atoli logika jako teoria wiedzy naukowej w szerokim tego słowa znaczeniu musiała być czymś więcej niż tylko wiedzą o stosunkach formalnych między zdaniem, powinna

¹²⁸ Celem uniknięcia zbędnego zamętu w dalszych przypisach, wymieniam tu zbiorczo dokładne sygnatury powoływanych dzieł Arystotelesa. W przypisach następujących poniżej ograniczam się do powołania tytułu dzieła.

- *Analityki pierwsze*, przeł. K. Leśniak, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003, 24a-70b (s. 127-251);
- *Analityki wtóre*, przeł. K. Leśniak, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003, 71a-100b (s. 255-327);
- *Topiki*, przeł. K. Leśniak, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003, 100a-164b (s. 43-473);
- *O dowodach sofistycznych*, przeł. K. Leśniak, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003, 164b-184b (s. 476-518);
- *Etyka nikomachejska*, przeł. D. Gromska, Warszawa 2007, 1094a-1181b (s. 77-300);
- *Retoryka*, przeł. H. Podbielski, [w:] Arystoteles, *Retoryka, Retoryka dla Aleksandra, Poetyka*, Warszawa 2004, 1354a-1420b (s. 44-220).

¹²⁹ Pomijam w pracy problem relacji pomiędzy pojęciami rozumowań analitycznych i analitycznej nauki. Nie wykluczam, że badania w tym zakresie prowadzić by mogły do ciekawych rezultatów, prowadziłyby jednak do zbyt wąskiego zawężenia pojęcia rozumowań analitycznych (*resp.* analitycznej argumentacji). Ta ostatnia bowiem nie musi mieć charakteru naukowego, a może dokonywać się także na potrzeby praktyki prawniczej – co jest głównym przedmiotem zainteresowania w pracy. Por. przyp. 12.

¹³⁰ Pamiętać jednak należy, że sam Arystoteles nie rozróżniał ich jako osobnych traktatów, nazywając je w innych dziełach zbiorczo jako *Analityki*. Określenia *pierwsze* i *wtóre* są późniejsze.

mianowicie dążyć do poznania stosunków między rzeczami. A zatem, jeżeli wiedza naukowa ma dać poznanie stosunków rzeczowych, musi spełniać ponadto wiele innych warunków, różnych od tych, które odnoszą się wyłącznie do teorii wynikania¹³¹.

Dla przypisania rozumowaniu analitycznego znaczenie będą zatem miały obydwie te przesłanki łącznie: po pierwsze, powinno ono cechować się niezawodnością od strony formalnej (wymóg powiązany z *Analitykami pierwszymi*), po drugie, musi istnieć możliwość wykazania prawdziwości stawianych w jego ramach twierdzeń, jako wyprowadzonych z prawdziwych przesłanek (wymóg z *Analityk wtórych*)¹³². Dokładne znaczenie każdego z tych wymogów rodzić jednak może dalsze wątpliwości, których rozstrzygnięcie w znacznym stopniu wpływać będzie na sposób rozumienia omawianej kategorii.

2. Jako pierwsze rozważone zostaną problemy związane ze znaczeniem wymogu oparcia twierdzeń (przesłanek i wniosków) na wiedzy prawdziwej. Rysują się tu dwie możliwości, w zależności od wyboru perspektywy: czy punktem wyjścia uczynimy obydwie *Analityki*, czy może *Topiki*. Osadzenie tychże rozumowań w *Analitykach* zdaje się sugerować, że wymóg prawdziwości pokrywa się z wymogiem naukowości (demonstratywności) wiedzy, dla którego spełnienia musi ona realizować szereg warunków szczegółowych (wśród nich przede wszystkim konieczności)¹³³.

Przyjęcie takiego stanowiska rodzi jednak pytanie o użyteczność kategorii rozumowań analitycznych i, co za tym idzie, całego podstawowego przecież dla projektu Perelmana rozróżnienia dwóch rodzajów rozumowań. Nie wymaga to nawet odwołań do zgłaszanych współcześnie zastrzeżeń w kwestii możliwości formułowania twierdzeń o rzeczywistości, którym przysługiwałby walor uniwersalnych prawd. Wystarczy konstatacja, iż rozumowania analityczne mogłyby znaleźć w tym przypadku nader wąskie zastosowanie w dyskursie dotyczącym symbolicznej sfery kultury, do której wszak przynależy prawo. Tu rozumowania mogłyby najwyżej dawać pozór analityczności¹³⁴.

¹³¹ K. Leśniak, *Wstęp do Analityk pierwszych i Analityk wtórych*, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie...*, t. 1, s. 119.

¹³² W sposób naturalny nasuwa się tu analogia z dwoma typami uzasadnień decyzji stosowania prawa (zewnątrznym i wewnętrznym) J. Wróblewskiego.

¹³³ Na temat tychże warunków u samego Arystotelesa por. tenże, *Etyka Nikomachejska...*, 1139b; por. także K. Leśniak, *Wstęp do Analityk...*, s. 120-125.

¹³⁴ Fakt ten stanowił skądinąd asumpt do znanej krytyki prawoznawstwa jako nie spełniającego wymogów naukowości, której paradygmatycznym przypadkiem pozostaje wypowiedź von Kirchmanna o „trzech słowach ustawodawcy”, wskutek których całe biblioteki prawnicze trafiają na śmietnik. Krytyka ta wpisuje się w szerszy problem rozróżnienia na nauki nomotetyczne oraz idiograficzne. Jeśliby uznać prawoznawstwo za należące do tej drugiej kategorii, bronić by można z tych pozycji naukowości formułowanych w jego ramach twierdzeń, a poprzez to także ich zgodności z proponowaną interpretacją rozumowań analitycznych (WNP Leksykon, s. 23-26 i s. 53-54 [hasła: *Dogmatyka prawa i Nauki teore-*

Możliwa jest jednak także inna interpretacja omawianej kategorii, wychodząca od lektury Arystotelesowskich *Topik*. W księdze tej przeciwstawia on przesłanki i problemy dialektyczne pojemnej kategorii tego, „co dla wszystkich albo dla większości jest oczywiste”¹³⁵. Oczywistość ta nie musi oznaczać uniwersalnego charakteru przesłanek, nie musi także stanowić wyniku naukowego dowodu. Może zatem zostać ograniczona do konkretnej społeczności, grupy czy rodzaju praktyki. Co więcej, w dalszych partiach pracy zaproponowana zostanie taka interpretacja kategorii oczywistości, wedle której w niektórych przypadkach nie do pomyślenia jest sama procedura jej naukowej weryfikacji, zakładająca przecież krytyczne nastawienie do przedmiotu badania. To, co oczywiste, wymykać się może krytycznemu namysłowi, a próby jego podejmowania odczytywane być mogą jako dowód postradania zmysłów¹³⁶.

Źródła uznania określonego twierdzenia za oczywiste mogą mieć różny charakter. Skutkiem jednak każdorazowo będzie uznanie ich ważności jako przesłanek w argumentacji. Przesłanki takie postrzegane będą jako obiektywny wyraz rzeczywistości, przyjmując status twierdzeń ontologicznych.

Powyższa różnica, stanowiąca wynik interpretacji wychodzącej bądź od tekstu *Analitik*, bądź też *Topik*, okazuje się wręcz fundamentalna dla ostatecznego znaczenia pojęcia rozumowań analitycznych. Decyduje bowiem zarówno o tym, czy analityczność argumentacji wiązać będziemy wyłącznie z wymogami naukowości, jak również o tym, czy cechę analityczności uznamy za uniwersalną, czy też relatywizowaną do określonego audytorium. Przyjęcie perspektywy bliższej *Analitikom*, a więc powiązanie jej z kryterium naukowości, ustanawia wymóg powszechnej ważności, a zatem zarówno przesłanki, jak i wyprowadzone na ich podstawie wnioski muszą cieszyć się ważnością niezależnie od audytorium. Jest to przypadek radykalnie obiektywnego i bezosobowego charakteru rozumowań¹³⁷. Z perspektywy uczestnika dyskursu analityczny charakter posiada jednak także argumentacja zachowująca swoją ważność jedynie w ramach danego audytorium. Ten ograniczony zasięg ważności stawianych twierdzeń może być dla takiej-

tyczne]). Dyskusja wokół naukowości nauk prawnych posiada także bogatą tradycję w powojennej polskiej teorii prawa. Wydaje się jednak, że problem ten ma dla pracy charakter poboczny. Przedmiotem rozważania w pracy są bowiem nie wypowiedzi formułowane w obrębie nauk prawnych, lecz praktyki argumentacyjne stosowane w dyskursie prawniczym. Te ostatnie nie zawsze przecież spełniać muszą wymogi naukowości, niezależnie od przyjętego sposobu rozumienia tychże wymogów. Utożsamianie kategorii rozumowań analitycznych z działalnością naukową ograniczałoby zatem jej przydatność dla pracy.

¹³⁵ *Topiki*, 104a.

¹³⁶ Zob. rozdz. V.4. Por. też G.H. von Wright, *Wittgenstein o pewności...*, s. 132.

¹³⁷ Tak zdaje się je momentami rozumieć sam Ch. Perelman, wskazując, iż reguły nimi rządzące mają charakter ściśle akontekstowy – zob. *Logika prawnicza...*, s. 167.

go członka audytorium jawny, może jednak także pozostawać przez niego nie uświadomiany.

3. Analogiczna różnica rysuje się przy interpretacji drugiego wymogu, jakiemu podlega argumentacja analityczna, a który sprowadza się do niezawodności formy. Na gruncie pism Arystotelesa utożsamiać należałoby ten wymóg z podporządkowaniem rygorom logiki formalnej, rozwijanej przez Stagirytę przede wszystkim w *Analitykach pierwszych*. Skutkowałoby to ponownie żądaniem od rozpatrywanej kategorii rozumowań każdorazowo uniwersalnej ważności, niezależnej od treści przekonań w obrębie określonego audytorium. Znowu podnieść by można na tym gruncie zgłaszane współcześnie wątpliwości co do rzekomej uniwersalności praw Arystotelesowej logiki formalnej. W pracy nie ma jednak potrzeby dokonywania tak daleko idącej krytyki. Wystarczy konstatacja, że dla członka określonego audytorium równie wiążący charakter mogą posiadać pewne reguły wnioskowań i topoty argumentacyjne, specyficzne dla tego ostatniego. Fakt, że uznawane są one przede wszystkim w jego obrębie, nie oznacza, iż tracą one obiektywizowany, wiążący i bezosobowy charakter. Jako przykład służyć może szereg uznanych we właściwej nam kulturze dyrektyw wykładni, które nie dają się wszak uzasadnić w oparciu o logikę formalną, a mimo to ich ważność nie podlega wątpliwościom¹³⁸.

3. Argumentacja dialektyczna

1. Arystoteles rzadko używa także ogólnej kategorii „rozumowania dialektycznego”¹³⁹. Jako zbliżone potraktować można równie sporadycznie występujące pojęcia dialektycznego badania czy rozważań dialektycznych¹⁴⁰. Istotne znaczenie posiadają natomiast pojęcia takie, jak: dialektyka¹⁴¹, sylogizm dialektyczny¹⁴², przesłanki i problemy dialek-

¹³⁸ Tak funkcjonować będą np. dyrektywy nakazu uwzględniania definicji legalnych, zakazy wykładni homonimicznej i synonimicznej, dyrektywa *exceptiones non sunt extendendae etc.* Odnośnie do ich wiążącego i obiektywnego zarazem charakteru w obrębie danej kultury prawnej zob. np. L. Morawski, *Kilka uwag na temat wykładni*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005, s. 32-37.

¹³⁹ Wyjątek ustanawiają np. *Topiki*, 105a, gdzie wyliczone zostają gatunki rozumowania dialektycznego (którymi są sylogizm i indukcja), a także *O dowodach sofistycznych*, 171b.

¹⁴⁰ *O dowodach sofistycznych*, 183b; *Analityki wtóre*, 82b.

¹⁴¹ Zob. np. *Retoryka, passim*, zwł. rozdz. 1-2 Księgi I; *Topiki*, 108a, 112a; *O dowodach sofistycznych*, 171b-172a, 174a, 183b.

¹⁴² *Topiki*, 100a-100b.

tyczne¹⁴³, a także pojęcie zawierające charakterystykę podmiotową, tj. dialektyk¹⁴⁴. W poświęconych dialektyce *Topikach* odwołuje się Arystoteles także do ogólnego pojęcia rozumowania¹⁴⁵. Powstaje zatem pytanie, czym na gruncie jego rozważań mogą być wspomniane rozumowania dialektyczne. Odpowiedź zdaje się być wyznaczana przez kilka czynników jednocześnie. Będą to kolejno: rodzaj charakterystycznych dla dialektyki¹⁴⁶ problemów i przesłanek, formalna strona argumentacji, wreszcie jej aporetyczny oraz dialogiczny charakter.

Na początek jednak uwaga natury ogólnej. W rozważaniach poświęconych argumentacji dialektycznej niejednokrotnie przyjdzie odwołać się do uwag Arystotelesa poświęconych retoryce. Traktowane są więc one niemal wymiennie. Jest to uzasadnione o tyle, że sam założyciel Lykeonu już w pierwszym zdaniu swojej *Retoryki* podkreśla jej bezpośredni związek z dialektyką. „Retoryka jest antystrofą dialektyki”¹⁴⁷. W następujących dalej rozważaniach niejednokrotnie obie te sztuki wymieniane są łącznie, jakby na jednym oddechu. Obie przecież odnoszą się do tego samego przedmiotu (jakim jest umiejętność przekonywania za pomocą argumentów)¹⁴⁸, obie też poruszają się w sferze prawdopodobieństwa¹⁴⁹. Używane w retoryce sposoby przekonywania, tj. typowe dla niej odmiany sylogizmu (entymemat) i indukcji (przykład), są też co do istoty tożsame z sylogizmem dialektycznym i takąż indukcją¹⁵⁰. Tak samo też jak w dialektyce poddawane pod rozagę problemy odznaczają się w retoryce dyskusyjnością i niejednoznacznością¹⁵¹. „W rzeczywistości – wypowiada się Stagiryta o retoryce – jest ona częścią dialektyki”¹⁵².

2. Charakterystykę rozumowań dialektycznych rozpocząć wypada od refleksji nad wyróżnionymi w *Topikach* gatunkami tych rozumowań (przede wszystkim sylogizmem dialektycznym, a także indukcją) oraz pojęciami przesłanek dialektycznych i proble-

¹⁴³ Tamże, 104a-105a; *Analityki pierwsze*, 24b.

¹⁴⁴ Zob. zwł. odróżnienie dialektyka od erystyka lub sofisty: *O dowodach sofistycznych*, 171b-172a oraz *Retoryka*, 1355b; por. także odróżnienie od filozofa: *Topiki*, 155b.

¹⁴⁵ Np. *Topiki*, 101b.

¹⁴⁶ Pojęcia dialektyki, jeśli nie jest ono opatrzone dodatkowymi wyjaśnieniami, używam dalej jako skrótowego określenia dla argumentacji dialektycznej.

¹⁴⁷ *Retoryka*, 1354a. Pojęcie antystrofy pochodzi z terminologii teatru greckiego i ma tu za zadanie podkreślić szczególną więź między dwiema przywołanymi sztukami. Por. komentarz tłumacza do cytowanego zdania.

¹⁴⁸ Tamże.

¹⁴⁹ Tamże, 1355a.

¹⁵⁰ Tamże, 1356b.

¹⁵¹ Tamże, 1356b-1357a.

¹⁵² Tamże, 1356a. O związkach tych dwóch dyscyplin zob. np. M. Korolko, *Sztuka retoryki. Przewodnik encyklopedyczny*, Warszawa 1990, s. 152-153.

mów dialektycznych. Wśród wskazanych kategorii podstawowe znaczenie przysługuje pojęciu sylogizmu dialektycznego.

W *Topikach* Arystoteles rozróżnia trzy rodzaje sylogizmów, jakimi są „dowód” (sylogizm kategoryczny), sylogizm dialektyczny oraz sylogizm erystyczny¹⁵³. Podawanym przez Arystotelesa kryterium odróżniającym te trzy rodzaje sylogizmów jest status poznawczy przesłanek (a z formalnych cech sylogizmu wynika, iż jest on tożsamy ze statusem poznawczym wyprowadzanych z nich wniosków¹⁵⁴). W sylogizmie dialektycznym przesłanki nie są, jak w kategorycznym, „prawdziwe i pierwsze” (zatem nie przysługuje im omówiony przy rozumowaniach analitycznych walor prawdy czy demonstratywności, typowy dla *epistemé*¹⁵⁵), lecz „zgodne z opinią powszechną”¹⁵⁶. Przysługuje im zatem walor „prawdopodobieństwa” lub „wiarygodności”, charakterystyczny dla sfery mniemań (*doxa*).

Odpowiedź na pytanie o sens waloru „zgodności z opinią powszechną” jest złożona i raczej odmienna od tej, której można by oczekiwać na podstawie literalnego brzmienia powyższego określenia. Stanowi ono tłumaczenie terminu *endoxon*. Wprawdzie wywodzi się on od *doxa*, zatem tłumaczenie go jako „powszechnie przyjęte” pozostaje najbliższe jego dosłownemu znaczeniu, jednak właściwiej byłoby chyba oddać go (jak czyni się częściej, w innych miejscach) jako prawdopodobne lub wiarygodne właśnie. Jak bowiem zaznacza Stagiryta, nie chodzi tu o uznanie „pierwszych lepszych przesłanek – istnieją bowiem stwierdzenia właściwe dla głupców”¹⁵⁷. Jak wyjaśnia wprost, „«zgodne z opinią powszechną» [*endoxa* – M.P.] to te przekonania, które są uznawane albo przez wszystkich, albo przez wielu, albo przez filozofów, a wśród tych ostatnich, albo przez wszystkich, albo przez wielu, albo przez najbardziej wybitnych i sławnych”¹⁵⁸. Poniekąd jeszcze dalej idzie stwierdzenie, iż przesłanka dialektyczna jest „uznaniem tego, co się [dla pytającego] słusznym wydaje”¹⁵⁹. Sugeruje to pozytywnie wartościujący charakter użytego określenia. Przede wszystkim jednak wyraźnie zostaje też

¹⁵³ *Topiki*, 100a-100b. Na tej podstawie należałoby w zasadzie wyróżnić trzy rodzaje rozumowań, gdzie obok analitycznych i dialektycznych znalazłyby się również rozumowania erystyczne (s sofistyczne). W *Retoryce* dodaje Arystoteles, iż rodzajem sylogizmu dialektycznego jest sylogizm retoryczny, entymemat (*Retoryka*, 1356b-1357b; zob. też *Analityki pierwsze*, 70a). Stąd w dalszych rozważaniach zamieszczone w jego pracach uwagi dotyczące entymematu odnoszą bezpośrednio do sylogizmu dialektycznego.

¹⁵⁴ *Retoryka*, 1357a.

¹⁵⁵ *Analityki pierwsze*, 24a-24b.

¹⁵⁶ *Topiki*, 100a.

¹⁵⁷ *Retoryka*, 1356b.

¹⁵⁸ *Topiki*, 100a. Podobnie gdzie indziej mówi on, iż „jest więc przesłanka dialektyczna formą pytania o coś, co jest uznane przez wszystkich albo przez większość, albo przez najznakomitszych” – tamże, 104a.

¹⁵⁹ *Analityki pierwsze*, 24b.

wskazana osobista odpowiedzialność podejmującego dyskurs (pytającego) za ocenę, co należy uznać za słuszne i wiarygodne. Ostatecznie to od jego decyzji zależy wybór przesłanki, którą uzna on za dostatecznie wiarygodną; inna rzecz, że wybór ten uwzględniać powinien szanse wykazania swej wiarygodności w dyskursie. Kwestia jednak faktycznej zgodności z opinią jakiejś statystycznie rozumianej większości ma tu znaczenie najwyższej drugorzędne.

Jak zauważa Perelman, sens określenia *endoxon* „ma charakter jakościowy, co zbliża go raczej do terminu «rozsądny» niż do terminu «prawdopodobny»”¹⁶⁰. Jeśli więc spotykamy w odniesieniu do rozumowań dialektycznych (najczęściej używane) określenie „prawdopodobny”, należy je rozumieć dosłownie jako „*podobny-prawdzie*” – co zawiera w sobie pozytywne wartościowanie. Na to też wskazują wyznaczane przez Arystotelesa powiązania między dialektyką oraz retoryką a tym, co wiarygodne¹⁶¹.

Jednocześnie to, co *prawdo-podobne*, nie jest jednak (w sposób pewny) prawdziwe. W innym wypadku rozstrzygany problem nie miałby charakteru dialektycznego, „bo przecież nikt rozsądny (...) nie będzie traktował jako problemu tego, co dla wszystkich albo dla większości jest oczywiste”¹⁶². Rozumowanie dialektyczne porusza się zatem w sferze tego, co niejednoznaczne bądź sporne¹⁶³. Dotyczy ono „problemów, które są przedmiotem dyskusji”¹⁶⁴. Podobnie jednak i tutaj, chodzi raczej o te problemy, które zasługują na dyskusję, „wymagają zastanowienia”¹⁶⁵, nie zaś wszystkie, które komukolwiek takimi się jawią. I w tych określeniach wyraźny jest zarówno element ocenny, jak i konieczność podjęcia osobistej odpowiedzialności za dokonywany wybór.

3. Arystoteles zdaje się sugerować, iż niejednoznaczność rozstrzygnięć dialektycznych jest wynikiem jedynie charakteru przesłanek, nie zaś zawodności formy wnioskowania. W tym miejscu rozumowania dialektyczne można traktować jako szczególnie mocno zbliżające się do analitycznych. Widać to zwłaszcza w przypadku sylogizmu, który na użytek obydwu rozumowań zostaje zdefiniowany w równobrzmiący sposób: „Sylogizm jest to wypowiedź, w której, gdy się coś założy, coś innego, niż się założyło, m u s i w y n i k a ć dlatego, że się założyło [wyróżnienie moje – M.P.]”¹⁶⁶. Użycie formuły „musi wynikać” sugeruje, iż w obydwu przypadkach mamy do czynienia z rozumowaniem

¹⁶⁰ Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 14. Na temat pozytywnie wartościującego znaczenia terminu *endoxon* zob. także K. Leśniak, *Wstęp do Topik*, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie...*, t.1, s. 341-342.

¹⁶¹ Zob. *Retoryka*, 1355a.

¹⁶² *Topiki*, 104a.

¹⁶³ Zob. tamże, 104b; *Retoryka*, 1357a.

¹⁶⁴ *Retoryka*, 1356b-1357a.

¹⁶⁵ Tamże.

¹⁶⁶ *Analityki pierwsze*, 24b; *Topiki*, 100a.

niezawodnym od strony formalnej. Inaczej mówiąc, w przypadku sylogizmu dialektycznego można dyskutować o zasadności przesłanek, jednak nie o adekwatności samego procesu wnioskowania.

Sprawa jest jednak nieco bardziej skomplikowana; dla jej wyjaśnienia nie można też przywiązywać nadmiernej wagi do przytoczonej definicji. W przypadku *Analityk* oraz *Topik* mamy bowiem wbrew pozorom do czynienia z odmiennym sposobem rozumienia sylogizmu¹⁶⁷. Z jednej zatem strony, definicja powyższa jest zbyt szeroka dla oznaczenia podstawowego dla tekstu *Analityk* sylogizmu klasycznego, gdyż w żaden sposób nie ujmuje wewnętrznej struktury terminów w przesłankach i wniosku¹⁶⁸. Z drugiej strony, należy ją uznać za zbyt wąską w odniesieniu do pojęcia sylogizmu dialektycznego, można bowiem wskazać i takie jego przykłady, w których wynikanie wniosku z przesłanek nie ma charakteru koniecznego. Takimi będą sylogizmy zbudowane na wielu uznanych przez Arystotelesa toposach, takich jak *a contrario*, *a fortiori* czy *a simili*¹⁶⁹. Rozumowania dialektyczne mogą odznaczać się zatem nie tylko podważalnością przesłanek, ale także zawodnością formy. Jeśli pozostaje to ważne dla sylogizmu, tym wyraźniejsze staje się w odniesieniu do indukcji dialektycznej oraz przykładu w retoryce.

Podobnie jak w przypadku sylogizmu, także pojęcie indukcji (*epagoge* – dosł. przyprowadzać, doprowadzać) inaczej rozumiane jest na potrzeby dialektyki, inaczej zaś – teorii wiedzy naukowej, wyłożonej w *Analitykach*. Wspólny jest im właściwie jedynie fakt, iż w obydwu przypadkach indukcja polega na „doprowadzeniu do poznania, które prowadzonemu przez bezpośrednie wskazanie zjawiska czynią je zrozumiałym i wyjaśnionym”¹⁷⁰. Nie wdając się w szczegóły złożonego i dyskusyjnego rozumienia tego pojęcia w obrębie *Analityk*, można stwierdzić, że indukcja podobnie jak sylogizm zapewnia tu prowadzonemu wgląd w wiedzę pewną i konieczną¹⁷¹. Inaczej oczywiście rzecz ma się w dialektyce, gdzie indukcja ma wyraźnie charakter rozumowania zawodnego. Oparte na niej rozumowanie zawsze może zostać obalone przez podanie kontrprzykładu; dopóki jednak przeciwnik tego nie uczyni, mamy prawo żądać uznania dokonanej indukcji za prawidłową¹⁷². Zachodzi zatem możliwość oparcia rozumowania na procedurze, której niezawodność (prawidłowość) nie została zagwarantowana. Ujawnia to jednocześnie zdecydowanie osobowy charakter takiego wnioskowania, skoro jego

¹⁶⁷ Zob. K. Leśniak, *Wstęp do Topik...*, s. 339-340.

¹⁶⁸ Por. T. Kotarbiński, *Wykłady z dziejów logiki*, Łódź 1957, s. 15.

¹⁶⁹ Tzw. toposy ogólne (*loci communes*), omówione w rozdz. 23 Księgi II *Retoryki*, 1397a-b.

¹⁷⁰ K. Leśniak, *Wstęp do Analityk...*, s. 110.

¹⁷¹ Wnikliwą analizę proponuje tu K. Leśniak, tamże, s. 108-119.

¹⁷² *Topiki*, 157a-158a.

powodzenie zależne jest w dużym stopniu od poglądów, kompetencji czy stopnia przygotowania uczestników dyskursu.

4. W historii dialektyki od początku przewijały się dwa elementy, jakimi są jej aporetyczny oraz dialogiczny charakter¹⁷³. Ta dwoistość dialektyki uwidacznia się zarówno w jej etymologii, jak i w źródłach historycznych: aporiach Zenona z Elei z jednej, a dialogach Sokratesa z drugiej strony¹⁷⁴. Odbija się ona także w historii sporu na temat natury dialektyki, gdzie raz jeden, raz drugi aspekt zdawał się przeważać. Można w szczególności uznać, że późniejsza od Arystotelesa tradycja niełaskawie obeszła się z dialogicznym aspektem dialektyki. Najpierw bowiem (u stoików) uległ on zatarciu poprzez utożsamienie dialektyki z logiką i wyłączenie z jej obrębu topiki, by następnie w (rozpoczynającym się od Diderota) okresie renesansu zainteresowania dialektyką stracić znaczenie na rzecz jej aspektu aporetycznego. To wychylenie dialektyki w stronę aporetyczną, przy zredukowaniu strony dialogicznej, utrwaliło się za sprawą szeregu myślicieli, poczynając naturalnie od Hegla¹⁷⁵ (by wspomnieć obok niego jedynie Marksa czy Adorno). Doprowadziło to do sytuacji, w której w powszechnym dyskursie filozoficznym dialektykę utożsamia się dziś raczej z jej aporetyczną stroną¹⁷⁶. Jako przeciwwagę dla tej tendencji przywołać można jednak poglądy tych, którzy – często *explicite* w opozycji do tradycji Hegłowskiej – podkreślali dialogową naturę dialektyki¹⁷⁷.

Aporetyczną naturę dialektyki rozumieć się dziś zwykło przez pryzmat owej Hegłowskiej tradycji. Tutaj rozumiem ją jednak możliwie szeroko, co oddać można stwierdzeniem, iż stanowi ona „grę na przeciwieństwach”. W szczególności, w dziele Arysto-

¹⁷³ Obydwa one ustanawiają przy tym związki między dialektyką a sofistyką – por. Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 171-172.

¹⁷⁴ Zob. G. Reale, *Historia filozofii starożytnej*, przeł. E.I. Zieliński, Lublin 2000, t. 1, s. 152 i n. Sam Sokrates za twórcę dialektyki uznawał właśnie Zenona.

¹⁷⁵ Problem relacji między dialektyką Arystotelesa oraz Hegla podejmuje Ch. Perelman w tekście *Dialektyka i dialog*, przeł. B. Markiewicz, „Studia Filozoficzne” 1975, nr 5, s. 79 i n. Autor ten uznaje, iż projekt Hegłowski ma z perspektywy wprowadzonego przez Stagirytę rozróżnienia charakter raczej analityczny niż dialektyczny. Zastosowanie metody dialektycznej ma w jego ramach stanowić jedynie odwzorowanie obiektywnej dialektyki rzeczywistości.

¹⁷⁶ Stąd m.in. tak istotne pozostaje wyraźne powiązanie dialektyki z retoryką, która na przestrzeni swej historii, niezależnie od przeżytych przemian, zawsze postrzegana była jako *ars bene dicendi*, sztuka dobrego (właściwego, rzetelnego, pięknego) mówienia. Zob. Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 3-9; M. Rusinek, *Między retoryką a retorycznością*, Kraków 2003, rozdz. I; L. Kleszcz, *Boczne drogi. Z genealogii filozofii hermeneutycznej*, Wrocław 2004, s. 77-100; M. Korolko, *Sztuka retoryki...*, s. 42-44, 170 i n.

¹⁷⁷ Należą do tego grona m.in. Schopenhauer i Feuerbach. Ten ostatni twierdził, iż dialektyka, jeśli jest prawdziwa, „nie jest monologiem samotnego myśliciela z samym sobą, lecz dialogiem między «Ja» i «Ty»” (L. Feuerbach, *Zasady filozofii przyszłości*, [w:] *Wybór pism*, t. 2; cyt. za: L. Kleszcz, *Boczne drogi...*, s. 121). Por. też A. Schopenhauer, *Erystyka czyli sztuka prowadzenia sporów*, przeł. B. i Ł. Kornsorcy, Warszawa 1986, s. 22-23. Przedstawiony tu szkicowy obraz historii dialektyki opieram niemal w całości na powyższej pracy L. Kleszcza, s. 107-124.

telesa odnosić będzie się ona do sytuacji dialektycznego sporu, gdzie każda ze stron dąży do dowiedzenia tezy przeciwnej. Istotą sytuacji dialektycznej jest to, że żadna z nich nie jest z góry skazana na porażkę. Teoretycznie rzecz ujmując, każde z przeciwnych twierdzeń może zatem zostać uznane za uzasadnione i wiarygodne.

Istotą Arystotelesowej dialektyki pozostaje więc fakt, iż w jej obrębie możliwe jest dowodzenie różnych, nawet przeciwnych twierdzeń¹⁷⁸. Ten fakt odgrywa znaczną wagę dla Perelmana, który podkreśla brak jednej prawidłowej odpowiedzi w argumentacji dialektycznej¹⁷⁹. Co więcej, wydaje się, że te same argumenty mogą być często rozumiane jako wspierające każde z przeciwnych twierdzeń. Nie oznacza to jednak, iż każda z odpowiedzi pozostaje *równie* uprawniona. W takiej sytuacji cała procedura argumentacji byłaby pozbawiona sensu, jeśli nie liczyć jej zadań perswazyjnych. Jak stwierdza sam Arystoteles: „Zawsze przecież to, co prawdziwe i lepsze, że tak powiem, jest już z natury łatwiejsze do udowodnienia i bardziej wiarygodne”¹⁸⁰. Powyższe zdanie wydaje się nieść w sobie dość radykalną myśl, sugeruje bowiem, iż w sporze dialektycznym, ostatecznie jeden pogląd okazuje się prawdziwy wedle jakiegoś obiektywnego, choć uczestnikom dyskursu niedostępnego, kryterium. W kontekście dotychczasowych rozważań trudno z taką sugestią do końca się zgodzić. Można jednak odczytywać je słabiej: w obrębie dialektycznej argumentacji, jakkolwiek różne odpowiedzi pozostają uprawnione, pewne z nich wydają się rozsądniejsze i bardziej trafne. Pozostaje kwestia wyboru i oceny stopnia wiarygodności każdej z nich¹⁸¹.

5. Wreszcie, pojęcie rozumowań dialektycznych zostaje powiązane z samą dialektyką, rozumianą tym razem jako sztuka prowadzenia dyskusji. Podstawowym kryterium wyróżnienia jest w tym wypadku cel prowadzonego rozumowania, którym jest nie tyle (czy nie w pełni) wykrycie prawdy, lecz przekonanie rozmówcy¹⁸². Takie osadzenie omawianego pojęcia wydaje się zgodne z zapatrywaniami samego Stagiryty, skoro jako cel *Topik*, traktatu dotyczącego sztuki dialektyki, wskazuje on „odkrycie metody, za pomocą której można by wnioskować [rozumować, *sylogisesthai*] z ogólnie przyjętych sądów

¹⁷⁸ Zob. *Retoryka*, 1355 a, gdzie Filozof stwierdza: „Żadna inna sztuka nie potrafi przecież logicznie udowodnić przeciwności. Potrafi to tylko dialektyka i retoryka”.

¹⁷⁹ Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, *passim*.

¹⁸⁰ *Retoryka*, 1355a.

¹⁸¹ Jak sądzę, ta sama myśl przyświeca twierdzeniu Dworkina o istnieniu w każdym przypadku jednej prawidłowej odpowiedzi, jakkolwiek sposób jej sformułowania wzbudził zbyt wiele nieporozumień i kontrowersji. Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 494 i n.; tenże, *No Right Answer?*, [w:] A. Aarnio, N. McCormick (red.), *Legal Reasoning...*, t. 1, s. 283-314 [wyd. oryg. w: „New York University Law Review” 1978, No. 1, Vol. 53].

¹⁸² Zob. K. Leśniak, *Wstęp do Analityk...*, s. 111; B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, s. 161.

o każdym przedłożonym problemie”¹⁸³. Rozumowania dialektyczne to zatem takie, o których traktuje dialektyka i które wykorzystywane są w dyskusji celem przekonania rozmówcy. Wskazuje to bezpośrednio na praktyczną naturę dialektyki.

Argumentacja dialektyczna pozostaje zatem bezpośrednio związana z sytuacją dialogu. Dokonuje się to nie tylko poprzez wspólny źródłosłów – obydwie te słowa wywodzą się przecież od zbitki wyrazów *dia* (poprzez, przez, roz-) i *lego* (mówię, łączę) lub *logos* (słowo, rozum)¹⁸⁴. Powiązanie to ustanawiane jest także, jak zostało już powiedziane, poprzez historyczne źródła dialektyki Arystotelesa, jakimi pozostają dialogi toczone przez Sokratesa na ulicach Aten. Dialektyka rodziła się zatem „wewnątrz” dialogu. Z tych dwóch powodów ma ona zawsze dialogiczny potencjał, którego nie może się wyzbyć¹⁸⁵.

Samo rozstrzygnięcie problemu także wypracowane być musi w obrębie dyskursu. Dialektyk może wprawdzie przystępować do dyskusji z wyrobionym już osądem, jednak z natury rzeczy wystawiony jest na konfrontację. Zarówno na przebieg dyskursu, jak i na jego końcowy efekt każdy ze współdyskutantów posiada realny wpływ. Tak pytający, jak i odpowiadający powinni też nieustannie reagować na zmieniającą się pod wpływem działań drugiej strony definicję sytuacji¹⁸⁶. Co ważniejsze jednak, sama dyskusja zdaje się pełnić w tym przypadku rolę źródła ważności wypracowanego rozstrzygnięcia. Wobec braku innych, „zewnątrznych” kryteriów, roszczenie do ważności danego twierdzenia zasadza się na fakcie uznania go za najbardziej godne zaufania w obrębie dyskursu, w którym indywidualne mniemania uczestników podlegają uzgadnianiu i weryfikacji¹⁸⁷.

Wyraźna staje się tu różnica między omawianymi kategoriami argumentacji. O ile bowiem problemy o analitycznym charakterze także poddawane być mogą pod dysku-

¹⁸³ *Topiki*, 100a. Choć termin „dialektyka” przywoływany jest w *Topikach* niezwykle rzadko, to jednak nie ulega wątpliwości, iż to jej właśnie poświęcony jest ten traktat. Brak wyraźnego nazwania tego faktu w tekście jest zapewne wynikiem traktowania go przez autora jako oczywistego. Wskazują na to zresztą zarówno sposób użycia tego terminu w *Topikach* (przede wszystkim negatywne wskazania, co nie przynależy do dialektyki – por. przyp. 13), jak i odwołania do tego traktatu zamieszczone w innych dziełach (np. w *Retoryce* lub *Analitykach*).

¹⁸⁴ Z dialektyką bezpośrednio spokrewniony jest także termin *dialogesthai*: roztrząsać, dyskutować, rozbierać. Por. L. Kleszcz, *Boczne drogi...*, s. 101.

¹⁸⁵ Zob. na ten temat M.J. Siemek, *Logos jako dialogos. Greckie źródła intersubiektywnej racjonalności*, [w:] tenże, *Wolność, rozum, intersubiektywność*, Warszawa 2002, s. 33 i n.

¹⁸⁶ Por. *Topiki*, *passim*.

¹⁸⁷ Zob. M.J. Siemek, *Logos jako...*, s. 41-50. Na s. 48 czytamy: „Otóż Sokratesowa dialektyka odsłania właśnie sens, i to chwytając go w chwili i w miejscu jego własnych narodzin: jako coś, co powstaje dopiero w intersubiektywnym dialogu, gdyż wyłania się zawsze *między* jego uczestnikami i dzięki temu jest *wspólnie* przez nich tyleż «znajdowane», co «tworzone». Por. także tenże, *Demokracja i filozofia. Nowoczesność wobec antycznych wzorców społecznego rozumu*, [w:] tenże, *Wolność, rozum...*, s. 13 i 24-25; podobnie Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 212.

sję, przyjmowane rozstrzygnięcia będą poszukiwać uznania swej ważności w kryteriach o zewnętrznym względem samej argumentacji charakterze. Odwołanie do takiego kryterium, stanowiące dowód, w zasadzie kończy możliwość dyskusji¹⁸⁸. Przywołać tu można słowa, które Sokrates kieruje do Eutyfrona:

gdybyśmy się różnili ty i ja, tak, na temat liczby, która jest większa; to czy różnica na ten temat zrobiłaby nas wrogami i pogniwałby się jeden na drugiego, czy też wzięlibyśmy się do rachowania i na taki temat pogodzilibyśmy się bardzo prędko? (...) I gdybyśmy się różnili co do tego, co większe, a co mniejsze, to wzięlibyśmy miarę do ręki i prędko by ustała różnica między nami? (...) A znowu wzięwszy wagę do ręki, rozstrzygnęlibyśmy pewnie spór o to, co cięższe, a co lżejsze? (...) Więc na jakimś temat musielibyśmy się poróżnić i do jakiego nie mogli dojść rozstrzygnięcia...?¹⁸⁹

6. Zdaje się zatem, że wszystkie te cztery elementy wpływają na sens pojęcia argumentacji dialektycznej; nieuwzględnienie któregoś z nich dawałoby obraz niepełny. Argumentacja ta odnosi się do problemów o niejednoznacznym i spornym charakterze, gdzie brak rozwiązań w sposób konieczny prawidłowych. Wnioskowanie i argumentowanie musi się zatem zazwyczaj opierać na dyskusyjnych przesłankach, których prawidłowość nie została w pełni dowiedziona. Jednocześnie pozostaje ono niekonkluzywne w tym sensie, że nawet przyjęcie adekwatnych przesłanek nie musi gwarantować prawidłowości rozstrzygnięcia, gdyż forma rozumowania nie zawsze ma charakter niezawodny. Możliwość akceptacji dla różnych przesłanek oraz wielość możliwych sposobów argumentowania sprawia, że w argumentacji takiej brak jednego prawidłowego rozstrzygnięcia, a różne, nawet przeciwstawne wyniki zyskać mogą akceptację. Wreszcie na wszystkie powyższe cechy rozumowania dialektycznego rzutuje fakt, iż jest ono podejmowane w specyficznej sytuacji, jaką jest sytuacja dyskursu, i w specyficznym celu, jakim jest przekonanie uczestników tego dyskursu (czy to współdyskutanta, czy też przysłuchującego się audytorium). Nie jest to jakaś przygodna tylko cecha tychże rozumowań, procedura bowiem dyskursu, w którym zarówno poszczególne elementy rozumowania, jak

¹⁸⁸ Jak stwierdza Stelmach: „Nie ma żadnego powodu, aby o dokonanych w trakcie dyskursu teoretycznego ustaleniach dyskutować” – *Etyka dyskursu...*, s. 262. Por. tenże, B. Brożek, *Metody prawnicze...*, s. 175. Sam Arystoteles uzna w tym kontekście, iż nikt rozsądny nie będzie podejmował dyskusji na temat tego, „co dla wszystkich albo dla większości jest oczywiste” (*Topiki*, 104a), ani też tego, „co nie może być inaczej” (*Etyka nikomachejska*, 1139 a; zob. też tamże, 1140a, 1112a-b).

¹⁸⁹ Platon, *Eutyfron*, VIII b-c, [w:] tenże, *Uczta. Eutyfron. Obrona Sokratesa. Kriton. Fedon*, przeł. W. Witwicki, Warszawa 1988, s. 189. Powyższe słowa Sokratesa parafrazuje Joseph Moreau, wkładając mu następnie w usta taką konkluzję: „Spory trwają i zaogniają się tylko tam, gdzie brakuje takich sposobów mierzenia, takich obiektywnych kryteriów (...). Otóż jeśli się chce w podobnym wypadku uniknąć przekształcenia niezgody w konflikt rozstrzygany przemocą, nie ma innego sposobu, niż rozsądna dyskusja” – *Rhetorique, dialectique et exigence premiere*, [w:] tenże, *Theorie de l'argumentation*, Louvain 1963, s. 207. Cyt. za: Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 143.

i wyprowadzane na ich podstawie wnioski zyskują intersubiektywną ważność, okazuje się podstawowym źródłem ich ważności w ogóle.

4. Dialektyka i rozum praktyczny

1. Sporność problemów, brak jednoznacznych i możliwych do obiektywnego określenia reguł, przynajmniej po części osobisty charakter wyborów – wszystkie te cechy rozumowania dialektycznego przypominają sposób, w jaki zwykle się dziś postrzegać refleksję nad sferą praktyczną, w tej ostatniej zaś w sposób szczególny nad problemami o charakterze etycznym. Sam Perelman szczególnie wyraźnie podkreśla powiązanie rozumowań dialektycznych właśnie ze sferą rozumu praktycznego¹⁹⁰. Wprowadzenie dialektyki i retoryki wiąże się przecież u niego z poszukiwaniem odpowiedzi pytanie „Jak można rozumować o wartościach?”¹⁹¹. To te dyscypliny mają zapewniać możliwość racjonalnego dyskursu w tej sferze.

Na gruncie teorii prawa takiego obrazu dyskursu praktycznego, bliskiego argumentacji dialektycznej, dostarcza np. lektura prac Jerzego Stelmacha¹⁹². Autor ten, podejmując refleksję nad znaczeniem podziału na dyskurs teoretyczny i praktyczny, przedstawia najistotniejsze cechy każdego z nich. Podstawowa różnica dotyczy kryterium oceny twierdzeń stawianych w dyskursie. Podobnie jak w przypadku argumentacji analitycznej, dyskurs teoretyczny poddaje się w tym względzie kryterium prawdy, które zapewnia w pełni obiektywną i, co ważne, niezależną od przekonań uczestników dyskursu, weryfikację stawianych tez¹⁹³. Stąd też, mimo że dyskurs teoretyczny nadal pozostaje „dyskursem”, faktyczne znaczenie wymiany poglądów jest w tym przypadku marginalne; jak kategorycznie stwierdza autor, „na temat dających się logicznie udowodnić lub empirycznie zweryfikować ustaleń po prostu się nie dyskutuje”¹⁹⁴.

Stelmach odnotowuje także poglądy uznające za możliwe zastosowanie kryterium prawdy przynajmniej w odniesieniu do wybranych fragmentów argumentacji w dyskursie praktycznym, sam jednak możliwość taką odrzuca. Dyskurs ten, nie poddając się weryfikacji poprzez kryterium prawdy, wymaga zastosowania bardziej „miękk-

¹⁹⁰ Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 4-11, 22-21, 178-179; tenże, *Logika prawnicza...*, s. 140-144.

¹⁹¹ Tenże, *Imperium retoryki...*, s. 4.

¹⁹² B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, s. 172-181; J. Stelmach, *Etyka dyskursu...*, s. 262 i n.; tenże, *Epistemologiczna perspektywa ponowoczesnej filozofii prawa*, [w:] M. Borucka-Arctowa i in. (red.), *Prawo – władza...*, s. 45 i n. Autor wyraźnie zresztą nawiązuje w tym zakresie do dorobku i ustaleń Perelmana.

¹⁹³ B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, s. 174-175; J. Stelmach, *Epistemologiczna perspektywa...*, s. 45-46.

¹⁹⁴ B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, s. 175. Por. także J. Stelmach, *Etyka dyskursu...*, s. 262.

kich” kryteriów ocennych. Podstawowe znaczenie zdaje się mieć tutaj kryterium słuszności, nie jest natomiast do końca jasny status, jaki autor przypisuje kryterium skuteczności. Z jednej strony, przyznaje, że kryterium to „z całą pewnością” służyć może ocenie dyskursu praktycznego¹⁹⁵. Cel takiego dyskursu sam bowiem jest praktyczny: chodzi o to, aby kogoś przekonać bądź wygrać spór¹⁹⁶. Z drugiej strony, pojęcie skuteczności w dyskusji zdaje się widzieć jako antagonistyczne względem słuszności¹⁹⁷. Choć stanowisko takie znajdywać może pośrednio oparcie w odróżnieniu przez Arystotelesa dialektyki oraz erystyki, na gruncie wcześniejszych rozważań ocenić je należy jako zbyt radykalne. Wydaje się, że w argumentacji dialektycznej uznanie słuszności twierdzenia musi każdorazowo pozostawać powiązane z jego skutecznością, rozumianą jako akceptacja w dyskursie¹⁹⁸. W innym przypadku, gdyby dążyć do zupełnego oderwania obydwu kryteriów, dla określenia tego, co słuszne, poszukiwać trzeba by wyraźnych punktów odniesienia, zewnętrznych wobec samego dyskursu. Lokowałyby to pojęcie słuszności w pobliżu argumentacji o analitycznym charakterze¹⁹⁹.

Jeśli chodzi o samo kryterium słuszności, Stelmach uznaje je za niejednoznaczne i kontrowersyjne. Odżegnuje się tym samym od postawy etycznego kognitywizmu (por. jednak zgłaszane przed chwilą wątpliwości), który *de facto* prowadzi do utożsamienia kategorii słuszności i prawdy. Rodzi to trojakiemu rodzaju konsekwencje²⁰⁰: po pierwsze, cel dyskursu ocenianego wedle powyższego kryterium okazuje się praktyczny, chodzi tu bowiem o przekonywanie do swoich racji. Po drugie, dyskurs taki wyraźnie przybiera charakter osobowy, i to zarówno ze względu na argumentującego (przekonywanie jest bowiem zawsze przekonywaniem do swoich racji, do tego, co się komuś słusznym wydaje), jak i ze względu na audytorium (przekonywanie jest zawsze przekonywaniem kogoś). Po trzecie wreszcie, w dyskursie takim możliwe do zaakceptowania mogą być różne twierdzenia, niekoniecznie zgodne ze sobą; stopień akceptacji każdego z nich może być jednak różny, co pozwala dać preferencję jednemu przed pozostałymi. Wszystko to sprawia, że tylko praktyka argumentowania w obrębie dyskursu praktycz-

¹⁹⁵ B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, s. 178.

¹⁹⁶ Tamże, s. 165-166 i 178.

¹⁹⁷ Tamże, s. 180-181.

¹⁹⁸ Podobnie rzecz przedstawia Morawski – por. tegoż *Argumentacje, racjonalność...*, s. 53.

¹⁹⁹ Powyższe uwagi nie mają na celu pryncypialnej krytyki takiego sposobu rozumienia pojęcia słuszności, stanowiącego przykład etycznego kognitywizmu. Problem jego dopuszczalności jest oczywiście znacznie szerszy i w ogóle nie będzie tu podejmowany. Uwagi te wychodzą jednak z założenia, że jeśli podejmujemy próbę zrozumienia istoty rozumowań dialektycznych, należy jasno zdawać sobie sprawę, w którym momencie w sposób ich postrzegania wkraczają „elementy obce”. Jak sądzę, tak właśnie dzieje się w przypadku oderwania słuszności od skuteczności w dyskursie. Stanowisko to wydaje się zresztą niespójne z pozostałymi tezami Stelmacha – por. dalsze uwagi.

²⁰⁰ Por. B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, s. 165-166.

nego zasługuje na miano „właściwej argumentacji”, mającej za przedmiot twierdzenia niemożliwe do oceny z punktu widzenia prawdy bądź fałszu²⁰¹. W tym kontekście nie dziwi, iż autor wprost łączy kategorię dyskursu praktycznego z dialektyką i retoryką²⁰².

2. Podejmując zagadnienie z nieco bardziej ogólnej perspektywy, wskazać można na dwa kierunki uzasadniania powiązań między rozumowaniem dialektycznym i praktycznym. Kierunki te można umownie określić jako „od dialektyki do rozumu praktycznego” oraz „od rozumu praktycznego do dialektyki”.

Pierwszy z nich obiera za punkt wyjścia analizę dyscyplin poświęconych argumentacji dialektycznej, tj. przede wszystkim dialektyki i retoryki. Wskazać można w tym kontekście, że zarówno cel, jak i przedmiot obydwu dyscyplin mają charakter praktyczny. O ile jest to mniej jednoznaczne w przypadku sztuki dialektycznej²⁰³, staje się wyraźne dla retoryki²⁰⁴. Dla samego Arystotelesa, do którego raz jeszcze wypada tu nawiązać, właśnie retoryka jest podstawową dyscypliną, gdy chodzi o znalezienie rozwiązania słusznego (np. w odniesieniu do wyroków sądowych lub decyzji politycznych). Wszystkie też trzy wyróżnione przez niego rodzaje mów retorycznych: doradcza, sądowa i popisowa, dotyczą sfery etyczno-politycznej²⁰⁵. Także cel retoryki jest wyraźniej niż w przypadku jej „bliźniaczej” dyscypliny praktyczny, i to niezależnie od tego, czy ujmować go jako przekonywanie, czy też bardziej normatywnie, jako obronę cnoty²⁰⁶. Stąd bezpośrednie związki retoryki ze sferą rozumności praktycznej, a zatem i naukami takimi, jak polityka i etyka. „Retoryka jest jakby odroślą dialektyki i tego rodzaju studiów etycznych, które słusznie nazywa się polityką”²⁰⁷.

Powyższa droga, „od dialektyki do rozumu praktycznego”, posiada jednak pewne słabości. Wynikają one z faktu, iż skupia ona swą uwagę na retoryce (dialektyce) rozumianej jako pewna dyscyplina wiedzy, podczas gdy w pracy interesuje nas przecież retoryczność (dialektyczność) jako właściwość dyskursu²⁰⁸. Stąd też bardziej obiecujące wydaje się drugie podejście, zmierzające „od rozumu praktycznego do dialektyki”. Wy-

²⁰¹ Tamże, s. 175-176.

²⁰² Tamże, s. 162-166.

²⁰³ Jej przedmiot pozostaje w ogóle określony w sposób możliwie ogólny, ma ona bowiem stanowić metodę wnioskowania „o każdym przedłożonym problemie” – *Topiki*, 100a. Jeśli chodzi o cele dialektyki, widać wśród nich zarówno elementy praktyczne (przekonywanie do przyjętego stanowiska), jak i teoretyczne (dążenie do prawdy). Niezwykle interesującą cechą Arystotelesowego projektu dialektyki jest to, że cele te nie mają być sobie przeciwstawne czy rozłączne, lecz wyraźnie powiązane.

²⁰⁴ Por. J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, s. 165.

²⁰⁵ Zob. *Retoryka*, 1358a-1359a.

²⁰⁶ Por. M. Korolko, *Sztuka retoryki...*, s. 34-36; Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 145.

²⁰⁷ *Retoryka*, 1356a. Zob. także H. Podbielski, *Wstęp do Retoryki*, [w:] Arystoteles, *Retoryka, Retoryka dla...*, s. 27.

²⁰⁸ Por. M. Rusinek, *Między retorycznością...*, s. 7-13.

chodzi ono od analizy charakteru problemów i rozumowań należących do sfery praktycznej, aby sprawdzić, czy można przypisać im cechy charakterystyczne dla problemów i rozumowań dialektycznych.

Także i ta droga możliwa jest do odtworzenia na podstawie filozofii Stagiryty. W sferze rozumności praktycznej wyróżnia on dwie nauki, jakimi jest polityka i etyka, obie składające się na „filozofię spraw ludzkich”²⁰⁹. Skoro przysługuje im walor nauki, przynależć powinny raczej do rozumowań analitycznych; rzeczywiście pewien zakres spraw podległych rozumności praktycznej posiada taki charakter. Jednocześnie jednak pamiętać trzeba, iż będą tu należeć jedynie ustalenia o wysokim stopniu ogólności; zadaniem i odpowiedzialnością każdego człowieka osobiście jest realizować ich wymogi w sferze tego, co jednostkowe²¹⁰.

Ostatecznie znaczna część tego, co dotyczy praktycznego postępowania człowieka, nie daje się określić w sposób pewny i kategoriowy, wymyka się zatem analityce. Stąd łatwo w tej materii o kontrowersje i różnicę zdań²¹¹. W tym miejscu wkroczyć musi element osobowy. Jego obecność ukażą na przykładzie rozważań etycznych. Element ten zostaje tu zapewniony m.in. przez dwie podstawowe dla tych rozważań kategorie, obie ściśle ze sobą powiązane²¹², jakimi są dzielność (cnota²¹³) etyczna oraz rozsądek (*phronesis*)²¹⁴.

Dokładna treść pojęć rozsądku i dzielności etycznej pozostaje złożona i nie do końca jasna. Kilka jednak ustaleń można uznać za pewne: po pierwsze, zarówno dzielność etyczna jak i rozsądek odnoszą się do tego, co podlega wyborowi, co może być dokonane czy postanowione w sposób odmienny. Jak kilkakrotnie podkreśla tekst *Etyki*

²⁰⁹ Ich wzajemne relacje pozostają złożone, co jednak nie jest przedmiotem zainteresowania w tym miejscu. Zob. na ten temat m.in. *Etyka nikomachejska*, 1141b i komentarz tłumacza do tego fragmentu; także G. Reale, *Historia filozofii...*, t. 2, s. 475-478.

²¹⁰ W myśl znanego ustępu z *Etyki nikomachejskiej*: „Nie we wszystkich bowiem wywodach należy szukać tego samego stopnia ścisłości (...). Jest bowiem cechą człowieka wykształconego żądać w każdej dziedzinie ścisłości w tej mierze, w jakiej na to pozwala natura przedmiotu; bo na jedno niemal wychodzi przyjmowanie od matematyka wywodów, które posiadają charakter prawdopodobieństwa, i żądanie ścisłych dowodów od mówcy przemawiającego na zgromadzeniu ludowym” (*Etyka nikomachejska*, 1094b).

²¹¹ Tamże, 1112b.

²¹² Tamże, 1444b. Por. także: G. Reale, *Historia filozofii...*, t. 2, s. 490-492.

²¹³ Na temat tłumaczenia greckiego wyrazu *arete* bądź jako dzielność, bądź jako cnota zob. D. Gromska, *Wstęp do Etyki nikomachejskiej*, [w:] Arytoteles, *Etyka nikomachejska...*, s. 53-60.

²¹⁴ Dzielność etyczna jest „trwałą dyspozycją do pewnego rodzaju postanowień, polegającą na zachowaniu właściwej dla nas średniej miary, którą określa rozum, i to w sposób, w jaki by ją określił człowiek rozsądny” (*Etyka nikomachejska*, 1106b-1107a). „Średnią miarę właściwą dla nas” lub „ze względu na nas” należy rozumieć właśnie na sposób zindywidualizowany, jako szczególną miarę właściwą dla konkretnego człowieka (Tamże, 1106a-b). Z kolei w odniesieniu do rozsądku (stanowiącego dzielność dialektyczną) stwierdza Arytoteles, iż „jest on trwałą dyspozycją do działania opartego na trafnym rozważeniu tego, co dla człowieka jest dobre lub złe”. Tamże, 1140b.

nikomachejskiej, „nikt nie namyśla się nad tym, co nie może mieć się inaczej”²¹⁵. Jak była już mowa, w ich przedmiocie często spotkać można kwestie dyskusyjne i sporne. Fakt ten stanowi też podstawowe kryterium odróżniające rozsądek (mądrość praktyczną) od wiedzy naukowej²¹⁶. Jednocześnie decyduje o powiązaniu pierwszego ze sferą mniemań, „przedmiotem bowiem mniemania podobnie jak przedmiotem rozsądku jest to, co może być inaczej”²¹⁷. Rozsądek pozwala zatem na dojście do mniemań trafnych²¹⁸. Wreszcie: rozsądek odnosi się nie tylko do tego, co ogólne, ale przede wszystkim do tego, co jednostkowe²¹⁹. Ma on wyraźnie charakter zindywidualizowany, zarówno jeśli chodzi o podmiot podejmujący namysł, jak i o sytuację, w której namysł ten jest podejmowany. Wszystkie te odniesienia wskazują na powiązania rozsądku ze sferą rozumowań dialektycznych.

Znaczenie indywidualnego rozsądku i dzielności etycznej nie wynika jednak wyłącznie z ogólności wskazań etyki rozumianej jako nauka; tym samym nie da się ich sprowadzić jedynie do roli „łatania luk” tam, gdzie wnioskowanie analityczne pozostawiło niezagospodarowaną przestrzeń. Taką rolę odgrywa może rozsądek (tu w szerokim rozumieniu, jako zdolność rozumnego namysłu nad tym, co dotyczy mniemań) w obszarze rozumu teoretycznego. Etyka jednak ma inny charakter niż nauki teoretyczne. Podobnie jak rozsądek „dotyczy spraw ludzkich”, tak etyka przynależy do „filozofii spraw ludzkich”. Jej punktem wyjścia i jednocześnie centrum zainteresowania pozostaje wolność wyboru i jednostkowość działania. Namysł zaś nad tym, co jednostkowe i objęte wyborem, możliwy jest jedynie dzięki rozsądkowi. Zdaje się z tego wynikać, iż w jakimś sensie stoi on u podstaw całej etyki²²⁰. Stąd w odniesieniu do przedmiotu jej zainteresowania często nawet większe znaczenie przypisać należy zdaniem Stagiryty pewnym wiarygodnym mniemaniom, płynącym z doświadczenia osób dojrzałych, niż dowodom o charakterze naukowym²²¹.

Nawet zatem jeśli nie da się stwierdzić pełnej symetrii między sferą rozumu praktycznego a rozumowaniami dialektycznymi, ich wzajemne powiązanie jest wyraźne. Ogólność przyjętych zasad, znaczenie czynnika osobowego, objęcie przedmiotem uwa-

²¹⁵ Tamże, 1139a; zob. też 1140a, 1112a-b.

²¹⁶ Zob. tamże, zwł. 1139b-1140b.

²¹⁷ Tamże, 1140b.

²¹⁸ Arystoteles w cytowanym dziele (np. tamże, 1142b) mówi o możliwości posiadania mniemań prawdziwych – za co odpowiedzialny ma być właśnie rozsądek – jednak w kontekście *Topik* oraz *Analitik* prawdziwość tę należy rozumieć właśnie jako wiarygodność, prawdopodobieństwo (*endoxon*) – zob. podrozdz. 3.

²¹⁹ Tamże, 1141b.

²²⁰ Zob. (także w odniesieniu do polityki) tamże, 1141b wraz z przypisem tłumacza. Kwestie te należą do najmniej jasnych w *Etyce nikomachejskiej*.

²²¹ Tamże, 1143b, a także 1142a.

gi przestrzeni wolnego wyboru, odniesienie do sfery mniemań, pozostawienie na boku tego, co oczywiste lub konieczne, wreszcie kontrowersyjność wielu rozstrzygnięć cechują tak rozważania etyczne, jak i rozumowania dialektyczne. Sprawia to, że przy rozważaniach dotyczących sfery etyczno-politycznej (filozofii spraw ludzkich) rozumowania dialektyczne odegrają rolę pierwszoplanową. Stąd można uznać wyraźny związek tych dwóch płaszczyzn.

5. Relacje dwóch rodzajów argumentacji

1. Podsumujmy krótko dotychczasowe ustalenia. Jeśliby ująć obydwie wyróżnione rodzaje argumentacji w sposób paradygmatyczny, podstawowe różnice między nimi przedstawiałyby się następująco:

- argumentacja analityczna odwołuje się do przesłanek, które, przynajmniej w obrębie danego audytorium, mają charakter pewny, jednoznaczny i jednocześnie konkluzywny, przesłanki w argumentacji dialektycznej są jednocześnie dyskusyjne, niejednoznaczne i niekonkluzywne;
- argumentacja analityczna od strony formalnej ma charakter niezawodny, dialektyczna – jest narażona na podważenie;
- argumentacja analityczna podlega ocenie wedle kryterium prawdy i fałszu, dialektyczna zaś poddaje się jedynie mniej sprecyzowanym kryteriom (prawdopodobieństwa, wiarygodności, słuszności);
- argumentacja analityczna ma charakter bezosobowy, dialektyczna – zależna jest od wartościowań i ocen jej uczestników (zarówno podmiotów argumentujących na rzecz określonego stanowiska, jak i odbiorców);
- źródła ważności twierdzeń w argumentacji analitycznej mają charakter zewnętrzny względem dyskursu, źródłem ważności twierdzeń w argumentacji dialektycznej w znacznej mierze pozostaje sam dyskurs;
- argumentacja analityczna prowadzi do jednego prawidłowego rozstrzygnięcia, w argumentacji dialektycznej dopuszczalne są różne rozstrzygnięcia, które mogą zostać uznane za prawidłowe;
- cel argumentacji analitycznej ma charakter przede wszystkim teoretyczny, dialektycznej zaś praktyczny;
- argumentacja analityczna powiązana jest przede wszystkim z dyskursem teoretycznym, dialektyczna – z praktycznym.

2. Można jednak stwierdzić, iż wyróżnione rodzaje argumentacji mają charakter typologiczny. Rzeczywiście funkcjonujące dyskursy mają niemal zawsze charakter mieszany,

odwołując się tak do argumentacji analitycznej, jak i dialektycznej²²². To przenikanie się dwóch typów argumentacji łączy się z możliwością wyróżnienia dwojakiego rodzaju relacji między nimi²²³.

Pierwszy sposób ich powiązania polega na wyznaczaniu granic dla argumentacji dialektycznej przez argumentację analityczną. Można w przybliżeniu uznać, że tam, gdzie możliwe jest odwołanie się do racji o analitycznym charakterze, nie ma miejsca dla odwołań do racji dialektycznych²²⁴. Staje się to szczególnie wyraźne, jeśli rozumowania analityczne łączyć z pojęciem oczywistości – przecież „nikt rozsądny (...) nie będzie traktował jako problemu tego, co dla wszystkich albo dla większości jest oczywiste”²²⁵.

W sposób szczególny relacja ta wygląda, jeśli dyskurs odnosi się do sfery rzeczywistości symbolicznej (w tym m.in. do prawa). Twierdzenia odwołujące się do kształtu takiej rzeczywistości, uzasadniane w drodze argumentacji analitycznej, mogą być formułowane z jednoczesną świadomością możliwości zmian w obrębie samej rzeczywistości. Stąd też obok nich mogą pojawiać się jednocześnie twierdzenia przynależne do argumentacji dialektycznej, które bądź będą dążyć do wzmocnienia pierwszego rodzaju twierdzeń (jeśli stanowią wynik afirmacji istniejącego stanu rzeczy), bądź też do ich osłabienia (jeśli płyną z krytyki zastanej rzeczywistości)²²⁶. Co do zasady jednak będą one traktowane jako „poboczne” czy „uzupełniające” względem przeważających argumentów analitycznych²²⁷. Nawet przypadek braku akceptacji, np. dla istniejącej regulacji

²²² Por. B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze...*, s. 174-176.

²²³ Pomijam w tym miejscu zagadnienie relacji obydwu typów argumentacji w płaszczyźnie ich racjonalności (ważności), jako że wykracza ono poza przyjętą tu perspektywę. Na marginesie można jedynie odnotować, iż także i w tym obszarze związki takie będą się ujawniać – por. np. Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 20-21 i 179.

²²⁴ Zdaniem J. Stelmacha, „Zawsze rozpoczynamy proces interpretacyjny od dokonania ustaleń o charakterze teoretycznym. (...) Dopiero jeśli swoje możliwości wyczerpie dyskurs teoretyczny, (...) mamy prawo rozpocząć praktyczny dyskurs argumentacyjny” – *Etyka dyskursu...*, s. 262. Zob. też tenże, *Epistemologiczna perspektywa...*, s. 45-47. Ciekawe jednak, że praktyka dyskursu prawniczego zna także sytuację odwrotną, gdy argumenty o dialektycznym charakterze ograniczają możliwość sięgnięcia do rozumowań analitycznych. Tak np. w postępowaniu dowodowym określone dowody, mimo ich bezspornej prawdziwości, mogą zostać wykluczone ze względów etycznych.

²²⁵ *Topiki*, 104a.

²²⁶ W obrębie dyskursu prawniczego związki tego rodzaju uwidaczniają się pomiędzy wypowiedziami *de lege lata* i *de lege ferenda*.

²²⁷ Fakt, który Ewa Łętowska podsumowuje krótkim stwierdzeniem: „Argument «z ontologii» jest mocniejszy niż argument hermeneutyczny” – *Kilka uwag o praktyce wykładni*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, nr 1, s. 32. Jako przykład wypowiedzi w obrębie dyskursu prawniczego, które wprost wyrażają preferencję dla argumentów typu *de lege lata*, jako silniej legitymowanych od argumentów odwołujących się do pozaprawnych wartości, zob. J. Świątkiewicz, *Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej*, PiP 1985, nr 5, s. 26-30.

prawnej w danym obszarze, nie prowadzi do uznania nieważności argumentów wyprowadzanych w oparciu o treść tejże regulacji²²⁸.

Rozumowania analityczne i dialektyczne odznaczają się jednak także bardziej ścisłym powiązaniem od wyżej przedstawionego. Obszar tego, co w obrębie danego audytorium postrzegane jako pewne, nie tylko bowiem wyznacza granice dla argumentacji dialektycznej, ale jednocześnie służyć może jako wsparcie dla formułowanych w niej twierdzeń. Twierdzenia o analitycznym charakterze mogą bądź same stanowić jedną z przesłanek wzmacniających argumentację dialektyczną, bądź też służyć do wyprowadzenia na ich podstawie przesłanek mniej oczywistych (np. przy użyciu wnioskowania przez analogię czy *a contrario*)²²⁹. Dialektyk porusza wprawdzie problemy kontrowersyjne, jednak nie może prowadzić argumentacji bez odwołań do tego, co powszechnie uznane w obrębie audytorium²³⁰. Nie da się po prostu budować argumentacji wyłącznie w oparciu o to, co kontrowersyjne; zawsze zachodzi potrzeba oparcia na czymś, co jawi się jako pewne i oczywiste, nie poddające się problematyzacji²³¹. Leszek Kleszcz zauważa, iż:

argumenty retoryczne, tzn. zarówno idee, jak i sposoby ich wyrażania muszą należeć do zbioru przyjętego i akceptowanego przez daną wspólnotę. Retor [jak i dialektyk – M.P.] zależny jest od wspólnoty do której należy (...) stale pozostaje w stanie wahania między redundancją a informacją, gdyż z jednej strony dąży do skupienia uwagi słuchacza, aby przekonać go o czymś, o czym jeszcze nie wiedział, ale z drugiej strony czyni to wychodząc z czegoś, co słuchacz już wie i czego pragnie²³².

3. Osobowy charakter dyskursu dialektycznego nie oznacza zatem, że ma on skrajnie indywidualistyczny czy subiektywny charakter; przeciwnie, przywołane w nim racje mają za zadanie przekonywać, powinny więc charakteryzować się możliwie szeroką intersubiektywną ważnością. Mają stanowić, wedle określenia Stagiryty, argumenty „rozsądne” i „godne uznania” dla audytorium. W tym celu mogą odwoływać się do aurytety jedności, tradycji czy zgodnej opinii wspólnoty. Ten, kto podejmuje tego rodza-

²²⁸ Jako jeden z licznych przykładów takiej sytuacji zob. wypowiedzi biegłych w sprawie omawianej we Wprowadzeniu do pracy, zakończonej orzeczeniem TK z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

²²⁹ *Topiki*, 104a i 155b. Na wspólnej zgodzie uczestników dyskursu opiera się wszak sens roli toposów (*topoi*) w argumentacji.

²³⁰ Zob. m.in. Ch. Perelman, *Imperium retoryki...*, s. 34-37.

²³¹ Por. na ten temat rozdz. V.4.

²³² L. Kleszcz, *Boczne drogi...*, s. 79. Zob. także U. Eco, *Nieobecna struktura*, przeł. A. Weinsberg, P. Bravo, Warszawa 1996, s. 102. Ten szczególnie związek między tym, co wątpliwe, a tym, co oczywiste, w obrębie retoryki ujawnia się w ciekawy sposób w samej strukturze podstawowego dla niej narzędzia argumentacyjnego, jakim jest entymemat. Jak wiadomo, charakterystykę entymematu sprowadza się często do faktu, iż jedna z jego przesłanek, jako oczywista, zostaje przemilczana. Zob. np. M. Korolko, *Sztuka retoryki...*, s. 87.

ju argumenty w dyskursie dialektycznym, czyni to jednak przy świadomości ich podważalnego i kontrowersyjnego charakteru – z tego powodu oparcie się nawet na cudzym autorytecie jest zawsze wynikiem osobistego wyboru i zawierzenia, ma charakter krytyczny.

Ostatecznie zatem między dyskursem podporządkowanym argumentacji analitycznej bądź dialektycznej ujawnia się jedna jeszcze różnica – co do odpowiedzialności. O ile w pierwszym z nich podstawowy ciężar argumentacyjny spoczywa na czynnikach zewnętrznych wobec uczestnika dyskursu, o tyle w drugim przypadku to podmiot argumentujący podjąć musi ten ciężar – zarówno jeśli chodzi o wskazanie przedmiotu dyskursu, dobór argumentów, jak i wyprowadzone na ich podstawie wnioski²³³.

6. Uwagi podsumowujące

1. W rozdziale przedstawione zostały, w nawiązaniu do filozofii Arystotelesa oraz bazującej na niej propozycji Perelmana, dwa typy argumentacji. Różnice między argumentacją analityczną a dialektyczną podsumowane zostały w sposób schematyczny w poprzedzającym podrozdziale. Powracając w tym miejscu do dwóch cech charakterystycznych praktyki argumentacyjnej, jakie rozważaliśmy w rozdziale poprzednim, można powiedzieć, że wyodrębnione typy różnią się między sobą zarówno pod względem kontekstu, w którym argumentacja jest dokonywana, jak i reguł, które nią kierują.

W przypadku argumentacji analitycznej mamy do czynienia z uprzednio wyznaczonym, bezspornym i stabilnym kontekstem, z którego uczestnicy argumentacji czerpać mogą przesłanki dla formułowanych przez siebie twierdzeń. W obrębie audytorium, do którego ogranicza się dana praktyka dyskursu, kontekst ten przyjmowany jest jako wspólny horyzont, zapewniający obiektywną ważność dokonywanych ustaleń. Jednocześnie dostarcza on zewnętrznych względem praktyki kryteriów oceny twierdzeń.

Omawiany typ argumentacji prowadzony jest jednocześnie zgodnie ze ściśle wyznaczonymi, równie obiektywnie ważnymi regułami. Reguły te posiadają często konkluzyjny charakter, umożliwiając znalezienie jednego prawidłowego rozstrzygnięcia

²³³ Jako przejaw tego typu „dialektycznej wrażliwości” przywołać można dwa głosy sformułowane na gruncie dyskusji nad problematyką źródeł prawa. Pierwszy pochodzi z roku 1979, kiedy to Witold Zakrzewski pisał: „Prezentując (...) efekt mych własnych refleksji badawczych, nie mogę zapewnić Czytelników, że odkrywam przed nimi system ustaleń pewnych i niewątpliwych (...). Co prawda, jestem osobiście przekonany o słuszności mych poglądów, lecz nie oznacza to, że w ogniu polemiki i weryfikacji naukowej nie mogą ujawnić się mniej lub bardziej poważne ich braki i słabości” (*Zakres przedmiotowy...*, s. 5). Drugi wypowiedziany został przez Wojciecha Sokolewicza w 2000 r. Autor ten mówił wówczas: „Nie spierajmy się, o co chodziło Monteskiuszowi. Ważne, o co chodziło twórcom naszej Konstytucji i o co chodzi nam, żyjącym i pracującym pod jej rządami” (*Głos w dyskusji*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł...*, s. 173).

dla podejmowanego w dyskursie problemu. Argumentacja tego rodzaju jest właściwa przede wszystkim dla dyskursu teoretycznego.

W przypadku argumentacji dialektycznej, kontekst, w jakim jest ona prowadzona, nie jest ściśle ani jednoznacznie określony. Niektóre przynajmniej z ustaleń w tym zakresie muszą zatem zostać dopiero wypracowane w wyniku dyskursu. Nie ma tu innej możliwości oceny stawianych przez uczestników twierdzeń, niż ich ostateczna akceptacja bądź jej brak ze strony pozostałych uczestników praktyki argumentacyjnej. Podobnie rzecz się ma z regułami, wedle których argumentacja ma przebiegać, a które w tym wypadku nie mają charakteru konkluzywnego i formalnie pewnego. Trafność ich zastosowania w konkretnym przypadku każdorazowo może więc podlegać ocenie i krytyce. Prowadzą też one często do więcej niż jednego rozstrzygnięcia. Zachodzi zatem potrzeba wyboru między różnymi, formalnie równie uprawnionymi wynikami dyskursu. Argumentacja tego rodzaju pozostaje szczególnie powiązana z dyskursem praktycznym.

Jednocześnie trudno wyobrazić sobie argumentację, nawet o dialektycznym charakterze, która byłaby prowadzona w sytuacji „zerowego kontekstu” i zupełnego braku reguł. Zostawmy metafizyczne w gruncie rzeczy pytanie, czy sytuacja taka jest w ogóle możliwa; wystarczy stwierdzić w tym miejscu, iż wszelkie znane nam praktyki argumentacyjne dokonują się zawsze w *jakkolwiek* zdefiniowanym kontekście. Z tego względu w każdym przypadku argumentacji dialektycznej jej uczestnicy dla formułowanych przez siebie twierdzeń znaleźć mogą wsparcie w pewnych ustaleniach o analitycznym charakterze.

2. W obliczu dokonanego rozróżnienia pojawia się pytanie, w jaki sposób przedstawione typy argumentacji funkcjonują w obrębie dyskursu prawniczego podejmującego problematykę o charakterze walidacyjnym. Pewne sugestie w tym względzie znaleźć można już w uwagach kończących rozdział poprzedni; dokonane tam ustalenia stanowiły bezpośredni impuls do bliższej analizy obydwu rodzajów argumentacji. Następna część pracy rozwija związane z tym zagadnienia. W części tej powiązana zostaje problematyka systemu źródeł prawa, zarysowana we Wprowadzeniu, z ogólnymi ustaleniami teorii argumentacji, dokonanymi w bieżącej części pracy. Typy argumentacji dialektycznej i analitycznej ukazane zostają jako odpowiadające dwóm wyróżnionym interpretacjom zasady zamkniętego systemu źródeł prawa – interpretacji aksjologicznej i ontologicznej. Tym sposobem zawiązana zostaje refleksyjna relacja pomiędzy będącą przedmiotem analizy praktyką, a jej teoretyczną interpretacją, w której ramach odsyłają one wzajemnie do siebie.

CZEŚĆ DRUGA

ROZDZIAŁ III

Aksjologiczna interpretacja Zasady pod rządami konstytucji z 1952 r.

1. Uwagi wprowadzające

1. Niniejsza część pracy ma na celu ukazanie sposobu, w jaki w praktyce dyskursu prawniczego funkcjonują dwie wyróżnione we Wprowadzeniu interpretacje zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Jak wykażą dalsze rozważania, aksjologiczna interpretacja Zasady powiązana jest silnymi więziami z argumentacją dialektyczną; dla dyskursu budowanego wokół interpretacji ontologicznej charakterystyczna pozostaje natomiast argumentacja typu analitycznego. Jest to zgodne z ogólną charakterystyką tych dwóch typów argumentacji, przedstawioną w rozdziale drugim.

Jako przykład aksjologicznej interpretacji przedmiotowej Zasady przyjęta została w pracy praktyka jej rozumienia pod rządami konstytucji „lipcowej” z 1952 r. Próbując dokonać rekonstrukcji podejścia do problematyki zamkniętego systemu źródeł prawa w omawianym okresie, natrafiamy jednak na trzy podstawowe trudności.

Po pierwsze, aż do początku lat 80. brakuje dyskusji dotyczącej bezpośrednio tej problematyki. Utrudnia to niewątpliwie możliwie jednoznaczne określenie zajmowanych stanowisk w tej materii. Nie oznacza to, iżby postulat zamknięcia systemu źródeł prawa nie był w ogóle obecny w literaturze. Nawet jeśli podnoszenie go nie miało znamion powszechności, napotkać można, szczególnie od lat 70., głosy *explicite* postulat taki formułujące¹. Dokonuje się to jednak zawsze na tle innych dyskusji, mających za swój przedmiot odmienne nieco problemy.

¹ Zob. np. W. Dawidowicz, *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974, s. 68-69; W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 83-94; H. Rot, *Porządkowanie prawotwórstwa...*, s. 24-26.

2. Nie oznacza to także braku w interesującym nas okresie rozważań doktrynalnych, z którymi problematyka zamkniętego systemu źródeł prawa byłaby powiązana. Przeciwnie – i jest to trudność druga, rzecz można „techniczna” – brakowi debaty wprost poświęconej Zasadzie towarzyszy ogromne bogactwo i różnorodność dyskusji pośrednio do niej nawiązujących. Dorobek nauki prawa w tym obszarze stanowi materiał tak obszerny i zróżnicowany, że nie sposób ująć go tu w sposób całościowy. Wymagałoby to bowiem co najmniej odrębnej monografii; zawarte zaś w pracy uwagi z konieczności mieścić się muszą w dość ograniczonych ramach. Stąd niezbędne jest przyjęcie pewnych wyłączeń, pozwalających jednocześnie nie utracić z pola widzenia tego, co w dyskusjach tego okresu najbardziej charakterystyczne.

Po pierwsze zatem, poza obszarem zainteresowania pozostawiam problematykę źródeł prawa miejscowego, która doczekała się w omawianym okresie bogatej i ciekawej literatury. Po drugie, skupiam uwagę przede wszystkim na głosach o charakterze ogólnym. Problematyka źródeł prawa posiada swoją specyfikę w obrębie każdej niemal gałęzi prawa; niepodobna jednak w rozważaniach tu prowadzonych nawiązać do każdej z możliwych perspektyw. Nie byłoby to ani możliwe, ani celowe. Pozostawiam zatem poza głównym obszarem zainteresowania ciekawe dyskusje poświęcone systemowi źródeł prawa w obrębie nauki prawa cywilnego, prawa pracy czy prawa podatkowego. Przedmiotem uwagi czynię natomiast przede wszystkim głosy z zakresu nauki prawa konstytucyjnego, a także w pewnym stopniu teorii prawa oraz – jako że funkcjonowanie „rozchwianego” systemu źródeł prawa wiązało się głównie z praktyką działania administracji państwowej – prawa administracyjnego. Przyjęte kryterium nie ma jednak charakteru dyscyplinowego, lecz merytoryczny. Chodzi tu bowiem, powtórzmy, o dostateczny stopień ogólności rozważań.

3. Nawet jednak narzucenie powyższych ograniczeń okazuje się niewystarczające. Wynika to z trzeciej ze wspomnianych trudności, tym razem o bardziej merytorycznym charakterze. Chcąc podjąć się rekonstrukcji zarówno praktyki tworzenia i stosowania prawa, jak i poglądów doktryny w przedmiocie systemu źródeł prawa, pochodzących z omawianego okresu, natrafiamy na dylemat związany z metodą takiej rekonstrukcji. Zarówno praktykę, jak i doktrynę charakteryzuje bowiem w tym czasie stan szczególnego „rozchwiania”². Wielość różnorodnych zjawisk, problemów praktycznych i teoretycznych, wątków w debacie naukowej nie łączy się w jakąś spójną, uporządkowaną całość. Badacz staje zatem przed dylematem, w jakim stopniu pójść za tą chwiejnością w swoich analizach, na ile zaś podjąć próbę ujęcia przedmiotu badania w narzucony

² Zob. W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 7-11; H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, s. 11-13; Z. Ziemiński, *O normowaniu procesu...*, s. 21-22.

przez siebie samego porządek. Każda z możliwości, traktowana jednostronnie, posiada oczywiste słabości. Gdyby zechcieć skupić się na możliwie wiernym opisie, prowadzić musiałoby to do analogicznego rozchwiania wyników prac i braku w nich dostatecznego stopnia uporządkowania czy precyzji³. Każę to wątpić w wartość poznawczą takiego przedsięwzięcia. Z drugiej strony, narzucenie w dokonywanej rekonstrukcji określonego porządku odbić się musi na wierności i zgodności z rzeczywistą praktyką, która ma być przedmiotem badania. Ryzyko, jakie się tu pojawia, to wypowiedanie się o praktyce funkcjonującej w danym okresie przy użyciu konstrukcji i pojęć obcych jej samej.

Rzecz jasna, w obliczu takiego dylematu nie ma jednoznacznych, prostych wyjść. Przyjęta metoda godzić musi w jakimś stopniu obydwaj aspekty problemu. Rozwiązaniem, które zostało przyjęte w pracy, jest skupienie uwagi na tych fragmentach praktyki prawotwórczej oraz dyskursu doktrynalnego, które wydają się być najbardziej charakterystyczne dla omawianego okresu. W obszarze praktyki tworzenia i stosowania prawa wybór pada na zjawiska prawotwórstwa „powielaczowego” i „samoistnego” oraz na zjawisko zacierania się granicy między sferą prawa wewnętrznego a powszechnie obowiązującego. W obrębie rozważań doktrynalnych wskazuję na dyskusję nad aktami kierownictwa wewnętrznego oraz nad podstawą prawną aktu normatywnego⁴. Na tym tle przedstawiam kolejno zarówno *explicite* formułowany postulat „zamknięcia” systemu źródeł prawa, jak i argumentację wspierającą głosy zmierzające do jego „domykania”.

4. Tytułem uzupełnienia należy natomiast dodać, że choć wskazane problemy uznać można za podstawowe dla kwestii zamknięcia systemu źródeł prawa, to przecież nie są one jedynymi. Dokładne omówienie pozostałej problematyki przekraczałoby jednak ramy niniejszego opracowania. Ograniczam się zatem do nazwania tych innych zagadnień, które w dostatecznym stopniu okazały się znaczące dla praktyki oraz były dyskutowane w literaturze przedmiotu. Są to m.in. kwestie związane z normami technicznymi, normami administracyjnie kształtującymi ceny, z charakterem prawnym planów gospodarczych, z dyrektywami partyjnymi, a także z prawotwórczą rolą orzeczeń sądowych i orzecznictwa administracyjnego, prawem zwyczajowym, wytycznymi wymiaru sprawiedliwości formułowanymi przez Sąd Najwyższy, zasadami prawnymi tego sądu, czy

³ W polskiej literaturze mówi o tej słabości najwyraźniej Z. Ziemiński, *Deskrypcjonistyczna i rekonstrukcjonistyczna analiza języka w prawoznawstwie*, SP 1985, nr 3-4; tenże, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974, s. 206-207. Zob. także M. Zirk-Sadowski, *Rola pragmatyki w badaniach języka prawnego*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica” 1981, nr 6, s. 51-52.

⁴ Na te właśnie kwestie jako podstawowe i najobszerniej dyskutowane problemy związane z systemem źródeł prawa wskazuje A. Jaroszyński, *Wpływ przekształceń administracji socjalistycznej na pozycję prawną obywatela*, Warszawa 1977, s. 45. Podobnie widzi to zagadnienie J. Surowiec – zob. *Akty prawotwórcze naczelných organów w administracji państwowej*, [w:] K. Działocha (red.), *Konstytucyjny model tworzenia prawa w PRL*, Wrocław 1981, s. 202.

z wykładnią prawa z mocą powszechnie wiążącą, dokonywaną przez Radę Państwa⁵. Chodzi tu zatem o takie formy aktów czy działań, których prawotwórczy charakter był niejasny i budził kontrowersje. W odniesieniu do każdego z nich wskazać można głosy zarówno uznające je za źródła prawa, jak i odmawiające im tego statusu.

2. Źródła prawa w postanowieniach konstytucji z 1952 r. oraz w praktyce prawotwórczej

1. Kwestię określenia systemu źródeł prawa przez ustawę zasadniczą można rozpatrywać na dwa sposoby, skupiając uwagę bądź na treści poszczególnych przepisów konstytucyjnych, bądź też na szerzej rozumianego modelu systemu źródeł prawa. Przez model systemu rozumiem będący wytworem praktyki oraz doktryny, a konstruowany w oparciu o szczegółowe postanowienia konstytucji oraz jej zasady ogólne, uporządkowany zespół poglądów na kształt tego systemu. Model taki przyjmuje zatem treść przepisów konstytucyjnych za punkt wyjścia, jednak w ostateczności za jego twierdzenia odpowiedzialność ponoszą uczestnicy dyskursu prawniczego w danej kulturze prawnej⁶. W oczywisty sposób ich rola staje się szczególnie istotna tam, gdzie postanowienia konstytucji pozostają niejasne bądź niepełne.

W dalszych częściach rozdziału przedstawiona zostanie dyskusja nad wybranymi elementami modelu źródeł prawa, kształtującego się w oparciu o konstytucję z 1952 r. Zasygnalizowane zostanie także, jak na gruncie zasadniczo niezmiennych postanowień ustawy zasadniczej model ten ewoluował. W tym miejscu natomiast przedmiotem zain-

⁵ Problemy te omawiane są przykładowo w: J. Starościak, *Podstawy prawne...*, rozdz. VI, VII, IX; L. Łustacz, *Wybrane zagadnienia z dziedziny źródeł prawa. Część II – formy działalności prawotwórczej P.R.L.*, Warszawa 1959, *passim*; tenże, *O pozakonstytucyjnych formach działalności prawotwórczej*, PiP 1957, nr 7-8; H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, *passim*; W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 33-34.

⁶ O zbliżonym pojęciu koncepcji tworzenia prawa zob. K. Działocha, *Konstytucyjna koncepcja tworzenia prawa w PRL*, [w:] tenże (red.), *Konstytucyjny model...*, s. 29-31. Relacja między modelem systemu źródeł prawa a przepisami konstytucji może przybierać dwojaki charakter. Po pierwsze, treść przepisów konstytucyjnych kształtowana jest w oparciu o określoną teoretyczną koncepcję systemu źródeł prawa, która pełni wówczas rolę „wyznacznika kontekstu”, w jakim tworzona jest regulacja konstytucyjna (por. rozważania z rozdz. IV.5.). W tym miejscu interesuje mnie jednak drugi rodzaj relacji, w której brzmienie przepisów konstytucji stanowi podstawę dla konstruowanej *ex post*, w oparciu o nie, modelu systemu źródeł prawa. Model taki może stanowić „kontynuację” koncepcji leżącej u podstaw regulacji konstytucyjnej, może jednak także rozwijać się autonomicznie w stosunku do tej pierwszej. Jest to możliwe zwłaszcza w sytuacji istotnych zmian politycznych, ustrojowych czy społecznych (*vide* przełom roku 1956 czy 1980 w PRL). O tej dwoistości relacji między tekstem konstytucji a doktryną mówi lapidarnie S. Wronkowska – *Propozycje w sprawie zasad konstrukcji systemu prawnego w nowej Konstytucji PRL*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł...*, s. 55.

interesowania są konkretne postanowienia konstytucji, jako konieczny punkt wyjścia zarówno dla konstruowania takiego modelu, jak i refleksji nad nim⁷.

2. Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r. nie zawierała wyodrębnionej części, która w sposób całościowy – czy choćby w podstawowym zrębie – regulowałaby system źródeł prawa obowiązującego. Nie oznacza to jednak, aby nie zawierała żadnych unormowań w tym przedmiocie. Przepisy te są jednak rozproszone po różnych jej miejscach (co notabene rodzić może dodatkowe trudności interpretacyjne z punktu widzenia wykładni systemowej). Charakteryzują się także, w sposób typowy dla postanowień tego aktu, znaczną zwięzłością i enigmatycznością, co zyskało sobie w doktrynie szczególną nazwę „wiotkości” norm konstytucyjnych⁸. Po ich lekturze wiele pytań dotyczących kształtu systemu źródeł prawa pozostaje bez odpowiedzi – nie oznacza to jednak, iż przepisy te nie odpowiadają na *żadne* z tych pytań.

Wśród przepisów tych wymienić należy przede wszystkim te, które określają podstawowe rodzaje aktów normatywnych. Chodzi tu m.in. o kompetencje Sejmu – do uchwalania ustaw (art. 15 ust. 3), budżetu (art. 19 ust. 2) oraz „narodowych planów gospodarczych na okresy kilkuletnie” (art. 19 ust. 1); Rady Państwa – do wydawania dekretów z mocą ustawy (art. 25 ust. 1 pkt 4) oraz do ratyfikowania i wypowiedania umów międzynarodowych (art. 25 ust. 1 pkt 7); wreszcie Rady Ministrów, która „na podstawie ustaw i w celu ich wykonania wydaje rozporządzenia, podejmuje uchwały oraz czuwa nad ich wykonaniem” (art. 32 pkt 8). Innym jeszcze rodzajem aktów wydawanych „na podstawie ustaw i w celu ich wykonania” były rozporządzenia oraz zarządzenia ministrów (art. 33 ust. 2), które mogły podlegać uchyleniu przez Radę Ministrów (art. 33 ust. 3).

Konstytucja lipcowa nie odnosiła się wprost do problematyki hierarchii źródeł prawa⁹; jedynie pośrednio z niektórych jej postanowień można wyprowadzić pewne wnioski w tym zakresie. Chodzi tu m.in. o przepisy wskazujące na podstawowy charakter niektórych aktów (uchwały Rady Ministrów, zarządzenia poszczególnych mini-

⁷ Celowo w następujących uwagach pomijam te uregulowania konstytucji, które wyrażają określone zasady podstawowe (np. jednolitość władzy państwowej, suwerenność ludu itp.). Przywoływane były one często w dyskusjach poświęconych systemowi źródeł prawa bądź zasadom tworzenia prawa. Odwołania do nich wymagają jednak w większości przypadków wyboru jednej spośród wielu możliwych ich interpretacji, który zawsze ma charakter wartościujący i może być (bywał w praktyce) przedmiotem kontrowersji. Tego rodzaju odwołania do regulacji konstytucyjnej przynależą zatem do obszaru, który w pracy określam jako argumentacja dialektyczna. Z tego względu nie biorę ich pod uwagę w tym miejscu, gdzie odszukania wymagają postanowienia ustawy zasadniczej o treści możliwie bezspornej. Do ogólnych zasad ustrojowych wyrażonych w konstytucji przyjdzie natomiast wrócić w podrozdziale czwartym, przy okazji omawiania argumentacji przywoływanej na rzecz „zamknięcia” systemu źródeł prawa.

⁸ K. Działocha, *System źródeł prawa w Konstytucji PRL po 20 latach jej obowiązywania*, PiP 1972, nr 12, s. 21 i cytowana tam literatura.

⁹ Jako wyjątek można wskazać regulowaną przez art. 25 ust. 1 pkt 4 oraz przez art. 26 instytucję dekretu Rady Państwa, którego moc prawna została wprost określona jako równa ustawie.

strów oraz rozporządzenia, wydawane przez oba te rodzaje organów – art. 32 pkt 8 i art. 33 ust. 2), a także ustanawiające szczególny, utrudniony tryb zmiany innych (dotyczy to konstytucji – *vide* art. 91). Specyficzną rolę odgrywają tu przepisy określające wzajemne relacje pomiędzy poszczególnymi organami władzy i administracji państwowej, które wedle dominującego poglądu wyznaczać miały jednocześnie hierarchiczne usytuowanie aktów normatywnych stanowionych przez te organy¹⁰. Jest to w szczególności przepis art. 15 ust. 1, który stwierdzał, iż „Najwyższym organem władzy państwowej jest Sejm Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”. Stanowił on ważki argument nie tylko na rzecz zasady prymatu ustawy, ale i wiążącego dla Rady Ministrów charakteru uchwał Sejmu¹¹.

Kończąc próbę wydobycia konstytucyjnego kształtu systemu źródeł prawa, wskazać należy na art. 4 ust. 3, ustanawiający regułę działania organów władzy i administracji państwowej wyłącznie na podstawie prawa. Jest to ważne o tyle, iż nie ma żadnych powodów, aby z zakresu działania, o którym mowa w powyższym przepisie, wyłączać działalność prawotwórczą¹².

Konstytucja lipcowa wielokrotnie podlegała nowelizacji. Dla określenia systemu źródeł prawa istotne znaczenie posiada jednak wyłącznie nowelizacja z 1976 r., przewidująca pewne zmiany w tym zakresie. Zmiany te polegały na wprowadzeniu do konstytucji, jako usankcjonowanie powstałego wcześniej zwyczaju, dwóch kategorii aktów normatywnych: uchwał Sejmu wyznaczających podstawowe kierunki działalności państwa oraz aktów prawnych Prezesa Rady Ministrów. Ponadto omawiana nowela przyznawała Radzie Państwa nową kompetencję „stania na straży zgodności prawa z konstytucją”.

3. Odnosząc się wprost do problemu zamknięcia systemu źródeł prawa, stwierdzić trzeba na podstawie powyżej przywołanych regulacji, iż konstytucja milczała na ten temat. Nie wprowadzała ona wyraźnie zasady zamkniętego systemu tych źródeł, jednak także nie wykluczała takiej zasady. Wymieniała w swoich postanowieniach szereg kategorii aktów normatywnych, nie przesądzając, czy są one jedynymi dopuszczalnymi w ramach

¹⁰ Zob. np. J. Starościak, *Podstawy prawne...*, s. 25-26; J. Wróblewski, *Zasady tworzenia...*, s. 121-122. Nasuwają się tu jednak dwa problemy: po pierwsze, jest oczywiste, iż kryterium to zawodzi w przypadku różnego rodzaju aktów stanowionych przez ten sam organ (ustawy i uchwały Sejmu, rozporządzenia i uchwały Rady Ministrów, rozporządzenia i zarządzenia ministrów). W tych przypadkach pozostaje jedynie zdać się na tradycję bądź późniejsze wysiłki interpretacyjne praktyki czy doktryny. Po drugie, konstrukcja „powiązania” hierarchii źródeł prawa z hierarchią organów władzy i administracji państwowej nie wynika wprost z regulacji konstytucyjnej, lecz przynależy już do doktrynalnie wypracowanej koncepcji systemu źródeł prawa. Jest więc ona późniejszym rozwijaniem postanowień konstytucji – które stało się przecież konieczne właśnie z powodu milczenia ustawy zasadniczej w tym zakresie.

¹¹ Por. W. Zakrzewski, *W sprawie „samoistnych uchwał Rządu”*, PiP 1966, nr 4-5, s. 652-654.

¹² Por. K. Działocha, *Konstytucyjna koncepcja tworzenia...*, s. 45-48.

danego systemu. Jako taka mogła stanowić podstawę rozwijania koncepcji systemu opartej zarówno na założeniu o jego otwartym, jak i zamkniętym charakterze. Wybór spośród tych możliwości z konieczności musiał być już dziełem praktyki czy doktryny.

Aby wybór ten miał charakter rzetelny i wiarygodny, powinien dokonać się przy uwzględnieniu ogólnych zasad konstytucji, które wspierałyby przyjęte stanowisko. Wydaje się zresztą, iż uwzględnienie tego kontekstu (m.in. zasady praworządności, zasady jednolitości władzy państwowej) skłaniać powinno raczej do przyjęcia zasady zamkniętego systemu źródeł prawa¹³.

4. Zarówno praktyka tworzenia, jak i w pewnym stopniu stosowania prawa poszły jednak w odmiennym kierunku, podejmując działania skutkujące „otwieraniem”, *resp.* „rozchwianiem”, systemu źródeł prawa. W literaturze podkreśla się jednak, iż działo się to bez wyraźnego oparcia w samej konstytucji, przyjmując raczej charakter zwyczajów *praeter legem fundamentale* – co jednocześnie prowadziło do marginalizowania roli ustawy zasadniczej w porządku prawnym¹⁴. Wskazać należy przede wszystkim na różne formy prawotwórstwa „powielaczowego” oraz „samoistnego” – oba nie znajdujące bezpośredniego oparcia w konstytucji – jako główne przejawy „rozchwiania” systemu źródeł prawa¹⁵. Znaczenie obydwu tych typów prawotwórstwa dodatkowo wzrastało z powodu nieostrych w praktyce granic między sferą wewnętrzną administracji a dziedziną stosunków zewnętrznych względem jej układu organizacyjnego. Te natomiast wypowiedzi doktryny, które akceptowały istniejącą praktykę w takiej czy innej formie¹⁶, uznać można za czynnik istotny wprawdzie, jednak wtórny.

¹³ Rzeczywiście, zasady te stanowiły w doktrynie jedne z podstawowych argumentów na rzecz „domykania” systemu źródeł prawa – zob. dalej, podrozdz. 4. W pierwszych dyskusjach po wejściu w życie konstytucji lipcowej zdawało się zresztą przeważać stanowisko, iż akt ten wprowadza zamknięty system źródeł prawa – por. W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 73-74 oraz J. Świątkiewicz, *Podstawa prawna...*, s. 27.

¹⁴ Zob. W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 76-77; K. Działocha, *System źródeł...*, s. 23; tenże, *Zasady budowy...*, s. 113-114; J. Trzciniński, *Konstytucja jako akt prawotwórczy*, [w:] K. Działocha (red.), *Konstytucyjny model...*, s. 69-71.

¹⁵ Naturalnie zagadnienia „prawotwórstwa powielaczowego” oraz „samoistnego”, jak zostało już zaznaczone, to nie jedyne problemy związane z katalogiem źródeł prawa w tym okresie. Zaznaczyć również należy, iż precyzyjne oddzielenie od siebie tych dwóch obszarów praktyki może nastrożać problemy. W niektórych przypadkach prawotwórstwo samoistne przybierać bowiem może postać „powielaczową”. Nie oznacza to jednak, iżby zjawisk tych nie cechowała pewna odrębność względem siebie; pojęcia prawa (prawotwórstwa) samoistnego oraz prawa (prawotwórstwa) powielaczowego zostały wyodrębnione przez zastosowanie odmiennych kryteriów.

¹⁶ Por. np. w pierwszej kwestii poglądy E. Iserzona, *Prawotwórcza działalność organów administracji państwowej*, PiP 1963, nr 5-6; w drugiej zaś – S. Rozmaryna, *Ustawa w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1964, *passim*, lub J. Sommera, *Działalność prawotwórcza Rady Ministrów PRL w świetle założeń ustrojowych i praktyki*, Wrocław 1968, *passim*.

Funkcjonowanie „prawa powielaczowego”¹⁷, którego podstawową formą pozostają akty normatywne wydawane w ramach poszczególnych resortów na szczeblu centralnym administracji państwowej (resortowe akty normatywne), charakterystyczne jest w zasadzie dla całego okresu istnienia PRL¹⁸. Zjawisko to wyprzedza uchwalenie konstytucji z 1952 r., utrzymuje się po jej wejściu w życie i nie zanika aż do lat 80., mimo stałej krytyki w doktrynie i niejednokrotnie podejmowanych prób jego ograniczenia. Co charakterystyczne dla tego rodzaju aktów, nie podlegają one publikacji, a funkcjonują jedynie w „wewnętrznym obiegu” w strukturach administracji – skąd zresztą czerpią swoją zwyczajową nazwę. Akty te budzą liczne wątpliwości co do ich podstawy prawnej, miejsca w hierarchii, wzajemnych relacji, wewnętrznego lub powszechnie wiążącego charakteru itp. Często zresztą nie jest jasne, czy posiadają one w ogóle prawotwórczy charakter. Prowadzą tym samym do „zamazywania granic” systemu prawa, stanowiąc rodzaj „półprawa” (zjawisko „entropii prawa”)¹⁹.

Z kolei tzw. uchwały samoistne Rady Ministrów stanowiły akty normatywne, wydawane bez wyraźnego upoważnienia ustawowego oraz bez związku wykonawczego z ustawą²⁰. Podstawę znajdować miały one nie w przepisach ustawy zwykłej, lecz, jak stwierdzał Stefan Rozmaryn²¹, w ogólnych konstytucyjnych kompetencjach Rady Ministrów (por. art. 32 Konstytucji PRL). Można stwierdzić, że w praktyce istnienie nawet takiego związku między uchwałą a konstytucją bywało mocno wątpliwe. Warto dodać, że obok uchwał Rady Ministrów w interesującym nas okresie funkcjonowały również rzadsze przypadki zarządzeń samoistnych Prezesa Rady Ministrów oraz uchwał samoistnych Rady Państwa, a także zarządzenia wykonawcze ministrów do uchwał samoistnych. O ile zatem zjawisko prawotwórstwa powielaczowego skutkuje podważeniem „wyraźnych granic” systemu źródeł prawa, o tyle prawotwórstwo samoistne narusza

¹⁷ Co do znaczenia samego terminu „prawo powielaczowe” zob. zwł. J. Jabłońska-Bonca, „*Prawo powielaczowe*”..., s. 15-17.

¹⁸ Niezwykle cennego materiału dostarcza tu przede wszystkim praca J. Jabłońskiej-Boncy, na której w dalszych uwagach w znacznym stopniu się opieram („*Prawo powielaczowe*”..., *passim*). Zob. także: L. Łustacz, *O właściwe rozmiary działalności prawotwórczej*, PiP 1956, nr 2; L. Bar, *Resortowe akty normatywne – temat ciągle aktualny*, PiP 1962, nr 5-6; H. Olszowy, *Rola tzw. prawa powielaczowego w określaniu prawnofinansowej pozycji obywatela*, SPE 1981, t. 26.

¹⁹ Pierwsze określenie pochodzi od Z. Ziemińskiego (*O normowaniu procesu*..., s. 21), drugie od J. Jabłońskiej-Boncy („*Prawo powielaczowe*”..., zwł. s. 52-55 i 64-67). Por. także W. Hoff, *Wytyczne w prawie administracyjnym*, Warszawa 1987, *passim*; tenże, *Wytyczne w administracji państwowej*, PiP 1980, nr 5; J. Starościk, *Podstawy prawne*..., s. 67-70; H. Rot, *Akty prawotwórcze*..., s. 85-88.

²⁰ Także i ta praktyka wykazała się znaczną żywotnością w okresie PRL. Obszerne jej omówienie przedstawia J. Sommer, *Działalność prawotwórcza*..., *passim*. Zob. także W. Zakrzewski, *Zagadnienie podstawy*..., s. 476 i n.

²¹ Rozmaryn był głównym twórcą doktryny mającej dostarczać legitymacji, ale i wyznaczać określone rygory prawne, praktyce stanowienia uchwał samoistnych – zob. tegoż, *Ustawa w Polskiej*..., s. 216-237 i 260-283.

przede wszystkim zasadę samodefiniowania systemu źródeł prawa oraz jego formalną jedność²².

5. Utrzymywaniu się obydwu wymienionych form prawotwórstwa sprzyja w tym czasie bez wątpienia brak wyraźnego rozgraniczenia pomiędzy prawem wewnętrznym a powszechnie obowiązującym. Przenikanie się tych dwóch porządków widoczne jest szczególnie w sferze zarządzania „gospodarką społeczną”. Wystarczy wskazać, że np. administracyjne ustalanie cen artykułów żywnościowych, czy wprowadzenie „kartkowego” systemu reglamentacji obrotu pewnymi kategoriami produktów, dokonywało się przy użyciu aktów, które należałoby zaliczyć do prawa wewnętrznego²³.

Znane są też przypadki, gdy przepisy zawarte czy to w aktach resortowych, czy też samoistnych stawały się podstawą decyzji administracyjnej²⁴ bądź wpływały na kształt orzeczenia sądowego w sprawach cywilnych lub karnych²⁵. O ile jednak w przypadku sądów powszechnych sytuacje takie należały do wyjątkowych, było to już regułą w orzecznictwie organów arbitrażowych, uznających, iż wszelkie tego rodzaju akty normatywne mają dla jednostek gospodarki społecznej charakter „wiążącego prawa”²⁶.

3. Rozchwianie koncepcji źródeł prawa w poglądach doktrynalnych

1. Zgodzić należy się z diagnozami stwierdzającymi, iż stan „rozchwiania” charakteryzuje nie tylko praktykę tworzenia i stosowania prawa w omawianym okresie, ale także poświęconą jej refleksję dogmatycznoprawną²⁷. Istniejący stan prawotwórstwa i stosowania prawa tworzył niejednoznaczny i kłopotliwy kontekst, w którym podejmowane

²² W omawianym okresie argument odwołujący się do jedności systemu źródeł prawa zyskał dodatkowe oparcie w zasadzie jednolitości władzy państwowej. Stanowił on także jeden z podstawowych zarzutów pod adresem koncepcji prawotwórstwa samoistnego. Zob. zwł. W. Zakrzewski, *O podstawach działalności prawotwórczej Rządu*, PiP 1966, nr 7-8, s. 4 i n.; tenże, *W sprawie „samoistnych...”*, s. 643 i n.

²³ Por. H. Rot, *Przepisy prawne wewnętrznie obowiązujące (Z rozważań nad koncepcją prawa socjalistycznego)*, SP 1973, nr 37, s. 74-75.

²⁴ Zob. np. J. Łętowski, *Polecenie służbowe w administracji*, Warszawa 1972, s. 111-114; J. Starościak, *Podstawy prawne...*, s. 51-53; H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, s. 62-63; J. Filipek, *Rola prawa w działalności administracyjnej państwa*, Kraków 1974, s. 77; T. Zieliński, *Rola instrukcyjnych aktów normatywnych w stosunkach pracy*, PiP 1967, nr 3, s. 440 i n.

²⁵ Zob. L. Bar, *Resortowe akty...*, s. 310.

²⁶ Zob. J. Łętowski, *Kierownictwo i podporządkowanie w administracji państwowej*, PiP 1974, nr 1, s. 28; J. Starościak, *Podstawy prawne...*, s. 64-66; W. Hoff, *Wytoczne w administracji...*, s. 82-83.

²⁷ W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 7-11; H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, s. 11-13; Z. Ziemiński, *O normowaniu procesu...*, s. 21.

być musiały próby dyskursu nad systemem źródeł prawa. Stąd też odnotować można wielość, a czasem także chwiejność stanowisk, w tym często w kwestiach o zasadniczym znaczeniu.

Jednocześnie w obrębie tak „rozchwianej” refleksji doktrynalnej wyraźnie zarysowują się głosy zmierzające do porządkowania oraz „domykania” systemu źródeł prawa. Ich znaczenie osłabiał nieco fakt, iż stanowiły one grupę poglądów, która sama charakteryzowała się wewnętrzną niejednorodnością. W niektórych sytuacjach stanowiska tego rodzaju musiały także godzić w swoim obrębie do pewnego stopnia sprzeczne tendencje. Poniżej przedstawione zostaną dyskusje wokół dwóch podstawowych dla problemu zamkniętego systemu źródeł prawa zagadnień, jakie stanowiła kwestia podziału na wewnętrznie i powszechnie obowiązujące źródła prawa oraz kwestia podstawy prawnej aktu normatywnego.

2. Niemożność jasnego rozgraniczenia w praktyce sfery wewnętrznej oraz zewnętrznej administracji państwowej znalazła swój wyraz także w dyskursie doktrynalnym. Przy czym wyszczególnić tu należy dwa problemy: po pierwsze, samego oddzielenia od siebie tych dwóch obszarów, po drugie, gdyby zadanie to udało się zrealizować, charakteru prawnego działań podejmowanych w obrębie sfery wewnętrznej.

Kwestia rozgraniczenia sfery wewnętrznej oraz zewnętrznej działania administracji była w literaturze przedmiotu żywo dyskutowana, dostrzegano też istotne problemy związane z próbą takiego oddzielenia. Funkcjonowanie prawotwórstwa „powielaczowego” oraz samoistnego niejednokrotnie prowadziło do faktycznego zatarcia tej granicy. Mimo to nauka polska (inaczej niż np. w Czechosłowacji czy NRD²⁸) uniknęła propozycji postulujących odrzucenie tej dychotomii, wedle których wszelkie stosunki, w których jako jedna ze stron uczestniczy organ, mają charakter zbliżony do wewnętrznego²⁹. W toczonej dyskusji zarysowały się natomiast dwa stanowiska: mniejszościowe, sugerujące wyodrębnienie obok sfery działania zewnętrznego oraz wewnętrznego jakiejś „sfery pośredniej”³⁰, oraz dominujące, przyjmujące jako punkt wyjścia dychotomię obszaru wewnętrznych i zewnętrznych działań administracji³¹. Przy czym praktyczna róż-

²⁸ Zob. I. Lipowicz, *Pojęcie sfery wewnętrznej w administracji państwowej*, Katowice 1991, s. 30-32.

²⁹ Wyjątkiem jest tu stanowisko E. Iserzona, wedle którego kompetencja do stanowienia prawa wynika z samej istoty zadań administracji i nie musi być stwierdzona czy przyznana żadnym szczególnym przepisem upoważniającym. Zob. tenże, *Prawotwórcza działalność...*, s. 832-840.

³⁰ Za jego przedstawicieli uznać można J. Bafię (*Podstawowe założenia procesu tworzenia prawa*, PiP 1975, nr 7), A. Jaroszyńskiego (*Wpływ przekształceń...*, s. 47-63), R. Malinowskiego (*Propozycje rozwiązania problemu uchwał samoistnych w przyszłej ustawie o tworzeniu prawa*, [odpowiedź w ankiecie], [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł...*, s. 127-134) oraz, z pewnymi zastrzeżeniami, W. Zakrzewskiego (*Zakres przedmiotowy...*, s. 58-63).

³¹ Jako jego przedstawicieli wskazać można m.in. W. Dawidowicza (*Tworzenie prawa jako funkcja organów administracji państwowej*, PiP 1970, nr 12), J. Łętowskiego (*Polecenie służbowe..., passim*),

nica między nimi jest mniejsza, niż można by w pierwszej chwili sądzić. Odmienność jest wynikiem głównie różnego rozłożenia akcentów, ale także, jak się zdaje, niedostatecznego odróżniania twierdzeń mających na celu rekonstrukcję istniejącej praktyki od twierdzeń o charakterze postulatywnym. Tak np. zwolennicy dominującego podejścia przyjmowali dychotomiczne rozróżnienie jako model, jednocześnie przyznając często, że nie ma ono w praktyce jednoznacznego charakteru, w sferze zaś gospodarki społecznej jego znaczenie w ogóle staje się wątpliwe.

3. Większe zróżnicowanie poglądów występuje w odniesieniu do drugiego z problemów, jakim jest charakter prawny aktów administracji podejmowanych w tak wyodrębnionej sferze wewnętrznej. Zagadnienie to sprowadza się do pytania, czy akty takie uznawać należy za akty normatywne (akty prawotwórcze), a w związku z tym zaliczać do systemu źródeł prawa, czy też odmówić im takiego charakteru, traktując je jedynie jako wyraz „stosowania”, „wykonywania” czy „przestrzegania” prawa³².

Możliwe do wyodrębnienia są tu dwa podstawowe stanowiska. Pierwsze z nich odmawia aktom wewnętrznym charakteru prawotwórczego, a w związku z tym nie zalicza ich do grona źródeł prawa. Druga grupa poglądów, wewnętrznie niejednorodna, charakteryzuje się tendencją do jurydyzacji sfery wewnętrznej³³. Niektórzy autorzy w tym gronie (Henryk Rot, Zakrzewski, co do zasady Jerzy Starościak) podkreślają z założenia prawotwórczy charakter aktów wewnętrznych, zaliczając je zdecydowanie do kategorii źródeł prawa. Poglądy innych (Józef Filipek, Janusz Łętowski i in.) określać można jako umiarkowane, lokujące się gdzieś pomiędzy dwoma zarysowanymi stanowiskami. Odmawiają oni aktom wewnętrznym miana źródeł prawa, proponując jakiś rodzaj „aktów pośrednich” pomiędzy aktami tworzenia a stosowania prawa³⁴. Różnice są zatem dość

H. Rota (*Przepisy prawne powszechnie obowiązujące (Z rozważań nad koncepcją prawa socjalistycznego)*, PiP 1972, nr 8-9; tenże, *Przepisy prawne wewnętrznie...*; tenże, *Akty prawotwórcze...*, *passim*) czy J. Starościaka (*Podstawy prawne...*, *passim*).

³² Syntetycznego przeglądu stanowisk w tym zakresie dostarczają prace: J. Łętowski, *Polecenie służbowe...*, s. 72-76; J. Jabłońska-Bonca, *„Prawo powielaczowe”...*, s. 71-86; I. Lipowicz, *Pojęcie sfery...*, s. 35-51.

³³ Stanowisko takie widoczne jest już w latach 50. Por. M. Jaroszyński, M. Zimmermann, W. Brzeziński, *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1956, gdzie na stronie 329 czytamy m.in.: „traktowanie takich aktów wewnętrznych jako działań nie mających charakteru aktów prawnych byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami ustroju”.

³⁴ Dla jasności wyводу nie wyodrębniam osobno grupy poglądów, która z kolei plasować mogłaby się między „radykalną” a „umiarkowaną” wersją tendencji do jurydyzacji. Chodzi tu o tych autorów, którzy wśród aktów o charakterze wewnętrznym wyróżniają zarówno takie, które uznają za źródła prawa, jak i takie, którym odmawiają jednoznacznie prawotwórczego charakteru. Tak np. J. Starościak, obok pojęcia „instrukcji prawotwórczych”, posługuje się pojęciem „instrukcji interpretacyjnych” – *Podstawy prawne...*, s. 57-59.

istotne; niezależnie od nich grupę tę łączy jednak wspólne przekonanie o prawnie wiążącym charakterze tego rodzaju aktów.

Pogląd odmawiający aktom wewnętrznym cechy prawotwórstwa reprezentowany był stosunkowo słabiej, co nie oznacza jednak, iż nie posiadał on swoich zdecydowanych zwolenników³⁵. Najczęściej chyba przywoływanym w literaturze przykładem takiego podejścia jest stanowisko Prokuratury Generalnej z 1957 r.:

Za przepis prawa uważamy jedynie ustawę, dekret lub rozporządzenie, wydane na podstawie ustawy lub dekretu oraz w granicach delegacji ustawowej, a także uchwały Rady Ministrów oparte na takiej samej podstawie prawnej. Nie stanowią więc źródła prawa i nie są przepisami prawnymi instrukcje, okólniki, wytyczne, a nawet zarządzenia³⁶.

Tego rodzaju podejście trafnie zostało zidentyfikowane jako pochodna klasycznej wersji doktryny internów administracji³⁷ i z tej pozycji poddane krytyce. Doktryna ta spotkała się w nauce państw socjalistycznych, w tym w Polsce, z powszechną krytyką jako charakterystyczna dla XIX-wiecznego państwa policyjnego oraz klasycznej formy koncepcji podziału władz³⁸. Jako taka została uznana za nie do pogodzenia z zasadą jednolitości władzy państwowej, zasadą prymatu ustawy oraz nadrzędną rolą Sejmu w państwie socjalistycznym³⁹.

Powyższe stanowisko krytykowano jednak także z bardziej pragmatycznych pozycji, zarzucając mu prowadzenie do centralizmu i pozbawiania samodzielności jednostek podległych⁴⁰, jak również zbyt formalistyczne nastawienie, tworzenie fikcji oraz zamykanie oczu na, dokonujące się za jego pośrednictwem, rzeczywiste otwieranie sys-

³⁵ Wskazuje się tu przede wszystkim na prace W. Dawidowicza, szczególnie z lat 60. – zob. W. Dawidowicz, *Nauka prawa administracyjnego*, Warszawa 1965, s. 24 i n. Wcześniej stanowisko tego typu prezentował m.in. W. Langrod (*Znaczenie instrukcji w prawie administracyjnym*, „Gazeta Administracji” 1946, nr 12). Jeszcze w latach 70. podobnie H. Starczewski i J. Świątkiewicz (*Prokuratorska kontrola przestrzegania prawa*, Warszawa 1970, s. 65).

³⁶ „Biuletyn Generalnej Prokuratury” 1957, nr 6, załącznik (cyt. za: W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 44).

³⁷ Na temat klasycznej koncepcji *res internae* administracji zob. M. Zimmermann, *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Poznań 1959, s. 11 i n.; I. Lipowicz, *Pojęcie sfery...*, s. 24-28; W. Chróścielewski, *Akt administracyjny generalny*, Łódź 1994, s. 9-13.

³⁸ Krytyka ta dokonywała się zresztą w okresie, gdy doktryna podziału władz nie występowała już w swojej pierwotnej wersji także w państwach liberalnych. Jak stwierdza na tej podstawie Irena Lipowicz, odrzuceniu w nauce państw socjalistycznych uległa nie tyle rzeczywista doktryna, co jej „miraż” – teże, *Pojęcie sfery...*, s. 17 i n.

³⁹ W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 12-18; H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, s. 28-29 i 107. Zob. także S. Rozmaryn, *O rozporządzeniach i uchwałach Rządu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, PiP 1953, nr 10, s. 443-444.

⁴⁰ Zob. zwł. J. Starościak, *Podstawy prawne...*, s. 39-40.

temu źródeł prawa⁴¹. Szczególnie zdecydowanie brzmi tu głos Zakrzewskiego, który pisał m.in.:

Prawa powielaczowego nie wyeliminujemy z praktyki życia przez jego niedostrzeżenie. Wręcz odwrotnie, jeżeli nie weźmiemy go na warsztat naszych badań, jeżeli nie ustalimy, dlaczego może w obrocie prawnym działać skutecznie, a równocześnie w swym narastaniu żywiołowym i nieskoordynowanym z nadrzędnymi postaciami prawotwórstwa – szkodliwie, to wartość całego kształtowanego systemu prawotwórstwa może okazać się wątpliwa⁴².

4. Jak zostało już powiedziane, zwolennicy koncepcji jurydyzacji sfery wewnętrznej administracji – mimo podziału na dwa zasadnicze obozy – przemawiają w wielu miejscach jednym głosem. Tak dzieje się np. w sprawie ukazania, iż akty wewnętrzne – niezależnie od nazwy czy zaliczenia ich do kategorii źródeł prawa – mają charakter prawnie obowiązujący dla określonych grup adresatów, jak również w sposób istotny wpływają na sytuację prawną obywateli i innych podmiotów pozostających na zewnątrz administracyjnych stosunków organizacyjnych⁴³.

Przyjęcie koncepcji jurydyzacji aktów wewnętrznych rodziło przede wszystkim dwojakie konsekwencje: po pierwsze, prowadziło zazwyczaj do postulatu ograniczenia „skutków zewnętrznych” tego rodzaju aktów, po drugie zaś, stanowiło podstawę propozycji różnicowania reżimów prawnych w odniesieniu do prawa powszechnie i wewnętrznie obowiązującego.

Jeśli chodzi o pierwszy postulat, zwolennicy omawianego podejścia uczulali na negatywne konsekwencje, a także niezgodność z konstytucją tych sytuacji, w których akty o charakterze wewnętrznym formułowały normy o powszechnym *de facto* znaczeniu. W związku z powyższym zgłaszali propozycje dążące do poddania tego rodzaju aktów ostrzejszym rygorom i ściślejszej kontroli⁴⁴. Dążenie do porządkowania i „domykania” systemu źródeł prawa dokonywało się więc poprzez, paradoksalnie, rozszerzanie zakresu tego pojęcia. Jedynie uznanie prawotwórczego charakteru aktów wewnętrznych

⁴¹ Por. krytykę własnych wcześniejszych poglądów, dokonaną przez W. Dawidowicza w: *Tworzenie prawa...*, s. 867-868. Zob. także uwagi F. Longchamps, *Współczesne problemy...*, s. 892-893.

⁴² W. Zakrzewski, *Prolegomena do teorii...*, s. 10. Te same słowa powtarza autor kilka lat później w pracy *Zakres przedmiotowy...*, s. 26. Zob. także szerzej tamże, s. 18-28.

⁴³ Tak np. dla umocnienia przekonania o istotnym wpływie aktów wewnętrznych na stosunki „zewnętrzne”, w tym na orzecznictwo sądów powszechnych, podstawowe znaczenie mają prace Janusza Łętowskiego, będącego skądinąd przeciwnikiem uznawania tego rodzaju aktów za źródła prawa – por. tenże, *Polecenie służbowe...*, zwł. s. 107-114; tenże, *Kierownictwo i podporządkowanie...*, *passim*; tenże, *Administracja – prawo – orzecznictwo sądowe*, Warszawa 1985, s. 110 i n.

⁴⁴ Zob. np. J. Filipek, *Prawna regulacja wewnętrznej sfery działania administracji*, Warszawa – Kraków 1975, s. 14; W. Zakrzewski *Prolegomena do teorii...*, s. 14; tenże, *Zakres przedmiotowy...*, s. 83-94; J. Łętowski, *Kierownictwo i podporządkowanie...*, s. 26-27.

doprowadzić mogło w konsekwencji do prób poddania ich efektywnej kontroli w ramach tego systemu.

Należy jednak w tym kontekście szczególnie uważnie odróżniać perspektywę dążącą do możliwie szerokiego rozumienia kategorii aktu prawotwórczego, będącą w istocie konsekwencją przyjęcia określonej postawy poznawczej i skutkującą objęciem istniejącej praktyki pełniejszą „kontrolą”, od tendencji do uznania wszystkich prawotwórczych działań administracji za legitymowane⁴⁵. Pierwszą optykę przyjął np. niemal od początku swej działalności Trybunał Konstytucyjny, co oczywiście nie prowadziło do zajęcia drugiej pozycji. Przeciwnie, jak stwierdził Trybunał: „Nie liczące się z praktyką prawotwórczą, arbitralne, pojęciowe zawężenie zasięgu aktów normatywnych do aktów ustawodawczych oraz wydawanych na ich podstawie i dla ich wykonania aktów podstawowych, pozostawiłoby pokaźną ilość aktów prawotwórczych poza kontrolą ich legalności”⁴⁶. Różnica ta powinna być oczywista, wskutek jednak znacznego na pierwszy rzut oka podobieństwa wypowiedzi obu rodzajów, w niektórych przypadkach jej dostrzeżenie rodziło problemy⁴⁷.

Zgodnie z drugim postulatem, zwolennicy jurydyzacji sfery wewnętrznej, uznając akty w niej wydawane za akty normatywne, proponowali zazwyczaj poddanie ich odrębnemu reżimowi prawnemu w stosunku do aktów prawa powszechnie obowiązującego⁴⁸. Odrębność ta obejmuje cztery podstawowe elementy: wyłączenie domniemania powszechnej znajomości tego rodzaju aktów i zasady *ignorantia iuris nocet*; ograniczenie obowiązywania tylko do podmiotów podległych; wyłączenie możliwości kształtowania w sposób bezpośredni praw i obowiązków obywateli; odmienne wymogi co do podstawy prawnej ich wydania. Z punktu widzenia systemu źródeł prawa najistotniejszy pozostaje

⁴⁵ Zwracał na to uwagę np. K. Działocha, *Pojęcie aktu...*, s. 49-50.

⁴⁶ Orzeczenie z dnia 7 czerwca 1989 r., U 15/88. TK w orzeczeniu tym odróżnił wyraźnie kwestię prawotwórczego charakteru aktu od pytania o jego legalność, stwierdzając: „kwestia podstawy prawnej ustanowienia aktu normatywnego ma znaczenie drugorzędne, decydujące nie o istocie danego aktu państwa jako aktu normatywnego, czy też o jego mocy obowiązującej, ale o legalności bądź nielegalności tego aktu. Oznacza to, że stwierdzenie wadliwości danego aktu normatywnego nie pociąga za sobą automatycznie utraty przez ten akt charakteru aktu normatywnego, ani też utraty jego mocy obowiązującej”.

⁴⁷ Przykładowo definicja aktu prawotwórczego, sformułowana przez W. Zakrzewskiego jako wyraz pierwszej z wyróżnionych perspektyw („za akt prawotwórczy należy (...) uznać każdy taki akt, który wyznacza reguły i wzory postępowania, których przestrzeganie jest dla jego adresatów prawnie obowiązujące, niezależnie od tego, jaką formę ma podstawa prawna jego ustanowienia, jaki jest jego zasięg przedmiotowy i podmiotowy oraz jaki jest zakres i forma sankcji służących ochronie jego przestrzegania”), odczytane zostało przez niektórych jako legitymizacja wszelkiej działalności prawotwórczej administracji i wyraz „rozchwianej” koncepcji źródeł prawa – zob. H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, s. 6; J. Jabłońska-Bonca, *Prawo powielaczowe...*, s. 72-74.

⁴⁸ Zob. zwł. H. Rot, *Przepisy prawne powszechnie...*, s. 71 i n.; tenże, *Przepisy prawne wewnętrznie...*, s. 73 i n.; tenże, *Akty prawotwórcze...*, *passim*; J. Lętowski, *Kierownictwo i podporządkowanie...*, *passim*; tenże, *Polecenie służbowe...*, *passim*, zwł. s. 115-116 i 134-147; J. Starościk, *Podstawy prawne...*, s. 38-42, 48-53.

staje wymóg ostatni. Mieści się on jednak już w odrębnej dyskusji, mającej za swój przedmiot problem podstawy prawnej aktu normatywnego.

5. Znaczna różnorodność poglądów ujawnia się także wyraźnie w odniesieniu do problemu podstawy prawnej aktu normatywnego. Zróżnicowanie to jest zresztą do pewnego stopnia pochodną przybliżonej powyżej dyskusji nad prawotwórczym charakterem aktów wewnętrznych. Typologię obejmującą trzy najpopularniejsze stanowiska w przedmiocie dopuszczalnych form prawotwórstwa oraz ich podstawy prawnej zaproponował swego czasu Zakrzewski⁴⁹.

Wedle pierwszego podejścia, kategoria przepisów prawnych jest pojęciowo ograniczona jedynie do tego rodzaju przepisów, które posiadają szczególną legitymację. Są to przede wszystkim przepisy zawarte w ustawie, dekrete z mocą ustawy, rozporządzeniu bądź uchwale wydanych na podstawie ustawy lub dekretu. W związku z tym, każdy akt normatywny z definicji cieszyć się będzie także odpowiednią podstawą prawną. Wszelkie inne formy aktywności (jak np. wydawanie okólników, wytycznych, instrukcji czy zarządzeń) nie mogą być uznane za formy prawotwórstwa.

Koncepcja ta czerpie z przedstawionej już idei internów administracji. Do jej zwolenników Zakrzewski zalicza przede wszystkim Wacława Dawidowicza (w latach 60.) oraz Stanisława Włodykę⁵⁰. Wskazuje także na cytowane wyżej stanowisko Prokuratury Generalnej z 1957 r.

Drugi kierunek ukształtowany został przez Rozmaryna⁵¹. Odrzucając koncepcję internów, autor ten stanął na stanowisku zakładającym wyraźne rozgraniczenie między sferą przedmiotowo zastrzeżoną do regulacji ustawowej oraz sferą, w której nie obowiązuje powyższe zastrzeżenie⁵². Jak była mowa wcześniej, w tym drugim obszarze dopuścił on stanowienie „uchwał samoistnych” przez Radę Ministrów. Miałyby one być wydawane bezpośrednio na podstawie konstytucji, dokładniej – ogólnych kompetencji Rady Ministrów wyrażonych w ustawie zasadniczej. Uchwały te regulować mogły przy tym zdaniem Rozmaryna nie tylko relacje wewnętrzne w ramach administracji, ale także w określonym zakresie (przyznawanie uprawnień bądź tzw. skutki refleksowe⁵³) sytuację osób nie pozostających w organizacyjnym podporządkowaniu wobec organu admi-

⁴⁹ Zob. W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 44 i n.

⁵⁰ Por. S. Włodyka, *Wiążąca wykładnia sądowa*, Warszawa 1971, *passim*.

⁵¹ Zob. zwł. S. Rozmaryn, *Ustawa w Polskiej...*, s. 216-237 i 260-283.

⁵² Tamże, zwł. s. 224-226.

⁵³ Tamże, s. 233-234 i 266-268. Wprost taką możliwość stwierdzał autor już w tekście *O rozporządzeniach i uchwałach...*, s. 444. Z kolei A. Jaroszyński jawi się jako zwolennik możliwości także bezpośredniego określania obowiązków obywateli w drodze aktów samoistnych – zob. *Wpływ przekształceń...*, s. 51-62.

nistracji – np. obywateli. Ta druga możliwość dotyczyła sfery gospodarki państwowej, do której regulacji uchwały samoistne służyć miały przede wszystkim.

Koncepcja uchwał samoistnych autorstwa Rozmaryna, choć późniejsza od odpowiadającej jej praktyki, przez tę ostatnią była później chętniej wykorzystywana. W doktrynie spotkała się ze zróżnicowanym przyjęciem, od zasadniczej aprobaty⁵⁴, poprzez krytykę⁵⁵, do różnych form „pośredniego” przyjęcia pewnych jej elementów⁵⁶. Warto może jednocześnie zaznaczyć, że również w sferze zastrzeżonej dla regulacji ustawowej autor ten dopuszczał formy prawotwórstwa nie znane konstytucji, jak np. zarządzenie ministra wydawane na podstawie subdelegacji zawartej w rozporządzeniu wykonawczym.

Wreszcie trzeci kierunek uznaje Zakrzewski za wewnętrznie niejednolity, spajany jednak podstawowym przekonaniem, iż wszelkie pozaustawowe formy aktywności, których skutkiem jest tworzenie nowych przepisów prawa, winny mieć charakter wykonawczy oraz znajdować odpowiednią podstawę prawną⁵⁷; „podstawy te – jak pisze autor – mogą mieć jednak charakter zróżnicowany w zależności od charakterystyki i zakresu mocy wiążącej stanowiących na ich podstawie przepisów prawnych”⁵⁸. Jako zwolenników tego poglądu, obok siebie samego, Zakrzewski wskazuje Maurycego Jaroszyńskiego, Starościaka, Łętowskiego oraz Rota.

Stanowisko to, którego konsekwencją okaże się postulat „domknięcia” systemu źródeł prawa, sprowadzić można w zasadzie do trzech podstawowych założeń: (a) wszelkie akty tworzące normy ogólne, w tym także akty administracji państwowej, mają charakter aktów prawotwórczych i w jakiś sposób przynależą do systemu źródeł prawa; (b) cały system źródeł prawa ma charakter jednolity i podległy konstytucji, jako aktowi przede wszystkim prawnemu, nie zaś politycznemu⁵⁹; stanowi to bezpośrednio nawiąza-

⁵⁴ J. Sommer, *Działalność prawotwórcza...*, *passim*; A. Jaroszyński, *Wpływ przekształceń...*, s. 46-62 i 73; R. Tupin, *Docelowa koncepcja systemu źródeł prawa*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł...*, s. 47-53 (oraz tamże, s. 97). Zob. także pogląd K. Gościńskiego w: J. Zakrzewska (red.), *Prawo państwowe Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Łódź 1965, s. 175-176.

⁵⁵ Zwł. W. Zakrzewski, *W sprawie „samoistnych...”*; tenże, *O podstawach działalności...*; tenże, *Zagadnienie podstawy...*, s. 484-488. Krytycznie o doktrynie prawotwórstwa samoistnego także m.in. M. Jaroszyński, *Z teorii i praktyki prawa administracyjnego w PRL*, Warszawa 1964, s. 219.

⁵⁶ O tym ostatnim zjawisku pisał m.in. H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, s. 102-103 – choć wypada nie zgodzić się z tezą autora, iż konstrukcji internów „obecnie nikt jawnie nie głosi”. Jako przykład pośredniej akceptacji też Rozmaryna zob. J. Surowiec, *Akty prawotwórcze...*, s. 215-221 i 224; także poglądy A. Bałabana (A. Bałaban, L. Dubel, L. Leszczyński, *Zasady tworzenia prawa*, Lublin 1986, s. 99, 111) oraz Z. Rybickiego i M. Malinowskiego, przybliżone przez A. Jaroszyńskiego w pracy *Wpływ przekształceń...*, s. 48-49.

⁵⁷ Znaczenie tych dwóch wymogów podkreśla Zakrzewski konsekwentnie od swoich wczesnych tekstów poświęconych omawianej problematyce – zob. *Zagadnienia podstawy...*, s. 481.

⁵⁸ W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 45.

⁵⁹ Zob. np. K. Działocha, *System źródeł...*, s. 20-21; W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 70-77.

nie do idei formalnej jedności systemu źródeł prawa; (c) Konstytucja wymaga, aby prawo podstawowe tworzone było zawsze „na podstawie ustawy i w celu jej wykonania”, co przekłada się na dwa wymogi szczegółowe: *primo*, akty takie muszą wykazywać się odpowiednią podstawą prawną, jakkolwiek przyjmuje się tu zazwyczaj możliwość zróżnicowania reżimów dla aktów wewnętrznych oraz powszechnie obowiązujących; *secundo*, akty podstawowe muszą mieć charakter wykonawczy względem ustaw – przy ponownym uznaniu możliwości zróżnicowanego rozumienia pojęcia związku wykonawczego⁶⁰.

Powyższe założenia formułowane były z różnym stopniem radykalizmu. Nawet w poglądach tego samego autora uwidacznia się nieraz różnica między poszukiwaniem rozwiązań kompromisowych, uwzględniających zastaną praktykę, a dalej idącymi postulatami *de lege ferenda*⁶¹. Niezależnie jednak od tej różnorodności, przyjęcie tych założeń musi prowadzić do odrzucenia koncepcji prawotwórstwa samoistnego. Ta ostatnia akceptuje wizję tworzenia prawa, określaną jako „prawotwórstwo w ramach ustaw”, wedle której ustawy wyznaczają jedynie materialne granice dla legislacji administracji, a jedność systemu sprowadza się jedynie do braku kolizji treściowych między normami. Omawiane tu stanowisko przyjmuje odmienną wizję „prawotwórstwa na podstawie ustawy”, gdzie spójność systemu budowana jest poprzez zachowanie więzi kompetencyjnych do stanowienia prawa i jego formalną jedność⁶².

Można zatem zasadnie stwierdzić, iż opowiedzenie się za prezentowanym tu stanowiskiem w przedmiocie podstawy prawnej aktu normatywnego prowadzi w konsekwencji zawsze do przyjęcia zasady zamkniętego systemu źródeł prawa⁶³. Rzecz znamienna, że to właśnie w ramach tego podejścia po raz pierwszy tak wyraźnie formułowane były postulaty *de lege ferenda* zmiany systemu źródeł prawa w tym kierunku⁶⁴.

6. Zreferowane dyskusje wokół przykładowo wskazanych problemów doktrynalnych potwierdzają wniosek o „rozchwianiu” koncepcji źródeł prawa w literaturze – jeśli pod

⁶⁰ Tenże, *Zagadnienie podstawy...*, s. 487-491.

⁶¹ Znakomicie widać to na przykładzie poglądów W. Zakrzewskiego, zarówno co do rozumienia wymogu stanowienia prawa na podstawie ustawy, jak i istnienia związku wykonawczego między ustawą a aktem podstawowym – por. tenże, *Zagadnienie podstawy...*, s. 484-491; tenże, *Zakres przedmiotowy...*, s. 51; tenże, *Prolegomena do teorii...*, s. 14.

⁶² Rozróżnienie to zauważali autorzy, jak M. Zimmermann (*Pojęcie administracji...*, *passim*), M. Jarczyński (*Zagadnienia rad narodowych*, Warszawa 1961, s. 258) czy wielokrotnie już przywoływany W. Zakrzewski (*Zagadnienie podstawy...*, s. 489; *Zakres przedmiotowy...*, s. 13).

⁶³ Mówi o tym wprost W. Dawidowicz, *Wstęp do nauk...*, s. 69-70.

⁶⁴ W. Zakrzewski, *Prolegomena do teorii...*, s. 14; tenże, *Zakres przedmiotowy...*, s. 83-94; H. Rot, *Porzędkowanie prawotwórstwa...*, s. 24-26; W. Dawidowicz, *Wstęp do nauk...*, s. 70.

pojęciem rozchwiania rozumieć po prostu dialektyczną naturę dyskursu, tj. wielość poglądów, brak powszechnie akceptowanych założeń oraz sporny charakter wielu podstawowych kwestii. Chwiejność ujawniać się zdaje jednak momentami także w obrębie poglądów tego samego autora. Uczestnicy dyskursu doktrynalnego stawać musieli bowiem przed niełatwym zadaniem, po pierwsze, wypracowania narzędzi badawczych, pozwalających na adekwatną interpretację rozchwianej, a często wręcz chaotycznej praktyki; po drugie, łączenia rozważań o charakterze „modelowym” z analizą rzeczywiste funkcjonujących praktyk; po trzecie, formułowania propozycji, które pozostawałyby do zaakceptowania w istniejących realiach, nie będąc jedynie „sztuką dla sztuki”, zachowując jednakże swój reformatorski potencjał.

Zarówno dysputa wokół podziału źródeł prawa na akty powszechnie i wewnętrznie obowiązujące, jak i wokół problemu podstawy prawnej aktu normatywnego nie przyniosła zatem jednoznacznych, powszechnie akceptowanych rezultatów. Nie oznacza to jednak w żadnej mierze jałowości tych dyskusji. W ich ramach ujawniły się bowiem zarówno stanowiska opowiadające się za utrzymaniem stanu „otwarcia” systemu źródeł prawa, jak i stanowiska zmierzające w kierunku jego stopniowego „domykania”. Nawet jeśli nie można mówić tu o powszechności, to druga z wymienionych grup poglądów zdobywała sobie stopniowo wyraźnie dominującą pozycję. Utrzymujący się przy tym w wielu kwestiach stan sporności sprzyjał dalszemu rozwijaniu wypracowanych stanowisk i wzbogacaniu ich o nowe argumenty. Paradoksalnie zatem prowadził także do podtrzymywania wysokiego merytorycznego poziomu dyskursu. Widać, że to, co zwykle się określać mianem „rozchwiania” dyskursu, wcale nie musi oznaczać jego niższej wartości czy, tym bardziej, nieracjonalności.

Wszystko to sprawiło, że wypracowane w tym okresie poglądy okazały się z czasem znakomitym punktem wyjścia i źródłem wielu argumentów do podjęcia dyskusji nad zasadą zamkniętego systemu źródeł prawa. Obficie czerpały z nich zarówno głosy postulujące przyjęcie takiej zasady jeszcze w okresie PRL, jak i analogiczne postulaty podejmowane w realiach zmienionego ustroju po roku 1989.

4. Postulat „zamknięcia” systemu źródeł prawa i argumentacja na jego rzecz

1. W kontekście praktyki tworzenia i stosowania prawa, prowadzącej do budowy otwartego systemu źródeł prawa, a także w kontekście pewnego „rozchwiania” stanowisk doktrynalnych rozpatrywać należy postulat „zamknięcia” systemu źródeł, który pojawił się mniej więcej w drugiej połowie lat 80. ubiegłego wieku. Jednocześnie po raz pierwszy pod rządami konstytucji z 1952 r. wykształciła się jednolita grupa poglądów, mogąca

pretendować do miana wyraźnie dominującego stanowiska w doktrynie. Głosy krytyczne wobec takiego postulatu pozostają w tym okresie niemal niewidoczne, a jeśli już dochodzi do ich ujawnienia, dotyczą raczej kwestii szczegółowych (są to np. propozycje, aby reformę konstytucyjną odłożyć na późniejszy okres, gdy jej pożądany kierunek stanie się bardziej widoczny⁶⁵).

Propozycje „domknięcia” systemu źródeł prawa odnosiły się już nie tylko do zmiany zastanej praktyki, ale łączone były wprost z postulatem zmian w prawnej regulacji tego systemu (zmiana konstytucji, uchwalenie ustawy o tworzeniu prawa)⁶⁶.

Na postulat ten składały się w zdecydowanej większości wypowiedzi dwa podstawowe elementy, w których wyraźnie słyhać echo referowanych wyżej dyskusji: (a) jednoznaczne rozdzielenie aktów o charakterze wewnętrznym i aktów powszechnie obowiązujących oraz (b) zamknięcie systemu źródeł prawa, rozumiane jako dokładne określenie przez konstytucję podstawowych elementów składowych tego systemu (rodzajów aktów, ich nazw, zakresu rzeczowego, podmiotów kompetentnych do ich wydawania oraz trybu ich stanowienia)⁶⁷. Obok tych postulatów podnoszona była często kwestia zapewnienia skutecznej kontroli procesu tworzenia prawa, w tym także realizowanej przez Trybunał Konstytucyjny, pod kątem realizacji podstawowych zasad systemu⁶⁸.

Wskutek doświadczeń związanych z praktyką funkcjonowania lapidarnej i ogólnej regulacji konstytucji lipcowej, postulowano jednoznaczne wyrażenie powyższych zasad w tekście nowej (ewentualnie nowelizowanej) konstytucji⁶⁹. Podkreślano jednocześnie pozytywne zmiany, które ujawniły się już w praktyce tworzenia i stosowa-

⁶⁵ Por. mniejszościowe stanowisko uczestników konferencji *Teoretyczne zagadnienia prac nad reformą Konstytucji PRL* (Warszawa, 19 I 1988) – sprawozdanie w: PiP 1988, nr 5; w tym wypowiedź J. Zakrzewskiej, zamieszczona w tym samym numerze [*Z dyskusji nad reformą konstytucyjną*, PiP 1988, nr 5, s. 96-97].

⁶⁶ Projekt zmiany konstytucji i formułowany na jego gruncie postulat uporządkowania systemu źródeł prawa podnoszone były w stosunkowo krótkim okresie drugiej połowy lat 80. niezwykle intensywnie. Jako najbardziej znamienne zob. głosy zebrane w: J. Mazur (red.), *System źródeł...*; A. Patrzalek (red.), *Problemy prawodawstwa...* oraz wystąpienia uczestników konferencji *Teoretyczne zagadnienia prac nad reformą Konstytucji PRL* (Warszawa, 19 stycznia 1988 r.) – *Z dyskusji nad reformą...*

⁶⁷ Zob. np. K. Działocha, *Zasady budowy systemu źródeł prawa w nowej konstytucji*, [w:] A. Patrzalek (red.), *Problemy prawodawstwa...*, s. 71-72; tenże, *Zasady budowy...*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł...*, s. 120-121; L. Garlicki, *Uwagi o koncepcji systemu źródeł prawa w PRL*, [w:] tamże, s. 27; J. Świątkiewicz, *Propozycje w sprawie uregulowania systemu źródeł prawa w PRL*, [w:] tamże, s. 40-43; S. Wronkowska, *Propozycje w sprawie...*, s. 57-58; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *O aspekcie normatywnym...*, s. 34; *Koncepcja uregulowania...*, s. 100-106. Obydwa te postulaty zyskały wyraźne poparcie także w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 1989 r., Kw 01/89.

⁶⁸ Zob. np. S. Wronkowska, J. Wróblewski, *Projekt ustawy o tworzeniu prawa*, PiP 1987, nr 6, s. 9; J. Mazur, *Uwagi o tworzeniu...*, s. 34-35.

⁶⁹ Tamże; K. Działocha, *Zasady budowy...*, [w:] A. Patrzalek (red.), *Problemy prawodawstwa...*, s. 59 i n. Nie wyodrębniam tu głosów w sprawie uchwalenia ustawy o tworzeniu prawa. Co do meritum pozostawały one w omawianym okresie zbieżne z postulatami reformy konstytucyjnej, jako że ustawie tej przypisywano zadanie rozwijania i uszczegóławiania konstytucyjnych zasad systemu źródeł prawa.

nia prawa, co przypisywano przede wszystkim działalności orzeczniczej Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego. Wśród nich jako najważniejsze wskazywano postawienie pewnych hamulców dla dalszego żywiołowego rozrostu prawotwórstwa samoistnego⁷⁰ oraz rosnącą rangę konstytucji jako aktu o charakterze prawnym⁷¹. Zmiany te oceniano jednak jako częściowe, wymagające potwierdzenia i dalszego rozwinięcia w reformie konstytucyjnej.

Pierwszy z podnoszonych postulatów, rozdzielenia aktów wewnętrznych i powszechnie obowiązujących, cieszył się silnym ugruntowaniem we wcześniejszej literaturze. Także sposób rozumienia obydwu kategorii aktów był dość jednoznaczny. Wątpliwości budził tu jednak w pewnym stopniu charakter aktów wewnętrznych, po pierwsze, jeśli chodzi o rodzaj podległości, który miałyby uprawniać do wydawania tego rodzaju aktów, po drugie zaś, co do stopnia dopuszczalności wywierania przez nie pośrednich skutków w sferze praw i obowiązków obywatela (ewentualnie innego podmiotu „zewnątrznego”)⁷². Idea całkowitego wykluczenia tego rodzaju oddziaływań oceniana była zazwyczaj jako nierealistyczna.

Wyraźne rozgraniczenie między obydwoma kategoriami źródeł prawa nie oznacza w sposób konieczny, iż ma ono charakter dychotomiczny. W dyskusjach przeważnie ograniczono rozważania do dwóch powyższych kategorii, pojawiały się jednak także np. głosy odrębnie traktujące źródła prawa miejscowego oraz międzynarodowego⁷³.

Jeśli chodzi o postulat „zamknięcia” systemu źródeł prawa poprzez określenie w konstytucji jego podstawowych składowych, ewentualne wątpliwości pojawiały się jedynie co do zakresu takiego zamknięcia. Nie było bowiem jasne, czy powinno ono objąć także źródła prawa wewnętrznie obowiązującego. O ile niektórzy autorzy zgłaszali tego rodzaju propozycje⁷⁴, większość skłaniała się ku pozostawieniu tej części systemu prawa otwartą, wraz z dopuszczeniem możliwości stanowienia aktów wewnętrznych na podstawie określonych ustawowo ogólnych kompetencji⁷⁵.

⁷⁰ Np. J. Świątkiewicz, *Propozycje w sprawie...*, s. 37-38.

⁷¹ Np. J. Mazur, *Uwagi o tworzeniu...*, s. 34-35; L. Garlicki, *Ochrona konstytucyjności i praworządności*, PiP 1987, nr 10, s. 128-130. J. Borkowski mówił o rosnącej randze konstytucji: „Przestaje to więc być akt prawny «drzemiący», a staje się on szczególnie aktywną częścią porządku prawnego państwa” – tenże, *Głos w dyskusji*, [w:] *Z dyskusji nad reformą...*, s. 86.

⁷² Zob. np. wypowiedzi A. Gwiżdża, C. Żuławskiej oraz J. Broła w dyskusji na posiedzeniu Zespołu Prawa Konstytucyjnego i Tworzenia Prawa Rady Legislacyjnej, zamieszczone w: J. Mazur (red.), *System źródeł...*, s. 80-89.

⁷³ Zob. J. Wróblewski, *System źródeł...*, s. 45 i n.

⁷⁴ Zob. K. Działocha, *Zasady budowy...*, [w:] A. Patrzalek (red.), *Problemy prawodawstwa...*, s. 71.

⁷⁵ J. Wróblewski, *System źródeł...*, s. 51; L. Garlicki, *Uwagi o koncepcji...*, s. 27 i 33; zob. także stanowisko Zespołu Prawa Konstytucyjnego i Tworzenia Prawa Rady Legislacyjnej (*Koncepcja uregulowania...*, s. 100 i 106).

2. Błędem byłoby poszukiwanie argumentów wspierających ideę „zamknięcia” systemu źródeł prawa wyłącznie w głosach pochodzących z okresu, gdy postulat taki był *explicitie* formułowany. Jak zostało już zaznaczone, stanowisko to czerpało w znacznym stopniu z wcześniejszego dorobku nauki prawa. Wypada zatem sięgnąć także do argumentacji pojawiającej się w dyskusjach poprzedzających sformułowanie jednoznacznego postulatu reformy.

Rekonstruując stosowaną argumentację, pomijam dość obszerną grupę racji obecnych w literaturze interesującego nas okresu. Chodzi tu o wszelkie te uzasadnienia, które odwołują się wyłącznie do socjalistycznej nowomowy. Pozostawiam więc poza obszarem zainteresowania odwołania do „dyktatury proletariatu”, „budownictwa socjalistycznego”, „sojuszu robotniczo-chłopskiego”, „interesu mas ludu pracującego” *etc.* Spowodowane jest to nie tylko wymogami higieny intelektualnej; jest, mam nadzieję, bezsporne, iż ta grupa argumentów, w formie, w jakiej pojawiały się one w literaturze, radykalnie straciła swą aktualność. Ponadto, odwołania tego rodzaju budzą trudne do usunięcia wątpliwości interpretacyjne, spowodowane ich wyraźną przynależnością do języka oficjalnego dyskursu ideologiczno-politycznego epoki socrealizmu. Nie sposób zazwyczaj orzec jednoznacznie, na ile przynależą one rzeczywiście do merytorycznej argumentacji, na ile zaś jedynie stanowią rodzaj ideologicznego ozdobnika, formułowanego na inne potrzeby, niezależnie od względów merytorycznych i własnych zapatrywań danego autora.

Przy powyższych zastrzeżeniach wskazać można cztery podstawowe grupy argumentów obecnych w dyskursie, odwołujące się kolejno do: podstawowych założeń ustrojowych, autonomicznych wartości prawa, wartości instrumentalnych oraz gwarancyjnej funkcji prawa. Proponowany podział ma jednak charakter typologiczny i nie pretenduje do spełniania wymogów klasyfikacji.

3. Pierwszą grupę argumentów stanowią odwołania do podstawowych założeń ustrojowych. Do tej grupy przynależy przede wszystkim argument odwołujący się do jednolitości władzy państwowej i powiązany z nim argument z nadrzędnej pozycji Sejmu w systemie władzy państwowej (co wspiera także zasada demokratyzmu)⁷⁶. Można tu jednak, jak się zdaje, zaliczyć także argument z zasady praworządności i legalności⁷⁷. Za

⁷⁶ W. Zakrzewski, *Zagadnienie podstawy...*, s. 489; tenże, *O podstawach działalności...*, s. 4 i n.; tenże, *W sprawie „samoistnych...”*, s. 643 i n.; tenże, *W sprawie zasad działalności prawotwórczej organów administracji*, PiP 1963, nr 7, s. 125 i 131; W. Dawidowicz, *Tworzenie prawa...*, s. 864-867; tenże, *Wstęp do nauk...*, s. 67-69; L. Garlicki, *Ochrona konstytucyjności...*, s. 125-126; J. Mazur, *Uwagi o tworzeniu...*, s. 33.

⁷⁷ S. Gebert, *Uwagi o procesie tworzenia prawa w Polsce*, PiP 1973, nr 8-9, s. 91; Z. Ziemiński, *O normowaniu procesu...*; H. Rot, *Akty prawne wewnątrznie...*, s. 68 i n.; tenże, *Porządkowanie prawotwórstwa...*, s. 19; W. Zakrzewski, *Zagadnienie podstawy...*, s. 489; tenże, *Zakres przedmiotowy...*, s. 83;

należący do tej grupy trzeba chyba także uznać specyficzny dla okresu PRL argument odwołujący się do potrzeb racjonalnego i planowego sterowania procesami społecznymi⁷⁸.

Na szczególną uwagę w obrębie tej grupy zasługuje argumentacja sięgająca do zasady jednolitości władzy państwowej. Tym bardziej że zasada ta wykorzystywana była jako argument zarówno na rzecz „domykania” systemu źródeł prawa, jak i dla uzasadnienia przeciwstawnego poglądu.

Doktryna jednolitości władzy państwowej stanowiła istotny element oficjalnego dyskursu ideologiczno-ustrojowego w systemach socrealizmu⁷⁹. W tym kontekście była także ostro przeciwstawiana „burżuazyjnej” doktrynie podziału władz; przeciwstawienie to odnosiło się jednak raczej do klasycznej, historycznej wersji tej ostatniej, nie spotykanej już wówczas w praktyce ustrojowej państwa liberalnego⁸⁰. W interesującej nas części doktryna jednolitości władzy zakładała określony układ relacji między organami przedstawicielskimi, o kompetencjach głównie prawodawczych, a rządem i organami administracji, posiadającymi przede wszystkim kompetencje wykonawcze i zarządzające. Relacje te polegać miały na bezpośrednim podporządkowaniu i „wtórności” wszystkich funkcji i prerogatyw organów wykonawczych i zarządzających, ale również na uznaniu pewnego stopnia podziału kompetencji między poszczególnymi jednostkami systemu organów państwowych, a nawet „względnej niezależności organów”⁸¹.

Tak rozumiana doktryna jednolitości władzy stanowiła nie tylko argument na rzecz odrzucenia koncepcji internów administracji⁸², ale także dla krytyki wszelkich form prawotwórstwa samoistnego. Jako uzasadnienie tej krytyki służyły obydwie wskazane elementy doktryny. Podnoszono zatem, iż aktywność rządu i pozostałych organów wykonawczych czy zarządzających musi mieć charakter podległy i wykonawczy względem działań organów władzy państwowej (Sejmu, także Rady Państwa), w czym w żaden sposób nie mieści się władza do „samoistnego” stanowienia prawa. Stwierdzano także, iż „naturalny” podział funkcji między poszczególne organy przypisuje rządowi

J. Starościak, *Podstawy prawne...*, s. 11-12; L. Garlicki, *Reforma wymiaru sprawiedliwości a kontrola konstytucyjności ustaw*, PiP 1982, nr 1-2, s. 35; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *O aspekcie normatywnym...*, s. 33; J. Wróblewski, *System źródeł...*, s. 41-42.

⁷⁸ S. Gebert, *Uwagi o procesie...*, s. 91; W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 84-85 i 88; J. Wróblewski, *System źródeł...*, s. 40.

⁷⁹ Por. B. Bierut, *O konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1952, s. 27. „Klasyczną” pozycję doktrynalną, nawiązującą do oficjalnego dyskursu stanowi w tym względzie praca W. Zamkowskiego, *Jedność i podział władzy w Polsce Ludowej*, Wrocław – Warszawa 1961, *passim*.

⁸⁰ Por. I. Lipowicz, *Pojęcie sfery...*, s. 12-18. Dostrzegano to już w okresie PRL – por. R. Małajny, *Zasada jedności władzy państwowej w ustroju socjalistycznym – Prolegomena*, SP 1982, nr 3-4.

⁸¹ W. Zamkowski, *Jedność i podział...*, s. 53.

⁸² Por. podrozdz. 3.

kompetencje przede wszystkim wykonawcze i zarządzające, wykonywanie zaś funkcji prawodawczych może mieć w odniesieniu do tego organu jedynie wyjątkowy charakter i nie może być domniemywane⁸³.

Jednocześnie zwolennicy samoistnych kompetencji prawotwórczych rządu i administracji także opierali swe roszczenia na zasadzie jednolitości władzy. Odmiennie jednak niż w stanowisku zreferowanym powyżej, odrzucano tu ideę precyzyjnego podziału kompetencji między poszczególne organy, jako nie wpisującą się w zasadę jednolitości. Zdaniem zwolenników takiego stanowiska, w ustroju opartym na omawianej zasadzie nic zatem nie stoi na przeszkodzie, aby uznać kompetencje prawodawcze także po stronie administracji państwowej⁸⁴.

4. Drugą grupę argumentów stanowią racje odwołujące się do niekorzystnego wpływu otwartego systemu źródeł prawa na sam system prawny. Uzasadnienie dla zamknięcia systemu źródeł prawa stanowią tu więc tzw. wartości autonomiczne prawa⁸⁵. W grupie tej znajdują się odwołania do takich postulowanych cech systemu prawa, jak hierarchiczność i powiązane z nią prymat ustawy oraz najwyższa ranga konstytucji w systemie⁸⁶, niesprzeczność i materialna jednolitość (spójność) systemu⁸⁷, a także przejrzystość i zrozumiałość regulacji prawnej⁸⁸.

⁸³ W. Dawidowicz pisał w kontekście nadrzędności organów władzy państwowej: „Jednym z najistotniejszych aspektów tej nadrzędności jest właśnie pozostawienie w ręku organów władzy państwowej funkcji tworzenia porządku prawnego”. Autor zauważa, iż przyznawanie kompetencji prawotwórczych organom administracji jest zjawiskiem właściwie nieuchronnym. „Jednakże doktrynalny punkt widzenia – pisze on – pozwala ocenić to zjawisko we właściwych proporcjach, tzn. jako *wyjątek od reguły*”. Konkludując, autor orzeka kategorycznie, że „tworzenie prawa przez organy administracji państwowej jest zadaniem «pochodnym», istnieje bowiem tylko o tyle, o ile organy władzy państwowej udzieliły odpowiednich upoważnień” – *Tworzenie prawa...*, s. 866. Zob. także W. Zakrzewski, *O podstawach działalności...*, s. 8.

⁸⁴ Zob. zvl. E. Iserzon, *Prawotwórcza działalność...*; także S. Rozmaryn, *O rozporządzeniach i uchwałach...*, s. 448 i n.

⁸⁵ W. Gromski, *Aksjologiczne podstawy konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa*, [w:] L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne...*, s. 137-139. Niekiedy w literaturze pod pojęciem autonomicznych wartości prawa ujmowane są te wartości, które w ramach proponowanej tu typologii określone zostały jako gwarancyjne – por. M. Zirk-Sadowski, *Autonomiczne wartości kultury prawnej i ich faktyczna realizacja w polskim porządku prawnym z punktu widzenia jego zgodności z prawem europejskim*, [w:] M. Seweryński (red.), *Studia prawno-europejskie*, t. 4, Łódź 1999, s. 76.

⁸⁶ S. Gebert, *Uwagi o procesie...*, s. 91; L. Łustacz, *O właściwe rozmiary...*, s. 298 i 301; H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, s. 44-45, 51 i 72-74; tenże, *Stosunek wzajemny aktów prawotwórczych de lege ferenda*, PiP 1976, nr 4, s. 57-59; tenże, *Porządkowanie prawotwórstwa...*, s. 19-20; J. Surowiec, *Akty prawotwórcze...*, s. 203-204; W. Zakrzewski, *Prolegomena do teorii...*, s. 5; tenże, *W sprawie zasad...*, s. 128; tenże, *Zakres przedmiotowy...*, s. 70-77 i 91; J. Starościk, *Podstawy prawne...*, s. 59-61; J. Jabłońska-Bonca, „*Prawo powielaczowe*”..., *passim*; L. Garlicki, *Ochrona konstytucyjności...*, s. 125-130.

⁸⁷ A. Łopatka, *Ogólne założenia polityki legislacyjnej PRL*, PiP 1972, nr 1, s. 11-12; VI Zjazd PZPR, za: S. Gebert, *Uwagi o procesie...*, s. 91; J. Starościk, *Podstawy prawne...*, s. 59-61; S. Wronkowska, J. Wróblewski, *Projekt ustawy...*, s. 4; J. Wróblewski, *System źródeł...*, s. 40.

⁸⁸ VI Zjazd PZPR, za: S. Gebert, *Uwagi o procesie...*, s. 91; J. Starościk, *Podstawy prawne...*, s. 59-61; S. Wronkowska, J. Wróblewski, *Projekt ustawy...*, s. 4.

Podkreślenia wymaga tu przede wszystkim argument sięgający do problemów hierarchiczności systemu oraz pozycji konstytucji i ustawy w jego obrębie. Zagadnienia te pozostają bowiem blisko powiązane z wymogami samodefiniowania i formalnej jednolitości systemu.

W tym kontekście krytyce poddawano zarówno praktykę prawotwórstwa powielaczowego, jak i samoistnego. Krytyka pierwszej zasadzała się na podkreśleniu negatywnych skutków dla hierarchii źródeł prawa, w codziennych bowiem realiach funkcjonowania organów administracji najistotniejsza okazywała się nie regulacja zajmująca najwyższe miejsce wedle formalnej hierarchii systemu, lecz instytucjonalnie „najbliższa” i zarazem najbardziej szczegółowa⁸⁹. Prawotwórstwo samoistne z kolei atakowane było z pozycji zakładanych relacji między ustawą a prawodawstwem „rządowym”. Podnoszono tu, iż jego funkcjonowanie prowadzi do naruszeń zasady prymatu ustawy – nie tylko z powodu możliwości tworzenia w tej drodze norm *contra legem*, ale także wskutek osłabiania motywacji do podejmowania inicjatywy ustawodawczej przez Rząd⁹⁰. Należy także zauważyć, iż problem prymatu ustawy w naturalny niejako sposób łączony był z zagadnieniem nadrzędności Sejmu w strukturze organów państwowych⁹¹.

Najciekawszy przypadek stanowi tu jednak argument z pozycji konstytucji jako aktu o najwyższej mocy prawnej w systemie źródeł prawa. Tym bardziej że wykorzystywany był on, podobnie jak odwołanie do zasady jednolitości władzy państwowej, przez zwolenników przeciwstawnych stanowisk. Rozmaryn opierał przecież właśnie na tym argumencie postulat uznania legalności prawotwórstwa samoistnego, wskazując, iż tego rodzaju akty stanowią przykład bezpośredniego stosowania konstytucji. Zwolennicy domykania systemu podnosili jednak, iż zarówno uchwały samoistne, jak i prawo powielaczowe prowadzą do marginalizacji określonego w ustawie zasadniczej systemu źródeł prawa. Dążenie do zapewnienia temu aktowi należnej mu pozycji w systemie powinno zatem łączyć się eliminacją tych form tworzenia prawa, które nie wynikają wprost z jego postanowień⁹².

5. Na trzecią grupę argumentów składają się odwołania do wartości instrumentalnych prawa, gdzie prawo traktowane jest jako regulator stosunków społecznych i środek od-

⁸⁹ Zob. zwł. J. Jabłońska-Bonca, „Prawo powielaczowe”..., *passim*, zwł. s. 60 i 74; L. Łustacz, *O właściwe rozmiary*..., s. 301.

⁹⁰ Zob. np. W. Zakrzewski, *W sprawie zasad*..., s. 131-132.

⁹¹ Zob. np. H. Rot, *Porządkowanie prawotwórstwa*..., s. 19-20; tenże, *Stosunek wzajemny*..., s. 57-59.

⁹² Zob. W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy*..., s. 73-74; K. Działocha, *System źródeł*..., s. 23; tenże, *Zasady budowy*..., [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł*..., s. 113-114; J. Trzcziński, *Konstytucja jako*..., s. 69-71.

działywania na zachowanie jego adresatów⁹³. Należą tu przede wszystkim racje odnoszące się do zakładanego sposobu funkcjonowania administracji państwowej, w tym postulat zapewnienia skuteczności działania organów władzy i administracji⁹⁴ oraz postulat decentralizacji w tej sferze⁹⁵. Do tej grupy należy także argument odwołujący się do prestiżu prawa, jako niezbędnego warunku jego skuteczności⁹⁶.

W obrębie tej grupy na wydobycie zasługuje przede wszystkim argument ze skuteczności działania organów państwowych. Stanowi on kolejny argument, który zarówno wspierał tendencje „otwierania” systemu źródeł prawa, jak i przywoływany był przez zwolenników „domknięcia” tego ostatniego. Jak bowiem podnosi się w literaturze, to właśnie chęć efektywnego i względnie łatwego oddziaływania na zachowania określonych podmiotów często dawała impuls do stanowienia prawa w obydwu wykraczających poza wyraźnie przewidziany w konstytucji system źródeł prawa formach⁹⁷. Przeciwnicy takiej praktyki zauważali jednak, iż działania takie opierały się zazwyczaj na fałszywych i złudnych przekonaniach co do skuteczności „sterowania przez prawo”. Rozrost prawotwórstwa w tych obszarach z jednej bowiem strony prowadził do schematyzmu, braku elastyczności, a często także irracjonalności działań podejmowanych w zgodzie z ogólnymi wytycznymi, z drugiej zaś – do braku koordynacji działań, „rozmywania” podstawowych intencji ustawodawcy, a często także ignorowania przez adresatów zbyt obszernego i wewnętrznie sprzecznego prawa⁹⁸.

6. Wreszcie ostatnią grupę argumentów stanowią racje odwołujące się do gwarancyjnej funkcji prawa względem jednostki. Zaliczyć tu można głosy podnoszące konieczność zapewnienia swobody działania jednostki w określonych sferach⁹⁹, a także odniesienia do praw obywatela i jego bezpieczeństwa prawnego, w tym – możliwości jednoznaczne-

⁹³ Zob. W. Gromski, *Aksjologiczne podstawy...*, s. 137-139.

⁹⁴ W. Zakrzewski, *W sprawie zasad...*, s. 129; tenże, *Zakres przedmiotowy...*, s. 86-87; J. Starościk, *Podstawy prawne...*, s. 59-61; J. Mazur, *Uwagi o tworzeniu...*, s. 33; wypowiedź M. Tyczki w ankiecie *Propozycje rozwiązania...*, s. 135-139.

⁹⁵ L. Łustacz, *O właściwe rozmiary...*, s. 302-305; W. Zakrzewski, *W sprawie zasad...*, s. 129; J. Starościk, *Podstawy prawne...*, s. 59-61; K. Działocha, *Zasady budowy...*, [w:] A. Patrzalek (red.), *Problemy prawodawstwa...*, s. 63; wypowiedzi M. Tyczki i C. Żuławskiej w ankiecie *Propozycje rozwiązania...*, s. 135-140.

⁹⁶ Z. Ziemiński, *O normowaniu procesu...*, s. 22; S. Gebert, *Uwagi o procesie...*, s. 91.

⁹⁷ Zob. np. J. Jabłońska-Bonca, „Prawo powielaczowe” ..., *passim*.

⁹⁸ Zob. tamże; J. Starościk, *Podstawy prawne...*, s. 59-61; wypowiedź M. Tyczki w ankiecie *Propozycje rozwiązania...*, s. 135-139.

⁹⁹ W. Zakrzewski, *W sprawie zasad...*, s. 128 i 130.

go określenia, co jest prawem obowiązującym¹⁰⁰. W tej grupie wymienić należy także wymogi praworządności, jak również przejrzystości i zrozumiałości regulacji prawnej.

Również w tym zakresie warto wskazać na argument o szczególnej doniosłości, jaki stanowi odwołanie do praw obywatela i jego bezpieczeństwa prawnego. W odniesieniu do tego argumentu jego ranga po raz kolejny płynie m.in. z możliwości wykorzystania go w argumentacji na rzecz przeciwstawnych stanowisk, ale także z jego ciągłej aktualności. Ta ostatnia dała o sobie znać podczas debat bezpośrednio związanych z procesem uchwalania obecnej konstytucji¹⁰¹.

Głosy aprobujące pewien zakres „otwartości” systemu źródeł prawa, odwołujące się do omawianego argumentu, ujawniły się w związku z problemem podstawy prawnej uprawniającej decyzji administracyjnej. Ci autorzy, którzy aprobowali istniejącą w tym zakresie praktykę organów administracji, sprowadzającą się do przyznawania uprawnień także na podstawie samoistnych aktów normatywnych, argumentowali, iż dzieje się to zawsze z korzyścią dla obywatela. Gdyby zatem odmówić zgody na taką praktykę, sytuacja tego ostatniego zmieniałaby się na niekorzyść¹⁰².

Przeciwnicy powyższego poglądu podnosili dwa argumenty. Po pierwsze, jak zauważył NSA w wyroku z dnia 20 lipca 1981 r.¹⁰³, decyzja o przyznaniu określonego uprawnienia ma zawsze charakter wtórny wobec uznania danej sfery stosunków społecznych za podległą reglamentacji prawnej. To zaś może potencjalnie prowadzić do powstawania sytuacji niekorzystnych dla obywatela. Po drugie, utrzymywanie się „rozchwianej” koncepcji źródeł prawa prowadzi do sytuacji, w której poszczególne obywa-

¹⁰⁰ J. Starościak, *Podstawy prawne...*, s. 11-12; J. Jabłońska-Bonca, „*Prawo powielaczowe*”..., *passim*; L. Garlicki, *Reforma wymiaru...*, s. 35-36; tenże, *Ochrona konstytucyjności...*, s. 125-126; J. Wróblewski, *System źródeł...*, s. 39 i 41. Zob. także orzecznictwo NSA, odrzucające możliwość kształtowania sytuacji obywateli poprzez akty prawotwórstwa samoistnego: wyrok z dnia 6 lutego 1981 r., SA 819/80 (ONSA 1981, Nr 1, poz. 6), wyrok z dnia 27 lipca 1981 r., SA 805/81 (ONSA 1981, Nr 2, poz. 70) i inne orzeczenia przyjmujące tę samą linię (wyrok z dnia 21 stycznia 1981, SA 754/80; z dnia 25 marca 1981 r., SA 353/81; z dnia 7 października 1981 r., SA/Gd 12/81). Z komentarzy do tego orzecznictwa w literaturze zob.: glosy do wyroku z dnia 6 lutego 1981 r. autorstwa W. Zakrzewskiego (PiP 1982, nr 8) i W. Dawidowicza (OSPika 1981, Nr 10, poz. 189); A. Zieliński, *Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, PiP 1984, nr 3; J. Świątkiewicz, *Podstawa prawna...*; M. Niezgódka-Medkova, *Rozstrzygnięcie spraw z zakresu pomocy społecznej a podstawy prawne decyzji administracyjnych*, PiP 1985, nr 3.

¹⁰¹ Zob. np. wypowiedzi A. Błasia oraz P. Tuleji jako głosy w dyskusji zamieszczonej w: J. Zimmermann, P. Dobosz (red.), *Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda. Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r.*, Kraków 2005, s. 152 i 158-160.

¹⁰² Tak np. S. Biernat, *Charakter prawny aktów przydzielających deficytowe dobra społeczne*, PiP 1981, nr 9-12, s. 74 i n.; J. Łętowski, *Glosa do wyroku NSA z 20 lipca 1981 r. (805/81)*, PiP 1984, nr 5; zob. także J. Starościak, *Podstawy prawne...*, s. 51-53; H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, s. 62-63; J. Filipek, *Rola prawa...*, s. 77; T. Zieliński, *Rola instrukcyjnych...*, s. 440 i n.

¹⁰³ Wyrok z dnia 20 lipca 1981 r., SA 805/81. Z literatury komentującej w sposób afirmatywny takie stanowisko NSA, zob. zwł. J. Jendrośka, B. Adamiak, *Glosa do wyroku NSA z 27 kwietnia 1981 r. (SA 767/81)*, OSPika 1983, Nr 5, poz. 109; A. Zieliński, *Podstawa prawna...*, s. 28-29 oraz J. Świątkiewicz, *Podstawa prawna...*, s. 20 i n.

tel często nie jest w stanie jednoznacznie określić, co jest, a co nie jest obowiązującym go prawem. Taki zaś stan zawsze niekorzystnie wpływa na jego bezpieczeństwo prawne¹⁰⁴.

Nie ma potrzeby dokonywania w tym miejscu szerszej analizy krytycznej powołanej argumentacji. Z punktu widzenia pracy istotny pozostaje natomiast fakt, że zdecydowana większość pojawiających się argumentów nosi wyraźnie aksjologiczny charakter, opierając się na określonych wymogach politycznych czy etycznych. Część z nich może także, w zależności od interpretacji, służyć wsparciu przeciwstawnych poglądów. Przynależą one tym samym do racji typowych dla argumentacji dialektycznej¹⁰⁵.

5. Uwagi podsumowujące

Konstytucja lipcowa z 1952 r. odnosiła się do zagadnień związanych z kształtem systemu źródeł prawa w sposób nader skrótowy. Pozwalało to teoretycznie na rozwinięcie na jej gruncie zarówno koncepcji otwartego, jak i zamkniętego systemu. O ile uwzględnienie szerszego kontekstu aksjologicznego, określanego (przynajmniej werbalnie) przez zasady ogólne konstytucji, zdaje się prowadzić w tym ostatnim kierunku, o tyle dążenia praktyki administracyjnej, w szczególności w połączeniu z autorytarnym charakterem państwa, skutkowały w ostateczności wytworzeniem się otwartego systemu źródeł prawa. Szczególną rolę odegrało w tym zakresie prawotwórstwo powielaczowe oraz samostne. Praktyka ta z trudem znajdowała jednak uzasadnienie na gruncie samej konstytucji, przybierając raczej charakter *praeter* lub *contra legem fundamentale*.

„Rozchwianiu” podlegała także do pewnego stopnia refleksja doktrynalna poświęcona zagadnieniom systemu źródeł prawa. W głosach krytycznych zarzuca się jej znaczną różnorodność oraz wewnętrzną niejednorodność obieranych stanowisk. Pamiętać jednak trzeba, że przedstawiciele tego rodzaju refleksji, podejmując próby sformułowania adekwatnych koncepcji systemu źródeł prawa (czy chociaż pewnych elementów takiej koncepcji), stawali przed wieloma niezwykle trudnymi wyzwaniami, o których była mowa w tekście.

¹⁰⁴ Zob. np. M. Niezgodka-Medkova, *Rozstrzygnięcie spraw...*, s. 106; Z. Ziembinski, *O normowaniu procesu...*, s. 22.

¹⁰⁵ Wyjątek stanowi tu propozycja S. Wronkowskiej i Z. Ziemińskiego, którzy wniosek o zamkniętym systemie źródeł prawa usiłują wywieść z samej abstrakcyjnie ujętej struktury normy kompetencyjnej. Stanowi to odosobniony, jednak prominentny przypadek argumentacji o typowo analitycznym charakterze. Jest to jednocześnie zapowiedź poglądów rozwiniętych później przez przedstawicielkę „szkoły poznańskiej”. Jeśli jednak dobrze rozumiem intencje autorów, przyjęcie ich tez prowadzić musiałoby do wniosku, iż każdy system prawny z konieczności posiada zamknięty charakter. Ten sąd o charakterze analitycznym pozostaje jednocześnie jawnie kontrfaktyczny. Zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *O aspekcie normatywnym...*, s. 33-34; S. Wronkowska, *Propozycje w sprawie...*, s. 55-57.

Wszystko to skutkuje w omawianym okresie brakiem jednoznacznego, stabilnego kontekstu dla podejmowania dyskursu nad problematyką walidacyjną. Dyskurs ten toczyć się musiał w obliczu niejasnych reguł walidacyjnych funkcjonujących w praktyce, spornych ustaleń, wielu głosów odrębnych i jednostkowych. Rozstrzygnięcia spornych kwestii mogły teoretycznie zmierzać (i w rzeczywistości zmierzały) w różnych, często przeciwstawnych kierunkach. Te odmienne rozstrzygnięcia szukały przy tym nieraz swojego poparcia nawet w tych samych argumentach. W ten sposób funkcjonowały np. odwołania do zasady jednolitości władzy państwowej, nadrzędnej pozycji konstytucji w systemie źródeł prawa czy ochrony praw obywateli, wykorzystywane dla uzasadnienia zarówno dążeń do „otwierania”, jak i do „domknięcia” systemu źródeł prawa. Powyższe względy wskazują, iż argumentacja w obrębie tak ukształtowanego dyskursu przybierała wyraźnie postać argumentacji dialektycznej.

Otwarcie systemu odnosiło się do wszystkich trzech wymogów charakteryzujących system zamknięty. Nie spełniony pozostawał zatem warunek samodefiniowania systemu, jego jedności formalnej oraz „wyraźnych granic”. Wielokrotnie podnoszono w literaturze negatywne skutki takiego stanu rzeczy. Ta negatywna ocena owocowała stopniowym wzrostem znaczenia głosów dążących do „domknięcia” systemu źródeł prawa. Wraz z tego rodzaju postulatami, niezależnie, czy stanowiły one niewypowiadaną konsekwencję stanowiska zajmowanego w jakiejś kwestii szczegółowej (jak miało to początkowo miejsce), czy też formułowane były wprost (jak przede wszystkim w latach 80.), przedstawiana była zarazem argumentacja je wspierająca. Przywoływane racje miały przy tym w przeważającej części charakter aksjologiczny, odwołując się bądź to do określonych założeń ideologiczno-politycznych, bądź też do różnego rodzaju wartości realizowanych w prawie i przez prawo (wartości autonomiczne, instrumentalne, gwarancyjne). Także i z tego względu pochodząca z rozpatrywanego okresu argumentację odnoszącą się do problemu zamknięcia źródeł prawa uznać należy za „wzorcowy” niemal przykład argumentacji dialektycznej.

ROZDZIAŁ IV

Ontologiczna interpretacja Zasady pod rządami konstytucji z 1997 r.

1. Uwagi wprowadzające

Rozważenia wymaga obecnie drugi z możliwych sposobów postrzegania Zasady, jakim jest jej interpretacja ontologiczna. Przypomnijmy, że taką nazwę zawdzięcza ona faktowi, iż przedmiotowa Zasada traktowana jest w jego ramach jako wyraz rzeczywistości, tj. obiektywnie zamkniętego charakteru systemu. Jako doskonały przykład w tym zakresie służyć może sposób funkcjonowania Zasady w dyskursie toczonym pod rządami obecnie obowiązującej konstytucji. Jak wykażą dalsze rozważania (a sygnalizowało już Wprowadzenie), w jego ramach zamknięty charakter systemu przyjmowany jest często jako niepodważalne założenie¹⁰⁶. Rozdział ten przy tym nie tylko dąży do rekonstrukcji takiego sposobu funkcjonowania omawianej Zasady, ale jednocześnie stara się ustalić rzeczywiste źródła wskazanego wyżej założenia.

W tym celu przybliżone zostają najważniejsze partie konstytucyjnej regulacji tego systemu, a także wskazane niektóre możliwe wątpliwości na jej gruncie. Następnie, po dokonaniu rekonstrukcji założeń składających się na przyjmowaną koncepcję systemu źródeł prawa, przedstawione zostają podstawowe argumenty powoływane na ich uzasadnienie. Odmienne niż w rozdziale poprzednim, postawione zadanie badawcze wymaga, aby argumentację tę poddać także krytycznej analizie. W ten sposób wskazana zostaje odpowiedź na pytanie o faktyczne źródła akceptowanych założeń koncepcji systemu.

2. Źródła prawa w postanowieniach konstytucji z 1997 r.

1. Podobnie jak w przypadku analizy poświęconej aksjologicznej interpretacji Zasady na gruncie konstytucji z 1952 r., również w tym miejscu punktem wyjścia uczynić trzeba te

¹⁰⁶ Dodajmy, że mowa tu tylko o systemie źródeł prawa określanym przez regulację konstytucyjną. W literaturze coraz częściej pojawiają się głosy dostrzegające akty o prawotwórczym *de facto* charakterze, nie mieszczące się w konstytucyjnym porządku. Znamiennie jednak, iż w ramach tychże głosów nie kwestionuje się samego faktu, jakoby obowiązująca konstytucja jednoznacznie wprowadzała zamknięty system źródeł. Por. np. J. Zimmermann, *Źródła prawa administracyjnego – wprowadzenie*, [w:] tenże, P. Dobosz (red.), *Źródła prawa...*, s. 58-61; podobnie P. Tuleja w swojej wypowiedzi w ramach dyskusji, zamieszczonej w tym samym tomie, s. 158-160.

przepisy konstytucji, które regulują zagadnienia związane z systemem źródeł prawa. Także i tym razem chodzić będzie o wskazanie poszczególnych przepisów, bezpośrednio odnoszących się do omawianej problematyki, w odróżnieniu od szerszego modelu systemu źródeł prawa, rozwijanego w powiązaniu z tymi przepisami przez praktykę i doktrynę¹⁰⁷.

Odwołanie się do takiego zabiegu nie powinno być odczytywane jako uznanie możliwości jakiejś formy „bezpośredniego rozumienia” tekstu prawnego, czy posiadania przezeń „naturalnego znaczenia”, dostępnego bez konieczności wykładni. Przeciwnie, jeśli lektura odpowiednich przepisów konstytucji czegoś dowodzi, to raczej braku takiego znaczenia. Zabieg ten uzasadniony być może natomiast dwoma względami. Po pierwsze, stanowi on konsekwencję stwierdzenia, iż tekst aktu prawnego jest dla interpretatora niejako dostępny jako pierwszy, stanowiąc konieczny punkt wyjścia dla konstruowania, w oparciu o jego interpretację, szerszych koncepcji źródeł prawa. Po drugie, odwoływanie się wprost do postanowień konstytucji (ich językowego brzmienia) stanowi w praktyce częsty argument na rzecz uznania zarówno zasady podziału źródeł prawa, jak i zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Łączy się to zresztą nieraz z przekonaniem o możliwości ustalenia takiego „bezpośredniego znaczenia”, jako odróżnionego od wyników wykładni¹⁰⁸.

Konstytucja z 1997 r. odnosi się do zagadnień systemu źródeł prawa znacznie obszerniej od swej poprzedniczki, wyodrębnia też odpowiednie w tym zakresie przepisy w osobny, trzeci rozdział. Należy jednak podkreślić, że także poza tym rozdziałem znalazły się postanowienia istotne dla określenia kształtu tego systemu. Poniższe uwagi ograniczają się do tych wybranych przepisów, które mają podstawowe znaczenie z punktu widzenia rozważanej zasady zamkniętego systemu źródeł prawa, a także zasady podziału na źródła prawa powszechnie i wewnętrznie obowiązującego.

2. W określeniu katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego podstawową rolę odgrywa oczywiście art. 87 ust. 1 Konstytucji, który wylicza „źródła powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej”. Dodatkowo ustęp drugi tego artykułu przewiduje przypadek szczególny, jakim są akty prawa miejscowego, będące w myśl jego postanowień „źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Pol-

¹⁰⁷ Por. uwagi na temat odróżnienia postanowień konstytucji i konstytucyjnego modelu systemu źródeł prawa w rozdz. III.2.

¹⁰⁸ Por. następującą wypowiedź K. Działochoy: „Przepisy konstytucji stanowią określony system norm prawnych. Składają się na niego zarówno *normy wyrażone* („zapisane”) w konstytucji wprost, jak i te, które wywodzi się z przepisów konstytucji w drodze wykładni” [wyróżnienie moje – M.P.] – *Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzyganiu kolizji norm*, [w:] J. Trzciniński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997, s. 78. Zbliżone rozróżnienie można znaleźć także w nowszych pracach autora – por. K. Działochoy, *Konstytucyjna koncepcja prawa...*, s. 314.

skiej na obszarze działania organów, które je ustanowiły”. Za rozwinięcie i doprecyzowanie regulacji z ust. 1 uznać można m.in. postanowienia dwóch przepisów – art. 91 ust. 1, odnoszącego się do ratyfikowanych umów międzynarodowych, oraz art. 92 ust. 1, który stanowi: „Rozporządzenia są wydawane przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania”.

Sposób, w jaki w art. 87 ust. 1 sformułowane zostało zawarte w nim wyliczenie, sugeruje, iż ma ono charakter enumeratywny, a nie przykładowy¹⁰⁹. Teza ta jednak słabnie w obliczu faktu, że także w szeregu innych przepisów ustawy zasadniczej, oprócz wspomnianego już ustępu drugiego tego artykułu, wprowadzone zostały źródła prawa powszechnie obowiązującego, nie przewidziane w przywołanym wyliczeniu¹¹⁰.

Do prawa międzynarodowego odnosi się ogólna zasada z art. 9, który stanowi, że „Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego”. Przepis ten służy jako częsty argument na rzecz tezy, że nie tylko umowy międzynarodowe, ale całość prawa międzynarodowego uznać należy za źródło prawa RP¹¹¹. Przepisy art. 90 ust. 1 oraz art. 91 ust. 3 przewidują z kolei możliwość pojawienia się w systemie szczególnego źródła prawa, powiązanego z prawem międzynarodowym, jakim jest prawo stanowione przez organizację międzynarodową, jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Polskę umowy międzynarodowej.

Za źródło prawa powszechnie obowiązującego zostały w konstytucji *expressis verbis* uznane także rozporządzenia z mocą ustawy, wydawane przez Prezydenta na podstawie i warunkach określonych przez art. 234. Wymienić należy także art. 229 – art. 231, określające kompetencje Prezydenta do wydania rozporządzenia o wprowadzeniu stanu wojennego lub wyjątkowego¹¹².

Dla określenia konstytucyjnego katalogu źródeł prawa przywołuje się zazwyczaj także postanowienia art. 59 ust. 2, przewidującego możliwość zawierania „układów zbiorowych pracy i innych porozumień”, a także art. 112 i powiązanego z nim art. 124, mówiących o regulaminach Sejmu i Senatu, które to regulaminy określają „organizację wewnętrzną i porządek prac Sejmu [odpowiednio: Senatu – M.P.] oraz tryb powoływa-

¹⁰⁹ Por. opinię S. Wronkowskiej w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem TK z dnia 28 czerwca 2000 r. (K 25/99).

¹¹⁰ Za zupełnie nie przekonujące uznać należy wypowiedzi, iż są to „wyjątki potwierdzające zasadę” wyczerpującego charakteru wyliczenia z art. 87 ust. 1. Por. A. Bałaban, *Akty normatywne wewnątrznie obowiązujące*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł...*, s. 58-59.

¹¹¹ Jako zwolennika tej tezy wskazać można np. Krzysztofa Wójtowicza: *Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa RP*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł...*, s. 67-69.

¹¹² Te ostatnie, choć różnią się od „zwykłych” rozporządzeń reżimem ich wydawania, uznać można jednak za mieszczące się w wyliczeniu z art. 87 ust. 1. Przepis ten nie precyzuje bowiem, o jakim rodzaju rozporządzeń w nim mowa. Powstaje dodatkowo pytanie o możliwość uznania, iż obejmuje on także swoim zakresem rozporządzenia z mocą ustawy, stanowione przez Prezydenta.

nia i działalności jego organów, jak też sposób wykonywania konstytucyjnych i ustawowych obowiązków organów państwowych wobec Sejmu [Senatu]”. Zdaniem niektórych, w tym Trybunału Konstytucyjnego, szczególny przypadek „niepełnego” źródła prawa przewidziany został także w art. 219 ust. 4, stwierdzającym, że „jeżeli ustawa budżetowa albo ustawa o prowizorium budżetowym nie weszły w życie w dniu rozpoczęcia roku budżetowego, Rada Ministrów prowadzi gospodarkę finansową na podstawie przedłożonego projektu ustawy”. Projekt ustawy budżetowej posiada jednak ograniczoną moc wiążącą dla Sejmu już w trakcie prac parlamentarnych nad nim, skoro ten ostatni związany jest wysokością deficytu budżetowego zaplanowanego w projekcie (art. 220 ust. 1). Do postanowień projektu ustawy budżetowej odsyłać też mogą inne ustawy szczegółowe, co jednak traktowane być może jako odesłanie pozasystemowe, nie zaś nadanie projektowi rangi źródła prawa¹¹³. We wszystkich przypadkach przywołanych w bieżącym akapicie sprawa powszechności obowiązywania nie przedstawia się jednak jednoznacznie.

Na koniec wskazać należy na najbardziej być może kontrowersyjny art. 30, stanowiący: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Przepis ten przywoływany jest przez zwolenników tezy, iż polski porządek prawny za źródło prawa uznaje także prawo naturalne¹¹⁴.

Jak widać, lista źródeł prawa nie mieszczących się w regulacji art. 87 ust. 1 pozostaje dość obszerna. Znajdują się na niej również tak istotne elementy składowe systemu źródeł prawa, jak choćby prawo europejskie.

3. Jeśli chodzi o aspekt podmiotowy systemu źródeł prawa, wymienić można by wiele przepisów (niektóre z nich zostały już przywołane wcześniej), przyznających określonym podmiotom kompetencję do stanowienia określonego rodzaju aktów normatywnych (np. uchwalanie ustaw przez Parlament, uchwalanie regulaminów przez obie jego izby, wydawanie rozporządzeń przez Prezydenta, Radę Ministrów, ministrów)¹¹⁵.

Na tym tle wyróżnia się nieco art. 94, o bardziej ogólnym charakterze, przyznający zbiorczo organom samorządu terytorialnego oraz terenowym organom administracji rządowej, „na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie”, kompetencję

¹¹³ Por. w tej sprawie wyrok TK z dnia 7 grudnia 1999 r., K 6/99 oraz przepisy ustawy z dnia 16 grudnia 1994 r. o negocjacyjnym systemie kształtowania przyrostu przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie niektórych ustaw, do których wyrok ten się odnosi.

¹¹⁴ Zwolennikiem tego stanowiska jest przede wszystkim Leszek Garlicki: *Konstytucyjny system źródeł prawa (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł...*, s. 39; tenże, *Uwagi do art. 30*, [w:] KRP Komentarz, t. 3, s. 9-14.

¹¹⁵ Wylicza je np. K. Działocha, *Uwagi do art. 87*, [w:] KRP Komentarz, t. 1, s. 6.

do stanowienia aktów prawa miejscowego „obowiązujących na obszarze działania tych organów”. Ogólną regułą wyraża także art. 92 ust. 1, który przewiduje, iż rozporządzenia mogą być wydawane tylko przez „organy wskazane w Konstytucji”.

4. Jeśli idzie o źródła prawa wewnętrznie obowiązującego, to zostały one wskazane wprost w art. 93, który jednak ogranicza się jedynie do uchwał Rady Ministrów oraz zarządzeń Prezesa RM i poszczególnych ministrów. Przepisy tego artykułu wyrażają zarówno generalną regułę, iż akty tego rodzaju „mają charakter wewnętrzny i obowiązują tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty” (ust. 1), jak i określają podstawowe rygory dla takich aktów (ust. 2 i ust. 3). Dodatkowo art. 142 ust. 1, odsyłając do powyższego artykułu, stwierdza możliwość wydawania zarządzeń także przez Prezydenta.

Do prawa wewnętrznego zalicza się także zazwyczaj nieratyfikowane umowy międzynarodowe, zatwierdzone przez Radę Ministrów, o których mowa w art. 146 ust. 4 pkt 10. Przypisanie im takiego charakteru prawnego nie wynika z postanowień konstytucji wprost, możliwe jest jednak *a contrario* na podstawie art. 87 ust. 1 i innych przepisów, odnoszących się do umów podlegających ratyfikacji.

3. Wątpliwości na tle regulacji konstytucyjnej

1. Jest poza wszelką kontrowersją, iż uregulowanie systemu źródeł prawa zawarte w obowiązującej konstytucji z 1997 r. odznacza się zdecydowanie większą szczegółowością i całościowym charakterem w porównaniu z konstytucją z roku 1952. Teza ta jest na tyle bezsporna, że nie ma potrzeby wracania do niej w dalszych rozważaniach; przedstawione poniżej uwagi nie mogą być też odczytywane jako próba jej podważenia, co z góry skazane byłoby na niepowodzenie.

Jest jednak równie bezsporne, że mimo większej szczegółowości, także obecna konstytucja nie rozwiewa wszelkich wątpliwości. Wiele z nich można zgłosić także w przedmiocie uregulowania w niej rozważanych w pracy zagadnień, tj. problemu zamkniętego systemu źródeł prawa, jak również podziału na źródła prawa powszechnie i wewnętrznie obowiązującego. Jest to zresztą, jak się zdaje, rzecz nieunikniona. Jak zauważył Kazimierz Działocha, za fikcyjne należy uznać założenie, wedle którego „konstrukcje konstytucyjne powinny być bez żadnych braków i luk, całkowicie klarowne, a do tego spełniać wymagania teoretycznej określoności”¹¹⁶. Stąd też zarówno orzecznic-

¹¹⁶ K. Działocha, *Źródła prawa powszechnie obowiązującego wobec praktyki konstytucyjnej*, [w:] M. Grana (red.), *System źródeł...*, s. 35.

two, jak i doktryna potwierdzają fakt, że konstytucyjna regulacja systemu źródeł prawa nie jest wolna od luk i niejasności¹¹⁷. W szczególności, mimo wcześniejszych postulatów doktryny¹¹⁸, konstytucja nie stwierdza wprost obowiązywania żadnej z omawianych zasad. Ich ważność może być zatem uznawana jedynie w drodze swoistej indukcji, przez analizę szczegółowych unormowań.

W tej płaszczyźnie przepisy konstytucji pozostają jednak wieloznaczne. Stwierdzenie to zachowuje ważność, nawet jeśli pominąć możliwe wątpliwości co do dokładnego znaczenia podstawowych pojęć konstytucyjnych, jak „źródła prawa” czy „prawo powszechnie obowiązujące”¹¹⁹. Szczegółowe postanowienia ustawy zasadniczej mają bowiem charakter niekonkluzywny. Żadna z omawianych zasad podstawowych nie wynika z nich w sposób niewątpliwy; jako takie, postanowienia te mogą służyć jako argument zarówno na rzecz przyjęcia tych zasad, jak i zakwestionowania.

Poniżej wskazane zostaną niektóre z wątpliwości powstających na gruncie regulacji konstytucyjnej. Ograniczam się przy tym jedynie do tych kwestii, które mają charakter ogólny, a ponadto powstają na gruncie samej treści konstytucji. Pomijam zatem te wątpliwości, które mogą się rodzić na gruncie rozwijającej się niejako „obok” tej regulacji praktyki. Podnosi się obecnie coraz więcej tego rodzaju zastrzeżeń względem faktycznego funkcjonowania zamkniętego systemu źródeł prawa. Wskazać tu można tytułem przykładu na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, zwłaszcza w formie orzeczeń „interpretacyjnych” i „reanimacyjnych”¹²⁰, a także na zjawisko tworzenia się „prawa sędziowskiego” i funkcjonowania precedensów¹²¹. Odnotować można istnienie w praktyce prawa tworzonego przez samorządy zawodowe oraz kodeksów etyki zawodowej¹²². Pozostaje wreszcie sfera działań (ew. wyników działań) administracji publicznej, nie mieszczących się w ramach systemu konstytucyjnego, a mających charakter

¹¹⁷ Zob. np. S. Wronkowska, *O źródłach prawa...*, s. 117; L. Garlicki w zdaniu odrębnym do wyroku TK z dnia 1 grudnia 1998 r., K 21/98; TK w wyroku z dnia 28 czerwca 2000 r., aprobując pogląd biegłej S. Wronkowskiej, K 25/99.

¹¹⁸ Zob. K. Działocha, *Zasady budowy...*, [w:] J. Mazur (red.), *Źródła prawa...*, s. 120.

¹¹⁹ Niektóre z tych wątpliwości rozważają S. Wronkowska, *O źródłach prawa...*, oraz S. Wojtczak, *O przyczynach nieporozumień...*

¹²⁰ Zob. K. Działocha, *Zamknięty system...*, s. 22-23 i cytowana tam literatura.

¹²¹ Na temat samego pojęcia zob. J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, PiP 1971, nr 10, s. 525. Zob. także L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 253 i n; D. Dąbek, *Prawo sędziowskie w polskim prawie administracyjnym*, Warszawa 2010.

¹²² Zob. np. K. Działocha, *Zamknięty system...*, s. 22-23; J. Boć w: tenże (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007, s. 100-101.

normotwórczy, ujmowanych przy użyciu takich kategorii doktrynalnych, jak „swoiste” i „niezorganizowane” źródła prawa¹²³, lub „przepisy administracyjne”¹²⁴.

Próbuje się czasami, jak czyni to np. Trybunał Konstytucyjny, odmawiać tego typu aktom prawotwórczego charakteru, właśnie poprzez odwołanie do rozważanej w pracy Zasady¹²⁵. Spotyka się jednak w tym obszarze także inną strategię, polegającą na zawężaniu zakresu stosowania Zasady tylko do form stanowienia prawa w postaci aktów normatywnych – a i to czasem wyłącznie w zakresie źródeł prawa krajowego¹²⁶. Pomijam kwestię, na ile przyjęcie takiej strategii prowadzi do, rzadko korzystnej, faktycznej marginalizacji ustawy zasadniczej. W tym miejscu uwagę poświęcam jedynie ukształtowaniu systemu źródeł prawa w postanowieniach samej konstytucji.

2. Jeśli idzie o zasadę zamkniętego systemu źródeł prawa, zwykło się ją wiązać, jak była już mowa, z wyliczeniem zawartym w art. 87 ust. 1¹²⁷. Jak jednak wynika z dokonanego powyżej zestawienia innych przepisów ustawy zasadniczej, wprowadzających odmienne kategorie źródeł prawa, przepis ten traktować można w najlepszym razie jako wyczerpujące wyliczenie „podstawowych” form prawotwórstwa¹²⁸. (Ten podstawowy charakter może jednak podlegać uzasadnionym wątpliwościom w kontekście pominięcia w omawianym przepisie prawa Unii Europejskiej, o którym pośrednio mówi dopiero art. 91 ust. 3). Skoro jednak dopuszczamy powiększanie tego katalogu źródeł prawa, zasadne staje się pytanie o możliwość dalszego jego rozszerzania, tak aby objąć nim także przypadki nie przewidziane w samej konstytucji. Ustawa zasadnicza milczy w tym względzie, co wprawdzie nie oznacza, iż możliwość taką dopuszcza, ale nie oznacza to także, iż jednoznacznie ją odrzuca. Dostrzega ten problem jako jeden z nielicznych Piotr

¹²³ Zob. np. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005, s. 86 i n.; tenże, *Źródła prawa...*, s. 58-61; D. Dąbek, *Współczesne pojęcie źródeł prawa administracyjnego na tle konstytucyjnego pojęcia źródeł prawa*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24-27 września 2006 r.*, Wolters Kluwer Polska 2007, s. 83-93; J. Boć (red.), *Prawo administracyjne...*, s. 112-123.

¹²⁴ Zob. zwł. M. Kulesza, „*Źródła prawa*” i *przepisy administracyjne w świetle nowej konstytucji*, PiP 1998, nr 2, s. 14 i n.; A. Bałaban, *Czy konstytucja dotyczy przepisów administracyjnych*, PiP 1998, nr 5; M. Bogusz, *Przepisy administracyjne jako forma działania administracji*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu...*, s. 386 i n.; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne...*, s. 85-86.

¹²⁵ Por. np. wyrok TK z dnia 17 marca 1998 r., U 23/97, omawiany we Wprowadzeniu.

¹²⁶ Zob. np. K. Działocha, *Zamknięty system...*, s. 31.

¹²⁷ Tak np. wszyscy biegli (E. Fojcik-Mastalska, P. Winczorek, S. Wronkowska, M. Kulesza) powołani przez TK w sprawie K 25/99.

¹²⁸ W ten sposób rozumie go K. Działocha, „*Zamknięcie*” *systemu źródeł prawa w Konstytucji RP*, [w:] M. Kudej (red.), *W kręgu zagadnień konstytucyjnych. Profesorowi Eugeniuszowi Zwierzchowskiemu w darze*, Katowice 1999, s. 127. Jako zabieg o charakterze retorycznym, nie zaś rozwiązanie merytoryczne ocenić natomiast należy określanie pozostałych kategorii źródeł prawa jako „wyjątków potwierdzających zasadę” zamknięcia w art. 87 katalogu źródeł prawa – por. A. Bałaban, *Akty normatywne...*, s. 58-59.

Winczorek, pytając, czy poza wymienionym w art. 87 i art. 234 katalogiem aktów prawa powszechnie obowiązującego, „nie istnieją lub nie pojawią się w przyszłości normy, które funkcjonują w porządku prawnym w Polsce tak, jak gdyby należały (choć nie należą) do zespołu norm wywiedzionych z przepisów tych aktów. W ten sposób powracamy do fundamentalnego pytania o sens terminu «źródła prawa» i o to, na ile Konstytucja jest w stanie źródła te normatywnie petryfikować¹²⁹. Dodatkowo pytanie powyższe można stawiać odrębnie dla pisanych oraz niepisanych pozakonstytucyjnych źródeł prawa. Na gruncie postanowień konstytucyjnych nie widać jednoznacznych przesłanek ani dla różnicowania, ani dla jednolitego traktowania w tym względzie tych dwóch grup źródeł prawa.

Co więcej, nawet jeśli zgodzić się, iż konstytucja wyczerpująco wylicza możliwe kategorie źródeł prawa, nie sposób nie zauważyć, że w wyliczeniu tym mieszczą się także odesłania nie do pojedynczych form tworzenia prawa, lecz do całych ich grup, mogących mieć w założeniu charakter otwarty. Mowa tu o trzech przypadkach, jakimi są akty prawa miejscowego, prawo stanowione przez organizację międzynarodową oraz (jeśli na podstawie art. 9 uznać je za źródło prawa, co samo w sobie budzi wątpliwości niektórych przedstawicieli doktryny) prawo międzynarodowe. Co do pierwszego z nich, w literaturze zauważono, iż konstytucja odsyła tu do kategorii zasadniczo otwartej, której zamknięcie następuje (ale teoretycznie nie jest to konieczne) dopiero na poziomie ustawowym¹³⁰. Konstytucja posługuje się tu określeniem, wedle którego akty takie stanowione są „na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie” (art. 94). Wieloznaczność tego rodzaju sformułowań mieliśmy już okazję odnotować na gruncie postanowień konstytucji z 1952 r.

Jeszcze bardziej wyrazisty jest przypadek drugi, do którego należy, na podstawie traktatu akcesyjnego, prawo Unii Europejskiej. Jak bowiem podnosi się w literaturze prawa europejskiego, porządek ten cechuje właśnie zasada (względnej) otwartości źródeł prawa¹³¹. Dla porządku tego charakterystyczna jest zresztą komunikacyjna i interpretacyjna koncepcja prawa, trudna do pogodzenia z wąskim, pozytywistycznym jego rozumieniem, obecnym w polskiej ustawie zasadniczej¹³². Powstaje więc pytanie, jakie byłyby faktyczne skutki przyjęcia na gruncie konstytucji zasady zamkniętego katalogu

¹²⁹ P. Winczorek, *Kilka uwag...*, s. 30.

¹³⁰ J. Ciapała, *Powszechnie obowiązujące akty prawa miejscowego*, „Przegląd Sejmowy” 2000, nr 3, s. 30 i n.; tenże, *Głos w dyskusji*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł...*, s. 220.

¹³¹ Na gruncie prawa konstytucyjnego na ten problem zwraca uwagę m.in. Piotr Winczorek – zob. *Kilka uwag...*, s. 27. Zob. także wypowiedź M. Górskiego jako głos w dyskusji zamieszczonej w: J. Zimmermann, P. Dobosz (red.), *Źródła prawa...*, s. 160-162.

¹³² Zob. m.in. M. Zirk-Sadowski, *Uczestniczenie prawników w kulturze*, PiP 2002, nr 9, s. 10-11; tenże, *Wykładnia i rozumienie prawa w Polsce po akcesji do Unii Europejskiej*, [w:] S. Wronekowska (red.), *Polska kultura...*, s. 100-103.

źródeł prawa, skoro wśród wyczerpująco wyliczonych ich rodzajów odsyła ona *de facto* do, ujmowanego jako całość, otwartego systemu źródeł prawa¹³³. Podobne uwagi poczynić można na tle przypadku trzeciego, jakim jest prawo międzynarodowe, także cechujące się względną otwartością swoich źródeł (np. zwyczaj międzynarodowy). Wszystkie te przypadki istotnie osłabiają argumentację na rzecz tezy, iż polska konstytucja przyjęła jako zasadę zamknięty katalog źródeł prawa.

Nie oznacza to, powtórzmy, że należy przyjąć twierdzenie, iż konstytucja wprowadza otwarty system źródeł prawa. Tego rodzaju teza byłaby równie nieuprawniona jak stwierdzenie, iż system przewidziany przez konstytucję ma jednoznacznie zamknięty charakter. Należy jedynie odnotować, że ustawa zasadnicza nie wysławia wprost ogólnej zasady zamkniętego systemu źródeł prawa, a jej szczegółowe postanowienia w tym zakresie pozostają niejednoznaczne. Mogą one dostarczać argumentów zarówno dla zwolenników, jak i przeciwników tezy o zamkniętym konstytucyjnie systemie źródeł prawa. Nawet jeśli postanowienia konstytucji uznać by za „bliższe” jednej z nich, to nie jest to „bliskość” rozstrzygająca, a stanowisko przeciwne nie jest wykluczone.

3. Zbliżone uwagi poczynić można w odniesieniu do zasady podziału na źródła prawa powszechnie i wewnętrznie obowiązującego. Konstytucja jednoznacznie przewiduje w swych postanowieniach przykłady źródeł prawa zarówno pierwszego, jak i drugiego rodzaju, dla tych ostatnich podając także w art. 93 cechy definicyjne. Nie określa jednak, czy wprowadzony tym samym podział odznacza się cechami rozłączności i zupełności. Również i w tej kwestii przepisy ustawy zasadniczej mogą służyć jako argumenty tak na rzecz przypisania powyższemu podziałowi tychże cech, jak i na rzecz stanowiska przeciwnego. Z jednej bowiem strony, w całym tekście konstytucji (a szczególnie w art. 87 i art. 93) wyraźnie wymienia się jedynie te dwie kategorie, jakimi są „źródła prawa powszechnie obowiązującego” oraz „akty o charakterze wewnętrznym”¹³⁴. Z drugiej jednak strony, ta sama ustawa zasadnicza wprowadza też takie kategorie źródeł prawa, któ-

¹³³ Jak słusznie zauważa w tym kontekście K. Działocha, zasada zamkniętego systemu źródeł prawa zostaje tym samym ograniczona jedynie do prawa krajowego (wewnętrznego) – zob. *Zamknięty system...*, s. 31. Można jednak postawić pytanie, czy w takim przypadku nadal uprawnione jest posługiwanie się pojęciem „zamkniętego systemu źródeł prawa” i czy nie bardziej uprawnione byłoby mówienie jedynie o zamkniętym systemie stanowienia prawa.

¹³⁴ Oprócz tego tekst konstytucji posługuje się pojęciem aktu normatywnego (art. 77, art. 88, art. 184, art. 186, art. 190, art. 191, art. 193, art. 208 i art. 241), który uznać należy za kategorię zbiorczą, nie zaś odrębny, trzeci rodzaj aktu. Należy jednocześnie zauważyć, że w niektórych postanowieniach ustawa zasadnicza zdaje się traktować pojęcie aktu normatywnego jako zastrzeżone dla aktów prawa powszechnie obowiązującego (art. 88), w innych jednak jednoznacznie zalicza do nich także akty o charakterze wewnętrznym (art. 241).

re na tle tego podziału bądź posiadają niejasny status (układy zbiorowe pracy¹³⁵), bądź w ogóle w nim się nie mieszczą i w najlepszym razie traktowane być mogą jako wyjątki od zasady (regulaminy Sejmu oraz Senatu¹³⁶).

Także w odniesieniu do samych aktów o charakterze wewnętrznym lektura ich konstytucyjnej regulacji pozostawia sporo wątpliwości. Wynikają one głównie z faktu, że art. 93 odnosi się nie do ogólnej kategorii źródeł prawa wewnętrznie obowiązującego, lecz do konkretnych rodzajów aktów. Rodzi to pytania o możliwość potraktowania tej regulacji na sposób przykładowy („paradygmatyczny”¹³⁷) i rozciągnięcia jej na inne przypadki przez rozszerzenie zawartego w niej katalogu tak pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym¹³⁸. Powstają również pytania co do dokładnego określenia rygorów, jakie spełniać by miały takie akty, w nawiązaniu do wymogów określonych w art. 93 dla uchwał i zarządzeń wymienionych w nim podmiotów.

¹³⁵ Podczas gdy większość doktryny zalicza je do prawa obowiązującego powszechnie (por. K. Działocha, *Uwagi do art. 87...*, s. 4-7), niektórzy odmawiają im tej cechy (por. L. Kaczyński, *Wpływ art. 87 konstytucji na swoiste źródła prawa pracy (Uwagi wstępne)*, PiP 1997, nr 8). Wskazać można także na stanowisko Piotra Sarneckiego, uznającego je za odrębną kategorię źródeł prawa – zob. *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2002, s. 26-27.

¹³⁶ Regulaminy te uznawane są zasadniczo za akty wewnętrzne, skoro zgodnie z art. 112 konstytucji mają regulować „organizację wewnętrzną i porządek prac Sejmu oraz tryb powoływania i działalności jego organów”, obejmują jednak także materię przynależną do prawa powszechnie obowiązującego, w myśl bowiem tego samego art. 112 określają także „sposób wykonywania konstytucyjnych i ustawowych obowiązków organów państwowych wobec Sejmu [lub Senatu – M.P.]”. Stąd w literaturze rozpowszechniony jest pogląd, iż nie mieszczą się one w dychotomicznym podziale na źródła prawa powszechnie i wewnętrznie obowiązującego. Zob. np. K. Działocha, *Zamknięty system...*, s. 10-13; L. Garlicki, *Konstytucyjny system...*, s. 40. Zob. też wyrok TK z dnia 14 kwietnia 1999 r., K 8/99. Pojawiają się także głosy uznające je za przynależne do trzeciej, odrębnej kategorii źródeł prawa (tak P. Sarnecki, *System źródeł...*, s. 24-26), bądź też sytuujące je w ogóle poza konstytucyjnym systemem źródeł prawa (W. Sokolewicz, *Uwagi do art. 112*, [w:] KRP Komentarz, t. 1, s. 22). Nie jest, jak sądzę, rozwiązaniem tego problemu składanie deklaracji, niezbyt jasnych co do znaczenia i praktycznych konsekwencji, iż konstytucja wprowadza tu „odrębną, jednostkową konstrukcję prawną, a nie typ źródła prawa” – zob. A. Bałaban, *Akty normatywne...*, s. 59. Ciekawego rozwiązania tego problemu dostarcza jednak S. Wronkowska (*O źródłach prawa...*, s. 121-123). Argumentację autorki można by przedstawić następująco: źródła prawa należy w kontekście rozważanego problemu rozumieć na sposób pragmatyczny, jako fakty tworzące przepisy prawne. W związku z powyższym, w przedmiotowym podziale nie tyle chodzi o „powszechnie (odpowiednio: wewnętrznie) obowiązujące źródła prawa”, lecz, zgodnie z wyraźnymi postanowieniami ustawy zasadniczej, „źródła prawa powszechnie obowiązującego” (odpowiednio: wewnętrznie obowiązującego). Klasyfikacja dokonuje się zatem nie na poziomie źródeł prawa, lecz ustanawianego nimi „prawa”, tj. norm prawnych rekonstruowanych z tekstu prawnego. Nie ma zatem przeszkód, aby w ramach jednego aktu normatywnego możliwe do zrekonstruowania były normy zarówno powszechnie, jak i wewnętrznie obowiązujące. Sytuacja taka nie narusza zasadności dokonanego podziału. Na tle tego interesującego stanowiska zauważyć można jednak, iż konstytucja rzeczywiście posługuje się określeniem „źródła prawa powszechnie obowiązującego”, jednocześnie jednak używa pojęcia „obowiązujących aktów o charakterze wewnętrznym”. W tym przypadku zarówno sama cecha obowiązywania, jak i wewnętrzny charakter takiego obowiązywania odniesione są bezpośrednio do aktu normatywnego, co osłabia powyższą argumentację.

¹³⁷ Zob. L. Garlicki, Zdanie odrębne do wyroku TK z dnia 1 grudnia 1998 r., K 21/98.

¹³⁸ Tak też zwykło się go obecnie interpretować, co jednak nie od razu było oczywiste (zob. S. Wronkowska, *Źródła prawa w projekcie Konstytucji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, „Przełom Legislacyjny” 1996, nr 4). Na możliwość dwójakiej jego wykładni zwracał swego czasu uwagę TK w wyroku z dnia 1 grudnia 1998 r., K 21/98.

4. Podstawowe założenia koncepcji systemu źródeł prawa w dyskursie prawniczym

1. Mimo wskazanych wyżej wątpliwości, płynących z lektury niekonkluzywnej regulacji systemu źródeł prawa w konstytucji, zarówno orzecznictwo, jak i doktryna¹³⁹ zgodnie uznają założenie zamkniętego systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego (a także stanowiące jego konieczny warunek założenie podziału źródeł) za niewątpliwą podstawę tego systemu. Jako punkt wyjścia niech posłuży tu kilka wyimków z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego: „Źródła prawa zostały w rozdziale III konstytucji podzielone przez ustawodawcę konstytucyjnego na dwie kategorie. Pierwsza kategoria to źródła prawa powszechnie obowiązującego, zaś druga to akty o charakterze wewnętrznym”¹⁴⁰. „Podstawą [ogólnej konstytucyjnej koncepcji systemu prawa – M.P.] jest rozdzielenie systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego od systemu aktów prawa wewnętrznego”¹⁴¹. „Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. wprowadziła szereg zmian w regulacji systemu źródeł prawa. Prawodawca konstytucyjny przyjął zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego”¹⁴². „Podane jako wzorzec odniesienia przepisy konstytucji, określają zamknięty katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego”¹⁴³. Najbardziej chyba stanowczo brzmią następujące słowa Trybunału: „Źródła prawa zostały podzielone przez ustrojodawcę konstytucyjnego na dwie kategorie: źródła prawa powszechnie obowiązującego oraz akty o charakterze wewnętrznym. (...) Analiza konstytucji, a zwłaszcza jej rozdziału III, (...) nie pozostawia wątpliwości, że ustrojodawca w sposób w pełni zamierzony i jednoznacznie wyrażony, przyjął w konstytucji przedmiotowo i podmiotowo zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego”¹⁴⁴.

Równie kategorycznie wypowiada się większość przedstawicieli doktryny. Działocha stwierdza w tym kontekście: „Podstawowymi założeniami konstytucyjnego systemu źródeł prawa jest: a) podział źródeł prawa na źródła prawa powszechnie obowiązujące

¹³⁹ Rozdzielenie dwóch dyskursów, doktrynalnego oraz orzeczniczego, jeśli pod tym ostatnim rozumieć przede wszystkim działalność Trybunału Konstytucyjnego (a także SN czy NSA), ma w znacznej mierze charakter konwencjonalny. Dyskursy te wzajemnie wpływają na swój kształt – z jednej strony, Trybunał chętnie sięga w swojej argumentacji do stanowiska doktryny, z drugiej – jego ustalenia cieszą się w ramach dyskursu doktrynalnego niezaprzeczanym prestiżem. Można powiedzieć, że dyskursy te połączone są zarówno „unią personalną”, poprzez skład osobowy TK (SN, NSA), jak i „unią realną”.

¹⁴⁰ Wyrok z dnia 1 grudnia 1998 r., K 21/98.

¹⁴¹ Wyrok z dnia 9 listopada 1999 r., K 28/98.

¹⁴² Wyrok z dnia 20 października 1998 r., K 7/98.

¹⁴³ Wyrok z dnia 7 grudnia 1999 r., K 6/99.

¹⁴⁴ Wyrok z dnia 10 czerwca 2003 r., SK 37/02. Zdanie drugie stanowi cytat z wcześniejszego orzeczenia Trybunału z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

jącego i źródła prawa wewnętrznie obowiązującego, z preferencją dla źródeł pierwszego rodzaju, oraz b) «zamknięcie» systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego¹⁴⁵. Także Sławomira Wronkowska określa te założenia jako „fundament konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa”¹⁴⁶. Jak słusznie zauważa Andrzej Szmyt, założenia te „przyjmuje się powszechnie”¹⁴⁷; powtarzane są one we wszystkich niemal opracowaniach przedmiotu oraz podręcznikach akademickich¹⁴⁸.

W zakresie, w jakim podstawowe elementy obydwu założeń przedstawione zostały we Wprowadzeniu, wystarczy w tym miejscu hasłowe ich przypomnienie. W pozostałym zakresie ich treść wymagać może szerszego przedstawienia.

2. Fundamentalne znaczenie dla obydwu założeń posiada sposób rozumienia pojęcia „źródła prawa”. Jak zostało zaznaczone we Wprowadzeniu do pracy, można co do zasady przypisać konstytucji rozumienie pod tym pojęciem „tych faktów prawotwórczych, które mają postać aktów normatywnych, stanowionych jednostronną decyzją organu władzy publicznej lub powstających w drodze konsensualnej”¹⁴⁹. Konstytucja, mimo pewnych niekonsekwencji, przyjmuje w ten sposób wedle jej komentatorów pozytywną wizję prawa i systemu źródeł prawa¹⁵⁰.

Przyjmuje się tym samym dość zgodnie, że konstytucja ogranicza zakres swojej regulacji (w tym: stosowanie zasady zamkniętego systemu źródeł prawa) jedynie do aktów normatywnych, rozumianych jako „pisane” źródła prawa, pozostawiając praktyce dookreślenie ewentualnego miejsca w systemie tzw. źródeł niepisanych – głównie pre-

¹⁴⁵ K. Działocha, *Zamknięty system...*, s. 9; zob. także tenże, *Uwagi do art. 87...*, s. 1-2; tenże, *Źródła prawa...*, s. 27.

¹⁴⁶ S. Wronkowska, *Tezy referatu (Zamknięty system źródeł prawa w praktyce oraz dostosowanie prawa do wymogów Konstytucji RP)*, [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, oprac. Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 1999, s. 57.

¹⁴⁷ A. Szmyt, *Od redaktora*, [w:] tenże (red.), *Konstytucyjny system...*, s. 6.

¹⁴⁸ Jako wyjątki wskazał tu można odosobnione stanowiska M. Kuleszy („Źródła prawa”...; opinia przed TK w sprawie K 25/99) oraz P. Sarneckiego (*System źródeł...*, s. 19 i n.), którego pogląd przyjmują P. Uziębło i K. Zeidler w: J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej...*, s. 364.

¹⁴⁹ K. Działocha, *Źródła prawa...*, s. 27. Analogicznie P. Winczorek, *Kilka uwag...*, s. 26. Wątpliwości mogą jednak powstać na tle regulacji art. 30, uznającego godność człowieka za „źródło wolności i praw” – zob. W. Gromski, *Aksjologiczne podstawy...*, s. 140-141; także K. Działocha, *Konstytucyjna koncepcja prawa...*, s. 317-321. Na marginesie można zauważyć, że przywołane definicje nie wprowadzają rozróżnienia pomiędzy pragmatycznym i apragmatycznym ujęciem źródeł prawa.

¹⁵⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Pojęcie i zakres prawa w projektach Konstytucji RP*, [w:] K. Działocha, A. Preisner (red.), *Prawo, źródła...*, s. 22; R. Piotrowski, *Koncepcja prawa w projekcie konstytucji RP*, [w:] E. Zwierzchowski (red.), *Prawo i kontrola jego zgodności z konstytucją*, Warszawa 1997, s. 8; W. Gromski, *Niektóre filozoficzno-teoretyczne podstawy konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa*, [w:] A. Bator (red.), *Konstytucja, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 1999, *passim*, zwł. s. 84 i n.; K. Działocha, *O znaczeniu sporu w sprawie konstytucyjnej koncepcji prawa w Komisji Konstytucyjnej ZN*, PPA 2002, nr 50; tenże, *Konstytucyjna koncepcja prawa...*, s. 304-310; D. Dąbek, *Współczesne pojęcie...*, s. 80-81.

cedensu i prawa zwyczajowego¹⁵¹. Zauważa się także, że o tej ostatniej kategorii ustawa zasadnicza traktuje pośrednio m.in. w art. 9¹⁵². Zamknięcie systemu źródeł prawa ma zatem w myśl przeważającego poglądu charakter ograniczony.

W kwestii znaczenia samego pojęcia „aktu normatywnego” wypowiadał się niejednokrotnie Trybunał Konstytucyjny, jak i przedstawiciele doktryny¹⁵³. Pomijając pewne różnice szczegółowe, stwierdzić można zasadniczą jednolitość sposobu jego rozumienia, nawiązującego do wcześniejszego dorobku Trybunału¹⁵⁴, a także dawniejszych jeszcze poglądów doktryny¹⁵⁵. Jako akt normatywny traktowany jest zatem każdy akt prawny, z którego daje się zrekonstruować przynajmniej jedną normę prawną, tj. normę o charakterze generalno-abstrakcyjnym. Przyjmuje się zatem kryterium materialne (treściowe); dla uznania aktu za akt normatywny nie ma natomiast znaczenia forma jego wydania, użyta nazwa czy podstawa prawna¹⁵⁶.

Przyjęcie na oznaczenie aktu normatywnego kryterium materialnego wskazuje, iż nie jest to kategoria w pełni równoważna pojęciu źródeł prawa, które zastrzeżone jest dla aktów prawotwórczych wyodrębnionych w pierwszym rządzie wedle kryterium formalnego, jako legitymowanych na gruncie porządku konstytucyjnego form prawotwórstwa. Jednocześnie widać tu szczególnie wyraźnie potrzebę jasnego odróżniania od siebie dwóch różnych podejść do zagadnienia, o których była już mowa w rozdziale poprzedzającym. Czym innym jest przyjęcie pewnej „postawy badawczej”, skutkującej uznaniem za akt normatywny każdego aktu, który faktycznie funkcjonuje jak prawo obowiąz-

¹⁵¹ Zob. dalsze uwagi w podrozdz. 5. i cytowana tam literatura. Podobnie na gruncie nauki prawa administracyjnego przyjmuje się zazwyczaj, iż „zamknięcie” systemu źródeł prawa nie obejmuje tzw. „źródeł nieorganizowanych”.

¹⁵² Zob. np., jeszcze na gruncie tekstu projektu konstytucji, M. Masternak-Kubiak, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe*, [w:] M. Kruk (red.), *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, Warszawa 1997, s. 52-53. Zob. także S. Wronkowska, *O źródłach prawa...*, s. 118; B. Liżewski, *Prawo międzynarodowe w polskiej praktyce sądowej*, Lublin 2005, s. 154-158.

¹⁵³ Z aktualnego orzecznictwa TK zob. wyrok z 21 czerwca 1999 r., U 5/98; por. także K. Działocha, *Konstytucyjna koncepcja prawa...*, s. 311-312 i przywołane tam orzeczenia TK; także S. Wronkowska, *O źródłach prawa...*, s. 123-124.

¹⁵⁴ Zob. następujące orzeczenia Trybunału: z dnia 7 czerwca 1989 r., U 15/88; z dnia 13 września 1990 r., U 4/90; z dnia 4 lutego 1991 r., U 2/90; z dnia 6 grudnia 1994 r., U 5/94.

¹⁵⁵ Zob. zwł. H. Rot, *Akty prawotwórcze...*, s. 21-28; ale także opracowania późniejsze: K. Działocha, *Pojęcie aktu...*; W. Gromski, *W sprawie pojęcia aktu normatywnego (Uwagi na tle glos do orzeczenia TK z 19 VI 1992, U 6/92)*, PiP 1993, nr 9; tenże, *W sprawie pojmowania...*, s. 45-56.

¹⁵⁶ Jak jednak zauważył swego czasu Gromski, w orzecznictwie TK pojawiają się też przypadki rozumienia aktu normatywnego wedle kryterium funkcjonalnego, jakim jest możliwość wywołania przez dany akt skutków zbliżonych do wywoływanych przez legitymowane źródło prawa (*W sprawie pojmowania...*, s. 54-56; por. orzeczenie TK z dnia 19 czerwca 1992 r., U 6/92). Uznając trafność spostrzeżeń autora można jedynie dodać, że ten sposób myślenia uwidacznia się już w orzecznictwie Trybunału z lat 80. (Por. orzeczenie z dnia 9 maja 1989 r., Kw 01/89, w którym Trybunał powołał się na cytowane już określenie aktu prawotwórczego autorstwa Zakrzewskiego, „jako każdego takiego aktu «który wyznacza reguły i wzory postępowania, których przestrzeganie jest dla jego adresatów prawnie obowiązujące»”. (Por. także W. Zakrzewski, *Zakres przedmiotowy...*, s. 18).

zujące, a czym innym formułowanie kryteriów legalności dla tak wyodrębnionych aktów¹⁵⁷. Pierwsza postawa w żadnym razie nie oznacza uznania wszystkich tego rodzaju aktów za legitymowane i nie prowadzi, jak zdają się obawiać niektórzy, do „rozchwiania” systemu źródeł prawa. Przeciwnie, pozwala ona na skuteczniejszą, bo szerszą, kontrolę tego systemu.

3. Wśród źródeł prawa wyróżnić można źródła prawa powszechnie oraz wewnętrznie obowiązującego. Pierwsze z nich mogą być adresowane potencjalnie do każdego podmiotu, a więc osoby fizycznej, osoby prawnej, organu czy instytucji. Drugi rodzaj źródeł prawa¹⁵⁸ wiązać może jedynie jednostki pozostające w relacji podległości względem podmiotu wydającego dany akt. Obecna konstytucja mówi w art. 93 o relacji „organizacyjnej podległości”, jednak powszechnie akceptowana jest obecnie możliwość rozszerzającej wykładni tego zwrotu, przyjęta przez TK¹⁵⁹. Ponadto konstytucja w art. 93 formułuje szereg wymogów dla tego rodzaju aktów. Traktowanie postanowień powyższego przepisu jako „paradygmatycznych” pozwala także, po pierwsze, na uznanie systemu aktów wewnętrznych za otwarty (podmiotowo i przedmiotowo)¹⁶⁰, po drugie, na „rozszerzenie” określonych w nim rygorów na wszystkie akty należące do tej kategorii. Spośród rygorów tych zwróćmy uwagę na jeden tylko, jako bezpośrednio związany z formalną jednością systemu źródeł prawa, jakim jest wymóg podstawy ustawowej. Wymóg ten rozumie się szeroko, zgodnie z omawianymi w rozdziale poprzednim dawniejszymi poglądami doktryny. Wystarcza tu zatem ogólna norma kompetencyjna bądź nawet, jak chcą niektórzy, norma o charakterze materialnym, której realizację akt prawa wewnętrznego ma zapewniać¹⁶¹.

Podział na dwie kategorie źródeł prawa traktowany jest jako rozłączny i zupełny. Nie mogą zatem zdaniem orzecznictwa i doktryny pojawić się takie akty normatywne, które nie mieściłyby się w żadnej z powyższych kategorii. Najbardziej znana propozycja takich „aktów pośrednich”, jakimi mogą zdaniem Michała Kuleszy być tzw. przepisy administracyjne¹⁶², poddana została zdecydowanej krytyce, jako naruszająca fundament

¹⁵⁷ Różnicę tę dostrzega wyraźnie także Trybunał Konstytucyjny – zob. orzeczenie z dnia 7 czerwca 1989 r., U 15/88.

¹⁵⁸ Obszernie koncepcję aktów wewnętrznych omówił m.in. W. Płowiec, *Koncepcja aktu prawa wewnętrznego w Konstytucji RP*, Poznań 2006, *passim*.

¹⁵⁹ W wyrokach z 1 grudnia 1998 r., K 21/98 oraz z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

¹⁶⁰ Zob. wyroki TK w sprawach o sygn. K 21/98, SK 37/02, K 04/03. „Otwarcie” systemu nie wyklucza jednak w zupełności jego formalnej jedności.

¹⁶¹ Zob. A. Bałaban, *Akty normatywne...*, s. 63-64.

¹⁶² Zob. zwł. M. Kulesza, „*Źródła prawa*”... oraz tenże, opinia przed TK w sprawie o sygn. K 25/99.

konstytucyjnego systemu źródeł prawa i prowadząca do jego ponownego „rozchwiania”¹⁶³.

Wreszcie uznaje się, że system źródeł prawa powszechnie obowiązującego (jeśli ograniczyć je do źródeł „pisanych”) ma charakter zamknięty. Przyjmuje się, jak wynika z cytowanych powyżej wypowiedzi, że konstytucja wyczerpująco (enumeratywnie) wlicza wszystkie dopuszczalne rodzaje tychże źródeł. Tym samym niemożliwe jest rozszerzanie tego katalogu przez ustawę zwykłą¹⁶⁴.

Silnie obecne w poglądach doktryny jest także, zgodne z pozytywistyczną wizją prawa, założenie formalnej jedności systemu źródeł prawa. Uwidacznia się ono najwyraźniej na przykładzie rozważań poświęconych przepisowi art. 30, mogącego stanowić podstawę do odrzucenia powyższego założenia. Przepis ten, uznając godność człowieka za „źródło wolności i praw człowieka i obywatela”, może być odczytywany jako ustanawiający niezależną od wszelkiego prawa stanowionego (zatem również od konstytucji) podstawę obowiązywania norm prawnych¹⁶⁵. Powszechnie przyjął się jednak odmienny sposób rozumienia w tym kontekście terminu „źródło”, jako oznaczającego jedynie podstawę aksjologiczną, nie zaś walidacyjną¹⁶⁶.

4. Dostrzega się oczywiście na gruncie tychże założeń niektóre spośród wymienionych wcześniej odstępstw czy kwestii spornych. Problemy tego rodzaju nie są w stanie jednak doprowadzić do zakwestionowania samych podstaw w postaci dwóch wyróżnionych założeń – co znakomicie widoczne jest w szerszej komentowanym we Wprowadzeniu do pracy orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego w sprawie aktów normatywnych stanowionych przez organy NBP¹⁶⁷. Pojawiają się też nieraz tendencje do marginalizowania i umniejszania znaczenia przypadków wykraczających w jakiś sposób poza ramy wyznaczone powyższymi założeniami¹⁶⁸.

¹⁶³ Zob. A. Bałaban, *Czy konstytucja...*, *passim*; tenże, *Akty normatywne...*, s. 66; L. Garlicki, *Polskie prawo...*, s. 132; tenże, *Konstytucyjny system...*, s. 42; K. Działocha, *Uwagi do Rozdziału III...*, s. 4-5; tenże, *Źródła prawa...*, s. 21.

¹⁶⁴ Tak wprost m.in. L. Garlicki, *Konstytucyjny system...*, s. 40.

¹⁶⁵ Tak go rozumie Garlicki, mówiąc wprost o „dualizmie porządku prawnego” – *Konstytucyjny system...*, s. 39. Por. także tenże, *Uwagi do art. 30...*, s. 9-14; tenże, *Polskie prawo...*, s. 92-93.

¹⁶⁶ Zob. zwł. K. Działocha, *Konstytucyjna koncepcja prawa...*, *passim*. Problem ten przywoływany autor rozważał obszernie już wcześniej, w: *O znaczeniu sporu...*, s. 93 i n.

¹⁶⁷ Wyrok z dnia 28 czerwca 2008 r., K 25/99.

¹⁶⁸ Tak np. wykraczające poza podział źródeł prawa powszechnie i wewnętrznie obowiązującego regulaminy izb Parlamentu określane bywają jako „odrębna, jednostkowa konstrukcja prawna, a nie typ źródła prawa”, bądź też sytuowane są poza systemem źródeł prawa. Wszystkie te zabiegi zdają się mieć niewielką moc poznawczą, a pełnić funkcje przede wszystkim retoryczne. Por. A. Bałaban, *Akty normatywne...*, s. 59; W. Sokolewicz, *Uwagi do art. 112...*, s. 22. Z kolei mogący stanowić podstawę do odrzucenia formalnej jedności systemu przepis art. 30 określa się mianem „minipreambuły do rozdziału II”, co

Do wyjątków w tym względzie należy stanowisko Działocha – skądinąd jednego z głównych orędowników „zamknięcia” systemu źródeł prawa – który w ograniczonym stopniu dopuszcza możliwość odstąpienia od zasady zamkniętego systemu¹⁶⁹. Odstępstwa takie nie muszą przy tym prowadzić do pozbawienia tejże zasady ważności. Autor odwołuje się także do procedury „ważenia” różnych zasad i wartości konstytucyjnych, próbując w ten sposób wykazać zasadność dychotomicznego podziału oraz „zamknięcia” systemu¹⁷⁰. Stanowi to rzadki przykład argumentacji opartej na racjach o charakterze aksjologicznym. Rzecz znamienna, że u autora stanowisko to łączy się z dostrzeżeniem różnicy pomiędzy samą zasadą zamkniętego systemu źródeł prawa a ideą, „która legła u jej podstawy”¹⁷¹.

5. Argumentacja na rzecz zamkniętego systemu źródeł prawa

1. Powstaje pytanie o przyjęty sposób uzasadniania przedmiotowych zasad. W pewnym sensie uzasadnienie to daje się sprowadzić do jednego zdania, wskazującego, że ich ważność stanowi wynik takiego właśnie, obiektywnie stwierdzonego kształtu systemu źródeł prawa. Konieczność *de lege lata* uznania tychże zasad postrzegana jest tym samym jako niezależna od własnych, subiektywnych przekonań uczestnika dyskursu¹⁷². Wskazuje to na wyraźnie ontologiczny sposób rozumienia przedmiotowych zasad, samej zaś argumentacji nadaje charakter analityczny.

prowadzić musi do podważania jego samoistnego waloru normatywnego – zob. P. Winczorek, *Kilka uwag...*, s. 33.

¹⁶⁹ Stanowisko takie zajął Kazimierz Działocha w sprawie kompetencji organów NBP do regulowania sytuacji zewnętrznych względem NBP banków komercyjnych, jeszcze przed odmiennym rozstrzygnięciem sprawy przez TK (zob. „*Zamknięcie*” systemu..., s. 130-131; tenże, *Uwagi do art. 87...*, s. 9-11). Zob. także uwagi autora dotyczące wyjątków czy naruszeń omawianej zasady w: *O prawie i jego źródłach z perspektywy pięciolecia obowiązywania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] H. Jerzmański (red.), *Pięć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Materiały z konferencji na Zamku Królewskim w Warszawie, 17 października 2002*, Warszawa 2002, s. 59; tenże, *Zamknięty system...*, s. 33-34. Jak sądzę, inaczej należy traktować te wypowiedzi, których przykładem może być stanowisko P. Tuleji, w których ramach podnosi się potrzebę dyskusji nad celowością przyjętej w konstytucji zasady i możliwością jej wykreślenia. Celem takich głosów jest bowiem odrzucenie zasady zamkniętego systemu (a w każdym razie rozważenie takiej możliwości), nie zaś zmiana sposobu jej rozumienia. Por. P. Tuleja, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Zimmermann, P. Dobosz (red.), *Źródła prawa...*, s. 158-160.

¹⁷⁰ Zob. K. Działocha, *Źródła prawa...*, s. 35. Autor odwołuje się tu do wypowiedzi innego autorytetu nauki prawa konstytucyjnego – por. A. Gwiżdż, *Kilka uwag o tworzeniu prawa pod rządami nowej Konstytucji*, „*Gdańskie Studia Prawnicze*” 1998, t. 3, s. 102.

¹⁷¹ K. Działocha, *Zamknięty system...*, s. 34.

¹⁷² Wskazać można zwłaszcza na te przypadki, w których twierdzenie o zamkniętym charakterze systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego łączone jest z częściową choćby krytyką tego rozwiązania – zob. np. S. Wronkowska, *Koncepcja źródeł prawa*, „*Rzeczpospolita*” 1998, nr 175, s. 15; P. Tuleja, *Głos w dyskusji...*, s. 158-160.

Rodzi to jednak potrzebę podania uzasadnienia, dlaczego system ma być postrzegany jako posiadający taki charakter. Właśnie argumenty powoływane na rzecz takiej tezy będą przedmiotem zainteresowania w niniejszym podrozdziale. W obszarze tym wskazać można kilka typowych uzasadnień, pojawiających się w dyskursie orzeczniczym oraz doktrynalnym. Ponieważ jednak nie odróżnia się zwyczajowo argumentów uzasadniających ważność Zasady od argumentów na rzecz uznania określonego kształtu systemu, postrzegane są one zazwyczaj jako wspierające bezpośrednio zasadę podziału źródeł i zamkniętego systemu. Za tym sposobem ich rozumienia podąża miejscami poniższe ich omówienie.

Jako pierwszą, najbardziej może znaczącą możliwość wskazać należy rezygnację z poszukiwania uzasadnienia, łączoną z uznaniem formułowanych twierdzeń za „oczywiste” i nie wymagające tłumaczenia. W tych natomiast sytuacjach, w których dla twierdzeń tego rodzaju poszukuje się ugruntowania, wskazać można na trzy kategorie uzasadnień: brzmienie przepisów konstytucji (wykładnia językowa), zamiar ustrojodawcy oraz *communis opinio* orzecznictwa i doktryny. Częstym przypadkiem jest przy tym łączenie różnych sposobów argumentacji.

2. Po pierwsze, wyróżnić można przypadki, w których twierdzenia o ważności omawianych zasad zgłaszane są bez poparcia w jakiegokolwiek szerszej argumentacji. W tych razach najwyraźniej widoczne jest traktowanie ich jako oczywistych, nieproblematyzowanych i nie wymagających dyskursywnego ugruntowania założeń. Takiemu podejściu sprzyjają niejako te sytuacje, w których same te zasady są nie tyle przedmiotem namysłu, co narzędziem argumentacyjnym, wykorzystywanym na potrzeby innego przypadku. Traktowanie ich jako uzasadnienia innych argumentów sprzyja niedostrzeganiu, że one same mogą wymagać uzasadnienia „drugiego stopnia”. Uczestnik dyskursu prawniczego, zapytany, dlaczego sięga w argumentacji do tego rodzaju argumentów, mógłby tu odpowiedzieć słowami Wittgensteina: „Wyczerpawszy uzasadnienia, docieram do litej skały i mój rydel zwija się. Wtedy jestem skłonny rzec: «Po prostu tak właśnie postępuję»”¹⁷³.

Ze względu na rolę ustrojową poszczególnych organów sądownictwa, zauważyć można tendencję do częstszego traktowania omawianych zasad w ten sposób przez sądy inne niż Trybunał Konstytucyjny¹⁷⁴. Widać tu swoisty podział pracy, polegający na tym,

¹⁷³ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, przeł. B. Wolniewicz, Warszawa 1972, § 217.

¹⁷⁴ Widoczne jest to np. w orzeczeniu NSA, które czynię przedmiotem rozważań we Wprowadzeniu (wyrok z dnia 25 sierpnia 2006 r., II FSK 836/05). Jako inne przykłady tego sposobu funkcjonowania zasady zamkniętego systemu w orzecznictwie wskazać można: wyrok NSA z dnia 23 sierpnia 2006 r., II OSK 1046/05, w którym sąd ten na podstawie zasady zamkniętego systemu źródeł prawa odmówił uznania wiążącego charakteru wykładni zawartej w uchwale Krajowej Rady Izby Architektów; uchwałę SN

że sądy te opierać się mogą w tym względzie na ustaleniach Trybunału, występującego w roli „strażnika” systemu źródeł prawa. O ile zatem zagadnienia związane z kształtem tego systemu, z którymi styka się Trybunał, stanowią dla niego rzeczywiste problemy, wymagające rozstrzygnięcia i dyskursywnego ugruntowania, o tyle dla pozostałych uczestników praktyki stanowią raczej punkt odniesienia dla rozwiązania innych, właściwych im problemów¹⁷⁵. Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż różnica sprowadza się tu jedynie do stopnia częstotliwości; wskazać można przykłady orzeczeń, w których także Trybunał Konstytucyjny posłużył się w taki sposób rozważanymi zasadami¹⁷⁶. Dodać do tego można, iż perspektywa przyjmowana przez organy orzekające pozostaje zazwyczaj w jakimś stopniu pochodną stanowisk prezentowanych przez uczestników postępowania, do których sąd czy Trybunał mają przecież obowiązek się odnieść. Często też właśnie uczestnicy podnoszą będą argument z zamkniętego systemu, traktując go jako nie wymagający dalszych uzasadnień¹⁷⁷.

3. Jako przykład argumentacji z wykładni językowej służyć może stanowisko Wronkowskiej. Poszukiwanie oparcia w wynikach tejże wykładni jest pochodną ogólniejszego stanowiska autorki, wedle którego „zgodność poglądów doktryny (...) nie zwalnia jednak od odpowiedzi na pytanie, (...) jakie argumenty przekonują, że w tekście konstytucji dano wyraz koncepcji «zamkniętego» systemu źródeł prawa. Pytamy bowiem nie tylko, a nawet nie przede wszystkim o zamysły twórców konstytucji, nie o ich program reformy systemu źródeł prawa, ale – wobec obowiązku ustawy zasadniczej – o treść postanowień konstytucji”¹⁷⁸. Pozostałe spotykane sposoby argumentacji

z dnia 23 maja 2006 r., III PZP 2/06 (OSNP 2007, Nr 3-4, poz. 38), w której Sąd Najwyższy podaje w wątpliwość możliwość zaliczenia porozumienia zbiorowego pracy do źródeł prawa powszechnie obowiązującego; wyrok SN z dnia 23 maja 2003 r., IV CKN 103/01 (OSNC 2004, Nr 7-8, poz. 122), w którym Sąd stwierdza wykroczenie przez stronę skarżącą w kasacji poza zamknięty katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego.

¹⁷⁵ Dla zobrazowania tej relacji odwołać się można do wprowadzonej przez Dworkina metafory „pracy w łańcuchu”, choć byłaby tu ona rozumiana nieco inaczej niż w oryginalnym kontekście. Zob. R. Dworkin, *Imperium prawa...*, s. 230-240; tenże, *Law as Interpretation*, [w:] A. Aarnio, N. MacCormick (red.), *Legal Reasoning...*, Vol. 2, s. 540 i n.

¹⁷⁶ Dla zasady zamkniętego systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego będą to przykładowo: wyrok z dnia 11 maja 2005 r. (K 18/04), w którym Trybunał rozstrzyga kwestię zgodności traktatu akcesyjnego z konstytucją; wyrok z dnia 7 grudnia 1999 r. (K 6/99), w którym Trybunał rozpatruje możliwość uznania postanowień projektu ustawy budżetowej za źródło prawa; wyrok z dnia 11 maja 2004 r. (K 4/03), w którym Trybunał uznaje za naruszające zasady systemu źródeł prawa postanowienia Ordynacji podatkowej, przyznające Ministrowi Finansów kompetencję do dokonywania wiążącej wykładni prawa.

¹⁷⁷ Zob. np. argumentację prezentowaną przez wnioskodawcę (Prezes NIK, założenia te podziela w swoim stanowisku w sprawie Prokurator Generalny) w sprawie rozważanej we Wprowadzeniu, rozpatrywanej przez TK pod sygn. K 25/99, czy przez stronę wnoszącą skargę konstytucyjną (Wydawnictwo Murator Sp. z o.o.) w sprawie zakończonej postanowieniem TK z dnia 1 lipca 2002 r., Ts 34/02.

¹⁷⁸ S. Wronkowska, Opinia przed TK w sprawie K 25/99. Wyróżnienie moje – M.P.

– zgodność poglądów doktryny, zamysł twórców konstytucji – można zatem wedle autorki traktować jedynie pomocniczo. Podstawowe znaczenie przypisać należy „treści postanowień konstytucji” ustalonej w drodze wykładni językowej.

Zdaniem Wronkowskiej, „konkluzja do jakiej prowadzi językowa wykładnia konstytucji jest jednoznaczna: konstytucja «zamyka» formy aktów prawotwórczych a kompetencje do ich wydawania mają jedynie podmioty w niej wskazane¹⁷⁹. Podstawowe znaczenie przypisuje się tu oczywiście art. 87 konstytucji. Jak stwierdza autorka, „zgodnie z niekwestionowaną regułą brak dodatkowych informacji w przepisie zawierającym wyliczenie (np. zwrotu «w szczególności») przesądza o tym, że wyliczenie jest wyczerpujące¹⁸⁰».

Zbliżoną argumentację zdaje się przyjmować Trybunał Konstytucyjny, gdy stwierdza, że „suma postanowień konstytucyjnych, które dotyczą źródeł prawa powszechnie obowiązującego składa się na całościowy system, oparty na pełnym zróżnicowaniu form działalności prawodawczej i podmiotów uprawnionych do wykonywania tej działalności (co w sposób oczywisty wyklucza uzupełnianie postanowień konstytucyjnych przez ustawodawcę zwykłego)¹⁸¹, lub uznaje, że „przepisy konstytucji”, w szczególności zawarte w art. 7, art. 87 i art. 88, „określają zamknięty katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego¹⁸²».

Wątpliwości na gruncie językowego znaczenia konstytucyjnej regulacji systemu źródeł prawa zostały przedstawione wyżej i niecelowe byłoby je tu powtarzać. Można jedynie odnotować, że trudności, jakie rodzi próba ugruntowania zamkniętego systemu w wynikach wykładni językowej prowadzi samą S. Wronkowską do konkluzji, iż „założony przez ustrojodawcę wzorzec «zamkniętego» systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego nie został przez niego wyrażony ani w sposób nie budzący wątpliwości, ani w sposób jednolity¹⁸³. W szczególności zaś na gruncie wyliczenia zawartego w art. 87 ust. 1 i przewidzianych w samej konstytucji wyjątków od niego próba taka prowadzi do zaskakujących twierdzeń, że wyjątki te mają stanowić... potwierdzenie zamkniętego charakteru wyliczenia (!)¹⁸⁴».

¹⁷⁹ Tamże.

¹⁸⁰ Tamże.

¹⁸¹ Wyrok z dnia 1 grudnia 1998 r., K 21/98.

¹⁸² Wyrok z dnia 7 grudnia 1999 r., K 6/99.

¹⁸³ S. Wronkowska, Opinia przed TK w sprawie K 25/99.

¹⁸⁴ Zob. tamże; a także S. Wronkowska, *O źródłach prawa...*, s. 117.

4. Częstym sposobem uzasadniania ważności omawianych zasad jest odwołanie do wyrażonej woli ustrojodawcy, bądź też do zamiarów „twórców konstytucji”¹⁸⁵. (W tym miejscu pojęcia te traktowane będą jako tożsame; poniżej zostanie przedstawiona możliwość nadawania kategorii „twórców konstytucji” odmiennego znaczenia, odróżniającego tę ostatnią od pojęcia ustrojodawcy). Zabiegi tego rodzaju mogą być uznane za odmianę argumentacji z woli prawodawcy, odgrywającej istotną rolę zarówno w naszej rodzimej kulturze prawnej¹⁸⁶, jak i w systemach prawa stanowionego w ogólności¹⁸⁷.

Argument ten może być niejako w naturalny sposób łączony z poprzednim. Tak dzieje się np. w jednej z wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, w której stwierdził on, iż „ustrojodawca w sposób w pełni zamierzony [wola prawodawcy – M.P.] i jednoznacznie wyrażony [treść przepisów – M.P.], przyjął w konstytucji przedmiotowo i podmiotowo zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego”¹⁸⁸.

W przypadku tego rodzaju argumentacji stosunkowo często pojawiają się także odniesienia do konkretnych wartości, które ustrojodawca miał jakoby na względzie, nadając taki, a nie inny charakter systemowi źródeł prawa. Mogą to być np. wartości wynikające z zasady państwa prawa, w szczególności potrzeby ochrony praw i wolności człowieka i obywatela oraz zapewnienia sprawnego funkcjonowania organów władzy publicznej¹⁸⁹. Zbliża to omawiany sposób rozumienia zasady zamkniętego systemu do jej interpretacji aksjologicznej. Zbliżenie to ma jednak ograniczony charakter. Często bowiem odwołania o charakterze aksjologicznym zdają się być traktowane jako jedynie objaśnienia natury historycznej, wskazujące powody, dla których ustrojodawca zdecydował się na zamknięcie systemu źródeł prawa. Znaczenie głosów tego rodzaju, skądinąd istotnych i godnych aprobaty, ogranicza się zatem przede wszystkim do zagadnień

¹⁸⁵ Jako przykłady wskazać można liczne wypowiedzi D. Dudka, K. Działocha, L. Garlickiego, W. Gromskiego, S. Wronkowskiej, w których autorzy odwołują się do pojęć decyzji, zamysłu, zamiaru, pragnień, dążeń itp. ustrojodawcy, ustawodawcy konstytucyjnego czy twórców konstytucji. Zob. m.in. D. Dudek, *Funkcjonowanie systemu źródeł prawa w orzecznictwie sądowym*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł...*, s. 88; K. Działocha, „Zamknięcie” systemu..., s. 128; tenże, *Uwagi do Rozdziału III...*; L. Garlicki, *Konstytucyjny system...*, s. 39; W. Gromski, *Aksjologiczne podstawy...*, *passim*, zwł. s. 139; S. Wronkowska, *Koncepcja źródeł...*, s. 15; tenże, *O źródłach prawa...*, s. 117. Argument ten pojawia się także w praktyce orzeczniczej – zob. np. uchwałę powiększonego składu SN z dnia 23 maja 2006 r., w której stwierdzono, iż „intencją ustrojodawcy było stworzenie zamkniętego systemu źródeł prawa”, a „ograniczenie ich katalogu do aktów wymienionych w art. 87 Konstytucji jest zamierzone” – III PZP 2/06, OSNP 2007, Nr 3-4, poz. 38.

¹⁸⁶ Zob. A. Kozak, *Charakterystyka kategorii „racjonalny prawodawca” w sądowym stosowaniu prawa*, [w:] M. Zirk-Sadowski (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Łódź 1997, s. 128-135.

¹⁸⁷ Zob. K. Olivercrona, *Law as Fact*, London 1971, s. 120; A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal...*, s. 26; L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 250.

¹⁸⁸ Wyrok z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99; powtórzone w wyroku z dnia 10 czerwca 2003 r., SK 37/02.

¹⁸⁹ Por. art. 2 konstytucji oraz tekst preambuły tego aktu.

de lege fundamentalis ferenda, uzasadniając potrzebę utrzymania obowiązującej regulacji. Ma to na celu obronę stanowiska przyjętego przez ustawodawcę konstytucyjnego przed próbami jego krytyki czy zmiany¹⁹⁰. Samo jednak stwierdzenie zajęcia przez niego takiego stanowiska traktowane jest jako obiektywne ustalenie rzeczywistych zdarzeń. *De lege lata*, pierwszeństwo ponownie znajduje w tym przypadku argumentacja z ontologii.

5. W odniesieniu do argumentacji z woli ustrojodawcy, poczynić można następujące uwagi. Po pierwsze, jest niezaprzeczalnym faktem, że postulat „uporządkowania” i „zamknięcia” systemu źródeł prawa był wielokrotnie podnoszony w czasie bezpośrednich prac nad projektem nowej konstytucji. Zgłaszany był on zarówno w publikacjach naukowych¹⁹¹, tekstach z zakresu publicystyki prawniczej¹⁹², jak również na forum samej Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego¹⁹³. Ten ostatni fakt posiada znaczenie szczególne z tego względu, że postulat „zamknięcia” systemu podnoszony był w kontekście projektowania przepisów, które w tym samym bądź zbliżonym kształcie znalazły miejsce w obowiązującej ustawie zasadniczej.

Zarazem jednak trudno z powyższych konstatacji wyprowadzić dalsze wiążące wnioski. Nie istnieje żadne „automatyczne”, oczywiste przejście między poglądami formułowanymi podczas prac na forum Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego czy głosami doktryny, a tzw. wolą ustrojodawcy – czymkolwiek miałyby być ta ostatnia. Twierdzenie zatem, że na wolę tę składa się m.in. zamiar wyraźnego rozdzielenia źródeł prawa powszechnie i wewnętrznie obowiązującego, a także wprowadzenia zamkniętego systemu tych pierwszych, wydaje się wysoce problematyczne. Choć odwoływanie się do materiałów przygotowawczych jest jedną ze stosunkowo często spotykanych technik wykładni¹⁹⁴, traktowanie jej jako niezawodnej metody ustalania „woli prawodawcy” byłoby nieuprawnione.

W pracach z zakresu teorii prawa, ale także w niektórych tekstach dogmatyczno-prawnych, kategoria „woli prawodawcy” i odwołania do niej w procesie stosowania pra-

¹⁹⁰ Takie stanowisko zajmują m.in. A. Gwiżdż (*Kilka uwag...*, s. 102-103), K. Działocha (*Źródła prawa...*, s. 29 i n.) oraz T. Rabska (*Głos w dyskusji*, [w:] J. Zimmermann, P. Dobosz (red.), *Źródła prawa...*, s. 164).

¹⁹¹ Zob. np. S. Wronkowska, *Źródła prawa...*, s. 31 i n.

¹⁹² Por. P. Winczorek, *Dyskusje konstytucyjne*, Warszawa 1996, s. 121.

¹⁹³ Zob. zwł. „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego”, nr 20, s. 109-116 i nr 40, s. 12. Zob. także P. Winczorek, *Źródła prawa w projekcie konstytucji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, „Przegląd Legislacyjny” 1996, nr 4, s. 16-22.

¹⁹⁴ Por. L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 277-279 i powoływane tam przykłady. O znaczeniu materiałów przygotowawczych w szerszym kontekście zob. A. Aarnio, *On Legal Reasoning...*, s. 109-111.

wa od dawna poddawana jest krytyce¹⁹⁵. Stanowisko, wedle którego odwołania do niej mają charakter uprawniony, bądź konieczny, określane bywa najczęściej mianem oryginalizmu¹⁹⁶ lub intencjonalizmu¹⁹⁷. Andrei Marmor wskazuje na dwa podstawowe założenia tego podejścia: (a) prawo przynajmniej niekiedy stanowione jest z określonymi intencjami, które dają się zidentyfikować; (b) niekiedy fakt, że ustawa została wydana z określoną intencją, jest powodem, aby spór prawny rozstrzygnąć zgodnie z tą intencją¹⁹⁸. Nie wdając się w szczegółowe zarzuty wobec intencjonalizmu, wyróżnić można trzy perspektywy jego krytyki: empiryczną, legitymizacji oraz teoretyczną¹⁹⁹.

Pierwsza z perspektyw związana jest z wyróżnionym przez Marmora założeniem (a) intencjonalizmu. Sprowadza się ona do przekonania, że empiryczne ustalenie rzeczywistej woli prawodawcy jest wysoce utrudnione bądź zgoła niemożliwe²⁰⁰. Autor ten określa stanowisko krytyczne w tym względzie jako rodzaj poznawczego sceptycyzmu, dostarczając jednocześnie ciekawych argumentów na jego rzecz²⁰¹. Jest to niewątpliwie najbardziej rozpowszechniona z krytyk intencjonalizmu²⁰². W rozpatrywanym przypadku „woli ustrojodawcy” polskiego jej empiryczne ustalenie może wydawać się ułatwione ze względu na niewielki odstęp czasowy dzielący nas od uchwalenia konstytucji, co osłabiałoby krytykę empiryczną. Próba jednakże ustalenia „rzeczywistej” woli ustrojodawcy komplikuje się w tym wypadku wraz z trudnościami w precyzyjnym określeniu faktycznego desygnatu pojęcia ustrojodawcy. W związku z faktem, iż konstytucja podlegała zatwierdzeniu w drodze ogólnokrajowego referendum, za desygnat ten uznać można by bądź Zgromadzenie Narodowe, bądź też naród (które przecież także stanowią nie tyle desygnaty danego wyrażenia, co kolejne pojęcia, w znacznym stopniu metaforyczne, wymagające określenia ich dokładnej ekstensji). Twierdzenie, że członkowie tego ostatniego świadomie realizowali zamiar wprowadzenia do porządku prawnego zamkniętego systemu źródeł prawa, byłoby co najmniej ryzykowne.

¹⁹⁵ Z nowszych prac zob. M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 160 i n.

¹⁹⁶ Zob. np. T.C. Grey, *New Formalism*, „Stanford Law School Working Papers” 1999, No. 4. W literaturze krajowej terminem tym posługuje się M. Matczak, *Summa iniuria...*, *passim*.

¹⁹⁷ Zob. np. A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford – Portland 2005, s. 119 i n. Z rodzimej literatury zob. A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 113 i n. Niektórzy autorzy (np. A. Barak) odróżniają od siebie oryginalizm i intencjonalizm – por. M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 55.

¹⁹⁸ A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 113. Zob. A. Marmor, *Interpretation and Legal...*, zwł. s. 120.

¹⁹⁹ Por. A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 113 i n.

²⁰⁰ W tym ostatnim przypadku perspektywa empiryczna zbliża się, jak się zdaje, do teoretycznej.

²⁰¹ A. Marmor, *Interpretation and Legal...*, s. 122-132.

²⁰² Jako przykład zob. A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal...*, s. 26-27.

Z kolei krytyka legitymizacji²⁰³ intencjonalizmu stanowi odpowiedź na przedstawione przez Marmorą założenie (b) tej konstrukcji myślowej. Rdzeniem tej formy krytyki jest stwierdzenie, że nawet jeśli rzeczywista wola prawodawcy okaże się możliwa do ustalenia, nie ma powodów, dla których miałyby ona być decydująca dla interpretatora tekstu prawnego. Marmor przedstawia także istotne argumenty na rzecz takiej perspektywy krytycznej – szczególnie w odniesieniu do najpopularniejszej strategii legitymizacji woli prawodawcy, jaką jest odwołanie do ideologii demokratycznej²⁰⁴. Związane są one głównie z odróżnieniem prawodawcy historycznego od aktualnego. W odniesieniu do woli polskiego ustrojodawcy zauważyć można, iż w stosunkowo krótkiej historii obowiązywania obecnej konstytucji mieliśmy już momenty, w których większość parlamentarna obejmowała środowiska sceptyczne względem tego aktu prawnego. Do czyjej woli, zakładając, że udałoby się ją ustalić, powinien odwoływać się w takim okresie sędzia dokonujący interpretacji tekstu ustawy zasadniczej? Do woli prawodawcy historycznego czy aktualnego? Każda z tych opcji wydaje się problematyczna, jeśli chodzi o jej legitymizację i praktyczne konsekwencje.

6. Powyższe dwie perspektywy krytyczne łączy wiele wspólnych cech, m.in. fakt ujmowania woli prawodawcy na sposób raczej psychologiczny. Obydwie one skupiają swą uwagę na woli jakiegoś „realnego” prawodawcy jako możliwego do wskazania podmiotu (grupy). Obydwie zatem zdają się prawodawcę, by użyć określenia Kozaka, antropomorfizować²⁰⁵. Przeprowadzana z takich pozycji krytyka „woli prawodawcy” okazuje się jedynie częściowa. Pełna krytyka tego pojęcia, czy raczej jego reinterpretacja, możliwa jest jedynie z perspektyw teoretycznych, w których kwestionuje się samą możliwość komunikacji między prawodawcą, rozumianym jako rzeczywisty autor tekstu, a interpretatorem²⁰⁶. Zgodnie z tego typu poglądami, dyskursy tworzenia prawa oraz określania znaczenia tekstu prawnego pozostają wzajemnie odrębne i niezależne²⁰⁷.

Rolę „realnego” prawodawcy w ramach dyskursu nad znaczeniem tekstu prawnego trafnie oddaje pochodząca z Talmudu anegdota, którą przytacza Perelman:

W czasie sporu co do tego, jak korzystać z pieca, by jednocześnie zachował on swą rytualną czystość, znaczna większość komentatorów sprzeciwia się zdaniu rabina Eliézera, który wbrew swym przeciwnikom twierdził, że wyraża prawdziwą wolę Boga.

²⁰³ Które to określenie stanowi nie do końca szczęśliwą, dokonaną przez piszącego te słowa, próbę tłumaczenia angielskiego terminu *justificatory critique*.

²⁰⁴ A. Marmor, *Interpretation and Legal...*, s. 132-139.

²⁰⁵ A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 114.

²⁰⁶ Tamże, s. 115-117.

²⁰⁷ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 78-79.

Dla udowodnienia swej racji rabin prosi Boga, by okazał on swą aprobatę zsyłając różne cudowne znaki, które też zaraz się pojawiają. Ponieważ zgromadzenie nie wydaje się nimi przekonane, rabin odwołuje się do świadectwa bożego i głos płynący z niebios przyznaje mu rację. R. Josué, rzecznik większości, komentuje to cytując werset z *Deuteronomium* XXX, 12 – „Tora nie znajduje się w niebiosach”²⁰⁸. „Jak to należy rozumieć? Otóż chodzi o to, że nie zdajemy się na głos niebieski, gdyż Tora dana nam na Górze Synaj, tam już postanowiła (*Exodus*, XXIII, 2): prawo kształtuje się podług zdania większości”^{209, 210}.

W dyskursie nad znaczeniem tekstu prawodawca musi milczeć. Jedyna możliwość, jaka pozostaje w jego dyspozycji, to władcze wkroczenie poprzez zmianę samego tekstu – co jednak jest już powrotem do dyskursu tworzenia prawa.

Krytyka taka wskazuje, że posługując się w ramach stosowania prawa kategorią woli prawodawcy, prawnik *de facto* odnosi się tu do pewnego konstrukt teoretycznego²¹¹. Jak zauważa Kozak, istnieją w tym względzie dwie podstawowe możliwości: można uznawać, że interpretator, odwołując się do „woli prawodawcy”, podstawia w to miejsce bądź własne przekonania (prawodawca jako *alter ego* interpretatora), bądź też określone uwarunkowania kulturowe (prawodawca jako konstrukt hermeneutyczny)²¹². W sposób zbliżony do ostatniego z zaprezentowanych rozumie odwołania do woli prawodawcy także Aarnio, argumentując, iż kategoria ta stanowi swoisty „czynnik pośredni” pomiędzy przyjętym sposobem rozumienia tekstu a możliwymi do wskazania na jego poparcie elementami zastanego „otoczenia prawnego”, będącymi wynikiem wcześniejszych praktyk w obrębie danej kultury prawnej (źródła prawa *sensu largo*)²¹³. Z tego względu odwołania do powyższej kategorii stanowią zdaniem fińskiego teoretyka jedynie zbędny zabieg terminologiczny²¹⁴. Na kulturowy sens kategorii prawodawcy w obrę-

²⁰⁸ Wedle przekładu Biblii Tysiąclecia: „Polecenie to bowiem, które ja ci dzisiaj daję (...) nie jest w niebiosach, by można było powiedzieć: Któż dla nas wstąpi do nieba i przyniesie je nam, a będziemy słuchać i wypełnimy je” – *Księga Powtórzonego Prawa* 30,11-12, przeł. ks. W. Borowski CRL, [w:] *Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu*, red. nauk. o. A. Jankowski OSB, Poznań 2002, s. 201. [Przypis – M.P.].

²⁰⁹ Dokładnie: „Nie łącz się z wielkim tłumem, aby wyrządzić zło. A zeznając w sądzie, nie stawaj po stronie tłumy, aby nagiąć prawo” – *Księga Wyjścia* 23,2, przeł. ks. S. Łach, [w:] *Pismo święte...*, s. 89. Sposób odczytania powyższego fragmentu w przywoływanej opowieści sam w sobie może zatem stanowić wyjątkowo wyrafinowany przykład zajęcia twórczej postawy w dyskursie nad znaczeniem tekstu. [Przypis – M.P.].

²¹⁰ Ch. Perelman, *Logika prawnicza...*, s. 201-202.

²¹¹ A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 147 i n.; tenże, *Charakterystyka kategorii...* Koncepcja „racjonalnego prawodawcy” zaproponowana przez Leszka Nowaka stała się przedmiotem powszechnie znanej i niezwykle bogatej dyskusji w obrębie polskiego prawniczości.

²¹² A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 148-155.

²¹³ A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal...*, s. 27-28.

²¹⁴ Z tym ostatnim stwierdzeniem Kozak jednak prawdopodobnie by się nie zgodził, wskazując na ważną rolę, jaką mają do spełnienia odwołania do rozumianej jako „fakt kulturowy” woli prawodawcy.

bie praktyki prawniczej wskazuje także Marek Zirk-Sadowski. Autor ten rozważa, stanowiące istotny element rodzimego dyskursu prawniczego, założenie o racjonalności prawodawcy, uznając je za składową kompetencji komunikacyjnej, której posiadanie stanowi konieczny warunek uczestnictwa w określonej kulturze²¹⁵.

Z powyższych ustaleń płynie wniosek, że rzeczywista odpowiedzialność za określenie „woli ustrojodawcy” spoczywa na przedstawicielach praktyki prawniczej. Odwołania do rozpatrywanej kategorii okazują się odwołaniami do ustaleń samej praktyki. Celna wydaje się prezentowana teza Kozaka, że obraz „prawodawcy” i jego „woli” stanowi naprawdę pewien fakt kulturowy, konstruowany przez tę praktykę, w oparciu o – jak wskazuje Aarnio – akceptowane w jej ramach przekonania, ustalenia, materiały czy schematy postępowania.

Jak zostało już zasygnalizowane wcześniej, część argumentów pojawiających się w dyskursie nad konstytucyjnym systemem źródeł prawa, które zdawać się mogą odwołaniami do woli empirycznie rozumianego ustrojodawcy, można czytać właśnie na sposób zbliżony do propozycji Kozaka. Chodzi tu o te argumenty, które sięgają do kategorii „zamiaru twórców konstytucji”²¹⁶. Przy przyjęciu powyższych założeń, można traktować je jako wskazujące nie tyle na wolę prawodawcy, co właśnie na określony kontekst kulturowy, kształtowany przez orzecznictwo, wypowiedzi doktrynalne, publicystykę prawniczą, a w pewnym stopniu także dyskusje na forach politycznych. Pojęcie „twórców konstytucji” rozumiane by tu było szeroko, jako ogół uczestników praktyki, wpływających na kształt dyskursu prawniczego i jego kulturowego otoczenia.

7. Ostatnią spotykaną grupę argumentów stanowią odwołania do zgodnych poglądów praktyki. Szczególne znaczenie w tej grupie przypisuje się także zgodnej i konsekwentnej linii orzecniczej Trybunału Konstytucyjnego.

Argument powyższy traktowany bywa jako pomocniczy, wspierający argumentację opartą na dwóch wcześniejszych typach uzasadnień²¹⁷. Jak jednak wynika z wcześniejszych ustaleń, zarówno niekonkluzywny wynik wykładni językowej, jak i charakter odwołań do woli ustrojodawcy sprawiają, że argument ten uznać należy za podstawowy. To dzięki zgodnej opinii praktyki możliwe okazuje się uznanie konstytucyjnie ukształtowanego systemu źródeł prawa za charakteryzujący się dychotomicznym podziałem źró-

²¹⁵ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie...*, s. 81 i n.

²¹⁶ Posługują się nimi m.in. L. Garlicki (*Konstytucyjny system...*, s. 39) oraz S. Wronkowska (*Koncepcja źródeł...*, s. 15).

²¹⁷ Por. w tym względzie cytowaną już wypowiedź S. Wronkowskiej, która stwierdza, że „zgodność poglądów doktryny (...) nie zwalnia jednak od odpowiedzi na pytanie, (...) jakie argumenty przekonują, że w tekście konstytucji dano wyraz koncepcji «zamkniętego» systemu źródeł prawa” – opinia przed TK w sprawie K 25/99.

deł oraz zamkniętym katalogiem źródeł powszechnie obowiązujących. Występująca w praktyce *communis opinio* odpowiada z jednej strony za „dopełnienie” niejasnych miejsc w tekście konstytucji, z drugiej zaś za ostateczne określenie treści „woli ustrojodawcy”.

W niektórych zresztą zagadnieniach szczegółowych praktyka sama uznaje własną kompetencję, przyznając, że to na niej spoczywa zadanie ostatecznego określenia kształtu systemu źródeł prawa. Dzieje się tak np. w kwestii tzw. niepisanych źródeł prawa (lub, na gruncie prawa administracyjnego, źródeł „swoistych” i „niezorganizowanych”) – tj. przede wszystkim zwyczaju, ale także precedensu prawotwórczego, niepisanych zasad podstawowych czy prawa natury. Dość zgodnie podnosi się tu, że milczenie konstytucji na ich temat nie oznacza ich wykluczenia, a jedynie pozostawienie właśnie praktyce określenia ich ewentualnego miejsca w systemie źródeł prawa²¹⁸. Pogląd ten stopniowo zdobywał szeroką akceptację i dziś uznać go można za stanowisko przeważające²¹⁹. Dokonuje się w tym miejscu znamienne różnicowanie stanowisk w odniesieniu do „źródeł pisanych”, co do których przyjmuje się, iż milczenie ustrojodawcy oznacza zakaz tworzenia w ten sposób prawa w innych niż przewidziane formach, oraz do „źródeł niepisanych”, gdzie przyjmowane są odmienne założenia. Można postawić pytanie, czy różnicowanie to jest zasadne i czy w odniesieniu do wszelkich rodzajów źródeł prawa nie należałoby uznać rozstrzygającej roli praktyki.

Uznanie roli praktyki w określaniu pozycji „źródeł niepisanych” w systemie nie przeszkadza formułowaniu w tym obszarze kategorię sądów, sugerujących, że odnoszą się one do jakiejś obiektywnie stwierdzonej rzeczywistości. Przykładem może być tu np. teza, iż źródła te, szczególnie precedens lub zwyczaj, mają w polskim porządku prawnym znaczenie źródeł niesamoistnych (w rozumieniu określonym przez Lecha Morawskiego²²⁰), przez co nie mogą stanowić one jedynej podstawy rozstrzygnięcia, zwłaszcza gdyby przybierać miało ono charakter decyzji *contra legem*²²¹.

²¹⁸ Zob. np. W. Gromski, *Niektóre filozoficzno-teoretyczne...*, s. 98-99; S. Wronkowska, *Źródła prawa...*, s. 34-35; tejsze, *O źródłach prawa...*, s. 118; R. Piotrowski, *Koncepcja prawa...*, s. 9 i n.; A. Preisner, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe*, [w:] J. Trzciniński (red.), *Charakter i struktura...*, s. 194-195; L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, PiP 1996, nr. 10, s. 3-12; L. Garlicki, *Konstytucyjny system...*, s. 39; K. Działocha, *Źródła prawa...*, s. 28; tenże, *Konstytucyjna koncepcja prawa...*, s. 322. Prawo zwyczajowe niejako „tradycyjnie” uznają także przedstawiciele nauki prawa cywilnego: zob. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 298; M. Safjan, *Refleksje o roli zwyczaju*, [w:] A. Nowicka i in. (red.), *Prawo prywatne...*, s. 89 i n.; P. Polański, *Zwyczaj w okresie rewolucji technologicznych*, PiP 2007, nr 12. Z kolei o kategorii źródeł „swoistych” oraz „niezorganizowanych” w prawie administracyjnym zob. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne...*, s. 86 i n.; tenże, *Źródła prawa...*, s. 58-61; D. Dąbek, *Współczesne pojęcie...*, s. 83-93; J. Boć (red.), *Prawo administracyjne...*, s. 112-123.

²¹⁹ Dziwi w tym kontekście pogląd głoszony stosunkowo niedawno przez M. Safjana, uznający tego typu stanowisko za „rzadziej reprezentowane w piśmiennictwie” – *Refleksje o roli...*, s. 90.

²²⁰ Zob. L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 242 i n.

²²¹ Tak np. E. Gdulewicz i W. Zakrzewski w: W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo...*, s. 42-43.

Za przejaw dowartościowania roli praktyki uznać można także te głosy, w których zwraca się uwagę na znaczenie orzecznictwa, przede wszystkim Trybunału Konstytucyjnego. Rola tego ostatniego w dookreślaniu postanowień konstytucji, w tym przewidzianego w nich systemu źródeł prawa, jest oczywista i uznana w literaturze. Jak pisał Działocha, „bez tego orzecznictwa nasza wiedza o konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa byłaby znacznie uboższa i nie wystarczająca z punktu widzenia potrzeb praktyki prawnej”²²².

Jeszcze silniej, a zarazem w sposób bardziej ogólny, znaczenie poglądów obecnych w praktyce ujawnia się w przypisywaniu im roli wyznaczników kontekstu, w jakim działa ustrojodawca, kształtując treść konstytucji. Jak była już mowa, w ten sposób rozumieć można także podkreślanie znaczenia zamiarów „twórców konstytucji”. Szmyt w tym kontekście stwierdza wręcz, iż „jest oczywiste, że nowe unormowania konstytucyjne powstawały w pewnym nawiązaniu do rozwiniętych wcześniej koncepcji doktrynalnych i dorobku orzeczniczego”²²³. Podnosi się tu, że wobec wymogów zwięzłości tekstu ustawy zasadniczej, a zarazem jego znacznego „ładunku teoretycznego”, tekst ten powinien wyraźnie wypowiadać się przede wszystkim w kwestiach niejasnych bądź spornych, może natomiast pomijać milczeniem te elementy konstrukcji systemu, co do których panuje zgoda w praktyce²²⁴. *Communis opinio* dostarczać by miała w ten sposób milczących założeń, przyjmowanych przez ustrojodawcę. Jeśli zatem w okresie bezpośrednio poprzedzającym uchwalenie konstytucji, w dyskusjach dotyczących kolejnych jej projektów, czy w postulatach doktryny powszechnie podnoszono postulat zamknięcia systemu źródeł prawa, a także akceptowano model dychotomicznego podziału źródeł, uznać należałoby, że konstytucja, milcząc w tych kwestiach, głosy te zaaprobowała.

Argument powyższy, choć także nawiązujący pośrednio do problematycznej konstrukcji woli ustrojodawcy, wydaje się godny rozważenia. Trudno oczekiwać, aby tekst aktu prawnego tworzony był w „sytuacji zero”, odrzucającej jakiegokolwiek nawiązania do zastanej tradycji, choćby terminologicznej. Byłoby to niemożliwe już ze względu na samą istotę wypowiedzi w języku, stanowiącym przecież zjawisko kulturowe. Przy lekturze tekstu ustawy zasadniczej nie można zatem pominąć jej aspektu intertekstualnego. W tym kontekście Wronkowska zauważa: „Każdy akt normatywny tworzy się na gruncie zastanej kultury prawnej. Uwaga ta dotyczy zwłaszcza konstytucji, które są zazwyczaj aktami zwięzłymi, ale właśnie dlatego zrozumienie zawartych w nich norm wyma-

²²² K. Działocha, *Konstytucyjna koncepcja prawa...*, s. 325.

²²³ A. Szmyt, *Od redaktora...*, s. 5.

²²⁴ S. Wronkowska, *Koncepcja źródeł...*, s. 15; K. Działocha, *Uwagi do Rozdziału III...*, s. 9-10. Jako przykład wykorzystania tego argumentu do rozstrzygnięcia problemów szczegółowych zob. tenże, *Zamknięty system...*, s. 17.

ga znajomości całej ukształtowanej historycznie kultury politycznej i prawnej, z której wyrastają. Jeżeli więc ustrojodawca zamierza zmienić jakieś fakty prawotwórcze albo katalog tych faktów wzbogacić, powinien dać temu wyraz w tekście prawnym. W przeciwnym razie są wszelkie podstawy, by w przypadkach wątpliwych przyjąć, że zmiana nie nastąpiła²²⁵.

Wreszcie wskazać można na jeden jeszcze argument o charakterze ogólnym, odnoszący się do samego pojęcia systemu (prawa czy źródeł prawa). Argument ten w literaturze podnoszony jest *explicite* jedynie przez Winczorka, autor zwraca jednak uwagę także na jego zgodność z poglądem przeważającym wśród ogółu ekspertów Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego²²⁶. Jak zauważa on, „nadawanie zbiorowi norm postaci mniej lub bardziej koherentnego systemu jest (...) niekończącym się przedsięwzięciem i obowiązkiem praktyki prawniczej oraz nauki prawa. Ustawodawca konstytucyjny może co najwyżej dostarczać prefabrykatów używanych w realizacji tego przedsięwzięcia²²⁷. Stanowisko to jest zgodne z utrwalonym sposobem rozumienia pojęcia systemu prawa w teorii prawa, wedle której stanowi on „rezultat naukowego opracowania prawa obowiązującego²²⁸. Wyróżnić można w tym kontekście ontologiczne (jako realnie istniejące „dzieło” prawodawcy) oraz epistemologiczne (jako wynik specyficznego nastawienia poznawczego, przyjmowanego w ramach praktyki prawniczej wobec zbioru obowiązujących przepisów prawnych) rozumienie systemu prawa. O ile w dawniejszych pracach różnica między nimi nie jest w pełni uświadamiana i konsekwentnie stosowana²²⁹, współczesne teksty teoretycznoprawne, analogicznie do stanowiska Winczorka, wyraźnie wskazują jako bardziej uprawnione epistemologiczne rozumienie systemu²³⁰.

²²⁵ S. Wronkowska, *O źródłach prawa...*, s. 118.

²²⁶ Zob. P. Winczorek, *Kilka uwag...*, s. 29. Por. również wprowadzoną we wcześniejszych rozważaniach kategorię koncepcji systemu źródeł prawa, będącej także wytworem praktyki.

²²⁷ Tamże.

²²⁸ Zob. W. Lang, J. Wróblewski, W. Zawadzki, *Teoria państwa...*, s. 389.

²²⁹ Por. tamże, s. 389 i n.

²³⁰ WNP Leksykon, s. 166 [hasło: *System prawa*]; M. Błachut, J. Kaczor, P. Kaczmarek, A. Sulikowski, *Systemowość w myśleniu prawniczym*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008, s. 89 i n.

6. Uwagi podsumowujące

1. Zasada podziału na źródła prawa powszechnie i wewnątrznie obowiązującego oraz zasada zamkniętego systemu tych pierwszych traktowane są we współczesnym dyskursie prawniczym, toczonym na gruncie rozwiązań konstytucyjnych z 1997 r., jako wyraz rzeczywistego kształtu systemu źródeł prawa. Jako takie traktowane są jako niezależne od osobistych przekonań i preferencji poszczególnych uczestników dyskursu i uznawane są nawet w tych przypadkach, gdy *de lege fundamentalis ferenda* podnosi się postulaty ich modyfikacji. W odczuciu uczestników dyskursu wyznaczają tym samym nieprzekraczalną ramy praktycznego podejścia do problematyki źródeł prawa, zarówno z perspektywy tworzenia, jak i stosowania prawa.

Jednocześnie zasady te nie poddają się relatywizacji w odniesieniu do innych zasad czy wartości konstytucyjnych. Kontrowersje wokół kompetencji prawodawczych organów NBP i sposób ich rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny wskazują, że są one odbierane jako założenia z gruntu niepodważalne, nie poddające się procedurze „ważenia”, jaka może mieć miejsce w odniesieniu do innych zasad konstytucyjnych²³¹. Powyższe względy uzasadniają wniosek, iż zasady te, w szczególności zasada zamkniętego systemu, ujmowane są w dyskursie na sposób ontologiczny, a budowana w oparciu o nie argumentacja przybiera charakter argumentacji analitycznej.

2. Konstytucja z 1997 r. różni się znacznie od tej z roku 1952, w jednym jednak pozostają podobne: obydwie rodzą liczne wątpliwości w zakresie uregulowania w nich systemu źródeł prawa. W tej materii zmieniło się wiele, jednak mniej, niż zwykło się twierdzić. Tekst obecnej konstytucji zawiera tu liczne niejasności, łącznie z podstawową, czy w ogóle na jego gruncie mówić można o obowiązywaniu rozważanych zasad. Owszem, można dopatrzeć się istotnych argumentów za uznaniem ich ważności. Po pierwsze jednak, nie są to argumenty w pełni rozstrzygające, po drugie zaś przeciwstawić im można kontrargumenty, mogące w konsekwencji prowadzić do ich odrzucenia.

Jeśli zatem w praktyce powszechnie niemal przyjmuje się zasadę podziału źródeł oraz zasadę zamkniętego systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego, a także uznaje ważność budowanych w oparciu o nie argumentów w dyskursie, to stanowi to wynik nie tyle lektury postanowień ustawy zasadniczej, co uprzednio przyjętych założeń. Nie można też przystać na tezę, iż założenia te stanowią jedynie formę uznania założeń i zamiarów przyjętych przez ustrojodawcę. Czy może raczej: zgodzić się z tym można tylko przy zastrzeżeniu, że same te zamiary są definiowane przez praktykę.

²³¹ Zob. P. Tuleja, *Interpretacja konstytucji*, [w:] J. Trzciniński, A. Jankiewicz (red.), *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 481 i n.

Powyższe konkluzje prowadzą do paradoksalnego na pierwszy rzut oka wniosku, iż to sama praktyka ponosi odpowiedzialność za wypracowanie owych założeń. Mamy tu do czynienia z sytuacją, w której praktyka wytwarza kontekst, w którym następnie funkcjonuje. W ten sposób zarówno narzuca sobie samej określone rygory, jak i dostarcza sobie podstaw ważności własnych działań.

3. Powracają tu pytania postawione we Wprowadzeniu przy okazji analizy orzecznictwa: po pierwsze, co pozwala na przyjęcie założenia o obiektywnie zamkniętym kształcie systemu źródeł prawa; po drugie, jakie czynniki nadają mu moc niepodważalnego fundamentu tego systemu; po trzecie wreszcie, skąd odwołania do niego w praktyce czerpią swą legitymizację. W kontekście ostatnich rozważań pytania te jednak należałoby nieco przeformułować.

Pytanie pierwsze jest w rzeczywistości pytaniem o powody „przejścia” od aksjologicznej do ontologicznej interpretacji zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Na poziomie argumentacji oznacza to pytanie o przyczyny umożliwiające zastąpienie argumentacji dialektycznej przez analityczną. Zostało dowiedzione, że przejście to dokonuje się siłą samej praktyki, wskutek jej własnych ustaleń i wypracowanych reguł. Należy zatem spytać, jakie mechanizmy rządzące praktyką pozwalają jej na odgrywanie tak istotnej roli w określaniu kontekstu i reguł własnych działań.

Analogicznie potraktować należałoby pytanie drugie. Jest ono zresztą jedynie rozwinięciem pierwszej kwestii. Celem udzielenia na nie odpowiedzi, wskazać należałoby na takie mechanizmy w obrębie praktyki, które prowadzą do wypracowania tak silnych i niepodważanych podstaw ontologicznych dla działania.

Wreszcie z nową ostrością pojawia się pytanie o legitymizację. Skoro bowiem praktyka niejako sama dla siebie określać ma kontekst i „warunki gry”, rodzi to realne obawy o możliwość nadużyć i dowolności w tej sferze. Zasadne jest zatem pytanie, co sprawia, że określone przez nią reguły uznawane są za prawomocne i wiążące – nawet jeśli podporządkowanie się im oznaczać może niekorzystne skutki dla uczestnika dyskursu. Na pytania te odpowiedzi dostarczyć mogą koncepcje teoretyczne wykorzystujące kategorię instytucjonalizacji. W ich obrębie zatem poszukiwać będzie się rozwiązania przedstawionych problemów w kolejnej części pracy.

CZEŚĆ TRZECIA

ROZDZIAŁ V

Instytucjonalizacja praktyki

1. Uwagi wprowadzające

1. Rozważania prowadzone w poprzedniej części pracy doprowadziły do wniosku, iż praktyka prawnicza, w której ramach przyjęte zostają określone założenia, sama odpowiada za możliwość przejścia od aksjologicznej interpretacji zasady zamkniętego systemu źródeł prawa – jako postulatu opartego na rozstrzygnięciach z zakresu aksjologii porządku prawnego – do ontologicznej interpretacji Zasady, gdzie jej ważność oparta zostaje na uznaniu za obiektywny fakt istnienia systemu źródeł prawa o charakterze zamkniętym. Spośród najczęściej przyjmowanych uzasadnień tego ostatniego – odwołujących się bądź do treści przepisów konstytucyjnych, bądź do „woli ustrojodawcy”, bądź też do zgodnych poglądów uczestników praktyki – jedynie ta ostatnia grupa wydaje się przekonująca. Wynika z tego wniosek, iż praktyka ta zdolna jest do podjęcia zadań, których realizacja wydawać by się mogła niezwykle trudna: po pierwsze, sama kreuje ona pewien obszar rzeczywistości symbolicznej, który uznany zostaje za obiektywnie istniejący; po drugie, wyznacza ona zbiór reguł działania, które następnie traktowane są jako obiektywnie wiążące w ramach tejże praktyki. Dodać można, po trzecie, że rozwiązanie znajduje także kwestia uprawomocnienia tak ukształtowanej praktyki. W konkluzji poprzedniej części pracy w sposób naturalny pojawiło się zatem pytanie, dzięki czemu możliwe są wszystkie te zaobserwowane zjawiska.

Następująca część ma na celu udzielenie odpowiedzi na tę kwestię. O ile w ramach obecnego rozdziału odpowiedź taka będzie poszukiwana w odniesieniu do ogólnie ujmowanej praktyki społecznej, rozdział kolejny będzie miał za zadanie przełożyć dokonane tu ustalenia na interesujący nas obszar dyskursu prawniczego. Dla realizacji tak wyznaczonego celu wykorzystana zostanie teoretyczna koncepcja instytucjonalizacji. Kategoria ta, wraz z powiązаныmi z nią kategoriami obiektywizacji oraz świata życia,

pozwole rozjaśnić niektóre prawidłowości rządzące praktyką społeczną, w tym: dyskursem prawniczym.

Pojęcie instytucjonalizacji, szeroko wykorzystywane w naukach społecznych, może na ich gruncie być rozumiane niejednorodnie. Dla doprecyzowania przyjętego w pracy znaczenia wprowadzone zostaje rozróżnienie pomiędzy instytucjonalizacją pierwotną i wtórną. Stwierdzić można, iż na gruncie nauk prawnych przeważa rozumienie tego pojęcia na drugi ze sposobów, łączony z działaniem o charakterze formalnym, celowym i jawnym. W odróżnieniu do tego rozpowszechnionego podejścia, w pracy nacisk położony zostaje na pojęcie instytucjonalizacji pierwotnej, powiązanej z procesami nieformalnymi, a często także niezamierzonymi¹.

Pojęcia instytucjonalizacji, a także powiązanej z tą pierwszą obiektywizacji, tłumaczą sposób, w jaki w praktyce społecznej dochodzi zarówno do wykształcania się reguł działania, jak i kreacji specyficznej sfery znaczącej rzeczywistości, stanowiącej kontekst działania. W ramach rozdziału przybliżone zostają zarówno odpowiadające użytych pojęciom procesy, jak i podstawowe ich skutki. Zostaje także zwrócona uwaga na specyficzną formę zobiektywizowanej rzeczywistości, jaką stanowi sfera świata życia. Szczególną cechą, jaką odznacza się ta ostatnia, jest jej niepodważalny i nieugruntowany charakter.

W rozdziale wydobyty zostaje szczególnie związek, jaki łączy obydwie wskazane już konsekwencje instytucjonalizacji: regulację działań i kreację rzeczywistości (kontekstu działania). Obydwa te skutki wykazują tendencję do wzajemnego wspierania się i „utwierdzania” swej ważności. Wreszcie, podjęty zostaje na koniec problem legitymizacji. Podkreślenia w tym kontekście wymaga przede wszystkim fakt, że legitymizacja ta – inaczej, niż można by oczekiwać na podstawie utartych skojarzeń językowych – odwołuje się głównie do sfery faktyczności, jaką stanowi instytucjonalnie wytworzona rzeczywistość.

2. We współczesnym rozwoju nauk społecznych obserwować możemy prawdziwy rozkwit podejścia instytucjonalnego. Jest to zjawisko wyraźne zarówno w ekonomii (tzw. nowy instytucjonalizm), jak i w politologii czy socjologii. W naukach tych dostrzega się obecnie istotny wpływ instytucji społecznych na kształtowanie się praktyk gospodarczych, politycznych i społecznych. Stąd też rosnące zainteresowanie, jakim w literaturze cieszą się kategorie instytucji i instytucjonalizacji. Jednym z najszerzej znanych przykładów „zwrotu ku instytucjonalizmowi” jest pozycja *Budowanie państwa* Francisca Fukuyamy, w której autor określa nawrót zainteresowań problematyką instytucji i kultu-

¹ W jej charakterystyce opieram się przede wszystkim na propozycji Bergera i Luckmanna – zob. tychże, *Spoleczne tworzenie..., passim*.

ry, jaki daje się zaobserwować w naukach społecznych, mianem „ponownego odkrycia koła”². Podejście takie zdaje się być tym bardziej uprawnione w naukach prawnych, mających za swój przedmiot „najbardziej złożoną i pouczającą z naszych instytucji społecznych”³. Nie dziwi więc, że w obrębie teorii prawa niemal powszechnie mówi się o instytucji, zinstytucjonalizowanym działaniu czy instytucjonalizacji⁴.

James March i Johan Olsen na gruncie nauki o polityce przeciwstawiają podejście instytucjonalne takiej koncepcji polityki, która jest:

1) kontekstualna, przedstawiająca politykę jako nieodłączną część społeczeństwa i mniej skłonna do odróżniania systemu politycznego od reszty życia społecznego; 2) redukcjonistyczna, postrzegająca zjawiska polityczne jako łączne skutki zachowania jednostek, mniej skłonna przypisywać rezultaty polityki strukturom organizacyjnym i regułom odpowiedniego zachowania; 3) utylitarystyczna, za źródło działań uznająca świadome kierowanie się korzyścią własną, mniej skłonna uznawać działanie za reakcję na zobowiązania i powinności; 4) instrumentalistyczna, określająca podejmowanie decyzji i alokację zasobów jako kluczowe kwestie w życiu politycznym, mniej uwagi poświęcająca sposobom organizacji życia politycznego wokół kształtowania znaczenia przez symbole, rytuały i ceremonie; a także 5) funkcjonalistyczna, postrzegająca historię jako efektywny mechanizm dochodzenia do równowagi, w mniejszym stopniu uwzględniająca możliwość niedostosowania i niejasności w rozwoju historycznym⁵.

Uwagi te *mutatis mutandis* odnieść można do teorii prawa. Dla prowadzonych rozważań największe znaczenie mieć będą wnioski płynące z przeciwstawienia instytucjonalizmu koncepcji redukcjonistycznej, utylitarystycznej i instrumentalistycznej. Wylania się z nich obraz teorii, która rozumie działanie społeczne jako działanie znaczące, osadzone w szerszych strukturach społecznych i podporządkowane odpowiednim regułom, tworzącym istotne dla uczestników praktyki zobowiązania i powinności. O niektórych spośród tych właściwości mowa była już w rozdziale pierwszym pracy, podczas formułowania założeń w przedmiocie charakteru dyskursu prawniczego, rozumianego jako praktyka społeczna, w ramach przyjętego prakseologicznego sposobu jego pojmowania. Jak widać, założenia te pozostają zgodne z optyką teorii instytucjonalnych – jeśli pominać dalsze szczegółowe różnice między tymi ostatnimi. Ten obraz praktyki rozwinęty zostanie w obecnym rozdziale.

² F. Fukuyama, *Budowanie państwa. Władza i ład międzynarodowy w XXI wieku*, przeł. J. Serwański, Poznań 2005, s. 94 i n.

³ R. Dworkin, *Imperium prawa...*, s. 11.

⁴ Posługują się tymi terminami m.in. J. Raz, R. Alexy, R. Dworkin, O. Weinberger, N. MacCormick, A. Grabowski, A. Kozak i wielu innych.

⁵ J. March, J. Olsen, *Instytucje. Organizacyjne...*, s. 11.

2. Instytucjonalizacja pierwotna i wtórna

1. We współczesnych teoriach z obszaru nauk społecznych, o których mowa była w poprzednim podrozdziale, widoczny jest jeden niezwykle istotny podział w sposobie rozumienia pojęć instytucji i instytucjonalizacji. Podział ten oddany zostanie poniżej poprzez rozróżnienie pomiędzy instytucjonalizacją pierwotną i wtórną, której omówienie dokonane będzie na przykładzie koncepcji z zakresu nauk prawnych.

Jak stwierdza Joseph Raz: „Wielu filozofów prawa – jeśli nie wszyscy – zgadzało się, że jedną z definicyjnych cech prawa jest fakt, iż jest ono zinstytucjonalizowanym systemem normatywnym”⁶. Zdanie to, z którym wypada się zgodzić, podkreśla popularność i znaczenie kategorii instytucji we współczesnej refleksji teoretycznoprawnej. Zarazem jednak uzupełnić należałoby je o stwierdzenie, iż kategoria ta w większości ujęć rozumiana jest w specyficzny sposób, stanowiący tylko jedną z możliwości jej interpretacji. To najbardziej w prawoznawstwie rozpowszechnione podejście określać będą mianem instytucjonalizacji wtórnej.

Dla ukazania sposobu rozumienia omawianych kategorii w ramach takiego podejścia, sięgnijmy do rozważań samego Raza. Autor ten jako paradygmatyczne jego zdaniem przykłady instytucji wymienia „instytucje stosujące normy, w rodzaju sądów, trybunałów, policji itp., oraz instytucje tworzące normy, w rodzaju zgromadzeń konstytucyjnych, parlamentów itp.”⁷ Spośród tych szczególnie jego zainteresowanie budzą instytucje, „które w szczególności sposób łączą tworzenie norm i ich stosowanie”⁸, np. organy władzy sądowniczej. To, co rzuca się w oczy najwyraźniej, to formalny charakter tak rozumianych instytucji. Ten ich aspekt przejawia się na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, powstają one w formalny sposób, w wyniku ustanowienia przez określone normy (normy prawne). Po drugie, wyposażone są w formalny (oficjalny) autorytet, uprawniający je do wydawania autorytatywnych i wiążących rozstrzygnięć⁹. Po trzecie, autorytet taki wydaje się nierozłącznie związany i zależny od istnienia jakiejś formy oficjalnej, zorganizowanej władzy w społeczeństwie. Wreszcie po czwarte, z powyż-

⁶ J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, przeł. P. Maciejko, Warszawa 2000, s. 106.

⁷ Tamże. Jest prawdą, że Raz zdaje się tym samym rozumieć pojęcie instytucji w sposób odmienny od przyjętego w pracy, gdzie oznaczają one pewne uporządkowane schematy działania. Użyte przez autora wyrażenia (sądy, policja, parlament itp.) mogą jednak być ewentualnie interpretowane jako obrazowe określenia dla wyodrębnionych zespołów praktyk. Typologię sposobów rozumienia pojęcia instytucja przedstawia M. Malikowski, *Instytucja i instytucjonalizacja jako kategorie teoretyczne socjologii*, [w:] „Studia Socjologiczne” 1989, nr 1, s. 138-140. Ujęcie Raza byłoby najbliższe jej pojmowaniu formalnoprawnemu, to zaś prezentowane tutaj – behawioralnemu (ew. aksjologiczno-normatywnemu).

⁸ J. Raz, *Autorytet prawa...*, s. 109.

⁹ Raz zdaje się ściśle łączyć oficjalny, autorytatywny i wiążący charakter orzeczeń sądowych – por. tamże.

szym łączy się także istnienie formalnych sankcji, które również pozostają w gestii instytucji.

W takim ujęciu proces instytucjonalizacji posiada kilka cech charakterystycznych. Po pierwsze, także on posiada charakter sformalizowany, łącząc się w sposób nieunikniony z istnieniem zorganizowanej władzy i oficjalnych autorytetów. Po drugie, co do zasady zostaje wzmocniony przez zorganizowany system sankcji. Po trzecie, ma charakter jawny; jego ukrywanie byłoby sprzeczne z jego istotą i czyniłoby instytucjonalizację zupełnie nieskuteczną. Po czwarte, przybiera postać działań świadomych i celowych, podejmowanych przez określone podmioty, zazwyczaj z góry do tego wyznaczone poprzez przypisanie im odpowiednich kompetencji.

Rozumienie instytucjonalizacji zachowań, bądź odpowiadających im reguł, jako nadawanie im oficjalnego charakteru jest, jak zostało już zaznaczone, szeroko rozpowszechnione w teorii i filozofii prawa. Oprócz Raza jako przedstawicieli takiego podejścia wymienić można m.in. Ronalda Dworkina¹⁰ czy Roberta Alexy'ego¹¹, a w krajowej literaturze – Andrzeja Grabowskiego wraz z Tomaszem Gizbert-Studnickim¹².

2. Charakterystyka instytucjonalizacji pierwotnej (zgodnie z przyjętym rozumieniem tego pojęcia) stanowi przedmiot szerszych rozważań w dalszych partiach rozdziału. W tym miejscu ograniczyć się zatem można do hasłowego jedynie wskazania podstawowych jej cech, które czynią ją w pewnym sensie antynomiczną w stosunku do instytucjonalizacji wtórnej. Na gruncie polskiej teorii prawa problem instytucjonalizacji pierwotnej podejmowany jest np. w ramach propozycji Kozaka¹³; do takiego jej ujęcia odwoływał się także Zirk-Sadowski¹⁴.

Instytucjonalizacja w tym ujęciu stanowi zatem proces żywiołowy i spontaniczny, zachodzący „oddolnie” w praktykach społecznych. Nie oznacza to, że wszyscy uczestnicy praktyki muszą zachowywać taki sam wpływ na jej przebieg; zjawiskiem typowym

¹⁰ Dotyczyć to będzie przede wszystkim pojęcia „praw instytucjonalnych”, jakkolwiek koncepcja Dworkina w tym miejscu jest dość złożona, a niektóre przynajmniej wypowiedzi dają się odczytywać także w duchu instytucjonalizacji pierwotnej – zob. R. Dworkin, *Biorąc prawa...*, *passim*, zwł. s. 175-176 i 190-193.

¹¹ Zob. R. Alexy, *A Theory of Legal...*, s. 211.

¹² T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Istnienie, prawdziwość i logika norm – jeszcze o nielingwistycznej koncepcji normy*, [w:] J. Hartman (red.), *Filozofia i logika. W stronę Jana Woleńskiego*, Kraków 2000, s. 212. Autorzy ci łączą predykat „instytucjonalny” z „formalnym”, przedstawiając inspirującą koncepcję normy prawnej jako „zinstytucjonalizowanego, skonwencjonalizowanego, formalnego i w pierwszym rzędzie pozajęzykowego aktu mowy”. Jednocześnie dodają jednak za Searlem, iż *de facto* „wszystkie akty mowy mają charakter instytucjonalny, bo w istocie język jest «paradygmatycznym paradygmatem instytucji»” – tamże.

¹³ Zob. zwł. A. Kozak, *Granice prawniczej...*, *passim*.

¹⁴ M. Zirk-Sadowski, *Prawo wewnętrzne a prawo międzynarodowe publiczne. Zarys zagadnień teoretyczno-prawnych*, PiP 1988, nr 6.

jest funkcjonowanie pewnych podmiotów czy środowisk cieszących się rzeczywistym autorytetem (bądź też rzeczywistą, nieoficjalną władzą), które nie są jednak wyodrębnione na sposób formalny.

Choć nie ma takiej konieczności, instytucjonalizacja pierwotna często przybiera niejawny charakter, pozostając zasłonięta przed uczestnikami praktyki. Nie nabiera ona charakteru oficjalnego, co nie oznacza, iż nie posiada mocy wiążącej. Ta ostatnia wpływa jednak z innych źródeł, często przybierając postać przekonania o obiektywnej konieczności postępowania w zgodzie z instytucjonalnymi regułami. Ta cecha instytucjonalizacji pierwotnej określana jest w pracy jako „ontologizacja” kontroli. Tym samym instytucjonalizacja nie jest tu powiązana z istnieniem oficjalnego systemu sankcji (jakkolwiek dość powszechne wydaje się istnienie wspierających ją tzw. sankcji rozsiarnych).

3. Mimo oczywistych różnic pomiędzy dwoma rodzajami instytucjonalizacji (nadających rozróżnieniu, jak zostało powiedziane, charakter wręcz antynomii), przeciwstawianie ich sobie jako „konkurencyjnych” zjawisk społecznych byłoby zabiegiem chybnym. Nie pozostają one względem siebie w sprzeczności – przeciwnie, częściej będą raczej wspierać się wzajemnie. W normalnych okolicznościach dostatecznie konsekwentne działania oficjalnych autorytetów zdają się przejawiać skłonność do utrwalania się w formach właściwych instytucjonalizacji pierwotnej; z kolei zgodność celowo podejmowanych działań regulacyjnych z uwarunkowaniami społeczno-kulturowymi stanowi jeden z podstawowych czynników wspierających skuteczność tych pierwszych¹⁵.

Jednocześnie, określenia przyjęte dla obydwu typów instytucjonalizacji adekwatnie oddają zachodzącą między nimi relację. Jak zostanie wykazane w ramach prezentowanego rozdziału, instytucjonalizacja pierwotna tworzy warunki możliwości dla podejmowania skutecznego działania w społeczeństwie – zatem stoi także u podstaw instytucjonalizacji wtórnej, umożliwiając jej podjęcie. Jeśli ta ostatnia natomiast próbuje być realizowana w oderwaniu od rozpoznanych instytucji pierwotnych, prowadzi to zazwyczaj do jej nieskuteczności, a co najmniej ograniczenia zasięgu jej oddziaływania. Oficjalne instytucje bądź funkcjonują wówczas w granicach własnego dyskursu, poza

¹⁵ Por. np. F. Fukuyama, *Budowanie państwa...*, *passim*, zwł. s. 44-45. I.C. Kamiński, *Słuszność i prawo. Szkic prawnoporównawczy*, Kraków 2003, s. 200-222. Jeśli działania zmierzające do instytucjonalizacji wtórnej identyfikować z działaniem ze względu na cel (działaniem strategicznym), instytucjonalizacji pierwotnej zaś – z działaniem w zgodzie z regułami, związek między obiema orientacjami został zaznaczony już w rozdz. I pracy.

nim nie odgrywając większej roli, bądź też nabierają innego znaczenia, nie przewidzianego przez ich twórców¹⁶.

4. Pod adresem przyjętej w pracy perspektywy, skupiającej uwagę na mechanizmach instytucjonalizacji pierwotnej, zgłaszane być mogą dwojakiego rodzaju wątpliwości. Po pierwsze, może być ona posądzana o postawę redukcjonistyczną, w której ramach procesy społeczne postrzegane są wyłącznie jako mające charakter nieświadomy i niekontrolowany, zapoznaniu zaś ulega cała sfera refleksyjnego kierowania tymi procesami – czyli sfera instytucjonalizacji wtórnej¹⁷. Byłby to więc przykład redukcjonizmu niejako przeciwstawny temu, który opisują J. March i J. Olsen¹⁸.

Jako odpowiedź na tę wątpliwość wystarczają dotychczasowe uwagi co do relacji między obydwojoma rodzajami instytucjonalizacji. Dostrzeżenie znaczenia instytucjonalizacji pierwotnej w żadnej mierze nie oznacza uznania drugiej jej odmiany za nieistotną; jest raczej reakcją na częstą w obrębie nauk prawnych postawę, w której całą niemal uwagę skupia się na tej ostatniej, nie dostrzegając znaczenia pierwszej. Podkreślimy jednak raz jeszcze, że choć wyróżnione rodzaje instytucjonalizacji pozostają sobie przeciwstawne jako kategorie teoretyczne, między odpowiadającymi im zjawiskami społecznymi nie zachodzi relacja sprzeczności. Jest też potencjalnie do wyobrażenia takie podejście teoretyczne, które łączyć będzie w sobie obydwa ujęcia instytucjonalizacji¹⁹.

Druga wątpliwość wynikać może z uznania instytucjonalizacji pierwotnej za kategorię istotną dla określonego rodzaju społeczeństw, posiadającą natomiast niewielką wartość poznawczą w odniesieniu do innych. W szczególności, może ona być oceniana

¹⁶ Pouczającym i dobrze w polskim prawoznawstwie rozpoznany przykładem jest tu próba „transplantacji” obcego europejskiego porządku prawnego na grunt kultury japońskiej – por. L. Leszczyński, *Gyoseishido w japońskiej kulturze prawnej. Nieformalne działania administracji a prawo*, Lublin 1996, s. 31 i n.; I.C. Kamiński, *Śluszość i prawo...*, rozdz. IV.

¹⁷ Por. I.C. Kamiński, *Śluszość i prawo...*, s. 213-215. Autor na oznaczenie dwóch perspektyw badawczych, koncentrujących uwagę bądź na instytucjonalizacji pierwotnej, bądź wtórnej, posługuje się spotykanymi w literaturze nazwami modelu kulturowego oraz instytucjonalnego.

¹⁸ Zob. J. March, J. Olsen, *Instytucje. Organizacyjne...*, s. 11.

¹⁹ Takie „mieszane” rozumienie instytucji przyjął, jak się zdaje, przykładowo Z. Bańkowski, *Bringing the Outside in the Ethical Life of Legal Institutions*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, Warszawa 2007, s. 193 i n. Zob. także wcześniejsze uwagi na temat pojęcia praw instytucjonalnych u Dworkina w przyp. 10. W zbliżony sposób instytucja wydaje się też być rozumiana na gruncie „pozytywizmu instytucjonalnego” MacCormicka i Weinbergera, inspirowanego ujęciem instytucji autorstwa Johna Searla. Stanowisko Searla, jakkolwiek proponuje jeden z bardziej rozpowszechnionych obecnie sposobów rozumienia pojęcia instytucji, różni się znacząco od perspektywy, do której odwołuje się na tych stronach. Stąd też w pracy abstrahuje od tradycji Searlowskiej. Na temat jej zastosowania w nauce prawa zob. N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986; M. Smolak, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998, rozdz. III; tenże, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012, rozdz. VII-VIII.

jako odpowiednia do opisu kształtowania się systemów przedprawnych w społeczeństwach pierwotnych²⁰. Z nieco innych względów oceniać ją można jako lepiej opisującą praktykę charakterystyczną dla kultury *common law*, której istotą jest dopuszczenie możliwości tworzenia prawa w drodze praktyki, mającej w pewnym sensie charakter „oddolny”. Byłaby ona wedle takiego poglądu mało przydatna do refleksji nad kształtowaniem się systemu źródeł prawa w kulturze prawa stanowionego, gdzie dominującą rolę odgrywają „odgórne” sposoby tworzenia prawa w formie stanowienia, zorientowane na racjonalność celowo-instrumentalną²¹.

Na powyższą wątpliwość udzielić można dwojakiego rodzaju odpowiedzi, zwracając uwagę na kulturowy bądź na teoretyczny aspekt zagadnienia. Pierwsza z nich sprowadza się do wskazania faktu, wielokrotnie potwierdzanego w literaturze przedmiotu, iż kultura prawa stanowionego oraz *common law* przejawiają obecnie tendencje do wzajemnego zbliżenia i upodabniania się do siebie. We współczesnej literaturze odrzuca się także od dawna wizję stanowienia prawa jako działania woluntarystycznego, nie uwarunkowanego szerszym tłem aksjologicznym, politycznym, kulturowym itp. Obydwa te fakty osłabiają znaczenie opozycji między kulturą prawa stanowionego a *common law*, mającej determinować różną wagę problematyki instytucjonalizacji pierwotnej.

Istnieje jednak powód głębszy, o teoretycznym charakterze, dla którego wątpliwość ta wydaje się nietrafiona. Owszem, Peter L. Berger i Thomas Luckmann, autorzy koncepcji, do której praca się odwołuje, przyznają, że instytucjonalizacja działań może w różnych społeczeństwach osiągać różny zasięg, poprzez co odgrywać będzie ona większe bądź mniejsze znaczenie w kształtowaniu praktyki²². Należy także, jak sądzę, uznać, iż pewne specyficzne dla danej kultury cechy mogą bądź sprzyjać, bądź też wpływać hamująco na procesy instytucjonalizacji pierwotnej²³. Ważne jest jednak uświadomo-

²⁰ Do instytucjonalizacji pierwotnej ograniczają się zmiany w obrębie analizowanych przez Harta przedprawnych porządków, składających się wyłącznie z norm pierwotnych. Pojawienie się w systemie norm wtórnych pozwala jednocześnie na dokonywanie zmian systemu w drodze instytucjonalizacji wtórnej. Zob. tenże, *Pojęcie prawa...*, s. 130-139. Por. także interpretację historycznej ewolucji porządków prawnych zaproponowaną przez Habermasa, w której autor dla określenia najbardziej pierwotnych form tego porządku odwołuje się do kategorii świata życia, powiązanej bezpośrednio, jak zobaczymy w rozdziale następnym, z omawianą kategorią instytucjonalizacji pierwotnej. Tenże, *Faktyczność i obowiązwanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, przeł. A. Romaniuk i R. Marszałek, Warszawa 2005, s. 34 i n.

²¹ Por. modele racjonalnego tworzenia prawa, cieszące się uznaniem w rodzimej kulturze prawnej, które pojęcie racjonalności sprowadzają zasadniczo do jej celowo-instrumentalnej interpretacji – E. Kustra, *Racjonalny ustawodawca. Analiza teoretycznoprawna*, Toruń 1980, rozdz. V-VII, zwł. s. 113-116 i 188-196; tejsze, *Podstawy teorii legislacji*, Toruń 1982, s. 82 i n.; S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań 1982, rozdz. V, zwł. s. 149-151; J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985, rozdz. VIII, zwł. s. 132-135.

²² P. Berger, T. Luckmann, *Spoleczne tworzenie...*, s. 131 i n.

²³ Za czynniki sprzyjające instytucjonalizacji pierwotnej w sferze praktyki prawniczej uznać należy m.in.: dominację magisterialnego stylu uzasadnień sądowych (por. np. E. Łętowska, *Kilka uwag...*, s. 33 i 53;

mienie sobie, że mimo tych potencjalnych różnic mechanizm instytucjonalizacji pierwotnej sam w sobie ma charakter uniwersalny; dochodzi do niej w każdym przypadku, w którym większa liczba działających wchodzi ze sobą w interakcje²⁴. Niemożliwe jest też do wyobrażenia ani społeczeństwo, ani rzeczywiście społecznie funkcjonujący porządek prawny, w którym nie istniałaby sfera zinstytucjonalizowanej praktyki. Nie przeczy temu fakt, na który wskazał Hart, że nowoczesne systemy prawne nie mogą obejść się także bez procesów instytucjonalizacji wtórnej.

3. Mechanizm instytucjonalizacji pierwotnej

1. Jedną z najciekawszych i najbardziej znanych w naukach społecznych teoretycznych interpretacji mechanizmu instytucjonalizacji pierwotnej zaproponowali wspólnie przywoływani już Berger oraz Luckmann. Została ona wyłożona najpełniej w ich wspólnej książce *Społeczne tworzenie rzeczywistości*, uznawanej za jedną z ważniejszych pozycji współczesnej socjologii wiedzy²⁵. Koncepcja ta obecna jest także w rozważaniach z zakresu polskiej teorii i filozofii prawa²⁶. Zostanie ona wykorzystana w pracy celem przede wszystkim ukazania skutków, jakie instytucjonalizacja wywołuje w sferze praktyki. O ile w rozdziale niniejszym rozważam ogólnie wpływ omawianego zjawiska na każdy rodzaj praktyki społecznej, rozdział następny podejmie to zagadnienie w kontekście dyskursu prawniczego.

też, *Udział trzeciej władzy w dyskursie społecznym – sądy i trybunały najwyższych instancji*, [w:] R. Hauser i in. (red.), *Państwo w służbie obywateli. Księga jubileuszowa Jerzego Świątkiewicza*, Warszawa 2005, s. 38-40; M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia i rozumienie...*, s. 95), jako przyczyniający się do podtrzymywania przekonania o istnieniu stabilnego, obiektywnego kontekstu rozstrzygnięcia wyznaczanego przez prawo i marginalizowaniu twórczej roli praktyki; przyjęty model edukacji prawniczej, jako nastawionej na formułowanie kategorycznych twierdzeń, sugerujących swój obiektywny i bezsporny charakter (por. np. E. Łętowska, *Kilka uwag...*, s. 38-42; M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia i rozumienie...*, s. 111); funkcjonowanie w systemie dominujących, rzeczywistych autorytetów, których znaczenie może dodatkowo rosnąć, jeśli posiadają one autorytet formalny w postaci kompetencji do dokonywania autorytatywnych i ostatecznych rozstrzygnięć (np. rola TK w określaniu kształtu systemu źródeł prawa). W tym kontekście rodzimą kulturę prawną uznać należałoby za bardziej nawet podatną na zjawisko instytucjonalizacji pierwotnej od krajów z kręgu kultury *common law*.

²⁴ Por. P. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie...*, *passim*, zwł. s. 131-133.

²⁵ Tamże, *passim*. Podejście, które prezentują autorzy, określane bywa jako fenomenologiczna socjologia wiedzy, lub, chyba trafniej, jako interakcyjno-fenomenologiczna socjologia wiedzy (por. M. Zemło, *Socjologia wiedzy w perspektywie interakcyjno-fenomenologicznej*, Lublin 2003).

²⁶ Zob. przede wszystkim pracę A. Kozaka, *Granice prawniczej...*, *passim*, zwł. s. 36-50. Z prac innych autorów zob. np. P. Kaczmarek, *Pytanie o użyteczność perspektywy (etno)centrycznej dla rozważań nad prawem*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność...*, s. 141 i n.; M. Król, *Teoretycznoprawna koncepcja prawomocności*, Łódź 1992, s. 11 i n.; J. Leszczyński, *Legitymizacja instytucji ujednocających orzecznictwo sądowe*, [w:] S. Waltoś, *Jednolitość orzecznictwa w sprawach karnych*, Zakamycze 1998, s. 35-41; tenże, *Problem tożsamości prawnika i jego alter ego w teorii prawa*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność...*, s. 157 i n.; M. Zirk-Sadowski, *Prawo wewnętrzne...*

2. Zanim przystąpimy do wyjaśnienia charakteru instytucjonalizacji, stosowne będzie omówienie poprzedzającego ją zjawiska nawyku, z którego instytucjonalizacja „wyrasta”²⁷. Zrozumienie natury nawyku staje się tym samym kluczem do podjęcia refleksji nad samą instytucjonalizacją.

W tym miejscu zacytujmy autorów omawianej koncepcji:

Wszelkie działanie ludzkie ma skłonność do przechodzenia w nawyk. Działanie o dużej częstotliwości zostaje ujęte we wzór, który następnie może być odtwarzany z zachowaniem ekonomii wysiłku i który, *ipso facto*, jest jako wzór postrzegany przez tego, kto go realizuje. (...) Dla jednostki działania nawykowe mają charakter znaczący; chociaż są nawykami, zostają włączone do ogólnych zasobów wiedzy i przyjęte przez nią do ewentualnego wykorzystania w przyszłości. (...)

Psychologicznie – nawyki przynoszą istotny zysk: ograniczają wybór. (...) Uwalnia to jednostkę od kłopotu „tych wszystkich decyzji” (...). Nawyk nadaje kierunek i charakter działaniu, czego nie zapewnia wyposażenie biologiczne²⁸.

Samo pojęcie nawyku zawiera już *in nucleo* ideę instytucjonalizacji. Nawyk, choć w sposób niedoskonały, posiada podobne cechy jak działanie zinstytucjonalizowane. Po pierwsze, jak podkreślają autorzy, nawyk w sposób istotny ogranicza wybór, a tym samym reguluje i kontroluje działanie. Można by zaryzykować stwierdzenie, iż pełni on funkcję regulacyjno-kontrolną; mówienie o funkcjach jest tu jednak o tyle kłopotliwe (nie wdając się nawet w spór o powiązania tego terminu z funkcjonalizmem i kontrowersje wobec tego ostatniego), że pojęcie funkcji uznawane jest zazwyczaj za kategorię społeczną. W omawianym przypadku mówić zaś by można jedynie o funkcjach psychologicznych nawyku, jako że nie ma on, o czym będzie jeszcze mowa, społecznej natury.

Nawyk jednak odsyła nas także do czegoś więcej, jego istnienie wywołuje daleko głębsze konsekwencje. Wiąże się to z faktem, iż działania nawykowego nie można rozpatrywać w ujęciu czysto behawioralnym. Działaniu temu towarzyszy bowiem wzór działania, bez którego nie można by uchwycić jego istoty. Nawyk jest więc powiązany z problematyką znaczenia; działania nawykowe mają charakter znaczący. Tym samym dostarczają one wstępnych definicji rzeczywistości²⁹.

Berger i Luckmann nie rozwijają powyższej charakterystyki nawyku, służy on im bowiem jedynie jako droga dojścia do kategorii instytucjonalizacji. Na nią, i na działanie

²⁷ Należy pamiętać, iż nawyk poprzedza instytucjonalizację w sensie logicznym, niekoniecznie zaś chronologicznym, jak bowiem piszą Berger i Luckmann, „w praktyce ważniejsza część przechodzenia ludzkiego działania w nawyk współwystępuje z jego instytucjonalizacją” – *Spoleczne tworzenie...*, s. 96.

²⁸ Tamże, s. 95

²⁹ Berger i Luckmann odwołują się tu do pragmatycznego pojęcia „definicji sytuacji”, pochodzącego od W.I. Thomasa – zob. tamże, s. 96; M. Zemło, *Socjologia wiedzy...*, s. 216-217. Do kategorii tej nawiązuje bezpośrednio także Schütz, którego prace wywarły decydujący wpływ na projekt teoretyczny powoływanych autorów – zob. A. Schütz, *Potoczna i naukowa...*, s. 145.

zinstytucjonalizowane, przerzucają więc swoje zainteresowanie. Można jednak zasadnie podnosić, iż działanie nawykowe już samo w sobie ma tę zdolność, którą przypisują oni instytucjom – zdolność kreacji pewnej rzeczywistości znaczącej, w której horyzoncie nabiera on dopiero pełnego sensu. Jak stwierdza Józef Tischner, nawyk wytwarza „strukturę czynnościową”, która „nosi w sobie odpowiadający jej projekt świata. Powtarzalność nawyku jest zarazem powtarzalnością projektu świata, w którym określone zachowanie ma sens”³⁰.

Nawyk zawiera więc już w sobie zdolność do wstępnej obiektywizacji znaczeń. Co zatem odróżnia go od działania zinstytucjonalizowanego? Przede wszystkim fakt, że nawyk, jak już zostało zaznaczone, nie posiada natury społecznej. Oczywiście, jako członek społeczeństwa mogę posiadać pewne nawyki, być może nawet przekazane mi przez to społeczeństwo właśnie. Jednak nie ma takiej konieczności; do pomyślenia jest istnienie określonych nawyków u mieszkańca bezludnej wyspy³¹. Sprawia to, że nawyki rozpatrywać można głównie na gruncie psychologicznym, nie zaś socjologicznym; nie będą też one same z siebie odgrywać istotnej roli przy analizie dyskursu, jako że nie funkcjonują w płaszczyźnie intersubiektywności. Nawyki, które mają charakter intersubiektywny i społeczny, to właśnie działania zinstytucjonalizowane. Warto podkreślić, że poprzez to zdolność nawyków do regulacji zachowania oraz obiektywizacji znaczeń, nawet jeśli istnieje, jest jednak daleko mniejsza niż w przypadku instytucji.

3. Interakcja społeczna okazuje się niezbędna dla dokonania przejścia od nawyku do instytucjonalizacji. „Instytucjonalizacja pojawia się, jeżeli tylko pewne rodzaje działających dokonują wzajemnej typizacji tych działań, które przekształciły się w nawyk. Mówiąc inaczej, każda taka typizacja jest instytucją”³². Autorzy przyznają, iż tak ujęta instytucjonalizacja staje się pojęciem bardzo szerokim, jednak – właśnie dlatego – jest ono ich zdaniem przydatne dla wszechstronnej analizy podstawowych procesów społecznych.

Wynika z powyższego, że instytucjonalizacja posiada wszelkie cechy nawyku, tzn. przede wszystkim reguluje praktykę, ograniczając swobodę decyzji. Jednak poprzez cechę wzajemności zyskuje ona wymiar społeczny. Tym samym jej zdolność do regulacji działania przewyższa nawyk, schemat postępowania bowiem uznawany jest nie tylko przez jednostkę, lecz zyskuje społeczną ważność. Na jego straży staje każdy, kto uczestniczy w in-

³⁰ J. Tischner, *Spór o istnienie człowieka*, Kraków 2001, s. 32. Tischner nawiązuje tu do myśli św. Augustyna, w której obecny jest jego zdaniem, przynajmniej w zarodku, taki sposób rozumienia nawyku. Ważniejsza jednak, w kontekście powiązania poglądów tego autora z propozycjami Bergera i Luckmanna, pozostaje inspiracja myślą fenomenologiczną.

³¹ Zob. P. Berger, T. Luckmann, *Spoleczne tworzenie...*, s. 96.

³² Tamże, s. 97.

stytucjonalnych interakcjach. Ponadto dzięki swej społecznej naturze instytucje zyskują cechę, która jest jednym z głównych źródeł względnej obiektywności świata instytucjonalnego – przekraczają horyzont życia jednostki, która w nich często rodzi się i umiera. To rozciągnięcie instytucji poza jednostkowy horyzont życia nie ma zresztą charakteru wyłącznie diachronicznego, lecz także synchroniczny. Instytucje „dzieją się” w interakcjach i praktykach, w których jednostka uczestniczy, ale także poza jej zasięgiem. Z konieczności istnienie nawyku musi zamykać się w horyzoncie trwania jednostki.

Stanowisko autorów nawiązuje do analizy świadomości jednostki³³. Co istotne jednak, w taki sam sposób scharakteryzować można interesującą nas tu relację między instytucją a poszczególnymi praktykami społecznymi. Jak zauważyliśmy w rozdziale pierwszym, praktyka taka ma charakter skończony. Zamyka się w poszczególnych interakcjach, posiadających względnie wyraźne granice³⁴. Poprzez to instytucja przekracza także każdorazowo wymiar konkretnej praktyki, wyznaczając dla niej szerszy kontekst, w którym ta ostatnia zostaje osadzona.

Konieczna jest jeszcze jedna uwaga odnośnie do regulacyjnego charakteru instytucjonalizacji, o charakterze raczej porządkującym. W tej właściwości instytucjonalizacji ujawnia się spójność koncepcji działania zinstytucjonalizowanego z obrazem wszelkiego działania społecznego w ogóle, którego fragmenty zostały przedstawione w rozdziale pierwszym. W obydwu bowiem przypadkach działanie jest postrzegane jako kierowane regułami. Ta cecha działania jest niezbędna dla zrozumienia charakteru działania zinstytucjonalizowanego. Reguły kierujące takim działaniem nazywane będą w pracy regułami instytucjonalnymi. Stanowią one oczywiście kategorię reguł społecznych, jednak szczególnego rodzaju. Powody tej wyjątkowości zostaną wyraźniej wyłożone dalej³⁵.

4. Co jednak równie istotne, każdy przypadek instytucjonalizacji, podobnie jak nawyku, dostarcza właściwych sobie wstępnych (tj. uprzednich) definicji sytuacji. Instytucjonalizacja powiązana jest z interpretacją, bo nią przecież jest „typizacja” (pojęcie wzięte od Schütza). Podobnie jednak jak przy regulacyjnej funkcji instytucji, także i tu widać nową

³³ Spuścizna filozofii świadomości jest wyraźnie widoczna w tradycji teoretycznej, w której obrębie poruszają się Berger z Luckmannem, stając się w niej niestety źródłem istotnych dylematów teoretycznych, np. w kwestii możliwości intersubiektywności w świecie społecznym (por. dalsze uwagi w podrozdziale czwartym). Należy jednak zauważyć, iż obecne są również takie interpretacje tej tradycji, w których usiłuje się wykazać dokonane w jej ramach odejście od założeń filozofii świadomości – zob. J. Tischner, *W kręgu myśli Husserlowskiej*, [w:] tenże, *Myślenie według wartości*, Kraków 1993, s. 21-24.

³⁴ A. Giddens, nawiązując do prac E. Goffmana, posługuje się w tym kontekście kategoriami „epizodycznego” oraz „sekwencyjnego” charakteru interakcji (spotkań) – zob. *Stanowienie społeczeństwa...*, s. 115-120. Osobiście, dokonując zapożyczenia z języka matematyki, wolę mówić tutaj o „dyskretnym” charakterze interakcji.

³⁵ Zob. podrozdz. 5.

jakość wnoszoną przez jej wymiar społeczny. Dzięki wzajemności typizacji instytucjonalizacja zapewnia obiektywność (w sensie powszechnej ważności)³⁶ interpretacji – oto jednostki będące w różnym położeniu i na różnych pozycjach w interakcji w taki sam sposób interpretują określone działania.

Jak widać, instytucjonalizacja rozumiana jako „wzajemna typizacja działań nawykowych” łączy w sobie dwa momenty: moment działania (działanie nawykowe) oraz moment znaczenia przypisanego działaniu (typizacja). Powyższa definicja sugeruje wręcz pierwszeństwo momentu interpretacji (znaczenia). Trzeba jednak w kontekście całej pracy Bergera i Luckmanna zauważyć, że kluczem dla zrozumienia i eksplikacji instytucjonalizacji jest jej aspekt czynnościowy, mianowicie pojęcie działania zinstytucjonalizowanego. Mówić więc będę w pierwszym rzędzie o instytucjonalizacji działań; z nią jednak bezpośrednio powiązana jest obiektywizacja znaczeń. Tym samym przyjmuję stanowisko, wedle którego rozstrzygnięcie o przewadze któregoś z tych dwóch momentów jest zbędne i mylące; naturalnie, jest kwestią otwartą naświetlenie ich wzajemnych związków, jednak zasadniczo są one jednakowo konieczne³⁷.

Przykładowo w ramach praktyki przywoływania deszczu widoczne są wyraźnie obydwa elementy: z jednej strony, będąc szamanem danego plemienia, wykonuję określoną czynność przywoływania deszczu, kierując się w tym zakresie istniejącymi regułami. Z drugiej, swojemu zachowaniu przypisuję znaczenie, takie jak: „oto teraz przywołuję deszcz”. Tym samym też sięgam do takich obiektywnych struktur symbolicznych, jak demon deszczu, którego dokonywany przeze mnie rytuał ma obłaskawić.

Jeśli z kolei jako sędzia uczestniczę w praktyce „ustalania podstawy normatywnej”, także realizuję obydwa te momenty: z jednej strony, podejmuję ciąg działań zmierzających do ustalenia podstawy normatywnej; z drugiej: odczytuję znaczenie swojego zachowania jako „ustalanie podstawy normatywnej”. Interpretacja ta nie byłaby jednak możliwa bez odwołania do takich tworców symbolicznych, jak choćby właśnie „podstawa normatywna decyzji”, „norma prawa materialnego”, „źródła prawa” *etc.*

Powyższe uwagi łatwo mogą zostać odczytane w duchu psychologizmu; jest to jednak interpretacja daleka od przyjętej w pracy. Odczytując w taki, a nie inny sposób

³⁶ O trzech możliwych znaczeniach predykatu „obiektywny” – jako odnoszący się do obiektu, jako bezstronny, jako powszechnie ważny – wspomina T. Gizbert-Studnicki, *Podstawy argumentacji...*, s. 36.

³⁷ Na temat nierozdzielności tych dwóch elementów zob. m.in. A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wrocław 1997, s. 54-55. Na dwoisty charakter reguł, z jednej strony stanowiących środek regulacji działania, z drugiej zaś – dostarczających określonej interpretacji działań, zwraca się uwagę w naukach prawnych, wskazując na powiązania między pojęciami reguł dokonywania czynności konwencjonalnych oraz reguł sensu tychże czynności (reguł interpretacji kulturowej) – por. WNP Leksykon, s. 127-129 [hasło: *Reguła dokonywania czynności konwencjonalnych*]; A. Kozak, *Reguły interpretacji kulturowej a reguły dokonywania czynności konwencjonalnej*, [w:] W. Jedlecka (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Kompetencja ze stanowiska teorii i filozofii prawa*, Wrocław 2004, s. 151 i n.

swoje zachowanie, sięgam bowiem nie do osobistego znaczenia, jakie ma ono dla mnie, lecz do społecznie ważnych znaczeń tychże zachowań. Są one przez to niezależne od moich subiektywnych interpretacji; zamiast społecznego znaczenia mojego działania, jak „ustalenie podstawy normatywnej”, z większą siłą może mi się narzucać moja osobista jego interpretacja, taka jak „próba odfajkowania sprawy”, „rozwiązywanie zawilego przypadku”, „nagięcie przepisów na korzyść strony, która wręczyła mi łapówkę” itp. Nie ma to jednak decydującego znaczenia dla zidentyfikowania rodzaju podejmowanej przeze mnie czynności³⁸.

Przyjęte stanowisko w kwestii związku pomiędzy działaniem a znaczeniem skutkuje także poglądem o bezpośrednim powiązaniu dwóch niezwykle istotnych kategorii dla omawianej teorii, jakimi są instytucjonalizacja i obiektywizacja. Zagadnienie relacji między tymi pojęciami jest jedną z tych kwestii w koncepcji Bergera i Luckmanna, które nie zostały wyłożone z dostateczną precyzją³⁹. W pracy uznaję, że obydwie te składowe omawianej teorii uzupełniają się i wzajemnie odsyłają do siebie. Powtarzanie zinstytucjonalizowanych działań zgodnie z odpowiednimi regułami instytucjonalnymi zapewnia trwanie i odtwarzanie instytucji; z kolei podtrzymywanie znaczenia owych działań odpowiedzialne jest za istnienie struktur symbolicznych, które podlegają obiektywizacji. Prowadzi nas to do konieczności wyraźniejszego podjęcia problematyki obiektywizacji.

4. Instytucjonalizacja, obiektywizacja i świat życia

1. Pojęcie obiektywizacji jest rozumiane przez Bergera i Luckmanna w sposób niejednoznaczny. Niewątpliwie jest ono powiązane z kategorią instytucjonalizacji. (Jakkolwiek pewien potencjał obiektywizacji tkwi już, jak zostało pokazane, w „przedinstytucjonalnym” nawyku). Pozostaje jednak częściowo niejasne, do czego ma się obiektywizacja odnosić. Autorzy mówią bowiem w różnych miejscach o obiektywizacji „eksternalizowanych wytworów ludzkiej działalności”, obiektywizacji działań ludzkich, świata społecznego, rzeczywistości, wiedzy, wreszcie: znaczeń (uniwersów znaczeń). Uwidacznia się tu wyraźnie, zarzucana autorom, zbyt swoboda w operowaniu podstawowymi ka-

³⁸ Jak sądzę, w tym punkcie koncepcja znaczenia instytucjonalnego (typizacji) różni się zasadniczo od Weberowskiego pojęcia *Verstehen*, które, mimo licznych innych podobieństw, ma właśnie charakter psychologiczny i subiektywny. Znaczenie pojęcia rozumienia u Webera i jego krytykę ze strony Schütza przedstawia Z. Krasnodębski, *Socjologia rozumiejąca a fenomenologia. Max Weber i Alfred Schütz*, „Studia Socjologiczne” 1980, nr 1, s. 71-74 i 78-81. Zob. szerzej w: tenże, *Rozumienie ludzkiego zachowania. Rozważania o filozoficznych podstawach nauk humanistycznych i społecznych*, Warszawa 1986, rozdz. IV i V. Por. także A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 38-39 w przypisie.

³⁹ Dotyczy to zresztą ogólnie relacji między koncepcją „triady dialektycznej”, o której mowa niżej, a koncepcją instytucjonalizacji i socjalizacji.

tegoriami teoretycznymi⁴⁰. Rodzi to konieczność dokonania wyboru spośród możliwych odniesień obiektywizacji, który precyzowałby jej znaczenie.

Wychodząc z powyższego założenia, będę mówił w niniejszej pracy o obiektywizacji znaczenia, ewentualnie: rzeczywistości symbolicznej. Jak sądzę, takie podejście jest najbliższe zamiarom samych autorów. Pozwala też najlepiej wykorzystać jego związku z pojęciem instytucjonalizacji, a poprzez to naświetlić powiązania między momentem działania a momentem interpretacji w odpowiadającym temu pojęciu zjawisku. Obejmuje ono także lub przynajmniej nawiązuje do tych różnorodnych pojęć, do których obiektywizacja pierwotnie została odniesiona. Jeśli Berger i Luckmann mówią o obiektywizacji działań lub ich wytworów, to mają *de facto* na myśli warstwę znaczeniową jednych i drugich. Trudno mówić o obiektywizacji krzesła czy ustawy jako obiektów fizycznych; naturalnie, chodzi tu o społeczny sens, który obiekty te niosą. Jeśli natomiast powołują się na kategorię wiedzy, to rozumieją pod nią nie wiedzę w ujęciu psychologicznym, jako posiadany przez jednostkę zespół informacji, lecz społeczny zespół wiedzy, a zatem właśnie sumę społecznie ważnych znaczeń⁴¹. Podobnie pojęcia rzeczywistości czy świata (społecznego) rozumiane być muszą jako pewne zespoły znaczeń (struktur symbolicznych); jest to wyraźne nawiązanie do Schützowskiej koncepcji świata jako „ograniczonej dziedziny znaczenia”⁴². Twierdzą zatem, iż wszystkie powyższe ujęcia dają się sprowadzić, bezpośrednio bądź pośrednio, do obiektywizacji znaczenia.

2. Pojęcie obiektywizacji odgrywa istotną rolę przede wszystkim w teoretycznych dokonaniach samego Bergera, który wprowadza je jako element „dialektycznej triady” konstituowania się rzeczywistości świata społecznego. Obejmuje ona zjawiska: eksternalizacji, obiektywizacji oraz internalizacji⁴³. Każdy z tych punktów może być przy tym rozpatrywany jako początek całego cyklu triady, należy bowiem zachować świadomość, że w praktyce życia społecznego kolejne cykle następują po sobie nieustannie. Niemożliwe jest zatem wskazanie prawdziwego „punktu zero” w rozwoju rzeczywistości spo-

⁴⁰ Zob. J. Niżnik, *Słowo wstępne*, [w:] P. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie...*, s. 14.

⁴¹ Rozumienie wiedzy zbliża się natomiast do ujęcia psychologicznego przy rozważaniach poświęconych socjalizacji i internalizacji. Na temat różnych ujęć wiedzy zob. np. *Encyklopedia socjologii*, red. W. Kwaśniewicz i in., Warszawa 2002, t. 4, s. 308-309; A. Podsiad, *Słownik terminów i pojęć filozoficznych*, Warszawa 2000, s. 928-929; A.S. Reber i E.S. Reber, *Słownik psychologii*, Warszawa 2005, s. 864.

⁴² A. Schütz, *O wielości rzeczywistości*, [w:] tenże, *O wielości światów*, red. A. Manterys, przeł. B. Jabłońska, Kraków 2008, s. 34-35. Zob. także H. Dziewulski, *Alfred Schütz – uspołecznione pojmowanie świata*, „Studia Socjologiczne” 1984, nr 3, s. 138. W innym miejscu Berger deklaruje wprost, iż termin „świat” należy rozumieć „w sensie fenomenologicznym, to znaczy abstrahując od kwestii jego ostatecznego ontologicznego statusu” – tenże, *Święty baldachim. Elementy socjologicznej teorii religii*, przeł. W. Kurdziel, Kraków 1997, s. 29.

⁴³ Tamże, s. 30-49.

łecznej, który mógłby jednocześnie rozstrzygać kwestię pierwotności jednostki względem społeczeństwa bądź odwrotnie⁴⁴.

Przybliżmy pokrótce całą triadę, jak i każdy z procesów stanowiących jej części składowe. Jak pisze Berger:

Eksternalizacja jest trwającym rzutowaniem istoty ludzkiej w świat, dokonującym się zarówno w fizycznym, jak i umysłowym działaniu ludzi. Obiektywizacja oznacza nabycie przez wytwory tego działania (...) rzeczywistości, która jawi się ich autentycznym twórcom jako faktyczność zewnętrzna w stosunku do nich samych. Internalizacja jest ponownym przywłaszczeniem sobie przez ludzi tej samej rzeczywistości, przekształceniem jej raz jeszcze ze struktur obiektywnego świata w struktury subiektywnej świadomości. To za sprawą eksternalizacji społeczeństwo jest ludzkim wytworem. To poprzez obiektywizację społeczeństwo staje się rzeczywistością *sui generis*. To za sprawą internalizacji człowiek jest wytworem społeczeństwa⁴⁵.

Eksternalizacja polega więc na uzewnętrznianiu w działaniu jednostki subiektywne ważnych znaczeń, które dzięki temu stają się dostępne dla innych uczestników praktyki życia społecznego. Obiektywizacja to proces, w którym znaczenia eksternalizowane przez pewne jednostki, do tej pory zachowujące subiektywną ważność, zaczynają nabierać cech ważności obiektywnej, dzięki czemu jawią się one jako niezależne od jednostek, które je wytworzyły, a nabierają cech faktyczności. To właśnie w przybliżeniu oznacza pojęcie rzeczywistości *sui generis*, zaczerpnięte od Émile'a Durkheima. Z kolei dzięki internalizacji jednostka przyjmuje obiektywną (zobiektywizowaną) rzeczywistość społeczną jako subiektywnie ważną dla niej, uzgadniając dzięki temu swoją tożsamość (interpretację jednostkowej biografii) z rzeczywistością społeczną i wyznaczanymi przez nią rolami.

W pracy pominięta zostaje problematyka internalizacji, jako lokująca się na poziomie analizy świadomości jednostki. Pomijając problemy teoretyczne i metodologiczne związane z analizą prowadzoną na takim poziomie, nie wydaje się ona konieczna dla refleksji nad zjawiskiem instytucjonalizacji i jej wpływem na praktyki społeczne. Sku-

⁴⁴ Można próbować tłumaczyć podstawowe pułapki, w jakie skłonna jest wpadać teoria społeczna, za pomocą odchyłeń od „dialektycznego” postrzegania relacji między elementami proponowanej triady. W istocie, Berger i Luckmann sugerują tego rodzaju zastosowanie ich koncepcji. Tak więc nacisk na moment eksternalizacji, przy niedocenianiu znaczenia obiektywizacji czy internalizacji, prowadzi do błędu subiektywizmu i redukcjonizmu. Z kolei niedostrzeganie znaczenia eksternalizacji, przy położeniu nacisku na obiektywizację, prowadzi do hipostazowania rzeczywistości społecznej, a poprzez to do organicyzmu czy funkcjonalizmu. Zbytni nacisk na internalizację rodzi z kolei błąd determinizmu. Naturalnie, wybór przez samego Bergera momentu eksternalizacji jako punktu wyjścia dla rozważań, nawet jeśli ma charakter czysto metodologiczny, nie pozostaje bez wpływu na ogólną perspektywę konstruowanej teorii. Przesądzać on będzie o raczej „indywidualistycznym” wydźwięku tej konkretnej propozycji teoretycznej.

⁴⁵ P. Berger, *Święty baldachim...*, s. 30-31.

pian natomiast swą uwagę właśnie na obiektywizacji, rozumianej jako „uspołecznianie” znaczeń, cieszących się początkowo jedynie subiektywną ważnością. Należy podkreślić jej niemożliwe do zniesienia powiązanie z instytucjonalizacją, będące pochodną związku pomiędzy działaniem a znaczeniem działania. Obiektywizacja znaczeń dokonuje się bowiem głównie poprzez powtarzalność zinstytucjonalizowanych działań.

Dokładna analiza źródeł obiektywizacji wykraczałaby poza ramy wyznaczone celem pracy. Powyżej sygnalizowane już były m.in. takie czynniki sprzyjające obiektywizacji, jak powtarzalność praktyk, przekraczanie horyzontu życia jednostki przez instytucje czy procesy społecznej kontroli. Jak sugerowałem wcześniej, wydaje się prawdopodobna teza, iż na skłonność praktyk do poddawania się instytucjonalizacji i obiektywizacji wpływ wywierają także pewne lokalne czynniki, specyficzne dla danej kultury. Z punktu widzenia prowadzonych rozważań istotniejsze natomiast wydają się skutki, jakie obiektywizacja wywołuje.

3. Powyżej mowa była o walorze rzeczywistości *sui generis*, który świat społeczny zawdzięcza obiektywizacji. Dzięki temu, że rzeczywistość symboliczna nabiera cech realności, może ona stanowić stabilny i godzien zaufania⁴⁶ kontekst dla pojedynczych praktyk. Te ostatnie, będąc osadzone w takim kontekście, czerpią z tego co najmniej potrójną korzyść. Po pierwsze, istnienie zobiektywizowanej rzeczywistości, do której odnosi się praktyka, stanowi często warunek możliwości jej podjęcia; nie może ona przecież być zawieszona w próżni. Po drugie, kontekst ten stanowi jednocześnie zaplecze dla praktyki, pozwalając interpretować ją w określony sposób; jest zatem odpowiedzialny za określenie jej sensu. Po trzecie, praktyka zyskuje w ten sposób zespół reguł, wedle których powinna być wykonywana, co pozwala odpowiednio ją ukierunkować i zapewnić niezbędną dozę wewnętrznego uporządkowania. Do tych skutków wrócimy jeszcze w podrozdziale piątym.

Dzięki obiektywizacji rzeczywistość społeczna zyskuje jednak jeszcze jedną istotną cechę, nieodłączną od jej faktyczności. Jak mówi Berger, stwierdzenie obiektywności kultury ma podwójny sens. Kultura jest obiektywna, „jest tam”, gdyż „staje przed człowiekiem” jako niezależna od niego. Jednak kultura jest obiektywna, jednocześnie bowiem „jest tam dla każdego”. Jej obiektywność zawsze dzielona jest z innymi, którzy postrzegają ją w taki sam sposób. Świat społeczny – świat zobiektywizowanych znaczeń – ma zatem zawsze walor intersubiektywności. Omawiani autorzy sięgają tu pośrednio do Edmunda Husserla, z jego twierdzeniem, iż świat, w którym żyje człowiek, świat

⁴⁶ O problemach zaufania i bezpieczeństwa ontologicznego, które zapewnia istnienie wiarygodnego i stabilnego kontekstu społecznych działań, zob. A. Giddens, *Stanowienie społeczeństwa...*, s. 92 i n.

życia, ma „już zawsze” charakter intersubiektywny. Doprowadza nas to do konieczności podjęcia problematyki świata życia w koncepcji Bergera i Luckmanna.

4. Obiektywizacja rzeczywistości prowadzi do powstawania świata życia, który sam stanowi szczególną postać tej pierwszej. Można w tym miejscu wstępnie określić świat życia jako tę część zobiektywizowanej rzeczywistości, w której fakt obiektywizacji uległ zasłonięciu. Poprzez to świat ten traktowany jest jako rzeczywistość istniejący i dany uczestnikom praktyki⁴⁷.

Kategoria świata życia (*Lebenswelt*)⁴⁸, nim trafiła do projektu autorów *Społecznego tworzenia rzeczywistości*, przeszła długą drogę – od protestanckiej teologii, poprzez myśl Husserla, do projektu Schütza, od którego zaczerpnęli ją oni bezpośrednio⁴⁹. Ta ścieżka kształtowania się pewnej tradycji filozoficznej jest istotna z tego względu, że o ile za podstawowy w tym obszarze uznaje się zwykle dorobek Husserla, w sposobie rozumienia omawianej kategorii Schütz różni się znacznie od „ojca fenomenologii”⁵⁰. Nowatorstwo i potencjał tej propozycji, ale zarazem wpisane w nią pewne paradoksy, wynikają w dużej mierze z połączenia fenomenologicznych analiz konstytucji z pragma-

⁴⁷ Pojęcie świata życia nigdy nie osiągnęło względnej choćby jednoznaczności. Już sposób jego używania przez Husserla budził i budzi nadal wątpliwości, natomiast w przeciągu swej kariery w obrębie nauk społecznych używane było w tak różnych kontekstach, że w każdym z nich zyskiwało do pewnego stopnia odrębne znaczenie (na ten temat por. Z. Krasnodębski, K. Nellen, *Wstęp*, [w:] tychże (red.), *Świat przeżywany. Fenomenologia i nauki społeczne*, Warszawa 1993, s. 7-24). Miejsce, jakie może być w pracy poświęcone tej kwestii, pozwala jedynie na przedstawienie jednej z możliwych interpretacji – a i to zaledwie w sposób fragmentaryczny.

⁴⁸ Czasem termin *Lebenswelt* tłumaczony jest jako „świat przeżywany”. Poza tym mówić można o pewnych nazwach pokrewnych, jak świat życia codziennego (którym Schütz posługuje się jako podstawowym), świat naturalnego nastawienia czy świat społeczny. Wyjątkowo bliską kategorię stanowi też Meadowski *‘the world that is there’* – „świat, który jest tam”, czy „świat, który istnieje”. (Spotykane są też inne tłumaczenia – zob. M. Zemło, *Socjologia wiedzy...*, s. 75 z przyp.). Podobieństwo Wittgensteinowskiej kategorii formy życia omówione zostanie osobno w dalszych rozważaniach. Określenie wzajemnych relacji tych różnych pojęć jest pożywką dla nieprzebranej liczby opracowań.

⁴⁹ W kwestii poszczególnych etapów tej drogi zob. np. F. Fellmann, *Świat przeżywany i świat duchowy. Fenomenologiczne pojęcie świata a protestancka filozofia kultury*, przeł. M. Łukasiewicz, [w:] Z. Krasnodębski, K. Nellen (red.), *Świat przeżywany...*, s. 48 i n.; B. Lejzerowicz-Zajczkowska, *Człowiek w świecie sensów. Filozoficzne podstawy fenomenologicznej socjologii Alfreda Schütza*, Płock 2003, s. 27 i n.

⁵⁰ Wpływ koncepcji świata życia na wspólną myśl Bergera i Luckmanna widać nie tylko w tej części *Społecznego tworzenia rzeczywistości*, która bezpośrednio jest jej poświęcona, ale, co ważniejsze, w całości ich analiz – w tym także w rozważaniach poświęconych instytucjonalizacji i obiektywizacji. Sam Luckmann zresztą, jako jeden z najbliższych uczniów Schütza, po śmierci swego nauczyciela przygotował do wydania jego najważniejsze dzieło w zakresie problematyki świata życia, jakim jest *The Structures of the Life-World*. Skrótowe omówienie idei świata życia można znaleźć m.in. w tekście Schütza *Fenomenologia i nauki społeczne*, przeł. D. Lachowska, [w:] Z. Krasnodębski (red.), *Fenomenologia i socjologia*, Warszawa 1989, s. 107-130. Z kolei Husserl sformułował koncepcję świata życia w tekstach tzw. „okresu kryzysu” – zob. tenże, *Kryzys nauk europejskich i fenomenologia transcendentna*, przeł. S. Walczewska, Toruń 1999.

tystyczną ideą świata, który jest nam dany jako zaplecze działania („rzeczywistość fundamentalna” Williama Jamesa, Meadowski „*the world that is there*”)⁵¹.

Obszar świata życia odznacza się kilkoma istotnymi z punktu widzenia prowadzonych w pracy rozważań cechami. Po części pozostają one wspólne z każdą obiektywizowaną sferą rzeczywistości, w przypadku jednak świata życia nabierają szczególnie wyrazistego charakteru.

Po pierwsze, jego powstawanie stanowi wynik procesów instytucjonalizacji i obiektywizacji, mających z konieczności społeczny (interakcyjny) charakter. Z tego względu pozostaje on światem wspólnym, intersubiektywnym⁵². Schütz określa go wprost jako „intersubiektywny świat kultury” bądź „świat społeczny”⁵³. Jest on jednocześnie światem danym, który zastajemy rodząc się, który zjawia nam się jako gotowy *świat-dla-nas*, który bezpośrednio przeżywamy, który stawia nam opór⁵⁴. Oczywiście, nie musi on mieć charakteru niezmiennego; jednym z ulubionych zajęć, jakim oddaje się współczesna socjologia, jest zdawanie raportu z ulotności, nietrwałości i zmienności świata społecznego⁵⁵. Niemniej jednak istotą świata życia pozostaje fakt, że przekracza on perspektywę każdej pojedynczej praktyki, w której przychodzi nam uczestniczyć.

⁵¹ Na temat pragmatystycznych i interakcjonistycznych inspiracji Schütza zob. J. Turner, *Struktura teorii socjologicznej*, przeł. J. Szmatka, Warszawa 1985, s. 472-473; B. Lejzerowicz-Zajączkowska, *Człowiek w świecie...*, *passim*; M. Zemło, *Socjologia wiedzy...*, s. 145 i n.; A. Manterys, *O pojęciu „mikroświat”*. *Analiza koncepcji W. Jamesa i A. Schütza*, „*Studia Socjologiczne*” 1989, nr 2, s. 139 i n.; J. Jakubowski, *Racjonalność a normatywność działań (Alfred Schütz a Talcott Parsons)*, Poznań 1998, *passim*.

⁵² Problem tego, jak jest możliwa intersubiektywność, stanowi jedno z podstawowych pytań w pracach Schütza. Wykazał on, głównie w oparciu o krytykę twórczości Maxa Webera, że intersubiektywność świata stanowi nieartykułowane i jednocześnie nieuprawnione założenie teorii społecznej. Stąd też sam podjął się odpowiedzi na pytanie, co ją umożliwia. Jak się jednak zazwyczaj ocenia, w odpowiedzi Schütza pojawiają się tu niekonsekwencje i paradoksy. Stanowią one, jak się zdaje, konsekwencję dwóch założeń przyjętych przez autora – z jednej strony, prób godzenia analizy transcendentnej z analizami świata życia (wiedzy potocznej), z drugiej zaś, pozostawania w kręgu tradycji filozofii świadomości. Stąd też potrafił on naświetlić problem intersubiektywności jedynie na poziomie naturalnego nastawienia uczestników świata życia, w obrębie którego stanowić by ona miała przyjmowane przez tych ostatnich założenie. Założenie to (tzw. „przekładalności perspektyw”) w przyjętej przez Schütza optyce pozostaje jednak nieugruntowane. (Por. tenże, *Potoczna i naukowa...*, *passim*, zwł. s. 147-150; tenże, *Fenomenologia i nauki...*, *passim*; J. Jakubowski, *Racjonalność a normatywność...*, s. 89 i n.; H. Dziewulski, *Alfred Schütz...*, s. 132 i 152-153; Z. Krasnodębski, *Próba fenomenologicznego uzasadnienia socjologii rozumiejącej: Alfred Schütz*, „*Kultura i Społeczeństwo*” 1985, nr 1, *passim*; tenże, *Socjologia rozumiejąca...*, s. 87-88.) Niniejsza praca, ograniczając się do analizy relacji między światem życia a praktyką, stara się uniknąć powyższych słabości. Podobną możliwość zdaje się widzieć H. Dziewulski, gdy stwierdza: „Przełamanie połowiczności w Schützowskim sposobie uspołecznienia pojmowania świata możliwe jest dopiero, gdy przełamie się barierę nominalizmu. Wydaje się koniecznym przyjęcie takiego stanowiska, które bierze za punkt wyjścia teorii poznania społeczną, historyczną Praxis ludzkiego gatunku.” – tenże, *Alfred Schütz...*, s. 153.

⁵³ A. Schütz, *Potoczna i naukowa...*, *passim*. Por. tenże, *O wielości rzeczywistości...*, s. 25 i n.

⁵⁴ E. Husserl, *Kryzys nauk...*, s. 53-55; A. Schütz, *Some Leading Concepts of Phenomenology*, „*Social Research*” 1945, No. 12, s. 96 (za: M. Czyżewski, *O tzw. fenomenologii społecznej Alfreda Schütza*, „*Studia Socjologiczne*” 1979, nr 1); A. Schütz, *Fenomenologia i nauki...*, s. 123.

⁵⁵ Por. np. Z. Bauman, *Plłynna nowoczesność*, przeł. T. Kunz, Kraków 2006, *passim*.

Świat ten odznacza się więc pewną dozą stałości. Ta jego cecha pozwala na kierowanie się w praktyce codziennego funkcjonowania niezwykle użytecznymi idealizacjami (np. „mogę to zrobić ponownie”)⁵⁶ oraz typifikacjami (typizacjami), rozumianymi jako stałe schematy interpretacyjne⁵⁷. Jedne i drugie pozwalają nam (dzięki analogiom) przewidywać przyszłe zdarzenia, a także z jednej strony adekwatnie interpretować, a z drugiej – skutecznie reagować na nowe sytuacje. Wskazuje to na przede wszystkim praktyczny charakter świata życia, który, choć niewysławiany, pozwala podejmować skuteczne i ważne działania w obrębie praktyk, w których uczestniczyć⁵⁸.

Z powyższych względów świat życia jawi się jako obiektywny i niezależny od naszych działań. Obiektywność ta przybiera szczególną formę, która polega na tym, że świat ten jest przyjmowany bez zastrzeżeń, jako nie poddający się pod wątpliwość (*taken-for-granted*). Sam raczej jest podstawą jakichkolwiek dokonań poznawczych (interpretacyjnych), w tym: zgłaszania wątpliwości. Jest kryterium, do którego z dobrą wiarą sięgamy w momencie powstania takich wątpliwości. Nawet zetknięcie z sytuacją „niezgodną”, która nie daje się objaśnić w ramach naszego świata życia, zamiast powodować kryzys zaufania do ważności tego świata, w wielu przypadkach prowadzić będzie raczej do stwierdzenia „nieważności” takiej sytuacji⁵⁹. Postawę taką nazywa Schütz „*epoché* naturalnego nastawienia”⁶⁰. Sprawia ona, iż świat ten jest dla nas obowiązujący⁶¹; jego obowiązywanie płynie z samego faktu istnienia. Na płaszczyźnie świata życia

⁵⁶ A. Schütz, *Potoczna i naukowa...*, s. 159 i n.

⁵⁷ Tamże, s. 152-158. Zob. także H. Dziewulski, *Alfred Schütz...*, s. 142-144; M. Zemło, *Socjologia wiedzy...*, s. 153-167.

⁵⁸ A. Schütz, *O wielości rzeczywistości...*, s. 18 i 32-33. Tę cechę świata życia Schütz zawdzięcza wprost inspiracjom pragmatyzmem amerykańskim – zob. B. Lejzerowicz-Zajączkowska, *Człowiek w świecie...*, s. 99-103.

⁵⁹ Problem „obrony” naszego świata życia przed transcendującymi go doświadczeniami podjął Schütz w tekście *Don Kichot i problem rzeczywistości*, przeł. D. Lachowska, „Literatura na Świecie” 1985, nr 2, s. 246 i n. Ta oczywistość świata życia nie jest jednak bezwzględna i może zostać podważona w pewnych sytuacjach kryzysowych, nie przystających do dotychczasowych jego struktur, dla których oznaczenia Berger i Luckmann angażują znany termin „sytuacji granicznych” (*Spoleczne tworzenie...*, s. 227 i n.).

⁶⁰ „[Przyjmujący naturalne nastawienie człowiek] nie tyle zawiesza (...) przekonania odnoszące się do świata zewnętrznego i jego obiektów, ile wręcz przeciwnie – zawiesza wątpliwość, że świat i jego obiekty mogą być inne, niż mu się jawią. Proponujemy nazwanie takiego *epoché* mianem *epoché naturalnego nastawienia* [*epoché of the natural attitude*].” – A. Schütz, *O wielości rzeczywistości...*, s. 34. Por. nieco inne tłumaczenie tego fragmentu w: B. Lejzerowicz-Zajączkowska, *Człowiek w świecie...*, s. 48. Można zauważyć na marginesie, że stanowi to niemal dokładne odwrócenie rozumienia *epoché* u Husserla, dla którego postawa ta pozwala „wyzwolić” się z założeń świata życia.

⁶¹ Pojęcie obowiązywania rzeczywistości pochodzi bezpośrednio od Husserla – zob. tenże, *Nastawienie nauk przyrodniczych i humanistycznych. Naturalizm, dualizm i psychologia psychofizyczna*, [w:] Z. Krasnodębski (red.), *Fenomenologia i socjologia...*, s. 58; E. Husserl, *Kryzys nauk...*, s. 24; tenże, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie*, Husserliana, t. 6, Den Haag 1954, § 44 i 45. [Za: *Wybór pism*, [w:] K. Świącicka, *Husserl*, Warszawa 2005, s. 258-260.

dochodzi zatem do szczególnej formy „błędu” naturalistycznego, o którym mowa była we wcześniejszych partiach pracy, gdyż z perspektywy jego uczestnika nie ma w nim różnicy między tym, co jest, a co być powinno⁶².

Wreszcie ostatnia z istotnych tu cech świata życia związana jest z jego znaczącym charakterem. Świat ten, będąc szczególnym wynikiem obiektywizacji sensów, sam stanowi pewien zespół znaczeń⁶³. Na jego treść składają się zarówno w określony sposób interpretowane obiekty i zjawiska fizyczne, jak i twory symboliczne. Będąc znaczącym, pozostaje jednocześnie sensotwórczy, wyznacza bowiem sposób rozumienia wykonywanych w jego obrębie praktyk.

W ten sposób świat życia stanowi (społecznie wytwarzany) kontekst dla działań w ramach społecznych praktyk⁶⁴. Kontekst ten ma charakter niedyskursywny, nigdy bowiem nie może być w całości ujęty i stematyzowany w praktyce; jednocześnie sam określa sens tej praktyki i umożliwia jej wykonywanie⁶⁵. Świat ten wyznacza ramy audytorium, w obrębie którego dana praktyka może skutecznie być wykonywana oraz pozostaje zrozumiała. Jednocześnie ukazuje on lokalność każdej z nich, ponieważ niemożliwa jest praktyka oderwana od danego, konkretnego świata życia. Odciać należy się tym samym od roszczeń pełnej uniwersalności czy obiektywności jakiegokolwiek praktyki⁶⁶.

5. Spokrewniona z pojęciem świata życia pozostaje, wywodząca się z filozoficznego projektu Wittgensteina, kategoria „formy życia”, do której przyszło się nam już odwoływać przy założeniach co do charakteru dyskursu jako praktyki społecznej⁶⁷. Pokrewieństwo to staje się jeszcze wyraźniejsze, jeśli w interpretacji świata życia zrezygnować z analizy jego wpływu na świadomość jednostki, a skupić uwagę na jego związkach z praktyką społeczną. Pomijając problem bardziej szczegółowego określenia relacji tych dwóch kategorii, poniżej przedstawiam zatem te aspekty pojęcia formy życia, które czy-

Jest to trzecia, nie tłumaczona dotychczas w całości na język polski część *Kryzysu nauk...*, która ukazała się (jako całość z dwoma pierwszymi) dopiero po śmierci Husserla, w 1954 r.].

⁶² Por. A. Aarnio, *On Legal Reasoning...*, s. 86-88.

⁶³ „Ograniczoną dziedzinę znaczenia” wedle określenia Schütza; podobnie jednak objaśniał pojęcie świata Husserl już w *Ideach I*. Por. H. Dziwulski, *Alfred Schütz...*, s. 138.

⁶⁴ Por. tamże, s. 137.

⁶⁵ W tym kontekście należy się zgodzić z postrzeganiem roli świata życia w teorii działania komunikacyjnego J. Habermasa, jakkolwiek dokładny sposób rozumienia tej kategorii przez niemieckiego myśliciela różni się znacznie od tradycji Schütza i fenomenologicznie zorientowanej socjologii – por. J. Habermas, *Teoria działania...*, t. 1, s. 213 i n.

⁶⁶ Por. rozdz. I.3.

⁶⁷ Por. rozdz. I.3.

nią je zbliżonym do pojęcia świata życia, a jednocześnie okazują się interesujące z punktu widzenia pracy⁶⁸.

Forma życia oznacza pewien całościowy kształt praktyki, w której uczestniczymy, jest „sposobem działania”⁶⁹. Nie chodzi tu jednak o każde działanie, lecz przede wszystkim o te najbardziej podstawowe, stanowiące tło odniesienia dla bardziej złożonych przedsięwzięć. Forma życia stanowi zatem podstawę tak każdego innego działania, jak i jego sensowności. To w odniesieniu do niej wszelkie działanie może być uzasadnione. Stanowi więc ona kres uzasadnienia dla poszczególnych działań, punkt, w którym „docieram do litej skały i mój rydel zwija się. Wtedy jestem skłonny rzec: «Po prostu tak właśnie postępuję»”⁷⁰. Jako podstawa uzasadnienia, sama nie podlega uzasadnieniu: raczej traktowana jest jako coś danego, oczywistego, koniecznego⁷¹. W praktycznym nastawieniu podchodzę do niej jako do czegoś, „co leży poza uzasadnieniem i nieuzasadnieniem”⁷² (co Wittgenstein, jak zwykle obrazowo, określi również jako „przetoczenie na martwy tor”⁷³). Tego, kto wątpiłby w formę życia, o ile nie należałby do radykalnie innej kultury, potraktowalibyśmy jako niespełna rozumu⁷⁴. Odwrotnie: to ona stanowi podstawę wszelkich aktów wątpienia, które bez oparcia w niej nie byłyby wykonalne⁷⁵.

W kategorii formy życia, jeszcze wyraźniej niż w przypadku świata życia, następuje zmieszanie wymiaru poznawczego i praktycznego. Jest z nią bowiem nierozdzielnie związany określony obraz świata. Można określać obraz świata jako zbiór sądów (przekonań) o naturze rzeczywistości, składających się na rodzaj „przedwiedzy”⁷⁶. Jednak „przedwiedza nie jest wiedzą propozycjonalną”⁷⁷. Obraz świata rzadko przybiera kształt na tyle wyraźny, aby dać się ująć w postaci możliwych do świadomego wysłowienie-

⁶⁸ Omówienie kategorii formy życia zob.: G.H. von Wright, *Wittgenstein o pewności...*, s. 122 i n.; także A. Aarnio, *On Legal Reasoning...*, s. 100 i n.

⁶⁹ Zob. zwł. L. Wittgenstein, *O pewności...*, § 7, 110 i 204.

⁷⁰ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne...*, § 217.

⁷¹ Te cechy, podobnie jak świat życia, forma życia zawdzięcza zarówno swojemu społecznemu charakterowi, jak i uprzedniości względem indywidualnej biografii (stanowi ona „odziedziczone tło”) – zob. L. Wittgenstein, *O pewności...*, § 94 i 298.

⁷² Tamże, § 359. Zbliża to formę życia do wierzeń (przekonań – *beliefs*), jednak o ile w przypadku tych ostatnich uczestnicy praktyki uświadamiają sobie brak ich ostatecznego ugruntowania, ich „zawieszenie na wierze” właśnie, o tyle forma życia nie jest postrzegana w ten sposób. Zawsze istnieje możliwość sensownego wątpienia w określone wierzenie, przy formie życia możliwość taka jest wyłączona.

⁷³ Tamże, § 210.

⁷⁴ G.H. von Wright, *Wittgenstein o pewności...*, s. 132.

⁷⁵ L. Wittgenstein, *O pewności...*, § 354: „Zachowanie wąpiące i niewąpiące. Pierwsze jest tylko wtedy, gdy jest drugie”.

⁷⁶ Tamże, s. 128. Obraz świata nie stanowi „wiedzy” w sensie ścisłym, dla tej ostatniej bowiem zawsze można podać uzasadnienie (por. *O pewności...*, § 18). Czasem jednak w odniesieniu do sądów wchodzących w obręb obrazu świata Wittgenstein używa określenia „wiem” (§ 355-357) – co odpowiada chyba rzeczywistej praktyce używania tego słowa.

⁷⁷ G.H. von Wright, *Wittgenstein o pewności...*, s. 130.

nia zdań. Ma on zatem w pierwszym rzędzie charakter praktyczny – co odsyła nas z powrotem do kategorii formy życia. Obraz świata można określić jako praktykę akceptowania określonych przekonań oraz postępowania w zgodzie z nimi. Jak mówi Wittgenstein o twierdzeniach składających się na obraz świata: „ich rola przypomina rolę reguł gry, gry zaś można się nauczyć czysto praktycznie, bez wysłowionych reguł”⁷⁸.

5. Ontologia i kontrola: podwójna rola instytucjonalizacji

1. Jak wynika z dotychczasowych analiz, instytucjonalizacja spełnia co najmniej podwójną rolę: po pierwsze, reguluje działanie jednostek; po drugie, jest współodpowiedzialna za podtrzymywanie pewnego zobiektywizowanego świata jako cieszącego się ważnością, dzięki czemu możliwe staje się wykonywanie praktyki jako sensownej. Jednak powiedzieć, że instytucjonalizacja przyczynia się do obydwu tych procesów, to za mało; istotne jest uświadomienie sobie, że obie te funkcje są ze sobą w szczególony sposób powiązane.

Wyobraźmy sobie, że z nieznanych nam powodów w społeczeństwie średniowiecznej Europy zaistniała konieczność ograniczenia prób morskich wypraw na zachód od brzegów Półwyspu Iberyjskiego i Afryki. Europa, obojętnie z jakich względów, nie życzyła sobie Kolumbów. W takiej sytuacji istnieje oczywiście możliwość ustanowienia reguły, iż nie należy pływać w kierunku zachodnim. Jej przestrzegania strzec by musiał zapewne skomplikowany system kontrolny, zarówno na lądzie, jak i na samym oceanie. Czy jednak dużo lepszych efektów nie przynosi wizja czeluści, do której na krańcu świata spadają okręty śmiałków? Jest to nieporównanie silniejszy i trwalszy (a często także tańszy) sposób na ostudzenie zapaleńców i ograniczenie ich działań.

A oto drugi przykład, tym razem z innego kręgu kulturowego⁷⁹. Marcel Granet, omawiając kulturę dawnych Chin, stwierdza:

Najogólniejsze idee starożytnej myśli chińskiej były niezmiennie rzeczowe, nieporównywalne z naszymi pojęciami abstrakcyjnymi. Ani czas, ani przestrzeń nie były przedmiotem myślenia abstrakcyjnego. Czas jest okrągły, cykliczny, a przestrzeń kwadratowa. Ziemia, która jest kwadratowa, została podzielona na mniejsze kwadraty⁸⁰.

⁷⁸ L. Wittgenstein, *O pewności...*, § 95.

⁷⁹ Pochodzi on od M. Graneta, a czerpię go za pośrednictwem R.K. Mertona – zob. tenże, *Teoria socjologiczna i struktura społeczna*, przeł. E. Morawska, J. Wertenstein-Żuławski, Warszawa 1982, s. 509-510; por. M. Granet, *La pensée chinoise*, Paris 1934. Podanemu przez Graneta przykładowi nadaję inną interpretację niż sam autor.

⁸⁰ Cyt. za: R. Merton, *Teoria socjologiczna...*, s. 509-510.

Konsekwencje takiego obrazu świata sięgają głęboko w sposób uporządkowania życia społecznego:

Mury miast, pola, obozowiska powinny tworzyć formę czworokątną. Obozy, budynki i miasta muszą być zorientowane, a wybór właściwej orientacji pozostaje w gestii przywódcy rytualnego⁸¹.

Określona wizja porządku kosmicznego (stanowiąca część świata życia) narzuca kształt konkretnych praktyk społecznych, zapośredniczonych przez takie nauki praktyczne jak kartografia, miernictwo, urbanistyka czy architektura, a także przez zasady porządku sakralno-politycznego. Jednocześnie podtrzymywanie i powtarzanie tych praktyk przyczynia się do trwania odpowiadającego im obrazu świata życia.

2. Widać w powyższym, że regulacja działania, którą zawdzięczamy instytucjonalizacji, sięga daleko głębiej niż proste narzucenie reguł postępowania (choć i to jest obecne). Kontrolny charakter instytucjonalizacji ma genezę nie tylko normatywną, ale i ontologiczną. Nie sprowadza się do ustanowienia zakazu morskich podróży; wynika raczej z „obiektywnego” istnienia przepaści, w którą spaść musi zabłąkany statek. Podobnie, nie polega on na prostym „wtłoczeniu” postępowania sędziego w ustawowe procedury; raczej opiera się na podtrzymywaniu istnienia czegoś takiego, jak prawo⁸².

Dzięki temu już samo istnienie instytucji zapewnia ważność proponowanym przez nią wzorom działania. „Instytucje przez sam fakt swego istnienia kontrolują także ludzkie postępowanie, narzucając z góry wzory postępowania, które kanalizują je w jednym kierunku, choć teoretycznie możliwe są liczne inne kierunki”⁸³. Sankcje są w tym modelu elementem wtórnym.

Działanie instytucji można w tym miejscu przyrównać do praw przyrody: fakt, że ludzie nie latają w powietrzu, nie wynika z ustanowienia odpowiedniego zakazu, lecz z istnienia przyciągania ziemskiego. Oczywiście, obiekty symboliczne łatwiej zignorować niż obiekty fizyczne: sędziowie dużo częściej orzekają bez odpowiedniej podstawy, niż przechodzą przez ściany. Notabene, niedostateczne uwzględnienie tej różnicy jest

⁸¹ Tamże.

⁸² Tę siłę ontologii w służbie kontroli najlepiej ukazują wielkie antyutopie – zarówno literackie fikcje, jak i relacje z antyutopii rzeczywistych. W niektórych przypadkach już sam tytuł jest tego przejmującym świadectwem, jak w przypadku *Nowego wspaniałego świata* A. Huxleya czy *Innego świata* G. Herlinga-Grudzińskiego. Instytucjonalna kreacja obejmować może przy tym wszelkie możliwe sfery tego, co uznawane za rzeczywiste – od geografii, przez antropologię, aż po eschatologię (zob. także J. Tischner, *Spor o istnienie...*, s. 39-55). Jest dostatecznie jasne, że nie omija ona także prawa.

⁸³ P. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie...*, s. 97.

jednym ze słabych punktów teorii Bergera i Luckmanna⁸⁴. Stąd też za odstępstwa od instytucjonalnych zasad zwykle przewidziane są odpowiednie sankcje. Jak jednak podkreślają sami autorzy, istnienie sankcji jest w przypadku kontrolnej funkcji instytucji sprawą drugorzędną; „pierwotna kontrola społeczna związana jest z samym istnieniem instytucji jako takiej”⁸⁵.

Omówione powyżej zjawisko, które umownie można określić jako „ontologizację kontroli”, ujawnia szczególny charakter reguł instytucjonalnych na tle innych reguł społecznych. Reguły te jawią się z „wewnętrznego”, instytucjonalnego punktu widzenia⁸⁶ jako obiektywne, znajdujące źródło swej ważności co do zasady w strukturze świata referencyjnego, jaki stanowi świat życia. Odstępstwo od nich, jeśli w ogóle możliwe do pomyślenia, postrzegane będzie jako naruszenie tego obiektywnego porządku rzeczy w świecie⁸⁷. Czasami jednak reguły te przybierają nieco inny, bardziej subtelny charakter, o którym mowa była powyżej. Zostają one na tyle głęboko zakorzenione w strukturach decyzyjnych, że stają się nieprzejrzyste i niewidoczne dla uczestnika zinstytucjonalizowanej praktyki. W tych przypadkach jednostka taka nie jest w stanie w sposób świadomy wysłowić reguł, którymi kieruje się w swoim postępowaniu, ani też nie potrafi choćby pomyśleć możliwości ich złamania⁸⁸.

6. Instytucjonalizacja i legitymizacja

1. Podejście do zagadnienia legitymizacji zinstytucjonalizowanej praktyki w omawianej koncepcji determinowane jest przez przedstawione powyżej założenie, wedle którego zobiektywizowana rzeczywistość zyskuje wiążący charakter przez sam fakt istnienia. Jeśli legitymizacja takiej praktyki następuje poprzez stwierdzenie jej zgodności z instytucjonalnymi regułami, mającymi, jak stwierdza Zirk-Sadowski, charakter reguł instru-

⁸⁴ Jak się zdaje, idą tu oni w dużej mierze za dwoma stanowiskami o szczególnym znaczeniu dla północnoamerykańskiej tradycji socjologicznej, tj. za Meadem z jednej, a Parsonsem z drugiej strony. Zob. m. in. M. Malikowski, *Instytucja i instytucjonalizacja..., passim*.

⁸⁵ P. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie...,* s. 98. Por. także M. Zirk-Sadowski, *Prawo wewnętrzne...,* s. 61.

⁸⁶ Znanego w prawoznawstwie pojęcia wewnętrznego punktu widzenia na oznaczenie perspektywy uczestnika zinstytucjonalizowanej praktyki użył A. Kozak, *Granice prawniczej...,* s. 55 i n.

⁸⁷ Zirk-Sadowski posługuje się w tym kontekście rozróżnieniem na reguły instrumentalne i reguły komunikacyjne, wskazując jednocześnie, iż pierwszy rodzaj reguł pozostaje charakterystyczny dla tych ujęć prawa, które wychodzą z założenia wyraźnego oddzielenia go jako przedmiotu poznania od poznającego podmiotu – zob. tenże, *Prawo wewnętrzne...,* s. 60-61.

⁸⁸ Berger mówi tu o automatyzmie funkcjonowania wewnątrz instytucji. Por. tenże, S. Pullberg, *Reification and the Sociological Critique of Consciousness* [za: M. Zemło, *Socjologia wiedzy...,* s. 264]. Por. także L. Wittgenstein, *O pewności...,* § 95; także uwagi z rozdz. I.3. na temat pojęcia imperatywu instytucjonalnego w koncepcji A. Kozaka (w przypisie).

mentalnych⁸⁹, wyznaczanych przez posiadany przez uczestników praktyki obraz rzeczywistości, to w ostateczności uprawomocnienie to sprowadza się do problemu wylegitymowania rzeczywistości społecznej jako obiektywnie istniejącej. Tak rozumiana legitymizacja posiada wysoce specyficzny charakter i tylko z trudem może być rozumiana jako usprawiedliwianie. Odwołuje się ona bowiem do porządku faktyczności, co do zasady nie uciekając się do argumentów o aksjologicznym charakterze⁹⁰. Stanowi ona – na tym poziomie, na którym osiąga stopień jawnie formułowanej argumentacji – typowy przypadek argumentacji analitycznej.

Berger i Luckmann proponują wyróżnienie czterech możliwych poziomów legitymizacji dla zinstytucjonalizowanych praktyk⁹¹. Stanowią je kolejno: pojedyncze zwroty i wyrażenia językowe, używane w codziennych praktykach; gotowe formuły w postaci pojedynczych zdań (maksymy, przysłowia itp.), które mogą mieć genezę w bardziej złożonych teoriach, przybierające jednak charakter wiedzy praktycznej (*knowledge-at-hand*); trzeci poziom obejmuje złożone teorie, które nie muszą już znajdować bezpośredniego praktycznego zastosowania; wreszcie na poziomie ostatnim pojawiają się tzw. uniwersa symboliczne.

Jako przykład legitymizacji pierwszego rodzaju wskazać można niemal każdy przypadek użycia podstawowych wyrażeń języka prawnego i prawniczego, jak „norma prawna”, „przepisy prawne”, „prawo obowiązujące”, „źródło prawa”, „akt normatywny” *etc.* Na gruncie interesującego mnie w pracy obszaru praktyki prawniczej będą to np. te wypowiedzi uczestników praktyki stosowania prawa, w których odwołują się oni do zasady zamkniętego systemu źródeł prawa, co jednak nie posiada merytorycznego znaczenia dla sprawy⁹². Trudno zresztą wskazać jakkolwiek inny, od wskazanego tu legitymizacyjnego, cel takich wypowiedzi.

Jako przykład uprawomocnienia drugiego stopnia słusznie wskazuje się na topiki i tradycyjne argumenty czy maksymy prawnicze⁹³ (np. *dura lex sed lex; nihil crimen sine legae*). Uzupełnić by to można jednak także o powszechnie w dyskursie prawniczym spotykane formuły, odwołujące się do określonych koncepcji teoretycznych – jak np. wypowiedzi typu: „Art. 87 Konstytucji wprowadza zamknięty system źródeł prawa”.

Nie sprawi prawnikom trudności wskazanie przykładów uporządkowanej wiedzy teoretycznej, stanowiącej trzeci stopień legitymizacji. Chodzić tu może, jak sądzę, o teorie o zróżnicowanym zasięgu, a także różnym stopniu systematyzacji („naukowości”)

⁸⁹ M. Zirk-Sadowski, *Prawo wewnętrzne...*, s. 60-61.

⁹⁰ Tamże.

⁹¹ P. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie...*, s. 153 i n.

⁹² Zob. np. postanowienie NSA z dnia 29 listopada 2005 r., I OSK 572/05 (*LEX nr 196722*).

⁹³ A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 45; J. Leszczyński, *Legitymizacja instytucji...*, s. 36-37.

– od teorii pojedynczej instytucji prawnej, przez np. teorie osoby prawnej, po ogólne teorie wykładni czy stosowania prawa. W grupie tej pomieszczają się więc także zespoły twierdzeń określane z punktu widzenia metodologicznego mianem „koncepcji”⁹⁴. Naturalnie, należeć tu będą także ewentualne teorie odnoszące się do systemu źródeł prawa, w tym: przyjmowana w rodzimej dogmatyce prawniczej teoria zamkniętego systemu źródeł prawa.

Stosunkowo najwięcej wątpliwości budzi poziom czwarty – „uniwersów symbolicznych”. Sami autorzy określają uniwersa jako „kompleksy tradycji teoretycznej, które integrują różne obszary znaczenia i ujmują porządek instytucjonalny jako symboliczną całość”⁹⁵. Uniwersum symboliczne stanowi więc najpełniejszy i najbardziej ogólny teoretyczny wyraz świata życia. Jak sądzę, za przykład uniwersum symbolicznego można w szczególności uznać dominujące w danej kulturze prawnej podejście teoretyczne, rodzaj „teoretycznego *Weltanschauung*” czy „paradygmatu”, jakim np. w naszych realiach pozostaje wciąż pozytywizm prawniczy⁹⁶.

2. Proponowane przez Bergera i Luckmanna cztery poziomy legitymizacji znane są polskiej literaturze teoretycznoprawnej⁹⁷ i nie ma potrzeby ich bardziej szczegółowego omawiania. Należy natomiast zwrócić uwagę na trzy istotne cechy tak rozumianych form uprawomocnień.

Po pierwsze, jak zostało zasygnalizowane wcześniej, legitymizacja odwołuje się tu niemal wyłącznie do sfery faktyczności. Można powiedzieć, że podobnie jak kontrola, dokonuje się w głównej mierze „przez ontologię”. Uprawomocnienie sprowadza się tu zatem w pierwszym rzędzie do podtrzymywania i umacniania zobiektywizowanych znaczeń, z jednej strony – wskazując na realność określonych faktów, z drugiej zaś – dostarczając odpowiedniej ich interpretacji⁹⁸. Paradoksalnie, choć nie pokrywa się to z potocznymi skojarzeniami z terminem „legitymizacja”, które wiążą się raczej ze sferą aksjologii, strategia ta okazuje się dużo skuteczniejsza. „Argument «z ontologii» jest mocniejszy niż argument hermeneutyczny”⁹⁹.

⁹⁴ Por. M. Król, *Teoretycznoprawna koncepcja...*, s. 22-23.

⁹⁵ P. Berger, T. Luckmann, *Spoleczne tworzenie...*, s. 155.

⁹⁶ W kwestii zastosowania w tym kontekście terminu „paradygmat”, a także pozytywistycznego charakteru tak rozumianego paradygmatu współczesnej praktyki prawniczej (dogmatyki prawa) zob. zwł. J. Wróblewski, *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990, s. 31 i n.; K. Płeska, *O paradygmacie dogmatyki prawa*, [w:] J. Czapska i in. (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 763 i n.

⁹⁷ Por. zwł. A. Kozak, *Granice wykładni...*, s. 44-47; J. Leszczyński, *Legitymizacja instytucji...*, s. 35-41; M. Król, *Teoretycznoprawna koncepcja...*, s. 15-25.

⁹⁸ Por. A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 47.

⁹⁹ E. Łętowska, *Kilka uwag...*, s. 32.

Po drugie, w ten sposób dzięki zabiegom legitymizacyjnym jednocześnie następuje bezpośrednie osadzenie praktyki w szerszym kontekście świata życia. Widoczne jest to szczególnie w przypadku pierwszych dwóch poziomów uprawomocnienia, które w naturalny sposób dokonują się właśnie w ramach praktyki. Trywialne na pozór wypowiedzi odsyłają w ten sposób do zakładanego, a niewysławianego kontekstu, który może w niektórych przypadkach przybierać niezwykle rozbudowane i skomplikowane formy. Z jednej strony, pozwala to przypisać praktyce właściwe znaczenie, a także przyczynia się do jej uproszczenia, jako że w definiowaniu sytuacji przez uczestników praktyki pominięte być mogą oczywiste elementy kontekstu. Z drugiej strony, powtarzanie w praktyce tego rodzaju odwołań przyczynia się do utrwalania i umacniania (reprodukcji) samego kontekstu¹⁰⁰.

Trzecia, ostatnia uwaga odnosi się do charakteru wiedzy teoretycznej, a zatem trzeciego i czwartego poziomu legitymizacji. Z przyjętych przez autorów założeń płynie wniosek, iż konstruowane na tym poziomie teorie muszą uwzględniać potoczne sposoby interpretacji praktyki, charakterystyczne dla jej uczestników¹⁰¹. Wiedza potoczna stanowi zatem konieczny punkt wyjścia dla teorii (*resp.* uniwersum symbolicznego) – nie tylko dlatego, że co do zasady nie są one w stanie w pełni abstrahować od wspólnego im z interpretowaną praktyką świata życia; także z tego względu, iż w innym przypadku nie mogłyby one wywiązać się z przypisywanych im zadań, w tym: legitymizowania praktyki¹⁰². Jak się zdaje, świadomość tego wymogu zachowują np. przedstawiciele współczesnego pozytywizmu prawniczego (szczególnie w jego dominującym, anglosaskim wydaniu), wprost deklarujący zamiary rekonstrukcji i objaśniania rzeczywiście istniejącej praktyki prawniczej¹⁰³.

3. Na koniec powróćmy do zapożyczonego od Graneta opisu świata życia mieszkańca dawnych Chin. W punkcie poprzednim ukazane zostało, w jaki sposób obraz tego świa-

¹⁰⁰ Niezwykle ciekawej analizy przypadku dyskursu prawniczego dostarcza w tym zakresie Giddens, analizując powiązania między działaniem a milcząco zakładanym i reprodukowanym kontekstem strukturalnym – *Stanowienie społeczeństwa...*, s. 381-383.

¹⁰¹ Wymóg ten formułuje już Schütz (tzw. postulat subiektywnej interpretacji oraz postulat adekwatności – zob. *Potoczna i naukowa...*, s. 176-188), a w pewnym sensie także Husserl (*Kryzys nauk...*, s. 53-62; por. A. Schütz, *Fenomenologia i nauki...*, s. 118-123).

¹⁰² W ten oto sposób pomiędzy światem życia a uniwersum symbolicznym powstają dość złożone relacje wzajemne, polegające na tym, że z jednej strony uniwersum bazuje na świecie życia, przedstawiając określoną jego interpretację, z drugiej zaś – stając się dostępne dla uczestników świata życia, może ono zwrótnie oddziaływać na ten świat, wpływając na jego przekształcenia. Por. w tym względzie ideę „podwójnej hermeneutyki”, właściwej naukom społecznym, u A. Giddensa, *Nowe zasady...*, *passim*, zwł. s. 21-30 i 210-218.

¹⁰³ Zobacz na ten temat rozdz. VI.3. Zgodność programu pozytywistycznego z potocznymi interpretacjami rzeczywistości prawnej, jako rzeczywistości zobiektywizowanej, przekonująco wykazuje na gruncie koncepcji Bergera i Luckmanna M. Zirk-Sadowski w: *Prawo wewnętrzne...*, s. 60-64.

ta przyczyniał się do ukształtowania w określony sposób szeregu społecznych praktyk. W chwili obecnej analizę tę możemy uzupełnić o wskazanie relacji przeciwnej: istniejąca praktyka, poszukując swej legitymizacji, przyczynia się do wytworzenia określonego uniwersum symbolicznego, interpretującego, ale i kształtującego odpowiadający mu świat życia. Wymogi praktyki wpływają zatem zarówno na treść potocznych wyobrażeń o otaczającym świecie, jak i na jego teoretyczny wyraz w postaci określonych koncepcji kosmologicznych, ujętych w uniwersum symboliczne. Berger i Luckmann darzą szczególną uwagę tego rodzaju koliste, „dialektyczne” konstrukcje teoretyczne, w których nie sposób orzec o pierwszeństwie któregośkolwiek z elementów. Tak też dzieje się w przypadku relacji między elementami praktyki, świata życia i uniwersum symbolicznego.

7. Uwagi podsumowujące

W rozdziale wprowadzone zostały pewne kategorie teoretyczne (przede wszystkim instytucjonalizacji, obiektywizacji, świata życia) dla objaśnienia prawidłowości rządzących praktyką społeczną. Kategorie te traktowane są przy tym jako oddające mechanizmy o uniwersalnym charakterze, którym podlegają praktyki w każdej – dostatecznie trwałej – grupie społecznej.

Blisko powiązane pojęcia instytucjonalizacji i obiektywizacji łączą w sobie moment działania z momentem interpretacji. Każde działanie traktowane jest jako znaczące; tym samym utrwalanie określonych schematów działań (i powiązanych z nimi reguł) pozostaje nierozdzielne z trwałością znaczeń z nim związanych. Prowadzi to do obiektywizacji znaczenia, w tym zwłaszcza rzeczywistości symbolicznej, która dostarcza uprzednich definicji sytuacji i postrzegana jest jako niezależna względem konkretnej praktyki. Dzięki opisanym zjawiskom praktyka zyskuje zatem dwa tak istotne czynniki ją determinujące, o których mowa była w rozdziale pierwszym: reguły oraz kontekst.

Szczególną odmianą zobiektywizowanej rzeczywistości jest świat życia. Stanowi on najgłębszą, najmniej wystawioną na podważenie podstawę działań oraz interpretacji. Świat życia sam w sobie nie wymaga ugruntowania: to on stanowi ugruntowanie dla każdej argumentacji. Jednocześnie świat ten posiada charakter wyraźnie praktyczny – ujmowany jest jako niedyskursywny, niemożliwy do pełnego wyeksplikowania. Przypomina do pewnego stopnia grę, której nauczyć się można „czysto praktycznie, bez wysłowionych reguł”¹⁰⁴. W jego obrębie następuje też szczególny rodzaj stopienia wymiarów faktyczności i powinności – świat życia, przez samo swe istnienie, ma charakter obowiązujący.

¹⁰⁴ L. Wittgenstein, *O pewności...*, § 95.

zujący i stanowić może źródło reguł działania. Działanie kształtowane jest w takim wypadku przez samą strukturę rzeczywistości, co w pracy określone zostało mianem „ontologizacji kontroli”.

Zinstytucjonalizowana praktyka nie tylko kształtowana jest przez zobiektywizowaną sferę faktyczności, ale w niej także poszukuje swego uprawomocnienia. Cechą charakterystyczną prezentowanej koncepcji legitymizacji jest fakt, iż na wszystkich swych czterech poziomach – od pojedynczych wyrażen językowych po całościowe uniwersa symboliczne – ma się ona dokonywać właśnie poprzez odesłanie do zobiektywizowanej rzeczywistości. Szczególną przy tym rolę w tak rozumianej legitymizacji odgrywa poziom uniwersów symbolicznych – stanowiących w odniesieniu do uprawomocnianej praktyki interpretację całościową (obejmującą wszystkie jej aspekty) oraz integrującą (spajającą ją w koherentną, sensowną całość).

ROZDZIAŁ VI

Instytucjonalizacja i przemiany dyskursu prawniczego

1. Uwagi wprowadzające

W rozdziale poprzednim przedstawiona została ogólna analiza procesów instytucjonalizacji i obiektywizacji, jako wywierających wpływ na każdy rodzaj praktyki społecznej. Wnioskując z całości na część, uznać można, iż ich oddziaływanie ujawniać się będzie także w tym specyficznym rodzaju praktyki, jaką stanowi dyskurs prawniczy. Rozważeniu tego zagadnienia poświęcony jest niniejszy rozdział. W szczególności, dowodzę w nim, iż instytucjonalizacja (a także powiązane z nią obiektywizacja i kształtowanie się świata życia) jest odpowiedzialna, po pierwsze, za przejście od argumentacji o charakterze dialektycznym do jej analitycznej wersji, a tym samym, po wtóre, za przejście od aksjologicznego do ontologicznego sposobu interpretowania zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Wprowadzone w rozdziale poprzedzającym kategorie pozwalają zatem na wytlumaczenie, w jaki sposób rozważana Zasada, stanowiąca w pierwszym rzędzie wytwór ustaleń samej praktyki prawniczej, traktowana może być jako wyraz obiektywnie istniejącej rzeczywistości prawnej. Problemom tym poświęcony został drugi podrozdział.

Jednocześnie omówione powyżej kategorie teoretyczne mogą być zastosowane do problemów legitymizacji praktyki prawniczej. W podrozdziale trzecim podjęta została zatem próba ukazania, w jaki sposób istniejące we właściwej nam kulturze prawnej

uniwersum symboliczne pozytywizmu prawniczego legitymizuje praktykę prawniczą wspartą na założeniu zamkniętego charakteru systemu źródeł prawa. W legitymizacji tej, jak postaram się wykazać, w sposób specyficzny łącznie są argumenty o charakterze opisowym, normatywnym i funkcjonalnym.

Dwa te podrozdziały dopełniają zatem realizację celu, postawionego na początku pracy: wyjaśnienia prawidłowości związanych z interesującym nas tu typem argumentacji prawniczej. Trzeci podrozdział wychodzi już poza ściśle rozumiany przedmiot pracy i stanowi próbę wstępnej refleksji nad wynikającymi stąd problemami. Poddaje on bowiem krytycznej ocenie dominującą współcześnie interpretację Zasady i rozważa możliwość jej reinterpretacji w praktyce.

2. Od aksjologicznej do ontologicznej interpretacji Zasady

1. Zawarte w poprzednim rozdziale rozważania nad wpływem instytucjonalizacji i obiektywizacji na społeczne praktyki odnoszą się także, *mutatis mutandis*, do szczególnego rodzaju praktyki, jaką jest dyskurs. Chodzi przy tym nie tyle, czy raczej nie tylko, o zewnętrzne ukształtowanie dyskursu (jaki krąg podmiotów może w nim uczestniczyć, rygorzy formalne i czasowe itp.¹⁰⁵), ale także o wewnętrzną strukturę dyskursu, którą stanowią przyjęte w jego ramach sposoby argumentowania. Mówiąc krótko: instytucjonalizacja, dostarczając zespołu przekonań uznawanych za oczywiste i bezdyskusyjne (kształtując określony świat życia), pozwala rozstrzygać podnoszone w dyskursie kwestie w sposób kategoryczny i pewny. Poprzez to również tworzy możliwość posługiwania się w dyskursie kategoriami prawdy i fałszu, wprowadzając kryteria podporządkowywania twierdzeń jednej bądź drugiej z nich. W ten sposób dokonuje się przejście od argumentacji typu dialektycznego do argumentacji analitycznej. Jak powie w tym kontekście Kozak: „Nie można już twierdzić, że rzeczywistość jest «miękką», podatna na interpretacje podporządkowane wartościowaniom nie poddającym się racjonalizacji. Instytucjonalna (...) struktura społeczna legitymizuje wewnętrzną postawę poznawczą, będącą podstawą realności przedmiotów kulturowych. Ich byt przywraca rangę klasycznej koncepcji prawdy”¹⁰⁶.

Przypomnieć w tym miejscu warto sposób pojmowania obiektywizacji przez Bergera, jako nadawania subiektywnie ważnym znaczeniom waloru obiektywności i realno-

¹⁰⁵ Zagadnienia te podlegać będą przede wszystkim określeniu w ramach instytucjonalizacji wtórnej (np. przez ustanowienie odpowiednich norm proceduralnych dla dyskursu prawniczego), choć i instytucjonalizacja pierwotna nie może pozostać tu bez znaczenia.

¹⁰⁶ A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 62.

ści. W ten sposób w dyskursie początkowa sfera tego, co subiektywnie ważne, sfera *doxa*, przechodzi w obiektywność *episteme*. Instytucjonalizacja tworzy zatem w obrębie dyskursu sferę pewności, w której ewentualne wątpliwości mogą być rozstrzygane w sposób ostateczny i kategoryczny. Ta pewność w skrajnych przypadkach przybierać może postać oczywistości, charakterystycznej dla konstruktów świata życia, w odniesieniu do których zawieszona zostaje możliwość wątplenia.

Należy jednak pamiętać, iż instytucjonalnie określany świat życia zachowuje również ważność intersubiektywną. W obrębie danego audytorium, uczestniczącego we wspólnie podzielanym świecie życia, pojawiające się w instytucjonalnie ukształtowanym dyskursie wątpliwości mogą być więc rozstrzygane w oparciu o intersubiektywnie ważne, bezosobowe kryteria, niezależnie od ocen konkretnego uczestnika dyskursu¹⁰⁷.

Analogicznym procesom podlega formalna strona argumentacji. Instytucjonalizacja nie tylko tworzy „ontologiczną podbudowę” dla dyskursu, zapewniając pewność (kategoryczność, prawdziwość) przesłanek używanych w argumentacji, ale także dostarcza odpowiednich instytucjonalnych reguł działania. Tym samym reguły argumentowania zostają także z góry określone. Argumentacja również od strony formy zyskuje charakter niezawodny i pewny.

Sugeruje to, że przy zagwarantowaniu odpowiedniego poziomu kompetencji merytorycznej (zarówno jeśli chodzi o „znajomość rzeczy”, jak i umiejętność stosowania procedur), uczestnicy dyskursu mogą być w dowolny sposób zastępowani przez inne podmioty. Wynik bowiem pozostaje niezależny od indywidualnych charakterystyk uczestników dyskursu. Jednocześnie, jeśli pozostawać w ramach danego świata życia, ta sama praktyka dyskursu może być odtwarzana w wielu różnych sytuacjach i okolicznościach, prowadząc zawsze do tego samego rezultatu. Podsumowując: instytucjonalizacja odpowiada za wytwarzanie tej sfery, w której dominować będzie argumentacja analityczna.

Takiemu modelowi ukształtowanego *more geometrico* dyskursu analitycznego przeciwstawić można wizję dyskursu dialektycznego, niezdeterminowanego przez oddziaływanie instytucjonalizacji. Jak zostało ustalone w rozdziale drugim, będzie on miał miejsce wszędzie tam, gdzie brak pewnych i konkluzywnych przesłanek w argumentacji, gdzie rozstrzygane problemy mają charakter sporny i dyskusyjny, gdzie przywoływane argumenty pozostają zawodne i niepewne od strony formalnej. Dyskurs taki zakłada zatem konieczność wyborów, wartościowań, ważenia mocy i wiarygodności

¹⁰⁷ J. Leszczyński w podobnym kontekście mówi o dwóch sposobach rozumienia obiektywności wzorów rozstrzygnięcia w dyskursie prawniczym – jako intersubiektywności oraz jako odniesienia do „czegoś zewnętrznego”. Zob. tenże, *Pozytywizacja prawa...*, zwł. s. 116. Znacząca jest zbieżność tego stanowiska z przywoływanymi w rozdz. V.4 uwagami Bergera na temat obiektywności kultury.

poszczególnych argumentów. Przez to uzyskuje wyraźne osobowe zabarwienie; ma charakter jednostkowy i niepowtarzalny w zmienionych warunkach społecznych. Zawsze też może potoczyć się inaczej, możliwe do wyobrażenia i obrony są różne jego konkluzje. Jednym zdaniem, jest to dyskurs, którego uczestnicy, z braku wcześniejszych punktów oparcia, muszą w trakcie jego trwania na bieżąco definiować sytuację i uzgadniać reguły działania. Jest to idealna sytuacja interakcji dokonującej się w braku zinstytucjonalizowanych praktyk. Berger i Luckmann jako hipotetyczny przykład podają tu spotkanie na bezludnej wyspie dwóch osób, przynależnych do zupełnie sobie obcych światów społecznych¹⁰⁸.

Jest jasne, że obydwa powyższe typy praktyk argumentacyjnych nie istnieją w czystej postaci. W rzeczywistym świecie nie występują ani przypadki instytucjonalizacji totalnej, ani „punktu zero” rozumianego jako jej całkowity brak. Z perspektywy jednostki instytucjonalizacja działań i obiektywizacja znaczeń ma miejsce zawsze, pozostaje jedynie pytanie o jej zasięg¹⁰⁹. Instytucjonalizacja jest też procesem dokonującym się w czasie, stąd z perspektywy diachronicznej jej wpływ na konkretną praktykę może ulegać bądź zwiększaniu, bądź ograniczeniu¹¹⁰. Niemniej jednak wskazane rodzaje argumentacji zachowują znaczenie choćby ze względów heurystycznych, jako typy idealne. Rzeczywiste praktyki można scharakteryzować jako bliższe lub dalsze któremuś z nich, co w niektórych przypadkach – jak wynika z rozważań nad argumentacją związaną z zasadą zamkniętego systemu źródeł prawa, zawartych w rozdziałach trzecim i czwartym – przybiera postać zdecydowanej dominacji jednego z typów argumentacji.

2. Wcześniejsze rozważania ukazały także, w jaki sposób w samej praktyce dokonuje się „przejście” od aksjologicznej do ontologicznej interpretacji zasady zamkniętego systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Przypomnijmy, że pierwsza z tych interpretacji nakazuje postrzegać Zasadę jako postulat, wychodzący od uznania „zamknięcia” systemu za wartość i budujący uzasadnienie ważności zasady na racjach aksjologicznych właśnie (podstawowe założenia ustrojowe, wartości autonomiczne, instrumentalne lub gwarancyjne prawa). Uzasadnianie takie dokonuje się w ramach argumentacji dialektycznej. Druga interpretacja ważność Zasady opiera na twierdzeniach o rzeczywistości prawnej, traktując ją jako wyraz obiektywnego faktu. Argumentacja,

¹⁰⁸ Zob. P. Beger, T. Luckmann, *Spoleczne tworzenie...*, s. 98-100.

¹⁰⁹ Zob. na ten temat tamże, s. 131 i n.

¹¹⁰ Jako przykład dyskursu, w którym obserwować można przejście od argumentacji analitycznej do szerszego uwzględniania racji dialektycznych, wskazać można współczesne próby obrony liberalnej doktryny społeczno-politycznej – zob. M. Błachut, *Postulat neutralności moralnej prawa a konstytucyjna zasada równości*, Wrocław 2005, rozdz. II, zwł. s. 28-30; tenże, J. Kaczor, *Kryzys legitymizacji liberalnej filozofii prawa?*, [w:] A. Sulikowski (red.), *W poszukiwaniu podstaw prawa, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2006, s. 179 i n.

odwołująca się zazwyczaj do jasnego znaczenia tekstu prawnego lub jednoznacznej woli prawodawcy, przybiera charakter analityczny.

W kontekście przeprowadzonych analiz mechanizmów instytucjonalizacji i obiektywizacji wyraźnie widoczne stają się również czynniki warunkujące owo przejście pomiędzy wskazanymi sposobami odczytywania Zasady. W ten sposób odpowiedź znajdują co najmniej dwa spośród trzech kluczowych dla pracy pytań¹¹¹.

Pierwsze z pytań dotyczyło możliwości dokonania przez samą praktykę tego rodzaju przejścia, które skutkuje traktowaniem argumentów odwołujących się do zamkniętego systemu źródeł prawa jako wyrażen o rzeczywistości. W obliczu wielu teoretycznie możliwych odpowiedzi na gruncie samego tekstu konstytucji, praktyka prawnicza zgodnie przyjmuje zamknięcie systemu jako obiektywny fakt.

Odpowiedź na powyższe pytanie sięga zarówno do mechanizmu obiektywizacji rzeczywistości symbolicznej, jak i instytucjonalizacji działań w obrębie praktyki – co oczywiście pozostaje wzajemnie powiązane. Wprowadzone kategorie pozwalają ukazać, jak w obrębie samej praktyki dochodzi do wykształcenia stabilnych reguł postępowania oraz kreacji pewnej sfery symbolicznej jako zobiektywizowanej rzeczywistości.

Po pierwsze zatem, poprzez obiektywizację dominującej koncepcji systemu źródeł prawa praktyka prawnicza znajduje oparcie w stabilnym kontekście, rozstrzygającym ewentualne wątpliwości meta-walidacyjne. Kryteria zaliczania do źródeł prawa (kryteria walidacyjne) określone zostają bowiem w sposób trwały, bezosobowy i (zazwyczaj) jednoznaczny. Pozwala to zminimalizować ryzyko pojawienia się w dyskursie sporu teoretycznego w rozumieniu Dworkinowskim, sporom empirycznym zaś dostarcza obiektywnych kryteriów rozstrzygnięcia.

Po drugie, dyskurs prawniczy zyskuje dzięki instytucjonalizacji wyraźne reguły, wedle których winien być prowadzony. W odniesieniu do interesującego nas obszaru dyskursu chodzić będzie, rzecz jasna, o reguły walidacyjne. Także i one wprowadzają w procedurę dyskursu obiektywność, przewidywalność i powtarzalność. Treść tych reguł wynika przy tym wprost z przyjętego za obowiązujący obrazu świata – pozostają one, jak zauważone zostało w rozdziale pierwszym, zasadniczo tożsame z kryteriami obowiązywania¹¹².

Drugie z pytań dotyczyło podstaw, na których wspiera się szczególny charakter owej rozpoznanej wcześniej „obiektywności” argumentu z zamkniętego systemu źródeł prawa. Ta specyfika sprowadza się w pierwszym rzędzie do jego niepodważalności –

¹¹¹ Zob. Wprowadzenie, podrozdz. 5. oraz rozdz. IV.6.

¹¹² Zob. rozdz. I.5.

twierdzenia odnoszące się do kształtu systemu traktowane są zatem nie tylko jako obiektywnie prawdziwe, ale także jako niemożliwe do zakwestionowania.

Także i to pytanie znajduje odpowiedź na gruncie prezentowanej koncepcji, w szczególności dzięki pojęciu świata życia (formy życia, obrazu świata), stanowiącemu szczególną postać zobiektywizowanej rzeczywistości. Jedną z podstawowych cech konstruktywów wchodzących w obręb świata życia jest właśnie ich niepodważalny, oczywisty charakter. Zawieszona zostaje w odniesieniu do nich możliwość wątplenia, a pozostałe fragmenty rzeczywistości podlegają takiej interpretacji, która pozwala jednocześnie uzgodnić je z kształtem świata życia, jak i pozostawić nienaruszonym ten ostatni.

Uznać należy w tym kontekście, że także koncepcja systemu źródeł prawa w pewnym zakresie staje się częścią jurydycznego świata życia, w którym osadzona jest praktyka dyskursu prawniczego. Od tego momentu funkcjonuje ona jako część fundamentu, na którym cała praktyka zostaje wsparta. Sprawia to, że składające się na nią twierdzenia traktowane są jednocześnie jako niepodważalne i nie wymagające uzasadnienia.

Pierwsza z tych cech oznacza, iż w ramach dyskursu zauważalna staje się tendencja do obrony, dla zewnętrznego obserwatora często trudnej do przyjęcia, tychże twierdzeń przed możliwością ich zakwestionowania. Tendencję tę obserwować mogliśmy w różnych sytuacjach związanych z dyskusją nad rozważaną Zasadą. Znalazła ona swój wyraz w orzeczeniu dotyczącym aktów normatywnych stanowionych przez organy NBP¹¹³, ale także chociażby w głosach doktrynalnych, dążących do marginalizacji przypadków wykraczających poza przywoływaną Zasadę¹¹⁴.

Druga cecha twierdzeń wchodzących w obręb świata życia oznacza, iż nie wymagają one ode mnie, jako uczestnika dyskursu, ugruntowania. Mają one charakter na tyle oczywisty, że wątplenie w ich ważność zarezerwowane zostaje dla osób przejawiających oznaki szaleństwa¹¹⁵. Ten brak potrzeby ugruntowania w odpowiedniej argumentacji ujawnia się wyraźnie w odniesieniu do Zasady, która sama traktowana jest jako „źródło argumentów” w dyskursie¹¹⁶. Pełni ona zatem rolę, która polega na kończeniu łańcucha argumentacyjnego. Aarnio, poruszając zagadnienie tego rodzaju argumentów w dyskursie prawniczym, określa je za Georgiem Henrikiem von Wrightem mianem „przedwiedzy” (*Vorwissen*) i wskazuje na ich zakotwiczenie w obrazie świata¹¹⁷. Także i ten autor podkreśla obydwie ich cechy: z jednej strony, niepodważalność, z drugiej zaś, brak

¹¹³ Wyrok TK z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

¹¹⁴ Zob. głosy w kwestii charakteru prawnego art. 30 konstytucji bądź regulaminów izb Parlamentu, przedstawione w rozdz. IV.3.

¹¹⁵ Zob. rozdz. V.4.

¹¹⁶ Zob. rozdz. IV.5.

¹¹⁷ A. Aarnio, *On Legal Reasoning...*, s. 101-102. Por. także G.H. von Wright, *Wittgenstein o pewności...*, s. 123.

ugruntowania w możliwej do wyraźnego wysłowienia argumentacji¹¹⁸. Odwołują się one bowiem do tego, co uznawane za bezspornie realne i poprzez sam ten fakt – wiążące¹¹⁹.

3. W tym miejscu zaznaczenia wymaga jeszcze jeden rodzaj konsekwencji, jakie instytucjonalizacja wywołuje w obrębie argumentacji prawniczej – w tym także związanej z rozważaną Zasadą. Skutek ten polega na przesłonięciu pierwotnych uzasadnień dla wykorzystywanych argumentów. Ta cecha instytucjonalizacji w odniesieniu do wszelkich działań społecznych podkreślana była wprost przez Bergera i Luckmanna w ich ogólnej analizie instytucjonalizacji¹²⁰. Instytucjonalizacja prowadzi zatem do sytuacji, w której posługiwanie się pewnymi argumentami (wśród tych np. określoną regułą bądź zasadą prawną), które pierwotnie znajdowały oparcie we wspierających je uzasadnieniach drugiego stopnia, znajduje nowe ugruntowanie w obiektywnym porządku rzeczy. Na pytanie, dlaczego dany argument miałby być uznany za słuszny, ważny czy istotny, nie trzeba więcej poszukiwać złożonej odpowiedzi w racjach o charakterze aksjologicznym, funkcjonalnym itp., lecz wystarczy krótkie stwierdzenie: „*bo tak jest*”¹²¹.

Proces ten obserwować mogliśmy także na przykładzie argumentacji powiązanej z zasadą zamkniętego systemu źródeł prawa. W rozdziale trzecim określony został krąg typowych racji, które przywoływane były przez zwolenników Zasady w jej interpretacji aksjologicznej¹²². Przejście do ontologicznego sposobu jej rozumienia powoduje zanik znaczenia tego rodzaju uzasadnień wspierających. Sędzia, powołując się w rozstrzygnięciu na argument z zamkniętego systemu źródeł prawa, nie widzi potrzeby (tak jak nie widzą jej uczestnicy postępowania) dodatkowego wskazywania uzasadnień, mających uwiarygodnić użyty argument. Jego ważność, oparta teraz na strukturze rzeczywistości, pozostaje niezależna od jego politycznych, etycznych czy funkcjonalnych referencji.

Problem ten znalazł swoje odzwierciedlenie w rozważaniach z zakresu ogólnej refleksji o prawie, w których podejmuje się zagadnienie „nieprzejrzystości” reguł prawnych dla stojących za nimi uzasadnień. Jak stwierdza Schauer, reguły te, do których

¹¹⁸ A. Aarnio, *On Legal Reasoning...*, s. 101.

¹¹⁹ Tamże, s. 86-87. Por. także A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 63-65. Można także, mimo wszystkich różnic, przywołać tu analogiczne pojęcie presupozycji, którym w języku filozofii analitycznej ujmuje się niewysławiane przesłanki rozumowań, w tym także rozumowań prawniczych. Zob. Z. Łyda, *Presupozycje a dyskurs...*; N. MacCormick, *Legal Reasoning...*, rozdz. III. Autor ten wprost uznaje, iż „każda próba opisu rozumowań prawniczych (...) przyjmuje pewne presupozycje co do natury prawa” (s. 229). Treść tego rodzaju presupozycji wyznacza zdaniem MacCormicka istniejąca reguła uznania. Zob. tamże, s. 241-246, 275 i n.

¹²⁰ P. Berger, T. Luckmann, *Spoleczne tworzenie...*, s. 102-103.

¹²¹ Por. tamże; A. Aarnio, *On Legal Reasoning...*, s. 86-88.

¹²² Zob. rozdz. III.4.

treści odwołujemy się w praktyce prawniczej jako do jednych z ważniejszych argumentów, mogą teoretycznie pozostawać w dwojakiej relacji wobec wspierających je racji (*background reasons*)¹²³. Reguła prawna może zatem stanowić jedynie rodzaj generalizacji, pozwalającej znaleźć słuszne rozstrzygnięcie dla większości typowych sytuacji. W każdym konkretnym przypadku stosowania prawa, ujmowanego jako poszukiwanie najbardziej sprawiedliwego rozstrzygnięcia, należy jednak poddać pod rozważenie adekwatność tej generalizacji. W ostateczności reguła pełni jedynie rolę heurystycznej wskazówki dla sędziego, który podejmuje decyzję po rozważeniu wszystkich dostępnych argumentów. Reguła jest tu w pełni przejrzysta dla stojących za nią uzasadnień; w praktyce stosowana jest nie tyle sama reguła, co racje ją uzasadniające.

Z odwrotną sytuacją mamy do czynienia w przypadku reguł, które pozostają nieprzejrzyste dla wspierających je uzasadnień. Niezgodność rozstrzygnięcia na podstawie normy z rozstrzygnięciem, które byłoby wyznaczane przez jej uzasadnienie, nie powoduje odejścia od postanowień reguły. Jest ona traktowana całkowicie autonomicznie, jako jedyny wyznacznik dopuszczalnego rozstrzygnięcia.

Jak stwierdza Schauer, niektórzy zwolennicy traktowania reguł prawnych jako nieprzejrzystych skłonni są traktować tę cechę reguł jako definicyjny element prawa¹²⁴. Sam autor uznaje jednak brak jakiegokolwiek pojęciowej konieczności, aby reguły prawne przybierały jeden bądź drugi charakter. Stanowią one zresztą raczej jedynie pewne skrajności, między którymi zdaniem Schauera rozciąga się całe kontinuum możliwości. Wybór między nimi stanowi wybór nie pomiędzy prawem a nie-prawem, lecz jedynie między różnymi możliwymi strategiami stosowania prawa. Traktowaniu reguł jako przejrzystych dla stojących za nimi generalizacji odpowiada strategia partykularyzmu; podejściu przeciwnemu, podkreślającemu nieprzejrzystość reguł – strategia „oparcia na regułach”¹²⁵.

Bardziej interesująca dla prowadzonych rozważań pozostaje niewątpliwie strategia „oparcia o reguły”, jako ujmująca reguły prawne w ten sam sposób, w jaki zasada zamkniętego systemu źródeł prawa traktowana jest w obrębie jej ontologicznej interpretacji, stanowiącej skutek procesów instytucjonalizacji i obiektywizacji. Tym bardziej że,

¹²³ Zob. F. Schauer, *Rules and the Rule...*; zob. także G.J. Postema, *Law's Autonomy and Public Practical Reason*, [w:] R.P. George (red.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford 1996, s. 85-87.

¹²⁴ Jako przedstawiciela takiego podejścia Schauer wskazuje sędziego Scalię – *Rules and the Rule...*, przyp. 17. Podobne stanowisko zdaje się przyjmować Raz – zob. tegoż *Authority, Law, and Morality*, [w:] tenże, *Ethics in the Public Domain, Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford 1994.

¹²⁵ *Particularistic and rule-based modes of decisionmaking* – tamże. W innym miejscu w sposób bardzo zbliżony do strategii oparcia na regułach Schauer określa strategię formalizmu w stosowaniu prawa – zob. tenże, *Formalism*, „Yale Law Journal” 1988, No. 97, s. 521 i n.; zob. także M. Matczak, *Summa iniuria...*, s. 57-58.

jak zauważa Gerald Postema, jako nieprzejrzyste dla wspierających je uzasadnień mogą pozostawać nie tylko poszczególne normy prawne o charakterze merytorycznym („reguły pierwotne” według przyjmowanej przez autora terminologii Harta); nie ma przeszkód, aby w ten sam sposób traktowane były w praktyce argumentacji prawniczej także reguły wtórne, w tym np. reguły wyznaczające kształt systemu źródeł prawa¹²⁶. Jednocześnie Postema zwraca uwagę na konsekwencje takiego podejścia do tychże zasad – niezależnie od istnienia racji aksjologicznych przemawiających na ich rzecz, racje te nie będą brane pod uwagę w ramach prawniczej argumentacji¹²⁷. Może zatem potencjalnie dojść do takiej sytuacji, w której zastosowanie racji uzasadniających daną regułę prowadziło by do skutków odmiennych od zastosowania samej reguły; więcej nawet, możliwe do wyobrażenia są takie przypadki, w których wierne zastosowanie reguły bezpośrednio godzić będzie w racje mogące służyć jako jej uzasadnienie. W obrębie podejścia partykularystycznego stanowiłoby to powód do odstąpienia od zastosowania reguły. W obrębie strategii „oparcia o reguły” nie ma to znaczenia, obowiązująca reguła każdorazowo winna bowiem znaleźć zastosowanie¹²⁸.

Odwołajmy się do dwóch tylko racji służących przed rokiem 1997 jako uzasadnienie postulatów zmierzających do zamknięcia systemu źródeł prawa w konstytucji, jakimi jest ochrona praw jednostki oraz potrzeba zapewnienia sprawnego działania instytucji publicznych¹²⁹. Ich wybór dyktowany jest m.in. faktem, że obie znalazły swój wyraz w preambule obowiązującej ustawy zasadniczej¹³⁰. Niewątpliwie służyć mogą one jako wsparcie dla zasady zamkniętego systemu źródeł prawa, jako że w większości przypadków jej stosowanie wydaje się wręcz niezbędne do zapewnienia zawartych w nich ideałów. Jednocześnie, jeśli spojrzymy pod kątem przywołanych racji na wybrane orzeczenia, o których mowa we Wprowadzeniu, zobaczymy, w jaki sposób zastosowanie Zasady łatwo prowadzić może do naruszenia wartości w nich wyrażonych.

Weźmy pod uwagę wyrok TK z dnia 17 marca 1998 r., podejmujący problem prawotwórczego charakteru ustaleń Komisji Trójstronnej (U 23/97). Orzeczenie to ukazuje, w jaki sposób bezwzględne stosowanie Zasady prowadzić może do naruszenia praw obywatelskich – np. poprzez odmowę uznania wiążącego charakteru określonego

¹²⁶ Postema odwołuje się tu do Hartowskiej reguły uznania, która wyznaczać ma m.in. właśnie katalog akceptowanych w ramach systemu kategorii źródeł prawa – zob. G.J. Postema, *Law's Autonomy...*, s. 87.

¹²⁷ Tamże.

¹²⁸ Por. F. Schauer, *Formalism...*, s. 521.

¹²⁹ Por. rozdz. III.4.

¹³⁰ Odpowiedni fragment preambuły brzmi: „pragnąc na zawsze zagwarantować prawa obywatelskie, a działaniu instytucji publicznych zapewnić rzetelność i sprawność”.

porozumienia między organem władzy państwowej a grupą obywateli, którzy działali w tym zakresie w dobrej wierze¹³¹.

Jeśli chodzi o drugi rodzaj racji wspierających omawianą zasadę, tj. potrzebę zapewnienia sprawnego działania instytucji publicznych, na myśl przychodzi oczywiście wyrok z dnia 28 czerwca 2000 r., dotyczący aktów normatywnych organów NBP (K 25/99). Jeśli w przywoływanej sprawie nie doszło ostatecznie do sparaliżowania działań jednej z instytucji publicznych o podstawowym znaczeniu, jaką jest bank centralny, to stało się tak dzięki przyjęciu rozstrzygnięcia sprowadzającego się *de facto* do obejścia Zasady. Gdyby jednak Trybunał przystał w sprawie na argumentację wnioskodawcy (Prezes NIK), postulującego restrykcyjne stosowanie omawianej zasady, w konsekwencji działalność Banku zostałaby istotnie utrudniona.

Powyższe przykłady ukazują sytuacje, zapewne nieprzewidziane przez twórców rozwiązań konstytucyjnych, w których dochodzić może do konfliktu pomiędzy przyjętą zasadą a racjami zwyczajowo ją wspierającymi. Ujawniają one jednocześnie traktowanie zasady zamkniętego systemu źródeł prawa jako nieprzejrzystej dla tego rodzaju racji. Nie oznacza to, iż sądy, rozpatrując tego typu przypadki, nie mają nigdy na względzie takich racji. Ogląd praktyki prawniczej w tym zakresie prowadzi do wniosku, iż zazwyczaj znajduje ona sposób na rozsądne pogodzenie wchodzących w konflikt zasad czy wartości. Dokonuje się to jednak przy odwołaniu do argumentacji, w której ramach dąży się do nadania Zasadzie charakteru nieprzejrzystego i bezwyjątkowego¹³². Przyjęcie takiej argumentacji, o analitycznym rodowodzie, nie sprzyja jednak ani znalezieniu adekwatnego rozstrzygnięcia, ani jego przekonującemu uzasadnieniu, ani też późniejszej weryfikacji.

3. Problem legitymizacji: w uniwersum pozytywizmu prawniczego

1. W ten sposób uzyskaliśmy odpowiedź na pytania o źródła założenia o obiektywnie zamkniętym charakterze systemu źródeł prawa, jak również o przyczyny jego niepodważalnego charakteru. Wciąż jednak otwarte pozostaje zagadnienie legitymizacji tegoż założenia i budowanej na nim praktyki argumentacyjnej. Obecny punkt ma za zadanie

¹³¹ Stwierdzenie tej możliwości pozostaje niezależne od oceny konkretnego rozstrzygnięcia, dokonanego przez Trybunał w rozpatrywanym przypadku. Nawet jeśli przystać na argumentację zaproponowaną przez skład orzekający, nietrudno wyobrazić sobie szereg przypadków zbliżonych, w których prawa obywatelskie będą naruszone.

¹³² Traktowana jest ona raczej jako reguła, stosowana podług schematu „wszystko albo nic” (gdzie opcja „nic” nie jest w ogóle brana pod uwagę), niż poddająca się procedurze ważenia zasada.

wskazać, jak dokonuje się takie uprawomocnienie poprzez kształtowanie się charakterystycznego dla praktyki prawniczej uniwersum symbolicznego.

Za uniwersum takie, jak było już sugerowane w rozdziale poprzednim, można uznać doktrynę pozytywizmu prawniczego. Rzecz jasna, chodzi tu o praktyczną „postawę pozytywistyczną” („kulturę pozytywizmu prawniczego” wedle słów Marka Smolaka¹³³), tj. splot ogólnych przekonań o prawie funkcjonujących w praktyce prawniczej, nie zaś o jasno określoną koncepcję, spełniającą metodologiczne rygory teorii naukowej. Tego typu szczegółowe koncepcje teoretyczne przywołuję poniżej tytułem przykładu, w takim zakresie, w jakim moim zdaniem mieszczą się one w ramach założeń charakterystycznych dla uniwersum pozytywizmu. Rozróżnienie powyższe jest istotne co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, pozwala ono uniknąć błędu koła logicznego przy rozważaniu wzajemnych związków pomiędzy teoretycznym ujęciem procesu instytucjonalizacji praktyki prawniczej a teorią pozytywistyczną, jeśli przez tę ostatnią rozumieć system twierdzeń z zakresu ontologii i epistemologii prawa. Nie da się bowiem zaprzeczyć, że przyjęta tu za Bergerem i Luckmannem perspektywa teoretyczna kształtowania rzeczywistości społecznej już jest „pozytywistyczna”, w tym podstawowym sensie, że utożsamia prawo ze zbiorem reguł społecznych¹³⁴. Propozycja pozytywizmu pozostaje więc jedyną ontologią prawa, jaką teoria instytucjonalizacji może bez zastrzeżeń zaakceptować. Kwestia ta nie przedstawia się jednak już tak jednoznacznie, jeśli przez pozytywizm prawniczy rozumieć – jak ma to miejsce w tych rozważaniach – praktyczną postawę uczestników praktyki prawniczej; na tym poziomie możliwa jest w ramach zinstytucjonalizowanej praktyki akceptacja różnorodnych wizji porządku prawnego, niekoniecznie o rysie pozytywistycznym¹³⁵.

Po wtóre, to właśnie owej obecności w praktycznej świadomości prawników, nie zaś metodologicznemu wyrafinowaniu swoich kolejnych teoretycznych wcieleń, zawdzięcza doktryna pozytywizmu niegasnącą siłę. Mimo licznych krytyk, wielu przemian, które przeszła na przestrzeni swojej historii, a także znacznego zróżnicowania wewnętrznego, wciąż zdaje się ona pozostawać dominującą w praktyce prawniczej strategią zarówno opisu tejże praktyki, jak i jej oceny czy legitymizacji¹³⁶. Podobnie rzecz

¹³³ M. Smolak, *Pojęcie „prawo” w rozumieniu pozytywizmu instytucjonalnego*, PiP 1994, nr 1, s. 63.

¹³⁴ Innymi słowy, teoria instytucjonalizacji w odniesieniu do prawa musi zakładać pozytywistyczną „tezę społeczną”.

¹³⁵ Taką możliwość instytucjonalizacji odmiennych wizji porządku prawnego w ramach różnych modeli praktyki prawniczej przedstawił swego czasu A. Kozak – zob. tegoż, *Granice prawniczej...*, rozdz. III -V; tenże, *Trzy modele praktyki prawniczej*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa...*, t. 2 s. 149-158.

¹³⁶ Na ciągłą zgodność teorii pozytywistycznej z charakterystycznymi dla naszej kultury potocznymi interpretacjami rzeczywistości prawnej zwracał wielokrotnie uwagę M. Zirk-Sadowski, *Pozytywizm prawniczy...*, *passim*, zwł. s. 88-89; tenże, *Prawo wewnętrzne...*, s. 60-63; tenże, *Wykładnia i rozumienie...*,

widzi Kaarlo Tuori, twierdząc, iż dominujący dziś sposób postrzegania prawa w praktyce określić można jako „spontaniczny pozytywizm”; pozytywizm jako teoria stanowić ma natomiast „usystematyzowaną ekspresję samorozumienia typowego prawnika”¹³⁷. Dotyczy to w szczególności tej kwestii, która zdaje się należeć do samej istoty pozytywizmu i na której gruncie jednocześnie pozytywizm zmienił się w stosunkowo najmniejszym stopniu. Chodzi tu o sposób pojmowania istoty prawa oraz o problem określenia źródeł prawa obowiązującego¹³⁸.

Współczesne zróżnicowanie kierunków myślenia o prawie, zaliczanych w obręb pozytywizmu prawniczego, akcentowane było niejednokrotnie i nie ma potrzeby powtarzać tu powszechnie znanych poglądów¹³⁹. Smolak uznaje w tym kontekście, że „trudno zawęzić pozytywizm prawniczy do jednej, specyficznej szkoły myślenia czy też dobrze rozpoznanej perspektywy badawczej”¹⁴⁰. Jerzy Stelmach i Ryszard Sarkowicz stwierdzają natomiast, iż „wartość możliwych do sformułowania definicji terminu «pozytywizm prawniczy» zdaje się być niewielka”¹⁴¹. Zgadzając się z takim stanowiskiem, także rezygnuję z próby czy to przedstawiania którejs z istniejących jego definicji, czy też formułowania nowej propozycji w tym zakresie.

Nie oznacza to jednak niemożności wskazania pewnego zbioru twierdzeń jako charakterystycznego dla współczesnego pozytywizmu, czy też jego dominujących odmian. Poniżej postaram się wykazać, że przyjmowany w literaturze przedmiotu zbiór

s. 108-111; tenże, *Uczestniczenie prawników...*, s. 6 i n. Nie przeczy temu fakt pojawiania się w kulturze prawnej nowych tendencji, wykraczających poza paradygmat pozytywizmu. Przywoływany autor odnotowuje tego typu zjawiska m.in. na gruncie prawa pracy, prawa wspólnotowego oraz niektórych instytucji prawa podatkowego. Zob. np. tenże, *Wykładnia i rozumienie...*, s. 100-105; tenże, *Model dogmatyki prawniczej a orzecznictwo intertemporalne*, [w:] J. Czapska i in. (red.), *Zasady procesu...*, s. 801 i n.; tenże, *Uczestniczenie prawników...*, s. 10-11.

¹ Ten sam autor zauważa jednocześnie, że tak rozumiany pozytywizm prawniczy rozumieć można również jako rodzaj nastawienia w filozofii prawa – por. tenże, *Metodologia nauk administracyjnych na tle metodologii prawoznawstwa*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu...*, s. 617.

¹³⁷ K. Tuori, *Critical Legal Positivism*, Ashgate 2002, s. 7. Autor dla określenia roli, jaką ów „spontaniczny pozytywizm” pełni w praktyce, odwołuje się do zaczerpniętej od Bourdieu kategorii *habitusu*. Zirk-Sadowski z kolei mówi w tym kontekście o widocznej współcześnie „zakamuflowanej” formie pozytywizmu – *Metodologia nauk...*, s. 622.

¹³⁸ Pozytywistyczny charakter przyjmowanej koncepcji źródeł prawa na gruncie konstytucji z 1997 r., mimo pewnych niejasności w tym względzie, podkreślany był w rodzimej literaturze niejednokrotnie – zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Pojęcie i zakres...*, s. 22; R. Piotrowski, *Koncepcja prawa...*, s. 8; W. Gromski, *Niektóre filozoficzno-teoretyczne...*, *passim*, zwł. s. 84 i n.; K. Działocha, *O znaczeniu sporu...*, *passim*; tenże, *Konstytucyjna koncepcja prawa...*, s. 304-310.

¹³⁹ Por. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 24; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii...*, s. 48 i n.

¹⁴⁰ M. Smolak, *Pojęcie „prawo”...*, s. 63. Zarazem jednak autor przyznaje, iż możemy mówić obecnie o „kulturze pozytywizmu prawniczego”, która ma być chyba rozumiana jako szeroki, nie do końca sprecyzowany nurt postrzegania prawa, charakterystyczny dla współczesnej kultury prawniczej – por. tamże.

¹⁴¹ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa...*, s. 24.

tez, mający wyznaczać tożsamość omawianego kierunku, sprowadza się w pierwszym rzędzie do zajęcia szczególnego stanowiska w kwestiach walidacyjnych. Tym samym problematykę walidacyjną w obrębie współczesnego pozytywizmu uznać należy zarówno za podstawową, jak i wyznaczającą tożsamość tego kierunku; szczególne zaś miejsce w obrębie przyjętego przez pozytywizm w tym zakresie stanowiska zajmuje tzw. teza o autonomii prawa¹⁴².

W dalszych rozważaniach podejmuję kolejno kwestię tożsamości współczesnego pozytywizmu prawniczego (pkt 2), stanowisko tej doktryny wobec problemu autonomii prawa (pkt 3 i 4), a także argumenty jej reprezentantów na rzecz owej autonomii (pkt 5). Wreszcie wskazuję, w jaki sposób argumentacja taka wpisuje się w ogólną postawę metodologiczną współczesnego pozytywizmu, lecz również jak ta ostatnia odpowiada przedstawionej już charakterystyce uniwersum symbolicznego (pkt 6).

Poniższe analizy odwołują się do koncepcji powstałych na gruncie anglosaskiego pozytywizmu prawniczego, jako najbardziej obecnie wpływowego nurtu w ramach tego sposobu myślenia o prawie. Jest jednak ważne, aby pamiętać, że propozycje zmierzające do zbliżonej legitymizacji praktyki prawniczej formułowane są także w ramach odmiennych tradycji, np. polskiej czy niemieckiej. Jeśli chodzi o pierwszą z nich, podstawowe konstrukcje w tym zakresie, przyjmowane na gruncie rodzimej teorii prawa, przywoływane już były we Wprowadzeniu. Chodzi tu zwłaszcza o koncepcję zupełności walidacyjnej czy formalnej jedności systemu prawa¹⁴³. W obrębie myśli niemieckiej, obok tradycji Kelsenowskiej, zaliczyć tu należy np. koncepcje powstałe na gruncie pozytywistycznie zorientowanej teorii argumentacji prawniczej, poddające krytyce sformułowaną przez Alexy'ego ideę dyskursu prawniczego jako szczególnego przypadku dyskursu praktycznego¹⁴⁴.

2. Pogląd, że właśnie stanowisko w zakresie problematyki walidacyjnej uznać należy za wspólny mianownik współczesnych koncepcji pozytywistycznych, umożliwiającą ich odróżnienie (przynajmniej co do zasady) od innych sposobów myślenia o prawie, często

¹⁴² Zob. zwł. G.J. Postema, *Law's Autonomy...*, s. 79 i n. Problem autonomii prawa i jej związków z doktryną pozytywizmu podejmowałem w następujących tekstach, do których niniejsze rozważania po części nawiązują: M. Pichlak, *Teza o autonomii ...*; tenże, *Obrona zamkniętego systemu źródeł prawa we współczesnym pozytywizmie prawniczym*, [w:] W. Stańkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, Warszawa 2010, s. 365-374; M. Pichlak, *Autonomia argumentacji...*; M. Pichlak, *The Autonomy from Morality as a Moral Claim: On Some Paradoxes of Legal Positivism*, [w:] B. Wojciechowski, P. W. Juchacz, K. M. Cern (red.), *Legal Rules, Moral Norms and Democratic Principles*, Dia-Logos. Studies in Philosophy and Social Sciences, Vol. 15, Frankfurt am Main 2013, s. 73-93.

¹⁴³ Por. Wprowadzenie, podrozdz. 2.

¹⁴⁴ Chodzić tu będzie przede wszystkim o krytykę przedstawioną przez Ulfrieda Neumanna oraz Klause Günthera. Krytykę tę omawia szczegółowo Grabowski – zob. *Dyskurs prawniczy...*, s. 45 i n. i powoływana tam literatura. Co do poglądów K. Günthera zob. także M. Pichlak, *Ustawa jako...*, s. 210-213.

przyjmowany jest literaturze. Wskazać tu można na znane stanowisko R. Dworkina, który, podejmując krytykę omawianej doktryny, za jej definicyjny element uznał akceptowanie „testu pochodzenia”. Kategoria ta, wyznaczając kryterium identyfikacji reguł prawnych poprzez odwołanie się do ich pochodzenia, odsyła bezpośrednio do źródeł prawa i problematyki walidacyjnej. Z kolei w rodzimej literaturze np. Kozak wskazuje na dwa twierdzenia, jako wspólne dla różnych wersji pozytywizmu: „prawo jest wyrazem woli ustawodawcy” oraz „prawo jest wyrażone w tekście”¹⁴⁵. Obydwa wyraźnie przynależą do kręgu założeń walidacyjnych, pozostawiając otwartą np. kwestię dopuszczalnych sposobów wykładni tak rozumianego prawa.

Najczęściej jednak przyjmowany sposób opisu tożsamości współczesnego pozytywizmu stanowi odwołanie do dwóch założeń, znanych jako teza o rozdziale (formułowana nieraz także jako „teza o możliwości rozdziału” – *separability thesis*) oraz teza społeczna (teza o źródłach)¹⁴⁶. Jak stwierdza Tomasz Pietrzykowski, „trzon pozytywistycznego ujęcia prawa stanowi łączna confirmacja jakiejś postaci obu powyższych tez”¹⁴⁷. Także te dwa założenia, jak wykażę za chwilę, interpretować należy jako odnoszące się w pierwszym rzędzie do problematyki walidacyjnej.

Pierwsza z przywołanych tez wiązana jest głównie z rozważaniami Harta. Autor ten prezentuje zestawienie twierdzeń charakterystycznych dla różnych odmian koncepcji określanых wspólnym, choć nieraz mylącym mianem pozytywizmu prawniczego¹⁴⁸. Jednocześnie jednak Hart uznaje, że wśród twierdzeń tych wskazać można jedno o podstawowym znaczeniu, jakim jego zdaniem jest właśnie teza o rozdziale (*separability thesis*), głosząca brak koniecznego związku między prawem i moralnością¹⁴⁹. Teza ta ma wysoce wieloznaczny charakter, pozwalając na różne interpretacje – co stało się podstawą jej krytyki w późniejszej literaturze¹⁵⁰. Jak się jednak zdaje, jedną z najpowszechniej

¹⁴⁵ WNP Leksykon, s. 58 [hasło: *Pozytywizm prawniczy*].

¹⁴⁶ Zob. np. M. Atienza, *Is Legal Positivism a Sustainable Legal Theory?*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *Law and Legal...*, s. 238-240; K.E. Himma, *Inclusive Legal Positivism*, [w:] J. Coleman, S. Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2002, s. 125-136; T. Pietrzykowski, „Miękki” pozytywizm i spór o regułę uznania, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 1, Kraków 2001, s. 99 i n.; M. Zirk-Sadowski, *Metodologia nauk...*, s. 617. Poszczególne autorzy uzupełniają nieraz tę listę o dodatkowe założenia, jak np. teza o instrumentalnym (A. Marmor) bądź konwencjonalnym (K.E. Himma) charakterze prawa.

¹⁴⁷ T. Pietrzykowski, „Miękki” pozytywizm..., s. 100.

¹⁴⁸ H.L.A. Hart, *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, [w:] tenże, *Eseje z filozofii prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 2001, s. 57-58 w przypisie.

¹⁴⁹ Tamże, *passim*.

¹⁵⁰ Zob. np. K. Fűber, *Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis Unravelling*, [w:] R.P. George (red.), *The Autonomy of Law...*, s. 119 i n. W szczególności, obok proponowanej tu interpretacji można tezę o rozdziale odczytywać jako odnoszącą się do problematyki stosowania i wykładni prawa – zob. H.L.A. Hart, *Pozytywizm i oddzielenie...*, s. 62-72.

spotykanych jej interpretacji jest ta odnosząca się do zagadnień walidacyjnych¹⁵¹. Takie jej odczytanie, jako tezy określającej odrębność źródeł obowiązywania obydwu porządków normatywnych, zaproponował m.in. Neil MacCormick, za którym przyjmuje je Zirk-Sadowski¹⁵². Tożsama interpretacja rozważanej tezy wyznaczać ma także ramy znane sporu między „miękką” (inkluzywną) a „twardą” (ekskluzywną) wersją pozytywizmu prawniczego¹⁵³.

Nieco inaczej istotę pozytywizmu ujmować proponuje Raz, wiążąc ją z drugim z powołanych założeń, czyli tezą społeczną¹⁵⁴. W najprostszej, a zarazem możliwie ogólnej swej formule teza ta stwierdza, iż o tym, co jest, a co nie jest prawem obowiązującym, decydują fakty społeczne¹⁵⁵. Raz rozumie tezę społeczną nie tylko, a nawet nie przede wszystkim jako sposób opisu prawa, ale jako rodzaj wyznacznika programu naukowego, postulatu, od którego przyjęcia zależy uznanie danej koncepcji za pozytywistyczną¹⁵⁶. Jak podkreśla, teza społeczna dotyczy wprost problematyki sposobu ustalania faktu istnienia oraz treści prawa obowiązującego – zatem problematyki o wyraźnie walidacyjnym charakterze¹⁵⁷. Jednocześnie autor ten, wychodząc ze stanowiska pozytywizmu ekskluzywnego, uznaje przedstawioną „słabą” wersję tezy społecznej za niewystarczającą, podejmując się obrony jej „mocnego” wariantu. Będzie o tym mowa dalej.

3. Problematyka walidacyjna stanowi także trzon problemów mieszczących się w obrębie zainteresowania tezy o autonomii, którą uznać należy za jedno z kluczowych założeń

¹⁵¹ Zob. np. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii...*, s. 49-50.

¹⁵² Zob. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie...*, s. 9-10. MacCormick rozumie także jedną z podstawowych kategorii teoretycznych u Harta, jaką stanowi reguła uznania, jako regułę wyznaczającą kryteria walidacyjne – *Legal Reasoning...*, s. 244.

¹⁵³ T. Pietrzykowski, „Miękki” pozytywizm..., *passim*. Zob. także A. Grabowski, *Zawartość reguły uznania w koncepcji H. L. A. Harta*, [w:] M. Borucka-Arctowa i in. (red.), *Prawo – władza...*, s. 127 i n.

¹⁵⁴ J. Raz, *Autorytet prawa...*, s. 39 i n. Autor ten uznaje tezę społeczną jako nadającą się do scharakteryzowania istoty wszelkich historycznie ukształtowanych form pozytywizmu prawniczego, twierdząc, iż teza ta „zawsze była podstawą pozytywistycznego myślenia o prawie” – tamże, s. 43.

¹⁵⁵ J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 37. W polskim tłumaczeniu wkradło się tu wyraźne przejęzyczenie – „co jest prawem, a co nim nie jest, *nie jest* faktem społecznym” [wyróżnienie moje – M.P.] – tenże, *Autorytet prawa...*, s. 40. O ile tak ogólnie ujęta teza społeczna może być odczytywana również jako abstrakcyjne twierdzenie z zakresu ontologii prawa, o tyle w interpretacji Raza – szczególnie w proponowanym przezeń „mocnym” odczytaniu tezy społecznej – pozostaje ona bezpośrednio powiązana z praktyką prawniczą i problematyką rozstrzygania kwestii walidacyjnych.

¹⁵⁶ Tamże, s. 42.

¹⁵⁷ Tamże. Raz mówi tu zarówno o istnieniu prawa, jak i ustalaniu jego treści, drugi element odnosić się może zatem także do problematyki egzegezy. Czy jest tak w zamyśle autora rzeczywiście, nie da się jednoznacznie stwierdzić. Brak bowiem w tym projekcie tak przydatnego i rozjaśniającego te kwestie rozróżnienia między ustalaniem obowiązywania przepisu prawnego jako elementu tekstu prawnego a ustaleniem treści normy prawa obowiązującego jako rekonstruowanej z tychże przepisów.

kierunku pozytywistycznego. Tezie tej, jako związanej m.in. z zagadnieniem zamkniętego systemu źródeł prawa, poświęcić należy więcej uwagi.

Konieczna jest w tym miejscu jedna uwaga wstępna. W rodzimej literaturze pod pojęciem autonomii prawa zwykle się rozumieć nieco inny problem, niż tu przedstawiany. W jej ramach dominuje bowiem rozumienie autonomii prawa jako jego (względnej) niezależności wobec świata polityki. Jeśli przyjąć typologię możliwych w obrębie prawoznawstwa interpretacji pojęcia autonomii, zaproponowaną przez Włodzimierza Gromskiego (interpretacja ontologiczna, poznawcza, aksjologiczna i funkcjonalna)¹⁵⁸, podejście powyższe uznać należy za wyrażone przede wszystkim w języku interpretacji funkcjonalnej i aksjologicznej¹⁵⁹. Wyrazem tego nastawienia może być wypowiedź Smolaka: „Przyjmuję, że autonomia prawa wobec polityki oznacza zakaz nadużywania prawa jako środka osiągnięcia różnorodnych celów politycznych”¹⁶⁰. Autonomia prawa jest tu przeciwstawiana jego instrumentalizacji¹⁶¹, prawo jest zaś ujmowane w swoim działaniu, co sytuuje to podejście w obrębie interpretacji funkcjonalnej tezy o autonomii. Autonomia ta zapewniona jest jednak dzięki realizowanym przez prawo wartościom formalnym, co pozostaje charakterystycznym twierdzeniem interpretacji aksjologicznej. Czynnikiem konstytutywnym i gwarantem autonomii prawa jest przy tym jego „osadzenie” w zastanej tradycji prawnej, co stanowi wyraz zależności od kontekstu kulturowego.

Rzecz znamienna, że także ten sposób rozumienia autonomii prawa z jednej strony pozostaje charakterystycznym rysem postrzegania prawa w naszej kulturze prawnej, z drugiej zaś – również może służyć jako uprawnocnienie praktyki opartej na założeniu zamkniętego systemu źródeł prawa. Jak bowiem zauważa Gromski, wśród istotnych przesłanek uzyskania przez prawo autonomii w omawianym wymiarze, wskazać należy m.in.: (a) sam fakt istnienia konstytucji jako aktu o najwyższej mocy prawnej; (b) przypisywanie tak postrzeganej konstytucji roli podstawy obowiązywania i tworzenia systemu prawa danego państwa, a także wyznacznika koncepcji źródeł prawa danego systemu, co odpowiada rozważanemu w pracy wymogowi jedności systemu źródeł prawa;

¹⁵⁸ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 22-30.

¹⁵⁹ Zob. zwłaszcza prace W. Gromskiego: *Autonomia prawa wobec...*, s. 49 i n.; tenże, *Autonomia i instrumentalny..., passim*; tenże, *Autonomia prawa jako...*, s. 36 i n.; tenże, *Kultura i kształtowanie...*, s. 59 i n. W tym samym nurcie pozostają uwagi G. Skąpskiej: *Spoleczna podmiotowość, ochronna funkcja państwa, autonomia prawa – trzy warunki demokratycznych przemian*, [w:] B. Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Katowice 1992, s. 487-500 oraz M. Smolaka: *Sądownictwo konstytucyjne a autonomia prawa wobec polityki*, RPEiS 2003, nr 1, s. 13-22; tenże, *Jak prawo łączy się ze światem. Uwagi na marginesie książki W. Gromskiego „Autonomia i instrumentalny charakter prawa”*, RPEiS 2001, nr 3, s. 191-199.

¹⁶⁰ M. Smolak, *Sądownictwo konstytucyjne...*, s. 14.

¹⁶¹ Gromski relacje między autonomią prawa a jego instrumentalizacją widzi jednak w bardziej złożony sposób, odróżniając zjawisko instrumentalizacji od instrumentalnego charakteru prawa: zob. tenże, *Autonomia i instrumentalny..., passim*, zwł. rozdz. V.

(c) zupełność konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa, rozumiana jako możliwość zapewnienia przez nią cechy samodefiniowania systemu; (d) określony przez konstytucję zamknięty katalog form stanowienia prawa¹⁶². Również na tym gruncie rozważać można by zatem problem legitymizacji tak ukształtowanej praktyki.

Powyższy sposób rozumienia autonomii prawa oczywiście nie pozostaje obcy pozytywizmowi prawniczemu¹⁶³. Jeśli mówi się jednak w jego ramach o tzw. tezie o autonomii, rozumieć należy przez to nieco odmienne zagadnienie, związane przede wszystkim z poznawczą interpretacją tego pojęcia. Wydaje się ono bardziej doniosłe z punktu widzenia podejmowanej w pracy problematyki, bezpośrednio bowiem odnosi się do zagadnienia możliwości jednoznacznego wyodrębnienia prawa jako grupy argumentów, do których odwołują się uczestnicy dyskursu społecznego.

Za pierwszy element tak rozumianej autonomii prawa należy uznać jego odrębność od poznającego go podmiotu, czy też – w języku bliższym niniejszej pracy – od uczestnika praktyki społecznej¹⁶⁴. Prawo pozostaje w tym ujęciu autonomiczne o tyle, o ile stanowi względem uczestnika praktyki niezależny przedmiot, określane przez czynniki zewnętrzne wobec przekonań czy działań podmiotu.

Stanowisko pozytywizmu prawniczego w kwestii autonomii prawa w tym kontekście rozważa przede wszystkim Zirk-Sadowski¹⁶⁵. Autor ten przekonująco dowodzi, iż niejako do istoty pozytywizmu, zarówno w jego pierwotnej, jak i wyrafinowanej wersji, należy wyraźne oddzielenie prawa jako przedmiotu od uczestnika praktyki prawniczej jako podmiotu poznania. Prawo w ujęciu pozytywistycznym jawi się jako niezależne od podmiotu, indywidualne zaś oceny, poglądy czy działania tego ostatniego pozostają bez wpływu na jego kształt. Aktywność polegająca na poznaniu tego prawa ma z założenia charakter czysto odtwórczy względem niezależnej, referencyjnej rzeczywistości. Jak pisze autor:

Prawo przedstawiane jako obiekt poznania, odseparowany od poznającego podmiotu, musi być w dostatecznym stopniu «zobiektywizowane», przedstawione jako obiekt podobny do przedmiotów naturalnych. Z tego powodu w pozytywizmie podstawowym problemem jest usuwanie z aktu poznania prawa elementów subiektywnych¹⁶⁶.

¹⁶² Zob. tenże, *Autonomia prawa wobec...*, s. 59-60.

¹⁶³ Jakkolwiek może to chyba dotyczyć jedynie pozytywizmu współczesnego, gdyż w tradycyjnej swej wersji, za której reprezentanta uznać można Johna Austina z jego pojmowaniem prawa jako rozkazu suwerena, prawo pozostaje bezpośrednio zależne od kontekstu politycznego.

¹⁶⁴ Zob. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny...*, s. 23.

¹⁶⁵ Zob. zwł. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie...*, rozdz. I-III; tenże, *Pozytywizm prawniczy..., passim*; tenże, *Uczestniczenie prawników...*, s. 6 i n. Zob. także J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa...*, s. 188-189.

¹⁶⁶ M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie...*, s. 40.

Zirk-Sadowski, jak i Kozak, określają związki między taką wizją prawa jako niezależnie istniejącego przedmiotu a mechanizmem instytucjonalizacji i powiązaną z nim obiektywizacją rzeczywistości symbolicznej¹⁶⁷. W ten sposób ukazany zostaje ogólny związek między pozytywistyczną wizją prawa a zinstytucjonalizowanym obszarem praktyki prawniczej, dla której wizja ta stanowić ma legitymizację. Sądzę jednak, że w oparciu o omawiane teksty Zirk-Sadowskiego sformułować można dalej idące wnioski, odnoszące się do konkretnego kształtu praktyki. W szczególności, pozytywizm prawniczy wskutek tendencji do oddzielenia podmiotu i przedmiotu poznania w prawie, przyczynić się będzie do legitymizacji takiej wizji systemu źródeł prawa, wedle której mieć on będzie charakter zamknięty. Tylko taki system, realizując wymóg samodefiniowania i zachowując „wyraźne granice”, pozostanie bowiem niezależny w swym kształcie od pojedynczych aktów wykonania praktyki i działań argumentacyjnych poszczególnych jej uczestników. Zgoda na istnienie otwartego czy też „rozchwaniego” katalogu źródeł prawa, jak zauważają jego krytycy, skutkować będzie sytuacją, w której od kompetencji argumentacyjnych każdego uczestnika dyskursu, przejawiających się właśnie w poszczególnych sytuacjach dyskursu, zależeć będzie każdorazowo szczegółowe określenie kryteriów walidacyjnych¹⁶⁸. Tym samym jednak uczestnik ten decydować będzie o kształcie prawa, a pozytywistyczny postulat rozdzielenia w tym obszarze przedmiotu i podmiotu poznania nie zostanie w pełni urzeczywistniony.

4. Zagadnienie poznawczej autonomii prawa rozwinięte zostaje w rozważaniach poświęconych oddzieleniu argumentów prawnych od tych zaczerpniętych z innych systemów normatywnych. Stanowisko pozytywizmu w tej właśnie kwestii zyskało sobie miano „tezy o autonomii prawa”¹⁶⁹.

Kwestia relacji między tezą o autonomii a kierunkiem pozytywizmu prawniczego wymaga szerszego komentarza niż proste uznanie ich związku. Postema, do którego rekonstrukcji tu sięgam, zgłasza pewne zastrzeżenia wobec utożsamiania tych dwóch elementów, jako że omawiana teza nie stanowi stanowiska charakterystycznego wyłącznie dla koncepcji pozytywistycznych¹⁷⁰. Można ponadto, jak sądzą, pogładowi utożsa-

¹⁶⁷ M. Zirk-Sadowski, *Prawo wewnętrzne...*, s. 60-63; A. Kozak, *Granice prawniczej..., passim*, zwł. s. 60-65 i 109-112.

¹⁶⁸ Por. krytycznie o takim zjawisku S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *O aspekcie normatywnym...*, s. 33.

¹⁶⁹ Na taki właśnie charakter tezy o autonomii prawa wskazał wyraźnie Postema, pisząc: „Tak jak ją rozumiem, teza o autonomii dotyczy zagadnienia relacji między rozważaniami o charakterze prawnym i o charakterze moralnym, tak jak funkcjonują one w rozumowaniu praktycznym urzędników oraz obywateli” – *Law's Autonomy...*, s. 82.

¹⁷⁰ Jako przykład Postema wskazuje poglądy Johna Finnisa, także akceptującego powyższą tezę (zob. *Law's Autonomy...*, s. 81-82). Nawet jeśli uznać to za prawdę, nie sposób jednak nie zauważyć, iż droga Finnisa do koncepcji prawnonaturalnych wiodła od doktryny pozytywistycznej, a jego *metanoia* nie przybrała postaci neofickiego zerwania z wcześniejszymi poglądami. Finnis pozostaje pod silnym wpły-

miającemu tezę o autonomii z pozytywizmem postawić silniejszy zarzut, iż nie jest ona dzielana przez niektórych autorów mieszczących się w omawianym nurcie. Jak zauważa Raz, trudno też wskazać takiego zwolennika pozytywizmu, który broniłby jej w takiej dokładnie postaci, jak przedstawia ją Postema¹⁷¹; niektórzy pozytywistycznie nastawieni myśliciele wprost odrzucają zresztą pewne jej elementy¹⁷². Zarzut taki przedstawić by można jednak niemal każdej próbie rekonstrukcji poglądów dowolnego kierunku teoretycznego. Dokonywana przez Postemę rekonstrukcja tej tezy nie ma bowiem na celu opisu stanowiska jakiegokolwiek konkretnego autora – stanowi ona raczej wydestylowany obraz założenia charakterystycznego dla pozytywistycznego uniwersum. Tak rozumiana teza o autonomii stanowi moim zdaniem istotny rys tego uniwersum, zdecydowana zaś większość koncepcji teoretycznych mieszczących się w jego obrębie będzie akceptować jakąś jej wersję¹⁷³.

Zdaniem Postemy, na tezę o autonomii składają się trzy podstawowe twierdzenia¹⁷⁴:

α) teza o ograniczonym obszarze (*limited domain thesis*) – prawo stanowi ograniczony zbiór reguł, wyraźnie wyodrębniony spośród ogółu wiążących reguł w danym społeczeństwie;

β) teza o źródłach (*sources thesis*) – kryterium pozwalające odróżnić reguły prawne od pozaprawnych może być sformułowane w sposób wolny od wartościowania, a jedynie przez odwołanie do ich cech formalnych, tj. do empirycznie stwierdzalnych faktów społecznych, będących źródłami tych reguł;

γ) teza o wykluczaniu (*pre-emption thesis*)¹⁷⁵ – racje prawne mają charakter wykluczający inne racje działania; jak pisze Postema: „Normy prawne zapewniają racjonal-

wem analitycznego prawnoznawstwa, co sam wprost przyznaje – zob. J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnień naturalne*, przeł. K. Lossman, Warszawa 2001, s. 2-3.

¹⁷¹ J. Raz, *Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: Critical Comment*, [w:] „Legal Theory” 1998, No. 4, s. 1.

¹⁷² Por. J. Coleman, *Rules and Social Facts*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1991, Vol. 14, s. 724.

¹⁷³ Znamienne, że dla jednego z najbardziej znanych i doniosłych zbiorów rozpraw poświęconych współczesnemu pozytywizmowi prawniczemu wybrano właśnie tytuł „Autonomia prawa” – por. R.P. George (red.), *The Autonomy of Law...*

¹⁷⁴ G.J. Postema, *Law's Autonomy...*, s. 82.

¹⁷⁵ W polskiej literaturze spotkać można także następujące tłumaczenie: teza o ograniczonej dziedzinie prawa, teza o źródłach prawa, teza o przewadze prawa. Niewątpliwie najwięcej problemów translatorskich stwarza *pre-emption thesis*, jako że w polskim języku brak powszechnie zrozumiałego terminu, który odpowiadałby angielskiemu wyrażeniu *pre-emption*. Słowo „wykluczanie” zdaje się jednak najlepiej oddawać istotę tłumaczonego wyrażenia. Takie tłumaczenie wspiera również fakt, iż Postema zamiennie używa określeń *pre-emptive* oraz *exclusionary* – zob. tamże, s. 114, przyp. 21.

nemu podmiotowi nie tylko *pozytywne* (pierwotne) racje dla określonego działania, lecz również wtórne racje dla *niedziałania* w sposób wyznaczany przez racje odmienne¹⁷⁶.

W dalszych rozważaniach można pozostawić na boku problemy związane z ostatnią z tezy, tezą o wykluczaniu, która też zdaje się rodzić najwięcej kontrowersji¹⁷⁷. O ile pierwsze dwie tezy odnoszą się wyraźnie do problematyki walidacyjnej, w tym: do kwestii zamkniętego charakteru systemu źródeł prawa, teza o wykluczaniu dotyczy stosowania reguł już rozpoznanych jako reguły prawne i relacji tychże do reguł wywodzonych z innych porządków normatywnych. Podejmuje ona zatem problematykę pozostającą poza głównym obszarem zainteresowania pracy. Ten element tezy o autonomii prawa nie jest też w sposób konieczny powiązany z pozostałymi. Możliwy do wyobrażenia jest system prawny, w którym spełnione pozostają warunki wyznaczane zarówno przez tezę o ograniczonym zakresie, jak i tezę o źródłach, w którym jednak normy prawne nie mają wykluczającego (preemptywnego) charakteru¹⁷⁸.

W przedstawieniu tezy o źródłach Postema odwołuje się przede wszystkim do poglądów Raza jako podstawowych w tym zakresie. Jak stwierdza, teza ta sprowadza się do stwierdzenia, iż „istnienie, obowiązywanie oraz treść reguł prawnych mogą być ustalone (a) w odniesieniu do ich źródeł w publicznie rozpoznawalnych faktach społecznych, a także (b) bez odwoływania się do argumentów o charakterze moralnym lub wartościującym”¹⁷⁹. Aby lepiej zrozumieć tę syntetyczną wypowiedź, przypomnieć należy, iż założenie określane przez Raza mianem „tezy o źródłach” sformułowane zostało w wyniku krytyki „słabej” wersji tezy społecznej. Ta „słaba” wersja tezy także zakłada, że istnienie prawa stanowi wynik faktów społecznych, wśród tych ostatnich nie wyklucza jednak uznania określonych reguł moralnych. Tym samym teza o źródłach charakteryzuje stanowisko Raza jako zwolennika „twardego” pozytywizmu, w odróżnieniu od jego „miękkiej” wersji¹⁸⁰. Sprawia to, że proponowana przez Postemę teza o autonomii

¹⁷⁶ Tamże, s. 85. Por. J. Raz, *Authority, Law...*, s. 196-198.

¹⁷⁷ G.J. Postema, *Law's Autonomy...*, *passim*; zob. także T. Pietrzykowski, „Miękki” pozytywizm..., s. 112-113; M. Pichlak, *Teza o autonomii...*, s. 33-36. Teza o wykluczaniu została sformułowana najwyraźniej przez Raza, który łączy ją z charakterystyczną dla swojej koncepcji cechą prawa, jaką stanowi jego władczość (roszczenie do autorytetu) – zob. *Autorytet prawa...*, rozdz. I-II.

¹⁷⁸ Oczywiście, stwierdzenie to nie umniejsza praktycznego znaczenia tezy o wykluczaniu w całościowo postrzeganej praktyce prawniczej. Nie zaprzecza także istnieniu związków funkcjonalnych między prezentowanymi tezami. Jak stwierdza Postema, odrzucenie tezy o wykluczaniu prowadzi mogłoby do pozbawienia praktycznej mocy pozostałych wymogów wynikających z autonomii prawa. Zdaniem autora: „Teza o źródłach [łącznie z tezą o ograniczonym obszarze – M.P.] bez tezy o wykluczaniu jest bezwładna; teza o wykluczaniu bez tezy o źródłach jest ślepa” – *Law's Autonomy...*, s. 92.

¹⁷⁹ Tamże, s. 83.

¹⁸⁰ J. Raz, *Autorytet prawa...*, s. 48 i n. Formułę tezy o źródłach, określanej także jako „mocna” teza społeczna, podaje Raz na s. 42: „Teoria prawnicza jest możliwa do zaakceptowania, jedynie jeżeli sposób weryfikowania treści prawa i określania jego istnienia zależy wyłącznie od faktów ludzkiego zachowa-

nabiera radykalnego charakteru, co równocześnie ograniczać może zasięg jej akceptacji¹⁸¹. W dalszych partiach postaram się jednak pokazać, że tezę tę można także interpretować w nieco inny sposób, osłabiający jej radykalizm.

Akceptacja tezy o źródłach powoduje co najmniej dwojakiego rodzaju skutki w obrębie systemu źródeł prawa. Po pierwsze, źródła obowiązującego prawa określane są w jej myśl na sposób w pełni zobiektywizowany, w oparciu o kryteria, które pozwalają na empiryczną weryfikację rozstrzygnięć walidacyjnych. Wprowadza to do systemu obiektywność oraz pewność. Jednocześnie z założenia wyłączona zostaje możliwość zaliczenia w obręb systemu wielu rodzajów faktów o kontrowersyjnym charakterze, co do których w innym wypadku mogłyby powstawać wątpliwości, czy mają one charakter źródeł prawa¹⁸². Także i w ten sposób zwiększona zostaje pewność w obrębie systemu, ale jednocześnie system ten ulega istotnemu zawężeniu, tylko do określonego rodzaju źródeł.

Należy jednak zauważyć, że mimo powyższych konsekwencji, przyjęcie tezy o źródłach samo w sobie nie przesądza jeszcze kwestii zamkniętego bądź otwartego charakteru systemu źródeł prawa. Uznanie systemu za zamknięty staje się możliwe dopiero na gruncie kolejnej ze składowych tezy o autonomii, jaką jest teza o ograniczonym obszarze prawa. Teza ta przyjmuje jako swoje konieczne założenie prawdziwość tezy o źródłach, uzupełnia ją jednak o pewne dodatkowe warunki.

Schauer, w którego pracach teza o ograniczonym obszarze została sformułowana w sposób najpełniejszy¹⁸³, ujmuje tę ostatnią jako twierdzenie o możliwości „rozpoznania jako prawa pewnej grupy reguł, która jest odróżniona od ogółu reguł społecznych na podstawie kryterium ich źródła”¹⁸⁴. W innym miejscu autor ten mówi wyraźnie o „ograniczonym zespole norm możliwych do podporządkowania testowi pochodzenia” (*a limited*

nia, które mogą zostać opisane w kategoriach wolnych od wartości, i jeśli może być on zastosowany bez odwołania się do argumentów moralnych”.

¹⁸¹ Pojęcie tezy o źródłach nie musi być rezerwowane wyłącznie dla podejścia „twardego” pozytywizmu. Tak np. Tomasz Pietrzykowski wskazuje, iż teza ta podnoszona jest także, w innej nieco wersji, przez zwolenników pozytywizmu „miękkiego”. W tym ujęciu identyfikacji poprzez odwołanie do obiektywnie stwierdzalnych faktów społecznych, a zatem w sposób wolny od wartościowania, podlegałyby jedynie reguła uznania, nie zaś poszczególne elementy systemu – zob. „Miękki” pozytywizm..., s. 117-118. Jeszcze inaczej problem ten rozwiązuje Jules Coleman – zob. *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford 2001, s. 120-132. Postema zdaje się jednak nadawać jej interpretację typową dla ekskluzyjnego pozytywizmu.

¹⁸² Takim przykładem, omawianym przez Raza, jest wyłączenie możliwości uznania odesłań pozasystemowych za wprowadzenie nowego rodzaju źródła prawa – zob. *Autorytet prawa...*, s. 48. Problem ten, rozróżnienia między odesłaniem pozaprawnym a zaliczeniem w obręb systemu źródeł prawa, rozważał także polski Trybunał Konstytucyjny, który stanął tu na podobnym stanowisku – zob. wyrok z dnia 7 grudnia 1999 r., K 6/99.

¹⁸³ Zob. F. Schauer, *Rules and the Rule...*, *passim*; tenże, *The Limited Domain...*, *passim*.

¹⁸⁴ F. Schauer, *Rules and the Rule...*

and pedigreeable set of norms), dzięki czemu możliwe jest wyraźne „rozgraniczenie między prawem a nie-prawem”¹⁸⁵.

Jednocześnie autor odnosi formułowaną przez siebie tezę wprost do problematyki argumentacji, co najlepiej obrazuje poniższy cytat:

Jeśli prawo stanowi zamknięty obszar, w obrębie którego podejmowane są decyzje, argumenty dopuszczalne w innych bądź szerszych obszarach zostają uznane za niedopuszczalne w obrębie prawa. (...) [P]rawo może stanowić obszar, w którym argumenty o charakterze moralnym bądź politycznym, w innych wypadkach możliwe do przyjęcia, pozostają niedostępne. Pozostają takimi nie z tego względu, że stanowią one złe argumenty, lecz po prostu dlatego, że znajdują się poza granicami (...) instytucji prawa¹⁸⁶.

Związek tezy o ograniczonym zakresie z praktyką prawniczą uznającą zasadę zamkniętego systemu źródeł prawa wydaje się oczywisty. W szczególności, teza ta stanowi teoretyczny wyraz cechy systemu określonej jako jego „wyraźne granice”. Tym samym bezpośrednio służyć może jako legitymizacja praktyki wspartej na uznaniu zamkniętego systemu źródeł prawa. Wprawdzie odnosi się ona wprost do poziomu systemu prawa, nie zaś źródeł prawa, zawiera jednak założenie o wyraźnie zdefiniowanym i zamkniętym katalogu tych ostatnich – w innym przypadku grupa reguł zawartych w tychże źródłach nie mogłaby posiadać charakteru zamkniętego. Sam Schauer wiąże ją wyraźnie z zamknięciem katalogu źródeł prawa, czasami wręcz utożsamiając obydwie zagadnienia¹⁸⁷. Przez „reguły prawne”, o których mówi teza, rozumiane są tu zresztą raczej przepisy prawne, a więc elementy tekstu prawnego, nie zaś normy prawne jako wynik interpretacji tych ostatnich¹⁸⁸. Dla uznania zbioru norm uzyskanych w wyniku interpretacji za zamknięty, przystać by trzeba na wizję wykładni jako procesu ściśle zobiektywizowanego, sformalizowanego i odtwórczego¹⁸⁹. Jak stwierdza Postema, teza o autonomii sama w sobie nie zawiera tego rodzaju założenia. Wielu też autorów (choć nie sam Schauer¹⁹⁰), których można by skądinąd uznać za jej zwolenników, odrzuca taki charakter wykładni¹⁹¹.

¹⁸⁵ Tamże.

¹⁸⁶ Tenże, *The Limited Domain...*, s. 1915.

¹⁸⁷ Zob. tamże, s. 1931-1932.

¹⁸⁸ Taka interpretacja może budzić zrozumiałe kontrowersje z dwóch powodów: po pierwsze, sam Schauer, jak zresztą cała tradycja anglosaskiego pozytywizmu, nie posługuje się tego rodzaju rozróżnieniem (o pewnych wątpliwościach interpretacyjnych, do których to prowadzi, mowa już była wyżej przy okazji komentarza do stanowiska Raza); po drugie, rozróżnienie to traci na przydatności w odniesieniu do źródła prawa, jakie stanowi precedens, także uwzględniany w rozważaniach Schauera.

¹⁸⁹ Zob. na ten temat np. M. Pichlak, *Ustawa jako...*, s. 207-209.

¹⁹⁰ Por. F. Schauer, *The Limited Domain...*, s. 1922-1923.

¹⁹¹ G.J. Postema, *Law's Autonomy...*, s. 87-88.

5. Przedstawione powyżej składowe tezy o autonomii dostarczają legitymacji praktyce przyjmującej zamknięty charakter systemu źródeł prawa. Na czym dokładnie polega owa legitymizacja, przedstawione zostanie w dalszych rozważaniach. W tej chwili wypada jednak zmierzyć się z innym problemem, wynikającym z faktu, iż zaprezentowana interpretacja tej tezy zdaje się odpowiadać jedynie „twardemu” pozytywizmowi, stanowiącemu obecnie mniejszościowy, nawet jeśli wpływowy nurt w ramach postawy pozytywistycznej. Odwołania do poglądów Raza, będącego najbardziej prominentnym przedstawicielem tego podejścia, sprzyjają takiej interpretacji. Przyjęcie tak radykalnego odczytania tezy o autonomii zmniejszałoby zatem zasięg jej oddziaływania, a przez to: jej znaczenie dla praktyki.

Rzeczywiście, niektórzy zwolennicy uznania autonomii prawa (wśród nich w pierwszym rzędzie Raz) odwołują się do, typowych dla ekskluzywnego pozytywizmu, argumentów sięgających „istoty” prawa¹⁹². Można jednak, zgodnie z wcześniejszymi sugestiami, nadawać tezie o autonomii odmienną interpretację, lokującą ją poza samym sporem między „miękkim” a „twardym” pozytywizmem. Różnica między tymi stanowiskami dotyczy zagadnień o wysokim stopniu ogólności, obejmując przede wszystkim problem właściwego pojęcia prawa oraz teoretycznie możliwej treści reguły uznania¹⁹³. Opowiedzenie się za którymś z nich dokonywać się zatem powinno niezależnie od postrzegania jakiegokolwiek partykularnej kultury prawnej. Teoretycznie nic zatem nie stoi na przeszkodzie, aby zarówno zwolennik inkluzyjnej wersji pozytywizmu, jak i jego „twardopoztywistyczny” oponent, spierając się o kwestie pojęciowe, zgadzali się co do ważności tezy o autonomii w warunkach konkretnej kultury prawnej.

Argumentację zmierzającą w takim kierunku, w kontekście bronionej przez siebie tezy o ograniczonym obszarze, prezentuje np. Schauer. Autor ten, choć większą sympatią zdaje się darzyć pozytywizm ekskluzywny, krytykuje obie strony sporu za prowadzenie zbyt abstrakcyjnych rozważań, nie przynoszących korzyści istniejącej praktyce¹⁹⁴. Zamiast tego, twierdzi Schauer, pozytywizm prawniczy powinien skupić się na swoim tradycyjnym, historycznie ukształtowanym zadaniu: badaniu nie ogólnego „pojęcia prawa”, lecz „fenomenu prawa” takiego, jakie znamy, jakie rzeczywiście istnieje w danym miejscu i czasie¹⁹⁵. Jeśli przyjmiemy taką optykę, autor stwierdza dalej, odkrywamy, że

¹⁹² Por. J. Raz, *Autorytet prawa...*, *passim*.

¹⁹³ Por. T. Pietrzykowski, „Miękki” pozytywizm..., *passim*; A. Grabowski, *Zawartość reguły...*, s. 127-130.

¹⁹⁴ F. Schauer, *The Limited Domain...*, s. 1945-1950. Z podobną krytyką oba te stanowiska (zwłaszcza pozytywizm inkluzyjny) spotykają się zresztą częściej – por. M. Atienza, *Is Legal Positivism...*, s. 239-240; M. Pichlak, *Autonomia argumentacji...*, s. 250.

¹⁹⁵ F. Schauer, *The Limited Domain...*, s. 1955-1956. Zob. też tenże, *Rules and the Rule...*, *passim*, zwł. przyp. 49. Zwrotu w podobnym kierunku zdaje się dokonywać w swoich późniejszych pracach sam Raz, przedstawiany tutaj jako luminarz pozytywizmu ekskluzywnego – por. tegoż, *Can There Be a Theory of*

w ramach znanej nam kultury prawnej, prawo w ogromnej większości przypadków rzeczywiście odznacza się ściśle ograniczonym obszarem i rzeczywiście posiada charakter autonomiczny względem innych argumentów dostępnych w dyskursie. Cytując autora: „Choć zasady moralne mogą z logicznego punktu widzenia być dostępne w każdym przypadku, to co logicznie dostępne wciąż może pozostawać odległe w perspektywie psychologicznej czy fenomenologicznej – tak że w ogromnej większości spraw ani przedstawiciele stron w swojej argumentacji, ani sędziowie w swych decyzjach nie biorą nawet pod uwagę możliwości wycieczek poza zamknięty obszar reguł prawnych uznanych ze względu na ich pochodzenie”¹⁹⁶. Nieliczne wyjątki w tym względzie, do których taką wagę przywiązuje choćby Dworkin i inni krytycy pozytywistycznej koncepcji, nie stanowią „masy krytycznej”, która prowadzić miałaby do odrzucenia tezy o ograniczonym obszarze¹⁹⁷.

Gdyby chcieć opierać uzasadnienie tezy o autonomii jedynie na powyższym argumentie z praktyki, którą teza ta ma przecież jednocześnie uprawomocniać, postawić należałoby zarzut błędnego koła. Oczywiście zarzut taki nie wyklucza *a priori* takiego właśnie sposobu funkcjonowania konstrukcji mających legitymizować praktykę – w zamysle Bergera i Luckmanna, do których koncepcji legitymizacji praktyki tu sięgamy, relacja między tymi elementami ma rzeczywiście charakter częściowo kolisty. Jednak celem choćby podniesienia wiarygodności dostarczanej legitymizacji, należałoby proponowaną teorię osadzić w szerszym kontekście niż tylko jej adekwatność względem partykularnej praktyki. Tak też dzieje się w przypadku tezy o autonomii, dla której uzasadnienia poszukuje się poprzez odwołanie do funkcji, jaką reguły prawne pełnić mają w społeczeństwie. Argumentacja na rzecz omawianej tezy sprowadza się w tym wypadku do próby wykazania, iż przyjęcie jej w praktyce prowadzi do najpełniejszej realizacji podstawowego, zdaniem jej zwolenników, zadania prawa. Omawiana teza zyskuje w ten sposób *quasi*-normatywny charakter, a istniejąca praktyka ukazana zostaje jako racjonalna i w pewnym sensie najlepsza (funkcjonalnie optymalna) z możliwych¹⁹⁸.

Law?, [w:] M.P. Golding, W.A. Edmundson (red.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford 2005, s. 324-342.

¹⁹⁶ F. Schauer, *The Limited Domain...*, s. 1941.

¹⁹⁷ Schauer w sposób szczególnie znajduje miejsce dla takich wyjątków, formułując propozycję strategii „domniemanie pozytywizmu” – zob. *Rules and the Rule...*; zob. także M. Pichlak, *Teza o autonomii...*, s. 37-39.

¹⁹⁸ Takie podejście uznać można za przynależne do „normatywnego” (etycznego) pozytywizmu, wyróżnianego jako niezależny nurt obok jego wariantu ekskluzywnego i inkluzywnego – zob. zwł. T. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth 1996; J. Waldron, *Normative (or Ethical) Positivism*, [w:] J.L. Coleman (red.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford 2001.

Argumentacja ta, którą uznać można za odmianę argumentu z praktycznej różnicy Scotta Shapiro¹⁹⁹, sprowadza się wedle Postemy do uznania dwóch funkcji reguł prawnych: po pierwsze, przeniesienia ciężaru argumentacji w sferze praktycznej z racji moralnych i innych wskazań ogólnego rozumu praktycznego na, określony konwencjonalnie, obszar racji prawnych; po drugie, odizolowania argumentacji opartej na racjach mieszczących się w tak wydzielonym obszarze od pozostałych racji, które potencjalnie mogłyby być brane pod uwagę²⁰⁰. Jeśli prawo rzeczywiście ma wywiązać się z tych zadań, stanowić musi autonomiczny, ściśle zdefiniowany obszar – inaczej odwołanie do niego w argumentacji nie przynosiłoby żadnej istotnej różnicy.

Teza o autonomii, wraz ze wspierającą ją argumentacją, posiada zatem co najmniej trojaki charakter: po pierwsze, ma ona pozostawać adekwatna względem konkretnej, rzeczywiście istniejącej w naszym społeczeństwie praktyki prawniczej. Po drugie, wedle niektórych interpretacji ma jednocześnie wyrażać ważny rys istoty czy natury prawa. Po trzecie wreszcie, przypisać można jej także walor normatywny, jako wyrażającej pewien funkcjonalny ideał prawa²⁰¹.

Nie jest celem prowadzonych rozważań ocena przywoływanej przez zwolenników tezy o autonomii argumentacji²⁰². Podnieść natomiast należy, iż używanych argumentów, odwołujących się zarówno do istniejącej praktyki, jak i do ogólnie ujętej istoty prawa oraz podstawowej jego funkcji, co najmniej z dwóch powodów nie można uznać za kwestię przypadku. Po pierwsze, wpisują się one w ogólną postawę metodologiczną, charakterystyczną dla współczesnego pozytywizmu. Po drugie jednak, postawa ta pozostaje jednocześnie zaskakująco zbieżna z generalną wizją kształtowania się uniwersum symbolicznego u Bergera i Luckmanna, stanowiącą wynik stawianych przed uniwersum zadań. W następujących rozważaniach określona zostanie bliżej ta wizja oraz wskazane zostanie, w jaki sposób wpisuje się w nią postawa metodologiczna przyjmowana w ramach kierunku pozytywistycznego.

¹⁹⁹ S. Shapiro, *The Difference That Rules Make*, [w:] B. Bix (red.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford 1998, s. 33 i n. Por. także T. Pietrzykowski, „Miękki” pozytywizm..., s. 113-115; krytycznie M. Pichlak, *Autonomia argumentacji...*, s. 245.

²⁰⁰ Zob. G.J. Postema, *Law's Autonomy...*, s. 89-94. Rekonstrukcję Postemy w tym względzie krytykuje Raz – *Postema on Law's...*, s. 9-14. Sam jednak prezentuje dość podobne stanowisko w: *Autorytet prawa...*, s. 53. Wyraźnie zbliżony do propozycji Postemy pogląd prezentuje natomiast F. Schauer – zob. *The Limited Domain...*, s. 1928-1929.

²⁰¹ Por. G.J. Postema, *Law's Autonomy...*, s. 80-81. Postema z tych pozycji podejmuje krytykę omawianej tezy, wskazując, że im bardziej spełniony przy określaniu jej treści zostaje postulat adekwatności względem istniejącej praktyki, tym mniej odpowiada ona przypisywanym prawu funkcjom – i odwrotnie. Zob. tamże, s. 94 i n.

²⁰² W sprawie takiej krytycznej oceny zob. M. Pichlak, *Autonomia argumentacji...*, s. 247-54; tenże, *The Autonomy of Law...*

6. W rozdziale poprzednim, przy okazji rozważań poświęconych legitymizacji praktyki, wskazane zostały wymogi, jakim odpowiadać powinny konstrukty teoretyczne składające się na uniwersum symboliczne. Wymienić można trzy takie podstawowe warunki: po pierwsze, punkt wyjścia dla ich formułowania stanowić powinna rzeczywistość istniejąca praktyka, tak jak jest ona wykonywana i rozumiana przez uczestników świata życia²⁰³. Po drugie, konstrukcje te powinny stanowić szczególną formę interpretacji takiej praktyki. Po trzecie, czerpiąc po części własną legitymację z owej zgodności z istniejącą praktyką, same powinny legitymizować tę praktykę oraz świat życia, w którego ramach jest ona wykonywana. Mają więc one złożony charakter, w którego obrębie na jednym końcu wskazać można na wymiar rekonstrukcyjny i interpretacyjny, na drugim zaś – normatywny i legitymizacyjny.

Twierdząc, że taka właśnie strategia przyświeca wielu współczesnym projektom pozytywistycznoprawnym. Jeśli chodzi o pierwszy wymóg, za programowe w tym względzie uznać należy podejście prezentowane przez Harta²⁰⁴. Zajęte przez autora stanowisko metodologiczne jest wynikiem przyjęcia przezeń perspektywy proponowanej przez „filozofię języka potocznego”²⁰⁵. Stąd też postrzega on swoją teorię jako aksjologicznie neutralny i obiektywny opis istniejących praktyk językowych. Analiza tego, jak ludzie na co dzień używają określonych słów, stanowić ma receptę na owocny sposób uprawiania filozofii prawa²⁰⁶. Hart nie waha się nawet przed określeniem swojej propozycji teoretycznej jako przynależnej do dziedziny „socjologii deskryptywnej”²⁰⁷. Jednocześnie uważa on, że jego analizy mają charakter ściśle ogólny, prowadząc do ustalenia koniecznych, bo pojęciowych cech prawa. Jak sam stwierdza w Posłowniu do swojego *Pojęcia prawa*:

Moim celem (...) było wypracowanie teorii prawa, zarówno ogólnej, jak i opisowej. Jest ona *ogólna* w tym sensie, że nie jest przywiązana do jakiegokolwiek konkretnego systemu prawa czy kultury prawnej, ale zmierza do wyjaśniającego i klasyfikującego ujęcia prawa (...). Moje ujęcie jest *opisowe*, ponieważ moralnie jest neutralne

²⁰³ Kozak teorię realizującą powyższy postulat określa jako „wewnętrzna” bądź „autonomiczną” – tenże, *Granice prawniczej...*, s. 69-72. Nie sądzę jednak, aby podejścia, które autor ujmuje pod terminami „wewnętrznej” i „zewnętrznej” postawy teoretycznej, pozostawać musiały zawsze w tak wyraźnej opozycji, jak to przedstawia.

²⁰⁴ Wnikliwą rekonstrukcję założeń metodologicznych autora *Pojęcia prawa* przedstawił Zbigniew Pulka – tenże, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wrocław 1996, s. 103-124; zob. także tenże, *Hart-Dworkin – dwa warianty „wewnętrznego” postrzegania prawa*, PPA 1999, t. XLII, s. 20-29 i 39-40.

²⁰⁵ Poza wymienionymi w przypisie poprzednim pracami Pulki, zob. także: H.L.A. Hart, *Wstęp*, [w:] tenże, *Eseje z filozofii...*, s. 2-6; tenże, *Definicja i teoria w prawoznawstwie*, [w:] tamże, s. 21 i n.; tenże, *Problemy filozofii prawa*, [w:] tamże, s. 88 i n.; tenże, *Pojęcie prawa...*, s. 3-4; J. Woleński, *Wstęp. Harta Pojęcie prawa*, [w:] tamże, s. XVI-XXI; M. Zirk-Sadowski, *Rola pragmatyki...*, s. 47-52; tenże, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 99-102.

²⁰⁶ Por. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, *passim*.

²⁰⁷ Tamże, s. 4.

i nie ma na celu usprawiedliwienia czy rekomendowania tej struktury, która pojawia się w moim ujęciu prawa, na podstawach moralnych czy innych²⁰⁸.

Hart zdaje się bądź nie dostrzegać, bądź też ukrywać fakt, iż przedstawiana przez niego teoria posiada także wymiar legitymizujący określoną, historycznie ukształtowaną praktykę. Przeciwnie, od takich sugestii wyraźnie się odcina. Odnosząc się polemicznie do krytyki ze strony Dworkina, podtrzymuje on przekonanie o możliwości czysto deskryptywnej i ogólnej teorii²⁰⁹. Sprawia to skądinąd, że jego propozycja jeszcze wyraźniej wpisuje się w model legitymizacji proponowany przez Bergera i Luckmanna, zgodnie z którym czy to poszczególne teorie, czy też uniwersum symboliczne przedstawiane są jedynie jako opisowy wyraz obiektywnie istniejącej rzeczywistości.

W literaturze z zakresu teorii i filozofii prawa złudność takiego nastawienia wykazana została przez autorów wychodzących często z różnych pozycji teoretycznych – czy to antynaturalizmu²¹⁰, czy tzw. integralnej filozofii prawa²¹¹, czy też wreszcie, wykorzystywanej także w pracy, teorii instytucjonalizacji²¹². Głosy te podkreślają legitymizacyjną rolę teoretycznej refleksji nad prawem, mającej dążyć do „optymalizacji” (pojęcie używane przez Zbigniewa Pulkę), czy też „ujrzenia w najlepszym możliwym świetle” (tak Dworkin) przedmiotu swojego poznania²¹³.

Przynajmniej niektórzy spośród uczniów i następców Harta, podtrzymując przekonanie o potrzebie analizy rzeczywistych praktyk społecznych (praktyk językowych), jako jedyne go możliwego punktu wyjścia dla uprawiania teorii, pozostają bardziej świadomi jej mieszanego, po części legitymizacyjnego charakteru²¹⁴. Dotyczy to zarówno zwolenników inkluzyjnego pozytywizmu, jak i obrońców jego ekskluzyjnej wersji. Ty-

²⁰⁸ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa...*, s. 320.

²⁰⁹ Tamże, s. 321-326.

²¹⁰ Z. Pulka: *Legitymizacja państwa...*, s. 124-156; tenże, *Hart–Dworkin...*, s. 41-42. Autor, odnosząc się wprost do teorii prawa Harta, ujawnia jej uwikłanie w założenia typowe dla liberalnej koncepcji prawa i państwa. Na marginesie autor zauważa też wprost, iż uznanie propozycji Harta za neutralną i opisową może się dokonać jedynie w obrębie wspólnej formy życia – zob. tenże, *Legitymizacja państwa...*, s. 125-126.

²¹¹ R. Dworkin, *Imperium prawa...*, *passim*, zwł. rozdz. VI-VII. Zwięzłe określenie wymogu integralności podaje autor na s. 168-169.

²¹² A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 46.

²¹³ Zob. Z. Pulka, *Prawoznawstwo – opis czy optymalizacja prawa*, PPA 2000, t. XLIII, s. 83 i n.; R. Dworkin, *Imperium prawa...*, s. 47; zob. też tamże, s. 66-69.

²¹⁴ Niektórzy zwolennicy pozytywizmu nadal dążą jednak do obrony jego czysto opisowego i neutralnego aksjologicznie charakteru – zob. np. A. Marmor, *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral*, „Oxford Journal for Legal Studies” 2006, Vol. 26, No. 4. Podejście takie charakteryzować będzie przede wszystkim tych spośród przedstawicieli pozytywizmu, którzy dążą do formułowania abstrakcyjnych sądów o „istocie” prawa (por. wcześniejsze uwagi o sporze pomiędzy zwolennikami „miękkiego” i „twardego” pozytywizmu).

tulem przykładu przedstawić tu można stanowiska dwóch autorów, pozostających czołowymi przedstawicielami obydwu wyróżnionych nurtów: MacCormicka oraz Raza.

Pierwszy, formułując w jednej ze swoich wczesnych prac teoretyczną koncepcję praktyki argumentacyjnej, pisze m.in.: „Przedstawiam raczej opis niektórych charakterystycznych rysów argumentacji prawniczej, które ujawniają się w konkretnych przykładach z orzecznictwa, i jednocześnie tłumaczę powody, dla których moim zdaniem powinny one pełnić rolę podstawowych wyznaczników tej argumentacji (...). Wnioski, do których dochodzę posiadają zatem podwójne oblicze: mają zarówno charakter normatywny, jak i mogą być w moim odczuciu uznane za opis norm rzeczywiście funkcjonujących w obrębie rozważanych systemów prawnych”²¹⁵.

Drugi z autorów podejmuje problem możliwych do wskazania racji na poparcie typowej dla pozytywizmu prawniczego tezy społecznej, zarówno w słabej, jak i mocnej wersji²¹⁶. W tym kontekście wskazuje on, z jednej strony, na często spotykany argument, iż „w poprawny sposób oddaje ona znaczenie, jakie słowo «prawo» i wyrazy pokrewne mają w języku potocznym”²¹⁷. Jednocześnie uzupełnia to racjami o charakterze zarówno aksjologicznym (odróżnienie opisu od oceny prawa, eliminacja ocen i stronniczości)²¹⁸, jak i ontologicznym (teza ta miałaby wynikać „z natury prawa jako instytucji społecznej”²¹⁹).

Szczególny status posiada natomiast dla Raza argument funkcjonalny – nie ma wprawdzie pojęciowej konieczności, aby system uznany za „prawo” adekwatnie realizował pewne funkcje, zarazem jednak funkcje te wynikają w pewien sposób z samej istoty prawa²²⁰. W przypadku omawianego autora chodzić tu będzie o powierzenie prawu zadania dostarczania „publicznie weryfikowalnego sposobu określania zachowań i regulowania wybranych aspektów życia społecznego”, celem zapewnienia współpracy i koordynacji między członkami społeczeństwa²²¹. Jednak niezależnie od szczegółowego sposobu określenia funkcji prawa, ich poszukiwanie i wywodzenie na tej podstawie określonych roszczeń co do kształtu systemu prawa (systemu źródeł prawa) oraz prakty-

²¹⁵ N. MacCormick, *Legal Reasoning...*, s. 13.

²¹⁶ Zob. J. Raz, *Autorytet prawa...*, s. 43-46 i 50-54.

²¹⁷ Tamże, s. 43.

²¹⁸ Tamże, s. 44 i 53-54

²¹⁹ Tamże, s. 44-45.

²²⁰ O wątpliwościach związanych z argumentem funkcjonalnym w obrębie współczesnego pozytywizmu zob. M. Pichlak, *Autonomia argumentacji...*, s. 249-50; tenże, *The Autonomy of Law...*, s. 82-87. Szerzej na ten temat S. Perry, *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, [w:] A. Marmor (red.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford 1994, s. 369 i n.; tenże, *The Varieties of Legal Positivism*, „Canadian Journal of Law and Jurisprudence” 1996, Vol. IX, No. 2, s. 112 i n.

²²¹ Zob. J. Raz, *Autorytet prawa...*, s. 53.

ki prawniczej pozostaje cechą charakterystyczną wszystkich niemal projektów w ramach współczesnego pozytywizmu²²².

W stanowiskach tych ujawnia się opisywany już rodzaj „sprzężenia zwrotnego” między konkretną praktyką i odpowiadającym jej światem życia z jednej, a wiedzą teoretyczną i uniwersum symbolicznym z drugiej strony. Wiedza taka, oparcia dla ważności formułowanych w jej ramach twierdzeń szukając w istniejącej praktyce, jednocześnie dąży do legitymizacji samej tej praktyki. W przypadku powołanych autorów legitymizacja ta ma już nieco odmienny charakter niż w koncepcji Harta, powołując jako uzasadnienie także racje o aksjologicznym bądź funkcjonalnym charakterze. Nie rezygnuje jednak w całości z ugruntowania w „naturze” czy „istocie” prawa, zachowując, jak wiadać, swój po części ontologiczny charakter.

4. W sprawie możliwej reinterpretacji Zasady

1. Przedstawione w pracy mechanizmy, związane z koncepcją instytucjonalizacji, mają charakter uniwersalny; nie oznacza to jednak przyjęcia tezy o społecznym determinizmie. Przeciwnie, instytucjonalizacja określonych praktyk może w perspektywie diachronicznej zarówno się pogłębiać, jak i słabnąć. W praktyce dyskursu skutkować to będzie w pierwszym wypadku zastępowaniem argumentacji dialektycznej przez analityczną, w drugim zaś – wzrostem znaczenia argumentacji dialektycznej. Ważna jest zatem świadomość, iż teoretycznie zawsze istnieje możliwość wyboru między alternatywnymi sposobami ukształtowania istniejących dyskursów.

Celem pracy nie była ocena przedstawionych w niej dwóch typów argumentacji ani też mechanizmów społecznych za nimi stojących. Jednocześnie jednak, starając się określić zachodzące między nimi różnice i ukazując możliwość wyboru w tej sferze, poniekąd naturalnie praca przygotowuje grunt dla podjęcia takiego pytania. Niech wolno zatem będzie autorowi w końcowych jej partiach sformułować kilka wstępnych uwag w tej materii.

Po pierwsze, rozważyć należy pogląd, wedle którego proces instytucjonalizacji oraz wytwarzana w nim sfera rzeczywistości symbolicznej pozostają pewną koniecznością, bez której praktyka prawnicza istnieć nie może. Stanowisko takie zdają się m.in. przyjmować w swoich ostatnich monografiach Artur Kozak oraz Jerzy Leszczyński. Pozycje to niezwykle ważne dla niniejszej pracy, choćby z tego względu, że obie próbują opisywać procesy tożsame z analizowanymi na tych stronach pod pojęciem instytucjo-

²²² Widoczne jest to wyraźnie już w projekcie Harta, a następnie przyjmowane, obok Raza, m.in. przez powoływanych w pracy MacCormicka, Shapiro, Schauera i in. Ogólnie na temat takiego nastawienia analitycznie zorientowanych projektów pozytywistycznych zob. J. Finnis, *Prawo naturalne...*, s. 12 i n.

nalizacji. *Toutes proportions gardées*, łączy nas zatem zarówno zainteresowanie tymi samymi aspektami praktyki prawniczej, jak i zbliżony sposób ich rozumienia. To, co wydaje się dzielić poglądy moje od przywoływanych autorów, to spojrzenie na ów rzekomo konieczny charakter instytucjonalizacji.

Zarówno dla Kozaka, jak i dla Leszczyńskiego punktem wyjścia pozostaje pytanie, w jaki sposób praktyka odpowiada na wyzwania płynące z faktu otwartości tekstowej prawa. Dla pierwszego z nich odpowiedzią jest podkreślanie roli instytucjonalnie kształtowanych konwencji, mających wyznaczać prawnikowi sposób pracy z tekstem i drogi jego odczytywania. Konwencje te kreują szczególnego rodzaju rozum prawniczy i, zgodnie z rekomendowanym przez autora stanowiskiem „umiarkowanego konwencjonalizmu”, mają w zasadniczej swej części charakter konieczny²²³. Drugi z autorów z kolei odpowiedź na problem tekstowej otwartości znajduje w zjawisku „pozytywizacji” prawa, w której ramach, dzięki kształtowaniu się konkluzywnych wzorów rozstrzygnięcia, prawo zyskuje przymiot operatywności. Jednocześnie Leszczyński dystansuje się od traktowania owej pozytywizacji jako konstrukcji teoretycznej, odnoszącej się do nieuświadomionych działań prawników. Proponuje zamiast tego, aby pojęcie to rozumieć „jako narzędzie służące opisowi pewnej praktycznej konieczności, której prawnicy są najzupełniej świadomi, choć nie omawiają tego problemu”²²⁴ [wyróżnienie moje – M.P.].

Powyższe stwierdzenie wymaga jednak dwóch zastrzeżeń. Po pierwsze, nawet jeśli prawnicy pozostają świadomi procesów, o których mowa, to niekoniecznie uświadamiać sobie muszą ich znaczenie i głębię oddziaływania, ukazaną w poprzednim rozdziale jako kształtowanie się określonego (prawniczego) świata życia²²⁵. Po drugie, jakkolwiek sam proces instytucjonalizacji (czy, jeśli trzymać się terminologii proponowanej przez Leszczyńskiego, pozytywizacji) ma rzeczywiście charakter konieczny, nie oznacza to uznania konieczności jakiegokolwiek konkretnego fragmentu prawniczego obrazu świata, ukształtowanego w jej ramach – stwierdzenie, z którym, jak sądzę, zgodziliby się obaj przywołani autorzy. Inaczej mówiąc, choć dla każdej społecznej praktyki konieczne jest istnienie zinstytucjonalizowanego obrazu świata w ogóle, stwierdzenie to nie przenosi się w sposób automatyczny na poszczególne elementy tego obrazu. Te,brane w separacji, zawsze mogą podlegać podważeniu w danym momencie. Nie ma powo-

²²³ A. Kozak, *Myślenie analityczne...*, *passim*, zwł. s. 236 i n.

²²⁴ J. Leszczyński, *Pozytywizacja prawa...*, s. 121. Zob. też tamże, s. 16.

²²⁵ Głębię oddziaływania tych procesów, z wykorzystaniem perspektywy transcendentalnej, w inspirujący sposób ukazuje przywoływany tu Kozak, jako kształtowanie się rozumu prawniczego, a jednocześnie, wraz z tym ostatnim, samego przedmiotu poznania owego rozumu, tj. prawa właśnie. Zob. *Myślenie analityczne...*, s. 32-48.

dów, dla których nie miałyby to także dotyczyć akceptowanego sposobu rozumienia systemu źródeł prawa.

2. Tym sposobem dochodzimy do problemu dominującej interpretacji zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Choć wielu prawnikom wydawać się ona może niepodważalna, można pod jej adresem sformułować określone wątpliwości. W świetle tych ostatnich pytanie o ewentualną reinterpretację Zasady przestaje przypominać symptomy szaleństwa, o których mowa była w poprzednim rozdziale przy refleksji nad (nie)możliwością krytyki zastanego świata życia. Wyrażenie takich wątpliwości to kolejny krok prowadzonych tu rozważań.

Doceniając zamiar twórców idei „zamknięcia” systemu źródeł prawa, można poddać pod rozważę, po pierwsze, czy rzeczywiście w każdym wypadku przynosić ono będzie takie skutki, jakich byśmy sobie życzyli, po drugie zaś, czy jest to zadanie możliwe do wykonania. Jeśli chodzi o pierwszą wątpliwość, w podrozdziale drugim wskazane zostały już przypadki, w których trzymanie się powyższego założenia prowadzić może do naruszeń w sferze tych wartości, które dyktowały jego przyjęcie. Możliwe jest tu przykładowo nie tylko tworzenie przeszkód dla skutecznego działania instytucji publicznych, ale także, w niektórych sytuacjach, ograniczanie praw obywatelskich.

Co do drugiej kwestii – koncepcja zamkniętego, ściśle zdefiniowanego systemu źródeł prawa, wypływająca z dość wąskiej wizji prawa charakterystycznej dla uniwersum pozytywizmu prawniczego, zdaje się coraz słabiej przystawać do dzisiejszej rzeczywistości. Wejście Polski w obszar prawa unijnego, przyjmującego szeroką perspektywę rozumienia porządku prawnego, wciąż rosnące znaczenie „prawa sędziowskiego”, negocjacyjne formy tworzenia regulacji w sferze administracji publicznej, „oddolne” formy kształtowania się prawa w ramach społeczeństwa obywatelskiego, przybierającego często globalny wymiar, fragmentaryzacja i komplikacja stosunków społecznych, wyłanianie się odrębnych, zróżnicowanych funkcjonalnie podsystemów społecznych, zjawisko „multicentryczności” prawa – wymienić wystarczy te najbardziej charakterystyczne tendencje właściwej nam kultury prawnej. Wszystkie one nie dają się wpisać w ramy obrazu prawa wyznaczone przez założenie o zamkniętym systemie jego źródeł. Możliwe jest oczywiście przyjęcie rozwiązania, które polegać będzie na stopniowym ograniczaniu zastosowania rozważanej Zasady do coraz węższego zakresu przypadków. Powstaje jednak kwestia, czy nie będzie to prowadzić do stopniowej marginalizacji postanowień konstytucji, niewiele różniącej się od tej, którą obserwować mogliśmy na przykładzie praktyki z okresu PRL.

Wydaje się zatem, że polska praktyka prawnicza znalazła się w stosownym momencie, by na nowo przemyśleć zasadność analitycznego, „twardego” sposobu ujmowa-

nia rozpatrywanej Zasady. Za wyborem takiej właśnie jej interpretacji stały ważkie, nie zawsze jednak wciąż aktualne, racje. Pojawia się obecnie pytanie, czy nie byłoby właściwszym rozwiązaniem zrezygnować z założenia o „obiektywnie” jakoby zamkniętym systemie źródeł prawa i uznać, że odpowiadająca mu Zasada, bez swoich ontologizujących pretensji, pełnić ma przede wszystkim rolę ogranicznika dla niepożądanego aktywności w tym zakresie (co dotyczyć może przede wszystkim administracji publicznej i władzy wykonawczej, ale wcale nie wyłącznie ich, jak pokazują przykłady działań niektórych samorządów zawodowych²²⁶). By powrócić tu do coraz bardziej dziś aktualnych słów Longchamps de Bériera, powołanych jako motto tej pracy:

Rzecz jasna, że dla egzegezy zasad prawnych (...), można umownie (...) traktować prawo jako porządek zamknięty (...). Co ważniejsze, z punktu widzenia polityki prawnej, zwłaszcza podstawowego postulatu praworządności, można życzyć sobie, aby prawo o ile możliwości jak najdokładniej normowało sposób i warunki stanowienia prawa (zwłaszcza niektóre, te mianowicie, które są w rękę naczelnych organów administracji); aby więc był to o ile możliwości porządek zamknięty. Ale jeśli chce się badać rzeczywiste drogi tworzenia się prawa, jego trwania i przemian, (...) trzeba wtedy spojrzeć na prawo, jako na porządek otwarty²²⁷.

Nie jest moim celem, jak można by sądzić, nakłanianie do odrzucenia czy rezygnacji z zasady zamkniętego systemu źródeł prawa. Krok taki byłby niszczący dla naszej kultury prawnej i wypracowanych w jej ramach standardów. Warto tu odwołać się za Tuorim do obrazu statku żeglującego po pełnym morzu – rozsądny szkutnik wie, że jego naprawa nie może nigdy polegać na rozebraniu całego dna, ale raczej na pieczołowitej i ostrożnej renowacji pojedynczych desek²²⁸. Praktyka prawnicza jest takim właśnie żaglowcem, którego rejs trwa bezustannie i z zasady nie istnieje możliwość, aby odprowadzić go do suchego doku, gdzie mógłby zostać w całości przebudowany. Wymaga to szczególnej powściągliwości przy postulowaniu reform w obrębie tejże praktyki.

Chodzi tu więc nie o rezygnację z omawianej Zasady i opartej na niej argumentacji, a jedynie o ewentualną zmianę sposobu jej interpretowania, w kierunku większego otwarcia na ważenie różnorodnych wartości. Dziś to nie traktowanie Zasady jako postulatu, wpisujące ją w rozważania (a nieraz i spory) aksjologiczne, lecz trwanie przy jej bezwzględnej charakterze grozi powrotem do standardów z okresu PRL, to jest do jej marginalizacji w praktyce.

²²⁶ Por. w tym zakresie orzeczenie NSA z dnia 23 sierpnia 2006 r., II OSK 1046/05, dotyczące uchwał Krajowej Rady Izby Architektów.

²²⁷ F. Longchamps, *O źródłach prawa...*, s. 97.

²²⁸ K. Tuori, *Critical Legal...*, s. 173.

3. W pewnym sensie opowiedzenie się po stronie dialektycznie kształtowanej, aksjologicznej interpretacji Zasady stanowi naturalną konsekwencję ustaleń niniejszej pracy – i to mimo szczerości deklaracji co do jej możliwie neutralnego, niezaangażowanego w jakiegokolwiek projekty normatywne, charakteru. Już bowiem samo ukazanie wyboru pomiędzy dwoma możliwymi sposobami interpretowania Zasady podważa do pewnego stopnia możliwość jej analitycznego odczytywania, szukającego wszak ugruntowania w nieuchronności i oczywistości przyjętego obrazu świata. Jak wszędzie tam, gdzie stajemy przed wyborem, który ma charakter nieoczywisty, zmuszeni poniekąd jesteśmy otworzyć się na namysł dialektyczny. Wybór między analitycznym a dialektycznym kształtem dyskursu prawniczego sam dokonany być musi podług wskazań dialektyki.

Kwestionowanie bezwzględności charakteru założenia o zamkniętym systemie źródeł prawa często kojarzy się jego zwolennikom z otwarciem na arbitralność, dyskrecjonalność i brak granic dla swobodnego działania. Jest to jedynie przejaw bardziej ogólnego przekonania, właściwego naszej praktyce prawniczej, iż jedyną alternatywę dla tych niebezpieczeństw stanowi dyskurs ukształtowany na wzór analityczny²²⁹. Rzeczywiście, taki kształt dyskursu zdaje się znakomicie służyć pewności, przewidywalności, bezpieczeństwu, ograniczeniu arbitralności *etc.* Tym też należy zapewne tłumaczyć fakt, iż argumentacja analityczna od lat wydaje się cieszyć większą życzliwością w obrębie prawoznawstwa.

Niewątpliwie, każdy z prezentowanych dwóch typów argumentacji posiada pewne trudne do zlekceważenia zalety. Stąd też jakiegokolwiek jednoznaczne opowiedzenie się *in abstracto* za jednym z nich byłoby nadmiernym uproszczeniem. W uproszczenie takie popada jednak nie ten, kto broni zalet argumentacji dialektycznej, ukazując korzyści płynące z jej wyboru w praktyce, lecz ten, kto z gruntu odrzuca możliwość jej racjonalności. Paradoksalnie, do podtrzymywania tego ostatniego przekonania przyczyniają się także znani krytycy argumentacji analitycznej. Tak będzie np. w przypadku imponującego erudycją i retoryczną siłą projektu Stanleya Fisha, prowadzącego do konkluzji, iż jedyną alternatywą dla bezkrytycznego przyjęcia instytucjonalnie narzuconych granic praktyki jest w pełni strategiczna perswazja *per fas et nefas*²³⁰.

W tej sytuacji pouczający okazuje się powrót do myślicieli takich, jak Arystoteles. Przybliżona w pracy w oparciu o teksty tego filozofa koncepcja argumentacji dialektycznej (którą przecież odróżniał on nie tylko od analitycznej, ale i sofistycznej²³¹) jest po-

²²⁹ Niezwykle celnie obawy te diagnozuje A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 31 i n.

²³⁰ Zob. zwł. S. Fish, *Dowodzenie vs. perswazja: dwa modele krytycznej działalności*, przeł. K. Abriszewski, [w:] tenże, *Interpretacja, retoryka, polityka. Eseje wybrane*, red. A. Szahaj, Kraków 2002, s. 121 i n.; S. Fish, *Retoryka*, przeł. A. Szahaj, [w:] tamże, s. 421 i n.

²³¹ Zob. *Topiki*, 100a-101a.

mocna dla ukazania, iż wyłaniająca się z prac Fisha i zbliżonych do niego autorów alternatywa stanowi wynik zawężonej perspektywy. Między przedstawianymi w jej ramach opcjami mieści się być może inna droga – argumentacji, która przyznając się do swej niepewności, lokalności i ograniczeń, nie wyzbywa się przecież całkowicie roszczeń do rozumności. Dopóki jednak nie zostanie w pełni dostrzeżony tkwiący w niej potencjał, póki główna nadzieja pokładana będzie ciągle w argumentacji o analitycznym charakterze, póty traktowanie jej jako „kulejącej” pod względem racjonalności będzie samospełniającym się proroctwem. Nie będzie bowiem rozumnej (i etycznej) argumentacji dialektycznej w obrębie dyskursu prawniczego, dopóki nie będzie prawników ćwiczących się w rozumnym i etycznym jej praktykowaniu.

5. Uwagi podsumowujące

1. Rozdział powyższy miał na celu ukazanie, iż kategorie teoretyczne powiązane z koncepcją instytucjonalizacji pozwalają znaleźć odpowiedź na trzy podstawowe dla pracy pytania. W ramach realizacji tego celu rozważona została kwestia, w jaki sposób instytucjonalizacja wraz z obiektywizacją odpowiadają za zmianę sposobu ujmowania zasady zamkniętego systemu źródeł prawa z aksjologicznego, dla którego właściwa pozostaje argumentacja dialektyczna, na ontologiczny, powiązany z argumentacją rodzaju analitycznego. Umożliwia to traktowanie argumentów odwołujących się do zamkniętego charakteru systemu źródeł prawa jako wyrażen opisujących obiektywnie istniejący stan rzeczy. Jednocześnie umiejscowienie takiego obrazu systemu źródeł prawa na poziomie świata życia pozwala zrozumieć jego niepodważalny, a zarazem nie wymagający ugruntowania charakter. Pojęcie instytucjonalizacji okazuje się także przydatne dla ukazania, w jaki sposób sama zasada, której przyjęcie stanowi początkowo wynik akceptacji określonych racji o charakterze aksjologicznym, okazuje się w pewnym momencie bardziej istotna od tych pierwotnych uzasadnień.

W ramach rozdziału podjęta została także problematyka legitymizacji praktyki opartej na ontologicznej interpretacji Zasady. Legitymizacji takiej dostarcza w szczególności właściwe naszej kulturze prawnej uniwersum symboliczne, którego treść wyznaczana jest przez założenia współczesnego pozytywizmu prawniczego. Kierunek ten, wychodząc od twierdzeń mających stanowić jedynie wierną rekonstrukcję zastanej praktyki prawniczej, dąży jednocześnie do wskazania argumentów mających uprawomocnić taki właśnie kształt praktyki jako najbardziej uzasadniony i cechujący się największym stopniem racjonalności. W odniesieniu do rozpatrywanego problemu proces ten dokonuje się w pierwszym rzędzie poprzez uznanie i uzasadnienie autonomii prawa, zarówno w stosunku do podmiotu poznania, jak i odmiennych porządków normatywnych.

Prowadzone w tym zakresie przez współczesnych przedstawicieli pozytywizmu rozważania, z jednej strony, dążą do wskazania zgodności powyższych założeń z istniejącą praktyką prawniczą, z drugiej zaś – do ich legitymizacji w oparciu o różnorakie racje – czy to wyprowadzane z abstrakcyjnie ujętego pojęcia prawa, czy to z wartości, które dyskurs prawniczy winien realizować, czy wreszcie z podstawowych funkcji prawa i argumentacji prawniczej.

2. Rzecz charakterystyczna, że to właśnie dyskurs podejmujący problematykę walidacyjną stanowi ten wycinek praktyki prawniczej, który pozostaje szczególnie podatny na wpływ instytucjonalizacji. Widać to zarówno na sali sądowej, gdzie spory dotyczą zazwyczaj właściwej interpretacji przepisów prawnych, nie zaś określania katalogu źródeł prawa²³², jak i w tekstach naukowych, w których wiele mówi się o twórczej roli wykładni prawa, stosunkowo zaś mało miejsca poświęca się twórczemu charakterowi rozstrzygnięć walidacyjnych²³³. Jak zauważył Ziemiński, to przede wszystkim reguły walidacyjne stanowią tę grupę reguł dyskursu prawniczego, która wyznaczana jest przez szerszy, a zarazem uprzedni kontekst społeczny. Aktywność praktyki, poszukującej wsparcia w owym kontekście, jednocześnie nastawiona jest na jego reprodukcję, na „ustabilizowanie prawa jako pewnego obiektu kulturowego”²³⁴.

Stan taki nie jest dziełem przypadku. Można bowiem zauważyć, iż to właśnie na etapie rozstrzygnięcia problemów walidacyjnych dokonuje się swoiste „powiązanie” praktyki dyskursu prawniczego ze zobiektywizowaną sferą symboliczną, jaką stanowi prawo obowiązujące²³⁵. Jednocześnie od ustaleń walidacyjnych oczekuje się najczęściej, iż będą one miały charakter niezawodny i możliwy do obiektywnej weryfikacji, to bowiem właśnie one mają stanowić podstawy pewności dla praktyki prawniczej. Nastawienie takie sprzyja poszukiwaniu w tym obszarze stabilnych podstaw, na których praktyka prawnicza mogłaby znajdować oparcie²³⁶. Ustalenia w sferze walidacyjnej, zgodnie

²³² Por. jednak przykłady z orzecznictwa, zawarte w pracy.

²³³ Trudno w tym miejscu przytaczać choćby przykładowe wypowiedzi spośród wielu wpisujących się w tego rodzaju podejście. Ograniczę się do wskazania wypowiedzi, podejmującej problem na wyższym poziomie ogólności. Chodzi tu o dokonane przez Wróblewskiego rozróżnienie trzech rodzajów interpretacji (*sensu stricto*, *sensu largo*, *largissimo sensu*). Autor zauważa, iż prawoznawstwo skupia swą uwagę jedynie na wykładni w znaczeniu wąskim, ew. także w znaczeniu szerokim. Wykładnia *largissimo sensu*, tj. interpretacja wszelkich wytworów kulturowych, na której poziomie należałoby umiejscawiać uznanie danego faktu za fakt prawotwórczy (źródło prawa), pozostaje natomiast zdaniem Wróblewskiego poza obszarem zainteresowania prawoznawstwa – zob. tenże, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1990, s. 55 i n.; por. także A. Kozak, *Pojmowanie prawa...*, s. 27-30.

²³⁴ M. Zirk-Sadowski, *Metodologia nauk...*, s. 629.

²³⁵ Por. M. Pichlak, *Odniesienia do prawa w ramach praktyki społecznej. Koncepcja Herberta Harta a założenie świata życia*, [w:] A. Sulikowski (red.), *W poszukiwaniu podstaw...*, *passim*.

²³⁶ Por. A. Aarnio, *On Legal Reasoning...*, s. 88; A. Kozak, *Granice prawniczej...*, s. 7-8, 51-65.

z pokładanymi w nich oczekiwaniami, powinny zatem wspierać się na czymś „równie realnym jak konie czy psy”²³⁷. Tym realnym bytem, podstawą dalszej argumentacji, okazuje się system źródeł prawa, wypracowany przez praktykę, a następnie w jej ramach zobiektywizowany.

3. Jednocześnie takie nastawienie, choć poniekąd naturalne, nie zawsze okazuje się przynosić korzyści. W świetle szeregu współczesnych tendencji, komplikujących obraz prawa i przydających mu wielowymiarowości, koncepcja zamkniętego, ściśle zdefiniowanego systemu jego źródeł zdaje się coraz mniej adekwatna. Próby zaś obrony bezwzględnego charakteru Zasady, rozumianej ontologicznie, prowadzą do faktycznej marginalizacji regulacji konstytucyjnej w praktyce – przywodząc na myśl niechlubne standardy PRL. Sprawia to, że propozycje częściowej choćby zmiany sposobu interpretacji Zasady, otwierające ją szerzej na argumentację aksjologiczną, wydają się warte rozważenia. Wymagałoby to jednak przewyciężenia niechęci, z jaką spotyka się dziś często argumentacja dialektyczna – przyznająca się do swej lokalności, skończoności i ograniczonej ważności. Przewyciężenie takie jest, jak sędzę, jedyną drogą umożliwiającą wydobycie, tkwiącego w tego typu argumentacji, potencjału racjonalności.

²³⁷ K. Olivercrona, *Law as a Fact...*, s. 215.

Bibliografia

- Aarnio A.**, *On Legal Reasoning*, Turku 1977.
- Aarnio A.**, *O pojęciu audytorium w argumentacji prawniczej. Filozoficzny punkt widzenia*, przeł. M. Zirk-Sadowski, [w:] „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1981, nr 6.
- Aarnio A., Alexy R., Peczenik A.**, *The Foundation of Legal Reasoning*, [w:] A. Aarnio, N. MacCormick (red.), *Legal Reasoning*, Dartmouth 1992, Vol. 1 [oryg. wyd. w: „Rechtstheorie” 1981, Nr 12].
- Alexy R.**, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. by R. Adler and N. MacCormick, Oxford 1989.
- Arystoteles**, *Analityki pierwsze*, przeł. K. Leśniak, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003.
- Arystoteles**, *Analityki wtóre*, przeł. K. Leśniak, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003.
- Arystoteles**, *Etyka nikomachejska*, przeł. D. Gromska, Warszawa 2007.
- Arystoteles**, *O dowodach sofistycznych*, przeł. K. Leśniak, [w:] *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003.
- Arystoteles**, *Retoryka*, przeł. H. Podbielski, [w:] *Retoryka, Retoryka dla Aleksandra, Poetyka*, Warszawa 2004.
- Arystoteles**, *Topiki*, przeł. K. Leśniak, [w:] *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003.
- Atienza M.**, *Is Legal Positivism a Sustainable Legal Theory?*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, Warszawa 2007.
- Bafia J.**, *Podstawowe założenia procesu tworzenia prawa*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 7.
- Bafia J.**, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1984.
- Balaban A.**, *Czy konstytucja dotyczy przepisów administracyjnych*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 5.
- Balaban A.**, *Akty normatywne wewnątrznie obowiązujące*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Naęczów, 1-3 czerwca 2000*, Lublin 2000.
- Balaban A., Dubel L., Leszczyński L.**, *Zasady tworzenia prawa*, Lublin 1986.
- Bańkowski Z.**, *Bringing the Outside in the Ethical Life of Legal Institutions*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, Warszawa 2007.
- Bar L.**, *Resortowe akty normatywne – temat ciągle aktualny*, „Państwo i Prawo” 1962, nr 8-9.
- Barańczak S.**, *Parę przypuszczeń na temat poezji współczesnej*, [w:] S. Barańczak, *Wiersze zebrane*, Kraków 2006.

- Bator A. i in.**, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2006.
- Bauman Z.**, *Płynna nowoczesność*, przeł. T. Kunz, Kraków 2006.
- Berger P.**, *Święty baldachim. Elementy socjologicznej teorii religii*, przeł. W. Kurdziel, Kraków 1997.
- Berger P., Luckmann T.**, *Spoleczne tworzenie rzeczywistości*, przeł. J. Niznik, Warszawa 1983.
- Biernat S.**, *Charakter prawny aktów przydzielających deficytowe dobra społeczne*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 9-12.
- Bierut B.**, *O konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1952.
- „**Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego**”, nr 20 i nr 40.
- Blachut M.**, *Postulat neutralności moralnej prawa a konstytucyjna zasada równości*, Wrocław 2005.
- Blachut M., Kaczor J.**, *Kryzys legitymizacji liberalnej filozofii prawa?*, [w:] A. Sulikowski, *W poszukiwaniu podstaw prawa*, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa, Wrocław 2006.
- Blachut M., Kaczor J., Kaczmarek P., Sulikowski A.**, *Systemowość w myśleniu prawniczym*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008.
- Błaś A.**, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Zimmermann, P. Dobosz (red.), *Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda. Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r.*, Kraków 2005.
- Boć J.** (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007.
- Bogusz M.**, *Przepisy administracyjne jako forma działania administracji*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24-27 września 2006 r.*, Wolters Kluwer Polska 2007.
- Borkowski J.**, *Głos w dyskusji*, [w:] *Z dyskusji nad reformą konstytucyjną*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 5.
- Boudon R.**, *Efekt odwrócenia. Niezamierzone skutki działań społecznych*, przeł. A. Karpowicz, Warszawa 2008.
- Bourdieu P.**, *Szkic teorii praktyki, poprzedzony trzema studiami na temat etnologii Kabylów*, przeł. W. Kroker, Kęty 2007.
- Brol J.**, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Brożek B., Stelmach J.**, *Metody prawnicze. Logika – analiza – argumentacja – hermeneutyka*, Kraków 2004.
- Buczyńska-Garewicz H.**, *Metafizyczne rozważania o czasie. Idea czasu w filozofii i literaturze*, Kraków 2003.
- Buczyńska-Garewicz H.**, *Miejsca, strony, okolice. Przyczynek do fenomenologii przestrzeni*, Kraków 2006.
- Campbell T.**, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth 1996.

- Chróscielewski W.**, *Akt administracyjny generalny*, Łódź 1994.
- Ciapała J.**, *Powszechnie obowiązujące akty prawa miejscowego*, „Przegląd Sejmowy” 2000, nr 3.
- Ciapała J.**, *Głos w dyskusji*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów, 1-3 czerwca 2000*, Lublin 2000.
- Coleman J.**, *Rules and Social Facts*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1991, Vol. 14, Iss. 3.
- Coleman J.**, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford 2001.
- Czeszejko-Sochacki Z.**, *Moc wiążąca orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 6.
- Czyżewski M.**, *O tzw. fenomenologii społecznej Alfreda Schutza*, „Studia Socjologiczne” 1979, nr 1.
- Dawidowicz W.**, *Nauka prawa administracyjnego*, Warszawa 1965.
- Dawidowicz W.**, *Tworzenie prawa jako funkcja organów administracji państwowej*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 12.
- Dawidowicz W.**, *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974.
- Dawidowicz W.**, *Glosa do wyroku z 6 II 1981*, OSPiKA 1981, nr 10, poz. 189.
- Dąbek D.**, *Współczesne pojęcie źródeł prawa administracyjnego na tle konstytucyjnego pojęcia źródeł prawa*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24-27 września 2006 r.*, Wolters Kluwer Polska 2007.
- Dąbek D.**, *Prawo sędziowskie w polskim prawie administracyjnym*, Warszawa 2010.
- Dehnel P.**, *Dekonstrukcja – rozumienie – interpretacja. Studia z filozofii współczesnej i nie tylko*, Kraków 2006.
- Dijk van T.A.**, *Badania nad dyskursem*, [w:] T.A. van Dijk (red.), *Dyskurs jako struktura i proces*, przeł. G. Grochowski, Warszawa 2001.
- Dudek D.**, *Funkcjonowanie systemu źródeł prawa w orzecznictwie sądowym*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Lublin 2000.
- Duszek A., Fairclough N.**, *Wstęp: Krytyczna analiza dyskursu – nowy obszar badawczy dla lingwistyki i nauk społecznych*, [w:] A. Duszek, N. Fairclough (red.), *Krytyczna analiza dyskursu. Interdyscyplinarne podejście do komunikacji społecznej*, Kraków 2008.
- Dworkin R.**, *No Right Answer?*, [w:] A. Aarnio, N. MacCormick (red.), *Legal Reasoning*, Dartmouth 1992, Vol. 1.
- Dworkin R.**, *Law as Interpretation*, [w:] A. Aarnio, N. MacCormick (red.), *Legal Reasoning*, Dartmouth 1992, Vol. 2.
- Dworkin R.**, *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Warszawa 1998.
- Dworkin R.**, *Imperium prawa*, przeł. J. Winczorek, Warszawa 2006.

- Działocha K.**, *System źródeł prawa w Konstytucji PRL po 20 latach jej obowiązywania*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 12.
- Działocha K.**, *Konstytucyjna koncepcja tworzenia prawa w PRL*, [w:] K. Działocha (red.), *Konstytucyjny model tworzenia prawa w PRL*, Wrocław 1981.
- Działocha K.**, *Zasady budowy systemu źródeł prawa w nowej konstytucji*, [w:] A. Patrzalek (red.), *Problemy prawodawstwa w nowej Konstytucji PRL*, Wrocław 1988.
- Działocha K.**, *Zasady budowy systemu źródeł prawa w nowej konstytucji*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Działocha K.**, *Pojęcie aktu normatywnego w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym*, „Studia Prawnicze” 1989, nr 2-3.
- Działocha K.**, *Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzyganiu kolizji norm*, [w:] J. Trzeciński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997.
- Działocha K.**, *Uwagi do art. 87*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, (red.) L. Garlicki, t. 1 Warszawa 1999.
- Działocha K.**, *Uwagi do Rozdziału III*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1999.
- Działocha K.**, *„Zamknięcie” systemu źródeł prawa w Konstytucji RP*, [w:] M. Kudej (red.), *W kręgu zagadnień konstytucyjnych. Profesorowi Eugeniuszowi Zwierzchowskiemu w darze*, Katowice 1999.
- Działocha K.**, *Źródła prawa powszechnie obowiązującego wobec praktyki konstytucyjnej*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów, 1-3 czerwca 2000*, Lublin 2000.
- Działocha K.**, *O prawie i jego źródłach z perspektywy pięciolecia obowiązywania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] H. Jerzmański (red.), *Pięć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały z konferencji na Zamku Królewskim w Warszawie, 17 października 2002*, Warszawa 2002.
- Działocha K.**, *O znaczeniu sporu w sprawie konstytucyjnej koncepcji prawa w Komisji Konstytucyjnej ZN*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2002, nr 50.
- Działocha K.**, *Zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego w konstytucji i w praktyce*, [w:] A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005.
- Działocha K.**, *Konstytucyjna koncepcja prawa i jego źródeł w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006.
- Działocha K., Preisner A.** (red.), *Prawo, źródła prawa i zgodność obowiązującego prawa z konstytucją w projektach konstytucji*, Wrocław 1995.
- Dziewulski H.**, *Alfred Schütz – uspołecznione pojmowanie świata*, „Studia Socjologiczne” 1984, nr 3.
- Eco U.**, *Nieobecna struktura*, przeł. A. Weinsberg, P. Bravo, Warszawa 1996.
- Elias N.**, *Spółczesność jednostek*, przeł. J. Stawiński, Warszawa 2008.
- Encyklopedia socjologii*, red. W. Kwaśniewicz i in., t. 4, Warszawa 2002.

- Fellmann F.**, *Świat przeżywany i świat duchowy. Fenomenologiczne pojęcie świata a protestancka filozofia kultury*, przeł. M. Łukasiewicz, [w:] Z. Krasnodębski i K. Nellen (red.), *Świat przeżywany. Fenomenologia i nauki społeczne*, Warszawa 1993.
- Feteris E.T.**, *A Survey of 25 Years of Research on Legal Argumentation*, „Argumentation” 1997, No. 11.
- Filipek J.**, *Rola prawa w działalności administracyjnej państwa*, Kraków 1974.
- Filipek J.**, *Prawna regulacja wewnętrznej sfery działania administracji*, Warszawa – Kraków 1975.
- Finnis J.**, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, przeł. K. Lossman, Warszawa 2001.
- Fish S.**, *Dowodzenie vs. perswazja: dwa modele krytycznej działalności*, przeł. K. Abri-szewski, [w:] S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka. Eseje wybrane*, red. A. Szahaj, Kraków 2002.
- Fish S.**, *Retoryka*, przeł. A. Szahaj, [w:] S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka. Eseje wybrane*, red. A. Szahaj, Kraków 2002.
- Fukuyama F.**, *Budowanie państwa. Władza i ład międzynarodowy w XXI wieku*, przeł. J. Serwański, Poznań 2005.
- Füßer K.**, *Farewell to ‘Legal Positivism’: The Separation Thesis Unravelling*, [w:] R.P. George (red.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford 1996.
- Garlicki L.**, *Reforma wymiaru sprawiedliwości a kontrola konstytucyjności ustaw*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 1-2.
- Garlicki L.**, *Ochrona konstytucyjności i praworządności*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 10.
- Garlicki L.**, *Uwagi o koncepcji systemu źródeł prawa w PRL*, [w:] J. Mazur (red.) *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Garlicki L.**, *Konstytucyjny system źródeł prawa (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów, 1-3 czerwca 2000*, Lublin 2000.
- Garlicki L.**, *Uwagi do art. 30*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003.
- Garlicki L.**, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2004.
- Garlicki L., Szepietowska B.**, *System źródeł prawa w Polsce*, [w:] B. Szepietowska, J.M. Karolczak (red.), *Posel jako ustawodawca*, Warszawa 1993.
- Gebert S.**, *Uwagi o procesie tworzenia prawa w Polsce*, „Państwo i Prawo” 1973, nr 8-9.
- Geddes B.**, *Paradigms and Sand Castles. Theory Building and Research Design in Comparative Politics*, Ann Arbor 2003.
- Gee J.P.**, *An Introduction to Discourse Analysis. Theory and Method*, London – New York 1999.

- George R.P.** (red.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford 1996.
- Giddens A.**, *Nowe zasady metody socjologicznej. Pozytywna krytyka socjologii interpretatywnych*, przeł. G. Woroniecka, Kraków 2001.
- Giddens A.**, *Stanowienie społeczeństwa. Zarys teorii strukturacji*, przeł. S. Amsterdamski, Poznań 2003.
- Gizbert-Studnicki T.**, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Warszawa – Kraków 1986.
- Gizbert-Studnicki T.**, *Podstawy argumentacji prawniczej*, [w:] S. Kaźmierczyk (red.), *Historia – prawo – państwo. Zbiór studiów*, Wrocław 1995.
- Gizbert-Studnicki T., Grabowski A.**, *Istnienie, prawdziwość i logika norm – jeszcze o nielingwistycznej koncepcji normy*, [w:] J. Hartman (red.), *Filozofia i logika. W stronę Jana Woleńskiego*, Kraków 2000.
- Górski M.**, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Zimmermann, P. Dobosz (red.), *Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda. Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r.*, Kraków 2005.
- Grabowski A.**, *Judicial Argumentation and Pragmatics*, Kraków 1999.
- Grabowski A.**, *Dyskurs prawniczy jako przypadek szczególny ogólnego dyskursu praktycznego*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 2, Kraków 2001.
- Grabowski A.**, *Zawartość reguły uznania w koncepcji H. L. A. Harta*, [w:] M. Borucka-Arctowa i in. (red.), *Prawo – Władza – Społeczeństwo – Polityka. Księga Jubileuszowa profesora Krzysztofa Paleckiego*, Toruń 2006.
- Grabowski A.**, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009.
- Granat M.** (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Natęczów, 1-3 czerwca 2000*, Lublin 2000.
- Grey T.C.**, *The New Formalism*, [w:] „Stanford Law School Working Papers” 1999, No. 4.
- Gromska D.**, *Wstęp do Etyki nikomachejskiej*, [w:] Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, Warszawa 2007.
- Gromski W.**, *W sprawie pojęcia aktu normatywnego (Uwagi na tle głoś do orzeczenia TK z 19 VI 1992, U 6/92)*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 9.
- Gromski W.**, *W sprawie pojmowania aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny*, [w:] S. Kaźmierczyk (red.), *Historia – prawo – państwo. Zbiór studiów*, Wrocław 1995.
- Gromski W.**, *Autonomia prawa wobec polityki i jej konstytucyjne uwarunkowania*, [w:] E. Zwierzchowski (red.), *Prawo i kontrola jego zgodności z konstytucją*, Warszawa 1997.
- Gromski W.**, *Aksjologiczne podstawy konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa*, [w:] L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, Lublin 1999.

- Gromski W.**, *Niektóre filozoficzno-teoretyczne podstawy konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa*, [w:] A. Bator (red.) *Konstytucja, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 1999.
- Gromski W.**, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000.
- Gromski W.**, *Autonomia prawa jako funkcja kultury prawnej*, [w:] W. Gromski (red.), *Autonomia prawa, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2001.
- Gromski W.**, *Kultura i kształtowanie autonomii prawa*, [w:] J. Helios (red.), *Autonomia prawa ze stanowiska teorii i filozofii prawa, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2003.
- Gwiżdż A.**, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Gwiżdż A.**, *Kilka uwag o tworzeniu prawa pod rządami nowej Konstytucji*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1998, t. 3.
- Habermas J.**, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, przeł. A.M. Kaniowski, Warszawa 1999.
- Habermas J.**, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 2, przeł. A.M. Kaniowski, Warszawa 2002.
- Habermas J.**, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, przeł. A. Romaniuk i R. Marszałek, Warszawa 2005.
- Hart H.L.A.**, *Definicja i teoria w prawoznawstwie*, [w:] H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Hart H.L.A.**, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 1998.
- Hart H.L.A.**, *Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności*, [w:] H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Hart H.L.A.**, *Problemy filozofii prawa*, [w:] H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Hart H.L.A.**, *Wstęp*, [w:] H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 2001.
- Himma K.E.**, *Inclusive Legal Positivism*, [w:] J. Coleman, S. Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2002.
- Hoff W.**, *Wytyczne w administracji państwowej*, „Państwo i Prawo” 1980, nr 5.
- Hoff W.**, *Wytyczne w prawie administracyjnym*, Warszawa 1987.
- Horolets A.**, *Wprowadzenie – status dyskursu w badaniach socjologicznych*, [w:] A. Horolets (red.), *Analiza dyskursu w socjologii i dla socjologii*, Toruń 2008.
- Howarth D.**, *Dyskurs*, przeł. A. Gąsior-Niemiec, Warszawa 2008.
- Husserl E.**, *Nastawienie nauk przyrodniczych i humanistycznych. Naturalizm, dualizm i psychologia psychofizyczna*, [w:] Z. Krasnodębski (red.), *Fenomenologia i socjologia*, Warszawa 1989.
- Husserl E.**, *Kryzys nauk europejskich i fenomenologia transcendentalna*, przeł. S. Walczewska, Toruń 1999.

- Iserzon E.**, *Prawotwórcza działalność organów administracji państwowej*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 5-6.
- Jabłońska-Bonca J.**, *Prawo powielaczowe. Studium z teorii państwa i prawa*, Gdańsk 1987.
- Jabłoński P.**, *O przydatności rad Odo Marquarda we współczesnym namyśle nad prawem*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2007.
- Jakubowski J.**, *Racjonalność a normatywność działań (Alferd Schutz a Talcott Parsons)*, Poznań 1998.
- Jaroszyński A.**, *Wpływ przekształceń administracji socjalistycznej a pozycję prawną obywatela*, Warszawa 1977.
- Jaroszyński M.**, *Zagadnienia rad narodowych*, Warszawa 1961.
- Jaroszyński M.**, *Z teorii i praktyki prawa administracyjnego w PRL*, Warszawa 1964.
- Jaroszyński M., Zimmermann M., Brzeziński W.**, *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1956.
- Jendrośka J., Adamiak B.**, *Glosa do wyroku NSA z 27 kwietnia 1981 r. (SA 767/81)*, OSPiKA 1983, nr 5, poz. 109.
- Kaczmarek P.**, *Pytanie o użyteczność perspektywy (etno)centrycznej dla rozważań nad prawem*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2007.
- Kaczyński L.**, *Wpływ art. 87 konstytucji na swoiste źródła prawa pracy (Uwagi wstępne)*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 8.
- Kalaga W.**, *Mgławice dyskursu. Podmiot, tekst, interpretacja*, Kraków 2001.
- Kamiński I.C.**, *Słuszność i prawo. Szkic porównawczy*, Kraków 2003.
- Kaźmierczyk S.**, *Konstytucyjna determinacja treści prawa*, [w:] K. Działocha (red.), *Konstytucyjny model tworzenia prawa w PRL*, Wrocław 1981.
- Kleszcz L.**, *Boczne drogi. Z genealogii filozofii hermeneutycznej*, Wrocław 2004.
- Koncepcja uregulowania systemu źródeł prawa w przyszłej konstytucji** [stanowisko Zespołu Prawa Konstytucyjnego i Tworzenia Prawa Rady Legislacyjnej], [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Korolko M.**, *Sztuka retoryki. Przewodnik encyklopedyczny*, Warszawa 1990.
- Kosikowski C.**, *Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (na tle porównawczym)*, Warszawa 2004.
- Kotarbiński T.**, *Wykłady z dziejów logiki*, Łódź 1957.
- Kozak A.**, *Charakterystyka kategorii „racjonalny prawodawca” w sądowym stosowaniu prawa*, [w:] M. Zirk-Sadowski (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Łódź 1997.
- Kozak A.**, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wrocław 1997.
- Kozak A.**, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002.

- Kozak A.**, *Reguły interpretacji kulturowej a reguły dokonywania czynności konwencjonalnej*, [w:] W. Jedlecka (red.), *Kompetencja ze stanowiska teorii i filozofii prawa*, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa, Wrocław 2004.
- Kozak A.**, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, do druku przygotował M. Pichlak, wstęp A. Bator, Wrocław 2010.
- Krasnodębski Z.**, *Socjologia rozumiejąca a fenomenologia. Max Weber a Alfred Schutz*, „Studia Socjologiczne” 1980, nr 1.
- Krasnodębski Z.**, *Próba fenomenologicznego uzasadnienia socjologii rozumiejącej: Alfred Schütz*, „Kultura i Społeczeństwo” 1985, nr 1.
- Krasnodębski Z.**, *Rozumienie ludzkiego zachowania. Rozważania o filozoficznych podstawach nauk humanistycznych i społecznych*, Warszawa 1986.
- Krasnodębski Z., Nellen K.**, *Wstęp*, [w:] Z. Krasnodębski, K. Nellen. (red.), *Świat przeżywany. Fenomenologia i nauki społeczne*, Warszawa 1993.
- Król M.**, *Teoretycznoprawna koncepcja prawomocności*, Łódź 1992.
- Kulesza M.**, „*Źródła prawa*” i przepisy administracyjne w świetle nowej konstytucji, „Państwo i Prawo” 1998, nr 2.
- Kuryłowicz M.**, *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2007.
- Kustra E.**, *Racjonalny ustawodawca. Analiza teoretycznoprawna*, Toruń 1980.
- Kustra E.**, *Podstawy teorii legislacji*, Toruń 1982.
- Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S.**, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986.
- Langrod W.**, *Znaczenie instrukcji w prawie administracyjnym*, „Gazeta Administracji” 1946, nr 12.
- Lejzerowicz-Zajączkowska B.**, *Człowiek w świecie sensów. Filozoficzne podstawy fenomenologicznej socjologii Alfreda Schütza*, Płock 2003.
- Leszczyński J.**, *Legitymizacja instytucji ujednocających orzecznictwo sądowe*, [w:] S. Waltoś (red.), *Jednolitość orzecznictwa w sprawach karnych*, Kraków 1998.
- Leszczyński J.**, *Problem tożsamości prawnika i jego alter ego w teorii prawa*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność*, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa, Wrocław 2007.
- Leszczyński J.**, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Kraków 2010.
- Leszczyński L.**, *Gyoseishido w japońskiej kulturze prawnej. Nieformalne działania administracji a prawo*, Lublin 1996.
- Leszczyński L.**, *Zagadnienia teorii stosowania prawa*, Kraków 2001.
- Leśniak K.**, *Wstęp do Analityk pierwszych i Analityk wtórych*, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003.
- Leśniak K.**, *Wstęp do Topik*, [w:] Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 1, Warszawa 2003.
- Lipowicz I.**, *Pojęcie sfery wewnętrznej w administracji państwowej*, Katowice 1991.
- Liżewski B.**, *Prawo międzynarodowe w polskiej praktyce sądowej*, Lublin 2005.
- Longchamps F.**, *Współczesne problemy podstawowych pojęć prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 6.

- Longchamps F.**, *O źródłach prawa administracyjnego (Problemy poznawcze)*, [w:] W. Jaśkiewicz i in. (red.), *Studia z zakresu prawa administracyjnego. Ku czci Prof. dra Mariana Zimmermanna*, Warszawa – Poznań 1973.
- Łętowska E.**, *Kilka uwag o praktyce wykładni*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2002, nr 1.
- Łętowska E.**, *Udział trzeciej władzy w dyskursie społecznym – sądy i trybunały najwyższych instancji*, [w:] R. Hauser i in. (red.), *Państwo w służbie obywateli. Księga jubileuszowa Jerzego Świątkiewicza*, Warszawa 2005.
- Łętowski J.**, *Polecenie służbowe w administracji*, Warszawa 1972.
- Łętowski J.**, *Kierownictwo i podporządkowanie w administracji państwowej*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 1.
- Łętowski J.**, *Glosa do wyroku NSA z 20 lipca 1981 r. (805/81)*, „Państwo i Prawo” 1984, nr 5.
- Łętowski J.**, *Administracja – prawo – orzecznictwo sądowe*, Warszawa 1985.
- Łopatka A.**, *Ogólne założenia polityki legislacyjnej PRL*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 1.
- Łustacz L.**, *O właściwe rozmiary działalności prawotwórczej*, „Państwo i Prawo” 1956, nr 2.
- Łustacz L.**, *O pozakonstytucyjnych formach działalności prawotwórczej*, „Państwo i Prawo” 1957, nr 7-8.
- Łustacz L.**, *Wybrane zagadnienia z dziedziny źródeł prawa. Część II – formy działalności prawotwórczej P.R.L.*, Warszawa 1959.
- Łyda Z.**, *Presupozycje a dyskurs prawniczy*, „Studia Prawnicze” 1991, nr 3.
- MacCormick N.**, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.
- MacCormick N., Weinberger O.**, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986.
- Malikowski M.**, *Instytucja i instytucjonalizacja jako kategorie teoretyczne socjologii*, „Studia Socjologiczne” 1989, nr 1.
- Malinowski R.**, *Propozycje rozwiązania problemu uchwał samoistnych w przyszłej ustawie o tworzeniu prawa*, [odpowiedź w ankiecie], [w:] J. Mazur (red.) *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Małajny R.**, *Zasada jedności władzy państwowej w ustroju socjalistycznym – Prolegomena*, „Studia Prawnicze” 1982, nr 3-4.
- Manterys A.**, *O pojęciu „mikroświat”*. *Analiza koncepcji W. Jamesa i A. Schutza*, „Studia Socjologiczne” 1989, nr 2.
- March J., Olsen J.**, *Instytucje. Organizacyjne podstawy polityki*, przeł. D. Sielski, Warszawa 2005.
- Marmor A.**, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford – Portland 2005
- Marmor A.**, *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral*, „Oxford Journal for Legal Studies” 2006, Vol. 26, No. 4.
- Marquard A.**, *Pytanie o pytanie, na które odpowiedzią jest hermeneutyka*, [w:] O. Marquard, *Rozstanie z filozofią pierwszych zasad*, przeł. K. Krzemieniowa, Warszawa 1994.

- Masternak-Kubiak M.**, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe*, [w:] M. Kruk (red.), *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, Warszawa 1997.
- Matczak M.**, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.
- Mazur J.**, *Uwagi o tworzeniu prawa w PRL*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 8.
- Mazur J.** (red.), *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Merton R.K.**, *Teoria socjologiczna i struktura społeczna*, przeł. E. Morawska, J. Wertheimstein-Żułowski, Warszawa 1982.
- Morawski L.**, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988.
- Morawski L.**, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 10.
- Morawski L.**, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002.
- Morawski L.**, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003.
- Morawski L.**, *Kilka uwag na temat wykładni*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005.
- Nieżgódka-Medkova M.**, *Rozstrzyganie spraw z zakresu pomocy społecznej a podstawy prawne decyzji administracyjnych*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 3.
- Niżnik J.**, *Słowo wstępne*, [w:] P. Berger, T. Luckmann, *Społeczne tworzenie rzeczywistości*, Warszawa 1983.
- Olivercrona K.**, *Law as Fact*, London 1971.
- Olszowy H.**, *Rola tzw. prawa powielaczowego w określaniu prawnofinansowej pozycji obywatela*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1981, t. 26.
- Oniszczyk J.**, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kraków 2004.
- Patrzalek A.** (red.), *Problemy prawodawstwa w nowej Konstytucji PRL*, Wrocław 1988.
- Paździora M.**, *Uprzywilejowanie praktyki, czyli o tzw. zwrocie praktycznym w teorii i jego konsekwencjach*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa*, Wrocław 2007.
- Perelman Ch.**, *Dialektyka i dialog*, przeł. B. Markiewicz, „Studia Filozoficzne” 1975, nr 5.
- Perelman Ch.**, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, przeł. T. Pajor, Warszawa 1984.
- Perelman Ch.**, *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*, przeł. M. Chomicz, Warszawa 2004.
- Perry S.**, *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, [w:] A. Marmor (red.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford 1994.
- Perry S.**, *The Varieties of Legal Positivism*, „Canadian Journal of Law and Jurisprudence” 1996, Vol. IX, No. 2.
- Petrażycki L.**, *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, t. 2, Warszawa 1960.

- Pichlak M.**, *Odniesienia do prawa w ramach praktyki społecznej. Koncepcja Herberta Harta a założenie świata życia*, [w:] A. Sulikowski (red.), *W poszukiwaniu podstaw prawa*, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa, Wrocław 2006.
- Pichlak M.**, *Ustawa jako mgławica. O zastosowaniu pewnej metafory w prawoznawstwie*, [w:] M. Błachut (red.), *Ponowoczesność*, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa, Wrocław 2007.
- Pichlak M.**, *Autonomia argumentacji prawniczej: między refleksją etyczną a analitycznym prawoznawstwem*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Z Zagadnień Teorii i Filozofii Prawa, Wrocław 2009.
- Pichlak M.**, *Teza o autonomii prawa we współczesnym myśleniu prawniczym*, [w:] M. Araszkiwicz (red.), *Z punktu widzenia teorii prawa*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Zeszyty Prawnicze/ Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa, Kraków 2009.
- Pichlak M.**, *Obrona zamkniętego systemu źródeł prawa we współczesnym pozytywizmie prawniczym*, [w:] W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, Warszawa 2010.
- Pichlak M.**, *The Autonomy from Morality as a Moral Claim: On Some Paradox of Legal Positivism*, [w:] B. Wojciechowski, P.W. Juchacz, K.M. Cern (red.), *Legal Rules, Moral Norms and Democratic Principles*, Dia-Logos. Studies in Philosophy and Social Sciences, Vol. 15, Frankfurt am Main 2013.
- Pietrzykowski T.**, *„Miękki” pozytywizm i spór o regułę uznania*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 2, Kraków 2001.
- Piotrowski R.**, *Koncepcja prawa w projekcie konstytucji RP*, [w:] E. Zwierzchowski (red.), *Prawo i kontrola jego zgodności z konstytucją*, Warszawa 1997.
- Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu**, przeł. zespół, red. nauk. A. Jankowski OSB, Poznań 2002.
- Platon**, *Eutyfron*, [w:] Platon, *Uczta. Eutyfron. Obrona Sokratesa. Kriton. Fedon*, przeł. W. Witwicki, Warszawa 1988.
- Pleszka K.**, *O paradygmacie dogmatyki prawa*, [w:] J. Czapska i in. (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000.
- Płowiec W.**, *Koncepcja aktu prawa wewnętrznego w Konstytucji RP*, Poznań 2006.
- Podbielski H.**, *Wstęp do Retoryki*, [w:] Arystoteles, *Retoryka, Retoryka dla Aleksandra*, Poetyka, Warszawa 2004.
- Podsiad A.**, *Słownik terminów i pojęć filozoficznych*, Warszawa 2000.
- Polański P.**, *Zwyczaj w okresie rewolucji technologicznych*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12.
- Postema G.J.**, *Law’s Autonomy and Public Practical Reason*, [w:] R.P. George (red.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford 1996.
- Preisner A.**, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe*, [w:] J. Trzciniński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997.
- Pulka Z.**, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wrocław 1996.

- Pulka Z.**, *Hart–Dworkin – dwa warianty „wewnętrznego” postrzegania prawa*, „Prze­gląd Prawa i Administracji” 1999, t. 42.
- Pulka Z.**, *Prawoznawstwo – opis czy optymalizacja prawa?*, „Prze­gląd Prawa i Admini­stracji” 2000, t. 43.
- Rabska T.**, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Zimmermann, P. Dobosz (red.), *Źródła prawa admi­nistracyjnego. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefa­na Langroda. Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r.*, Kraków 2005.
- Raz J.**, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979.
- Raz J.**, *Authority, Law, and Morality*, [w:] J. Raz, *Ethics in the Public Domain, Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford 1994.
- Raz J.**, *Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: Critical Comment*, „Legal Theory” 1998, No. 4.
- Raz J.**, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, przeł. P. Maciejko, Warszawa 2000.
- Raz J.**, *Can There Be a Theory of Law?*, [w:] M.P. Golding, W.A. Edmundson (red.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford 2005.
- Reale G.**, *Historia filozofii starożytnej*, t. 1 i 2, przeł. E.I. Zieliński, Lublin 2000.
- Reber A.S., Reber E.S.**, *Słownik psychologii*, Warszawa 2005.
- Rot H.**, *Jedność i podziały systemu prawa*, Wrocław 1971.
- Rot H.**, *Przepisy prawne powszechnie obowiązujące (Z rozważań nad koncepcją prawa socjalistycznego)*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 8-9.
- Rot H.**, *Przepisy prawne wewnątrznie obowiązujące (Z rozważań nad koncepcją prawa socjalistycznego)*, „Studia Prawnicze” 1973, nr 37.
- Rot H.**, *Stosunek wzajemny aktów prawotwórczych de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 4.
- Rot H.**, *Porządkowanie prawotwórstwa w świetle potrzeb stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 2.
- Rot H.**, *Akty prawotwórcze w PRL. Koncepcja i typy*, Wrocław 1980.
- Rozmarn S.**, *O rozporządzeniach i uchwałach Rządu Polskiej Rzeczypospolitej Ludo­wej*, „Państwo i Prawo” 1953, nr 10.
- Rozmarn S.**, *Ustawa w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1964.
- Rusinek M.**, *Między retoryką a retorycznością*, Kraków 2003.
- Safjan M.**, *Refleksje o roli zwyczaju*, [w:] A. Nowicka i in. (red.), *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Sołtysińskiego*, Po­znań 2005.
- Sarnecki P.**, *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2002.
- Sarnecki P.** (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2004.
- Schauer F.**, *Formalism*, „Yale Law Journal” 1988, No. 97.
- Schauer F.**, *Rules and the Rule of Law*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1991, Vol. 14, Iss. 3.
- Schauer F.**, *The Limited Domain of the Law*, „Virginia Law Review” 2004, No. 9.

- Schopenhauer A.**, *Erystyka czyli sztuka prowadzenia sporów*, przeł. B. i Ł. Konorscy, Warszawa 1986.
- Schütz A.**, *Potoczna i naukowa interpretacja ludzkiego działania*, przeł. D. Lachowska, „Studia Filozoficzne” 1979, nr 6.
- Schütz A.**, *Don Kichot i problem rzeczywistości*, przeł. D. Lachowska, „Literatura na Świecie” 1985, nr 2.
- Schütz A.**, *Fenomenologia i nauki społeczne*, przeł. D. Lachowska, [w:] Z. Krasnodębski (red.), *Fenomenologia i socjologia*, Warszawa 1989.
- Schütz A.**, *O wielości rzeczywistości*, [w:] A. Schütz, *O wielości światów*, red. Manterys, przeł. B. Jabłońska, Kraków 2008.
- Shapiro S.**, *The Difference That Rules Make*, [w:] B. Bix (red.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford 1998.
- Siemek M.J.**, *Demokracja i filozofia. Nowoczesność wobec antycznych wzorców społecznego rozumu*, [w:] M.J. Siemek, *Wolność, rozum, intersubiektywność*, Warszawa 2002.
- Siemek M.J.**, *Logos jako dialogos. Greckie źródła intersubiektywnej racjonalności*, [w:] M.J. Siemek, *Wolność, rozum, intersubiektywność*, Warszawa 2002.
- Skąpska G.**, *Spoleczna podmiotowość, ochronna funkcja państwa, autonomia prawa – trzy warunki demokratycznych przemian*, [w:] B. Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Katowice 1992.
- Skrzydło W.** (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2006.
- Smolak M.**, *Pojęcie „prawo” w rozumieniu pozytywizmu instytucjonalnego*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 1.
- Smolak M.**, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998.
- Smolak M.**, *Jak prawo łączy się ze światem. Uwagi na marginesie książki W. Gromskiego*, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2001, nr 3.
- Smolak M.**, *Sądownictwo konstytucyjne a autonomia prawa wobec polityki*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2003, nr 1.
- Smolak M.**, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012.
- Sokolewicz W.**, *Uwagi do art. 112*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1999.
- Sokolewicz W.**, *Głos w dyskusji*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów, 1-3 czerwca 2000*, Lublin 2000.
- Sommer J.**, *Działalność prawotwórcza Rady Ministrów PRL w świetle założeń ustrojowych i praktyki*, Wrocław 1968.
- Starczewski H., Świątkiewicz J.**, *Prokuratorska kontrola przestrzegania prawa*, Warszawa 1970.
- Starościak J.**, *Podstawy prawne działania administracji (Źródła prawa administracyjnego)*, Warszawa 1973.

- Stelmach J.**, *Etyka dyskursu prawniczego*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003.
- Stelmach J.**, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003.
- Stelmach J.**, *Epistemologiczna perspektywa ponowoczesnej filozofii prawa*, [w:] M. Borucka-Arctowa i in. (red.), *Prawo – Władza – Społeczeństwo – Polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Paleckiego*, Toruń 2006.
- Stelmach J., Sarkowicz R.**, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999.
- Stelmachowski A.**, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998.
- Surowiec J.**, *Akty prawotwórcze naczelných organów w administracji państwowej*, [w:] K. Działocha (red.), *Konstytucyjny model tworzenia prawa w PRL*, Wrocław 1981.
- Szmyt A.**, *Od redaktora*, [w:] A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005.
- Szmyt A.** (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005.
- Szubka T.**, *Filozofia analityczna. Koncepcje, metody, ograniczenia*, Wrocław 2009.
- Świątkiewicz J.**, *Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 5.
- Świątkiewicz J.**, *Propozycje w sprawie uregulowania systemu źródeł prawa w PRL*, [odpowieź w ankiecie], [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Święcicka K.**, *Husserl*, Warszawa 2005.
- Teoretyczne zagadnienia prac nad reformą Konstytucji PRL**, [sprawozdanie z konferencji], „Państwo i Prawo” 1988, nr 5.
- Tischner J.**, *W kręgu myśli Husserlowskiej*, [w:] J. Tischner, *Myślenie według wartości*, Kraków 1993.
- Tischner J.**, *Spór o istnienie człowieka*, Kraków 2001.
- Trzeciński J.**, *Konstytucja jako akt prawotwórczy*, [w:] K. Działocha (red.), *Konstytucyjny model tworzenia prawa w PRL*, Wrocław 1981.
- Trzeciński J.**, *Konstytucyjne gwarancje jedności systemu prawa*, [w:] K. Działocha (red.), *Konstytucyjny model tworzenia prawa w PRL*, Wrocław 1981.
- Tuleja P.**, *Interpretacja konstytucji*, [w:] J. Trzeciński, A. Jankiewicz (red.), *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996.
- Tuleja P.**, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Zimmermann, P. Dobosz (red.), *Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda. Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r.*, Kraków 2005.
- Tuori K.**, *Critical Legal Positivism*, Ashgate 2002.
- Tupin R.**, *Docelowa koncepcja systemu źródeł prawa*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – Stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Turner J.**, *Struktura teorii socjologicznej*, przeł. J. Szmátka, Warszawa 1985.

- Tyczka M.**, *Propozycje rozwiązania problemu uchwał samoistnych w przyszłej ustawie o tworzeniu prawa*, [odpowiedź w ankiecie], [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – Stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.
- Waldron J.**, *Normative (or Ethical) Positivism*, [w:] J.L. Coleman (red.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford 2001.
- Weinberger O.**, *Teoria konstytucji w świetle pozytywizmu instytucjonalnego*, przeł. M. Smolak, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1993, nr 4.
- Weinberger O.**, *Basic Puzzles of Discourse Philosophy*, „Ratio Juris” 1996, Vol. 9, No. 2.
- Winczorek P.**, *Dyskusje konstytucyjne*, Warszawa 1996.
- Winczorek P.**, *Źródła prawa w projekcie konstytucji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, „Przegląd Legislacyjny” 1996, nr 4.
- Winczorek P.**, *Kilka uwag o konstytucjonalizacji „źródeł prawa” w akcie z 2 kwietnia 1997 roku*, [w:] L. Leszczyński (red.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, Lublin 1999.
- Wittgenstein L.**, *Dociekania filozoficzne*, przeł. B. Wolniewicz, Warszawa 1972.
- Wittgenstein L.**, *O pewności*, przeł. B. Chwedeńczuk, Warszawa 2001.
- Włodyka S.**, *Wiążąca wykładnia sądowa*, Warszawa 1971.
- Wodak R.**, *Wstęp: Badania nad dyskursem – ważne pojęcia i terminy*, [w:] R. Wodak, M. Krzyżanowski (red.), *Jakościowa analiza dyskursu w naukach społecznych*, Warszawa 2011.
- Wojciechowski B.**, *Uzasadnianie praw człowieka w teorii dyskursu prawniczego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2001, t. 63.
- Wojciechowski B.**, *Dyskursywny model sądowego stosowania prawa – wybrane aspekty*, [w:] J. Stelmach (red.), *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003.
- Wojtczak S.**, *O przyczynach nieporozumień związanych z użyciem terminu „źródło prawa”*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2006, nr 73.
- Woleński J.**, *Wstęp. Harta Pojęcie prawa*, [w:] H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998.
- Wójtowicz K.**, *Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa RP*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów, 1-3 czerwca 2000*, Lublin 2000.
- Wójtowicz K.**, *Pozycja ustawy w polskim porządku prawnym po akcesji*, [w:] B. Banaś (red.), *Parlament Europejski i parlamenty narodowe*, Wrocław 2004.
- Wright von G. H.**, *Wittgenstein o pewności*, przeł. M. Szczubiałka, [w:] L. Wittgenstein, *O pewności*, Warszawa 2001.
- Wronkowska S.**, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań 1982.
- Wronkowska S.**, *Propozycje w sprawie zasad konstrukcji systemu prawnego w nowej Konstytucji PRL*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.

- Wronkowska S.**, *Spójność systemu prawa*, [w:] A. Wasilkowski i in. (red.), *Jakość prawa. Konferencja naukowa nt. jakości prawa, zorganizowana w ramach obchodów 40-lecia Instytutu Nauk Prawnych PAN, październik 1996 r.*, Warszawa 1996.
- Wronkowska S.**, *Źródła prawa w projekcie Konstytucji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, „Przegląd Legislacyjny” 1996, nr 4.
- Wronkowska S.**, *Koncepcja źródeł prawa*, [w:] „Rzeczpospolita” 1998, nr 175.
- Wronkowska S.**, *Tezy referatu (Zamknięty system źródeł prawa w praktyce oraz dostosowanie prawa do wymogów Konstytucji RP)*, [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, oprac. Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 1999.
- Wronkowska S.**, *O źródłach prawa i aktach normatywnych raz jeszcze*, [w:] A. Nowicka i in. (red.), *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Sołtysińskiego*, Poznań 2005.
- Wronkowska S., Wróblewski J.**, *Projekt ustawy o tworzeniu prawa*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 6.
- Wronkowska S., Zieliński M.**, *Pojęcie i zakres prawa w projektach Konstytucji RP*, [w:] K. Działocha, A. Preisner (red.), *Prawo, źródła prawa i zgodność obowiązującego prawa z konstytucją w projektach konstytucji*, Wrocław 1995
- Wronkowska S., Ziemiński Z.**, *O aspekcie normatywnym ustawy zasadniczej PRL*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 7.
- Wronkowska S., Ziemiński Z.**, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997.
- Wróblewski J.**, *Głos w dyskusji*, [w:] *Z dyskusji nad reformą konstytucyjną*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 5.
- Wróblewski J.**, *Logika prawnicza a teoria argumentacji Ch. Perelmana*, [w:] Ch. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984.
- Wróblewski J.**, *Nieostrość systemu prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1983, t. 31.
- Wróblewski J.**, *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990.
- Wróblewski J.**, *Prawoznawstwo jako „źródło prawa”*, „Państwo i Prawo” 1973, nr 7.
- Wróblewski J.**, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 10.
- Wróblewski J.**, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1990.
- Wróblewski J.**, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.
- Wróblewski J.**, *System źródeł prawa w konstytucji PRL*, [w:] A. Patrzalek (red.), *Problemy prawodawstwa w nowej Konstytucji PRL*, Wrocław 1988.
- Wróblewski J.**, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985.
- Wróblewski J.**, *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, [w:] *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa. Materiały z sesji naukowej, Łódź 27 – 28 marca 1980 r.*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1982.

- Wróblewski J.**, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959.
- Wróblewski J.**, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989.
- Z dyskusji nad reformą konstytucyjną** [wystąpienia uczestników konferencji *Teoretyczne zagadnienia prac nad reformą Konstytucji PRL*, Warszawa, 19 I 1988], „Państwo i Prawo” 1988, nr 5.
- Zajadło J.** (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2007.
- Zajadło J.**, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008.
- Zakrzewska J.** (red.), *Prawo państwowe Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Łódź 1965.
- Zakrzewska J.**, *Głos w dyskusji*, [w:] *Z dyskusji nad reformą konstytucyjną*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 5.
- Zakrzewski W.**, *Glosa do wyroku z 6 II 1981*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 8.
- Zakrzewski W.**, *O podstawach działalności prawotwórczej Rządu*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 7-8.
- Zakrzewski W.**, *Prolegomena do teorii działalności prawotwórczej w państwie socjalistycznym*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 3.
- Zakrzewski W.**, *W sprawie „samoistnych uchwał Rządu”*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 4-5.
- Zakrzewski W.**, *W sprawie zasad działalności prawotwórczej organów administracji*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 7.
- Zakrzewski W.**, *Zagadnienie podstawy prawnej aktów normatywnych administracji PRL*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 10.
- Zakrzewski W.**, *Zakres przedmiotowy i formy działalności prawotwórczej*, Warszawa 1979.
- Zamkowski W.**, *Jedność i podział władzy w Polsce Ludowej*, Wrocław – Warszawa 1961.
- Zemło M.**, *Socjologia wiedzy w perspektywie interakcyjno fenomenologicznej*, Lublin 2003.
- Zieliński A.**, *Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, „Państwo i Prawo” 1984, nr 3.
- Zieliński M., Ziemiński Z.**, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988.
- Zieliński T.**, *Rola instrukcyjnych aktów normatywnych w stosunkach pracy*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 3.
- Ziemiński Z.**, *Akt normatywny czy akt prawotwórczy*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 11-12.
- Ziemiński Z.**, *Deskrypcjonistyczna i rekonstrukcjonistyczna analiza języka w prawoznawstwie*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3-4.
- Ziemiński Z.**, *Fakty prawotwórcze i reguły ich egzegezy*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 8-9.
- Ziemiński Z.**, *Kilka uwag metodologicznych o koncepcjach źródeł prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1967, nr 2.

- Ziemiński Z.**, *Logiczne podstawy prawoznawstwa. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 1966.
- Ziemiński Z.**, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974.
- Ziemiński Z.**, *O normowaniu procesu prawotwórstwa w PRL*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 10.
- Ziemiński Z.**, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.
- Zimmermann J.**, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005.
- Zimmermann J.**, *Źródła prawa administracyjnego – wprowadzenie*, [w:] *Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda. Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r.*, (red.) J. Zimmermann, P. Dobosz, Kraków 2005.
- Zimmermann J., Dobosz P.** (red.), *Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda. Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r.*, Kraków 2005.
- Zimmermann M.**, *Pojęcie administracji publicznej a „swobodne uznanie”*, Poznań 1959.
- Zirk-Sadowski M.**, *Autonomiczne wartości kultury prawnej i ich faktyczna realizacja w polskim porządku prawnym z punktu widzenia jego zgodności z prawem europejskim*, [w:] M. Seweryński (red.), *Studia Prawo-Europejskie*, t. 4, Łódź 1999.
- Zirk-Sadowski M.**, *Dyskurs jako mowa regulowana normami moralnymi*, [w:] G. Skąpska i in. (red.), *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992.
- Zirk-Sadowski M.**, *Metodologia nauk administracyjnych na tle metodologii prawoznawstwa*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24-27 września 2006 r.*, Wolters Kluwer Polska 2007.
- Zirk-Sadowski M.**, *Model dogmatyki prawniczej a orzecznictwo intertemporalne*, [w:] J. Czapska i in. (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000.
- Zirk-Sadowski M.**, *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, t. 1, Kraków 2001.
- Zirk-Sadowski M.**, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998.
- Zirk-Sadowski M.**, *Prawo wewnętrzne a prawo międzynarodowe publiczne. Zarys zagadnień teoretycznoprawnych*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 6.
- Zirk-Sadowski M.**, *Rola pragmatyki w badaniach języka prawnego*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1981, nr 6.
- Zirk-Sadowski M.**, *Uczestniczenie prawników w kulturze*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9.
- Zirk-Sadowski M.**, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000.
- Zirk-Sadowski M.**, *Wykładnia i rozumienie prawa w Polsce po akcesji do Unii Europejskiej*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005.

Żuławska Cz., *Głos w dyskusji*, [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa: stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.

Żuławska Cz., *Propozycje rozwiązania problemu uchwał samoistnych w przyszłej ustawie o tworzeniu prawa*, [odpowiedź w ankiecie], [w:] J. Mazur (red.), *System źródeł prawa: stan obecny i wnioski*, Warszawa 1988.

Wykaz wykorzystanych orzeczeń

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

Wszystkie orzeczenia Trybunału podaję za stroną www.trybunal.gov.pl. Pomocniczo korzystam z serii wydawniczych: Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w ... Roku, od 1987 r.; Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbór urzędowy, Warszawa, od 1996 r. (od 2002 r. jako: Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbór urzędowy. Seria A oraz Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbór urzędowy. Seria B).

Orzeczenie z dnia 9 maja 1989 r., Kw 01/89.

Orzeczenie z dnia 7 czerwca 1989 r., U 15/88.

Orzeczenie z dnia 13 września 1990 r., U 4/90.

Orzeczenie z dnia 4 lutego 1991 r., U 2/90.

Orzeczenie z dnia 19 czerwca 1992 r., U 6/92.

Postanowienie z dnia 6 grudnia 1994 r., U 5/94.

Orzeczenie z dnia 6 maja 1997 r., U 2/96.

Wyrok z dnia 17 marca 1998 r., U 23/97.

Wyrok z dnia 20 października 1998 r., K 7/98.

Wyrok z dnia 1 grudnia 1998 r., K 21/98.

Wyrok z dnia 14 kwietnia 1999 r., K 8/99.

Wyrok z dnia 21 czerwca 1999 r., U 5/98.

Wyrok z dnia 9 listopada 1999 r., K 28/98.

Wyrok z dnia 7 grudnia 1999 r., K 6/99.

Wyrok z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99.

Wyrok z dnia 22 maja 2002 r., K 6/02.

Postanowienie z dnia 1 lipca 2002 r., Ts 34/02.

Wyrok z dnia 10 czerwca 2003 r., SK 37/02.

Wyrok z dnia 11 maja 2004 r., K 04/03.

Wyrok z dnia 11 maja 2005 r., K 18/04.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych

Orzeczenie SN z dnia 25 kwietnia 1991 r., I PRN 4/91 [za: A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002].

Orzeczenie SN z dnia 19 grudnia 1991 r., III SW 33/91 [za: A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wrocław 2002].

Wyrok SN z dnia 11 lutego 1999 r., III ZP 39/98, OSNP 2000, Nr 7, poz. 284.

Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2000 r., III CKN 538/98, *LEX nr 52732*.

Wyrok SN z dnia 8 lutego 2000 r., I CKN 399/98, *LEX nr 50855*.

Wyrok SN z dnia 23 maja 2003 r., IV CKN 103/01, OSNC 2004, Nr 7-8, poz. 122.

Wyrok SN z dnia 17 maja 2006 r., I CNP 14/06, *LEX nr 200877*.

Uchwała SN z dnia 23 maja 2006 r., III PZP 2/06, OSNP 2007, Nr 3-4, poz. 38.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 24 października 2006 r., I ACa 702/06, *LEX nr 298405*.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 16 listopada 2006 r., III AUa 516/06, *LEX nr 253491*.

Wyrok SN z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 515/07, OSNC Zbiór Dodatkowy, Nr A, poz. 35.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2009 r., VI ACa 1240/08, *LEX 530989*.

Orzecznictwo sądów administracyjnych

Wyrok NSA z dnia 21 stycznia 1981 r., SA 754/80 [za: J. Świątkiewicz, *Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej*, PiP 1985, nr 5].

Wyrok NSA z dnia 6 lutego 1981 r., SA 819/80 ONSA 1981, Nr 1, poz. 6.

Wyrok NSA z dnia 25 marca 1981 r., SA 353/81 [za: J. Świątkiewicz, *Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej*, PiP 1985, nr 5].

Wyrok NSA z dnia 20 lipca 1981 r., SA 805/81, ONSA 1981, Nr 2, poz. 70.

Wyrok NSA z dnia 7 października 1981 r., SA/Gd 12/81 [za: J. Świątkiewicz, *Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej*, PiP 1985, nr 5].

Wyrok NSA z dnia 10 grudnia 2001 r., OSA 8/01, ONSA 2002, Nr 3, poz. 95.

Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2002 r., I SA 1368/00, *LEX nr 81908*.

Wyrok NSA z dnia 23 kwietnia 2002 r., I SA 2453/00, *LEX nr 81713*.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2005 r., I SA/Wa 291/04, *LEX nr 166522*.

Postanowienie NSA z dnia 29 listopada 2005 r., I OSK 572/05, *LEX nr 196722*.

Wyrok NSA z dnia 23 sierpnia 2006 r., II OSK 1046/05, *LEX nr 266431*.

Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2006 r., II FSK 836/05, *LEX nr 254975*.

