

Mowa tu będzie nie tyle o rozumowaniach, jakie charakterystyczne są dla badań nad prawem, jego historią, tworzeniem i recepcją w ludzkiej świadomości oraz nad społecznym funkcjonowaniem uregulowań normatywnych, ile o tych, które towarzyszą aktom ich stosowania. W tym celu należy przede wszystkim wyjaśnić znaczenie terminu „stosowanie prawa”. By to uczynić, niezbędne jest wprzód ustalenie, w jakim z możliwych rozumień pojawia się tu słowo „prawo”.

Dla współczesnego, nastawionego praktycznie prawnika jest raczej oczywiste, że przez prawo rozumieć należy zespół reguł postępowania odnoszących się do tzw. zachowań zewnętrznych człowieka i innych podmiotów (np. tworców organizacyjnych), o których się sądzi, że mogą korzystać z jakichś uprawnień lub posiadać jakieś obowiązki. Zachowania zewnętrzne zaś to takie, po których pozostaje ślad w rzeczywistości podlegającej obserwacji przez kogoś, kto nie jest podmiotem tych zachowań. Stany emocjonalne, wiedza lub jej brak, dobre lub złe zamiary itp. człowieka lub innego podmiotu prawa mogą być brane pod uwagę, jeśli są okolicznościami, które pozostają w przyczynowo-skutkowym związku z zachowaniami zewnętrznymi.

Tak, na przykład, zły zamiar wobec danej osoby może być okolicznością braną pod uwagę jako przesłanka prawna oceny czynu zakazanego, gdy czyn ten został dokonany lub, choćby, doszło do podjęcia przygotowań do jego dokonania albo, mimo usiłowania jego dokonania, nie miał on miejsca. Zachowaniem zewnętrznym jest wówczas przygotowanie lub usiłowanie jego popełnienia. Gdyby następstwem złych zamiarów nie było przygotowanie, usiłowanie lub dokonanie czynu, innymi zaś słowy, gdyby złe zamiary pozostały jedynie zamiarami i nie zmaterializowały się w istotnych prawnie zachowaniach zewnętrznych, nie mogłyby być oceniane w kategoriach prawnych.

Inny przykład. Okoliczność zwana przez prawo cywilne „dobrą wiarą”, co da się w uproszczeniu przełożyć na „uczciwy zamiar”, od której zależy skuteczność wielu czynności w obrocie prawnym (np. zawarcie umowy), ma znaczenie, jeśli do czynności tej ostatecznie dochodzi lub przynajmniej podejmowana jest próba jej dokonania.

Tak więc, w oczach prawnika, inaczej niż etyka czy teologa, liczą się przede wszystkim zachowania zewnętrzne podmiotów prawa i tylko one mogą być przedmiotem regulacji normatywnej. Zachowania wewnętrzne (emocje, zamiary, uczucia) mają znaczenie, ale jedynie jako przesłanki towarzyszące zachowaniom zewnętrznym.

Jakkolwiek nadal szeroko rozpowszechniony jest pogląd, że poza regulacjami stanowionymi przez podmioty władzy publicznej (parlamenty, sądy, administrację rządową i samorządową, naród w referendum, państwa w formie umów międzynarodowych, właściwe instytucje organizacji międzynarodowych np. Unii Europejskiej),

prawem są lub mogą być także normy zwyczajowe oraz – co w tym przypadku ważne – normy tworzące tzw. porządek naturalny, to współczesny prawnik–praktyk ma do czynienia przede wszystkim z uregulowaniami, w ten czy inny sposób, stanowionymi. Jest przedmiotem sięgającego głębokiej starożytności sporu to, do jakiego stopnia normy porządku naturalnego (prawa naturalnego, prawa natury), niezależnie od źródeł ich pochodzenia, wiążą podmioty prawa, a zwłaszcza, czy w razie sprzeczności z normami prawa stanowionego (zwanego niekiedy prawem pozytywnym) mają przed nimi pierwszeństwo. Przesławnym archetypem tego sporu był konflikt między prawem Antygony a prawem Kreona, przedstawiony w tragedii Sofoklesa.

Co jakiś czas, ostatnio, na przykład, po II wojnie światowej i po upadku systemów komunistycznych w Europie, odnawia się dyskusja na temat istnienia prawa naturalnego i jego prymatu w porządku normatywnym cywilizowanych społeczeństw. Byliśmy świadkami takiej dyskusji w czasie prac nad obowiązującą obecnie konstytucją RP z 1997 r. Przypomina się w związku z tym myśl Gustawa Radbrucha (prawnika niemieckiego z pierwszej połowy XX w.), iż ustawowe bezprawie ustępować winno przed ponadustawowym prawem. Nie zapominając o tym, większość współczesnych prawników za zasadniczy, o ile nie jedyny i ostateczny punkt wyjścia dla swoich rozumowań, przyjmuje jednak prawo pozytywne. Jak niegdyś trafnie zauważono, postawa prawników jest spontanicznie pozytywistyczna, nawet jeśli uznają myśl Radbrucha za trafną.

Wyodrębnienie stosowania prawa na tle innych aktów o istotnym prawnie znaczeniu jest dosyć trudne. Przede wszystkim chodzi o to, na ile stosowanie prawa jest lub może być czymś gatunkowo odmiennym od jego stanowienia. Są systemy prawa, w których znaczna część norm została wprowadzona do katalogu norm obowiązujących w państwie nie tyle odrębnym od stosowania aktem stanowienia, ile decyzją, która nosi zarówno cechy stanowienia, jak i stosowania prawa. Należy do nich anglosaski *judge-made-law* (prawo sędziowskie lub prawo precedensów – *case law*). Stanowi ono element większej całości, to jest *common law* (prawo powszechnego), w skład którego wchodzi również prawo zwyczajowe. Nie wyklucza to równoległego stanowienia prawa aktami np. parlamentu (tzw. *statutory law* – prawo ustawowe). W przypadku *judge-made-law* sędzia, mając do czynienia z jednostkowym, precedensowym przypadkiem, rozstrzyga na podstawie reguły, którą sam dla tego przypadku stworzył. Jeśli reguła ta (tzw. *ratio decidendi*) znajdzie trwałe uznanie innych sędziów, staje się elementem prawa obowiązującego w państwie. Mamy tu zatem do czynienia z dwiema czynnościami jednocześnie – rozstrzygnięciem w konkretnym przypadku i tworzeniem reguły stanowiącej podstawę tego rozstrzygnięcia. Kultura prawa sędziowskiego

rozpowszechnia się ostatnio w świecie, czego dowodem jest jej asymilacja w postępowaniach prawotwórczych Unii Europejskiej. Jest kwestią dyskusyjną, do jakiego stopnia współczesna Polska zna, i wobec obowiązujących rozstrzygnięć konstytucyjnych uznawać może za akceptowalne, prawo tego rodzaju. Jest to jednak historia zasługująca na oddzielną opowieść.

W typowych systemach prawa stanowionego (np. francuskim, niemieckim, polskim) oddziela się zatem akty stanowienia prawa (genetycznie i zwykle historycznie pierwotne) i akty stosowania prawa (wtórne). W wyniku stanowienia prawa wprowadza się do systemu normy prawne jako struktury znaczeniowe ujęte, od strony redakcyjnej, w przepisach prawa będących najmniejszymi jednostkami tekstowymi (poszczególnymi zdaniami) aktów normatywnych (np. konstytucji, ustaw, rozporządzeń, umów międzynarodowych itp.). Normy prawne nie istnieją jako zjawiska leżące „na powierzchni” tekstu, lecz muszą być z niego wyprowadzone, wywiedzione, odtworzone, dekodowane – głównie przez tych, którzy prawo stosują. Norma prawna jest strukturą o charakterze abstrakcyjnym, to znaczy, odnosi się do pewnego rodzaju (typu) zachowań zakazanych, nakazanych, lub dozwolonych, a nie do zachowań konkretnych, jednostkowych, niepowtarzalnych. Jest także strukturą kierowaną do generalnego odbiorcy (adresata), a więc nie do jednostki (osoby fizycznej czy prawnej, organu władzy publicznej) wskazanej co do swej tożsamości lub z nazwy własnej, ale do pewnego rodzaju (typu) odbiorcy.

Wedle rozpowszechnionego w prawoznawstwie poglądu (choć nie jest to pogląd jedyny), norma prawna, jako struktura wywiedziona z przepisów w drodze, między innymi, rozumowań interpretacyjnych (por. założenie – nie ma prawa przed interpretacją), zbudowana jest z trzech części: hipotezy, dyspozycji i sankcji. Mówiąc w dużym skrócie: hipoteza wskazuje adresata normy i określa warunki jej aktualizacji, dyspozycja reguluje zachowania (zewnątrzne) jako nakazane, zakazane bądź dozwolone, sankcja określa konsekwencje (dolegliwości), jakie spotkać powinny adresata, gdy w warunkach ujętych w hipotezie naruszy on dyspozycję, to jest nie dopełni nakazu, złamie zakaz albo przekroczy granice dozwolenia.

Gdy przyjąć, że stanowienie i stosowanie prawa to dwa różne akty, stosowanie polega na podejmowaniu przez upoważniony organ władzy publicznej decyzji indywidualnych i konkretnych na podstawie norm abstrakcyjnych i generalnych. Tak, na przykład, sąd skazując pana K. (decyzja indywidualna) na rok pozbawienia wolności za kradzież samochodu (decyzja konkretna), stosuje normę wywiedzioną z art. 278 §1 i z szeregu innych przepisów – kodeksu karnego, kodeksu postępowania karnego, ustawy o sądach powszechnych i konstytucji RP. Inaczej mówiąc, stosowanie prawa polega na podejmowaniu decyzji indywidualnych i konkretnych na podstawie norm (uwaga – nie przepisów) abstrakcyjnych i generalnych.

Osobliwością rozumowań prawniczych, które prowadzić mają do aktów stosowania prawa, jest przyjęcie apriorycznego założenia o racjonalności ustawodawcy (prawodawcy). Organ mający, na mocy postanowień konstytucji lub ustaw, przywilej i obowiązek stosowania prawa nie może się od niego w legalny sposób uchylić. Nie może, na przykład, uznać, że przepisy są na tyle niejasne, iż nie da się z nich wywieść norm prawnych, lub że efekty stosowania norm byłyby w danych okolicznościach całkowicie absurdalne itp. Niegdyś Kodeks Napoleona głosił, że sędzia nie może odmówić wymierzenia sprawiedliwości, zasłaniając się tym, iż prawo jest mętne lub milczy w danej sprawie. Podmiot stosujący normy musi dać sobie radę i z takim prawem.

Założenie o racjonalności ustawodawcy nawiązuje do znanej naukom humanistycznym i społecznym metody tzw. interpretacji humanistycznej. W wielkim, upraszczającym skrócie, powiedzieć można, że sprowadza się ona do tego, iż zakłada możliwość rozumienia przez jeden podmiot znaczenia dzieł kulturowych będących wytworem innego podmiotu. Rozumienie to jest możliwe, ponieważ przyjmuje się, że oba podmioty należą do tego samego gatunku (ludzkiego), przez co nie jest wykluczone pojmowanie przez jeden z nich tego, co wytworzył drugi. Zakłada się ponadto, że podmioty te kierują się tymi samymi, a przynajmniej zbliżonymi założeniami, sterującymi postępowaniem gatunku i jego przedstawicieli – czegoś chcą, do czegoś dążą, czegoś pragną i dla realizacji swoich zamiarów podejmują środki, które, przynajmniej w ich oczach, wydają się adekwatne itp. I da się to *ex post* odtworzyć. Założeniom tym towarzyszy domniemanie pewnej wiedzy o rzeczywistości po stronie podmiotu będącego twórcą danego dzieła kulturowego. Założenie o racjonalnym ustawodawcy opiera się zatem na następujących hipotezach:

- (a) stanowiąc normę  $N$  i zawierając ją w przepisach  $P_1, P_2, P_3 \dots P_n$ , ustawodawca jakiś stan rzeczy chciał dzięki niej osiągnąć, ponieważ, kierując się swym wyobrażeniem o wartościach, które mogą być chronione lub urzeczywistniane za pomocą regulacji prawnej, ten stan rzeczy uważał za cenniejszy od innych;
- (b) ustawodawca dysponował wiedzą o rzeczywistości, którą *ex post* da się odtworzyć;
- (c) dla realizacji wybranego stanu rzeczy zastosował adekwatne (instrumentalnie niezbędne) środki prawne.

Tak, na przykład, ustawodawca uznaje (wie), iż własność ma być (jest społecznie) wartością wysoko cenioną. Dla jej ochrony ustanawia zatem, między innymi, przepis art. 278 ust. 1 kk i szereg innych, sądząc (np. na podstawie zgromadzonej wiedzy kryminologicznej), że prawny zakaz kradzieży, wsparty sankcją pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat, będzie skutecznym środkiem prowadzącym do zabezpieczenia własności.

Założenie o racjonalności ustawodawcy ma bez wątpienia charakter kontrfaktyczny. W istocie bowiem (czego szczególnie udowodnić, jak mniemam, nie trzeba), rzeczywisty ustawodawca (np. polski parlament) bardzo często nie jest w swych zachowaniach prawotwórczych racjonalny. Ma słabe rozeznanie w kwestii społecznie akceptowanych wartości, ma rozchwiane preferencje aksjologiczne, wykazuje braki w wiedzy o rzeczywistości, ustanawia cele niemożliwe w ogóle do realizacji albo też niemożliwe do realizacji za pomocą regulacji prawnej, tworzy środki (instrumenty) prawne nieadekwatne do osiągnięcia wybranego celu itp.

Co w takim przypadku ma czynić prawnik (np. sędzia)? Nie może odmówić stosowania prawa, bo stosowanie prawa to jego konstytucyjny i ustawowy obowiązek. Nie może odmówić stosowania prawa, ponieważ, niejednokrotnie, uderzałoby to dotkliwie w usprawiedliwione interesy podmiotów prawa, a w szczególności interesy osób fizycznych, które słusznie oczekują na podjęcie przez organy władzy publicznej decyzji w żywotnych dla siebie sprawach. Prawnika musi zatem dokonać wykładni prawa „korygującej” nieracjonalność ustawodawcy, musi nadać temu co nieracjonalne, racjonalne kształty. Ma ustalić, że ustawodawca powinien (jako podmiot racjonalnie działający) chcieć „tego i tego”, i że „to i to” mógł i chciał osiągnąć za pomocą „takiego oto, i jedynie takiego” uregulowania itd.

Racjonalizując *ex post* nieracjonalne decyzje ustawodawcy, prawnicy stosujący prawo muszą więc

dokonywać rozmaitych operacji na tekstach aktów normatywnych i na wyprowadzanych z nich normach. Służą temu, wypracowane przez setki lat praktyki prawniczej, reguły usuwania sprzeczności w prawie, dokonywania wykładni przepisów i wyprowadzania jednych norm z drugich.

Na postronnym obserwatorze nie robi to na ogół dobrego wrażenia. Sądzi on (czasami słusznie), że dochodzi w takich przypadkach do kuglowania prawem. Jednakże bez takich operacji, w obliczu nieracjonalności ustawodawcy, stosujący prawo musiałby zrezygnować z podejmowania decyzji, co z kolei mogłoby być, jak wspomniałem, bardzo niekorzystne z punktu widzenia interesów społecznych i jednostkowych. Mógłby też, ulegając tej nieracjonalności, podejmować jednak jakieś decyzje odzwierciedlające zamęt panujący po stronie stanowiącego prawo. Lecz chaos przez niego powodowany takim działaniem byłby chyba większy, niż wątpliwości, jakie mogą wywoływać próby „nadawania racjonalności” nieracjonalnym decyzjom urzędowego prawotwórcy.

Są jednak jakieś granice racjonalizacji twórców nieudolnego ustawodawcy. Trudno je *in abstracto* definiować. Lecz, *in concreto*, są one dla większości doświadczonych prawników stosunkowo łatwo uchwytnie. Byłbym zdania, że w tych ekstremalnych przypadkach lepiej odstąpić od stosowania prawa i wszcząć wobec prawodawcy akcję protestacyjną, niż pogłębiać zamieszanie powodowane fatalnym stanem legislacji.