

O ISTOCIE PRAWA W KONTEKŚCIE NIEWAŻNOŚCI CZYNNOŚCI PRAWNEJ

dr hab. Zygmunt Truskiewicz, prof. UJ *

I. Wprowadzenie

Tworzenie prawa, a ściślej norm prawnych, jest wynikiem obiektywnej konieczności oceniania zachowań poszczególnych osób ze względu na – najogólniej rzecz ujmując – określone oczekiwania ze strony społeczeństwa, rządzących i innych osób. Takich ocen dokonujemy, gdy zastanawiamy się nad racjonalnością takiego czy innego zachowania w określonej sytuacji, nad jego zgodnością z normami prawnymi i pozaprawnymi, w tym moralnymi. Czyni to każdy z nas, niemalże na co dzień, ale czynią to także osoby, obciążone kompetencją i zarazem obowiązkiem ocenia zachowań osób uwikłanych w daną sprawę pod kątem ich zgodności z określonymi normami, a więc m.in. badacze prawa, autorzy ekspertyz prawnych, doradcy podatkowi, adwokaci, radcowie prawni, policjanci, prokuratorzy, wizytatorzy, urzędnicy, sędziowie. Czyni to również ustawodawca, tyle że w kontekście abstrakcyjnie ujmowanych sytuacji pod kątem przyjmowanych założeń i celów. I niektóre z tych ocen, wyrażonych w aktach prawnych, opiniach, orzeczeniach, są wiążące i podlegające egzekucji, a inne nie są. Czynią to również notariusze, poszukujący – w ramach swoich ustawowych obowiązków – w gąszczu

przepisów o różnej szczegółowości i przejrzystości właściwych rozwiązań, nie narażających stron na sankcje prawne. I czynimy to nie tylko ze względu własne przekonania odwołujące się do wiedzy i doświadczenia, ale i ze względu na to, co powie otoczenie, jak odniesie się do ocenianego zachowania opinia społeczna, jakie stanowisko zajmą organy orzekające, powołane do wydawania wiążących opinii (orzeczeń). Jest to nieustanny proces poszukiwania norm, będących swoistymi kryteriami weryfikowania własnych lub czyich zachowań. Również w działalności notariuszy ów aspekt jest bardzo widoczny. Przyjmowane przez nich rozwiązania, będące wynikiem ich analiz, ocen i decyzji, są bowiem zazwyczaj weryfikowane przez sądy i inne organy. I leż trzeba niekiedy włożyć wysiłku, żeby sformułować na potrzeby konkretnego przypadku normę, która będzie akceptowalna nie tylko przez osoby bezpośrednio zainteresowane, ale i przez wydających wiążące orzeczenia, zazwyczaj przesądzające o zastosowaniu oznaczonej sankcji prawnej wobec stron danej czynności prawnej, a nawet niekiedy i wobec notariusza.

Problem w tym, że coraz trudniej odnaleźć się w gęstniejącym gąszczu aktów prawnych, naszpikowanych coraz bardziej szczegółowymi,

* Notariusz w Krakowie

wręcz instrukcyjnymi przepisami, odwotującymi się do kazuistycznej metody regulacji, zarazem grzeszącymi niespójnością terminologiczną i systemową, a tym samym często dalekimi od przyjmowanych założeń i celów. Tego rodzaju metoda regulacji ma ten skutek uboczny, aczkolwiek bardzo doniosły, że ogranicza kompetencje adresatów norm, w tym również sędziów i innych osób zobligowanych do wydawania orzeczeń, zniechęca do poszukiwania racjonalnych i życiowych rozwiązań, a tym samym wzmaga zjawisko unikania odpowiedzialności. W tych warunkach coraz trudniej zapewnić efektywność systemu prawnego, choćby dlatego że coraz mniejsza w nim rola człowieka i jego kompetencji. Coraz trudniej jest odnaleźć się adresatom takich przepisów w zmieniających się realiach życia społecznego. I jak tu nie zapytać: czym uczestniczy życia prawnego mają się kierować przy poszukiwaniu właściwych rozwiązań na poziomie tworzenia i stosowania prawa, gdzie szukać myśli przewodnich, które kształtowałyby właściwy obraz prawa i właściwe postawy wobec niego? Czy znaczenie dla prawa mają jeszcze jakieś wartości i zasady? Na ile w tych poszukiwaniach może być pomocne poznanie samych właściwości prawa i uwarunkowań, które wpływają na jego kształt?

II. O istocie prawa

Fakt, że współcześnie nadal stawia się pytania o istotę prawa, o jego rolę i mechanizmy działania, musi zastanawiać. Są to bowiem zagadnienia, które budzą zainteresowanie od tysięcy lat,

aczkolwiek początkowo głównie ze strony filozofów. Mimo tego nie są one w pełni wyjaśnione i nadal są źródłem poważnych kontrowersji. Co więcej, pomimo ogromnego dorobku doktryny stają się one coraz donioślejsze. W dzisiejszym świecie, globalizującym się pod coraz silniejszą presją rozwoju społecznego i gospodarczego, a także w warunkach nieustannej walki o władzę, potęgowanej przez media, angażującej niemalże całe społeczeństwa, w świecie, w którym znosi się granice terytorialne i bariery społeczne, prawo z gruntu terytorialne i wymagające stabilności, jakby się zagubiło. Trafnie zjawisko oddał Piotr Machnikowski, pisząc, że: „nowoczesne społeczeństwa (przynajmniej społeczeństwa Europy oraz Ameryki Północnej) cechuje dynamizm życia, rosnąca złożoność i nieprzejrzystość, coraz szersze obszary niepewności i dominacja ryzyka. Skutki działań ludzkich w dużej mierze zależą od przyszłych i niezależnych od działającego okoliczności (...) Wzrost ryzyka wiąże się między innymi z tym, że relacje społeczne nie mieszczą się już w kontekstach lokalnych, ale realizują się w znacznych obszarach czasu i na wielkich przestrzeniach”¹. Czym jest zatem w takich warunkach prawo, jakie są jego właściwości, jaka jest rola, mechanizmy działania, co jest normą prawną, jakie są źródła prawa, a co jest źródłem norm prawnych? Z odpowiedziami na te pytania ciągle mamy problem.

O doniosłości prawa w życiu każdej społeczności z jednej strony i zarazem jego złożoności z drugiej strony świadczą choćby to, że naturą i istotą prawa w pierwszej kolejności zainteresowali się w starożytności filozofowie. Nie tylko prawa natury, rozumiane jako prawa

¹ P. Machnikowski, *Uwagi wstępne o podstawach odpowiedzialności cywilnej za zawiedzione zaufanie*, w: *Odpowiedzialność w prawie cywilnym*, red. P. Machnikowski, Wrocław 2006, s. 215.

przyrody, ale prawo tworzone przez człowieka jest obiektywnym zjawiskiem, jest koniecznością społeczną. Można by rzec, że jest prawem natury społecznej w tym znaczeniu, że występuje w każdej społeczności, także ludzkiej, tyle że treść norm w poszczególnych społecznościach może być zróżnicowana ze względu na zmieniające się odmienne uwarunkowania społeczno-gospodarcze. Tę właściwość prawa związła ujął Tadeusz Pawluk (1928–1996), pisząc, że „Prawo jest istotnym składnikiem życia społecznego, należy do natury każdej społeczności”². Prawo powstawało i oddziaływało na społeczności zanim pojawiło się zainteresowanie naturą i istotą prawa. Czym jest zatem prawo?

Z jednej strony to głęboko filozoficzna i teoretyczna kwestia, a z drugiej realne i zarazem praktyczne zjawisko, przejawiające się w nieustannym procesie tworzenia i modyfikowania norm, zachodzącym pod wpływem wielu czynników, zwłaszcza pod wpływem uwarunkowań społeczno-gospodarczych. Trafnie owe zależności oddał Tomasz Pietrzykowski: „Każdy porządek prawny wyrasta z pewnego dominującego w danej kulturze obrazu świata. Zakładane przy jego tworzeniu sądy na temat rzeczywistości, pożądanego jej kształtu czy roli, jaką w jego realizacji odgrywa prawo, nazwać można filozofią danego porządku prawnego. Należą do niej założenia ontologiczne, epistemologiczne i aksjologiczne czyniące zarówno samo prawo, jak i działania stosujących je organów sensowną i racjonalną praktyką społeczną. (...) Przekonania te (zwłaszcza aksjologiczne) mogą znajdować bezpośredni wyraz w normach prawnych, preambułach czy wypowiedziach

interpretujących prawo, jednakże najczęściej nie są one w żaden bezpośredni sposób artykułowane”³. Prawo bowiem towarzyszy człowiekowi od zarania jego dziejów. Pierwotnie wszelkiego rodzaju normy rodziły się w sposób na tyle naturalny, że owych procesów nie obejmowano świadomością. W konsekwencji nie odróżniano norm prawnych od pozaprawnych, co najwyżej odczuwano czy też nawet postrzegano określone zachowania jako konieczności bez zastanawiania nad jej źródłami. Owe normy krystalizowały się w codziennym życiu danej społeczności w ten sposób, że określone postawy i zachowania stawały się powszechnie akceptowalne, a nawet pożądane, w konsekwencji nakazywane lub zakazywane. Na pewnym etapie rozwoju ludzkości zaczęto dostrzegać, że niektóre normy są ważniejsze, donioślejsze z punktu widzenia danej społeczności. W konsekwencji społeczność jako całość uznawała za słuszne i celowe egzekwowanie owych norm na różne sposoby, z biegiem czasu wypracowane również w drodze zwyczaju.

Wraz z wyodrębnianiem się różnego rodzaju ośrodków władzy zaczęły krystalizować się, obok norm odnoszących się do relacji między członkami danej społeczności, także normy w odniesieniu do relacji zachodzących między piastunami władzy a jednostkami. Niemały udział w tym procesie miało zjawisko przeplatania się interesu prywatnego piastunów władzy z interesem ogółu społeczności. W sposób naturalny, pod wpływem przeróżnych czynników, powstawały zatem zwyczaje odnoszące się zarówno do relacji między jednostkami (w rodzinie, rodzice, plemienu, w danej miejscowości), jak i do relacji między piastunami władzy a członkami danej społeczności.

2 T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według kodeksu Jana Pawła II. Tom I. Zagadnienia wstępne i normy ogólne*, Olsztyn 2015, s. 18,5

3 T. Pietrzykowski, *Podmiotowość prawna – ujęcie teoretyczne, w: O czym mówią prawnicy, mówiąc o podmiotowości*, Katowice 2015, s. 17 i 18.

Z czasem zwyczaje stawały się na tyle doniosłe, że zaczęto je uważać za bezwzględnie wiążące, a w konsekwencji podlegające egzekucji przy udziale społeczności czy też pod jej presją lub egzekucji prowadzonej przez ośrodki władzy. Na przekształcanie zwyczajów w normy prawne, dzisiaj zwane zwyczajowymi, przemożny wpływ miały orzeczenia ówczesnych sędziów i piastunów władzy. Proces tworzenia się norm zwyczajowych przeplatany był wydanymi od czasu do czasu zarządzeniami, dekretami, ustawami, konstytucjami, statutami lub inaczej zwanymi aktami władczymi, odnoszącymi się najczęściej do jednostkowej sprawy lub co najwyżej do wąskiego wycinka życia społecznego, na tyle istotnych dla podmiotu dzierżącego władzę, że zasługiwały one na interwencję z jego strony ze względu na prywatny interes czy jakkolwiek rozumiany interes ogółu. Akty, w których spisywano i porządkowano normy obowiązujące w danej społeczności, należały do rzadkości. Co więcej, przeważały w nich normy dotyczące spraw, nazywanych obecnie publicznymi i karnymi, rzadziej spraw prywatnych.

Normy prawne, odnoszące się do spraw zwanych prywatnymi czy też cywilnymi, rodziły się w codziennym życiu. Podejmowano próby ich spisywania, najczęściej ze strony osób prywatnych. O wiele rzadziej korygowano je, uzupełniano czy też uszczegółowiano władczą interwencją w postaci aktu prawnego (statutu, kodeksu lub innego). Tworzenie norm prawnych, tworzenie się prawa rozumianego jako podstawowego elementu życia społecznego, a w konsekwencji tworzenie się systemów prawnych, to ciągły proces trwający od zarania dziejów i – mimo ogromnego dorobku

doktrynalnego – to niekończący się proces. Zjawisko krystalizowania się prawa obrazowo oddał Przemysław Dąbkowski (1877–1950), pisząc: „Prawo nie wyskoczyło od razu doskonałe, jak Minerwa z głowy Jowisza, nie spadło ludziom z nieba, jak podarek dla grzecznych dzieci. W ciężkiej walce długów wieków, pogrążonych dla nas dzisiaj jeszcze w zupełnej prawie pomroce, zdobywało ono, rzecz można, piędź za piędzią swego przyszłego stanowiska”⁴. W konsekwencji źródeł prawa i składających się nań norm prawnych poszukiwano poza prawem, w jakimś porządku rzeczy, dla jednych wywodzącym się od Boga, dla innych tworzonym przez naturę, odczytywanym rozumnie przez człowieka z myślą o zapewnieniu sprawiedliwości i słuszności. Prawo naturalne pojmuje i opisuje się na wiele sposobów, ale nie chodzi w tym opracowaniu o to, żeby wskazywać na różne rozumienie prawa natury czy też prawnonaturalnego podejścia do prawa. By oddać istotę prawnonaturalnego postrzegania prawa, wystarczy przytoczyć kilka przykładowych wypowiedzi. Otóż jeden z francuskich encyklopedystów, Antoine-Gaspard Boucher d’Argis (1708–1791), zdefiniował prawo naturalne jako „pewne zasady sprawiedliwości i słuszności, które rozum naturalny ustanowił między ludźmi, lub lepiej mówiąc, które Bóg wrył w naszych sercach”⁵. Zwięźle istotę prawa naturalnego oddał Antoni Kość (1949–2011): „Prawo w swojej treści musi być określone przez naturę rzeczy, tzn. przez uwarunkowania naturalne, ekonomiczne, cywilizacyjne i kulturowe. Przede wszystkim jednak natura człowieka stwarza źródło potrzeb i zachowań, które wpływają na treść prawa”⁶. Nieco dalej napisał, że „Pojęcie

4 P. Dąbkowski, *Prawo prywatne polskie*. Tom I, Lwów 1910, s. 48.

5 Za: R. Tokarczyk, *Sprawiedliwość jako naczelną wartość prawa*, w: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 357.

6 A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 1998, s. 118.

prawa naturalnego sensu *stricto* stawia następujący problem, a mianowicie: czy w samej naturze można znaleźć miarę tego, co słuszne i miarę tego, co powinno obowiązywać⁷.

O ile naturalność różnie rozumianych źródeł prawa generalnie nie budziła przez wieki wątpliwości, zwłaszcza w czasach obowiązywania praw zwyczajowych, o tyle wdrażanie systemów prawnych, które by gwarantowały sprawiedliwe i słuszne oceny, było niezmiernie trudne ze względu ówczesne uwarunkowania społeczno-gospodarcze. W kontynentalnej Europie poszukiwania prawa pewnego (*ius certum*) ukierunkowano na tworzenie przez właściwe władze aktów prawnych, w których zamieszczano normy prawne o charakterze generalnym i powszechnie wiążące, oparte na zakładanych, abstrakcyjnych stanach faktycznych. Owe dążenia zaowocowały dopiero w XIX w. wielkimi kodyfikacjami cywilnymi, tj. Kodeksem Napoleona (1804), austriackim kodeksem cywilnym (1812) i niemieckim kodeksem cywilnym (1900), projektowanymi latami przez wybitnych prawników pod patronatem ówczesnych władców i pod wpływem oświeceniowych idei. Tego rodzaju metoda wdrażania prawa pewnego sprzyjała krępowaniu sędziów ustawami, a tym samym uzależniała ich od władzy ustawodawczej. Warto w tym kontekście przytoczyć wypowiedź Monteskiusza (1689–1755): „z trzech władz (...) władza sądu jest poniekąd żadna [...] Sędziowie narodu to są (...) jedynie usta, które wygłaszają brzmienie praw, nieożywione istoty, które nie mogą złagodzić ich sił, ani surowości”⁸. Siłą rzeczy takie poglądy musiały oddziaływać na rozumienie roli sędziów w systemie prawnym,

wzmacniać rangę ustawy i wykładni literalnej, a tym samym umniejszać rolę źródeł pozaprawnych i wykładni celowościowo-funkcjonalnej.

Inną drogą poszli Anglosasi, którzy za sprawą sędziów królewskich zaczęli już od XI w. tworzyć prawo powszechne (*common law*). A gdy prawo to nie nadążało za zmieniającymi się uwarunkowaniami społeczno-gospodarczymi, stając się podstawą niesprawiedliwych orzeczeń, zaczęto w XIV w. odwoływać się do słuszności. Takie podejście do prawa zapoczątkowało powstawanie odrębnej gałęzi prawa – *ius equity*. O niej Marcin Kusaj napisał: „Przez wieki zadaniem systemu *equity* było właśnie interweniowanie w tego typu sytuacjach i korygowanie reguł *common law* przez wzgląd na zasady słuszności czy też szeroko rozumiane „sumienia”. A nowy akapit rozpoczął od stwierdzenia, że „Właśnie zagadnienie „sumienia” wydaje się szczególnie doniosłe przy próbach zrozumienia przyczyn rozwoju systemu *equity*, o czym świadczy chociażby fakt, iż u samych angielskich jurystów stosunkowo wcześniej pojawił się pogląd, zgodnie z którym sądy kanclerskie, sądzące w oparciu o reguły *equity*, były właśnie sądami sumienia”⁹. Jednakże odwoływanie się do słuszności, nawiązującej w dużej mierze do rozsądku i sumienia sędziego, stało się dodatkowym źródłem niepewności prawa. Instrumentem, który łączył owe negatywne następstwa, stawał się precedens. Oddziaływanie precedensu na postrzeganie prawa jest bowiem naturalnym zjawiskiem. Wypowiedź każdego organu orzekającego ma swoją wagę, wyrażającą się w związaniu i obowiązywaniu zależnym od autorytetu tegoż organu. Zresztą owe naturalne właściwości odnoszą się do

7 *Ibidem*, s. 122.

8 Za: K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009, s. 33.

9 M. Kusaj, *System equity w Wielkiej Brytanii – rozwój i funkcja*, w: *Rządy prawa i europejska kultura prawna*, red.

A. Bator, J. Helios, W. Jedlicka, Wrocław 2014, s. 218.

każdej oceny czy opinii, o ile tylko za nimi stoją uznawane autorytety. Precedens zatem z jednej strony wiązał innych sędziów, ale z drugiej nie zamykał im drogi do jego weryfikowania – przy zachowaniu odpowiednich procedur – i to w kontekście konkretnych spraw. Wskutek odmiennego rozwoju prawa anglosaskiego ciężar „ulepszania” prawa spoczął zatem przede wszystkim na barkach sędziów. W drugiej połowie XIX w. doszło nawet do formalnego połączenia sądownictwa opartego na *common law* z sądownictwem odwołującym się do *equity law*, a także w tym czasie doktrynę precedensu uznano za formalnie wiążącą¹⁰. Wcześniej wiązała ona ze względu na naturalne właściwości precedensu. To one sprawiają, że w kontynentalnej Europie precedens również oddziałuje na funkcjonowanie prawa, tyle że *de facto*.

Nie oznacza to jednak, że w systemie źródeł prawa anglosaskiego ustawa nie była wyżej od precedensu. Była i nadal jest, tyle że ze względu na rolę sądownictwa ustawę wydawano w razie konieczności, a nadto musiała i musi być ona bardzo precyzyjna pod względem celu regulacji, doboru instrumentów oraz spójności terminologicznej. W innym razie krytyczne sędziowskie oceny mogły i mogą przesądzić o jej marginalizacji. Obrazowo relację między ustawami a orzecznictwem w systemie anglosaskim przedstawił, powołując się na sędziego angielskiego Alfreda Denninga (1899–1999), Ireneusz Kamiński: „Do interwencji ustawodawczej dochodziło jednak zwykle dopiero wtedy, gdy »niebo było ciężkie od skarg«”¹¹.

Dążenia do prawa pewnego nasiliły się w dobie gwałtownego rozwoju nauki

i towarzyszącej jej rewolucji przemysłowej, co radykalnie wpływało na postrzeganie prawa. Naukowe podejście do prawa na wzór nauk przyrodniczych i towarzyszącemu mu pozytywistycznemu obrazowi świata wzmogło tendencje do utożsamiania prawa z prawem stanowionym, a tym samym do zawężania jego źródeł do już zwerbalizowanych norm prawnych, zwłaszcza w aktach prawnych, i umiejscawiania naturalnych, pierwotnych źródeł poza systemem prawnym. Bardzo trafnie „pozytywistyczność” w postrzeganiu otoczenia ujął francuski pozytywista Auguste Comte (1798–1857). Dla niego termin ten znaczył „po pierwsze to, co realne, w przeciwieństwie do tego, co urojone; po drugie to, co pożyteczne, w zestawieniu z tym, co jałowe; po trzecie to, co pewne, w stosunku do tego, co chwiejne; po czwarte to, co wyraźne, w przeciwieństwie do tego, co mgliste; i po piąte to, co konstruktywne, w stosunku do tego co destruktywne”¹². Źródła pozytywizmu Jacek Zieliński opisuje następująco: „Z rozbudzonych nadziei oświeceniowych wyrosło poczucie samowładności człowieka. Pojawił się pozytywizm, jakby na przekór poprzedniemu okresowi, wychwalając osiągnięcia zapobiegliwego rozumu ludzkiego i stwarzając nową odstonę jego możliwości. Naukowo ogarnięta od podstaw wiedza miała stworzyć nowego człowieka. Ujawniła jednak, że celem tej wiedzy władza (Michel Foucault), sama władza na każdym człowiekiem. Dlatego pozytywizm prawny usztywnił funkcjonowanie prawa, rozumianego już nie jako emanacja prawa naturalnego, ale jako narzędzie woli tzw. suwerena, posiadającego władzę (...). Wszechwładny, anonimowy suweren,

10 M. Kusaj, *System...*, s. 226.

11 I.C. Kamiński, *Słuszność i prawo. Szkic prawnoporównawczy*, Zakamycze 2003, s. 125.

12 Za: K. Opalek, w: *Prawo. Metodologia. Filozofia. Teoria prawa*. Warszawa 1991, s. 220.

zastąpił ogłaszanego wszem i wobec suwerena – lud. Kult natury zastąpiono kultem ustawy”¹³. Katarzyna Sójka-Zielińska scharakteryzowała owe tendencje, pisząc: „Wiek XIX przyniesie pełne zwycięstwo idei legalizmu, apoteozę litery ustawy. Nastaną czasy pozytywizmu ustawowego, a wraz z nim programowe odsuwanie z pola widzenia wszelkich czynników metaprawnych. Odrzucano potrzebę sięgania do zasad prawnonaturalnych przez sądy”¹⁴. Według Romana Tokarczyka, „Krytycy zarzucający doktrynom prawa natury, że nie jest to prawo w sensie ścisłym, starają się dowieść, że istotą wszelkiego prawa jest możliwość stosowania przymusu państwowego celem wymuszania posłuszeństwa prawu w przypadkach naruszenia treści jego nakazów i zakazów. Prawo natury, jeśli przyjąć, że istnieje, nie dysponuje możliwością stosowania takiego przymusu”¹⁵. O pozytywizmie Natalino Irti, włoski profesor prawa, wyraził się obrazowo, mówiąc: „Nie unosi oczu ponad ziemię ani nie naśladuje natury”¹⁶.

Wraz z pojawieniem się w początkach XIX w. doktryny pozytywizmu prawniczego generalnie przeciwstawia się obydwą wyżej zarysowane kierunki postrzegania prawa jako zjawiska społecznego. W tym kontekście warto przytoczyć wypowiedź Jerzego Oniszczyka: „Wyróżnienie porządku prawnonaturalnego mogło się pojawić się, gdy zaistniał inny konkurencyjny system normatywny. Zapewne mogło stać się tak po pojawieniu się prawa ustanowionego przez ludzi, ich władzę (tzw. prawo pozytywne). Wtedy pojawiły się rozważania, czym jest prawo. Wcześniej bowiem, gdy prawo traktowano jako nakazy istot boskich czy przekazy tradycji, gdy kultem boskości otaczano

monarchę, trudno sobie wyobrazić, aby istniała jakaś szersza refleksja krytyczna skierowana na prawo”¹⁷. Nieco dalej J. Oniszczyk dodał, że „Poszukiwania w tym obszarze, mimo że rozpoczęły się w starożytności, trwają do dzisiaj”¹⁸.

W moim przekonaniu rację mają zwolennicy tzw. trzeciej drogi, którzy łączą elementy obydwu koncepcji postrzegania prawa. Każda z tych doktryn prawa nie tłumaczy bowiem istoty prawa w pełni. Doktryny podkreślające naturalność prawa ukierunkowane są na pierwotne źródła prawa, znajdujące się poza zwerbalizowanymi normami prawnymi, a więc poza prawem zwyczajowym, precedensami i przepisami. Zwerbalizowane w różny sposób normy są czymś wtórnym wobec uwarunkowań społeczno-gospodarczych i pierwotnych źródeł prawa w postaci obowiązujących w danej społeczności systemu wartości i zasad, generalnie wobec pozaprawnych norm. Ów kierunek akcentuje zatem rolę prawa, jego funkcjonalną stronę, jest bardziej otwarty na poszukiwanie właściwej normy, uwzględniającej również argumentację odwołującą się do racjonalności, rozsądku oraz poczucia sprawiedliwości i słuszności. Natomiast doktryny opowiadające się za pozytywistycznym obrazem prawa widzą jego istotę w tworzeniu przez właściwe ośrodki władzy wiążących przepisów, będących źródłem norm, których przestrzeganie gwarantowane jest przymusem ze strony jakkolwiek ukształtowanej władzy. Pozytywizm prawniczy kładzie zatem nacisk na formalizm, przekładający się na związanie, obowiązywanie, sankcję i egzekucję. Jednakże są to dwie strony tego samego zjawiska, jakim jest prawo. Dlatego miał rację francuski filozof

13 J. Zieliński, *Antropocentryzm i juryscentryzm w prawie kanonicznym i cywilnym*, w: *Prawo wewnętrzne Kościoła katolickiego a polski porządek prawny*, red. J. Cymbały, J. Krzywkowskiej i M. Paszkowskiego, Olsztyn 2015, s. 52 i 53.

14 K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa. Szkice z dziejów kultury prawnej Europy*, Ossolineum 2010, s. 67.

15 R. Tokarczyk, *O czterech tradycjach w historii doktryn prawa natury*, w: *Tradycja i postęp w prawie*, Lublin 1983, s. 57.

16 Za: G. Blicharz, *Niepewna przyszłość prawa? Wywiad z prof. Natalino Irtim*, „Forum prawnicze” 2014, nr 1(21), s. 4.

17 J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2012, s. 38.

18 *Ibidem*, s. 39.

prawa François Géný (1861–1959), przedstawiciel kierunku realistycznego postrzegania prawa, który twierdził, że „niesłusznie przyjmuje, że jedynym źródłem prawa jest prawo stanowione, ponadto fetyszyzuje metodę prawniczą, przyjmując, że wykładania praw ma ściśle logiczny – algorytmiczny – charakter”¹⁹. Nie wolno bowiem zapominać, że prawo służy ujarzmieniu tętniącego życia społecznego w normach tworzonych przez człowieka z jego walorami i ułomnościami.

Owe właściwości i zależności są widoczne w naturalnych procesach tworzenia prawa, które zachodziły przed wiekami. Wystarczy odwołać się do prawa rzymskiego, które jest, obok filozofii greckiej i chrześcijańskiej etyki, jednym z filarów współczesnych porządków prawnych w tzw. świecie zachodnim. Jak napisał T. Pawluk (1928–1996), „W nauce niekiedy wyodrębnia się tzw. prawo narodów (*ius gentium*). Zrodziło się ono na gruncie rzymskim, kiedy *ius civile* okazało się mało przydatne Rzymianom wchodzącym w rozliczne stosunki z obcokrajowcami. Prawo to bazowało na zasadach słuszności i sprawiedliwości. W dalszym rozwoju prawo narodów stało się częścią prawa naturalnego. Przez prawo narodów rozumiano skonkretyzowane wnioski (*conclusiones*) wypływające z logiczną koniecznością z pierwszorzędnych zasad prawa naturalnego”²⁰. A twórcami tych norm, wypływających z życia społecznego, dostosowujących konserwatywnie rzymskie *ius civile* wiążące wyłącznie rzymskich obywateli, do zmieniających się uwarunkowań społeczno-gospodarczych w rozrastającym się imperium rzymskim, byli przede wszystkim pretorzy i rzymscy juryści, a nie senat za republiki czy też cesarzowie za pryncypatu,

a następnie za dominatu. Aczkolwiek wraz z odchodzeniem od ustroju republikańskiego i wzrostem dominacji cesarzy rzymskich rosła waga wydawanych przez nich konstytucji.

W tych procesach kreowania obowiązujących norm zachodzi naturalne zjawisko, które sprowadza się do konkretyzowania i werbalizowania na różne sposoby norm, w tym prawnych. Nazywa się go pozytywizacją prawa. Jest ono na tyle immanentną cechą prawa, że towarzyszy mu od zarania dziejów. Nie ma prawa, nie ma norm prawnych bez ich pozytywizacji. Pozytywizacja prawa to nic innego jak proces kreowania normy prawnej, którego wynikiem była i jest norma prawa zwyczajowego, a współcześnie prawa stanowionego na różne sposoby. Naturalny związek między pierwotnymi źródłami prawa i koniecznością ich konkretyzowania sprawia, że pozytywizacja prawa jest nieustannym, niekończącym się procesem, również zachodzącym współcześnie. Potwierdzeniem jest wypowiedź Wiesława Langa, który napisał, że „W drugiej połowie XX w. rozpoczęła się bowiem trwająca nadal prawna pozytywizacja większości pozaprawnych zasad słuszności lub sprawiedliwości, które stanowiły główne uzasadnienie niepozytywistycznych lub antypozytywistycznych filozofii prawa. Proces ten trwa w rezultacie kształtowania się ogólnych zasad prawa międzynarodowego publicznego oraz powstania i rozwoju międzynarodowego prawa praw człowieka”²¹. Pozytywizacja prawa jest zatem zjawiskiem nieuniknionym i – wbrew pozorom – nie wyklucza ona prawnonaturalnego postrzegania prawa. Prawnonaturalność prawa wyraża się bowiem w konieczności uwzględniania przy tworzeniu przepisów praw

19 Za: J. Stelmach, w: *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 90.

20 T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według kodeksu Jana Pawła II. Tom I. Zagadnienia wstępne i normy ogólne*, Olsztyn 2015, s. 25.

21 W. Lang, *System prawa i porządek prawny, w: System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 10.

natury rządzących środowiskiem przyrodniczym, praw natury społecznej, uwarunkowań społeczno-gospodarczych, w tym obowiązujących norm pozaprawnych, a także na możliwości weryfikowania prawa pozytywnego w ramach jego stosowania przez pryzmat – najogólniej rzecz ujmując – sprawiedliwości i słuszności. Potwierdzeniem takiej konieczności są również akty prawne tworzone w ramach pozytywistycznie pojmowanego prawa, w których zamieszcza się przepisy zawierające klauzule generalne odwołujące się do pozaprawnych norm. Nie wolno też pomijać spostrzeżenia, że naturalność prawa wyrażała się w tym, iż przez tysiące lat normy prawne rodziły się w codziennym życiu, a w kodeksach do XVIII w. spisywano raczej i odpowiednio systematyzowano obowiązujące już od lat prawa (normy). Prawodawcą było zatem społeczeństwo. Jeżeli wydawano akty prawne, to odnoszące się do wąskiego wycinka życia społecznego. Ów nierozzerwalny związek zachodzący między prawnonaturalnym postrzeganiem prawa a jego pozytywizacją można zilustrować dwoma wypowiedziami A. Kościa, który napisał: „Prawo naturalne musi być rozumiane jako »dusza« prawa pozytywnego, jako jego treść”²². I zaraz dodał: „do pozytywności prawa należy: jasne i wyraźne określenie treści i formy norm prawnych; ogłoszenie wszystkim obywatelom prawa w sposób jasny i dostępny; ujęcie prawa w określoną strukturę i system”²³. Egzekwowalność prawa naturalnego wynika z jego oczywistości, natomiast egzekwowalność prawa stanowionego – z formalnego obowiązywania.

Jednakże podstawowy problem polega na tym, do kogo należy władza (kompetencja

i obowiązek) pozytywizowania prawa: czy tylko do ustawodawcy czy także do innych organów, zwłaszcza sądów, w konsekwencji czy można odseparować tworzenie prawa od jego stosowania, czy musimy – ze względu na ułomności spożytywizowanego prawa oraz zmienność relacji społecznych – godzić się na prawotwórczą aktywność sądów choćby dlatego, że ustawodawca nie jest w stanie samodzielnie poradzić sobie z dostosowywaniem prawa do zmieniającej, i to coraz szybciej, rzeczywistości. Jednakże są to już kwestie ustrojowe i na ile doniosłe, pokazuje historia rozwoju prawa na Kontynencie, zwanego *ius civile*, i w Wielkiej Brytanii, zwanego *common law*. To one wpływają na kształt samych praw, systemów prawnych i ich efektywność. Dowodem na to, że owe kwestie ustrojowe są donioślejsze niż spór o „pozytywistyczność” prawa, jest fakt, że pozytywizm prawniczy zrodził się w Wielkiej Brytanii z nadzieją zwiększenia pewności prawa przez, jak ostatecznie zdecydowano, wzmocnienie doktryny precedensu, a nie przez tworzenie kodeksowym regulacji. Który z tych sposobów dostosowania prawa do uwarunkowań społeczno-gospodarczych bardziej odpowiada właściwościom prawa i jego roli w życiu społeczeństw? Odpowiedź zdaje się być oczywista, ale czy można oczekiwać gwałtownych zmian w systemach prawnych, kształtowanych przez wieki, a zakotwiczonych w tradycji, doktrynach, wyobrażeniach o prawie, w najogólniej pojmowanej kulturze prawnej. Należy jednak oczekiwać świadomego działania ukierunkowanego na tworzenie coraz bardziej efektywniejszego systemu prawnego, uwzględniającego właściwości

22 A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 1998, s. 107.

23 *Ibidem*.

prawa, uwarunkowania społeczno-gospodarcze oraz wiedzę i doświadczenie z tym związane.

III. O bezwzględności sankcji nieważności czynności prawnej

Sankcja jest jednym z elementów normy prawnej, aczkolwiek niekiedy sankcje pozaprawne są bardziej uciążliwe niż sankcje prawne. W prawie prywatnym jedną z najbardziej dotkliwych sankcji jest nieważność czynności prawnej. Przyczyny, wywołujące tego rodzaju sankcję, określono w sposób generalny w art. 58 k.c. Są nimi sprzeczność czynności prawnej z ustawą, a nawet z zasadami współżycia społecznego. Czynność prawna jest także nieważna, gdy jej celem jest obejście prawa. Tak ujęte przyczyny nieważności, jak zresztą każdy przepis odwołujący się do ogólnych przesłanek i kryteriów, prowokują do stawiania pytań o istotę prawa, o jego rolę i mechanizmy działania, o relację między prawem, normami prawnymi i ustawami, w konsekwencji o źródła prawa, a tym samym o źródła norm prawnych. Ktoś musi bowiem ustalać, jakiego to rodzaju sprzeczności z ustawami stanowią podstawę do uznania ocenianej czynności prawnej za nieważną. Bo chyba nie każda sprzeczność z ustawą winna być podstawą nieważności czynności prawnej. Ktoś musi konkretyzować zasady współżycia społecznego, których naruszenie w określonych okolicznościach będzie uzasadniało zastosowanie takiej sankcji. Ktoś musi definiować obejście prawa, tworząc bardziej szczegółowe kryteria weryfikowania konkretnych sytuacji pod tym kątem. Przytoczony przepis Kodeksu cywilnego

jest o tyle podstawą formułowania tego rodzaju pytań, że jest w nim mowa o sprzeczności nie tylko z ustawą, ale również z zasadami współżycia społecznego, a także o obejściu prawa, a nie o obejściu ustaw czy przepisów. A prawo jest czymś o wiele szerszym niż ustawy czy przepisy.

Art. 58 k.c. nawiązuje zatem zarówno do treści przepisów zamieszczanych w ustawach, jak i do założeń i celów będących podstawą ustawowych regulacji, a nawet do wartości i norm, które można wywieść ze sfery pozaprawnej, objętej zwrotem „zasady współżycia społecznego” czy też „obejście prawa”. I jeszcze raz wypada zapytać, do kogo należy (winna należeć) kompetencja i zarazem obowiązek tworzenia bardziej szczegółowych norm prawnych, wywodzonych z tak ogólnie ujętych przepisów i wynikających z nich ogólnych norm prawnych: czy ma to czynić wyłącznie ustawodawca, a może również i organy orzekające o konieczności zastosowania art. 58 k.c. w konkretnych przypadkach. A jeśli czynią to organy orzekające, czy jest to tylko stosowanie prawa, czy też również tworzenie prawa, a w istocie bardziej szczegółowych norm prawnych, zakotwiczonych w ogólnie sformułowanych przepisach i pozaprawnych kryteriach wartościowania zachowań.

Ze względu na swoją rolę w systemie prawnym może to czynić niewątpliwie ustawodawca, tworząc bardziej szczegółowe regulacje, przewidujące sankcję nieważności w odniesieniu do bardziej skonkretyzowanej sytuacji. I wielokrotnie skorzystał z tej możliwości. Oprócz przywołanego art. 58 k.c., określającego w sposób generalny przyczyny nieważności czynności prawnej, ustawodawca zamieścił

zarówno w Kodeksie cywilnym²⁴, jak i w innych ustawach wiele przepisów szczególnych, które przewidują sankcję nieważności w bardziej skonkretyzowanych przypadkach. Wydawałoby się, że im bardziej szczegółowe przepisy, pozwalające na wywodzenie z nich równie szczegółowych norm prawnych, to tym mniej winno być kontrowersji odnoszących się do celowości stosowania tego rodzaju sankcji. Nic bardziej mylnego.

Przykładowo w Kodeksie cywilnym sankcję nieważności wiąże się z czynnością prawną o świadczenie niemożliwe (art. 387 § 2 k.c.), naruszającą prawo pierwokupu przysługujące z mocy ustawy Skarbowi Państwa, jednostce samorządu terytorialnego, współwłaścicielowi albo dzierżawcy (art. 599 § 2 k.c.), o spadek po osobie żyjącej (art. 1047 k.c.).

Tego rodzaju przepisy zamieszcza się również w innych ustawach, regulujących jakis wycinek relacji społecznych. Przykładowo w art. 9 ustawy z 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego²⁵ przewidziano sankcję nieważności m.in. dla nabycia własności nieruchomości rolnej lub udziału we współwłasności takiej nieruchomości niezgodnego z ustawą, w tym również w przypadku niezawiadomienia uprawnionego do prawa pierwokupu (KOWR lub dzierżawcy) oraz niepowiadomienia KOWR o prawie nabycia, a także w przypadku zbycia albo oddania w posiadanie nieruchomości rolnej bez wymaganej zgody Dyrektora Generalnego Krajowego Ośrodka czy też nabycia nieruchomości rolnej w oparciu o nieprawdziwe oświadczenia albo fałszywe lub potwierdzające nieprawdę dokumenty. Podobnie ujęto sankcję nieważności w art. 6 ust. 1 ustawy z 23 marca 1920 r.

o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców²⁶, stanowiąc, że nabycie nieruchomości przez cudzoziemca wbrew przepisom ustawy, czyli bez wymaganego zezwolenia, jest nieważne. Z kolei w art. 37h ustawy z 28 września 1991 r. o lasach²⁷ postanowiono, że czynność prawna dokonana niezgodnie z art. 37a lub art. 37b, w szczególności bez zawiadomienia nadleśniczego właściwego ze względu na miejsce położenia gruntu, jest nieważna.

Przyjmuje się, że tego rodzaju sankcja jest źródłem bezwzględnej nieważności czynności prawnej, tj. od samego początku niemającą doniosłości prawnej, a tym samym nie wywołującą skutków prawnych z nią związanych, a tym samym w pełni nieskutecznej, aczkolwiek rodząca zazwyczaj nowy stosunek prawny, którego treścią są prawa i obowiązki stron nieważnej czynności prawnej związane z koniecznością rozliczenia się. Jednakże do czasu stwierdzenia nieważności przez sąd czynność winna być traktowana jako ważna i skuteczna. Co więcej, stwierdzenia jej nieważności mogą żądać tylko osoby mające w tym interes prawny. I od razu nasuwa się pytanie, czy może z takim żądaniem występować osoba, która odpowiada za wystąpienie okoliczności, mogących stanowić podstawę oceny czynności prawnej jako nieważnej. Prawo nie jest bowiem tego rodzaju „świętością”, że niezależnie od stanowiska zainteresowanych i kosztów indywidualnych i społecznych trzeba doprowadzać stan faktyczny do zgodności z prawem. Prawo jest tylko narzędziem dla zainteresowanych do ochrony ich interesów poprzez żądanie zastosowania sankcji nieważności. Dlatego na taką ochronę nie może zasługiwać ktoś, kto nieuczciwie i nielojalnie

24 Przykładowo, nieważna jest czynność prawna dokonana przez osobę, która nie ma zdolności do czynności prawnych (art. 14 k.c.), dokonana bez zachowania formy pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej, jeżeli ustawa przewiduje dla danego przypadku rygor nieważności, oraz bez zachowania innej formy szczególnej – w każdym przypadku, chyba że przepis szczególny przewiduje inną sankcję (art. 73 k.c.). Analogiczne skutki występują, w przypadku zastrzeżenia formy szczególnej przez strony czynności prawnej, aczkolwiek w art. 76 k.c. nie posłużono się terminem „nieważna”, lecz zwrotem „czynność ta nie dochodzi do skutku”.

25 Dz.U.2020.1655.

26 Dz.U.2017.2278.

27 Dz.U.2020.1463 ze zm.

postępował przy dokonywaniu czynności prawnej. Często o tym zapominamy, co gorsza – zdarza się o tym zapominać i sędziom. W konsekwencji niektórzy podkreślają, że nieważność jest sankcją właściwą jedynie w razie naruszenia norm chroniących interes publiczny²⁸. Ale czy zawsze?

Jest faktem, że coraz częściej do prawa prywatnego wprowadza się sankcję nieważności ze względu na interes publiczny (społeczny). Jest to widoczne zwłaszcza wówczas, gdy nieważność powiązana jest ustawowo z naruszeniem uprawnienia przysługującego osobie trzeciej, a więc nie będącej podmiotem stosunku prawnego wynikającego z kwestionowanej czynności prawnej, czy też z wymogiem uzyskania zgody sądu lub innego organu na dokonanie czynności prawnej. Wówczas wyraźnie przyznaje się określonym podmiotom, działającym w interesie publicznym (społecznym), uprawnienie do żądania stwierdzenia nieważności. W braku takich przepisów trzeba byłoby takie uprawnienie wywodzić z celowości takiej regulacji. Chyba że byłoby się krańcowym pozytywistą, wykluczającym taką możliwość, a tym samym zezwalającym jedynie prokuratorowi na występowanie z takim żądaniem w ramach jego ogólnej kompetencji, przewidzianej *expressis verbis* w art. 7 k.p.c., m.in. do wszczęcia postępowania w każdej sprawie, jeżeli według jego oceny wymaga tego ochrona praworządności, praw obywateli lub interesu społecznego.

Z tej racji, że prawo jest narzędziem ingerowania w relacje prywatne, jest instrumentem ograniczania wolności ze względu na określone założenia i cele, wiąże się z nim wymóg proporcjonalności stosowanych

środków prawnych. W tym kontekście należy zapytać, czy sankcja nieważności, pojmowana jako bezwzględna nieważność, w niektórych przypadkach nie idzie za daleko, zwłaszcza z punktu widzenia celowości ochrony interesu publicznego (społecznego).

Przykładowo, ustawodawca uznaje za celowe przyznanie prawa pierwokupu oznaczonym podmiotom, wiążąc z jego naruszeniem sankcję nieważności bezwarunkowej umowy sprzedaży (art. 599 § 2 k.c.). Zdecydowanie dominuje pogląd i stanowisko judykatury, że chodzi tu o bezwzględną nieważność umowy sprzedaży²⁹. Niewątpliwie, źródłem ustawowego prawa pierwokupu jest jakiś interes publiczny, nawet jeśli prawo pierwokupu jest przyznawane podmiotowi prywatnemu (np. dzierżawcy). Ale to ustalenie, że u podstaw ustawowego prawa pierwokupu jest jakiś interes publiczny, nie powinno wystarczać do wiązania z jego naruszeniem sankcji bezwzględnej nieważności. Z wymogu proporcjonalności oddziaływania prawa na prawa i obowiązki wynika postulat ograniczenia nieważności do wyłączenia skutku rzeczowego w postaci nabycia własności przez kupującego. Nawet przekonany pozytywista powinien nie mieć oporów z przyjęciem takiej normy w odniesieniu do tych przypadków, gdy ustawodawca mówi o nieważności nabycia z powodu naruszenia przepisów ustawy. A gdy podstawą nabycia jest umowa sprzedaży, to powinna ona nadal wiązać jej strony w zakresie powiązań obligacyjnych. Pełna nieważność umowy sprzedaży wprowadza niepewność – tym większą, im później żąda się stwierdzenia nieważności takiej umowy. Jedno nie powinno ulegać wątpliwości, że z żądaniem

28 R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013, s. 492.

29 J. Jaworski, w: *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 670 i 671; G. Bieniek, w: *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2013, s. 589; E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 571 i 576; R. Czarnecki, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom 2, Warszawa 1972, s. 1335; J. Górecki, *Prawo pierwokupu. Komentarz do art. 596-602 k.c. i innych przepisów regulujących prawo pierwokupu*, Zakamycze 2002, s. 162; J. Jezioro, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek i P. Machnikowski, Warszawa 2013, s. 1102; G. Matusik, w: *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz pod red. S. Kalus*, Warszawa 2012, s. 629; K. Mularski, w: *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz Art. 450-1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016; s. 559-556; M. Nestrowicz, w: *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, Warszawa 1980, s. 572; E. Radomska, *Ustawowe prawo pierwokupu nieruchomości*, Toruń 1979, s. 46 i 47; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2008, s. 64; M. Safjan, w: *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz do art. 450-1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 375 i 376; J. Skąpski, w: *System Prawa Cywilnego, tom III, część 2. Prawo zobowiązań część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, s. 172 i 173; por. uchw. SN z 30 lipca 1968 r., III CZP 48/68, OSN 1969/3/49; uchw. SN z 11 maja 1973 r., III CZP 21/73, OSN 1973/11/197; uz. do wyr. SN z 12 grudnia 2001 r., III CKN 453/99, Lex 488993; uz. do wyr. SN z 15 listopada 2002 r., V CKN 1374/00; uz. do wyr. SN z 10 października 2008 r., II CSK 221/08, OSP 2010/1/3; uz. do wyr. SN z 21 stycznia 2010 r., I CSK 239/09.

zastosowania takiej sankcji może wystąpić co do zasady tylko uprawniony z prawa pierwokupu.

Aczkolwiek ustalenie, jaka sankcja byłaby najwłaściwsza z punktu widzenia interesów stron umowy sprzedaży i interesu publicznego (społecznego), wymaga szerszej analizy uwzględniającej wszystkie możliwości ochrony uprawnionego do prawa pierwokupu z ustawy. Być może lepszym rozwiązaniem byłoby stosowanie sankcji w postaci względnej nieważności czy też bezskuteczności względnej, lub jakiegoś rodzaju bezskuteczności zawieszony. Ale w tym opracowaniu nie chodzi o próbę przesądzenia tej kwestii, lecz jedynie o podkreślenie, że sankcja bezwzględnej nieważności jest za daleko idąca i należałoby ją w jakiś sposób złagodzić, tyle że nasuwa się pytanie, czy może to zrobić tylko ustawodawca, czy także mogą to uczynić sądy i inne organy, kreując w ramach stosowania prawa normy uwzględniające naturę prawa prywatnego oraz zasadę proporcjonalności oddziaływania prawa na sytuację prawną poszczególnych podmiotów.

I tu pojawia się punkt styczny z rozważaniami na temat istoty prawa. Nie można na powyższe pytania odpowiedzieć, jeżeli nie zajmie się w pierw stanowiska w kwestii rozumienia prawa, jego roli i mechanizmów działania. Inaczej odpowie na nie pozytywista utożsamiający prawodawcę z ustawodawcą, a tym samym rozdzielający tworzenie prawa od jego stosowania, a inaczej ktoś, kto postrzega prawo jako zjawisko bardziej złożone i to na tyle, że prawodawcą jest nie tylko ustawodawca, ale – jak to bywało jeszcze do niedawna – całe społeczeństwo, oddziałujące na rozwój prawa na różne sposoby, zwłaszcza tworząc

normy prawa zwyczajowego, konkretyzowane w ramach praktyki orzeczniczej. Wynika z tego, że kluczową sprawą staje się pozycja i rola sędziów w systemie prawnym, a w konsekwencji ich relacja do władzy ustawodawczej. Ale czy można być przekonany pozytywistą, jeżeli w ustawie można przeczytać przykładowo, że czynność prawna dokonana niezgodnie z art. 37a lub art. 37b ustawy o lasach, w szczególności bez zawiadomienia nadleśniczego, właściwego ze względu na miejsce położenia gruntu (podkr. – ZT), jest nieważna (art. 37h ustawy o lasach).

IV. Zakończenie

Poszukiwaniem istoty prawa, jego roli i mechanizmów działania, zajmujemy się od tysięcy lat. Poświęcono tym zagadnieniom niezliczone publikacje. Dlatego mogą dziwić poglądy filozofów prawa, o uznanej renomie na całym świecie, zajmujących się istotą prawa współcześnie. Austriackiemu filozofowi praw, Hansowi Kelsenowi (1881–1973), twórcy odmiany pozytywizmu zwanej normatywizmem, prawo naturalne i prawo pozytywne ukazują się „jako przeciwstawne (nie do pogodzenia), leżące po przeciwnych stronach bytu i powinności, materialnej i formalnej zasady obowiązywania oraz obowiązywania absolutnego i względnego. Uważał, że prawo pozytywne i prawo naturalne nie są możliwe jednocześnie obok siebie”³⁰. Podobne stanowisko zajmował angielski filozof prawa, Herbert Hart (1907–1992), który uważał, że „nie istnieje żaden konieczny bądź pojęciowy związek pomiędzy treścią prawa i treścią moralności”³¹. Takiemu podejściu do

³⁰ Tak: H. Schambeck, *Nauka prawa Hansa Kelsena*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2011, Tom VIII, s. 42.

³¹ Za: B. Wojciechowski: *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretyczne*, Toruń 2004, s. 36.

prawa sprzeciwiał się Ronald Dworkin (1931–2013), amerykański filozof prawa. Według Bartosza Wojciechowskiego: „Koncepcję Dworkina uważa się za jedną z prób pogodzenia filozoficznoprawnych też pozytywizmu z teoriami prawa natury. Określa się niniejszą teorię mianem „trzeciej drogi”, która uznaje, że prawoznawstwo nie jest wolne od wartościowań. W miejsce norm traktowanych przez pozytywistów jako gotowe wzory rozstrzygnięć czy niepisanych norm prawa natury, Dworkin proponuje włączenie do systemu prawa zasad, będących wyrazem historycznie ukształtowanych wartości panujących w społeczeństwie”³².

Zaskakujące jest to, że pozytywistyczne postrzeganie prawa nadal znajduje zwolenników, mimo iż ze względu na właściwości prawa i uwarunkowania, które nań oddziałują, nie powinno ulegać wątpliwości, że doktryny, odrywające prawo od korzeni, nie są w stanie wyjaśnić istoty prawa, jego roli i mechanizmów działania. W jakimś stopniu atrakcyjność pozytywistycznego postrzegania prawa tłumaczy Franciszek Longchamps de Bérier, ale zarazem wyjaśnia, dlaczego nie można pomijać prawnonaturalnych uwarunkowań: „Pozytywizm prawny bywa wygodny i bezpieczny, lecz bezpłodny. Przydaje się względnie nie tylko na prawo naturalne, ale także na historyczne doświadczenie Rzymian. (...) Gdy dla nas punktem wyjścia jest norma prawna wiążąca, w Rzymie prawo ujawnia się jako porządek w działaniu. Ustawa czy w ogóle unormowanie to wynik procesu współpracy, dziś powiedzielibyśmy dyskursu, debaty (...) prawo charakteryzuje się tym w ogóle, że jest wynikiem porozumienia i współpracy, a nie czyjegokolwiek orzeczenia”³³. To rozwój dawnego prawa pod wpływem naturalnych mechanizmów dowodzi,

jak ważna dla działania prawa jest praktyka, że prawo jest czymś o wiele więcej niż tylko zbiorem ustaw. Niemiecki badacz prawa rzymskiego, Rudolf Sohm (1841–1917), tak je scharakteryzował: „Rzymskiego prawa cywilnego nie przetworzono za jednym zamachem zwykłą drogą ustawodawstwa. *Praktyka sądowa* okazała się doskonałym środkiem, by poprzez prawo cywilne wyrósł ponad prawo cywilne, by samem stosowaniem prawa cywilnego, trzymając rękę na pulsie życia prawnego, wytworzyć przeciwieństwo prawo nowe, prawo cywilne przyszłości”³⁴.

Tworząc i stosując prawa, trzeba zdawać sobie sprawę, że immanentną, a tym samym nieusuwalną cechą prawa jest tkwiąca w nim sprzeczność, tj. między ciągłością, stabilnością, pewnością a koniecznością odwoływania się do sprawiedliwości i słuszności, wynikających ze zmieniających się uwarunkowań, a w konsekwencji i wartości oraz zasad. Jak zauważył Eugeniusz Jarra (1881–1973), „Z jednej strony prawo, jako czynnik organizacyjny podstaw bytu społecznego, musi je ujmować w prawidła ścisłe, typowe, z drugiej znowu, nie ulega wątpliwości, że życie przedstawia tak nieskończoną barwność wydarzeń, iż trudno byłoby wyszukać wśród nich dwu całkowicie do siebie podobnych”³⁵. I znowu nasuwa się o pytanie, kto ma dostosowywać normy do tej barwności, kto ma godzić tę sprzeczność; tylko ustawodawca, czyli parlamentarzyści, czy też może także inne osoby, zwłaszcza sędziowie, również wywodzący się ze społeczeństwa, tyle że w innym trybie. Tak więc nie wolno zapominać o mechanizmach powstawania prawa zwyczajowego i zarazem zdawać sobie sprawę z jego słabości, która sprowadzała się do braku systemu zapewniającego jest powszechność i skuteczność.

32 *Ibidem*, s. 35.

33 F. Longchamps de Bérier, *Powtórka z Rzymu*, Bielsko-Biała, Kraków 2017, s. 174 i 175.

34 H. Sohm, *Instytucje, historia i system rzymskiego prawa prywatnego*, tłum. R. Taubenschlad i Wł. Kozubski, Warszawa 1925, s. 84.

35 E. Jarra, *Ogólna teoria prawa*, Warszawa 1922, s. 197.

Dlatego uważam, że pozytywizm, zapatrzony w ustawodawców i procedury oraz efekty ich działalności, nie stoi na przeszkodzie modyfikowaniu, uzupełnianiu i uszczegóławianiu przepisów przez sędziów w celu wywodzenia z nich celowych i rozsądnych norm prawnych, jeżeli tylko zaakceptuje się, że mają oni także kompetencje normotwórcze, tyle że w ramach stosowania prawa, w kontekście konkretnych spraw, najlepiej weryfikujących trafność regulacji przyjmowanych przez ustawodawców, jeżeli zaakceptuje się, że sędziowie są kolejnym, ważnym elementem składającym się na niewidzialnego prawodawcę. Należy przy tym podkreślić, że tendencja do oddzielania tworzenia prawa od stosowania jest bardzo szkodliwa dla postrzegania roli sądownictwa, gdyż neguje aktywizm sędziowski, zdejmując z nich odpowiedzialność za rozstrzygnięcie konkretnych spraw, za działanie prawa jako systemu, za społeczny obraz prawa. Warto w tym kontekście przytoczyć wypowiedź znakomitego niemieckiego prawnika, Rudolfa Jheringa (1818–1892), który był zdania: „Życie nie istnieje dla pojęć, lecz pojęcia istnieją dla życia (...). Nie to, czego logika, lecz to, czego życie, obrót, poczucie prawne wymaga, winno się stać”³⁶.

Nie wolno zatem zapominać, że prawo i jego obraz to wysiłek całego społeczeństwa i to od wielu pokoleń, że sędziowie mają nie tylko obowiązek stosowania odpowiednich przepisów czy nawet wynikających z nich norm prawnych, ale przede wszystkim władzę, a tym samym i obowiązek sądenia nie tylko w zgodzie z prawem (nie z przepisami), ale i własnym sumieniem. Takie pojmowanie roli sędziego będzie siłą rzeczy przekładać się na rozumienie

i korzystanie z podstawowego narzędzia, jakim jest wykładnia prawa, stosowanego w celu znalezienia właściwego rozstrzygnięcia w poszczególnych sprawach, w tym w sprawach wymagających przesądzenia o zastosowaniu sankcji nieważności. A przy tym nie wolno zapominać, że za sprawami kryją się różni ludzie ze swoimi interesami, emocjami, obawami, nieszczęściami.

Jak w tych warunkach mają odnajdywać notariusze, którzy z jednej strony są wyposażeni przez prawo o notariacie w kompetencje i obowiązek oceniania określonych stanów faktycznych przez pryzmat norm prawnych, a z drugiej strony ich oceny i wynikające z nich rozstrzygnięcia zawarte w aktach notarialnych nie mają wiążącego charakteru. Tego rodzaju właściwość (specyfika) roli, jaką przypisuje się notariuszom w systemie szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości, skłania notariuszy do zajmowania postaw bardziej pozytywistycznych, ukierunkowanych na literalne stosowanie przepisów. Ta zawodowa konieczność staje się uciążliwa, gdy jakoś aktów prawnych pozostawia wiele do życzenia. Ale czy owa rola notariusza i powiązane z nią formalne kompetencje nie są źródłem jego uprawnień i zarazem obowiązku poszukiwania odpowiednich norm, nawet jeśli nie zostaną one potwierdzone przez sędziego, kierującego się własnym postrzeganiem prawa, zwłaszcza że z perspektywy notariusza nie wiadomo, czy sędzia weryfikujący jego czynności notarialne będzie pozytywistą w postrzeganiu prawa, czy też raczej zwolennikiem prawnonaturalnego podejścia do prawa. Zapewne i notariuszom byłoby łatwiej łagodzić postawy pozytywistyczne, gdyby wśród sędziów była to postawa dominująca.

36 Za: S. Ritterman, *Pojęcia materialne w prawie cywilnym: studium z zakresu metodologii nauki prawa cywilnego: rozważania ogólne*, Kraków 1962, s. 97, przypis 28.