

ROZDZIAŁ V. SPOSOBY TWORZENIA PRAWA

1. Pojęcie „źródła prawa”

Z tworzeniem prawa związana jest problematyka, tzw. źródeł prawa. Termin „**źródła prawa**” jest używany w kilku znaczeniach. Przede wszystkim wyróżnia się **źródła poznania prawa i źródła powstawania prawa**. Mówiąc o źródłach poznania prawa ma się na myśli wszelkie materiały, które mogą dostarczyć informacji o prawie. Wiedzę o prawie obowiązującym w przeszłości czerpiemy z wszelkich dostępnych materiałów zachowanych z dawnych epok, np. dokumentów urzędowych i prywatnych, różnych relacji i przekazów, nawet utworów literackich. Stanowią one tzw. źródła prawa w znaczeniu **historycznym**. Natomiast treść prawa aktualnie obowiązującego poznajemy przede wszystkim z urzędowych publikatorów, w których są ogłaszane teksty aktów normatywnych, np. Dziennik Ustaw, Monitor Polski. Są to tzw. źródła prawa **oficjalne**, urzędowe.

Pod pojęciem „**źródła powstawania prawa**” można rozumieć:

- a) ogół czynników (np. polityczne, ekonomiczne, kulturowe), które oddziałują na **kształtowanie** się treści i formy obowiązującego prawa w danym miejscu i czasie (tzw. **materialne** źródła prawa),
- b) wszelkie działania zmierzające do powstania prawa, tzw. **fakty prawotwórcze**, np. stanowienie ustaw przez parlament, prawotwórcze orzeczenia sądowe, umowy międzynarodowe, czyli rozmaite **sposoby** powstawania prawa,
- c) rezultaty tych działań w postaci różnego rodzaju **aktów normatywnych** np. ustaw, rozporządzeń, zarządzeń (tzw. źródła prawa w znaczeniu **formalnym**).

W szczegółowych dyscyplinach prawnych (np. prawie karnym, cywilnym, administracyjnym) przez „**źródła prawa**” rozumie się **akty**

normatywne zawierające przepisy, na podstawie których konstruuje się normy danej gałęzi prawa. W ten sam sposób rozumie „źródła prawa” praktyka prawnicza.

2. Fakty prawotwórcze

W różnych okresach historycznych występowały różne sposoby tworzenia prawa, czyli uznawano rozmaite działania za **fakty prawotwórcze**, przy czym któryś z tych faktów miał znaczenie zasadnicze, inne zaś raczej marginalne.

Do **faktów prawotwórczych** zalicza się:

- a) prawo zwyczajowe (przekształcanie się zwyczajów w prawo),
- b) umowę,
- c) prawotwórczą praktykę organów państwowych (precedens),
- d) naukę (opinie uczonych prawników),
- e) stanowienie prawa.

a) Historycznie najstarszą formą było kształtowanie się prawa zwyczajowego. **Prawo zwyczajowe** występuje wówczas, gdy członkowie określonej zbiorowości, np. narodu, społeczności lokalnej, itp. postępują zgodnie z pewnymi regułami zachowania, co do których panuje powszechne przekonanie, że są prawem. W społeczeństwach europejskich prawo zwyczajowe było rozpowszechnione we wczesnym średniowieczu. Ze zwyczajów plemiennych, rodowych tworzyło się prawo zwyczajowe w sposób spontaniczny, powolny, niezależny od państwa. Punktem przełomowym w tym procesie było uznanie zwyczaju przez władzę publiczną (np. sądy) za podstawę jej decyzji. Prawo zwyczajowe straciło na znaczeniu wraz z wykształceniem się nowożytnego, scentralizowanego państwa, które prawie całkowicie zmonopolizowało proces tworzenia prawa. Współcześnie prawo zwyczajowe odgrywa dużą rolę w prawie międzynarodowym publicznym, natomiast w państwach europejskich (kontynentalnych) ma znaczenie drugorzędne dla prawa wewnętrznego (prawo obowiązujące w danym państwie).

Prawodawca w pewnym obszarze stosunków społecznych regulowanych aktem normatywnym może odesłać do panujących zwycza-

jów. Odesłanie do reguł zwyczajowych ma miejsce w prawie cywilnym, handlowym, morskim, w prawie pracy. Działanie organu stosującego prawo, polegające na zidentyfikowaniu danej reguły i ustaleniu jej treści, nie jest traktowane jako akt ustanowienia normy, lecz jako **akt uznania**, potwierdzający że owa reguła wyznacza zachowanie, które powinno być realizowane jako prawnie obowiązujące i jako takie sankcjonowane przez organy państwa.

Przyjmuje się, że aby reguła **zwyczajowa** mogła być **przyjęta** do systemu prawa musi spełniać określone warunki:

- jej treść musi być możliwie dokładnie sprecyzowana,
- owa reguła musi być faktycznie przestrzegana,
- nie może być sprzeczna z żadną normą zawartą w systemie prawa,
- organy państwowe zaczęły się liczyć z daną regułą przy podejmowaniu konkretnych decyzji i w oparciu o nią rozstrzygać określone sprawy, wyznaczać i egzekwować określone obowiązki.

Fakt uznania przez obywateli (społeczeństwo) danej reguły zwyczajowej za normę prawną jest tu niewystarczający, za taką musi być uznana przez organy stosujące prawo.

b) Obecnie **umowa** jako sposób tworzenia prawa występuje rzadko w prawie wewnętrznym. Natomiast stanowi podstawową formę regulacji stosunków międzynarodowych a jeżeli jest ratyfikowana może wejść do wewnętrznego porządku prawnego określonego państwa. Taką zasadę wprowadza obowiązująca Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 „Ratyfikowana umowa międzynarodowa po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy”. W okresie feudalizmu umowa, obok prawa zwyczajowego, była powszechną formą powstawania prawa, zarówno w sferze prywatnej (umowy lenne), jak i w sferze publicznoprawnej, regulując podstawy ustroju państwa, wzajemne stosunki między władzą państwową a poddanymi. Przykładem takiej ostatniej umowy z historii Polski są Artykuły Henrykowskie i *pacta conventa*.

Współcześnie przykładem umów o charakterze prawotwórczym w prawie wewnętrznym są, tzw. układy zbiorowe pracy, tworzące część prawa pracy. Układy zbiorowe mogą mieć charakter zakładowy: jedną stroną umowy jest organizacja związkowa, drugą dyrektor przedsiębiorstwa, danego zakładu pracy. Mogą mieć charakter ponad zakładowy, wówczas gdy zawierają je tzw. partnerzy społeczni, np. Ogólnokrajowa Organizacja Związkowa i organizacje pracodawców, w sferze budżetowej jest to określony minister. Charakteru prawotwórczego nie mają umowy prawa prywatnego, np. prawa cywilnego, nie tworzą one prawa lecz opierając się na obowiązującym prawie określają wzajemne obowiązki i uprawnienia między stronami stosunku prawnego.

c) **Precedens prawotwórczy** jest to decyzja organu państwowego (np. sądu) podjęta przy rozstrzygnięciu konkretnej sprawy, która staje się wzorem dla innych rozstrzygnięć w kolejnych, podobnych sprawach. Precedens występuje w takich systemach prawa (np. Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej), które dają sędziemu dużą swobodę w wyrokowaniu i nie wymagają oparcia orzeczeń na podstawie prawnej w postaci obowiązujących przepisów prawnych. Decyzja, która może w przyszłości stać się precedensem prawotwórczym, powstaje w ten sposób, że sędzia rozpatrując konkretną sprawę i nie znajdując podstawy jej rozstrzygnięcia w normach uznanych za obowiązujące prawnie, **sam tworzy** pewną ogólną regułę decyzji i w oparciu o nią wydaje wyrok. Tworząc taką regułę, kieruje się swoim doświadczeniem, wiedzą, sumieniem, poczuciem słuszności i sprawiedliwości. Reguła ta, jeśli znajdzie uznanie w doktrynie i praktyce prawniczej, może być powoływana jako podstawa kolejnych rozstrzygnięć zapadających w podobnych sprawach. Jeśli tak się dzieje, staje się precedensem i wchodzi do systemu *common law* (prawo powszechne, pospolite). Odtąd sędziowie są zobowiązani do jej stosowania, zgodnie z zasadą przyjętą w systemie prawa precedensowego, nakazującą podobne sprawy rozstrzygać w podobny sposób. Precedens prawotwórczy stanowi główne źródło prawa obok prawa stanowionego przez organy państwowe. Taki typ systemu prawa występuje w Anglii, USA, Kanadzie, Australii i innych państwach, które

znajdowały się pod wpływami brytyjskimi. W Polsce precedens prawotwórczy **nie jest** źródłem prawa.

d) **Nauka** (opinie uczonych prawników, jurysprudencja) w obecnych systemach prawa nie jest uznawana za fakty prawotwórcze. Miały taki charakter w pewnych okresach historycznych, np. w starożytnym Rzymie, kiedy to opinie wybitnych prawników miały moc wiążącą dla sędziów przy wydawaniu wyroków.

Współcześnie poglądy autorytetów nauki prawa odgrywają istotną rolę w tworzeniu prawa, w kształtowaniu jego treści, przyjmowaniu określonych rozwiązań prawnych, choć same przez się nie mają mocy prawnej. Polskie kodyfikacje obejmujące trzon zagadnień głównych gałęzi prawa np. prawa cywilnego, karnego, są dziełem uczonych, wybitnych znawców danej dziedziny prawa, którzy brali udział w pracach przygotowawczych nad projektami danych regulacji prawnych. O tym, że stały się one obowiązującym prawem, zdecydowali nie uczeni, lecz odpowiednie organy wyposażone w kompetencje prawotwórcze w drodze odpowiedniej procedury stanowienia prawa (w przypadku kodeksów Sejm, są to bowiem ustawy).

e) **Stanowienie** prawa, znane cywilizacjom starożytnym, nie było traktowane aż do czasów nowożytnych jako dominujący sposób tworzenia prawa. Przez wiele wieków skutecznie konkurowało z prawem stanowiącym, prawo zwyczajowe. Szybki, gwałtowny rozwój wielu dziedzin życia, charakterystyczny dla epoki nowożytnej sprawił, że oddolny, powolny, mało precyzyjny sposób regulacji stosunków społecznych okazał się niewystarczający. Państwo, ingerujące w coraz to nowe dziedziny życia społecznego, stało się głównym czynnikiem tworzenia prawa poprzez jego stanowienie, tj. celowo, świadomie podjętą działalność, w wyniku której powstają różnego rodzaju akty normatywne. **Stanowienie prawa** polega na tym, że odpowiedni organ władzy publicznej formułuje w sposób wyraźny normy o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, to znaczy skierowane do rodzajowo określonych kategorii adresatów, wyznaczające ogólnie określone wzory zachowań, jakie mają nastąpić w przyszłości w rodzajowo scharakteryzowanych okolicznościach. Organy państwowe stanowiące prawo działają na podstawie **norm kompetencji prawodawczej**

(prawotwórczej). **Normy kompetencji prawodawczej** wskazują, jakie organy stanowią prawo, w jakim trybie i jakiej formie ma być dokonywane stanowienie prawa, aby było uważane za prawo obowiązujące oraz jaki rodzaj spraw może być przedmiotem stanowienia prawa przez dany organ. Organy uzyskują kompetencję prawotwórczą w postaci, tzw. **kompetencji ogólnej** z mocy norm konstytucyjnych lub ustawowych lub w drodze **przekazania** kompetencji prawotwórczej przez organ, któremu uprzednio kompetencje prawotwórcze w określonym zakresie zostały udzielone. Przekazanie takie może nastąpić w postaci **delegacji** i **subdelegacji**. Z **delegowaniem** kompetencji prawotwórczych mamy do czynienia wówczas, gdy organ państwowy, **mający kompetencje** do stanowienia ustaw (lub aktów prawnych z mocą ustawy) **przekazuje** innemu organowi państwa kompetencje do wydania aktu wykonawczego względem danej ustawy (aktu prawnego z mocą ustawy).

Subdelegacja polega na tym, że organ państwowy, któremu **delegowano** kompetencje do wydania danego aktu wykonawczego, **przekazuje** te kompetencje jeszcze innemu organowi. Subdelegacja jest możliwa wówczas, gdy przewiduje ją odpowiednia norma kompetencyjna. We współczesnych państwach kompetencje prawotwórcze przysługują wielu organom państwowym i samorządowym, mogą one stanowić akty normatywne **powszechnie** obowiązujące. Normy prawne mogą być tworzone również poza aparatem władzy publicznej przez rozmaite organizacje, np. stowarzyszenia, związki zawodowe, partie polityczne. Akty normatywne takich organizacji regulują tylko stosunki **wewnątrzorganizacyjne**, obowiązują tylko członków organizacji i są zabezpieczone sankcjami organizacyjnymi, a nie przymusem państwowym.

3. Typy systemów prawa

W zależności od tego, w jaki sposób w przeważającej mierze jest tworzony dany system wyróżnia się systemy **prawa stanowionego** (kontynentalnego), powstające przede wszystkim poprzez stanowienie prawa oraz systemy **prawa precedensowego** (*common law*), powstające głównie w drodze precedensów prawotwórczych. System prawa

stanowionego (kontynentalnego, ustawowego) charakteryzują następujące cechy:

- aktami o najwyższej mocy prawnej – po Konstytucji są ustawy, które są tworzone wyłącznie przez najwyższy organ przedstawicielski (parlament),
- wszystkie pozostałe akty normatywne są traktowane jako akty podstawowe, tworzone w ramach i na podstawie ustaw, dla realizacji zadań i celów wskazanych w ustawach,
- ustawy muszą być zgodne z Konstytucją, akty podstawowe muszą być zgodne z Konstytucją i innymi ustawami, co bada się w specjalnym trybie poprzez specjalnie w tym celu powołane organy państwowe (w Polsce Trybunał Konstytucyjny),
- rozdzielenie działalności prawotwórczej (stanowienie aktów normatywnych zawierających normy generalne i abstrakcyjne) od działalności stosowania prawa (podejmowanie konkretno-indywidualnych decyzji prawnych na podstawie obowiązujących norm, generalnych i abstrakcyjnych),
- w procesie stosowania prawa orzekanie na podstawie precedensu jest niedopuszczalne, decyzja konkretno-indywidualna musi mieć podstawę prawną w postaci obowiązujących przepisów prawnych,
- stanowienie prawa, w szczególności aktów normatywnych o randze ustawy, poddane jest regulacji prawnej, odbywa się na podstawie określonych norm prawnych, w sposób zinstytucjonalizowany i sformalizowany według określonych procedur wyznaczonych przez obowiązujące przepisy prawne.

W systemie prawa **precedensowego** występują dwa sposoby tworzenia prawa (tj. norm generalnych i abstrakcyjnych): w postaci **precedensowych** rozstrzygnięć sądowych oraz w postaci **stanowienia** aktów normatywnych (ustawy, zarządzenia) przez określone organy państwowe (parlamenty, organy władzy wykonawczej). Podstawową formą prawotwórstwa jest decyzja sądowa, akty normatywne są traktowane jako dopełnienie prawa precedensowego. Sędzia może wydać rozstrzygnięcie bez powołania się na podstawę prawną w postaci określonego aktu normatywnego, natomiast jest związany orzecz-

niami mającymi charakter precedensu. Precedens może być przełamany jedynie wtedy, gdy sędzia szczegółowo uzasadni odmienną rozpatrywaną sprawę od sprawy precedensowej.

Polski system prawa należy do systemów typu prawa **stanowionego**, ustawowego. Sposób tworzenia prawa określa Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., która jako pierwsza z polskich konstytucji zawiera zespół przepisów dotyczących źródeł prawa. Zostały one ujęte w rozdziale III zawierającym 8 artykułów oraz w art. 234 dotyczącym tworzenia prawa w stanie szczególnego zagrożenia państwa. Szczegółowe omówienie procedury powstawania aktów prawnych następuje w ramach nauki prawa konstytucyjnego.