

ZYGMUNT ZIEMBIŃSKI

TWORZENIE A STANOWIENIE I STOSOWANIE PRAWA

Rozważania dotyczące prawotwórczej roli orzecznictwa sądowego wymagają uprzednio uporządkowania aparatury pojęciowej dotyczącej procesów tworzenia, stanowienia i stosowania prawa. Wymienione terminy są bowiem w znacznym stopniu wieloznaczne: każdemu z nich odpowiada nader złożona rodzina znaczeń, które obejmują częściowo wspólne, częściowo odmienne elementy treściowe. Jeśli formułowane są jakoby sprawozdawcze definicje tych terminów, to są to definicje tak ogólnikowe, iż ukrywają istotne różnice znaczeń związanych z tymi terminami. Dla sensownego prowadzenia rozważań na wspomniany na wstępie temat należy więc sformułować definicje odpowiednio pogłębione, które z tego względu stają się definicjami regulującymi na gruncie zastanego języka prawniczego — a przydatność takich definicji uzależniona jest w szczególności od tego, w jakim stopniu pozwalają one porządkować zagadnienia teoretyczne w danej dziedzinie.

Pewne symplifyczne ujęcia wystarczają dla formułowania uproszczonych tez. Tak np. teza czy postulat monteskiuszowskiego podziału władz opiera się na koncepcji, iż tworzenie prawa sprowadza się do wydawania przepisów, utożsamianych z jakimiś normami generalnymi, a stosowanie prawa (sądowe stosowanie prawa — bo nie uwzględnia się kierowniczego typu stosowania prawa przez administrację) sprowadza się do aktów subsumpcji, mającej charakter algorytmiczny ("logiczny", "sylogistyczny", "mechaniczny"). Stąd koncepcja sędziego, będącego li tylko "ustami ustawy". Podobnie rysuje się symplifyczna koncepcja stanowienia i stosowania prawa w uproszczonych wersjach pozytywizmu prawniczego. Oczywiście takie symplifyczne ujęcia prowokują łatwą krytykę. Tworzenie prawa nie sprowadza się bowiem po prostu do wydawania przepisów czy orzeczeń precedensowych, a stosowanie prawa nie sprowadza się do wyprowadzania norm indywidualnych z jakichś jakoby gotowych do dokonywania z nich subsumpcji przepisów prawnych.

System norm prawnych charakteryzuje się jako pewien odpowiednio uporządkowany zbiór norm generalnych nakazujących czy zakazujących jakiegoś postępowania wprost albo przez udzielenie jakimś podmiotom kompetencji normodawczej, m.in. co do wyznaczania konkretnych zachowań podmiotom podlegającym danemu systemowi.

Taka charakterystyka systemu norm prawnych ma pewne rysy ujęcia idealizującego, gdyż zbiór norm w takim czy innym sensie prawnie wiążących obywateli i inne podmioty nigdy w praktyce nie tworzy spójnego systemu wyraźnie zarysowanego i wolnego od niezgodności, choćby ze względu na to, że normatywna koncepcja "źródeł prawa" rozważanego systemu nigdy

na ogół nie jest w pełni sprecyzowana. Na normatywną koncepcję "źródła prawa" danego systemu składa się zespół reguł walidacyjnych, to znaczy reguł nakazujących uznawać określone fakty społeczne (wydanie przepisów, ukształtowanie się zwyczaju, itd.) za fakty prawotwórcze oraz zespół reguł egzegezy, to znaczy reguł interpretacyjnych, inferencyjnych i kolizyjnych, które z faktami uznawanymi za fakty prawotwórcze wiążą określone normy postępowania. A więc np. z różno kształtnych przepisów prawnych w drodze wykładni rekonstruuje się ("dekoduje")¹ określone normy, kto, kiedy, co powinien czynić czy też nie czynić, z faktu obowiązywania pewnych norm prawnych wnioskuje się według określonych reguł inferencyjnych o obowiązku innych, według reguł kolizyjnych eliminuje się niezgodności między normami zbioru, który ma tworzyć system. Odpowiednio na podstawie przypadku precedensowego rozstrzygniętego w określony sposób wnioskuje się niejako redukcynnie o tym, że rozstrzygnięcie to zostało dokonane w oparciu na jakiejś normie generalnej, którą ma się uznawać za obowiązującą. Z praktyki postępowania członków społeczeństwa w określonych sytuacjach z przekonaniem, że takiego postępowania wymaga prawo, wnioskuje się o ukształtowaniu normy prawnej zwyczajowej, czy też w ramach pewnej instytucji prawnej - zwyczaju prawnego, itd. Nie będziemy się wdawać w rozważania na temat podstaw obowiązywania prawnego norm prawa naturalnego, "zasad współżycia społecznego", "natury rzeczy", reason, itp.².

Treść norm prawnych kształtuje się pod wpływem istniejących układów stosunków społecznych oraz wpływowych ideologii, ale w każdym przypadku zaliczenie normy do systemu prawnego następuje ostatecznie przez pewien akt o charakterze czynności konwencjonalnej³: przez akt uznania pewnej normy zwyczajowej, moralnej, itp., za normę systemu prawnego, choćby w tej postaci, że w oparciu na niej są dokonywane pewne akty organów państwowych czy samorządowych, przez precedens uznany za prawotwórczy, ale przede wszystkim przez wydanie przepisów prawnych w formie aktu kompetencyjnie legitymowanego. W przypadku precedensu i wydania przepisów można niewątpliwie mówić o tworzeniu prawa. Ale w obu tych przypadkach wydanie precedensowego orzeczenia czy wydanie zgodnie z kompetencjami i w odpowiedniej sytuacji społecznej przepisu czy raczej pewnego zespołu przepisów, z których można wyinterpretować określoną normę postępowania, jest w istocie dopiero fragmentem wstępnym procesu tworzenia prawa. Precedensowe orzeczenie czy wydane przepisy stanowią podstawę uznania określonych norm za prawnie obowiązujące dopiero w następstwie dokonania określonej ich egzegezy (określa się to jako opracowanie tekstu prawnego, opracowanie precedensu, *interpretatio*, *ratiocinatio*, wnioskowanie określane mianem "wykładni logicznej", wnioskowanie z analogii, itp.). Zauważyć należy, iż tekst, któremu nie przypisuje się określonej interpretacji, jest przedmiotem zainteresowania jedynie kaligrafów czy dru-

¹ Patrz szerzej: M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu, prawnego*, Poznań 1972, s. 14 i n.

² Szerzej: Z. Ziemiński, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, Poznań 1993, s. 29 i n.

³ Szerzej: L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, Studia Prawnicze 1972, t. 33, s. 73 - 99.

karzy. Napis nie jest znakiem, dopóki nie przypisuje się mu jakiegoś sensu. Jeśli czasem zdarza się, że przepis prawny jest zbliżony kształtem do normy postępowania, w postaci rozwiniętej głosząc kto, kiedy, jak ma postępować, a sens zawartych w takim przepisie zwrotów jest w przybliżeniu jednoznaczny w danym języku etnicznym, wówczas nie dostrzega się procesu interpretacji przypisu, co w tradycjonalistycznym prawoznawstwie przejawia paremia *clara non sunt interpretanda*. W istocie chodzi o to, że w takich przypadkach odkodowanie normy prawnej z przepisów prawnych nie budzi trudności czy wątpliwości. W praktyce takie jedno-jednoznaczne przyporządkowanie normy prawnej przepisowi prawnemu na gruncie językowych reguł wykładni jest przy większej nieco wnikliwości analizy czymś wyjątkowym, zważywszy choćby na to, że wykładni dokonuje się na gruncie kontekstu językowego innych przepisów (*incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*).

W tych przypadkach, w których wykładnia przepisów ustawy skonstruowanej w sposób przejrzysty, tak iż sposób odkodowania norm z przepisów jest w ogólnym zarysie oczywisty, gdy sens poszczególnych zwrotów ustawy jest w świetle językowych reguł wykładni na ogół bezsporny, a dokonywane w ramach egzegezy wnioskowania przebiegają według reguł inferencyjnych, opierających się na związkach logicznych czy oczywistych związkach instrumentalnych między realizowaniem norm, zaś ewentualne niezgodności norm są eliminowane przez formalne reguły kolizyjne — stosowanie prawa odpowiadać może w przybliżeniu modelowi Monteskiusza. Biorąc pod uwagę, iż warunki takie nieczęsto występują, że przepisy są formułowane w języku etnicznym naturalnym, częściowo tylko doprecyzowanym przez definicje legalne lub definicje w naukach prawnych niesporne, przypadków prostej ("mechanicznej") subsumpcji jest niewiele. Pogląd na tę sprawę zależy zresztą od stopnia tolerancji na nieostrość reguł egzegezy (przy pojawiających się, zwrotnie skądinąd sprzężonych, wątpliwościach co do treści szczegółowej reguł walidacyjnych dotyczących ważności pewnych aktów prawodawczych). Tak więc tylko w pewnych modelowych przypadkach nie ma żadnych podstaw, by głosić, że orzecznictwo sądów w danej materii na pewno nie ma charakteru prawotwórczego.

Pogląd o prawotwórczej w pewnej mierze roli orzecznictwa spotyka się w odniesieniu do innych, różnorodnych co do charakteru przypadków - z różną w związku z tym intensywnością.

Przypadki najbardziej przekonujące do poglądu o prawotwórczych elementach w orzecznictwie to takie, kiedy w przepisach uznawanych za obowiązujące występuje luka konstrukcyjna (luka tetyczna), polegająca na tym, iż w przepisach mowa jest o dokonywaniu pewnych czynności konwencjonalnych ze skutkiem prawnym (czynności prawnych *largo sensu*), a brak jest reguł określających sposób dokonywania danej czynności, czy też przypadki, kiedy występuje wyraźnie luka aksjologiczna, mianowicie brak unormowania dotyczącego czynów określonego rodzaju, brak unormowania w przypadkach, gdy jest to nieodzowne dla funkcjonowania danego systemu prawnego. Sąd wydając w takich przypadkach orzeczenie oparte na przesłankach słusznościowych czy zdroworoządkowych, wyszukuje zaczepienie np.

w ogólnych zasadach prawa wspomnianych w konstytucji, albo powołując się na normy zwyczajowe czy zasady współżycia społecznego, w jakiś daleki i niezbyt jasny sposób uwzględnianych jako fakty prawotwórcze. Gdy sąd podaje dla takiego orzeczenia uzasadnienie, formułuje przynajmniej w ogólnym zarysie pewną normę postępowania dotyczącą danego przypadku, a formalna zasada sprawiedliwości traktowania podobnych spraw w podobny sposób każe traktować taką normę postępowania jako generalną normę dla innych takich przypadków. Orzecznictwo w takich przypadkach jest czynnikiem kreującym treść decyzji w ramach ogólnikowo tylko zakreślonych przez przepisy prawne.

Można dopatrywać się elementów prawotwórczej roli orzeczeń sądowych w tych przypadkach, gdy podstawa orzeczenia opiera się na *analogia iuris*⁴, to znaczy na swoistego rodzaju wnioskowaniu, w którym na podstawie tego, że w danym systemie obowiązują normy znajdujące uzasadnienie aksjologiczne w ocenach określonego typu, uznaje się za obowiązującą pewną normę w przepisach wprawdzie nie wyrażoną, ale znajdującą również uzasadnienie w ocenach danego typu. Element prawotwórcstwa jest w takim układzie z tego względu możliwy do przyjęcia, iż w tym wnioskowaniu wprowadzając domysł co do uzasadnienia aksjologicznego pewnych norm, uznaje się za obowiązującą dalszą normę tego rodzaju, choć nie ma ona bezpośredniego uzasadnienia tetycznego w postaci jakiegoś przepisu⁵. Podejrzliwość co do wnioskowań z *analogia iuris*, wyraźnie uznawanych za niedopuszczalne w pewnych dziedzinach prawa, jest jednak mniej uzasadniona, niż w przypadkach uznawania niejako indukcyjnie, na podstawie wspomnianego poprzednio rodzaju przesłanek, generalnych zasad prawa, tego typu co np. zasada pierwszeństwa dobra małoletniego dziecka w prawie rodzinnym. Na podstawie bowiem przesłanek polegających na domyśle co do uzasadnienia aksjologicznego wyraźnie ustanowionych norm uznaje się za obowiązującą nie jakąś poszczególną normę tego rodzaju, lecz zasadę o dużym stopniu ogólności⁶.

Elementu prawotwórcstwa dopatruje się niekiedy w przypadku orzeczeń, których podstawa prawna opiera się na wykładni uwzględniającej przesłanki ocenne, jak to ma miejsce w przypadku odwoływania się do funkcjonalnych reguł wykładni. Jak wiadomo reguły te, w szczególności w przypadku wieloznaczności językowej przepisów ustawy, nakazują wyinterpretować z tych przepisów takie normy, które znajdowałyby najsilniejsze uzasadnienie aksjologiczne w ocenach przypisywanych idealizacyjnie pojmowanemu prawodawcy. Otóż w tych przypadkach, w których trudno dopatrzeć się określonej *ratio legis* lub wskazuje się aktualnie przesłanki ocenne wyraźnie odmienne, niż te które można byłoby podstawnie przypisywać historycznym prawodawcom⁷, odwoływanie się do nowych, zasadniczo odmien-

⁴ Różne sposoby pojmowania analogii w prawie omówił wyczerpująco J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966; por. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 208 - 213.

⁵ O uzasadnieniu tetycznym i uzasadnieniu aksjologicznym norm patrz: Z. Ziemiński, *Normy tetyczne a normy aksjologiczne w koncepcji C. Znamierowskiego*, *Studia Filozoficzne* 1963, nr 2, s. 87 - 112.

⁶ Por. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 155 - 159.

⁷ Por. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 355 i n.

nych wartościowań (ewentualnie w nawiązaniu do radykalnie odmiennej niż poprzednio wiedzy o prawidłowościach życia społecznego) i wprowadzenie do procesu egzegezy tekstów prawnych zasadniczo nowych elementów bywa traktowane jako element prawotwórstwa.

Można byłoby ewentualnie dopatrywać się elementu prawotwórstwa w przypadku niektórych orzeczeń wydawanych w oparciu na przepisach zawierających klauzule generalne, to znaczy dających upoważnienie do takiego albo innego w określonych granicach rozstrzygnięcia pewnego typu spraw w zależności od ocen przyjmowanych przez organ orzekający. Należałoby w tych przypadkach odróżniać odesłania do pewnego typu ocen generalnych (np. względów słuszności moralnej) lub do ocen formułowanych w odniesieniu do danego konkretnego przypadku. Jeżeli sąd orzeka, co względy słuszności, zasady współżycia, czy jakieś ogólnie określone typy ocen głoszą w odniesieniu do sytuacji danego rodzaju, to sąd nie tyle wypowiada twierdzenia z zakresu etyki opisowej, jak pozornie mogłoby się wydawać, lecz formułuje pewną doktrynę moralną, deklaruje uznanie dla pewnych norm moralnych, czy szerzej — norm *ethosu*, jako wiążących w danej dziedzinie. Trudno to uznać bezpośrednio za prawotwórstwo, ale niewątpliwie jest to modyfikacja w pewnych elementach systemu obowiązujących norm prawnych — przynajmniej jeśli chodzi o ten typ klauzul generalnych, które odwołują się do jakichś ocen rodzajowych⁸.

Orzecznictwo może formułować definicje regulujące zwrotów niedookreślonych *per genus et differentiam specificam* czy formułować wyliczenia wyczerpujące albo przykładowe, co ma być objęte zakresem danego terminu o niedookreślonej treści. W tym ostatnim przypadku trudna jest do przeprowadzenia granica między ustalaniem stanu faktycznego (że dany przypadek da się zakwalifikować do zakresu terminu o rzekomo określonej treści) a ustalaniem stanu prawnego (że dane sformułowanie przepisu odnosi się do przypadków takiego właśnie rodzaju). Jeśliby więc w dookreślaniu przez orzecznictwo znaczenia jakichś zwrotów ustawowych można byłoby dopatrywać się elementu prawotwórstwa czy współprawotwórstwa, to nieraz może powstawać wątpliwość czy w danym orzeczeniu chodzi o dookreślenie znaczenia czy o rozstrzygnięcie o kwalifikacji pewnego przypadku z punktu widzenia jakiegoś określonego znaczenia występującego w przepisie zwrotu.

W drodze dziwnego eksperymentu myślowego można by sobie wyobrazić przypadek wydania w formach konstytucyjnie pomyślanych ustawy zawierającej przepisy całkowicie niejasne. Dla orzecznictwa można byłoby wprawdzie znaleźć w takiej sytuacji rozwiązanie w oparciu na zasadzie, że w braku wyraźnego nałożenia na określonych adresatów określonych obowiązków w określonych okolicznościach nie objęte innymi aktami prawodawczymi czyny podmiotów podlegających danemu systemowi prawnemu

⁸ Z klasycznymi klauzulami generalnymi graniczą klauzule generalne w sensie funkcjonalnym, a mianowicie w formie przepisów używających zwrotów w zamierzony sposób niedookreślonych (np. "ważne powody", "znacznym uszczerbek", "społeczne przeznaczenie prawa", "trwały rozpad pożycia małżeńskiego"), które wprawdzie nie mają charakteru zwrotów oceniających w ścisłym tego ostatniego słowa znaczeniu, ale przypisywanie im konkretnej treści wiąże się z pewnym oceniającym obrazem świata - i stąd przepisy z takimi wyrażeniami mogą powodować takie same konsekwencje, jak przepisy zawierające klasyczne klauzule generalne; por. szerzej: L. Leszczyński, *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, Lublin 1986, s. 21 i n.

pozostają prawnie indyferentne (są dozwolone i fakultatywne zarazem). Gdyby jednak sąd zaczął przypisywać jakiś sens normatywny przepisom zupełnie niezrozumiałym, to wówczas właśnie sąd spełniałby przede wszystkim rolę prawotwórcy. Inna sprawa, że w świetle postulatu "wewnętrznej moralności prawa" L. L. Fullera⁹, a przede wszystkim w świetle zdrowego rozsądku, takie przepisy prawne "nie byłyby prawem", ich wydanie nie byłoby faktem prawotwórczym, mimo że konstytucje nie formułują reguły walidacyjnej, iż ustawy są obowiązujące, jeśli mają określony sens. Założenie to jest jakoby zbyt oczywiste, by czynić o nim wzmiankę, choć ta oczywistość nie jest chyba nazbyt oczywista, jako że stopień niejasności przepisów jest zmienny od praktycznie całkowitej jasności do daleko idącej niejasności, pozwalającej sądowi orzekać, że z przepisów tych nie wynikają określone obowiązki w danej kwestii, a więc że brak podstawy prawnej dla pozytywnego orzeczenia co do takich obowiązków. Nie jest to "uchylenie się od wydania wyroku pod pozorem niejasności ustawy", lecz stwierdzenie, że dana ustawa danego rodzaju obowiązków nie ustanawia.

Stosowanie prawa przez organy administracyjne (tzw. kierownicze stosowanie prawa¹⁰), gdzie kompetencje organu stosującego prawo są szerzej określone, niż ma to zazwyczaj miejsce w typowych przypadkach stosowania prawa sądowego, wiąże się z większymi możliwościami dopatrywania się elementów prawotwórczych — co wymagałoby odrębnego omówienia.

Z powyższych ogólnych refleksji dotyczących prawotwórczej roli orzecznictwa sądowego konkluzje nie mogą być proste. Przede wszystkim kwestie są nierozstrzygalne, dopóki nie odwołujemy się do określonego zespołu reguł walidacyjnych i reguł egzekucji, to znaczy do normatywnej koncepcji źródeł prawa danego systemu — nawet jeżeli miałyby to być koncepcja, w której bezpośrednio nic się nie mówi o prawotwórczej czy nieprawotwórczej roli orzecznictwa.

Jeśli tworzenie prawa pojmowane jako świadome celu kształtowanie prawa przez instytucjonalnie określone podmioty miałyby być sprowadzane tylko do wydawania przepisów czy orzeczeń precedensowych przez upoważnione do tego podmioty, to tego rodzaju koncepcja źródeł prawa, którą można przypisywać symplicystycznie pojmowanemu pozytywizmowi, jest zbyt daleko idącym uproszczeniem obrazu procesów prawotwórczych. Byłby on adekwatny w odniesieniu do stosunkowo rzadkich przypadków, w których niesporne reguły walidacyjne jednoznacznie przypisują charakter faktu prawotwórczego wydaniu przez jednoznacznie określony organ w wyraźnie określonej dziedzinie przepisów o niespornym językowo znaczeniu normatywnym czy też do przypadków niespornego sensu precedensowego jakiegoś orzeczenia.

W rzeczywistości obraz jest znacznie bardziej złożony. Same przez się reguły walidacyjne nakazujące uznawać pewne fakty społeczne za fakty prawotwórcze nie wystarczają do skonstruowania systemu norm prawnych, jeśli nie odwołamy się (świadomie czy nieświadomie) do pewnego zespołu

⁹Por. L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 74 - 75.

¹⁰Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, wyd. 2, Warszawa 1988, s. 9 - 11.

reguł egzegezy, a co więcej — do pewnego zespołu przesłanek, w szczególności przesłanek ocennych, które są podstawą dla stosowania szeregu reguł interpretacyjnych, inferencyjnych i kolizyjnych, innych niż proste reguły językowe wykładni czy reguły inferencyjne oparte na związkach wynikania norm z norm. Te przesłanki są szczególnie istotne, biorąc pod uwagę okoliczność, iż te same reguły egzegezy w odniesieniu do tych samych przepisów mogą dawać odmienny wynik w przypadku zasadniczej zmiany systemu wartości, do których dany system prawa się odwołuje, a chociażby w następstwie radykalnej zmiany ocen preferencyjnych.

Orzecznictwo w przypadku tzw. wykładni dynamicznej, która nakazuje nawiązywać do wartości oficjalnie przyjmowanych w chwili rozstrzygnięcia problemu dogmatycznego, a nie wykładni tzw. statycznej, nawiązującej do wartości przyjmowanych oficjalnie w chwili wydania ustawy, jest właśnie w praktyce formą określania wartości, na których prawo się opiera - i z tego względu właśnie jest czynnikiem kształtującym treść obowiązującego prawa. A że w naszym kraju nie można poprzestawać na poszukiwaniu "rzeczywistej woli historycznego prawodawcy", jest chyba oczywiste, zwłaszcza dla ludzi dłużej w tym kraju żyjących.

Pytanie o prawotwórczą czy nieprawotwórczą rolę pewnych orzeczeń sądowych nie jest pytaniem w tak prostym jego sformułowaniu możliwym do rozstrzygnięcia. W każdym przypadku, w którym można by się dopatrywać prawotwórczych elementów orzeczeń sądowych, mamy do czynienia z pojęciami nieostrymi, z zawiłą charakterystyką sytuacji, w której rozstrzyga się problemy dogmatyczne. Przy tym rozstrzyga się je instancyjnie, a także spotyka się różne w pewnych elementach orzeczenia poszczególnych składów orzekających w naczelnym organach sądowych, wobec czego mamy do czynienia z powolnym w pewnych przypadkach kształtowaniem się jednolitej linii orzecznictwa. Dodać do tego należy zawiłą współzależność doktryny orzecznictwa i doktryny akademickiej, by przekonać się, że na postawione ogólnie pytanie, co do prawotwórczej roli orzecznictwa nie można odpowiadać po prostu twierdząco czy przecząco.

To zaś, że organy sądowe nie mają obecnie w naszym kraju kompetencji do wydawania określonego rodzaju odrębnych aktów prawodawczych, jest sprawą odmiennego rodzaju.

To, że w pewnych przypadkach organy sądowe mogą uznać za nieobowiązujące pewne przepisy wydane niezgodnie z regułami walidacyjnymi systemu, mianowicie ze względu na brak odpowiednich kompetencji organu wydającego dane przepisy, w szczególności ze względu na przekroczenie granic udzielonego upoważnienia prawodawczego lub niezgodność z normami wyższego rzędu, można byłoby uznawać za działanie prawotwórcze (w tym przypadku negatywne), gdyby tego rodzaju działaniom sądu przypisywać charakter konstytutywny, a nie jedynie deklaratywny (choć wiążąco deklaratywny). Kontrola praworządności prawodawstwa stwarza zresztą problemy innego stopnia, niż kontrola praworządności działania organów na podstawie tak czy inaczej ustanowionego prawa (w szczególności powstają problemy praworządności działania na podstawie niepraworządnie ustanowionego prawa).

Rozstrzygające o prawotwórczym charakterze danego działania jest chyba to, czy dane działanie — w określonym układzie prawnym — prowadzi do zmiany zakresu czynów nakazywanych lub zakazywanych prawnie. Aktom wiążącego generalnie dookreślenia treści obowiązujących norm prawnych można byłoby przypisywać charakter prawotwórczy w takich przypadkach zwłaszcza, gdy owo dookreślenie treści wyraźnie wykracza poza półcień semiotyczny, poza pas nieostrości, jaki zazwyczaj łączy się z formułowaniem norm w języku etnicznym naturalnym.

Kategoria działań, którym przypisuje się charakter prawotwórczy, ma granice rozmyte. Trudno byłoby nawet sformułować taką definicję regulującą, która pozwoliłaby konwencjonalnie wyznaczyć ostry zakres działań o charakterze prawotwórczym, a pewne działania wykazują tego rodzaju charakter w marginalnym tylko, jak się wydaje, stopniu.

LAW MAKING VERSUS ENACTING AND APPLYING THE LAW

S u m m a r y

Even in the continental legal systems the process of law-making and that of applying the law are difficult to distinguish in certain border cases. This results i.a. in numerous discussions as to the "law-making" role or function of court judgments. This article attempts at explaining in what situations rules of legal construction (rules of interpretation and rules of inference) which are permissible in a "rule of law" state, allow to introduce certain creative elements into the process of exegesis of the enacted legal provisions; a condition that would justify attributing a law-making nature to the acts of applying the law. Some particularly significant problems are connected with the radical changes of the ideological assumptions accepted as the basis for the construction of some older legal texts.