

studia

**PRAWNO
EKONOMICZNE**

TOM LXXXI

2010



ŁÓDZKIE TOWARZYSTWO NAUKOWE

ŁÓDZKIE TOWARZYSTWO NAUKOWE
90-505 Łódź, ul. M. Skłodowskiej-Curie 11
Tel. (42) 665 54 59; fax (42) 665 54 64
Sprzedaż wydawnictw: (42) 66 55 448
<http://www.ltn.lodz.pl> e-mail: ltn@ltn.lodz.pl

STUDIES IN LAW AND ECONOMICS

REDAKCJA NACZELNA WYDAWNICTW
ŁÓDZKIEGO TOWARZYSTWA NAUKOWEGO
Sławomir Gala, Edward Karasiński,
Wanda M. Krajewska - redaktor naczelny, Jan Szymczak

RADA REDAKCYJNA

ANDRZEJ BOCIAN, MAREK BELKA, HENRYK DUNAJEWSKI,
JAN FILIP, KAREL KLIMA, EUGENIUSZ KWIATKOWSKI,
HALINA MORTIMER-SZYMCHAK, URSZULA PŁOWIEC,
STANISŁAW RUDOLF, ZYGFRYD RYMASZEWSKI,
KRZYSZTOF SKOTNICKI, TADEUSZ SZYMCHAK, WŁADYSŁAW WELFE.

Redaktor - WŁADYSŁAW WELFE

Sekretarz - WALDEMAR FLORCZAK

Redaktor części „Prawo” - ANNA PIKUŁSKA-RADOMSKA

Sekretarz części „Prawo” - AGNIESZKA LISZEWSKA

Wydano z pomocą finansową Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, Wydziału Ekonomiczno-Socjologicznego Uniwersytetu Łódzkiego, Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Zarządzania.

Redakcja „Studiów Prawno-Ekonomicznych” pragnie podziękować następującym Profesorom za bezinteresowne recenzowanie tekstów zawartych w „Studiach Prawno-Ekonomicznych” w ostatnich kilku latach: Teresie Bińczyckiej-Majewskiej, Wiesławowi Dębskiemu, Bogdanowi Dolnickiemu, Michałowi Domagale, Zofii Duniewskiej, Janowi Durajowi, Zbigniewowi Góralowi, Dariuszowi Góreckiemu, Tomaszowi Grzegorzewskiemu, Henrykowi Lewandowskiemu, Annie Pikulskiej-Robaszkiewicz, Małgorzacie Pyziak-Szafranieckiej, Zbigniewowi Rau, Małgorzacie Stahl, Krystynie Stefańskiej, Jackowi Sztudyngierowi, Tomaszowi Tokarskiemu, Łucji Tomaszewicz, Aleksandrowi Welfe, Władysławowi Welfe, Janowi Więckowi, Zofii Wysokińskiej, Markowi Zirk-Sadowskiemu. Dzięki uprzejmości powyższych osób możliwe było utrzymanie wysokiego poziomu merytorycznego Pisma.

ISSN 0081-6841

Wydawnictwo: ŁÓDZKIE TOWARZYSTWO NAUKOWE, Łódź 2010
Projekt okładki - HANNA SIAŃSKA
Skład: „PERFECT”, 95-054 Ksawerów, ul. Parkowa 10, tel. (42) 215-83-46
Druk: „GRAFIX”, tel. (42) 651-96-35
www.grafix.pl e-mail: grafix@grafix-poligrafia.pl
Nakład: 200 egz.

SPIS TREŚCI

CONTENTS

PRAWO – *THE LAW*

Grzegorz Chmielewski

Prawo do ochrony środowiska naturalnego jako prawo podstawowe
w Republice Słowackiej 11
*Right of natural environment protection as the fundamental right
in the Slovak Republic*

Piotr Daranowski

Zasada „rządów (międzynarodowego) prawa” w Polsce – znak
kształtującej się demokracji 31
„The rule of (international) law” in Poland – the sign of growing democracy

Joanna Kielin

Odpowiedzialność odszkodowawcza funkcjonariuszy publicznych
w świetle orzecznictwa trybunału konstytucyjnego 43
In the light of the constitutional tribunal's jurisprudence

Tomasz Krawczyk

Obligatoryjny zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych
za przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji popełnione
w związku z prowadzeniem pojazdów niemechanicznych oraz
przez osoby piesze – Niektóre wątpliwości konstytucyjne 65
*The obligatory disqualification from driving motor vehicles for the traffic
offences committed while driving non – motor vehicles and by pedestrians
– some of the constitutional doubts*

Joanna Kulesza

Jurysdykcja międzynarodowa Stanów Zjednoczonych w sporach
domenowych (na przykładzie decyzji w sprawie sieci Botnet Waledac) 93
*International jurisdiction in the United States in cases involving
domain-names (the Botnet Waledac decision case-study)*

Jerzy Leszczyński

O niezmienności sposobu uprawiania dogmatyki prawa 115
On the immutability of practicing legal dogmatics

Dagmara Skrzywanek-Jaworska

Impossibilium nulla obligatio est Celsus (d. 50,17,185) a początkowa
niemożliwość świadczenia prawie niemieckim 131
*“Impossibilium nulla obligatio est Celsus” (d. 50,17,185)
and initial impossibility of performance in German law*

Marek Was i ń s k i

Odpowiedzialność przedsiębiorstw wielonarodowych za naruszenia
praw człowieka 157

*Responsibility of multinational corporations for international human
rights abuses*

Sylwia Woj t c z a k

Problem odesłań pozasystemowych do norm niezgodnych
z porządkiem prawnym 179

*The problem of the out-of-system references to the norms conflicting
with legal order*

EKONOMIA – THE ECONOMY

Paweł Bara n o w s k i, Agnieszka Les z c z y ń s k a

Nowokeynesowska hybrydowa krzywa Philipsa – szacunki dla Polski
w oparciu o dane miesięczne 209

*New Keynesian hybrid Philips curve: estimation for Poland
by means of monthly data*

Monika B o l e k, Rafał W o l s k i

Wpływ płynności na rentowność przedsiębiorstwa 219

Impact of liquidity on the enterprise profitability

Paweł Dy k a s, Tomasz T o k a r s k i

Równowaga i optymalne sterowanie w n-kapitałowym modelu
wzrostu typu nonnemana-vanhoudta 235

*Equilibrium and optimal steering in n-capital growth model
of nonneman-vanhoudt type*

Łukasz J a b ł o ń s k i, Tomasz T o k a r s k i

Taksonomiczne wskaźniki przestrzennego zróżnicowania
rozwoju powiatów 261

*Taxonomic indicators of spatial diversification in development
of Polish counties*

Paulina M a t e r a

Polityczny i ekonomiczny wymiar rozbieżności amerykańsko-
-europejskich w dobie kryzysu energetycznego (1973–1974) 291

*Political and economic divergence between the USA and Europe
during the energy crisis (1973–1974)*

Urszula Motowidlak

Aktywność europejskiego łańcucha agro-spożywczego 319
Activity of the European agro-food chain

Maciej J. Nowak, Milena Lusarczyk

Przedsiębiorczość w najmniejszych miastach w Polsce 329
Entrepreneurship in the smallest towns of Poland

RECENZJE

„Od Wielkiego Kryzysu Gospodarczego do Wielkiego Kryzysu
Finansowego. Perturbacje w gospodarce światowej w latach 1929–2009”,
red. Janusz Kaliński i Marian Zalesko, Białystok 2009,
(rec. Rafał Matera) 345

Janusz Skodlarski, „Wybitni reformatorzy i kreatorzy polskiego
pieniądza a ich oblicze moralne. Polska szlachecka. Od Kazimierza
Wielkiego do Stanisława Poniatowskiego”, t. I, Łódź 2009
(rec. Andrzej Pieczewski) 349

*Sylvia Wojtczak**

PROBLEM ODESŁAŃ POZASYSTEMOWYCH DO NORM NIEZGODNYCH Z PORZĄDKIEM PRAWNYM

Artykuł ma odpowiedzieć na pytanie, czy prawodawca może odsyłać do takich (szeroko rozumianych) pozaprawnych norm postępowania, które są niezgodne z obowiązującym prawem¹.

I.

Odpowiedź na to pytanie nie musi być wcale prosta. Powinna bowiem uwzględniać choćby hierarchię źródeł prawa. Jak się wydaje, nie będzie powodowało wielkiego problemu zawarte w ustawie odesłanie do pewnych pozaprawnych norm postępowania, które okażą się niezgodne z normami rozporządzenia czy normami jakiegoś aktu prawa, wewnętrznie obowiązującego. Wola ustawodawcy – zapewne bezspornie – zostanie uznana za przeważającą nad wolą innego normodawcy, tworzącego niższe w hierarchii akty i tego rodzaju odesłanie zostanie uznane za jak najbardziej dopuszczalne. Sytuacja skomplikuje się natomiast, jeżeli przyjdzie oceniać dopuszczalność zawarcia w ustawie odesłania do pozaprawnych norm postępowania, niezgodnych z normami innych ustaw albo – co gorsza – z normami konstytucji.

* Dr, Katedra Teorii i Filozofii Prawa, Wydział Prawa i Administracji UŁ.

¹ Mam tu na myśli odesłanie bezpośrednie drugiego stopnia, nie zaś odesłanie pośrednie pierwszego stopnia. Por. W. L a n g, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989, s. 214–215.

Biorąc pod uwagę choćby katalog obowiązków prawodawcy, jakie Trybunał Konstytucyjny wywodzi z zasady państwa prawnego, już samo powołanie się na tę tylko zasadę i wynikające z niej zasady szczegółowe (np. zasadę zaufania obywatela do państwa), mogłoby dawać podstawę, aby odmówić prawodawcy kompetencji do stanowienia takiego prawa, które odsyłałoby do pozaprawnych norm postępowania niezgodnych z konstytucją. Aby słuszność takiego stanowiska wykazać można by też posłużyć się spektakularnymi (przyznaję – nieco prowokacyjnymi) przykładami i zapytać: czy na gruncie obowiązującej w Rzeczypospolitej Polskiej zasady państwa prawnego (ewentualnie innych konstytucyjnych zasad) za akceptowalne uznałoby się, że prawodawca w ustawie zawarłby normy odsyłające do zasad etyki złodziejskiej czy kodeksu honorowego sycylijskiej mafii?

Odpowiedź przecząca na takie pytanie zdaje się być bezdyskusyjna. Chodzi bowiem o odesłanie do zbioru norm, który jako całość (bez wdawania się nawet w szczegółowe rozważania) jest odrzucany nie tylko jako niezgodny z powszechnie przyjętymi regułami, ale uznawany wręcz za realizację zdeformowanego, fałszywego pojęcia etyki czy honoru. Oczywiście występujące w praktyce sytuacje odesłań nie są tak oczywiste. Może się jednak zdarzyć, że nawet nie wszystkie, ale jednak pewne konkretne normy, zawarte w ogólnie wskazanym przez prawodawcę zbiorze pozaprawnych norm postępowania, okażą się niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym. Powstaje wówczas pytanie, czy (w świetle przywoływanych powyżej obowiązków prawodawcy i – słabego wprawdzie, ale *prima facie* akceptowanego – założenia racjonalności prawodawcy) można przyjąć, iż było jego zamiarem odesłanie do wszystkich pozaprawnych norm postępowania określonych w przepisie odpowiednią nazwą rodzajową – bez względu na to czy są one zgodne z obowiązującym porządkiem prawnym, czy nie? Odpowiedź na to pytanie – podobnie jak na poprzednie – musi być chyba przecząca. Najlepszym dowodem, że tak zakładać nie można, są chociażby poglądy doktryny dotyczące zasad współżycia społecznego. Odesłanie przez ustawodawcę do zasad współżycia społecznego nie oznacza przecież zaakceptowania przezeń wszystkich, faktycznie funkcjonujących w społeczeństwie, tego typu zasad. Oznaczałoby to bowiem (prawdopodobnie), na przykład konieczność pogodzenia się przez państwo ze wszechobecnym zjawiskiem korupcji w pewnych sferach życia społecznego. Z tego punktu widzenia – choć oczywiście w tej kwestii należy zachować daleko idącą ostrożność – niezależnie od funkcjonującego systemu politycznego, zasady współżycia społecznego (ale podkreślimy z całą siłą – właśnie te, o które

chodzi prawodawcy) to zawsze będą, jak pisał kiedyś o nich L. Morawski komentując rzeczywistość prawną polskiego realnego socjalizmu, „[...] nie tyle zasady moralne, które ludzie *de facto* akceptują, i zgodnie z którymi chcą żyć, ale zasady, które powinni oni akceptować ze względu na idee, wartości i zadania, jakie stawia sobie państwo”² oraz, dodajmy, które powinni oni akceptować ze względu na obowiązujące w państwie normy prawne.

Przyjęcie przeciwnego stanowiska powodowałoby, co najmniej teoretycznie, poważne niebezpieczeństwo. Gdyby bowiem wyraźnie nie zaprzeczyć, że prawodawca może odsyłać do norm postępowania, które są niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym, albo wprost zgodzić się, że prawodawca ma prawo odsyłać pozasystemowo do jakichkolwiek, nawet niezgodnych z obowiązującym porządkiem prawnym norm postępowania, otwierałoby to drogę do prostego obchodzenia przepisów konstytucji czy innych aktów wyższego rzędu niż ten, w którym zawarty jest przepis odsyłający³. Wystarczyłoby bowiem, aby zawarto w ustawie odesłanie choćby do jakiegoś kodeksu etycznego czy regulaminu i powierzono sformułowanie tegoż jakimś instytucjonalnemu podmiotowi, nie będącemu częścią struktury organów formalnie legitymowanych do tworzenia prawa⁴. Ten zaś ustanowiłby kodeks czy regulamin o takiej treści, która odpowiadałaby jego własnym partykularnym celom czy przekonaniom, a w niektórych przypadkach politycznym celom czy przekonaniom ustawodawcy, któremu byłby podporządkowany. Przy czym akt taki niekoniecznie byłby zgodny z postanowieniami, na przykład, obowiązującej konstytucji. Można wprawdzie wyobrazić sobie próby uchronienia się przed tego rodzaju niebezpieczeństwem, poprzez uznanie jednak tego rodzaju aktów (przy zastosowaniu różnego rodzaju argumentacji) za część porządku prawnego i jednocześnie powierzenie kontroli nad nimi (poprzez literalne rozwiązania

² L. Morawski, *Prawo jako technika społeczna – problemy aksjologiczne*, „Colloquia Communia”, 6/41/1988 – 1/42/1989, s. 29.

³ I w gruncie rzeczy z faktyczną realizacją takiego niebezpieczeństwa mieliśmy do czynienia w okresie, w którym Trybunał Konstytucyjny nie deklarując wyraźnie i wprost, że ustawodawca nie może odsyłać do pozaprawnych norm postępowania niezgodnych z konstytucją oraz nie wyciągając z faktu takiego odesłania odpowiednich konsekwencji, uznał się zarazem za niewłaściwy do oceny takich pozaprawnych norm postępowania (por. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 1992 r. sygn. U 1/92).

⁴ Miałby to być organ nie będący częścią struktury organów formalnie legitymowanych do tworzenia prawa choćby po to, aby uniknąć zarzutu naruszenia art. 7 Konstytucji i zarazem uniknąć kontroli zgodności, wydanego przez taki organ aktu, z aktami wyższego rzędu, w tym z Konstytucją.

instytucjonalne albo zgodnie ze stanowiskiem doktryny⁵) na przykład sądowi konstytucyjnemu. Ten sposób budzi jednak – jak wiadomo z polskiej praktyki – uzasadnione wątpliwości i spory. Można byłoby w stosunku do takiego rozwiązania, obok innych zarzutów, sformułować podobne lub dokładnie takie, jakie sformułował P. Łabieniec w odniesieniu do kontroli konstytucyjności kodeksów etyki zawodowej przez Trybunał Konstytucyjny. Mianowicie, że „takie stanowisko prowadziłoby do tego, że kompetencja Trybunału orzekania o konstytucyjności norm byłaby w praktyce nieograniczona. Każde odesłanie przez przepisy prawne do norm pozaprawnych powodowałoby inkorporację tych ostatnich do systemu prawa, a tym samym poddanie ich jurysdykcji Trybunału Konstytucyjnego w zakresie badania konstytucyjności i zgodności z ustawami [...]. Włączenie kodeksów etyki zawodowej do systemu prawa prowadzić musi nieuchronnie do zagubienia ich specyfiki. Kodeksy takie – podobnie jak sama etyka zawodowa – mają swoistą, odrębną od prawnej, legitymizację”⁶.

W tym miejscu niezbędna jest pewna dygresja. Słusznie podkreśla P. Łabieniec, że kodeksy etyki zawodowej mają odrębną, swoistą wobec prawnej, legitymizację. Tak dzieje się również w przypadku bardzo wielu innych norm pozaprawnych, do których odsyła prawodawca, w tym także w przypadku takich, które – w przeciwieństwie norm etyki zawodowej lekarzy – nie są skodyfikowane w żadnej formie. To zwraca uwagę na bardzo istotną kwestię, że przy rozwiązywaniu badanego tu problemu trzeba cały czas mieć na względzie różnicę pomiędzy obowiązywaniem prawnym, a obowiązywaniem innym niż prawne (w przypadku etyk zawodowych – obowiązywaniem moralnym). Niedostrzeganie tej różnicy może spowodować nieporozumienia. Przykładem tego rodzaju nieporozumienia może być chociażby stanowisko R. Sarkowicza i J. Stelmacha w sprawie sporu o status kodeksów etyki zawodowej wyrażone następująco: „[...] przedstawiciele samorządów zawodowych absolutnie nie chcieli uznać prymatu norm

⁵ Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 212: „[...]wyrażamy tu przekonanie, że akty normatywne korporacji zawodowych, wydane na podstawie delegacji ustawowej i wpływające na prawa i obowiązki obywateli, winno się uznawać za akty należące do porządku prawnego państwa.” oraz orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 kwietnia 2008 r. (sygn. akt SK 16/07), w uzasadnieniu którego uznano, że postanowienia kodeksu etyki zawodowej mogą być elementem „złożonej normy ustawowej”, podlegającej kontroli Trybunału.

⁶ P. Łabieniec, *Wykładnia kodeksów etyki zawodowej a wykładnia prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, [red.] P. Kaczmarek, Wrocław 2009, s. 120.

prawnych w stosunku do norm korporacyjnych [...]. Ignorowali przy tym fakt, że swoją moc obowiązującą kodeksy etyki zawodowej czerpią właśnie z ustaw, które zezwoliły na utworzenie korporacji i udzieliły im prawa do uchwalenia kodeksów etyki zawodowej”⁷. Stelmach i Sarkowicz nie zwrócili tu – w mojej opinii – wystarczającej uwagi na to, że jeżeli w ogóle można mówić, iż normy zawarte w kodeksach etyki zawodowej czerpią swą moc obowiązującą z ustaw, to tylko z tym zastrzeżeniem, że chodzi wyłącznie o obowiązującą moc prawną. Kodeksy etyki zawodowej mogą bowiem, jeżeli na to zezwalają reguły danego systemu prawa, czerpać z ustaw prawną moc obowiązującą. Ale normom zawartym w tych kodeksach – jako że mają być to normy etyki – przysługuje także atrybut obowiązywania w innym sensie, w sensie moralnym. I nie można w żadnym razie powiedzieć, że normy te, w jakiegokolwiek sytuacji, czerpią z ustaw moc obowiązującą w sensie moralnym⁸. Zaś istotą sporu prawnego, toczącego się z udziałem Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego, a w którym głos zabierali przedstawiciele korporacji zawodowych, było właśnie to, czy reguły systemu prawa polskiego nadają obowiązującą moc prawną normom zawartym w kodeksach etyki zawodowej – czy w ogóle można mówić o obowiązywaniu w sensie prawnym takich norm – i czy w związku z tym normy takie podlegają reżimowi, jakiemu podlegają normy prawne. Przedstawiciele korporacji zawodowych nie ignorowali więc faktu, „że [...] swoją moc obowiązującą kodeksy etyki zawodowej czerpią właśnie z ustaw”, ale raczej uważali, że taki fakt nie ma miejsca albo nie jest w tym przypadku najbardziej istotny⁹. Bo – podczas gdy dla J. Stelmacha i R. Sarkowicza najważniejsze było obowiązywanie w sensie prawnym – przedstawiciele korporacji zawodowych za najistotniejsze i decydujące dla norm etycznych uznali obowiązywanie

⁷ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *op. cit.*, s. 213.

⁸ Chyba że tylko w tym bardzo słabym – moim zdaniem – sensie, który opiera się na założeniu, że mamy moralny obowiązek przestrzegania prawa.

⁹ Por. stanowisko Prezesa Naczelnej Rady Lekarskiej zrelacjonowane w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 kwietnia 2008 r., sygn. akt SK 16/07, LEX 371847: „Nieuprawnione, jego zdaniem, jest także porównywanie rozwiązania przyjętego w art. 52 ust. 2 KEL z przepisami prawa prasowego czy karnego. Normy moralne i etyczne mają na celu kształtowanie takich postaw ludzkich, które z punktu widzenia przyjętego systemu wartości oceniane są jako pozytywne i pożądane, natomiast zadaniem norm prawnych jest rola regulatora życia społecznego [...]. Prezes NRL sprecyzował stanowisko Rady jako akceptujące dopuszczalność kontroli postanowień KEL w związku z przepisami ustawy o izbach lekarskich, podkreślając jednocześnie, że zakres odniesienia do nich standardów konstytucyjnych powinien uwzględniać etyczny charakter tych norm [...]”.

w sensie moralnym, i to do niego przede wszystkim się odnosili (przy czym chodziło im o szczególny rodzaj moralności – moralności korporacyjnej, profesjonalnej).

Biorąc więc w rachubę, że w przypadku norm, do których odsyła prawodawca – także tych zawartych w kodeksach etyki zawodowej albo w innym zbiorze (nawet urzędowym, choć nie tylko), jak również w przypadku takich norm społecznych, które nie są spisane – mogą wchodzić w grę różne sposoby obowiązywania¹⁰, da się wyróżnić następujące, teoretycznie możliwe do skonstruowania konfiguracje:

- norma obowiązuje i w sensie prawnym, i w innym niż prawny¹¹;
- norma obowiązuje w sensie prawnym, ale nie obowiązuje w rozpatrywanym, innym niż prawny, sensie;
- norma nie obowiązuje w sensie prawnym, ale obowiązuje w rozpatrywanym, innym niż prawny, sensie;
- norma nie obowiązuje ani w sensie prawnym, ani danym, innym niż prawny, sensie.

Tylko dla pierwszej z tych konfiguracji można znaleźć przykład dotyczący norm odniesienia, który nie byłby przedmiotem żadnej poważnej

¹⁰ Tu powstaje problem, czy mamy do czynienia z jedną normą, która obowiązuje na kilka sposobów, czy też jest to kilka norm, z których każda obowiązuje w jakimś jednym odrębnym sensie. Za tą drugą opcją opowiadają się ci, którzy wskazują na to, że każda z takich norm jest opatrzona inną sankcją, na przykład norma prawna sankcją prawną (skupioną, zinstytucjonalizowaną) a norma obyczajowa sankcją społeczną (rozproszoną, niezinstytucjonalizowaną). Uważam, że dla wyników przeprowadzanej w tym miejscu analizy kwestia ta nie ma znaczenia także dlatego, że sankcja nie jest koniecznym elementem normy, ale przyjęcie drugiego z wymienionych stanowisk spowodowałoby znaczne skomplikowanie przebiegu rozumowania. Dlatego, dla potrzeb tego tekstu, przyjęto właśnie koncepcję pierwszą. Gdybym zresztą miała zająć jakieś bardziej zdecydowane i osobiste stanowisko w tej sprawie, także uznałabym, że pierwsza opcja jest bardziej prawidłowa. Nie będę tu jednak swego przekonania uzasadniać, bo nie ma na to miejsca.

¹¹ Może bowiem chodzić o normy moralne (wtedy chodziłoby o obowiązywanie w sensie moralnym), ale może także chodzić o takie pozaprawne normy postępowania, które nie są normami moralnymi, to znaczy takimi, które zostały przyjęte ze względu na pewne oceny w kategoriach dobra i zła. Wtedy, obok obowiązywania prawnego, może wchodzić w grę inny rodzaj obowiązywania, na przykład obowiązywanie w sensie obyczajowym, konwencjonalnym, kontraktualnym czy pragmatycznym (jeżeli o takim obowiązywaniu można w ogóle mówić). Chodzi mi więc o taką sytuację, kiedy dana norma, z pewnych względów (obyczajowych, konwencjonalnych, kontraktualnych, pragmatycznych itd.), jest – podobnie jak prawo u J. Raza (por. J. Raz, *Autorytet prawa*, Warszawa, 2000, s. 31) – chronioną racją podejmowania działań i wykluczania racji sprzecznych. Przy czym, w tym miejscu całkowicie abstrahuję od hierarchii takich chronionych racji, którą można przyjąć różną.

konceptualnej kontrowersji. Taki przypadek będzie zachodził wtedy, gdy norma odniesienia (oprócz tego, że jest przedmiotem odesłania) jest *explicite* lub *implicite* zawarta w obowiązującym akcie prawodawczym (np. konstytucji czy ustawie) i gdy zarazem jest powszechnie przestrzegana lub akceptowana w danej grupie społecznej z pewnych ważnych dla tej grupy względów (w przypadku norm obowiązujących, w sensie moralnym, ze względu na przyjęte oceny w kategoriach dobra i zła). Pozostałe potencjalne konfiguracje, jeśli – podkreślam raz jeszcze – dotyczą takich norm, które są normami odniesienia, mogą wywoływać pytania i wątpliwości, co zostanie przeanalizowane poniżej.

Dla dokonania jednak tej analizy najpierw niezbędne jest rozważenie czy wszystkie ww. potencjalne konfiguracje mogą rzeczywiście (a nie tylko teoretycznie) występować w przypadku wszelkich norm, a więc i w przypadku takich, które nie są normami odniesienia. Jeżeli więc będziemy rozważać normy społeczne w ogóle (w tym także normy prawne), abstrahując od tego czy są one normami odniesienia czy nie, to dojdziemy do następujących wniosków:

1) Charakterystyka wchodzących w grę sposobów obowiązywania wskazuje, że jest całkiem możliwe (nie da się wykluczyć), że norma jednocześnie obowiązuje w sensie prawnym i zarazem obowiązuje w danym, innym niż prawny, sensie. Wykazano to już powyżej, wskazując na niekontrowersyjny przykład takiej sytuacji możliwy także dla norm odniesienia¹².

2) Charakterystyka wchodzących w grę sposobów obowiązywania wskazuje, że jest możliwe, przynajmniej teoretycznie, wystąpienie sytuacji takiej, że norma obowiązująca w sensie prawnym, nie obowiązuje w rozpatrywanym, innym niż prawny, sensie, a może nawet w żadnym innym niż prawny sensie¹³.

¹² Ten przypadek będzie – jak już wcześniej wspomniano – zachodził, gdy norma jest zawarta w obowiązującym akcie prawodawczym (np. konstytucji czy ustawie) i gdy zarazem jest powszechnie przestrzegana lub akceptowana w danej grupie społecznej z pewnych ważnych dla tej grupy względów.

¹³ Choć trzeba zauważyć, że współcześnie coraz trudniej jest o przykłady norm, którym obok obowiązywania prawnego nie przysługiwałby atrybut obowiązywania w jakimkolwiek innym sensie. Moim zdaniem dzieje się tak z tego powodu, że społeczne systemy normatywne stają się coraz bardziej wzajemnie powiązane. Nawet jeżeli – z racji realizowania, przez zachodnie współczesne systemy polityczno-prawne, postulat neutralności światopoglądowej państwa – prawo stara się unikać odwoływania do reguł mających swe źródło w indywidualnej moralności, to jednak – ze względu na odrzucenie skrajnego woluntaryzmu

3) Charakterystyka wchodzących w grę sposobów obowiązywania wskazuje, że jest absolutnie możliwe wystąpienie sytuacji takiej, że **norma obowiązująca w rozpatrywanym, a innym niż prawny sensie** (np. powszechnie przestrzegana lub akceptowana w danej grupie społecznej ze względu na przyjęte oceny w kategoriach dobra i zła – a więc obowiązująca w sensie moralnym), **nie obowiązuje w sensie prawnym**.

a. Po pierwsze może się tak zdarzyć z tego powodu, że założenia danego systemu prawa nie pozwalają przyjąć, iż norma ta ma moc obowiązującą w sensie prawnym, a zarazem nie ma ona swojego odpowiednika w obowiązujących normach prawnych. (Na przykład: W danej grupie społecznej obowiązuje pewna norma zwyczajowa; reguła uznania przyjęta w danym systemie prawa nie przewiduje włączenia do tego systemu norm zwyczajowych; a zarazem nie nastąpił żaden akt uznawany za prawotwórczy w tym systemie, którego wytworem byłaby norma o tej samej treści.) Ale taka sytuacja staje się w jakikolwiek sposób problematyczna dla prawnika dopiero wówczas, kiedy tego rodzaju norma jest niezgodna treściowo z obowiązującymi normami prawnymi.

b. Po drugie, może tak się stać dlatego, że wprowadzie zgodnie z regułami danego systemu prawa norma taka mogłaby zostać uznana za prawnie obowiązującą, ale ze względu na jej sprzeczność z inną normą prawną, obowiązywania prawnego jej odmówiono (lub ją go pozbawiono).

4) Charakterystyka wchodzących w grę sposobów obowiązywania wskazuje, że jest możliwe, iż jakaś **norma nie obowiązuje w sensie prawnym i nie obowiązuje zarazem w pewnym rozpatrywanym, innym niż prawny, sensie**. Czasami nawet w żadnym sensie nie można o niej powiedzieć, że jest normą obowiązującą. Przykładem mogą tu być dowolnie wybrane normy, takie, które obok braku prawnego obowiązywania charakteryzują się

prawodawczego państwa – zawsze poszukuje się dlań jakiegoś silnego uzasadnienia, innego niż tylko tetyczne. Uzasadnienie to najczęściej polega na wskazaniu, że ustanowienie normy jest niezbędne z punktu widzenia potrzeb życia społecznego. Tego rodzaju racja *implicite* zakłada, że norma, skoro jest niezbędna, to już obowiązuje albo wkrótce będzie obowiązywała w innym niż prawny sensie. Jeżeli bowiem jest niezbędna dla realizowania pewnych podzielanych społecznie wartości, to już obowiązuje lub wkrótce będzie obowiązywała w sensie moralnym. Jeżeli jest niezbędna dla zapewnienia współżycia pomiędzy ludźmi, to obowiązuje lub będzie obowiązywała w sensie obyczajowym lub konwencyjnym. Jeżeli jest niezbędna dla zapewnienia koordynacji (współdziałania) pomiędzy ludźmi, obowiązuje lub będzie obowiązywała w sensie kontraktualnym (czy słabszym konsensualnym). Jeżeli jest niezbędna dla osiągnięcia pewnych stanów rzeczy w sferze organizacyjno-zarządczej czy ekonomicznej, to obowiązuje lub będzie obowiązywała w sensie pragmatycznym itd.

też brakiem konkretnego, innego (lub nawet jakiegokolwiek) nie-prawnego uzasadnienia, na tyle silnego, że stanowiącego rację dla przestrzegania lub uznawania danej normy.

Jak się więc okazuje, wszystkie cztery potencjalne konfiguracje różnych sposobów obowiązywania rzeczywiście mogłyby wystąpić dla jakiejś bliżej nieokreślonej normy postępowania. Jednakże – o czym poniżej – nie zawsze i nie wszystkie one zostaną uznane za możliwy opis takiej normy, do której odsyła obowiązująca norma prawna.

II.

II.1. Czy normy odniesienia mogą nie obowiązywać w sensie prawnym?

Przede wszystkim wątpliwości niektórych może budzić możliwość, że normy odniesienia nie obowiązują w sensie prawnym. A jak z ww. punktów 1–4 wynika, potencjalnie może to mieć miejsce wtedy, gdy zarazem obowiązują w pewnym rozpatrywanym, innym niż prawny, sensie (pkt 3) albo wtedy gdy nie obowiązują ani w prawnym, ani w innym sensie (pkt 4).

A. Grabowski, na przykład – badając prawnicze pojęcie obowiązywania – w wielu miejscach z całą mocą stwierdza, że jest dla niego niedopuszczalną antynomią założenie, że prawo obowiązujące mogłoby nakazywać stosowanie prawa nieobowiązującego¹⁴ (chodzi mu tu o takie przypadki, kiedy prawo obowiązujące nakazuje stosować np. normy prawa, które zostało formalnie uchylone, albo normy prawa obcego) i że wobec tego, normy, które z mocy obowiązującego prawa mają być stosowane, także muszą być uznane za obowiązujące. Także, że „uchylenie i/lub zmiana treści przepisów powoduje, że przestają obowiązywać pewne normy, które na podstawie tych przepisów prawnicy mogli wyinterpretować [...] ale [...] uchylenie albo modyfikacja treści przepisów powoduje, że z a c z y n a j ą o b o w i ą z y w a ć nowe normy, dające się z przepisów «prawa dawnego» odkodować”¹⁵.

¹⁴ A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 312, 338, 371.

¹⁵ *Ibidem*, s. 537, podkreśl. w oryg. Zobacz także dalsze zdanie: „Normy te obowiązują na mocy reguł prawa intertemporalnego lub zasad typu *tempus regit actum*, pełniących tu funkcję norm aplikacyjnych w rozumieniu Bulygina.” Przy czym u Bulygina normy aplikacyjne „mają formę dyrektyw dla sędziów, które ustalają, jakie normy mają oni obowiązek stosować w danych sprawach” (cytat za A. Grabowskim, *op.cit.*, s. 349 i w jego tłumaczeniu: E. Bulygin, *Tiempo y validez*, [w:] C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid 1991, s. 203).

Należałoby jednak zadać w tym miejscu pytanie, jakie nowe normy zaczynają obowiązywać. Powstaje tu bowiem problem czy to normy sankcjonowane miałyby na nowo stać się obowiązujące prawnie, czy też obowiązujące prawnie byłyby jedynie normy sankcjonujące, których element treści stanowiłyby normy sankcjonowane. Jestem przekonana, że A. Grabowskiemu chodzi o normy sankcjonujące. Tytułem przykładu takiej „nowej” normy wskazuje bowiem normę sankcjonującą, skierowaną do sądu, dla której „dawna” norma sankcjonowana to tylko pewien element hipotezy¹⁶. W tym przypadku, wydaje się to zresztą dość naturalne. Przykład A. Grabowskiego dotyczy bowiem sytuacji, w której „dawna” norma sankcjonowana uległa derogacji, a odpowiednia norma sankcjonująca ma zastosowanie w tych przypadkach, w których norma sankcjonowana uległa lub nie uległa naruszeniu, w czasie należącym do jej własnego zakresu zastosowania (a oczywiście jest, że ze względu na derogację czas, należący do zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, już minął).

Rzecz staje się jednak mniej oczywista, gdy czas należący do zakresu zastosowania normy sankcjonowanej wciąż trwa; norma sankcjonowana wciąż spełnia swoją funkcję kierowania zachowaniem, tyle że jest na przykład prawem obcym albo – co gorsza – jest normą należącą do innego niż prawny systemu normatywnego. Czy można wówczas o niej powiedzieć, że prawnie obowiązuje w naszym systemie prawa, czy nie? (Przypomnijmy bowiem, że zastanawiamy się nad akceptowalnością sytuacji – określanej przez A. Grabowskiego jako antynomia – że prawo obowiązujące nakazuje stosowanie prawa nieobowiązującego.) Gdybyśmy przyjęli, że nie – bo uznalibyśmy, że obowiązywanie dotyczy w takich sytuacjach tylko normy ją sankcjonującej i wyłącznie taka obowiązuje – to okazałoby się, że antynomia, o której mowa powyżej, wprowadzie na poziomie czysto pojęciowym w ogóle

¹⁶ „Zatem [według A. Grabowskiego] od momentu wejścia w życie normy prawnej $N_{N_{sc}}$ w ramach systemu prawa o b o w i ą z u j e [...] «negatywna» intertemporalna (przejściowa) norma sankcjonująca $N_{I_{sc}}$ o treści następującej: «W przypadku nienaruszenia normy sankcjonowanej $N_{D_{sw}}$ w czasie należącym do jej zakresu zastosowania Sąd obowiązany jest oddalić powództwo, którego podstawą jest aktualnie obowiązująca norma sankcjonowana $N_{N_{sw}}$ »[...] Oczywiście w innym, bardziej prawdopodobnym stanie faktycznym, w którym pracodawca nie wypłacił odprawy zwolnionemu pracownikowi, znajdzie zastosowanie »pozytywna« norma $N_{I_{sc}}$ o treści następującej: «W przypadku naruszenia normy sankcjonowanej $N_{D_{sw}}$ w czasie należącym do jej zakresu zastosowania Sąd obowiązany jest uwzględnić powództwo pracownika oparte na tej podstawie, to znaczy zasądzić odprawę w wysokości dwumiesięcznego wynagrodzenia»”. (A. G r a b o w s k i, *op.cit.*, s. 537).

nie zachodzi¹⁷, ale należałoby w takim razie przyznać, że właściwie nie była nigdy żadnym problemem: nie była w ogóle możliwa, bo sama formuła, na mocy której „obowiązujące prawo nakazuje stosowanie prawa (*obowiązującego czy nie, obcego, marsjańskiego czy jakiegokolwiek innego*)”, jest ustanowieniem normy sankcjonującej¹⁸. Tak naprawdę, o jakiegokolwiek antynomii można by mówić co najwyżej wtedy, gdyby zauważyć i uznać za ważne, że w obrocie prawnym występują takie sytuacje, kiedy normatywna podstawa decyzji – jako pewna całość – nie jest prawnie obowiązująca. A trzeba pamiętać, że – jak wskazuje L. Leszczyński – „normatywna podstawa decyzji jest strukturą wielowarstwową. Oznacza bowiem zrekonstruowaną [...] normę sankcjonowaną (która jest podstawą kwalifikacji stanu faktycznego) oraz normę sankcjonującą (która z punktu widzenia procesu decyzyjnego jest podstawą ustalenia konsekwencji tej kwalifikacji)”¹⁹. I wówczas, aby tak rozumianej antynomii się pozbyć, należałoby uznać, że nie tylko norma sankcjonująca, ale i norma sankcjonowana, będąca częścią normatywnej podstawy decyzji, prawnie obowiązuje²⁰. Jak z tego wynika, przyjęcie, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której prawo obowiązujące nakazuje stosowanie prawa nieobowiązującego, nie może prowadzić – jak chciałby tego Grabowski – wyłącznie do skromnego wniosku, że należy uznać za obowiązującą wyłącznie odpowiednią normę sankcjonującą. Aby

¹⁷ Ponieważ zakłada się takie pojęcie stosowania prawa, przy którym normą, którą się stosuje jest norma sankcjonująca. Nie można więc powiedzieć, że prawo nakazuje stosowanie prawa nieobowiązującego.

¹⁸ Formuła ta jest słowną postacią metanormy (normy drugiego stopnia), dla której norma sankcjonująca jest normą pierwszego stopnia. Norma sankcjonowana natomiast stanowi element hipotezy normy sankcjonującej. Por. W. L a n g, *Obowiązywanie prawa*, Warszawa 1962, s. 130–131 (podkreśl. w oryg.): „Nazwy norm (lub przepisów) występują w orzecznikach dyspozycji norm o normach. Natomiast nie są normami o normach normy, zawierające nazwy norm tylko w hipotezie.”

¹⁹ L. L e s z c z y Ń s k i, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 65.

²⁰ Choć samo stwierdzenie obowiązywania normy sankcjonowanej też może jeszcze nie rozwiązać problemu. Może się bowiem okazać, że rozstrzygnięcie wymaga oparcia w prawie powszechnie obowiązującym, a w danym przypadku nie jest pewne czy normatywna podstawa rozstrzygnięcia w całości należy do prawa powszechnie obowiązującego. Jak pisze A. Bałaban: „w praktyce kwestia ustalenia stopnia udziału prawa powszechnie i wewnętrznie obowiązującego jako podstawy prawnej decyzji może się okazać dość skomplikowana. W tym przypadku rzeczą sądu będzie ustalenie realnego, bądź tylko formalnego przywołania prawa powszechnie obowiązującego jako normy «pozorującej» podstawę prawną”. A. B a ł a b a n, *Akty normatywne wewnętrznie obowiązujące*, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, [red.] A. Szmyt, Warszawa 2005, s. 100.

uniknąć rzeczywistej antynomii należałoby uznać, że norma, do której przepis odsyła, sama również obowiązuje prawnie. To zaś prowadzi do dalszych – niekoniecznie akceptowalnych – konsekwencji.

Jako przykład takich sytuacji A. Grabowski wskazuje przypadki, kiedy prawo obowiązujące nakazuje stosować normy prawa, które zostało formalnie uchylone, albo normy prawa obcego. Trudno mi jednak znaleźć przekonujący powód, dla którego tylko w stosunku do tych przypadków antynomia taka (jeśli – *arguendo* – z tym, że to jest jakaś antynomia się zgodzić) miałyby zachodzić czy zagrażać. Cóż to ma bowiem za znaczenie, czy prawodawca odsyła do takich norm, które nie tu i nie teraz, ale kiedyś czy gdzieś prawnie obowiązywały lub obowiązują – i dlatego nazywa się je prawnymi (czy prawem) – czy też do takich, którym waloru „prawności” się nie przypisuje. Albo należy przyjąć, że samo odesłanie czyni normy odniesienia obowiązującymi prawnie (bez względu na to, jakie jest pochodzenie tych norm: z dawnego prawa, z obcego prawa, z nie-prawnych społecznych systemów normatywnych czy innych), albo pogodzić się z tym, że normatywna podstawa decyzji stosowania prawa nie musi składać się wyłącznie z elementów, które są obowiązującymi normami prawnymi.

Do koncepcji A. Grabowskiego pod pewnymi względami podobne jest stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, zajęte w sprawie kodeksu etyki lekarskiej i wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 kwietnia 2008 r. SK 16/07. Podobieństwo polega między innymi na tym, że stanowisko to – moim zdaniem – także jest podyktowane strachem przed rzekomą antynomią. Przy czym, jak można wnioskować choćby z powoływanych przez Trybunał przepisów²¹, zdaje się on nie brać pod uwagę rozróżnienia norm na sankcjonowane i sankcjonujące, ale traktuje normę jako całość złożoną z tych dwóch norm²²: „Postanowienia KEL [Kodeksu Etyki Lekarskiej] [...] uzyskują walor prawny w obszarze prawa powszechnie obowiązującego właśnie ze względu na ustawę o izbach lekarskich i w zakresie określonym przez jej przepisy [...] Dlatego Trybunał uznał, że może dokonać kontroli

²¹ Chodzi mi w szczególności o to, że Trybunał wymienia, zarówno w sentencji jak i uzasadnieniu wyroku, art. 15 pkt 1 u.i.l., który stanowi, że członkowie samorządu lekarzy obowiązani są przestrzegać zasad etyki i deontologii oraz innych przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza. Ten przepis, w przeciwieństwie do art. 41 i art. 42 ust. 1 u.i.l., może być podstawą do zrekonstruowania wyłącznie normy sankcjonowanej.

²² Co zresztą zgadza się z moją intuicją, iż pewien sprzeciw prawników może budzić fakt, że normatywna podstawa decyzji nie byłaby w całości prawnie obowiązująca. Na marginesie jest to, moim zdaniem, świadectwo siły oddziaływania pozytywizmu prawniczego jako pewnej, wciąż żywej, ideologii.

konstytucyjności i że „[...] przedmiotem kontroli jest norma prawna wywiedziona z art. 52 ust. 2 KEL w związku z art. 15 pkt 1, art. 41 i art. 42 ust. 1 u.i.l”. Spójnie zresztą – co trzeba podkreślić – z takim stanowiskiem sformułowano sentencję omawianego wyroku: „Art. 52 ust. 2 kodeksu etyki lekarskiej w związku z art. 15 pkt 1, art. 41 i art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich [...] jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 63 Konstytucji”.

Koncepcja Trybunału budzi bardzo poważne wątpliwości. Będąc konsekwentnym – zgodnie z tym stanowiskiem – za mające „walor prawny w obszarze prawa powszechnie obowiązującego” i w związku z tym nadające się do kontroli zgodności z konstytucją przeprowadzanej przez Trybunał Konstytucyjny należałoby uznać choćby: zasady techniki górniczej (art. 63 ustawy z dnia 4 lutego 1994 prawo geologiczne i górnicze głosi, że ruch zakładu górniczego odbywa się na podstawie planu ruchu, zgodnie z zasadami techniki górniczej.); wskazania aktualnej wiedzy medycznej (art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 o zawodach lekarza i dentysty stanowi, że lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością.); zasady współżycia społecznego (kodeks cywilny i inne akty); zasady bezpieczeństwa i higieny pracy (kodeks pracy); wymagania ładu przestrzennego, wartości architektoniczne i krajobrazowe (ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów art. 2 ust. 3); zasady wiedzy technicznej lub urbanistycznej (art. 41 pkt 1 tejże, bo zgodnie z art. 45 członek izby podlega odpowiedzialności zawodowej za zawinione naruszenie obowiązków, o których mowa w art. 41) itd. Taki wniosek wydaje się jednak nie do zaakceptowania, zwłaszcza że trudno powiedzieć co oznacza „walor prawny” i czym się on różni (jeżeli się różni) od obowiązkiwania w sensie prawnym.

Jak z powyższego wynika – wyrażane na bardzo różne sposoby lub tylko w sposób dorozumiany przyjmowane²³ – stanowisko, że jest niedopuszczalną antynomią sytuacja, w której obowiązujące prawo nakazuje stosować normy postępowania, którym nie można przypisać atrybutu prawnego obowiązkiwania; stwarza wiele trudności i problemów. Prowadzi też do

²³ Wielu autorów wprost lub pośrednio koncepcje antynomii przyjmuje. Opisuje to A. Grabowski, *op.cit.*, s. 310–314.

pewnych trudnych do zaakceptowania, zwłaszcza na gruncie systemu prawa stanowionego, konsekwencji. To wszystko sprawia, że przedmiotowy pogląd nie budzi zaufania co do swojej słuszności. A ponieważ nie jest moim celem ustosunkowywanie się w tym tekście do żadnej całościowej teorii obowiązywania norm prawnych, to wyrażam tu jedynie wąsko zakrojone przekonanie, że sama koncepcja, tak czy inaczej nazywanej antynomii, jest po prostu niepoprawna. Jest bowiem obciążona błędem ekwiwokacji. Błąd ten dotyczy – w mojej opinii – znaczenia terminu „stosowanie prawa” przyjętego dla sformułowania „prawo obowiązujące nakazuje stosowanie prawa nieobowiązującego”. Istnieje uzasadniona wątpliwość, czy w ww. sformułowaniu wolno nam termin ten rozumieć w identyczny sposób, jak wtedy, gdy – przede wszystkim dla potrzeb odróżnienia działalności sądów i innych podobnych organów od działalności organów tworzących prawo – przyjmujemy wąskie jego znaczenie, odnoszące się do procesu wiążącego ustalania przez organy państwa lub inne upoważnione do tego organy, konsekwencji prawnych pewnych faktów, na podstawie obowiązujących norm prawnych. Moim zdaniem, przyjęcie wąskiego rozumienia terminu „stosowanie prawa”, w tym akurat kontekście, jest zdecydowanie nadmierną konsekwencją pojęciową. Sformułowanie „prawo obowiązujące nakazuje stosowanie prawa nieobowiązującego” należy bowiem zakwalifikować nie – jako sformułowanie w języku teorii prawa, ale – wyrażenie języka szeroko rozumianej praktyki prawniczej, tj. praktyki tworzenia i stosowania prawa, ewentualnie języka dogmatyk. Sformułowanie to zostało, co najwyżej, zapożyczone przez język teorii prawa, ale zapożyczenie to dokonywało się często bez dostatecznej analizy konsekwencji takiego zabiegu. „Stosowanie prawa” w zwrocie „prawo obowiązujące nakazuje stosowanie prawa nieobowiązującego” powinno być więc rozumiane o wiele luźniej, niż to najczęściej przyjmuje obecna polska teoria prawa. Słusznie zauważył prawie 50 lat temu W. Lang, że „w odniesieniu do norm prawnych, zwrot «powinno się stosować» można rozumieć podwójnie: „«Powinno się stosować normę N», względnie «Powinno się stosować do normy N»”²⁴. (Ten sam autor uznawał zresztą, że „w języku prawnym”²⁵ sensowna jest [...] wypowiedź:

²⁴ W. Lang, *Obowiązywanie...*, s. 113.

²⁵ W. Lang wyraźnie wskazywał, że pojęcia „język prawny”, bez dodatkowych określeń, używa mając na myśli język prawny w szerokim znaczeniu, tj. kategorię obejmującą język prawny w wąskim znaczeniu oraz język prawniczy (a więc, za B. Wróblewskim, język tekstów prawnych oraz *resp.* język zawodowy prawników). Por. W. Lang, *Obowiązywanie...*, s. 88–89.

«należy stosować normę nieobowiązującą»²⁶). Rzeczywiście, ma rację A. Grabowski komentując ten pogląd, że „stosowanie prawa” rozumiane jako „stosowanie się do prawa” może być uznane za wyrażenie synonimiczne do „przestrzegania” czy „realizowania” prawa²⁷. Ale – w mojej opinii – zwrócenie uwagi na tę synonimiczność nie może być uznane za skuteczny zarzut wobec stanowiska W. Langa. Wręcz przeciwnie, potwierdza jego prawidłowość, bo w języku szeroko rozumianej praktyki prawniczej zwrot „prawo obowiązujące nakazuje stosowanie prawa nieobowiązującego” (czy – dodajmy od razu – „...nakazuje stosowanie pewnych pozaprawnych norm postępowania”), oznacza nie tylko, że organy państwa i inne upoważnione organy mają takie nieobowiązujące prawo (czy pozaprawne normy postępowania) stosować, ale także to, że w razie spełnienia właściwego dla tych norm zakresu zastosowania, adresaci takich norm mają ich przestrzegać czy też je realizować²⁸.

Podsumowując tę część rozważań należy wyraźnie stwierdzić, co następuje: Trzeba pogodzić się z tym, że niekiedy prawo nakazuje stosowanie norm, które nie są prawnie obowiązujące (choć mogą być obowiązujące w jakimś innym sensie). Zupełnie inną natomiast – choć niewątpliwie wymagającą rozstrzygnięcia – kwestią jest to, czy i jak tego rodzaju normy mogą być kontrolowane z punktu widzenia ich zgodności z regułami danego systemu prawa oraz, czy i jakimi środkami system prawny może przestrzeganie takich norm egzekwować. Będzie to przedmiotem rozważań przeprowadzonych poniżej (pkt III i następne).

II.2. Czy normy odniesienia mogą nie obowiązywać w innym niż prawny sensie?

Aby wyczerpać temat możliwych konfiguracji obowiązywania (choć kwestia ta nie jest już tak istotna dla rozwiązania postawionego tu problemu) należy zauważyć, że swoiste wątpliwości – obok tych powyżej opisanych – nasuwa jeszcze przypadek, w którym norma odniesienia nie miałaby być ani prawnie obowiązująca²⁹, ani obowiązująca w innym niż prawny sensie

²⁶ *Ibidem*, s. 119.

²⁷ A. G r a b o w s k i, *op.cit.*, s. 334.

²⁸ Co odpowie adwokat radzący klientowi, żeby ten w stosunkach ze swoim kontrahentem nie naruszał zasad współżycia społecznego, na postawione przez klienta w dobrej wierze (a nie ironicznie czy prowokacyjnie) pytanie: „Dlaczego?”? Według mnie, najpierw powie klientowi, że dlatego, iż prawo nakazuje mu przestrzeganie tych zasad. A później dopiero zwróci mu uwagę na możliwe konsekwencje zaniechania w tym względzie.

²⁹ W tym miejscu zakładamy już wnioski, wynikające z uprzednio dokonanych rozważań i odrzucenie analizowanej powyżej antynomii.

(ostatnia z ww. konfiguracji – pkt 4). Powstaje bowiem pytanie, czy prawodawca może odsyłać do takich norm, które nie mają w gruncie rzeczy żadnego uzasadnienia. Jak już wcześniej w przypisie nr 13 wspominałam, współcześnie społeczne struktury normatywne stają się coraz bardziej wzajemnie powiązane. Nawet jeżeli – z racji realizowania przez zachodnie współczesne systemy politycznoprawne postulatu neutralności światopoglądowej państwa – prawo stara się unikać odwoływania się do reguł, mających swe źródło w indywidualnej moralności, to jednak – ze względu na odrzucenie skrajnego woluntaryzmu prawodawczego państwa – zawsze poszukuje się dla tego prawa silnego uzasadnienia, innego niż tylko tetyczne. Trudne więc do zaakceptowania wydaje się, żeby prawodawca mógł odsyłać do takich pozaprawnych norm postępowania, które nie są niezbędne z punktu widzenia potrzeb życia społecznego. A skoro są one niezbędne, to prawdopodobnie już obowiązują albo można w sposób uzasadniony przewidywać, że wkrótce będą obowiązywały w innym niż prawny sensie – moralnym, obyczajowym, konwencjonalnym, pragmatycznym itp. Nie ma bowiem w naszej kulturze polityczno-prawnej przyzwolenia na to, żeby prawodawca mógł nakazywać egzekwowanie środkami prawnymi takich pozaprawnych norm postępowania, które są w ogóle nieistotne albo nie dość istotne.

III.

Kolejnym argumentem, który przy analizie statusu pozaprawnych norm odniesienia powinien być wzięty pod uwagę, jest argument z samej Konstytucji. Jej art. 31 ust. 3 stanowi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie. Zastanówmy się zatem, jaki faktyczny skutek dla konstytucyjnych wolności i praw mają odesłania zarówno do pozaprawnych norm postępowania w formie nieskodyfikowanej (nie spisanej), jak i do tych przybierających postać pewnych zbiorów, na przykład kodeksów etyki zawodowej. Czy takie odesłania – jedno i drugie, co podkreślam – są dla tych wolności i praw obojętne? Na tak postawione pytanie trzeba odpowiedzieć przecząco, ponieważ normy, niezależnie od kształtu, jaki przybierają, stanowią ograniczenie swobody działania pewnych podmiotów, a więc można je uznać, co najmniej, za ograniczenie ich wolności. Jestem przekonana, że przebadanie takich norm wykazałoby, iż co najmniej większość z nich, jeżeli nie wszystkie, sprawia, że podporządkowane im podmioty mogą korzystać ze swoich wolności i praw

tylko w ograniczonym stopniu. Tym bardziej, że prawdopodobnie wszystkie (albo prawie wszystkie) pozaprawne normy postępowania, do których odsyłają przepisy prawne, są powiązane za pośrednictwem odpowiednich norm prawnych z taką czy inną sankcją prawną. (Tu od razu nasuwa się argument przeciwko pogładowi tych, którzy normy niektórych kodeksów etyki zawodowej chcieliby uznać za normy obowiązujące prawnie, na tej podstawie, że są one opatrzone sankcją prawną³⁰. Ponieważ niemal wszystkie pozaprawne normy odniesienia są opatrzone sankcją prawną, konsekwentnie wdrażając to stanowisko, należałoby te normy uznać za normy prawne; więc także: zasady techniki górniczej, wskazania aktualnej wiedzy medycznej, zasady współżycia społecznego, zasady bezpieczeństwa i higieny pracy, wymagania ład przestrzennego, wartości architektoniczne i krajobrazowe, itp.).

Jeśliby więc uznać, że normy, do których odsyłają ustawy, mają, jak to wyraził Trybunał Konstytucyjny, „walor prawny w obszarze prawa powszechnie obowiązującego” i obowiązują prawnie, stanowisko takie sprawiłoby niemały kłopot. Ograniczają one bowiem korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw, a nie są ustanowione w ustawie. I nie zamyka tej kwestii argumentacja, jaką zastosował w już wymienianej w tym tekście sprawie (dotyczącej etyki lekarskiej) Trybunał Konstytucyjny, który powołując się na szczególną rolę aktów deontologicznych korporacji zawodowych orzekł, że „wymóg ustawowej podstawy ograniczenia, przynajmniej w szerokim znaczeniu [*sic.!*]³¹, został zachowany” oraz, że „przekazanie upoważnienia do ingerencji w pewne konstytucyjne wolności osób wykonujących zawód zaufania publicznego samorządom zawodowym może być w określonych warunkach uzasadnione, a nawet uznane za zgodne z potrzebami «należytego wykonywania» zawodów reglamentowanych”. W istocie argumentacja ta – moim zdaniem – sprowadza się przecież do stwierdzenia przez Trybunał (nie dosłownego, ale tym bardziej nieakceptowalnego), że art. 17 ust. 1 Konstytucji jest *lex specialis* wobec jej art. 31 ust. 3.

³⁰ Por. zdanie odrębne sędziego Trybunału Konstytucyjnego Czesława Bakalarskiego do postanowienia z dnia 7 października 1992 r. w sprawie U. 1/92 (LEX 25236): „Z mocy zatem ustawy przepisom etyki i deontologii lekarskiej przez zaopatrzenie sankcją państwa nadano charakter norm prawnych”.

³¹ Wynikałoby z tego, że możliwe jest zachowanie wymogu ustawowej podstawy w dwojakim co najmniej znaczeniu: w szerokim i w wąskim. Jest to, moim zdaniem, konstrukcja karkołomna.

IV.

Załóżmy przez chwilę, jak to zaproponowano powyżej, że prawodawca w przepisie ustawy zawiera odesłanie do pozaprawnych norm postępowania, niezgodnych – w sposób oczywisty i w całości – z konstytucją, na przykład nakazuje w stosunkach pomiędzy przedstawicielami pewnego zawodu stosować kodeks honorowy sycylijskiej mafii. Co stałoby się przedmiotem argumentacji zmierzającej do uzdrowienia, zagrożonej w ten sposób, spójności systemu prawa (i oczywiście – ochrony innych wewnętrznych dla prawa wartości)? Który element powstałej w ten sposób sytuacji normatywnej, zostałaby uznany za obciążony wadą?

Jak się wydaje, w tych okolicznościach, nikt rozsądny nie szukałby błędu w kodeksie honorowym mafii ani nie badałby go pod kątem zgodności z konstytucją. Naturalnym celem argumentacji, która zmierzałaby do sanowania systemu prawa, wydaje się przecież sam przepis odsyłający. Jeżeli akceptuje się tezę, że prawodawcy, na gruncie obowiązujących w systemie prawa polskiego zasad konstytucyjnych, nie wolno stanowić przepisów odsyłających do niezgodnych z konstytucją pozaprawnych norm postępowania, to oznacza, że właśnie przepis odsyłający, który te przesłanki spełnia, sam w sobie musi być uznany za niezgodny z konstytucją.

Jak z powyższego wynika, tym, co powinno być badane, a w sytuacji sprzeczności norm odniesienia z obowiązującymi normami prawnymi, wyższego rzędu niż przepis odsyłający, uznane za sprzeczne z konstytucją – więc wyeliminowane z systemu prawnego – jest przepis odsyłający. Przechodząc zaś na grunt norm prawnych przedmiotem badania konstytucyjności nie powinna być ani norma sankcjonowana, ani norma sankcjonująca, ale zwarta w takim przepisie norma nakazująca uczynienie użytku z norm, do których się odsyła³².

³² Por. A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych*, Warszawa 2006, s. 182: „Treścią tego zwrotu [odsyłającego] jest nakaz zrobienia użytku z przepisu, do którego przepis odsyła [...]” oraz J. Nowacki, *O przepisach zawierających klauzule generalne*, [w:] *Prawo i polityka*, [red.] A. Bodnar, J. Wiatr, J. Wróblewski, Warszawa 1988, s. 101: „Przepisy prawa zawierające zwroty nazywane klauzulami generalnymi są nakazami oceniania i określania skutków prawnych zgodnie z owymi ocenami, formułowanymi przez podmioty oceniające”.

V.

Czy nasze podejście do tej kwestii powinno ulec zmianie, jeżeli normy odniesienia nie będą niezgodne z konstytucją w sposób oczywisty i w całości, ale będzie zachodziło podejrzenie, że co najmniej niektóre z nich mogą być niezgodne z konstytucją? Na przykład ustawodawca, regulując kwestie dotyczące korporacji akademickich a chcąc podtrzymać uznaną za polskie narodowe dziedzictwo tradycję, mógłby odsyłać w jakimś zakresie do Polskiego Kodeksu Honorowego, zwanego Kodeksem Boziewicza (kodeks ten jest rzeczywiście stosowany przez niektóre polskie korporacje akademickie). Wówczas mogłaby powstać wątpliwość czy art. 1 tego kodeksu zawiera normę, która jest zgodna z konstytucyjną zasadą równości, ponieważ zapis ten wyklucza kobiety i osoby duchowne (w tym także słuchaczy uniwersyteckich wydziałów teologicznych) z grona osób zdolnych do żądania i dawania satysfakcji honorowej. Czy w takiej sytuacji za obciążony błędem uznamy Kodeks Boziewicza, czy przepis ustawy? Kto popełnił błąd: ustawodawca czy autor Polskiego Kodeksu Honorowego?

Jak się wydaje, nie ma specjalnej różnicy pomiędzy sytuacją, w której normy odniesienia w sposób oczywisty i w całości są niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym, a sytuacją, w której istnienie takiej niezgodności wymaga jakiegoś bardziej gruntownego badania, uzasadnienia i uargumentowania, czy też kiedy niezgodność ta dotyczy tylko niektórych norm odniesienia. Dlatego i w takim przypadku (choć stwierdzenie niezgodności wymaga zbadania obu rodzajów norm – zarówno prawnych, składających się na dany system, jak i norm odniesienia) za obiekt obciążony błędem i wymagający wyeliminowania albo korekty należy uznać normę stanowiącą treść przepisu odsyłającego, a więc tę normę, która nakazuje uczynić użytek z określonych norm odniesienia. Wyeliminowania wymaga norma, której wszystkie normy odniesienia są niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym. Korekty zaś, co do swego zakresu normowania, wymaga taka norma, której tylko niektóre normy odniesienia są niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym.

VI.

Pomocne w badaniu przedstawionego tu problemu może być również przeprowadzone przez Lecha Morawskiego rozróżnienie źródeł prawa na samoistne i niesamoistne. Samoistne źródło prawa to wedle tej koncepcji

każda reguła lub zasada, „[...] która może stanowić samodzielną podstawę decyzji sędziowskiej lub innego aktu stosowania prawa [...], która może być samodzielnym źródłem uprawnień lub obowiązków”³³. Niesamoistne natomiast, według niego, *a contrario*, to te, które nie mogą być wyłączną czy też samodzielną podstawą decyzji stosowania prawa. Píše nawet, że są to wszystkie te reguły czy zasady, które nie mogą być zaliczone do samoistnych źródeł prawa³⁴. Z tym ostatnim stwierdzeniem nie do końca można się jednak zgodzić (mam wrażenie, że jest to pewien skrót myślowy), co ma też pewne znaczenie dla rozpatrywanej tu kwestii. Bo, gdyby niesamoistnymi źródłami prawa były rzeczywiście wszystkie te zasady i reguły, które nie są samoistne, to byłyby nimi też takie zasady czy reguły, które w procesie stosowania prawa nie odgrywają żadnej roli. Tych zaś nie ma sensu przecież nazywać źródłami prawa, choćby nawet niesamoistnymi. Tak więc, doprecyzowując, za niesamoistne źródła prawa należy uznać te zasady czy też reguły, które nie mogą być samodzielnym źródłem uprawnień lub obowiązków, ale które w procesie ustalania tych uprawnień lub obowiązków odgrywają jakąś, choć czasem tylko pomocniczą, rolę.

Należy też – za autorem tej typologii – podkreślić, że „niesamoistość wielu reguł przejawia się również w tym, że tracą one moc lub znaczenie z chwilą uchylenia określonej reguły samoistnej”³⁵.

L. Morawski *explicite* do źródeł prawa niesamoistnych zalicza zasady i reguły pozaprawne, takie jak zwyczaje, zasady słuszności, sprawiedliwości, normy moralne, zasady współżycia społecznego czy – na przykład w prawie dowodowym – zasady nauki, techniki i doświadczenia życiowego³⁶. Ale, jak się wydaje, nie czyni on rozróżnienia na takie, do których wprost odsyłają przepisy prawne i takie, które w procesie stosowania prawa odgrywają swoją rolę nie z mocy odesłania, ale z racji uznania w danym systemie prawa ich mocy argumentacyjnej. W kręgu źródeł prawa niesamoistnych w jego interpretacji jest bowiem miejsce i dla jednych, i dla drugich³⁷. Można byłoby w tym miejscu zapytać, czy słusznie takie rozróżnienie nie jest czynione. Czy te reguły, które z mocy obowiązujących przepisów stają się,

³³ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 201.

³⁴ *Ibidem*, s. 201.

³⁵ *Ibidem*, s. 202.

³⁶ *Ibidem*, s. 208–211.

³⁷ Świadczy o tym fakt, że z jednej strony L. Morawski zalicza do niesamoistnych źródeł prawa reguły egzegezy, a z drugiej jako przykłady powołuje art. 58 czy 65 kodeksu cywilnego, odsyłające do zasad współżycia społecznego.

wedle koncepcji Trybunału Konstytucyjnego elementem normy prawnej, rzeczywiście można uznać za niesamoistne źródła prawa czy też trzeba je zakwalifikować jako samoistne?

Moim zdaniem ma rację L. Morawski: reguły pozaprawne – bez względu sposób, w jaki uzyskują znaczenie dla uprawnień i obowiązków danych podmiotów (odesłanie czy uznanie) – są niesamoistnymi źródłami prawa. Nie mogą bowiem być samodzielną podstawą decyzji stosowania prawa, a do tego tracą swoje znaczenie z chwilą, kiedy bądź to zostanie uchylony przepis odsyłający, bądź zostanie cofnięte uznanie. Ale jeśli tak, to tym większe wątpliwości można powziąć w stosunku do tych poglądów, które tego rodzaju normy – czy to w kwestii prawnego obowiązywania, czy w kwestii sposobu kontrolowania – zrównują z samoistnymi źródłami prawa.

Pamiętając o kłopotach, które w naszym systemie prawa sprawiają kodeksy etyki zawodowej, trzeba w tym miejscu jednak zaznaczyć, że L. Morawski odróżnia reguły pozaprawne jako niesamoistne źródła prawa od reguł powstałych w drodze tzw. legislacji autonomicznej. Jak pisze: "tą nazwą określa się zwykle wszelkie formy tworzenia prawa [...], tworzenia ogólnych reguł przez instytucje pozapaństwowe, jak samorządy terytorialne, stowarzyszenia, korporacje zawodowe i gospodarcze, wspólnoty religijne czy etniczne. Legislacja autonomiczna przybiera formy różnego rodzaju uchwał, statutów, kodeksów etyki zawodowej i opiera się zwykle na upoważnieniu ustawowym"³⁸. Reguły takie zalicza – w przeciwieństwie do reguł pozaprawnych – do samoistnych źródeł prawa. Wątpliwość pojawia się w takim razie tam, gdzie – jak ma to miejsce w przypadku reguł etyki zawodowej, na przykład, polskich lekarzy – pozaprawne reguły zostają na mocy ustawy ujęte w jakimś akcie normatywnym stanowionym przez organy o charakterze pozapaństwowym. Powstaje pytanie, czy w ten sposób koniecznie, ewentualnie – pod jakimi warunkami, stają się one źródłem prawa samoistnym. A może w takiej sytuacji powstają dwa funkcjonujące równolegle odrębne zbiory reguł: jeden – skodyfikowany i będący źródłem prawa samoistnym, a drugi – nieskodyfikowany i będący źródłem prawa niesamoistnym? Przecież w praktyce nie jest wykluczone, że zbiory takie nie będą idealnie zgodne, na przykład z powodu różnic pomiędzy moralnością równoległą i tradycyjną³⁹, albo różnic pomiędzy regułami mającymi

³⁸ L. Morawski, *Główne...*, s. 206.

³⁹ Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 110: „Społeczeństwo prezentuje moralność równoległą, kiedy jego członkowie zgodnie stwierdzają istnienie takiej samej lub prawie takiej samej reguły normatywnej, lecz nie biorą pod uwagę faktu,

uzasadnienie naukowe a regułami odwołującymi się do potocznego czy zawodowego doświadczenia⁴⁰, z których jedne będą odzwierciedlone w zbiorze pisanym, a drugie w niepisanym. A może oba takie zbiory, przynajmniej w pewnych przypadkach, należy uznać za źródło prawa niesamoistne, tyle że o różnym miejscu w hierarchii takich źródeł?

Moim zdaniem, problem tkwi w definicji legislacji autonomicznej. Znowu można sobie zadać pytanie czy każda forma tworzenia ogólnych reguł przez pozapaństwowe instytucje, choćby miała swe oparcie w upoważnieniu ustawowym, może zostać uznana za legislację autonomiczną, a co za tym idzie za samoistne źródło prawa. Według mnie nie, ponieważ nie każda z takich form jest w danym porządku prawnym źródłem prawa, i to nie tylko źródłem prawa powszechnie, ale nawet wewnętrznie obowiązującego. Mogą więc istnieć takie formy tworzenia przez instytucje pozapaństwowe ogólnych reguł – nawet przewidziane w ustawie – które będą prowadziły do powstania źródeł prawa niesamoistnych⁴¹. Myślę, że właśnie zlekceważenie tej możliwości⁴² podyktowało A. Korytowskiej jej opinię wtedy,

że sama ich zgoda stanowi integralny element uzasadnienia tego stwierdzenia. Prezentuje ono natomiast moralność tradycyjną, gdy to czynią”.

⁴⁰ Wystarczy przypomnieć wciąż trwający konflikt o homeopatię. Stanowisko nr 7/08 Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 4 kwietnia 2008 r. w sprawie stosowania homeopatii i podobnych metod przez lekarzy i lekarzy dentyków oraz organizowania szkoleń w tych dziedzinach, stwierdza, że „Naczelna Rada Lekarska negatywnie ocenia zjawisko stosowania homeopatii i pokrewnych nienaukowych metod przez niektórych lekarzy [...]. Naczelna Rada Lekarska uważa, że działania takie stoją w sprzeczności z art. 57 Kodeksu Etyki Lekarskiej [...]”. Tymczasem wielu lekarzy praktykuje homeopatię uznając ją za metodę wartościową, a w każdym razie nieszkodliwą. Tym samym uznają, że ich postępowanie nie jest sprzeczne z etyką zawodową.

⁴¹ Choć oczywiście, znowu, wiele w tej kwestii zależy od definicji „stosowania prawa”. Powstaje bowiem pytanie: samodzielną podstawą jakiego rodzaju aktu musi być norma, aby można było ją uznać za samoistne źródło prawa? Im szerzej zdefiniujemy „stosowanie prawa”, tym szerszy będzie katalog samoistnych źródeł prawa.

⁴² Uznałam, że A. Korytowska zlekceważyła, a nie pominęła taką możliwość, ponieważ ona sama wyraźnie przyznała, że: „Samorządowi zawodowemu lekarzy przysługuje – z punktu widzenia idei samorządności – niezbywalne prawo decydowania o obowiązujących zasadach etycznych [...]”. Ale jednocześnie z niezrozumiałych względów uznała, że skorzystanie z tego prawa i będącej jego wynikiem kompetencji wymaga dodatkowych zabiegów, jeśli prawodawca w normie prawnej połączył tę kompetencję z obowiązkiem uczynienia zeń użytku. W tym samym zdaniu pisze bowiem, że „[...] uchwalenie przez samorząd Kodeksu Etyki Lekarskiej nie nastąpiło w następstwie realizacji tego prawa, ale przede wszystkim wypełniania ustawowo nałożonego przez państwo na samorząd obowiązku”. A. K o r y t o w s k a, *Problem zgodności kodeksu etyki lekarskiej z Konstytucją RP*, RPEiS 2009, z. 1, s. 59.

kiedy napisała, że „uznanie Kodeksu [Etyki Lekarskiej] za akt o charakterze normatywnym prowadzić powinno natomiast do stwierdzenia niekonstytucyjności Kodeksu, ze względu na sprzeczność z Konstytucją normy upoważniającej do wydania Kodeksu Etyki Lekarskiej i usytuowanie go przez Konstytucję poza obowiązującym porządkiem prawnym”⁴³. Nie dopuściła bowiem możliwości, że tam, gdzie nie wchodzi w rachubę przekroczenie przez organy władzy publicznej przyznanych im prawem kompetencji (ewentualnie przekroczenie kompetencji przez inne podmioty publiczne, którym zlecono zadania z zakresu administracji publicznej)⁴⁴, a brak jest zarazem wyraźnego zakazu dokonywania aktów ustanowienia norm, niezachowanie wymienionej w Konstytucji formy aktu normatywnego nie musi koniecznie mieć skutku dyskwalifikującego. Przecież zakaz domniemywania kompetencji to zakaz dotyczący organów władzy publicznej – tylko one działają na zasadzie „co nie jest dozwolone, jest zakazane”. Podmioty zaś spoza struktury takich organów działają raczej wedle reguły „co nie jest zakazane, nakazane lub dozwolone, to jest prawnie indyferentne”. Wszak różnego rodzaju jednostki organizacyjne, nie będące organami władzy publicznej (ani którym nie zlecono zadań z zakresu administracji publicznej), mogą, czasem i bez upoważnienia ustawowego, i z pominięciem form przewidzianych w Konstytucji, stanowić różnego rodzaju akty normatywne skierowane do podległych im podmiotów, np. regulaminy czy pragmatyki, które czasami

⁴³ A. Korytowska, *op. cit.*, s. 69. Za dodatkowy czynnik wpływający na taką opinię należy też uznać niewłaściwe rozumienie i używanie przez tę autorkę terminu „akt normatywny”, co znajduje swoje odzwierciedlenie w wielu miejscach jej tekstu, na przykład na s. 67: „Konstytucja stanowczo wyklucza istnienie aktów o charakterze normatywnym poza porządkiem prawnym wskazanym regulacjami konstytucyjnymi”. Nie można bowiem uznać za synonimy terminów „akt normatywny” i „akt prawotwórczy”. W tej sprawie por. Z. Ziembicki, *Akt normatywny czy „akt prawotwórczy”*, PiP 1993, z. 11–12, s. 96–98.

⁴⁴ Chyba że jej twierdzenie jest konsekwencją nieujawnionego założenia zgodnego ze stanowiskami takimi, jak wyrażone na przykład w zdaniach odrębnych do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 1992 r. w sprawie U. 1/92 (LEX 25236) przez sędziów Trybunału Konstytucyjnego:

– Henryka Groszyka, że samorząd lekarski jest podmiotem prawa publicznego, „który na mocy postanowień ustawy o izbach lekarskich (art. 4 ust. 1 pkt 2) wykonuje funkcje administracji publicznej, a co za tym idzie jego aktom można przyznać charakter źródeł prawa[...]” czy

– Remigiusza Orzechowskiego, że KEL „jest [...] aktem wykonawczym do ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich i pozostaje w ścisłym związku z powierzona przez tę ustawę samorządowi lekarskiemu funkcją z zakresu administracji państwowej.”

mogą rodzić dla swych adresatów całkiem dolegliwe konsekwencje⁴⁵. Dopóki treść tych aktów nie wzbudzi wątpliwości, sama forma raczej nie powinna być powodem dla stwierdzenia ich niezgodności z Konstytucją. Kwestią do rozstrzygnięcia natomiast będzie ich dopuszczalny zakres przedmiotowy i podmiotowy oraz skutek, jaki wobec wymienionych w tych aktach jako adresaci podmiotów, będą one miały.

Podsumowując ten wątek rozważań: Pozaprawne normy postępowania będące normami odniesienia, jeżeli nie są ujęte w postaci zbioru, będącego z formalnego punktu widzenia źródłem prawa samoistnym⁴⁶ (w systemie prawa polskiego mógłby to być tylko akt prawa powszechnie obowiązującego lub wewnętrznie obowiązującego), należy uznać za niesamoistne źródła prawa. Jako takie nie mogą więc samodzielnie podlegać abstrakcyjnej kontroli z punktu widzenia ich zgodności z obowiązującym prawem. Można posunąć się nawet dalej i stwierdzić, że normy zawarte we wszelkiego rodzaju zbiorach, takich jak kodeksy etyki zawodowej, da się uznać za przejaw pewnej praktyki interpretacyjnej prowadzonej w stosunku do pozaprawnych norm postępowania przez podmioty, w kwestii danych norm, kompetentne⁴⁷.

VII.

Jak w takim razie uniknąć niebezpieczeństw związanych z otwieraniem się systemu prawa na różne pozaprawne normatywne struktury społeczne? W szczególności, jak uniknąć niebezpieczeństwa, że pozaprawne normy

⁴⁵ Przykładem mogą być regulaminy bibliotek, w których oprócz określenia praw i obowiązków czytelników, przewidziane są, czasami nawet bardzo surowe sankcje, za naruszenie tych regulaminów, na przykład opłaty za niezwrócenie książek w terminie. (Zob. ustawę z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach, w tym jej art. 8 ust 1: *Biblioteki są organizowane i prowadzone przez podmioty zwane dalej „organizatorami”*; ust. 3: *Organizatorami bibliotek mogą być także: 1) osoby fizyczne, 2) osoby prawne, 3) jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej*; art. 12: *Zadania, organizację oraz szczegółowy zakres działania biblioteki wchodzącej w skład innej jednostki organizacyjnej określa regulamin nadany przez kierownika tej jednostki*; art. 14 ust. 4: *Zasady i warunki korzystania z biblioteki określa regulamin nadany przez jej dyrektora (kierownika).*)

⁴⁶ Przy czym ujęcie pozaprawnych norm postępowania w zbiorze – akcie, będącym z formalnego punktu widzenia źródłem prawa samoistnym, sprawia – moim zdaniem – że tracą one charakter wyłącznie pozaprawny i są po prostu normami prawnymi.

⁴⁷ Oczywiście, ponieważ normy takie są zwykle dość ogólne same podlegają dalszej interpretacji. Niemniej jednak wysoki stopień ogólności czy abstrakcyjności takich norm nie zaprzecza temu, iż stanowią one interpretację takich pozaprawnych norm postępowania, do których odsyła prawodawca, ale które są przyjmowane w danym środowisku.

postępowania, które prawodawca powiąże za pośrednictwem norm prawnych z jakimiś sankcjami prawnymi, okażą się niezgodne z porządkiem prawnym?

Należy przyjąć, że przepisy odsyłające oraz wynikające zeń normy, nakazujące uczynić użytek ze wskazanych w tych przepisach elementów, takich jak pozaprawne normy postępowania, podlegają ocenie i kontroli na takiej samej zasadzie jak wszystkie inne przepisy i konstruowane z nich normy. Ale i na takiej samej zasadzie jak inne, obejmuje je domniemanie zgodności z konstytucją, ew. z innym aktem wyższego rzędu niż ten, którego częścią jest przepis odsyłający.

Jednakże ww. domniemanie zostanie obalone, gdy okaże się, że przepisy odsyłające zawierają odesłanie do pozaprawnych norm postępowania w całości lub w pewnym zakresie niezgodnych z obowiązującym porządkiem prawnym (w szczególności – konstytucją). Obalenie domniemania będzie tu konsekwencją założenia, że kompetencja prawodawcy do stanowienia odesłań pozasystemowych jest ograniczona poprzez wymaganie zgodności norm odniesienia z porządkiem prawnym, a w szczególności z konstytucją. Wtedy też, same przepisy odsyłające trzeba uznać za niezgodne – w całości lub w pewnym zakresie – z obowiązującym porządkiem prawnym.

Jeżeli ww. domniemanie zostanie obalone przed odpowiednim organem i w odpowiednim trybie – w prawie polskim w odpowiedniej procedurze przed Trybunałem Konstytucyjnym – wówczas może dojść do wyeliminowania przepisu odsyłającego z systemu prawa w ogóle lub ustalenia takiego jego rozumienia, przy którym ww. niezgodność nie będzie zachodziła. Oznacza to, że w takiej sytuacji Trybunał Konstytucyjny powinien wydać orzeczenie stwierdzające wprost niekonstytucyjność przepisu odsyłającego lub też ustalające zakres treściowy tego przepisu, w jakim popada on w kolizję z Konstytucją (może to być tzw. wyrok interpretacyjny – pozytywny lub negatywny, gdyż, jak napisał Marek Safjan, celem takiego wyroku jest eliminacja niekonstytucyjnych treści znaczeniowych, które mogły być przypisane badanej regulacji w drodze przyjętych reguł wykładni prawa)^{48,49}.

⁴⁸ Tekst wystąpienia wygłoszonego przez Prezesa Trybunału Konstytucyjnego prof. M. Safjana w Komitecie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk 6 stycznia 2003 roku. <http://www.trybunal.gov.pl/Wiadom/Prezes/002.htm> pobrane 28 kwietnia 2010 r.

⁴⁹ Jeśliby więc zaakceptować przedstawione tu stanowisko, sentencja w przypadku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 kwietnia 2008 r. SK 16/07 powinna brzmieć mniej więcej tak: „Art. 15 ust. 1 oraz art. 41 oraz art. 54 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich [...] rozumiane jako odsyłające do normy zakazującej zgodnych z prawdą i uzasadnionych ochroną interesu publicznego wypowiedzi publicznych na temat

Zaprezentowane powyżej stanowisko ma kilka istotnych zalet:

1) Pozwala uniknąć, będącego skutkiem dotychczasowych konkurencyjnych koncepcji dylematu, a więc konieczności wyboru pomiędzy:

a) niebezpieczeństwem uzurpowania sobie przez organy władzy publicznej prawa do arbitralnego ingerowania w pozaprawne struktury normatywne,

i

b) niebezpieczeństwem pozbawienia tych organów kontroli nad tym, w jakim zakresie takie pozaprawne struktury normatywne (jeśli otworzy się na nie system prawa) będą wpływały na prawne uprawnienia i obowiązki podmiotów.

Przyjmując zaprezentowany tu pogląd, uznajemy bowiem, że organy władzy publicznej nie mają prawa do arbitralnego decydowania o treści norm o charakterze pozaprawnym, ale jednocześnie – paradoksalnie poprzez przedmiotowe ograniczenie kompetencji tych organów co do wydawania przepisów odsyłających – dajemy im narzędzie do ochrony obrotu prawnego przed niepożądanymi skutkami zbyt swobodnie rozumianych odesłań pozasystemowych.

2) Pozwala uniknąć problemów z legitymizacją orzeczeń sądu konstytucyjnego, wykluczających z obrotu prawnego możliwość odwoływania się do pozaprawnych norm postępowania niezgodnych z porządkiem prawnym. Orzeczenia te bowiem, jeśli byłyby wydawane w proponowanej formule, w same pozaprawne normy w ogóle nie ingerują i pozwalają wykluczyć jedynie takie skutki naruszenia tego rodzaju norm, które są skutkami prawnymi.

3) Odnosi się jednolicie do wszystkich sytuacji odesłań pozasystemowych: zarówno tych, w których normy odniesienia mają postać pisanego dokumentu, jak i tych, które funkcjonują w formie niespisanej. Rozwiązuje więc bardziej ogólny problem niż funkcjonujące dotychczas teorie.

4) Pozwala uniknąć wątpliwości powstających w tych sytuacjach, kiedy z przepisu odsyłającego nie wynika jasno, do których (spisanych czy niespisanych) pozaprawnych norm on się odnosi, a zarazem występują różnice pomiędzy treścią nie będącego aktem prawotwórczym aktu normatywnego, mającego odzwierciedlać pozaprawne normy a normami, funkcjonującymi rzeczywiście w danej społeczności. Niezgodność jednych i drugich norm z porządkiem prawnym jest tu bowiem traktowana jednakowo. Decyduje treść normy, a nie jej forma.

działalności zawodowej innego lekarza, są niezgodne z [...] Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”.

Sylvia Wojtczak

**THE PROBLEM OF THE OUT-OF-SYSTEM REFERENCES
TO THE NORMS CONFLICTING WITH LEGAL ORDER**

(Summary)

This paper attempts to analyze the problem of the out-of-system references to the norms conflicting with legal order. The author tries to research the problem taking as a starting-point a question if the lawmaker is authorized to enact provisions (norms) referring back to such – other than legal – norms (or evaluations) that conflict with legal order. Especially it can happen when the lawmaker uses so-called general clauses or when the legal norm refers to some codes of professional ethics, which were not created by the lawmaker but by another body. It is possible then that a social norm (or the norm of the code), which is a norm of reference, turns out to be in conflict with some legal norms. The answer for above-mentioned question is – according to the author – negative and this fact has several important consequences for the method of controlling the conformity of the normative act with the superior act. The most important of these consequences is that the subject of a control should be a legal provision that refers to the out-of-system norm and not such a norm itself. The controller must check if the provision refers to social norms that conform with legal order – within this range the provision itself conforms with legal order, outside – it doesn't. Such a method lets the controller adjudicate in what range the provision (and the norm that is constructed on its basis) conforms with legal order (and so is binding) and in what range it doesn't conform with a legal system (and so is not binding). Simultaneously, such a method doesn't let the controller (for example Constitutional Tribunal) interfere in the rule of reference which after all is not of a legal kind.

