



You have downloaded a document from
RE-BUŚ
repository of the University of Silesia in Katowice

Title: W poszukiwaniu Świętego Graala : Andrzej Grabowski o prawniczym pojęciu obowiązywania prawa

Author: Tomasz Pietrzykowski

Citation style: Pietrzykowski Tomasz. (2010). W poszukiwaniu Świętego Graala : Andrzej Grabowski o prawniczym pojęciu obowiązywania prawa. "Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" (2010, nr 1, s. 64-77).



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersytet ŚLĄSKI
W KATOWICACH



Biblioteka
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego

Tomasz Pietrzykowski
Uniwersytet Śląski w Katowicach

W poszukiwaniu Świętego Graala. Andrzej Grabowski o prawniczym pojęciu obowiązywania prawa¹

1. Uwagi wstępne

W polskiej literaturze prawniczej rzadko ukazują się prace, w których zamierzeniem autora jest zakwestionowanie niemal całego dorobku dotyczącego określonego zagadnienia o pierwszorzędnym znaczeniu i podjęcie próby skierowania toczącej się na jego temat dyskusji na zupełnie inne tory. Niestety, nie doczekaliśmy się w polskim prawoznawstwie żadnej *Grundlagendiskussion*². Stąd też pojawienie się pracy krakowskiego filozofa prawa średniego pokolenia – Andrzeja Grabowskiego, poświęconej pojęciu obowiązywania prawa, uznać trzeba za wydarzenie znaczące. Wrażenie to umacnia oryginalność i odwaga, a zarazem wnikliwość i rzetelność prowadzonych w niej rozważań (z których autor ten zresztą słynie). Choć nie należy ona do lektur łatwych, wysiłek intelektualny włożony w prześledzenie niemal 600 stron nierzadko bardzo subtelnym rozumowań zostaje ze wszech miar wynagrodzony. A. Grabowski zmierza bowiem, jak sam deklaruje, do skonstruowania takiej koncepcji obowiązywania prawa, „która byłaby nie tylko poprawna z punktu widzenia współczesnej teorii i filozofii prawa, ale również pomocna w rozwiązywaniu przynajmniej niektórych problemów walidacyjnych, z jakimi spotykamy się w praktyce prawniczej” (s. 1).

Z uwagi na oczywistą teoretyczną i praktyczną doniosłość problemu obowiązywania prawa, tezy, argumenty i wnioski przedstawione przez A. Grabowskiego bezwzględnie zasługują na obecność w świadomości prawniczej wykraczającą poza stosunkowo wąski krąg teoretyków i filozofów prawa. Stąd też jednym z celów niniejszych uwag jest zwrócenie uwagi na główne wątki tej niezmiernie doniosłej publikacji prawniczej. Zarazem Autor z całą otwartością stara się sprowokować do dyskusji. Niejednokrotnie podkreśla kontrowersyjność swoich tez na tle zastanych w myśleniu prawniczym schematów. Z całą pewnością poglądy Autora do takiej dyskusji skłaniają, zwłaszcza że wiele z prezentowa-

¹ A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków: Księgarnia Akademicka, 2009, 566 s.

² Pewnymi jej namiastkami były dyskusje wokół zdefiniowania, a właściwie przeszczerzenia do naszego porządku prawnego „zasad państwa prawa”, choć i one w kontekście wniosków jakie dla pojmowania prawa przyniosło półwiecze komunistycznej dyktatury jawią się, niestety, jako dość rachityczne.

nych przez niego twierdzeń ma charakter bezpośrednio polemiczny względem wcześniej formułowanych koncepcji obowiązywania prawa oraz natury rozmaitych praktycznych problemów walidacyjnych³. Chcąc taką dyskusję podjąć podkreślam, że moim zamiarem nie jest klasycznie rozumiana „recenzja” książki, ale polemiczny komentarz wobec pewnych kluczowych tez postawionych w *Prawnicy pojęciu obowiązywania prawa*, a także obrona niektórych spośród krytykowanych w nim poglądów.

2. Postpozytywistyczne ujęcie obowiązywania prawa

Budowane przez Autora – jak sam je nazywa – „postpozytywistyczne pojęcie obowiązywania prawa” wyrasta z przeprowadzonej przez niego obszernej krytyki dotychczasowych prób eksplikacji tej fundamentalnej kategorii prawniczej⁴. W pierwszej kolejności obszernie omawia głośnie w ostatnich dekadach tzw. niepozytywistyczne koncepcje prawa Ralfa Dreiera i Roberta Alexy’ego. Ta część pracy (zajmująca jej pierwszych 200 stron) w znacznej mierze wykracza poza samą problematykę obowiązywania, stanowiąc w istocie całościową prezentację rozwoju poglądów tych dwu czołowych przedstawicieli niemieckiej filozofii prawa. Są one jednak bezpośrednio związane z zasadniczą interesującą go kwestią, jako że omawiane koncepcje wprost nawiązują do słynnej „formuły Radbrucha”, zgodnie z którą ustawy, których niesprawiedliwość przekracza „nie dającą się znieść miarę” tracą przymiot prawa, a tym samym nie mają charakteru prawnie obowiązującego. Autor drobiazgowo rekonstruuje i krytykuje złożoną i finezyjną argumentację współczesnych niepozytywistów za pojmowaniem prawa uwzględniającym pojęciowy wymóg jego minimalnej materialnej słuszności (w tym słynny argument „roszczenia do słuszności” R. Alexy’ego).

Pomijając szczegółową, bez wątpienia wnikliwą, przekonującą i momentami niezwykle błyskotliwą krytykę poglądów niepozytywistów, ograniczmy się do zaakcentowania, że formułowane przez nich definicje prawa (a tym samym „obowiązywania” prawa) uznaje A. Grabowski za niewystarczające także z powodu ich „kryterialności” (formułowania warunków, których spełnienie powoduje uzyskanie przez normę mocy obowiązującej). Jego zdaniem formułowanie kryterialnych definicji obowiązywania prawa koncentruje dyskusję na (jak sądzi – wtórnym) problemie *ekstensji* (zakresu) pojęcia obowiązywania, a tym samym na pytaniu „które normy” są prawnie obowiązujące, nie zaś na bardziej zasadniczej kwestii jego *intensji* (znaczenia), tj. pytaniu, „co to znaczy”, że pewne normy są prawnie obowiązujące (s. 211).

Ten zarzut odnosi zresztą Autor następnie także do pozytywistycznych prób klasyfikacji pojęcia obowiązywania prawa przy pomocy rozmaitych kryteriów, takich jak przynależność normy do systemu prawnego, jej stosowanie, stosowalność, przestrzeganie lub efektywność, bądź też ich rozmaitych kombinacji. Dochodzi do wniosku, że owe typowe dla analitycznej filozofii prawa koncepcje obowiązywania prawa okazują się „zaskakująco” podatne na „dekonstrukcję” przy pomocy samych li tylko *stricte* analitycznych argumentów, obnażających ich wewnętrzne słabości i niekonsekwencje. Co więcej, są

³ Od problemów intertemporalnych, kolizyjnych, po rozmaite kwestie związane z kwestią konstytucyjności przepisów czy relacjami norm prawnych do „pozaprawnych” – jak chociażby w słynnym orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym niezgodności z Konstytucją RP postanowień kodeksu etyki zawodowej lekarzy (postanowienie TK z dnia 7 października 1992, U 1/92).

⁴ Na temat „postpozytywizmu” prawniczego zob. T. Pietrzykowski, *Czym jest postpozytywizm prawniczy?*, „Radca Prawny” 2009/12, s. 4 i n.; wersja dostępna online: http://www.wpia.us.edu.pl/us_addressbook/cmp/20861/links.

one bez wyjątku obarczone „błędem ekstensjonalności” tj. skoncentrowaniu na kwestii „które” normy obowiązują, a nie wyjaśnieniu samego znaczenia (intensji) obowiązywania. Pojęcie to wymaga zatem, jego zdaniem, zdefiniowania na nowo, w sposób „niekryterialny” i unikający licznych ujawnionych w krytykowanych koncepcjach słabości. Tego rodzaju regulująca definicja powinna zarazem spełniać takie wymogi jak akceptowalność dla prawników (tj. niesprzeczność z powszechnymi intuicjami prawniczymi), praktyczna użyteczność, aksjologiczna bezstronność, niesprzeczność z faktami oraz nie uzasadnianie niesprawiedliwych rozstrzygnięć (s. 474–480). Warunki te wypełnia, jak sądzi, zaproponowana przez niego definicja, mająca następujący kształt:

„Norma prawa stanowionego obowiązuje wtedy i tylko wtedy, gdy potencjalny adresat normy nie ma prawnych możliwości odmowy zachowania się w sposób wymagany przez normę lub podjęcia działań dla osiągnięcia wyznaczonego przez nią celu” (s. 459).

A. Grabowski bardzo dokładnie wyjaśnia po kolei każde użyte w niej słowo, poddając ją swego rodzaju „wykładni autentycznej” (s. 459–467). Następnie, przy jej użyciu podejmuje próbę przeanalizowania także ekstensji pojęcia obowiązywania. Czyni to poprzez scharakteryzowanie prawniczego dyskursu walidacyjnego i należących do niego sposobów argumentacji. Tylko bowiem w perspektywie dyskursywnej możliwe jest, jego zdaniem, niekryterialne rozwiązanie problemu ekstensji prawniczego pojęcia obowiązywania prawa. Trzeba dostrzec i podkreślić, że takie postawienie sprawy ma charakter nowatorski i świadczy niewątpliwie o oryginalności i inwencyjności podejścia badawczego A. Grabowskiego. Autor interesująco analizuje przede wszystkim funkcjonujące w dyskursie walidacyjnym „domniemanie obowiązywania norm prawa stanowionego” (*nota bene* konsumujące w istocie znane z problematyki konstytucyjnej „domniemanie konstytucyjności” aktów normatywnych). Treść domniemania obowiązywania norm prawa stanowionego rekonstruuje w sposób następujący:

„Jeżeli norma N została ogłoszona w sposób zgodny z proceduralnymi warunkami ogłaszania norm prawnych i weszła w życie oraz nie weszła w życie, ogłoszona w sposób zgodny z proceduralnymi warunkami ogłaszania norm prawnych, norma ją derogująca, to norma N obowiązuje” (s. 516).

Następnie, na jego tle, identyfikuje 10 rodzajów argumentacji walidacyjnej mającej charakter bądź to negatywny (uzasadniający wniosek o nieobowiązywaniu normy), bądź też pozytywny (uzasadniający wniosek o jej obowiązywaniu). Do argumentacji negatywnych zalicza:

- 1) „blokade” domniemania, polegającą na wykazywaniu, że w istocie nie zaszły fakty, będące podstawą domniemania, tj. norma nie została prawidłowo ogłoszona, nie weszła jeszcze w życie etc.;
- 2) „wygaśnięcie” oraz „zniesienie” domniemania, w których przedmiotem argumentacji jest wykazanie, że spełniony został warunek negatywny domniemania, tj. doszło do derogacji autentycznej normy dokonanej przez prawodawcę (wygaśnięcie domniemania), bądź też pozbawienia jej mocy obowiązującej w wyniku orzeczenia sądu konstytucyjnego (zniesienie);
- 3) „obalenie” domniemania, w których przedmiotem argumentacji jest podważenie wniosku domniemania, mimo spełnienia jego przesłanek. Argumenty mogą tu odwoływać się bądź to do uchybień kompetencyjno-formalnych (wydanie aktu przez organ *ultra vires* lub z poważnym naruszeniem procedury) bądź też do kwestii treściowych (ewentualnych argumentów aksjologicznych). Ponadto można mówić także o „destrukcji” domniemania, a więc argumentacji zmierzającej do

wykazania, że dyskurs walidacyjny wcale nie opiera się na takim domniemaniu, co jednak stanowiłoby już domenę metadyskursu walidacyjnego (do którego Autor zalicza swoje własne rozważania).

Natomiast wśród pozytywnych sposobów argumentacji walidacyjnej Autor wymienia:

- 1) „obejście” początkowe domniemania – a więc wywodzenie, że dana norma obowiązuje, mimo że nie zaszły fakty stanowiące podstawę domniemania (zawierający je akt nie został uchwalony oraz ogłoszony)⁵;
- 2) „obejście” końcowe domniemania polegające na twierdzeniu, że norma obowiązuje nadal, mimo zajścia warunku wyłączającego (tj. ogłoszenia i wejścia w życie normy ją derogującej). Problem ten dotyczy przede wszystkim kwestii intertemporalnych, do których wrócimy jeszcze nieco dalej.

A. Grabowski zwraca ponadto uwagę na możliwość „zawieszenia” domniemania obowiązywania, które jego zdaniem zachodzić może zasadniczo w dwóch przypadkach – ustaw epizodycznych i ustawodawstwa stanów nadzwyczajnych (np. art. 223 Konstytucji RP), w których dochodzi do czasowego uchylecia mocy obowiązującej określonych norm. Trzeci, niezwykle kontrowersyjny przypadek „zawieszenia” domniemania obowiązywania obejmuje tzw. „zawieszenie trybunalskie”, to jest normy uznane za niekonstytucyjne wyrokiem TK, którego wejście w życie zostało jednak odroczone (na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji). Autor z pewnym wahaniem zajmuje stanowisko, że w tym okresie sędzia „ma prawną możliwość odmowy” zastosowania takich norm, a zatem nie są one w tym okresie – zgodnie z jego definicją – obowiązujące (mimo iż stwierdzający ich niekonstytucyjność wyrok nie wszedł jeszcze „w życie”)⁶. Podejmuje wreszcie jeszcze bardziej kontrowersyjny problem „odżycia” domniemania obowiązywania norm w przypadku derogacji (zwłaszcza „trybunalskiej”) norm derogujących (lub nowelizujących) poprzednio obowiązujące normy. Mimo dyskusyjności, podzielany przez Autora pogląd o możliwości „odżycia” norm uchylonych przepisami następnie także uchylonymi zdaje się (moim zdaniem słusznie) zyskiwać stopniowo aprobatę w polskiej nauce prawa⁷.

3. W poszukiwaniu Świętego Graala

Przeprowadzone przez Autora rozumowanie stanowi pod wieloma względami oryginalne, świeże i odkrywcze spojrzenie na problematykę walidacyjną prawoznawstwa. Z pewnością nie ma w polskiej (a być może nie tylko polskiej) literaturze prawniczej

⁵ Autor podaje w tym kontekście przykład sporu o obowiązywanie nieogłoszonych tzw. umów republikańskich istotnych dla rozstrzygnięć dotyczących mienia zabużańskiego; por. M. Masternak-Kubiak, *Glosa do wyroku TK z 19 grudnia 2002 r. K 33/02 (Kwestia mocy wiążącej tzw. umów zabużańskich)*, „Państwo i Prawo” 2003/6, s. 119 i n.

⁶ Status tego rodzaju norm, które oczekując na odroczone wejście w życie wyroku TK znajdują się w fazie (jak nazywa to Autor *vacatio derogationis*), budzi zasadnicze rozbieżności w praktyce sądowej. Część sądów uznaje, że w tym okresie przepis „mimo uznania za niekonstytucyjny nadal obowiązuje w dotychczasowym brzmieniu” (np. wyrok SA w Białymstoku z 26.02.2008 r. III AUa 36/08), „do upływu okresu utraty mocy obowiązującej przepisu sądy i inne organy winny stosować ten przepis” (wyrok SN z 20.04.2006 IV CSK 38/06), czy też: „do upływu terminu utraty mocy przepisu uznanego za niezgodny z Konstytucją przepis taki zachowuje moc obowiązującą, zatem musi być przestrzegany i stosowany przez wszystkich jego adresatów” (postanowienie SA w Krakowie z dnia 11.10.2006 r. II AKz 382/06). Inne sądy prezentują natomiast odmienne, bliższe poglądowi Grabowskiego, stanowisko, używając wręcz nieraz zwrotu, że w okresie tym sąd „może odmówić” zastosowania niekonstytucyjnego przepisu (wyrok NSA z 23.02.2006 II OSK1403/05) bądź też że odroczenie utraty mocy obowiązującej „nie stanowi przeszkody” do niezastosowania niekonstytucyjnego przepisu przez sąd (np. wyrok SN z dnia 23.01.2007 r. III PK 96/06).

⁷ Por. A. Grabowski, *Prawnicze...*, s. 545 i cyt. tam literatura.

drugiej tak wartościowej pracy poświęconej temu zagadnieniu. Nie znaczy to jednak, że argumenty i wnioski A. Grabowskiego nie budzą wątpliwości czy obiekcji. Wprost przeciwnie – jest ich wiele i wbrew przewidywaniom samego Autora, jedynie w niewielkim stopniu dotyczą one najbardziej kontrowersyjnego *prima facie* fragmentu zaproponowanej przez niego definicji, a więc pojęcia „prawnych możliwości odmowy” realizacji normy. Podstawowe pytania i uwagi rodzą się bowiem na gruncie spraw znacznie bardziej fundamentalnych.

Zasadnicza wątpliwość, na jaką chciałbym zwrócić uwagę, dotyczy podjęcia przez Autora próby wyjaśnienia „intensji” pojęcia obowiązywania prawa. Problem jednak w tym, że nie odnosi się ono do żadnego naturalnego zjawiska, którego „istota” wymaga wyjaśnienia i odzwierciedlenia w definicji, ale pewnej praktyki społecznej uznawania określonych norm za posiadające status „prawnie obowiązujących” w ramach zinstytucjonalizowanego porządku prawnego. Innymi słowy jest nazwą pewnej instytucji (obowiązywania prawa), a sam status normy jako „prawnie obowiązującej” stanowi fakt instytucjonalny, polegający na pewnym sposobie traktowania określonych norm. Struktura faktu instytucjonalnego może być modelowo ujęta w postaci formuły (nazwanej przez Johna Searle’a „regułą konstytutywną” danego faktu⁸):

X w okolicznościach Z *liczy się* jako Y

Np. Jan (X) po otrzymaniu nominacji sędziowskiej (Z) *liczy się* jako sędzia (Y). Przelew pewnej kwoty na określone konto (X) w sytuacji takiego a nie innego stanu rozliczeń (Z) *liczy się* jako nadpłata podatku (Y) etc.

Fakty instytucjonalne (takie jak „bycie sędzią”, „nadpłata” czy „obowiązująca norma”) mogą zachodzić jedynie na gruncie pewnych instytucji (stąd ich nazwa) – w powyższych przykładach instytucji „sędziego”, „nadpłaty podatku” czy właśnie „prawnego obowiązywania normy”. Na instytucje takie składają się zaś dwa rodzaje reguł – określające jakie X, w jakich okolicznościach (Z) staje się (*ma liczyć się jako*) Y oraz wyznaczające normatywne konsekwencje wynikające z uzyskania przez X statusu Y⁹. Innymi słowy, na instytucję „nadpłaty podatku” składają się pewne reguły instytucyjne mówiące co i kiedy ma liczyć się jako „dokonanie nadpłaty” oraz reguły konsekwencyjne, wskazujące jakie normatywne konsekwencje (i wobec kogo) wynikają z uzyskania przez pewną płatność (X) statusu „nadpłaty” (Y). Podobnie instytucję „sędziego” sprowadzić można do zbioru reguł określających kto, po spełnieniu jakich warunków ma być traktowany (liczyć się) jako sędzia, a także zbioru obowiązków, uprawnień czy kompetencji określonych osób (w tym samego X) związanych z faktem posiadania przez niego statusu sędziego (Y)¹⁰. Reguły instytucyjne przedstawić można w postaci zbioru

⁸ Zob. na ten temat J. Searle, *The Construction of Social Reality*, Londyn 1995; T. Pietrzykowski, *John Searle i ontologia prawa*, „Studia Prawnicze” 2009/1–2; por także T. Gizbert-Studnicki, *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa*, w: J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 124 i n.; S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996; a także U. Neumann, *Problem obowiązywania prawa*, „Państwo i Prawo” 2007/7, s. 31 i n.

⁹ W klasycznym ujęciu N. MacCormicka w ramach instytucji prawnych wyróżnić można trzy rodzaje reguł: instytucyjne, konsekwencyjne i terminatywne (określające sposób utraty przez X statusu Y). Za J. Bengoetxea uważam jednak, że dopuszczalnym uproszczeniem rekonstrukcji struktury instytucji jest pominięcie w niej reguł terminatywnych, które są bowiem zarazem regułami instytucyjnymi innego faktu instytucjonalnego, którego zajęcie „znosi” poprzedni (tak jak reguły terminatywne „obowiązywania prawa” są w istocie regułami instytucyjnymi instytucji „derogacji” i pokrewnych jej sposobów znoszenia faktu polegającego na „obowiązywaniu” określonej normy). Odróżnienie, którym posługuję się powyżej jest także inspirowane rozważaniami S. Czepity na temat reguł konstrukcji czynności konwencjonalnej i jej reguł konsekwencyjnych (S. Czepita, *Reguły...*, s. 147 i n.).

¹⁰ Zob. na ten temat szerzej T. Pietrzykowski, *Instytucje prawne jako sprzężenie reguł* (niepublikowany tekst dostępny online: http://www.wpia.us.edu.pl/us_addressbook/emp/20861/links).

warunków po spełnieniu których X „staje się” instytucjonalnym Y (np. warunków po spełnieniu których ktoś staje się sędzią). Reguły konsekwencyjne natomiast stanowią zbiór obowiązków i uprawnień określonych osób (podmiotów) wiązanych z tym, że X „liczy się” jako Y. Strukturę normatywną instytucji prawnej można więc przedstawić w postaci następującego schematu:

$$X \nearrow Y \rightarrow A_{O1}, A_{O2}, \dots, A_{On}, B_{O1}, B_{O2}, \dots, B_{On} \text{ etc.}$$

czytane jako: jeśli X uzyskuje status Y, to na A ciąży obowiązek O1, O2, ..., On, na B obowiązek O1, O2, ..., On etc.

Dla uproszczenia pomijamy zarówno to, że obowiązki te mogą mieć postać nakazów lub zakazów, a także kwestię uwzględnienia wśród możliwych normatywnych konsekwencji faktu instytucjonalnego nie tylko obowiązków, ale także uprawnień i kompetencji (o ile nie mogą one być ostatecznie do obowiązków zredukowane). Tęgo rodzaju konsekwencje (w postaci obowiązków, uprawnień czy kompetencji) mogą ciążyć także na samym X – jeśli bowiem dany fakt instytucjonalny polega na przypisaniu określonego statusu (np. sędziego) osobie, wówczas $X = A$, a na samym X ciąży obowiązek wynikający z tego, że „jest” on sędzią (Y). Nieco inna sytuacja zachodzi, gdy fakt taki polega na przypisaniu statusu rzeczom lub zdarzeniom, jak np. „nadpłaty podatku”, „dowodu osobistego”, „banknotu 100 zł” czy „publikacji wyroku”.

Także na instytucję obowiązywania prawa stanowionego składają się dwa rodzaje reguł – określające kiedy (po spełnieniu jakich warunków) wypowiedź normatywna staje się (ma się liczyć jako) „prawnie obowiązująca norma” oraz wyznaczające deontyczne konsekwencje zyskania przez nią takiego statusu. Czy zatem nie można by powiedzieć, że reguły instytucyjne tego rodzaju instytucji prawnej jaką jest prawne obowiązywanie normy wyznaczają ekstensję pojęcia „prawnego obowiązywania normy”? Tak sądzą. Trudno byłoby wszak kwestionować, że reguły instytucyjne np. instytucji „spółki akcyjnej” przesądzają „jakie byty” (jakie X) liczą się jako „spółki akcyjne” (Y), a tym samym jaki jest zakres, ekstensja pojęcia „spółka akcyjna” w prawie polskim. Reguły instytucyjne instytucji obowiązywania obejmować mogą zarówno sposób powstania danej normy (jej „pochodzenie”), spełnienie innych warunków (np. wejście w życie), jak i wreszcie rozmaite (pozytywne lub negatywne) kryteria treściowe. Warto także dostrzec, że norma może zyskiwać status „prawnie obowiązującej” z uwagi na spełnienie jednego z kilku alternatywnych zespołów kryteriów (objętych odmiennymi zbiorami reguł instytucyjnych).

Czy jednak poszukiwana przez Autora „intensja” pojęcia obowiązywania (jego „znaczenie”) mogłaby stanowić parafrazę zbioru konsekwencji normatywnych instytucji obowiązywania? Gdyby chcieć spojrzeć na sprawę w ten właśnie sposób, to nasuwa się od razu spostrzeżenie, że uznanie normy za obowiązującą nie ma żadnych innych konsekwencji normatywnych poza tymi, jakie ona sama wyznacza swoim adresatom. Jeśli norma nakazująca Janowi zapłacenie podatku jest, tzn. liczy się jako norma „prawnie obowiązująca” to Jan jest (czyt. liczy się jako) prawnie zobowiązany do zapłaty podatku, naczelnik urzędu skarbowego do wydania odpowiedniej decyzji etc. W pojęciu „obowiązywania normy” nie ma nic ponad zbiór tego rodzaju normatywnych konsekwencji wynikających z jej treści.

Nie oznacza to jednak, wbrew stanowisku Autora, ani tego, że prowadzi to do „deflacyjnego” pojęcia obowiązywania (które niejako samo redukuje się do zera, bo nie wnosi nic do już istniejących obowiązków wynikających z samej treści norm obowiązujących), ani logicznie zbędnej iteracji obowiązków (a więc dokładania dodatkowego obowiązku

„postępowania zgodnego z normą”, a tym samym obowiązku uczynienia tego, co jest i tak jego obowiązkiem wynikającym z treści normy). Obydwa te zarzuty opierają się bowiem na założeniu, że sposób zachowania opisany w treści normy jest już (liczy się jako) „prawny obowiązek” jej adresata, niezależnie od tego czy norma taka zyskała status normy „prawnie obowiązującej” czy nie. Wówczas rzeczywiście iteracja takiego obowiązku poprzez definiowanie „obowiązywania” jako obowiązku wykonania swojego obowiązku prowadziłyby do logicznej redundacji. Jednakże sam fakt wyrażenia w treści pewnej wypowiedzi normatywnej jakiegoś obowiązku nie oznacza, że jej adresat jest *eo ipso* „prawnie zobowiązany” do przewidzianego tą normą zachowania. Jeżeli sformułuję normę „każdy ma obowiązek dać mi 100 zł”, to (niestety) nie nakładam tym samym na nikogo żadnego prawnego obowiązku. Dopiero ewentualne zyskanie przez taką wypowiedź normatywną statusu „prawnie obowiązującej normy” prowadzi do tego (i tylko do tego), że jej adresaci stają się „prawnie zobowiązani” do wręczenia mi 100 złotych (a nie prawnie zobowiązani do realizacji ich prawnego obowiązku ofiarowania mi 100 zł, takiego bowiem na gruncie nie obowiązywania owej normy nie mieli). Norma prawnie nieobowiązująca nie konstytuuje żadnego prawnego obowiązku (niezależnie od swojej treści), a norma prawnie obowiązująca jeden (ten wynikający z jej treści), a nie dwa – tj. zarówno obowiązek realizacji normy, jak i obowiązek zachowania się w sposób opisany w samej normie. W ten sposób normatywna „treść” pojęcia obowiązywania normy rozkłada się, czy też rozprasza na zbiór konsekwencji normatywnych, jakie dla adresatów (czy – jak ujmuje to Autor – „potencjalnych adresatów”) obowiązującej normy wyznaczone są jej dyspozycją.

Gdyby więc „intensję” pojęcia obowiązywania utożsamiać z normatywnymi konsekwencjami uznania normy za obowiązującą, wówczas koncepcja Autora byłaby w zasadzie poprawna, choć stanowiłaby spojrzenie niejako „od tyłu”. Obowiązek zachowania się w sposób ϕ jest negacją uprawnienia do zachowania się $\sim\phi$. Trudno zaś dopatrzeć się logicznej różnicy między uprawnieniem do zachowania się $\sim\phi$, a „możliwością odmowy” zachowania się ϕ . Tym samym trudno uniknąć konkluzji, że „brak możliwości odmowy” realizacji normy odpowiada logicznie „obowiązkowi jej realizacji”. Definicja Autora byłaby więc nie tyle nietrafna, co osobliwie i dość enigmatycznie sformułowana¹¹. Zamiast powiedzieć, że „prawne obowiązywanie” normy nakazującej Janowi zapłatę podatku „znaczy” (ściślej – pociąga za sobą konsekwencję), że Jan ma obowiązek zapłaty podatku, mówilibyśmy, że „znaczy” ono, że Jan „nie ma prawnej możliwości odmowy” zapłaty podatku.

Równocześnie tego rodzaju zastąpienie obowiązku negacją „prawnej możliwości” zachowania przeciwnego rodzi problemy, które nie znajdują satysfakcjonującej odpowiedzi na gruncie przyjętej przez A. Grabowskiego definicji. Nieobowiązywanie normy nie pociąga wszakże za sobą identycznych konsekwencji prawnych dla wszystkich rodzajów adresatów. W przypadku sędziego nie oznacza zwłaszcza, że ma on „prawna możliwość odmowy” zastosowania nieobowiązującej normy, ale że nie ma prawnej możliwości odmowy jej niezastosowania. Mówiąc prościej – nie wolno mu jej zastosować, a nie – wolno mu jej nie zastosować (czy „odmówić” jej zastosowania)¹². Pod tym

¹¹ Nie jest dla mnie jasne w jaki sposób powody wspomniane przez Autora (s. 459) rzeczywiście zmuszają go do zastąpienia pojęcia nakazu (obowiązku) pojęciem „braku możliwości odmowy”, przez to wstrzymuję się od ostatecznej opinii na temat ewentualnej zasadności takiej zamiany mimo wskazanych wyżej zastrzeżeń i komplikacji do jakich prowadzi.

¹² Analizując przykład, Autor pisze np. „Przed wejściem w życie normy sankcjonującej, jej potencjalny adresat (czyli sąd właściwy do rozstrzygnięcia tego typu spraw) z pewnością dysponował «prawnymi możliwościami odmowy» realizacji tejże normy, to znaczy zasądzenia odpłaty” (s. 534). Jest to co najmniej myląca charakterystyka sytuacji, gdyby bowiem sędzia zasądził odpłatę z tytułu rozwiązania umowy o pracę, które nastąpiło przed wejściem w życie niere-

względem sytuacji sędziego zasadniczo różni się jednak od sytuacji „zwykłego” adresata przepisów, który wedle swojej woli może „odmawiać” lub „nie odmawiać” zachowania się w sposób określony nieobowiązującą go prawnie normą¹³, czego definicja A. Grabowskiego wydaje się nie uwzględniać.

Ponadto potraktowanie „braku prawnej możliwości odmowy” (*ergo* obowiązku zachowania się w sposób określony w normie) jako „znaczenia” pojęcia obowiązania ewidentnie zamazuje dość jasną dla prawników zależność obowiązków prawnych od obowiązania nakładających je norm. Brak „prawnej możliwości odmowy” zachowania się w pewien sposób stanowi bowiem raczej konsekwencję niż synonim obowiązania normy nakazującej dane zachowanie się oraz braku normy umożliwiającej uchylenie się od nałożonego przez nią obowiązku (na zasadzie np. *lex specialis*, klauzuli sumienia etc.). Skąd bowiem, jeśli nie z faktu uznawania pewnej normy za obowiązującą, miałby wypływać czykolwiek „brak możliwości odmowy” zachowania się w taki czy inny sposób, podobnie zresztą jak sama taka „możliwość”?

Jednakże bezpośrednie deklaracje Autora zmuszają do odrzucenia nawet tej, rozważanej powyżej, interpretacji jego stanowiska, w której „intensja” pojęcia obowiązania prawa mogłaby zostać utożsamiona ze zbiorem normatywnych konsekwencji uznania danej normy za „prawnie obowiązującą”. Wprost bowiem uznaje on, że jego „postpozytywistyczna” definicja obowiązania nie tylko „nie określa normatywnych (prawnych) konsekwencji obowiązania norm prawnych”, ale tego rodzaju „implikacje walidacyjne” na jej gruncie „tracą sens”¹⁴. Wygląda więc na to, że Autor stara się jednak odkryć „istotę” (nazywaną przez niego „intensją”) pojęcia obowiązania wykraczającą poza niezbyt ekscytującą rekonstrukcję zbioru instytucyjnych i konsekwencyjnych reguł instytucji nazywanej przez prawników „obowiązaniem prawa”. Problem jednak w tym, że treść tego rodzaju pojęć instytucjonalnych wyczerpuje się w konstytuujących je tych dwóch rodzajach reguł. Nie da się odpowiedzieć na pytanie co na gruncie danego systemu prawnego „znaczy” być sędzią, nadpłatą podatku, warunkowym umorzeniem postępowania czy zażaleniem poza sparafrazowaniem reguł określających kto lub co, w jakich okolicznościach liczy się jako takie czy inne instytucjonalne „Y” oraz jakie normatywne konsekwencje z posiadania takiego statusu mają wynikać. Nie ma, ani pomiędzy, ani ponad nimi, żadnej „istoty” bycia sędzią, nadpłatą lub obowiązaniem.

troaktywnego przepisu przewidującego taki skutek prawny po prostu naruszyłby prawo. Jest bowiem zobowiązany przepisu tego nie stosować, a nie obdarzony „możliwością” odmowy jego zastosowania (chyba, że ta ostatnia miałaby implikować „niemożność” jego zastosowania, wówczas jednak nie pasowałaby do sytuacji zwykłego podmiotu prawa, np. pracodawcy który może taką odprawę wypłacić nawet jeśli wymagający tego przepis nie wszedł jeszcze w życie.

¹³ Ta ostatnia konstatacja wymagałaby jednak pewnych dalszych kwalifikacji – w końcu podatnikowi nie wolno z własnej woli zapłacić podatku w sytuacji, gdy nie jest do tego zobowiązany, a w każdym razie nie będzie to traktowane jako „dobrowolna zapłata podatku”, a przymusowo będzie stanowiło jego „nadpłatę”.

¹⁴ Podstawową przesłanką odrzucenia przez Autora takiego ujęcia obowiązania jest zarzut jego „deflacyjności”, tj. (jak rozumieć) doprowadzenia do faktycznej zbędności pojęcia obowiązania z uwagi na to, iż jego treść wyczerpywałaby się już w zbiorze warunków uznania normy za obowiązującą oraz zbiorze normatywnych konsekwencji takiego uznania (s. 289 i n.). Wówczas bowiem pojęcie to nie miałyby żadnej „wartości dodanej”, sprowadzałyby się w pełni do norm możliwych do przedstawienia bez jego użycia. Nie dostrzegam w tak rozumianej „deflacyjności” niczego kłopotliwego – wszak tego rodzaju redukcja możliwa jest w stosunku do wszelkich nazw instytucji prawnych. Treść pojęcia „spółka akcyjna” wyczerpuje się w zbiorze reguł instytucyjnych (co „liczy się” jako taka spółka) oraz konsekwencyjnych (jakie i czyje uprawnienia i obowiązki z tego wynikają). Czy staje się ono przez to „deflacyjne”? Za nietrafne uważam także powołanie się w tym kontekście na słynny „argument *tū-tū*” Alfa Rossa, który zmierzał właśnie do ujawnienia zagrożenia traktowania tego rodzaju pojęć jako pewnych idealnych „bytów”. Ponadto Autor dyskutuje tego rodzaju strukturę instytucji obowiązania jedynie w ramach krytykowanej (słusznie) koncepcji obowiązania „jako przynależności” do systemu, tym samym pomijając możliwość objęcia regułami instytucyjnymi wszelkich uznawanych w danym porządku prawnych wymogów (nie tylko formalnej przynależności).

Jej poszukiwania przypominając popularne w dawniejszej literaturze prawniczej poszukiwania np. „istoty” osoby prawnej, które doprowadziły do budowania rozmaitych „teorii” osób prawnych, jako osobowych lub nieosobowych kolektywów, fikcji, wspólnych majątków, interesów etc.¹⁵ Złudzenie, że w tego rodzaju pojęciach poza treścią konstytuujących daną instytucję reguł mieści się jeszcze dodatkowo jakaś „istota”, skazuje jego ofiary na los poszukiwaczy Świętego Graala. Nic więc dziwnego, że także odnajdywana przez A. Grabowskiego „intensja” pojęcia obowiązywania po raz kolejny okazuje się (o czym wiedzą zresztą wszyscy poprzedni poszukiwacze Świętych Graali) nie unikatową relikwią, a jedynie zwyczajnym pozłacanym kielichem z domu jakiegoś rzymskiego patrycjusza.

4. Co zatem wiemy o obowiązywaniu prawa?

Nie ulega wątpliwości, że zarówno w języku prawnym, jak i prawniczym języku praktyki i dogmatyki prawa za „obowiązujące” uznawane są przepisy od momentu ich wejścia w życie do chwili ich uchylecia (derogacji). Fakt ten winien znaleźć odzwierciedlenie w każdej próbie teoretycznej analizy pojęcia obowiązywania prawa chcącej zachować związek z praktyką funkcjonowania porządku prawnego (co skądinąd Autor przyznaje). Owocną, jak się wydaje, sugestią co do możliwego sposobu rekonstrukcji przesłanek (a tym samym przynajmniej podstawowych, pozytywnych reguł instytucyjnych) tak właśnie ujmowanego „obowiązywania prawa” podjął argentyński filozof prawa Eugenio Bulygin. Zarysowane przez niego odróżnienie okresu przynależności normy do systemu prawnego i okresu jej stosowalności stanowi kluczowe narzędzie pojęciowe dla użytecznej eksplikacji funkcjonującego w dyskursie prawniczym pojęcia obowiązywania prawa. Z tej perspektywy zaproponowanych przez niego dystynkcji można dostrzec, że prawnicy kwalifikują normy prawa stanowionego (przepisy) jako obowiązujące ze względu na łączne spełnienie przez nie dwóch kryteriów – przynależności do systemu prawnego oraz stosowalności. Ponieważ opartą na tych przesłankach analizę kryteriów uznawania przepisów za prawnie obowiązujące starałem się zarysować i rozwinąć w innych pracach¹⁶, tutaj ograniczę się do jedynie do jej hasłowego zreferowania.

Punktem wyjścia jest tu dostrzeżenie, że rozpoczęcie okresu obowiązywania przepisu (wejście w życie) i jego zakończenie (derogacja) nie odnoszą się do tej samej własności przepisów. Wejście w życie przepisu jest bowiem traktowane jako moment od którego przepis staje się stosowalny, a nie moment, w którym zostaje on włączony do systemu prawnego (to bowiem następuje już z chwilą jego należytej promulgacji)¹⁷. Z drugiej strony, moment uchylecia (derogacji) przepisu jest chwilą jego usunięcia z systemu prawnego, lecz niekoniecznie kończy okres w którym jest on stosowalny. Może on bowiem – na mocy reguł intertemporalnych – wyznaczać nadal konsekwencje prawne faktów zaszłych w przeszłości. Tym samym okres, w którym prawnicy uznają przepis za obowiązujący (tj. pomiędzy wejściem w życie a derogacją), nie pokrywa się ani z okresem jego przynależności do systemu prawnego (ta bowiem na ogół zaczyna

¹⁵ Zob. syntetycznie J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Katowice 1996, s. 166 i n.

¹⁶ Zob. zwłaszcza T. Pietrzykowski, *Temporalny zakres obowiązywania prawa*, „Państwo i Prawo” 2003/4; T. Pietrzykowski, *Obowiązywanie i stosowanie prawa cywilnego w czasie. Problemy intertemporalne*, w: M. Safjan (red.), *System prawa prywatnego, t. I, Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 600 i n.

¹⁷ Podobnie jak wyrok czy decyzja, nie stają się „wykonalne” natychmiast z chwilą ich formalnego wydania, a dopiero z momentem „uprawomocnienia” bądź innej formy nabrania cechy „wykonalności”.

się wcześniej), ani z okresem jego stosowalności (ta bowiem na ogół ustaje później)¹⁸. Jednakże, okres obowiązywania przepisu pokrywa się z okresem, w którym przepis zarówno należy do systemu, jak i jest stosowalny¹⁹. Zasady stosowalności przepisu, w związku z którymi rozpoczyna się ona z chwilą określaną jako „wejście w życie” i nie kończy (na ogół) z chwilą derogacji, wyznaczane są normami drugiego stopnia (metanormami) nazwanymi przez Bulygina normami aplikacyjnymi. Mogą one mieć charakter przepisów prawnych (np. art. 620 k.s.h., art. 3 k.c., art. 4 k.k.) bądź też uznawanych w nim reguł pozapozytywnych (jak zasada *tempus regit actum*, *lex retro non agit*, zasada bezpośredniego działania ustawy nowej etc.).

Tego rodzaju sposób rozwikłania „zagadki obowiązywania” jest stosunkowo prosty, operatywny i dogodny dla analizy problematyki walidacyjnej i intertemporalnej. Jakże zatem argumenty przemawiają, zdaniem A. Grabowskiego, przeciwko takiej właśnie eksplikacji pojęcia obowiązywania norm prawa stanowionego? Po pierwsze, koncepcję tę uważa on za skierowaną przede wszystkim na dookreślenie ekstensji, a nie intensji pojęcia obowiązywania. Nie odpowiada ona zatem, jego zdaniem, na zasadnicze pytanie „co to znaczy”, że norma obowiązuje (a jedynie próbuje odpowiedzieć, i to niezadowolająco, na pytanie „które” normy obowiązują). Jak jednak wskazaliśmy powyżej, na pojęcie to składają się jedynie warunki uznania normy za obowiązującą oraz wynikający z takiego uznania zbiór normatywnych konsekwencji traktowania jej jako „obowiązującej”. *Nec plus ultra*. Tym samym niewykłanie się w pozorne problemy „intensji” (co „znaczy”, że przepis obowiązuje) jest zaletą, a nie wadą takiego ujęcia. Wszystko, co jest do wyjaśnienia to właśnie odpowiedź na pytanie o „ekstensję”, tzn. ustalenie po spełnieniu jakich warunków na adresatach normy ciążyą takie obowiązki, jakie nakłada na nich zyskująca taką kwalifikację norma. Nie jest to może imponująco wiele, ale i tu najtrudniejsze jest dostrzeżenie i pogodzenie się z tym, że – by posłużyć się słynnym zwrotem Ludwiga Wittgensteina – „wielka zagadka nie istnieje”²⁰.

Drugi argument przeciwko tej koncepcji obowiązywania jest oparty wyłącznie na arbitralnie przyjętych przez Autora za poznańsko-szczecińską szkołą teorii prawa założeniach dotyczących warunków definicyjnych „normy prawnej”. Na ich gruncie nie każda reguła postępowania (wyrażona przez prawodawcę w postaci przepisu prawnego, przyjmowana jako maksyma prawnicza, wynikająca z tezy czy *ratio decidendi* wyroku sądu etc.) zasługuje na uznanie jej za „normę”. Te ostatnie stanowią bowiem jedynie tego rodzaju wypowiedzi, które spełniają cały szereg postawionych im warunków definicyjnych dotyczących jej elementów składowych, jednoznaczności etc. Takie rozumienie normy prowadzi do całego szeregu kłopotliwych konsekwencji teoretycznych czego najlepszą ilustracją jest tzw. derywacyjna koncepcja wykładni, w oczywisty sposób nieużyteczna ani jako opis rzeczywistych procesów interpretacyjnych, ani jako normatywna teoria wykładni²¹.

¹⁸ Na temat tych zasad czy też dyrektyw prawa intertemporalnego por. bliżej T. Pietrzykowski, *Obowiązywanie...*, s. 667 i n.

¹⁹ Można na marginesie zauważyć, że na gruncie obowiązujących przepisów dotyczących kontroli konstytucyjności prawa i ich interpretacji przyjmowanej przez Trybunał Konstytucyjny, można przyjąć, że kontroli takiej podlegają przepisy które spełniają chociaż jedno z tych kryteriów, tzn. bądź przynależą do systemu prawnego, bądź są stosowalne. W ten sposób TK może oceniać zgodność z Konstytucją zarówno przepisów w okresie *vacatio legis*, jak i przepisów derogowanych, lecz na mocy reguł intertemporalnych nadal stosowalnych (por. bliżej T. Pietrzykowski, *Obowiązywanie...*, s. 604–605).

²⁰ L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, tłum. B. Wolniewicz, Warszawa 1997, teza 6.5.

²¹ Nie ulega bowiem żadnej wątpliwości, że w przyniatającej większości przypadków komunikacji językowej (w tym recepcji rozstrzygnięć prawodawczych) ich odbiorcy poprzestają na „bezpośrednim rozumieniu” opartym na szeroko rozumianej kompetencji językowej. Także jako normatywna teoria wykładni koncepcja derywacyjna jest trudna

Co gorsza, utożsamianie prawa ze zbiorem mitycznych, „zakodowanych” w przepisach „norm postępowania” prowadzi w ślepią ulicę także w innych dziedzinach teorii prawa – takich jak kwestie obowiązywania prawa. Zwiedziony wydumanym obrazem prawa jako zbioru „norm”, które od „zwyczajnych” przepisów prawnych lub innych „niekompletnych” reguł postępowania (takich jak np. tradycyjnie przyjmowane w kulturze prawnej zasady, takie jak *ignorantia iuris nocet*, *lex retro non agit*, *in dubio pro reo* etc.) Autor wywodzi, że „zasadnicze (!-T.P.) pytanie”, jakie pojawia się na gruncie tej koncepcji wiąże się z tym, czy normy aplikacyjne są „rzeczywiście” normami prawnymi (s. 345). W przeciwieństwie do niego, bynajmniej nie uważam tego pytania ani za „zasadnicze”, ani nawet istotne. To, czy poszczególne postanowienia prawa bądź uznawane w praktyce prawniczej reguły postępowania spełniają stawiane przez kogokolwiek definicyjne wymogi „rzeczywistej” normy postępowania, nie wydaje mi się mieć jakiegokolwiek znaczenia, poza ewentualnie ujawnieniem nieprzydatności definicji, do której nie przystaje większość lub nawet wszystkie praktycznie funkcjonujące w porządku prawnym wypowiedzi wysławiające wzorce powinnego zachowania się.

Na szczęście akurat A. Grabowski ma tego pełną świadomość i uczciwie przyznaje, że „autorom przyjmującym inne rozumienie normy prawnej argument ten wyda się niewłaściwy, a metanormy aplikacyjne będą mogły zostać uznane za normy nakazujące stosowanie norm stosowalnych” (s. 348). W rzeczy samej, jako osobie nie podzielającej przekonania, że prawo „w rzeczywistości składa się” z w pełni rozwiniętych, jednoznacznych norm, rozczłonkowanych przez prawodawcę po różnych przepisach, powyższy „argument” wydał mi się z gruntu niewłaściwy i nie dowodzący niczego poza arbitralnością i nieoperatywnością założonej definicji normy. Uznawane w porządku prawnym reguły stosowania innych norm (takie jak np. art. 3 k.c. czy 4 k.k., a także bardzo wiele reguł niewyrażonych wprost w tekście prawnym) uważam za metanormy dokładnie tak samo, jak uważam za nie np. przepisy nakazujące ogłaszanie innych przepisów w Dzienniku Ustaw czy też dyrektywy wykładni przepisów „w zgodzie z Konstytucją”, „na korzyść podatnika” itp. Nie sądzę, aby na przeszkodzie temu miała stać ich (nawet „ewidentna”) „niekompletność” w świetle takich czy innych wymagań definicyjnych stawianych „rzeczywistym” normom prawnym²².

Kolejnym argumentem przeciw omawianemu ujęciu obowiązywania prawa, jaki wytacza Autor jest nieobjęcie przez nie „norm sankcjonowanych”, norm kompetencyjnych oraz *leges imperfectae*. To także jednak nie wydaje się argumentem trafny. Autor nie podaje przykładów, jednakże jeśli przez „normy sankcjonowane” rozumie np. przepis art. 18 Prawa budowlanego określający obowiązki inwestora w procesie budowlanym, przez *leges imperfectae* np. art. 32 ust. 5 tej samej ustawy nakazujący właściwemu ministrowi wydanie rozporządzenia w sprawie wzoru wniosku o pozwolenie na budowę, a przez normę kompetencyjną np. przepis art. 138a Prawa bankowego, zgodnie z którym „Komisja Nadzoru Finansowego może (...) zobowiązać bank do zwiększenia funduszy własnych”, to nie widzę żadnego powodu, aby nie podlegały one analizie w kategoriach przynależności do systemu i stosowalności. Co więcej, nawet jeśli uznać, że np. 148 k.k. obok normy nakazującej sądowi wymierzyć określoną karę za zabójstwo zawiera także

do pogodzenia zarówno z ograniczeniem o charakterze *impossibilium nulla obligatio*, jak i *non fit interpretatio sine necessitate*.

²² Na temat nieoperatywności przyjętej przez Autora za szkołą poznańsko-szczecińską definicji „normy” do analizy zagadnień intertemporalnych zob. T. Pietrzykowski, *Powrót platońskiej jaskini* (dostępne online http://www.wpia.us.edu.pl/us_addressbook/emp/20861/links).

odrębną „normę sankcjonowaną” zakazującą zabijania (co skądinąd także jest dyskusyjne i stwarza ryzyko łatwych hipostaz), to jej „obowiązywanie” uzależnione jest od przynależności i stosowalności przepisu, który ją „wyraża” tak samo, jak wprost wyrażonej w art. 148 k.k. normy sankcjonującej. Wątpię, aby jakkolwiek prawnik miał choć cień wątpliwości, od kiedy obowiązuje prawny „zakaz posiadania narkotyków na własny użytek”, jeśli penalizujący takie posiadanie przepis art. 48 Ustawy o zapobieganiu narkomanii wszedł w życie z dniem 1 marca 1985 r. „Stosowalność” nie wymaga tego, aby istniały rzeczywiste prawne i faktyczne możliwości egzekwowania danych norm, a jedynie wynikającej z reguły (metanormy) aplikacyjnej powinności traktowania jej jako przesłanki wyznaczającej (czy współwyznaczającej) skutki prawne unormowanych w niej faktów²³.

Nie jest także jasne, w jaki sposób przeciw tej koncepcji przemawiać miałyby kolejny wytoczony przez Autora argument, tj. niemożność odniesienia jej do „całego systemu prawnego”. Po pierwsze, nie ma powodu, aby przez „obowiązujący system prawa” rozumieć cokolwiek innego niż ogólnie skuteczny i uznawany za prawo system reguł postępowania „obowiązujących” w dyskutowanym znaczeniu²⁴. Po drugie, definicja zaproponowana przez samego Autora także dotyczy jedynie norm obowiązujących „w ramach” systemu prawnego, a nie obowiązywania samego systemu (cokolwiek miałyby to znaczyć). Autor zauważa nadto, że obowiązywanie normy może, w tej koncepcji, być jedynie „obowiązywaniem *prima facie*”, albowiem „rozstrzygnięcie czy dana norma (...) spełnia wszystkie kryteria przynależności nie zawsze jest możliwe, a rzadko możemy być stuprocentowo pewni jego poprawności” (s. 294). Jest to niewątpliwie prawda, wyrażająca doskonale znaną wszystkim prawnikom cechę prawa, polegającą na notoryjnej niepewności i niekonkluzywności wielu rozstrzygnięć (nie tylko walidacyjnych, ale także interpretacyjnych, subsumpcyjnych, a nawet faktycznych).

W jaki sposób jego własna definicja unika tego „kontrargumentu”? Tylko poprzez pozostawienie bez odpowiedzi pytania z czego wynika posiadanie lub brak „prawnej możliwości odmowy” realizacji normy. Nie jest taką odpowiedzią odwołanie się do „dyskursywności” tego ustalenia, albowiem dyskurs jest jedynie formułą w jakiej rozstrzyga się poprawność prawniczych twierdzeń walidacyjnych, a nie przesłanką wniosku o nakazanych czy zakazanych poszczególnym podmiotom zachowań. Obowiązek zapłaty podatku stanowi prawną konsekwencję obowiązywania normy nakazującej taką zapłatę, a nie przeprowadzenia dyskursu walidacyjnego. Ponadto nie wiadomo skąd miałyby brać się prawnicze domniemanie, na mocy którego norma, która została ogłoszona i weszła w życie obowiązuje (o ile nie została uchylona). Na zasadzie *Deus ex machina* czy może raczej z uwagi na zakładane w nim reguły walidacyjne wskazujące, że spełnienie pewnych kryteriów pozytywnych, przy niespełnieniu negatywnych, czyni normę „prawnie obowiązującą”?

Ostatnim, a jednocześnie, moim zdaniem, najpoważniejszym z wysuniętych przez Autora argumentów jest zarzut regresu *ad infinitum*. Jego zdaniem zasadnicza słabość omawianej koncepcji wynika z tego, że musi ona zakładać zarazem „jakieś” obowiązywanie norm aplikacyjnych, które same nie mogą przecież spełniać kryterium „sto-

²³ Tym różni się „stosowalność” normy od jej rzeczywistego stosowania i dlatego uwagę Autora, że argumenty (które podzielam) przeciwko utożsamianiu obowiązywania z faktycznym stosowaniem norm odnoszą się także do ich stosowalności uważam za zbyt pochopną. Jednocześnie zgadzam się z jego rozważaniami na temat nieprzystatności do rozstrzygnięcia tej sprawy kategorii „stosowalności wewnętrznej” norm wprowadzonej przez J. Moreso i P. Navarro (s. 351 i n.).

²⁴ Co Autor nazywa „indywidualizmem walidacyjnym” w odróżnieniu od „holizmu walidacyjnego”, tj. traktowania jako przedmiotu obowiązywania nie indywidualnych norm, ale całego „systemu prawnego”.

sowalności” (s. 353–354). Jest to argument mocny i z całą pewnością trafiający w sedno problemu fundamentalnego ugruntowania porządku prawnego²⁵. Pomińmy w tym miejscu spostrzeżenie, że podobnie jak wiele innych prawnych norm drugiego stopnia, niektóre normy aplikacyjne mają charakter „zwykłych” przepisów, a więc norm prawa stanowionego (np. art. 3 k.c., art. 4 k.k., art. 620 k.s.h., art. 8 Konstytucji RP etc.). Istota argumentu Autora odwołuje się jednak do konieczności przyjęcia, że w porządku prawnym musiałyby funkcjonować także reguły pozapozytywne, nie „obowiązujące” w dyskutowanym sensie.

Jest to spostrzeżenie trafne – istotnie zarówno porządek prawny, jak i każdy inny realnie funkcjonujący zinstytucjonalizowany porządek normatywny musi opierać się na zbiorze pewnych konwencji społecznych. Tego rodzaju konwencjonalne reguły umożliwiające istnienie systemu instytucjonalnego nie „obowiązują” (o ile używać także tego słowa) w takim samym znaczeniu, w jakim obowiązują formalne reguły tworzone w ramach takiego, zależnego od nich, systemu. Ich istnienie jest faktem konwencjonalnym – zależnym od przekonań i postaw członków pewnej społeczności. Istnieją więc o tyle, o ile są uznawane i praktykowane, a ich obecność przejawia się w kształcie opartej na nich praktyki społecznej (zadłużając się powtórnie u Ludwiga Wittgensteina należałoby powiedzieć, że ich istnienie można pokazać, nawet jeśli nie są one wprost artykułowane)²⁶. Tego rodzaju konwencjonalne reguły (w rodzaju: precedens sądowy jest/nie jest źródłem prawa, przepis prawa stanowionego może być stosowany dopiero od momentu określonego przez ustawodawcę jako „wejście w życie” etc.) konstytuują niejako zręby porządku prawnego, na których opierają się dopiero wielopiętrowe struktury instytucji prawnych²⁷. *Nota bene*, w ten sam sposób „obowiązuje” analizowane przez Autora „domniemanie obowiązywania norm prawa stanowionego” – jest ono po prostu uznawane (akceptowane), czyniąc system prawa stanowionego możliwym (trudno bowiem wyobrazić sobie tego rodzaju porządek prawny nie oparty na jakiejś postaci takiego domniemania, choć można wyobrazić sobie nie oparty na nim porządek prawa np. zwyczajowego).

Z uwagi na współkonstituowanie porządku prawnego przez przenikające się w nim reguły instytucjonalne i konwencjonalne nie może być więc mowy o „jednolitym” pojęciu obowiązywania odnoszącym się zarówno do przepisów prawa stanowionego, jak i relevantnych prawnie reguł mających charakter konwencji społecznych w rodzaju np. reguł walidacyjnych dotyczących rodzajów źródeł prawa danego systemu, dyrektyw interpretacyjnych, aplikacyjnych, zasady *ignorantia iuris nocet, iura novit curia* etc.²⁸. Niejednolitość sensu w jakim można mówić o obowiązywaniu tych dwóch rodzajów norm nie jest więc żadną wadą „niejednolitości” pojęcia obowiązywania prawa. Odwrotnie, wadą, i to poważną, koncepcji Autora jest próba konstruowania tego pojęcia w sposób zapoznający tę bez wątpienia realną i kluczową dla zrozumienia ontologii porządku prawnego różnicę.

²⁵ Por. na ten temat np. N. Hoerster, *Was ist Recht?*, München 2006, s. 23 i n.; A. Marmor, *Social Conventions. From Language to Law*, Cambridge Mass 2009.

²⁶ Podobnie jak „obowiązują” np. reguły języka naturalnego czy np. „przyjęte” zasady dobierania elementów ubioru etc. Zob. bliżej A. Marmor, *Social conventions...*; por. także M. Gilbert, *On Social Facts*, Princeton 1989; M. Gilbert, *Living Together. Rationality, Sociality & Obligation*, Rowham 1996; D. Brown, *When Strangers Cooperate. Using Social Conventions to Govern Ourselves*, New York 1995; C. Bicchieri, *The Grammar of Society. The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge 2006 oraz klasyczną pracę D. Lewisa, *Convention. A Philosophical Study*, Oxford 1979.

²⁷ Na temat tak rozumianej konwencjonalności zob. E. Lagerspetz, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht 1995; N. MacCormick, *Institutions of Law*, London 2007; A. Marmor, *Social Conventions...*, T. Pietrzykowski, *John Searle...*, s. 7 i n.

²⁸ Zapewne znacznie łatwiej byłoby mówić o tego rodzaju „jednolitym” pojęciu obowiązywania norm w porządkach prawnych opisywanych np. przez Bronisława Malinowskiego.

5. Podsumowanie

Mimo niezaprzeczalnej wartości, odkrywczości i niezmiernego bogactwa trafnych spostrzeżeń i argumentów, uważam zasadniczą tezę stawianą w pracy A. Grabowskiego za chybioną. Pojęcie obowiązywania prawa stanowionego ma jedynie dwa wymiary – określenie warunków uznania normy za „prawnie obowiązującą” oraz konsekwencji normatywnych przypisania jej takiego statusu. Wyjaśnieniem (z pewnością nie pełnym) pierwszego z nich, zbyt pochopnie odrzuconym przez Autora, jest spełnienie przez przepis (a więc normę prawa stanowionego) łącznie dwóch warunków – przynależności do systemu i stosowalności. Z pewnością nie wyczerpuje ono problematyki pozytywnych i negatywnych warunków, od których uzależniane jest uznawanie normy stanowionej za prawnie obowiązującą w polskim porządku prawnym. Stanowi jednak rdzeń wyjaśnienia instytucji obowiązywania norm prawa stanowionego.

Tak pojmowane warunki uzyskania mocy obowiązującej (uznania normy za obowiązującą) nie odnoszą się oczywiście do kwestii „obowiązywania” reguł porządku prawnego mającego charakter relewantnych prawnie konwencji społecznych. Jednak także analizy Autora poświęcone są właśnie „prawniczemu pojęciu obowiązywania” prawa stanowionego. Normatywne konsekwencje przypisania spełniającej powyższe kryteria normie statusu „prawnie obowiązującej” sprowadzają się do zbioru takich obowiązków czy uprawnień, jakie wynikają z niej dla jej „potencjalnych adresatów”. Nie istnieje żadna intensja niezależna od reguł przypisywania normom statusu „prawnie obowiązującego” oraz uznania wynikających z treści takich norm konsekwencji normatywnych.

Ponadto wątpliwości budzi próba potraktowania obowiązywania jako cechy ustalonej dyskursywnie, w drodze argumentacji prowadzonej w ramach dyskursu walidacyjnego. Oczywiście dyskurs taki jest faktem, a jego pionierska charakterystyka wraz z trafną identyfikacją napotykanych w nim sposobów argumentacji stanowi niezaprzeczalne i doniosłe osiągnięcie badawcze Autora. Jednakże argumentacje takie, z samym domniemaniem obowiązywania norm prawa stanowionego na czele, zakładają pewne wspólnie uznawane konwencjonalne reguły walidacyjne, bez których dyskurs ten byłby bezprzedmiotowy. W tym sensie wszelkie argumenty walidacyjne „pasożytują” na tego rodzaju konwencjonalnych regułach, na których opiera się instytucjonalna struktura porządku prawnego. W przeciwnym razie byłyby wyjaśnieniem „obowiązywania prawa” ostatecznie o charakterze *ignotum per ignotum* (tyle, że zagadką byłyby już nie przesłanki uznawania norm za obowiązujące, ile relewancja w dyskursie walidacyjnym akurat takich, a nie innych sposobów argumentacji).

Podjęta przeze mnie polemika z niektórymi poglądami Autora nie może przesłaniać faktu, że skłania mnie do niej wyjątkowa teoretyczna i praktyczna wartość jego pracy. Podobno praca naukowa jest przez innych naukowców oceniana wyłącznie w cztero-stopniowej skali: od oceny skrajnie negatywnej („kompletne bzdury”), przez umiarkowanie negatywną („jest coś na rzeczy, ale autor wszystko przekreślił”), umiarkowanie pozytywną („w sumie prawda, ale zupełnie banalna”), aż po skrajnie pozytywną („ja sam zawsze tak uważałem”). Andrzeja Grabowskiego *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego* w oczywisty sposób falsyfikuje tę obiegową opinię – zawiera prawie 600 stron interesujących, oryginalnych i bynajmniej nie ocierających się nawet o oczywistość rozważań. Polskie życie naukowe niewątpliwie byłoby znacznie ciekawsze, gdyby takich właśnie okazji do polemik było w nim więcej.