

ROCZNIKI
NAUK PRAWNYCH

Katolicki Uniwersytet Lubelski
Jana Pawła II

ANNALES
DES SCIENCES JURIDIQUES
DROIT, DROIT CANON, ADMINISTRATION

ANNALS
OF JURIDICAL SCIENCES
LAW, CANON LAW, ADMINISTRATION



Towarzystwo Naukowe
Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego
Jana Pawła II

Towarzystwo Naukowe KUL
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

Tom XIX, numer 1

2009

**ROCZNIKI
NAUK PRAWNYCH**

PRAWO, PRAWO KANONICZNE, ADMINISTRACJA

LUBLIN 2009

KOMITET REDAKCYJNY

Józef Krukowski (REDAKTOR NACZELNY), Antoni Kość (ZASTĘPCA
REDAKTORA NACZELNEGO), Krzysztof Orzeszyna (SEKRETARZ),
Robert Andrzejczuk, Mirosław Sitarz, Katarzyna Maćkowska

Adres Redakcji: 20-950 Lublin, Al. Raclawickie 14

RADA NAUKOWA

Juan I. Arietta, Antoni Dębiński, Dariusz Dudek, Andrzej Dziega,
Józef Krukowski (PRZEWODNICZĄCY), Wojciech Łączkowski, Henryk Misztal,
Marek Safjan, Mieczysław Sawczuk, Stanisław Wrzosek

RECENZENCI

Robert Andrzejczuk, Jerzy Flaga, Grzegorz Górski, Antoni Kość,
Piotr Pogonowski, Maciej Rudnicki

Józef Krukowski (recenzent całego numeru)

Opracowanie redakcyjne: *Alicja Penar*

Skład komputerowy: *Anna Kopiec*

Okładkę projektował: *Benedykt Tofil*

© Copyright by Towarzystwo Naukowe KUL
& Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, 2009

TOWARZYSTWO NAUKOWE
KATOLICKIEGO UNIWERSYTETU LUBELSKIEGO
JANA PAWŁA II

ul. Gliniana 21, 20-616 Lublin, skr. poczt. 123, tel. 81 525 01 93, tel./fax 81 524 31 77
e-mail: tnkul@kul.lublin.pl <http://tn.kul.lublin.pl>
Dział Marketingu i Kolportażu tel. 81 524 51 71

ISSN 1507-7896 Nakład 300 egz.

Drukarnia „Tekst” s.j., ul. Wspólna 19, 20-344 Lublin

PRAWO

JACEK CHACIŃSKI

PRAWO PRACY A PRAWO PRYWATNE

Przedmiotem niniejszego artykułu jest próba ocenienia, czy prawo pracy może być uznane za szczególną gałąź prawa prywatnego.

Ewentualna pozytywna odpowiedź ma znaczenie dla wykładni norm prawa pracy. Po pierwsze, konsekwencją będzie przyjęcie dyrektywy stosowania do oceny stosunków pracy zasady autonomii woli. Po drugie, zasadniczo pojęcia funkcjonujące w obszarze prawa prywatnego będą miały taką samą treść na gruncie prawa pracy.

W teorii prawa wyróżnia się podział na prawo publiczne i prawo prywatne. Literatura na ten temat jest dość obszerna¹. Według Ulpiana: „huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quid ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim”².

Zasadność przyjmowania tego podziału była wielokrotnie kwestionowana, zwłaszcza w socjalistycznej nauce prawa. Wydaje się jednak, że po zmianie systemu politycznego i gospodarczego w Polsce podział ten zyskał, a nie stracił na aktualności. Słusznie zwraca uwagę Radwański, że normy prawa prywatnego znajdują mocne uzasadnienie aksjologiczne w społeczeństwach

Dr JACEK CHACIŃSKI – adiunkt I Katedry Prawa Cywilnego, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II; adres do korespondencji: Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin.

¹ Zob. np. K. O p a ł e k, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1961.

² Cyt. za: J. N o w a c k i, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 8.

demokratycznych, realizując takie wartości, jak godność i wolność człowieka oraz integralność jego mienia³.

Podział na prawo prywatne i publiczne należy postrzegać w świetle definicji prawa. Według klasycznej, tomistycznej definicji prawem jest pewien nakaz rozumu odnoszący się do dobra powszechnego, promulgowany przez tego, komu powierzona jest piecza nad zbiorowością⁴. Kategoria dobra wspólnego jest dla prawa kategorią podstawową. W stanowieniu prawa zawsze chodzi o realizację dobra wspólnego. Materia ta należy do filozofii prawa⁵.

Według A. Krąpca dobrem wspólnym nazwiemy ten przedmiot ludzkiego działania, który może stać się celem jednostkowym każdego osobowego dążenia i w tym sensie być analogicznie wspólnym dla wszystkich osób żyjących w społeczeństwie⁶. Krąpiec pisze, że każdy człowiek, jako spotencjalizowany, osobowy byt, jest przyporządkowany wewnątrznie do aktualizowania i doskonalenia swoich potencjalności duchowych, zwłaszcza zaś intelektualnych i woliowych⁷.

Jest oczywiste, że zarówno prawo prywatne, jak i prawo publiczne realizuje tak rozumiane dobro wspólne. Podział ten jednak wskazuje na różnicę sposobów realizacji tego dobra oraz na różnicę w możliwości jego osiągnięcia przez pojedynczego człowieka. Różnica realizacji dobra wspólnego dotyczy zagadnienia zawłaszczania i wymiany dóbr. W prawie publicznym na czoło wysuwa się ten aspekt dobra wspólnego, który zasadniczo nie może być osiągnięty wysiłkiem pojedynczego człowieka (np. bezpieczeństwo). Tam, gdzie jednostka swym działaniem nie jest w stanie uzyskać określonego dobra niezbędnego do jego rozwoju, prawo publiczne daje kompetencję określonym podmiotom do działania „na rzecz innych” (np. budowa dróg, ład architektoniczny, ochrona środowiska).

³ Z. R a d w a ń s k i, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa: C.H. Beck 1997, s. 3-4.

⁴ Cyt. za: Cz. M a r t y n i a k, *Obiektywna podstawa prawa według św. Tomasza z Akwinu*, Lublin 2006, s. 40-41.

⁵ Kategoria dobra wspólnego jako elementu definicji prawa jest negowana przez te nurty, które wykluczają jakiekolwiek odniesienia do zjawisk psychologicznych czy socjologicznych, np. normatywizm K. Kelsena; zob. H. K e l s e n, *Czysta teoria prawa*, Kraków 1934. Dogłębną krytykę teorii Kelsena przeprowadził Cz. Martyniak (*Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*, Lublin 1938).

⁶ M. A. K r ą p i e c, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin: Redakcja Wydawnictw KUL 1993, s. 165.

⁷ Tamże, s. 30.

Charakterystyczna dla prawa publicznego nierównorzędność podmiotów występuje zatem:

1) W sytuacji realizacji jedynie interesu publicznego (np. służba wojskowa); tu interes prywatny w postaci osobistego bezpieczeństwa jest tylko pewnym refleksem interesu publicznego. Podmiot nie dokonuje żadnej czynności prawnej w celu realizacji interesu prywatnego.

2) W sytuacji, w której konkretny interes prywatny musi być oceniony z punktu widzenia interesu publicznego (np. pozwolenie na budowę). Tu podmiot prawa dokonuje określonego aktu prawnego w celu realizacji swego interesu.

Kryterium wyróżnienia prawa prywatnego jest metoda regulacji stosunków społecznych, wyrażająca się w równorzędności podmiotów i autonomii woli. Oznacza ona – najogólniej rzecz ujmując – że jeden podmiot prawa nie może bez zgody drugiego kształtować jego sytuacji prawnej. Normy prawa prywatnego dają kompetencję samym podmiotom do nabycia i wymiany określonego dobra materialnego lub niematerialnego. Jednostka, nabywając i wymieniając dobra, ma tu na względzie swój rozwój. Przy czym nie należy go pojmować egoistycznie. W grę może przecież wchodzić chęć utrzymania rodziny, zapewnienia wykształcenia własnym dzieciom, działalność dobroczynna itp. Prawo prywatne zatem posługuje się prywatno-prawną metodą regulacji. Należy zauważyć ścisły związek powyższego podziału z zasadą pomocniczości.

Prawo cywilne stanowi trzon prawa prywatnego. Wyrażany jest pogląd, że prawo prywatne jest pojęciem szerszym od pojęcia prawa cywilnego, że obok prawa cywilnego w zbiorze prawa prywatnego mogą występować inne gałęzie prawa.

Jest to kwestia sporna. Radwański wskazuje, że „[...] obok prawa cywilnego mogą pojawić się inne gałęzie prawa grupujące normy prawne. Łączyłyby je z prawem cywilnym wspólna prywatnoprawna metoda regulacji. Jednakże różniłyby się zakresem zastosowania, swoistymi zasadami i własnymi instytucjami ogólnymi”⁸.

Odmienne poglądy prezentuje M. Safjan. W jego ocenie, przyjmując za kryterium podziału równorzędność podmiotów, nie można odróżniać prawa prywatnego od cywilnego. Natomiast można – jego zdaniem – wyróżnić pojęcie prawa prywatnego w szerszym znaczeniu, przyjmując kryterium przedmiotowo-funkcjonalne⁹.

⁸ Zb. R a d w a ń s k i, dz. cyt., s. 9.

⁹ *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa: C.H. Beck–Instytut Nauk Prawnych PAN 2007, s. 53.

Radwański, uzasadniając swoje stanowisko dotyczące wyróżnienia obok prawa cywilnego szerszej kategorii prawa prywatnego, wskazuje na akceptowaną w nauce metodę typologiczną. Polega ona na opisie przedmiotu przez wskazanie zespołu cech przysługujących mu w maksymalnym natężeniu oraz na porównaniu z innymi przedmiotami. Jest to metoda aprobowana w nauce, choć nie zawsze prowadząca do podziału zupełnego i rozłącznego danego zbioru¹⁰.

Stosowanie tej metody w polskiej nauce prawa nie jest niczym nowym. Zwracał już na nią uwagę R. Longchamps de Berier we *Wstępie do nauki prawa cywilnego*. Pisze on: „Chcąc odpowiedzieć na pytanie, jakie konkretnie materie prawne należą w danej chwili do prawa publicznego lub prywatnego, musimy zadowolić się zbadaniem, która z wyżej wymienionych cech przeważa w danym kompleksie norm prawnych”¹¹. W innym miejscu stwierdza on, „że stosunki w społeczeństwie ludzkim są tak skomplikowane, tak ze sobą wzajemnie powiązane lub tak się krzyżujące, że zanalizowanie ich na poszczególne pierwiastki i przydzielenie następnie każdego z nich do jednej z powyższych dwóch grup [...] w praktyce nie da się zrealizować; ustawodawca musi pewne kompleksy stosunków, integralnie ze sobą złączonych, jednolicie unormować, tak jak lekarz musi leczyć człowieka, a nie jeden, specjalnie chorobą dotknięty organ”¹².

Wydaje się, że wyróżnienie pojęcia prawa prywatnego jest dla nauki prawa przydatne. Pozwala bowiem dokonywać przyporządkowania określonych norm prawnych występujących w aktach prawnych o niejednorodnym charakterze ze względu na występującą w danej relacji prawnej autonomię podmiotów. Istotny jest również argument Radwańskiego dotyczący powiązania prawa prywatnego z systemem wartości konstytuujących kulturę łacińską. Prawo prywatne jest tu pewną barierą, tamą przed nadmierną ingerencją państwa w życie jednostek, w tym przed nadmiernym etatyzmem wyrażającym się w poszukiwaniu organizowania życia społecznego za pomocą norm prawa publicznego.

W świetle powyższego podziału na prawo publiczne i prywatne kwalifikacja prawa pracy budzi kontrowersje. W literaturze prawa pracy traktuje się

¹⁰ Radwański, dz. cyt., s. 3; Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN 1996, s. 61-62; Kamiński, *Pojęcie nauki i klasyfikacja nauk*, Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL 1981, s. 228.

¹¹ R. Longchamps de Berier, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922, s. 8.

¹² Tamże, s. 7.

je jako odrębną gałąź prawa. Odstąpiono tu od stosowania kryterium metody regulowania stosunków społecznych¹³. Kryterium wyróżnienia tej gałęzi jest przedmiot prawa pracy, tj. rodzaj stosunków społecznych przez nie regulowanych¹⁴. Wskazuje się zatem na odrębność prawa pracy od prawa cywilnego i prawa administracyjnego.

W nauce prawa pojawiła się również koncepcja podziału systemu prawa na dwa piętra gałęziowe. Wyróżniono gałęzie podstawowe, takie jak prawo cywilne czy administracyjne, oraz kompleksowe gałęzie prawa regulujące określone rodzaje stosunków społecznych¹⁵. Kryterium wyróżnienia w teorii prawa cywilnego jest metoda regulowania, która polega na takim ukształtowaniu relacji podmiotów prawa cywilnego, że są one względem siebie autonomiczne¹⁶. Z kolei stosunek administracyjnoprawny charakteryzuje się brakiem tej równorzędności. Podmiotem rozstrzygającym o treści praw i obowiązków administracyjnoprawnych jest organ administracyjny, wyposażony w tzw. władztwo administracyjne. Zdaniem J. Bocia stosunek administracyjnoprawny charakteryzuje się następującymi cechami: jednym z podmiotów tego stosunku jest zawsze organ administracji publicznej; drugim z podmiotów stosunku może być obywatel, spółka, przedsiębiorstwo państwowe, zakład administracyjny itp.; podmiotem rozstrzygającym o treści wzajemnych praw czy obowiązków jest zawsze organ administracji publicznej¹⁷.

W ramach prawa pracy wyróżnia się następujące działy: prawo stosunku pracy, prawo sporów pracy, prawo zbiorowych stosunków pracy prawo administracji pracy¹⁸. Podkreślenia wymaga, że centralnym pojęciem dla prawa pracy jest stosunek pracy; pozostałe działy prawa pracy mają charakter służebny. Dlatego też cechy stosunku pracy będą rozstrzygające dla odpowiedzi na pytanie o kwalifikacje prawa pracy w aspekcie podziału na prawo publiczne i prawo prywatne.

¹³ W. S z u b e r t, *O prawie pracy i jego metodach*, PZiS 1962, nr 8-10.

¹⁴ L. F l o r e k, T. Z i e l i ń s k i, *Prawo pracy*, Warszawa: C.H. Beck 2003, s. 6.

¹⁵ Zob. obszernie omówienie tych zagadnień w: T. Z i e l i ń s k i, *Prawo pracy. Zarys systemu*, cz. 1: *Ogólna*, Warszawa–Kraków: PWN 1986, s. 1-13.

¹⁶ Zob. analizy na ten temat i wskazaną literaturę zawartą w: *System prawa prywatnego*, s. 29-42.

¹⁷ J. B o ć, *Prawo administracyjne*, Wrocław 2000, s. 344-345; zob. również F. L o n g - c h a m p s, *O pojęciu stosunku w prawie administracyjnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1964, Prawo XII; J. F i l i p e k, *Stosunek administracyjnoprawny*, Kraków 1968.

¹⁸ F l o r e k, Z i e l i ń s k i, dz. cyt., s. 11.

W mojej ocenie prawo pracy należy do szeroko rozumianego prawa prywatnego, a stosunek pracy jest – jak to wskazuje w swej monografii T. Liszcz – stosunkiem typu cywilnoprawnego¹⁹.

Metoda regulacji tego stosunku – pomimo traktowania prawa pracy jako odrębnej gałęzi prawa – jest metodą prywatnoprawną. Przede wszystkim w indywidualnym prawie pracy występuje w pełnym zakresie zasada autonomii podmiotów. Analiza przepisów kodeksu pracy nie pozostawia wątpliwości, że respektuje on tę zasadę. Dotyczy ona przede wszystkim umowy o pracę, ale także stosunków pracy powstałych na podstawie minowania, powołania wyboru i spółdzielczej umowy o pracę. Podkreśla to dobitnie art. 11 k.p. Zasada autonomii respektowana jest na wszystkich etapach tego stosunku, tj. zarówno w momencie jego nawiązania, trwania, jak i rozwiązania. W nauce prawa podkreśla się, że autonomia podmiotów niekoniecznie musi prowadzić do równorzędnego ich usytuowania względem siebie²⁰. Mogą tu mieć miejsce pewne modyfikacje związane z ochroną słabszej strony.

Dobrowolność nawiązania stosunku pracy podkreślona jest art. 10 k.p. Na marginesie zauważyć należy, że zasada wolności pracy w demokratycznym państwie prawa i społecznej gospodarce rynkowej jest czymś oczywistym, w przeciwieństwie do ustrojów totalitarnych, w których występował niekiedy obowiązek świadczenia pracy na podstawie decyzji określonego organu.

Jednym z podstawowych instrumentów służących nawiązaniu stosunku pracy jest czynność prawna. Już sam ten fakt skłania do przyjęcia tezy o występowaniu na gruncie prawa pracy zasady autonomii woli. W szczególności instrumentem nawiązania stosunku pracy jest umowa, która niewątpliwie jest czynnością prawną w rozumieniu prawa cywilnego. Kodeks pracy nie kreuje bowiem jakiegoś odrębnego pojęcia czynności z zakresu prawa pracy. Cywilnoprawny charakter mają również instytucje służące rozwiązaniu umowy o pracę, tj. porozumienie stron, wypowiedzenie, rozwiązanie umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia.

Istnienie w prawie pracy norm semiimperatywnych ogranicza, ale nie wyłącza zasady swobody umów. Należy zwrócić przy tym uwagę, że i na gruncie prawa zobowiązań spotykamy silną ingerencję ustawodawczą w treść stosunku prawnego łączącego strony, motywowaną ochroną strony ekonomicznie

¹⁹ T. L i s z c z, *Nieważność czynności prawnych w umownych stosunkach pracy*, Warszawa: PWN 1977.

²⁰ R a d w a ń s k i, dz. cyt., s. 2.

słabszej. Tak jest na przykład na gruncie przepisów dotyczących umowy agencji.

Świadczenie pracy przez pracownika w miejscu pracy wskazanym przez pracodawcę i pod jego kierownictwem nie wpływa na ocenę, że mamy do czynienia z równorzędnością podmiotów. Kierownicze uprawnienia pracodawcy dotyczą bowiem procesu pracy, uzyskania przez niego jak najlepszych wyników ekonomicznych poprzez właściwą organizację pracy. Nie są natomiast wyrazem jego dominacji w stosunku pracy. Pracownik, nawiązując stosunek pracy, godzi się na rodzaj pracy, jaką będzie wykonywał, jak i na jej wymiar oraz miejsce. Są to przecież elementy umowy o pracę. Niewątpliwie ważne są też przepisy dotyczące kar porządkowych, czyli swoistych sankcji za nienależyte wykonywanie obowiązków pracowniczych. Na gruncie prawa cywilnego przy niektórych stosunkach prawnych spotykamy się z instytucją upomnienia. Na przykład w myśl art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 10 czerwca 2001 roku o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego właściciel może wypowiedzieć stosunek prawny odpłatnego używania lokalu, jeśli lokator, pomimo pisemnego upomnienia, nadal używa lokalu w sposób sprzeczny z umową lub niezgodnie z jego przeznaczeniem albo zaniedbuje obowiązki, dopuszczając do powstania szkód, niszczy urządzenia przeznaczone do wspólnego korzystania przez mieszkańców albo wykracza w sposób rażący lub uporczywy przeciwko porządkowi domowemu, czyniąc uciążliwym korzystanie z innych lokali.

Z punktu widzenia kryterium podziału na prawo publiczne i prawo prywatne należy zwrócić uwagę na zagadnienie interesu. Kategoria interesu w stosunkach pracy występuje bardzo wyraźnie – zarówno po stronie pracowniczej, jak i pracodawczej. Jest to interes – w gospodarce rynkowej – z dziedziny prywatnoprawnej.

W zdecydowanej większości pracodawcami są prywatni przedsiębiorcy, niewątpliwie realizujący swoje indywidualne interesy. Interesu pracodawcy nie należy utożsamiać jedynie z zyskiem. Wartością dla przedsiębiorcy może być również rozwój zawodowy zatrudnionych u niego pracowników, zapewnienie im bezpieczeństwa socjalnego, harmonijne ukształtowanie stosunków między nim a pracownikami. Pracownicy realizują swoje interesy przede wszystkim w zakresie wysokości wynagrodzenia oraz w zakresie rodzaju i wysokości innych świadczeń.

W dziedzinie stosunków pracy państwo jest – choć w sposób silniejszy – takim samym regulatorem jak w dziedzinie stosunków cywilnoprawnych. Istnienie norm semiimperatywnych bądź nawet bezwzględnie wiążących nie

przenosi stosunków z zakresu prawa pracy w sferę stosunków publiczno-prawnych.

Przepisy dotyczące czasu pracy, stosunku pracy młodocianych, ochrony macierzyństwa jedynie ograniczają, ale nie wyłączają zasady swobody umów dotyczącej stosunku pracy. Nadto w przypadku norm semiimperatywnych istnieje znaczny margines swobody w kształtowaniu treści stosunku pracy. Dotyczy to w szczególności wynagrodzenia, różnego rodzaju odszkodowań i odpraw. Na przykład zgodnie z wyrokiem SN z dnia 11 kwietnia 2006 r. strony mogą w umowie podwyższyć określoną w art. 50 § 3 i 4 k.p. wysokość odszkodowania należnego pracownikowi za niezgodne z prawem rozwiązanie terminowej umowy o pracę²¹.

Rozważyć należy jeszcze rolę podstawowych zasad prawa pracy. Zgodnie bowiem z art. 300 k.p. przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się do stosunku pracy odpowiednio, w zakresie nieuregulowanym w prawie pracy i o tyle, o ile ich stosowanie nie jest sprzeczne z zasadami prawa pracy. Sprzeczność stosowania przepisów kodeksu cywilnego z zasadami prawa pracy wynika – po pierwsze – z faktu, że stosunek pracy jest stosunkiem o charakterze ciągłym. Po drugie – jego przedmiotem jest osobiste świadczenie pracy. Oznacza to ograniczenia w możliwości stosowania instytucji bezwzględnej nieważności czynności prawnej. Konieczne jest również zabezpieczenie godności pracownika, w tym jego dóbr osobistych.

Sformułowane w rozdziale II Kodeksu pracy podstawowe zasady prawa pracy nie stoją w sprzeczności z prywatnoprawną metodą regulacji stosunków pracy. W szczególności wprowadzona zasada równości praw pracowniczych i zakazu dyskryminacji jest wyrazem dostosowania polskiego prawa pracy do prawa Unii Europejskiej oraz konstytucjonalizacji wszystkich gałęzi prawa w Polsce. Taki proces zachodzi również na terenie prawa cywilnego. Dość przypomnieć wpływ art. 77 Konstytucji na cywilnoprawną regulację dotyczącą odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego. Zasady te odnoszą się również do ochrony dóbr niematerialnych, co ma miejsce także na terenie prawa cywilnego. Zasada ochrony dóbr osobistych pracownika nie kreuje jakiegoś odrębnego pojęcia dobra osobistego. Jest to pojęcie tożsame w treści z pojęciem dóbr osobistych występujących na gruncie art. 23 k.c. Nadto kodeks pracy nie kreuje odrębnej ochrony tych dóbr – ma tu miejsce ochrona określona w art. 24 k.c. Można

²¹ I PK 162/05, OSNP 2007, nr 7-8, poz. 92.

stwierdzić, że podstawowe zasady prawa pracy kładą nacisk na respektowanie godności człowieka w stosunku pracy.

Ograniczenie w stosowaniu przepisów kodeksu cywilnego w postaci ich sprzeczności z zasadami prawa pracy nie odnosi się już do zachowania socjalistycznej dyscypliny pracy, realizacji planów gospodarczych. Wynika już tylko z ochrony pracownika, jako słabszej strony stosunku pracy. Można również powiedzieć, że związki prawa pracy z prawem cywilnym są szersze, niż to wskazuje art. 300 k.p. Prawo pracy – jak to już wskazano – posługuje się tą samą metodą regulacji, co prawo cywilne, oraz tą samą aparaturą pojęciową. Analiza zasad prawa pracy wskazuje, że w dobie gospodarki rynkowej nie są one przeszkodą w stosowaniu na terenie prawa pracy instytucji cywilnoprawnych. Modyfikują natomiast w pewnej mierze zastosowanie tych instytucji ze względu na przedmiot tego stosunku, jakim jest świadczenie pracy, oraz ze względu na ochronę godności pracownika.

Należy również zwrócić uwagę na występującą w orzecznictwie tendencję do coraz szerszego stosowania na gruncie stosunków pracy przepisów kodeksu cywilnego. Jednocześnie w coraz węższym zakresie dostrzega się sprzeczność zastosowania tej zasady z punktu widzenia zasad prawa pracy. Dobrym tego przykładem jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 listopada 2007 r. Stanowi on, że art. 58, w związku z art. 300 Kodeksu pracy, rozumiany w ten sposób, że wyłącza dochodzenie innych, niż określone w art. 58 kodeksu pracy, roszczeń odszkodowawczych, związanych z bezprawnym rozwiązaniem umowy o pracę bez wypowiedzenia, jest niezgodny z art. 64 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji²².

Warto również zwrócić uwagę na wyrok SN z 17 lutego 1999 r., zgodnie z którym pracownik może – poza przypadkami określonymi w przepisach szczególnych – dochodzić w pełnej wysokości odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez pracodawcę obowiązków z umowy o pracę, gdyż nie ma zasady prawa pracy ograniczającej wysokość tego odszkodowania (art. 471 KC w związku z art. 300 KP)²³.

Należy też wskazać, że spory ze stosunku pracy są rozpoznawane w procesie cywilnym. Mieszczą się w pojęciu sprawy cywilnej (art. 1 k.p.c.). Poza pewnymi odmiennościami jest to typowy spór dwóch równorzędnych podmiotów obowiązanych przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń stano-

²² SK 18/05, OTK-A 2007, nr 10, poz. 128.

²³ I PKN 578/98 OSNP 2000, nr 7, poz. 263.

wiących podstawę faktyczną pozwu. Przy czym – jak to już wyżej stwierdzono – większa ochrona strony faktycznie słabszej nie oznacza nierespektowania zasady równorzędności stron.

*

Na aprobatę zasługuje koncepcja zaprezentowana przez Z. Radwańskiego, że prawo pracy jest szczególną gałęzią prawa prywatnego. Oznacza to, że jeśli prawo pracy nie nadaje jakiemuś pojęciu oznaczonej treści, należy je rozumieć tak samo w całym obszarze prawa prywatnego. Oznacza to również domniemanie prywatnoprawnej regulacji stosunków pracy. Za przyjęciem tezy, że stosunek pracy jest stosunkiem z zakresu prawa prywatnego, przemawia przede wszystkim istnienie autonomii woli podmiotów oraz realizacja ich prywatno-prawnego interesu. Stosunki prawne na terenie prawa pracy są nawiązywane za pomocą czynności prawnych.

Unormowania kodeksu pracy mają tę właściwość, że w części swych przepisów realizują zarówno interes prywatnoprawny, jak i publicznoprawny. Niewątpliwie w ramach stosunku pracy występują elementy publicznoprawne, np. dotyczące bezpieczeństwa i higieny pracy. Mają one jednak znaczenie drugorzędne i są podporządkowane realizacji podstawowych interesów prywatnych pracownika i pracodawcy.

LABOUR LAW VS. PRIVATE LAW

S u m m a r y

The private law method of regulating social relations plays a significant role in labour law, which is guided by the same system of basic notions as civil law, especially in the area of legal acts, agreements, defects, declarations of intent, and the like. An analysis of labour law principles suggests that they are not a barrier in the implementation of civil law institutions in the area of labour law in the era of market economy. However, they modify the use of these institutions with regard to the subject matter of such a relation as provision of employment and protection of a worker's dignity.

It is encouraging to claim that labour law is a special branch of private law. This will mean that if labour law does not lend a particular interpretation to a certain notion, it must be understood uniformly in the whole area of private law. This also leads to presumption of the private legal regulation of labour relations.

Undoubtedly, in employment contracts there exist elements of public law, e.g. those concerning safety and hygiene of work. They are of minor importance, being subordinated to the realisation of basic private interest of an employee and the employer.

It seems, then, that labour law should be treated as part of broadly understood private law. This does not blur the distinction between civil law and labour law.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: prawo pracy, prawo cywilne, prawo prywatne, umowa o pracę.

Key words: labour law, civil law, private law, employment contract.

GRZEGORZ JĘDREJEK

UWZGLĘDNIENIE ROSZCZEŃ
FUNDUSZU GWARANTOWANYCH
ŚWIADCZEŃ PRACOWNICZYCH
W PODZIALE SUMY UZYSKANEJ Z EGZEKUCJI

UWAGI WSTĘPNE

Odpowiedź na pytania dotyczące kolejności zaspokojenia należności Funduszu w toku postępowania egzekucyjnego oraz ich wysokości wymaga dokonania wykładni przepisów art. 10 ustawy z dnia 29 grudnia 1993 r.¹ o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, które dotyczyły przejścia na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (cyt. dalej jako Fundusz) roszczeń wobec pracodawcy lub masy upadłości z tytułu wypłaconych przez Fundusz świadczeń na rzecz pracowników. Ustawa z dnia 29 grudnia 1993 r. została zastąpiona przez ustawę z dnia 13 lipca 2006 r.² o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy. Odpowiednikiem art. 10 stał się art. 23 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. Obie regulacje są podobne. Z uwagi na stosowanie zgodnie z regułami prawa intertemporalnego ustawy „dawnej” oraz na wypowiedzi doktryny, które dotyczą art. 10 ustawy z 1993 r., rozważania prowadzone w artykule odnoszą się do przepisów tej ustawy. Mają one jednak w pełni zastosowanie do przepisów

Dr GRZEGORZ JĘDREJEK – adiunkt Katedry Prawa Cywilnego, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana pawła II; adres do korespondencji: Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin.

¹ Dz. U. 02, nr 9, poz. 85.

² Dz. U. 06, nr 158, poz. 1121.

ustawy z 2006 r. Dlatego też uwagi poczynione w odniesieniu do art. 10 ustawy z 1993 r., znajdując zastosowanie do art. 23 ustawy z 2006 r. Dla jasności rozważań przyjęto, iż termin „ustawa” odnosi się do ustawy z 1993 r.

W artykule określono charakter prawny przejścia na Fundusz roszczeń wobec pracodawcy lub masy upadłości o zwrot wypłaconych świadczeń. Przyjęte zostało stanowisko, zgodnie z którym powyższy przepis wprowadził konstrukcję przejścia wierzytelności na mocy ustawy, do której będą miały odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące cesji wierzytelności (art. 509 i nn. k.c.).

W następnej kolejności dokonano wykładni art. 10 ust. 2 ustawy. Rozdział II opracowania dotyczy odpowiedzi na pytanie, do jakiej kategorii, w przypadku podziału sumy uzyskanej z egzekucji, zaliczają się należności Funduszu (art. 1025 k.p.c.). W kolejnym rozdziale odniesiono się do wątpliwości dotyczących wysokości należności Funduszu, które są zaspokajane w ramach poszczególnych kategorii³.

Poza zakresem opracowania pozostała problematyka dochodzenia należności przez Fundusz w toku postępowania upadłościowego⁴.

I. PODSTAWA PRAWNA ROSZCZEŃ FUNDUSZU WOBEC PRACODAWCY O ZWROT WYPŁACONYCH ŚWIADCZEŃ

1. BRZMIENIE PRZEPISÓW

Rozważenia wymagają przepisy regulujące przejście na Fundusz roszczenia wobec pracodawcy w wyniku wypłaty świadczeń pracowniczych ze środków Funduszu. Zagadnienia tego dotyczył art. 10 ust. 1-2 ustawy z dnia 29 grud-

³ Po oddaniu rzytułu do druku opublikowane zostało uzasadnienie uchwały SN z dnia 29 kwietnia 2008 r. (III CZP 28/08).

⁴ Zgodnie z art. 342 ust. 3 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze: „Przepisy dotyczące zaspokojenia należności ze stosunku pracy stosuje się odpowiednio do roszczeń Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych o zwrot z masy egzekucji należności wypłaconych pracownikom przez Fundusz”. Doktryna zgodnie przyjmuje, iż ze względu na brzmienie powyższego przepisu należności Funduszu wchodzi do pierwszej kategorii należności, do której należą m.in. należności ze stosunku pracy, zaspokajane z funduszu masy upadłości. Zob. m.in. L. G u z a, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Witosz, Warszawa 2007, s. 429; A. J a k u b e c k i, w: A. J a k u b e c k i, F. Z e d - l e r, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Kraków: Zakamycze 2003, s. 873.

nia 1993 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, zgodnie z którymi:

„1. Wypłata świadczeń pracowniczych ze środków Funduszu powoduje z mocy prawa przejście na Fundusz roszczenia wobec pracodawcy lub masy upadłości o zwrot wypłaconych świadczeń.

2. Przy dochodzeniu zwrotu wypłaconych świadczeń roszczenia Funduszu korzystają z takiej samej ochrony prawnej, jaką odrębne przepisy przewidują dla należności za pracę”.

Analogiczne rozwiązanie znalazło się w obecnie obowiązującej ustawie z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy „Przekazanie środków finansowych Funduszu na wypłatę świadczeń, a także wypłata świadczeń ze środków Funduszu powoduje z mocy prawa przejście na Fundusz roszczenia wobec pracodawcy, likwidatora lub innej osoby zarządzającej majątkiem pracodawcy lub roszczenia do masy upadłości o zwrot wypłaconych świadczeń”.

Na podstawie ust. 2 „Przy dochodzeniu zwrotu wypłaconych świadczeń roszczenia Funduszu korzystają z takiej samej ochrony prawnej, jaką odrębne przepisy przewidują dla należności za pracę”.

2. DOKTRYNA I ORZECZNICTWO

Wyróżnić można kilka stanowisk dotyczących relacji pomiędzy Funduszem a pracodawcą, które są skutkiem wypłaty przez Fundusz świadczeń pracowniczych. Zgodnie z pierwszym z nich, art. 10 ust. 1 ustawy statuuje dla Funduszu regres ustawowy. Pogląd o regresie ustawowym przyjął SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 lutego 2002 r. (II CKN 895/99, Lex Nr 54349), który dokonując wykładni przepisów art. 10 ust. 1-2 ustawy, stwierdził m.in. „Przysługujące Funduszowi roszczenie regresowe ma charakter cywilnoprawny (regres ustawowy). Spory dotyczące jego zwrotu należą do sądów powszechnych”.

Drugie stanowisko zakłada, że z chwilą wypłaty przez Fundusz zaległych wynagrodzeń dochodzi do wstąpienia w prawa wierzyciela, czyli pracownika (art. 518 k.c.). Tak też przyjmują J. Misztal-Konecka oraz J. Konecki: spłacając pracowników, Fundusz nabywa wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty (art. 518 § 1 pkt 1 k.c.)⁵.

⁵ J. Misztal-Konecka, J. Konecki, *Kilka uwag o statusie prawnym Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych w postępowaniu upadłościowym*, „Monitor

Trzecie i czwarte stanowisko prezentuje M. Gersdorf. Według tej autorki „Artykuł 10 ust. 1 ustawy statuuje ustawową cesję wierzytelności pracownika (i innych uprawnionych) na Fundusz, z momentem wypłaty świadczenia z Funduszu do wysokości wypłaconych kwot”⁶. Cesja jest jednak umową, a zatem analogicznie można by stosować w przepisy dotyczące cesji do sytuacji uregulowanej w art. 10 ust. 1 ustawy⁷.

2. OCENA ZAPROPONOWANYCH ROZWIĄZAŃ

Ad. 1. Koncepcja regresu ustawowego nie ma oparcia w wykładni gramatycznej przepisu art. 10 ust. 1 ustawy. Ustawodawca używa zwrotu o „przejściu roszczenia z mocy prawa”. Należy oczekiwać, że gdyby przyznawał jedynie roszczenie regresowe Funduszowi, brzmienie przepisu byłoby inne, np. „Funduszowi przysługuje roszczenie wobec pracodawcy lub masy upadłości o zwrot wypłaconych świadczeń”. Przede wszystkim jednak „roszczenie regresowe” wskazuje na istnienie stosunku prawnego pomiędzy jego stronami. Najbardziej typowym przykładem występowania takiego roszczenia są zobowiązania solidarne (art. 376 i 378), których źródłem jest albo umowa, albo ustawa. W omawianym przypadku ustawa nie wprowadza odpowiedzialności solidarnej pracodawcy i Funduszu wobec pracownika. Z uwagi na daleko idące konsekwencje nie można domniemywać odpowiedzialności solidarnej czy też stosować analogii do odpowiedzialności solidarnej.

Ad. 2. Zwolennikami tej koncepcji są J. Misztal-Konecka i J. Konecki, którzy stwierdzają, że Fundusz wstępuje w prawa zaspokojonego pracownika, nabywając wierzytelność jedynie w takim zakresie, w jakim zaspokoił poprzednika⁸. Koncepcja taka jest nie do przyjęcia z uwagi na brzmienie przepisu art. 10 ust. 1, który wyraźnie wskazuje na „przejście roszczenia”. Przede wszystkim jednak winna być ona odrzucona z uwagi na istotę instytucji wstąpienia w prawa wierzyciela. Skutkiem spełnienia świadczenia przez osobę trzecią jest wygaśnięcie dotychczasowego zobowiązania. W przypadku wypłaty należności przez Fundusz nie dochodzi automatycznie do wygaśnięcia zobowiązania pomiędzy pracownikiem a pracodawcą, który nadal pozostaje dłużnikiem w stosunku do kwot, jakie nie zostały pokryte przez Fundusz.

Prawniczy” 2003, nr 7, s. 330 n.

⁶ M. G e r s d o r f, *Niewypłacalność pracodawcy w prawie pracy*, Warszawa 2002, s. 88.

⁷ Tamże.

⁸ M i s z t a l - K o n e c k a, J. K o n e c k i, art. cyt., s. 332.

Należy podkreślić, że pomiędzy pracownikiem a niewypłacalnym pracodawcą istnieje stosunek pracy, który może wygasnąć jedynie z przyczyn wskazanych w kodeksie pracy.

Ad. 3. Należy odrzucić stanowisko, zgodnie z którym przejście roszczenia na Fundusz stanowi przykład cesji wierzytelności. Przelew wierzytelności, czyli cesja, jest to „umowa między wierzycielem a osobą trzecią, mocą której dotychczasowy wierzyciel przenosi swą wierzytelność na kontrahenta⁹. Zgodnie z art. 509 § 1 k.c. stronami tej umowy są: wierzyciel oraz osoba trzecia. Rzecz jasna, art. 10 ust. 1 nie daje podstaw, aby uznać przejście roszczenia na Fundusz jako przelew. Nieprzypadkowo zresztą ustawodawca nie posługuje się terminem „wierzytelność przysługująca pracownikowi”, ale „roszczenie”.

Ad. 4. Najbardziej właściwy pogląd przemawia za uznaniem, że regulacja zawarta w art. 10 ust. 1 ustawy stanowi samodzielną podstawę prawną odpowiedzialności pracodawcy lub masy upadłości, do której – w drodze analogii – stosujemy przepisy dotyczące przelewu (art. 509 n. k.c.). Takie też stanowisko zajęł SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 września 2004 r. (IV CK 49/04), stwierdzając: „Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy wypłata świadczeń pracowniczych ze środków Funduszu powoduje z mocy pracy przejście na Fundusz roszczenia wobec pracodawcy lub masy upadłości o zwrot wypłaconych świadczeń”.

Powyższe stanowisko jest zgodne z wykładnią gramatyczną przepisu art. 10 ust. 1 ustawy, który wskazuje na „**przejście**” z mocy prawa roszczenia na Fundusz. Należy pamiętać, że przejście roszczenia jest tożsame z przejściem wierzytelności, czyli prawa podmiotowego. Roszczenie jest bowiem „elementem” prawa podmiotowego, czyli – w rozpatrywanym przypadku – wierzytelności¹⁰.

M. Gersdorf, powołując się na E. Łętowską, stwierdza, że w doktrynie przyjęto pogląd o stosowaniu przepisów k.c. dotyczących cesji do sytuacji, w których zmiana wierzyciela jest następstwem innych zdarzeń prawnych niż umowa¹¹.

Należy podkreślić, że „odpowiednie” stosowanie przepisów nie może oznaczać „automatycznego” ich stosowania. „Odpowiednie” stosowanie przepisów

⁹ W. C z a c h ó r s k i, A. B r z o z o w s k i, M. S a f j a n, E. S k o w r o Ń s k a - B o c i a n, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 366.

¹⁰ Z. R a d w a Ń s k i, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 90 n.

¹¹ M. G e r s d o r f, *Niewypłacalność*, s. 88; t a ż, *Ochrona roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 81.

może oznaczać, że: a) niektóre z nich w ogóle nie będą stosowane, b) część przepisów będzie stosowana bez żadnych modyfikacji, c) część przepisów zostanie odpowiednio „zmodyfikowana”. Jak podkreśla Z. Radwański odesłanie do „odpowiedniego” stosowania danego przepisu „daje sędziemu szeroki margines decyzyjny co do tego, jakie postanowienie lub w jakiej zmodyfikowanej postaci należy uzupełniająco stosować”¹².

W przypadku odpowiedniego stosowania przepisów o cesji do przejścia roszczenia na Fundusz nie będzie miał zastosowania np. przepis art. 509 § 2, zgodnie z którym na nabywcę wierzytelności w szczególności przechodzi roszczenie o zaległe odsetki.

Wykładni art. 10 ust. 1 ustawy z 1993 r. dokonał SN w uzasadnieniu uchwały z dnia 14 września 2006 r. (III CZP 66/2006), w którym stwierdzono m.in. „Na podstawie art. 10 ust. 1 u.ochr.r.prac. następuje przejście na Fundusz z mocy ustawy istniejących już wcześniej wierzytelności. Na podstawie tego przepisu nie dochodzi więc do zmiany wierzytelności, lecz zastąpienia dotychczasowego wierzyciela; Fundusz nie dochodzi w istocie zwrotu odrębnej wierzytelności powstałej na skutek zaspokojenia roszczeń pracowniczych, lecz wierzytelności przysługujących pracownikom wobec ich pracodawcy, które nabywa z mocy ustawy. Chwila nabycia wierzytelności przez Fundusz nie jest zatem tożsama z chwilą ich powstania”.

W doktrynie powszechnie przyjmuje się dwie postacie ograniczenia odpowiedzialności majątkowej¹³. Pierwsze ograniczenie dotyczy pewnej wyodrębnionej w majątku dłużnika masy majątkowej. Drugie polega na odpowiedzialności całym majątkiem, ale do wysokości określonej liczbowo – niezależnie od wysokości długu. Jako przykład ograniczenia pierwszego typu podaje się odpowiedzialność małżonka dłużnika (art. 31 n. k.r.o.) oraz odpowiedzialność nabywcy przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego (art. 55⁴ k.c.)¹⁴. Przepis art. 10 ust. 1 ustawy wprowadza drugi rodzaj ograniczenia odpowiedzialności pracodawcy. Zgodnie z brzmieniem przepisu odpowiedzialność pracodawcy ograniczona została do wysokości świadczeń pracowniczych, jakie zostały wypłacone ze środków Funduszu. Może się jednak okazać, iż suma uzyskana z egzekucji nie wystarczy na zaspokojenie należności Funduszu w całości.

¹² R a d w a ń s k i, dz. cyt., s. 50.

¹³ Szerzej zob.: C z a c h ó r s k i, B r z o z o w s k i, S a f j a n, S k o w r o ń s k a - B o c i a n, dz. cyt., s. 65 n.; Z. R a d w a ń s k i, A. O l e j n i c z a k, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 22 n.

¹⁴ Tamże.

W dalszej części artykułu omówione zostały dwa zagadnienia; po pierwsze, kolejność, w jakiej zaspokajane są należności Funduszu; po drugie, udzielono odpowiedzi na pytanie, czy w planie podziału należy – niezależnie od treści tytułu wykonawczego – uwzględnić należności wszystkich pracowników czy też – zgodnie z brzmieniem tytułu wykonawczego – jednego pracownika.

II. KOLEJNOŚĆ ZASPOKOJENIA NALEŻNOŚCI FUNDUSZU

Integralną część egzekucji stanowi tzw. postępowanie działowe, które przeprowadzane jest w dwóch wypadkach: 1) w razie prowadzenia egzekucji z nieruchomości; 2) jeżeli suma uzyskana przez egzekucję z ruchomości, wynagrodzenia za pracę lub wierzytelności i innych praw majątkowych nie wystarcza na zaspokojenie wszystkich wierzytelności (art. 1023 k.p.c.)¹⁵.

Kolejność zaspokojenia należności uregulowana została w art. 1025 zgodnie z którym:

§ 1. Z kwoty uzyskanej z egzekucji zaspokajają się w następującej kolejności:

- 1) koszty egzekucyjne,
- 2) należności alimentacyjne,
- 3) należności za pracę za okres 3 miesięcy do wysokości najniższego wynagrodzenia za pracę określonego w odrębnych przepisach oraz renty z tytułu odszkodowania za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci i koszty zwykłego pogrzebu dłużnika,
- 4) należności wynikające z wierzytelności zabezpieczonych hipoteką morską,
- 5) należności zabezpieczone hipotecznie lub zastawem rejestrowym albo zabezpieczone przez wpisanie do innego rejestru,
- 6) należności za pracę niezaspokojone w kolejności trzeciej,
- 7) należności, do których stosuje się przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926 i Nr 160, poz. 1083, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, z 1999 r. Nr 11, poz. 95 i Nr 92, poz. 1062, z 2000 r. Nr 94, poz. 1037, Nr 116, poz. 1216, Nr 120, poz. 1268 i Nr 122, poz. 1315 oraz z 2001 r. Nr 16, poz. 166, Nr 39, poz. 459, Nr 42, poz. 475 i Nr 110, poz. 1189), o ile nie zostały zaspokojone w kolejności piątej,
- 8) należności zabezpieczone prawem zastawu lub które korzystały z ustawowego pierwszeństwa niewymienionego w kolejnościach wcześniejszych,
- 9) należności wierzycieli, którzy prowadzili egzekucję,
- 10) inne należności.

§ 2. Po zaspokojeniu wszystkich należności ulegają zaspokojeniu kary pieniężne oraz grzywny sądowe i administracyjne.

§ 3. W równym stopniu z należnością ulegają zaspokojeniu odsetki i koszty postępowania. Jednakże z pierwszeństwa równego z należnościami czwartej, piątej i ósmej kategorii korzystają

¹⁵ Szerzej zob.: H. P i e t r z k o w s k i, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, cz. III: *Postępowanie egzekucyjne*, t. 4, red. T. Ereciński, Warszawa 2007, s. 479 n.

odsetki tylko za ostatnie dwa lata przed przysądzeniem własności, a koszty postępowania w wysokości nie przekraczającej dziesiątej części kapitału. Pozostałe odsetki i koszty zaspokajają się w kategorii dziesiątej. To samo dotyczy świadczeń należnych dożywotnikowi.

§ 4. Jeżeli przedmiotem egzekucji jest własnościowe spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego, spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego lub prawo do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej, wierzytelność spółdzielni mieszkaniowej z tytułu nie wniesionego wkładu budowlanego związana z tym prawem ulega zaspokojeniu przed należnością zabezpieczoną na tym prawie hipotecznie.

Tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie budzą wątpliwości ogólne zasady dotyczące kolejności zaspokajania roszczeń¹⁶.

Odwołać się można do uzasadnienia uchwały SN z dnia 10 kwietnia 2003 r. (III CZP 23/03), w którym stwierdzono m.in. „Podział sumy uzyskanej z egzekucji unormowany w art. 1025 i 1026 k.p.c. oparty jest na systemie priorytetu i proporcjonalności. W art. 1025 § 1 k.p.c. wymienione zostały w odpowiedniej kolejności wierzytelności uprzywilejowane, które ze względu na ich znaczenie dla ochrony interesu społecznego korzystają z pierwszeństwa w zaspokojeniu przed innymi, natomiast w art. 1026 k.p.c. uregulowana została kwestia sposobu zaspokojenia wierzytelności w sytuacji, w której suma objęta podziałem nie wystarcza na zaspokojenie wszystkich wierzytelności, mających równe pierwszeństwo w danej kategorii. W takim wypadku wierzytelności tej samej kategorii podlegają zaspokojeniu proporcjonalnie do wysokości każdej z nich, z tym że zasada proporcjonalności podziału nie ma zastosowania do wierzytelności hipotecznych i zastawników, którzy korzystają z pierwszeństwa ustanowionego dla ograniczonych praw rzeczowych (art. 249 § 1 k.c.). Spośród uprzywilejowanych wierzytelności zaspokojeniu podlegają w pierwszej kolejności koszty egzekucyjne, w drugiej – należności alimentacyjne, w trzeciej – należności za pracę za okres trzech miesięcy do wysokości najniższego wynagrodzenia za pracę określonego w odrębnych przepisach oraz renty z tytułu odszkodowania za wywołanie choroby, niezdolności do pracy, kalectwa lub śmierci i koszty zwykłego pogrzebu dłużnika, w czwartej – należności wynikające z wierzytelności zabezpieczonych hipoteką morską, w piątej – należności zabezpieczone hipotecznie lub zastawem rejestrowym albo zabezpieczone przez wpisanie do innego re-

¹⁶ Szerzej zob.: I. K u n i c k i, *Należności korzystające z ustawowego pierwszeństwa przy podziale sumy uzyskanej z egzekucji (art. 1025 § 1 pkt 6 k.p.c.)*, „Przegląd Sądowy” 1996, nr 11-12, s. 74 n.; t e n ż e, *Podział sumy uzyskanej z egzekucji*, Sopot 2000; t e n ż e, *Zasady podziału sumy uzyskanej z egzekucji*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 9, s. 88 n.

jestru, natomiast w szóstej – należności za pracę niezaspokojone w kolejności trzeciej (art. 1025 § 1 k.p.c.)”.

Powstaje pytanie, do której z kategorii należności należy zaliczyć roszczenia Funduszu wobec pracodawcy?

Wykładnia przepisu art. 10 ust. 2 ustawy z 1993 r. została dokonana w uzasadnieniu uchwały SN z dnia 10 kwietnia 2003 r. (III CZP 23/03). Według SN: „Wykładnia językowa powołanego przepisu nie pozostawia wątpliwości co do tego, że wskazane w nim roszczenia korzystają z analogicznej ochrony, jaką odrębne przepisy przewidują dla należności za pracę. Oznacza to, że art. 10 ust. 2 ustawy zrównuje roszczenia Funduszu o zwrot wypłaconych świadczeń z roszczeniami pracowniczymi w zakresie ochrony prawnej przewidzianej w odrębnych przepisach dla należności za pracę. Wpływa stąd wniosek, że należności Funduszu z tytułu wypłaconych świadczeń podlegają zaspokojeniu z sumy uzyskanej z egzekucji w tej samej kolejności, która przewidziana została w art. 1025 § 1 k.p.c. dla należności za pracę, czyli w kolejności trzeciej i szóstej. Odmienne rozstrzygnięcie rozważanego zagadnienia i zaliczenie wierzytelności Funduszu dopiero do szóstej kategorii pozostawałoby w sprzeczności z treścią art. 10 ust. 2 ustawy, na co trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, podkreślając, że w takim wypadku także należności zabezpieczone hipoteką czy zastawem podlegałyby zaspokojeniu przed wierzytelnościami Funduszu (art. 1025 § 1 pkt 4 i 5 k.p.c.)”.

Jak podkreślił w dalszej części uzasadnienia SN: „Dopuszczenie do kolizji wierzytelności Funduszu z należnościami pracowników dłużnika w ramach trzeciej kategorii zaspokojenia (art. 1025 § 1 pkt 3 k.p.c.) sprzyja realizacji zasadniczego celu ustawy, jakim jest zabezpieczenie ryzyka niewypłacalności pracodawcy wobec jego pracowników. Realizacja tego celu służy przede wszystkim pracownikom, wobec czego również dyrektywy wykładni funkcjonalnej przemawiają za przyjęciem, że wierzytelności Funduszu z tytułu wypłaconych świadczeń podlegają zaspokojeniu według kolejności przewidzianej w art. 1025 § 1 pkt 3 i 6 k.p.c.” Stanowisko powyższe poparł SN w uchwale z dnia 29 kwietnia 2008 r. (III CZP 28/08).

Zatem – zdaniem SN – roszczenia Funduszu traktowane są tak jak należności za pracę i są zaliczane do grupy trzeciej i szóstej, które wymienione są w art. 1025 § 1 k.p.c. W kategorii szóstej zaspokajane są należności za pracę, które obejmują okres dłuższy niż trzy miesiące¹⁷.

¹⁷ Zob. P i e t r z k o w s k i, dz. cyt., s. 487.

Wydaje się jednak, iż wykładnia przepisów art. 1025 § 1 pkt 3 i 6 k.p.c. wcale nie jest oczywista. Do obrony jest teza, iż należności Funduszu należą do kategorii szóstej, gdzie jest mowa o należnościach za pracę niezaspokojonych w kolejności trzeciej. Za takim rozwiązaniem może przemawiać wykładnia systemowa uwzględniająca przepisy k.p., które gwarantują szczególną ochronę wynagrodzenia pracownika, a nie należności Funduszu¹⁸. Jest oczywiste, iż Fundusz, pomimo cesji wierzytelności, nie nabywa statusu pracownika. Należy zatem przyjąć, iż nie powinien korzystać ze szczególnej ochrony, jaka przewidziana została dla wynagrodzenia pracownika.

Do obrony pozostaje teza, iż należności Funduszu należą do kategorii dziesiątej, obejmującej „inne należności”.

De lege ferenda można jednak rozważyć, czy należności Funduszu winny być zaspokajane w takiej samej kolejności co należności pracowników. Wprawdzie – jak zauważył SN w uzasadnieniu powyższego orzeczenia – zaspokojenie należności przez Fundusz służy pracownikom, ale chodzi tutaj o „innych” pracowników niż ci, którzy dochodzą należności w toku postępowania egzekucyjnego. Należy podkreślić, iż Fundusz w ograniczonym zakresie zaspokaja należności pracowników¹⁹. Umieszczenie w tej samej grupie należności Funduszu i wynagrodzenia pracowników sprawia, iż pracownicy mają znikome szanse na zaspokojenie swoich należności w pełnej wysokości. Dlatego też należy postulować umieszczenie należności Funduszu w kolejnej grupie, która zostanie zaspokojona po należnościach pracowników.

Za uzasadnioną należy uznać wątpliwość, czy zaliczenie należności Funduszu do trzeciej kategorii należności, na równi z należnościami pracowników, a zwłaszcza ograniczenie należności zaspokajanych w kategorii trzeciej, jest zgodne z Konstytucją, która w art. 65 ust. 4 gwarantuje minimalną wysokość wynagrodzenia za pracę.

III. USTALENIE WYSOKOŚCI NALEŻNOŚCI FUNDUSZU

Jednym z elementów planu podziału jest określenie sumy, jaka przypada każdemu z uczestników podziału (art. 1024 § 1 pkt 3 k.p.c.). Wątpliwości

¹⁸ W k.p. ustawodawca zamieścił odrębny rozdział (art. 84-91), który nosi tytuł „Ochrona wynagrodzenia za pracę”.

¹⁹ Zob. art. 6 ust. 4 ustawy z 1993 r. oraz art. 12 ust. 3 ustawy z 2006 r.

mogą dotyczyć pytania, czy organ egzekucyjny, sporządzając plan podziału²⁰, uwzględni kwotę najniższego wynagrodzenia niezależnie od liczby pracowników, czy też sumę wypłaconych świadczeń na rzecz wszystkich pracowników za okres trzech miesięcy w wysokości najniższego wynagrodzenia²¹. Można bowiem bronić stanowiska, zgodnie z którym organ egzekucyjny uwzględni kwotę najniższego wynagrodzenia niezależnie od liczby pracowników²². Nie do rzadkości należą bowiem sytuacje, kiedy to tytuł wykonawczy nie wymienia należności wszystkich pracowników, które dochodzi Fundusz od pracodawcy. Można uznać, iż komornik nie jest uprawniony do badania zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem wykonawczym zgodnie z art. 804 k.p.c.

Powyższy argument jest jednak nieprzekonywający. Wykładnia art. 804 k.p.c. nie budzi wątpliwości w doktrynie. Podkreśla się, iż art. 804 k.p.c. „Rozgranicza kompetencje między organem rozstrzygającym o roszczeniu a organem powołanym do wykonania orzeczenia, na podstawie którego roz-

²⁰ Zgodnie z art. 1023 § 1 k.p.c. plan podziału sporządza organ egzekucyjny, którym w przypadku egzekucji z nieruchomości jest sąd a w pozostałych rodzajach egzekucji – komornik. Szerzej zob.: K. F l a g a - G i e r u s z y Ń s k a, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, t. II, Warszawa 2006, s. 1181.

²¹ Wątpliwości te zauważył SO w Łodzi Wydział Cywilny z/s w Skierniewicach, przedstawiając SN zagadnienie prawne: „czy w sytuacji, gdy z treści tytułu wykonawczego oraz z wniosku egzekucyjnego nie wynika, na rzecz ilu pracowników Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych dokonał wypłaty świadczeń pracowniczych za niewypłacalnego pracodawcę, organ egzekucyjny, sporządzając plan podziału sumy uzyskanej z egzekucji, uwzględni w tym planie roszczenie FGŚP w kwocie odpowiadającej sumie wypłaconych świadczeń na rzecz wszystkich pracowników za okres trzech miesięcy w wysokości najniższego wynagrodzenia (art. 1025 § 1 pkt 3 k.p.c.) czy też w kwocie do wysokości najniższego wynagrodzenia, niezależnie od liczby pracowników, na rzecz których Fundusz dokonał wypłaty za niewypłacalnego pracodawcę”.

SN podjął 29 kwietnia 2008 r. uchwałę (III CZP 28/08), której tezy mają brzmienie:

„1. Należności Funduszu Świadczeń Gwarantowanych z tytułu wypłaconych świadczeń pracowniczych podlegają zaspokojeniu z kwoty uzyskanej z egzekucji w kolejności trzeciej (art. 1025 § 1 pkt 3 k.p.c.) do wysokości sumy kwot najniższego wynagrodzenia za pracę za okres trzech miesięcy, wypłaconych każdemu prawnikowi dłużnika, zaś w kolejności szóstej (art. 1025 § 1 pkt 6 k.p.c.) w części przewyższającej tę sumę.

2. W postępowaniu na skutek zarzutów przeciwko planowi podziału (art. 1028 § 2 k.p.c.) sąd władny jest czynić ustalenia faktyczne dla rozstrzygnięcia, w jakiej części należność Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych podlega zaspokojeniu w trzeciej kolejności, a w jakiej w szóstej kolejności”. Przed oddaniem artykułu do druku, tj. 1 czerwca 2008 r., nie zostało opublikowane uzasadnienie wymienionej uchwały.

²² Przeciwko planowi podziału każdy, kto ma w tym interes prawny, może wnieść zarzuty (por. art. 1027 k.p.c.).

czenie zostało uwzględnione. W konsekwencji oznacza to, że organ egzekucyjny nie jest kompetentny do oceny zarzutów merytorycznych opartych na zdarzeniach, które mogą decydować o nieistnieniu obowiązku świadczenia wynikającego z treści tytułu wykonawczego przedstawionego do wykonania²³. Należy podkreślić, że komornik nie może kwestionować zasadności tytułu wykonawczego w postaci nakazu zapłaty. Uwzględnienie w planie podziału roszczenia FGŚP w kwocie odpowiadającej sumie wypłaconych świadczeń na rzecz wszystkich pracowników za okres trzech miesięcy w wysokości najniższego wynagrodzenia (art. 1025 § 1 pkt 3 k.p.c.) nie stanowi naruszenia art. 804 k.p.c., gdyż komornik wykonuje, a nie „kwestionuje” tytuł wykonawczy. Naruszenie art. 804 k.p.c. ma miejsce wtedy, kiedy komornik uwzględnia wynagrodzenie jednego pracownika. W sposób bezpodstawny ingeruje wówczas w treść tytułu wykonawczego.

Komornik nie jest wprawdzie władny dokonywać wykładni tytułu wykonawczego, gdyż może to zrobić tylko sąd, który wydał wyrok, ale może wystąpić do sądu z wnioskiem o wykładnię wyroku (zob. art. 352 k.p.c.). Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów w uzasadnieniu uchwały z dnia 20 września 1988 r. (III CZP 37/88, OSNCP 1989, Nr 3, poz. 40), mającej moc zasady prawnej, uznał, iż wątpliwości organu egzekucyjnego dotyczące kwestii, czy tytuł wykonawczy nadaje się do wykonania, mogą być rozstrzygnięte w drodze wykładni. Jak podkreślił SN, „Bezsporne jest w piśmiennictwie i w praktyce, że uprawnionym do składania wniosków o wykładnię wyroku oprócz stron procesu i prokuratora jest także organ egzekucyjny, którym jest komornik”. Podkreślono, że „dopóki komornik nie skorzysta z tego uprawnienia, dopóty nie może on odmówić wszczęcia egzekucji na podstawie tytułu wykonawczego opartego na ogólnikowym rozstrzygnięciu, bez podjęcia inicjatywy zmierzającej do ustalenia przez sąd niezbędnych treści wyroku, pominiętych przy orzekaniu”.

Do rozważania pozostaje druga ewentualność, tj. złożenie środków do depozytu sądowego. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 808 k.p.c. uzyskane w egzekucji kwoty, jeżeli nie podlegają natychmiastowej wypłacie, składa się na rachunku depozytowym sądu.

Przedstawianie argumentów za uznaniem, iż w planie podziału należy uwzględnić należności wszystkich pracowników, które następnie przejął Fundusz, należy rozpocząć od wykładni gramatycznej przepisu art. 1025 § 1

²³ Zob. P i e t r z k o w s k i, dz. cyt., s. 133 n. Tam też orzecznictwo SN dotyczące przedmiotowego zagadnienia.

k.p.c. pkt 3 k.p.c., w którym jest mowa o „należnościach” za pracę, a nie „należności”. Fundusz przejmując „należności” pracowników. Nie ma zatem podstaw, ażeby na podstawie art. 1025 § 1 k.p.c. pkt 3 k.p.c. różnicować należności w zależności od tego, czy dochodzą ich pracownicy, czy też Fundusz (*lege non distinguit*).

Jak już wskazano, brzmienie art. 10 ust. 2 nie budzi zastrzeżeń. Fundusz może dochodzić tytułu wierzytelności, ilu pracownikom wypłacił należności za pracę. Zgodnie z art. 776 k.p.c. podstawą egzekucji jest tytuł wykonawczy, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. A zatem komornik, uwzględniając w planie podziału trzykrotność minimalnego wynagrodzenia jednego pracownika, postępuje w sposób sprzeczny z treścią tytułu wykonawczego. Dochodzi więc do rażącego naruszenia interesów Funduszu. Jak podkreśla doktryna, podstawą zarzutów przeciwko planowi podziału sumy uzyskanej z egzekucji może być błędne określenie sumy przypadającej skarżącemu²⁴. W razie wątpliwości co do treści tytułu wykonawczego komornik powinien, tak jak to wskazał SN w uzasadnieniu uchwały w składzie 7 sędziów z dnia 20 września 1988 r. (III CZP 37/88, OSNCP 1989, Nr 3, poz. 40), zwrócić się do sądu z wnioskiem o dokonanie wykładni orzeczenia.

Za powyższym stanowiskiem przemawiać także może wykładnia funkcjonalna przepisów art. 10 ustawy z 1993 r., jaką dokonał SN w uzasadnieniu uchwały z dnia 10 kwietnia 2003 r. (III CZP 23/03). Zaspokojenie w toku postępowania egzekucyjnego należności Funduszu leży w interesie pracowników, którzy w przyszłości będą korzystali z jego środków.

O konieczności uwzględnienia w planie podziału należności wszystkich pracowników może ponadto świadczyć odróżnienie przez ustawodawcę zbiorowego wniosku o zaspokojenie należności, który obejmuje wszystkich pracowników, oraz wniosku indywidualnego, z którym może wystąpić pracownik²⁵.

Stanowisko, zgodnie z którym w planie podziału należy uwzględnić należności wszystkich pracowników, które przejął Fundusz, ma również uzasadnienie w wykładni systemowej przepisów k.p.c. regulujących postępowanie działowe.

Zgodnie z tezą uchwały SN z dnia 30 stycznia 2008 r. (III CZP 134/07): „Wierzyciel, który przed zajęciem nieruchomości uzyskał na niej hipotekę kaucyjną, stwierdzoną w opisie i oszacowaniu, ale w chwili podziału nie

²⁴ Zob. A. M a r c i n i a k, *Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 2005, s. 144.

²⁵ Szerzej zob.: M. B a r z y c k a - B a n a s z c z y k, *Prawo pracy*, Warszawa 2007, s. 191.

legitymuje się tytułem wykonawczym, uczestniczy w podziale sumy uzyskanej w egzekucji z tej nieruchomości bez potrzeby zgłoszenia się i udowodnienia wiarygodności zabezpieczonej tą hipoteką. Przypadającą mu należność pozostawia się na rachunku depozytowym sądu, wskazując przyczyny uzasadniające wstrzymanie wypłaty”.

Zatem w podziale uczestniczy wierzyciel, który w chwili podziału nie legitymuje się tytułem wykonawczym. Uznanie, iż Fundusz uczestniczy w podziale niezależnie od liczby pracowników prowadziłoby do faktycznego wykluczenia Funduszu z podziału sumy uzyskanej w trakcie egzekucji. Jeżeli zabezpieczone zostają interesy wierzycieli, którzy w chwili podziału nie legitymują się tytułem wykonawczym, to tym bardziej na ochronę zasługuje interes wierzycieli, którzy dysponują takim tytułem.

Stanowisko, zgodnie z którym w opisanej sytuacji uwzględnia się wynagrodzenie jednego pracownika, jest sprzeczne z zasadami podziału kwoty uzyskanej z egzekucji, które nie budzą wątpliwości tak w orzecznictwie SN, jak i w doktrynie. Podkreśla się, że „Podział sumy uzyskanej z egzekucji unormowany w art. 1025 i 1026 k.p.c. oparty jest na systemie priorytetu i proporcjonalności. W art. 1025 § 1 k.p.c. wymienione zostały w odpowiedniej kolejności wiarygodności uprzywilejowane, które ze względu na ich znaczenie dla ochrony interesu społecznego korzystają z pierwszeństwa w zaspokojeniu przed innymi” (zob. uzasadnienie uchwały SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CZP 23/03). Uwzględnienie w planie podziału należności jednego pracownika, a nie wszystkich należności przejętych przez Fundusz, prowadzi więc do naruszenia zasady pierwszeństwa. Pozbawia tym samym należności Funduszu charakteru należności uprzywilejowanych. W tym kontekście można powołać się na tezę postanowienia SN z dnia 16 lutego 1999 r. (I CKN 1011/98), zgodnie z którą: „Przy podziale sumy uzyskanej z egzekucji nieruchomości kolejność zaspokojenia wierzycieli określa ściśle art. 1025 k.p.c.; do kolejności tej nie można odstąpić przez zastosowanie art. 5 k.c.”

WNIOSKI

Zawarta w art. 10 ust. 1 ustawy z 1993 r. (odpowiednio w art. 23 ust. 1 ustawy z 2006 r.) konstrukcja przejścia roszczenia na Fundusz stanowi przykład ustawowego przejścia wiarygodności na nabywcę, do którego stosuje się odpowiednio przepisy o cesji wiarygodności (art. 509 n. k.c.). Przejście roszczenia nie jest cesją, gdyż jego źródłem nie jest umowa, ani też nie

stanowi przykładu wstąpienia w prawa wierzyciela, gdyż – po pierwsze – brzmienie przepisu wskazuje na „przejście” roszczenia, a po drugie – co do zasady nie dochodzi do wygaśnięcia stosunku pomiędzy pracownikiem a pracodawcą, czyli stosunku pracy. Stosunek ten może wygasnąć jedynie w przypadkach wskazanych w k.p.

W razie wątpliwości co do treści tytułu wykonawczego komornik powinien zwrócić się do Sądu o dokonanie jego wykładni (zob. uchwała SN z dnia 1988 r., III CZP 37/88) lub też złożyć kwotę wynikającą z egzekucji na rachunek depozytowy sądu.

Plan, w którym komornik uwzględnił należności Funduszu niezależnie od liczby pracowników, jest wadliwy. Wszystkie należności, o których mowa w art. 1025 § 1 pkt 3 k.p.c., winny być traktowane jednakowo. Komornik „związany” jest przy tym treścią tytułu wykonawczego. Umieszczając w planie kwotę wielokrotnie niższą niż umieszczona w tytule wykonawczym Funduszu, komornik postępuje w sposób rażąco sprzeczny z treścią tytułu. Za powyższym rozwiązaniem przemawia również wykładnia funkcjonalna przepisów regulujących zaspokojenie należności przez Fundusz, jak i wykładnia systemowa przepisów k.p.c. dotyczących planu podziału sumy uzyskanej z egzekucji.

De lege ferenda uzasadniony jest postulat umieszczenia w k.p.c. przepisu, który wskazywałby, w jakiej kolejności i w jakiej wysokości zaspokajane są należności Funduszu w masie podlegającej podziałowi w toku postępowania egzekucyjnego. Wydaje się, że należności te powinny zostać uwzględnione w pełnej wysokości, ale po należnościach z tytułu umów o pracę, których dochodzą byli pracownicy.

CLAIMS OF FUND
OF GUARANTEED WORKERS' BENEFITS
IN THE DIVISION OF THE AMOUNT RECEIVED ON EXECUTION

S u m m a r y

The article discusses the inclusion of dues payable to the Fund of Guaranteed Workers' Benefits in the body of assets received on execution. The Author criticises the position of Supreme Court according to which claims of the Fund are treated as sums due for work and are included in group 3 or 6 (mentioned in Article 1025 § 1 of Civil Procedure Code). The division scheme of the sum received on execution should take account of dues payable to all of the workers by the Fund. From *de lege ferenda* perspective, it seems justifiable to add to

the Code an article which would determine the order of payments and the amounts due to the Fund when dividing the body of assets received through execution proceedings. It seems that such dues should be in full amount, but they should follow any dues resulting from contracts of employment, claimed by the former workers.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, należności Funduszu, plan podziału sumy uzyskanej z egzekucji.

Key words: Fund Of Guaranteed Workers' Benefits, dues payable to the Fund, division scheme of the sum received on execution.

JOLANTA BUCIŃSKA

SPOŁECZNE PRAWA CZŁOWIEKA W KONSTYTUCJACH POLSKICH

I.

Gwarancje praw społecznych pojawiły się już w konstytucjach powstałych przed II wojną światową. Zawierały je zarówno konstytucja Estonii z 1920 r., Litwy z 1922 r., jak i Polski z roku 1921¹. Było to wyrazem nawiązania do rozwijającej się i nabierającej coraz większego znaczenia idei równości społecznej. W historycznym ujęciu przedmiotem ochrony w prawie wewnętrznym poszczególnych państw były najwcześniej prawa oraz wolności osobiste i publiczne. W związku z tym formułuje się w doktrynie ogólną tezę, że rozwój ochrony praw człowieka przebiegał od ochrony praw i wolności publicznych, a więc od koncepcji zabezpieczenia jednostki przed przymusem, do zagwarantowania praw społeczno-gospodarczych, a więc do koncepcji realizacji równości społecznej.

Podobną ewolucję można zaobserwować na płaszczyźnie międzynarodowej ochrony praw człowieka, na co wskazują takie akty, jak Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r., Pakty Praw Człowieka z 1966 r., Deklaracja o Postępie Społecznym i Rozwoju z roku 1969² czy powstałe na gruncie

JOLANTA BUCIŃSKA – adiunkt Instytutu Administracji, Samorządu i Prawa Akademii Podlaskiej; adres do korespondencji: ul. Bema 1, 08-110 Siedlce.

¹ Szerzej na temat praw społecznych w konstytucjach międzywojennych zob. B. Z a - w a d z k a, *Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, Warszawa 1996, s. 33-38.

² Deklaracja ONZ o Postępie Społecznym i Rozwoju została uchwalona 30 lipca 1969 r. Nawiązuje ona do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka oraz innych deklaracji ONZ i nadaje postępowi i rozwojowi charakter obowiązującego wszystkie narody dążenia do sprawiedliwości społeczno-gospodarczej – rozdz. 2542 IX-XIV.

europiejskim dokumenty: Europejska Konwencja Praw Człowieka z 1950 r. i Europejska Karta Społeczna z 1961 r. Celem artykułu jest prześledzenie ewolucji idei równości społecznej ujętej w konstytucjach polskich wyrażonych w postaci społecznych praw człowieka.

II.

Bogaty zbiór praw i wolności osobistych, politycznych i społecznych zawierała polska Konstytucja marcowa z 1921 r.³ Pod względem treści nie odbiegała od ówczesnych konstytucji europejskich. Na pierwszym miejscu zostały w niej wymienione obowiązki obywatela wobec państwa, co wynikało z niedostrzegania znaczenia jednostki jako podstawy grupy społecznej i potrzeby objęcia jej silniejszą ochroną prawną. Nie bez znaczenia był tutaj wpływ koncepcji heglowskiej, która uznawała nadrzędność interesu państwa wobec interesu jednostki. Wśród praw społecznych Konstytucja uznawała wolność pracy i ochronę pracy ze strony państwa, wolność zgromadzania się i zrzeszania, prawo do ubezpieczenia społecznego. Ochroną państwa otaczała również rodzinę, macierzyństwo, a także ograniczała pracę dzieci do 15. roku życia, poniżej którego wprowadzała bezwzględny zakaz zatrudniania. Zakaz ten obejmował również stałe zatrudnianie dzieci i młodzieży w wieku szkolnym oraz kobiety i robotników, świadczących pracę nocną w gałęziach przemysłu szkodliwych dla ich zdrowia. W zakresie pomocy społecznej Konstytucja przyznawała prawo do pomocy i opieki państwa dzieciom zaniedbanym pod względem wychowawczym i pozbawionym opieki rodzicielskiej.

Nie formułowała prawa do nauki we współczesnej postaci, zawierała natomiast przepis nakładający obowiązek edukacji w zakresie szkoły podstawowej. Obowiązkowi nauki nie towarzyszył jednak nakaz podjęcia aktywnych działań ze strony władz publicznych⁴. Obowiązkowe było nauczanie religii w każdej szkole, nawet utrzymywanej przez państwo lub samorząd. Konstytucja wprowadzała również bezpłatność nauki w szkołach finansowanych ze środków państwowych lub samorządowych oraz zapewniała zdolnym, ale niezamożnym uczniom możliwość uzyskania stypendium – w szkołach średnich i wyższych. Przewidywała także powszechne prawo do nauczania, zakładania

³ Konstytucja marcowa z 17 marca 1921 r., Dz. U. 1921, nr 44, poz. 267 ze zmianami.

⁴ Por. M. P e c h e r s k i, M. Ś w i a t e k, *Organizacja oświaty w Polsce w latach 1917-1977. Podstawowe akty prawne*, Warszawa 1978, s. 21 n.

szkół prywatnych, nad którymi kontrolę mogło sprawować państwo. W zakresie działalności twórczej człowieka Konstytucja poręczała wolność prowadzenia badań naukowych i ogłaszania ich wyników. Silniejszy akcent stawiano w Konstytucji na prawa i wolności obywatelskie i polityczne. Było to konsekwencją tego, że historycznie najpierw zrodziła się potrzeba określenia grupy praw, w które państwo nie mogło interweniować.

Należy zauważyć, że Konstytucja marcowa, formułując prawa obywatela w płaszczyźnie społecznej, nie ograniczała się tylko do konstrukcji zasad polityki społecznej państwa. Z niektórych konstytucyjnych regulacji można wyprowadzić podmiotowe prawa społeczne obywatela, jak w przypadku ochrony pracy, ubezpieczeń społecznych czy ochrony dzieci: każdy ma prawo do opieki państwa nad jego pracą i do ubezpieczenia społecznego; dzieci pozbawione opieki rodzicielskiej mają prawo do opieki i ochrony państwa; zakres korzystania z tych praw określają ustawy⁵. Takie elementy konstrukcji konstytucyjnych przepisów odnoszących się do materii społecznej stanowiły pewną odmienność względem regulacji konstytucyjnych uchwalanych w ówczesnym okresie.

Konstytucja kwietniowa z 1935 r. nie zawierała odrębnego rozdziału regulującego kwestię powszechnych praw i obowiązków obywatelskich⁶. Nie odnosiła się tym samym do praw, wolności czy obowiązków społecznych, w rozumieniu praw człowieka. Warto wspomnieć, że spośród uchylonych przepisów Konstytucji marcowej moc obowiązującą zachowały postanowienia dotyczące przymusu szkolnego i obowiązku nauczania religii.

III.

Odwrotnie do Konstytucji marcowej ujmowała zagadnienie podstawowych praw jednostki Konstytucja PRL z 1952 r.⁷, zamieszczając prawa społeczne w katalogu „podstawowych praw i obowiązków obywatela” przed prawami osobistymi i politycznymi. Znamienne jest użycie określenia „obywatel” a nie „człowiek”, co świadczy o relatywnym ujęciu tych praw. Tym samym prawa

⁵ Rozdział V Konstytucji, zob. Z a w a d z k a, dz. cyt., s. 35.

⁶ Konstytucja kwietniowa z 23 kwietnia 1935 r., Dz. U. 1935, nr 30, poz. 227.

⁷ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r., Dz. U. 1952, nr 33, poz. 233.

człowieka (obywatela) nie są uznawane, lecz przyznawane w Konstytucji⁸. Prawa społeczne rozumiane były jako prawa do żądania od państwa podjęcia określonych działań i świadczeń na rzecz jednostki. Zaliczone do nich zostały: prawo do pracy – jako prawo do zatrudnienia, prawo do wypoczynku, do ochrony zdrowia i zasiłku chorobowego, prawo do nauki, do korzystania z dziedzictwa kultury i uczestniczenia w jego rozwoju, wolność zrzeszania się⁹. Interesująca jest konstrukcja przepisu odnoszącego się do własności. Został on sformułowany w postaci powszechnego obowiązku ochrony własności społecznej i umacniania jej jako niewzruszonej podstawy rozwoju państwa.

Definiując prawo do pracy, Konstytucja uchwała prawo każdego obywatela do zatrudnienia za wynagrodzeniem według ilości i jakości pracy. Gwarancją tego prawa ma być wskazana w niej społeczna własność środków produkcji, rozwój ustroju społeczno-spółdzielczego wolnego od wyzysku, planowy wzrost sił roboczych, usunięcie źródeł kryzysów ekonomicznych i wreszcie likwidację bezrobocia. W kwestii wypoczynku Konstytucja zawiera postanowienia dokładnie określające godzinny czas pracy (ograniczając czas pracy do ośmiu godzin) oraz przyznające prawo do corocznego płatnego urlopu. Co ciekawe, prawo do wypoczynku zapewnione zostało robotnikom i pracownikom umysłowym (a nie obywatelom) przy użyciu konstytucyjnie wskazanych środków (ograniczenie czasu pracy, urlopy, dni wolne od pracy).

Podobna konstrukcja zastosowana została przy formułowaniu prawa obywatela do ochrony zdrowia oraz do pomocy w razie choroby lub niezdolności do pracy. Wskazuje się na instrumenty, które służą urzeczywistnianiu tego prawa. Do pełniejszej realizacji prawa do ochrony zdrowia przyczynia się rozwój ubezpieczeń społecznych robotników i pracowników umysłowych na wypadek choroby, starości i niezdolności do pracy oraz rozbudowa różnych form pomocy społecznej. Wśród pozostałych czynników przyczyniających się do tego można również wymienić rozwój organizowanej przez państwo ochrony zdrowia ludności, rozbudowa urządzeń sanitarnych i podnoszenie stanu zdrowotnego mieszkańców miast i wsi, stałe polepszanie warunków bezpieczeństwa, higieny i ochrony pracy, zapobieganie chorobom i ich zwalczanie, udostępnianie bezpłatnej pomocy lekarskiej, budowa infrastruktury opieki zdrowotnej itp. Możliwość korzystania z pełnego katalogu praw obywatel-

⁸ Na temat pojęcia praw obywatelskich i ich relacji do praw człowieka zob. A. M i - c h a l s k a, *O pojęciu praw człowieka*, „Państwo i Prawo” 1980, z. 8, s. 8 n.

⁹ Rozdział 7 Konstytucji.

skich, jak i wszystkich konstytucyjnych była nierozzerwalnie związana z posiadaniem obywatelstwa polskiego.

Słuszności tak ogólnie sformułowanych postanowień raczej nie można podważać. Wątpliwości rozpoczynają się dopiero, gdy przychodzi do ich interpretacji i stosowania. Realizację wymienionych praw Konstytucja z 1952 r. opierała głównie na uspołecznieniu środków produkcji. Jednocześnie zmarginalizowana została kwestia prawnych gwarancji przestrzegania praw przyznanych w Konstytucji. Pomimo przyznania prymatu prawom społecznym, ich pełna realizacja w nieudolnym systemie ekonomicznym stała się niemożliwa. Ponadto konstytucja z 1952 r. nie przewidywała możliwości bezpośredniego stosowania jej postanowień ani powoływania się na nie przed sądem w sprawach indywidualnych; nie stworzono żadnych procedur służących egzekucji jej przepisów. W orzecznictwie sądowym również pomijano przepisy konstytucyjne, czyniąc za podstawę jedynie ustawy i akty niższego rzędu. W praktyce zatem rzeczywisty kształt i zakres realizacji praw społecznych wyznaczało obowiązujące ustawodawstwo zwykłe.

IV.

W wyniku rozpoczętego u schyłku lat osiemdziesiątych w Polsce i innych państwach Europy Środkowowschodniej procesu gruntownych przeobrażeń ustroju politycznego nastąpiło oficjalne zerwanie z ideologią państw komunistycznych. Przystąpiono do modyfikacji systemu prawnego, między innymi w celu uwzględnienia w nich powszechnie akceptowanych wartości demokratycznych. Integralnym elementem tych wartości jest idea praw człowieka i konieczność wypracowania mechanizmów gwarancyjnych. Dała się zaobserwować daleko idąca uniformizacja konstytucyjnych katalogów praw człowieka. W krajach o różniących się ustrojach społecznych i politycznych można spotkać niekiedy jednakowo brzmiące przepisy dotyczące praw człowieka. Polskie reformy w tym zakresie okazały się powolniejsze niż tempo przekształceń ustroju gospodarczego i politycznego. Nadal istniał rozdźwięk między realiami społeczno-politycznymi a systemem prawnym, który w zakresie praw jednostki ciągle był systemem anachronicznym i w znacznym stopniu fikcyjnym. Stało się tak, mimo że ograniczenia i naruszenia praw obywatelskich „stanowiły znaczną dolegliwość w okresie PRL, a trudny okres transformacji ekonomicznej zrodził społeczne oczekiwania konstytucyjnej

gwarancji praw podstawowych”¹⁰. Droga do zmiany tej sytuacji miało być uchwalenie Małej Konstytucji z 1992 r., a w niej nowe zasady ustroju politycznego państwa, zwłaszcza demokratycznego państwa prawa, sprawiedliwości społecznej, zwierzchnictwa narodu i trójpodziału władzy. Dała ona istotne podstawy do sformułowania praw i wolności człowieka w Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r.¹¹ Należy dodać, że nawet wśród autorów mających zastrzeżenia do przepisów Konstytucji można spotkać pogląd, iż uwzględniając całość uregulowań konstytucyjnych, większość pochlebnych opinii może odnosić się właśnie do katalogu praw człowieka¹².

Treść i zakres konstytucyjnych praw człowieka determinuje kształt ustroju politycznego, społecznego i gospodarczego, a także w znacznym stopniu jego realizację. Opisowi treści praw i wolności powinna zatem towarzyszyć charakterystyka wartości, które uznane zostały za cenne dla jednostki i społeczeństwa. Przy konstruowaniu przepisów zamieszczonych w Konstytucji z 1997 r. dotyczących pozycji jednostki nawiązano do koncepcji pojmowania człowieka jako bytu autonomicznego i indywidualnego oraz jako podstawy organizacji społeczeństwa, co wynika z uznania godności człowieka za jedną z najwyższych wartości. Zawarty w niej system zasad i wartości oparty jest na koncepcji indywidualistycznej, odrzucającej założenia kolektywistyczne uznające prymat interesu państwa nad interesem jednostki, co było widoczne w Konstytucji z 1952 r. Punktem wyjścia do rozważań konstytucyjnego statusu jednostki mają sformułowane w artykułach od 30 do 37 zasady ogólne. Wskazują one na idee przewodnie porządku konstytucyjnego, takie jak wolność, równość, z których najważniejsze znaczenie wydają się przyznawać godności człowieka¹³.

Pojęcie godności zostało opatrzone przymiotami przyrodzoności, niezbywalności oraz nienaruszalności¹⁴. W treści tej wyraźnie wyeksponowano

¹⁰ R. W i e r u s z e w s k i, *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław 1991, s. 21.

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne 2 kwietnia 1997 r. poddana została pod ogólnonarodowe referendum 25 maja tego samego roku, Dz. U. nr 78, poz. 483.

¹² Zob. A. K a m i ń s k i, *Uwagi o ustroju III RP w świetle porównawczych badań politologicznych nad typami rządów i ordynacją wyborczą*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004, z. 3, s. 20.

¹³ K. C o m p l a k, *Uwagi o godności oraz jej ochrona w świetle nowej Konstytucji*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5, s. 43.

¹⁴ „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych” – art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

godność jako wartość pierwotną i nadrzędną w stosunku do woli władz państwowych. Implikuje to uznanie zasady, że godność ludzka jest „źródłem wolności i praw człowieka i obywatela”¹⁵. Godność osoby ludzkiej została zatem potraktowana jako wartość, która nie wynika z woli ustawodawcy konstytucyjnego¹⁶. Wyznacza raczej charakter działań organów państwowych i sposób interpretacji poszczególnych praw i wolności¹⁷. Formuła taka nawiązuje do dokumentów międzynarodowych, w szczególności do Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka i Aktu Końcowego Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, gdzie w uzasadnieniu źródeł praw człowieka jest odwołanie do doktryny prawa naturalnego¹⁸. Rozwiązanie takie nawiązuje do koncepcji absolutnych praw człowieka, zgodnie z którą prawa te oparte są na normach niezależnych od władzy społecznej i nadrzędnych w stosunku do wszelkich norm prawnych przez tę władzę ustanowionych. Ani państwo, ani żadna inna społeczność nie nadają obywatelom praw człowieka, jak również nie mogą one ustawowo tych praw uchylać czy zmieniać ich treści. Co prawda Konstytucja wprowadza ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, to jednak dotyczą one sytuacji wyjątkowych i nadzwyczajnych¹⁹. Są one podyktowane względami bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź konieczne dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo

¹⁵ Tamże.

¹⁶ Szerzej zob.: J. B u c i Ń s k a, *Godność człowieka jako podstawowa wartość porządku prawnego*, „Prawo, Administracja, Kościół” 2001, nr 2-3, s. 31-50.

¹⁷ Według niektórych autorów pojęcie godności należy potraktować jako wartość, na której ustawodawca konstytucyjny opiera swoje działania. Ma ona istotne znaczenie dla wykładni treści i znaczenia wskazanych w konstytucji konkretnych praw i wolności jednostki, jednak nie może być samoistną podstawą do wydawania rozstrzygnięć. Dla potwierdzenia słuszności tego poglądu przywoływany jest przykład dotychczasowej działalności orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, gdzie w przeważającej większości orzeczeń nie powołuje się bezpośrednio na art. 30 traktujący o przyrodzonej godności. Pogląd taki wyraża m.in. M. Jabłoński, który w związku z tym twierdzi, iż dla właściwego określenia pojęcia godności człowieka wystarczające jest umieszczenie go w preambule konstytucji. Ponadto całkowite jego pominięcie w tekście ustawy zasadniczej nie ma znaczenia dla pozostałych regulacji. Zob. M. J a b ł o Ń s k i, *Rozważania na temat znaczenia pojęcia godności człowieka w polskim porządku konstytucyjnym*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 97. Natomiast K. Complak dowodzi, że pojęcie godności osoby ludzkiej, wyrażone w art. 30, może być wyłączną podstawą dla wyroków TK, sądów powszechnych, administracyjnych czy wojskowych. Zob. *O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP*, tamże, s. 79.

¹⁸ Por. art. 6 Paktów Praw Obywatelskich i Politycznych: „Każda istota ludzka ma naturalne prawo do życia”.

¹⁹ Art. 31, ust. 3.

wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą również naruszać istoty chronionych praw.

Ponadto wyprowadzenie praw i wolności człowieka bezpośrednio z nienaruszalnej godności człowieka oznacza, iż podstawą tych praw jest właśnie godność a nie prawo naturalne. Taką podstawę praw człowieka uznają niektórzy autorzy reprezentujący tradycyjną koncepcję praw człowieka. Według nich podstawą normatywną tych praw jest prawo naturalne, które z kolei ma swoje źródło w naturze ludzkiej. H. Waśkiewicz stwierdza, iż zarówno we współczesnych aktach normatywnych chroniących prawa człowieka, jak i w pewnych odłamach literatury na ich temat występuje tendencja do pomijania terminu „natura człowieka”. Często zastępuje się go innym pojęciem, np. godnością człowieka, która jest – jej zdaniem – sformułowaniem mało precyzyjnym i kontrowersyjnym²⁰. Odmienną orientacją filozofii prawa naturalnego jest koncepcja personalistyczna, która uzasadnia, że prawa człowieka wynikają z przyrodzonej godności osoby ludzkiej.

W dalszej części art. 30 stwierdza się, że poszanowanie i ochrona godności człowieka jest obowiązkiem władz publicznych. Oznacza to, iż obowiązek ten spoczywa nie tylko na władzy państwowej: ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Obowiązek poszanowania i ochrony godności człowieka należy również do wszelkich grup pośrednich, organizacji i osób pełniących funkcje publiczne, a także do samorządów terytorialnych. Stanowi to horyzontalne ujęcie zagadnienia relacji praw i obowiązków człowieka. Ujęcie wertykalne natomiast wyrażone zostało w zapisie, zgodnie z którym „Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych”²¹. Państwo działające za pośrednictwem swoich organów nie jest zatem jedynym podmiotem obowiązku w ramach praw człowieka. Podobnie jak podmiotem prawa jest każdy człowiek, tak również on jest podmiotem obowiązków korelatywnych dla takich samych praw pozostałych ludzi. Występuje pogląd uwzględniający istnienie jeszcze jednego podmiotu zobowiązanego, którego nie wymienia Konstytucja. Jest nim sam uprawniony. Oznacza to, że obecność prawa implikuje obecność korelatywnego obowiązku po stronie tego samego podmiotu. Zatem poszanowanie i ochrona godności człowieka należy również do niego samego. Występowanie w jednym podmiocie prawa i odpowiadającego mu obowiązku

²⁰ H. Waśkiewicz, *Prawa człowieka. Pojęcie, historia*, „Chrześcijanin w Świecie” 1978, nr 63-64, s. 18 n.

²¹ Art. 31, ust. 2.

określane jest jako specyfika praw człowieka, nie spotykana w żadnych pozostałych prawach podmiotowych²².

Konsekwencją sformułowania powszechnego obowiązku poszanowania i ochrony godności jest przyjęcie w Konstytucji zasady wolności i równości człowieka²³. Wolność jednostki ma ograniczony charakter, gdyż swoboda jej działań musi uwzględniać zarówno nakazy interesu publicznego, jak i konieczność poszanowania wolności innych ludzi oraz ich godności. Nadaje to zasadzie wolności bardziej relatywny wymiar w odniesieniu do godności ludzkiej. W razie konfliktu obu tych wartości należy przyznać pierwszeństwo poszanowaniu godności. Ograniczenia zasady wolności realizują się poprzez ograniczenia poszczególnych praw jednostki. Konsekwencją uznania zasady godności ludzkiej jest uznanie zasady równości, która ma być, podobnie jak godność, realizowana w sposób absolutny. W pewnych sytuacjach jednak prawo przewiduje możliwość stwarzania przywilejów dla grup, w szczególności zasadą ochrony godności osoby ludzkiej pozostaje sformułowanie zasady demokratycznego państwa prawa oraz zasady sprawiedliwości społecznej²⁴. Termin „demokratyczne państwo prawa” został użyty bez jakichkolwiek przymiotników, co oznacza, że chodzi o demokrację w znaczeniu uniwersalnym. Demokratyczne państwo prawa to takie, w którym prawo odzwierciedla akceptowany społecznie system wartości. Zasada ta realizuje się w warunkach pluralizmu ekonomicznego, politycznego czy kulturalnego. Podstawę zaś ustroju gospodarczego stanowi przyjęcie zasady społecznej gospodarki rynkowej, wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej, solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych²⁵. Do rangi zasad ustroju została podniesiona wolność tworzenia i działania związków zawodowych²⁶, ochrona własności i prawa dziedziczenia oraz ochrona pracy²⁷. Z kolei w katalogu praw człowieka zostały wyodrębnione „prawa i wolności ekonomiczne, socjalne i kulturalne”, takie jak prawo własności, prawo do swobodnego wyboru pracy, do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, do zabezpieczenia społecznego, prawo do ochrony zdrowia, prawo do nauki, zapewnienia ochrony praw

²² W a s k i e w i c z, art. cyt., s. 24-25.

²³ Art. 31 i 32.

²⁴ Por. art. 1 i 2 Konstytucji.

²⁵ Art. 20-23.

²⁶ W art. 12 ponadto jest mowa o organizacjach społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeniach, ruchach obywatelskich i innych dobrowolnych zrzeszeniach oraz fundacjach.

²⁷ Art. 21 i 24.

dziecka, wolności artystycznej i naukowej oraz zapewnienie bezpieczeństwa ekologicznego.

*

Ujmowanie szeroko rozumianych praw społecznych ewoluowało na gruncie konstytucjonalizmu polskiego. Do kwestii społecznych odnoszono się już w Konstytucji marcowej, choć w ograniczonym zakresie, kładąc silniejszy nacisk na prawa i wolności obywatelskie i polityczne. Odwrotnie rozłożone akcenty zawierała Konstytucja z 1952 r., w której prawa społeczne zajmowały pozycję priorytetową. Ujmowane były w postaci żądań określonego działania państwa na rzecz jednostki. Należy podkreślić, że prawa te odnosiły się jedynie do obywateli. Ponadto postanowienia konstytucyjne nie przewidywały możliwości bezpośredniego ich stosowania ani nie towarzyszyły im żadne gwarancje. Sposób ujmowania praw społecznych zmienił się wraz ze zmianą konstytucyjnego porządku politycznego, społecznego i gospodarczego kraju w roku 1992 i 1997. Prawa społeczne zostały uznane za prawa przysługujące każdemu człowiekowi, wynikające z godności osoby ludzkiej. Koresponduje to z rozwiązaniami przyjętymi w międzynarodowych dokumentach dotyczących praw człowieka. Katalog praw społecznych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. można zaliczyć do jednych z bardziej rozbudowanych, nawiązujących do wzorców zawartych w dokumentach międzynarodowych. Istnieje zatem związek pomiędzy katalogiem praw człowieka unormowanych w konstytucjach a powstaniem i rozwojem systemu ochrony praw człowieka po II wojnie światowej.

BIBLIOGRAFIA

- B u c i ń s k a J.: Godność człowieka jako podstawowa wartość porządku prawnego, „Prawo, Administracja, Kościół” 2001, 2-3, s. 31-50.
- C o m p l a k K.: O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP, w: Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.
- C o m p l a k K.: Uwagi o godności oraz jej ochrona w świetle nowej Konstytucji, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5, s. 43-51.
- J a b ł o ń s k i M.: Rozważania na temat znaczenia pojęcia godności człowieka w polskim porządku konstytucyjnym, w: Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.

- K a m i ń s k i A.: Uwagi o ustroju III RP w świetle porównawczych badań politologicznych nad typami rządów i ordynacją wyborczą, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004, z. 3, s. 19-28.
- M i c h a ł s k a A.: O pojęciu praw człowieka, „Państwo i Prawo” 1980, z. 8, s. 3-13.
- P ę c h e r s k i M., Ś w i ą t e k M.: Organizacja oświaty w Polsce w latach 1917-1977. Podstawowe akty prawne, Warszawa 1978.
- Prawa człowieka. Model prawny, red. R. Wieruszewski, Wrocław 1991.
- W a ś k i e w i c z H.: Prawa człowieka. Pojęcie, historia, „Chrześcijanin w świecie” 1978, nr 63-64, s. 13-48.
- Z a w a d z k a B.: Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne, Warszawa 1996.

PERSONAL SOCIAL RIGHTS IN POLISH CONSTITUTIONS

S u m m a r y

The article aims at presenting the evolution of people's guarantee of their social rights enshrined in Polish constitutions, beginning with the March Constitution of 1921. That constitution addressed the issue of social rights but to a limited degree. It pointed to the freedom of work, freedom of assembly and the right to social security. Such perspective did not differ much from the accepted standards of constitutional regulation of the time. Subsequently, the constitution of 1935 disregarded human rights, emphasising only civil obligations. The constitution of 1952, however, did feature a long catalogue of personal social rights. It is of note that the subject now was not a "human" but "citizen", therefore the rights contained therein were deprived of their universal nature. The superiority of social rights over the political ones was now stressed. The interpretation and implementation of human rights were influenced by values that were thought to form the basis of legal order, such as social ownership. The interpretation of social rights changed along with the political and socio-economic transformation in the constitution of 1992. Yet, the most radical alterations are contained in the Constitution enacted in 1997. These changes were significant not because the array of rights was now markedly greater, but because the axiological dimension which affected the interpretation of the rights was altered. The following values and principles were assumed to be fundamental: the principle of a democratic state of law, the principle of social market economy, the freedom of economic enterprise and private ownership. All recognised freedoms and rights of persons now followed from the inherent dignity of human beings. Human dignity, at the same time, forms the source and limits of rights and freedoms.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: społeczne prawa człowieka, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, godność osoby ludzkiej.

Key words: human social rights, freedom, Constitution of the Republic of Poland, dignity of human being.

ROBERT ANDRZEJCZUK

UNIWERSALIZM PRAW CZŁOWIEKA

I.

Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie: czy istnieją uniwersalne prawa człowieka lub też uniwersalne ich uzasadnienie? Odpowiadając na nie, wpisujemy się w wielopłaszczyznowy spór dotyczący tej tematyki. Ożywiona dyskusja dotyczy różnych dyscyplin. Wśród nich można przykładowo wymienić podział na zwolenników uniwersalizmu i relatywizmu w obrębie etyki, pozytywizmu i niepozytywizmu w filozofii prawa oraz liberalizmu i komunitaryzmu w filozofii politycznej. Te odniesienia nie są bez znaczenia dla właściwej refleksji teoretycznoprawnej z zakresu praw człowieka¹. Ponadto należy dodać, że ta interdyscyplinarność nie ułatwia udzielenia odpowiedzi na wyżej postawione pytanie. Skutkuje ona wieloznacznością pojęcia „prawa człowieka”. Może być ono rozumiane np. jako normy etyczne, koncepcje religijne, postulaty filozoficzne, zasady ustrojowo-polityczne czy też szczególne normy prawne należące tak do systemów prawa krajowego, jak i międzynarodowego².

Spór o uniwersalizm siłą rzeczy ma charakter debaty międzycywilizacyjnej, gdzie do dyskusji zaproszono chociażby przedstawicieli świata Islamu czy Dalekiego Wschodu. Pomimo to należy wziąć pod uwagę fakt, że prawa czło-

Dr ROBERT ANDRZEJCZUK – adiunkt Katedry Stosunków Międzynarodowych, Wydział Prawa, prawa Kanonicznego i Administracji katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II; adres do korespondencji: Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin.

¹ Por. A. Wiśniewski, *Filozofia i teoria praw człowieka – wybrane zagadnienia*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 18(2007), s. 344.

² Zob. A. Michalska, *Podstawowe prawa człowieka w prawie wewnętrznym a Pakty Praw Człowieka*, Warszawa 1976, s. 5.

wieka są koncepcją kultury Zachodu. Zatem tak czy inaczej przebiegająca dyskusja, co zauważył J. Habermas, jest sporem także samym z sobą³. Szczególnie, że według H. Waśkiewicz kultury pozaeuropejskie raczej zadowalały się powolną i w ograniczonym stopniu recepcją koncepcji praw człowieka niż wypracowaniem własnej⁴. A. Wiśniewski zwraca uwagę, że w obecnych czasach pogląd ten należy zrewidować, gdyż inaczej tu definio- wano pojęcie „prawa” niż w języku typowym dla kultury Zachodu⁵.

Rozwiązanie sporu o uniwersalizm praw człowieka J. Zajadło proponuje przenieść na płaszczyznę ochrony praw jednostki w Europie⁶. Wśród argu- mentów za takim rozwiązaniem przytoczonych przez tego autora warto wy- mienić zarzuty dotyczące „zachodniego imperializmu wartości”, kierowane głównie pod adresem Europy, odzwierciedlenie światowych tendencji w de- bacie na temat jej kształtu, a także europejskiego rodowodu idei praw człowieka. Ponadto widzi niedostateczne uzasadnienie systemu normatywnego „prawa europejskiego praw człowieka, jego niejednorodność oraz europejskość postmodernizmu, którego przedstawiciele formułują najbardziej krytyczne uwagi wobec uniwersalizmu”.

II.

W wyjaśnieniu kwestii uniwersalności praw człowieka po raz kolejny należy uwzględnić ich trzy elementy, tj. podstawę⁷, treść⁸ i ochronę⁹.

³ J. H a b e r m a s, *Zur Legitimation durch Menschenrechte*, w: *Das Recht der Republik*, Red. H. Brunkhorst, P. Niesen, Frankfurt a. Main, 1999, s. 386.

⁴ H. W a ś k i e w i c z, *Prawa człowieka*, „Chrześcijanin w Świecie” 1978, nr 63-64, s. 19.

⁵ W i ś n i e w s k i, *Filozofia i teoria praw człowieka – wybrane zagadnienia*, s. 352-353; zob. także A. S t a m o u l a s, *The Justifications of Human Rights and the Question of its Cross-Cultural Validity: Universal Theories and Particular Perspectives*, „Mediterranean Journal of Human Rights” 8(2004), nr 1, s. 308.

⁶ J. Z a j a d ł o, *Filozoficzne problemy ochrony praw jednostki*, w: *Ochrona praw jed- nostki*, red. Z. Brodecki, Warszawa 2004, s. 27-28.

⁷ Pierwszym elementem jest godność osoby ludzkiej, którą określają: rozum, sumienie oraz wolność, rozwijane poprzez kształcenie i wychowanie. Przymiotami godności człowieka są: wrodzoność, niezbywalność, trwałość oraz powszechność. Człowiek, rodząc się, wyposażony jest w rozum, sumienie i wolność, których to elementów nie może się wyzbyć ani zostać ich pozbawionym przez inny podmiot. W związku z tym, iż wymienione przymioty są wrodzone, mówi się o godności człowieka jako wartości wrodzonej, natomiast niezbywalność i trwałość przejawia się w niemożności wyzbycia się jej. Przymioty te właściwe są wszystkim ludziom

F. J. Mazurek, biorąc je pod uwagę, idzie za J. Maritainem i wyodrębnia także dwa inne elementy: ontologiczny i poznawczy¹⁰. Pierwszy z nich bierze pod uwagę zakorzenie praw człowieka w ontycznej strukturze osoby ludzkiej. Element poznawczy obejmuje ich dynamikę, na którą wpływają zarówno czynniki negatywne, jak i pozytywne. Rozróżnienie to pomaga uściślić terminologię w celu podjęcia próby właściwego zdefiniowania praw człowieka i ustalenia jednolitej ich koncepcji.

Mówiąc o prawach człowieka i zasygnalizowanej już wyżej wieloznaczności pojęć podyktowanej ich interdyscyplinarnym ujmowaniem, często zamiennie używamy takich terminów, jak „prawa jednostki”, „prawa podstawowe”, „prawa obywatelskie” czy też „prawa podmiotowe”. Jednak nie zawsze oznaczają one to samo. Już na gruncie nauk prawnych, gdzie prawa człowieka to szczególnego rodzaju uprawnienie przysługujące jednostce, przytoczone pojęcia różnią się swym zakresem i tworzą własne kategorie. Zatem nie tylko inne dyscypliny zwracają uwagę na różnorakie ujmowanie i konkretne elementy definicji tych praw.

Dla M. Piechowiaka jedynym kryterium definiującym prawa człowieka jest bycie człowiekiem¹¹. Ugruntowane w godności ludzkiej, przysługują one

– czyli całemu rodzajowi ludzkiemu – stąd też mówimy, iż godność osoby ludzkiej jest wartością powszechną. Uznanie powyższej podstawy, a co za tym idzie i charakteru prawnonaturalnego tych praw, ma swoje odzwierciedlenie również w porządkach normatywnych zarówno krajowych, jak i międzynarodowych. Rozwój świadomości członków wspólnoty ludzkiej – dotyczący przysługiwania im tej godności – jest wyrazem jej dynamicznego charakteru.

⁸ Można w niej wyodrębnić trzy generacje praw. Pierwsza zakładała wolność jednostki skutkującą niezależnością od państwa na płaszczyźnie myśli i działania. Państwo na mocy umowy społecznej nie mogło ingerować w obszarze wolnego działania jednostki, lecz miało gwarantować korzystanie z praw zeń wynikających. Obok wolności zapewniano także równość, ale tylko wobec prawa, a nie społeczno-gospodarczą. W konsekwencji rozwój gospodarczy odbywał się kosztem ludzi pracy. Zaowocowało to konceptualizacją drugiej generacji – obejmującej społeczne prawa człowieka, rozumiane jako społeczne, gospodarcze i kulturalne. Warunkiem ich realizacji jest aktywny udział państwa. W rezultacie nastąpiło poszerzenie pojęcia „wolność” zawierającego zarówno brak przymusu (wolność od), jak i partycypację (wolność do). Trzecia generacja odwołuje się do solidarności. Uwzględnia się tu prawa, które ze swej istoty wymagają współdziałania kilku państw dla ich realizacji.

⁹ Ochrona stanowi trzeci element struktury praw człowieka. Występuje ona na płaszczyźnie krajowej i międzynarodowej. Ta ostatnia występuje w wymiarze lokalnym, jak i globalnym.

¹⁰ F. J. M a z u r e k, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, Lublin 2001, s. 191; J. M a r i t a i n, *L'Homme et l'Etat*, w: *Oeuvres complètes*, vol. XI, Paris 1990, s. 578-590.

¹¹ M. P i e c h o w i a k, *Filozofia praw człowieka*, Lublin 1999, s. 13.

każdemu człowiekowi, niezależnie od aktów prawa stanowionego¹². C. Mik poprzez prawa człowieka rozumie „specyficznie rozwarstwione, naturalne możliwości ludzkie, co do istoty indywidualne, ale społecznie zdeterminowane, równe, czasowo trwałe, uniwersalne podmiotowo, przedmiotowo i terytorialnie, konieczne i zawsze wypływające z przyrodzonej każdemu człowiekowi godności osobowej”¹³. B. Banaszak, za Z. Kędzią, zwraca uwagę na zakres pojęcia, rozumianego niekiedy bardzo szeroko i uwzględniającego wolności jednostki, a także jej uprawnienia¹⁴. W związku z tym obok praw naturalnych występują tu uprawnienia pozytywnoprawne, mogące skutkować ewentualnym roszczeniem. Do prawnonaturalnego charakteru praw człowieka skutkującego ich wrodzonością, nieutralnością i niezbywalnością, a także ponadpozytywnością i ponadkonstytucyjnością, O. Höffe wprowadza obowiązek ochrony tych praw poprzez prawo pozytywne¹⁵. Bez pozytywnoprawnej ochrony prawa człowieka są jedynie normami moralnymi. Prawa podstawowe i wolności A. Burda łączy z koniecznością umieszczenia ich przez ustrojodawcę w konstytucji¹⁶. Natomiast prawa obywatelskie uprawniają obywatela do korzystania z praw, zobowiązując jednocześnie państwo do ich zapewnienia¹⁷. W związku z tym może pojawić się określone roszczenie względem państwa¹⁸. Na tym tle Mazurek definiuje prawa człowieka jako „wszystkie prawa podmiotowe ponadustrojowe – naturalne – odczytywane z wrodzonej godności osoby ludzkiej wraz z korelatywnymi obowiązkami; proklamowane zaś w konstytucjach i prawie międzynarodowym przyjmują formę praw pozytywnych, nie tracąc swego naturalnego charakteru prawa moralnego, odzna-

¹² T e n ę e, *Powszechność praw człowieka. Zagadnienia filozoficznoprawne*, w: *O prawach człowieka w podwójną rocznicę Paktów. Księga Pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej*, red. T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s. 53-54.

¹³ C. M i k, *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Toruń 1994, s. 17-18.

¹⁴ B. B a n a s z a k, *Ogólne wiadomości o prawach człowieka*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 16; Z. K ę d z i a, *Burżuazyjna koncepcja praw człowieka*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1980, s. 9.

¹⁵ O. H ö f f e, *Menschenrechte in der Kirche*, w: *Handbuch der christlichen Ethik*, Bd. 3: *Wege ethischer Praxis*, Hrsg. A. Hertz [i in.], Freiburg 1982, s. 236-238.

¹⁶ A. B u r d a, *Studia z zakresu konstytucjonalizmu socjalistycznego*, Wrocław 1966, s. 183.

¹⁷ Zob. S. R o z m a r y n, *Polskie prawo państwowe*, Warszawa 1949, s. 409.

¹⁸ Zob. F. S i e m i e ń s k i, *Podstawowe wolności prawa i obowiązki obywateli PRL*, Warszawa 1979, s. 37-38.

czających się powszechnością, niezbywalnością, nienaruszalnością i dynamizmem, odpowiadających godności osoby ludzkiej i chroniących ją w wymiarze wertykalnym i horyzontalnym”¹⁹. Przy czym podmiotowość tych praw rozumiana jest tu z punktu widzenia filozoficznego, jako tkwiąca w ontycznej strukturze osoby ludzkiej²⁰. Zatem są to naturalne prawa z korelatem obowiązków, proklamowane w prawie stanowionym. Bez umieszczenia ich w instrumentach prawnych są jedynie normami moralnymi.

III.

Prawa człowieka mają charakter prawnonaturalny. Dlatego pojawia się tutaj kwestia powszechności prawa naturalnego. Waśkiewicz sprowadza ją do faktu jego istnienia, świadomości faktu jego istnienia u ludzi oraz zawarcia treści norm moralnych we wszystkich kulturach i religiach²¹. W sporze o filozoficzne uzasadnienie praw człowieka Piechowiak postuluje oparcie ontologii tych praw, jak i całej filozofii praw człowieka na koncepcji św. Tomasza z Akwinu²². Porządek normatywny tu występujący stanowi sam w sobie zjawisko kulturowe i jest niezależny od bytu.

Do tradycji filozoficznoprawnej arystotelesowsko-tomistycznej sięga też J. Finnis, łącząc ją z oświeceniową szkołą prawa natury²³. Według niego istnieją formy dobra będące cenne dla wszystkich społeczności. Oznacza to powszechne istnienie kilku podstawowych wartości stanowiących trzon dla pozostałych. Można je sprowadzić do: życia, zabawy, przeżyć estetycznych, życia społecznego, przyjaźni, rozumności praktycznej oraz religii. W związku z tym autor ten kładzie nacisk na uprawnienia naturalne i wskazanie praw człowieka jako współczesnego odpowiednika tradycyjnego prawa natury. Uniwersalizm praw człowieka związany jest zatem z ich prawnonaturalnym charakterem.

¹⁹ M a z u r e k, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, s. 195.

²⁰ Tamże, s. 192.

²¹ H. W a ś k i e w i c z, *Powszechność prawa naturalnego*, „*Studia Philosophiae Christianae*” 1(1970), s. 236-268.

²² P i e c h o w i a k, dz. cyt., s. 29-30.

²³ J. F i n n i s, *Prawo i uprawnienie naturalne*, Warszawa 2001, rozdz. III i IV.

Y. Madiot zwraca uwagę na uniwersalizm koncepcji, treści i ochrony²⁴. Prawa człowieka to kontynuacja idei prawa naturalnego. Kryterium uniwersalności według niego to jednakowa reakcja ludzi na ich naruszanie. Oznacza to powszechność prawa do życia, zakaz tortur lub innego nieludzkiego i poniżającego zachowania, zakaz niewolnictwa, prawo do bezpieczeństwa, prawo do równości wobec prawa, prawo do godnego życia oraz wolność wypowiedzi. Uniwersalna koncepcja praw człowieka została zredukowana do formy indywidualistycznej i liberalnej, co skutkuje między innymi przyznaniem priorytetu jednostce wobec społeczeństwa i władzy państwowej²⁵. W tym też duchu – zdaniem autora – powstały dwie wielkie deklaracje osiemnastowieczne, tj. amerykańska Deklaracja Niepodległości z 1776 r.²⁶ oraz francuska Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r.²⁷

Szukając uzasadnienia powszechności praw człowieka w prawie stanowionym, należy sięgnąć do międzynarodowego prawa praw człowieka. Inspirujący jest tu szeroki konsensus dla praw objętych ochroną, osiągnięty przez państwa nieraz bardzo odległe kulturowo i cywilizacyjnie. Jednym z chętnie cytowanych dokumentów odnoszących się do przedmiotowej kwestii jest Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r.²⁸ Już sam tytuł w oryginale mógłby wskazywać, że jest to deklaracja uniwersalna. W treści art. 1 potwierdzono, iż: „Wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi w swej godności i swych prawach”²⁹. Krokiem dalej było przyjęcie Deklaracji Wiedeńskiej i Programu Działania podczas Światowej Konferencji Praw Człowieka w 1993 r. Stwierdzono tam m.in.: „Uniwersalny charakter tych praw i wol-

²⁴ Y. M a d i o t, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles 1998, s. 23-109.

²⁵ Dylematy związane z relacjami jednostka-grupa nie dotyczyły tylko tych deklaracji. Stosunki między prawami jednostki a dobrem wspólnym wpisują się obecnie w spór między doktryny liberalizmu i komunitaryzmu. Jego rozwiązanie L. Morawski proponuje oprzeć na starannym wyważeniu argumentów, a nie z góry ustalonych założeniach – L. M o r a w s k i, *Prawa jednostki a dobro ogólne (liberalizm versus komunitaryzm)*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 11, s. 42.

²⁶ Ogłoszono w niej „[...] że wszyscy ludzie zostali stworzeni równi, że zostali wyposażeni przez Stwórcę w pewne niezbywalne prawa [...]” – *Prawa człowieka. Wprowadzenie, wybór źródeł*, oprac. K. Motyka, Lublin 2001, s. 74.

²⁷ Postanowiono „[...] wyłożyć w uroczystej deklaracji naturalne, niezbywalne i święte prawa człowieka” – *Prawa człowieka. Wprowadzenie*, s. 77.

²⁸ Por. M a z u r e k, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, s. 198; P i e c h o w i a k, *Filozofia praw człowieka*, s. 112.

²⁹ *Prawa człowieka. Wprowadzenie*, s. 82.

ności jest bezsporny³⁰. W związku z tym Piechowiak podnosi niezależność praw od faktu bycia obywatelem danego państwa³¹.

Powyższą treść dokumentów normatywnych J. Zajadło kwituje jako „prawniczą wiarę w kreacyjny charakter tekstu prawnego”³². Zapisy takie mogłyby wskazywać, że w debacie o prawach człowieka i ich filozofii nie ma sporu – a jest zupełnie przeciwnie³³. Prawo naturalne jako podstawę dla praw człowieka Waśkiewicz dostrzega we wszystkich powojennych aktach normatywnych dotyczących tej kwestii³⁴. Uniwersalny charakter praw osoby ludzkiej Mazurek sprowadza do ontologicznego uzasadnienia zawartego w obydwu Paktach Praw Człowieka, poprzez uznanie, że „[...] prawa te wynikają z przyrodzonej godności osoby ludzkiej”³⁵. Zgodnie z tym uniwersalność ta jest tylko potwierdzona w międzynarodowych prawach praw człowieka, a nie w nich ustanowiona.

IV.

Uzasadnienie uniwersalnego charakteru prawa człowieka wymaga uwzględnienia dwóch płaszczyzn. Pierwsza z nich uwzględnia ontyczność tych praw. Już z samej natury każdy jest ich nośnikiem. Godność osoby ludzkiej jest wartością wrodzoną, a w związku z tym – powszechną. Uznana za źródło praw człowieka stanowi o ich powszechnym charakterze.

Prawom człowieka przypisuje się odpowiadające im obowiązki. Taka konstrukcja zrozumiała jest w religiach czy też szerzej w systemach etycznych. Teoria praw człowieka ma za zadanie uwzględnić zagadnienia dotyczące konstrukcji normatywnej obejmującej źródła, kwalifikacje podmiotów, ewentualne roszczenia czy też systematyzację tych praw.

Prawa człowieka to prawa moralne. Dopiero umieszczenie ich w instrumentach prawnych nadaje im charakter normy prawnej. Stają się wówczas

³⁰ *Deklaracja Wiedeńska i Program Działania Światowej Konferencji Praw Człowieka, Wiedeń, Czerwiec 1993*, Poznań: Instytut Nauk Prawnych PAN Poznańskie Centrum Praw Człowieka 1998.

³¹ P i e c h o w i a k, *Filozofia praw człowieka*, s. 111-112.

³² Z a j a d ł o, *Filozoficzne problemy ochrony praw jednostki*, s. 25.

³³ J. Z a j a d ł o, *Prawa człowieka: wczoraj – dziś – jutro*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 13(2005), s. 12.

³⁴ W a ś k i e w i c z, *Prawa człowieka*, s. 33.

³⁵ M a z u r e k, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, s. 207.

szczególnego rodzaju uprawnieniem jednostki, i to jest drugi obszar, jaki należy wziąć pod uwagę przy analizie kwestii uniwersalizmu praw człowieka. Idea prawa jako czegoś, co się już ma, wymaga ścisłego zdefiniowania jego zakresu. Stąd połączenie jego z obowiązkami na płaszczyźnie jurydycznej zdaje się nietrafne. Jeśli chodzi o powszechność praw człowieka jako uprawnienie, problemem jest to, że nawet na terenie jednego kraju jest kilka systemów etycznych. Natomiast może być tylko jeden system prawny. Trudno wyobrazić sobie zatem międzynarodowe prawo praw człowieka i współczesną koncepcję tych praw jako uniwersalne.

UNIVERSAL THEORIES OF HUMAN RIGHTS

S u m m a r y

The paper seeks the philosophical foundations to give rise to universal protected of human rights. These problems have been discussed from the viewpoint of philosophy of natural law.

Słowa kluczowe: prawa człowieka, prawo międzynarodowe, teoria prawa.

Key words: human rights, international law, theory of law.

MAŁGORZATA CZURYK

PODSTAWY WSPÓLDZIAŁANIA KOŚCIOŁA I PAŃSTWA W ZAKRESIE DZIAŁALNOŚCI CHARYTATYWNEJ

Państwo i Kościół zostały powołane dla dobra jednostki i dobra społeczeństwa. Kościół powyższą misję realizuje w ramach działalności charytatywnej, a państwo za pośrednictwem pomocy społecznej, stanowiącej element polityki socjalnej. Zabezpieczenie potrzeb członków obu wspólnot wymaga realizacji zasady współdziałania państwa i Kościoła opartej na dobru wspólnym, dialogu i porozumieniu.

Do istotnych zadań Kościoła wynikających z jego natury należy działalność charytatywna. Stanowi ona podstawowy element urzeczywistniania się Kościoła w świecie. Ma ona swe źródło w wewnątrztrynitarniej miłości Osób Bożych. Podstawy tej działalności swe najgłębsze odzwierciedlenie znajdują w życiu i działalności Chrystusa. Przedmiotowa działalność Kościoła znajduje uzasadnienie w Ewangeli. Wskazania Chrystusa w sprawie działalności charytatywnej i stanowiącej jej podstawę miłości bliźniego zajęły obszerną część Jego nauczania, następnie stały się przedmiotem wypowiedzi Soboru Watykańskiego II i papieży. Papież Benedykt XVI swą pierwszą encykliką *Deus caritas est* przypomniał światu, że Bóg jest miłością, oraz potwierdził całą dotychczasową naukę Kościoła o miłości i działalności charytatywnej. Dokonał tego w kontekście zasad życia społecznego.

Zasady organizowania i realizowania działalności charytatywnej zostały określone w Kodeksie Prawa Kanonicznego (KPK) i w prawie Kościołów partykularnych. Należy jednak zauważyć, że działalność Kościoła w tym zakresie ma na celu dobro nie tylko wszystkich wiernych chrześcijan, ale także

wszystkich potrzebujących przebywających na obszarze RP. W związku z powyższym dla skuteczności podejmowanych zadań Kościół i państwo muszą w tym zakresie między sobą współpracować. Szczególną uwagę należy zwrócić na regulacje prawne znajdujące się w Konstytucji RP z 1997 r., w Konkordacie zawartym między RP a Stolicą Apostolską w 1993 r. oraz w ustawach zwykłych odnoszących się do przedmiotowej problematyki.

1. ROZWIĄZANIA PRAWNE W ZAKRESIE WSPÓŁPRACY PAŃSTWO-KOŚCIÓŁ, W ZWIĄZKU Z POMOCAŃ NA RZECZ POTRZEBUJĄCYCH

Działalność charytatywna prowadzona przez instytucje kościelne jest zrównana nie tylko pod względem prawnym, ale również w kwestii przyznawania publicznych środków finansowych na realizację powyższych zadań, z działalnością służącą analogicznym celom i prowadzoną przez instytucje państwowe. Jest to słuszne rozwiązanie, gdyż, co należy podkreślić, działalność Kościoła nie jest działalnością gospodarczą. Dla efektywności realizacji tej posługi niezbędne są jednak odpowiednie środki finansowe. Kościół ze swej natury ma prawo do posiadania dóbr doczesnych. Gwarantuje to KPK. Współcześnie głównym źródłem finansowania działalności charytatywnej Kościoła są świadczenia ze strony wiernych. Państwo pozostawia swym obywatelom swobodę rozstrzygnięcia o swoim majątku, a tym samym szanuje ich wolność w dysponowaniu swymi dobrami na potrzeby Kościoła.

Ustawodawcy synodalni uszczegółowili normy kodeksowe i dostosowali je do realiów poszczególnych diecezji. Jako wnikliwi obserwatorzy współczesnego świata, ustawodawcy ci nie poprzestają bowiem na dotychczasowych formach posługi, ale dbają o ich stałe doskonalenie. Dostrzegają nowe zagrożenia i patologie społeczne prowadzące do pojawiania się stale nowych adresatów pełnionej przez Kościół posługi. Synody wyraźnie stwierdzają, że działalność charytatywna ma mieć charakter powszechny, a co za tym idzie, każdy członek Kościoła jest zobowiązany do świadczenia dzieł miłosierdzia. Odpowiedzialność za potrzebujących w pierwszej kolejności jednak spoczywa na najbliższym otoczeniu, rodzinie, sąsiadach, a dopiero wtedy, gdy taka pomoc jest niewystarczająca, niezbędna jest pomoc o szerszym zakresie, świadczona przez odpowiednie instytucje. Należy przy tym zaznaczyć, że ustawodawcy synodalni dostrzegają potrzebę „kompleksowej” pomocy. Zauważają, że ludzka bieda może polegać nie tylko na ułomnościach material-

nych, ale również duchowych i zalecają świadczenie pomocy komplementarnej. Niekiedy bardziej niż pomoc materialna niezbędna jest modlitwa i posługa sakramentalna. Najważniejsze, co podkreślają w swych statutach synody, to nie świadczenie pomocy doraźnej, ale uczynienie z adresatów działalności charytatywnej osób samowystarczalnych.

Należy z całą mocą podkreślić, że idea miłosierdzia i związana z nią działalność charytatywna zajmuje centralne miejsce w życiu Kościoła. Znajduje to swoje odzwierciedlenie w regulacjach prawa powszechnego i partykularnego. Decydujące potwierdzenie można odnaleźć w przesłaniu Ojca Świętego Jana Pawła II, który rozpoczynając obrady II Polskiego Synodu Plenarnego zaznaczył, iż Synod swe obrady zaczyna po Soborze Watykańskim II, a zarazem u progu trzeciego tysiąclecia chrześcijaństwa. Obie te okoliczności przesądziły o zadaniach i charakterze Synodu. Zawarte w nim wskazania stanowią zatem z jednej strony recepcję nowego, soborowego prawa, a z drugiej strony są programem, wytycznymi dla polskiego Kościoła na przyszły czas. Synod poświęcił działalności charytatywnej odrębny dokument. Nie podlega więc dyskusji, że realizacja miłości miłosiernej stanowi priorytetowe zadanie dla Kościoła w Polsce.

Kościół żyje w świecie i w swych działaniach nie ogranicza się do wiernych, lecz udziela pomocy każdemu członkowi społeczności państwowej, której jej wymaga, bez względu na wyznanie. Dla efektywnej, zorganizowanej pracy w tym kierunku regulacje prawa kanonicznego są niewystarczające. Niezbędne są odpowiednie gwarancje ustawodawcy krajowego. Obecnie państwo i Kościół w Polsce dostrzegają ten fakt i ściśle ze sobą współdziałają w zakresie realizacji działalności charytatywnej. W drodze porozumienia strony ustaliły, że w tym przedmiocie zachodzi potrzeba działań opartych na normach prawa kanonicznego w systemie prawa polskiego. Zauważono, że w ramach współdziałania z państwem Kościół wnosi duży wkład w pobudzenie postaw społecznych, poszanowanie prawa i moralności. Konstytucja RP z 1997 r., konkordat z 1993 r. i wiele innych regulacji ustawowych gwarantują obecnie Kościołowi pluralizm form prawnych, w których może świadczyć pomoc potrzebującym. Należy zatem podkreślić, że ustawodawca polski gwarantuje Kościołowi realizację działalności charytatywnej. Szczególnie atrakcyjne są rozwiązania przyjęte w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Dzięki zawartym w niej normom prawnym każda instytucja prowadząca działalność charytatywną, uwzględniając własne potrzeby, samodzielnie podejmuje decyzję, czy chce funkcjonować jako organizacja pożytku publicznego: wiąże się to z określonymi udogodnieniami, ale

i obowiązkami. Wskazania przedmiotowej ustawy stwarzają ponadto dla samorządu terytorialnego warunki do odciążenia go w realizacji zadań publicznych, do których należy działalność charytatywna, na skutek przejmowania zadań w tym zakresie przez wyspecjalizowane instytucje charytatywne, które z kolei dzięki temu mogą swobodnie realizować swą misję, a przez to, że cechują się doświadczeniem, mają wykwalifikowany personel i wysoki poziom świadczonych usług, są gwarantem odpowiedniej jakości realizowanego przedmiotu działalności charytatywnej. W wyniku potwierdzenia zagwarantowanego w prawie kanonicznym prawa do stowarzyszania się, istnieje możliwość prowadzenia przedmiotowej działalności w formie zorganizowanej nie tylko jako *caritas* czy fundacje, ale także w formie stowarzyszeń. Sposoby realizacji przez Kościół działalności charytatywnej zagwarantowane przez ustawodawcę krajowego dowodzą, że normy prawa kanonicznego i polskiego wzajemnie się uzupełniają na polu działalności charytatywnej.

Normy prawa kanonicznego i prawa polskiego w zakresie działalności charytatywnej są komplementarne. Polski ustawodawca uznaje skutki norm prawa kanonicznego i stwarza warunki instytucjom kościelnym do swobodnego prowadzenia zorganizowanej działalności charytatywnej. Przyjęte w tym zakresie rozwiązania prawne są zdecydowanie pozytywne i wpływają korzystnie na rozwój instytucji kościelnych prowadzących działalność charytatywną. Warto jednak zwrócić uwagę na pewne „niedociągnięcia”, przed którymi nie ustrzegł się ustawodawca polski. Należy przede wszystkim uprościć system dokonywania odpisów od podatku przez osoby fizyczne na rzecz organizacji pożytku publicznego. Jako postulat trzeba także zgłosić szersze otwarcie na wspomaganie działalności charytatywnej Kościoła przez społeczeństwo. Obecne możliwości dokonywania odliczeń od podatku przez osoby fizyczne są wręcz symboliczne i nie gwarantują odpowiedniego źródła dochodu dla działalności charytatywnej, a podkreślić należy, że stale wzrasta zapotrzebowanie na świadczenie przedmiotowej pomocy. Przybywa potrzebujących i pojawiają się ciągle nowe formy ubóstwa. Postulat ten wymaga szczególnego zaakcentowania w obliczu zmniejszającej się roli państwa w finansowaniu działalności społecznej, co wynika z tego, że państwo obciążone wieloma funkcjami i obowiązkami do wykonania jest mało efektywne. Ponadto trudno jest państwu, uwzględniając strukturę wydatków, zapewnić wystarczające środki na zagwarantowanie pomocy wszystkim, którzy jej oczekują. Dlatego też regulacje prawne ustawodawcy krajowego powinny iść w kierunku stwarzania szerszych możliwości funkcjonowania instytucji kościelnych świadczących profesjonalną działalność charytatywną. Niezbędne do tego jest szersze otwarcie

na wspomaganie tej działalności przez społeczeństwo. Należy przy tym podkreślić, że wszyscy członkowie Kościoła muszą stale dostrzegać potrzebę działalności charytatywnej i przez swe zaangażowanie przyczyniać się do rozwoju instytucji zajmujących się jej prowadzeniem. Muszą dbać również o zasobność tych instytucji.

Obecne regulacje prawne zapewniają instytucjom kościelnym prowadzącym działalność charytatywną swobodny rozwój. Są one traktowane na równi z analogicznymi instytucjami państwowymi. Poza pewnymi wyjątkami, przyjęte przez polskiego ustawodawcę rozwiązania prawne w poruszonym zakresie należy ocenić pozytywnie.

Do istotnych zadań Kościoła wynikających z jego natury należy działalność charytatywna. Zasady jej organizowania i realizowania zostały określone w Kodeksie Prawa Kanonicznego oraz w prawie Kościołów partykularnych. Należy jednak zauważyć, że działalność Kościoła w tym zakresie ma na celu dobro nie tylko wszystkich wiernych chrześcijan, ale wszystkich potrzebujących przebywających na obszarze RP. W związku z powyższym dla skuteczności podejmowanych zadań Kościoła i państwo muszą w tym zakresie między sobą współpracować. Szczególną uwagę należy zwrócić na regulacje prawne znajdujące się w Konstytucji RP z 1997 r., w Konkordacie zawartym między RP a Stolicą Apostolską w 1993 r. oraz w ustawach zwykłych odnoszących się do przedmiotowej problematyki. Niezbędne jest również wskazanie powołanych przez Kościół instytucji zajmujących się działalnością charytatywną na szczeblu krajowym, diecezjalnym i parafialnym.

2. WSPÓLDZIAŁANIE KOŚCIOŁA I PAŃSTWA

Sobór Watykański II w Konstytucji Duszpasterskiej o Kościele (KDK) w świetle współczesnym *Gaudium et spes* wypowiedział się w kwestii podstawowej zasady, na jakiej budowane są stosunki między państwem a Kościołem, stwierdzając: „[...] wspólnota polityczna i Kościół są, każde na własnym terenie, od siebie niezależne i autonomiczne. Jednak i wspólnota polityczna, i Kościół, choć z różnego tytułu, służą osobistemu i społecznemu powołaniu tych samych ludzi. Służbę tę będą mogli pełnić dla dobra wszystkich tym skuteczniej, im lepiej prowadzić będą ze sobą zdrowe współdziałanie, uwzględniając także okoliczności miejsca i czasu” (KDK 76).

Ze względu na poszanowanie godności ludzkiej i dobro jednostki Kościół i państwo powinny współdziałać, gdyż jednostka ludzka jest podmiotem obu

tych wspólnot. Współdziałanie jest konieczne dla integralnego rozwoju człowieka¹.

Zasada współdziałania państwa i Kościoła ma mieć zdrowy charakter. Oznacza to, że muszą być równocześnie stosowane zasady wolności religijnej oraz poszanowania wzajemnej autonomii i niezależności Kościoła i państwa, każdego w swej dziedzinie. Prawidłowe rozumienie zasady współdziałania zakłada dwa istotne elementy: dobro wspólne – jako podstawę współdziałania; dialog i porozumienie – co do sposobu i form współdziałania².

Zasada współdziałania między Kościołem a państwem jest postrzegana w kontekście podstawowych zasad prawa naturalnego, czyli: zasady dobra wspólnego i zasady pomocniczości³.

Celem współdziałania Kościoła i państwa, będących odrębnymi społecznościami, z których każda ma sobie właściwe zadania, jest dobro wspólne osoby ludzkiej. Posiadanie przez Kościół statusu publicznoprawnego nie stanowi ograniczenia niezależności Kościoła od państwa ani państwa od Kościoła. W zakresie spraw mieszanych następuje wzajemne zbliżenie obu podmiotów oraz koordynacja zadań dla realizacji dobra wspólnego. Papież Jan XXIII scharakteryzował dobro wspólne stwierdzając, że obejmuje ono „sumę tych warunków życia społecznego, w jakich ludzie mogą pełniej i szybciej osiągnąć swoją osobistą doskonałość”⁴. Dalej wskazał on, że istotną racją tej zasady polega na tym, że: „Ponieważ ludzie posiadają i ciało, i duszę nieśmiertelną, nie mogą w tym życiu doczesnym ani zaspokoić w pełni swoich potrzeb, ani osiągnąć doskonałego szczęścia. W związku z tym należy dążyć do dobra wspólnego przy pomocy tego rodzaju metod i środków, które by nie tylko nie przeszkadzały wiecznemu zbawieniu ludzi, ale nawet dopomagały do jego osiągnięcia”⁵. Należy zatem stwierdzić, że istotną racją i podstawą współdziałania Kościoła i państwa jest zapewnienie osobie ludzkiej pełnych

¹ H. S u c h o c k a, *Rola konkordatu w procesie normalizacji stosunków między państwem a Kościołem w Europie Środkowo-Wschodniej*, w: *Materiały IV Międzynarodowej Konferencji na temat „Religia i wolność religijna w państwach Europy Środkowo-Wschodniej w perspektywie integracji europejskiej”*, red. J. Krukowski, Lublin 2003, s. 54. Interesujące uwagi na temat znaczenia zasady godności ludzkiej zob.: J. K r u k o w s k i, *Godność ludzka podstawą praw i wolności człowieka w umowach międzynarodowych*, w: *Materiały I Międzynarodowej Konferencji na temat „Podstawy jedności i Europejskiej”*, red. J. Krukowski, O. Theisen, Lublin 1999, s. 178-200; J. M a j k a, *Katolicka Nauka Społeczna*, t. 2, Warszawa 1988, s. 400-404.

² J. K r u k o w s k i, *Kościół w życiu publicznym*, Częstochowa 1996, s. 155-156.

³ Tamże, s. 157.

⁴ J a n XXIII, Encyklika *Pacem in teris*, nr 58.

⁵ Tamże, nr 59.

możliwości rozwoju i samourzeczywistniania się, respektującego transcendentny wymiar osoby ludzkiej⁶.

Celem przedmiotowego współdziałania nie jest zatem interes państwa czy Kościoła, lecz nadrzędne dla obu społeczności dobro wspólne osoby ludzkiej, będącej bytem transcendentnym, wykraczającym poza życie doczesne. Dobro wspólne stanowi taki porządek społeczny, który umożliwia każdemu człowiekowi osiągnięcie doskonałości w sensie etycznym oraz prawnym poprzez realizację przysługujących mu praw⁷. Istoty współdziałania należy upatrywać w działalności skoordynowanej i podejmowanej wspólnie dla osiągnięcia tych samych celów⁸.

3. FORMY WSPÓLDZIAŁANIA KOŚCIOŁA I PAŃSTWA

W praktyce wyróżnia się dwa sposoby współdziałania Kościoła i państwa: a) współdziałanie spontaniczne, polegające na przypadkowej zbieżności działań obu podmiotów w realizacji swych zadań, bez uprzedniego porozumienia się ich przedstawicieli; b) współdziałanie umowne, czyli uzgodnione przez kompetentnych przedstawicieli obu zainteresowanych stron⁹.

Uwzględniając chronologię źródeł prawa w zakresie współpracy umownej, należy wskazać, że zostało ono zagwarantowane w konstytucji RP¹⁰, konkordacie¹¹ i ustawach¹².

⁶ K r u k o w s k i, *Kościół w życiu*, s. 157.

⁷ J. K r u k o w s k i, *Kościelne prawo publiczne w Europie*, „Biuletyn Stowarzyszenia Kanonistów Polskich” 2004, nr 17, s. 60.

⁸ Uwagi na ten temat zob.: P. S t a n i s z, *Zasada współdziałania*, w: *Prawo wyznaniowe*, red. A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisław, Warszawa 2006, s. 77.

⁹ K r u k o w s k i, *Kościół w życiu*, s. 159.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. nr 78, poz. 483 ze zm.

¹¹ Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską z dnia 28 lipca 1993 r., Dz. U. z 1998 r., nr 51, poz. 318; AAS z 2 maja 1998, nr 5, s. 310-329. Interesujące uwagi na temat recepcji doktryny Soboru Watykańskiego II w prawie konkordatowym, w tym również spostrzeżenia odnośnie do zasady współdziałania, zob. J. K r u k o w s k i, *Recepcja doktryny Vaticanum II w prawie konkordatowym*, w: *Recepcja Vaticanum II w prawie kanonicznym. Materiały ogólnopolskiej sesji naukowej zorganizowanej 20 kwietnia 2005 r. z okazji 40-lecia zakończenia Soboru Watykańskiego II*, red. S. Tymoszyński, Lublin 2005, s. 41-60.

¹² Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancji wolności sumienia i wyznania, Dz. U. nr 29, poz. 155 ze zm.; ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. nr 29, poz. 154 ze zm.; ustawa z dnia

Zasada współdziałania została określona w artykule 25 ust. 3 Konstytucji RP z 1997 r., który stwierdza, że „stosunki między państwem a kościołem i innymi związkami wyznaniowymi są kształtowane na zasadach poszanowania ich autonomii oraz wzajemnej niezależności każdego w swoim zakresie, jak również współdziałania dla dobra człowieka i dobra wspólnego”. Konsekwencją wprowadzenia przedmiotowej zasady współdziałania do Konstytucji RP stanowi potrzeba uznawania przez państwo skutków czynności i działań prawnych dokonanych na podstawie norm prawa kanonicznego w porządku prawnym polskim, w określonym zakresie¹³. Skuteczność tę powinno regulować porozumienie obu stron. Jednocześnie przyjęcie tego uregulowania konstytucyjnego stwarzało podstawę dla ratyfikacji konkordatu zawartego między Stolicą Apostolską a RP, co nastąpiło w 1998 r., tym bardziej że art. 25 ust. 4 Konstytucji RP wyraźnie stwierdza, że stosunki między Rzeczpospolitą Polską i Rzymskim Kościołem Katolickim będą określane w drodze umowy i ustawy. Należy w tym miejscu raz jeszcze podkreślić, że Kościół i państwo, choć są wspólnotami innego typu, powinny świadczyć ludziom pomoc w osiąganiu dobra wspólnego, a ich współdziałanie w tym celu będzie najskuteczniejsze, jeśli zostanie uzgodnione w formie dwustronnej umowy, czyli konkordatu zawartego między Stolicą Apostolską i suwerennymi organami danego państwa. Posługując się konkordatem, obie strony regulują interesujące je sprawy¹⁴. Takie uregulowanie zasady współdziałania jest skuteczniejsze niż spontaniczne działanie. Ponadto znajduje ono pełniejsze uregulowanie również w odpowiednich ustawach. Wynika z tego, że ustawodawca polski przyjął mieszaną formę regulacji stosunków między państwem a Kościołem katolickim, polegającą na połączeniu formy konkordatowej z ustawową. Konkordat i ustawa ze swej natury nie wykluczają się, ale uzupełniają. Relacje zachodzące między nimi wyznaczają konstytucyjne zasady hierarchii źródeł prawa¹⁵. Konkordat, będący umową międzynarodową, jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego w RP (art. 87 ust. 1 Konstytucji RP). Konstytucja RP stanowi formalnie najwyższe źródło prawa (art. 8 ust. 1 Konstytucji), dlatego Konkordat musi być z nią zgodny. Z faktu

24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, Dz. U. nr 96, poz. 873 ze zm.; ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, Dz. U. Nr 64, poz. 593 ze zm.

¹³ J. K r u k o w s k i, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2006, s. 61; t e n ż e, *Konkordat polski. Znaczenie i realizacja*, Lublin 1999, s. 72.

¹⁴ Pojęcie konkordatu wnikliwie analizuje J. Krukowski (*O naturze nowego konkordatu*, w: *Prawda o konkordacie*, Częstochowa 1994, s. 29-58 oraz *Konkordat polski*, s. 18-35).

¹⁵ K r u k o w s k i, *Polskie prawo*, s. 63.

ratyfikacji konkordatu wynika domniemanie, że normy w nim zawarte są zgodne z Konstytucją. Normy wpisane do konkordatu mają natomiast pierwszeństwo przed ustawami (art. 91 ust. 2 Konstytucji) i mają bezpośrednie zastosowanie, chyba że ich stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy (art. 91 ust. 1 Konstytucji).

Artykuł 1 Konkordatu polskiego ratyfikowanego w 1993 r. stwierdza, że „Rzeczpospolita Polska i Stolica Apostolska potwierdzają, że państwo i Kościół katolicki są – każde w swej dziedzinie – niezależne i autonomiczne oraz zobowiązują się do pełnego poszanowania tej zasady we wzajemnych stosunkach i we współdziałaniu dla rozwoju człowieka i dobra wspólnego”¹⁶.

Ustawa o gwarancji wolności sumienia i wyznania oraz ustawa o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej dawały gwarancje dla Kościoła i wolności religijnej, ale wpisane były one w obowiązującą jeszcze w 1989 r. zasadę rozdziału państwa od Kościoła, która nie miała jeszcze charakteru skoordynowanego fundamentu współpracy. Dopiero konkordat, nie przyznając Kościołowi przywilejów, dał podstawy do oparcia tych stosunków na nowej zasadzie, uznającej niezależność i autonomię każdej ze społeczności w swoim zakresie, z jednoczesnym współdziałaniem dla dobra jednostki, która jest podmiotem obu wspólnot¹⁷.

Zasada współdziałania zobowiązuje obie zainteresowane strony do tego, aby w drodze porozumienia ustaliły, w jakich sektorach życia społecznego istnieje potrzeba działań opierających się na normach prawa kanonicznego, w systemie prawa polskiego. Współcześnie jedną z takich dziedzin jest niewątpliwie działalność charytatywna. Kościół w ramach współdziałania z państwem może wnieść duży wkład w pobudzanie postaw społecznych, poszanowanie prawa i moralności. Przedmiotowa zasada współdziałania jest aktualna zwłaszcza dzisiaj, gdy coraz wyraźniej można obserwować wzrost patologicznych zjawisk społecznych¹⁸.

W konkordacie układające się strony zadeklarowały współdziałanie na rzecz obrony rodziny i poszanowania małżeństwa jako jego fundamentu (art. 11). Natomiast ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania

¹⁶ Uwagi na ten temat zob.: W. G ó r a l s k i, W. A d a m c z e w s k i, *Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską z 28 lipca 1993 r.*, Płock 1994, s. 23-26.

¹⁷ S u c h o c k a, art. cyt., s. 53.

¹⁸ H. M i s z t a l, *Zasada współdziałania*, w: *Prawo wyznaniowe*, red. H. Misztal, Lublin 2000, s. 224; t e Ń z e, *Zasada współdziałania*, w: *Prawo wyznaniowe III Rzeczypospolitej*, red. H. Misztal, Lublin–Sandomierz 1999, s. 43.

przewiduje współdziałanie Kościoła i państwa w celu przeciwdziałania patologiom społecznym (art. 16). W sposób szczególny, z punktu widzenia działalności charytatywnej, zasada współdziałania została uregulowana również w ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, w której wyraźnie stwierdzono, że organy administracji publicznej prowadzą działalność charytatywną we współpracy z instytucjami Kościoła (art. 5 ust. 1). Wejście w życie powyższej ustawy rozpoczęło nowy etap w relacjach administracji publicznej z instytucjami Kościoła świadczącymi pomoc charytatywną. W ramach decentralizacji państwa dochodzi do przesunięcia zadań publicznych administracji rządowej na samorząd terytorialny, który jest elementem gwarantującym odciążenie w zakresie realizacji zadań publicznych, do których należy działalność charytatywna¹⁹. Niezbędne jednak w związku z tym jest klarowne ukazanie reguł współpracy samorządu i wskazanych instytucji. Ustawa wprowadza zasady oraz wskazuje formy tego współdziałania, ujednolica sposób przekazywania dotacji na realizację zadań publicznych przez te instytucje. Nakłada również na jednostki samorządu terytorialnego obowiązek corocznego uchwalania programu współpracy z organizacjami pozarządowymi oraz z instytucjami kościelnymi. Przepisy odnoszące się do regulacji współdziałania władz publicznych z instytucjami kościelnymi prowadzącymi działalność charytatywną można odnaleźć również w ustawie o pomocy społecznej. Znajdujące się w niej normy (art. 25-35) odnoszące się do sposobu, w jaki administracja publiczna może zlecić podmiotom kościelnym realizację zadań z zakresu pomocy społecznej, stanowią w zasadzie powtórzenie regulacji ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Jak już wyżej zauważono, w sposób kompleksowy formy współdziałania przy wykonywaniu zadań publicznych, w tym również świadczenia posługi charytatywnej, zostały uregulowane w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, dlatego też niezbędna jest ich szersza analiza. Wskazany w ustawie w art. 5 ust. 1 katalog form współdziałania nie ma charakteru zamkniętego. Ustawa wylicza jedynie przykładowe formy, w jakich może odbywać się współpraca, na co wskazuje ustawowy zwrot „w szczególności”. Ustawodawca nie nakłada na organy administracyjne obowiązku współpracy we wszystkich wskazanych formach, pozostawiając w tym zakresie swobodę wyboru. Natomiast instytucje kościelne mogą być nie tylko wykonawcami zadań, ale również inicjatorami i uczestnikami projektowania

¹⁹ Art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

regulacji prawa miejscowego czy terenowych programów polityki społecznej. O wyborze form współdziałania decydują wspólnie zainteresowane strony, czyli organ administracji i dana instytucja kościelna.

Należy również podnieść problem organów właściwych w przedmiocie współdziałania, gdyż konieczność ich określenia wynika z faktu przyznania zasadzie współdziałania rangi zasady konstytucyjnej, co zostało już wyżej stwierdzone. Ustawa o gwarancji wolności sumienia i wyznania z 1989 r. w art. 16 § 1 stanowi jedynie o istnieniu centralnych organów właściwych rzeczowo w sprawach wyznaniowych. Uszczegółowienie tych organów następuje w trybie rozporządzeń. W strukturze administracji centralnej właściwy w sprawach wyznaniowych jest Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji²⁰. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 października 1999 r., organem odpowiedzialnym za sprawy wyznaniowe ustanowiono w ramach tego ministerstwa dyrektora departamentu do spraw wyznań i mniejszości narodowych²¹. Szczególne kompetencje w sprawach wyznaniowych ma Komisja Wspólna przedstawicieli Rządu i Episkopatu Polski oraz Komisja Konkordatowa. Komisja Wspólna, na mocy art. 4 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, może interpretować przepisy ustawy o stosunku państwa do Kościoła katolickiego, natomiast Komisja Konkordatowa, powołana na podstawie art. 22 ust. 2 Konkordatu, może negocjować nowe zasady konkordatowe w sprawach dotyczących sytuacji finansowej i majątkowej Kościoła w Polsce.

4. ZLECANIE REALIZACJI ZADAŃ PUBLICZNYCH INSTYTUCJOM KOŚCIELNYM

Zlecenie instytucjom kościelnym prowadzącym działalność charytatywną realizacji zadań publicznych²² stanowi jedną z form współpracy. Polega ona na przekazaniu zadania własnego jednostki samorządu terytorialnego do realizacji danej instytucji. Mówiąc o jednostkach samorządu terytorialnego,

²⁰ Szczegółowe informacje odnośnie do kompetencji ministra spraw wewnętrznych i administracji zob.: K r u k o w s k i, *Polskie prawo*, s. 62.

²¹ Rozporządzenie Prezesa RM z dnia 15 października 1999 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, Dz. U. nr 85, poz. 941.

²² Zadania publiczne zostały wskazane w art. 4 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

należy mieć na uwadze gminę, powiat i województwo. Katalog tych podmiotów został określony na mocy ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu trójstopniowego zasadniczego podziału terytorialnego państwa²³.

Oznacza to, że dane zadanie publiczne lub jego część, jakie na mocy przepisów ustrojowych²⁴ każda jednostka samorządu terytorialnego ma obowiązek wykonywać, może być realizowane przez wskazane instytucje z wykorzystaniem środków publicznych. Zlecenie wykonania tych zadań może nastąpić w dwóch formach: a) powierzenia wykonywania zadań publicznych, łącznie z udzieleniem dotacji na sfinansowanie ich realizacji; b) wspierania takich zadań, łącznie z udzieleniem dotacji na dofinansowanie ich realizacji²⁵.

Należy zatem zwrócić uwagę, że ze zleceniem realizacji danego zadania związane jest przekazanie środków na jego realizację. Jeżeli zadanie zostało powierzone do wykonania, to łączy się z tym przekazanie dotacji w całości pokrywającej jego wykonanie. Natomiast wsparcie realizacji zadania wiąże się z częściowym dofinansowaniem za pośrednictwem dotacji²⁶.

Zlecenie oraz powierzenie realizacji zadań publicznych następuje po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert, w którym mogą brać udział instytucje kościelne²⁷. Organizacje te mogą również z własnej inicjatywy wystąpić do organu administracyjnego z ofertą realizacji zadania publicznego, także takiego, które jest już realizowane w inny sposób przez organ administracji albo inną organizację²⁸. Po dokonaniu wyboru danego oferenta zawierana jest między nim a organem administracji umowa w formie pisemnej, która może być zawarta na czas wykonywania danego zadania lub na czas określo-

²³ Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu trójstopniowego zasadniczego podziału terytorialnego państwa, Dz. U. nr 96, poz. 603 ze zm.

²⁴ Ustawa o samorządzie gminnym z dnia 8 marca 1990 r., Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1591 ze zm.; ustawa o samorządzie powiatowym z dnia 5 czerwca 1998 r., Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1592 ze zm.; ustawa o samorządzie województwa z dnia 5 czerwca 1998 r., Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1590 ze zm.

²⁵ Więcej informacji na temat dotacji dla organizacji trzeciego sektora zob.: M. R y m - s z a, A. H r y n i e w i c k a, P. D e r w i c h, *Zasada pomocniczości państwa w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie*, w: *Współpraca sektora obywatelskiego z administracją publiczną*, Warszawa 2004, s. 184.

²⁶ A. G l u z i ń s k i, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie*, Warszawa 2005, s. 62-63.

²⁷ Art. 11 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Szczegółową analizę na ten temat przeprowadza J. Kopyra (*Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 72-76).

²⁸ Art. 12 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie; G l u z i ń s k i, dz. cyt., s. 72- 78.

ny, nie dłuższy niż trzy lata. Podmiot, który wygrał konkurs, jest zobowiązany do wyodrębnienia w ewidencji środków przeznaczonych na realizację umowy, które uzyskuje z funduszy publicznych. Ponadto powinien otworzyć odrębny rachunek bankowy. Organ administracji zlecający wykonanie zadania dokonuje kontroli i oceny jego realizacji. Z wykonania zadania należy sporządzić sprawozdanie²⁹.

5. WZAJEMNE INFORMOWANIE SIĘ O KIERUNKACH DZIAŁALNOŚCI I WSPÓLDZIAŁANIA

Jako kolejną z form współpracy ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie przewiduje wzajemne informowanie się organów administracji i instytucji kościelnych o planowanych kierunkach działalności i współdziałania. Właściwie każda współpraca rozpoczyna się od wymiany informacji, gdyż bez tego nie sposób wyobrazić sobie partnerskiej współpracy. Należy zauważyć, że ustawodawca wskazuje na obustronne zaangażowanie w tym przedmiocie i wzajemne wymienianie informacji. Oznacza to, że nie tylko instytucja kościelna ma obowiązek przekazywania informacji organom administracyjnym, ale przepływ tych informacji powinien następować również w drugą stronę. Ustawa nie uregulowała sposobu dokonywania przedmiotowej wymiany informacji. Niewątpliwie jednak wskazaną formą są dwustronne spotkania³⁰.

6. KONSULTACJE

Administracja publiczna powinna konsultować z instytucjami kościelnymi, odpowiednio do zakresu działalności wskazanej w ich statutach, projekty aktów normatywnych.

Należy zauważyć, że taka forma współdziałania jest znacznie dalej idąca niż samo wzajemne informowanie się o kierunkach swej działalności. Tutaj mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której organ administracji nie tylko

²⁹ Szczegółowo kwestie ogłoszenia konkursu, treści ofert, ich rozpatrywania, kontroli wykonania zadania i złożenia sprawozdania regulują art. 13-18 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

³⁰ G l u z i ń s k i, dz. cyt., s. 61.

informuje instytucję kościelną o przygotowanym przez siebie projekcie konkretnego aktu prawnego, ale również umożliwia jej wyrażenie swej opinii na jego temat. Konsultacją mają być objęte nie tylko projekty ustaw i rozporządzeń, ale także akty prawa miejscowego. Szczególnie istotne jest, aby konsultowany w ten sposób był roczny program współpracy z organizacjami pozarządowymi, a także instytucjami kościelnymi prowadzącymi analizowaną działalność.

Ustawa nakłada obowiązek na każdą jednostkę samorządu terytorialnego, aby miała ona taki program. W programie współpracy należy określić roczne zamierzenia danej jednostki samorządu terytorialnego oraz długoterminowe (nawet wieloletnie) szczególnie ważne działania związane ze specyfiką sytuacji społeczno-ekonomicznej społeczności zamieszkującej dane terytorium. W dokumencie tym powinny być także wyznaczone cele, jakie stawia sobie samorząd, i wskazane przedmiotowe organizacje w podejmowanych i realizowanych przez siebie zadaniach. Roczny program powinien uwzględniać system oceny i monitorowania realizowanych usług zarówno przez sektor samorządowy, jak i pozarządowy. Ważne jest, aby program wskazywał sposób, w jaki mieszkańcy będą informowani o działaniach realizowanych wspólnie przez samorząd i określone wyżej instytucje³¹.

Warto także zauważyć, że roczny program współpracy nie musi być ściśle skorelowany z budżetem jednostki samorządu terytorialnego, jednak ze względu na ich funkcjonalne powiązania, wydaje się rozwiązaniem godnym polecenia uchwalenie programu współpracy wraz z budżetem, tj. najpóźniej do dnia 31 marca każdego roku następującego po roku budżetowym³².

7. WSPÓLNE ZESPOŁY DORADCZE

Ostatnią formą współpracy wskazaną w Ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, określoną w art. 5 ust. 1 pkt 4, jest tworzenie wspólnych zespołów o charakterze doradczym i inicjatywnym, w których skład będą wchodzić przedstawiciele organizacji pozarządowych, instytucji kościelnych oraz przedstawiciele organów administracji. Przykładem takich zespołów może być Rada Działalności Pożytku Publicznego, społeczne rady do spraw osób niepełnosprawnych. Zadaniem tych zespołów powinno być

³¹ Tamże, s. 65.

³² K o p y r a, dz. cyt., s. 58.

prowadzenie dialogu między organizacjami, których przedstawiciele tworzą przedmiotowe ciała. Powinny one mieć charakter opiniodawczo-doradczy, mają wypracowywać i wdrażać w życie standardy prowadzenia działalności pożytku publicznego, w tym również prowadzenia działalności charytatywnej. Zespół taki winien współpracować w konkretyzowaniu zadań objętych programem współpracy, zajmować się określeniem form współpracy, czasu jej realizacji oraz jej monitorowaniem. Zadaniem i celem takiego zespołu powinno być podniesienie efektywności współpracy między danym obszarem jednostki samorządu terytorialnego a działającymi na nim instytucjami pozarządowymi i instytucjami kościelnymi³³.

*

Państwo i Kościół w Polsce, dostrzegając fakt, że działalność charytatywna świadczona jest nie tylko na rzecz wiernych, ale także na rzecz wszystkich członków społeczności państwowej, dlatego też ściśle ze sobą współdziałają w tym zakresie. W drodze porozumienia strony ustaliły, że odnośnie do tej działalności zachodzi potrzeba uznania działań opartych na normach prawa kanonicznego w systemie prawa polskiego. Zauważono, że w ramach współdziałania z państwem Kościół wnosi duży wkład w pobudzanie postaw społecznych, poszanowanie prawa i moralności.

Do normalizacji stosunków między Kościołem a państwem doszło po zmianach ustrojowych w 1989 r., gdy na podstawie Ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej została przywrócona działalność Caritas. Konstytucja RP z 1997 r., Konkordat z 1983 r. i wiele innych regulacji ustawowych zagwarantowało Kościołowi pluralizm form prawnych, w których może świadczyć pomoc potrzebującym.

Posługa charytatywna Kościoła, realizowana przez właściwe instytucje, jest elementem systemu zabezpieczenia socjalnego. Kościół poprzez aktywność charytatywną wspiera działalność państwa na rzecz przeciwdziałania biedzie. Zabezpieczenie egzystencji materialnej i emocjonalnej członków wspólnoty kościelnej, państwowej czy międzynarodowej bezpośrednio koresponduje z istotą ochrony praw człowieka. Prawo do godnego życia, mieszczące się w tym katalogu, jako prawo podstawowe i niezbywalne, musi być zagwaran-

³³ G l u z i ń s k i, dz. cyt., s. 62.

towane przez instytucje państwowe i kościelne zajmujące się niesieniem wsparcia, co nie zwalnia władz kościelnych czy państwowych do stanowienia i modyfikowania gwarancji prawnych w tym zakresie.

THE FOUNDATIONS
OF COOPERATION BETWEEN THE CHURCH AND STATE
IN THE AREA OF CHARITY WORK

S u m m a r y

The article deals with the issue of cooperation of the State and Church institutions in the area of charity work, which forms the basis of both structures.

One of the basic functions of the State is social support. The State, due to its considerable burden, is not capable of performing tasks in the indicated area, therefore delegates some of its operations to subjects lying outside the public sphere. Charity work is also performed by the Church through its institutions. The realisation of the above tasks by the Church is based upon the principle of cooperation.

Regulations of the Canon Law and Polish law relating to charity work are complementary. The Polish legislator acknowledges the norms of the Canon Law and creates necessary conditions for Church institutions to freely conduct its charity work.

Forms of cooperation include: exchange of information on the areas of activity and cooperation, delegation of public tasks to Church institutions which conduct charity work, consultancy and creation of common advisory teams.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: Kościół, państwo, działalność charytatywna, współdziałanie, zasada pomocniczości.

Key words: Church, State, charity work, cooperation, subsidiarity.

MIROSLAW KOSEK

PIECZA ZASTĘPCZA W PROJEKCIE NOWELIZACJI KODEKSU RODZINNEGO I OPIEKUŃCZEGO Z DNIA 23 LISTOPADA 2006 ROKU¹

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

W dniu 6 listopada 2008 r. Sejm uchwalił długo oczekiwaną ustawę o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (por. Dz. U. z 2008 r., nr 220, poz. 1431), która wejdzie w życie 13 czerwca 2009 roku. Lektura tego aktu prawnego wskazuje, że mamy do czynienia z jedną z najważniejszych nowelizacji polskiego prawa rodzinnego, jaką uchwalono w ostatnich latach. Z pewnością stanie się ona przedmiotem wielu analiz i komentarzy, a być może nawet sporów w doktrynie.

Przedmiotem analizy w niniejszym artykule jest pierwszy projekt noweli Kodeksu rodzinno-opiekuńczy, w zakresie dotyczącym pieczy zastępczej, wypracowany na forum Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego i przedłożony do prac sejmowych jako projekt rządowy (druk nr 1166). Choć przepisy przedmiotowego projektu we wskazanym zakresie ostatecznie nie zostały włączone do noweli, zasługują jednak na omówienie z wielu powodów. Szerzego wyjaśnienia wymagają najpierw okoliczności, które spowodowały, że

Dr MIROSLAW KOSEK – adiunkt Katedry prawa Rodzinnego i Prawa Nietletnich Wydziału Prawa UKSW; adres do korespondencji: ul. Dewajtis 5, 01-815 Warszawa; e-mail: kosekm@opoka.info, m.kosek@uksw.edu.pl

¹ Niniejszy artykuł jest rozszerzoną wersją referatu, który został wygłoszony na Seminarium Naukowym pt. „Dzieci pozbawione opieki rodzicielskiej”, zorganizowanym przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie w dniu 11 grudnia 2007 roku. Z przyczyn niezależnych od autora, planowana publikacja całości materiałów stanowiących owoc wymienionego seminarium do tej pory nie ukazała się.

przedłożone propozycje kodeksowych unormowań pieczy zastępczej nie staną się, przynajmniej w najbliższym czasie, prawem obowiązującym.

Potrzebę szczegółowego uregulowania instytucji pieczy zastępczej w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym wielokrotnie podnoszono w doktrynie². Powszechne było też oczekiwanie, że projekt noweli obejmie również tę materię. Tak też się stało, czego wyrazem są przepisy artykułów 112¹-112⁷ projektu, poświęcone pieczy zastępczej³. Powołana w ramach sejmiku minionej kadencji komisja do rozpatrzenia przedmiotowego projektu pozytywnie zaopiniowała samą konieczność uregulowania, jak i kierunek proponowanych unormowań. W związku jednak z przerwaniem kadencji Sejmu, prace nad projektem nie mogły zostać ukończone. Po ukonstytuowaniu się nowej władzy ustawodawczej projekt ponownie trafił pod jej obrady – tym razem jako projekt poselski (por. druk nr 629, z dnia 10 grudnia 2007 r.)⁴, przy czym znów nie mógł zostać szczegółowo rozpatrzony. Rząd w piśmie z dnia 27 sierpnia 2008 r., skierowanym do Komisji powołanej do rozpatrzenia projektu⁵, opowiedział się za wstrzymaniem prac do czasu wypracowania rządowego projektu w analizowanej materii. W dokumencie tym podkreślono również, że rząd „pracuje także nad nową koncepcją pieczy zastępczej nad dzieckiem i z tych przyczyn poselskiego projektu w tej części nie można zaaprobować”. Wspomniany rządowy projekt noweli do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wpłynął do Sejmu jeszcze w sierpniu 2008 r. (druk sejmowy nr 888)⁶. W projekcie tym – zgodnie z cytowanym stanowiskiem rządu – odstąpiono od nowelizacji przepisów dotyczących pieczy zastępczej. Tym samym uchwalona w dniu 6 listopada 2008 r. ustawa o zmianie Ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (por. Dz. U. z 2008 r., nr 220, poz. 1431), jak wspomniano, nie zawiera analizowanych w niniejszym artykule przepisów.

² Por. np. M. A n d r z e j e w s k i, *Pieczka zastępcza*, w: *System prawa prywatnego*, t. 12: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2003, s. 372 n.

³ Projekt dostępny jest na stronie internetowej Sejmu RP (www.sejm.gov.pl). Opublikowany został również w periodyku „Rodzina i Prawo”. Kwartalnik sędziów rodzinnych (2006, nr 2), wydawanym przez Instytut Badań DNA, oraz w publikacji pt. *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu Cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa: Ministerstwo Sprawiedliwości 2006, s. 564 n.

⁴ Por. www.sejm.gov.pl

⁵ Tamże.

⁶ Tamże.

2. OBECNY STAN PRAWNY I POTRZEBA NOWEJ REGULACJI

Obowiązujące przepisy odnoszące się do pieczy zastępczej, zawarte w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, kształtowały się w stopniowo. Do noweli z 19 grudnia 1975 r.⁷ ustawodawca wspominał jedynie o możliwości umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub w zakładzie wychowawczym w kontekście ograniczenia rodzicom władzy rodzicielskiej w trybie art. 109 KRO. Częściowo sytuację tę zmieniła wspomniana nowela z grudnia 1975 r., wprowadzając do KRO art. 112¹ i 112². W pierwszym z nich ustawodawca rozstrzygnął problem podziału obowiązków i praw wynikających z władzy rodzicielskiej między rodziną zastępczą (placówką opiekuńczo-wychowawczą) a rodzicami dziecka. Wykonywanie bieżącej pieczy nad dzieckiem, jego wychowanie i reprezentowanie w dochodzeniu świadczeń przeznaczonych na zaspokojenie potrzeb jego utrzymania należą – zgodnie z przepisem art. 112¹ – do podmiotów sprawujących pieczę zastępczą. Wyznaczony podział obowiązków obowiązuje *ex lege*. Sąd opiekuńczy może jednak, jeżeli – jak należy przypuszczać – wymaga tego dobro dziecka, dokonać innego rozdziału praw i obowiązków.

Art. 112² zawiera z kolei klasyczne odesłanie. Ustawodawca, wskazując na potrzebę współdziałania sądów opiekuńczych z organami administracji państwowej, postanawia, że sprawy doboru rodzin zastępczych, zakresu i form pomocy państwa na rzecz dzieci umieszczonych w rodzinach zastępczych, a także zasady odpłatności rodziców za pobyt ich dzieci w tych rodzinach regulowane będą w odrębnych przepisach. Przepisy, do których odsyła art. 112², to przede wszystkim ustawa o pomocy społecznej i akty wykonawcze do niej.

Z treści przepisu art. 112² KRO wynika, że w prawie polskim istnieje dwutorowość regulacji zastępczej pieczy nad dzieckiem, która powoduje, że „należna KRO rola wiodąca uległa znacznemu osłabieniu”⁸. Strukturę i istotę pieczy zastępczej nad dzieckiem oraz zasady dotyczące umieszczania dziecka w rodzinach zastępczych i placówkach opiekuńczo-wychowawczych określają przepisy pozakodeksowe. Sytuacja taka może rodzić trudności w spójnym

⁷ Dz. U. z 1975 r., nr 45, poz. 234.

⁸ Por. *Uzasadnienie do projektu ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 1166), s. 14.

interpretowaniu przepisów rozproszonych w różnych aktach prawnych⁹. W praktyce orzeczniczej może dochodzić do sytuacji, w której, jak podkreśla się w doktrynie, przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz przepisy ustawy o pomocy społecznej traktowane będą jako autonomiczne w stosunku do siebie lub nawet sprzeczne ze sobą¹⁰. Sytuacja taka nie służy dobru analizowanej instytucji ani ostatecznie dobru dziecka i potwierdza zasadność interwencji ustawodawcy. Uregulowanie w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym w podstawowym zakresie zastępczej pieczy nad dzieckiem – zdaniem autorów projektu – „ustabilizuje stan prawny w tym zakresie, zapobiegając doraźnym, częściowym i niespójnym zmianom przepisów pozakodeksowych”¹¹. Ponadto usytuowanie przepisów o pieczy zastępczej w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (nie zaś w akcie normatywnym z dziedziny prawa publicznego), jak ma to miejsce w obowiązującym stanie prawnym, jednoznacznie będzie wskazywać sądom „wiązące je w sprawach opiekuńczych podstawowe i kierunkowe unormowania dotyczące pieczy zastępczej”¹².

3. ZASADY I ZAKRES REGULACJI PIECZY ZASTĘPCZEJ W PROJEKCIE NOWELIZACJI KODEKSU RODZINNO-OPIEKUŃCZEGO

Projekt noweli Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie pieczy zastępczej oparty został na kilku fundamentalnych zasadach. Podstawowe z nich zawiera projektowany art. 112¹, który stanowi: „Jeżeli ze względu na dobro dziecka nie może ono lub nie powinno przebywać u swoich rodziców, należy zapewnić dziecku pieczę zastępczą, umieszczając je w rodzinie zastępczej albo w placówce opiekuńczo-wychowawczej do czasu ustania przyczyny ustanowienie pieczy zastępczej”.

Zgodnie z cytowanym przepisem, wśród zasad, które kształtują w projekcie instytucję pieczy zastępczej, należy wymienić przede wszystkim dobro dziecka. Jest to fundamentalna, niekwestionowana zasada rządząca instytucją pieczy zastępczej i każdą inną instytucją prawną dotyczącą dziecka. Dobro dziecka powinno stanowić podstawowy instrument wykładni przepisów prawa

⁹ Por. A n d r z e j e w s k i, art. cyt., s. 373 nn.

¹⁰ Tamże, s. 374.

¹¹ Por. *Uzasadnienie do projektu ustawy*, s. 15.

¹² Tamże, s. 16.

oraz dyrektywę ich stosowania¹³. Omawiany przepis nawiązuje w treści do art. 20 Konwencji o prawach dziecka, który kształtuje prawo dziecka do pieczy zastępczej. Prawo to, o charakterze podmiotowym, formułuje również Konstytucja RP w art. 72. Można zatem postrzegać całość omawianej regulacji dotyczącej pieczy zastępczej jako realizację tej konstytucyjnej zasady.

Projekt noweli w omawianym zakresie respektuje także zasadę prymatu rodziców w wychowaniu dziecka (art. 48 Konstytucji). Wyrazem respektowania przez projektodawców wymienionej zasady jest treść paragrafu 2 art. 112¹, zgodnie z którym „umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej może nastąpić po wyczerpaniu możliwości udzielenia pomocy rodzicom dziecka”. Z cytowanego przepisu wynika obowiązek pomocy rodzinie naturalnej dziecka przed ustanowieniem w stosunku do niego pieczy zastępczej. Uchylenie się od tego obowiązku może być podyktowane jedynie dobrem dziecka. Z przepisu art. 112¹ § 2 KRO wynika również, że reintegracja naturalnej rodziny dziecka – we wszystkich przypadkach, w których jest to możliwe – jest nadrzędnym celem projektowanych zmian. Piecza zastępcza ma więc „charakter służebny” wobec pierwotnej i naturalnej pieczy rodziców. Konsekwencją tego założenia jest przyjęcie zasady tymczasowości pieczy zastępczej. Z samej swej istoty instytucja ta nie może mieć charakteru trwałego, jak np. przysposobienie, ale powinna służyć powrotowi dziecka do rodziny naturalnej tak szybko, jak będzie to możliwe.

Spośród innych zasad, które legły u podstaw analizowanego projektu noweli Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w odniesieniu do pieczy zastępczej, wymienić należy: zasadę pierwszeństwa rodzinnych form pieczy zastępczej przed formami instytucjonalnymi, zasadę sądowego nadzoru nad systemem pieczy zastępczej oraz – fundamentalną dla dobra dziecka – zasadę nierozdzielania rodzeństwa w procesie kierowania dziecka do określonej formy pieczy zastępczej.

Zasadę pierwszeństwa rodzinnych form pieczy zastępczej formułuje art. 112¹, stanowiąc: „[...] należy zapewnić dziecku pieczę zastępczą, umieszczając je w rodzinie zastępczej albo w placówce opiekuńczo-wychowawczej typu rodzinnego, a gdy nie jest to możliwe – innej placówce opiekuńczo-wychowawczej”. Zasada ta jest powszechnie przyjęta i akceptowana jako rozwiązanie lepiej służące dobru dziecka niż instytucjonalne czy też

¹³ Por. W. S t o j a n o w s k a, *Dobro dziecka jako instrument wykładni norm konwencji o prawach dziecka oraz prawa polskiego i jako dyrektywa jego stosowania*, w: *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smoczyński, Poznań 1999, s. 81 n.

zakładowe formy pieczy zastępczej. Trzeba w tym miejscu jednak uczynić konieczne zastrzeżenie, że omawiana zasada jest pozytywnie weryfikowana wyłącznie w odniesieniu do tych form rodzinnej pieczy zastępczej, które funkcjonują właściwie, należycie. Źle funkcjonująca rodzina zastępcza czy inna rodzinna forma pieczy zastępczej może wyrządzić dziecku większą krzywdę niż umieszczenie go w źle działającej placówce o charakterze instytucjonalnym¹⁴.

Zgodnie z art. 112⁴ projektu, o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej rozstrzyga sąd. Wyjątek od tej zasady przewidują paragrafy 2 i 3 wspomnianego przepisu, dopuszczając w nagłych przypadkach, na wniosek rodziców dziecka, możliwość pozasądowego umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej, na podstawie umowy między starostą a rodziną zastępczą. Starosta jest zobowiązany do niezwłocznego powiadomienia sądu o zawarciu umowy. Obowiązek ten jest konsekwencją przyjętej i realizowanej zasady sądowego nadzoru nad systemem pieczy zastępczej. Zasada ta umocowana jest również w art. 579¹ Kodeksu postępowania cywilnego projektu, zgodnie z którym „po powzięciu wiadomości o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej bez orzeczenia sądu opiekuńczego sąd ten niezwłocznie wszczyna postępowanie opiekuńcze”.

W przypadku umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej szczególnie istotne jest z punktu widzenia jego dobra zachowanie więzi z rodzeństwem. Ustawodawca zdaje sobie z tego sprawę, dlatego w art. 112² stanowi, że: „[...] rodzeństwo powinno być umieszczane w tej samej rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej. Ograniczeniem tej zasady może stanowić jedynie wzgląd na dobro dziecka”. Zasada ta obowiązuje obecnie na mocy ustawy o pomocy społecznej, a powinna z oczywistych względów znajdować się w KRO.

W zakresie wykonywania pieczy zastępczej projekt formułuje podstawowe dyrektywy, nawiązując do aktów prawnych z zakresu prawa międzynarodowego, między innymi Konwencji o prawach dziecka. Piecza zastępcza powinna być zatem wykonywana z poszanowaniem praw dziecka. W szczególności – zgodnie z art. 112³ – należy zapewnić dziecku utrzymywanie kontaktów z rodzicami i innymi osobami bliskimi, ciągłość wychowania, poszanowanie jego tożsamości etnicznej, religijnej, kulturowej i językowej¹⁵.

¹⁴ Por. A n d r z e w s k i, art. cyt., s. 418 (i przywołana tam literatura).

¹⁵ Por. art. 20 Konwencji o prawach dziecka.

Nie ulega wątpliwości, że prawo dziecka do kontaktu z rodzicami i osobami bliskimi jest jednym z jego podstawowych praw. Jest to również prawo rodziców, które zachowują nawet w przypadku pozbawienia ich władzy rodzicielskiej. W sytuacjach typowych kontakty dziecka z jego biologicznymi rodzicami i osobami z nim spokrewnionymi służą jego dobru. Mogą one także odegrać pozytywną rolę w swoistej „resocjalizacji” rodziców dziecka i przyspieszeniu procesu powrotu dziecka do rodziny biologicznej. W niektórych przypadkach jednak kontakty te zagrażają dobru dziecka i powinny zostać ograniczone lub nawet wyłączone (zakazane). Szczegóły w tym zakresie zawierają przepisy art. 113¹-113⁶ projektu, a możliwość ich stosowania w odniesieniu do instytucji pieczy zastępczej gwarantuje art. 113¹ § 2. Wydaje się jednak, że lepiej byłoby bezpośrednio w treści analizowanego art. 112³ projektu wprowadzić zastrzeżenie o możliwości ograniczenia kontaktów rodziców z dzieckiem umieszczonym w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej ze względu na jego dobro. Można to uczynić poprzez dodanie po słowach „dziecku [...] należy zapewnić utrzymywanie kontaktów z rodzicami i innymi osobami bliskimi” klauzuli w brzmieniu: „o ile nie jest to sprzeczne z dobrem dziecka”. Formułę taką zawiera np. przepis art. 9 pkt 3 Konwencji o prawach dziecka¹⁶.

Realizacja celów rodziny zastępczej jako formy pieczy zastępczej zależy w dużej mierze od właściwego doboru kandydatów do pełnienia tej funkcji. Podstawowe kryteria w tym względzie formułuje obecnie art. 73 Ustawy o pomocy społecznej. Projekt noweli w art. 112⁵ przewiduje włączenie tej problematyki do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z pewną istotną zmianą. Artykuł 5 projektu przewiduje uchylenie przepisu art. 73 ust. 3 pkt 1 Ustawy o pomocy społecznej, który preferuje spośród kandydatów na rodziców zastępczych osoby spokrewnione z dzieckiem, „jeżeli dają gwarancję poprawy sytuacji dziecka”. W uzasadnieniu projektu czytamy: „Kryterium tak określone jest niewystarczające, albowiem łatwo o poprawę, jeżeli sytuacja życiowa dziecka w rodzinie własnej jest szczególnie zła. Krewni i powinowaci – jeżeli chcą pełnić funkcję rodziny zastępczej – muszą, tak jak inni kandydaci, dawać gwarancję należytego wypełniania tej funkcji, a nie tylko poprawy sytuacji. Pokrewieństwo i powinowactwo kandydatów na rodzinę zastępczą nie powinno stanowić – jak obecnie – przesłanki szczególnej preferencji”.

¹⁶ Szerzej na temat kontaktów z dzieckiem zob.: M. G r u d z i ń s k a, *Kontakty z dzieckiem*, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck 2000, zwłaszcza s. 37-40.

Stanowisko autorów projektu znajduje pewne potwierdzenie w badaniach nad procesem umieszczania dzieci w placówkach opieki, prowadzonych przez Instytut Spraw Publicznych¹⁷. Ankietowani sędziowie rodzinni opowiadają się za docelowym modelem pieczy zastępczej, którego podstawą powinny być rodziny zastępcze zarówno spokrewnione, jak i niespokrewnione z dzieckiem. Krytyczne uwagi formułowane przez uczestników badań dotyczą przede wszystkim rodzin zastępczych spokrewnionych z dzieckiem. Szczególnie krytycznie oceniane jest umieszczanie dzieci wśród bliskich krewnych (dziadków i babć), którzy nie sprawdzili się jako rodzice¹⁸. Ponadto ubieganie się o status rodziny zastępczej, zwłaszcza w środowiskach cechujących się ubóstwem, jest – zdaniem sędziów – sposobem na uzyskanie stałego dochodu. Rzeczywista troska o dziecko często w takich środowiskach schodzi na dalszy plan.

Nie ulega wątpliwości, że wszyscy kandydaci do pełnienia funkcji rodziny zastępczej powinni spełniać te same kryteria, gwarantujące jak najlepszą realizację celów omawianej instytucji. Stopień pokrewieństwa między dzieckiem a ewentualnymi jego rodzicami zastępczymi nie powinien wprowadzać w tym względzie wyjątku, w tym sensie, że osoby spokrewnione z dzieckiem z samego tego faktu byłyby zwolnione z obowiązku spełniania innych kryteriów stawianych kandydatom. Projekt noweli nie budzi w tym zakresie zastrzeżeń. Należy jednak rozważyć sytuację, czy przy ustanawianiu rodziny zastępczej sąd powinien brać pod uwagę fakt pokrewieństwa między dzieckiem a kandydatami, przy spełnianiu przez nich wszystkich innych warunków wymaganych do pełnienia funkcji rodziny zastępczej. W projekcie noweli fakt pokrewieństwa między dzieckiem i kandydatami na rodziców zastępczych nie jest – jak się wydaje – postrzegany jako walor. Kwestia ta wydaje się godna rozważenia, tym bardziej że problem właściwego doboru kandydatów odmiennie uregulował ustawodawca przy ustanawianiu opieki dla małoletniego. Zgodnie art. 149 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, przy doborze opiekuna sąd powinien najpierw uwzględnić zdanie rodziców, o ile nie byli pozbawieni władzy rodzicielskiej i gdy wzgląd na dobro dziecka nie stoi temu na przeszkodzie. W drugiej kolejności – zgodnie z § 2 art. 149 KRO – opiekun powinien być ustanowiony spośród krewnych lub innych osób bliskich dziecku albo jego rodzicom. Dopiero w przypadku braku osób wybranych w wyżej opisanym sposób sąd zwraca się o wskazanie opiekuna np. do określonej orga-

¹⁷ Por. J. H r y n k i e w i c z, *Odrzuceni. Analiza procesu umieszczania dzieci w placówkach opieki*, Warszawa 2006.

¹⁸ Tamże, s. 95.

nizacji społecznej. Sposób postępowania przy wyborze opiekuna dla małoletniego, uregulowany we wspomnianym art. 149 KRO, nie jest przypadkowy. Ustawodawca wychodzi z założenia, że przyjęta procedura, która preferuje wolę rodziców oraz postrzega krewnych dziecka jako jego pierwszych (naturalnych) opiekunów, z konieczną kontrolą sądu jako podmiotu ustanawiającego opiekę, daje gwarancje dokonania, z punktu widzenia dobra dziecka, wyboru optymalnego. Omawiany projekt noweli nie wprowadza zmian w opisanej procedurze wyboru opiekuna, co oznacza, że zarówno sama procedura, jak i jej założenia są nadal akceptowane. W związku z tym rodzi się pytanie, co stanęło na przeszkodzie w przyjęciu podobnego postępowania przy ustanawianiu rodziny zastępczej, z zachowaniem wszystkich innych koniecznych wymagań, zwłaszcza określonych kwalifikacji podmiotowych kandydatów?

4. UWAGI KOŃCOWE

Nie budzi wątpliwości konieczność nowelizacji problematyki pieczy zastępczej w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Nie budzą również wątpliwości zasady, na których została ona uregulowana w projekcie noweli. Podniesione w artykule uwagi są zachętą do dyskusji nad optymalnym kształtem omawianej instytucji. Warto w tym miejscu szczególnie podkreślić znaczenie aktów niższego rzędu dla funkcjonowania każdej instytucji prawnej. Najlepsze zasady – bez właściwych aktów wykonawczych – nic nie pomogą. Wspomniane w artykule badania nad procesem umieszczania dzieci w placówkach opieki wskazują na konieczność zmian także w tym obszarze przepisów oraz – co równie ważne – konieczność praktycznej współpracy sądu i podmiotów samorządowych zaangażowanych w proces kierowania dziecka do określonej formy pieczy zastępczej. Współpraca ta, z punktu widzenia dobra dziecka, ma fundamentalne znaczenie.

Należy żałować, że zawarte w projekcie i omówione w niniejszym artykule unormowania odnoszące się do pieczy zastępczej nie znalazły się w ustawie nowelizującej Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Pominięcie tej materii w noweli z powodu prowadzonych przez rząd prac nad nowym modelem pieczy zastępczej wydaje się mało przekonujące, tym bardziej że niewiele wiadomo o samym modelu, jego zasadach oraz zaawansowaniu prac. Zasadne są w takim kontekście obawy, że decyzja rządu oznacza w praktyce akceptację obecnego stanu rzeczy, tzn. pozakodeksowej regulacji wielu istotnych obszarów instytucji pieczy zastępczej, z pominięciem Kodeksu rodzinnego i opie-

kuńczego jako fundamentalnego źródła prawa w omawianej materii. Biorąc pod uwagę tempo tego typu prac – jak przekonuje praktyka – właściwsze byłoby, jak się wydaje, inne rozwiązanie: uwzględnienie w noweli proponowanych uregulowań w zakresie pieczy zastępczej, z jednoczesnym kontynuowaniem prac nad jej nowym modelem. Trudno przecież przyjąć, że wprowadzenie nowego modelu miałyby oznaczać odejście od tak fundamentalnych zasad, jak te proponowane w projekcie noweli.

FOSTER CARE IN THE DRAFT AMENDMENT
TO POLISH FAMILY AND GUARDIANSHIP CODE
OF 23 NOVEMBER 2006

S u m m a r y

The article analyses the draft amendment to the Polish Family and Guardianship Code (draft of 26 Nov 2006) concerning foster care.

The basic regulations are based on several fundamental principles, such as the principle of a child's good as well as parents' superiority in upbringing a child. The draft also respects the idea of temporariness of foster care, its priority over other institutional forms, the principle of judiciary supervision of foster care and a principle related to the child's good that is the principle of non-separation of siblings during the procedure of the child finding a particular form of foster care.

The necessity to create precise regulation of foster care in the Family and Guardianship Code has often been pointed out in the doctrine. The analysed draft does address these issues. It is regrettable, then, that the amendment to the Code, enacted 6 Nov 2008, does not contain the proposed solutions.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: piecza zastępcza, rodziny zastępcze, dobro dziecka.

Key words: foster care, foster family, child's good.

ANNA OLSZAK-PAWŁOWSKA

ANALIZA ZAPISÓW OBOWIĄZUJĄCYCH I PROPOZYCJI PROJEKTOWYCH DOTYCZĄCYCH LEKARZA OPINIUJĄCEGO

1. BRAK PRECYZYJNYCH REGULACJI DOTYCZĄCYCH BIEGŁYCH SĄDOWYCH

Przepisy¹ odnoszące się do biegłych sądowych są niejasno sformułowane, mają podstawowe braki, zawierają fragmentaryczne uregulowania i zdecydowanie z roku na rok tracą na swojej aktualności². Weryfikacji wymagają sądowe listy³ biegłych w trybie pilnym.

Ustawowe określenie definicji biegłego, uregulowanie statusu i roli procesowej to potrzeba obecnej chwili – podkreśliłoby to bez wątpienia szcze-

Mgr ANNA OLSZAK-PAWŁOWSKA – Wydział Prawa, Prawa Karnego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II; adres do korespondencji: Al. Raclawickie 14, 20-950 Lublin; e-mail: annaolszak.pawlowska@interia.pl

¹ Dekret z dn. 26 października 1950 r. o należnościach świadków, biegłych, stron w postępowaniu sądowym (Dz. U. nr 49, poz. 445 oraz Dz. U. z 2004 r. nr 273, poz. 2702) oraz wydane na jego podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dn. 18 grudnia 1975 r. w sprawie kosztów przeprowadzania dowodu z opinii biegłych w postępowaniu sądowym (Dz. U. nr 46, poz. 254, ze zm.), z dn. 31 października 1989 r. w sprawie wynagradzania biegłych (tłumaczy) z zakresu daktyloskopii (Dz. U. nr 64, poz. 292), a także przepis art. 157 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. nr 98, poz. 1070) oraz wydane na podstawie art. 157 § 2 tej ustawy rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dn. 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz. U. nr 15, poz. 133).

² Źródła podają, że dekret z 1950 r. o należnościach świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym to jeden z najstarszych obowiązujących polskich aktów prawnych.

³ Zdarza się, że w obrębie owych list działają od lat osoby dawniej zajmujące jedynie stanowiska, np. ogólnokierownicze w laboratoriach, mające tylko ogólne przygotowanie czy też wiedzę wyłącznie z zakresu innych specjalizacji.

gólną pozycję, jaką w procesie odgrywa biegły, a nadto stworzyłyby dodatkowe możliwości rzeczywistej weryfikacji wiedzy specjalistycznej biegłego. Dotychczasowe wytyczne są niedostosowane do uwspółcześnionych potrzeb, są zbyt cząstkowe, by sprostać wymaganiom.

Poszukiwania wśród przepisów prawnych dowiodły, że brak jest precyzyjnej regulacji prawa odnośnie do kompetencji biegłego, a obecnie duże emocje wywołuje status biegłego sądowego. Jednej z przyczyn⁴ tak frustrujących nieprawidłowości upatruje się w liberalnie formułowanych przepisach o powoływaniu biegłych sądowych, umożliwiających uzyskanie uprawnień biegłego sądowego (nawet przez osoby nie mające specjalistycznej wiedzy dotyczącej specjalności, w której ubiegają się o ustanowienie biegłymi sądowymi). Z tym wiąże się między innymi nieodpowiedzialna wręcz postawa części biegłych sądowych podejmujących się opracowania każdej opinii niezależnie od tego, czy są kompetentni czy też nie. Nie bez winy pozostają również sędziowie, którzy wydają „ciche przyzwolenie na wykorzystywanie w postępowaniu sądowym niekompetentnych⁵ biegłych lub samowolnie rozszerzanych opinii biegłych sądowych”.

Owe braki zostały w końcu dostrzeżone przez departament Ministerstwa Sprawiedliwości, czego następstwem było uchwalenie Ustawy o lekarzu sądowym czy prowadzenie negocjacji nad kompleksowym projektem Ustawy o biegłych w postępowaniach sądowych.

W czasie tworzenia ustaw dotyczących „grupy specjalistów” autorom przyświecała rzeczywista wizja umocnienia roli biegłego w procesie, ale zarazem wypracowania dróg prowadzących do osiągnięcia przez biegłych sądowych takiego poziomu merytorycznego wystawianych opinii, które byłyby niepodważalną gwarancją jakości i bezstronności⁶. Ażeby dokonać kompleksowej regulacji, projekt Ustawy o biegłych w postępowaniach sądowych konsultowany był z Sądem Najwyższym, Krajową Radą Sądownictwa, Naczelną Radą Adwokacką, Krajową Radą Radców Prawnych, z szeroko pojętym środowiskiem

⁴ A. P a t e j u k, *Praktyczne aspekty wykonywania czynności biegłego sądowego*, w: J. T u r e k, *Rola biegłego we współczesnym świecie*, Warszawa 2002, s. 90.

⁵ Cedowanie na pracowników sekretariatu wyboru biegłego z listy nie zawsze jest opłacalne. Trud przeanalizowania zakresów specjalności biegłych ustanowionych przy sądzie czy sięganie do wykazu specjalności, do Dziennika Ustaw nie stanowi powszechnej praktyki. Docierają sygnały również o posługiwaniu się listami sprzed kilku lat, choć aktualizacja wymagana jest co roku.

⁶ Wypowiedź A. Kryże, wiceministra sprawiedliwości, podsekretarza stanu, sędziego, w trakcie ogólnopolskiej konferencji naukowej „Biegły w sądzie”, zorganizowanej w dn. 9-10 grudnia 2005 r. w Instytucie Ekspertyz Sądowych im. prof. dr Jana Sehna w Krakowie.

sędziowskim, prokuratorskim, wybitnymi przedstawicielami nauki, a także z organizacjami reprezentującymi biegłych różnych specjalności (w tym ważnych dla przedmiotu publikacji – Polskim Towarzystwem Medycyny Sądowej i Kryminologii oraz Polskim Towarzystwem Kryminalistycznym). Wielość podmiotów zainteresowanych tematem zwracała uwagę na atrakcyjne dla ich grupy „zawodowej” aspekty. W konsekwencji ustawa jest w dalszym ciągu w fazie projektowej.

Inicjatywa z 1994 r. (która w rezultacie nie została przyjęta przez władze wymiaru sprawiedliwości) dotycząca utworzenia Kolegium Nauk Sądowych z założenia miała skupiać się na „służebnej roli”⁷ wobec Wymiaru Sprawiedliwości przez organizowanie forum wymiany doświadczeń i reprezentacji specjalistów⁸. Podstawowym celem⁹ było wyznaczenie jednolitych standardów badań, wymagań kwalifikacyjnych, procedur postępowania, które zapewniałyby najwyższą jakość, wiarygodność i prawidłowość badań oraz opinii. W rezultacie brak właściwych ram prawnych doprowadził do pogłębienia problemu¹⁰.

Wprawdzie w lutym 2002 r. po raz pierwszy rozpoczęto prace nad ustawą o biegłych sądowych – jednak zmiany w resorcie sprawiedliwości sprawiły, że przygotowywany projekt, tzw. ministerialno-środowiskowy¹¹, (rygorystyczny w aspekcie kwalifikacji, wykształcenia, doświadczenia, weryfikacji pracy biegłych), nie został zrealizowany.

Drugi projekt (tzw. I projekt ministerialny) z 2003/2004 r. odrzucono ze względu na niespełnienie oczekiwań środowiska biegłych¹². Trzecią próbę

⁷ W dobrym słowa tego znaczeniu. Inicjatywa popierana była przez Polskie Towarzystwo Kryminalistyczne, Polskie Towarzystwo Medycyny Sądowej i Kryminologii, Polskie Towarzystwo Psychiatryczne, Polskie Towarzystwo Psychologiczne, uniwersyteckie katedry kryminalistyki, akademickie zakłady medycyny sądowej, Instytut Ekspertyz Sądowych, laboratoria policyjne itp. Dane pochodzą z: A. G ł a z e k, *Biegły sądowy i jego status*, w: „*Iure et facto*”. *Księga jubileuszowa ofiarowana doktorowi Józefowi Gurgulowi*, red. J. Wójcikiewicz, Kraków: Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych 2006, s. 93.

⁸ W rozumieniu biegłych.

⁹ Statut Kolegium Nauk Sądowych w Polsce, art. 10, wersja z września 1994 (mps).

¹⁰ Mimo upływu lat i wielokrotnych dyskusji, nie doprowadzono do stanu pożądanego; zob. pkt 6 uchwały Zjazdu Katedr Kryminalistyki, Wilga, z dn. 3-5 października 2001, w: *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. V, Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego 2002, s. 17-18.

¹¹ Aktywny udział w opracowywaniu projektu brali m.in. reprezentanci środowisk biegłych sądowych.

¹² Przygotowywany w Departamencie Legislacyjno-Prawnym Ministerstwa Sprawiedliwości. Wiele z tych rozwiązań nawiązywało do projektu ministerialno-środowiskowego; zob.: T. T o m a -

projektowania ustawy o biegłym sądowym podjęto w listopadzie 2005 r. (z inicjatywy poselskiej z postulatami PTK) oraz 6 lutego 2006 r. (przygotowany przez MS; II projekt ministerialny). Nowa regulacja¹³ miała być dostosowana do wymogów nałożonych przez Unię Europejską i uwzględniać postulaty i tezy kierowane do Ministra Sprawiedliwości oraz dążyć do podwyższenia¹⁴ poziomu wydawanych opinii. Projekty różniło niewątpliwie podejście do pozycji biegłego, jak również sama metodologia przygotowania¹⁵.

Dyskusja nad słusznością projektowanych zmian ciągle trwa. W trakcie końcowej fazy redagowania ostatecznej wersji artykułu (tj. październik 2008 r.) ustawy przedmiotowej nie mniej jednak jeszcze nie było.

Wielkim utrudnieniem jest to, że aktualnie żaden z aktów prawnych (w randze ustawy) nie normuje całości zagadnień związanych *sensu stricto* z wydawaniem opinii przez biegłych na potrzeby postępowania sądowego. Owszem, istnieje Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych¹⁶ oraz zapis (np. art. 193 k.p.k.¹⁷) mówiący, że potencjalny biegły winien mieć specjalne wiadomości (odpowiednią wiedzę), ale jedynie to jest w nim zamieszczone. Ponadto kodeksy postępowania karnego i cywilnego w zasadzie nie są spójne, gdy chodzi o za-

s z e w s k i, *Stary biegły w nowej szacie*, w: *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. VI, cz. I, Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego 2003, s. 23-31 oraz E. G r u z a, *Ustawa o biegłych potrzeba czy kosztowny zbytek*, w: A. G ł a z e k, *Biegły w sądzie. Konferencja w 40. rocznicę śmierci Profesora Jana Sehna*, Kraków: Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych 2006, s. 16-29.

¹³ Będzie ona budzić wiele kontrowersji, gdyż rozwiązania odbiegają od dotychczasowych uregulowań.

¹⁴ Wiadomości specjalne powinny być jak najefektywniej wykorzystywane w procesie, a szczególnego zainteresowania podwyższeniem poziomu wydawanych opinii należy oczekiwać zarówno ze strony opiniujących, jak i adresatów owych opinii. Głos T. Tomaszewskiego wskazuje na obawy co do „propaństwowego” podejścia do sprawy biegłych (tj. pomysłu ministerialnego o ustanowieniu władzy państwowej – minister sprawiedliwości jedynym w zasadzie gwarantem poziomu opiniowania). Jeśli chodzi o model poselski, to wart jest on akceptacji w kwestii samodyscypliny biegłych, tj. pilnowania poziomu opiniowania przez samych biegłych. Biegli są najlepszymi reprezentantami opinii z danej specjalności, ponadto powinno zależeć im na dobrej ocenie wyników ich pracy w oczach opinii publicznej i organów procesowych.

¹⁵ Zwraca na to uwagę T. Tomaszewski (*Czy nowy biegły w nowej szacie?*, w: „*lure et facto*”. *Księga jubileuszowa ofiarowana doktorowi Józefowi Gurgulowi*, red. J. Wójcikiewicz, Kraków: Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych 2006, s. 81). Projekt poselski opiera się na konsultacjach z biegłymi, wypływa z filozofii projektu 2001; ministerialny (zdaniem Tomaszewskiego) przygotowywano w tajemnicy.

¹⁶ Dz. U. nr 15, poz. 133.

¹⁷ Art. 193 k.p.k.

gadnienie biegłych. Szczególnie sprawa umiejętności opiniowania w oparciu o przepisy prawa i weryfikacja podmiotu przez odpowiednie instytucje wywołuje niezadowolenie. Stąd konieczność, aby udoskonalone już przepisy znalazły się w nowym prawie.

Z chwilą pojawienia się natomiast projektu ustawy wydawało się, że sytuacja diametralnie się zmieni. Projektowana ustawa niewątpliwie miała porządkować tę dziedzinę – przez zwiększenie wymagań zarówno od osób, jak i instytucji ubiegających się o wydawanie opinii na potrzeby sądu. Otóż aż do obecnej chwili nie zostały nawet określone kryteria, jakie powinien spełniać potencjalny biegły. W pamięci pozostaje jedynie § 12.1 Rozporządzenia z 2005 r.¹⁸, gdzie enumeratywnie wykazane zostały niektóre z wymogów dotyczące podmiotu, jakim jest biegły, zgodnie z którym biegłym mogła być ustanowiona osoba: korzystająca z pełni praw cywilnych i obywatelskich; ukończyła 25 lat życia; ma teoretyczne i praktyczne wiadomości specjalne w danej gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła, a także innej umiejętności, dla której ma być ustanowiona i daje rękojmię należytego wykonywania obowiązków biegłego oraz wyrazi zgodę na ustanowienie jej biegłym. Posiadanie wiadomości specjalnych potwierdzone być powinno dokumentami lub innymi dowodami. Ocena zaś, czy owe wiadomości specjalne zostały dostatecznie wykazane, należała (i należy) do prezesa. Trzeba przypomnieć, że rozporządzenie to jest stosunkowo nowe, bo z dnia 24 stycznia 2005 r., regulacja natomiast nie cieszy się uznaniem również wśród podmiotów nią objętych.

2. NOWE REGUŁY WPROWADZANYCH ZMIAN (ZAŁOŻENIA PROJEKTOWE)

Doprecyzowaniem wymogów (odnośnie do kompetencji biegłego) zajęli się twórcy projektu z 2006 r.¹⁹ Mimo iż w piśmiennictwie uwagi dotyczące zastrzeżenia tego katalogu pojawiały się już w latach dziewięćdziesiątych, to dopiero w projekcie nowej ustawy (o biegłych w postępowaniach sądowych prowadzonych na podstawie ustaw) mogłyby znaleźć swój finał.

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dn. 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz. U. nr 15, poz. 133).

¹⁹ To jest projektu Ustawy o biegłych w postępowaniu sądowym oraz w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustaw z dn. 26 kwietnia 2006 r.

Projekt w sposób rygorystyczny określa tym razem wymogi w stosunku do biegłych. Nowe brzmienie ustawy zakłada wreszcie zwrócenie uwagi na istotę związku prawno-specjalistycznego (zob. art. 10 pkt 11, tj. umiejętności w zakresie postępowania sądowego prowadzonego na podstawie ustaw niezbędnych do występowania w sprawach, w których może wykonywać czynności biegłego).

Niewątpliwie będzie to – oprócz odpowiedniej specjalizacji i praktyki (co znajduje odniesienie w aktualnym rozporządzeniu z 2005 r.) – istotna orientacja w procedurach sądowych i wiedza prawnicza²⁰.

Do czasu wprowadzenia nowej ustawy biegły spoza listy *ad hoc* w zasadzie pełni równorzędną rolę z biegłym z listy (o czym mowa w art. 195 k.p.k.²¹) i z instytucją naukowo-badawczą. Nowa ustawa powinna precyzować okoliczności powoływania biegłego spoza listy w nadzwyczajnej sytuacji. Powoływanie będzie więc epizodyczne, by uniknąć nieprzewidywalnych opinii, nie sprawdzonych pod kątem merytorycznego przygotowania podmiotów. Zasięganie opinii biegłego spoza listy będzie zminimalizowane do bezwzględniego minimum, to znaczy do szczególnie uzasadnionych przypadków, kiedy powołanie biegłego jest znacznie utrudnione lub wręcz niemożliwe, np. gdy wśród ekspertów z listy nie figuruje osobniczy specjalista, kiedy wymagana jest wąska specjalizacja, a autorytet naukowy znajduje się np. poza terytorium Polski.

Kolejny punkt do spełnienia – to posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych. Nie bez znaczenia jest wymóg moralnej postawy biegłego (bezsronność²²), którego dyskwalifikowałyby karalność za przestępstwa, np. przyjęcia korzyści materialnych czy czyny karalne dokonane w związku z pracą w zawodzie²³. Wymaga się, by kandydat na stanowisko biegłego nie był karany za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, by przeciwko niemu nie prowadzono postępowania o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe. Do wniosku bowiem dołączyć należy (z art.

²⁰ K. C i o c h, P. M i e r z e j e w s k i, *Opinia biegłych psychiatrów w procesie karnym w świetle kodeksu postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1965, nr 3-4.

²¹ Art. 195 k.p.k.

²² Zgodnie z wyrokiem SN z dn. 8 listopada 1976 r. (I CR 347/76, OSNC 1977/10/187); przegląd orzecznictwa zob.: W. S i e d l e c k i, PiP 1978/12/120 cyt.: „Osoba, która z racji posiadanych wiadomości specjalnych ma spostrzeżenia niedostępne dla innych osób (np. lekarz leczący chorego), powinna z reguły być słuchana w charakterze świadka, a funkcje biegłego należy powierzyć innej osobie, która z faktami istotnymi dla rozstrzygnięcia sprawy poprzednio się nie zetknęła”.

²³ P. H o r o s z o w s k i, *Stan medycyny i kryminalistyki*, Warszawa 1951, s. 55.

14.2) dane o niekaralności, oświadczenie, że nie jest prowadzone przeciwko wnioskodawcy postępowanie o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe. Ważne jest także, aby miał nieposzlakowaną opinię, dlatego w stosunku do powoływanych biegłych ma być sprawdzana opinia o nich samych. O dowodach nieposzlakowanej opinii osób ubiegających się o wpis na listę biegłych będą zbierać informacje (na wniosek ministra sprawiedliwości) funkcjonariusze prawa; minister sprawiedliwości – jako podmiot dominujący – jest poddawany krytycznym głosom.

W tym celu przeprowadzą wywiad środowiskowy²⁴, by uzyskać informacje dotyczące: zakresu zdolności do czynności prawnych tej osoby; prowadzenia przeciwko tej osobie postępowania o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe; podlegania zakazowi wykonywania zawodu w dziedzinie, w której ta osoba może wykonywać czynności biegłego. Znaczenie ma również zebranie dokładnych informacji o sytuacji rodzinnej oraz środowisku tej osoby, w tym o jej kontaktach ze środowiskami lub osobami, które mogą wpływać na ocenę jej bezstronności jako biegłego oraz ocenę postawy etycznej; informacji o stanie majątkowym i źródłach dochodu; informacji o nadużywaniu przez tę osobę alkoholu, środków odurzających, środków zastępczych lub substancji psychotropowych; oraz innych okoliczności faktycznych. Istotne z punktu widzenia jasności reguł jest zebranie przez odpowiednie „służby sprawdzające” informacji o konflikcie z prawem, o dokonanych przestępstwach, które – rzecz jasna – dyskwalifikują kandydata. Przestępstwa skarbowe mogą się łączyć z nadużyciami finansowymi, z korupcją, co w ostatnich latach przybierało ogromne rozmiary. Istotne jest także to, by specjalista nie podlegał zakazowi wykonywania zawodu w dziedzinie, w której może wykonywać czynności biegłego (biorąc pod uwagę zwłaszcza liczne przykłady odmienności interpretacyjnej niektórych niedosłownie sformułowanych myśli).

Wymogiem jest także posiadanie teoretycznych wiadomości specjalnych w dziedzinie, w której dana osoba może wykonywać czynności biegłego, udokumentowane (zgodnie z art. 14.2.3) dyplomem ukończenia określonego kierunku studiów wyższych, studiów podyplomowych, dyplomem ukończenia specjalistycznego szkolenia zawodowego w danej dziedzinie lub zaświadczeniem o złożeniu egzaminu specjalistycznego oraz praktyki zawodowej w dziedzinie objętej wnioskiem przez okres co najmniej pięciu lat. Poświad-

²⁴ Art. 5 i 11 w związku z art. 24 projektowanej Ustawy o biegłych.

czeniu wykonywania wymienionej praktyki są dokumenty potwierdzające taki stan rzeczy (rekomendacje). Przesłanką upoważniającą do wpisu na listę biegłych jest posiadanie uprawnienia do wykonywania zawodu w dziedzinie, w której może wykonywać on czynności biegłego (art. 14.3 wskazuje, że można poprzestać na potwierdzeniu praktyki, jeżeli uprawnienia nie są wymagane).

Ciekawe rozwiązanie zawarte jest w art. 14.1.7 – do wniosku dostarczane powinny być odpisy wcześniej sporządzanych opinii z opiniami prezesów sądów okręgowych w okręgach, w których w ciągu 5 lat biegły sporządzał opinie, a więc informacje o wcześniejszym wykonywaniu czynności biegłego, i dokumenty, które pozwoliłyby ocenić dorobek zawodowy wnioskodawcy. Wydaje się, że to najważniejszy z punktów (*nota bene* podkreślony w sposób szczególny we wstępie tegoż artykułu), który ułatwić ma prowadzenie rzeczowego dialogu na płaszczyźnie biegły (lekarz) a organ procesowy (sąd). W piśmiennictwie od lat pojawiały się głosy sugerujące, a nawet domagające się, aby kompetencje biegłego obejmowały obowiązkową znajomość przepisów i wiedzy w zakresie postępowania sądowego prowadzonego na podstawie ustawy niezbędnej do występowania w sprawach, w których może wykonywać czynności biegłego. Problematyka nieznanomości reguł opiniodawczych, brak dostatecznej znajomości zagadnień prawnych i współdziałania prawników z (omawianymi) lekarzami została już szeroko omówiona w wielu publikacjach medyczno-prawnych. Brak powyższego zapisu powodował, iż opiniowaniem zajmowały się osoby nie zawsze kompetentne, nie gwarantujące fachowości, odpowiedzialności, bezstronności, a należy zauważyć, że coraz częściej przecież rola biegłego „zbliża się do roli sędziego” – stąd wypływa konieczność zaostrzenia kryteriów powoływania biegłych.

Uzupełnienie o istotne punkty wymagań adresowanych do przyszłych biegłych wydaje się krokiem naprzód. Dotychczas ewidentnie brakowało treści wyrażonej w punkcie 11 art. 10 tejże projektowanej ustawy. Biegli nie byli zobowiązani do znajomości procedury – postępowania sądowego. Jednak praktyka dowiodła, że taka znajomość jest wprost niezbędna w wykonywaniu tej pracy ze względu na wielość i złożoność spraw. Nie powinno zatem stać się regułą, by każdy²⁵ mógł uzyskać wpis na listę biegłych po dostarczeniu jedynie dokumentów wykazujących specjalne wiadomości czy opinie zakładów pracy, a bez weryfikacji ich fachowości w praktyce.

²⁵ Licząc na określone korzyści płynące z tytułu biegłego.

Dotychczasowy zapis²⁶ o poddawaniu kompetencji (tj. wiadomości specjalnych kandydata na biegłego) ocenie prezesa sądu okręgowego nie jest właściwy. Jak bowiem prezes sądu może sprawdzać przedmiotową wiedzę biegłego, nie mając orientacji umożliwiającej dokonanie takiej oceny. Szerokie spektrum specjalizacji nie jest możliwe do ogarnięcia przez jeden podmiot. Wiedzę tę należałoby poddać weryfikacji gremiom ekspertów²⁷, specjalnie powołanym komisjom egzaminacyjnym²⁸. Projektowany zapis o komisjach wydaje się dobrym (w tym zakresie) rozwiązaniem. Oczywiście, głosy nieprzychylnie projektowi, wstrzymujące jego wejście w życie, mają również swoje konkretne uzasadnienia – o czym poniżej.

Wątpliwości budzi chociażby o to, czy jedna ogólnopolska lista biegłych będzie dobrym rozwiązaniem i zdoła zastąpić prawie pięćdziesiąt list oddzielnie tworzonych przez poszczególne sądy okręgowe. Wydaje się, że takie posunięcie będzie korzystniejsze zarówno dla Organów procesowych, jak i uczestników postępowania, i biegłych. Lista prowadzona w formie elektronicznej (na ogólnodostępnej stronie internetowej) i dodatkowa publikacja w formie obwieszczenia w dzienniku urzędowym powinna stanowić formę dogodną dla każdego.

Zamierzenia projektu skłaniają się ku wprowadzeniu nowej reguły sporządzania list biegłych – ma to uniemożliwić wpisy w różnych okręgach i doprowadzić do wyłączności opiniowania tylko na terenie okręgu, który zamieszkuje biegły. Zdarzały się bowiem niechlubne przypadki, gdy nieuczciwy biegły (po ujawnieniu jego niewłaściwego postępowania) łatwo zmieniał ośrodki opiniowania (sądy), dla których podejmował się zleczanych opinii.

Kontrowersje budzi także kwestia formalna, tj. dotycząca udziału ministra sprawiedliwości i funkcji, jaką miałyby pełnić. Istnieje obawa, iż mogłoby dojść do upolitycznienia, przejawiającego się w podejmowaniu decyzji co do powołań, odwołań itp. względem biegłych. Do tej pory funkcje te pełnił sąd (ściślej – prezes sądu okręgowego). Komentując zapisy projektowe, sędzia S. Dąbrowski dał temu wyraz w następującej argumentacji: „Zgodne było to

²⁶ § 1. 1: „Biegłych sądowych, zwanych dalej «biegłymi», ustanawia przy sądzie okręgowym prezes tego sądu, zwany dalej «prezesem». § 17: „Prezes sprawuje nadzór nad biegłymi na zasadach określonych w odrębnych przepisach Rozporządzenia z dn. 24 stycznia 2005 r.”

²⁷ K. C i o c h, P. M i e r z e j e w s k i, *Opinia biegłych psychiatrów w procesie karnym w świetle kodeksu postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1965, nr 3-4.

²⁸ Z. K e g e l, *Ekspertyza ze stanowiska procedury i kryminalistyki*, Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 1976, s. 52-54.

z «zasadą trójpodziału władzy oraz z zachowaniem gwarancji konstytucyjnego prawa do sądu, gdyż uprawnienia organizatorskie i nadzorcze nad podmiotami wydającymi opinie na użytek postępowań sądowych powinny należeć do organów sądowych»”.

Wartościowe jest wprowadzenie Komisji Kwalifikacyjnej. Z tym że wielospecjalistyczny skład przedstawicieli poszczególnych ministerstw (tj. ministra sprawiedliwości oraz przedstawiciela ministra właściwego do spraw oświaty i wychowania, finansów publicznych, spraw gospodarki, transportu, kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, spraw wewnętrznych, spraw zdrowia, szkolnictwa wyższego, środowiska, budownictwa i gospodarki wodnej z uwzględnieniem zapraszanych konsultantów²⁹) przyniosłoby zapewne wymierne korzyści, lecz i tu podnoszony jest zarzut upolitycznienia.

Należałoby zwrócić tu uwagę na grupę biegłych lekarzy. Zakładając, że powołano by osobny (ze względu na ważność tematyczną) zespół lekarski, prawidłowe byłoby wprowadzenie konsultacji z obeznaną w tematyce medycyny osobą bądź grupą osób, co sprawi, że dobór biegłych będzie bardziej rzetelny, a przez to współpraca z wymiarem sprawiedliwości bardziej miarodajna. Komisja działałaby nie przy ministerstwie sprawiedliwości, ale przy sądach apelacyjnych czy nawet przy Sądzie Najwyższym.

W tym miejscu trzeba powrócić do treści samego projektu ustawy. Projektowany skład komisji ma nie tylko opiniować wnioski o wpis na listę biegłych oraz wnioski o wpis na listę biegłych na kolejne pięć lat, o ile o wydanie takiej opinii wystąpi minister sprawiedliwości. Komisja będzie też na bieżąco oceniać czynności biegłych w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy oraz opiniować – na wniosek ministra sprawiedliwości – o zawieszeniu biegłego w wykonywaniu czynności biegłego bądź skreśleniu biegłego z listy biegłych (art. 18 ust. 1). Proces weryfikacji biegłych odbywać się będzie³⁰ po przeprowadzeniu rozmowy kwalifikacyjnej z wnioskodawcą, czego podstawą będą dołączone dokumenty³¹. Komisja (zgodnie z art. 7 projektu nowej ustawy) dopuszcza do informacji niejawnych jedynie osobę z uprawnieniami, i tylko ona może dokonywać czynności biegłego, które związane są z dostępem do tychże informacji³². Niekompletne dokumenty

²⁹ Zob. art. 18.4 n.u.

³⁰ O ile uzyska szerszą akceptację.

³¹ Art. 19 n.u.

³² Regulują to przepisy ustawy z dn. 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2005 r. nr 196, poz. 1631 oraz z 2006 r. nr 104, poz. 708 i 711).

można będzie uzupełnić w oznaczonym czasie (nieuzupełnienie w terminie skutkować powinno odmową wpisu). Aby upewnić się co do umiejętności opiniodawczych kandydata na biegłego, komisja może wezwać do sporządzenia trzech opinii. Gdy zaistnieją uzasadnione wątpliwości, będzie miała także prawo zwrócenia się do odpowiednich instytucji w celu sprawdzenia danych.

Po spełnieniu wymogów ustawowych i przy braku zastrzeżeń do pełnienia funkcji biegłego, ubiegający się o wpis na ogólnokrajową listę biegłych składa przyrzeczenie roty³³ wobec ministra sprawiedliwości. Wpis ten zobowiązuje (art. 44 projektu ustawy) do wykonywania czynności ze szczególną starannością i bezstronnością, zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, a także do doskonalenia kwalifikacji w zakresie swojej specjalności i znajomości obowiązujących przepisów prawa – regulujących zasady udziału biegłego w postępowaniu, w którym może zostać powołany do wykonywania czynności biegłego³⁴. Obowiązek ten łączy się z prowadzeniem dokumentacji dotyczącej wydawanych opinii w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustaw, przechowywanej wraz z kopiami przez okres pięcioletni. Uzasadnione to jest wymogiem udokumentowania dorobku zawodowego przy ubieganiu się o stanowisko biegłego, ale również zwiększa szansę na pełniejszą weryfikację przez powołaną komisję. W dokumentacji ujmuje się nazwę organu postępowania, który powołał biegłego (albo instytucję naukową lub specjalistyczną); sygnaturę akt sprawy, w której powołano biegłego (albo instytucję naukową lub specjalistyczną); datę zleconej opinii; zakres opinii; datę wydania opinii lub odmowy jej wydania³⁵.

Komisja, co ważne, nie tylko opiniuje o wpisie na listę (lub odmowie), ale dokonuje weryfikacji (zawieszenia³⁶, skreślenia) także w trakcie pełnienia przez biegłego czynności. Obligatoryjne przesłanki skreślenia zawarte są w art. 27.1.1-5³⁷, zaś fakultatywne – w art. 27.2³⁸ nowo projektowanej ustawy.

³³ Art. 21 n.u.: „Świadomy znaczenia moich słów i odpowiedzialności przed prawem, przyrzekam uroczyście, że czynności biegłego będę wykonywać sumiennie i bezstronnie, dochowując tajemnicy prawnie chronionej”. Tekst przyrzeczenia z rozporządzenia z 24 stycznia 2005 r., składanego wobec prezesa sądu, był następujący: „Świadomy znaczenia mych słów i odpowiedzialności przed prawem, przyrzekam uroczyście, że powierzone mi obowiązki biegłego sądowego wykonywać będę z całą sumiennnością i bezstronnością”.

³⁴ Artykuł ten stosuje się odpowiednio do osób wykonujących czynności biegłego oraz osób, o których mowa w art. 31 pkt 2.

³⁵ Art. 45 n.u.

³⁶ Art. 25 n.u.

³⁷ Art. 27.1 n.u.: w przypadku śmierci biegłego; wniosku biegłego o skreślenie z listy biegłych; prawomocnego skazania biegłego za umyślne przestępstwo lub przestępstwo skarbowe; niespełniania

Warto zwrócić uwagę również na treść art. 46 projektu ustawy w odniesieniu do § 5 Rozporządzenia³⁹ z dnia 24 stycznia 2005 r. Spór bowiem wywoływały szczególnie sformułowania dotyczące obowiązku sporządzania opinii. W projekcie art. 46.1 zapisano: „Osoba wpisana na listę biegłych albo instytucja naukowa lub specjalistyczna wpisana do wykazu instytucji naukowych i specjalistycznych nie mogą odmówić wydania opinii w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, na żądanie sądu, prokuratora, innego Organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze oraz organów administracji publicznej, chyba że zachodzą przyczyny uzasadniające odmowę, w szczególności określone w przepisach regulujących dane postępowanie. Przepis 46.2 ust. 1 stosuje się odpowiednio do osób wykonujących czynności biegłego”.

W Rozporządzeniu z 2005 r. jest mowa o biegłym bez określenia, czy obejmuje ono również biegłego spoza listy. W odczuciu wielu podmiotów nakładanie obowiązku na osobę nie będącą biegłym, a jedynie mającą wiadomości specjalne, stanowiło przykład niedorzecznego postępowania. Tłumaczono, iż inna jest podstawa prawna powoływania biegłego z listy (wyrażającego taką wolę), inna zaś osoby, która woli opiniowania nie przejawia.

Nieprawidłowości opiniowania nie mogą wynikać z braku znajomości podstawowych reguł, których podejmuje się lekarz, wyrażając chęć bycia biegłym. Dla dobrowolnie chcących służyć wymiarowi sprawiedliwości powinny mieć zastosowanie przepisy o obligatoryjnym wykonywaniu tego obowiązku – § 5. Biegły nie może odmówić wykonania należących do jego obowiązków czynności w okręgu sądu okręgowego, przy którym został ustanowiony, zleconych przez Sąd lub Organ prowadzący postępowanie przegot-

przez biegłego wymogów, o których mowa w art. 10 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 oraz pkt 7-11; wpływu okresu ważności wpisu, jeżeli biegły nie złożył wniosku o wpis na listę biegłych na okres kolejnych 5 lat.

³⁸ Art. 27.2: „Minister Sprawiedliwości może skreślić, w drodze decyzji, biegłego z listy biegłych z innych ważnych powodów, w szczególności w razie prawomocnego skazania za nieumyślne przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w razie nieuzasadnionej odmowy wydania opinii albo wydania opinii nierzetelnej lub rażąco wadliwej, niezgodnie z zakresem zleconej opinii przez organ prowadzący postępowanie lub z nie dającym się usprawiedliwić opóźnieniem”.

³⁹ § 5: „Biegły nie może odmówić wykonania należących do jego obowiązków czynności w okręgu sądu okręgowego, przy którym został ustanowiony, zleconych przez sąd lub organ prowadzący postępowanie przygotowawcze w sprawach karnych, z wyjątkiem wypadków określonych w przepisach regulujących postępowanie przed tymi organami”.

wawcze w sprawach karnych, z wyjątkiem wypadków określonych w przepisach regulujących postępowanie przed tymi organami⁴⁰.

Tymczasem, jak stanowi artykuł 195 k.p.k. (wciąż obowiązujący, bo niezmienny z uwagi na brak samej ustawy o biegłych⁴¹), nie tylko biegły sądowy, lecz także każda inna osoba, o której wiadomo, że zna daną dziedzinę⁴², ma obowiązek pełnienia tej funkcji. W konfrontacji z projektowaną propozycją zapis ten wydaje się niedorzeczny ze względu na ograniczenie woli podmiotu (o czym była mowa powyżej). Należy mieć natomiast na uwadze, iż wymóg ten ściśle związany był z dotychczasowym prawem. Obowiązek bycia biegłym potwierdził Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie (adekwatnym do zaistniałej sytuacji). Aczkolwiek uwagę należy tu skupić na sytuacji, gdy samostanowienie wiąże się z odmową, zdarzają się bowiem sytuacje, w których to mający ową wiedzę fachową nie ma możliwości, np. czasowych (z uwagi chociażby na zbyt dużą liczbę zleceń), do podjęcia się zadań zleconych przez organa procesowe. Inna sytuacja ma miejsce wtedy (o czym dyskutują poszczególni autorzy przedmiotowych publikacji), gdy dobrowolnie zgłaszający się kandydat, a w konsekwencji biegły z tzw. listy biegłych, odmawia wykonania czynności, do których sam się zobowiązał poprzez wyrażoną chęć bycia opiniującym na potrzeb wymiaru sprawiedliwości lekarzem. Dlatego też poprawnym rozwiązaniem jest uszczegółowienie formuły, iż odmowa nie może dotyczyć podmiotów, które dobrowolnie wpisały się, a tym samym niejako – zadeklarowały gotowość do służenia wymiarowi sprawiedliwości.

Biegłym, osobom wykonującym czynności biegłego (tzw. biegłym *ad hoc*) oraz osobom zatrudnionym w instytucjach naukowych lub specjalistycznych, tj. o których mowa w art. 31 p. 2, przypada (zgodnie z założeniem projektowym) status funkcjonariusza publicznego. Przywileje płynące z objęcia biegłych sądowych nazewnictwem (tzw. funkcjonariusz publiczny) są oczekiwane przez to środowisko.

W literaturze pojawiały się sugestie autorów, aby uregulować również sytuacje używania tytułu „biegły”. Brak prawnego unormowania tej sprawy powodował różnorakie interpretacje. Nowy zapis projektu ustawy w art. 10.2

⁴⁰ § 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz. U. nr 15, poz. 133).

⁴¹ Projekt ustawy o biegłych w postępowaniach sądowych.

⁴² 195 k.p.k.: „Do pełnienia czynności biegłego jest obowiązany nie tylko biegły sądowy, lecz także każda inna osoba, o której wiadomo, że ma odpowiednią wiedzę w danej dziedzinie”.

jasno to precyzuje, nie pozostawiając wątpliwości. „Osoba wpisana na listę biegłych może używać tytułu «biegły» jedynie w postępowaniu, w którym została powołana do wydania opinii albo wykonania przewidzianej w ustawie innej czynności”. Linia orzecznicza odnośnie do tej kwestii, co należy przypomnieć, znalazła pokrycie w tworzonej regulacji. Pytanie tylko, czy jest to słuszne założenie.

3. INTERPRETACJA PROPOZYCJI USTAWOWYCH WNIOSKI

W trakcie tworzenia ustawy o biegłych sądowych opinie odnośnie do użyteczności i bezzasadności owego aktu były podzielone. Tymczasem taki dokument mógłby okazać się właściwy, gdyż osoby biorące udział w kontaktach medyczno-sądowych nie stronią od pozytywnego ustosunkowywania się do przedmiotowej kwestii, podkreślając, jak ważna jest zgodność w tematyce reformy wokół środowiska biegłych (lekarzy). Natomiast drogi dochodzenia do poprawności stanu i stanowisk są różnorako interpretowane, wobec czego trudno wykreować jedną wiążącą propozycję. Obawy odnośnie do niektórych lekarzy, jakoby wprowadzenie zmian miało być obrazą środowiska medycznego, uderzeniem w zawód lekarza, w jego wiarygodność, są bezzasadne. Można pokusić się nawet o stwierdzenie, iż nowa, lepsza, konkretniejsza i precyzyjna zarazem ustawa wzbogaca wizerunek lekarza, wzmacnia jego prestiż. Bycie biegłym z „nowej listy” niewątpliwie będzie zaszczytem. Fachowość, rzetelność i pełne kompetencje pozwolą na większe poważanie lekarza biegłego sądowego. Nie chodzi o to, by biegli wywodzący się z różnych kręgów zawodowych wzajemnie wytykali sobie popełniane błędy, ale żeby w tym obszarze działalności wytworzyli system eliminujący osoby niespełniające odpowiednich wymogów kwalifikacyjnych, w tym i etycznych.

Trzeba tymczasem pamiętać, iż powyższe analizy dotyczą propozycji zapisów ustawy. Do trzeciego kwartału 2008 r. projekt ustawy nie znalazł się niestety w grupie ustaw, które weszłyby w życie, aczkolwiek słusznie został wstrzymany tok działania wobec przedmiotowego projektu, ponieważ zawarte w nim wytyczne nie są w pełni przemyślanym pod względem merytorycznym aktem, gdyż faktycznie zawierają wiele nieścisłości. Nieuzasadnione byłoby wprowadzanie kolejnego „prawnego bubla” (gdyż takich wiele jest w Dziennikach Ustaw), tym niemniej sama koncepcja pracy nad poprawą zapisów ustawodawczych jest pozytywna i bez wątpienia godna uznania. Dyskusja nad

problematyką nieprawidłowości w pracy biegłego stanowiła przecież punkt wyjścia do utworzenia projektu ustawy o biegłym w postępowaniu sądowym.

Niedoprecyzowane, pełne luk prawnych przepisy stały się przyczyną występujących obecnie nieprawidłowości. Potrzebę ustawowego uregulowania instytucji biegłego zauważyły również środowiska prawnicze, naukowe i eksperckie. Nie bez znaczenia były głosy mediów⁴³, które owe braki w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości dostrzegały i często dość sardonicznie komentowały.

Szczególne zainteresowanie ustaleniem wymiernych zasad oceny jakości pracy oraz nadanie odpowiedniego statusu prawnego określonym specjalnościom przyniósł przełom 2006/2007. Sytuację najwyraźniej obserwować można w medycynie, zaczynając od uregulowania jej statusu prawnego w Ustawie o lekarzu sądowym i dążeniu do wprowadzenia Ustawy o biegłych w postępowaniu sądowym oraz w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustaw poprzez doskonalenie przepisów składowych po przygotowanie do pełnienia określonych funkcji kompetentnego biegłego lekarza.

Do tej pory zainteresowanie pełnieniem funkcji biegłego sądowego było ogromne, o czym świadczy liczba wydawanych opinii czy danych wpisywanych na listach sądowych itp. Chociaż wątpliwe było poczucie odpowiedzialności (takiego biegłego) związane z rolą, jaką pełnił „w imieniu prawa”, niewątpliwie brak jednak było spojrzenia z dystansem na własne kompetencje, a potrzeba korygowania umiejętności w tej szczególnej dziedzinie, potrzeba doksztalcania była niweczona. Trudno teraz dokonywać analizy zysków i strat z wprowadzenia nowych ustaw i propozycji regulujących pozycję biegłego. Jeszcze za wcześnie o tym mówić. Istnieje natomiast głębokie przekonanie, że akt w randze ustawy będzie gwarantem rzetelnego przestrzegania prawa, a wraz z nim nastąpi wzrost świadomości lekarzy podejmujących się tej szczególnej i odpowiedzialnej funkcji, ściśle związanej z problematyką sprawiedliwych rozstrzygnięć.

W założeniach projektowana ustawa dość precyzyjnie została ujęta, aczkolwiek jest kilka sprzecznych, a przez to nie mogących uzyskać pełnej akceptacji elementów składowych.

⁴³ A. S z u l c, *(Od)biegli od prawdy*, www.kiosk.onet.pl; I. M i e c i k, *Przebiegli*, „Polityka” nr 12, z dn. 23 marca 2002 r.; M. B o g u s z, *Dance macabre w świątyniach prawa*, „Newsweek” nr 3 z dn. 23 stycznia 2005 r.

BIBLIOGRAFIA

- B o g u s z M.: Dance macabre w świątyniach prawa, „Newsweek” nr 3, z dn. 23 stycznia 2005 r.
- C i o c h K., M i e r z e j e w s k i P.: Opinia biegłych psychiatrów w procesie karnym w świetle kodeksu postępowania karnego, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1965, nr 3-4.
- Dekret z dnia 26 października 1950 r. o należnościach świadków, biegłych, stron w postępowaniu sądowym (Dz. U. nr 49, poz. 445 oraz Dz. U. z 2004 r. nr 273, poz. 2702).
- G ł a z e k A.: Biegły sądowy i jego status, w: *Iure et facta. Księga jubileuszowa ofiarowana doktorowi Józefowi Gurgulowi*, red. J. Wójcikiewicz, Kraków: Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych 2006.
- G r u z a E.: Ustawa o biegłych potrzeba czy kosztowny zbytek, w: A. G ł a z e k, *Biegły w sądzie. Konferencja w 40. rocznicę śmierci Profesora Jana Sehna*, Kraków: Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych 2006.
- H o r o s z o w s k i P.: *Stan medycyny i kryminalistyki*, Warszawa 1951.
- K e g e l Z.: *Ekspertyza ze stanowiska procedury i kryminalistyki*, Wrocław 1976.
- K r y ż e A.: Biegły w sądzie, *Ogólnopolska konferencja naukowa, zorganizowana w dn. 9-10 grudnia 2005 r. w Instytucie Ekspertyz Sądowych im. prof. Jana Sehna w Krakowie*.
- M i e c i k I.: Przebiegli, „Polietyka” nr 12, z dn. 23 marca 2002 r.
- P a t e j u k A.: *Praktyczne aspekty wykonywania czynności biegłego sądowego*, w: J. Turek, *Rola biegłego we współczesnym świecie*, Warszawa 2002.
- Projekt Ustawy o biegłych w postępowaniu sądowym oraz w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustaw z dn. 26 kwietnia 2006 r.
- Projekt rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie określenia wysokości opłat za wpis na listę biegłych (wydanym na podstawie projektu ustawy o biegłych w postępowaniach sądowych).
- Rozporządzenie ministra sprawiedliwości w sprawie biegłych sądowych z dn. 24 stycznia 2005 r. (Dz. U. nr 15, poz. 133)
- Rozporządzenia ministra sprawiedliwości w sprawie kosztów przeprowadzania dowodu z opinii biegłych w postępowaniu sądowym z dn. 18 grudnia 1975 r. (Dz. U. nr 46, poz. 254, ze zm.)
- Rozporządzenie w sprawie wynagradzania biegłych (tłumaczy) z zakresu daktyloskopii z dn. 31 października 1989 r. (Dz. U. nr 64, poz. 292).
- S i e d l e c k i W.: *Państwo i Prawo*, 1978, nr 12.
- Statut Kolegium Nauk Sądowych w Polsce, wersja z września 1994 r. (mps).
- S z u l c A.: (Od)biegli od prawdy, www.kiosk.onet.pl
- T o m a s z e w s k i T.: Stary biegły w nowej szacie, w: *Problemy Współczesnej Kryminalistyki*, t. VI, cz. I, 2003.
- T o m a s z e w s k i T.: Czy nowy biegły w nowej szacie?, w: *Iure et facta. Księga jubileuszowa ofiarowana doktorowi Józefowi Gurgulowi*, red. J. Wójcikiewicz, Kraków: Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych 2006.

- Uchwała Zjazdu Katedr Kryminalistyki, Wilga, z dn. 3-5 października 2001 r., w: Problemy Współczesnej Kryminalistyki, t. V, 2002.
- Ustawa o ochronie informacji niejawnych z dn. 22 stycznia 1999 r. (Dz. U. z 2005 r. nr 196, poz. 1631 oraz z 2006 r. nr 104, poz. 708 i 711).
- Ustawa Prawo o ustroju sądów powszechnych z dn. 27 lipca 2001 r. (Dz. U. nr 98, poz. 1070).

DISCUSSION OF THE CURRENT LAWS
AND DRAFT LAWS REGARDING MEDICAL EXPERTS

S u m m a r y

The lack of precise regulations relating to medical experts makes one consider the current laws (i.e. the directive on court experts of 24 Jan 2005) and the respective draft law of 2006 regarding the introduction of a law on experts in court proceedings and other types of proceedings conducted by virtue of the law.

Among other issues, the article discusses unawareness in the area of counselling rules, lack of sufficient knowledge of legal issues and lack of cooperation between lawyers and doctors.

The discussed draft envisages a body of interesting solutions, and the very idea of amending the binding laws is commendable (even if one considers proposals regarding verification of advisory bodies, obligatory knowledge of relevant laws, collective supervision, or ad hoc restriction of an expert – the latter justified in practice). Nevertheless, the question of political involvement of an expert (under supervision of Law Minister) remains unanswered. Has work on the draft in question been justly stopped, then?

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: rozporządzenie w sprawie biegłych sądowych, projekt ustawy o biegłych, weryfikacja kompetencji, znajomość prawa, upolitycznienie funkcji biegłego, nadzór komisji.

Key words: directive on court experts, draft law on experts, verification of competence, knowledge of law, political involvement of expert, collective supervision.

HUBERT KACZMARCZYK

LIBERALNA KRYTYKA INSTRUMENTALIZMU PRAWNEGO

Liberalni zwolennicy wolnego rynku i rządu minimalnego głoszą prawo człowieka do indywidualnego wyboru życia oraz obowiązek poszanowania praw innych. Państwo jest jedynie strażnikiem naturalnych uprawnień jednostki, a istotą rządu jest ochrona podstawowych praw jednostki – życia, wolności i własności. Podobnie jak Kant, liberałowie ci twierdzą, że gwarantem wolności prawo jest o tyle, o ile gwarantuje ono każdemu odpowiednią sferę wolności, w którą nikt inny, nawet państwo, nie ma prawa ingerować¹, a paternalistyczny rząd jest „największym despotą”². W związku z powyższym zbiorowe cele narzucane społeczeństwu przez rząd za pomocą instrumentalnego wykorzystywania prawa uznawane są przez tych myślicieli za działania niebezpieczne i zagrażające indywidualnej wolności członków wspólnoty politycznej. W artykule niniejszym przedstawiam krytykę instrumentalizmu na podstawie argumentów Friedricha Augusta von Hayeka.

PROBLEM SPRAWIEDLIWOŚCI SPOŁECZNEJ

Nadrzędność reguł rynkowych wobec innych reguł społecznych powoduje, że sprawiedliwość dotycząca podziału dochodów oraz dóbr, które nie odpowiadają rynkowej alokacji, jest przez Hayeka odrzucana. Sprawiedliwą dy-

Dr HUBERT KACZMARCZYK – adiunkt Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego im. Jana Kochanowskiego w Kielcach, Instytut Ekonomii i Administracji; adres do korespondencji: ul. Świętokrzyska 21A, 25-406 Kielce; e-mail: hubertok@interia.pl

¹ I. K a n t, *Krytyka praktycznego rozumu*, Warszawa 1972, s. 5.

² T e n Ź e, *O porzekadle: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*, Toruń 1995, s. 20.

strybucję Hayek postrzega jako otrzymywanie tego, co się komu należy, jednakże o tym, co się komu należy, powinien decydować rynek. Jeśli podziału dokonują ludzie, jest on z samej swojej istoty arbitralny. Sprawiedliwość zdaniem Hayeka może się odnosić wyłącznie do świadomych działań człowieka, gdyż tylko one mogą być sprawiedliwe bądź niesprawiedliwe³. Stosowanie określenia „sprawiedliwy” do okoliczności innych niż ludzkie działania czy reguły jest błędne⁴. Sprawiedliwość rozdzielcza, którą Hayek uważa za synonim „sprawiedliwości społecznej”, nie może być kryterium oceny rezultatów gospodarki rynkowej. „Nie może istnieć sprawiedliwość rozdzielcza, tam gdzie nikt nie rozdziela”⁵.

Termin „sprawiedliwość społeczna” zakłada, zdaniem Hayeka, istnienie *zwykłej* sprawiedliwości, która jest *gorsza* już z samego względu przywołania pojęcia sprawiedliwości społecznej. W efekcie może powstać wrażenie, iż do regulacji stosunków społecznych nie wystarczy odwoływać się do pojęcia sprawiedliwości, gdyż jest to niewystarczające. Uważa on, iż w rzeczywistości pojęcie sprawiedliwości społecznej nie niesie żadnych nowych wartości ponad te, które zawierają się w tradycyjnym rozumieniu pojęcia „sprawiedliwość”. Wzbogacenie jego treści przez dodanie przymiotnika *społeczny* dyskredytuje wszystkie wartości dotąd mieszczące się w pojęciu sprawiedliwości, sugerując, że bez tego zabiegu jest ono niepełne lub nawet gorsze. Samo zaś wyrażenie *sprawiedliwość społeczna*, zdaniem Hayeka, „nie znaczy nic”, a jej „urzeczywistnianie” prowadzi do bezmyślnego niszczenia społeczeństwa i gospodarki rynkowej⁶.

Zwolennicy posługiwania się terminem „sprawiedliwość społeczna” uważają, iż za pomocą dystrybucji stworzą sprawiedliwe społeczeństwo. Rozdział dochodu zgodny z regułami gospodarki wolnorynkowej jest uważany za nie-

³ „[...] sprawiedliwość ma znaczenie jedynie jako zasada zachowania ludzkiego, a żadne, możliwe do wyobrażenia zasady zachowania jednostek dostarczających sobie wzajemnie towary i usługi w ramach gospodarki rynkowej nie wytworzyłyby rozdziału, który można by zasadnie określić jako sprawiedliwy czy niesprawiedliwy” – F. A. H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości społecznej*, w: *Teksty liberalne*, Warszawa 1993, s. 103 [tłumaczenie tego i innych cytatów – H. K.].

⁴ „Ściśle mówiąc, tylko ludzkie działania mogą być nazywane sprawiedliwymi lub niesprawiedliwymi. [...] Stosowanie terminu «sprawiedliwy» do okoliczności innych niż ludzkie działania czy rządzące nimi reguły jest błędem kategoryalnym” – F. A. H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 2, s. 31.

⁵ H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości społecznej*, s. 104.

⁶ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 2, s. xii.

sprawiedliwy, gdyż powoduje rozwarstwienie się dochodów i powstawanie nierówności. Działanie rynku jest jednak zjawiskiem bezosobowym i nie może być uważane ani za sprawiedliwe, ani za niesprawiedliwe. Trudno jest uznać za niesprawiedliwy fakt niezależny od ludzkich działań. Pewne zjawiska związane z pogorszeniem się sytuacji materialnej, jeśli nie wynikają z zamierzonych działań ludzkich, można raczej uznać za nieszczęście niż za niesprawiedliwość. Stanowisko takie prezentuje właśnie Hayek, podnosząc jednocześnie, że zarzut niesprawiedliwości pojawia się z chwilą powstania nierówności.

Niektórzy uczestnicy gry rynkowej w procesie wymiany twierdzą, iż otrzymali mniej niż powinni i żądają redystrybucji. Jednakże wolny, konkurencyjny rynek składa się z milionów indywidualnych nabywców i sprzedawców dóbr i usług. Hayek uważa, że dopóki ta procedura wymiany jest dobrowolna i nieprzymuszona, dopóty jej skutek, wyrażony w osiągniętych przez jednostkę dochodach, nie może być oceniony jako niesprawiedliwy⁷. Jego zdaniem zwolennicy zasady sprawiedliwości społecznej w rzeczywistości uznają prymat społeczności nad jednostką, co otwiera im drogę do instrumentalnego traktowania sprawiedliwości. Celem, do którego powinny zmierzać wolne społeczeństwa, jest wyłącznie równość wobec prawa, a nie równość materialna. Dążenie do przebudowy społeczeństwa pod sztandarem społecznej sprawiedliwości w imię równości materialnej jest według Wojciecha Łączkowskiego wyrazem niesłuchanej pychy polityków, „którzy odwołując się do pięknych pojęć sprawiedliwości i równości, zaczynają dzielić nie swoje pieniądze według własnych ocen i własnych zamiarów”⁸.

Sprawiedliwość społeczna, będąca synonimem sprawiedliwości dystrybtywnej, ma – zdaniem Hayeka – swoje źródło w specyfice organizacji życia społeczeństw pierwotnych. Moralne zasady, które ukształtowały pierwotne społeczeństwa plemienne, rządzą nim nadal, czego dowodem jest właśnie po-

⁷ „Kiedy badamy sposób uzasadniania tych żądań, stwierdzamy, że ich źródłem jest niezadowolone, jakie u tych, którym się gorzej powiodło, wywołują cudze sukcesy – czyli, mówiąc prościej: zawiść. Dzisiejsza skłonność do hołdowania tej namiętności i ukrywania jej pod szlachetną maską sprawiedliwości społecznej prowadzi do poważnych zagrożeń wolności. [...] Gdyby wszystkie niespełnione pragnienia istotnie obciążały sumienie społeczeństwa – byłby to koniec odpowiedzialności osobistej [...]. Chyba jednym z podstawowych warunków utrzymania takiego społeczeństwa jest to, żebyśmy nie schlebiali zawiści, ani nie sankcjonowali jej pretensji, kamuflując ją jako sprawiedliwość społeczną” – H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 90.

⁸ W. Ł a ń c k o w s k i, *Uwarunkowania historyczne nowej konstytucji RP*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1995, nr 2, s. 9.

stulat „społecznej sprawiedliwości”. Ludzie posługujący się tym terminem postrzegają społeczeństwa wyłącznie jako zaprojektowane organizacje służące określonym celom, jednak dzisiejsza cywilizacja zmierza w kierunku społeczeństw otwartych, bez określonej hierarchii wspólnych celów⁹.

W zakresie rozważań o Hayekowskiej koncepcji sprawiedliwości warto poruszyć problem jego stosunku do dzieła Rawlsa *Teoria sprawiedliwości*¹⁰. W odczuciu wielu komentatorów dzieło Rawlsa stanowi obronę redystrybucyjnego modelu społeczeństwa. Jest to także pogląd, z którym zgadzam się osobiście. Hayek jednak twierdzi, że Rawls został przez większość źle odczytany i nie uważa on Rawlsa za obrońcę państwa socjal- czy socjalliberalnego. Co więcej, pisze on, że różnice pomiędzy nim a Rawlsem „wydają się bardziej słowne niż dotyczące istoty rzeczy”¹¹. Niewątpliwie pomiędzy koncepcją sprawiedliwości Hayeka a Rawlsa istnieją liczne podobieństwa. Nie sposób nie zauważyć zbieżności Rawlsowej „zasłony niewiedzy” czy „sprawiedliwości jako bezstronności” jako sposobu na wybór najkorzystniejszego modelu społecznego z Hayekowską definicją najkorzystniejszego porządku społecznego, jako takiego, „który wybralibyśmy, gdybyśmy wiedzieli, że nasze wyjściowe w nim położenie będzie określone w sposób całkowicie przypadkowy, [...] najlepszym społeczeństwem jest to, w którym chcielibyśmy zapewnić miejsce naszym dzieciom, gdybyśmy byli przekonani, że ich położenie w nim będzie określone w sposób losowy”¹². Wybralibyśmy model, który daje „lepsze perspektywy znaczącej większości”. Drugim podobieństwem, na które powołuje się Hayek, jest Rawlsowski argument cytowany przez Hayeka, iż „[...] zasady sprawiedliwości ustalają ramy dla aktywności społecznej. Jeśli działalność człowieka mieści się w owych ramach, to efekty dystrybucyjne takiej działalności nie mogą być określane jako niesprawiedliwe”¹³.

⁹ „[...] wszyscy odziedziczyliśmy po wcześniejszym, innym typie społeczeństwa, w którym człowiek żył o wiele dłużej niż w obecnym, pewne głęboko zakorzenione instynkty, nie dające się zastosować w naszej obecnej cywilizacji [...]. W swojej prymitywnej formie małe grupy faktycznie posiadały to, co jest nadal atrakcyjne dla wielu ludzi – wspólny, jednoczący cel lub wspólną hierarchię celów, oraz rozmyślnie dzielenie środków według wspólnej oceny zasług jednostek” – H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości społecznej*, s. 105-106.

¹⁰ J. R a w l s, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.

¹¹ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 2, s. xiii.

¹² Tamże, s. 132.

¹³ J. R a w l s, *Constitutional Liberty and the Concept of Justice*, w: *Justice*, New York 1963, s. 102.

Można się zgodzić z Hayekiem, że pomiędzy jego a Rawlsa koncepcją sprawiedliwości nie ma zasadniczej różnicy, niemniej podobieństwa ograniczone są do samej zasady generalnej, że instytucje podlegają pewnym ograniczeniom o ogólnym charakterze i zgoda na nie oznacza akceptację procedur w ramach tych ograniczeń i rezultatów stosowania tych procedur. Prawdziwe różnice pomiędzy obydwojma myślicielami ujawniają się przy zagadnieniach podatków i spadków, a kwestie te przecież w sposób istotny dotyczą problematyki sprawiedliwości.

Hayek zdaje się nie zauważać, iż Rawls, podobnie jak zwolennicy dystrybucji, traktuje podatki jako element inżynierii społecznej. Uważa on, że proporcjonalne podatki konsumpcyjne powinny spełniać funkcję fiskalną, czyli „dać państwu środki na dobra publiczne”, natomiast progresywne podatki dochodowe mają zabezpieczyć autentyczną wartość praw i instytucje równej wolności w społeczeństwie opartym na własności. Rawls twierdzi, że głównym zadaniem rządu (działu dystrybucji) jest „zachowanie maksymalnie sprawiedliwych udziałów dystrybucyjnych za pomocą podatków i niezbędnych korekt w prawie własności”¹⁴. Podatki od spadków i darowizn i ograniczenia praw do spadku mają na celu stopniowe i ciągłe korygowanie dystrybucji bogactwa i zapobieganie koncentracji władzy.

Stanowisko Hayeka jest całkowicie odmienne, gdyż twierdzi on, że nie ma większej zasługi ani większej niesprawiedliwości w tym, iż niektórzy urodzili się jako dzieci bogatych rodziców, inni zaś – jako dzieci rodziców troskliwych czy inteligentnych¹⁵. Jak słusznie zauważa S. Golimowska, Hayek „[...] występując przeciw redystrybucji dochodów, występuje przeciwko największemu zagrożeniu gospodarki rynkowej – socjalizmowi w podziale. Hayek uważa bowiem, że socjaliści dojrzeli do tego, iż nie należy robić rewolucji, aby uspołecznić środki produkcji, należy dążyć do redystrybucji dochodów, by w ten sposób kontrolować procesy podziału i realizować socjalistyczną sprawiedliwość”¹⁶.

Większość egalitarystycznych postulatów jest oparta, zdaniem Hayeka, w znacznej mierze na zawiści, niemniej część haseł większej równości jest w rzeczywistości domaganiem się bardziej sprawiedliwej dystrybucji dóbr. Niechęć nie dotyczy samego faktu nierówności, ale tego, iż różnice w na-

¹⁴ J. R a w l s, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 381-384.

¹⁵ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 88.

¹⁶ S. G o l i m o w s k a, *Polityka społeczna państwa w gospodarce rynkowej*, Warszawa 1994, s. 32.

gradach nie odpowiadają żadnym uchwytym różnicom pod względem zasług poniesionych przez osoby, które je otrzymują. Hayek uważa jednakże, iż sprawiedliwość pojmowana jako proporcjonalność nagród do zasług jest nie do pogodzenia z wolnym społeczeństwem. Realizacja tak pojmowanej sprawiedliwości musiałaby prowadzić do ograniczenia wolności, ponieważ niezbędne byłoby ustalenie hierarchii zasług i skorelowanie z nimi proporcjonalnych gratyfikacji¹⁷.

Podstawowy problem sprowadza się do tego, czy lepiej jest, aby ludzie odnosili korzyści proporcjonalnie do pożytku, jaki ich działalność przynosi innym, czy też podział tych korzyści powinien się dokonywać zgodnie z ocenami ich zasług przez innych. Zasługi według Hayeka należy rozumieć jako pochwałę moralnego charakteru działania, nie zaś jako wartość działania czy czyjejs umiejętności dla innych, która nie musi się wiązać z zasługą.

Hayek wskazuje na różnicę między zasługą, która polega na subiektywnie określonym trudzie i wysiłku, jaki człowiek musi włożyć w działanie zgodne z jakąś akceptowaną regułą postępowania, a na obiektywnym rezultacie, który ma pewną wartość dla innych, niezależnie od tego, czy został osiągnięty dużym nakładem sił, czy nawet w sposób przypadkowy. Nagradzanie według zasług musiałoby być także nagradzaniem według zasług dających się zweryfikować. Zasługa nie jest jednak sprawą obiektywnego wyniku, ale subiektywnych starań. „Społeczeństwo gwarantujące, że pozycja jednostki odpowiadała społecznym wyobrażeniom o jej zasługach moralnych, byłoby więc dokładnym przeciwieństwem wolnego społeczeństwa. Byłoby to społeczeństwo, w którym ludzie byłiby wynagradzani za wypełnianie obowiązków, a nie za odnoszenie sukcesów, zaś każde posunięcie jednostki byłoby podyktowane wyobrażeniami innych ludzi o tym, co powinno się robić”¹⁸.

Powodzenie jednostek w społeczeństwie opartym na rynku i indywidualnej wolności zawiera element ryzyka, ponieważ nie ma jednoznacznej zależności między staraniami jednostek a uzyskiwanymi przez nie nagrodami (korzyściami). Wolne społeczeństwo „nagradza” jednostki ze względu na wartość ich dokonań określoną według kryteriów kształtujących się w sposób samorzutny. Społeczeństwa o charakterze hierarchicznym stosują zaś ustaloną

¹⁷ „[...] w systemie wolności nie jest ani pożądaną ani możliwą w praktyce, zapewnienie w powszechnej skali, aby wynagrodzenie odpowiadało zasługom i że podstawową cechą wolnego społeczeństwa jest to, że pozycja jednostki nie musi koniecznie odpowiadać opinii pozostałych członków społeczeństwa o jej zasługach” – H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 91.

¹⁸ Tamże, s. 94.

skalę ocen postępowania swoich członków, wiąże się to z ogólnym narzucającym jednolitych kryteriów nagradzania, a więc ograniczeniem wolności jednostek i zakresu wolnego wyboru. Wysokie zyski tych, którzy odnoszą sukces, bez względu na to, czy jest on zasłużony czy przypadkowy, stanowią zdaniem Hayeka najlepszy z możliwych instrumentów kierowania zasobów tam, gdzie będą one stanowić największy wkład w pulę, z której wszyscy czerpią swoje udziały¹⁹.

Hayek uważa, iż nie sposób zaakceptować poglądu, że słowo „społeczny” odnosi się do wszystkiego, co zmniejsza lub likwiduje różnicę w dochodach. Wydaje się, „[...] że każde wezwanie, byśmy stali się «społeczni», jest apelem o dokonanie kolejnego kroku w stronę «społecznej sprawiedliwości» socjalizmu. Z tego powodu posługiwanie się terminem «sprawiedliwość społeczna» staje się rzeczywistym odpowiednikiem żądania wprowadzenia «sprawiedliwości dystrybucyjnej»²⁰. Zdaniem Hayeka i innych myślicieli liberalnych, tylko dlatego, że możliwa jest w naszym porządku społecznym nierówność bogactwa, która daje każdemu bodziec, by wytwarzał tyle, ile tylko jest w stanie i po najniższych kosztach, ludzkość może corocznie korzystać z tego bogactwa, jakie ma współcześnie do dyspozycji²¹. Są jednak społeczności, w których obyczaje plemienne wymagają, aby jednostki dzieliły produkty swojej pracowitości, zdolności czy szczęścia ze swoimi współplemieńcami, co skutecznie studzi zapał do zwiększania produktywności, gdyż – jak słusznie zauważa Hayek – „zwiększone dochody takiego człowieka oznaczałyby po prostu, że musiałby je dzielić z coraz większą liczbą osób zgłaszających roszczenia. Nie może on zatem wznieść się znacznie ponad przeciętny poziom swojego plemienia”²².

¹⁹ „Kiedy handlarze z wczesnego okresu neolitu płynęli z Anglii przez Kanał Łódziami wełny i krzemienych toporów, aby wymienić je na bursztyn i zapewne, już wówczas, na dzbany wina, ich celem nie było już zaspokajanie potrzeb znanych im osób, tylko osiągnięcie jak największego zysku. Właśnie dlatego, że byli zainteresowani tylko tym, kto im da najwyższą cenę za ich produkty, docierali do zupełnie sobie nieznanym ludzi, i podwyższali dzięki temu ich standard życia o wiele bardziej, niż mogliby to uczynić w stosunku do sąsiadów” – H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości*, s. 107.

²⁰ F. A. H a y e k, *Zgubna pycha rozumu. O błędach socjalizmu*, Kraków 2004, s. 179.

²¹ L. Mises stwierdza: „Gdyby bodziec ten [nierówności] zlikwidować, tak bardzo zmniejszyłaby się wydajność pracy, że część, jaką równy podział przyznawałby każdej jednostce, byłaby dalece mniejsza nawet od tego, co dziś otrzymuje największy biedak” (*Liberalizm w tradycji klasycznej*, Kraków 2004, s. 52).

²² H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości*, s. 108.

Ludzie, którzy posługują się terminem „sprawiedliwość społeczna”, twierdzą ponadto, iż celem polityki państwa powinno być wyeliminowanie przyczyn niezadowolenia w społeczeństwie. Zdaniem autora *Konstytucji wolności* musimy sobie uświadomić, że „ludzka zazdrość nie jest z pewnością tym rodzajem niezadowolenia, którym winno się zajmować wolne społeczeństwo”²³. Próby eliminowania przyczyn niezadowolenia prowadzą nieuchronnie, zdaniem Hayeka, do narzucania władzy dbałości o to, aby nikt nie miał lepszego samopoczucia, żony czy lepiej radzących sobie dzieci niż ktokolwiek inny. Hayek zwracał także uwagę na to, iż współczesny rozwój prawa opiera się na błędnych przesłankach ekonomicznych. „Prawnicy – bez wyjątku – opierają się (opisując przeszły okres *laisser-faire*) na bajce, że wolne przedsiębiorstwa budowane są na wyzysku robotników fizycznych i obwiniają «wczesny kapitalizm» lub «liberalizm» za pogorszenie materialnego standardu klasy pracującej”²⁴.

Hayek twierdził też, że w rzeczywistości cele rządu realizującego „społeczną sprawiedliwość” są w większości niespołeczne – przeważnie są to cele narzucone przez zorganizowane grupy nacisku: „[...] rządy stały się dobroczynnymi instytucjami, szantażowanymi przez zorganizowane grupy społeczne. Ludzie polityki ustępują przed tym szantażem tym chętniej, że udzielanie żądanych korzyści jest zarazem kupnem zwolenników. Ta dystrybucja dóbr, jaką zajmują się rządy, służy określonym grupom społecznym, ale koszty udzielanych tym grupom dóbr czy korzyści ponosi całe społeczeństwo. Widoczne korzyści a niewidoczne koszty popychają rządy do wydawania coraz więcej, aby zachować poparcie większości politycznej”²⁵.

²³ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 90.

²⁴ T e n ż e, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 67. Hayek nazywa zresztą takie myślenie legendą, w całości nieprawdziwą, która stała się „folklorem naszych czasów” – z legendą tą polemizuje w pracy zbiorowej, której jest redaktorem (zob. *Capitalism and the Historians*, London 1953).

²⁵ Wypowiedź Hayeka w rozmowie z Guyem Sormanem – G. S o r m a n, *Prawdziwi myśliciele naszych czasów*, Warszawa 1993, s. 225.

RZĄDY WIĘKSZOŚCI. LIBERALIZM KONTRA DEMOKRACJA

Równość wobec prawa jest, zdaniem Hayeka, jednym z podstawowych wyznaczników rządów prawa, ale prowadzi też do żądania, by wszyscy ludzie mieli jednakowy udział w stanowieniu prawa. Według tego myśliciela jest to punkt, w którym liberalizm spotyka się z ruchem demokratycznym. Pomimo jednak pewnych podobieństw, istnieje zasadnicza różnica pomiędzy ich przedmiotami zainteresowania. Liberalizm zajmuje się ograniczeniami każdej władzy, w tym władzy wybranej demokratycznie. Według Hayeka zaś dogmatyczny demokratą zna tylko jedno ograniczenie władzy; jest nim „zдание aktualnej większości”²⁶.

Demokracja jest dla Hayeka cenna jako pewna procedura zmiany władzy politycznej, tj. wymiany sprawujących władzę. Ma ona charakter pokojowy, jej zastosowanie utrzymuje istniejący pokój społeczny. Przeciwnością tej pokojowej procedury jest zmiana rewolucyjna. Hayek dostrzega oczywiście także inne pokojowe procedury zmiany władzy, niemniej ta demokratyczna cechuje się – jego zdaniem – największą niezawodnością. Demokracja stanowi skuteczniejszą ochronę wolności niż inne formy rządu, jest „naszą jedyną obroną przed tyranią”²⁷ oraz „jest nade wszystko procesem kształtowania opinii”²⁸. Pomimo jednak tych pozytywnych cech demokracji Hayek dopuszcza sytuacje, w której „demokracja może skupić w swym ręku totalną władzę, jest też do pomyślenia, że rząd autorytarny będzie opierał się na zasadach liberalnych”²⁹.

Liberalizm zdaniem Hayeka jest doktryną o tym, jakie powinno być prawo, demokracja – o sposobach ustalania, co ma być prawem. Liberalizm uznaje rządy większości za metodę podejmowania decyzji, ale nie za autorytet rozstrzygający. To, że większość czegoś chce, nie jest wystarczającą podstawą do uznania tego za dobre. Dla demokracji-doktrynera „wola większości rozstrzyga nie tylko, co jest prawem, lecz także – co jest dobrym prawem”³⁰. Nie ma żadnych podstaw, aby decyzjom większości przyznawać jakąś ponadjednostkową mądrość, co więcej, takie decyzje, zdaniem Hayeka, będą raczej

²⁶ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 99.

²⁷ T e n ż e, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago 1979, t. 3, s. 5.

²⁸ T e n ż e, *Konstytucja wolności*, s. 103.

²⁹ Tamże, s. 99.

³⁰ Tamże, s. 99-100.

gorsze od decyzji, które po wysłuchaniu wszystkich opinii podjęliby najrozumniejsi członkowie zbiorowości. „Decyzje większości są wynikiem mniej rygorystycznego myślenia i stanowią na ogół kompromis, który nie zadowala w pełni nikogo”³¹.

Hayek zauważa, że posługiwanie się słowem „demokratyczny” w znaczeniu ogólnej pochwały niesie duże niebezpieczeństwo sugerujące, że demokracja jest dobra w każdych warunkach, a jej poszerzanie – zawsze korzystne. „Jeśli w świecie zachodnim powszechne prawo wyborcze dla dorosłych wydaje się najlepszym rozwiązaniem, nie oznacza to jeszcze, że wynika to z jakiegokolwiek fundamentalnej zasady”³². Spostrzeżenia Hayeka wydają się bardzo aktualne także wobec obecnego problemu „demokratyzacji” Bliskiego Wschodu. „Świat zachodni” ma wyraźny problem z akceptacją demokratycznego wyboru narodu palestyńskiego, gdyż do władzy w ramach demokratycznej procedury doszła tam organizacja uznawana za organizację terrorystyczną. Hayek zwracał także uwagę na pewne zjawisko, które z całą siłą ujawniło się podczas amerykańskiej interwencji w Iraku i następującymi po niej problemami z wyłonieniem rządu i uchwaleniem konstytucji: „mankamentem popularnej teorii demokracji jest to, że zwykle rozwija się ją z myślą o idealnej, jednorodnej wspólnotcie, a następnie stosuje do niedoskonałych i często arbitralnie utworzonych jednostek, jakimi są realne państwa”³³.

Zdaniem Hayeka, równość wobec prawa wymaga przede wszystkim stosowania tej samej bezosobowej reguły względem wszystkich, co nie oznacza, że równość wobec prawa bezwarunkowo wymaga, aby prawo głosu mieli wszyscy dorośli (co zresztą nigdy nie jest w pełni zrealizowane w żadnym ustroju demokratycznym). „Gdyby prawo głosu miały tylko osoby po czterdzieście, albo tylko ludzie pracujący, albo głowy rodzin czy tylko osoby umiejące czytać i pisać, nie byłoby to większym naruszeniem tej zasady niż powszechnie aprobowane ograniczenia”³⁴. W podobnym duchu ponad sto lat wcześniej wypowiadał się Bastiat, pisząc o wyborach powszechnych: „Cokolwiek myślą o nich adepci Szkoły Rousseau, która uważa się za *szczególnie zaawansowaną*, a która według mnie jest *zacošana* o jakieś dwa tysiące lat, wybory *powszechne* (biorąc to pojęcie w jego ścisłym znaczeniu) nie są

³¹ Tamże, s. 105.

³² Tamże, s. 101.

³³ Tamże.

³⁴ Tamże.

jednym z tych świętych dogmatów, względem których zbrodnią jest badanie i wątpliwości”³⁵.

Doktryna liberalna różni się, zdaniem Hayeka, od doktryny demokratycznej w sprawie rozmiaru i zakresu demokratycznie kierowanej aktywności państwa. Hayek twierdzi, iż u źródeł obecnych problemów systemów demokratycznych leży niewłaściwa koncepcja suwerenności. Sprzeciwia się on Hobbesowskiej interpretacji problemu suwerenności, gdzie wola suwerena (osoby lub ciała) jest źródłem prawomocności jego postanowień, w tym także decyzji prawodawczych. Prowadzi to, jego zdaniem, do pozytywizmu prawniczego, a więc uznawania za prawo decyzji suwerena. Praca współczesnych ciał przedstawicielskich, podkreśla Hayek, „nie polega na formułowaniu i przyjmowaniu ogólnych zasad postępowania, lecz na kierowaniu działaniami rządu dotyczącymi konkretnych spraw”³⁶.

Ogólne reguły prawne, często o bardzo długiej tradycji, wraz z odwiecznymi zasadami obyczajowymi, ograniczające suwerenność władcy (jednostkowego bądź grupowego), sprawiające, iż jego działanie nie mogło być tylko wyrazem jego woli, przestały mieć jakiegokolwiek znaczenie, gdy lud stał się suwerenem, i to suwerenem nieograniczonym. „Ideał demokracji, pierwotnie zmierzający do wyeliminowania arbitralnej władzy, staje się w ten sposób usprawiedliwieniem nowego rodzaju arbitralnej władzy”³⁷. Niewłaściwe zrozumienie koncepcji suwerenności ludu zaczęło – jak pisał lord Acton – „zaciemniać horyzont”³⁸. Ks. Antoni Szymański twierdził, że przekonanie, iż sprawiedliwe jest to, co postanawia wola rządzących (wola większości), jest podporą wszelkiego despotyzmu – zarówno monarchistycznego, jak i demokratycznego. Rządzą wtedy ludzie, a nie prawa, gdyż źródłem wszelkiej sprawiedliwości staje się człowiek³⁹. L. Duguit natomiast zwracał uwagę, że

³⁵ F. B a s t i a t, *Prawo*, Lublin 2002, s. 20.

³⁶ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 3, s. 22.

³⁷ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 102.

³⁸ „Dogmat głoszący, że władza absolutna jest tak samo usprawiedliwiona, jak wolność konstytucyjna, a oparty na domniemaniu jej ludowych źródeł, zaczął zaciemniać horyzont” – Lord A c t o n, *History of Freedom*, Laissez Faire Books 1993, s. 78 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

³⁹ „Sprawiedliwym jest to, co postanawia wola tych, którzy rządzą – wola stara, będącą podporą wszelakiego despotyzmu, zarówno monarchistycznego, jak demokratycznego; to, co uznają za takie wola rządzących, powszechna wola obywateli, wyrażająca się w przewadze opinii [...]. We wszystkich tych poglądach źródłem prawa sprawiedliwego jest ostatecznie człowiek” – ks. A. S z y m a ń s k i, *Zakon przyrodzony*, w: *Obiektywna podstawa prawa. Wybór pism*, Kraków 2001, s. 123.

koncepcja suwerenności ludu interpretowana przez pozytywistów jest jedynie wzmocnieniem suwerenności królewskiej, z tą tylko odmianą, że miejsce króla zajął naród – tak rozumiana suwerenność może więc służyć do takich samych nadużyć i ucisku⁴⁰.

Hayek uważa, że rządy większości nie mogą być nieograniczone – konieczne jest stworzenie gwarancji indywidualnej wolności. Tylko wielcy demagodzy twierdzą, że skoro władza znajduje się w rękach ludu, to nie ma potrzeby jej ograniczać, a skoro rząd jest wyrazem życzeń i pragnień ludu, to nie powinniśmy patrzeć na niego podejrzliwie. „Kiedy zaczynamy twierdzić, że w demokracji słuszne jest to, o czym zdecyduje większość, demokracja wyradza się w demagogię”⁴¹. Jeśli tak rozumie się demokrację, to Hayek nie uważał siebie za demokratę⁴²: „Ci, którzy głoszą, że demokracja może wszystko, i zawsze popierają wszystko, czego chce większość, pracują na jej upadek [...]. Demokracja, jeśli ma przetrwać, musi uznać, że nie jest prążyćdem sprawiedliwości i że powinna przyjąć koncepcję sprawiedliwości, która niekoniecznie przejawia się w popularnych poglądach na każdą konkretną sprawę”⁴³.

PRAWO JAKO NARZĘDZIE INGERENCJI

Zdaniem Hayeka istnieje taki rodzaj działalności państwa, który nie daje się w żaden sposób pogodzić z zasadą rządów prawa i który zmienia się w ich przeciwieństwo, a mianowicie w rządy za pomocą prawa. Rządy za pomocą

⁴⁰ Doktryna suwerenności ludu, ta „naprawdę demokratyczna doktryna” – jak pisze Duguit – „jest właśnie tą, którą się posługiwali prawnicy niemieccy, aby ugruntować potęgę cesarza, jakobini, aby usprawiedliwić wszechmoc konwentu, i kolektywiści, aby przyznać wszystko mogącemu państwu prawo konfiskowania [...]. Władz publiczna, już bardzo wielka, gdy wciela się w człowieka, staje się bezgraniczna, gdy wciela się w naród [...]. Pochłania wszystko, wprowadza wszędzie równość, rządzi wszystkim” – L. D u g u i t, *Le Droit social*, Paris 1922, s. 35-36 (cyt. za: S z y m a ń s k i, art. cyt., s. 124).

⁴¹ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 103.

⁴² „[...] jeśli demokracja ma znaczyć władzę arbitralnej woli większości, to ja nie jestem demokratą; uważałbym nawet taką władzę za szkodliwą i na dłuższą metę niemożliwą. [...] Wola, choćby największej liczby ludzi, tylko wtedy jest autorytetem i ma charakter obowiązkowy dla reszty ludzi, gdy ta większość dowodzi swej intencji działania zgodnego ze sprawiedliwością, zobowiązując się do przestrzegania zasad ogólnych” – H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 3, s. 39 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

⁴³ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 111.

prawa nie ograniczają się do stanowienia i przestrzegania ogólnych norm, ale z konieczności wiążą się z arbitralnym różnicowaniem ludzi. Państwo używa wówczas prawa jako narzędzia ingerencji zmierzającego do kontrolowania dostępu do różnych rodzajów działalności gospodarczej i zawodów, warunków sprzedaży, rozmiarów produkcji i sprzedaży, a także kontroli cen.

Wielu zwolenników gospodarki wolnorynkowej uważa, że wykorzystywanie prawa stanowionego do ingerencji w prawa ekonomiczne jest nieefektywne i szkodliwe. Jest lekarstwem powodującym jeszcze większą chorobę. Ludwig von Mises zwraca uwagę, że „jedyną alternatywą jest albo prawo stanowione, albo prawo ekonomiczne”⁴⁴. Rządy nie mogą efektywnie zmienić cen za pomocą swoich nakazów, zakazów i kar⁴⁵. Środki kontroli cen paraliżują normalną pracę rynku i niszczą go. Ceny rynkowe to po prostu nic innego jak narzędzie równoważenia popytu i podaży. Hayek wyraźnie i bezkompromisowo stwierdza, iż „wszelka bezpośrednia kontrola cen przez rząd jest nie do pogodzenia z funkcjonowaniem wolnego systemu”⁴⁶. Niemożność pogodzenia takich praktyk jest niezależna od tego, czy rząd sam ustala ceny, czy tylko ustala pewne zasady rządzące konstrukcją ceny (np. powiązania ich z kosztami). Obowiązkiem więc państwa, jak utrzymuje W. Łączkowski, powinno być nie kształtowanie zjawisk gospodarczych w przeciwieństwie do rynku, ale ochrona prawna *naturalnych praw rynkowych*⁴⁷.

Przy cenach różniących się od tych, jakie ukształtowałyby się na wolnym rynku, nie jest możliwe zrównoważenie się popytu i podaży. Zdaniem Hayeka, jeśli kontrola cen ma być skuteczna, to z konieczności musi zostać postawione pytanie, kto ma prawo kupować i sprzedawać. Oznacza to wprowadzenie arbitralnych rozróżnień. Kontrola cen może być skuteczna tylko przy zastosowaniu limitów handlowych lub przy określeniu wysokości cen i wprowadzeniu kar za ich nieprzestrzeganie. Limity handlowe i wysokość

⁴⁴ L. M i s e s, *Interwencjonizm*, Kraków 2000, s. 49.

⁴⁵ „Ekonomista spogląda poza horyzont państwa wraz z jego aparatem przemocy i odkrywa, że społeczeństwo jest wynikiem ludzkiej kooperacji. Odkrywa, że istnieją ważne prawa w dziedzinie społecznej współpracy, których rządzący nie są w stanie zmienić” – M i s e s, *Interwencjonizm*, s. 47-48.

⁴⁶ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 214.

⁴⁷ „Truizmem staje się już mówienie o tym, że państwo jest złym gospodarzem, topiącym w biurokratycznie organizowanych przedsięwzięciach ekonomicznych pieniądze podatników. Do obowiązków państwa powinna natomiast należeć ochrona prawna naturalnych praw rynkowych i przeciwdziałanie patologicznym zjawiskom towarzyszącym wolnemu rynkowi” – Ł a ń c k o w s k i, art. cyt., s. 8.

cen są wyłącznie uznaniowe, oparte – jak utrzymuje Hayek – nie na normach, lecz na ocenach władzy dotyczących względnej ważności konkretnych celów. To władza ustala hierarchię i ważność celów oraz decyduje o doborze środków do osiągnięcia tych celów. Co ważne, Hayek argumentuje przeciw kontroli cen nie ze względu na to, że kolidują one z interesami ekonomicznymi, które są ważniejsze, ale ze względu na pogwałcenie zasady rządów prawa, niemożność stosowania kontroli cen zgodnie z ogólnymi zasadami, a wyłącznie w oparciu o arbitralność: „[...] z samej swej natury musi być ona uznaniowa i arbitralna. Przyznanie takich uprawnień władzy równa się w rezultacie przyznaniu jej prawa do arbitralnego ustalania, co ma być produkowane, przez kogo i dla kogo”⁴⁸.

F. Bastiat w swoim eseju *Prawo* słusznie zwraca uwagę, że jeśli nie zrozumie się należycie charakteru prawa jako środka służącego ochronie osoby, wolności i własności, prawo, zamiast być gwarantem sprawiedliwości, stanie się narzędziem ucisku. Jeśli grabież (przez co Bastiat rozumie na przykład przywileje) jest organizowana przez prawo na rzecz określonych klas, które prawo ustanawiają, wszystkie pozostałe klasy dążą drogą pokojową lub rewolucyjną do uzyskania wpływu na tworzenie ustaw. Można w tym przypadku dążyć albo do położenia kresu legalnej grabieży (czyli zaprowadzenia „rządów prawa” – jak by powiedział Hayek), albo do wzięcia w niej udziału. „Hańba, po trzykroć hańba narodom, w których ta ostatnia myśl dominuje wśród mas”⁴⁹. Rządy większości w tym przypadku zastąpią tylko rządy wąskiej grupy oligarchów, a „zamiast wykorzenić całą niesprawiedliwość układu społecznego, rozpowszechni się ją”⁵⁰.

Jeśli prawo przestaje być ramą wspólnego działania ku własnym celom, a staje się narzędziem ingerencji, jeśli prawo „bierze od jednych, by dać drugim”, to trudno się dziwić, że wszyscy chcą mieć wpływ na władzę ustawodawczą. Dopóki prawo będzie mijać się ze swoim celem i – zamiast chronić własność – będzie ją naruszać, dopóty wszyscy będą chcieli mieć wpływ na władzę ustawodawczą, aby ustanawiać prawo dla zapewnienia sobie i swoim wyborcom korzyści. „Urojeniem naszych czasów – pisał Bastiat – jest pogląd, że możliwe jest wzbogacenie wszystkich klas kosztem siebie nawzajem. Jest to upowszechnienie grabieży pod pretekstem jej zorganizowa-

⁴⁸ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 214.

⁴⁹ B a s t i a t, *Prawo*, s. 18.

⁵⁰ Tamże.

nia”⁵¹. Hayek uważał, że urojenie to jest niestety wspólne nie tylko czasom przeszłym, ale i obecnym. Bastiat – na długo przed Hayekiem – zauważył uwodzicielski aspekt socjalizmu, mianowicie żądanie, by prawo było nie tylko sprawiedliwe, ale także zajmowało się dobroczynnością. „Nie zadowala sam fakt, iż zapewnia ono każdemu obywatelowi swobodne i nieszkodliwe korzystanie ze swoich zdolności do rozwoju fizycznego, intelektualnego i moralnego, wymaga jeszcze, by szerzyło bezpośrednio w narodzie dobrobyt, oświatę i moralność”⁵².

Chciałbym w tym miejscu odnieść się do interesującej koncepcji L. Morawskiego, a mianowicie do technologicznej wizji prawa. Morawski uważa, iż spór naturalizm-pozytywizm jest obecnie przebrzmiały ze względu na „pozytywizację prawa natury”⁵³. Uważa on, że alternatywą dla tego sporu jest koncepcja prawa jako techniki: „Prawo jako technika społeczna to znaczy instrument celowego sterowania procesami społecznymi”⁵⁴. Morawski uważa, że zarówno zwolennicy liberalizmu, jak i prawa interwencjonistycznego posługują się technologiczną wizją prawa. Prawo jest instrumentem sterowania procesami społecznymi i może kontrolować ludzkie zachowania na dwa sposoby⁵⁵:

1. Kontrola poprzez warunki ramowe – normodawca wskazuje, jakie warunki powinien spełniać adresat normy, gdy podejmuje określone typy działania, nie mówi jednak, jakie cele powinien on realizować ani też za pomocą jakich środków. W granicach określonych przez warunki ramowe adresat jest wolny i może swobodnie decydować o kierunkach i sposobach swojej działalności (zdaniem Morawskiego jest to koncepcja charakterystyczna dla liberalizmu i Hayekowskiego ujęcia prawa w *Konstytucji wolności*).

2. Kontrola poprzez sterowanie – normodawca określa nie tylko warunki naszej działalności, ale również wskazuje cele, a nawet to, za pomocą jakich środków powinniśmy je realizować; to nie my wybieramy cele, ale normodawca wybiera je za nas (jest to według niego typ kontroli specyficzny dla prawa interwencjonistycznego).

⁵¹ Tamże, s. 25.

⁵² Tamże, s. 27.

⁵³ L. M o r a w s k i, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 39.

⁵⁴ Tamże, s. 52.

⁵⁵ Tamże.

Koncepcja podziału prawa poprzez typy kontroli wydaje się rzeczywiście odpowiadać Hayekowskiej koncepcji prawa. Rządy prawa nie są przecież dla niego niczym innym, niż tworzeniem ogólnych ram, w których jednostki dążą do swych własnych celów. Problem właśnie pojawia się jedynie w rozumieniu celu. Morawski pisze, że technologiczna wizja prawa (a koncepcja Hayeka jest według niego jedną z tych wizji, choć „miękką”) to instrument celowego sterowania procesami społecznymi. Można się z tym zgodzić, pod warunkiem wyraźnego rozgraniczenia celu kolektywnego od celu jednostek. Oczywiście Hayek zgadza się, że każda regulacja ma swój cel, ale Hayek akceptuje tylko takie regulacje, których celem nie jest narzucanie celów jednostkom, popiera zaś takie, których celem jest umożliwienie jednostkom dążenia do swoich własnych celów. W przeciwnym wypadku Hayek nie różniłby się od zwolenników prawa interwencjonistycznego i tak samo narażał się na zarzut instrumentalizacji prawa, czyli zarzut, że za pomocą społecznej inżynierii sprowadza ludzi do obiektów socjotechnicznego sterowania. Hayekowska koncepcja rządów prawa jest jednak odległa od takich interpretacji. Hayek w zupełności zgodziłby się z diagnozą Morawskiego, iż „[...] prawo interwencjonistyczne umacnia tendencje kolektywistyczne, sterując masowymi procesami i rozwiązując problemy systemowe, przenosi punkt ciężkości z dóbr jednostkowych na dobra kolektywne. W efekcie zasada pierwszeństwa wolności staje się w państwach interwencjonistycznych coraz bardziej problematyczna, a interwencjonizm zaczyna uzasadniać poświęcanie dóbr jednostki na rzecz dobra ogólnego – tak np. ideologia sprawiedliwości społecznej – dobra jednych ludzi czyni się narzędziem do realizacji dóbr innych ludzi”⁵⁶.

Zdaniem Hayeka upadek prawa dokonał się w momencie zwycięstwa pozytywizmu prawniczego wraz z jego koncepcją suwerenności władzy. Nieograniczona suwerenność oznacza dominację suwerena nad prawem i tym samym wprowadza nierównowagę między ciałem przedstawicielskim a tymi, których reprezentuje. Władza ludu, właściwego suwerena, staje się władzą organu, który wprowadzie okresowo, lecz niemal całkowicie uniezależnia się od ludu. Wszystkie zaś szkoły prawa natury głosiły istnienie norm, które nie zostały świadomie ustalone przez żadnego prawodawcę. Teorie prawa natury stwierdzały także, iż ważność wszelkiego rzeczywistego prawa wynika z pewnych zasad, które nie zostały jednak przez ludzi ustanowione, ale mogą być „rozpoznane”, i że te zasady stanowią zarówno kryterium sprawiedliwości

⁵⁶ M o r a w s k i, dz. cyt., s. 74.

rzeczywistego prawa, jak i uzasadnienie konieczności jego przestrzegania. Dla pozytywisty zaś na prawo z samej definicji składają się wyłącznie świadome nakazy ludzkiej woli.

Według Hayeka pozytywizm prawniczy od samego początku nie mógł odnosić się z sympatią do zasady rządów prawa, gdyż były to zasady ograniczające władzę ustawodawczą. Jeśli prawo nie jest już regułą, której treść musi spełniać określone warunki, jeśli prawo zostaje zredukowane do nakazów wydanych zgodnie z wolą suwerena, a jednocześnie jest rozszerzone do dowolnych jego nakazów, to taka idea prawa staje się, zdaniem Hayeka, poważnym zagrożeniem wolności. Zgodnie z formalną koncepcją prawa, prawem może być każda reguła niezależnie od swej treści, a niesprawiedliwe prawo pozostaje nadal prawem. Jak zauważył G. Sartori, wynika stąd, że „koncepcja prawa, opracowana przez Austina, Kelsena i ich licznych naśladowców, podważa prawo jako gwarancję wolności; samo słowo «prawo» staje się słowem-pułapką”⁵⁷.

Zdaniem Kelsena rzeczywistość nie może stanowić podstawy mocy obowiązującej prawa należącego do dziedziny powinności. Kalsen przyjmuje więc hipotezę istnienia normy podstawowej *Grundnorm*, która brzmi: „należy słuchać władzy”⁵⁸. Bez tej normy niemożliwe jest bowiem wytłumaczenie naszych powinności. Jak zauważył M. Krapiec, „przyjąwszy taką normę za podstawową, uznaje się tym samym omnipotencję państwa i sprzyja totalitarno-faszystowskiemu ujęciu prawa”⁵⁹. Zdaniem Hayeka pozytywizm, historyzm, szkoła wolnego prawa i jurysprudencja interesów, pomimo dzielących je różnic, są zjednoczone wspólną niechęcią wobec jakiegokolwiek ograniczania władzy w ramach rządów prawa i dzielają wspólne pragnienie przyznania zorganizowanym siłom państwa większej władzy celowego kształtowania stosunków społecznych, zgodnie z określonym ideałem sprawiedliwości społecznej⁶⁰. Antoni Kość zwraca uwagę, że ostatecznym uzasadnieniem pozytywistycznej koncepcji prawa jest woluntaryzm, a nie racjonalizm. Ostatecznym argumentem za prawem jest wola suwerena. Pozytywizm jest zakorzeniony w błędzie, gdyż „prawo pozytywne chce rozumieć z siebie samego albo dokładniej – z woli ustawodawcy chcącego odciąć wszelkie powiązania

⁵⁷ G. S a r t o r i, *Teoria demokracji*, Warszawa 1998, s. 396.

⁵⁸ Zob. Cz. M a r t y n i a k, *Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*, w: *Obiektywna podstawa prawa. Wybór pism*, Kraków 2001.

⁵⁹ M. A. K r a p i e c, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1993, s. 85.

⁶⁰ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 220.

porządku prawnego z treścią wartości, ze sprawiedliwością materialną czy też z działającymi siłami społecznymi i politycznymi”⁶¹.

Hayek uważa, że cała koncepcja pozytywizmu prawniczego jest produktem intencjonalnego błędu charakterystycznego dla konstruktywizmu⁶². W rzeczywistości „to, co wiemy o pierwotnych ludzkich społecznościach sugeruje inne pochodzenie prawa, niż zakładają teorie traktujące je jako wolę ustawodawcy”⁶³. Zwraca on uwagę, że ustawodawstwo, czyli świadome tworzenie prawa, jest pewnym „wynalazkiem” człowieka, w przeciwieństwie do samego prawa, które nigdy nie zostało w ten sposób „wynacone”. „Wynalazek” ustawodawstwa jest jednym z najbardziej brzemiennych w skutki, z konsekwencjami większymi niż wynalazek ognia i prochu, gdyż ludzie nie potrafią używać go właściwie, aby nie czynić ogromnego zła⁶⁴. Bruno Leoni pisze o przejściu od rządów prawa do rządów ustawodawców⁶⁵, Hayek mówi o przejściu do rządów za pomocą prawa (ustaw). „Wynalazek” ustawodawstwa dał człowiekowi poczucie władzy nad swym losem, jednakże – jak konstatuje Hayek – „dyskusje, kto powinien posiadać tę władzę [ustawodawczą], przesłoniły bardziej fundamentalną kwestię – jak daleko ta władza powinna się rozciągać. Ustawodawstwo pozostanie zapewne niezmiernie niebezpieczną władzą tak długo, jak długo będziemy wierzyć, że będzie szkodliwa tylko wtedy, gdy będzie pozostawać w rękach złych ludzi”⁶⁶.

⁶¹ A. K o ś ć, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 1998, s. 107.

⁶² „[...] przekonanie, że właściwie całe prawo jest, może być lub powinno być, produktem swobodnej pomysłowości ustawodawcy, jest rzeczywistym błędnym wytworem konstruktywistycznego racjonalizmu” – H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 73 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

⁶³ Tamże.

⁶⁴ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 72.

⁶⁵ „Fakt, iż w pisaniu kodeksów i konstytucji legislatura ograniczyła się do sformułowania przedtem nie spisanych praw, został stopniowo zapomniany lub przestano przywiązywać do niego wagę. Znaczenia natomiast nabrał fakt, że te kodeksy i konstytucje zostały ustanowione przez ciała ustawodawcze, których członkowie byli przedstawicielami ludu [...] najważniejszą konsekwencją tej zmiany w myśleniu było narastające przyzwyczajenie ludzi na kontynencie, a w pewnej mierze również w krajach anglosaskich, do pojmowania całego prawa jako *prawa pisanego*, to znaczy, do całego szeregu aktów władzy ustawodawczej, podjętych zgodnie z regułą większości [...]. Inną tego konsekwencją było również przekonanie, że proces stanowienia prawa nie polega przede wszystkim na teoretycznej aktywności specjalistów, takich jak sędziowie i prawnicy, lecz zależy wyłącznie od zwycięskiej większości w ciałach ustawodawczych” – B. L e o n i, *Freedom and the Law*, Indianapolis 1991, s. 147-149 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

⁶⁶ H a y e k, *Law, Legislation and Legislation*, t. 1, s. 72.

Spór między pozytywizmem a naturalizmem jest w istocie, zdaniem Hayeka, sporem o pierwszeństwo prawa przed ustawą; cytuje on wypowiedź Juliusa Paulusa: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*⁶⁷. Echo tej myśli pobrzmiwa w stanowczym stwierdzeniu Bastiata, iż „Osobowość, Wolność i Własność istnieją nie dlatego, że ludzie wydali prawa. Wręcz przeciwnie, to dlatego, iż wcześniej istniały Osoba, Wolność i Własność, ludzie ustanawiają prawa”⁶⁸. Według Hayeka w dzisiejszym świecie zdominowanym przez pozytywizm człowiek „wierzy, że całe prawo rządzące ludzkimi działaniami jest produktem legislacji, wiara ta jest tak oczywista, że twierdzenie, iż prawo jest starsze niż ustawodawstwo, ma prawie zawsze charakter paradoksu”⁶⁹.

Utożsamienie prawa z ustawodawstwem prowadzi do „manii ustawodawczej”⁷⁰ i „spirali jurydyzacyjnej”⁷¹. Inflacja prawa kompromituje prawo, a rządzenie za pomocą prawa jest w dłuższej perspektywie nieefektywne. Morawski nazywa to kryzysem efektywności prawa⁷². Jerome Frank, zarzucając działalności ustawodawczej kapryśność, powierzchowność i oparcie się na niedojrzałych, subiektywnych wrażeniach członków legislatury, pyta nawet: „[...] Ustawodawstwo tworzy nowe reguły, często bez zastanowienia, i reguły te podkopują pewność prawną [...]. Dlaczego mielibyśmy obdarzać szacunkiem produkty tak tandetne?”⁷³

⁶⁷ „To, co jest właściwe, nie jest czerpane z reguł, lecz reguły wyrastają z naszej wiedzy o tym, co jest właściwe” – Julius P a u l u s, *Digesta* 50.17.1 – cyt. za: H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 162 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

⁶⁸ B a s t i a t, dz. cyt., s. 14.

⁶⁹ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 73.

⁷⁰ S a r t o r i, dz. cyt., s. 398.

⁷¹ M o r a w s k i, dz. cyt., s. 65.

⁷² „Kryzys efektywności prawa doprowadził jeszcze do wielu innych negatywnych skutków ubocznych. Jednym z nich jest spirala jurydyzacyjna. Przekonanie, iż błędy regulacji prawnej powinny być usunięte przez inną, bardziej precyzyjną i wszechstronną regulację, prowadzi zwykle do nakręcania spirali jurydyzacyjnej, która polega albo na pogłębianiu regulacji, gdy dotychczasowe regulacje okazały się zbyt mało dokładne, albo na jej rozszerzaniu, gdy regulacje dotychczasowe powodowały skutki uboczne, które normodawca postanowił usunąć. Wobec jednak tego, że z reguły każdy akt regulacji prowadzi do jakichś błędów i skutków negatywnych, niemal każdy akt wcześniej czy później wywołuje następną próbę regulacji korekcyjnej i w ten sposób nakręca spiralę jurydyzacyjną. Spirala jurydyzacyjna wzmaga więc efekt jurydyzacyjny, który wynika z niepohamowanej ekspansji interwencjonizmu społecznego i gospodarczego” – M o r a w s k i, dz. cyt., s. 65.

⁷³ J. F a n k, *Courts on Trial. Myth and Realisty of American Justice*, Princeton 1949, s. 292 – cyt. za: K. O p a ł e k, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962, s. 75.

Hayek ogromnym szacunkiem darzył wykształconą na amerykańskim gruncie zasadę sądowej kontroli władzy ustawodawczej. Odrzucał przy tym nieograniczoną władzę sędziowską i tym samym popadał w pewien nie rozwiązany zresztą przez niego konflikt. Uznawał za „mistrzowskie ujęcie” rozstrzygnięcie sędziego Marshalla – prezesa Sądu Najwyższego, który w swym orzeczeniu *Marbury versus Madison* ostatecznie ugruntował sądową kontrolę prawa, stwierdzając „Orzekanie, co jest prawem, zdecydowanie należy do sfery działania i obowiązków władzy sądowej”⁷⁴. W rzeczywistości jednak pogląd ten nie odbiega wiele od tego, co głosił czołowy przedstawiciel amerykańskiego realizmu prawniczego Oliver Wendell Holmes: „Prognozy, jak rzeczywiście postąpią sądy – i absolutnie nic więcej – są tym, co nazywam «prawo»”⁷⁵. Hayek jednakże uważał, że jest to podobieństwo pozorne, gdyż w rzeczywistości realiści traktują prawo tak jak pozytywiści i uważają, iż jest ono instrumentem do osiągnięcia określonych celów społecznych, dlatego każdorazowo powinno być oceniane z punktu widzenia skuteczności i adekwatności celów. Na takim stanowisku stał na przykład Karl Llewellyn⁷⁶.

Dla Hayeka sędzia jest tak samo ograniczony jak ustawodawca, gdyż w przeciwnym razie rządy prawa nie będą mogły nigdy zostać urzeczywistnione ze względu na nadużycia albo władzy ustawodawczej, albo sądowniczej. Wyraźnie zwrócił na to uwagę Sartori w swojej *Teorii demokracji* pisząc, że w chwili, gdy sędziowie przestaną uważać się za poszukiwaczy prawa („odnajdywanie” prawa – zdaniem Hayeka – to podstawowa funkcja sędziego), stają się *sędziami ustawodawcami*, podobnymi do *polityków ustawodawców*, a wtedy „[...] przedstawiciele obu tych grup coraz częściej poczynają brać prawo w swoje ręce, tak jakby polegało to tylko i wyłącznie na osiągnięciu przewagi. Jeśli tak, to «republika przedstawicieli» znajduje w «republice sędziów» swego antagonistę, równie mocno chylącego się do upadku”⁷⁷.

Masowa produkcja prawa przez parlamenty doprowadziła też do innego zagrożenia elementu składowego rządów prawa, a mianowicie do pewności prawa. Pewność nie polega wyłącznie na precyzyjnej artykulacji prawa i nadaniu

⁷⁴ 5 US /1Cranch/, 137 /1803/ – cyt. za: H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 307, przypis 48.

⁷⁵ O. W. H o l m e s, *Path of the Law*, [w:] *Jurisprudence*, New York 1994, s. 461.

⁷⁶ K. L l e w e l l y n, *Bramble Bush*, New York 1969, s. 12.

⁷⁷ S a r t o r i, dz. cyt., s. 399.

mu formy pisemnej, nie jest ona „równoznaczna z żądaniem, że wszystkie te zasady były formalnie ustalone, żeby były wcześniej, przy pomocy wielu słów spisane”⁷⁸. Dla pewności prawa konieczna jest przede wszystkim przewidywalność, a także przekonanie, że prawo będzie trwałe; trwałość umożliwiającą obywatelom kształtowanie swojego życia zgodnie z jego normami. Dzisiejsze tempo działalności ustawodawczej przypomina, zdaniem B. Leoniego, sytuację starożytnych Aten, gdzie „prawa były pewne (to znaczy precyzyjnie wyartykułowane w pisemnych formułach), ale nikt nie mógł być pewny, że dowolne prawo, ważne dzisiaj, będzie również obowiązywać następnego dnia”⁷⁹. Sartori zwraca uwagę, że wraz ze zwycięstwem koncepcji konstytucjonalizmu demokratycznego współczesne społeczeństwa zbliżyły się do rozwiązań, jakie przyjęli Grecy, i to stało się powodem upadku ich państw, rozwiązania „polegającego na podporządkowaniu ludzi prawom tak łatwo ulegającym zmianom, że nie zapewniały one już żadnej ochrony”⁸⁰.

Hayekowska koncepcja powiązania upadku rządów prawa ze zwycięstwem pozytywizmu prawniczego i rozdzieleniem prawa od wolności jest bardzo zbliżona do rozważań podjętych w Polsce przez I. Czumę. Hayek pisał w swojej konstytucji wolności, że nowoczesny despotyzm najdalej posunął się w Rosji Radzieckiej, gdzie oderwano wolność osobistą od prawa, a prawo przestało już być gwarantem tejże wolności. Rosyjscy teoretycy prawa, zdaniem Hayeka, świadomie zmierzali dalej w kierunku, który od dawna utrwalił się w zachodniej Europie. Prawie czterdzieści lat przed Hayekowską *Konstytucją wolności* i dwadzieścia lat przed *Drogą do zniewolenia* Czuma dochodził do wniosków, jakie później sformułował Hayek⁸¹. „System sowiecki – pisał Czuma – jest zatem, jak widzimy, brutalnym rozwinięciem doktryny o woli ludu, jako jedynym sprawdzianem wartościowania prawnego, moralnego i wszelkich innych spraw państwa i społeczeństwa [...]. Żeby obalić stanowisko

⁷⁸ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 196.

⁷⁹ L e o n i, dz. cyt., s. 79.

⁸⁰ G. S a r t o r i, *Teoria demokracji*, s. 400.

⁸¹ „Gdy jednak pamiętamy o tym, że teoria o samowystarczalności prawa i państwa w zakresie praworządności stawia wymogi tylko formalne, to jest określone prawem pozytywnym, a normodawca, jeśli tylko ma tytuł wydawania norm, jeśli je wydaje w zgodzie z innymi, ma całkowitą swobodę, która np. politycznie wzmacnia tzw. wola większości, wola ludu, to i zakresie praworządności sowieckiej, stawiając jej wymogi formalne, nie wyróżniamy jej gatunkowo od analogicznej na Zachodzie” – I. C z u m a, *Dzisiejsza filozofia sowieckiego prawa a romantyzm prawniczy*, w: *Obiektywna podstawa prawa. Wybór pism*, Kraków 2001, s. 218.

filozoficzne bolszewizmu, nie należy go atakować z punktu widzenia pozytywizmu prawniczego, któremu on zresztą czyni zadość⁸². Zarówno dla Czumy, jak i dla Hayeka radzieckie koncepcje prawa są pochodnymi racjonalistycznych koncepcji prawa i państwa rozwiniętych w Europie Zachodniej – bolszewizm jest jedynie konsekwentnym wykonawcą socjalizmu. Hayek całkowicie zgadza się ze słowami E. Brunnera, iż „totalitarne państwo jest po prostu i wyłącznie pozytywizmem prawniczym w praktyce politycznej”⁸³.

WNIOSKI

Hayek uważa, iż traktowanie prawa instrumentalnie, w kierunku osiągania określonych celów szczegółowych, jest odpowiedzialne za upadek prawa. Wolność możemy zachować tylko wtedy, gdy przywiązani będziemy do zasady rządów prawa. W momencie przejścia do instrumentalnego traktowania prawa wchodzimy w obszar „rządów ludzi”. Prawo służące efektywnej przebudowie społeczeństwa pod kątem z góry założonej wizji określonej grupy reformatorów, planistów i wizjonerów nie może już spełniać dawnego postulatu strażnika wolności.

Zdaniem Hayeka, jedną z podstawowych idei leżących u podłoża przebudowy społeczeństwa za pomocą prawa jest zasada „społecznej sprawiedliwości”, która wymusza na organach stosujących i tworzących prawo odejście od zasad równości wobec prawa rozumianej formalnie, a prowadzi do równości materialnej, która z zasady musi opierać się na nierównym traktowaniu ludzi wobec prawa.

Hayek ostrzegał przed przecenianiem roli prawa w kształtowaniu zjawisk społecznych, podczas gdy bardzo często napotyka ono na granice swojej efektywności. Musimy wybierać, jak mawiają przedstawiciele Szkoły Austriackiej w Ekonomii: albo prawa ekonomiczne, albo stanowione. Prawa stanowione, zmieniające naturalny i spontaniczny porządek gospodarki rynkowej, wprowadzają zaburzenia do całego mechanizmu rynkowej dystrybucji. Siła interwencjonistycznego prawa jest jednak w większości negatywna, chyba że – jak twierdzi Hayek – prawo zmierza wyłącznie do polepszenia funkcjonowania wolnego rynku i rynkowej wymiany.

⁸² Tamże, s. 218-227.

⁸³ E. B r u n n e r, *Justice and the Social Order*, New York 1945, s. 7. Hayek cytuje tę maksymę w *Konstytucji wolności*, s. 336, przypis 83.

Prawo stanowione, zmierzające do kształtowania zjawisk społecznych lub przeciwdziałania tym uważanym za „niepożądane”, napotyka problem swojej efektywności w postaci rzeczywistych praw funkcjonowania rynku i społeczeństwa. Przykładowo, ustawodawstwo dotyczące płacy minimalnej nie poprawia efektywnie płac robotników, lecz prowadzi do ograniczenia zatrudnienia (niemożliwość zatrudnienia wszystkich chętnych pracować za niższe stawki). Podobnie stanowienie „w interesie społecznym” cen minimalnych lub maksymalnych prowadzi albo do nadprodukcji, albo do niedoboru. Prawo nie jest w stanie dokonać racjonalnej alokacji zasobów wbrew rynkowym oczekiwaniom. Nie jest możliwe więc, zdaniem Hayeka, „poprawianie rynku” przez prawo. Takie poprawianie sprawia jednocześnie, że zamiast być rządzonymi przez prawo, stajemy się poddanymi innych ludzi określających „sprawiedliwy” wzorzec dystrybucji. Wolność prowadzi do nierówności. Zadaniem państwa, zdaniem Hayeka, nie jest kształtowanie dobrego życia swoich obywateli, tylko stwarzanie warunków do tego, aby każdy z nich był równo traktowany.

Wyraźne odróżnianie przez Hayeka demokracji i liberalizmu jest konsekwencją akcentowania rozróżnienia pomiędzy wolnością polityczną i indywidualną. Hayek z naciskiem powtarzał, że problem suwerenności jest odrębny od problemu wolności i zbytnia koncentracja na tym pierwszym może prowadzić do braku zainteresowania problematyką wolności. Największą pułapką współczesnych demokracji jest przekonanie, że skoro lud jest suwerenem, to tym samym wszystkie prawa muszą z definicji służyć wolności. Hayek zwracał uwagę, że na nierozwiązywalny konflikt pomiędzy kapitalizmem a demokracją wskazywał już dużo wcześniej J. Schumpeter⁸⁴.

Nieograniczona suwerenność parlamentów i doktryna pozytywizmu prawnego, uznająca za prawo każdy akt demokratycznego parlamentu, jest, zdaniem Hayeka, odpowiedzialna za powolny upadek prawa. Zwracał on uwagę, że współczesne demokracje nigdy nie kierują się uzgodnionymi opiniami społeczeństwa co do słuszności konkretnych rozwiązań, lecz w rzeczywistości są one narzędziem nacisku zorganizowanych grup społecznych. Uzależnienie polityków od poparcia wyborców prowadzi do tego, że politycy wprowadzają

⁸⁴ „Zawsze zgadzałem się z Josephem Schumpeterem, który 30 lat temu wskazywał na nierozwiązywalny konflikt pomiędzy demokracją i kapitalizmem, może z wyjątkiem tego, że to nie z demokracją jako taką, ale ze szczególną formą demokratycznej organizacji, która dzisiaj postrzegana jest jako jedyna możliwa forma demokracji, wytwarzająca postępującą ekspansję rządowej kontroli nad gospodarką” – H a y e k, *Economic Freedom and Representative Government*, w: *Economic Freedom*, Oxford 1991, s. 383 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

programy, których zasadność sami kwestionują, ale które służą korzyści określonych grup społecznych będących najczęściej ich zapleczem politycznym.

Hayek dostrzegł dość wcześnie, że w prawdziwym świecie demokracja i wolny rynek podążają często w przeciwnych kierunkach. Wszystkie nowoczesne ekonomie rynkowe, tworzone w społeczeństwach demokratycznych, mają tendencję do protekcjonizmu i interwencjonizmu. Był sceptyczny co do faktu, czy w demokracji może funkcjonować na dłuższą metę prawdziwie wolny rynek. Nawet jeśli demokratyczne społeczeństwa „co do zasady” popierają wolny rynek, to w rzeczywistości poszczególne grupy społeczne domagają się będą ciągle nowych wyjątków na swoją korzyść. Koszty społeczne przywilejów są rozkładane szeroko, natomiast zyski z polityki interwencjonistycznej są skupione zazwyczaj w małych grupach beneficjentów. Dlatego Hayek nazywał współczesne demokracje demokracjami „przetargowymi”, a analiza ustrojowa i sposobów podejmowania decyzji w demokracjach przedstawicielskich zbliżyły go do Szkoły Wyboru Publicznego Jamesa Buchanana.

LIBERAL CRITICISM OF LEGAL INSTRUMENTALISM

S u m m a r y

The article presents criticism of instrumental use of law in order to achieve the assumed social goal, such as redistribution of revenue, social justice or “improvement” of market economy. The use of law for such purpose poses a threat to freedom of an individual. Instead of providing a guarantee of freedom, law becomes its greatest enemy. The reason for such problems lies, among others, in wrongly understood sovereignty of people and democratic rule of majority. Hayek points to the fact that there are numerous tensions holding between democracy and liberalism, and that democracy can quite easily turn into dictatorship of the majority without appropriate protection.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: liberalizm, Hayek, instrumentalizm prawny, demokracja, sprawiedliwość społeczna.

Key words: liberalism, Hayek, legal instrumentalism, democracy, social justice.

JACEK TRZEWIK

WYŁĄCZENIE OD DZIEDZICZENIA A KRĄG OSÓB UPRAWNIONYCH DO SPADKOBRANIA

STAN PRAWNY NA DZIEŃ 1 STYCZNIA 2009 ROKU

UWAGI OGÓLNE

Z chwilą śmierci osoby fizycznej następuje otwarcie spadku. Wówczas ogół praw i obowiązków majątkowych spadkodawcy przechodzi na osoby powołane do dziedziczenia na podstawie jednego z tytułów – testamentu bądź ustawy. Istotną przesłanką warunkującą możliwość nabycia spadku (lub zapisu) jest zdolność do dziedziczenia. Polski ustawodawca nie zdefiniował ani też nie wymienił *expressis verbis* w przepisach odnoszących się do spadkobrania tego pojęcia¹, dlatego decydującą rolę w określeniu jego zakresu treściowego odegrała doktryna. Przyjmuje się, że zdolność do dziedziczenia to zdolność do nabywania praw i obowiązków majątkowych po osobie zmarłej drogą dziedziczenia². Jest ona traktowana jako przejaw³ zdolności prawnej. Zdolność do bycia spadkobiercą⁴ ma zatem każdy podmiot prawa

Mgr JACEK TRZEWIK – Katedra Prawa Zarządzania Środowiskiem, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II; adres do korespondencji: Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin, e-mail: trzewik@kul.lublin.pl

¹ Samo pojęcie zdolności do dziedziczenia zawarte zostało w art. 972 KC, w myśl którego „Przepisy o powołaniu spadkobiercy, o zdolności do dziedziczenia i o niegodności stosuje się odpowiednio do zapisów”.

² Skonstruowana w odmienny sposób definicja zdolności do dziedziczenia, oparta w głównej mierze na wykładni przepisu zawartego w art. 972 KC, określa ją jako zdolność do nabycia spadku lub zapisu. Zob. A. W o l t e r, J. I g n a t o w i c z, K. S t e f a n i u k, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 164.

³ Część doktryny używa zwrotu „wycinek” – zob. J. I g n a c z e w s k i, *Prawo spadkowe – Art. 922-1088 KC. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 52; spotyka się również sformułowanie „fragment” – zob. E. S k o w r o Ń s k a - B o c i a n, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2006, s. 37.

⁴ W ten sposób zdolność do dziedziczenia jako zdolność do nabycia przez określoną osobę

cywilnego mający zdolność prawną, a więc osoby fizyczne od chwili urodzenia, oraz osoby prawne i jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej, ale wyposażone przez ustawę w zdolność prawną – od momentu ich powstania. Co do zasady, chwilą decydującą dla określenia zdolności do dziedziczenia jest otwarcie spadku. Dopiero na ten moment ustala się krąg podmiotów uprawnionych do dziedziczenia po danym spadkodawcy. Wyjątki w tym zakresie dotyczą *nasciturusa* oraz fundacji ustanowionej w testamencie, którym przysługuje tzw. warunkowa zdolność do dziedziczenia – w pierwszym wypadku warunkiem jest urodzenie się dziecka żywego (art. 927 § 2 KC), w drugim – rejestracja fundacji w ciągu dwóch lat od ogłoszenia testamentu (art. 927 § 3 KC).

Kodeks cywilny dopuszcza możliwość udziału w spadkobranium na podstawie ustawy i na podstawie testamentu. Pierwszeństwo ma dziedziczenie testamentowe, dlatego ustawa jest podstawą powołania do spadku dopiero w braku testamentu bądź jego nieważności lub bezskuteczności. Dziedzicznie ustawowe może też mieć miejsce, gdy żadna z osób powołanych do dziedziczenia w testamencie nie może⁵ lub nie chce⁶ dziedziczyć. Stanie się jednak tak dopiero wówczas, gdy spadkodawca wyłączy działanie instytucji przyrostu i nie ustanowi spadkobiercy/spadkobierców podstawionych.

Powołanie do dziedziczenia na podstawie ustawy wynika w głównej mierze ze związków rodzinnych opartych na pokrewieństwie lub na więzach prawnych o charakterze rodzinnym (małżeństwo, przysposobienie)⁷. Zgodnie z przepisami prawa spadkowego, w pierwszej kolejności do dziedziczenia powołane są dzieci spadkodawcy oraz jego małżonek (art. 931 § 1 KC). Małżonek testatora dochodzi do dziedziczenia z ustawy wtedy, gdy w momencie śmierci spadkodawcy pozostawał z nim w formalnym związku małżeńskim. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt pewnego „uprzywilejowania” małżon-

spadku po danym spadkodawcy określa E. Niezbecka – *Prawo spadkowe w zarysie*, Lublin 2000, s. 36.

⁵ Dla przykładu powodem tego może być niedopełnienie jednej z przesłanek wskazanych w art. 927 KC (np. spadkobierca zmarł przed spadkodawcą) czy też zaistnienie w danej sytuacji względnej niezdolności do dziedziczenia, a więc niemożności dziedziczenia po konkretnym spadkodawcy (np. wskutek orzeczenia względem spadkobiercy niegodności dziedziczenia).

⁶ W sytuacji, gdy spadkobierca, pomimo uzyskania na podstawie testamentu powołania do dziedziczenia, odrzuca spadek w całości.

⁷ Zob. M. Z a ł u c k i, *Krąg spadkobierców ustawowych „de lege lata” i „de lege ferenda”*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 1, s. 94.

ka spadkodawcy w stosunku do innych spadkobierców; zgodnie z przepisami uzyskuje on połowę majątku wspólnego oraz udział w podlegającym dziedziczeniu majątku spadkowym⁸ w wysokości nie mniejszej niż jedna czwarta tego majątku. Natomiast gdy spadkodawca nie pozostawił zstępnych bądź innych krewnych uprawnionych do dziedziczenia z ustawy, wówczas małżonek dziedziczy cały majątek spadkowy (art. 935 § 1 KC). Dzieci biologiczne spadkodawcy dziedziczą w pierwszej kolejności, na równi z przysposobionymi (art. 936 KC)⁹. Sytuacja prawna dzieci nie jest uzależniona od tego, czy urodziły się w czasie trwania związku małżeńskiego rodziców, czy też poza takim związkiem¹⁰. Jeżeli dziecko spadkodawcy (bądź też odpowiednio dalsi zstępni) nie dożyło chwili otwarcia spadku, to w myśl art. 931 § 2 KC, przypadający mu udział spadkowy przypada jego zstępnym w częściach równych¹¹. Do drugiej grupy spadkowej (która wchodzi w grę w braku zstępnych spadkodawcy) zalicza się oprócz małżonka także rodziców i rodzeństwo spadkodawcy (art. 932 § 1 KC). Jeśli którekolwiek z rodzeństwa spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku, udział spadkowy, który by mu przypadał, przypada jego zstępnym. Na równi z rodzeństwem biologicznym dziedziczy rodzeństwo przyrodnie¹². Do ostatniej grupy, która dochodzi do dziedziczenia z ustawy, należą gmina lub Skarb Państwa. Zgodnie z art. 935 § 3 KC, w braku małżonka spadkodawcy i krewnych powołanych do dziedziczenia z ustawy spadek przypada gminie ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy jako spadkobiercy ustawowemu. Jeżeli natomiast nie można ustalić ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy w Rzeczypospolitej Polskiej bądź też miejsce to znajdowało się poza granicami kraju, spadek przypada Skarbowi Państwa jako spadkobiercy ustawowemu (art. 935 § 3 KC).

Posiadanie zdolności do dziedziczenia oraz powołanie do spadku nie stanowi gwarancji spadkobrania po danym spadkodawcy. Polski ustawodawca zawarł w przepisach prawa spadkowego instytucje prawne, dzięki którym możliwe jest kształtowanie kręgu osób uprawnionych do dziedziczenia. Instytucje te, ze względu na skutek, jaki wywołują, można określić wspólnym mianem wyłączenia od dziedziczenia. Wyłączenie od dziedziczenia stanowi

⁸ A więc udziale zmarłego w majątku wspólnym i jego majątku osobistym.

⁹ Więcej na ten temat zob. E. S k o w r o Ń s k a - B o c i a n, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2005, s. 60-63.

¹⁰ Zob. Z a ł u c k i, art. cyt., s. 96.

¹¹ Por. postanowienie SN z dnia 16 grudnia 1986 r., III CRN 325/86 (mps).

¹² Tak zamiast wielu Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, s. 58.

dopuszczalną w polskim prawie możliwość pozbawienia danego spadkobiercy prawa udziału w spadkobranii po danym spadkodawcy¹³.

Osobą uprawnioną do wyłączenia spadkobiercy od dziedziczenia jest przede wszystkim spadkodawca (art. 948 KC). Wśród zdarzeń skutkujących wyłączeniem są także czynności prawne dokonywane przez spadkodawcę wspólnie ze spadkobiercą (art. 1049 KC) oraz przez samego spadkobiercę (art. 1020 KC). W pewnych wypadkach ustawodawca, mając na celu ochronę ostatecznej woli spadkodawcy, a także podstawowych zasad słuszności czy sprawiedliwości, przewidział również możliwość dokonania sądowego wyłączenia od dziedziczenia danego spadkobiercy (art. 928 i 940 KC)¹⁴. Poza uregulowaniem kodeksowym pozostaje jedynie tzw. testament negatywny¹⁵.

Kodeks cywilny nie zawiera definicji legalnej wyłączenia od dziedziczenia. Takiej definicji nie wypracowała również w swym dorobku doktryna. Ustawodawca posługuje się jednak tym terminem na gruncie prawa spadkowego dla określenia sankcji następujących w wyniku zastosowania *secundum legem* niektórych jego instytucji¹⁶.

Wykładnia przepisów prawa cywilnego pozwala rozumieć wyłączenie od dziedziczenia jako dokonane na podstawie orzeczenia sądowego bądź czynności prawnej pozbawienie konkretnie wskazanych podmiotów prawa cywilnego, mających zdolność do dziedziczenia i tytuł powołania, możliwości udziału w spadkobranii po danym spadkodawcy.

Pozbawienie możliwości dziedziczenia po danym spadkodawcy może dotyczyć zarówno spadkobiercy powołanego do dziedziczenia na podstawie testamentu, jak i ustawy. Zależnie jednak od tytułu powołania, a co za tym idzie – zastosowanych przepisów normujących wyłączenie od dziedziczenia, w różny sposób kształtują się skutki prawne takiego wyłączenia.

W każdym z tych wypadków znajduje zastosowanie fikcja prawna – osobę wyłączonej od dziedziczenia należy traktować tak, jakby nie dożyła otwarcia spadku¹⁷. Ustawodawca nakazuje uznać fakt śmierci spadkobiercy za istniejący, mimo iż w rzeczywistości fakt ten nie istnieje, i niemożliwe jest w tym

¹³ Zdarzenia cywilnoprawne, których skutkiem jest wyłączenie od dziedziczenia, z punktu widzenia przesłanek nabycia spadku zaliczyć należy do kategorii przesłanek negatywnych – zob. M. P a z d a n, *Niegodność dziedziczenia w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, „Nowe Prawo” 1974, nr 2, s. 143.

¹⁴ Zob. H. W i t c z a k, *Skutki wyłączenia od dziedziczenia* (mps, Lublin 2007).

¹⁵ Zob. S k o w r o Ń s k a - B o c i a n, *Prawo spadkowe*, s. 106.

¹⁶ Zob. W i t c z a k, dz. cyt., s. 1.

¹⁷ Zob. art. 928 § 2 KC, art. 1020 KC czy art. 1049 § 2 KC.

względnie przeprowadzenie dowodu przeciwnego. Wyłączony spadkobierca jest więc pozbawiony możliwości uzyskania jakiegokolwiek korzyści ze spadku (pomimo faktycznego przeżycia spadkodawcy) i przy dalszych czynnościach związanych ze spadkobranie jest traktowany tak jak zmarły.

Warte podkreślenia jest to, że wszelkie następstwa wynikające z faktu wyłączenia od dziedziczenia odnoszą się do ściśle określonej osoby. Wyjątkowa jest sytuacja, gdy – w braku odmiennej wzmianki w umowie o zrzeczenie się dziedziczenia – zstępni osoby zrzekającej się dziedziczenia po danym spadkodawcy również zostają wyłączeni od dziedziczenia i traktuje się ich tak, jakby nie przeżyli zmarłego spadkodawcy (art. 1049 § 1 i 2 KC)¹⁸.

Zdarzenia cywilnoprawne, których skutkiem jest wyłączenie od dziedziczenia, są bardzo zróżnicowane. Począwszy od orzeczeń sądowych, zapobiegających udziałowi w spadkobranie podmiotów, które w ocenie zasad moralności, etyki czy dobrych obyczajów powinny być zupełnie pozbawione tego prawa, poprzez umowę, a na jednostronnych czynnościach prawnych kończąc.

WYŁĄCZENIE OD DZIEDZICZENIA NA PODSTAWIE ORZECZENIA SĄDOWEGO

Za aksjologiczne podstawy stosowania instytucji sądowego wyłączenia od dziedziczenia naruszających je spadkobierców przyjęte zostały przez ustawodawcę właśnie pierwiastek moralny oraz ogólnie rozumiane zasady słuszności i sprawiedliwości. Z kolei u podstaw złożenia przez spadkobiercę oświadczenia w przedmiocie odrzucenia spadku nie zawsze leży brak woli udziału w spadkobranie po danym spadkobiercy. Niekiedy powołani do dziedziczenia w testamencie spadkobiercy mogą bowiem dojść do wniosku, iż spadkodawca dokonał rozrządzenia krzywdzącego jednego lub też kilku z nich. Wobec tego faktu, odrzucenie spadku przysługującego im z testamentu i przyjęcie udziału przypadającego z mocy ustawy może być sposobem skorygowania przez spadkobierców niesprawiedliwych, ich zdaniem, rozrządzeń spadkodawcy¹⁹.

W sytuacji wyłączenia od dziedziczenia w drodze wydania przez sąd orzeczenia uznającego danego spadkobiercę za niegodnego, *ratio legis* stanowi

¹⁸ Zob. S k o w r o ń s k a - B o c i a n, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, s. 253-254; zob. też I. K o z a k, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 11-12, s. 84 oraz cytowana tam literatura.

¹⁹ Zob. tamże, s. 50.

chęć zapobieżenia zamachom bądź to na swobodę wyrażenia ostatniej woli przez spadkodawcę (na przykład poprzez zmuszenie go do sporządzenia testamentu określonej treści), bądź też na samą ostatnią wolę wyrażoną w testamencie (między innymi przez jego zniszczenie)²⁰. Możliwość sądowego wyłączenia małżonka od dziedziczenia oparta jest natomiast na przekonaniu, iż małżonek ten, jako winny rozkładu pożycia, nie powinien dziedziczyć bez wyraźnej woli spadkodawcy²¹. Wymienione instytucje mają na celu prawidłowe z punktu widzenia etyki ukształtowanie porządku dziedziczenia poprzez wykluczenie danych osób z kręgu spadkobierców i pozbawienie ich możliwości uzyskania jakichkolwiek korzyści ze spadku. Jednakże wyłączenie od dziedziczenia w obu przypadkach zależne jest również od wypełnienia określonych prawem przesłanek. Niemożliwe jest więc dokonanie takiego wyłączenia na podstawie innych przyczyn niż wskazane w ustawie, nawet jeżeli uzasadniałyby one potraktowanie zachowania spadkobiercy za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Niegodność dziedziczenia traktowana jest jako swego rodzaju kara cywilna wymierzona w osobę nieetycznie postępującego spadkobiercy²². Ma ona za zadanie sankcjonować zachowanie spadkobiercy skierowane przeciwko osobie spadkodawcy bądź też jego rozrządzeniu testamentowemu, podjęte w celu wpłynięcia na porządek dziedziczenia po zmarłym spadkodawcy. Przepisy Kodeksu cywilnego w sposób wyczerpujący wskazują na pewne okoliczności, których zaistnienie umożliwia orzeczenie niegodności dziedziczenia względem określonego spadkobiercy. Przesłanki te, wyliczone w art. 928 § 1 pkt 1-3 KC, stanowią wyłączną podstawę uznania za niegodnego i, jak wyżej zaznaczono, nie mogą być stosowane w drodze ostrożnej analogii do stanów faktycznych nieobjętych tym przepisem²³. Nie ma zatem możliwości wyłącze-

²⁰ Zob. zwłaszcza J. S. Piąkowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 4: *Prawo spadkowe*, red. J. S. Piąkowski, Wrocław-Warszawa 1986, s. 106; J. Z r a ł e k, *Niegodność dziedziczenia – uwagi de lege ferenda*, „Rejent” 2006, nr 2, s. 203.

²¹ Zob. I g n a c z e w s k i, dz. cyt., s. 85.

²² Zob. A. S z p u n a r, *Z problematyki niegodności dziedziczenia*, „Nowe Prawo” 1981, nr 2, s. 21.

²³ Rozszerzającą interpretację wskazanego przepisu za dopuszczalną uznał J. Gwiazdomorski – zob. *Prawo spadkowe w zarysie*, oprac. i aktualiz. A. Mączyński, Warszawa 1985, s. 72. Nie wykluczył on zastosowania art. 928 § KC w drodze bardzo ostrożnej analogii do stanów faktycznych nim nie objętych, o ile sprawca działał umyślnie, w celu bezprawnego naruszenia porządku spadkobrania oraz jeżeli działanie sprawcy zostało już zakończone i doprowadziło do osiągnięcia zamierzonego przez niego bezpośredniego wyniku. Pogląd ten zakwestionowany został m.in. przez Piątkowskiego (dz. cyt., s. 59-60) i Szpunara (art. cyt., s. 22).

nia od dziedziczenia w drodze orzeczenia niegodności nieetycznie postępującego spadkobiercy, jeżeli zachowanie to nie mieści się w granicach ustawowo wyznaczonych przesłanek²⁴. Tak przyjęte stanowisko przeważającej części doktryny znalazło również odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego²⁵.

Wyrok uznający spadkobiercę za niegodnego ma charakter konstytutywny (kształtujący) i wywiera skutek wsteczny od chwili otwarcia spadku (*ex tunc*). Wyłączenie od dziedziczenia dotyczy w omawianym wypadku zarówno dziedziczenia ustawowego, jak i testamentowego po danym spadkodawcy. Jak wyżej zaznaczono, niegodny spadkobierca zostaje wyłączony od dziedziczenia, tak jakby nie dożył otwarcia spadku (art. 928 § 2 KC). Traktuje się go więc tak, jakby nigdy nie doszedł do dziedziczenia po danym spadkodawcy, a ponadto traci on również prawo do zachowku (zob. art. 991 § 1 KC). Skutki orzeczenia niegodności dziedziczenia odnoszą się tylko do osoby uznanej przez sąd za niegodną i nie dotyczą jego zstępnych²⁶.

Orzeczenie niegodności dziedziczenia danego spadkobiercy wywiera wpływ na ukształtowanie porządku dziedziczenia po danym spadkodawcy. W sytuacji, gdy za niegodnego uznany zostaje spadkobierca powołany do dziedziczenia z ustawy, przysługujący mu udział w spadku przypada na zasadach przewidzianych w Kodeksie cywilnym innym spadkobiercom ustawowym, powołanym do dziedziczenia w dalszej kolejności (art. 931-939 KC). Do dziedziczenia dojdą spadkobiercy ustawowi również wtedy, gdy za niegodnego uznany zostanie spadkobierca powołany w testamencie do całego spadku²⁷. Jeżeli natomiast z powodu niegodności nie może dziedziczyć spadkobierca testamentowy, to – w braku odmiennej woli spadkodawcy – jego udział w spadku przypada w drodze przyrostu, stosunkowo do wielkości przeznaczonych udziałów, pozostałym spadkobiercom testamentowym (art. 965 KC). Spadkodawca może jednak, posługując się instytucją podstawienia, wskazać

²⁴ Aktualny pozostaje zatem pogląd wyrażony przez SN w orzeczeniu z dnia 3 listopada 1955 r., III CR 999/55, OSN 1956, nr 2, poz. 52, w myśl którego niemożliwe jest uznanie spadkobiercy za niegodnego na podstawie art. 3 nieobowiązującej już ustawy z dnia 18 lipca 1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego, Dz. U. nr 34, poz. 311 (obecnie art. 5 KC), z innych przyczyn niż określone w ustawie, chociażby przyczyny te uzasadniały potraktowanie postępowania spadkobiercy jako sprzecznego z zasadami współżycia społecznego.

²⁵ Zob. S k o w r o ñ s k a - B o c i a n, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, s. 44 oraz przytoczone tam orzeczenia SN.

²⁶ Zob. A. K a w a ł k o, H. W i t c z a k, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2006, s. 26.

²⁷ Zob. N i e z b e c k a, dz. cyt., s. 44.

w testamentie osobę (lub osoby), którą powołuje do dziedziczenia na wypadek, gdyby dany spadkobierca nie chciał lub nie mógł (jak w omawianym wypadku niegodności) dziedziczyć (art. 963 KC).

Przykładem sądowego wyłączenia od dziedziczenia jest także orzeczenie o wyłączeniu małżonka spadkodawcy od dziedziczenia na podstawie art. 940 KC. U podstaw tej instytucji leży, podobnie jak w przypadku niegodności, zamierzenie zgodnego z postulatami słuszności ukształtowania kręgu osób uprawnionych do dziedziczenia po danym spadkodawcy. Obowiązujące przepisy pozwalają bowiem małżonkowi na uzyskanie korzyści ze spadku nawet w sytuacji, gdy małżeństwo ze spadkodawcą miało w chwili otwarcia spadku jedynie formalny charakter, a tylko śmierć współmałżonka uniemożliwiła skuteczne zakończenie postępowania o rozwód bądź separację. Do tej szczególnej sytuacji odnosi się właśnie instytucja wyłączenia małżonka od dziedziczenia, umożliwiająca pozabawienie pozostającego przy życiu współmałżonka prawa uzyskania przypadającego mu z ustawy udziału w spadku. Zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, małżonek jest wyłączony od dziedziczenia, jeżeli spadkodawca wystąpił o orzeczenie rozwodu lub separacji z jego winy, a żądanie to było uzasadnione (art. 940 § 1 KC)²⁸. Żądanie musi być zawarte w pozwie (spadkodawca występuje wtedy w postępowaniu o rozwód lub separację w roli powoda) bądź też zgłoszone przez pozwanego spadkodawcę w oparciu o art. 439 § 3 KPC²⁹ (gdy postępowanie takie wszczęte zostało z powództwa współmałżonka). Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, wystąpieniem o rozwód z winy małżonka w rozumieniu art. 940 § 1 KC jest również wyrażenie przez pozwanego w sprawie o rozwód spadkodawcę zgody na rozwód z winy powoda³⁰. Wśród przesłanek dopuszczalności zastosowania instytucji wyłączenia od dziedziczenia małżonka szczególną uwagę należy zwrócić na to, by proces o rozwód bądź separację był za życia spadkodawcy już wszczęty albo jeszcze w toku, tzn. by wnie-

²⁸ Zauważyć należy, iż norma zawarta w art. 940 § 1 KC odnosi się jedynie do osób pozostających w związku prawnym, a nie faktycznym (w postaci utrzymywania wspólnego, pozamałżeńskiego pożycia). Zob. L. S t e c k i, *Wyłączenie małżonka od dziedziczenia ustawowego (art. 940 KC)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1990, z. 1, s. 80.

²⁹ Zgodnie z jego treścią, strona pozwana w sprawie o rozwód czy separację, pomimo niedopuszczalności powództwa wzajemnego w tym przedmiocie, może również żądać orzeczenia rozwodu lub separacji.

³⁰ Zob. uchwała SN z dnia 19 sierpnia 1983 r., III CZP 38/83, OSNC 1984, nr 2-3, poz. 27.

siony został pozew i aby nie doszło do skutecznego jego cofnięcia³¹, a ponadto, by zgłoszone przez spadkodawcę w toku tego postępowania żądanie orzeczenia rozwodu lub separacji z winy współmałżonka było w chwili otwarcia spadku uzasadnione.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego należy przyjąć, iż proces o wyłączenie małżonka od dziedziczenia stanowi niejako kontynuację procesu rozwodowego, lecz w zakresie ograniczonym i ściśle wynikającym z art. 940 § 1 KC³². Zadaniem sądu w tym postępowaniu jest możliwie jak najbliższe odtworzenie stanu rzeczy istniejącego w toku procesu rozwodowego lub o orzeczenie separacji (do czasu śmierci spadkodawcy) na podstawie materiału dowodowego zebranego przez sąd prowadzący proces z udziałem spadkodawcy. Dopuszczalne jest jednak powoływanie przez strony dalszych dowodów, zaś w razie potrzeby sąd może na podstawie art. 241 KPC zarządzić powtórzenie lub uzupełnienie wcześniejszego postępowania dowodowego.

Oczywiste jest to, iż w toku tego postępowania sąd bierze pod uwagę przesłanki rozwodu lub separacji. Bada on, czy w kontekście dokonywanej oceny żądanie ich orzeczenia przez spadkodawcę z winy współmałżonka lub obu stron miało uzasadniony charakter³³ i czy na przeszkodzie takiemu rozstrzygnięciu nie stanęła jedynie jego śmierć³⁴. Dopiero uznanie przez sąd zasadności tego żądania (a więc dojście do przekonania, iż sąd prowadzący

³¹ Zob. P i ą t o w s k i, dz. cyt., s. 131.

³² Zob. uzasadnienie cytowanej już uchwały SN z dnia 2 lipca 1985 r., III CZP 39/85.

³³ Konieczne jest zatem stwierdzenie, iż zachodzą wskazane w art. 56 § 1 KRO przesłanki pozytywne orzeczenia rozwodu (w postaci zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego), brak natomiast określonych w art. 56 § 2 i 3 KRO przesłanek negatywnych (zgodnie z tymi przepisami, pomimo zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego, orzeczenie rozwodu jest niedopuszczalne, jeżeli wskutek niego miałyby ucierpieć dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków albo jeżeli z innych względów orzeczenie rozwodu byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a także w sytuacji, gdy żąda tego małżonek wyłącznie winny rozkładu pożycia, chyba że drugi małżonek wyrazi zgodę na rozwód albo jego odmowa udzielenia zgody na rozwód jest w danych okolicznościach sprzeczna z zasadami współżycia społecznego). Natomiast zgodnie z art. 61¹ § 1 i 2 KRO podstawą żądania orzeczenia separacji jest zupełny rozkład pożycia między małżonkami. Pomimo takiego rozkładu orzeczenie separacji jest jednak niedopuszczalne, jeżeli wskutek niej miałyby ucierpieć dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków albo jeżeli z innych powodów orzeczenie separacji byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

³⁴ Zob. K a w a ł k o, W i t c z a k, dz. cyt., s. 101; zob. też M. S y c h o w i c z, w: *Kodeks cywilny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, t. II, red. H. Ciepła, B. Czech, S. Dąbrowski, T. Domińczyk, H. Pietrzykowski, Z. Strus, M. Sychowicz, A. Wypiórkiewicz, Warszawa 2005, s. 819.

jeszcze za życia spadkodawcy wcześniejszy proces o rozwód lub separację wydałby wyrok zgodny z żądaniem pozwu) stwarza możliwość dokonania stosownego rozstrzygnięcia w postaci wydania orzeczenia o wyłączeniu współmałżonka spadkodawcy od dziedziczenia. Wyrok taki ma charakter konstytutywny (kształtujący) i wywiera skutki prawne *ex tunc*, tj. już od chwili śmierci spadkodawcy.

Orzeczenie wydane na podstawie art. 940 KC wyłącza małżonka spadkodawcy od dziedziczenia ustawowego, a sam wyłączony traktowany jest tak, jakby nie dożył otwarcia spadku. Skutkiem tego pozbawiony zostaje możliwości uzyskania jakichkolwiek korzyści ze spadku, a także prawa do zachowku i uprawnienia przewidzianego w art. 939 KC (ustawowego zapisu naddziałowego)³⁵. Jednakże z uwagi na to, że skutki prawne wyłączenia małżonka od dziedziczenia odnoszą się do dziedziczenia z ustawy, należy stwierdzić, że wydanie orzeczenia o wyłączeniu współmałżonka nie pozbawia go możliwości bycia spadkobiercą testamentowym, zapisobiercą ani skorzystania z uprawnienia przewidzianego w art. 923 KC³⁶ i z tego względu nie wywołuje tak daleko idących skutków, jak uznanie za niegodnego³⁷.

WYŁĄCZENIE OD DZIEDZICZENIA NA PODSTAWIE UMOWY

Zmiana porządku dziedziczenia może być także skutkiem zawarcia przez spadkodawcę i spadkobiercę ustawowego umowy o zrzeczenie się dziedziczenia. *In genere* przepisy prawa spadkowego za niedopuszczalne uznają zawieranie umów o spadek po osobie żyjącej³⁸. W szczególności brak jest również możliwości umownego pozytywnego ustalenia grona osób dziedziczących po danym spadkodawcy. Jedynym ustawowo wskazanym wyjątkiem od tej zasady jest właśnie możliwość umownego wyłączenia od dziedziczenia danego

³⁵ Stanowi on, iż małżonek dziedziczący z ustawy w zbiegu z innymi spadkobiercami, wyjąwszy zstępnych spadkodawcy, którzy mieszkali z nim razem w chwili jego śmierci, może żądać ze spadku ponad swój udział spadkowy przedmiotów urządzenia domowego, z których za życia spadkodawcy korzystał wspólnie z nim lub wyłącznie sam.

³⁶ Przyznaje on małżonkowi i innym osobom bliskim spadkodawcy, które mieszkały z nim do dnia jego śmierci, uprawnienie do korzystania w ciągu trzech miesięcy od otwarcia spadku z mieszkania i urządzenia domowego w zakresie dotychczasowym.

³⁷ Zob. P i ą t o w s k i, dz. cyt., s. 106.

³⁸ Taki zakaz wyraźnie stanowi art. 1047 KC.

spadkobiercy poprzez zawarcie umowy o zrzeczenie się dziedziczenia (czyli tzw. negatywnego kontraktu dziedziczenia)³⁹.

Poprzez zawarcie takiej umowy zrzekający się wpływa na swoją zdolność do dziedziczenia, gdyż uniemożliwiając zaistnienie ustawowego tytułu swojego powołania do spadku, skutecznie wyklucza możliwość jej powstania⁴⁰. Zawarcie umowy o zrzeczenie się dziedziczenia nie wyłącza jednak możliwości dziedziczenia danej osoby po tym spadkodawcy na podstawie testamentu⁴¹. Zaznaczyć jednak należy, iż zaistnienie wszelkich skutków prawnych związanych z zastosowaniem tej instytucji zależy od ważności zawartej umowy. Jeżeli chodzi o formę umowy o zrzeczenie się dziedziczenia, to art. 1048 § 2 zd. 2 KC stanowi, że powinna być ona zawarta w formie aktu notarialnego. Jest to forma *ad solemnitatem* (art. 73 § 2 zd. 1 KC). Zrzeczenie się dziedziczenia może być dokonane w akcie notarialnym, który zawiera również inne umowy. Jednak jest ono zawsze odrębną umową, nie dzielącą losów pozostałych umów, chyba że co innego wynika z jej treści lub też zachodzi łącznie wobec nich ta sama przyczyna nieważności (jak na przykład brak zdolności do czynności prawnych). Wydaje się, że wobec niezamieszczenia przez ustawodawcę szczególnej regulacji odnoszącej się do wad oświadczenia woli, należy tu stosować art. 82-88 KC⁴².

Skutki prawne umowy o zrzeczenie się dziedziczenia następują zawsze z chwilą otwarcia spadku, a więc w momencie śmierci spadkodawcy. Jak wyżej zaznaczono, zrzekający się zostaje wyłączony od dziedziczenia, tak jakby

³⁹ Przedmiotem dyskusji i sporów w doktrynie jest kwestia charakteru prawnego umowy o zrzeczenie się dziedziczenia (zob. A. O l e s z k o, *Umowy dotyczące spadku w praktyce notarialnej*, „Nowe Prawo” 1977, nr 6, s. 841; t e n ż e, *Umowy prawa spadkowego oraz mające zastosowanie w sprawach spadkowych w świetle praktyki sądowej i notarialnej*, Warszawa 1989, s. 11; S y c h o w i c z, w: *Kodeks cywilny*, s. 960; K o z a k, art. cyt., s. 70) czy dopuszczalnego zakresu treści takiej umowy (zwłaszcza jeżeli chodzi o możliwość posłużenia się w tej umowie warunkiem, zawarcia umowy z zastrzeżeniem, iż jest ona dokonywana na korzyść określonej osoby, czy też możliwości zrzeczenia się jedynie prawa do zachowku – zob. L. S t e c k i, w: *Kodeks cywilny z komentarzem*, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, s. 900; P a z d a n, w: *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450-1088*, t. II, red. U. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 987; E. S k o w r o Ń s k a - B o c i a n, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 1993 r., III CZP 10/93*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1994, nr 5, s. 216 n.; O l e s z k o, *Umowy dotyczące spadku*, s. 845).

⁴⁰ Zob. E. N i e z b e c k a, *Zrzeczenie się dziedziczenia i odrzucenie spadku a zdolność do dziedziczenia osób fizycznych*, „Annales UMCS” 1992, nr 8, s. 159.

⁴¹ Zob. K a w a ł k o, W i t c z a k, dz. cyt., s. 28.

⁴² Tak P a z d a n, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, s. 987.

nie dożył otwarcia spadku (art. 1049 § 2 KC), a więc pozbawiony jest on również prawa do zachowku⁴³.

Z uwagi na to, iż zrzeczenie się dziedziczenia obejmuje jedynie ustawowy tytuł powołania do spadku, nie wyłącza możliwości dojścia do spadkobrania na podstawie testamentu. Tezę tę potwierdził Sąd Najwyższy, przyjmując, że spadkobierca ustawowy, który w umowie z przyszłym spadkodawcą zrzekł się dziedziczenia po nim, może dziedziczyć po tym spadkodawcy na podstawie testamentu sporządzonego zarówno przed, jak i po zrzeczeniu się dziedziczenia⁴⁴. Zatem jeżeli spadkobierca, który zrzekł się dziedziczenia ustawowego po danym spadkodawcy, ma również testamentowy tytuł powołania do spadku, może otrzymać również korzyść ze spadku w postaci zapisu⁴⁵.

Jak zostało to podkreślone, w braku odmiennego postanowienia umowy następstwa prawne związane z zawarciem umowy o zrzeczenie się dziedziczenia obejmują także zstępnych zrzekającego się (art. 1049 § 1 KC). Zatem, o ile umowa o zrzeczenie nie stanowi inaczej, wszyscy zstępni zrzekającego się spadkobiercy, zarówno ci żyjący w chwili zawierania umowy, jak i ci, którzy urodzili się już po jej zawarciu, są również wyłączeni od dziedziczenia i traktowani tak, jakby nie dożyli otwarcia spadku⁴⁶. Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia powinna być stosowana wobec wszystkich zstępnych zrzekającego się, którzy wobec jego śmierci mogliby być na podstawie ustawy powołani do dziedziczenia i wstąpić w jego miejsce, otrzymując przypadający zrzekającemu się udział w spadku. Zatem w sytuacji, gdy osobami zrzekającymi się dziedziczenia są rodzice spadkodawcy, przepis art. 1049 § 1 KC nie znajdzie zastosowania⁴⁷. Natomiast przepis ten należy mieć na względzie w sytuacji, gdy zrzekający się dziedziczenia nie przeżyje spadkodawcy⁴⁸.

⁴³ Zob. S y c h o w i c z, w: *Kodeks cywilny*, s. 961. W konsekwencji tego, że część doktryny za dopuszczalne uznaje ograniczenie treści umowy o zrzeczenie się dziedziczenia jedynie do zachowku, niektórzy autorzy opowiadają się za przyznaniem osobie objętej zrzeczeniem możliwości dziedziczenia w oparciu o ustawę, testament lub oba tytuły – np. A. M a l i n o w s k i, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia w ujęciu Kodeksu cywilnego*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2004, nr 4, s. 34.

⁴⁴ Tak SN w uchwale z dnia 15 maja 1972 r. (II CRN 38/84, OSN 1972, nr 11, poz. 197).

⁴⁵ Zob. K o z a k, art. cyt., s. 84.

⁴⁶ Również zstępni zrzekającego się spadkobiercy pozbawieni są prawa do zachowku; zob. np. A. S z p u n a r, *Uwagi o prawie do zachowku*, „Rejent” 2002, nr 6, s. 17.

⁴⁷ Zob. M. P a z d a n, *Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia w polskim prawie spadkowym*, „Rejent” 1997, nr 4, s. 194.

⁴⁸ Takie zapatrywanie bliskie jest większości autorów, zob. m.in. S k o w r o ņ s k a - B o c i a n, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, s. 253. Natomiast w wątpliwość pogląd ten poddaje Niezbecka (*Zrzeczenie się dziedziczenia i odrzucenie spadku*, s. 161).

Dopuszczalne jest zróżnicowane potraktowanie samych tylko zstępnych zrzekającego się. Strony umowy mogą bowiem wyłączyć skuteczność zrzeczenia się dziedziczenia wobec części wyraźnie wskazanych zstępnych zrzekającego się spadkobiercy, a objąć tymi skutkami pozostałych⁴⁹.

Zrzeczenie się dziedziczenia odnosi się do potencjalnych praw i wywiera bezpośredni wpływ na sytuację prawną zstępnych zrzekającego się dziedziczenia, pomimo iż nie są oni stronami tej umowy. Co więcej, do ważnego i skutecznego zawarcia umowy przez osobę zrzekającą się dziedziczenia nie jest wymagane uzyskanie przez nią zgody zstępnych ani też zgody sądu (w sytuacji gdy zstępnymi są małoletni)⁵⁰.

Fakt powołania przez spadkodawcę do dziedziczenia na mocy testamentu spadkobiercy, który zrzekł się prawa udziału z spadkobraniami, skutkuje uzyskaniem przez niego statusu spadkobiercy testamentowego, nie powoduje natomiast przywrócenia zrzekającemu się statusu spadkobiercy ustawowego, a więc możliwości nabycia spadku w oparciu o ustawę i związanych z tym statusem uprawnień (w tym między innymi prawa do zachowku). Ustawodawca przewidział natomiast możliwość całkowitego zniweczenia skutków zawarcia umowy o zrzeczenie dziedziczenia poprzez uchylenie się od zrzeczenia się dziedziczenia, które może być dokonane aż do chwili otwarcia spadku. Uchylenia dokonuje się w drodze zawarcia umowy między tym, kto zrzekł się dziedziczenia, a spadkodawcą, po którym zrzeczenia się dokonano, nowej umowy, której treść stanowi właśnie wola uchylenia uprzedniego zrzeczenia się dziedziczenia (art. 1050 KC)⁵¹. Pomimo braku w tym zakresie stosownej regulacji przyjmuje się, iż stronami umowy o uchylenie zrzeczenia się dziedziczenia mogą być po śmierci zrzekającego się również ci jego zstępni, na których rozciągają się skutki prawne zrzeczenia. W takim wypadku pełne uchylenie się od następstw prawnych zawarcia umowy o zrzeczenie się dziedziczenia ma miejsce wobec zawarcia nowej umowy między spadkodawcą a wszystkimi zstępnymi, względem których skutkowało zrzeczenie się dziedziczenia. Jeżeli zaś sygnatariuszami nowej umowy będą tylko niektórzy zstępni,

⁴⁹ Tak uważa m.in. Pazdan, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, s. 990.

⁵⁰ Więcej na ten temat zob. N i e z b e c k a, *Zrzeczenie się dziedziczenia i odrzucenie spadku*, s. 162.

⁵¹ Zgodnie z przepisami prawa spadkowego, również ta umowa, pod rygorem bezwzględnej nieważności, powinna być zawarta w formie aktu notarialnego (art. 1050 KC *in fine*). Zob. I g n a c z e w s k i, dz. cyt., s. 308.

to uchylenie będzie skuteczne jedynie względem tych zstępnych (oraz dalszych zstępnych), którzy umowę o uchylenie się od dziedziczenia zawarli⁵².

Zdaniem większości autorów dopuszczalne jest również dokonanie zmian w umowie o zrzeczenie się dziedziczenia. Zmiana ta obejmować może między innymi wyłączenie skutków zrzeczenia się względem zstępnych zrzekającego się (o ile przy zawieraniu umowy o zrzeczenie się dziedziczenia nie wykorzystano możliwości wynikającej z art. 1049 § 1 KC) lub polegać na „uchyleniu klauzuli wcześniejszej umowy wyłączającej rozciągnięcie skutków zrzeczenia się na zstępnych zrzekającego się (jeżeli przy zawarciu umowy o zrzeczenie się dziedziczenia z możliwości przewidzianej w art. 1049 § 1 KC skorzystano)”⁵³.

WYŁĄCZENIE OD DZIEDZICZENIA NA PODSTAWIE JEDNOSTRONNEJ CZYNNOŚCI PRAWNEJ SPADKODAWCY

Należy jednak zauważyć, iż dla powstania tytułu powołania do dziedziczenia danego spadkobiercy zasadnicze znaczenie ma wola samego spadkodawcy. Może on bowiem rozrzucić swoim majątkiem na wypadek śmierci w sposób wyraźny w formie testamentu albo też domniemany – gdy poprzez niesporządzenie testamentu niejako uznaje ustawowy porządek dziedziczenia za najbardziej słuszny i sprawiedliwy i z tego względu pozostawia go bez żadnych zmian⁵⁴. Właśnie decydujący charakter woli spadkodawcy co do powołania danej osoby do spadku (lub też braku takiego powołania) przemawia za przyznaniem mu możliwości ukształtowania kręgu osób uprawnionych do dziedziczenia po jego śmierci drogą jednostronnej czynności prawnej – testamentu negatywnego.

⁵² Tak uważa M. Pazdan (*Umowa o zrzeczenie się dziedziczenia w polskim prawie spadkowym*, „Rejent” 1997, nr 4, s. 196). Odmienny pogląd wyraża Niezbecka, która twierdzi, iż śmierć zrzekającego się przed otwarciem spadku, którego zrzeczenie się dziedziczenia dotyczy, powoduje całkowitą bezskuteczność tej umowy. Dopiero zaś po śmierci zrzekającego się i uzyskaniu własnego tytułu powołania do udziału w spadkobranii powstaje po stronie zstępnych możliwość zawarcia umowy o zrzeczenie się dziedziczenia. Więcej zob. t a ż, *Zrzeczenie się dziedziczenia i odrzucenie spadku*, s. 162-163.

⁵³ P a z d a n, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, s. 991-992.

⁵⁴ Zob. E. N i e z b e c k a, *Skutki prawne testamentu negatywnego i wydziedziczenia*, „Rejent” 1992, nr 7-8, s. 17.

Przepisy Kodeksu cywilnego nie przewidują *expressis verbis* możliwości wyłączenia od dziedziczenia w drodze sporządzenia przez spadkodawcę testamentu negatywnego. Zaznaczyć trzeba, iż ustawodawca, nie regulując wprost tej problematyki, nie przejął również pojęcia testamentu negatywnego stanowiącego uprzednio treść art. 31 dekretu Prawo spadkowe⁵⁵. Zarówno jednak w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie budzi wątpliwości możliwość stosowania tej instytucji na gruncie prawa spadkowego⁵⁶. Stanowisko takie uzasadnia zasada swobody testowania w szerokim zakresie, zaś pozbawienie spadkobiercy ustawowego spadku lub udziału w nim uznawane jest za rozrządzenie majątkowe⁵⁷.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 31 dekretu Prawo spadkowe, testamentem negatywnym określa się takie rozrządzenie, przez które spadkodawca wyłącza w testamencie od dziedziczenia ustawowego swego krewnego lub małżonka, nie ustanawiając równocześnie innej osoby spadkobiercą. Opierając się na treści powołanego przepisu, wyłączonego traktuje się tak, jak gdyby nie żył w chwili otwarcia spadku. Nie narusza to jednak praw spadkobiercy koniecznego do żądania zachowku.

W doktrynie panuje zgodność co do tego, iż na treść testamentu negatywnego składa się oświadczenie woli spadkodawcy wyłączenia od dziedziczenia określonego spadkobiercy ustawowego (lub też kilku z nich). Dodatkowo, zgodnie z przeważającym w literaturze poglądem, wymagany jest również brak powołania w to miejsce innego spadkobiercy testamentowego⁵⁸.

Testament negatywny jest przykładem testamentu szczególnego rodzaju⁵⁹, zawierającego jedynie rozrządzenie negatywne spadkodawcy, który wprawdzie rozporządza swoim majątkiem na wypadek śmierci, lecz czyni to w sposób pośredni⁶⁰. Zgodnie z poglądem części autorów, ustawowy porządek dzie-

⁵⁵ Dekret z dnia 8 października 1946 r. – Prawo spadkowe (Dz. U. nr 60, poz. 328 ze zm.).

⁵⁶ Zob. przypis 27. Tak uważają również m.in. Kawałko i Witczak (dz. cyt., s. 56).

⁵⁷ Zob. N i e z b e c k a, *Skutki prawne testamentu negatywnego*, s. 16 n.

⁵⁸ Za tym stanowiskiem opowiada się większość autorów, m.in. Skowrońska-Bocian (*Prawo spadkowe*, s. 106). Odmienny pogląd, dopuszczający możliwość powołania w miejsce wyłączonego od dziedziczenia spadkobiercy ustawowego innego spadkobiercy testamentowego (lub też kilku), wyraża m.in. R. Szytk (*Testament notarialny*, w: *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, red. R. Szytk, Poznań–Kluczbork 1999, s. 361) czy też SN w uzasadnieniu postanowienia z dnia 8 maja 1963 r., III CR 75/63, OSNCP 1964, nr 4, poz. 73, które pomimo zmiany stanu prawnego, zachowało swoją aktualność.

⁵⁹ Zob. M. B e d n a r a, *Treść testamentu notarialnego*, „Rejent” 2003, nr 1, s. 37.

⁶⁰ Tak uważa S. Wójcik, zob. w: *System prawa cywilnego*, t. 4: *Prawo spadkowe*, red. J. S. Piątkowski, Wrocław–Warszawa 1986, s. 188.

dziczenia ustalony w przepisach prawa cywilnego pozostaje bez zmian, natomiast jedynie spadkobierca wskazany w testamencie negatywnym zostaje pozbawiony tytułu powołania do spadku i nie ma prawa udziału w spadkobranii⁶¹.

W literaturze i orzecznictwie powszechnie przyjęty jest pogląd, iż także obecnie osobę wyłączonej od dziedziczenia w testamencie negatywnym należy traktować tak, jakby nie dożyła otwarcia spadku. Określony w ten sposób skutek prawny, pomimo braku wskazania go w Kodeksie cywilnym (co zwykł czynić ustawodawca w każdym przypadku, gdy dopuszczał stosowanie tak skonstruowanej fikcji prawnej⁶²), wynika z odwołania się do następstw prawnych negatywnych rozrządzeń testamentowych, określonych uprzednio w dekrete Prawo spadkowe. Skoro bowiem instytucja testamentu negatywnego ma swój wzór w tym akcie normatywnym, a jej charakter odpowiada wcześniejszemu uregulowaniu, brak podstaw, aby stosować odmienne rygory co do jego skutków⁶³.

Konsekwencją sporządzenia testamentu negatywnego i zastosowania fikcji prawnej, traktującej osobę wskazaną w nim tak, jakby nie dożyła otwarcia spadku, może być powstanie tytułu powołania dla innych podmiotów. W ten sposób zdolność do dziedziczenia po danym spadkodawcy uzyskać mogą dalsi zstępni podlegającego wyłączeniu spadkobiercy. Jednakże, mając na uwadze możliwość objęcia negatywnym rozrządzeniem testamentowym kilku osób uprawnionych do dziedziczenia po spadkodawcy w określonej kolejności, zauważyć należy, iż powstanie tego skutku zależy wyłącznie od woli samego testatora⁶⁴.

Istotne konsekwencje rodzi podanie w treści testamentu negatywnego przyczyny wyłączenia spadkobiercy ustawowego od dziedziczenia. Jeżeli wskazana przyczyna wyłączenia wypełnia uregulowane w art. 1008 KC przesłanki wydziedziczenia spadkobiercy ustawowego, skutkiem negatywnego rozporządzenia testatora będzie nie tylko wyłączenie od dziedziczenia, lecz także wydziedziczenie, a zatem pozbawienie prawa do zachowku. Natomiast w sytuacji, gdy testator nie określił przyczyny swojego rozrządzenia lub też jako przyczynę wyłączenia podał przesłankę nieobjętą treścią art. 1008 KC,

⁶¹ Zob. K a w a ł k o, W i t c z a k, dz. cyt., s. 55-56.

⁶² Por. art. 928 § 2 KC, art. 1020 KC czy też art. 1049 § 2 KC.

⁶³ A. R o j e k, *Wydziedziczenie i testament negatywny*, „Przeegląd Sądowy” 2006, nr 9, s. 108.

⁶⁴ Zob. B e d n a r a, art. cyt., s. 37.

skutkiem testamentu negatywnego będzie jedynie wyłączenie od dziedziczenia z pozostawieniem prawa do zachowku⁶⁵.

Spadkodawca, dokonując w testamencie negatywnym wyłączenia od dziedziczenia, nie ma obowiązku podawania w jego treści przyczyny leżącej u podstaw takiego wyłączenia. Obok pozbawienia możliwości udziału w dziedziczeniu danej osoby, część autorów dopuszcza natomiast możliwość zawarcia innych rozrządzeń, jak na przykład zapisu⁶⁶.

Testament negatywny w żadnym wypadku nie może natomiast wyłączyć uprawnień gminy ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy oraz Skarbu Państwa jako spadkobierców ustawowych. Pozbawienie tych podmiotów możliwości uzyskania korzyści ze spadku stanowiłoby bowiem naruszenie rozwiązań przyjętych przez prawo cywilne, które nie zna konstrukcji spadków bezdziedzicznych⁶⁷. Skutek w postaci pozbawienia wskazanych podmiotów udziału w spadkobranii wywołać może jedynie zawarcie w testamencie powołania do dziedziczenia innego spadkobiercy, nie można zaś tego dokonać poprzez negatywne rozrządzenie testamentowe⁶⁸.

WYŁĄCZENIE OD DZIEDZICZENIA NA PODSTAWIE JEDNOSTRONNEJ CZYNNOŚCI PRAWNEJ SPADKOBIERCY

Przepisy prawa cywilnego dopuszczają również możliwość wywarcia wpływu na ukształtowanie grona osób uprawnionych do dziedziczenia po danym spadkodawcy na skutek czynności prawnej spadkobiercy. Gwarantuje mu to przewidziana w Kodeksie cywilnym instytucja odrzucenia spadku, zapewniająca swobodę ukształtowania własnych stosunków cywilnoprawnych⁶⁹.

Od chwili otwarcia spadku powołanemu do dziedziczenia spadkobiercy przysługuje podmiotowe prawo o charakterze kształtującym, by drogą jed-

⁶⁵ Więcej na ten temat zob. K a w a ł k o, W i t c z a k, dz. cyt., s. 56.

⁶⁶ Na przykład Bednara (art. cyt., s. 37).

⁶⁷ Zob. S. W ó j c i k, w: *System prawa cywilnego*, s. 188.

⁶⁸ Szerzej na ten temat zob. M. P a z d a n, *Dziedziczenie gminy i Skarbu Państwa – po nowelizacji kodeksu cywilnego w 2003 r.*, „Rejent” 2003, nr 2, s. 16.

⁶⁹ Jest to konsekwencją przyjęcia w prawie cywilnym zasady autonomii woli, zgodnie z którą podmiot zainteresowany nie może w sferze prawa nabyć żadnych praw ani obowiązków wbrew swojej woli. Zob. N i e z b e c k a, *Zrzeczenie się dziedziczenia i odrzucenie spadku*, s. 167.

nostronnej czynności prawnej, w ustawowo określonym terminie, dany spadek przyjąć lub odrzucić (art. 1012 KC)⁷⁰. Konsekwencją powyższego uregulowania jest tymczasowość nabycia praw spadkowych⁷¹, które w sposób definitywny przechodzą na spadkobiercę dopiero z chwilą upływu wskazanego w ustawie terminu lub wcześniejszego złożenia przez niego oświadczenia o przyjęciu spadku⁷². Brak jakiegokolwiek oświadczenia spadkobiercy w oznaczonym terminie jest bowiem zawsze równoznaczny z przyjęciem spadku (art. 1015 § 2 KC)⁷³. Natomiast – jak stanowi art. 1020 KC – w sytuacji, gdy spadkobierca odrzuci spadek, do dziedziczenia którego został powołany, zostaje wyłączony od spadkobrania i zgodnie ze stosowaną tu fikcją prawną traktowany tak, jakby nie dożył otwarcia spadku.

Przyjęcie spadku zależne jest od woli spadkobiercy. Odrzucić spadku nie mogą jednak gmina ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy ani Skarb Państwa, jeżeli przypada im on z mocy ustawy⁷⁴. Ponadto oświadczenie upadłego o odrzuceniu spadku jest bezskuteczne w stosunku do masy upadłości, jeżeli zostało złożone po ogłoszeniu upadłości⁷⁵. Część doktryny za niedopuszczalne uznaje również odrzucenie spadku przez fundację utworzoną

⁷⁰ Zob. wyrok SN z dnia 13 listopada 1990 r., III CRN 365/90, OSN 1991, nr 10-12, poz. 136. Zob. też art. 1012 KC.

⁷¹ Tymczasowy charakter nabycia spadku przesądza o tym, iż spadkobierca nie może zbyć spadku lub udziału w spadku (art. 1051 KC), uzyskać postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku (art. 1026 KC) i ponosi odpowiedzialność za długi spadkowe tylko ze spadku (art. 1030 KC). Więcej na ten temat zob. M. Sychowicz, w: *Kodeks cywilny*, s. 904. Prawo spadkowe dopuszcza jednak także odmienną metodę uregulowania kwestii nabycia praw i obowiązków płynących ze spadku. Zgodnie z tym konkurencyjnym modelem, ustawa może nie przewidywać instytucji odrzucenia spadku, lecz stanowić, że spadkobierca nabywa spadek tylko w razie przyjęcia go w sposób wyraźny lub dorozumiany, w określonym terminie. Zob. P i ą - t o w s k i, *System prawa*, s. 271.

⁷² Zob. A. K u n i c k i, *Odrzucenie spadku przez transmitariusza*, „Nowe Prawo” 1963, nr 12, s. 1352.

⁷³ Różnice dotyczą jedynie tego, z jakim rodzajem przyjęcia spadku mamy do czynienia w danym przypadku. Tak uważa B. Kordasiewicz, zob. w: *Przyjęcie i odrzucenie spadku*, „Studia Prawa Prywatnego” 2006, nr 2, s. 43.

⁷⁴ *A contrario* dopuszczalne jest odrzucenie przez Skarb Państwa i gminę ostatniego zamieszkania spadkodawcy spadku przypadającego im z testamentu. Zob. J. K r e m i s, w: *Podstawy prawa cywilnego*, red. E. Gniewek, Warszawa 2005, s. 598.

⁷⁵ Tak wyraźnie stanowi art. 123 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. nr 60, poz. 535 z późn. zm.).

w testamencie, gdyż taka możliwość wypaczałaby istotę ustanawiania fundacji w drodze czynności prawnej *mortis causa*⁷⁶.

Zaznaczyć należy, że skutki prawne związane z odrzuceniem spadku powstaną tylko wtedy, gdy oświadczenie spadkobiercy zostanie złożone w sposób ważny, a więc z zachowaniem przepisów wskazujących na formę, treść i termin do złożenia takiego oświadczenia. Wymogiem ważnego złożenia oświadczenia o odrzuceniu spadku jest także posiadanie przez spadkobiercę w chwili jego składania zdolności do czynności prawnych; jej brak w chwili otwarcia spadku pozostaje bez znaczenia prawnego⁷⁷.

Oświadczenie o odrzuceniu spadku powinno zostać złożone w terminie sześciu miesięcy od dnia, w którym spadkobierca dowiedział się o tytule swego powołania do dziedziczenia (art. 1015 § 1 KC). Wskazany w ustawie termin do wykonania uprawnienia kształtującego jest terminem zawitym prawa cywilnego⁷⁸.

Zgodnie z art. 1018 § 3 zd. 1 KC, oświadczenie o odrzuceniu spadku składa się przed notariuszem lub sądem rejonowym właściwym ze względu na miejsce zamieszkania lub pobytu składającego oświadczenie spadkobiercy. Można je również złożyć przed sądem spadku w toku postępowania o stwierdzenie nabycia spadku. Jednakże kategorię brzmiącego zwrotu „składa się” nie należy rozumieć dosłownie, gdyż w tym wypadku oznacza on jedynie, iż oświadczenie w przedmiocie odrzucenia spadku może być złożone również przed notariuszem⁷⁹.

Oświadczenie o odrzuceniu spadku składa się ustnie lub na piśmie z podpisem urzędowo poświadczonym (art. 1018 § 3 zd. 2 KC)⁸⁰. Jeżeli

⁷⁶ Więcej na ten temat zob. S k o r ó s k a - B o c i a n, *Prawo spadkowe*, s. 121.

⁷⁷ Zob. S y c h o w i c z, w: *Kodeks cywilny*, s. 909.

⁷⁸ Zob. orzeczenie z dnia 20 lutego 1963 r., I CR 109/63, OSNC 1964, nr 3, poz. 51.

⁷⁹ Takie rozumienie tego postanowienia odzwierciedla art. 640 § 1 KPC. Zob. S. W ó j - c i k, *Rola notariusza w sprawach spadkowych (na przykładzie testamentu negatywnego)*, „Rejent” 1996, nr 4-5, s. 144.

⁸⁰ Zgodnie z postanowieniem SN z dnia 10 listopada 2006 r., I CSK 228/06, OSP 2007, nr 11, poz. 123, złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku przed notariuszem wymaga formy aktu notarialnego, natomiast możliwość złożenia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku na piśmie z podpisem urzędowo poświadczonym dotyczy jedynie złożenia takiego oświadczenia przed sądem. W sposób krytyczny odniósł się do tego orzeczenia P. Książak (*Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 2006 r., I CSK 228/06*, „Rejent” 2008, nr 5, s. 157-162). Wskazał on na zbyt zawężoną interpretację art. 1018 § 3 KC dokonaną przez sąd i staje na stanowisku, iż „rację ma sąd, gdy stwierdza, że nie wystarczy samo oświadczenie na piśmie z podpisem poświadczonym, jednakże nie ma racji,

oświadczenie złożone zostało w formie ustnej, to z czynności tej sporządza się protokół (art. 641 § 4 KPC). Można je złożyć zarówno osobiście, jak i przez pełnomocnika, przy czym wymagane jest tu pełnomocnictwo szczególne, udzielone w formie pisemnej z podpisem urzędowo poświadczonym (art. 1018 § 3 zd. 3 KC)⁸¹. W przypadku, gdy odrzucającym spadek spadkobiercą jest osoba prawna, stosowne oświadczenie w jej imieniu składa jej organ (art. 38 KC).

Odrzucenie przez spadkobiercę spadku powoduje, iż zgodnie z art. 1020 KC, zostaje on wyłączony od dziedziczenia, tak jakby nie dożył otwarcia spadku. Fikcja prawna zastosowana przez ustawodawcę polega na przekonaniu, iż spadkobierca ten nigdy spadku nie nabył, gdyż od samego początku przypadł on tym spadkobiercom, którzy go ostatecznie odziedziczyli⁸².

Należy jednak zauważyć, iż fikcja prawna wyrażona w art. 1020 KC znajdzie zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy spadkobierca odrzuci przypadający mu ze spadku udział w całości. Odmienna sytuacja będzie miała miejsce, gdy spadkobierca złoży oświadczenie woli o odrzuceniu spadku jedynie w części⁸³. Skutek częściowego odrzucenia spadku nastąpi *ex tunc*, już od chwili otwarcia spadku. Jednakże odrzucający część spadku spadkobierca będzie dziedziczył pozostały przypadający mu udział w spadku, mając przy tym możliwość realizacji swoich uprawnień wynikających ze statusu spadkobiercy⁸⁴. Zatem z uwagi na fakt, iż „traktowanie spadkobiercy tak, jak gdyby nie dożył otwarcia spadku, ma charakter niepodzielny, trudno byłoby zatem przyjmować, iż w razie częściowego odrzucenia spadku mamy do czynienia z zastosowaniem zasady wynikającej z art. 1020 KC”⁸⁵.

Jeżeli spadkobierca odrzuci spadek, traci zdolność do dziedziczenia po danym spadkodawcy. Zostaje obalony konkretny tytuł jego powołania do spadku, lecz spadkobierca może uzyskać korzyść ze spadku na podstawie tytułu powołania, który odrzuceniem nie był objęty⁸⁶.

gdy wywodzi, że znaczenie ma tylko złożenie tego pisma w sądzie spadku. Równorzędne jest złożenie tak potwierdzonego pisma notariuszowi”.

⁸¹ Zob. K a w a ł k o, W i t c z a k, dz. cyt., s. 109.

⁸² Zob. P i ą t o w s k i, *Prawo spadkowe*, s. 148.

⁸³ Wyjątki od generalnej zasady wynikającej z art. 1014 § 3 KC są związane z treścią przepisów art. 1014 § 1 i 2 KC oraz art. 1022 KC.

⁸⁴ Jak na przykład roszczenie o ochronę dziedziczenia.

⁸⁵ Cyt. za: K o r d a s i e w i c z, art. cyt., s. 49.

⁸⁶ Tak uważa Niezbecka (*Zrzeczenie się dziedziczenia i odrzucenie spadku*, s. 165).

Wskutek działania fikcji prawnej określonej w art. 1020 KC, odrzucenie spadku powodować może zwiększenie udziałów pozostałych spadkobierców lub powstanie tytułu powołania dla innych osób, powołanych do dziedziczenia w dalszej kolejności. W przypadku dziedziczenia ustawowego, w miejsce odrzucającego spadek spadkobiercy, do spadkobrania powołani mogą zostać jego zstępni (art. 931 § 2 KC i art. 934 KC). W sytuacji, gdy spadkobierca ten jest jedynym zstępnym spadkodawcy, odrzucenie spadku prowadzić może do powołania krewnych należących do drugiej grupy lub w ich braku – gminy ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy lub Skarbu Państwa. Jeżeli odrzucający spadek spadkobierca był powołany w testamencie do całości spadku, nastąpi dziedziczenie ustawowe. Natomiast w sytuacji, gdy jest kilku spadkobierców testamentowych, w braku odmiennej woli spadkodawcy, zastosowanie znajdzie instytucja przyrostu. Oprócz tego, jeżeli spadkodawca przewidział możliwość podstawienia zwykłego, to w przypadku odrzucenia spadku przez spadkobiercę testamentowego, udział w spadku przypadnie właśnie spadkobiercy podstawionemu⁸⁷.

*

Niejako w tle przedstawionej powyżej problematyki stosowania niektórych instytucji prawa spadkowego, niewątpliwie wpływających na kształtowanie kręgu osób uprawnionych do dziedziczenia, toczy się dyskusja na temat konieczności zmian przepisów księgi czwartej Kodeksu cywilnego, zwłaszcza właśnie w zakresie regulacji podmiotowych odnoszących się do spadkobrania⁸⁸. Potrzebę częściowej nowelizacji zauważyć należy również w stosunku do instytucji mających duży wpływ na kształtowanie kręgu spadkobierców – wyłączenia od dziedziczenia. Przykładowo, taką konieczność zmiany przepisów należy wskazać w przypadku ustawowego określania przesłanek, których spełnienie powoduje orzeczenie niegodności spadkobiercy. Za nieuzasadniony należy uznać bowiem fakt pozbawienia skutku w postaci wyłączenia od dziedziczenia sytuacji, gdy – na życzenie spadkobiercy – osobą grożącą spadkodawcy (co wywołało skutek w postaci sporządzenia lub odwołania testamentu) była osoba trzecia. Zauważalna jest również potrzeba jednoznacz-

⁸⁷ Zob. P i ą t o w s k i, *Prawo spadkowe*, s. 148.

⁸⁸ Zob. zwłaszcza: M. P a z d a n, *O potrzebie i kierunkach zmian dziedziczenia ustawowego w polskim prawie cywilnym*, „Rejent” 2005, nr 9, s. 38 n.

nego określenia przez ustawodawcę stanowiących przedmiot sporów w doktrynie charakteru prawnego oraz treści umowy o zrzeczenie się dziedziczenia. Ponadto postulować należy także – w braku formalnego przejęcia pojęcia testamentu negatywnego przez Kodeks cywilny – ustawowe uregulowanie tej instytucji.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż – w kontekście tych dyskusji – przedstawione w niniejszej pracy, w formie ogólnej charakterystyki, unormowania odnoszące się do kształtowania kręgu osób uprawnionych do dziedziczenia na tle instytucji wyłączenia od dziedziczenia noszą znamiona znaczących i koniecznych uregulowań. Pomimo jednak pewnych braków, których nie ustrzegł się polski ustawodawca, a wskazywanych również przez doktrynę, należy przyjąć, iż generalne cele i założenia związane z poruszaną tematyką zostały spełnione w sposób wystarczający do osiągnięcia przez ustawodawcę zamierzonych skutków. I chociaż z pewnością można stwierdzić, że próba stworzenia kompleksowego i pozbawionego wad uregulowania w zakresie spadkobrania – mając na uwadze chociażby wielką różnorodność ludzkich zachowań – z góry skazana jest na niepowodzenie, to przy odpowiedniej współpracy ustawodawcy, władzy sądowniczej oraz doktryny bardzo prawdopodobne jest skuteczne i sprawne stosowanie obecnie przyjętych rozwiązań.

EXCLUSION FROM SUCCESSION AND THE PERSONS ENTITLED TO SUCCESSION

S u m m a r y

The issue of deprivation of the right to inheritance (i.e. excluding an heir from succession) is extremely complex. Due to its legal effects taking place in every case of exclusion from succession and their impact on the circle of the persons who are entitled to an inheritance, the issue has both theoretical and practical significance. Acts of law, regulated by the Civil Code, which result in an exclusion from succession include: a judicial decision that recognises an heir as unworthy (Art. 928 para 2 of the Code), or a decision that excludes the testator's spouse from succession (Art. 940), declaration by an heir rejecting an inheritance (Art. 1020) and an agreement between the testator and lawful heir disclaiming succession (Art. 1049 para 2). Only negative testament remains unregulated by the Code, being accounted for in a decree on inheritance law of 8 Oct 1946. Despite the lack of statutory regulation, the admissibility of such a testament is unquestioned. Exclusion from succession can occur either by way of a judicial decision or as a result of a legal act by the testator, inheritor or both. In both of these cases occurs legal fiction, according to which the excluded subject is treated as if he or she

had not lived to the opening of the inheritance, thus disabling them from gaining any benefit from the inheritance and in consequence altering the circle of persons entitled to a particular inheritance.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: wyłączenie od dziedziczenia, niegodność dziedziczenia, wyłączenie małżonka od dziedziczenia, odrzucenie spadku, zrzeczenie się dziedziczenia, testament negatywny.

Key words: exclusion from succession, unworthiness of succession, exclusion of the spouse from succession, rejection of inheritance, disclaimer of succession, negative testament

PRAWO KANONICZNE

ROMAN MELNYK

PONTIFICAL LEGATION
TO THE UNITED NATIONS

The appointment of legates of the Roman Pontiff as observers and delegates to the United Nations and its related bodies is a relatively new innovation dating back to the post World War II period¹. These legates are entrusted with an ecclesiastical office representing the Roman Pontiff in a stable manner in public authorities to which they are appointed². Legates also represent the Apostolic See as observers or delegates to pontifical missions at international meetings, conferences and councils³. With the expansion of the scope of work done by the United Nations, the Roman Pontiff has established Missions of the Holy See, appointing Permanent Observers and Delegates (Permanent Representatives) at the United Nations Headquarters in New York, United Nations Offices in Geneva and Vienna, and pontifical legates at UN Specialized Agencies and affiliated bodies in Nairobi, Madrid, London, Montreal, and Berne. Pontifical legates and their staff at the United Nations work within the extensive framework of issues

Dr ROMAN MELNYK – adres do korespondencji: 904-350 Mill Road, Toronto, Ontario, Canada M9C 5R7; e-mail: roman.melnyk@sympatico.ca

¹ On 26 July 1948, Msgr. Luigi Ligutti (Executive Director of the National Catholic Rural Life Conference – NCRLC, United States) was appointed the first Permanent Observer of the Holy See at the newly established Food and Agriculture Organization (FAO), a Specialized Agency of the United Nations. See: V. A. Y z e r m a n s, *The People I Love: Biography of Luigi G. Ligutti*, Collegeville, MN: Liturgical Press, 1976, pp. 231-247.

² See, c. 363 § 1.

³ See, c. 363 § 2.

and matters before the General Assembly and over 25 UN Specialized Agencies, Commissions and Programmes world-wide. The ecclesiastical office and functions of pontifical legates appointed to the United Nations are subject to both canon law and international law.

1. LEGAL FOUNDATIONS OF PONTIFICAL LEGATION TO THE UNITED NATIONS

The CIC c. 362 reaffirms the Roman Pontiff's right to legation as the Ainate and independent right to appoint, send, transfer and recall his own legates either to particular Churches in various nations or regions or to states and public authorities within the context of post-Vatican II *ad intra* and *ad extra* dimensions of Church relations⁴ As the Holy See is a signatory of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations, the norms of international law must be observed in regard to the appointment, sending and recalling of legates appointed to international organizations and bodies such as the United Nations.

(a) INTERNATIONAL PERSONALITY OF THE HOLY SEE

The Holy See is today identified as having international personality due to the expanded interpretation of sovereignty, autonomy, power of self-organization and capacity to enter into and act upon international juridical acts⁵. Previous models of the international personality of States, meeting criteria of a permanent population, a defined territory, government and capacity to enter into relations with other States⁶ did not apply to the Holy See.

⁴ See G. L a j o l o, *Nature and Function of Papal Diplomacy*, Singapore: Institute of Southeast Asian Studies 2005, p. 21; cf. D. l e T o u r n e a u, *La mission „ad extra” des représentants pontificaux*, „Ius Ecclesiae” 9 (1997), pp. 485-507; cf. G. L a j o l o, *Funzione ecclesiale delle rappresentanze pontificie*, „La Scuola Cattolica” 3 (1969), pp. 205-231.

⁵ See: V. B u o n o m o, *A the Holy See in the Contemporary International Community* (further B u o n o m o, *Holy See*), in: G. de S i m o n e (ed.), *Civitas et Iustitia*, Rome: Lateran University Press 2004, pp. 11B14, 16. See also: H. E. C a r d i n a l e, *The Holy See & the International Order* (further C a r d i n a l e, *Holy See*), Gerrards Cross: Coli Smythe 1976, pp. 86-89, 93-94.

⁶ The Montevideo Convention on Rights and Duties of States (Inter-American), 26 December 1933, was signed at the 7th International Conference of American States by 20 national representatives (and ratified by the United States) and outlined these four criteria for statehood and its international personality.

Although the Vatican City State has its own international personality and can enter into relations with other international personalities, it is represented by the Holy See when it enters into international agreements. A clarification on the use of the titles ‘Vatican City State’ and ‘Holy See’ came from the UN Secretariat in 1957, when UN Secretary-General Dag Hammarskjöld identified the issue and confirmed that the appropriate title to be used was the Holy See⁷.

The right of papal legation is reiterated in the motu proprio *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*: “the Roman Pontiff has the natural and independent right freely to appoint, send, transfer and recall his representatives without prejudice to the norms of international law as regards the sending and recalling of constituted legates to states (no. III, 1)”⁸. One can speak of two dimensions of legation: the right of legation *ad intra* which „[...] is an absolute right and carries with it complete freedom and independence from every authority whatsoever, with regard to nomination, assignment, transfer or recall” and the right of legation *ad extra* which „[...] should develop in conformity with International Law”⁹.

As the Holy See is a signatory of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations, the norms of international law must be observed in regard to the appointment, sending and recalling of legates appointed to international organizations and bodies such as the United Nations. Diplomatic law in this area had not been comprehensively updated since the 1815 Congress of Vienna. The Holy See participated in the Conference at the Neue Hofburg, signed the Convention on 18 April 1961 and submitted instruments of ratification to the UN Secretary-General on 17 April 1964¹⁰. The codification of diplomatic law in the form of an international convention on diplomatic inter-

⁷ See: S. V e r o s t a, *The Holy See and the International Organizations – 1972 Day of Peace at the Permanent Mission of Holy See at the IAEA*, ORe, 3 May 1973, p. 4. See also: J o h n P a u l II, *Address to the United Nations General Assembly “Dignity of the Human Person Founded on Justice and Peace”*, 2 October 1979, New York, AAS 71 (1979), p. 1143, English translation in: ORe, 15 October 1979, p. 1.

⁸ SOE, ORe 17 July 1969, p. 3.

⁹ M. O l i v e r i, *The Representatives: The Real Nature and Functions of Papal Legates* Gerrards Cross: Van Duren Publishers 1981, p. 79. See also: G. P a r o, *The Right of Papal Legation* (further P a r o, *Papal Legation*), Canon Law Studies no. 211, Washington: The Catholic University of America Press, 1947, pp. 46-184. Gino Paro wrote a historical-juridical study of the right of papal legation, tracing back its historical background to the fourth century.

¹⁰ See: United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, New York: UN Publications 1964, pp. 95B110, 212.

course, privileges and immunities was a major advancement in establishing regulatory provisions in this area of international law. As a signatory of the Convention, the Holy See and its diplomatic practices, legates, nunciatures and missions are therefore subject to the provisions of the Vienna Convention on Diplomatic Relations.

The United Nations Conference on Consular Relations was held at the Neue Hofburg in Vienna from 4 March to 22 April 1963, with 92 States represented, including the Holy See. Unanimously adopted on 22 April 1963, the Convention on Consular Relations, consisted of 79 articles which ‘codified the rules governing consular relations in general, facilities, privileges and immunities relating to consular posts, career consular officers and other members of a consular post’¹¹. The Convention came into force 19 March 1967, in accordance with article 77. The Holy See signed the Convention on 24 April 1963 and submitted instruments of ratification on 8 October 1970, becoming subject to the articles of the Convention on Consular Relations¹².

The level of acceptance of the Holy See’s Permanent Observer Mission by the international community of nations present at the United Nations has grown and developed into a fruitful relationship of cooperation and attentiveness to the Holy See’s contribution to substantive issues of debate, the formulation of international law legislation, interreligious dialogue, advocacy in the defence of the dignity of the human person and human rights throughout the world¹³. In the 20th century, the Holy See has undergone a process of professionalization of papal diplomatic services conforming to a global diplomatic practice of requiring professional practitioners and a skilled diplomatic corps able to respond and adapt to developing diplomatic requirements and procedures¹⁴. Diplomatic relations between the Church and States throughout the world in the post-Vatican II period underwent unprece-

¹¹ UN 63, pp. 510B513.

¹² See United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, pp. 261B282. As of 31 December 2004, there were 181 States parties to the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and 166 States parties to the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, in: UN 2004, p. 1317.

¹³ See: C. M i g l i o r e, *Ways and Means of the International Activity of the Holy See*, in: W. O n c l i n C h a i r, *Church and State Changing Paradigms*, Leuven: Katolieke Universiteit Leuven, Faculty of Canon Law 1999, pp. 31-41.

¹⁴ See: D. A l v a r e z, *The Professionalization of the Papal Diplomatic Service, 1909-1967*, "The Catholic Historical Review" 1989, pp. 233-248; cf. I. M a r t i n, *The Church's Relations with Foreign Governments*, "Concilium" 8 (1970), pp. 94-103; G. B e n e l l i, *Validità della diplomazia pontificia*, "La Civiltà Cattolica" 2 (1972), pp. 268-278.

mented expansion and extension of relations¹⁵. The Holy See's expansion of global diplomatic activity included a focused attention to involvement and participation in the work of international organizations¹⁶.

Although the Holy See participated in the work of such agencies as FAO and IAEA since the 1950s, the formal invitation of Secretary General U Thant in 1964 to the Holy See to send a Permanent Observer to the United Nations marked the beginning of a higher level of participation. In 2004, the United Nations General Assembly passed resolution A/Res/58/314 formally acknowledging and establishing the range and levels of participation of the Holy See as a Permanent Observer¹⁷.

(b) DIPLOMATIC STATUS
OF HOLY SEE PERMANENT OBSERVER MISSION
AT THE UNITED NATIONS

The status of the Holy See Mission as a Permanent Observer at the United Nations continued until 2004 on the basis of the 6 April 1964 invitation letter of UN Secretary-General U Thant to Pope Paul VI¹⁸. The Holy See had received continuous invitations to attend and participate with interventions in a wide-range of United Nations meetings, international conferences and sessions of the General Assembly. With the purpose of fulfilling its spiritual mission, the Holy See participated in the work of post World War II international organizations and United Nations Specialized Agencies as early as the late 1940s¹⁹. Although the Holy See's participation had been extensive, there was no formalized acknowledgment of the range and level of partici-

¹⁵ Cf. J. C. O t e r o, *Church-State Relations in the Light of Vatican II*, "Concilium" 8 (1970), pp. 113-125; cf. G. C a p r i l e, *La diplomazia pontificia e i suoi compiti*, "La Civiltà Cattolica" 2 (1972), pp. 164-166; P. H u i z i n g, *Church and State in Public Ecclesiastical Law*, "Concilium" 8(1970), pp. 126-135; G. M u c c i, *La diplomazia pontificia dopo il Concilio*, "La Civiltà Cattolica" 2 (1989), pp. 535-546.

¹⁶ Cf. B. B e r t a g n a, *Santa Sede ed organizzazioni internazionali*, "Monitor ecclesiasticus" 106 (1981), pp. 250-286.

¹⁷ See: UN GA, 58th Session, resolution 58/314 (UN GA, resolution 58/314), 16 July 2004, in: *Official Records of the United Nations General Assembly*, New York 2005, pp. 1-2.

¹⁸ See: UN GA, 58th Session, resolution 58/314, p. 1.

¹⁹ Cf. H. de R i e d m a t t e n, *The Part Played by the Holy See in International Organizations*, "Concilium" 8 (1970), pp. 74-93; cf. A. de J o n g, *Concordats and International Law*, "Concilium" 8 (1970), pp. 104-112; F. C a v a l l i, *Spiritualità di fini e di metodi della diplomazia pontificia*, "La Civiltà Cattolica" 1 (1963), pp. 131-144.

pation of the Holy See as a Permanent Observer. This issue was addressed in 2004.

On 1 July 2004 The UN General Assembly at its 92nd plenary meeting in New York considered and adopted draft resolution A/58/L.64 as UN General Assembly resolution A/RES/58/314 B 'Participation of the Holy See in the Work of the United Nations'²⁰. The resolution first acknowledges the wide scope of participation of the Holy See in the work of the United Nations as both a Permanent Observer and member in various UN subsidiary bodies²¹. It also acknowledges that the Holy See contributes financially to the general administration of the United Nations, according to A/RES/58/1B of 23 December 2003²².

²⁰ See: UN GA, 58th Session, resolution 58/314; UN GA, 58th Session, 92nd plenary meeting, document A/58/PV92, 16 July 2004, in: *Official Records of the United Nations General Assembly*, p. 2.

²¹ See: UN GA, 58th Session, resolution 58/314, pp. 1B2. The resolution lists the Holy See's current participation in a diverse range of international instruments, including the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Vienna Convention on Consular Relations, Vienna Convention on the Law of Treaties, the Convention relating to the Status of Refugees and the Protocol thereto, the Convention on the Rights of the Child and the Optional Protocols thereto, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, the main disarmament treaties and the Geneva Conventions and the Additional Protocols. The Holy See is a Member in UN subsidiary bodies, Specialized Agencies and international intergovernmental organizations, including the Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees, the United Nations Conference on Trade and Development, the World Intellectual Property Organization, the International Atomic Energy Agency, the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons, the Preparatory Commission for the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Organization and the International Committee of Military Medicine. The Holy See participates as an Observer at the FAO, ILO, WHO, UNESCO, UNIDO, IFAD, UNWTO, WTO, and is a full Member of the Organization for Security and Cooperation in Europe and a Guest of Honour in its Parliamentary Assembly. Moreover, the Holy See is an Observer in various other regional intergovernmental organizations, including the Council of Europe, the Organization of American States and the African Union, and regularly attends meetings of the Asian-African Legal Consultative Organization. In addition, the Economic and Social Council in 1977 recommended that the Holy See attend sessions of the regional commissions on the basis similar to those afforded to these UN Members which are not Members of the regional commissions.

²² See: *ibid.*, p. 2; UN GA, 61st Session, resolution 61/237, 22 December 2006, in: *Official Records of the General Assembly*, 13 February 2007, p. 7. "The Assessment of Contributions by Non-member States Towards the 2004 Expenses of the United Nations for Their Participation in United Nations Activities" was set for the Holy See at US\$ 7,180 and was reconfirmed

The UN General Assembly resolution A/RES/58/314 Annex lists ten points which outline the rights and privileges of participation of the Holy See. The first point states that the Holy See has ‘the right to participate in the general debate of the General Assembly’²³ the right to participate in the general debate after Member States and before Palestine²⁴. The acknowledgment of this right was important, as a formal recognition of the continuous and permanent presence of the Holy See Permanent Observer in the debates of the General Assembly. The UN General Assembly debates are an extraordinary world forum for making a contribution in the defence of the dignity of the human person. As a result of this resolution, expanding and formally regulating the Holy See’s level of participation was a milestone in the history of the Holy See’s presence at the United Nations. Subsequent points address: the right of inscription on the list of speakers; right to make interventions and right of reply; the right to having the Holy See’s communications at the General Assembly and all international conferences to be issued and circulated as official documents of the Assembly and conferences; the right to raise points of order relating to any proceedings involving the Holy See; the right to co-sponsor draft resolutions and decisions that make reference to the Holy See; seating arrangements at the General Assembly and conferences; and the Holy See does not have the right to vote or put forward candidates in the General Assembly²⁵.

By specifically stating the parameters of its participation and its rights, although some restrictions are applied, the General Assembly resolution gives the Holy See Permanent Observer Mission at the United Nations enhanced opportunities for participation in the work of the Assembly for the fulfilment of the Holy See’s spiritual mission of being able to bring about as the „purification of reason”²⁶, to defend the dignity of the human person, to strive for peace and development, by making an important contribution to the deba-

in UN General Assembly resolution A/RES/61/237 of 13 February 2007 for the fiscal years 2007B2009.

²³ See: UN GA, 58th Session, resolution 58/314, p. 2.

²⁴ See: UN Sec. Gen. Note, p. 2.

²⁵ See: UN GA, 58th Session, resolution 58/314, pp. 2B4; see also: UN Sec. Gen. Note, pp. 3B4.

²⁶ See: B e n e d i c t XVI, *Encyclical Letter* “Deus caritas est”, AAS 98 (2006), pp. 217-252 (DCE), English translation *God is Love*, Vatican City: Libreria Editrice Vaticana, 2006; cf. J o h n P a u l II, *Encyclical Letter* “Redemptoris missio”, 7 December 1990, AAS 83 (1991), pp. 249-340, English translation in: M i l l e r, pp. 435-496.

tes among the delegates of UN Member States. The papal legates' contribution in the nurturing of an unconditional commitment to the common good and peacebuilding are part of the spiritual mission of the Holy See at the United Nations and within the everyday work of its Committees and affiliated agencies. Through the work of the legates at the United Nations, this witness to Christ brings hope and perspective to an often overwhelming agenda of challenges and crises faced by Member States at the Committee and General Assembly levels of deliberations.

2. RECENT LEGISLATION ON PAPAL REPRESENTATIVES

(a) PONTIFICAL LEGATES AS REPRESENTATIVES OF THE ROMAN PONTIFF

The expression „Holy See” has two different meanings: in the first sense it means the office of Supreme Pontiff. In a broader sense, however, it means also the sections of the Secretariat of State: the First Section for General Affairs and the Second Section for Relations with States, and congregations, tribunals and other institutions, whose structures and competencies are defined in special law for the Roman Curia, fulfilling their duties in the name of the Roman Pontiff and by his authority for the good and the service of the particular churches²⁷.

(b) THE REFORM OF THE ROMAN CURIA – APOSTOLIC CONSTITUTION *PASTOR BONUS*

The bishops attending the Second Vatican Council expressed the desire for the reform of the Roman Curia and the revision of the functions of pontifical legates. In the early months of his pontificate, Pope Paul VI identified this need in his allocution to the Roman Curia on 21 September 1963 and the need for an ‘*aggiornamento*’²⁸. Vatican II Council Fathers in *Christus Dominus* called upon the Roman Pontiff to reorganize and modernize the Roman Curia, to integrate international staff and the laity into a universal and

²⁷ See: c. 361, PB 39B47; cf. c. 7 of the CIC/1917.

²⁸ See: P a u l VI, *Allocution to the Roman Curia, 21 September 1963*, AAS 55 (1963), pp. 793B800, English translation in: CLD, vol. 6, pp. 313B322.

unifying administration of the Church, to review the practices and procedures²⁹.

The Roman Curia was subsequently reorganized and reformed on 15 August 1967 by Pope Paul VI by the Apostolic Constitution *Regimini Ecclesiae universae*, taking effect on 1 March 1968³⁰. On 22 February 1968, the *General Regulations of the Roman Curia* were published³¹. The next major reform of the Roman Curia came with the promulgation of the Apostolic Constitution *Pastor bonus* by Pope John Paul II on 28 June 1988. The introductory section of *Pastor bonus* addresses the importance of service and communion in the Church and the purpose of the Roman Curia in strengthening this fruitful communion³². *Pastor bonus* continues to address the dependency of Curial ministry upon the Petrine ministry, and explains the ecclesial and vicarious character of the Roman Curia, with its primary function of ministry for the good of the Church and service to the bishops³³.

Pastor bonus identifies the Secretariat of State as one of the dicasteries of the Roman Curia (art. 2, '1) are juridically equal to the other dicasteries, such as congregations, tribunals, councils and offices, the Apostolic Camera, the Administration of the Patrimony of the Apostolic See, and the Prefecture for the Economic Affairs of the Holy See (art. 2, '1, 2). The Secretariat of State (Secretary of State: Cardinal Tarcisio Bertone, SDB) is composed of two sections: the First Section for General Affairs (Substitute: Archbishop Fernando Filoni; Assessor: Msgr. Gabriele Giordano Caccia) and the Second Section for Relations with States (Secretary: Archbishop Dominique Mamberti; Undersecretary Msgr. Pietro Parolin) (art. 40). Pontifical legates representing the Holy See at the United Nations are within the competence of the Second Section, which is mandated to "[...] foster relations, especially those of a diplomatic nature, with States and other subjects of public international law, and to deal with matters of common interest, promoting the

²⁹ See: CD, nn. 9B10 English translation in: Flannery 1, pp. 508-509.

³⁰ P a u l VI, *Apostolic Constitution* "Regimini Ecclesiae Universae" (REU), 15 August 1967, AAS 59 (1967), pp. 885-928, English translation in: CLD, vol. 6, pp. 324-357.

³¹ P a u l VI, *Regolamento Generale della Curia Romana (General Regulations of the Roman Curia)*, 22 February 1968, AAS 60 (1968), pp. 129-176, English translation in: CLD, vol. 7, pp. 147-176. These regulations were updated by Pope John Paul II through the Secretariat of State (AAS 84 [1992]) and further modified (AAS 91 [1999], pp. 629-699), English translation in *Exegetical Comm*, vol. 5, pp. 176-256.

³² See: PB, nn. 1-2, pp. 683B686.

³³ See: PB, nn. 7-8, pp. 691-692.

good of the Church and of civil society by means of concordats and other agreements of this kind [...]” (art. 46, no. 1). In consultation with competent dicasteries, the Second Section is also mandated to represent the Holy See in international fora: „[...] in consultation with other competent dicasteries, this section takes care of matters concerning the presence and activity of the Holy See in international Organizations, without prejudice to art. 46. It does the same concerning Catholic international organizations” (art. 46, no. 2). Article 46 specifies that the Second Section has “[...] within the scope of its competence, to deal with what pertains to the pontifical legates” (art. 46, no. 3). Overseeing the diplomatic activity of pontifical legates is an important part of the work of the Second Section.

Members of institutes of consecrated life, societies of apostolic life and the laity take part in the diplomatic functions of the Holy See. Consultors and collaborators, appointed from among the Christian faithful other than clerics, are representative of the global Catholic community, exhibiting outstanding knowledge and prudence in specific areas of expertise³⁴. The Holy See seeks out from the worldwide reserve of talent and skill found from among the Christian faithful, both clergy and laity, noted for their virtue, prudence and experience, knowledge and academic training, to participate in and contribute to the work and mission entrusted to the Roman Curia³⁵.

(c) POST-VATICAN II
SPECIAL LAW FOR PONTIFICAL LEGATES

In 1965, the Second Vatican Council requested Pope Paul VI to review the functions of pontifical legates and to bring a more representative selection of people to serve the universal Church³⁶. The role and functions of the legates of the Roman Pontiff were reformed by special law, on 24 June 1969, by Pope Paul VI in his motu proprio *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*³⁷, parts of which were later integrated into the canons of the CIC (cc. 362-367). The

³⁴ See: PB, art. 8, p. 701.

³⁵ See: *ibid.*, art. 9, p. 701.

³⁶ See: CD, nn. 9-10, pp. 508-509.

³⁷ Prior to the publication of this 1969 motu proprio, pontifical legates were subject to the provisions of cc. 265-270 of the CIC/17, together with periodically published lists of habitual faculties attached to their offices. A detailed study of the integration of provisions of the SOE and the applicable CIC/17 canons (for the period 1969-1981) can be found in: O l i v e r i, *Representatives*.

introductory section of the *motu proprio* refers to various documents from Vatican I and II, post-conciliar documents and Scripture, presenting the context within which the new norms were being established³⁸. In particular, there are references to the work of pontifical legates in international organizations and conferences³⁹.

The *motu proprio* specified that members of pontifical missions to international organizations were to be known as Delegates or Observers depending upon the Holy See's membership or observer status in a specific international organization or conference the Holy See was attending⁴⁰. Legates appointed to international organizations transmit to the Holy See communications and documents from the meetings of these organizations, act as liaison with the UN Secretary-General and receive instructions from the Holy See's Secretary of State as to the positions to assume and responses to propose on behalf of the Holy See⁴¹.

Sollicitudo omnium Ecclesiarum identifies the nature and the principal, characteristic function of a pontifical legate as making stronger and more effective the bonds of unity between the Apostolic See and particular Churches throughout the world⁴². The pontifical legate functions also as a conduit for peace and unity of the whole of the human family within the country in which he serves⁴³.

The *motu proprio Sollicitudo omnium Ecclesiarum* exempts the pontifical legate from the jurisdiction of the local Ordinary, addresses his right to perform liturgical acts, and grants certain faculties. Moreover, within "[...] the confines of his legation, the legate of the Roman Pontiff takes precedence over archbishops and bishops but not over members of the Sacred College nor patriarchs of the Oriental Churches whether they are in their own territory or are elsewhere performing sacred functions in their own rite"⁴⁴. The

³⁸ See: SOE, *Introduction*, ORe, 17 July 1969, p. 2.

³⁹ See: *ibid.*

⁴⁰ See: *ibid.*

⁴¹ See: C a r d i n a l e, *Holy See*, pp. 272-272. At the United Nations, the Permanent Observer of the Holy See has Permanent Observer, Delegate and Observer status, depending on the level of participation of the Holy See in a specific UN body, agency, commission, etc. This section of the *motu proprio* (SOE, no. II, 1-2, in: ORe, 17 July 1969, p. 3) was integrated into c. 363 § 2, replacing the word "laity" and "clerics" with "those."

⁴² See: SOE, no. IV, 1, ORe, 17 July 1969, p. 3.

⁴³ See: *ibid.*, no. IV, 2, ORe, 17 July 1969, p. 3.

⁴⁴ *Ibid.*, no. XII.

mission of the legate does not cease during a period of the vacancy of the Apostolic See, but does cease with the completion of his mandate, by revocation, by renunciation accepted by the Roman Pontiff or by reaching the age of 75⁴⁵.

The CIC did not abrogate the *motu proprio Sollicitudo omnium Ecclesiarum* and there has been some debate whether it remains in force as special law. There was no substantial reorganization of the special law in the canons of the CIC relating to pontifical legates, rather a continuation of the process of revising their role and functions in response to the request of the Second Vatican Council Fathers. The CIC consistently refers to the *motu proprio* as the source for several of the canons, and specifically c. 363 § 2 dealing with international organizations.

(d) SPECIAL REGULATIONS
FOR PONTIFICAL REPRESENTATIVES

The *Regolamento per le Rappresentanze pontificie*⁴⁶ was promulgated by Secretary of State Cardinal Angelo Sodano on 22 February 1994, initially taking effect 1 March 1994 on an *ad experimentum* basis for a five-year period. In 2003, an updated edition of the *Regolamento per le Rappresentanze pontificie*⁴⁷ was published, with no major difference between this version and the original *Regolamento* promulgated in 1994. The *Regolamento* remains in force today and consists of 10 titles containing 80 articles that deal with a whole range of matters concerning the legates' role, functions and duties, appointments, classifications, transfers, cessation of service and retirement, remuneration grades, vacation periods, categories of collaborators, etc. The *Regolamento* integrates provisions found within the 1969 *motu proprio Sollicitudo omnium Ecclesiarum* and CIC, cc. 362-367 into an executive decree, approved by Pope John Paul II, signed by Cardinal Angelo Sodano, Secretary of State. These administrative norms clearly specify the rights, obligations, roles, functions, range of activities and limitations of the offices of pontifical representatives. The *Regolamento* states that, together with the

⁴⁵ See: *ibid.*, no. III, 2-3.

⁴⁶ See: *Regolamento per le Rappresentanze pontificie*, Città del Vaticano: Secretariat of State 1994.

⁴⁷ See: *Regolamento per le Rappresentanze Pontificie (Nuova edizione)* (further *Regolamento*), Città del Vaticano: Secretariat of State 2003.

CIC and the *motu proprio Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, „[...] the various functions of Papal Representatives are laid out in full”⁴⁸. It expands upon the earlier *motu proprio* and CIC canons by giving supplementary details regarding such matters as salary grades, retirement ages, specific office titles of representatives and collaborators, the spiritual component of service, and hierarchical reporting requirements.

3. ECCLESIASTICAL OFFICE OF PONTIFICAL LEGATES

Legates appointed to ecclesiastical offices at the Holy See Missions at the United Nations as Heads of Missions have in recent decades been ordained titular archbishops and appointed Apostolic nuncios, although not in all cases. There is a distinction between those legates representing the Holy See as members of any given Specialized Agency or Commission as its Permanent Representatives (Delegates), which includes voting rights, and those legates who are appointed as Observers or Permanent Observers to any specific agency or UN related body. There is a variation of titles given to Permanent Observers and Permanent Representatives appointed to ecclesiastical offices at the Holy See Missions at United Nations Offices and regional centres.

The differences in hierarchical appointments appear to relate to the size and volume of work of each of the United Nations offices. Archbishops are appointed to head the Holy See Missions at the UN Headquarters in New York and the larger UN Office in Geneva. Other priests who are not in episcopal orders are appointed to the smaller concentrations of UN Offices and centres in Vienna, Rome and Paris⁴⁹. This does not appear to imply any

⁴⁸ *Regolamento*, art. 9, p. 6.

⁴⁹ For example, in New York (UNHQ) and Geneva (UNOV), the Holy See Permanent Observers and Permanent Representatives are titular Archbishop Celestino Migliori (UNHQ) and Archbishop Silvano Tomasi (UNOG), appointed Apostolic Nuncios (see: AN 2007, p. 1370). In comparison, the Permanent Observer and Permanent Representative of the Holy See at the “United Nations and Its Specialized Agencies” in Vienna (UNOV) is Msgr. Michael Banach, representing the Holy See at the IAEA, CTBTO, UNIDO, UNCOPUOS and UNODC. In Rome, at FAO, IFAD and WFP, the Holy See Permanent Observer is Msgr. Renato Volante and the Permanent Observer at UNESCO in Paris is Msgr. Francesco Follo (see: AN 2007, p. 1371). The Apostolic nuncio Archbishop Alain Paul Lebeauupin, titular bishop of Vico Equense holds two ecclesiastical offices: Apostolic nuncio and Permanent Observer at UNEP and UN-Habitat and the Apostolic nuncio to the particular Churches and State of Kenya (see: AN 2007, p. 1370).

preference on the part of the Holy See to set the levels of importance of one centre over another.

The offices conferred by the Secretariat of State upon pontifical legates appointed to the Holy See Missions at the United Nations have several constitutive elements: the stability of the office, the ecclesiastical ordinance of the appointment, the specific functions attached to the office and the spiritual purpose of the Holy See's legate at the United Nations⁵⁰.

The legates' offices are established by the Roman Pontiff⁵¹, the competent ecclesiastical authority (c. 148), acquired validly by canonical provision (c. 146), through free conferral by that same authority (c. 147). Accordingly, the character of the ecclesiastical office may vary, according to the method by which it was established. When the ecclesiastical office is established by *motu proprio* or another legislative document, as in the case of Delegates and Observers at the United Nations, the juridical act of establishment would have a legislative character, in contrast to the less common establishment being done by a singular administrative decree⁵².

The Secretariat of State, First Section for General Affairs is responsible for appointments, transfers and juridical status of diplomatic staff of the Holy See⁵³. Pontifical legates are appointed by the Holy See through an *Apostolic Brief* made public by the Secretariat of State. The power of the legate is directly linked to the scope of the need for them to exercise their ecclesiastical office for a spiritual purpose as pontifical legates at the Holy See Missions at the United Nations. Working within the parameters of the office of the Permanent Observer at the United Nations, the papal representative at the time of his appointment receives instructions and faculties needed for him to perform his spiritual mission⁵⁴. These also include faculties pertaining to

⁵⁰ See: G e r o s a, *Canon Law*, p. 233; Cf. P. V. A. B r a i d a, *L'ufficio dei rappresentanti del Romano Pontefice*, "Apollinaris" 52 (1979), pp. 175-199; cf. J. I. A r r i e t a, *Governance Structures within the Catholic Church*, Montreal, Wilson & Lafleur 2000, pp. 63-95 (further A r r i e t a, *Governance Structures*).

⁵¹ The office of the pontifical legate is therefore of ecclesiastical origin, with its purpose to safeguard the interests of the community of the faithful; cf. B a r b e r i n i, *Le Saint-Siège*, pp. 138-139.

⁵² See: A r r i e t a, *Governance Structures*, p. 68.

⁵³ See: *Regolamento*, art. 4, p. 4. The First Section for General Affairs has 144 staff and personnel, of which 96 (67%) are clerics and 48 (33%) laity (AN 2007, pp. 1181-1185).

⁵⁴ Cf., for example, The *Index facultatum* of the papal legates outside mission territories, Congregation for Bishops, 1 January 1968, in: *Leges Ecclesie post Codicem iuris canonici editæ*, collegit, digessit notisque ornavit Xaverius Ochoa (LE, volume number), vol. 3, Rome: Com-

the administration as Mission Head, such as management of the nunciatures, budgets, documentation of financial matters relating to the mission, the hiring of staff, their supervision and evaluation of their service⁵⁵. After the initial nomination or transfer, the Secretariat of State, Second Section for Relations with States will issue instructions regarding their mission⁵⁶. The diplomatic activity of papal representatives to international organizations aims at stimulating the temporal order with Christian values. This goal reaches beyond a mere aspect of safeguarding the interests of the community of the faithful and leads toward promoting the dignity of human person, defence of human rights and finding the solutions to humanitarian problems⁵⁷.

CONCLUSION

Since the inception of the first international organizations and the United Nations in the post Second World War period, legates of the Roman Pontiff have been involved in diplomatic missions to these organizations. Papal representatives work at Holy See Missions to the United Nations in New York, Geneva, Vienna and other world centres where United Nations bodies and agencies serve the international community. In co-operation with the Roman Curia and especially the Secretariat of State, these legates bring the message of peace, hope and a vital spiritual dimension to the UN venue.

As a result of Pope John XXIII's call to an „aggiornamento” and the Second Vatican Council's invitation to review the role and functions of pontifical legates based upon the teaching of the Council, Pope Paul VI promulgated his *motu proprio Sollicitudo omnium Ecclesiarum* (1969) as special law for pontifical legates. This *motu proprio*, together with the CIC/17 cc. 265-270 and the Vatican II Council documents (LG, GS, AA, CD) became the

mentarium pro Religiosis, 1966-, cols. 5284-5288, English translation in: CLD, vol. 9, pp. 172-183; The *Index facultatum* of the papal legates in mission territories, Congregation for the Evangelization of Peoples, 1 January 1971, LE, vol. 4, cols. 5959-5961, English translation in: CLD, vol. 7, pp. 285-289; The *Index facultatum* given to the papal legates by the Congregation for the Oriental Churches, 31 October 1974, LE, vol. 6, cols. 7600-7604, English translation in: CLD, vol. 9, pp. 184-192.

⁵⁵ See: *Regolamento*, art. 64, pp. 28-29.

⁵⁶ See: *Regolamento*, art. 15, p. 10. The Second Section For Relations With States has 53 staff and personnel, with 40 (75%) clerics and 13 (25%) laity (AN 2007, pp. 1186-1187).

⁵⁷ See: B a r b e r i n i, *Le Saint-Siège*, p. 143.

foundation for CIC cc. 362-367 and the *Regolamento per le Rappresentanze pontificie* (1994). The motu proprio *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, the CIC canons and the *Regolamento* are the juridical norms that regulate the work of pontifical legates, also at the United Nations. The work of the Apostolic Nuncio, Permanent Observer, Observer or Delegate at the Holy See Missions to the United Nations is focused to promote the spiritual mission of the Church (c. 747 § 2), distinguishing the legates of the Roman Pontiff from UN State-mandated diplomats gathering at the United Nations.

Through the distinctiveness of the Holy See's mission, UN Member States have not only unanimously accepted and valued the contributions made by papal representatives, but in 2004, the UN General Assembly formally approved and expanded the parameters of participation of the Holy See Permanent Observer Mission at the United Nations. This expanded capacity to fulfill its spiritual mission allows for the Holy See to participate in the general debates at the General Assembly, to make interventions, replies, to have its communications issued and circulated directly as official documents of the Assembly and conferences, to raise points of order involving the Holy See, to co-sponsor draft resolutions and decisions that make reference to the Holy See, and to raise a point on agenda items.

As the world enters the first decades of the 21st century, with its unabated inclination to war and violence, the work of peace-building and the presentation of new ideas and powerful images of hope are in great demand. In this struggle for peace, pontifical legates at the United Nations, together with their lay collaborators, offer the family of nations a roadmap to reconciliation and a healing process needed by millions of people ravaged by war, hunger and depravity.

LEGACJA PAPIESKA W ONZ

S t r e s z c z e n i e

Artykuł omawia podstawy prawne legacji papieskiej w Organizacji Narodów Zjednoczonych, międzynarodową osobowość Stolicy Apostolskiej, status dyplomatyczny misji stałego obserwatora Stolicy Apostolskiej przy ONZ, najnowsze uregulowania prawne dotyczące przedstawicieli papieskich, kanoniczny wymiar urzędu legata papieskiego w ONZ w świetle stosownych przepisów kościelnych oraz rolę i funkcjonowanie przedstawicieli papieskich w ONZ w kontekście bieżących wydarzeń na świecie. Autor zajmuje się także statusem prawnym stałego obserwatora i misji Stolicy Apostolskiej w ONZ w kontekście właściwych przepisów,

tworzeniem się kanonów KPK w trakcie rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego i reformy Kurii Rzymskiej, istotnymi aspektami instytucji legata papieskiego jako funkcji kościelnej oraz obecnością osób świeckich jako przedstawicieli papieskich.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: legacja papieska, stały obserwator, legat papieski.

Key word: pontifical legation, permanent observer, papal legate.

KS. WOJCIECH GÓRALSKI

PRZYSZŁOŚĆ PRAWA KANONICZNEGO W POLSCE

Miejsce i rola prawa kanonicznego – rozumianego jako usystematyzowany zbiór przepisów, którymi rządzi się Kościół – w życiu tej wspólnoty zdaje się całkowicie usprawiedliwiać pytanie o przyszłość zarówno nauczania prawa kanonicznego (jako dyscypliny naukowej) i kształcenia kadry naukowej kanonistów, jak i podejmowania przedsięwzięć badawczych w tym obszarze nauki. O przyszłość prawa kanonicznego w każdej z tych przestrzeni można pytać nie tylko w skali Kościoła powszechnego, lecz także w odniesieniu do regionów kościelnych czy nawet Kościołów partykularnych.

Uzasadnione zatem wydaje się stawianie pytania o przyszłość prawa kanonicznego w Polsce. Postawili je sobie m.in. polscy kanoniści podczas VII Kongresu Teologów Polskich, jaki miał miejsce w dniach 12-15 września 2004 roku na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim.

Nie ulega wątpliwości, że w podejmowaniu próby udzielenia właściwej odpowiedzi na postawione pytanie w dużym stopniu należy brać pod uwagę istniejącą *hic et nunc* stan rzeczy w interesującej nas dziedzinie.

1. NAUCZANIE PRAWA KANONICZNEGO

Nauczanie prawa kanonicznego, mające w Polsce bogatą tradycję¹, w ostatnich latach jest kontynuowane z dość dużym rozmachem: w wyższych

Ks. prof. dr hab. WOJCIECH GÓRALSKI – kierownik I Katedry Kościelnego Prawa Małżeńskiego i Rodzinnego na Wydziale Prawa Kanonicznego UKSW; adres do korespondencji: ul. Dewajtis 5, 01-815 Warszawa.

¹ Zob. A. P e t r a n i, *Nauka prawa kanonicznego w Polsce w XVIII i XIX wieku*, Lublin 1961.

seminariach duchownych, w uniwersyteckich jednostkach organizacyjnych oraz w instytutach diecezjalnych.

Zajęcia dydaktyczne z zakresu prawa kanonicznego w wyższych seminariach duchownych – tak diecezjalnych, jak i zakonnych – są objęte programem studiów, prowadzonych adekwatnie do obowiązującej w Polsce *Ratio studiorum*, która stanowi integralną część przyjętych przez Konferencję Episkopatu Polski Zasad formacji kapłańskiej w Polsce, zatwierdzonych przez Kongregację ds. Wychowania Katolickiego 26 sierpnia 1999 roku². Program studiów przewiduje wykłady i ćwiczenia na trzech latach studiów teologicznych (III, IV i V – łącznie 140 godzin) i obejmuje wprowadzenie do nauki prawa kanonicznego oraz całą materię KPK (z nielicznymi wyjątkami)³. Ponadto niemal w każdej z tych uczelni prowadzone są seminaria z zakresu prawa kanonicznego, choć przygotowywane tutaj prace dyplomowe, przedstawiane następnie na uniwersyteckich wydziałach teologicznych, pozwalają ich autorom uzyskać tytuł zawodowy magistra teologii, nie zaś – co rozumiałe – prawa kanonicznego.

Pełne studia kanonistyczne – na kierunku „prawo kanoniczne” – można odbyć w trzech uczelniach: na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim Jana Pawła II (Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji), na Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie (Wydział Prawa Kanonicznego) oraz w Papieskiej Akademii Teologicznej w Krakowie (Instytut Prawa Kanonicznego na Wydziale Teologicznym). Jednostki te mają uprawnienia do nadawania dyplomantom tytułu zawodowego magistra prawa kanonicznego, a także stopnia licencjata (w rozumieniu prawa kanonicznego). Mogą w nich studiować zarówno duchowni, jak i świeccy, po spełnieniu warunków określonych w Konstytucji apostolskiej Jana Pawła II *Sapientia christiana* z 15 kwietnia 1979 roku⁴ oraz wydanych do niej przez Kongregację ds. Wychowania Katolickiego – 29 kwietnia tego samego roku – *Ordinationes*⁵, a ponadto w Dekrecie wymienionej dykasterii kurialnej z 2 września 2002 roku, reformującym studia na wydziałach prawa kanonicznego (celem reformy jest poprawa sylwetki absolwenta-licencjata studiów prawa kano-

² *Zasady formacji kapłańskiej w Polsce*, Częstochowa 1999.

³ Zob. tamże, s. 185-189.

⁴ AAS 71 (1979), s. 469-499.

⁵ AAS 71 (1979), s. 500-521. Tekst Konstytucji apostolskiej *Sapientia christiana* oraz *Ordinationes* w języku polskim zob. w: *Uniwersytety w nauczaniu Jana Pawła II*, Warszawa 1999, s. 13-62.

nicznego, zwłaszcza w aspekcie solidnego przygotowania do pracy w kuriach i sądach kościelnych)⁶.

Studia prawa kanonicznego na wymienionych uczelniach wciąż cieszą się powodzeniem, choć problemem jest podejmowanie przez znaczny procent studentów studiów równoległych, zazwyczaj na kierunku prawo. Słusznie R. Sobański zauważa, że studenci wykazują wówczas znacznie mniejsze zainteresowanie prawem kanonicznym⁷. Otuchą jednak napawa fakt, że – jak się wydaje – z roku na rok powiększa się grono studentów, również świeckich, którzy z dużym zaangażowaniem oddają się studiom kanonistyki, wiążąc przede wszystkim z tą dyscypliną nadzieje na swoją przyszłość zawodową. Wyraża się to m.in. w podejmowaniu przez wielu z nich studiów doktoranckich.

Można wyrazić pogląd, że prawo kanoniczne studiuje zbyt mało duchownych – tak diecezjalnych, jak i zakonnych, przynajmniej w trybie studiów dziennych. Biorąc pod uwagę wciąż istniejące potrzeby zatrudniania wykwalifikowanych kadr do pracy w seminariach duchownych, w kuriach diecezjalnych/metropolitalnych/zakonnych oraz w trybunałach kościelnych, a także w wielu sektorach duszpasterstwa specjalistycznego (m.in. duszpasterstwa rodzin, małżeństw niekanonicznych czy duszpasterstwa ekumenicznego) uzasadnione wydaje się postulowanie systematycznego kierowania przez biskupów diecezjalnych i wyższych przełożonych zakonnych odpowiednich kandydatów na studia prawa kanonicznego. Szczególną troskę w tym względzie powinna wyzwać świadomość systematycznie rosnącej od kilku lat ilości spraw o stwierdzenie nieważności małżeństwa, wnoszonych do sądów kościelnych. Powszechnym mankamentem jest tutaj brak wystarczającej liczby sędziów i innych pracowników kościelnego wymiaru sprawiedliwości, tymczasem ostatnio w wielu trybunałach sprawy do rozpoznania zastraszająco się piętrzą.

Gdy mowa o studiach prawa kanonicznego, należy wspomnieć, iż dyscyplina ta jest objęta programem zajęć dydaktycznych na papieskich wydziałach

⁶ *Decretum quo ordo studiorum in Facultatibus Iuris Canonici innovatur*, AAS 95 (2003), s. 281-285.

⁷ R. S o b a ń s k i, *Dziś i jutro kanonistyki polskiej*, w: *Kościół w życiu publicznym. Teologia polska i europejska wobec nowych wyzwań*, t. 2: *Materiały spotkań sekcyjnych*, Lublin 2004, s. 211; t e n ż e, *Uwagi o studiach prawa kanonicznego (na marginesie Dekretu Kongregacji Wychowania Katolickiego z 2.9.2002)*, w: *Semel Deo dedicatum non est ad usum humanos (!) transferendum*. Księga pamiątkowa dedykowana ks. prof. dr. hab. Julianowi Kałowskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin, red. J. Wroceński, B. Szewczul, A. Orczykowski, Warszawa 2004, s. 28-29.

teologicznych (w Warszawie i we Wrocławiu), na wydziałach teologicznych uniwersytetów (katedry prawa kanonicznego)⁸, na wielu uniwersyteckich wydziałach prawa i administracji (katedry lub zakłady prawa kanonicznego)⁹, a także w instytutach diecezjalnych (kształcących zarówno duchownych, jak i dla świeckich).

Przyszłość dydaktyki prawa kanonicznego, a jednocześnie popularność studiów w tym zakresie należy wiązać m.in. z poziomem prowadzonych w uczelni zajęć. Chodzi tutaj o to, by student mógł mieć – przez wykładowcę – kontakt z najnowszymi osiągnięciami studiowanej dyscypliny; by przedmiotem wykładu nie była tylko wiedza podręcznikowa; by mógł być umiejętnie wdrażany do samodzielnego myślenia, poznawał sposoby zdobywania wiedzy, potrafił stosować ją w praktyce. Czymś niezmiernie ważnym w tym zakresie będzie przedmiot i forma prowadzenia ćwiczeń i konwersatoriów, a także seminariów magisterskich.

Niewątpliwą bolączką związaną z kształceniem kanonistów świeckich są stosunkowo niewielkie, jak dotąd, możliwości zatrudnienia ich w instytucjach, w których stosuje się prawo kanoniczne, a więc przede wszystkim w kuriach czy w sądach kościelnych. Trzeba wyraźnie przyznać, że dla zdecydowanej większości świeckich absolwentów studiów kanonistycznych nie widać większych perspektyw zawodowych. Pod tym względem więc przyszłość prawa kanonicznego, a ściślej studiów z tego zakresu nie rysuje się zbyt optymistycznie. „Długo jeszcze, prognozował R. Sobański w 2004 roku, będzie się w Polsce powierzało duchownym urzędy, do których wymagany jest licencjat prawa kanonicznego, nawet jeśli prawo dopuszcza świeckich do ich objęcia (np. kan. 1435) [rzecznik sprawiedliwości i obrońca węzła małżeńskiego – W. G.] – a to z przyczyn nader prozaicznych, czyli finansowych”¹⁰. W takim stanie rzeczy należałoby apelować do biskupów diecezjalnych o umożli-

⁸ W strukturze studiów teologicznych prawo kanoniczne stanowi niezbędny składnik formacji teologicznej, wynikający z natury rzeczy.

⁹ Trafna wydaje się uwaga R. Sobańskiego, gdy mówi, że zasługujące na uznanie zamieszczanie w programie studiów prawnych prawa kanonicznego powinno mieć na celu nie tyle zapoznanie studentów z obowiązującymi przepisami tego prawa czy z poszczególnymi instytucjami kanonicznymi, ile raczej z wyznacznikami prawa i jego podstawowymi zasadami oraz terminami używanymi w prawie, a także z realizacją w Kościele „prawa w prawie” (zob. *Kanonista na trzech wydziałach*, „Prawo Kanoniczne” 45 (2002), nr 1-2, s. 30); zob. także R. S o b a ń s k i, *Kanonistyka na uniwersytecie*, w: *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci profesora Kazimierza Marszała*, red. P. Hofmański, K. Zgryzka, Katowice 2003, s. 374-389.

¹⁰ S o b a ń s k i, *Uwagi o studiach prawa kanonicznego*, s. 30.

wienie kanonistom świeckim, spełniającym także wszystkie inne – poza wymaganym stopniem akademickim – wymogi prawa, podejmowanie dostępnych im funkcji w administracji i sądownictwie diecezjalnym.

Nie sposób nie wspomnieć wreszcie o inicjatywach otwierania przez świeckich absolwentów studiów kanonistycznych kancelarii „prawnokanonicznych”, w których udziela się porad w sprawach o nieważność małżeństwa. Jeśli tego rodzaju punkty usługowe miałyby zgodę biskupa diecezjalnego (prowadzenie poradni czy kancelarii określonej mianem „kanonicznej” takiej zgody wymaga) i zasiadałyby w nich osoby wyspecjalizowane w kanonicznym prawie małżeńskim (materialnym i procesowym), a jednocześnie wykazywałyby inne, niezbędne do podejmowania tego rodzaju pracy walory, w szczególności kierowanie się *sensus Ecclesiae*, to wspomnianą inicjatywę należałoby uznać za godną poparcia. Nic też nie stoi na przeszkodzie, by spełniający te same wymogi kanoniści świeccy ubiegali się o wpis na listę adwokatów w trybunale kościelnym¹¹.

Jakkolwiek by było, na kierunku „prawo kanoniczne” warto kształcić, zwłaszcza osoby, które pragną otrzymać gruntowną formację w tym zakresie i wyrażają wolę dalszego specjalizowania się w kanonistyce.

2. KSZTAŁCENIE KADRY NAUKOWEJ

Znacznie korzystniej kształtuje się przyszłość prawa kanonicznego w Polsce, gdy chodzi o kształcenie kadry naukowej kanonistów. Kształcenie to odbywa się na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji (w Instytucie Prawa Kanonicznego) KUL oraz na Wydziale Prawa Kanonicznego UKSW. Tylko bowiem te dwie jednostki organizacyjne mają uprawnienie do nadawania stopni naukowych doktora i doktora habilitowanego nauk prawnych w zakresie prawa kanonicznego. Zarówno na jednej, jak i na drugiej uczelni prowadzone są studia doktoranckie oraz seminaria doktoranckie owocujące systematycznie przeprowadzanymi przewodami doktorskimi. Jakkolwiek w obydwu ośrodkach doktoryzują się najczęściej duchowni (diecezjalni i zakonni), to jednak z roku na rok przybywa także świeckich doktorów prawa kanonicznego. Szczególnie w ostatnich sześciu latach obserwujemy znaczący wzrost promocji doktorskich. Można w tym miejscu pytać, czy po-

¹¹ Sobański widzi tu jednak poważne trudności (*Dziś i jutro kanonistyki polskiej*, s. 213).

ziom rozpraw doktorskich jest w pełni zadowalający. Tymczasem kształcenie doktorów, jak to akcentuje się w procesie bolońskim, znacząco rzutuje na przyszłość każdej dyscypliny naukowej. Jak powiedział ostatnio prof. Tadeusz Szulc – podczas zebrania Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów (10 grudnia 2008 roku) – praca z doktorantami powinna prowadzić do wykształcenia doktorów „o wysokich kompetencjach, aktywnych, kreatywnych, przedsiębiorczych, mobilnych i poszukujących”¹². Pod adresem wymienionych wyżej jednostek organizacyjnych prowadzących kształcenie na kierunku „prawo kanoniczne” można wysunąć sugestię inicjowania dobrze uprofilowanych studiów podyplomowych.

W obydwu ośrodkach coraz częściej przeprowadzane są przewody habilitacyjne, wieńczone uzyskaniem przez kandydatów stopnia naukowego doktora habilitowanego nauk prawnych w zakresie prawa kanonicznego. Od 2004 roku¹³ na KUL-u stopień taki otrzymali: ks. Leszek Adamowicz, ks. Stanisław Dubiel, ks. Andrzej Pastwa, Marta Greszata, ks. Mirosław Sitarz, ks. Ambroży Skorupa. Należy dodać, że kilku doktorów prawa kanonicznego habilitowało się – od wymienionego wyżej roku – w zakresie prawa (ks. Krzysztof Warchałowski, ks. Artur Mezglewski, ks. Piotr Stanisław, ks. Sławomir Fundowicz, ks. Krzysztof Orzeszyna). Natomiast na UKSW w tym samym okresie stopień naukowy doktora habilitowanego nauk prawnych w zakresie prawa kanonicznego uzyskali: ks. Kazimierz Dullak, ks. Grzegorz Leszczyński, ks. Zbigniew Janczewski, ks. Jan Krajczyński, ks. Tomasz Gąkowski, ks. Wojciech Necel i Bożena Szewczul.

Zjawiskiem pozytywnym, dobrze rokującym jeśli chodzi o powiększanie się grona samodzielnych pracowników naukowo-dydaktycznych, jest przystępowanie do habilitacji coraz większej liczby doktorów. Podczas gdy w latach 1945-1977 stopień naukowy doktora habilitowanego (w zakresie prawa kanonicznego) otrzymało 20 doktorów, a w latach 1978-2003 – 22, to w latach 2004-2009 – 11¹⁴. W okresie ostatnich pięciu lat na każdy rok przypadają zatem niemal dwie habilitacje, co umożliwi uzupełnianie braków kadrowych powodowanych przechodzeniem na emeryturę lub przedwczesną śmiercią profesorów i doktorów habilitowanych.

¹² T. S z u l c, *Studia doktoranckie w strategii procesu bolońskiego* (mps), s. 1.

¹³ Wykaz doktorów habilitowanych w zakresie prawa kanonicznego w roku 2004 zob. W. G ó r a l s k i, *Dziś i jutro kanonistyki polskiej. Aspekt naukowy*, w: *Kościół w życiu publicznym*, s. 225.

¹⁴ Zob. tamże, s. 229.

W procesie kształcenia kadry naukowej kanonistów poważnym mankamentem jest stosunkowo mała liczba awansów związanych z nadaniem tytułu naukowego profesora. Tytułem tym legitymują się w zdecydowanej większości emerytowani nauczyciele akademicy, z reguły nadal zatrudnieni w macierzystych uczelniach. Aktualnie tytuł naukowy profesora nauk prawnych mają następujący kanoniści: ks. Remigiusz Sobański (UKSW i UŚ), ks. Marian Pastuszko (UKSW), ks. Marian Fąka (UKSW), bp Tadeusz Pieronek (PAT), ks. Józef Krukowski (KUL), ks. Wojciech Góralski (UKSW), ks. Bronisław Zubert (KUL), ks. Henryk Misztal (KUL), ks. Jan Dyduch (PAT), ks. Edward Górecki (PWT we Wrocławiu), ks. Ryszard Sztuchmiller (UWM), ks. Stanisław Paździor (KUL), ks. Antoni Dębiński (KUL). Ponadto tytuł naukowy profesora nauk prawnych nadany został ks. Antoniemu Kościowi (KUL), doktorowi prawa kanonicznego, habilitowanemu jednak w zakresie prawa. Z kolei doktorzy prawa kanonicznego: ks. Wiesław Wenz (PWT we Wrocławiu) i ks. Józef Krzywda (PAT) habilitowali się w dziedzinie nauk teologicznych, a bp Tadeusz Płoski (UWM), również doktor prawa kanonicznego, uzyskał habilitację w zakresie prawa (na UMK).

W sumie kadra naukowa kanonistów – jako samodzielnych pracowników naukowo-dydaktycznych – liczy 23 doktorów habilitowanych¹⁵ oraz 13 profesorów (wyżej wymienionych), łącznie więc 36 osób. Stan taki można uznać za zadowalający, jednak tylko do pewnego stopnia. Spośród bowiem profesorów jedynie trzech (ks. Ryszard Sztuchmiller, ks. Stanisław Paździor i ks. Antoni Dębiński) nie osiągnęło jeszcze wieku emerytalnego, poza tym zbyt rzadko mają miejsce postępowania o nadanie tytułu naukowego profesora.

Należy dodać, że zapotrzebowanie na wysoko wykwalifikowaną kadre naukową wciąż rośnie, głównie w związku utworzeniem wydziałów teologicznych na wielu uniwersytetach, na których funkcjonują katedry prawa kanonicznego, o czym już wspomniano.

¹⁵ Są to: ks. Marian Stasiak (KUL), bp Andrzej Dzięga (KUL), ks. Stanisław Tymosz (KUL), ks. Wiesław Bar (KUL), ks. Leszek Adamowicz (KUL), ks. Stanisław Dubiel (KUL), Marta Greszata (KUL), ks. Mirosław Sitarz (KUL), ks. Ambroży Skorupa (KUL), ks. Ginter Dzierżon (UKSW), ks. Janusz Gręźlikowski (UKSW), ks. Wiesław Kiwior (UKSW), ks. Henryk Staniak (UKSW), ks. Józef Wroceński (UKSW), ks. Jan Krajczyński (UKSW), ks. Grzegorz Leszczyński (UKSW), ks. Wojciech Necel (UKSW), ks. Zbigniew Janczewski (UKSW), ks. Tomasz Gałkowski (UKSW), Bożena Szewczul (UKSW), ks. Andrzej Pastwa (UŚ), ks. Kazimierz Dullak (USz), ks. Tomasz Rozkrut (PAT).

Odrębnym problemem jest bynajmniej niesporadyczne opóźnianie habilitacji przez doktorów zatrudnionych na stanowisku adiunkta. Tego rodzaju bolączka jest zresztą powszechna i w innych obszarach nauki.

Mówiąc o kształceniu kadry naukowej trzeba pamiętać i o tym, że zachowanie uzyskanego uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego przez daną jednostkę organizacyjną uwarunkowane jest zatrudnieniem w pełnym wymiarze czasu pracy co najmniej dwunastu osób mających tytuł naukowy profesora lub stopień naukowy doktora habilitowanego, reprezentujących dziedzinę nauki, w zakresie której dana jednostka otrzymała uprawnienia, w tym co najmniej sześć osób mających tytuł naukowy profesora¹⁶.

Można zatem powiedzieć, że przyszłość prawa kanonicznego – w wymiarze kształcenia kadry naukowej – w dużej mierze będzie zależeć od wysiłków magistrów, licencjatów, doktorów i doktorów habilitowanych, zwłaszcza zatrudnionych w uczelniach uniwersyteckich, którzy zmierzają do uzyskiwania kolejnych awansów naukowych. Szczególne zadanie spoczywa na kierownikach poszczególnych katedr, których powinnością jest umiejętne stymulowanie swoich asystentów i adiunktów do czynienia postępów w karierze naukowej.

Przyszłość, o której mowa, należy poza tym zdecydowanie wiązać z kontaktami zarówno kadry nauczającej, jak i studentów z przedstawicielami pokrewnych dyscyplin naukowych, szczególnie prawa, a także z zagranicznymi ośrodkami prawa kanonicznego w Europie i na świecie.

3. PRACA BADAWCZO-NAUKOWA

Jeśli chodzi wreszcie o trzeci wymiar prawa kanonicznego – przedsięwzięcia naukowo-badawcze, to na wstępie trzeba przyjąć, że niezbędnym warunkiem do ich podejmowania jest prawidłowe funkcjonowanie ośrodków kanonicznych oraz stały dopływ wykwalifikowanej kadry kanonistów, a także angażowanie do podejmowania badań młodych, uzdolnionych adeptów kanonistyki.

¹⁶ Art. 6 ust. 2 Ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz. U. nr 65, poz. 595).

Pokażny już dorobek rodzimej myśli kanonistycznej¹⁷ jest systematycznie wzbogacany i pomnażany coraz to nowymi publikacjami, szczególnie po promulgowaniu przez Jana Pawła II nowego Kodeksu Prawa Kanonicznego (1983), a następnie Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich (1990). Kierunki podejmowanych badań kształtuje z reguły profil tematyczny poszczególnych katedr wydziałowych, a także potrzeby danej chwili oraz zainteresowania badawcze wielu reprezentantów nauki prawa kanonicznego¹⁸. Kierunki te są bardzo różnorodne, obejmujące na ogół: teorię prawa kanonicznego, jego historię, dogmatykę (w odniesieniu do KPK i KKKW), prawo kanonizacyjne, komparatystykę prawniczą i kościelne prawo publiczne.

Ukazujące się nieprzerwanie w ostatnich dziesiątkach lat monografie, rozprawy i artykuły, zwłaszcza samodzielnych pracowników naukowo-dydaktycznych, stanowią wyraz znacznego zaangażowania kanonistów polskich w dzieło badawcze, które nie przestaje być skutecznym wyzwaniem do kontynuowania dobrych tradycji w tym względzie. Na uwagę zasługuje również podejmowanie przedsięwzięć zespołowych, m.in. realizowanego od 2003 roku projektu kierowanego przez J. Krukowskiego Stowarzyszenia Kanonistów Polskich, dotyczącego przygotowania poprawionego tłumaczenia na język polski KPK z 1983 roku, oraz komentarza tzw. egzegetycznego do tegoż Kodeksu. Cenna jest także aktywność popularyzatorska wielu kanonistów.

W pracy badawczej zbyt mało uwagi poświęca się zasobnym źródłom prawa kanonicznego, podobnie jak bogatemu orzecznictwu rotalnemu, co wynika m.in. z niezbyt dobrej znajomości języka łacińskiego (nawet u samodzielnych pracowników naukowo-dydaktycznych).

Jakkolwiek kanonistyka polska dysponuje siedmioma periodykami z zakresu tej dyscypliny: „Studia Prawnicze KUL”, „Roczniki Nauk Prawnych” i „Prawo–Administracja–Kościół” (KUL), „Prawo Kanoniczne” (UKSW), „Jus Matrimoniale” (UKSW), „Forum Iuridicum” (PWT w Warszawie), „Annales Canonici” (PAT), to jednak niezbędne jest również korzystanie przez pracowników naukowo-dydaktycznych z licznych periodyków zagranicznych, dostępnych zazwyczaj w bibliotekach wielu jednostek organizacyjnych w Polsce.

Przyszłość nauki prawa kanonicznego w Polsce będzie niewątpliwie zależeć od systematycznego podejmowania coraz to nowych badań, zwłaszcza

¹⁷ Dorobek ten został zaprezentowany w licznych pracach. Zob. G ó r a l s k i, *Dziś i jutro kanonistyki polskiej*, s. 232-233, przyp. 15.

¹⁸ Kierunki podejmowanych w ostatnim okresie badań zob. tamże, s. 235-262.

z obszaru problemów i zagadnień dotąd nie podejmowanych albo podejmowanych w stopniu niewystarczającym. Niemalże znaczenie będzie mieć tutaj ogłaszanie wyników tych badań także w językach obcych (szczególnie włoskim, hiszpańskim, angielskim), co umożliwi nie tylko upowszechnienie w znacznie większej skali rezultatów tychże badań, lecz również promowanie kanonistyki polskiej i podnoszenie jej rangi za granicą. Wiąże się z tym potrzeba nawiązywania i stałego utrzymywania bliższych kontaktów naukowych z zagranicznymi ośrodkami prawa kanonicznego (wymiana profesorów, współdziałanie w projektach badawczych, udział w międzynarodowych kongresach, konferencjach i sympozjach naukowych, zapraszanie z referatami do uczelni polskich kanonistów z zagranicy itp.). Brak szerszej współpracy kanonistów polskich ze znaczącymi ośrodkami prawa kanonicznego w świecie należy uznać za poważny mankament w rozwoju wymienionej dyscypliny na gruncie rodzimym.

Przed kanonistyką polską stoi także zadanie podejmowania projektów badawczych w ramach katedry czy nawet wydziału, jak również bliższego współdziałania na polu badawczym z przedstawicielami prawa, prawa wyznaniowego, teologii czy historii Kościoła.

Jeśli rozwój badań naukowych inspirują w dużej mierze kongresy, sympozja i konferencje naukowe, to wypada opowiedzieć się za kontynuowaniem tego rodzaju spotkań naukowych. Na uwagę zasługują tutaj odbywane corocznie dwudniowe sympozja naukowe, organizowane przez Stowarzyszenie Kanonistów Polskich. Szczególną uwagę należy przywiązywać do tematyki sympozjów i doboru referentów. Nadzieję budzi fakt, że w konferencjach i sympozjach coraz częściej uczestniczą także studenci oraz kanoniści praktycy. Jeśli chodzi o tych ostatnich, to z pewnością wielce pożyteczna okazuje się współpraca z nimi, podejmowana przez doświadczonych nauczycieli akademickich, realizowana m.in. poprzez doroczne zjazdy pracowników sądownictwa kościelnego.

Jak słusznie zauważa R. Sobański, „podczas gdy liczba chętnych do studiowania prawa kanonicznego nie zależy wprost i bezpośrednio od wydziału, to w zupełności zależy odeń jego profil naukowy; wydział silny badaniami naukowymi zyskuje na atrakcji w oczach pragnących autentycznie studiować i znajduje argumenty w obronie dysproporcji liczbowej kadry i studentów”¹⁹. Przyszłość rodzimej nauki prawa kanonicznego należy więc wiązać z „produkcją” naukową oryginalną, twórczą, kreatywną, podejmującą zagadnienia nowe i aktualne.

¹⁹ S o b a ń s k i, *Uwagi o studiach prawa kanonicznego*, s. 30.

*

Należy stwierdzić, iż prawo kanoniczne – we wszystkich przedstawionych wyżej wymiarach: nauczania tej dyscypliny, kształcenia kadry naukowej oraz pracy badawczo-naukowej stanowi rzeczywistość wpisaną zarówno w życie Kościoła, jak i w obszar działalności akademickiej.

Każdy z tych wymiarów prawa kanonicznego pozostaje najpierw w ścisłym, organicznym związku z samym Kościołem, wszystkie one bowiem są Kościołowi przyporządkowane z uwagi na to, że służą prawu kanonicznemu jako jednej z dziedzin życia kościelnego; są więc w Kościół immanentnie wrośnięte. Jeśli Konstytucja apostolska Jana Pawła II *Sapientia christiana* stwierdza, że uniwersytety, wydziały i inne jednostki nauk kościelnych są związane „z całokształtem doktryny Chrystusa” (IV) i powołane zostały do istnienia „dla budowania Kościoła i pożytku wierzących chrześcijan” (tamże), to tym samym należy te słowa odnieść do wszystkich trzech zadań tych instytucji: nauczania, kształcenia kadry naukowej i prowadzenia badań naukowych. Wypełniając owe zadania, instytucje te służą Kościołowi, a ich przyszłość rzutuje na przyszłość prawa w Kościele – tak w zakresie stanowienia go, jak i stosowania. W interesie więc Kościoła leży troska, by jednostki organizacyjne związane z naukami kościelnymi, w tym jednostki z zakresu prawa kanonicznego, jak najlepiej pełniły swoją misję. Im gruntowniej będzie wykształcony dany duchowny jako kanonista, tym bardziej kompetentnie, a więc i z większym pożytkiem dla Kościoła, będzie w przyszłości pełnił urząd, np. wikariusza biskupiego czy wikariusza sądowego. Im głębszą wiedzę kanonistyczną posiada osoba świecka, tym więcej przysłuży się Kościołowi jako obrońca węzła małżeńskiego czy adwokat w sądzie kościelnym.

Z drugiej strony, jednostka organizacyjna, która prowadzi kształcenie z zakresu prawa kanonicznego, w urzeczywistnianiu swoich wszystkich trzech zadań znajduje odniesienie do struktur i życia akademickiego. Wydział prawa kanonicznego jest częścią uniwersytetu, a katedra czy zakład prawa kanonicznego – elementem strukturalnym wydziału (np. prawa i administracji), na którym jest umocowana; mniejsza jednostka jest immanentnie zakorzeniona w większej. Z natury rzeczy jakość wydziału rzutuje na przyszłość uniwersytetu jakość katedry – na przyszłość wydziału. Wypełniając swoje potrójne zadania, taka czy inna jednostka organizacyjna służy dobru globalnemu struktur uczelnianych. W interesie danej uczelni i całego środowiska akademickiego leży troska o jakość nauczania, kształcenia kadry naukowej oraz prowadzonych badań.

Na podstawie zaledwie pobieżnego „przeglądu” wielowymiarowej kondycji jednostek organizacyjnych zajmujących się prawem kanonicznym w Polsce można stwierdzić, że – niezależnie od wskazanych mankamentów – przyszłość w zakresie nauczania, kształcenia kadry naukowej i prowadzenia pracy badawczej zapowiada się zadowalająco.

FUTURE OF CANON LAW IN POLAND

S u m m a r y

Canon Law, understood as a systematised body of laws governed by the Church, plays a vital role in the life of this Church. Springing from its “womb”, Canon Law is meant to build community and it is organically bound with the inner life of the Church. Therefore it serves the work of salvation.

Thus perceived, Canon Law is the subject of canon studies, a field of science that belongs both to theological studies (due to its subject) and legal studies (due to its method). If one wants to talk about the future of Canon Law, one has to ask about the future of canon studies, taking into account its three basic tasks: education, production of research personnel and conducting scientific research.

As far as the teaching of Canon Law is concerned, there are three academic institutions that offer Canon Law study (The John Paul II Catholic University of Lublin, Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw and The Pontifical Academy of Theology in Cracow). Apart from these, classes in Canon Law are held by various theological departments, higher seminaries and in diocesan religious institutes.

Only the Catholic University and Stefan Wyszyński University train scientific workers, namely doctors and university professors, the number of whom has been steadily increasing recently, while the number of full professors is not growing too fast.

In the area of academic science and research, there is a systematic growth in the amount of publications, also monographs, yet still too few Polish authors publish in foreign languages. It is encouraging, though, that many symposiums and conferences are held systematically.

Translated by Tomasz Pałkowski

Słowa kluczowe: studia kanonistyczne, badania naukowe, doktor, profesor uniwersytetu.

Key words: canon studies, scientific research, doctor, university professor.

KS. MAREK ZABOROWSKI

SAKRAMENT NAMASZCZENIA CHORYCH W UJĘCIU TEOLOGICZNO-PRAWNYM

Cierpienia zbawcze Chrystusa są częścią, etapem Jego tajemnicy paschalnej. Nie można też do końca zrozumieć teologii sakramentu chorych bez przybliżenia sobie teologii cierpienia. Cierpienie zaś ludzkie zawarte jest w teologii zbawczego Krzyża Chrystusowego. Właściwe imię cierpienia to krzyż. Zarówno zdrowy, jak i chory chrześcijanin musi szukać odpowiedzi na pytania związane z cierpieniem i chorobą jedynie w relacji do Chrystusa ukrzyżowanego i Chrystusa zmartwychwstałego¹.

Sakrament chorych ułatwia spotkanie z Chrystusem w takiej podwójnej optyce. Chory poprzez samą strukturę obrzędową i teksty odpowiednich modlitw jest zachęcany, aby swoje cierpienia połączył z cierpieniami Chrystusa i dokonał upodobnienia do Zbawiciela².

1. TEOLOGIA NAMASZCZENIA CHORYCH

Sakramentalne namaszczenie, w swoim rytualnym i zarazem logicznym przebiegu, nadaje cierpieniom głęboki sens. Liczne bowiem teksty obrzędu

Ks. dr MAREK ZABOROWSKI – sędzia audytor w Sądzie Diecezjalnym w Tarnowie, obrońca węzła małżeńskiego w Sądzie Biskupim w Rzeszowie; adres do korespondencji: ul. Legionów 30, 33-100 Tarnów.

¹ P a u l u s VI, *Constitution „Sacra unctionem infirmorum”*, Typis Polyglottis Vaticanis 1972, nr 30; por. KL 73; zob. KDK 11.

² J. S t e f a n i, *Sakrament chorych w reformie Soboru Watykańskiego II*, Poznań 1988, s. 179.

jak refren powtarzają i przypominają analogię między cierpieniami a zmartwychwstaniem Chrystusa, między cierpieniami i nadzieją zmartwychwstania, która powinna towarzyszyć każdej poważnej chorobie człowieka³.

Z Ewangelii wiemy, że przynoszono do Chrystusa wszystkich chorych i opętanych, a On uzdrawiał ich z wielu chorób⁴. W Ewangelii zanotowano także, że Apostołowie uzdrawiali chorych. Kiedy bowiem Chrystus przywołał do siebie Dwunastu i rozesłał ich po dwóch, to oni „wyrzucali też wiele złych duchów, a wielu chorych namaszczeni olejem i uzdrawiali”⁵. Ludzkie cierpienie i choroba stanowiły dla Chrystusa teren, na którym On ujawnił swoje Boskie posłannictwo, „żebyście wiedzieli, że Syn Człowieczy ma na ziemi władzę odpuszczania grzechów – rzekł do paralytyka: mówię ci: wstań, weź swoje łoże i idź do domu”⁶.

Przez cierpienie i mękę Chrystus stał się Zbawicielem. Równocześnie podniósł On cierpienie i chorobę człowieka do takiej wartości, że mogą one prowadzić go do zbawienia. Odtąd człowiek może znaleźć Boga w cierpieniu i chorobie⁷. Droga zbawienia i odkupienia, którą przeszedł Chrystus, nosi imię „Drogi Krzyżowej”. Tajemnica krzyża – jako instrument zbawienia – korzeniami swymi sięga głęboko, aż do początków życia Zbawiciela, ogarnia cały Jego życiorys; taka sama droga życiowa wyznaczona jest każdemu chrześcijaninowi. Nie jest to wcale głoszenie jakiejś idei cierpiętnictwa, lecz realne i zarazem pełne nadziei przeznaczenie człowieka⁸.

Żaden z sakramentów nie rozwijał się w dziejach Kościoła tak jednostronnie i w sposób tak niepełny, jak sakrament namaszczenia chorych. Dane biblijne, historyczne oraz liturgiczne pierwszego tysiąclecia podpowiadają i nakazują udzielanie sakramentu namaszczenia chorych poważnie chorym, a nie wyłącznie umierającym⁹.

³ Tamże, s. 180.

⁴ Mk 1, 34-35.

⁵ Mk 6, 13.

⁶ Mk 2, 10-11; por. A. S k o r o n e k, *Sakramenty wiary. Chorzy i ich sakrament*, t. 4, Włocławek 1997, s. 31-43.

⁷ M. B r z e z i ń s k i, *Sakrament chorych*, „Słowo Powszechne” z dn. 12-13 listopada 1976, s. 6; zob. M. P a s t u s z k o, *Sakrament namaszczenia chorych w nowym prawie kanonicznym*, w: *Duszpasterstwo w świetle Nowego Kodeksu prawa kanonicznego*, red. J. Syryjczyk, Warszawa 1985, s. 159.

⁸ S t e f a ń s k i, dz. cyt., s. 180.

⁹ J. S t e f a ń s k i, *Sakrament chorych w dziejach i życiu Kościoła*, Gniezno 2000, s. 32.

Po Zesłaniu Ducha Świętego Apostołowie otaczali wielką troską ludzi chorych, zanosząc im Dar Zbawienia w postaci sakramentu chorych, aby wierny cierpiący i chory udźwignął ciężar cierpienia i by choroba była dla wierzącego spotkaniem się z miłującym Ojcem¹⁰. „Choruje ktoś wśród was? – pyta święty Jakub Apostoł – niech sprowadzi kapłanów Kościoła, by się modlili nad nim i namaścili go olejem w imię Pana. A modlitwa pełna wiary będzie dla chorego ratunkiem i Pan go podźwignie, a jeśli by popełnił grzechy, będą mu odpuszczone”¹¹. W tekście tym święty Jakub łączy zbawienia ciała i duszy w jednym obrzędzie namaszczenia olejem, dokonywanym przez oficjalnych przełożonych gminy chrześcijańskiej¹².

Sobór Trydencki, omawiając sakrament namaszczenia chorych, stwierdził, że był on zapowiedziany przez świętego Marka, a promulgowany przez świętego Jakuba¹³. Święty Marek bowiem pisze: „Apostołowie [...] wielu chorych namaszczeni olejem i uzdrawiali”¹⁴. Sobór Trydencki widzi tutaj delikatny ślad sakramentu chorych, chociaż brak jakichkolwiek szczegółów sakramentalnych i rytualnych¹⁵. Natomiast w Liście świętego Jakuba występuje czynność namaszczenia oraz fakt uzdrowienia¹⁶. Ten ostatni należy do znaków mesjańskich, towarzyszących także charyzmatycznej działalności Apostołów. Uzdrowionym towarzyszy namaszczenie olejem¹⁷.

Chrystus znał oczywiście symboliczną, kulturową i religijną funkcję oleju. Nieprzypadkowo wybrał ten znak i nadał mu znaczenie głębsze, uświęcające i lecznicze, zwłaszcza w sensie duchowym. Dowodzi tego podstawowy tekst z Listu świętego Jakuba („Choruje ktoś pośród was? Niech sprowadzi kapłanów Kościoła, by modlili się nad nim i namaścili go olejem w imię Pana. A modlitwa pełna wiary będzie dla chorego ratunkiem i Pan go podźwignie [...]”)¹⁸, który Sobór Trydencki uznał za „promulgację” sakramentu chorych¹⁹. W tym kontekście ważna jest interpretacja i egzegeza tego tekstu.

¹⁰ P a s t u s z k o, art. cyt., s. 159.

¹¹ Jk 5, 14-15.

¹² P a s t u s z k o, art. cyt., s. 159.

¹³ DS 1695, 1716.

¹⁴ Mk 16, 13.

¹⁵ DS 1695.

¹⁶ Jk 5, 13-16.

¹⁷ S t e f a n s k i, *Sakrament chorych w dziejach i życiu Kościoła*, s. 32.

¹⁸ Jk 5, 14.

¹⁹ DS 1716.

Święty Jakub wspomina tutaj chorego, który niezdolny jest do poruszania się. Tekst mówi o żądaniu wezwania do niego kapłanów. Chodzi tutaj nie o świeckich, lecz o członków hierarchii. Wezwani mają być kapłani. Grecki tekst nazywa ich *presbiteroi*. Takie jest zadanie wybitnych egzegetów²⁰. Podczas takiej wizyty kapłani modlili się w intencji chorego. Przed modlitwą namaszczeni chorego olejem. W symbolice Starego Testamentu przypisywano drzewu oliwnemu tę samą symboliczną właściwość, co wodzie. Pozwalała ona uniknąć śmierci i zachować życie²¹.

Punkt ciężkości tekstu podanego przez świętego Jakuba leży w słowach, że to namaszczenie ma dokonać się wraz z modlitwą w „imię Pana”, tzn. w imię Chrystusa uwielbionego. Skuteczność działania tkwi w mocy tego imienia, w potędze Bożego imienia. Akcent owej czynności spoczywa na duchowych wartościach, jakie związane są z konkretną modlitwą w „imię Pana”²². Również w to imię Apostołowie dokonywali uzdrowień. I tejże modlitwie przypisywana jest moc i duchowy rezultat namaszczenia olejem²³. W modlitwie kapłanów jest obietnica zarówno uzdrowienia ciała, jak i podźwignięcia duchowego. Zatem oczekiwana skuteczność modlitwy ma mieć potrójny rezultat. Ma być ratunkiem dla chorego, w sensie asekuracji życia wiecznego, ma sprawić duchowe i cielesne podźwignięcie chorego (analogia do medycznych i naturalnych właściwości oleju z oliwek). Może spowodować przebaczenie grzechów, jeśli chory był nimi obciążony, jakkolwiek święty Jakub bliżej nie określa i nie interesuje się, o jaką kategorię grzechów (lekkich czy ciężkich) tu chodzi²⁴.

Kościół katolicki wyjaśnia tekst świętego Jakuba w sensie działania sakramentalnego, gdyż występuje tutaj znak – materia i słowa. Znakiem jest namaszczenie olejem, słowami „modlitwa pełna wiary”. W tym duchu wypo-

²⁰ C. G h i d e l l i, *Il testo di Giac, 5, 13-15. Commento esegetico*, RiPL 11 (1973) 3-4, s. 28 n.; I. B i f f i, *L'unzione degli infermi nella S. Scrittura*, „Ambrosius” 38 (1962), s. 102 n.; B. R e i c k e, *L'onction des malades d'après Sant Jacques*, LMD 113 (1973), s. 50 n.

²¹ C. O r t e m a n n, *Il Sacramento degli infermi. Storia e significatio*, Torino 1972, s. 14.

²² R e i c k e, dz. cyt., s. 55 n.

²³ O r t e m a n n, dz. cyt., s. 14-16.

²⁴ Zob. E. L a n g e l i n g, *Todesweihe oder Krankensalbung?*, w: *Liturgisches Jahrbuch*, Münster 1951, s. 202.

wiadają się wszystkie późniejsze, oficjalne dokumenty Kościoła, zarówno soborowe, jak i poszczególnych papieży²⁵.

Nie wiemy dokładnie, w jaki sposób udzielano sakramentalnego namaszczenia w pierwszych wiekach. Nie zachowały się bowiem bezpośrednio świadectwa liturgiczne z tego okresu z opisem rytu udzielania tego sakramentu. Mamy jedynie dowody pośrednie w formie tekstów błogosławieństwa oleju chorych²⁶.

Liczne źródła patrystyczne mówią wyraźnie o fakcie używania błogosławionego oleju na użytek chorego, m.in. zbiór modlitw egipskiego biskupa z terenów perskich z końca III wieku²⁷. *Sacramentarium Serapionis* zawiera modlitwę błogosławienia oleju chorych z IV wieku²⁸. Najpełniejsze świadectwo o namaszczeniu chorych w sensie sakramentalnym przekazuje nam list papieża Innocentego I (416 r.) do Decencjusza, biskupa Gubbio. Papież wyjaśnia, że ów sakrament został ustanowiony dla chorych. Błogosławienie oleju dla tego sakramentalnego celu zarezerwowane było jedynie dla biskupów i kapłanów. Publicznym pokutnikom zabroniono korzystania z tego sakramentu²⁹.

Do czasu reformy karolińskiej (VIII-IX wiek) olej chorych, błogosławiony przez biskupa, był używany także na sposób prywatny. Sami chorzy mogli go przechowywać w domu i w razie potrzeby, według uznania, stosować. Owo prywatne stosowanie oleju „w imię Pana” przez osoby świeckie nie stoi w żadnej opozycji do uroczystej praktyki udzielania namaszczenia przez duchownych. Obydwie praktyki powołują się na tekst z Listu świętego Jakuba (Jk 5, 13-16). Świadczy to o bogactwie pluralistycznym Kościoła, który zwraca uwagę na istotny moment – na samą rzecz sakramentalną i jej skutki. Przyczyny owej podwójnej praktyki namaszczenia nie są w pełni znane³⁰. Stopniowo jednak, przede wszystkim pod wpływem reform przeprowadzonych z inicjatywy Karola Wielkiego, a zwłaszcza jego doradcy – Alkuina, który

²⁵ BF 512-524.

²⁶ A. C h a v a s s e, *Étude sur l'onction des infirmes dans l'Eglise latine du III^e au XI^e siècle. I. Du III^e siècle à la réforme carolingienne*, Lyon 1942 (autor zestawia rytę namaszczenia chorych w pierwszych wiekach chrześcijaństwa).

²⁷ M. I. Rouët de J o u r n e l, *Enchiridion Partisticum. Loci SS Patrum, Doctorum, Scriptorum Ecclesiasticorum*, Freiburg 1965, n. 698.

²⁸ Tamże, n. 1241.

²⁹ DS 216.

³⁰ P. de L e t t e r, *Krankensalbung*, w: K. R a h n e r, A. D a r l a p, *Sacramentum Mundi. Theologisches Lexikon für die Praxis*, Freiburg–Basel-Wien 1969, vol. III, s. 75-79.

szeroko w całym imperium propagował zwyczaje rzymskie, obserwowany by proces pewnej unifikacji rytualnej i zarazem „romanizacji” kultycznej³¹. *Statuta Pseudo Bonifatii* mówią, iż aplikacja namaszczenia chorych zarezerwowana jest już jedynie kapłanowi, zwłaszcza od roku 840³². Sama zaś praktyka udzielania sakramentu namaszczenia chorych od IX wieku jest zjawiskiem coraz rzadszym w życiu chrześcijanina³³.

Do wieku IX w namaszczeniu olejem chorych – *medicina Ecclesiae* (12 namaszczeń) – szukano przede wszystkim uzdrowienia fizycznego³⁴. Stopniowo, zwłaszcza pod wpływem przyczyn pozaliturgicznych, zaczęto odkładać przyjmowanie tego sakramentu na końcowy moment życia. Ważny wpływ na odkładanie sakramentalnego namaszczenia chorych na okres tuż przed śmiercią miało podkreślenie oczyszczającego momentu namaszczenia. Treść modlitw obrzędów namaszczenia chorych od X/XI wieku mówi o „wyzdrowieniu duchowym”. Stąd dużo w tych tekstach mowy o przebaczeniu grzechów, o umocnieniu duchowym chorego, o uzdrowieniu ze słabości duchowych³⁵. Nie należy jednak przypuszczać, aby nowe zwyczaje, odkładające moment przyjmowania sakramentalnego namaszczenia na ostatni moment życia, były już w VIII czy IX wieku praktyką zwyczajną Kościoła. Stanowiły one jedynie pierwsze ślady późniejszego sposobu administrowania sakramentu, który dopiero przez Sobór Trydencki został przekazany naszym czasom. Żadne bowiem ze znanych i zachowanych tekstów liturgicznych do czasu reformy karolińskiej nie mówią, że sakramentalne namaszczenie chorych było rytmem przygotowującym na śmierć³⁶.

Dla Piotra Lombarda († 1160) namaszczenie olejem chorych to *extrema unctio*, udzielana umierającym. Również święty Tomasz z Akwinu (1225-1274) uważa sakrament namaszczenia chorych za ostatnią pomoc udzielaną przez Kościół tym, którzy przygotowują się do życia w chwale wiecznej³⁷.

Od XII wieku sakrament chorych miał nazwę mało zachęcającą do przyjęcia go: *extrema unctio*, a więc sakrament umierających. Inne nazwy tego

³¹ C. V o g e l, *Introduction aux sources de l'histoire du culte chrétien au Moyen Âge*, Spoleto 1966, s. 118 n.

³² P L 89, s. 821-823.

³³ S t e f a n s k i, *Sakrament chorych w dziejach i życiu Kościoła*, s. 39.

³⁴ P a s t u s z k o, art. cyt., s. 160.

³⁵ B. B o t t e, *L'onction des malades*, LMD 15 (1948), s. 97.

³⁶ J. C. D i d i e r, *L'Onction des malades et la clause du „danger de mort”*, *L'Ami du Clerge* 78 (1968), s. 99 n.

³⁷ P a s t u s z k o, art. cyt., s. 160.

sakramentu to: olej chorych, sakrament odchodzących, święte namaszczenie chorych, u katolików greckich – święty błogosławiony olej, święte namaszczenie³⁸.

Według Soboru Florenckiego z 1439 roku piątym sakramentem z siedmiu jest ostatnie namaszczenie. Materią tego sakramentu jest olej z oliwek błogosławiony przez biskupa. Choremu zagrożonemu niebezpieczeństwem śmierci namaszcza się oczy – ze względu na wzrok, uszy – ze względu na słuch, nozdrza – ze względu na powonienie, usta – ze względu na smak i mowę, ręce – ze względu na dotyk, nogi – ze względu na chodzenie i okolicie nerek – ze względu na spełniane przez nie funkcje. Formułą tego sakramentu było: „Przez święte namaszczenie i swoje dobrotliwe miłosierdzie niech ci odpuści Bóg cokolwiek zawiniłeś wzrokiem, słuchem, powonieniem, smakiem i mową, dotykiem, chodzeniem, przyjemnością związaną z nerkami”³⁹.

W odpowiedzi na protestanckie zakwestionowanie m.in. sakramentu namaszczenia chorych Sobór Trydencki na XIV sesji przedstawił po raz pierwszy syntezę nauki o tym sakramencie. Kanony trydenckie stwierdzały, że: a) ostatnie namaszczenie jest sakramentem ustanowionym przez Chrystusa; b) skutki sakramentu polegają na udzieleniu specjalnej łaski, na odpuszczeniu grzechów, na duchowym i fizycznym podźwignięciu chorego; c) praktyka Kościoła w udzielaniu tego sakramentu zgodna jest z tradycją Listu św. Jakuba 5, 14-15; d) właściwymi szafarzami tego sakramentu są kapłani⁴⁰.

Powyższa doktryna, przyjęta wraz z dotychczasowym rzymskim zwyczajem udzielania sakramentu chorych jako „ostatnie namaszczenie”, została utrwalona i przekazana następnym pokoleniom poprzez Rytuał Rzymski Pawła V z roku 1614. Namaszczenia udzielano po spowiedzi świętej i po przyjęciu Wiatyku. Formuła sakramentalna miała wydzźwięk pokutny. Sakrament można było powtarzać w wypadku, gdy chory, po uprzednim odzyskaniu zdrowia, ponownie znalazł się w sytuacji zagrożenia życia. Praktyka oraz teoria Soboru Trydenckiego inspirowała teologię oraz duszpasterstwo chorych do naszych czasów⁴¹.

³⁸ Tamże.

³⁹ *Dokumenty soborów powszechnych*, red. A. Baron, H. Pietras, t. III, Kraków 2003, s. 521.

⁴⁰ DS 1694-1700; 1716-1719.

⁴¹ *Rituale Romanum Pauli V Pontificis Maximi iussu editum, Coloniae Agrippinae 1640*, s. 56; zob. Z. W i t, *Troska liturgiczna o chorego człowieka w świetle polskich rytuałów potrydenckich (1631-1964)*, Lublin 1995.

Właściwą jednak syntezę katolickiej nauki o sakramencie namaszczenia chorych zawiera Konstytucja dogmatyczna o Kościele *Lumen gentium*. Stanowi ona kontynuację nauczania Magisterium Kościoła w tym przedmiocie, zwłaszcza Soborów Florenckiego oraz Trydenckiego. Sobór Watykański II naucza: „Przez święte chorych namaszczenie i modlitwę kapłanów cały Kościół poleca chorych cierpiącemu i uwielbionemu Panu, aby ich podźwignął i zbawił [...], a nadto zachęca ich, aby łącząc się dobrowolnie z męką i śmiercią Chrystusa [...] przysparzali dobra Ludowi Bożemu”⁴². Sobór odsyła do biblijnego uzasadnienia swojej wypowiedzi, powołując się na: Jk 5, 14-16; Rz 8, 17; Kol 1, 24; 2 Tm 2, 11-12 oraz 1 P 4, 13. Naukę Soboru uwydatniło też nowe *Ordo unctionis infirmorum*: „Sakrament ten udziela choremu łaski Ducha Świętego, która przyczynia się do zdrowia (dobra) całego człowieka, napełnia go Bożą ufnością i udziela siły przeciwko pokusom złego ducha, pozwalając jednocześnie przezwyciężyć lęk przed śmiercią. W ten sposób człowiek jest zdolny nie tylko do mężnego przetrwania zła, lecz również do zwalczania wszystkiego, otrzymując także – gdy to jest pożyteczne dla zbawienia jego duszy – zdrowie ciała. Wspomniana łaska udziela wreszcie – jeśli to jest konieczne – odpuszczenia grzechów i staje się dopełnieniem chrześcijańskiej pokuty”⁴³. Przytoczony tekst jest wyraźnym nawiązaniem do nauki Soboru Trydenckiego, na który zresztą Kongregacja się powołuje⁴⁴.

Powyższe wypowiedzi wyraźnie akcentują chrystologiczny aspekt sakramentu, mianowicie jego łączność z męką i śmiercią Chrystusa. Choroba jest konkretną możliwością uczestniczenia – dzięki wierze – w cierpieniach i śmierci Chrystusa. Światło wiary pozwala głębiej poznać tajemnicę cierpienia i odważnie je przetrwać. Słowa Chrystusa pozwalają przekonać się o znaczeniu cierpienia i zrozumieć, czego może ono dokonać dla zbawienia własnego i świata. Człowiek wiary pamięta, że jest miłowany przez Chrystusa, który osobiście nawiedzał i uzdrowiał chorych⁴⁵.

Przytoczone wypowiedzi ukazują również eklezjalny aspekt namaszczenia chorych: w sprawowaniu tegoż sakramentu partycypuje cały Kościół, który

⁴² KK 11, 2.

⁴³ S. Congr. pro Cultu Divino, *Decr. Ordo Unctionis Infirmorum eorumque pastoralis curae*, AAS 65 (1973), s. 275-276, n. 6.

⁴⁴ Tamże.

⁴⁵ L. G e r o s a, *Krankensalbung*, w: R. A h l e r s, L. G e r o s a, L. M ü l l e r, *Ecclesia a sacramentis. Theologische Erwägungen zum Sakramentenrecht*, Paderborn 1992, s. 71; zob. B. B r o, *Człowiek i sakramenty*, Warszawa 1976, s. 89.

poleca chorego cierpiącemu i uwielbionemu Panu, natomiast chory przysparza dobra Ludowi Bożemu⁴⁶. Kościół wspomaga wiernego w jego cierpieniach, niejako „poświęca” jego chorobę i ewentualną śmierć oraz zanosi ją przed Pana. „Chorego [...] zbawi jego wiara oraz wiara Kościoła, która ma związek ze śmiercią i zmartwychwstaniem Chrystusa, skąd też sakrament czerpie swoją skuteczność [...]”⁴⁷. Choroba staje się więc rzeczywistością zbawczą. Sakrament namaszczenia służy bowiem choremu do odzyskania zdrowia, gdy to jest pożyteczne dla jego zbawienia, napełnia go Bożą ufnością, wzmacnia siły przeciwko pokusom i pozwala przezwyciężyć lęk przed śmiercią oraz udziela – gdy to jest konieczne – odpuszczenia grzechów. W ten sposób sakrament ten jest dopełnieniem chrześcijańskiej pokuty i odnowieniem chrztu św. w obliczu śmierci⁴⁸.

Choroba i cierpienie nie stanowią więc wartości same w sobie. Właściwy sens może im nadać jedynie wiara w Chrystusa oraz łączność z Nim i Jego Kościołem⁴⁹. Chory przyjmujący sakrament namaszczenia podobny jest do wiernego podejmującego pokutę. Analogię tę, występującą w całej tradycji dogmatyczno-kanonistycznej, wyraźnie uwydatnił Sobór Trydencki⁵⁰. Dlatego też ten piąty sakrament, uznawany za *sacramentum maius*, w tradycji teologicznej uważa się za uzupełnienie sakramentu pokuty. Wierny przystępujący do sakramentu pokuty daje świadectwo, iż chrześcijańskie życie musi być *perpetua paenitentia*, natomiast chory przyjmujący namaszczenie daje przykład, że życie doczesne od chrztu po śmierć powinno być nieustannym upodobnianiem się do życia i śmierci Chrystusa, aby wkroczyć w nowe życie⁵¹. Obie drogi prowadzą do Eucharystii, która jest źródłem i zarazem szczytem całego życia chrześcijańskiego⁵². Wydaje się, iż sakrament namaszczenia chorych należy interpretować w takim właśnie kontekście doktrynalnym.

⁴⁶ KK 11.

⁴⁷ *Obrzędy Namaszczenia Chorych. Wstęp*, Katowice 1995, nr 7.

⁴⁸ Tamże, nr 6.

⁴⁹ Cz. K r a k o w i a k, *Sens cierpienia i śmierci w świetle liturgii sakramentu namaszczenia chorych i wiatyku*, w: *Cierpienie i śmierć*, red. J. Nowak, Lublin 1992, s. 89.

⁵⁰ Por. J. F e i n e r, *Die Krankheit und das Sakrament des Salbungsgebetes*, w: *Mysterium salutis. Grundriss heilsgeschichtlicher Dogmatik*, Hrsg. von J. Feiner, M. Löhrer, Zürich–Einsiedeln–Köln 1976, s. 509-519.

⁵¹ Rz 6, 4.

⁵² KK 11, 1.

2. NAMASZCZENIE CHORYCH W KODEKSIE PRAWA KANONICZNEGO Z 1917 ROKU

Kodeks prawa kanonicznego z 1917 roku na określenie sakramentu namaszczenia chorych używał jeszcze terminu ostatnie namaszczenie (*sacramentum extremae unctionis*)⁵³. W kanonie 938 postanawiał, że ważnie udziela sakramentu namaszczenia chorych tylko kapłan⁵⁴. W następnym stwierdzał, że godziwie sakramentu namaszczenia chorych udzielają kapłani, którym zlecono duszpasterstwo określonej wspólnoty wiernych⁵⁵.

Kanon 940 § 1 omawianego kodeksu, dotyczący przyjmującego sakrament, ujęty był negatywnie, a słowa *non nisi* ograniczały możliwość sprawowania sakramentu tylko względem chorych znajdujących się w niebezpieczeństwie śmierci⁵⁶.

Zgodnie z kanonem 937 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1917 roku, do ważnego udzielenia sakramentu namaszczenia chorych trzeba używać oleju poświęconego. W zwyczajnych przypadkach korzysta się z oleju poświęconego⁵⁷ (zgodnie z obrzędem „Pontyfikału rzymskiego”) przez biskupa diecezjalnego w Wielki Czwartek podczas Mszy św. krzyżma. Używanie oleju poświęconego przez biskupa diecezjalnego ma znaczenie eklezjalne: on bowiem jest głównym szafarzem Bożych tajemnic oraz moderatorem, promotorem i stróżem życia liturgicznego w powierzonym sobie Kościele partykularnym⁵⁸. Dzięki temu w specyficzny sposób urzeczywistnia się kościelna wspólnota – *communio*, do której zachowania zobowiązani są wszyscy wierni⁵⁹, aby mogli uczestniczyć w owocach zbawczej Męki i Zmartwychwstania Chrystusa.

Pio – benedyktyński Kodeks prawa kanonicznego w kanonie 945 stanowił, że poświęcenia oleju chorych mógł dokonać także prezbiter (jednak w sytuacji konieczności)⁶⁰.

⁵³ KPK 1917, kan. 937.

⁵⁴ Tamże, kan. 938.

⁵⁵ Tamże, kan. 939.

⁵⁶ Tamże, kan. 940 § 1.

⁵⁷ Tamże, kan. 937.

⁵⁸ KPK 1983, kan. 835 § 1.

⁵⁹ Por. tamże, kan. 209.

⁶⁰ „Qui facultatem illud benedicendi a Sede Apostolica ob tinuerit”, KPK 1917, kan. 945.

3. KONSTYTUCJA APOSTOLSKA *SACRA UNCTIONEM INFIRMORUM* PAWŁA VI (30 XI 1972)

Konstytucja apostolska, opublikowana dnia 18 stycznia 1973 roku, zaczynająca się od słów: *Sacra Unctionem Infirmorum*, zmieniła ryt sakramentu namaszczenia chorych. Papież Paweł VI zatwierdził w niej nową formę tego sakramentu⁶¹. Papież przypomniał w omawianym dokumencie, że „święte namaszczenie chorych” zgodnie z wiarą i nauką Kościoła jest jednym z siedmiu sakramentów przez Chrystusa ustanowionych, który został zapowiedziany w następującym tekście Ewangelii: „Wyrzucali też wiele złych duchów oraz wielu chorych namaszczaoli olejem i uzdrawiali” (Mk 6, 13)⁶².

Paweł VI – jak to już zostało wspomniane w konstytucji *Sacra Unctionem Infirmorum* – zmienia ryt sakramentalny namaszczenia chorych: „Naszim apostolskim autorytetem postanawiamy, aby w obrządku łacińskim sakramentu namaszczenia udzielać osobom niebezpiecznie chorym, namaszczając tylko czoło i dłonie olejem z oliwek, należycie poświęconym; odmawiając przy tych dwóch namaszczeniach tylko jeden raz następującą formułę modlitewną: „Przez to święte namaszczenie i swoje najłaskawsze miłosierdzie niech ci Bóg pomoże łaską Ducha Świętego, aby ciebie uwolnionego od grzechów uzdrowił i litościwie ci ulży!”⁶³. W nagłych wypadkach wystarczy tylko namaścić czoło chorego lub – ze względu na szczególne okoliczności czy warunki chorego – inną i najbardziej wskazaną albo dostępną część jego ciała, odmawiając całą formułę⁶⁴.

Zgodnie ze słowami świętego Jakuba, najwłaściwszą porą do przyjęcia tego sakramentu nie jest agonია, ale czas, gdy choremu zagraża niebezpieczeństwo z powodu choroby czy starości, bo sakrament ten jest źródłem łask, tak bardzo potrzebnych w cierpieniu i walce z chorobą o zdrowie.

Analizowana konstytucja wyraźnie przesuwaa punkt ciężkości z agonii na niebezpieczeństwo śmierci. Sakramentu namaszczenia chorych należy udzielać tym wiernym, którzy wskutek choroby lub starości są poważnie, niebezpiecz-

⁶¹ J. S z u r l e j, *Reforma sakramentu chorych*, „Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne” 7(1974), s. 290.

⁶² P a w e ł VI, *Konstytucja „Sacra unctionem infirmorum”*, nr 1.

⁶³ Tamże, nr 5.

⁶⁴ Por. E. S z t a f r o w s k i, *Odnowione przepisy prawno-liturgiczne sakramentu namaszczenia chorych*, PK 19 (1976), nr 3-4, s. 68-70.

nie chorzy⁶⁵. Nacisk położono na „niebezpiecznie, poważnie chorzy”. Jeśli chodzi o ustalenie „ciężkiej choroby”, to zgodnie z wyjaśnieniem samego prawodawcy, wystarczy w tej sprawie roztropny osąd, wydany w spokoju i po porozumieniu, gdy to możliwe, z lekarzem⁶⁶. Ponadto podaje wyjaśnienie co do osób, które mają być operowane: „przed operacją chirurgiczną można udzielić choremu namaszczenia, ilekroć poważna choroba jest przyczyną operacji”⁶⁷. Musi więc zaistnieć jakieś niebezpieczeństwo, które jest związane z operacją. Osobom natomiast starszym, które bardzo podupadły na siłach, wolno udzielić namaszczenia nawet wtedy, gdy nie ma podejrzenia o poważną chorobę⁶⁸. Samo osłabienie spowodowane starością należy w danym wypadku uznać za niebezpieczeństwo. Konstytucja Pawła VI nie wymaga, by chodziło o chorobę stwarzającą bezpośrednie zagrożenie śmiercią, niemniej jednak nie może chodzić o każdą chorobę lub starość, lecz o poważną chorobę oraz starość, która bardzo kogoś osłabiła⁶⁹.

W konstytucji *Sacra Unctionem Infirmorum* podkreślono troskę o to, aby wierni sami prosili o sakrament namaszczenia chorych i przyjmowali go z głęboką wiarą i pobożnością od razu, gdy przychodzi odpowiedni moment, a nie ulegali niewłaściwej praktyce odkładania tego sakramentu⁷⁰. Również i z tego sformułowania wynika, że sakrament namaszczenia chorych winien być z zasady przyjmowany wtedy, gdy chory ma jeszcze pełną świadomość. Należy dołożyć starań, aby tego dopilnować⁷¹. Sakramentu namaszczenia wolno udzielać chorym, którzy wprawdzie stracili przytomność lub używanie rozumu, ale jako wierzący najprawdopodobniej prosiliby o ten sakrament, gdyby mieli świadomość umysłu⁷². Jest jeszcze jedna dyspozycja, która wymaga odpowiedniej interpretacji: „[...] kapłan przywołany do chorego, który już umarł, niech się modli za niego do Boga, aby go uwolnił od grzechów i łaskawie dopuścił do swego królestwa. Nie powinien wszakże udzielać namaszczenia chorych. Gdyby jednak miał wątpliwość, czy chory rzeczywiś-

⁶⁵ *Obrzędy Namaszczenia Chorych. Wstęp*, nr 8.

⁶⁶ Tamże.

⁶⁷ Tamże.

⁶⁸ Tamże, nr 11.

⁶⁹ S z t a f r o w s k i, art. cyt., s. 73.

⁷⁰ Tamże, s. 74.

⁷¹ *Obrzędy Namaszczenia Chorych. Wstęp*, nr 13.

⁷² Tamże, nr 14.

cie umarł, może mu udzielić tego sakramentu warunkowo”⁷³. W tym stwierdzeniu konstytucja przypomina podstawową zasadę, że sakramentów wolno udzielać jedynie osobom żyjącym.

Choroba często wyobcowuje chorego ze wspólnoty parafialnej. Publiczne, zbiorowe namaszczenie udzielane chorym w kościele przypomina osobom zdrowym ich obowiązki wobec chorych i odwrotnie. Włącza też chorych w zbawcze dzieło Chrystusa⁷⁴.

Kościół zatem przez sakrament namaszczenia i modlitwę kapłanów poleca chorych Chrystusowi, a chorzy, łącząc swe cierpienia z cierpieniami Chrystusa, wypraszają całej wspólnocie chrześcijańskiej potrzebne łaski i w ten sposób stają się bardzo potrzebni Kościołowi, bo wzbogacają w dobra duchowe Lud Boży⁷⁵.

4. NAMASZCZENIE CHORYCH W KODEKSIE PRAWA KANONICZNEGO Z 1983 ROKU

Kanon 998 Kodeksu prawa kanonicznego z 1983 roku spełnia rolę wstępu do wszystkich pozostałych kanonów o sakramencie namaszczenia chorych. Dlatego podaje tylko w wielkim skrócie teologiczną naukę o tym sakramencie, a mianowicie: sakramentu namaszczenia chorych udziela się niebezpiecznie chorym. Druga myśl tegoż kanonu dotyczy sposobu udzielania sakramentu chorych⁷⁶.

Kanon 998 wyraźnie stwierdza, że w sakramencie namaszczenia chorych Kościół powierza cierpiącemu i chwalebniemu Chrystusowi wiernych niebezpiecznie chorych. Chory, przyjmując tenże sakrament, powinien wiedzieć, że chce on przez to uznać Boga za Pana nad życiem i śmiercią człowieka, a także wyznać swoją wiarę w istnienie świata nadprzyrodzonego i życia wiecznego⁷⁷.

⁷³ Tamże, nr 15.

⁷⁴ KDK, nr 11.

⁷⁵ M. Ż u r o w s k i, *Sakramenty w społeczności Ludu Bożego*, w: H. B o g a c k i, S. M o y s a, Z. P e r z, *Sakramenty Kościoła posoborowego*, Kraków 1970, s. 201.

⁷⁶ KPK 1983, kan. 998: „Namaszczenie chorych, przez które Kościół wiernych niebezpiecznie chorych powierza Chrystusowi cierpiącemu i uwielbionemu, ażeby ich podtrzymywał i zbawił, udziela się przez namaszczenia ich olejem i wypowiedzenie słów przepisanych w księgach liturgicznych”.

⁷⁷ Por. P a s t u s z k o, art. cyt., s. 162.

W sakramencie namaszczenia przychodzi do chorego Chrystus, który cierpiał i umarł, ale też zmartwychwstał i teraz siedzi po prawicy Ojca. Chory może rozumować tak jak święty Paweł Apostoł, że jeśli Chrystus zmartwychwstał, to chory także zmartwychwstanie do życia wiecznego, bo Bóg pragnie zbawić wszystkich ludzi⁷⁸.

Przez sakrament namaszczenia chorych wierny otrzymuje łaskę uświęcającą lub jej wzrost. Łaska uświęcająca sprawia, że człowiek staje się przybranym dzieckiem Boga. Czymś szczególnym jest łaska uczynkowa. Chory otrzymuje łaskę sakramentalną, aby na skutek cierpienia, jakie niesie ze sobą choroba, nie upadł na duchu, nie stracił wiary, lecz umiał je przezwyciężyć i wytrwać w dobrym. Łącząc swoje cierpienia z męką i śmiercią Chrystusa, chory przysparza dobra Ludowi Bożemu⁷⁹.

Celem namaszczenia chorych jest także udzielenie choremu odpuszczenia grzechów powszednich, a nawet ciężkich, jeśli je ma i nie jest w stanie przyjąć sakramentu pokuty oraz wypełnić pokuty zadanej przy spowiedzi. Wreszcie sakrament ten, jakkolwiek nie zmierza wprost do uzdrowienia, to może przywrócić choremu zdrowie ciała⁸⁰.

Po myśli kanonu 999 zarówno olej z oliwek, jak i olej roślinny może być materia sakramentu namaszczenia chorych; winien być jednak poświęcony. W zwyczajnych warunkach dokonuje tego biskup diecezjalny lub osoba prawnie z nim zrównana w Wielki Czwartek. Gdy zachodzi konieczność poświęcenia oleju, może tego dokonać kapłan podczas sprawowania obrzędów namaszczenia chorych⁸¹.

Zgodnie z kanonem 1000 § 1 Kodeksu prawa kanonicznego Jana Pawła II namaszczenia chorych udziela się według przepisów liturgicznych, to znaczy namaszczać olejem czoło i dłonie chorego. W nagłych wypadkach wystarczy jedno namaszczenie dokonane na jednej części ciała, zawsze jednak z wypowiedzeniem całej formuły sakramentalnej⁸². Szafarz powinien dokonać namaszczenia (zgodnie z kanonem 1000 § 2) własną ręką. Jedyne poważna racja uzasadnia użycie narzędzia. Racją tą może być np. choroba zakaźna, ekstremalna odraza itp.⁸³

⁷⁸ Por. 1 Kor 15, 20-21.

⁷⁹ KK 11.

⁸⁰ P a s t u s z k o, art. cyt., s. 162.

⁸¹ KPK 1983, kan. 999; por. *Obrzędy Namazczenia Chorych. Wstęp*, nr 21.

⁸² KPK 1983, kan. 1000 § 1; por. S z t a f r o w s k i, art. cyt., s. 68.

⁸³ KPK 1983, kan. 1000 § 2; por. B. W. Z u b e r t, *Sakrament namaszczenia chorych, próba wykładni obowiązujących przepisów kodeksowych*, w: *Kościół i prawo*, Lublin 1998, t. 13, s. 242.

Na mocy kanonu 1003 szafarzem sakramentu namaszczenia chorych jest kapłan i tylko kapłan. Obowiązek i prawo udzielania tego sakramentu mają kapłani, którym zlecono opiekę duszpasterską w stosunku do wiernych powierzonych ich pasterskiej posłudze⁸⁴.

Prawodawca udziela każdemu kapłanowi władzy do udzielania sakramentu chorych, jeśli tylko spełnia dwa warunki: 1) zachodzi rozumna przyczyna, by ten kapłan udzielił konkretnemu choremu sakramentu namaszczenia; 2) zgadza się na to (przynajmniej domniemuje się, że tak jest) miejscowy ordynariusz lub proboszcz⁸⁵.

Według obecnego kodeksu podmiotem zdolnym do przyjęcia sakramentu namaszczenia chorych jest wierny, tj. człowiek ochrzczony, który osiągnął używanie rozumu⁸⁶. Do przyjęcia sakramentu chorych upoważniają tylko dwie okoliczności: choroba lub starość. Nie jest wymagana pewność ciężkiej choroby, wystarczy prawdopodobny osąd takiego stanu. W przypadku wątpliwości należy zasięgnąć opinii lekarza⁸⁷. Powodem, dla którego powinno się udzielić sakramentu, jest podeszły wiek⁸⁸. Sakramentu namaszczenia chorych można udzielić także dzieciom, które osiągnęły taki poziom umysłowy, że sakrament ten przyniesie im pokrzepienie⁸⁹.

Sakramentu namaszczenia chorych można udzielać indywidualnie lub wspólnotowo, także podczas sprawowania Najświętszej Ofiary⁹⁰. Przepis ten jest nowy – analogicznej formy nie było w Kodeksie prawa kanonicznego z 1917 roku. Łączenie obrzędów namaszczenia chorych z Mszą świętą czyni zadość postulatowi Soboru Watykańskiego II, wyrażonemu w Konstytucji o Świętej Liturgii, żeby sakramenty sprawowano i przyjmowano we wspólnocie Kościoła⁹¹.

Wspólnotowe udzielanie sakramentu chorych winno odbywać się zgodnie z przepisami wydanymi przez miejscowego ordynariusza⁹². Jeśli biskup diecezjalny nie wydał przepisów w tej sprawie, to trzeba się do niego zwrócić

⁸⁴ KPK 1983, kan. 1003 § 1, 2; zob. Z. J a n c z e w s k i, *Ustanowienie szafarzy sakramentów świętych w Kościele łacińskim i Kościołach wschodnich*, Warszawa 2004, s. 175-190.

⁸⁵ KPK 1983, kan. 1003 § 3; por. P a s t u s z k o, art. cyt., s. 175.

⁸⁶ KPK 1983, kan. 1004 § 1.

⁸⁷ *Obrzędy Namazszczenia Chorych. Wstęp*, nr 8.

⁸⁸ KPK 1983, kan. 1004 § 1.

⁸⁹ *Obrzędy Namazszczenia Chorych. Wstęp*, nr 12.

⁹⁰ KPK 1983, kan. 1002.

⁹¹ KL 26, 27.

⁹² KPK 1983, kan. 1002.

w poszczególnym przypadku, ilekroć duszpasterz chce udzielić sakramentu namaszczenia chorych wielu chorym równocześnie. Zezwalając na wspólnotowe namaszczenie chorych, biskup diecezjalny zobowiąże duszpasterzy o odpowiednie przygotowanie tak chorych mających przyjąć sakrament namaszczenia, jak i wiernych zdrowych, którzy wezmą udział w sprawowaniu obrzędu sakramentalnego. Możliwe jest też namaszczenie wielu chorych w czasie Mszy świętej⁹³.

Kanon 1001 Kodeksu prawa kanonicznego Jana Pawła II stwierdza, że sakramentu namaszczenia chorych można udzielać w jakimkolwiek czasie⁹⁴. Sobór Watykański II opowiedział się za odejściem od normy kanonu 944 Kodeksu prawa kanonicznego z 1917 roku, która mówiła o udzielaniu tegoż sakramentu wiernemu, u którego choroba jest wzmożona, ale nie doprowadziła do utraty przytomności. Konstytucja o Liturgii św. mówi, że sakrament namaszczenia chorych nie jest przeznaczony tylko dla tych, którzy znajdują się w ostatecznym niebezpieczeństwie utraty życia (*in extremo vitae discrimine versantur*). Odpowiednia zatem pora przyjęcia tego sakramentu jest wówczas, gdy wiernemu zaczyna grozić niebezpieczeństwo śmierci z powodu choroby lub starości⁹⁵.

Obowiązek czuwania, by przyjąć sakrament namaszczenia chorych w odpowiednim czasie, przed wszystkimi innymi, ma sam chory. Gdy zaś chory nie wykazuje należytej pilności, winni o to zadbać duszpasterz oraz bliscy chorego⁹⁶.

Sakrament ten można przyjmować wielokrotnie, ilekroć osoba znajdzie się na nowo w stanie choroby albo gdy poważna choroba ma charakter długotrwały, a stan chorego ulega pogorszeniu⁹⁷. W sytuacjach budzących wątpliwość należy udzielić tego sakramentu⁹⁸. W sytuacji zwyczajnej do przyjęcia sakramentu chorych (u osób sprawnych umysłowo) potrzeba, aby oni sami prosili o ten sakrament⁹⁹. Poprzez tę prośbę ujawnia się wewnętrzna intencja proszącego.

⁹³ Por. P a s t u s z k o, art. cyt., s. 171.

⁹⁴ KPK 1983, kan. 1001.

⁹⁵ KL 73.

⁹⁶ KPK 1983, kan. 1001.

⁹⁷ Tamże, kan. 1004 § 2.

⁹⁸ Tamże, kan. 1005.

⁹⁹ Tamże, kan. 1006; por. KPK 1983, kan. 843 § 1 oraz KPK 1917, kan. 943.

Kanon 1005 przewiduje trzy różne przypadki, kiedy może zachodzić wątpliwość, ale wszystkie te przypadki dotyczą podmiotu sakramentu, czyli chorego:

1) czy chory osiągnął stan używania rozumu, bo jeśli nie osiągnął jeszcze tego stanu, to nie jest on podmiotem sakramentu namaszczenia chorych, jak to stanowi kanon 1004 § 1;

2) czy chory jest zagrożony swoją chorobą, czy grozi mu śmierć z powodu tej choroby, bo inaczej także nie jest podmiotem tegoż sakramentu;

3) czy chory jeszcze żyje, bo jeśli umarł, to sakrament namaszczenia chorych nie jest dla niego, ponieważ sakramenty są tylko dla żyjących¹⁰⁰.

Z tych wątpliwości najważniejsza jest ta, która dotyczy ewentualnej śmierci wiernego. Na nią zwrócił już uwagę Rytuał Rzymski z 1614 roku, zalecając w takim przypadku udzielenie sakramentu namaszczenia pod warunkiem *si vivis*¹⁰¹.

Natomiast kanon 1006 Kodeksu prawa kanonicznego z 1983 roku mówi, że sakramentu namaszczenia chorych można i należy udzielić tym wiernym, którzy zapadli na zdrowiu umysłowym i nie używają władz umysłowych, oraz tym, którzy są zdrowi umysłowo, ale utracili przytomność i także nie używają władz umysłowych; jeśli przed utratą przytomności przynajmniej *implicite* poprosiliby o sakrament namaszczenia chorych¹⁰².

Kanon 1007 – podobnie jak kanon 942 Kodeksu prawa kanonicznego z 1917 roku – zabrania udzielania sakramentu namaszczenia tym, którzy uparcie trwają w jawnym grzechu ciężkim. Prawodawca domaga się dwóch warunków, aby odmówić udzielenia tego sakramentu: upór oraz jawny grzech ciężki¹⁰³.

Regulacja prawna sakramentu namaszczenia chorych, zainspirowana przez Sobór Watykański II, liturgicznie unormowana przez *Ordo unctionis infirmorum* i kanonicznie sprecyzowana w nowym Kodeksie prawa kanonicznego, stanowi jeden z przejawów troski Kościoła o człowieka dotkniętego cierpieniem, chorobą czy będącego w podeszłym wieku. Wydaje się, że dla cho-

¹⁰⁰ KPK 1983, kan. 1005.

¹⁰¹ Rytuale Romanum Pauli V, *De sacramento extremae unctionis*, p. 108-109: „Quod si dubiat, an vivat adhuc unctionem prosequatur sub conditione pronunciado formam dicens: Si vivis per istam unctionem [...]”.

¹⁰² KPK 1983, kan. 1006.

¹⁰³ Tamże, kan. 1007; por. KPK 1917, kan. 942.

rych spełnia ono rolę *ius salutis* oraz dowodzi, z jakim szacunkiem i miłością Kościół pochyla się nad ich cierpieniem i chorobą¹⁰⁴.

5. NAMASZCZENIE CHORYCH W UJĘCIU KOŚCIOŁÓW WSCHODNICH I KOŚCIOŁÓW REFORMOWANYCH

Kościół wschodnie uznają sakrament namaszczenia olejami świętymi, stosując go przy wielu różnych okazjach życiowych jako środek przekazywania wiernym łaski Bożej¹⁰⁵. Namazczenie chorych jest sakramentem, w którym biskup lub kapłan namaszcza siedmiokrotnie chorego świętym olejem i prosi wraz z Kościołem o łaskę uzdrowienia z chorób cielesnych i duchowych: „Ojczy Świty, lekarzu naszych dusz i ciał, Ty, który zesłałeś Syna swego Jednorodzonego, Pana naszego Jezusa Chrystusa, który leczy wszystkie choroby i wyzwala od śmierci, ulecz sługę Twego z choroby duchowej i cielesnej, która go dotknęła, i ożyw go łaską Chrystusa Twego”¹⁰⁶.

Prawosławie naucza, że sakrament namaszczenia chorych uwalnia od grzechów osobistych, daje pomoc w walce z grzechem oraz leczy i uzdrawia także ciało. To ostatnie może wyrażać się nie tylko w przywróceniu zdrowia, ale także w daniu mocy do śmierci chrześcijańskiej, ponieważ śmierć jest aktem życia. Wynika stąd dwojakie ukierunkowanie tego sakramentu: ku uleczeniu z choroby przez wyzdrowienie bądź też przez śmierć¹⁰⁷.

Przez święte namaszczenie i przez pełną mocy modlitwę w intencji chorego Kościół przypomina człowiekowi, że nie jest sam, gdyż wspólnota kościelna jest z nim. Całe zgromadzenie cierpi wspólnie, gdy jeden z jego członków cierpi, i całe zgromadzenie przez modlitwę swoich kapłanów prosi o przebaczenie, pomoc oraz wyzwolenie z błędnego koła grzechu i cierpienia. Łaska Boża leczy słabości ciała i duszy¹⁰⁸.

Obrzęd namaszczenia chorych może być celebrowany albo w świątyni, pośród zgromadzenia wiernych, jeśli chory może tam przybyć, albo w domu. Jest przewidziane, że obrzęd celebryje siedmiu kapłanów; oczywiście może

¹⁰⁴ M. C o l l i n s, *Das Römische Rytuale: Krankenseelsorge und Krankensalbung*, ConcD 27 (1991), s. 102-103.

¹⁰⁵ J. K e l l e r, *Prawosławie*, Warszawa 1982, s. 201.

¹⁰⁶ *Katechizm Kościoła prawosławnego*, s. 393-396.

¹⁰⁷ S. B u ł h a k o w, *Prawosławie*, Białystok 1982, s. 130.

¹⁰⁸ *Katechizm Kościoła prawosławnego*, s. 394.

go sprawować trzech, dwóch lub nawet jeden¹⁰⁹. Jest też w zwyczaju udzielanie tego sakramentu w Wielką Środę wszystkim wiernym w celu uleczenia ich ze słabości duszy i ciała, przywrócenia harmonii między ciałem i duszą¹¹⁰.

Siedem Listów, siedem Ewangelii, siedem modlitw, siedem namaszczeń, dokonanych przez siedmiu kapłanów – oto akt pełni Kościoła, katolickości Kościoła, całego Ciała Chrystusa, a nie indywidualna modlitwa jakiegoś „uzdrowiciela”¹¹¹.

Kościół ewangelicko-luterański nie uznaje namaszczenia chorych za sakrament, ponieważ – jak uważa – nie został on ustanowiony przez Jezusa Chrystusa. Ze względu jednak na biblijne uzasadnienie (Jk 5, 14-15), oprócz podania choremu Komunii Świętej, uznaje za celowe także odmówienie modlitwy przyczynowej za chorego z nałożeniem rąk nawet wtedy, gdy chory jest nieprzytomny¹¹².

Kościół ewangelicko-reformowany nie praktykuje namaszczenia olejami. Podobnie jak Kościół ewangelicko-augsburski, uznaje modlitwę za chorych, która ma biblijne uzasadnienie przede wszystkim w Liście św. Jakuba. Sens tego tekstu uzasadnia taką modlitwę za chorych¹¹³.

Można więc wyjść z założenia, że praktykowane w Kościołach Reformacji odwiedziny chorych w duchu Ewangelii z pewnością nie są praktykowane rzadziej niż w Kościele katolickim i są pełnione zarówno przez świeckich, jak i przez duchownych tych Kościołów. Te wizyty u chorych obejmują, podobnie jak w Kościele katolickim, pielęgnację ciała i pieczę duszpasterską, ponieważ w świetle Soboru Watykańskiego II jeden Kościół Jezusa Chrystusa jest obecny także w ewangelickich Wspólnotach kościelnych. Należy powiedzieć, że również w przedstawicielach tego Kościoła nad chorymi pochyla się widzialny Prasakrament Kościoła, który jest obecny u łoża chorego. Ewangelicki duszpasterz spełnia w odniesieniu do chorego te same czynności, jakie starszy gminy zaleca w Liście św. Jakuba: wespół z nim się modli do Boga o siłę do sprostania sytuacji chorobowej, o łaskę przebaczenia i o wyzdrowienie zgodne z wolą Bożą. Mimo iż owo zapewnienie dokonuje się w słowie i nie ma pełnego kształtu sakramentalnego, nie wyklucza to przecież faktu, jakoby

¹⁰⁹ Tamże, s. 395.

¹¹⁰ Tamże.

¹¹¹ Tamże, s. 369.

¹¹² *Porównanie wyznań*, red. A. Zuberbier, Warszawa 1988, s. 76.

¹¹³ Tamże, s. 83.

modlitwa ta nie uczestniczyła w sakramentalnej istocie Kościoła – z modlitwą taką łączy się zwykle gest wyciągnięcia ręki i błogosławieństwo¹¹⁴.

Myślenie powyższe należy jednak do dawniejszej przeszłości. Istotnie, na obszarach Kościołów ewangelickich namaszczenie chorych wyszło prawie z użycia. Powód tkwił w fakcie, iż chciano zdystansować się od katolickiego „ostatniego namaszczenia”, a ponadto za sprawę dyskusyjną uważano ustanowienie takiego sakramentu przez Chrystusa. Po dzień dzisiejszy są we Wspólnotach ewangelickich głosy ubolewające nad utratą tego sakramentu i postulujące odzyskanie go na nowo. Padają pytania: „Kto upoważnił Kościoły ewangelickie do zniesienia tego obrzędu?”¹¹⁵.

*

Prawna regulacja sakramentu namaszczenia chorych, zainspirowana przez Sobór Watykański II, liturgicznie unormowana przez *Ordo unctionis infirmorum* i prawnie sprecyzowana w obowiązującym Kodeksie prawa kanonicznego, stanowi jeden z przejawów troski Kościoła o człowieka obciążonego chorobą, cierpieniem. Z doktryny teologicznej, z norm prawnych i liturgicznych co do sakramentu namaszczenia chorych wynika jasno, że jest on przeznaczony dla wiernych, którzy cierpią z powodu poważnej choroby lub są słabi w związku z podeszłym wiekiem. Chorzy znajdujący się w bliskim niebezpieczeństwie śmierci są szczególną kategorią wiernych, którzy otrzymują m.in. sakrament chorych. Jak widzimy z przeprowadzonej analizy teologiczno-prawnej sakramentu namaszczenia chorych, jest on szczególnym – osobowym spotkaniem cierpiącego człowieka z Bogiem, który pragnie go wspomóc w tak szczególnym czasie, jakim jest choroba i cierpienie. Aby chorzy sami prosili o tenże sakrament, potrzeba odpowiedniej katechezy dla dorosłych, aby znali jego znaczenie w życiu chrześcijanina. Dla teologów i duszpasterzy pozostaje jednak otwarty problem, w jaki sposób integrować cierpienie i chorobę ze zbawczym porządkiem Kościoła, a także to, w jaki sposób sprawować sakrament namaszczenia chorych, aby przyczyniał się do budowania i manife-

¹¹⁴ J. F e i n e r, M. L ö h r e r, *Mysterium salutis*, V, Erich 1976, s. 546-548.

¹¹⁵ V. W a l t h e r, *Salbung der Kranken in der evangelischen Kirche*, „Bausteine” 1991, z. 124, s. 17-19; zob. A. S k o w r o n e k, *Sakramenty wiary. Chorzy i ich sakrament*, t. IV, Włocławek 1997, s. 94.

stowania kościelnej wspólnoty, a przede wszystkim wyrażał i wzmacniał wiarę oraz służył uświęceniu człowieka.

THEOLOGICAL AND LEGAL DIMENSIONS
OF THE SACRAMENT OF ANOINTING OF THE SICK

S u m m a r y

The publication presents the theology of the sacrament of Anointing of the Sick, legal norms contained in the codes of Canon Law of 1917 and 1983, as well as regulations regarding the Sacrament in the Apostolic Constitution *Sacra Unctionem Infirmorum* by Pope Paul VI of 30 Nov 1972. The Author's analysis reveals the truth about the Sacrament, which is a special, personal relation between the suffering human and God, who wants to support him in this unique period of time of sickness and suffering. The legal regulation of the Sacrament of Anointing, inspired by the Second Vatican Council, tells us how to administer this sacrament in an solemn and dignified manner. Towards the end of this article one finds a general description of the Sacrament in other Christian Churches. An analysis of suffering and sickness in life of a Christian leads us to the question: how can they be joined with the saving passion of Christ in order to help build the community of Church?

Translated by Tomasz Pałkowski

Słowa kluczowe: namaszczenie chorych, sakrament chorych, choroba, cierpienie.

Key words: Anointing of the Sick, Sacrament of the Sick, sickness, suffering.

KS. ZBIGNIEW JAWORSKI

ORDYNARIAT WOJSKOWY KOŚCIOŁEM PARTYKULARNYM

Ordynariat wojskowy, który może być nazwany także ordynariatem polowym (SMC, I §1)¹, stał się przedmiotem kanonicznej dyskusji na temat relacji: ordynariat wojskowy–Kościół partykularny. Kanoniści poszukują odpowiedzi na zasadnicze pytanie, które brzmi: czy ordynariat wojskowy jest kościołem partykularnym, czy nie jest? Większość jest przekonana, iż ordynariat wojskowy jest Kościołem partykularnym, ale są też kanoniści, którzy mają odmienne zdanie. Zarówno zwolennicy, jak i przeciwnicy podają argumenty, które w artykule zostaną przytoczone i zinterpretowane. Dużo wątpliwości zawiera konstytucyjny zapis, iż ordynariaty wojskowe *quique dioecesis iuridice assimilantur* (SMC, I § 1). W artykule w szczególny sposób znajdują się odniesienia do doktryny zawartej w Kodeksie Prawa Kanonicznego (1983)² i konstytucji apostołskiej *Spirituali militum curae* (1986) oraz w bibliografii. Podjęcie tej problematyki może przyczynić się do zminimalizowania wątpliwości oraz ponownego odczytania zamysłu prawodawcy.

Ks. dr ZBIGNIEW JAWORSKI – adiunkt Katedry Prawa Kanonicznego w WZNPIE Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II; adres do korespondencji: jazew@kul.lublin.pl

¹ J a n P a w e ł II, Constitutio apostolica *Spirituali militum curae* (21.04.1986), AAS 78 (1986), s. 481-486; J a n P a w e ł II, Konstytucja apostołska *Spirituali militum curae* na temat ordynariatów wojskowych, w: *Ustrój hierarchiczny Kościoła. Wybór źródeł*, red. W. Kacprzyk, M. Sitarz, Lublin 2006, s. 211-217.

² *Codex Iuris Canonici auctoritate Joannis Pauli PP. II promulgatus*, AAS 75 (1983), s. 1-317; *Kodeks Prawa Kanonicznego*, Poznań 1984.

1. POJĘCIE KOŚCIOŁA PARTYKULARNEGO W KODEKSIE PRAWA KANONICZNEGO

Kościół partykularny jest autonomiczną wspólnotą wiernych, na której czele stoi własny biskup, mającą swoich kapłanów (prezbiterium), będącą we wspólnocie z papieżem, której podstawową formą w Kościele łacińskim jest diecezja, a w Kościołach wschodnich – eparchia³. Sobór Watykański II, którego recepcja doktryny o Kościele znajduje się w KPK, posługuje się różnymi nazwami na oznaczenie Kościoła partykularnego. W dokumentach soborowych występują następujące przymiotniki przy nazwie Kościoła: „katolicki” (KK 8)⁴, „powszechny” (DM 1)⁵, „cały” (DB 4)⁶, „lokalny” (DE 14)⁷, „partykularny” (KK 23)⁸. Mimo soborowej różnorodności terminologicznej Kościół partykularny w KPK jest precyzyjnie przypisany diecezji oraz innym strukturom Kościoła zrównanym z diecezją. W dokumentach Kościoła posługujących się językiem kanonistycznym jest preferowany termin „Kościół partykularny”. Określenie „Kościół lokalny” wywodzi się z teologii wschodniej i w konstytucji dogmatycznej o Kościele (KK 23)⁹ został użyty na podkreślenie różnorodnych doświadczeń kulturowych Ludu Bożego, a także odnosi się do zespołu diecezji, a nawet do parafii (DB 30)¹⁰. W KPK nie występuje termin „Kościół lokalny”. Na oznaczenie Kościoła pojmowanego

³ Por. J. K r u k o w s k i, *Kościół partykularny*, w: *Encyklopedia katolicka*, t. 9, k. 1051.

⁴ S o b ó r W a t y k a ń s k i II, *Konstytucje, dekryty, deklaracje*, Poznań 2002, s. 110: „Kościół ten ustanowiony i zorganizowany w tym świecie jako społeczność trwa w Kościele katolickim”.

⁵ Por. tamże, s. 433: „Kościół posłany przez Boga do narodów, aby był powszechnym sakramentem zbawienia”.

⁶ Por. tamże, s. 237: „Stan zaś biskupi, który w Urzędzie Nauczycielskim i zarządzaniu pasterskim jest kontynuacją Kolegium Apostołów, co więcej, w którym ciało apostołskie trwa nieprzerwanie, stanowi razem ze swoją głową, Biskupem Rzymu, a nigdy bez niego, podmiot najwyższej i pełnej władzy nad całym Kościołem”.

⁷ Tamże, s. 203: „Święty Sobór prócz innych ważnych spraw z radością przypomina wszystkim, że na Wschodzie kwitnie wiele partykularnych, czyli lokalnych Kościołów”.

⁸ Tamże, s. 123: „Kolegialna jedność uwidacznia się również we wzajemnych stosunkach poszczególnych biskupów z kościołami partykularnymi i z Kościołem powszechnym”.

⁹ Tamże, s. 125: „Każdy z biskupów stojących na czele Kościołów lokalnych sprawuje swój urząd pasterski nad powierzoną sobie częścią Ludu Bożego, nie nad innymi Kościołami, ani nad całym Kościołem powszechnym”.

¹⁰ Tamże, s. 250: „Szczególnymi współpracownikami biskupa są proboszczowie, którym jako właściwym pasterzom, pod jego zwierzchnictwem, powierzona jest troska o dusze w określonej części diecezji”.

w swojej całości w niektórych kanonach kodeksowych występuje termin „Kościół katolicki” (kan. 368, 369), co wskazuje Kościół, który pozostaje wierny Biskupowi Rzymu, w przeciwieństwie do innych Kościołów, które są od niego oddzielone (kan. 11, 204 § 2, 205), zachowuje cały depozyt Objawienia i ma skuteczność zbawczą. Należy także zaznaczyć, iż słowo „partykularny” w relacji do terminu „powszechny” nie oznacza, że tam, gdzie jest „Kościół partykularny” nie ma „Kościoła powszechnego” i *vice versa*. Nie są to terminy ani rzeczywistości przeciwstawne, lecz tylko w odmienny sposób informujące o tej samej rzeczywistości. Kościół w świecie może uwielokrotnić się na sposób widzialny w różnych miejscach¹¹. Zgodnie z kan. 368 KPK, w Kościołach partykularnych istnieje *existit* jeden i jedyny Kościół katolicki i z nich się składa *in quibus et ex quibus una et unica Ecclesia catholica*. Według KPK Kościołami partykularnymi są przede wszystkim diecezje. Występują także analogiczne do diecezji figury prawne, zrównane z diecezją, choć nie zawsze w takim samym stopniu¹². Jeśli nie stwierdza się czegoś innego, to z Kościołami partykularnymi są zrównane *assimilantur*: prałatura terytorialna, opactwo terytorialne, wikariat apostołski, prefektura apostołska oraz administratura apostołska erygowana na stałe (kan. 368).

Prawodawca kodeksowy na oznaczenie diecezji użył wyrażenia *populi Dei portio*. Termin *portio* lepiej oddaje istotę rzeczy niż *pars*; chroni przed fragmentarycznym, niepełnym pojmowaniem diecezji jako części Ludu Bożego, bardziej odpowiada wskazaniom Soboru i precyzyjniej odczytuje myśl ustawodawcy. Powstaje też pytanie: jakie elementy teologiczno-kanoniczne sprawiają, iż lud, który tworzy konkretną wspólnotę Kościoła partykularnego, staje się Ludem Bożym i w rezultacie – diecezją?

Odpowiedź na powyższe pytanie jest zawarta w kan. 369 KPK. Elementami konstytutywnymi diecezji jest: Duch Święty, Ewangelia, Eucharystia, biskup ze współpracującym prezbiterium *cum cooperatione presbyterii* i *portio* Ludu

¹¹ Por. J. K r u k o w s k i, *Kościół powszechny a Kościoły partykularne*, w: *Kościół partykularny w Kodeksie Jana Pawła II*, red. J. Krukowski, M. Sitarz, Lublin 2004, s. 26.

¹² Por. A. L o n g h i t a n o, *Il dritto nel mistero della Chiesa*, wyd. 3, t. II, Roma 2001, s. 277; S. N a p i e r a ł a, *Pojęcie Kościoła partykularnego w dokumentach i aktach Soboru Watykańskiego II*, Poznań 1985; J. G l e m p, *Problem identyfikacji Kościoła lokalnego i partykularnego*, PK 21(1978), nr 3-4, s. 23-39; R. S o b a ń s k i, *Kościół partykularny jako podmiot prawa*, „Kościół i Prawo” 1989, s. 25-46; A. C a t t a n e o, *La Chiesa locale. I fondamenti ecclesiologicali e la sua missione nella teologia postconciliare*, Vaticano 2003, s. 15-260; M. S i t a r z, *Kompetencje organów kolegialnych w kościele partykularnym w sprawowaniu władzy wykonawczej według kodeksu prawa kanonicznego z 1983 roku*, Lublin 2008, s. 14-21.

Bożego. Powyższy kanon zawiera zarówno treści teologiczne, jak i kanoniczne, odnoszące się do Tajemnicy Kościoła. Jan Paweł II w konstytucji promulgującej KPK napisał, iż: „Zatem w jakiś sposób ten nowy kodeks może być pojmowany jako wielki pas transmisyjny przenoszący na język kanonistyczny tę doktrynę, mianowicie soborową eklezjologię. Chociaż nie da się obrazu Kościoła w ujęciu doktryny Soboru doskonale przełożyć na język kanonistyczny, to jednak kodeks powinien się odnosić do tego obrazu jako pierwotnego wzoru, którego zarys powinien odpowiednio, o ile to możliwe, z samej swej natury wyrażać”¹³.

Kościół patrykularny konstituuje się w Duchu Świętym. Diecezja jest więc dziełem Bożym, w charyzmatkach otrzymującym dary, które ujawniły się w Wieczerniku jerozolimskim (Dz 2, 1-13) oraz zostały przedstawione w swej różnorodności, ale pochodzą z jednego źródła, jakim jest Duch Święty (1 Kor 12, 1-11). Znamienne jest, iż Duch Święty został dany Apostołom w dniu, kiedy wspomniano nadanie ludowi prawa na górze Synaj. Jest tu widoczna łączność Starego i Nowego Przymierza. Jedno i drugie przymierze zawarł Bóg ze swoim ludem, ale Nowe Przymierze dokonało się nie tylko przez nadanie nowego prawa, lecz także przez dary Ducha Świętego, które rodzą nowych wyznawców Chrystusa w sakramentach św.¹⁴ Działanie Ducha Świętego wyzwała i jednoczy, obala podziały wprowadzone przez grzech oraz buduje wspólnotę, która swoją pełnię osiągnie w paruzji. W symbolice biblijnej Duch Święty przychodzi, przybierając postać wiatru lub ognia, który przekształca wszystko. Symbolem Ducha Świętego są też: woda żywa, która wypływa z boku ukrzyżowanego Chrystusa; namaszczenie olejem, które jest sakramentalnym znakiem bierzmowania; obłok raz ciemny, innym razem świetlisty, w którym objawia się chwała Boża; włożenie rąk, przez które udzielany jest dar Ducha Świętego, oraz gołębica, która zstępuje na Chrystusa podczas chrztu¹⁵.

Kodeks stanowi, iż elementem konstitującym diecezję jest głoszenie i przyjęcie przez pewną grupę ludzi Ewangelii. Głoszona i przyjmowana Ewangelia tworzyła pierwsze gminy chrześcijańskie. Kerygmat ewangelizacji koncentruje się wokół wydarzeń zbawczych Jezusa Chrystusa, mianowicie Jego męki, śmierci i Zmartwychwstania. Chrystus zwyciężył śmierć i każdy

¹³ J a n P a w e ł II, Konstytucja apostolska *Sacrae disciplinae leges* (25.01.1993), w: *Kodeks Prawa Kanonicznego*, s. 13.

¹⁴ Por. *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, t. II/1, ks. II: *Lud Boży*, red. J. Krukowski, Poznań 2005, s. 220.

¹⁵ Por. *Kompedium Katechizmu Kościoła Katolickiego*, Kielce 2005, nr 139, s. 58.

człowiek może uczestniczyć w Jego zwycięstwie poprzez wiarę w Jego słowa, które przyjęte z miłością, wskazują drogę wyzwolenia i zbawienia. Przyjęcie Ewangelii rodzi nawrócenie człowieka oraz wprowadza nowy porządek moralny i społeczny¹⁶. Zgodnie z KPK posługa słowa winna w pierwszej kolejności opierać się na Piśmie św., Tradycji, liturgii, nauczycielskim Urzędzie i życiu Kościoła (kan. 760). Tajemnicę Chrystusa należy głosić w całości, nie tylko fragmentarycznie, oraz wiernie. Obowiązek głoszenia Ewangelii spoczywa na duchownych, począwszy od Biskupa Rzymu i Kolegium Biskupów aż do diakonów, którzy są we wspólnocie z biskupem i jego prezbiterium (kan. 756, 757).

Następnym elementem tworzącym diecezję jest Eucharystia. W celu większej jasności należy na Eucharystię spojrzeć nie tylko jako na najczcigodniejszy sakrament (kan. 897), ale jako na aktualizację i lokalizację w danym miejscu wydarzeń zbawczych Jezusa Chrystusa, a tym samym proklamację widzialnego znaku Kościoła. Kwestia ta znajduje uzasadnienie między innymi w nauczaniu Jana Pawła II, który napisał: „Prawdą zasadniczą, nie tylko doktrynalną, ale również egzystencjalną jest, że Eucharystia buduje Kościół, buduje autentyczną wspólnotę ludu Bożego, jako zgromadzenie wiernychznaczonych tym samym znamieniem jedności, która była udziałem Apostołów i pierwszych uczniów Pana. Eucharystia wciąż na nowo buduje tę wspólnotę i jedność” (nr 20)¹⁷. W ostatniej encyklice Jan Paweł II potwierdził istotną rolę Eucharystii w życiu Kościoła. „Kościół żyje dzięki Eucharystii. Ta prawda wyraża nie tylko codzienne doświadczenie wiary, ale zawiera w sobie istotę tajemnicy Kościoła” (nr 1)¹⁸. Tę samą rolę Eucharystii w Kościele partykularnym potwierdza papież Benedykt XVI, który napisał: „Jedność komunii kościelnej objawia się konkretnie we wspólnotach chrześcijańskich i odnawia się w akcie eucharystycznym, który je jednoczy i charakteryzuje jako Kościoły partykularne, *in quibus et ex quibus una et unica Ecclesia catholica existit*”. Właśnie rzeczywistość jednej Eucharystii, sprawowanej w każdej diecezji wokół własnego biskupa, pozwala rozumieć, jak Kościoły partykularne trwają *in* i *ex Ecclesia*. W rzeczywistości „z jedności i niepodzielności eucharystycznego Ciała Pana wynika jedyność Jego Ciała mis-

¹⁶ Por. K r u k o w s k i, *Kościół powszechny a Kościoły partykularne*, s. 29.

¹⁷ J a n P a w e ł II, Encyklika *Redemptor hominis* (4.03.1979), AAS 71 (1979), s. 257-324.

¹⁸ T e n ż e, Encyklika *Ecclesia de Eucharystia* (17.04.2003), AAS 95 (2003), s. 439; zob. Cz. B a r t n i k, *Eucharystia*, Lublin 2005, s. 69-72.

tycznego, którym jest jeden i niepodzielny Kościół. Z eucharystycznego centrum wypływa – jako konieczna konsekwencja – otwartość każdej celebrującej wspólnoty, każdego Kościoła partykularnego” (nr 15)¹⁹. Prawodawca kodeksowy eksponuje prawdę, iż Eucharystia oznacza i sprawia jedność ludu Bożego oraz buduje Ciało Chrystusa (kan. 897).

Kościół partykularny tworzą biskupi i współpracujące prezbiterium *cum cooperatione presbyterii*. Jego pasterskiej trosce powierzona jest *portio populi Dei* (kan. 369). Charyzmat kapłaństwa instytucjonalnie związany jest z sakramentem święceń. Przyjmował on w historii różne funkcje, lecz istotnym jego zadaniem jest reprezentowanie Głowy – Chrystusa we wspólnocie oraz rozpoznawanie i koordynowanie charyzmatów, a także realizowanie pełnej komunii wiernych. Biskupi z ustanowienia Bożego są następcami Apostołów i dzięki Duchowi Świętemu są ustanawiani w Kościele pasterzami, nauczycielami i kapłanami świętego kultu oraz sprawującymi posługę rządzenia (kan. 375 §1). Władza rządzenia obejmuje funkcje ustawodawcze, wykonawcze i sędownicze. W swej diecezji biskup ma władzę bezpośrednią, zwyczajną i własną, która z natury potrzebna jest do sprawowania posługi pastoralnej. Biskup jako członek Kolegium Biskupów jest gwarantem jedności i wspólnoty (kan. 375 § 2).

Zgodnie z doktryną soborową biskup jest zobowiązany do współpracy z prezbiterami (DB 20)²⁰. Ta współpraca może być w formie indywidualnej lub zorganizowanej w różnych zespołach i organach kolegialnych. Kodeks podkreśla konieczność współpracy biskupa z radą kapłańską, kolegium konsultorów (kan. 495-502) i radą duszpasterską (kan. 511-514). Pomiędzy biskupem i prezbiterium istnieje szczególna więź (*communio sacramentalis*) wynikająca z uczestnictwa w jedynym kapłaństwie Jezusa Chrystusa. Kapłani, a zwłaszcza proboszczowie, są najbliższymi współpracownikami biskupa w jego posłudze. „Biskup będzie się więc starał być dla swoich kapłanów ojcem i bratem, który miłuje ich, słucha, przyjmuje, poprawia, pociesza, stara się z nimi współpracować oraz w miarę możliwości zabiega o ich dobro na płaszczyźnie ludzkiej, duchowej, kapłańskiej i ekonomicznej” (nr 47)²¹. Troska

¹⁹ B e n e d y k t XVI, Posynodalna adhortacja apostolska *Sacramentum caritatis* (22.02.2007), Tarnów 2007, s. 22.

²⁰ S o b ó r W a t y k a ń s k i II, *Konstytucje*, s. 240. „Diecezja jest częścią Ludu Bożego powierzona pasterskiej pieczy biskupa współpracującego z prezbiterium”.

²¹ J a n P a w e ł II, Posynodalna adhortacja apostolska *Pastores gregis* (16.10.2003), Kraków 2003, s. 106.

biskupa o swoich kapłanów wyraża się w ojcowskiej i braterskiej obecności na głównych etapach życia, a szczególnie na początku i u kresu posługi duszpasterskiej prezbiterów. Oprócz tego biskup powinien przez modlitwę i aktywne współczucie towarzyszyć kapłanom, którzy zakwestionowali powołanie i w jakiś sposób zawiedli w spełnianiu obowiązków, a także podejmować pierwsze kroki w celu rozpoczęcia procesu kanonizacyjnego dla kapłanów realizujących heroiczność cnót²².

Według Dyrektorium *Apostolorum successores* Kościoł partykularny jest „[...] wspólnotą wiary, którą należy podtrzymywać Słowem Bożym; wspólnotą łaski, w której sprawowana jest Najświętsza Eucharystia, udzielane są sakramenty i nieustannie wznoszona jest modlitwa do Boga; wspólnotą miłości – zarówno duchowej, jak i materialnej – która ma swoje źródło w Eucharystii; wspólnotą apostołatu, do którego powołani są wszyscy dla rozszerzenia niezgłębionego bogactwa tajemnicy Chrystusa. Wszystkie te aspekty, które dotyczą różnorodnych posług, w osobie biskupa znajdują rdzeń harmonii i jedności. Biskup, będąc w centrum Kościoła partykularnego, wspólnie z prezbiterium, wspomagany przez zakonników i świeckich, w imieniu i władzą Chrystusa naucza, uświęca i prowadzi lud, z którym jest ściśle zjednoczony, tak jak pasterz ze swoją owczarnią. Istnieje pewne wzajemne oddziaływanie czy też relacyjność pomiędzy wiernymi a biskupem – ich pasterskim i nauczycielskim. To właśnie biskup, w sposób autentyczny, ukazuje wciąż na nowo bogactwo depozytu wiary, który cały Lud Boży przyjmuje i który także on sam otrzymał jako członek tego ludu” (AS nr 118)²³. Lud Boży składa się z Kościołów partykularnych, uformowanych na wzór Kościoła powszechnego, w których istnieje i z których składa się jeden i jedyny Kościół katolicki.

Recepcja eklezjologii Soboru Watykańskiego w KPK zaowocowała wyrażonym określeniem elementów teologicznych i prawnych Kościoła partykularnego. *Salus animarum* (kan. 1752), które zawsze winno być najwyższym prawem w Kościele²⁴, człowiek osiąga w Kościele partykularnym bądź we wspólnocie z nim zrównanej. Kościół partykularny jest tam, gdzie jest głoszona Ewangelia, sprawowana Eucharystia, Duch Święty udziela swoich darów, a biskup jest z prezbiterium w łączności z Kolegium Biskupów

²² Por. tamże.

²³ Kongregacja ds. Biskupów, Dyrektorium *Apostolorum successores* (22.02.2004), w: *Ustrój hierarchiczny Kościoła. Wybór źródeł*, s. 599.

²⁴ „Quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet”.

i Głową²⁵. Kodeks stanowi, iż do wyróżnienia Kościoła partykularnego konieczne są kryteria obiektywne, takie jak: terytorium, obrządek lub inne racje przedmiotowe i podmiotowe, np. duszpasterstwo wojskowe. Sobór Watykański II dowartościował laikat, ukazując ich rolę i zadania w Kościele. Prawodawca kodeksowy przyznaje świeckim możliwość spełniania różnych posług, urzędów i funkcji (kan. 228 § 1) w Kościele partykularnym, np. udział w synodzie diecezjalnym (kan. 460), kurii diecezjalnej (kan. 469), komisjach i radach (kan. 228 § 2) oraz tworzeniu stowarzyszeń (kan. 215)²⁶. Pozycja biskupa w Kościele partykularnym jest bardzo wysoka, ale też zakres obowiązków niemały. Stosownie jednak do nauki soborowej i adhortacji apostołskiej *Pastores gregis* biskup kierujący się miłością, pokorą, prostotą życia oraz dyspozycyjnością dla Chrystusa i Kościoła nie przerazi się nadmiarem uregulowań prawnych jego posługi²⁷. Sobór nie dość precyzyjnie określił rolę, naturę i eklezjalne usytuowanie prezbiterium, które jest jednym z elementów konstytutywnych Kościoła partykularnego²⁸. Tak jak wszyscy kapłani mocą sakramentu kapłaństwa razem z biskupem tworzą jedno prezbiterium, tak wszyscy wierni na mocy przyjętego chrztu są powołani do współpracy i współodpowiedzialności w realizacji zbawczej misji, jaką Chrystus powierzył Kościołowi, a która realizuje się między innymi poprzez organy kolegialne w Kościele partykularnym²⁹. Generalnie nie występują poważniejsze różnice w interpretacji kodeksowego pojęcia „Kościół partykularny”. Natomiast nie ma jednomyślności wśród kanonistów w kwestii uznania Ordynariatu wojskowego za Kościół partykularny.

²⁵ Por. K r u k o w s k i, *Kościół powszechny a Kościoły partykularne*, s. 58.

²⁶ Por. J. D y d u c h, *Pozycja wiernych świeckich w Kościele partykularnym*, w: *Kościół partykularny w Kodeksie Jana Pawła II*, s. 76.

²⁷ Por. E. G ó r e c k i, *Pozycja biskupa w Kościele partykularnym*, w: *Kościół partykularny w Kodeksie Jana Pawła II*, s. 89.

²⁸ Por. J. W r o c e ń s k i, *Pozycja prezbiterium w Kościele partykularnym*, w: *Kościół partykularny w Kodeksie Jana Pawła II*, s. 114.

²⁹ Por. M. S i t a r z, *Organy kolegialne w Kościele partykularnym*, w: *Kościół partykularny w Kodeksie Jana Pawła II*, s. 151-152.

2. ORDYNARIAT WOJSKOWY
WEDŁUG KONSTYTUCJI APOSTOLSKIEJ
SPIRITUALI MILITUM CURAE

Sobór Watykański II nakazuje szczególną troską otoczyć duchową opieką żołnierzy z powodu ich specyficznych warunków życia. Zalecana jest zgodna współpraca wikariusza polowego oraz kapelanów z biskupami diecezjalnymi³⁰. Biskupi diecezjalni zostali zobligowani do odstąpienia wikariuszowi polowemu wystarczającej liczby kapłanów, odpowiednich do podjęcia pracy w wojsku, oraz do wspierania przedsięwzięć wojskowych zmierzających do pomnożenia duchowego dobra żołnierzy (DB 43). Dwadzieścia jeden lat po tych słowach papież Jana Paweł II doprecyzował zalecenia soborowe i konstytucją apostolską *Spirituali militum curae* unormował życie duszpasterstwa wojskowego w Kościele powszechnym. Konstytucja wychodzi naprzeciw głębokim przemianom, jakie dokonały się w zawodzie i życiu wojskowych, wyobrażeń społecznych o istocie i zadaniach wojska we współczesności oraz wskazuje na fakt promulgacji nowego kodeksu, którego kanony zachowując, należy je zrewidować oraz sformułować w sposób bardziej odpowiedni, aby przynosił obfite owoce (kan. 569). Uwzględniając różną liczbę katolików służących w wojsku, a także krańcowo różne okoliczności służby wojskowej, konstytucja podaje pewne normy ogólne, które następnie będą uzupełniane przez statuty wydawane przez Stolicę Apostolską dla poszczególnych ordynariatów. Konstytucja już nie używa przedsoborowej i soborowej nazwy „wikariat polowy”, lecz „ordynariat wojskowy” lub „polowy”. Sama zmiana nazwy wskazuje na dowartościowanie ordynariatu jako samodzielnej jednostki organizacyjnej Kościoła.

Na czternaście ordynariatów polowych w Europie pięć zostało erygowanych po 1989 r., a mianowicie: w Polsce (1991 r. – przywrócenie ordynariatu; ordynariat został erygowany przez papieża Benedykta XV w 1919 r., a za PRL w 1947 r. została w większości zawieszona jego działalność, choć pozostał w szczątkowej formie, pod nazwą Dziekanat Generalny Wojska Pol-

³⁰ Por. Święta Kongregacja Konsystorialna, *Instructio de vicariis castrensibus* (23.04.1951), AAS 43 (1951), s. 562-565; *Formula servandum in relatione de statu vicariatus castrensis conficienda* (20.10.1956), AAS 49 (1957), s. 150-163; Dekret *Facultas audiendi confessiones militum capellanis extenditur* (27.11.1960), AAS 53 (1961), s. 49; Instrukcja *Solemne semper* (23.04.1951), AAS 43 (1951), s. 562-565; por. Święta Kongregacja do spraw Zakonnych, *Instructio de capellanis militum religiosiis* (2.02.1955), AAS 43 (1951) s. 566.

skiego), na Węgrzech (1994 r.), w Chorwacji (1997 r.), na Litwie (2000 r.) i na Słowacji (2003 r.). Nie oznacza to jednak, że w innych państwach nie jest prowadzone duszpasterstwo wojskowe, jak np. w Szwajcarii, Luksemburgu, Czechach czy krajach skandynawskich³¹. Jednakże to duszpasterstwo nie ma struktury Kościoła partykularnego z personalną jurysdykcją, jaką mają ordynariaty polowe. W świecie dotąd zostało utworzonych 35 ordynariatów.

W 1991 r. wznowiono pełne funkcjonowanie ordynariatu wojskowego w Polsce. Początkowo różnie pojmowano tę strukturę. To, że ordynariat wojskowy jest Kościołem patrykularnym, z wielkim trudem torował sobie drogę w kanonistyce, a jeszcze trudniej w duszpasterstwie parafialnym. Początkowo nawet katedra polowa w Warszawie była traktowana jako kościół rektoralny parafii katedralnej pw. św. Jana Chrzciciela. Nie było świadomości nawet wśród duchownych, iż jest to nie tylko kościół parafialny, ale matka wszystkich kościołów i kaplic wojskowych w całej Polsce i poza jej granicami, gdzie gromadzą się żołnierze na Eucharystię. Konsekwencją takiej świadomości, na której zaciążyły lata duszpasterstwa wojskowego w PRL, bez biskupa polowego i jurysdykcji personalnej proboszczów, były nieporozumienia kompetencyjne, zwłaszcza w dziedzinie zawierania małżeństw, chrztów i grzebania zmarłych, a w dalszej konsekwencji sprawowania sakramentów: bierzmowania, spowiedzi i pierwszej Komunii św. Papież Jan Paweł II w konstytucji apostolskiej SMC – regulującej duszpasterstwo wojskowe w Kościele powszechnym napisał: „Ordynariaty wojskowe, które także mogą nazywać się polowymi i które pod względem prawnym zostają upodobnione do diecezji, są okręgami kościelnymi o szczególnym charakterze i rządzą się własnymi nadanymi przez Stolicę Apostolską statutami, w których w sposób bardziej szczegółowy zostaną określone przepisy zawarte w niniejszej konstytucji z uwzględnieniem ewentualnych umów zawartych pomiędzy Stolicą Apostolską a państwami”³².

³¹ Por. T. P ł o s k i, *Organizacja duszpasterstwa wojskowego w Europie w okresie pontyfikatu Jana Pawła II*, w: *Jan Paweł II prawodawca i sługa prawa Bożego*, red. R. Szytchmiller, Olsztyn 2006, s. 50.

³² J a n P a w e ł II, Konstytucja apostolska *Spirituali militum curae*, nr 1 § 1: „Ordinariatus militares, qui etiam castrenses vocari possunt, quique dioecesis iuridice assimilantur, sunt peculiare circumscriptiones ecclesiasticae, quae propriis reguntur statutis ab Apostolica Sede conditis, in quibus pressius determinabuntur huius Constitutionis praescripta, servatis ubi exstent Conventionibus inter Sanctam Sedem et Nationes initis” (Cfr. *Codex Iuris Canonici*, can. 3).

Ordynariat wojskowy, który może też być nazwany „polowym” – i ta nazwa bardziej rozpowszechniła się w Polsce, jest prawnie zrównany z diecezją. Łaciński czasownik *assimilo* (*assimilare* znaczy: porównać, wyrównać, a w stronie biernej, pasywnej – być równym)³³. W tym też znaczeniu prawodawca kodeksowy zastosował czasownik *assiminantur*, stanowiąc o zrównaniu z diecezją prałatury terytorialnej i opactwa terytorialnego, wikariatu apostołskiego i prefektury apostołskiej, jak również administratury apostołskiej erygowanej na stałe (kan. 368). Niektóre tłumaczenia polskie mają zapis „upodobniony” lub „przyrównany”, zamiast „zrównany”. Różnorodność tłumaczeń czasownika *assimilantur* wprowadziła pewną nieścisłość, ożywiła dyskusję wśród kanonistów i spowodowała konieczność swoistej konwalidacji ordynariatu jako diecezji oraz biskupa polowego jako biskupa diecezjalnego. Dnia 25 marca 1998 r. Nuncjatura Apostolska w Polsce skierowała na adres biskupa polowego dekret zrównujący jurysdykcję biskupa polowego z biskupem diecezjalnym³⁴. W związku z powyższym dekretem powstaje pytanie, czy od bulli nominacyjnej biskupa z dnia 21 stycznia 1991 r. do dekretu zrównującego z dnia 25 marca 1998 r., czyli przez siedem lat, biskup polowy nie miał pełnych uprawnień biskupa diecezjalnego? Wnikliwsza analiza dokumentów kościelnych regulujących te zagadnienia, wydanych równocześnie dnia 21 stycznia 1991 r., takich jak: Dekret Kongregacji ds. Biskupów – przywracający Ordynariat Polowy w Polsce³⁵, Bulla nominacyjna biskupa polowego³⁶, Dekret Kongregacji ds. Biskupów – zatwierdzający Statut Ordynariatu Polowego w Polsce³⁷ i Statut Ordynariatu Wojskowego, czyli Polowego³⁸, usuwa te wątpliwości i w konsekwencji wydaje się, iż dekret zrównujący nie był konieczny. Potwierdzeniem tej tezy jest brak następujących

³³ A. J o u g a n, *Słownik kościelny łacińsko-polski*, Warszawa 1992.

³⁴ „W nawiązaniu do poprzedniej korespondencji, miło mi poinformować, że Kardynał Prefekt Kongregacji ds. Biskupów, podczas audjencji w dniu 7 marca br. poinformował Ojca św. Jana Pawła II o decyzji Waszej Ekscelencji zrzeczenia się stolicy tytularnej Bettona na rzecz tytułu: Vescovo Ordinario Militare per la Polonia, co w praktyce zrównuje Biskupa Polowego na płaszczyźnie jurysdykcyjnej z biskupem diecezjalnym. Jednocześnie Ojciec św. upoważnił Kongregację do wystawienia stosownych dokumentów”.

³⁵ Dekret Kongregacji ds. Biskupów przywracający Ordynariat Polowy w Polsce, w: *Schematyzm Ordynariatu Polowego Wojska Polskiego*, Warszawa 2000, s. 543.

³⁶ Bulla nominacyjna, w: *Schematyzm Ordynariatu Polowego Wojska Polskiego*, s. 544-545.

³⁷ Dekret Kongregacji ds. Biskupów zatwierdzający Statut Ordynariatu Polowego w Polsce, w: *Schematyzm Ordynariatu Polowego Wojska Polskiego*, s. 546-547.

³⁸ Statut Ordynariatu Wojskowego, czyli Polowego, w Polsce, w: *Schematyzm Ordynariatu Polowego Wojska Polskiego*, s. 548-551.

dokumentów, które zgodnie z zapowiedzią dekretu zrównującego miała wystawić Kongregacja. Te fakty świadczą o mało precyzyjnym tłumaczeniu łacińskiego czasownika *assimilantur*. Natomiast na mocy wspomnianego dekretu, od 1998 r. biskupi polowi nie otrzymują już diecezji tytularnych, co nadal dotyczy biskupów pomocniczych, ale otrzymują tytuł biskupa ordynariatu wojskowego danego kraju³⁹. Ta okoliczność przemawia za uznaniem ordynariusza wojskowego biskupem diecezjalnym, a tym samym uznania ordynariatu wojskowego za Kościół partykularny. Ordynariat wojskowy ma wszystkie elementy konstytutywne diecezji wyliczone w kan. 369, a mianowicie: *portio populi Dei* biskupa ze współpracującym prezbiterium, jest głoszona Ewangelia i sprawowana Eucharystia w Duchu Świętym. Nie ma więc żadnego braku, jest tylko odmienność wynikającą ze specyfiki służby wojskowej. Ordynariusz wojskowy na zebraniach plenarnych Konferencji Episkopatu na mocy samego prawa ma decydujący głos na równi z biskupami diecezjalnymi, co też rzuca pewne światło na status Ordynariatu wojskowego, odczytując go jako diecezję wojskową (kan. 454 § 1). Ordynariusz wojskowy ma obowiązek uczestniczyć *ad limina Apostolorum* (SMC XII, kan. 399, 400) i przy tej okazji składać biskupowi rzymskiemu relacje o stanie swojej diecezji (art. 28)⁴⁰. Konstytucja stanowi, iż: *Inter Ordinariatum militare et alias Ecclesias particulares arctum vinculum communionis atque virium coniunctio in actione pastoralis vigeant oportet* (SMC II § 4). Ten zapis najdobitniej odkrywa zamysł prawodawcy w tej kwestii. „Między ordynariatem wojskowym, a innymi Kościołami partykularnymi [...]” – pisze prawodawca. Nie można tego zapisu interpretować jako błędu czy „zwykłego niedopatrzienia technicznego” – jak to niektórzy sugerują⁴¹.

Są jednak kanoniści, którzy nie uznają ordynariatu wojskowego za Kościół partykularny. Do zwolenników takiej opinii F. Lempa⁴² zaliczył D. Tourneau⁴³. Można stwierdzić, że sam autor artykułu też się utożsamia z tym poglądem. Wśród argumentów merytorycznych przeciw uznaniu ordynariatu wojskowego za Kościół partykularny Lempa podaje następujące: „[...] ordy-

³⁹ Por. P ł o s k i, art. cyt., s. 51.

⁴⁰ J a n P a w e ł II, Konstytucja apostolska *Pastor bonus* (28.06.1988), AAS 80 (1988), s. 841-912.

⁴¹ F. L e m p a, *Problem natury ordynariatu wojskowego i jurysdykcji ordynariusza wojskowego i kapelanów wojskowych*, BSKP 4 (1993), nr 1, s. 41.

⁴² Tamże, s. 40-41.

⁴³ Zob. *La nouvelle organisation de l'Ordinariat aux Armées*, SCan 21 (1987), s. 37-66.

nariaty wojskowe rządzą się własnymi statutami nadanymi przez Stolicę Apostolską, co niewątpliwie istotnie odróżnia je od diecezji. Ponadto: 1) Jurysdykcja biskupa polowego w przeciwieństwie do jurysdykcji ordynariusza wojskowego jest terytorialna, a nie personalna; 2) Jurysdykcja biskupa diecezjalnego nie jest kumulatywna. Natomiast taką jest jurysdykcja ordynariusza wojskowego w relacji do jurysdykcji biskupa diecezjalnego; 3) Zgodnie z normami kan. 369 i 376 KPK z 1983 roku, diecezja może być powierzona tylko biskupowi. Natomiast według art. II § 1, «Ordynariatem kieruje jego własny ordynariusz z zasady (pro norma) posiadający sakrę biskupią», z czego wynika, że ordynariatowi wojskowemu mógłby zwyczajnie (cum iurisdictione ordinaria et propria) przewodzić ordynariusz bez święceń biskupich; 4) Ordynariusz wojskowy może, za zgodą Stolicy Apostolskiej, założyć seminarium i jego alumnów dopuścić do święceń w ordynariacie (VI § 3 SMC). Tymczasem zgoda taka nie jest wymagana w wypadku biskupa diecezjalnego; 5) Biskup diecezjalny jest obowiązany utworzyć w powierzonej mu diecezji trybunał sądowy I Instancji (kan. 1420-1421 KPK z 1983 roku). Nie ma zaś takiego obowiązku ordynariusz wojskowy (XIV SMC); 6) Poszczególne diecezje mieszczą się zawsze w granicach określonego państwa, uznanych przez Stolicę Apostolską. Natomiast Ordynariaty wojskowe obejmują swoim zasięgiem również osoby należące do ordynariatu, które przebywają poza swoim krajem, np. w bazach wojskowych, na okrętach wojennych. W świetle powyższego ordynariat wojskowy, chociażby na jego czele stał ordynariusz posiadający sakrę biskupią, z racji merytorycznych nie może być uznany za diecezję⁴⁴.

Uwzględniając czas pojawienia się powyższego artykułu (zaraz po reaktywowaniu ordynariatu wojskowego w 1991), można zrozumieć wątpliwości autora. Po prawie dwudziestu latach wiele wątpliwości ustało i natura ordynariatu wojskowego została doprecyzowana. To znaczy, że kanonistyka nie jest dyscypliną statyczną, ale ewoluuje i rozwija się. Odnośnie do zarzutów można bardziej dowartościować to, co łączy biskupa diecezjalnego i ordynariusza wojskowego, a mianowicie obydwaj mają władzę zwyczajną, wynikającą z urzędu, a nie delegacji (kan. 131 § 1, SMC IV 2o), i własną, a nie zastępczą, jak to było przy wikariuszach polowych (kan. 131 § 3, SMC IV 3o). Wykonywanie władzy własnej przez ordynariusza wojskowego z konieczności musi być w łączności z biskupem diecezjalnym *cumulative*, gdyż

⁴⁴ L e m p a, art. cyt., s. 43.

nie wszędzie są kapelani, i wojskowi nie mogą zostać pozbawieni opieki duszpasterskiej, lub władza się dubluje i nie muszą wojskowi podlegać dwom biskupom (wojskowemu i niewojskowemu). Do wojskowych należy wybór, z jakiego rodzaju duszpasterstwa chcą korzystać, wojskowego czy niewojskowego, ze wskazaniem na kapelana wojskowego (SMC V), tam gdzie on jest. Należy też unikać niewłaściwej konkurencji. Jurysdykcja terytorialna i personalna są jednakowo uznane w prawie. Pojęcie jurysdykcji w Kościele jest związane z wykonywaniem władzy, czyli specyficznej relacji występującej pomiędzy sprawującym władzę a powierzonymi mu wiernymi. W KPK występują dwa kryteria: terytorium i wierni. Według kryterium terytorialnego przełożony posiada jurysdykcję w odniesieniu do wszystkich wiernych, którzy legalnie (np. przez zamieszkanie) przebywają na jego terytorium. Według kryterium personalnego przełożony posiada jurysdykcję w odniesieniu do wszystkich wiernych, spełniających jakiś warunek (np. obrządek, grupa społeczna, formacja), niezależnie od terenu, na którym się znajdują⁴⁵. Jurysdykcja terytorialna (kan. 1109) występuje częściej niż jurysdykcja personalna (kan. 1110) i najprecyzyjniej jest ustalana przy asystowaniu podczas zawierania małżeństw. Jest to o tyle uzasadnione, iż forma kanoniczna zawarcia małżeństwa domaga się właściwego świadka urzędowego (kan. 1108 § 1).

Jurysdykcja terytorialna biskupa diecezjalnego ma też pewne elementy personalne, bo biskup może korzystać z niej nawet poza własnym terytorium (kan. 136). Analogicznie ordynariusz wojskowy ma pewne ograniczenia terytorialne, np. granice państwa, w tym sensie, że ordynariusz wojskowy z Polski nie ma władzy nad wszystkimi żołnierzami NATO, choć ma władzę nad polskimi żołnierzami przebywającymi poza granicami Polski. Aspekt terytorialny ordynariusza wojskowego objawia się nie tylko w ograniczeniach, ale też w przekazaniu ordynariuszowi wojskowemu pewnych obszarów i miejsc przeznaczonych dla żołnierzy, zarówno zawodowej i zasadniczej służby wojskowej, jak i emerytów, rencistów wojskowych oraz wszystkich, którzy podlegają duszpasterstwu wojskowemu. Konstytucja SMC stanowi, iż: „Obszary i miejsca przeznaczone dla żołnierzy podlegają najpierw i przede wszystkim jurysdykcji ordynariusza wojskowego, na drugim zaś miejscu jurysdykcji biskupa diecezjalnego, co oznacza, że kiedy nie ma ordynariusza wojskowego lub kapelanów wojskowych, wówczas zarówno biskup diecezjalny, jak i proboszcz działają na mocy własnych uprawnień” (SMC V). Obszary i miejsca

⁴⁵ Por. A. D z i ę g a, *Jurysdykcja kumulatywna w ordynariatach wojskowych według „Spirituali militum curae”*, BSKP 4 (1993), nr 1, s. 37.

przeznaczone dla żołnierzy to przede wszystkim: kościoły wojskowe, kaplice i izby modlitwy, koszary, osiedla wojskowe, poligony, bazy wojskowe, szkoły wojskowe, szpitale wojskowe, domy emerytów wojskowych i kombatanatów, instytucje wojskowe, ale też sprzęt wojskowy – samoloty, czołgi i okręty, niezależnie od tego, na jakim terytorium się znajdują – oraz cmentarze wojskowe. To wszystko wskazuje, iż jurysdykcja personalna ordynariusza i proboszcza wojskowego ma też znamiona jurysdykcji terytorialnej. Oba te rodzaje jurysdykcji są jednak kumulatywne i nie znoszą jurysdykcji miejscowego biskupa i proboszcza⁴⁶.

Dalsze wyżej wyliczone różnice, takie jak: powierzenia diecezji tylko biskupowi i możliwość mianowania ordynariusza wojskowego bez sakry czy kwestia erygowania seminarium lub trybunału sądowego, nie są istotne i nie naruszają statusu ordynariusza wojskowego ani ordynariatu jako Kościoła partykularnego. Rzeczywiście różnice te występują, ale są to różnice akcydenalne, wynikające ze „specyficznych warunków życia wojskowych” (DB 43) oraz z tego, że „Ci zaś, którzy oddani służbie ojczyzny pełnią ją w wojsku, winni się uważać za wspierających bezpieczeństwo i wolność narodów, bo też – o ile tylko wykonują to zadanie właściwie – rzeczywiście przyczyniają się oni do utrwalenia pokoju” (KDK 79). Charakter służby wojskowej z jednej strony domaga się regulacji prawnych na poziomie Kościoła partykularnego, a z drugiej generuje drobne różnice w relacji do diecezji terytorialnej. Brak tych uregulowań najdobitniej widoczny był w Układzie Warszawskim czy w PRL, gdzie funkcjonował Dziekanat Generalny Wojska Polskiego, który nie był Kościołem partykularnym, oraz dziekan generalny Wojska Polskiego, który nie był ordynariuszem wojskowym.

WNIOSKI

Ordynariat wojskowy jest to Kościół partykularny o szczególnym charakterze. Konstytucja apostolska SMC papieża Jana Pawła II reguluje kwestie organizacyjno-prawne ordynariatu wojskowego w sposób bardzo ogólny i wspólny dla wszystkich ordynariatów świata. Natomiast kwestie szczegółowe określa statut zatwierdzony przez Stolicę Apostolską. Konstytucja apostolska wskazała, iż podstawową jednostką organizacyjną w duszpaster-

⁴⁶ Por. D z i ę g a, art. cyt., s. 39.

stwie wojskowym jest ordynariat wojskowy, w miejsce dotychczasowego wikariatu polowego. Zmiana nazwy nie jest tylko etymologiczna, ale wiąże się z dowartościowaniem urzędu, na czele którego stoi ordynariusz. Dotychczasowy wikariusz miał władzę zastępczą, rządził on w imieniu papieża, natomiast ordynariusz wojskowy ma władzę własną, a nie zastępczą⁴⁷. *Ordinariatus militaris seu castrensis* rządzi się własnymi statutami, w których normy SMC znajdują bliższe określenie, z zachowaniem jednak umów zawartych pomiędzy Stolicą Apostolską a poszczególnymi państwami (kan. 3)⁴⁸. Dotychczasowe wikariaty polowe stały się automatycznie ordynariatami wojskowymi i tym samym weszły do przepisu kan. 368 KPK, dodając do jednostek zrównanych z diecezją także ordynariat wojskowy⁴⁹. Zgodnie z dyspozycją kan. 373 KPK erygowanie Kościołów partykularnych jest zastrzeżone dla Stolicy Apostolskiej, po uprzednim zapoznaniu się ze stanowiskiem i opinią zainteresowanej Konferencji Biskupów⁵⁰.

MILITARY ORDINARIATE AS A PARTICULAR CHURCH

S u m m a r y

A military ordinariate as a particular Church was further specified in the SMC Constitution and the statute. Pope John Paul II, as a son of Polish army officer, felt an urge to regulate the situation of military chaplaincy in the universal Church, especially in those countries where religious freedom was non-existent and barracks were closed to chaplains. After the World War II, Catholic Poland found itself in the Soviet zone of atheist influence. The Soviet Union systematically secularised soldiers through its political officers. A military ordinariate fulfils all requirements that the Code of Canon Law specifies with relation to a particular Church, and therefore it enters diocesan canons. A field bishop holding the rank of a general is part

⁴⁷ Por. W. G ó r a l s k i, *Struktura duszpasterstwa wojskowego w świetle konstytucji apostolskiej papieża Jana Pawła II „Spirituali militum curae” z dnia 21 kwietnia 1986 r.*, PK 32 (1989), nr 3-4, s. 147.

⁴⁸ Konstytucja apostolska *Spirituali militum curae*, art. I § 1.

⁴⁹ Por. R. S o b a ń s k i, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, t. I: *Normy ogólne*, red. J. Krukowski, Poznań 2003, s. 219-220. Do Kościołów partykularnych zrównanych z diecezją kodeks zaliczył: „prałaturę terytorialną i opactwo terytorialne, wikariat apostolski i prefekturę apostolską, jak również administraturę apostolską erygowaną na stałe”.

⁵⁰ Por. Z. J a w o r s k i, *Pozycja Ordynariatu wojskowego w Polsce*, „Roczniki Nauk Prawnych” 16 (2006), nr 2, s. 196-197.

of the Conference of Polish Episcopate and performs the duties of a diocesan bishop. Military pastoral work is conducted in an analogical manner to the one in a diocese. A typical feature of a military ordinariate is personal jurisdiction, not territorial, and cumulative way of exercising authority in the case of a field bishop.

It is true that the verb *assimilantur* stirred a discussion among canonists, yet military ordinariates possess significant features of a particular Church, although they are ecclesiastical districts of a unique character *sunt peculiars circumscriptiones ecclesiasticae* (SMC I), which does not belittle their legal status.

Translated by Tomasz Pałkowski

Słowa kluczowe: ordynariat wojskowy, Kościół partykularny, jurysdykcja kumulatywna, jurysdykcja personalna, *assimilantur*, konstytucja apostolska, statut.

Key words: military ordinariate, particular Church, cumulative jurisdiction, personal jurisdiction, *assimilantur*, Apostolic Constitution, statute.

ADMINISTRACJA

MARZENA MAŁGORZATA LIPSKA

URZĄD MINISTRA W LATACH 1918-1939.
PODSTAWY PRAWNE1. POZYCJA PRAWNA MINISTRÓW
W REGULACJACH OKRESU PRZEJŚCIOWEGO

Stanowisko prawnopaństwowe ministrów polskich po raz pierwszy określone zostało w okresie tworzenia państwa polskiego w wydanym przez Radę Regencyjną (RR) dekrete z dnia 3 stycznia 1918 roku o tymczasowej organizacji Władz Naczelnych w Królestwie Polskim¹. W zakresie władz wykonawczych dekret rozróżniał: Prezydenta Ministrów, Radę Ministrów oraz samych ministrów.

Według dekretu, Rada Ministrów (RM) była naczelnym organem zbiorowym, stanowiącym rząd państwa polskiego, który składał się z Prezydenta Ministrów oraz wszystkich ministrów². Rząd kierował sprawami państwa nie zastrzeżonymi innym organom władzy. Na wniosek Prezydenta Ministrów, RR mogła mianować spośród ministrów Wiceprezydenta Ministrów, który w przypadku niemożności wykonywania funkcji przez Prezydenta zastępował go we wszystkich czynnościach, mając w tym zakresie jego kompetencje.

W przypadku niemożności uczestniczenia danego ministra w posiedzeniu rządu zastępował go właściwy podsekretarz stanu, a gdy takiego stanowiska nie było – wyznaczony naczelnik sekcji, z głosem stanowiącym w sprawach resortu, który reprezentował.

Dr MARZENA MAŁGORZATA LIPSKA – adiunkt Katedry Historii Państwa i Prawa Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II; adres do korespondencji: Al. Raclawickie 14, 20-950 Lublin; e-mail: mmlipska@kul.pl

¹ „Dziennik Praw państwa Polskiego” nr 1, poz. 1 – dalej cyt. Dz.P. PP.

² Tamże, art. 9 i 10.

Radę Ministrów tworzyli ministrowie dla rozstrzygania spraw wymagających uchwały wszystkich członków rządu. Posiedzenie RM zwoływał Prezydent Ministrów z własnej inicjatywy lub na wniosek co najmniej trzech ministrów. Radzie Ministrów przewodniczył Prezydent Ministrów lub jego ustanowiony zastępca. Posiedzenie uważano za prawomocne, o ile uczestniczyła w nim większość ministrów³. Rząd miał również podejmować uchwały w sprawach sposobu przejmowania od okupantów administracji w konkretnych jej działach, a także organizacji i szczegółowego zakresu kompetencji poszczególnych ministerstw.

Pozycję Prezydenta Ministrów określał w art. 1 ust. 3 zarówno Patent z dnia 12 września 1917 roku w sprawie Władzy państwowej w Królestwie Polskim⁴, jak i dekret Rady Regencyjnej w art. 7, ale żaden z tych aktów nie precyzował, kto i w jaki sposób go powołuje. Obydwa akty nie uzależniały także dorozumianej kompetencji RR w przedmiocie powoływania Prezydenta od stanowiska państw centralnych w tej sprawie. Zatem RR występowała do rządów obu mocarstw okupacyjnych poprzez generalnych gubernatorów „oznajmiając, iż na Prezydenta Ministrów powołuje [...] i prosi o powiadomienie o tym fakcie rządu”. Zaś powołanie gabinetu J. Świeżyńskiego (23-26 października) odbyło się tylko z powiadomieniem o powołaniu Prezydenta Ministrów.

Prezydent Ministrów był naczelnikiem rządu państwa polskiego, który: reprezentował rząd na zewnątrz i na wewnątrz; kontrasygnował wszystkie dekryty i reskrypty RR, ogłaszał je i czuwał nad wykonaniem jej uchwał oraz nad działalnością poszczególnych ministrów; przedstawiał RR kandydatury na urzędy ministrów i składał jej sprawozdania z działalności rządu⁵; po ze-

³ Na podstawie uregulowań dekretu do kompetencji RM należało: ustalenie ogólnych zasad polityki rządowej i programu działania rządu; rozpatrywanie sprawozdań z działalności poszczególnych ministrów; uzgadnianie tej działalności oraz rozstrzyganie w sprawach wykraczających poza zakres kompetencji poszczególnych ministrów lub dotyczących kilku ministrów; rozpatrywanie uchwał w sprawach projektów ustaw, dekretów, reskryptów wnoszonych pod obrady przez prezydenta lub poszczególnych ministrów; wydawanie rozporządzeń wykonawczych do dekretów RR; uchwalanie, na wniosek ministra skarbu, budżetu i przedstawianie go RR i RS. Uchwały były podstawą do przedłożenia projektów RR celem zatwierdzenia, czyli nadania sankcji. To samo dotyczyło projektów rozporządzeń do wymienionych aktów prawnych oraz regulaminów wewnętrznych rządu i poszczególnych ministerstw. W tym samym trybie RM uchwałała projekt budżetu państwa – Dekret Rady Regencyjnej, art. 8, 10, 12-14 oraz 16-18.

⁴ K. W. K u m a n i e c k i, *Odbudowa państwa polskiego. Najważniejsze dokumenty 1912–styczeń 1924*, Warszawa–Kraków 1924, L. 48, s. 88-89.

⁵ Dekret Rady Regencyjnej o tymczasowej, art. 7.

braniu się RS⁶ miał przedstawić jej sprawozdanie z działalności rządu, prowadzonej do czasu jej powstania. Wyjątkowo ustawy powierzały Prezydentowi Ministrów wykonywanie ustaw, a więc i wydawanie rozporządzeń wykonawczych⁷, lub upoważniały go do spełnienia pewnych nadzorczych czynności urzędowych⁸.

Pod nadzorem Prezydenta Ministrów była wydawana gazeta rządowa „Monitor Polski”. Sprawował on też bezpośredni nadzór nad Departamentem Spraw Politycznych (późniejszym Departamentem Stanu), Komisją Wojskową oraz Komisją Urzędniczą⁹. Podlegało mu również Biuro Prezydzialne Rady Ministrów¹⁰. W praktyce Departament Spraw Politycznych i Komisja Wojskowa stanowiły organy o znaczeniu równym ministerstwu.

Dekret ustalał także kompetencje poszczególnych ministrów. Naczelną władzą rządzącą, w przekazanym mu zakresie służby publicznej, był minister. Ponoślił on przed Sejmem odpowiedzialność za prawidłowy tok wszystkich spraw, a ministerstwo: miało ustrój biurowy – władzy monokratycznej; żaden urzędnik ministerstwa nie miał samodzielnej władzy, a tylko w takim zakresie, jaki mu porucił minister, o ile ustawy nie stanowiły inaczej; zarządzenia urzędników zastępujących ministra i działających z jego upoważnienia musiały nosić podpis: za ministra. Ministrowie, obok wyznaczonych im zadań administracyjnych w przekazanych im zakresach służby publicznej oraz opracowywania projektów aktów prawnych regulujących tę służbę, zobowiązani byli w szczególności do zorganizowania aparatu administracyjnego dla swych działów, jak również opracowania i przedstawienia rządowi projektów w sprawie przejmowania administracji od władz okupacyjnych¹¹.

Ministerstwo dzieliło się na departamenty, na których czele stali dyrektorzy. Departamenty dzieliły się na wydziały, kierowane przez naczelników. Statuty organizacyjne ministerstw określały liczbę departamentów i wydziałów oraz zakres kompetencji. Statuty te były zatwierdzane przez RM na wniosek

⁶ Pierwsze zebranie RS miało miejsce 22 czerwca 1918 roku, zaś jej rozwiązanie – 7 października 1918 roku.

⁷ Ustawy: o państwowej służbie cywilnej, o ustanowieniu „Krzyża Zasługi”, o Najwyższym Trybunale Administracyjnym.

⁸ Ustawa o państwowej służbie cywilnej wymaga zgody Prezesa Rady Ministrów na mianowanie urzędników przez władze naczelne na stopnie służbowe powyżej IV stopnia. Prezes RM nadawał także na wniosek ministrów srebrny i brązowy Krzyż Zasługi, co regulowała ustawa z dnia 23 czerwca 1923 roku o ustanowieniu „Krzyża Zasługi”, Dz.U. RP nr 62, poz. 458.

⁹ Dekret Rady Regencyjnej o tymczasowej, art. 20.

¹⁰ MP nr 100 z 1918 roku.

¹¹ Art. VII § 35 Tymczasowej organizacji polskich naczelných władz państwowych.

właściwego ministra. Minister na podstawie statutu przeprowadzał szczegółowy podział czynności między departamenty i wydziały, rewidując go i zatwierdzając co roku¹².

Po ustąpieniu RR i objęciu rządów w państwie przez Józefa Piłsudskiego, tymczasowy ustrój państwa, w tym i stanowisko ministrów, określone zostały w dekreście z dnia 22 listopada 1918 roku o najwyższej władzy reprezentacyjnej Republiki Polskiej¹³. Zgodnie z jego postanowieniami najwyższą władzę objął Piłsudski w charakterze Tymczasowego Naczelnika Państwa (TNP) i miał ją sprawować do czasu zwołania Sejmu Ustawodawczego.

Rząd stanowili mianowani przez niego i odpowiedzialni przed nim Prezydent Ministrów i ministrowie¹⁴ – przy czym dekret nie określił wyraźnie charakteru tej odpowiedzialności. Zatem rząd nie był organem samodzielnym, gdyż zależał od TNP.

Wszyscy urzędnicy składali przysięgę na wierność Republice Polskiej, zgodnie z tekstem mającej się ustalić roty¹⁵. Mianowanie wyższych urzędników państwowych, zastrzeżone w myśl przepisów dotychczasowych głowie państwa, należało do TNP, który decydował na propozycję Prezydenta Ministrów i właściwego ministra. Biorąc jednak pod uwagę ich pełną zależność od TNP, ten ostatni nie był praktycznie żadnym stopniem skrzepowany tym wymogiem.

Dekret wprawdzie nie wprowadzał zasady podziału władz, ale dotyczył wszystkich trzech sfer działalności państwa: ustawodawczej, wykonawczej i sędowniczej¹⁶. Znaczenie dekretu polegało przede wszystkim na tym, iż w okresie przejściowym precyzował on z prawnego punktu widzenia zasady sprawowania najwyższej władzy reprezentacyjnej w Polsce¹⁷. Wydanie de-

¹² B. W a s i u t y ń s k i, *Ustrój władz administracyjnych rządowych i samorządowych*, Poznań 1937, s. 25.

¹³ Dz.P. PP nr 17, poz. 41.

¹⁴ Projekty ustawodawcze, uchwalone przez RM, podlegały zatwierdzeniu TNP i uzyskiwały moc obowiązującą, o ile sama ustawa nie stanowiła inaczej, z chwilą ogłoszenia w „Dzienniku Praw Państwa Polskiego”, traciły zaś moc obowiązującą, jeśli nie zostały przedstawione na pierwszym posiedzeniu Sejmu Ustawodawczego do jego zatwierdzenia. Zatem RM była powołana przede wszystkim do uchwalania projektów ustawodawczych. Por.: *Rada Ministrów*, oprac. C. Berezowski, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa publicznego*, t. II, red. Z. Cybichowski, Warszawa 1939, s. 811.

¹⁵ Dekret o najwyższej władzy, art. 3, 7.

¹⁶ TNP skupił w swym ręku władzę ustawodawczą i wykonawczą (cywilną i wojskową).

¹⁷ Por. Z. W i t k o w s k i, *Status ustrojowy Rady Ministrów w konstytucjach polskich okresu międzywojennego*, w: *Rada Ministrów. Organizacja i funkcjonowanie*, red. A. Bałaban, Kraków 2002, s. 50.

kretu stanowiło swego rodzaju zamknięcie wstępnego etapu budowania podstaw ustrojowych niepodległego państwa. W Warszawie powstał centralny ośrodek władzy odrodzonej Republiki Polskiej.

Wkrótce po wydaniu dekretu z 22 listopada 1918 roku, dnia 28 listopada wydane zostały przez TNP kolejne dwa dekrety: o ordynacji wyborczej do Sejmu Ustawodawczego i o wyborach do Sejmu Ustawodawczego¹⁸.

Dekret o wyborach do Sejmu Ustawodawczego zarządził powszechne wybory na dzień 26 stycznia 1919 roku. Wybrany w tym dniu Sejm Ustawodawczy został zwołany dekretem TNP z dnia 5 lutego 1919 roku do miasta stołecznego Warszawa, na dzień 9 lutego 1919 roku¹⁹, co spowodowało *de iure* zamknięcie okresu urzędowania władz tymczasowych. Dekret o najwyższej władzy reprezentacyjnej Republiki Polskiej stracił moc obowiązującą, a SU objął władzę jako jedyny i najwyższy wyraziciel woli Narodu²⁰.

Dnia 20 lutego 1919 roku SU podjął uchwałę o powierzeniu Józefowi Piłsudskiemu dalszego sprawowania urzędu Naczelnika Państwa²¹, aż do ustawowego uchwalenia tej części konstytucji, która określi zasadniczo przepisy o organizacji władz naczelnych w państwie, oraz sformułował zasady, na jakich nastąpiło powierzenie tego urzędu²².

Uchwała stanęła na stanowisku demokracji pośredniej, a więc zwierzchnictwa ludowego sprawowanego przez Sejm. Według niej władzą suwerenną i ustawodawczą w państwie stał się SU. Zewnętrznym wyrazem jego pozycji było postanowienie, że ustawy ogłasza Marszałek Sejmu z kontrasygnatą premiera i właściwego ministra. Stanowisko Naczelnika Państwa określała uchwała: jest on przedstawicielem państwa i najwyższym wykonawcą uchwał Sejmu w sprawach cywilnych i wojskowych. Reprezentował on państwo w stosunkach międzynarodowych i stał na czele administracji państwowej cywilnej i wojskowej, gdzie chociaż był najwyższym zwierzchnikiem, to był podporządkowany woli Sejmu, ponieważ był wykonawcą jego uchwał.

Wychodząc z zasady zwierzchnictwa Sejmu, uchwała lutowa uznała zasadę odpowiedzialności Naczelnika Państwa za sprawowanie urzędu przed Sejmem na równi z członkami rządu. Uznając równorzędnie odpowiedzialność Naczel-

¹⁸ Dz.P. PP nr 18, poz. 46, 47.

¹⁹ W. K o m a r n i c k i, *Zarys ustroju państwowego Rzeczypospolitej*, Warszawa 1923, s. 8.

²⁰ W i t k o w s k i, art. cyt., s. 52.

²¹ Dz.P. PP nr 19, poz. 226.

²² Uchwała ta popularnie zwana jest Małą Konstytucją.

nika Państwa i rządu, zawierała jednocześnie postanowienie, że każdy akt państwowy Naczelnika Państwa wymaga podpisu odnośnego ministra, czyli tego, do którego zakresu działania odnosi się dany akt ze względu na swą treść²³. Natomiast uchwała nie precyzowała, o jaki rodzaj odpowiedzialności chodzi. Niemniej jednak z tego ogólnego sformułowania wynikało, że może to być tylko odpowiedzialność polityczna (parlamentarna) – za przekroczenie kompetencji oraz za prowadzenie polityki niezgodnej z wytycznymi Sejmu. Z formalnego zaś punktu widzenia, przy braku wyraźnego rozróżnienia w przepisach, mogłaby to być również odpowiedzialność konstytucyjna, indywidualna i solidarna²⁴.

Naczelnik Państwa powoływał rząd w pełnym składzie na podstawie porozumienia z Sejmem²⁵, co w praktyce oznaczało, że obsada każdego wójt resortu winna była następować w oparciu o porozumienie z parlamentem. Taka wykładnia art. 3 uchwały nie przetrwała w praktyce. Większość sejmowa ustaliła ostatecznie, że nominacje mogą być dokonywane przez Naczelnika Państwa w porozumieniu z Marszałkiem Sejmu, zaś Sejm w ten sposób dokonane nominacje przyjmował do wiadomości²⁶. Nie rozstrzygnięto zaś zagadnienia sposobu formowania rządu w sytuacji, w której zabrakłoby możliwości uzyskania porozumienia Naczelnika Państwa z Sejmem²⁷.

Uchwała sejmowa z dnia 20 lutego faktycznie wprowadzała system rządów, w którym Sejm znalazł się na czele wszystkich innych organów państwa²⁸.

²³ Uchwała o powierzeniu, art. 1, 2, 4, 5.

²⁴ Por. Z. W i t k o w s k i, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej 1921-1935*, Warszawa-Poznań-Toruń 1987, s. 21.

²⁵ Uchwała o powierzeniu, art. 3.

²⁶ Por. M. P i e t r z a k, *Rządy parlamentarne w Polsce w latach 1919-1926*, Warszawa 1969, s. 164. Z czasem następowało jednak ograniczenie kompetencji Sejmu w zakresie kreowania rządu. Częściowe jego rekonstrukcje dokonywane były przez Naczelnika Państwa, o których premier informował Marszałka Sejmu, ten zaś informacje o zmianach przekazywał Sejmowi. Por. S. K r u k o w s k i, *Mała Konstytucja z 1919 r.*, w: *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, red. M. Kallasa, t. II, Warszawa 1990, s. 17.

²⁷ W praktyce został w tym względzie wytworzony system, który A. Ajnenkiel w swoim dziele *Polskie konstytucje* (Warszawa 1991) nazwał „negatywnym sprzężeniem zwrotnym”. Oznaczało to w praktyce, że decyzje dotyczące tworzenia gabinetów, zmian w ich składzie czy też ich odwoływania powstawały w Sejmie w następstwie zawiązania albo rozpadu koalicji, albo nawet powstawania doraźnych, dyktowanych potrzebami politycznymi uzgodnień między kierownictwami klubów poselskich – za: W i t k o w s k i, *Status ustrojowy*, s. 53.

²⁸ System ten zwany był przez wybitnego konstytucjonalistę niemieckiego Hansa Kelsena systemem rządów komitetowych. Sprowadzał on bowiem inne naczelne organy do roli swego rodzaju komitetu wykonawczego parlamentu, komitetu pozbawionego własnych, niezależnych od Sejmu uprawnień. System ten zastosowano bezpośrednio po zakończeniu wojny w Czecho-

W nowych formach prawnych, odpowiadających dokonaniem w świecie rozwoju prawnopolitycznemu, dominującą myślą pierwszej uchwały, stwarzającej tymczasowy ustrój państwowy, powziętej przez przedstawicieli Narodu po odzyskaniu niepodległości, pozostała tradycyjna polska troska o wolność polityczną²⁹. Jak dawniej, nie umiano jednak pogodzić jej z kategoryczną potrzebą silnego rządu, odpowiedzialnego przed Sejmem, ale mającego większą swobodę.

Przepisy Małej Konstytucji, niewystarczające z powodu swej zwięzłości, uzupełniała i modyfikowała praktyka konstytucyjna, zaś zasadnicza jej tendencja ograniczenia zakresu uprawnień rządu stała się precedensem ustrojowym dla uregulowania stosunku rządu do parlamentu w Konstytucji z dnia 17 marca 1921 roku³⁰.

2. POZYCJA PRAWNA URZĘDU MINISTRA POD RZĄDAMI PRZEPISÓW KONSTYTUCJI MARCOWEJ Z 1921 ROKU I NOWELIZUJĄCEJ JĄ USTAWY Z DNIA 2 SIERPNIĄ 1926 ROKU

2.1. POSTANOWIENIA KONSTYTUCJI MARCOWEJ

Konstytucja z dnia 17 marca 1921 roku oparła konstrukcję rządów parlamentarnych na zasadzie podziału władz³¹. Według art. 43 Konstytucji Prezydent Rzeczypospolitej sprawował władzę wykonawczą przez odpowiedzialnych ministrów i podległych im urzędników. Zatem egzekutywa w Konstytucji

słowacji (ustawą z dnia 14 listopada 1918 roku), Niemczech (ustawą z dnia 10 lutego 1919 roku), Austrii (ustawą z dnia 14 kwietnia 1919 roku), wreszcie Estonii (ustawą z dnia 4 czerwca 1919 roku). Jest jednak rzeczą godną uwagi fakt, że w praktyce następowało dość szybkie odchodzenie od tego typu rozwiązań, nawet jeszcze przed definitywnym uchwaleniem konstytucji. Tak było np. w Czechosłowacji, w której ustawa z dnia 13 maja 1919 roku wydatnie wzmocniła władzę prezydenta – za: A j n e n k i e l, dz. cyt., s. 218.

²⁹ Mała Konstytucja została uzupełniona dnia 13 lutego 1920 roku postanowieniem dotyczącym kwestii emisyjno-finansowych. Bez uprzedniego zezwolenia Sejmu nie mogła nastąpić emisja środków płatniczych, zaciąganie pożyczek państwowych oraz przyjmowanie przez państwo gwarancji finansowych – Uchwała Sejmu z dnia 13 lutego 1920 roku uzupełniająca uchwałę Sejmu z dnia 29 lutego 1919 roku, Dz.U. RP nr 17, poz. 84.

³⁰ W. K o m a r n i c k i, *Ministrowie i ministerstwa polskie*, w: *Encyklopedia podręczna prawa*, s. 469.

³¹ Ustawa z dnia 17 marca 1921 roku, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Dz.U. RP nr 44, poz. 267.

marcowej była dualistyczna, ale mimo braku możliwości równoważenia dominującej roli Sejmu, rząd jako istotny jej element nie był już tylko komisją wykonawczą Sejmu, jak w Małej Konstytucji, gdyż Konstytucja marcowa wprowadzała system parlamentarny, nie zaś gabinetowy³².

Punkt ciężkości rządów przesunął się z głowy państwa ku ministrom, którzy nie byli już tylko pomocnikami głowy państwa, lecz uzyskali zasadniczą samodzielność. Rozwiązanie to było zgodne z powszechnie przyjętą praktyką w systemie rządów parlamentarnych, co wynikało z koncepcji, według której ministrowie nie byli „ministrami prezydenta”, indywidualnie czy zespołowo z nim pracującymi, lecz tworzyli pod przewodnictwem premiera organ kolegialny – Radę Ministrów³³, o czym wyraźnie stanowił art. 55 Konstytucji.

W praktyce wyodrębniano trzy kategorie ministrów. Byli to: tzw. ministrowie resortowi – kierujący wyodrębnionymi działami administracji państwa; ministrowie bez teki – nie kierujący żadnym wyodrębnionym resortem, ale wykonujący zadania wyznaczone im przez premiera; kierownicy urzędów centralnych – których stanowiska uznawano za odpowiadające stanowiskom ministerialnym³⁴.

Założeniem konstytucyjnego stanowiska ministrów polskich była zasada odpowiedzialności przed Sejmem, oraz to, że w administracji stanowili oni najwyższą instancję. Ponieważ Konstytucja marcowa, jak już wspomniano, wprowadzała ustroj parlamentarno-gabinetowy, wobec tego ministrowie musieli wytworzyć między sobą na tyle ścisły związek, by zapewniał im jedność wewnętrzną, a przez to jednolitość w wystąpieniach na zewnątrz – zarówno wobec głowy państwa, jak i parlamentu. RM mogła wykonywać funkcję polityczną i administracyjną. Spełniając pierwszą, ustalała program rządowy oraz ogólne zasady polityki rządowej, tak wewnętrznej, jak i zewnętrznej. Niezależnie od tego RM rozpatrywała sprawozdania poszczególnych ministerstw i uzgadniała ich działalność, a także rozstrzygała wszelkie sprawy wchodzące w zakres kompetencji poszczególnych ministrów lub też dotyczące kilku ministerstw³⁵. Kompetencje RM pozostawiono uregulowaniu w drodze ustawo-

³² Witkowski, *Status ustrojowy*, s. 56.

³³ S. Krukowski, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1921 r.*, w: *Konstytucje Polski*, s. 89.

³⁴ Różnica pomiędzy poszczególnymi kategoriami ministrów polegała na tym, że tylko ministrowie resortowi i bez teki wchodzili w skład RM – za: Witkowski, *Status ustrojowy*, s. 65.

³⁵ S. Kulpa, *Władze i urzędy w Polsce*, Kraków 1924, s. 6.

dawstwa zwykłego³⁶. Wiele przepisów mówiło o jednolitości Rady Ministrów, która przejawiała się zarówno w jej powstaniu, jak i działaniu³⁷.

Według art. 45 „Prezydent Rzeczypospolitej mianował i odwoływał Prezesa Rady Ministrów, a na jego wniosek mianował i odwoływał ministrów [...]. Wybór poszczególnych ministrów należał więc do Prezesa RM, który tym samym dobierał sobie przyszłych współpracowników. Ponieważ przy istnieniu systemu parlamentarnego Prezes RM jest mężem zaufania większości sejmowej i z reguły członkiem Sejmu, dawał on wystarczające gwarancje co do utworzenia rządu odpowiadającego tej większości. Listę członków sformowanego przez siebie gabinetu premier przedstawiał w formie wniosku nominacyjnego Prezydentowi, który tym wnioskiem był związany. Zatem zarówno jego nominacja, jak i nominacja pozostałych ministrów oraz odwołanie premiera, całego rządu czy poszczególnych ministrów, wymagało kontrasygnaty Prezesa RM³⁸.

Konstytucja marcowa zrezygnowała z wymogu Małej Konstytucji, aby rząd był powoływany na podstawie porozumienia z Sejmem³⁹.

Ponieważ w czasie formowania rządu Sejm zwykle nie obradował, o fakcie zamianowania nowego gabinetu premier informował Marszałka Sejmu, który ogłaszał to na najbliższym plenarnym posiedzeniu Sejmu. Na tymże posiedzeniu Prezes RM przedstawiał Sejmowi *exposé*, które było zazwyczaj powtó-

³⁶ Co też uczyniono w Statucie organizacyjnym Rady Ministrów z dnia 13 marca 1925 roku (MP 1925, nr 62) oraz rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 28 sierpnia 1926 roku w sprawie zatwierdzenia statutu organizacyjnego Rady Ministrów (MP nr 195 z 1926 roku).

³⁷ RM dysponowała również solidnym zapleczem pomocniczym w postaci Prezydium RM, czyli osobami, środkami rzeczowymi oraz technicznymi umożliwiającymi jej realizację konstytucyjnych funkcji.

³⁸ K o m a r n i c k i, dz. cyt., s. 35.

³⁹ W praktyce jednak prawo Sejmu do uchwalenia wobec rządu votum nieufności prowadziło do tego, że system powoływania rządu do maja 1926 roku niewiele się różnił od wypracowanego w czasie obowiązywania Małej Konstytucji. Nieaktualny stał się jedynie problem, kto reprezentuje Sejm w uzgadnianiu osoby premiera. Pod rządami nowej konstytucji decyzje zapadały na konferencjach przedstawicieli klubów sejmowych, odbywanych u prezydenta lub Marszałka Sejmu. Wtedy gdy ukształtowała się koalicja, rola prezydenta sprowadzała się w zasadzie do powołania na urząd premiera osoby desygnowanej przez tę większość. Jeśli utworzenie koalicji było niemożliwe, inicjatywa należała do prezydenta, który jednak musiał się liczyć ze stanowiskiem Sejmu. Również obsada poszczególnych resortów ustalana była przy decydującym wpływie klubów sejmowych. Jedynie w sytuacji tworzenia rządu pozaparlamentarnego ich wpływ był ograniczony – K r u k o w s k i, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1921 r.*, s. 90.

rzony w Senacie⁴⁰. Gdy program rządu zyskiwał aprobatę Sejmu, rząd mógł przystępować do jego realizacji, gdyż zgodnie z art. 58 Konstytucji, uchwały Senatu nie mogły wzruszyć egzystencji gabinetu, który miał poparcie Sejmu⁴¹. Prezes RM zajmował uprzywilejowane stanowisko. Jego ustąpienie z jakiegokolwiek przyczyny powodowało ustąpienie wszystkich ministrów.

Jednolitość w działaniu RM wyrażała się w solidarności jej członków oraz w kolegialnym załatwianiu niektórych spraw⁴². Zarządzenia poszczególnych ministrów nie mogły się krzyżować, co zresztą jest zrozumiałe ze względu na elementarne potrzeby państwa, a ponadto miały być zgodne wszelkie ich wystąpienia, jak i oświadczenia polityczne.

Ministrowie podlegali wiążącemu stanowisku RM. Odmowa podporządkowania się zaaprobowanej przez większość uchwałę RM winna pociągać za sobą dymisję ministra. Kierunek polityki poszczególnych ministrów musiał pozostawać zgodny z zasadniczym kierunkiem ogólnej polityki rządu⁴³.

Rząd mógł sprawować swoją władzę tylko w granicach prawa – zatem w granicach obowiązujących ustaw. Wynikało to z postanowień Konstytucji, zgodnie z którymi Prezydent i ministrowie mogli wydawać rozporządzenia wykonawcze oraz zarządzenia, rozkazy i zakazy tylko w wykonaniu ustaw i z powołaniem się na upoważnienie ustawowe, a rozporządzenia władzy, z których wynikały prawa i obowiązki obywateli, miały moc obowiązującą tylko wtedy, gdy zostały wydane z upoważnienia ustawy. Dlatego każde rozporządzenie ministra podawało zawsze przepisy tej ustawy, w wykonaniu i na podstawie której zostało wydane⁴⁴.

⁴⁰ Choć Konstytucja marcowa nie wymagała uchwalenia wobec nowego rządu wotum zaufania w chwili obejmowania przezeń urzędowania, a stanowisko klubów było wyrażane jeszcze przed oficjalnym powołaniem rządu, w praktyce z reguły po sejmowym *exposè* nowego premiera i dyskusji nad nim odbywało się głosowanie nad wotum zaufania – K r u k o w s k i, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1921 r.*, s. 90.

⁴¹ A. M i l l e r, *Rządy parlamentarne w Polsce*, w: *Encyklopedia podręczna prawa*, s. 595.

⁴² RM obradowała na posiedzeniach, które mogły mieć charakter zwyczajny, tajny lub poufny. W zasadzie RM działała *in corpore*, decydując o wszystkich sprawach należących do jej konstytucyjnych kompetencji. Dla usprawnienia posiedzeń RM rząd, swoją uchwałą z dnia 6 października 1921 roku, powołał do życia Komitet Polityczny RM, którego zadaniem było opracowywanie wytycznych wewnętrznej i zewnętrznej polityki gabinetu. Jego skład tworzyli: premier, ministrowie (spraw zagranicznych, spraw wewnętrznych, skarbu) oraz jako stały członek jeden z ministrów wybrany przez RM – za: W i t k o w s k i, *Status ustrojowy*, s. 69-70.

⁴³ Tamże, s. 67.

⁴⁴ R. H a u s n e r, *O władzy wykonawczej*, „Na posterunku” *Gazeta Policji Państwowej*, nr 24 z dnia 19 czerwca 1924 roku, s. 3 (487).

Z brzmienia art. 44 ust. 3 wynikało zaś, iż jeśli ministrowie mieli prawo wydawania rozporządzeń w swoim zakresie działania, to prawo takie mogło być stosowane nie tylko do każdego z osobna ministra, ale i łącznie do nich wszystkich, rozpatrywanych jako kolegium, czyli jako RM, w zakresie jej działania, ustalonym przez Konstytucję i ustawy zwykłe.

Zgodnie z art. 61 Konstytucji, ministrów obowiązywała zasada *incompatibilitas*, a więc nie mogli ani piastować żadnego innego urzędu ani uczestniczyć w zarządzie i władzach kontrolujących towarzystw i instytucji, obliczonych na zysk. Jeżeli urząd ministra sprawował tymczasowy kierownik ministerstwa, również do niego odnosiły się wszystkie przepisy o urzędzie ministra. Zakaz ten obejmował również kierowników urzędów centralnych i podsekretarzy stanu. Natomiast stanowiska ministerialne mogli obejmować parlamentarzyści, zarówno posłowie, jak i senatorowie, bez obawy utraty mandatu, a także osoby spoza parlamentu⁴⁵.

Ministrowie spełniali swoje czynności przez podległych im urzędników. Urzędnicy ci działali w zasadzie w imieniu ministra. Ich władza była częścią władzy ministra, gdyż Konstytucja stanowiła w art. 56 ust. 2, że każdy minister w swoim zakresie odpowiada między innymi „za działanie podległych mu organów”, a w art. 45 ust. 2 zapisano ponadto, że „każdy urzędnik musi podlegać ministrowi, który za jego działania odpowiada przed Sejmem”. Dlatego też minister mógł z reguły w drodze nadzoru skasować lub zmienić zarządzenie wydane przez podwładnych mu urzędników. W razie nieobecności ministra we wszystkich funkcjach zastępował go podsekretarz stanu, a jeżeli takiego w ministerstwie nie było, jeden z dyrektorów departamentów wyznaczony przez ministra, ale z głosem stanowczym jedynie w sprawach tego ministerstwa⁴⁶.

Przy ministrze istniał urząd zwany ministerstwem, który opracowywał i przedkładał ministrowi do decyzji sprawy zasadnicze, mające najczęściej znaczenie szczególnie ważne lub istotne dla całego państwa, albo też wydawał zarządzenia w imieniu ministra i z jego upoważnienia⁴⁷.

Wraz z odzyskaniem niepodległości nastąpiło ogromne rozbudowanie administracji państwowej, tak że powstał nadmiar różnych urzędów, podlega-

⁴⁵ Konstytucja marcowa nie zabraniała również posłom i senatorom pełnić funkcji podsekretarzy stanu, co sprawiało, że urząd ten nabierał politycznego charakteru – Witkowski, *Status ustrojowy*, s. 66.

⁴⁶ K u l p a, dz. cyt., s. 5.

⁴⁷ H a u s n e r, art. cyt., s. 2 (486).

jących różnym ministrom. Ażeby temu zapobiec, Konstytucja ustanowiła dwie zasady, wynikające z artykułów 65 i 66:

- po pierwsze: państwo polskie dzieli się na województwa, powiaty oraz gminy miejskie i wiejskie;
- po drugie: w poszczególnych jednostkach terytorialnych wszystkie władze podlegające różnym ministerstwom mają być skoncentrowane, czyli zespolone razem pod jednym zwierzchnikiem.

W mianowaniu ministrów Prezydent Rzeczypospolitej był skrępowany ustawowo oznaczoną liczbą ministrów, jak tego wymagał art. 63 Konstytucji. Przewidywał on wydanie ustawy, określającej „liczbę, zakres działania i wzajemny stosunek ministrów”⁴⁸. Jednak ustawa taka nigdy nie została wydana. Natomiast praktyczny efekt tego artykułu był taki, że:

1. Zapowiedziana ustawa wykonawcza do tego artykułu nie ukazała się, wskutek czego zakres działania ministrów był określony w całym szeregu przepisów specjalnych, co nastęrczało różnych wątpliwości natury kompetencyjnej.

2. Zakres ten był ustalony wadliwie, gdyż nie uwzględniono w wielu przypadkach kardynalnej zasady, iż sprawy jednorodne muszą być łączone razem.

3. Liczba ministerstw wahała się i wykazywała w pewnych okresach gwałtowne tendencje zniżkowe (12), a w innych zwyżkowe (aż 26). Sytuacja taka wynikała początkowo pośrednio z braku władz II instancji, wskutek czego ministerstwa zarządzały bezpośrednio administracją powiatową, nadzorując ją za pomocą aparatu inspekcyjnego.

4. Wzajemny stosunek ministrów i kompetencje RM nadal regulował – jak wiadomo – dekret Rady Regencyjnej z dnia 3 stycznia 1918 roku⁴⁹.

W art. 56 ust. 1 ustalona została zasada solidarnej odpowiedzialności konstytucyjnej i parlamentarnej RM za ogólny kierunek działalności rządu, a więc zarówno powzięcie decyzji przez RM w zakresie jej kompetencji, jak też ustalenie przez nią zasad działania dla poszczególnych ministerstw jako działów administracji państwowej. Zatem art. 56 odróżniał ogólny kierunek

⁴⁸ Sprawa, o której mówił art. 63, tymczasowo została uregulowana przez rozporządzenie RM z dnia 18 marca 1921 roku (MP nr 74 z 19.03.1921) zawierające statuty organizacyjne ministerstw, GUS i GUZ. Niemniej jednak nie było to definitywne uregulowanie z punktu widzenia art. 63 wymagającego w tej kwestii ustawy.

⁴⁹ Por. R. H a u s n e r, *Materiały Komisji dla usprawnienia administracji publicznej przy Prezesie Rady Ministrów*, t. 4: *Organizacja administracji rządowej (Projekt)*, Warszawa 1932, s. 18-19.

działalności rządu od kierunku polityki poszczególnych ministrów⁵⁰. Równolegle istniała odpowiedzialność indywidualna poszczególnych ministrów, którzy ponosili ją oddzielnie, każdy w swoim zakresie, za działalność w urzędzie: a to zarówno za zgodność tej działalności z konstytucją i innymi ustawami państwa, za działanie podległych im organów, jak i za kierunek swej polityki (art. 56 ust. 2). W tym pojęciu działalność ministra w urzędzie wiązała się z następującymi zagadnieniami: zgodność tej działalności z Konstytucją i innymi ustawami, czyli odpowiedzialność za legalność działalności ministra; kierunek polityki ministra, czyli odpowiedzialność za celowość jego działania; działalność podległych ministrowi organów, czyli odpowiedzialność ministra za działalność podległych mu organów wynikała ze stosunku służbowego podporządkowania ich ministrowi⁵¹. Rozróżnienie solidarnej i indywidualnej odpowiedzialności ministrów odpowiadało ich charakterowi. Z jednej strony ministrowie byli członkami rządu, czyli RM, z drugiej zaś – szefami powierzonych im działów administracji państwowej.

Jako konsekwencję systemu parlamentarnego Konstytucja w art. 57 przyjęła solidarną i indywidualną odpowiedzialność ministrów za akty rządowe Prezydenta Rzeczypospolitej, co wynikało z przyjęcia w art. 51 zasady nieodpowiedzialności prezydenta (zarówno parlamentarnej, jak i cywilnej) za czynności urzędowe⁵². Co więcej, ministrowie ponosili odpowiedzialność również za niewykonanie przez Prezydenta aktów rządowych, których dokonanie było jego konstytucyjnym obowiązkiem. Wskutek tego Prezydent otrzy-

⁵⁰ W. L. J a w o r s k i, *Konstytucja z dn. 17 marca 1921. Prawo polityczne z października 1919 do 4 lipca 1921*, Kraków 1921, s. 221.

⁵¹ K o m a r n i c k i, dz. cyt., s. 42-43.

⁵² Trudno sobie jednak wyobrazić Prezydenta, który by nie ustąpił w sytuacji, gdy przeciwko niemu powstała opozycja mająca zdecydowaną większość w obu Izbach. Co prawda w takiej sytuacji Prezydent mógł rozwiązać Sejm, ale na to potrzebna była zgoda kwalifikowanej większości w Senacie – a wypadek taki w praktyce stawał się nieprawdopodobnym. Zatem w razie konfliktu rządu z parlamentem, Prezydent nie mógł wesprzeć rządu, dając mu do ręki jedyny środek, który mógł w takiej sytuacji skutkować, a mianowicie: rozwiązanie Sejmu. Jaki był zatem praktyczny skutek powyższych postanowień? Według Jaworskiego: „Prezydent, który popadł w konflikt z rządem, nie mógł go zdymisjonować, bo nie znalazłby się nikt, kto by utworzył rząd nie mający za sobą większości Sejmu. Zaś rząd, który popadł w konflikt z Sejmem, musiał ustąpić, ponieważ jedynego środka w tej sytuacji, którym było rozwiązanie Sejmu, nie mógł zaproponować Prezydent, jeżeli się oczywiście abstrahuje od nieprawdopodobnej ewentualności, iż w senacie znajdzie się wymagana większość gotowa do walki z Sejmem” – por. Odczyt „Rząd”, w: *Konspekt do wykładu. Wprowadzenie do historii administracji i prawa publicznego*, oprac. Z. Szcząska, Warszawa 1993/94, s. 40-41.

mał wobec rządu stanowisko wpływowego doradcy, decyzja zaś należała do odpowiedzialnego gabinetu⁵³.

Jeśli chodzi o realizację odpowiedzialności ministrów, to polityczną odpowiedzialność formułowała Konstytucja w art. 58, według którego do odpowiedzialności parlamentarnej pociągał ministrów Sejm zwyczajną większością. Zatem Sejm wykonywał to prawo przez uchwalanie wniosków nieufności. Zgodnie z artykułami 43, 44, 46, 56 i 57 Konstytucji zakres odpowiedzialności parlamentarnej ministrów obejmował zarówno ich własne działania, jak też działania podległych im organów oraz wszelkie akty rządowe Prezydenta.

Konstytucja знаła dwa rodzaje odpowiedzialności: solidarną – za ogólny kierunek jego działalności, obejmującą cały gabinet, i indywidualną – za jego działalność w urzędzie, obejmującą poszczególnego ministra. Konsekwencją wotum nieufności był obowiązek RM, względnie poszczególnego ministra, ustąpienia na żądanie Sejmu. Z procedury tej został wyłączony Senat.

Konstytucja nie określiła natomiast zasad odpowiedzialności konstytucyjnej ministrów, stanowiąc w art. 59 ust. 1, iż określi ją osobna ustawa. W myśl art. 59 ust. 2 do odpowiedzialności konstytucyjnej pociągał ministrów wyłącznie Sejm⁵⁴.

Wniosek o pociągnięcie ministra do odpowiedzialności konstytucyjnej musiał być podpisany przez co najmniej 100 posłów⁵⁵. Po spełnieniu tego

⁵³ Miller, *Rządy parlamentarne w Polsce*, s. 595.

⁵⁴ Przyjęty w Konstytucji tryb realizacji odpowiedzialności konstytucyjnej, według którego oskarżenie należało do parlamentu lub do jednej z izb, a osądzenie do specjalnego sądu lub trybunału sądowego wywodził się z przepisów Konstytucji 3 Maja: „[...] Chcąc, aby Straż Praw narodowych obowiązana była do ścisłej odpowiedzi Narodowi za wszelkie onych przestępstwa, stanowimy, iż gdy ministrowie będą oskarżeni, przez deputację do egzaminowania ich czynności wyznaczoną, o przestępstwo prawa, odpowiadać mają z osób i majątków swoich. W wszelkich takowych oskarżeniach Stany zgromadzone prostą większością wotów Izb złączonych odesłać obwinionych ministrów mają do sądów sejmowych po sprawiedliwe i wyrównujące przestępstwu ich ukaranie, lub przy dowiedzionej niewinności od sprawy i kary uwolnienie [...]” – art. VII Ustawy Rządowej z dnia 3 maja 1791 roku, „*Volumina Legum*”, t. IX: 1782-1792, Kraków: Komisja Prawnicza Akademii Umiejętności 1889, s. 222.

⁵⁵ Dnia 17 grudnia 1924 roku Sejm głosował nad wnioskiem o postawienie w stan oskarżenia byłego ministra przemysłu i handlu Władysława Kucharskiego, w związku ze znacznymi stratami, jakie poniósł Skarb Państwa przy znoszeniu zarządu państwowego zakładów żyrardowskich. Za wnioskiem głosowało 175 posłów, przeciw 139, wstrzymało się 32. Wniosek upadł, gdyż do wymaganej przez konstytucję kwalifikowanej większości 3/5 zabrakło 13 głosów. Natomiast uchwałą z dnia 20 marca 1929 roku Sejm postawił w stan oskarżenia przed Trybunałem Stanu ministra skarbu Gabriela Czechowicza za przekroczenie budżetu 1927/1928. TS, po przeprowadzeniu rozprawy, uchwałą z dnia 29 czerwca 1929 roku zawiesił postępo-

warunku Marszałek Sejmu stawiał ów wniosek, w ciągu ośmiu dni od jego zgłoszenia, na porządku obrad, które ograniczały się do odpowiedzi na pytanie: czy Sejm przechodzi nad wnioskiem do porządku dziennego, czy przekazuje go komisji do rozpatrzenia. Zadaniem komisji było: po pierwsze: przesłuchanie ministra, świadków i biegłych oraz zbadanie dokumentów dotyczących sprawy, po drugie: przedstawienie Sejmowi wyników swojej pracy w postaci wniosku o postawienie ministra w stan oskarżenia lub jego odzrucenie. Postawienie ministra w stan oskarżenia następowało większością 3/5 oddanych głosów, w drodze uchwały powziętej w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. Uchwała Sejmu, stawiająca ministra w stan oskarżenia, zastępowała akt oskarżenia. Był to zatem środek nadzwyczajny, mający zastosowanie wyłącznie w istotnie wyjątkowych okolicznościach⁵⁶. Rozpoznanie sprawy – jedynie w granicach uchwały sejmowej – i wydanie wyroku należało do Trybunału Stanu⁵⁷. Konsekwencją uchwały o postawieniu ministra w stan oskarżenia⁵⁸ było zawieszenie ministra w urzędowaniu. Minister nie mógł uchylić się od odpowiedzialności konstytucyjnej przez zrzeczenie się urzędu⁵⁹.

Minister odpowiadał przed Trybunałem Stanu za działania i zaniechania, wynikłe z winy umyślnej lub nieumyślnej, którymi w zakresie swojego urzędowania lub też w zakresie ogólnego kierunku działalności i polityki rządu naruszył konstytucję lub inną ustawę, naraził państwo na niebezpieczeństwo lub wyrządził oczywistą i znaczną szkodę jego interesom⁶⁰. Z tych postanowień wynika, że minister odpowiadał nie tylko za legalność urzędowania, ale także za jego celowość, o ile naraził państwo na niebezpieczeństwo lub zaszkodził jego interesom. Minister odpowiadał zatem za *dolus* i *culpa*, a nie za *casus*⁶¹.

wanie w tej sprawie, do czasu wydania przez Sejm uchwały zawierającej merytoryczną ocenę zakwestionowanych przez Sejm pod względem formalnym kredytów – Z. C y b i c h o w - s k i, *Trybunał Stanu*, w: *Encyklopedia podręczna prawa*, s. 1044.

⁵⁶ W. K o m a r n i c k i, *Polskie prawo polityczne (geneza i system)*, Warszawa 1922, s. 350.

⁵⁷ Ustawa z dnia 21 kwietnia 1923 roku o Trybunale Stanu, Dz.U. RP nr 59 z 15 czerwca 1923, poz. 415.

⁵⁸ Jednocześnie z uchwaleniem postawienia ministra w stan oskarżenia Sejm wybierał zwykłą większością trzech posłów celem popierania oskarżenia przed Trybunałem Stanu – Ustawa o TS, art. 7.

⁵⁹ Tamże, art. 8.

⁶⁰ Tamże, art. 1.

⁶¹ C y b i c h o w s k i, *Trybunał Stanu*, s. 1044.

Na tych samych zasadach minister odpowiadał za działania i zaniechania Prezydenta Rzeczypospolitej albo zastępującego go Marszałka Sejmu, a nadto we właściwym sobie zakresie urzędowania – za działania i zaniechania RM oraz innych ministrów, jeśli był bezpośrednią przyczyną ich działań lub zaniechań lub dopuścił do nich z winy umyślnej lub nieumyślnej⁶². Minister odpowiadał również za działania i zaniechania RM oraz innych ministrów, lecz tylko w zakresie ogólnego kierunku działalności i polityki rządu, jeśli na skutek działania lub zaniechania stał się bezpośrednio winnym lub dopuścił do nich z winy umyślnej lub nieumyślnej⁶³. Natomiast za działalność lub zaniechanie podległych ministrowi organów minister odpowiadał tylko we właściwym sobie zakresie urzędowania i tylko wtedy, gdy stał się ich bezpośrednio winnym lub dopuścił do nich z winy umyślnej lub nieumyślnej.

Minister skazany przez Trybunał Stanu tracił urząd z mocy samej ustawy⁶⁴ i nie mógł skorzystać z prawa łaski, przysługującego Prezydentowi. Odpowiedzialność konstytucyjna nie wyłączała odpowiedzialności wynikającej z powszechnej mocy ustaw karnych za przestępstwa związane, jak i nie związane ze sprawowaniem urzędu. Jednak za popełnienie przestępstwa związanego ze sprawowaniem urzędu Sejm mógł pociągnąć ministra do odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu, co powodowało wówczas konieczność przekazania toczącej się przed inną władzą sprawy Trybunałowi⁶⁵.

O odpowiedzialności cywilnej Konstytucja milczała. Jednak można ją było wyprowadzić pośrednio z art. 121, który ustanowił powszechną odpowiedzialność cywilną urzędników za szkodę wyrządzoną obywatelowi przez działalność urzędową, niezgodną z prawem lub obowiązkami służby. Z drugiej zaś strony art. 51 ust. 1 wyłączył od niej jedynie Prezydenta Rzeczypospolitej. Zatem można z całą pewnością stwierdzić, iż Konstytucja marcowa uznawała odpowiedzialność cywilną w stosunku do ministrów⁶⁶. Z pozostałych rodza-

⁶² K. D u b i e l, T. S a l o n i, *Podręcznik urzędnika państwowego*, Wilno 1925, s. 105-106.

⁶³ O bezpośredniej winie ministra można było mówić, jeśli poparł on działanie lub zaniechanie RM lub innego ministra albo wziął w nim udział, zaś o winie pośredniej, gdy minister mógł zapobiec działaniu, ale tego nie uczynił. Kwestią dyskusyjną pozostawał problem odpowiedzialności ministra w razie przegłosowania go na RM: czy głosowanie przeciw wnioskowi wystarczyło, czy też potrzebna była reakcja silniejsza w postaci podania się do dymisji. Uważa się, że rozstrzygnięcie tej kwestii winno zależeć od charakteru i ważności sprawy – por. C y b i c h o w s k i, *Trybunał Stanu*, s. 1044.

⁶⁴ Ustawa o TS, art. 23.

⁶⁵ Ustawa o TS, art. 2.

⁶⁶ K o m a r n i c k i, *Polskie prawo polityczne*, s. 343.

jów odpowiedzialności należy jeszcze wspomnieć o odpowiedzialności dyscyplinarnej, która wynikała z istoty stosunku służbowego i hierarchicznego ustroju administracji⁶⁷.

Dla określenia roli ministrów i ich konstytucyjnego stanowiska w ustroju państwowym, wynikających z Konstytucji marcowej, ważne jest ustalenie form ich współdziałania zarówno z Prezydentem Rzeczypospolitej, jak i z ciałami ustawodawczymi.

Co do pierwszej kwestii warto zauważyć, iż Prezydent, stojąc na czele władzy wykonawczej, musiał znajdować się w stałym kontakcie z RM. Konstytucja nie wykluczała jego obecności podczas jej posiedzeń. Jednak obecność Prezydenta nie zmieniała charakteru prawnego zapadających w tym czasie decyzji. Były to wyłącznie decyzje rządu, który ponosił za nie całkowitą odpowiedzialność. Obecność Prezydenta podczas posiedzeń RM była wyrazem państwowego współdziałania, które przy systemie oddającym w ręce parlamentu wybór Prezydenta Rzeczypospolitej, a pośrednio desygnowanie premiera, a zatem i składu rządu, stawało się wyrazem politycznej jedności, cechującej system parlamentarny⁶⁸. Zatem RM miała, zgodnie z art. 55, prawo zgromadzenia się i obradowania bez uczestnictwa Prezydenta.

Co do kwestii drugiej, przy ustroju parlamentarnym stosunek ministrów do parlamentu jest podstawą instytucji gabinetu parlamentarnego, co z kolei wymagało stałego kontaktu ministrów z parlamentem. Zatem istotna była prawna możliwość łączenia w jednej osobie stanowiska ministra i członka parlamentu. Konstytucja marcowa dopuszczała jednoczesne piastowanie urzędu ministra i mandatu poselskiego lub senatorskiego, co wynikało bezpośrednio z brzmienia artykułów: 16, 17 i 37, według których minister, jako urzędnik, wybrany na posła lub senatora, nie musiał być urlopowany, a lata spędzone na wykonywaniu mandatu liczyły mu się do lat służby. Tak samo poseł lub senator, mianowany ministrem, nie tracił mandatu. Przepisy te Konstytucja rozciągnęła również na podsekretarzy stanu, a więc na zastępców ministrów, czyniąc tym samym i ten urząd dostępnym dla parlamentarzystów.

⁶⁷ Odpowiedzialność dyscyplinarną regulowały ustawy z dnia 17 lutego 1922 roku: O państwowej służbie cywilnej i o organizacji władz dyscyplinarnych i postępowaniu dyscyplinarnym przeciwko funkcjonariuszom państwowym, Dz.U. RP nr 21, poz. 164 i 165; Ustawa z dnia 28 lipca 1922 roku W przedmiocie zmiany niektórych postanowień ustawy z dnia 17 lutego 1922 roku o organizacji władz dyscyplinarnych i postępowaniu dyscyplinarnym przeciwko funkcjonariuszom państwowym, Dz.U. RP nr 65, poz. 582.

⁶⁸ K o m a r n i c k i, *Zarys ustroju państwowego*, s. 41.

Jak natomiast wyglądała sprawa uczestnictwa ministra – parlamentarzysty w obradach Sejmu? Kwestię tę rozstrzygał art. 60 Konstytucji, według którego ministrowie i delegowani przez nich urzędnicy mieli prawo brania udziału w posiedzeniach sejmowych oraz przemawiania przed mówcami zapisanymi do głosu. Nadto regulaminy Sejmu i Senatu zapewniały rządowi prawo udziału w obradach Komisji. Ministrowie mogli brać również udział w głosowaniu, o ile byli posłami. Co prawda artykuł 60 Konstytucji nie wspominał o posiedzeniach Senatu, należy jednak domniemywać, że nie było żadnej przeszkody w udziale ministrów w posiedzeniach Senatu, skoro senator mógł zostać ministrem.

Odpowiednikiem prawa ministrów do brania udziału w posiedzeniach parlamentarnych i zabierania na nich głosu, a w ten sposób wpływania na przebieg dyskusji i podejmowane uchwały, było prawo parlamentu, choć przepisy Konstytucji milczały w tej kwestii, żądania obecności ministrów pojawiania się w Sejmie lub Senacie na żądanie izb, gdy zachodziła potrzeba udzielenia parlamentowi wyjaśnień⁶⁹. Brak odpowiedniego uregulowania nie był jednak zbyt dotkliwy, bowiem ministrowie częściej korzystali z uczestnictwa w obradach, niż od nich stronili.

Z drugiej strony – parlamentowi przysługiwało prawo kontrolowania działalności rządu. Prawo to realizowała Konstytucja, żądając: po pierwsze – formy ustawy dla budżetu (art. 4), po drugie – corocznego przedstawiania zamknięcia rachunków państwowych do parlamentarnego zatwierdzenia (art. 7), po trzecie – zatwierdzenia przez Sejm rozporządzenia RM o czasowym zawieszeniu niektórych praw obywatelskich (art. 124); ponadto – po czwarte – upoważniono członków Sejmu i Senatu do interpelowania rządu i poszczególnych ministrów (art. 33 i 37) oraz Sejm do wyznaczania nadzwyczajnych komisji dla zbadania poszczególnych spraw (stanowiąc tzw. prawo ankiety – art. 34). Obowiązkiem ministra było udzielenie odpowiedzi, w terminie nie dłuższym niż 6 tygodni, albo w umotywowanym oświadczeniu usprawiedliwić brak rzeczowej odpowiedzi. Sejm zaś winien był odpowiedź ministra uczynić przedmiotem dyskusji i uchwały. Sankcję tego prawa kontroli stanowiła odpowiedzialność solidarna i indywidualna ministrów⁷⁰.

Kilkuletnie obowiązywanie Konstytucji wykazało potrzebę przeprowadzenia w niej pewnych zmian, o których praktycznie zaczęto mówić nazajutrz po jej uchwaleniu. Sam Sejm Ustawodawczy nie uważał jej za dzieło doskonałe,

⁶⁹ T e n ż e, *Polskie prawo polityczne*, s. 328.

⁷⁰ M i l l e r, *Rządy parlamentarne w Polsce*, s. 595-396.

czego wyrazem było postanowienie art. 125 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym drugi raz z rządu na jej zasadach wybrany Sejm mógł dokonać jej rewizji własną tylko uchwałą, powziętą większością 3/5 głosujących, przy obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. W normalnym zaś trybie potrzebna była również zgoda Senatu i większość 2/3 głosów w każdej Izbie.

Do maja 1926 roku to Sejm stanowił główne ogniwo dyspozycji państwowej. Bez jego milczącego przyzwolenia nie mógł istnieć żaden gabinet. Inna sprawa, że wytworzenie tej większości było trudne. Konstytucja nie mogła zmienić jednak istniejących w Polsce stosunków, będących odbiciem zachodzących w tym czasie zjawisk politycznych⁷¹. Życie parlamentarne Polski w praktyce było łańcuchem tworzących się i rozpadających przypadkowych większości, dla których rząd był tylko narzędziem w sprawowaniu władzy, któremu owa większość w każdej chwili mogła wyrazić nieufność. Opinia publiczna zgodnie twierdziła, iż należy utrzymać dotychczasowy ustrój demokratyczny i parlamentarny, przy jednoczesnym wzmocnieniu władzy wykonawczej. Pierwszym krokiem w tym kierunku była uchwalona przez Sejm dnia 2 sierpnia 1926 roku Ustawa zmieniająca i uzupełniająca Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej z 17 marca 1921 roku.

2.2. NOWELA SIERPNIOWA

Hasła przewrotu majowego, które Marszałek Józef Piłsudski – jako kandydat na Prezydenta Rzeczypospolitej – ogłosił w swoim przemówieniu do zebranych 29 maja 1926 roku w Prezydium RM przedstawicieli stronnictw narodowych, były dwa: sanacji moralnej i silnego rządu⁷². Z tych haseł pierwsze należało do dziedziny etyki, drugie do dziedziny polityki. Treść pierwszego stanowiła reforma moralna, drugiego – reforma Konstytucji⁷³.

Bezpośrednim skutkiem przewrotu majowego w dziedzinie ustrojowej była uchwalona przez Sejm dnia 2 sierpnia 1926 roku Nowela konstytucyjna⁷⁴. Zmiany w Konstytucji dotyczyły wzmocnienia władzy wykonawczej i ukrócenia sejmowładztwa⁷⁵. Utrudnione zostało obalenie rządu przez Sejm, co

⁷¹ A j n e n k i e l, dz. cyt., s. 260.

⁷² MP nr 121 z 1926 roku.

⁷³ A. C h m u r s k i, *Nowa Konstytucja*, Warszawa 1935, s. 6.

⁷⁴ Ustawa z 2 sierpnia 1926 roku, zmieniająca i uzupełniająca Konstytucję Rzeczypospolitej z dnia 17 marca 1921 roku, Dz.U. RP nr 78, poz. 442.

⁷⁵ Zmiany te polegały na: przyznaniu Prezydentowi nowych uprawnień, mianowicie uzyskał on prawo rozwiązywania Sejmu i Senatu, wydawania rozporządzeń z mocą ustawy,

pośrednio podnosiło autorytet Prezydenta, z którego to nominacji rząd powstawał.

Kontrola Sejmu nad rządem uległa ograniczeniu, w szczególności kontrola w postaci ustalania budżetu, interpelacji i nagłych wniosków poselskich, a tym samym zmniejszyła się możliwość pociągania rządu do odpowiedzialności zarówno parlamentarnej, jak i konstytucyjnej. Polegało to na uzupełnieniu art. 58 Konstytucji, odnoszącego się do wyrażenia wobec rządu wotum nieufności, który wymagał zwykłej większości i zwykłego *quorum* oraz nie przewidywał żadnej specjalnej procedury, wskutek czego niewykluczone było obalenie rządu lub poszczególnego ministra przypadkową większością głosów.

Jako korektę tego niezadawalającego systemu pociągania ministrów do odpowiedzialności parlamentarnej przyjęto w Noweli sierpniowej w art. 6 dodatkowe postanowienie, według którego wniosek, żądający ustąpienia RM lub poszczególnych ministrów, nie mógł być poddany pod głosowanie na tym posiedzeniu, na którym został zgłoszony. Postanowienie to w sposób oczywisty polepszyło położenie rządu, ponieważ zapobiegało obaleniu go przypadkową większością, ale stanowiło tylko minimalną zmianę proceduralną, nie dotyczyło istoty tej kwestii, będącej decydującym punktem dla określenia systemu politycznego⁷⁶. Faktyczne zmniejszenie się władzy Sejmu pociągnęło za sobą zwiększenie się władzy formalnie Prezydenta, praktycznie zaś rządu, co w konsekwencji doprowadziło do przewagi rządu nad Sejmem⁷⁷.

Nowela sierpniowa stanowiła formalny wyraz zmiany układu sił w stosunkach między parlamentem a rządem. Pozostając w granicach systemu parlamentarnego, wzmacniała kosztem ciała przedstawicielskiego władzę wykonawczą, dając jej możliwość uchylecia się od parlamentarnej kontroli, dokonywanej przy okazji debaty budżetowej⁷⁸, a także podważając prawo izb do decydowania w zasadniczej kwestii określania poziomu i sposobu realizacji dochodów i wydatków państwa⁷⁹.

a w pewnych wypadkach ustalania budżetu oraz poboru rekruta; zob. W. D ł u g o c k i, *O zmianach Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Na posterunku”. Gazeta Policji Państwowej nr 31 z dnia 14 sierpnia 1926 r., s. 1(285)-3(287).

⁷⁶ W. K o m a r n i c k i, *Ustrój państwowy Polski współczesnej*, Wilno 1937, s. 79.

⁷⁷ C h m u r s k i, dz. cyt., s. 8.

⁷⁸ Zgodnie z art. 3 Noweli – budżet, o ile nie został uchwalony w ciągu określonego czasu, miał obowiązywać bądź w postaci, w jakiej został zgłoszony jako projekt rządowy, bądź takiej, w jakiej uchwaliła go ta z izb, która ukończyła w przewidzianym przez ustawę czasie tok prac legislacyjnych.

⁷⁹ A. A j n e n k i e l, *Polska po przewrocie majowym. Zarys dziejów politycznych 1926-1939*, Warszawa 1980, s. 26.

Konstytucja marcowa przestała faktycznie obowiązywać, a ustroj polityczny oparty na jej podstawie nie odpowiadał już stanowi rzeczy, który wytworzył się po przewrocie majowym. Trzeba było więc Konstytucję marcową zastąpić nową, przystosowaną do zmienionych warunków.

2.3. POZYCJA PRAWNA URZĘDU MINISTRA POD RZĄDAMI PRZEPISÓW USTAWY KONSTYTUCYJNEJ Z 1935 ROKU

Zmiana ustroju politycznego państwa – to czołowe hasło Sanacji, głoszone przez nią od momentu objęcia władzy. Urzeczywistniło się ono w uchwalonej dnia 23 kwietnia 1935 roku Ustawie konstytucyjnej, popularnie zwanej Konstytucją kwietniową⁸⁰. Konstytucja ta, odrzucając zasadę trójpodziału władz w jej klasyczno-dogmatycznym ujęciu, tym samym odrzuciła pojęcie władzy wykonawczej, obejmującej Prezydenta Rzeczypospolitej oraz Radę Ministrów. W miejsce władzy wykonawczej „wstąpiło” pojęcie władzy rządowej, wysuwającej się na czoło w hierarchii prawno-politycznej organów państwowych – jako czynnik inicjatywy i kierownictwa. Oznaczało to emancypację czynnika rządowego w ustroju państwowym⁸¹. Zatem w odróżnieniu od swej poprzedniczki – Konstytucja kwietniowa dla określenia naczelnego organu administrującego państwem używała nie tylko pojęcia RM, ale posługiwała się również określeniem „rząd”. W skład rządu wchodził Prezes RM i ministrowie. Zgodnie z art. 26 Konstytucji, dla rozstrzygania spraw wymagających uchwały wszystkich członków rządu, ministrowie tworzyli – pod przewodnictwem prezesa – Radę Ministrów⁸².

To pojęcie rządu – jako organu odrębnego i kierowniczego – formułował art. 25 pkt 1 Konstytucji, stanowiąc, że „rząd kieruje sprawami państwa, niezastrzeżonymi innym organom władzy”. Mamy tu zatem klauzulę kompetencyjną, wyodrębniającą rząd od „innych organów władzy”, to jest: Sejmu, Senatu, Sił Zbrojnych, Sądów oraz Kontroli Państwowej (art. 3). Rząd został tutaj wymieniony na miejscu pierwszym. Z przepisu tego wynikało, w razie sporu kompetencyjnego, domniemanie właściwości rządu. Nadto z natury rze-

⁸⁰ Ustawa Konstytucyjna z 23 kwietnia 1935 roku, Dz.U. RP nr 30 z dnia 24 kwietnia 1935 roku, poz. 227.

⁸¹ K o m a r n i c k i, *Ustrój państwowy*, s. 254-255.

⁸² Tak więc pojęciem „rząd” posługiwano się, gdy mówiono o ministrach działających pod kierunkiem premiera, jak również gdy chciano objąć nim RM pojmowaną jako organ działający kolegialnie. Por. D. G ó r e c k i, *Pozycja ustrojowo-prawna Prezydenta Rzeczypospolitej i rządu w ustawie konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 roku*, Łódź 1992, s. 155.

czy rząd był faktycznym wykonawcą rozległych uprawnień konstytucyjnych Prezydenta Rzeczypospolitej. Przepis art. 31 pkt 3 stanowiąc, iż „funkcje rządzenia państwem nie należą do Sejmu”, podkreślał zaś niezależność funkcji rządowych od wpływów ze strony Sejmu. Formuła ta przynosiła, w porównaniu z rozwiązaniami zastosowanymi w Konstytucji marcowej, znaczne rozszerzenie kompetencji gabinetu. Wzrostowi zaś uprawnień i niezależności rządu towarzyszyło wzmocnienie jego struktury wewnętrznej.

Zgodnie z art. 25 pkt 2 rząd składał się z Prezesa Rady Ministrów i ministrów. Konstytucja kwietniowa akcentowała indywidualną pracę ministrów – jako podstawową formę ich działalności – stanowiąc w art. 25 pkt 4, iż „ministrowie kierują poszczególnymi działami administracji państwowej lub spełniają poruczone im zadania szczególne”. Konstytucja kwietniowa nie znała natomiast, tak jak jej poprzedniczka (w art. 62 pkt 1), urzędu tymczasowego kierownika ministerstwa. Nie regulowała również kwestii zastępstwa Prezesa RM i ministrów, a „organizację Rządu, a w szczególności zakres działania Prezesa Rady Ministrów, Rady Ministrów i ministrów” miał określić dekret Prezydenta Rzeczypospolitej⁸³. Dekret ten, zapewne dla uniknięcia kolizji z ustawodawstwem sejmowym (klauzule wykonawcze i specjalne zlecenia dla poszczególnych ministrów zawarte w ustawach), ograniczyłby się do określenia właściwości ministrów w sposób możliwie ogólny, przypominający artykuł 24 dekretu z dnia 3 stycznia 1918 roku⁸⁴.

Dekret miał być wydany w zwykłym trybie z kontrasygnatą Prezesa RM i właściwych ministrów. W ten sposób rząd otrzymywał, bez potrzeby wydawania aktu ustawodawczego uchwalonego przez parlament, prawo współdecydowania o swej strukturze, kompetencjach poszczególnych ministrów itp., co oznaczało w praktyce, że o kwestiach tych może decydować biurokracja państwowa bez współdziałania reprezentującego opinię publiczną parlamentu⁸⁵. Unormowanie takie nie zostało jednak wydane do roku 1939, a w zakresie tworzenia, kasowania oraz zmiany kompetencji ministrów utrzymał się stan poprzedni. Przy czym ministrów bez teki powoływano w drodze zwykłego aktu nominacyjnego. Zakres ich działania określał premier. Konstytucyjnym zwierzchnikiem rządu stał się Prezydent Rzeczypospolitej (art. 3). Należało do niego – zgodnie art. 12 pkt a – mianowanie i odwołanie ministrów.

⁸³ *Konstytucja kwietniowa*, art. 25, pkt 5.

⁸⁴ R. Hausner, *Pierwsze dwudziestolecie Administracji Spraw Wewnętrznych*, Warszawa 1939, s. 16.

⁸⁵ A j n e n k i e l, *Polskie konstytucje*, s. 304.

Konstytucja kwietniowa odróżniała jednak mianowanie i odwołanie Prezesa RM, które stanowiło prerogatywę Prezydenta, a więc nie wymagało kontrasygnaty⁸⁶, i wynikało z roli Prezydenta jako arbitra między izbami ustawodawczymi a rządem⁸⁷ – od mianowania pozostałych ministrów, które odbywało się tak jak uprzednio, na wniosek premiera. Do odwołania ministrów wymagana była kontrasygnata premiera, choć – zgodnie z art. 28 – wniosek jego nie był konieczny, ponieważ ministrowie mogli być w każdym czasie odwołani przez Prezydenta.

System z Konstytucji marcowej został zachowany także i pod tym względem, że Prezydent Rzeczypospolitej mógł mianować ministrem zarówno członka izby ustawodawczej, jak i osobę nie wchodzącą w skład parlamentu. Wprawdzie sama Konstytucja kwietniowa tej kwestii nie regulowała, lecz odsyłała w tej mierze w art. 43 pkt 2 do ustawy zwykłej, a ordynacje wyborcze do Sejmu (art. 84 pkt 2)⁸⁸ i Senatu (art. 42 pkt 2)⁸⁹ z 8 lipca 1935 roku stanowiły, że ministrowie, podsekretarze stanu i profesorowie szkół akademickich nie potrzebowali urlopu w razie wyboru na posła lub senatora, a także odwrotnie, objęcie tych stanowisk nie powodowało utraty mandatu⁹⁰ – a zatem dopuszczały łączenie urzędu ministra z mandatem poselskim lub senatorskim⁹¹.

Zabrakło natomiast w Konstytucji kwietniowej analogicznego przepisu do art. 61 Konstytucji marcowej, który ustanawiał *incompatibilitas* pomiędzy urzędem ministra a piastowaniem jakiegokolwiek innego urzędu oraz uczestnictwem w zarządzie i władzach kontrolnych instytucji obliczonych na zysk.

W mianowaniu ministrów Prezydent nie został skrępowany ich ustawowo oznaczoną liczbą, gdyż organizacja rządu została wyjęta spod kompetencji

⁸⁶ Prezesa RM mianował Prezydent według swego uznania, z tą jednak zasadniczą różnicą w stosunku do uregulowań Konstytucji marcowej, iż przy jego wyborze nie był skrępowany koniecznością liczenia się z większością sejmową.

⁸⁷ W razie konfliktu między tymi organami prezydent miał wolny wybór: zdymisjonowanie rządu albo rozwiązanie parlamentu. W przeciwnym razie premier, upierając się przy swoim stanowisku, mógłby przez odmowę kontrasygnowania aktu udzielającego dymisji zmusić prezydenta do rozwiązania izb – M. S t a r z e w s k i, *Uwagi prawno-polityczne nad projektem konstytucji wicemarszałka Cara*, Kraków 1934, s. 46-47 oraz G ó r c k i, dz. cyt., s. 91.

⁸⁸ Ordynacja wyborcza do Sejmu z dnia 8 lipca 1935 roku, Dz.U. RP nr 4, poz. 319.

⁸⁹ Ordynacja wyborcza do Senatu z dnia 8 lipca 1935 roku, Dz.U. RP nr 47, poz. 320.

⁹⁰ Ordynacja wyborcza do Sejmu, art. 86 p. 2e i Ordynacja wyborcza do Senatu, art. 45 p. 2e.

⁹¹ Możliwe było więc powołanie przez prezydenta rządu, który pod względem swego składu osobowego był rządem parlamentarnym. Sytuacja taka wzmacniałaby jednak wpływ parlamenty na sprawy rządzenia, nie wydaje się więc, aby sytuacja taka była zgodna z intencjami prawodawcy konstytucyjnego.

obu izb ustawodawczych i była ustalana w drodze dekretu Prezydenta Rzeczypospolitej (art. 56), który mógł być wydawany w każdym czasie, a jego zmiana lub uchylenie następowało również w tej samej formie. Prezydent otrzymał też prawo mianowania ministrów bez teki, gdyż Konstytucja wyraźnie rozróżniała w działalności ministrów: kierownictwo poszczególnych działów administracji państwowej oraz spełnianie zadań szczególnych.

Konstytucja kwietniowa przeniosła punkt ciężkości w zakresie władzy rządowej z RM⁹² na jej prezesa, który zajmował teraz szczególną pozycję. Do niego bowiem należało ustalenie ogólnych zasad polityki państwowej. Uległ również zmianie stosunek premiera do swoich ministrów. Zgodnie z art. 25 pkt 3 reprezentował on rząd i kierował jego pracami. Mógł zatem dawać ministrom dyrektywy, wynikające z ustalonych przez siebie ogólnych zasad polityki państwowej, i żądać sprawozdań z ich działalności. Prezes RM przestał być w stosunku do ministrów *primus inter pares* i uzyskał w stosunku do nich stanowisko kierownicze⁹³. Zbliżyło to jego pozycję do pozycji zajmowanej w niektórych państwach przez kanclerza.

Przez cały okres II Rzeczypospolitej utrzymywana była zasada względnej równości pozycji ministrów w rządzie⁹⁴. Ministrowie byli – według art. 25 pkt 4 – kierownikami poszczególnych działów administracji państwowej – ministerstw, stanowiących najwyższą instancję administracyjną, lub spełniali poruczone im zadania szczególne, które mogły pochodzić zarówno od Prezy-

⁹² W Konstytucji kwietniowej została znacznie zmniejszona funkcja polityczna RM, odjęto jej bowiem to, co Konstytucja marcowa nazywała ogólnym kierunkiem polityki rządu. RM przypadła za to w udziale funkcja administracyjna, w najszerszym tego słowa znaczeniu – czyli funkcja rządzenia, nie pozbawiona oczywiście elementu politycznego, ale ograniczona pod tym względem przez dyrektywy Prezesa RM. Samej RM powierzono załatwianie pewnych, ściśle określonych w konstytucji lub ustawach zwykłych spraw, przy czym ustawodawca, odnosząc je do kompetencji RM, kierował się bądź względem na ich szczególne znaczenie dla Państwa, bądź też ich naturą, charakterem, powodującym, iż nie należą one do sfery działania jednego ministra, lecz kilku. Niezależnie od tego, RM występować mogła jako instancja pośrednicząca pomiędzy poszczególnymi ministrami w konkretnej sprawie, w rozstrzygnięciu której zainteresowane są działy administracji państwowej przez nich reprezentowane; por. K o m a r n i c k i, *Ustrój państwowy*, s. 260.

⁹³ C h m u r s k i, dz. cyt., s. 70.

⁹⁴ Zasada względnej równości między ministrami miała w praktyce pewne ograniczenia. W roku 1926 wzrosła przejściowo rola ministra sprawiedliwości, któremu przyznano kompetencje koordynacji całej działalności legislacyjnej gabinetu. Po maju 1926 roku poważną samodzielność w stosunku do pozostałych członków gabinetu uzyskał Józef Piłsudski, formalnie tylko minister spraw wojskowych, faktycznie jego rola wykraczała jednak daleko poza pozycję zwykłego ministra, członka gabinetu – H. I z d e b s k i, *Kolegialność i jednoosobowość w zarządzie centralnym państwa nowożytnego*, Warszawa 1975, s. 144.

denta (gdy mogły stanowić podstawę do powołania w skład gabinetu ministra bez teki), jak i premiera (kiedy chodziło o konkretne zadania). Ograniczeniem zasady koncentracji władzy rządowej w ręku Prezesa RM było istnienie takiego organu kolegialnego, jakim była RM, którą zgodnie z art. 26 tworzyli ministrowie dla rozstrzygania spraw wymagających uchwały wszystkich członków rządu. Zachowaniu względnej samodzielności ministrów służyło również prawo kontrasygnaty, wspólnie z Prezesem Rady Ministrów, aktów rządowych Prezydenta Rzeczypospolitej nie wpływających z jego prerogatyw.

Minister, który kontrasygnował akt urzędowy prezydenta, odpowiadał zań przed Sejmem i prezydentem. Nie można jednak przyjąć istnienia odpowiedzialności bez przyjęcia pewnego zakresu samodzielnego stanowienia. Co prawda zakres odpowiedzialności ministra był ograniczony, ponieważ za zgodność aktu z linią polityczną rządu i dyrektywami udzielonymi ministrowi odpowiadał Prezes RM, który akt ten kontrasygnował, niemniej jednak instytucja podwójnej kontrasygnaty była konstytucyjnym wyrazem pewnej samodzielności ministra w dziedzinie objętej art. 25 pkt 4⁹⁵.

Stosunek rządu do pozostałych pięciu organów państwa Konstytucja opierała na założeniu ścisłego rozgraniczenia funkcji. Największą wagę, z istoty rzeczy, miało ustalenie relacji rządu w stosunku do parlamentu. W tej dziedzinie, zgodnie z art. 31 pkt 2, Sejmowi służyło prawo pociągania rządu do odpowiedzialności parlamentarnej oraz prawo zatwierdzania zamknięcia rachunków państwowych i udzielania rządowi absolutorium. Sejm mógł nadto żądać, przy udziale Senatu, uchylecia zarządzeń wprowadzających stan wyjątkowy (art. 78 pkt 4 i 6). Obu izbom przysługiwało również prawo interpelowania rządu, pociągania do odpowiedzialności konstytucyjnej i prawo udziału w wykonywaniu kontroli nad długami państwa (art. 30 i 31 pkt 2, art. 45 pkt 2 i 3 oraz art. 46 pkt 1 i art. 48). Funkcje kontrolne nie dawały jednak Sejmowi prawa do bezpośredniego wkraczania w sferę rządzenia (art. 31 p. 3). Z drugiej zaś strony rząd przez swoje prawo inicjatywy ustawodawczej (art. 50) i prawo udziału w posiedzeniach izb (art. 45 pkt 1 i art. 48) miał możliwość współdziałania z izbami w ich działalności ustawodawczej i nadawania kierunku tej działalności⁹⁶.

⁹⁵ L. K r a j e w s k i, *Rząd według Konstytucji kwietniowej*, „Gazeta Administracyjna” 1937, nr 9, s. 489.

⁹⁶ Sytuację rządu w tym zakresie poważnie wzmacniały przepisy art. 50 p. 2 i 3, 58, 59 p. 1, 60; por. K r a j e w s k i, art. cyt., s. 485.

Wzmocnienie pozycji ustrojowej rządu pociągnęło za sobą przekształcenie koncepcji odpowiedzialności rządu. Jak wiadomo, Konstytucja marcowa przewidywała dwa rodzaje jego odpowiedzialności: parlamentarną i konstytucyjną. Konstytucja kwietniowa dodała do nich odpowiedzialność polityczną.

W porównaniu z rozwiązaniami przyjętymi w Konstytucji marcowej, odpowiedzialność parlamentarna ministrów przed Sejmem została ograniczona i uregulowana w odmienny od dotychczasowego sposób. Wniosek o ustąpienie rządu mógł być teraz zgłoszony w Sejmie jedynie w czasie sesji zwykłej. Nie mógł też być głosowany na posiedzeniu, na którym został zgłoszony (postanowienie to wprowadzała już Nowela Sierpniowa). Dalsze postępowanie wyglądało w następujący sposób:

– gdy Sejm wypowiedział się zwykłą większością za wnioskiem, a prezydent w ciągu trzech dni nie odwołał gabinetu bądź ministra, którego ustąpienia żądano, ani też nie rozwiązał izb, wniosek wędrował do Senatu;

– jeżeli Senat na najbliższym posiedzeniu wypowiedział się za wnioskiem, prezydent odwoływał rząd bądź rozwiązywał izby⁹⁷.

W ten sposób od decyzji Prezydenta ostatecznie zależało, czy zdymisjonuje rząd, któremu obie izby uchwały wotum nieufności, czy też rozwiąże izby, zarządzając jednocześnie nowe wybory⁹⁸. Zmiana w odpowiedzialności parlamentarnej polegała również na tym, że Senatowi nadane zostało prawo współdecydowania wraz z Sejmem oraz, co ważniejsze, że sama decyzja została osłabiona przez oddanie ostatecznej decyzji o losach rządu, bądź izb – w ręce Prezydenta⁹⁹.

Ponieważ Konstytucja nie dawała innej możliwości Sejmowi pociągania rządu do odpowiedzialności, jak tylko przy zachowaniu procedury wynikającej z art. 29, w praktyce odrzucenie przez Sejm zasadniczych projektów ustawodawczych rządu albo systematyczne odrzucanie budżetu musiałyby wywołać przesilenie rządowe albo rozwiązanie izb, przy czym Senat w tym wypadku byłby pozbawiony możliwości wypowiedzenia się. Niemożliwe byłoby natomiast postawienie przez rząd Sejmowi kwestii zaufania, ponieważ rząd opierał się na zaufaniu prezydenta, a nie izb¹⁰⁰.

⁹⁷ Konstytucja kwietniowa, art. 29, pkt 2-4.

⁹⁸ Rezultaty wyborów do nowego Sejmu nie wiązały wprawdzie prezydenta prawnie, musiałyby go jednak wiązać politycznie. Przejście konfliktu między rządem a Sejmem przez wszystkie etapy procedury konstytucyjnej wymagałoby wyjątkowo niepomysłnego układu stosunków – zob. K r a j e w s k i, art. cyt., s. 485.

⁹⁹ A j n e n k i e l, *Polskie konstytucje*, s. 304.

¹⁰⁰ K r a j e w s k i, art. cyt., s. 486.

W przeciwieństwie do ograniczonej odpowiedzialności politycznej ministrów przed Sejmem, przed Prezydentem Rzeczypospolitej ministrowie odpowiadali w sposób nieograniczony. Uznano, że rząd i jego członkowie muszą mieć zaufanie Prezydenta jako organu mającego władzę zwierzchnią. Jeśli nastąpiłby konflikt między prezydentem a rządem, w wyniku którego cały rząd lub poszczególni jego członkowie straciliby zaufanie prezydenta, rząd musiałby ustąpić¹⁰¹. Prezydent mógł odwołać gabinet w każdym czasie, niezależnie od tego, czy rząd miał nadal zaufanie parlamentu, czy też nie¹⁰². Przez odpowiedzialność polityczną należało rozumieć odpowiedzialność za każdy akt, który się odnosił do spraw publicznych, w szczególności za ogólny kierunek działalności rządu i kierunek polityki każdego ministra, za zgodność tej działalności z Konstytucją i z innymi ustawami państwa oraz za działanie podległych organów.

Utrzymano również zasadę odpowiedzialności konstytucyjnej przed Trybunałem Stanu¹⁰³, choć nowa Konstytucja uchyliła w ogóle odpowiedzialność RM, a utrzymała odpowiedzialność ministrów tylko w jednym kierunku, a mianowicie – zgodnie z art. 25 – „za naruszenie Konstytucji lub aktu ustawodawczego, dokonane w związku z urzędowaniem”, i tylko za naruszenie umyślne, uchylając w ten sposób wszelką inną odpowiedzialność. Tak więc ministrowie odpowiedzialni byli za akty urzędowe Prezydenta Rzeczypospolitej, bez względu na to, czy wpływały one lub nie wpływały z jego uprawnień osobistych, czy wymagały lub nie kontrasygnaty¹⁰⁴.

Jednocześnie Konstytucja kwietniowa utrudniała urzeczywistnienie tej odpowiedzialności, wymagając, aby uchwałę o oddaniu członków rządu pod sąd Trybunału Stanu podejmowały wspólnie obie izby kwalifikowaną większością 3/5 głosów, przy obecności co najmniej połowy liczby członków połączonych izb (art. 30 pkt 3), co w praktyce oznaczało znikomą możliwość realizacji tej odpowiedzialności; nadto postanowienie to wpływało na osłabienie pozycji Sejmu. Co więcej, Konstytucja w art. 13 pkt 2i przyznała prawo pociągania ministrów do odpowiedzialności konstytucyjnej Prezydentowi Rzeczypospolitej bez żadnych ograniczeń i zaliczała je do jego pre-

¹⁰¹ Następstwem konfliktu między prezydentem a premierem była dymisja gabinetu Walerego Sławka w 1935 roku. Zob. G ó r e c k i, dz. cyt., s. 92-93.

¹⁰² A. D e r y n g, *Równowaga władzy ustawodawczej i władzy wykonawczej a nowa konstytucja polska*, Lublin 1937, s. 10.

¹⁰³ Ustawa o Trybunale Stanu z 14 lipca 1936 roku, Dz. U. RP nr 56, poz. 403.

¹⁰⁴ C h m u r s k i, *Nowa konstytucja*, s. 74.

rogatyw. Z konstytucji usunięto natomiast – jak wiadomo – zapis o odpowiedzialności Prezydenta, który teraz, w myśl art. 2 pkt 2, odpowiadał „wobec Boga i historii za losy Państwa”¹⁰⁵.

Z powyższych postanowień wynika, że Prezydent Rzeczypospolitej miał decydujący wpływ na funkcjonowanie rządu, jego prawa i obowiązki. Rząd zaś uzyskał przewagę nad Sejmem. To rząd decydował o losach państwa, ustalając ogólne zasady polityki państwowej oraz czuwając nad ich wykonaniem. Jednocześnie w stosunku do Konstytucji marcowej w istotny sposób zostały ograniczone prawa rządu przez pozbawienie ministrów charakteru jedynych doradców Prezydenta Rzeczypospolitej przy wydawaniu aktów urzędowych.

Zatem zamierzone przez twórców Konstytucji kwietniowej uniezależnienie rządu od Sejmu zostało w pełni osiągnięte. Jednocześnie nastąpiło jednak uzależnienie zupełne rządu od Prezydenta Rzeczypospolitej, co przejawiało się również w politycznej odpowiedzialności ministrów przed prezydentem, wynikającej z art. 28.

*

Kolejne konstytucje II Rzeczypospolitej wyznaczały z jednej strony wzajemny stosunek państwa i społeczeństwa oraz granice ingerencji państwowej, z drugiej zaś sytuację administracji w stosunku do innych organów władzy i jej zadania.

Mimo że to Prezes RM reprezentował rząd na zewnątrz, kierował jego pracami i uchwalał ogólne zasady polityki państwowej, obydwie konstytucje przewidywały własną odpowiedzialność ministra. Konstytucja kwietniowa

¹⁰⁵ Innej odpowiedzialności dla prezydenta ustawa zasadnicza nie przewidywała. Prezydent Rzeczypospolitej nie odpowiadał zatem wobec żadnego czynnika ziemskiego. Odpowiedzialność wobec historii to odpowiedzialność, jak słusznie zauważa Władysław Rostocki, moralna wobec pokoleń, które ocenią w przyszłości sprawowanie władzy przez prezydenta. Nie można jednak pominąć faktu, że ten brak odpowiedzialności dotyczył tylko aktów urzędowych prezydenta. Po upływie kadencji mógł on być pociągnięty do odpowiedzialności za czyny nie związane ze sprawowaniem urzędu, a dokonane w okresie, gdy sprawował władzę – W. R o s t o c k i, *Pięćdziesiąt lat mocy obowiązującej Konstytucji kwietniowej*, Lublin 2000, s. 53-54. A. Peretiakowicz w swoim artykule zatytułowanym *Kryzys parlamentaryzmu a konstytucja polska z 1935 r.* („Studia Prawnicze” (Poznań) 1938, s. 149), zastanawiał się, dlaczego prezydent miał być nieodpowiedzialny konstytucyjnie za swe czynności urzędowe także po zakończeniu swego urzędowania, zwłaszcza wobec faktu, iż wiele aktów urzędowych prezydenta nie potrzebowało kontrasygnaty ministra, w przeciwieństwie do monarchy konstytucyjnego.

dodała jeszcze do odpowiedzialności parlamentarnej i konstytucyjnej odpowiedzialność polityczną, która w praktyce wysunęła się na plan pierwszy.

W odniesieniu do organizacji organów centralnych podległych ministrom, tzn. ministerstw, obydwie konstytucje nie regulowały liczebności i kompetencji ministrów, pozostawiając te sprawy normalnemu trybowi ustawodawczemu. Jednak do roku 1939 sprawa ta nie została uregulowana.

THE OFFICE OF MINISTER IN THE YEARS 1918-1939. LEGAL BASIS

S u m m a r y

Subsequent constitutions of the Second Republic of Poland, i.e. the March Constitution (1921) and the April Constitution (1935), determined on the one hand the mutual relation between the State and society as well as the extent of the State's interference, and on the other the position and tasks of the administration with respect to the other bodies of State authority.

Although it was the Prime Minister who represented the government externally, headed its activities and determined the general outline of the State policy, both constitutions provided for individual liability of the interior minister. In addition to parliamentary and constitutional liabilities, the April Constitution added political one, which in fact was to become the most important.

As far as the structure of the central bodies (ministries) were concerned, neither of the constitutions specified the number and competences of the ministers, leaving these matters to normal course of legislation. Yet, until 1939 this matter remained unresolved.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: dwudziestolecie międzywojenne, konstytucja, Sejm, prezydent, minister, ministerstwo, premier, odpowiedzialność polityczna, odpowiedzialność parlamentarna, odpowiedzialność konstytucyjna, Trybunał Stanu.

Key words: prewar period, Constitution, Sejm, President, Prime Minister, minister, ministry, political responsibility, parliamentary responsibility, constitutional responsibility, State Tribunal.

KATARZYNA MAĆKOWSKA

STATUS WŁADZY WYKONAWCZEJ W PRZEPISACH KONSTYTUCYJNYCH STANÓW ZACHODNICH W LATACH 1796-1819

W czasie ostatnich wyborów prezydenckich w Stanach Zjednoczonych można było zwrócić uwagę na zainteresowanie, jakie pojawiło się w przekazach medialnych, a które dotyczyło konstytucyjnego sformułowania terminu tych wyborów oraz faktu organizowanych w ich trakcie elekcji i referendum stanowych czy lokalnych. „Pierwszy wtorek listopada” i owe dodatkowe kartki do wypełnienia wydłużające czas przebywania w urnie wyborczej mają przecież swoją genezę. Rozwiązania te implementowano w aktach kolonialnych oraz w pierwszych konstytucjach stanów założycielskich. Przyjęto je także w kolejnych stanach, które przyłączały się do amerykańskiej, już wówczas federacji. W ramach kontynuacji opracowania zagadnienia statusu stanowych władz ustawodawczych¹ w latach 1796-1820, w tym artykule podejmuję próbę syntetycznego zaprezentowania struktury oraz kompetencji egzekutywy w ich wymiarze normatywnym².

Dr KATARZYNA MAĆKOWSKA – adiunkt Katedry Historii Administracji, Wydział Prawa Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II; adres do korespondencji: Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin; e-mail: kzasepa@kul.pl

¹ Zob. K. M a ć k o w s k a, *Władza ustawodawcza w konstytucjach amerykańskich stanów północno-zachodnich w latach 1791-1821*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2008, nr 2, s. 113-131.

² Zagadnienie to pozostaje zasadniczo poza obszarem zainteresowań literatury, monumentalne niekiedy opracowania dotyczące historii Stanów Zjednoczonych (choćby Bancrofta, Grahame’a czy Laboulaye’a) w przedmiotowym okresie chronologicznym prezentują przede wszystkim rozwój władzy na szczeblu federalnym. Niemniej koniecznie należy wskazać następujące pozycje: G. B. T i n d a l l, D. E. S h i, *Historia Stanów Zjednoczonych*, Poznań 2002, s. 318-381; R. A. B a r t l e t t, *The New Country. A Social History of the American Frontier, 1776-1890*, London–Oxford–New York 1974, s. 68-69; Z. W i k t o r, *Illinois. Zarys rozwoju*

Z uwagi na to, iż w materiałach źródłowych omawianego okresu dla powstających nowych stanów używano określenia „tereny zachodnie”, pozostaną przy tej terminologii, mimo faktu pojawienia się później zupełnie odmiennego znaczenia owego sformułowania. W niniejszym artykule przedstawione zostaną różnorodne aspekty władzy na podstawie konstytucji następujących stanów: Tennessee (1796 r.), Luizjany (1812 r.), Indiany (1816 r.), Mississippi (1817 r.), Illinois (1818 r.), Alabamy (1819 r.)

I. URZĄD GUBERNATORA

1. WYBORY

Zgodnie z paradygmatem, który ukształtował się po odzyskaniu przez kolonie niepodległości, gubernator, jako zwierzchnik egzekutywy, był organem wybieralnym.

W konstytucji Tennessee wybory gubernatora odbywały się w tym samym czasie, co wybory do zgromadzenia ustawodawczego. Czynne prawo wyborcze przysługiwało tym samym mieszkańcom Tennessee, którym konstytucja przyznawała prawo wyboru członków legislatury. Gubernatorem zostawał kandydat, który uzyskał najwyższą liczbę głosów, przy czym w przypadku, gdy najwyższa liczba głosów przypadła w udziale więcej niż jednej osobie, o zwycięstwie decydowano we wspólnym głosowaniu obu izb ustawodawczych. Opieczętowane wyniki przekazywano przewodniczącemu senatu, który ogłaszał je w obecności większości członków zgromadzenia prawodawczego³.

W tejże konstytucji przewidziano, iż pierwszy gubernator Tennessee będzie sprawował swój urząd do czwartego wtorku września 1797 r., a kadencja

społeczno-politycznego, Wrocław 1994, passim; A. F. Mac Donald, *American State Government and Administration*, New York 1936, s. 20-25; M. A. Jones, *The Limits of Liberty. American History 1607-1980*, Oxford-New York 1983, s. 117-122.

³ Art. 2 § 2 konstytucji Tennessee: „The governor shall be chosen by the electors of the members of the general assembly, at the times and places where they shall respectively vote for the members thereof. The returns of every election for governor shall be sealed up, and transmitted to the seat of government by the returning officers, directed to the speaker of the senate, who shall open and publish them in the presence of a majority of the members of each house of the general assembly. The person having the highest number of votes shall be governor; but if two or more shall be equal and highest in votes, one of them shall be chosen governor by joint ballot of both houses of the general assembly [...]”. Cytaty z konstytucji Tennessee pochodzą z tekstu zamieszczonego na stronie internetowej: www.aoc.state.ky.us

kolejnych zwierzchników egzekutywy będzie się kończyć po upływie dwóch lat i po wyborze następcy, przy czym w ciągu ośmiu lat można było sprawować przedmiotowe funkcje przez trzy kadencje⁴.

Konstytucja Luizjany wybór gubernatora normowała następująco: „Gubernatora wybiera się na okres czterech lat w taki oto sposób, obywatele uprawnieni do głosowania na reprezentantów głosują na gubernatora w czasie oraz miejscu, gdy odbywają się wybory na Reprezentantów i Senatorów. Ich głosy będą przekazane przez osoby przewodniczące wyborom [...] i zaadresowane do przewodniczącego Senatowi, a w drugim dniu zgromadzenia ustawodawczego [nowej kadencji – przyp. aut.], członkowie obu izb zbiorą się w Izbie Reprezentantów i niezwłocznie dokonają wyboru gubernatora spośród dwóch kandydatów, którzy uzyskali największą liczbę głosów [...]”⁵. Należy dodać, iż w przypadku, gdy więcej niż dwie osoby otrzymały w głosowaniu powszechnym równą liczbę głosów, bezpośrednich kandydatów wybierała legislatura. W konstytucji zaznaczono ponadto, iż w trakcie czterech lat po upływie kadencji nie można było ubiegać się o reelekcję⁶.

Według konstytucji Indiany wybory te odbywały się w pierwszy poniedziałek sierpnia, w miejscu elekcji członków Izby Reprezentantów. Czynne prawo wyborcze przysługiwało mieszkańcom, których konstytucja uprawniała do głosowania na reprezentantów. Wyniki przekazywano przewodniczącemu izby niższej, który ogłaszał je w obecności całego zgromadzenia prawodawczego. W przypadku, gdy było dwóch lub więcej kandydatów, którzy otrzymali największą liczbę głosów, wyboru prezydenta dokonywały połączone izby legislatury⁷.

⁴ Art. 2 § 4, tamże: „The first governor shall hold his office until the fourth Tuesday of September, 1797 [...]; and forever after the governor shall hold his office for the term of two years, and until another governor shall be elected and qualified; but shall not be eligible more than six years in any term of eight”.

⁵ Art. 3 § 2 konstytucji Luizjany: „The governor shall be elected for the term of four years in the following manner, the citizens entitled to vote for representatives shall vote for a Governor at the time and place of voting for Representatives and Senators. Their votes shall be returned by the persons presiding over the elections [...] addressed to the president of the Senate, and on the second day of the general assembly, the members of the two houses shall meet in the House of Representatives, and immediately after the two candidates who shall have obtained the greatest number of votes, shall be balloted for and the one having a majority of votes shall be governor [...]”. Cytaty z konstytucji Luizjany pochodzą z tekstu zamieszczonego na stronie internetowej: www.wikisource.org. [tłum. K. M.]

⁶ Art. 3 § 3, tamże: „The governor shall be ineligible for the succeeding four years after the expiration of the time for which he shall have been elected”.

⁷ Art. 4 § 2 konstytucji Indiany: „The Governor shall be chosen by the qualified electors,

Kadencja na urządzie gubernatora trwała tu trzy lata, licząc od trzeciego dnia pierwszej sesji zgromadzenia prawodawczego, które zebrało się po wyborach, i przy założeniu, iż w dziewięcioletnim okresie dopuszczalna była jedna reelekcja⁸.

W konstytucji Mississippi przewidziano, iż „najwyższa władza wykonawcza należy do Gubernatora, który będzie wybierany przez uprawnionych wyborców i który będzie sprawował urząd przez dwa lata od swego zaprzysiężenia do czasu prawidłowego wyboru następcy”⁹. Bardziej szczegółowo, w porównaniu z innymi omawianymi aktami konstytucyjnymi, uregulowano tu procedurę ogłaszania wyników wyborów. Najpierw dostarczano je do sekretarza stanu, który przekazywał je na najbliższej sesji legislatury przewodniczącemu izby reprezentantów. Ten w ciągu pierwszego tygodnia obrad upubliczniał je w obecności członków obu izb. Również i w tym przypadku zgromadzeniu prawodawczemu przyznano kompetencję wyboru gubernatora, jeśli nie zdołano tego ostatecznie dokonać w wyborach bezpośrednich¹⁰.

on the first Monday in August, at the places where they shall respectively vote for Representatives. The returns of every election for Governor shall be sealed up and transmitted to the seat of Government, directed to the speaker of the house of Representatives, who shall open and publish them in the presence of both houses of the General assembly. The person having the highest number of votes shall be governor, but if two or more shall be equal, and highest in votes, one of them shall be chosen Governor by the joint vote of the members of both houses”. Cytaty z konstytucji Indiany pochodzą z tekstu zamieszczonego na stronie internetowej: www.in.gov

⁸ Art. 4 § 3, tamże: „The Governor shall hold his office during three years, from and after the third day of the first session of the General assembly, next ensuing his election [...] and shall not be capable of holding it longer than six years in any term of nine years”.

⁹ Art. 4 § 1 konstytucji Mississippi: „The supreme executive power of this State shall be vested in a Governor, who shall be elected by the qualified electors, and shall hold office for two years from the time of his installation, and until his successor be duly qualified”. Cytaty z konstytucji Mississippi pochodzą z tekstu zamieszczonego na stronie internetowej: www.law.mc.edu [tłum. K. M.]

¹⁰ Art. 4 § 2, tamże: „The returns of every election for Governor shall be sealed up and transmitted to the seat of government, directed to the Secretary of State, who shall deliver them to the Speaker of the House of Representatives, at the next ensuing session of General Assembly, during the first week of which session the said speaker shall open and publish them in the presence of both houses of the General Assembly. The person having the highest number of votes shall be Governor; but if two or more shall be equal and highest in votes, one of them shall be chosen Governor by the joint ballot of both houses”.

W identyczny sposób kwestię wyboru gubernatora unormowano w konstytucji Alabamy¹¹. Tutaj dodano jeszcze, iż w okresie sześciu lat dopuszczalny był jeden ponowny wybór tej samej osoby¹².

W konstytucji Illinois czytamy natomiast: „Pierwsze wybory na urząd gubernatora rozpoczną się w trzeci czwartek najbliższego września i będą trwać dwa następne dni; kolejne wybory odbędą się w pierwszy poniedziałek sierpnia, roku naszego Pana 1822. Odtąd na zawsze wybory na urząd gubernatora będą odbywać się co cztery lata, w pierwszy poniedziałek sierpnia. Gubernatora wybierać będą elektorzy głosujący na członków zgromadzenia ogólnego, w takim samym miejscu i w taki sam sposób, w jaki głosują odpowiednio na tych członków”¹³. Wyniki ogłaszał przewodniczący izby reprezentantów, a legislatura również i w tym przypadku decydowała o zwycięstwie w łącznym wotowaniu obu izb, gdy nie rozstrzygnięto tego w głosowaniu powszechnym. Zakazano tu ponadto reelekcji bezpośrednio po zakończonej kadencji¹⁴.

2. KWALIFIKACJE

Konstytucja Tennessee przyznawała bierne prawo wyborcze na urząd gubernatora osobom, które: „[...] miały co najmniej 25 lat, posiadały majątek ziemski o powierzchni [minimum – przyp. aut.] 500 akrów, były obywatelami lub mieszkańcami tego Stanu przez cztery lata poprzedzające wybory, chyba że ich nieobecność wynikała ze służby na rzecz Stanów Zjednoczonych lub

¹¹ W art. 4 § 1, art. 4 § 2; cytaty z konstytucji Alabamy pochodzą z tekstu zamieszczonego na stronie internetowej: www.yale.edu

¹² Art. 4 § 4, tamże: „The Governor shall hold his office for the term of two years [...]; but shall not be eligible for more than four years in every term of six years [...]”.

¹³ Art. 3 § 2 konstytucji Illinois: „The first election of governor shall commence on the third Thursday of September next, and continue for that and the two succeeding days; and the next election shall be held on the first Monday of August, in the year of our Lord 1822. And forever after, elections for governor shall be held once in four years, on the first Monday in August. The governor shall be chosen by the electors of the members of the general assembly, at the same places and in the same manner that they shall respectively vote for the members thereof [...]”. Cytaty z konstytucji Illinois pochodzą z tekstu zamieszczonego na stronie internetowej: www.eiu.edu [tłum. K. M.]

¹⁴ Art. 3 § 3, tamże: „[...] but shall not be eligible for more than four years in any term of eight years [...]”.

tego Stanu”¹⁵. Co więcej, też oraz każdej innej funkcji publicznej w tym stanie nie mogła pełnić osoba, „która zaprzecza wierze w Boga oraz w odwieczny stan łaski lub kary”¹⁶.

W Luizjanie obowiązywały następujące wymogi dla kandydatów na urząd gubernatora: ukończenie co najmniej 35 lat; posiadanie obywatelstwa Stanów Zjednoczonych; zamieszkiwanie w Luizjanie przez co najmniej 6 lat przed wyborami; posiadanie prawa własności do nieruchomości, która zgodnie z wykazami podatkowymi była warta pięć tysięcy dolarów¹⁷. W sferze *incompatibilitas* zastrzeżono, iż „żaden członek Kongresu, ani osoba sprawująca urząd federalny, ani minister jakiegokolwiek społeczności religijnej, nie jest uprawniony do zasiadania na urzędzie Gubernatora”¹⁸.

W konstytucji Indiany przewidziano jeszcze inne przesłanki biernego prawa wyborczego w omawianym zakresie: „[Kandydat] musi mieć co najmniej 30 lat, być obywatelem Stanów Zjednoczonych przez dziesięć lat, zamieszkiwać w Stanie przez pięć lat poprzedzających wybory; chyba że był nieobecny wskutek pełnionej służby na rzecz Stanu lub Stanów Zjednoczonych; zakładając, że nie dyskwalifikuje to żadnej osoby od pełnienia funkcji gubernatora, która jest obywatelem Stanów Zjednoczonych i która mieszkała na terytorium Indiany przez dwa lata poprzedzające uchwalenie niniejszej Konstytucji”¹⁹. Należy dodać, iż członkowie Kongresu oraz inne osoby sprawujące władzę

¹⁵ Art. 2 § 3 konstytucji Tennessee: „He shall be at least twenty-five years of age, and possess a freehold estate of five hundred acres of land, and have been a citizen or inhabitant of this State four years next before his election, unless he shall have been absent on the public business of the United States or of this State” [tłum. K. M.].

¹⁶ Art. 8 § 2, tamże: „No person who denies the being of God, or a future state of reward or punishment, shall hold any office in the civil department” [tłum. K. M.].

¹⁷ Art. 3 § 4 konstytucji Luizjany: „He shall be at least thirty five years of age, and a citizen of the United States, and have been an inhabitant of this state at least six years preceding his election, and shall hold in his own right a landed estate of five thousand dollars value, agreeable to the tax list”.

¹⁸ Art. 3 § 6, tamże: „No member of Congress, or person holding any office under the United States, or minister of any religious society, shall be eligible to the office of Governor” [tłum. K. M.].

¹⁹ Art. 4 § 4 konstytucji Indiany: „He shall be at east thirty years of age, and shall have been a citizen of the United States for ten years, and have resided in the State five years next preceding his election; unless he shall have been absent on the business of the State, or of the United States; provided that this shall not disqualify any person from the office of Governor, who shall be a citizen of the United States, and shall have resided in the Indiana Territory two years next preceding the adoption of this Constitution” [tłum. K. M.].

publiczną na szczeblu federalnym lub stanowym nie mogły łączyć tych funkcji z funkcjami gubernatora albo jego zastępcy²⁰.

W Mississippi natomiast gubernator musiał mieć co najmniej 30 lat, być obywatelem Stanów Zjednoczonych przez dwadzieścia lat i zamieszkiwać w tym stanie przez minimum pięć lat poprzedzających wybory oraz posiadać tytuł własności do majątku ziemskiego o powierzchni 600 akrów lub oszacowanych na dwa tysiące dolarów w chwili, gdy odbywały się wybory, i rok wcześniej²¹. Podobnie jak w Tennessee, tak i tutaj obowiązywał zakaz sprawowania jakiegokolwiek funkcji publicznej przez ateistów²².

Na tym tle niewątpliwie bardziej łągodne przesłanki sformułowano w konstytucji Illinois: „[Kandydat] musi mieć co najmniej 30 lat, być obywatelem Stanów Zjednoczonych przez trzydzieści lat; z których dwa lata poprzedzające wybory musi zamieszkiwać w granicach tego stanu”²³ oraz Alabamy: „Gubernator musi mieć co najmniej 30 lat, być obywatelem Stanów Zjednoczonych i zamieszkiwać stan przez co najmniej cztery lata poprzedzające wybory”²⁴. Jak widać, były to jedyne z prezentowanych stanów, w których zniesiono cenzus majątkowy.

Należy zaznaczyć, iż wszystkie konstytucje zawierały tak samo sformułowany zapis o zarobkach, do których uprawniony był zwierzchnik egzekutywy. „Będzie on, w ustalonych terminach, otrzymywał wynagrodzenie za swą służbę, które nie będzie ani zwiększane, ani zmniejszane w trakcie kadencji, na którą został on wybrany”²⁵.

²⁰ Art. 4 § 5, tamże: „No member of Congress, or person holding any office under the United States, or this State, shall exercise the office of Governor, or Lieutenant Governor”.

²¹ Art. 4 § 3 konstytucji Mississippi: „The Governor shall be at east thirty years of age, shall have been a citizen of the United States for twenty years, shall have resided in this State at least five years next preceding the day of election, and shall be seized, in his own right, of a freehold estate of six hundred acres of land, or of real estate of the value of 2 thousand dollars, at the time of his election and twelve months previous thereto”.

²² Art. 6 § 6, tamże: „No person who denies the being of God, or a future state of reward or punishment, shall hold any office in the civil department”.

²³ Art. 3 § 3 konstytucji Illinois: „[...] He shall be at least 30 years of age, and have been a citizen of the United States for thirty years; two years which next preceding his election he shall have resided within the limits of this state” [tłum. K. M.].

²⁴ Art. 4 § 4 konstytucji Alabamy: „[...] he shall be at least thirty years of age, shall be a native citizen of the United States, and shall have resided in this state at least for years next preceding the day of his election” [tłum. K. M.].

²⁵ Art. 2 § 7 konstytucji Tennessee, art. 3 § 7 konstytucji Luizjany, art. 4 § 6 konstytucji Indiany, art. 4 § 4 konstytucji Mississippi, art. 3 § 6 konstytucji Illinois, art. 4 § 5 konstytucji Alabamy: „He shall, at stated times, receive a compensation [*salary* w konstytucji Illinois

Warto również nadmienić, iż w najwyższej ustawie Tennessee przewidziano, że do 1804 r. wynagrodzenie gubernatora nie może przewyższać 750 dolarów rocznie²⁶. W Indianie z kolei do 1819 r. – 1000 dolarów²⁷.

3. KOMPETENCJE

Uprawnienia i obowiązki zwierzchnika egzekutywy były niemal identyczne we wszystkich przedstawianych konstytucjach. Obejmowały one:

– Zwierzchnictwo nad siłami zbrojnymi oraz nad marynarką danego stanu, chyba że wezwano je do służby na rzecz Stanów Zjednoczonych²⁸, przy czym w dwóch ustawach zasadniczych wyraźnie zastrzeżono, iż nie przysługuje mu prawo sprawowania osobistego dowództwa na polu walki, jeśli zgromadzenie ogólne nie wyda odmiennej rezolucji²⁹;

– Prawo łagodzenia wyroków sądowych oraz łaski, z wyjątkiem spraw wszczętych w trybie impeachmentu³⁰, oprócz tego do znoszenia kary grzywny i konfiskaty majątku³¹. W Luizjanie uprawnienie to gubernator mógł realizować za zgodą stanowego Senatu³². Najszerzej ową materię uregulowano w konstytucjach Mississippi oraz Alabamy: „We wszelkich sprawach zagrożonych karą³³, z wyjątkiem zdrady oraz impeachmentu, ma [gubernator – K. M.] prawo łagodzenia wyroków i łaski, znoszenia grzywien i konfiskaty

– K. M.] for this services, which shall not be increased or diminished during the period for which he shall have been elected” [tłum. K. M.].

²⁶ Art. 1 § 20 konstytucji Tennessee: „[...] the governor not more than seven hundred and fifty dollars [...]”.

²⁷ Art. 11 § 16 konstytucji Indiany: „[...] the governor one thousand dollars [...]”.

²⁸ Art. 2 § 5 konstytucji Tennessee, art. 4 § 5 konstytucji Mississipi, art. 3 § 10 konstytucji Illinois, art. 4 § 6 konstytucji Alabamy: „He shall be commander-in-chief of the army and of the navy of this state, and of the militia, except when they shall be called into the service of the United States”.

²⁹ Art. 3 § 8 konstytucji Luizjany, art. 4 § 7 konstytucji Indiany, „[...] but he shall not command personally in the field, unless he shall be advised so to do by a resolution of the general assembly”.

³⁰ Art. 2 § 6 konstytucji Tennessee, art. 3 § 5 konstytucji Illinois: „He shall have power to grant reprieves and pardons after conviction, except in cases of impeachment”.

³¹ Art. 4 § 10 konstytucji Indiany: „He shall have power to remit fines and forfeitures [...]”.

³² Art. 3 § 11 konstytucji Luizjany: „[...] with the approbation of the Senate”.

³³ W moim przekonaniu tak należy przetłumaczyć zwrot „in all criminal and penal cases”; przymiotnik „penal” (według Black’s Law Dictionary) ma bowiem szersze znaczenie – obejmuje również odpowiedzialność prywatnoprawną z tytułu czynów niedozwolonych.

majątku, podług zasad i regulacji, jakie wskazuje prawo. W sprawach zbrodni ma prawo, za radą i zgodą Senatu, łagodzenia wyroków i łaski; może też, gdy Senat nie obraduje, opóźnić wykonanie wyroku do końca następnej sesji Zgromadzenia Ogólnego”³⁴.

– Dzierżenia i oficjalnego używania pieczęci stanu³⁵. W konstytucjach Luizjany oraz Illinois znajdujemy odniesienie do tejże kompetencji dopiero w przepisach końcowych: „Gubernator będzie używał swej prywatnej pieczęci, do czasu wydania pieczęci stanowej”³⁶.

– Żądania na piśmie informacji od organów władzy wykonawczej w odniesieniu do każdej materii związanej z pełnionymi przez nich obowiązkami³⁷.

– Zwoływania w nadzwyczajnych okolicznościach i w formie tzw. proklamacji obrad legislatywy³⁸. W większości omawianych konstytucji przesłanki do skorzystania z takiego uprawnienia sformułowano następująco: „[gubernator – K. M.] może w nadzwyczajnych okolicznościach zwołać obrady Zgromadzenia Ogólnego [...], lub w innym miejscu, jeśli będzie to konieczne wskutek ich ostatniego odroczenia, zagrożenia wynikającego z działań wroga lub wewnętrznych zakłóceń, a w przypadku nieporozumień pomiędzy obiema izbami w odniesieniu do terminu odroczenia, odroczy je tak, jak uzna to za stosowne, ale nie dłużej niż do czasu zwołania najbliższej corocznej sesji [w Luizjanie nie dłużej niż 4 miesiące – K. M.]”³⁹.

³⁴ Odpowiednio w art. 4 § 10 oraz art. 4 § 11: „In all criminal and penal cases, except in those of treason and impeachment, he shall have power to grant reprieves and pardons, and remit fines and forfeitures, under such rule and regulation as shall be prescribed by law. In cases of treason, he shall have power, by and with advice and consent of the Senate, to grant reprieves and pardons; and he may, in the recess of the Senate, respite the sentence until the end of the next session of the General Assembly”.

³⁵ Art. 2 § 15 konstytucji Tennessee, art. 4 § 26 konstytucji Indiany, art. 4 § 12 konstytucji Missisipi, art. 4 § 12 konstytucji Alabamy: „There shall be a seal of this State, which shall be kept by the Governor and used by him officially [...]”.

³⁶ Odpowiednio w § 5 oraz § 6: „The Governor of this state shall make use of his private seal, until a state seal be procured [provided]” [tłum. K. M.]

³⁷ Art. 2 § 8 konstytucji Tennessee, art. 3 § 12 konstytucji Luizjany, art. 4 § 11 konstytucji Indiany, art. 4 § 6 konstytucji Missisipi, art. 3 § 7 konstytucji Illinois, art. 4 § 7 konstytucji Alabamy: „He may require information, in writing, from the officers in the executive department, upon any subject relating to the duties of their respective offices”.

³⁸ Art. 2 § 7 konstytucji Tennessee, art. 3 § 9 konstytucji Illinois: „He may, on extraordinary occasions, convene the general assembly by proclamation [...]”.

³⁹ Art. 3 § 14 konstytucji Luizjany, art. 4 § 13 konstytucji Indiany, art. 4 § 7 konstytucji Missisipi, art. 4 § 8 konstytucji Alabamy: „[...] or at different place, if that shall have become, since their last adjournment, dangerous from an enemy, or from contagious disorders;

– Prawo uzupełniania w czasie przerw w obradach zgromadzenia prawodawczego wakatów na urządach, których obsadę konstytucje powierzały właśnie temu zgromadzeniu. Gubernator mógł wówczas ustanowić tymczasową komisję do momentu zwołania sesji legislatywy⁴⁰.

– Prawo podpisywania ustaw oraz weta zawieszającego. Jeśli gubernator nie podpisał projektu, stawał się on obowiązującym prawem dopiero po przegłosowaniu go oddzielnie w obu izbach (poczynając od tej, która wystąpiła z inicjatywą ustawodawczą) większością 2/3⁴¹ ogólnej liczby posłów bądź senatorów. Ponadto jeżeli projekt nie został zwrócony przez gubernatora po upływie określonego terminu⁴², stawał się obowiązujący, mimo braku podpisu zwierzchnika egzekutywy⁴³. Według konstytucji Illinois, kompetencja ta należała do specjalnej rady złożonej z gubernatora i co najmniej połowy składu Sądu Najwyższego, która w celu opiniowania i ewentualnego wetowania projektów gromadziła się „od czasu do czasu” w trakcie trwania sesji legislatywy (także i w tym przypadku obie izby mogły przegłosować weto większością głosów)⁴⁴. W Tennessee z kolei w ogóle nie przyznano guber-

and in case of disagreement between the two houses with respect to the time of adjournment, he may adjourn them to such time as he shall think proper, not beyond the day of the next annual meeting of the General Assembly” [tłum. K. M.].

⁴⁰ Art. 2 § 14 konstytucji Tennessee, art. 3 § 10 konstytucji Luizjany, art. 4 § 9 konstytucji Indiany, art. 4 § 13 konstytucji Mississippi, art. 3 § 8 konstytucji Illinois, art. 4 § 15 konstytucji Alabamy (fragmenty te różniły się leksykalnie w poszczególnych aktach prawnych; podaję tu jako przykład części konstytucji Tennessee oraz Illinois), „When an officer, the right of whose appointment is by this constitution vested in the general assembly, shall, during the recess, die, or his office by other means become vacant, the governor shall have power to fill up such vacancy by granting a temporary commission, which shall expire at the end of the next session of the legislature”.

⁴¹ Zwykłą większością głosów w Alabamie.

⁴² Licząc od dnia przedstawienia projektu gubernatorowi – 10 dni w Luizjanie, 6 dni w Mississippi oraz 5 dni w Indianie i Alabamie.

⁴³ Art. 3 § 20 konstytucji Luizjany, art. 4 § 22 konstytucji Indiany, art. 4 § 15 konstytucji Mississippi, art. 4 § 16 konstytucji Alabamy: „Every bill which shall have passed both house shall be presented to the governor, if he approve, he shall sign it, if not he shall return it to the house in which it shall have originated, who shall enter the objections at large [...], and proceed to reconsider it – if after such reconsideration, two-thirds of all the members elected to that house, shall agree to pass the bill, it shall be sent, to the other house, by which it shall likewise be reconsidered and if approved by two third of all the members elected to that house, it shall be a law; [...] if any bill shall not be returned by the governor within [...] days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, it shall be a law in like manner as if he had signed it [...]”.

⁴⁴ Art. 3 § 19: „The governor for the time being, and the judges of the supreme court or a major part of them, together with the governor, shall be and are hereby constituted a council

natorowi takiego uprawnienia, tu bowiem każdy projekt, zanim został uchwalony, musiał być podpisany przez przewodniczących obu izb legislatury⁴⁵.

– W konstytucjach Indiany oraz Illinois uregulowano prawo do powołania i kontrolowania urzędników na wniosek i za zgodą Senatu (w tym sekretarza stanu – Illinois)⁴⁶, przy czym w konstytucji Luizjany uprawnienie to dotyczyło również sędziów i szeryfów⁴⁷; w pozostałych konstytucjach urzędy te obsadzano w drodze wyborów powszechnych lub przez legislaturę.

– Obowiązek czuwania nad prawidłowym egzekwowaniem prawa⁴⁸ (oprócz Illinois).

– We wszystkich opisywanych ustawach zasadniczych gubernator został zobligowany do tego, aby „od czasu do czasu informować zgromadzenie prawodawcze o sytuacji rządu i polecać do rozważenia przez nie podjęcia takich środków, które uważa on za niezbędne”⁴⁹.

Warto dodać, iż kompetencje gubernatora w Luizjanie poszerzono o jeszcze jeden obowiązek: „[...] odwiedzać różne hrabstwa, przynajmniej raz na dwa lata, aby być poinformowanym o stanie służb porządkowych i ogólnej kondycji danego hrabstwa”⁵⁰. W sytuacji, gdy gubernator był nieobecny, zrezygnował, został usunięty z urzędu, poddany procedurze impeachmentu lub gdy zmarł, do czasu wyboru następnego gubernatora powyższe funkcje spr-

to revise all bills about to be passed into laws by the general assembly; and for that purpose shall assemble themselves from time to time when the general assembly shall be convened [...]”.

⁴⁵ Art. 1 § 15: „Every bill shall [...] be signed by the respective speakers, before it becomes a law”.

⁴⁶ Odpowiednio w art. 4 § 8 oraz art. 3 § 22: „He shall nominate, and, by and with consent of the senate, appoint and commission all officers, the appointment of which is otherwise directed by this constitution [...]”.

⁴⁷ Art. 3 § 9: „He shall nominate [...] Judges, Sheriffs and all other Officers [...]”.

⁴⁸ Art. 2 § 10 konstytucji Tennessee, art. 3 § 15 konstytucji Luizjany, art. 4 § 14 konstytucji Indiany, art. 4 § 9 konstytucji Mississippi, art. 4 § 10 konstytucji Alabamy: „He shall take care that the laws shall be faithfully executed”.

⁴⁹ Art. 2 § 11 konstytucji Tennessee, art. 3 § 13 konstytucji Luizjany, art. 4 § 12 konstytucji Indiany, art. 4 § 8 konstytucji Mississippi, art. 3 § 4 konstytucji Illinois, art. 4 § 9 konstytucji Alabamy: „He shall, from time to time, give to the general assembly information of the state of the government, and recommend to their consideration such measures as he shall judge expedient” [tłum. K. M.]

⁵⁰ Art. 3 § 16: „It shall be his duty to visit the different counties at least once in every years, to inform himself of the state of the militia and the general condition of the country” [tłum. K. M.]

wował wicegubernator (Indiana, Mississippi, Illinois) albo przewodniczący senatu (Tennessee, Luizjana, Alabama).

II. INNI URZĘDNICY

1. WICEGUBERNATOR

Podobnie jak w odniesieniu do innych organów władzy, tak i w materii struktury oraz statusu pozostałych urzędników znajdujemy wiele podobieństw do regulacji przyjętych w pierwszych konstytucjach stanów założycielskich. Generalnie rzecz ujmując, w mniejszym jednak stopniu rozróżniano wówczas pomiędzy zadaniami o charakterze administracyjnym a sądowymi. W tym zatem aspekcie model zaadaptowany w prezentowanych ustawach zasadniczych bliższy był nowożytnym rozwiązaniom europejskim. Z drugiej zaś strony odnajdujemy w nich odmienne od tradycji kolonialnych i niepodległościowych rozdzielenie funkcji ustawodawczych i wykonawczych. Jak już zostało wspomniane, w trzech stanach, gubernatora, który z różnych powodów nie mógł sprawować powierzonej mu władzy, zastępował przewodniczący izby wyższej. To rozwiązanie jest również współcześnie przyjmowane w wielu systemach konstytucyjnych. Niemniej w trzech pozostałych stanach wprowadzono urząd wicegubernatora (*lieutenant-governor*), który *ex officio* pełnił rolę przewodniczącego senatu. W owych konstytucjach nie ma mowy o tym, iż jest to organ doradczy gubernatora, nie uregulowano też jego konkretnych funkcji. Z ogółu przepisów konstytucyjnych można wnioskować, iż w trakcie sesji zgromadzenia ustawodawczego administrował on obradami izby wyższej, a w przerwach wspomagał swą działalnością egzekutywę⁵¹.

W konstytucjach Indiany, Illinois oraz Mississippi w sposób identyczny przyjęto, iż „[...] wicegubernator będzie wybierany podczas wyborów na urząd gubernatora w taki sam sposób, pozostanie na urzędzie na taki sam okres i będzie miał takie same kwalifikacje. W wyborach na urzędy gubernatora oraz wicegubernatora wyborcy zaznaczają, na kogo głosują jako na gubernatora, a na kogo jako na zastępcę gubernatora”⁵².

⁵¹ Niewątpliwie warto na podstawie innych niż konstytucje materiałów źródłowych opracować praktyczny wymiar takiego rozwiązania.

⁵² Odpowiednio art. 4 § 15, art. 3 § 13, art. 4 § 18 konstytucji Mississippi: „A lieutenant-governor shall be chosen at every election for governor, in the same manner, continue in office

Trzeba jeszcze dodać, iż w omawianych konstytucjach w różnorodny sposób rozwiązano problem ewentualnej niedyspozycji wicegubernatora i/lub przewodniczącego senatu, gdy przejęli oni zwierzchnictwo nad egzekutywą w przypadku niezdolności do sprawowania władzy przez gubernatora. W Indianie oraz Mississipi trzecim w kolejności „zastępcą” był tymczasowy prezydent (*president pro tempore*), wybierany przez senat spośród swoich członków już wtedy, gdy wicegubernator przechodził do służby w zakresie władzy wykonawczej⁵³. Mechanizm ów funkcjonował także na mocy konstytucji Illinois, tyle że nie użyto tu specjalnego określenia dla nowego przewodniczącego senatu⁵⁴. W konstytucji Alabamy zaś, w przypadku zaistnienia powyższych okoliczności, na czele władzy wykonawczej do momentu wyboru nowego gubernatora stawał przewodniczący Izby Reprezentantów⁵⁵. Konstytucje Tennessee oraz Luizjany natomiast przemilczały tę kwestię.

2. SEKRETARZ ORAZ SKARBNIK STANU

Istotną rolę powierzono w opisywanych przepisach konstytucyjnych sekretarzowi stanu. Widoczne są pewne różnice w sposobie jego powołania. W Tennessee wybierała go na okres czterech lat i kontrolowała – zgodnie z domniemaniem uprawnienia do powoływania urzędników w braku przepisów odmiennych – władza ustawodawcza⁵⁶. Konstytucja tego stanu

for the same time, and possess the same qualification. In voting for governor and lieutenant – governor, the electors shall distinguish whom they vote for as governor, and whom as lieutenant – governor” [tłum. K. M.].

⁵³ Odpowiednio art. 4 § 18 oraz art. 4 § 21: „Whenever the Government shall be administered by the lieutenant-governor, or he shall be unable to attend as president of the senate, the senate shall elect one of their own members as president for that occasion. And if during the vacancy of the office of Governor, the lieutenant-governor shall be impeached, removed from office, refuse to qualify, resign, die, or be absent from the State, the president of the senate pro tempore shall in like manner administer the Government, until he shall be superseded by a Governor or lieutenant-governor”.

⁵⁴ Art. 3 § 15: „Whenever the Government shall be administered by the lieutenant-governor, or he shall be unable to attend as speaker of the senate, the senators shall elect one of their own members as speaker for that occasion [...]”.

⁵⁵ Art. 4 § 19: „If, during the vacancy of the office of Governor, the President of the Senate shall be impeached, removed from office [...], the Speaker of the House of Representatives shall, in like manner, administer the government”.

⁵⁶ Art. 2 § 17 konstytucji Tennessee: „A secretary of this state shall be appointed and commissioned during the term of four years [...]”.

nie wskazywała wszakże na konkretną procedurę wyłaniania sekretarza ani na krąg i kwalifikacje osób zdolnych do kandydowania na ów urząd.

Podobny zapis zastosowano w konstytucji Luizjany, choć tu termin sprawowania urzędu przez sekretarza związane z czasem trwania kadencji gubernatora, co również sprowadzało się do czteroletniego okresu⁵⁷, konstytucja Missisipi zaś wprowadziła w tym przypadku dwuletnią kadencję⁵⁸. Odpowiedni przepis w konstytucji Indiany był następujący: „Sekretarz stanu będzie wybierany we wspólnym głosowaniu obu izb Zgromadzenia Ogólnego i będzie on nadzorowany przez gubernatora, na cztery lata albo dotąd aż nowy sekretarz zostanie wybrany i umocowany [...]”⁵⁹, w konstytucji Alabamy z kolei: „Ustanowi się sekretarza stanu wybieranego we wspólnym głosowaniu obu izb Zgromadzenia Ogólnego, który pozostanie na urzędzie w okresie dwóch lat [...]”⁶⁰.

Inaczej sferę tę uregulowano w konstytucji Illinois, wedle której: „gubernator nominuje, a za radą i zgodą senatu powołuje sekretarza stanu [...]”⁶¹. Nie określono tu czasu kadencji.

Na podstawie dalszych fragmentów przytoczonych przepisów można wskazać następujące kompetencje owego organu: prowadzenie rejestru oficjalnych dokumentów wydawanych przez gubernatora; w razie konieczności przedkładanie ich oraz innych dokumentów, protokołów i rachunków zgromadzeniu prawodawczemu; wykonywanie innych obowiązków na podstawie przepisów odrębnych.

Oprócz sekretarza na czele administracji stanowej stał skarbnik (ewentualnie skarbnicy), którego w Tennessee oraz Illinois legislatura wybierała na dwa lata⁶², w Luizjanie⁶³, Missisipi oraz Alabamie na rok⁶⁴,

⁵⁷ W art. 3 § 19: „A secretary of state shall be appointed and commissioned during the term for which the governor shall have been elected [...]”.

⁵⁸ W art. 4 § 14: „A secretary of state shall be appointed, who shall continue in office during the term of two years”.

⁵⁹ Art. 4 § 21: „A secretary of state shall be chosen by the joint ballot of both houses of the General Assembly, and be commissioned by the Governor for four years, or until a new secretary be chosen and qualified [...]” [tłum. K. M.].

⁶⁰ Art. 4 § 14: „There shall be a secretary of state appointed by joint vote of both Houses of the General Assembly, who shall continue in office during the term of two years [...]” [tłum. wł.].

⁶¹ Art. 3 § 20: „The governor shall nominate, and by and with the advice and consent of the senate, appoint a secretary of state [...]” [tłum. K. M.].

⁶² Odpowiednia w art. 6 § 2 i w art. 3 § 21: „There shall be a treasurer or treasurers appointed for the State, who shall hold his or their Office for two years”. „The state treasurer

a w Indianie na trzy lata⁶⁵. Warto dodać, że w tych samych przepisach – w przypadku trzech ostatnich konstytucji – była również mowa o kontrolerze finansów (*auditor, auditor of public accounts, controller of public accounts*), a w konstytucjach Luizjany i Illinois – o tzw. drukarzach (*printers*). Nie uwzględniono jednakże katalogu ich kompetencji.

3. URZĘDY LOKALNE

Poza powyższym, wszystkie prezentowane konstytucje zawierały przepisy regulujące strukturę urzędów lokalnych. Według konstytucji Tennessee: „Będą powoływani dla każdego hrabstwa, przez sąd hrabstwa, jeden szeryf, jeden koroner, jeden syndyk oraz odpowiednia liczba konstabli, którzy pozostaną na urzędzie przez dwa lata. Mają też prawo do powoływania jednego urzędnika rejestracyjnego i strażnika, pozostających na urzędzie dożywotnio. Szeryf i koroner podlegają nadzorowi gubernatora”⁶⁶.

Zgodnie z konstytucją Indiany: „Będą wybierani dla każdego hrabstwa, przez uprawnionych do tego wyborców, jeden szeryf i jeden koroner, w czasie i miejscu wyborów na członków Zgromadzenia Ogólnego. Będą sprawować swój urząd przez dwa lata i do czasu wybrania i umocowania następców; zakładając, iż nikt nie może sprawować urzędu szeryfa dłużej niż cztery lata w okresie lat sześciu”⁶⁷ oraz „będzie wybierany dla każdego hrabstwa kronikarz, który pozostanie na urzędzie przez okres siedmiu lat, jeśli będzie tak

[...] for the state shall be appointed biennially [...]”.

⁶³ W tym przypadku przedmiotową regulację ujęto w rozdziale poświęconym władzy sądowniczej.

⁶⁴ Odpowiednio w art. 4 § 9, w art. 4 § 25 oraz w art. 4 § 23: „A state treasurer shall be annually elected [...]”.

⁶⁵ Art. 4 § 24: „There shall be elected a Treasurer [...] who shall hold their office three years [...]”.

⁶⁶ Art. 6 § 1: „There shall be appointed in each county, by the county court, one sheriff, one coroner, one trustee, and a sufficient number of constables, who shall hold their offices for two years. They shall also have power to appoint one register and ranger for the county, who shall hold their offices during good behavior. The sheriff and coroner shall be commissioned by the governor” [tłum. K. M.].

⁶⁷ Art. 4 § 25: „There shall be elected, in each County, by the qualified electors thereof, one Sheriff, and one Coroner, at the Times and places of holding elections for members of the General Assembly. They shall continue in office of two years, and until successors shall be chosen and duly qualified; provided, that no person shall be eligible to the office of sheriff more than four years in any term of six years”.

długo sprawował go odpowiednio; zakładając, że nic, co jest tu zawarte, nie zabroni urzędnikom sądów obwodowych pozostawiania na urządzie kronikarza”⁶⁸.

W konstytucji Mississippi ustalono, że: „Szeryf i jeden lub więcej koronerów będą wybierani dla każdego hrabstwa przez uprawnionych do tego wyborców, i będą pozostawać na swych urządach przez dwa lata, chyba że zostaną wcześniej usunięci”⁶⁹. Konstytucja Illinois stanowi: „Będą wybierani dla każdego i w każdym hrabstwie tego stanu, przez tych, którzy są uprawnieni do głosowania, na członków zgromadzenia ogólnego, i w tym samym czasie i miejscu, gdzie wybory na tych członków się odbywają, jeden szeryf i jeden koroner, których wybór będzie podlegał takim zasadom i regulacjom, jakie zostaną przewidziane w przepisach odrębnych. Szeryfowie i koronerzy, gdy zostaną wybrani, pozostaną na urządzie przez dwa lata, pod sankcją usunięcia lub dyskwalifikacji oraz innych zasad i regulacji, jakie mogą od czasu do czasu, być ustanowione odrębnymi przepisami”⁷⁰ oraz „Będą wybierani dla każdego hrabstwa trzej komisarze w celu załatwiania wszystkich spraw handlowych w danym hrabstwie, których czas służby, prawa i obowiązki będą regulowane i definiowane przez prawo”⁷¹.

Według konstytucji Alabamy: „Szeryf będzie wybierany dla każdego hrabstwa przez uprawnionych do tego wyborców; pozostanie on na urządzie przez okres trzech lat, chyba że zostanie wcześniej usunięty, i nie będzie mógł służyć ani jako przełożony [w znaczeniu istotnej funkcji publicznej – K. M.], ani jako deputowany przez kolejne trzy lata. Jeśli zdarzy się wakat przed

⁶⁸ Art. 11 § 7: „There shall be elected in each county a Recorder, who shall hold his office during the term of seven years, if he shall so long behave well; provided, that nothing herein contained shall prevent the clerks of the circuit courts from holding the office of recorder” [tłum. K. M.].

⁶⁹ Art. 4 § 24: „A sheriff, and one or more coroners, shall be elected in each county by the qualified electors thereof, who shall hold their offices for two years unless sooner removed” [tłum. K. M.].

⁷⁰ Art. 3 § 11: „There shall be elected in each and every county in the said state, by those who are qualified to vote for members of the general assembly, and at the same time and places where the election for such members shall be held, one sheriff and one coroner, whose election shall be subject to such rules and regulations as shall be prescribed by law. The said sheriffs and coroners respectively, when elected, shall continue in office two years, be subject to removal and disqualification, and such other rules and regulations as may be, from time to time, prescribed by law” [tłum. K. M.].

⁷¹ Przepisy uzupełniające, § 4: „There shall be elected in each county, three county commissioners for the purpose of transacting all county business, whose time of service, power and duties shall be regulated and defined by law” [tłum. K. M.].

wyborami, uzupełni go gubernator, i tak jak w innych przypadkach, osoba tak powołana pozostanie na urzędzie do najbliższych wyborów powszechnych, kiedy taki wakat uzupełnią uprawnieni wyborcy, a szeryf tak wybrany pozostanie na urzędzie przez trzy lata”⁷².

Bardziej szczegółowych rozwiązań w zakresie struktury władzy lokalnej zabrakło w konstytucji Luizjany. Uregulowano w niej jedynie, iż urzędnicy na szczeblu okręgów oraz hrabstw muszą mieszkać w granicach tych jednostek, a miejsce ich siedzib jest wskazywane w odpowiednich przepisach⁷³. Specjalny status przyznano tu ponadto lokalności Nowego Orleanu: „Mieszkańcy miasta Nowy Orlean mają prawo powoływania niektórych urzędników publicznych potrzebnych dla administracji i policji tego miasta, zgodnie ze sposobem wyboru, jaki wskaże Legislatura; zakładając, że burmistrz oraz kronikarz nie mogą zasiadać w zgromadzeniu ogólnym”⁷⁴. Cenzus domicylu – rocznego – na obszarze hrabstwa, w którym dany urzędnik miał pełnić swoje funkcje, przewidziano również w Indianie⁷⁵.

III. IMPEACHMENT

Przesłanki i procedura pociągania do odpowiedzialności gubernatora oraz innych urzędników (*civil offices*) sformułowano w omawianych konstytucjach w sposób niemal identyczny. Podstawę do wszczęcia owego postępowania sta-

⁷² Art. 4 § 24: „A sheriff shall be elected in each county by the qualified electors thereof, who shall hold his office for the term of three years, unless sooner removed, and who shall not be eligible to serve either as principal or deputy for the three succeeding three years. Should a vacancy occur subsequent to an election, it shall be filled by the governor, as in other cases, and the person so appointed shall continue in office until the next general election, when such vacancy shall be filled by the qualified electors, and the sheriff then elected shall continue in office for three years” [tłum. K. M.].

⁷³ Art. 6 § 7: „[...] and all district or county officers within their respective districts or counties, and shall keep their respective offices at such places therein as may be required by law”.

⁷⁴ Art. 6 § 23: „The citizens of the town of New Orleans shall have the right of appointing the several public officers necessary for the administration and the police of the said city, pursuant to the mode of election which shall be prescribed by the Legislature; provided that the mayor and recorder be ineligible to a seat in the general assembly” [tłum. K. M.].

⁷⁵ Art. 11 § 14 konstytucji Indiany: „No person shall be appointed as a county officer, within any county, who shall not have been a citizen and an inhabitant therein one year next preceding his appointment [...]”.

nowiło każde wykroczenie (*misdemeanor*)⁷⁶, a konstytucja Indiany dodawała jeszcze popełnienie zdrady, korupcję oraz cięższe przestępstwa⁷⁷. Prawo postawienia urzędnika w stan oskarżenia należało wyłącznie do izb reprezentantów⁷⁸. Sąd odbywał się natomiast przed Senatem, a senatorowie zasiadali wówczas pod przysięgą lub przyrzeczeniem. Według cytowanych przepisów skazanie mogło nastąpić większością 2/3 ustawowej liczby senatorów (Tennessee), obecnej liczby senatorów, przy czym kworum nie zostało uregulowane (Luizjana, Mississippi, Alabama) albo zwykłą większością obecnych senatorów (bez podania kworum – Illinois) oraz zwykłą większością ich ustawowego składu (Indiana). Określono tu także konsekwencje skazania – wyłącznie usunięcie ze stanowiska, niezależnie od innego rodzaju odpowiedzialności, do której pociągano zgodnie z ogólnymi regułami prawnymi.

*

„Kresy również wydały działaczy; przez cały okres rewolucji myśliwi i pierwsi osadnicy przybywali przez przesmyki gór Alleghany. Tam byliby niezależni od jakichkolwiek praw, a jednak pierwszą rzeczą, jaką uczynili, było zgromadzić się i ustalić prawa. Nowi osadnicy Kentucky i Tennessee powołali własne rządy, spisując swe uchwały. Twardzi ludzie pogranicza, weterani z walk z Indianami, odłożyli na godzinę strzelby, by zgromadzić się na naradę. Nie zdawali sobie jasno sprawy, do kogo chcieli się przyłączyć, wiedzieli tylko, że chcą żyć w wolności. Dalekimi pogłoskami o rewolucji niezbyt się przejmowali, lecz że opłacali swą ziemię krwią, pragnęli zachować ją jako wolną. Pogranicze patrzyło praktycznie na sprawy, a wolność była nie tylko rzeczą praktyczną, ale konieczną”⁷⁹.

⁷⁶ Art. 4 § 4 konstytucji Tennessee, art. 5 § 3 konstytucji Luizjany, art. 5 § 3 konstytucji Mississippi, art. 2 § 23 konstytucji Illinois, art. 5 § 3 konstytucji Alabamy: „The governor and all [other] civil offices shall be liable to impeachment for any misdemeanor in office [...]”.

⁷⁷ Art. 3 § 24: „[...]on impeachment for, and conviction of treason, bribery and other high crimes and misdemeanors [...]”.

⁷⁸ Art. 4 § 1 konstytucji Tennessee, art. 5 § 1 konstytucji Luizjany (w trochę innym brzmieniu leksykalnym), art. 3 § 23 konstytucji Indiany, art. 5 § 1 konstytucji Mississippi, art. 2 § 22 konstytucji Illinois, art. 5 § 1 konstytucji Alabamy: „The House of Representatives shall have the sole power of impeaching [impeachment]”.

⁷⁹ S. V. B e n e t, *Ameryka*, tłum. Z. Łempicka [tłum. tekstów dokumentów – Biuro Informacji Wojennej Stanów Zjednoczonych], Warszawa 1946, s. 50.

W sposób praktyczny właśnie (przejmując wiele rozwiązań z okresu niepodległościowego) w Stanach Zjednoczonych uregulowano status władzy wykonawczej. Jak zostało wskazane powyżej, istniały w tym zakresie różnice pomiędzy konstytucjami poszczególnych stanów. W porównaniu wszakże z pierwszymi konstytucjami stanów założycielskich, wszędzie zaadaptowano mechanizmy wzmacniające egzekutywę, zrywając jednocześnie z istniejącym wcześniej systemem prymatu legislatywy.

STATUS OF THE EXECUTIVE
IN THE CONSTITUTIONAL ARTICLES
OF THE WESTERN STATES (1796-1819)

S u m m a r y

One of the important aspects of the development of the executive power in the US is the constitutional regulations that were created between 1796 and 1819 in the Western States such as Tennessee, Louisiana, Indiana, Mississippi, Illinois and Alabama. The following article contains a description of selected supreme acts. Here are briefly presented the following: general remarks about the term and manner of governor election, his sessions as well as rights and responsibilities, the function of other officials such as the treasurer, secretary, recorder, sheriff, coroner, and the procedure of impeachment. The article was written on basis of original texts of constitutions that can be found on the Internet.

Słowa kluczowe: władza wykonawcza, gubernator, sekretarz, skarbnik, urzędnicy lokalni, impeachment.

Key words: executive branch, governor, secretary, treasurer, local officials, impeachment.

WOJCIECH WNUK

ZASADY I FORMY WSPÓŁPRACY POMIĘDZY ORGANAMI ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ A SEKTOREM POZARZĄDOWYM

Zasady i formy współpracy pomiędzy organami administracji publicznej a sektorem pozarządowym zostały określone w dwóch aktach prawnych: w Ustawie z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie¹ oraz w Ustawie z dnia 24 kwietnia 2003 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie². Zostały one przyjęte po blisko dziesięciu latach dyskusji w Sejmie³. Jednak wspomniane akty prawne nie regulują kompleksowo omawianej problematyki i dlatego konieczne jest odwołanie się do wielu ustaw szczegółowych i aktów wykonawczych dotyczących problematyki niniejszego artykułu.

Pod koniec XX wieku obserwowaliśmy pojawianie się nowych modeli wzajemnych relacji pomiędzy władzą publiczną a organizacjami pozarządowymi. Przykładem funkcjonowania nowych rozwiązań jest Wielka Brytania. W 1997 r. rząd Tony'ego Blaira wprowadził zasadę partnerstwa, polegającą na uznaniu niezależności organizacji pozarządowych i ich roli w tworzeniu polityki, w tym

Dr WOJCIECH WNUK – pracownik samorządowy, Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego; adres do korespondencji: wwnuk.neo@wp.pl

¹ Dz. U. nr 96, poz. 873 ze zm. – dalej cyt. u.p.p.

² Dz. U. nr 96, poz. 874 ze zm.

³ Szerzej na temat prac nad ustawą regulującą pozycję sektora pozarządowego zob.: H. I z d e b s k i, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 2-5.

prawa do krytykowania poczynań rządu, wzajemnej współpracy w zakresie organizacji i świadczenia usług publicznych⁴.

Z krajów Europy Środkowo-Wschodniej najszybciej na Węgrzech nastąpił proces przejmowania przez trzeci sektor odpowiedzialności od administracji publicznej w dziedzinie usług społecznych. Władze węgierskie wprowadziły regulacje prawne i fiskalne, które umożliwiły rozwój organizacjom pozarządowym: przyznano prawo podatnikom do przekazywania 1% rocznego podatku dochodowego na rzecz wybranej przez podatnika organizacji pozarządowej, umożliwiono organizacjom pozarządowym uczestniczenie w pracach nad dotyczącymi ich sektora regulacjami prawnymi i programami polityki społecznej oraz powierzanie organizacjom pozarządowym świadczenia usług⁵.

Jednym z powodów rozpoczęcia przez polski parlament prac legislacyjnych nad ustawą o działalności pożytku publicznego była konieczność systemowego uregulowania współpracy administracji publicznej z sektorem pozarządowym⁶.

Przed przyjęciem ustawy o działalności pożytku publicznego kwestia wzajemnej współpracy pomiędzy organami administracji publicznej⁷ a trzecim sektorem była uregulowana w kilku aktach prawnych. Obowiązek współpracy ministrów z organizacjami społecznymi wynikał z Ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej⁸. Wzmianka o konieczności współpracy innych organów administracji publicznej w formie ogólnikowego zapisu występuje również w innych ustawach. Art. 1 ust. 1 i ust. 3 Ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁹ nałożył na organy administracji obowiązek wspierania oraz zapewnienia warunków sprzyjających działalności tych organizacji społecznych,

⁴ Szerzej o zasadach współpracy pomiędzy administracją publiczną a organizacjami pozarządowymi w Wielkiej Brytanii zob. J. Lewis, *Relacje państwo-sektor ochotniczy w Wielkiej Brytanii*, „Trzeci Sektor” 8(2006), s. 11-24.

⁵ Szerzej o zasadach współpracy pomiędzy administracją publiczną a organizacjami pozarządowymi na Węgrzech zob. M. Szabó, *Organizacje pozarządowe na Węgrzech – uwarunkowania prawne i polityczne*, „Trzeci Sektor” 8(2006), s. 25-46.

⁶ A. Młynarska-Wichowska, *Opinia dotycząca rządowego projektu ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (druk nr 263)*, Warszawa 2002, s. 3.

⁷ Organ administracji publicznej jest organem władzy publicznej w zakresie, w jakim został powołany z mocy odpowiednich przepisów prawnomaterialnych oraz kompetencyjnych do wykonywania zadań administracji publicznej. Organem administracji publicznej jest zarówno organ administracji rządowej, jak i samorządowej. Szerzej zob. E. Ochędow ski, *Prawo administracyjne*, Toruń 1998, s. 205.

⁸ Dz. U. z 2003 r., nr 159, poz. 1548 ze zm.

⁹ Dz. U. z 2007 r., nr 70, poz. 473 ze zm.

które mają za cel krzewienie trzeźwości, abstynencji, pomoc osobom nadużywającym alkoholu i ich rodzinom oraz obowiązek współdziałania z Kościołem katolickim i innymi kościołami w zakresie wychowania w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹⁰. W nieobowiązującej Ustawie z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii¹¹ art. 3 ust. 1 przyznawał możliwość realizacji zadań z zakresu przeciwdziałania narkomanii: stowarzyszeniom, organizacjom społecznym, fundacjom, kościołowi i innym związkom wyznaniowym, medycznym samorządom zawodowym, rodzinom osób uzależnionych oraz grupom samopomocowym osób uzależnionych i ich rodzinom. Obecnie obowiązująca Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii¹² nakłada w art. 10 na administrację publiczną obowiązek wspomagania organizacji pozarządowych, które służą rozwiązywaniu problemów narkomanii¹³. Art. 1 Ustawy z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych¹⁴ przewiduje możliwość wspierania medycznych samorządów zawodowych, organizacji społecznych, fundacji, instytucji i zakładów pracy oraz współdziałania z kościołami i innymi związkami wyznaniowymi w zakresie ochrony przed następstwami używania tytoniu.

1. FORMY WSPÓŁPRACY

Ustawa nałożyła na organy administracji publicznej, właściwe terytorialnie i przedmiotowo, obowiązek prowadzenia działalności w sferze zadań publicznych, we współpracy z organizacjami pozarządowymi oraz z podmiotami z nimi zrównanymi (wymienionymi w art. 3 ust. 3 u.p.p.), które prowadzą działalność pożytku publicznego¹⁵. Rozpoczęła tym samym nowy etap wza-

¹⁰ Szerzej zob. I. Skrzydło - Niżnik, G. Zalas, *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Kraków: Zakamycze 2002. Szczególne znaczenie w tym zakresie mają kluby abstynenta, anonimowych alkoholików oraz grupy samopomocowe.

¹¹ Dz. U. z 2003 r., nr 24, poz. 198 ze zm.

¹² Dz. U. nr 179, poz. 1485 ze zm.

¹³ Pojęcie organizacji pozarządowej w znaczeniu szerszym niż nadane przez u.p.p. obejmuje również osoby prawne i jednostki organizacyjne Kościołów i związków wyznaniowych.

¹⁴ Dz. U. z 1996 r., nr 10, poz. 55 ze zm.

¹⁵ Art. 5 ust. 1 u.p.p.

jemnych relacji oraz dała podstawy prawne do tworzenia kultury pomocniczości i dialogu społecznego¹⁶.

Współpraca ta może przyjąć formę współpracy finansowej lub pozafinansowej. Współpraca finansowa, która polega na zleceniu organizacjom pozarządowym realizacji zadań publicznych na zasadach określonych w u.p.p., ze względu na swój złożony charakter nie zostanie omówiona w niniejszym artykule (stanowiąc będzie temat kolejnego artykułu)¹⁷. Natomiast najważniejszymi formami współpracy pozafinansowej są: wzajemne informowanie się o planowanych kierunkach działalności i współdziałanie w celu zharmonizowania tych kierunków; konsultowanie z organizacjami pozarządowymi, odpowiednio do zakresu ich działania, projektów aktów normatywnych w dziedzinach dotyczących działalności statutowej tych organizacji; tworzenie wspólnych zespołów o charakterze doradczym i inicjatywnym, złożonych z przedstawicieli organizacji pozarządowych oraz przedstawicieli właściwych organów administracji publicznej¹⁸. Te formy współpracy mają charakter fakultatywny i są zależne od dobrej woli każdej ze stron.

1.1. WZAJEMNE INFORMOWANIE SIĘ

Współpraca pomiędzy organami administracji publicznej a trzecim sektorem nie byłaby możliwa, gdyby nie było wzajemnego informowania się o planowanych kierunkach działalności. Ta forma współpracy jest więc wyjściowa. Bez niej nie może dojść do innych, trwalszych i bardziej angażujących form współpracy¹⁹. Podkreślić należy, że wymiana informacji ma być wzajemna, dotyczy zatem zarówno sektora publicznego, jak i pozarządowego. Brak jest regulacji dotyczących trybu i zakresu prowadzenia tej współpracy. W praktyce realizuje się ją w trakcie spotkań, narad, szkoleń i konsultacji, ale również w formie opracowań pisemnych²⁰. Dobrą praktyką jest także publi-

¹⁶ E. L e ś, *Ustawa o pożytku publicznym i o wolontariacie. Lifting dotychczasowych unormowań czy urzeczywistnienie kultury pomocniczości?*, „Pomoc Społeczna” 7(2003), s. 3.

¹⁷ Zlecenie realizacji zadania publicznego jest najbardziej sformalizowaną i najbardziej intensywną formą współpracy, ponieważ wiąże się z przeznaczeniem środków publicznych, stanowi więc formę szczególną, podlegającą odpowiednim regulacjom prawnym. Szerzej zob. I z d e b s k i, dz. cyt., s. 36.

¹⁸ Art. 5 ust. 1 pkt 2-4 u.p.p.

¹⁹ Izdebski (dz. cyt., s. 36) określa tę formę jako podstawową formę współpracy.

²⁰ Zob. R. S k i b a, *Jak współpracować z administracją publiczną?*, Warszawa 2004, s. 10.

kowanie ważnych informacji w Biuletynie Informacji Publicznej lub na stronie internetowej danego organu administracji publicznej w sprawie podejmowanych wspólnych działań²¹.

1.2. KONSULTOWANIE PROJEKTÓW AKTÓW NORMATYWNYCH W DZIEDZINACH DOTYCZĄCYCH DZIAŁALNOŚCI STATUTOWEJ ORGANIZACJI POZARZĄDOWYCH

Konsultowanie projektów aktów normatywnych²² w dziedzinach dotyczących działalności statutowej organizacji pozarządowych jest formą współpracy bardziej aktywnej. Zaznaczyć jednak trzeba, że opinie przedstawione przez reprezentantów trzeciego sektora, dotyczące danego projektu aktu prawnego, nie są wiążące dla organu. Nie zostały określone zasady konsultacji, co umożliwiłoby daleko posuniętą uznaniowość ze strony władz w określeniu uczestników tych konsultacji. Ze względu na fakt, że te akty prawne dotyczą kwestii bardzo istotnych dla organizacji pozarządowych, zasadny jest postulat nadania tym konsultacjom charakteru obligatoryjnego²³.

Współpraca ta może być realizowana poprzez np. informowanie przedstawicieli organizacji pozarządowych o planowanych posiedzeniach lub sesjach organów stanowiących lub ich komisjach, na których dyskutowane będą projekty aktów dotyczących działalności ich organizacji, udostępnione zostaną druki tych projektów wraz z uzasadnieniem²⁴. Konsultacje szczególnie powinny odnosić się do projektu budżetu danej jednostki sektora publicznego w części dotyczącej środków finansowych przeznaczonych na dotacje realizacji zadań publicznych przez organizacje pozarządowe. Konsultacjami powinno się objąć przygotowanie wszelkiego rodzaju strategii i programów odnoszących się w szerokim zakresie do polityki społecznej realizowanej przez dany organ administracji publicznej, chociaż nie mają one charakteru aktu normatywnego²⁵.

²¹ Większość stron internetowych samorządów terytorialnych ma linki, na których znajdują się informacje dotyczące współpracy z instytucjami społeczeństwa obywatelskiego.

²² Akty normatywne, czyli ustawy, rozporządzenia, akty prawa miejscowego.

²³ Obowiązek konsultowania projektów aktów prawnych dotyczących działania organizacji pozarządowych funkcjonuje w Niemczech – cyt. za: L e ś, art. cyt., s. 3.

²⁴ Zob. Ministerstwo Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej, *Zasady tworzenia programu współpracy jednostek samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi oraz z podmiotami, o których mowa w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie*, Warszawa 2004, s. 14.

²⁵ Na przykład różnego rodzaju strategie rozwoju (miasta, kultury fizycznej itp.); programy

1.3. TWORZENIE WSPÓLNYCH ZESPOŁÓW O CHARAKTERZE DORADCZYM I INICJATYWNYM

Członkami zespołów o charakterze doradczym i inicjatywnym powinni zostać reprezentanci organizacji pozarządowych oraz właściwych organów administracji publicznej. Ustawa nie stanowi o żadnych kompetencjach, trybie powoływania ani zasadach prac takich zespołów, jedynie ogólnie określa ich zakres na działania o charakterze doradczym i inicjatywnym²⁶. Zespoły te mogą mieć charakter stały lub doraźny – jako zespoły opiniodawcze złożone z ekspertów do zajęcia stanowiska w konkretnej sprawie – oraz mogą opracować wspólne plany działania, pomagać w przygotowaniu programu współpracy, opiniować projekty aktów normatywnych w zakresie dotyczącym działalności statutowej organizacji.

Praca zespołu powinna mieć na celu usystematyzowanie i podniesienie efektywności współpracy organu administracji z trzecim sektorem²⁷.

2. ZASADY WSPÓŁPRACY

Ustawodawca, regulując kwestie współpracy pomiędzy administracją publiczną a organizacjami pozarządowymi, odwołał się do następujących zasad: pomocniczości, suwerenności stron, partnerstwa, efektywności, uczciwej konkurencji i jawności²⁸. Zasady te nie zostały wprawdzie zdefiniowane w ustawie, ale stanowią istotne linie orientacyjne oraz określają pewną wizję państwa²⁹.

wyrównywania szans osób niepełnosprawnych i przeciwdziałania ich wykluczeniu społecznemu; program rewitalizacji, profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych.

²⁶ Z wyjątkiem Rady Działalności Pożytku Publicznego, powołanej i działającej na podstawie art. 35-41 u.p.p., będącej organem opiniodawczo-doradczym oraz pomocniczym ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego.

²⁷ Zob. Ministerstwo Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej, *Zasady tworzenia programu współpracy*, s. 17.

²⁸ Zgodnie z art. 5 ust. 2 u.p.p.

²⁹ Zob. szerzej G. M a k o w s k i, *Zasady współpracy międzysektorowej w Ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie*, „Trzeci Sektor” 3(2006), s. 11-19.

2.1. ZASADA POMOCNICZOŚCI I SUWERENNOŚCI STRON

Jedną z najważniejszych zasad, które określają wzajemną współpracę pomiędzy władzą publiczną a organizacjami pozarządowymi, jest zasada pomocniczości³⁰ (nazywana również zasadą subsydiarności³¹). Zanim stała się ona prawną podstawą do regulowania relacji obywatel–państwo, była najpierw przedmiotem zainteresowań filozofów. Jej korzeni możemy szukać w poglądach Arystotelesa³².

Zasada ta została wyeksponowana również w społecznym nauczaniu Kościoła, jego wizji osoby ludzkiej zdolnej do podejmowania odpowiedzialności za swoje życie³³. Wyrazem tego jest nauczanie papieża Piusa XI, który w encyklice *Quadragesimo anno* z 1931 r. uznał, że niesprawiedliwością, szkodą społeczną i zakłócaniem ustroju jest to, iż państwo zabiera mniejszym społecznościom zadania, które te społeczności mogłyby wykonać same³⁴. Papież ten wiązał omawianą zasadę z obowiązkiem świadczenia pomocy bliźniemu, organizacjom, podmiotom politycznym i gospodarczym w realizacji ich własnych celów i zadań³⁵. W swoim nauczaniu Papież uznał za niezbędny element życia społecznego funkcjonowanie stowarzyszeń, które będą zgodnie współpracować między sobą dla dobra wspólnego poprzez świadczenie

³⁰ Zob. H. I z d e b s k i, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2006, s. 20-28.

³¹ Używa się obu nazw, ponieważ są one równoznaczne. Termin „subsidiarność” pochodzi od łacińskiego „subsidium”, oznaczającego pomoc, wsparcie, siły rezerwowe. Definicja za: J. R o n d e l, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2005, s. 911.

³² Arystoteles uważał, że rodzina, gmina, państwo to instytucje naturalne. Państwo ma zapewnić szczęście obywatelom, nie może jednak znosić ani rodziny, ani własności prywatnej. Szerzej zob. J. B o c h e Ń s k i, *Zarys historii filozofii*, Kraków 1993, s. 67.

³³ Szerzej na temat historii idei pomocniczości zob. Ch. M i l i o n - D e l s o l, *Zasada pomocniczości*, Kraków 1995, s. 11-35; H. I z d e b s k i, *Historia myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 2001, s. 207-211.

³⁴ „Najwyższe prawo filozofii społecznej: co jednostka z własnej inicjatywy i z własnymi siłami może zdziałać, tego jej nie wolno wydzierać na rzecz społeczeństwa: podobnie niesprawiedliwością, szkodą społeczną i zakłóceniem ustroju jest zabieranie mniejszym i niższym społecznościom tych zadań, które mogą spełnić, i przekazanie ich społecznościom większym i wyższym. Każda akcja społeczna ze swego celu i ze swej natury ma charakter pomocniczy: winna pomagać członkom organizmu społecznego, a nie niszczyć ich lub wchłaniać” – cyt. za: P i u s X I, *Encyklika „Quadragesimo Anno” o odnowieniu ustroju społecznego i o udoskonaleniu go według norm prawa Ewangelii*, w: *Nauczanie społeczne Kościoła*, tłum. J. Piwowarczyk, Warszawa 1984.

³⁵ E. K o z e r s k a, *Państwo i społeczeństwo w poglądach Piusa XI*, Wrocław 2005, s. 59.

pomocy wzajemnej, dobroczynną opiekę nad chorymi i samotnymi matkami oraz krzewienie wartości i zasad chrześcijańskich³⁶.

Prawo do zrzeszania, jak nauczał Prymas Tysiąclecia, stanowi antidotum na powstanie próżni pomiędzy jednostką a państwem oraz tworzy instytucje chroniące godność i wolność osoby ludzkiej³⁷.

W encyklice *Centesimus annus* z 1991 r. Jan Paweł II stwierdził, że „[...] społeczność wyższego rzędu nie powinna ingerować w wewnętrzne sprawy społeczności niższego rzędu, pozbawiając ją kompetencji, lecz raczej winna wspierać ją w razie konieczności i pomóc w koordynacji jej działań z działaniami innych grup społecznych, dla dobra wspólnego. Interweniując bezpośrednio i pozbawiając społeczeństwo odpowiedzialności, Państwo opiekuńcze powoduje utratę ludzkich energii i przesadny wzrost publicznych struktur, w których – przy ogromnych kosztach – raczej dominuje logika biurokratyczna, aniżeli troska o to, by służyć korzystającym z nich ludziom”³⁸.

Ze względu na źródło powstania tej zasady przez długi czas była ona przedmiotem kontrowersji i dopiero w drugiej połowie XX wieku stała się istotną zasadą prawa³⁹. Percepcja tej zasady do porządku prawa publicznego została najwcześniej dokonana w orzecznictwie niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego w latach siedemdziesiątych minionego wieku w odniesieniu do pomocy społecznej⁴⁰.

³⁶ Zob. P i u s XI, *Encyklika „Divini Redemptoris”*, 19 III 1937, „Wiadomości Archidiecezji Warszawskiej” 37(1937).

³⁷ Zob. S. W y s z y ń s k i, *Nauczanie społeczne 1946-1981*, Warszawa: Ośrodek Dokumentacji i Studiów społecznych 1990, s. 543.

³⁸ J a n P a w e ł II, *Encyklika „Centesimus annus”*, 1 V 1991, Wrocław 1991, nr 48.

³⁹ H.-J. Papier (obecny prezes Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec) uważa, że źródłem kontrowersji były antykatolickie uprzedzenia i konfesyjny partykularyzm, zob. szerzej t e n ż e, *Zasada pomocniczości czy europejski centralizm?*, „Przegląd Legislacyjny” 59(2007), nr 1, s. 14.

⁴⁰ I z d e b s k i, *Ustawa o działalności*, s. 7. Szerzej zob. E. L e ś, *Rola zasady pomocniczości w kształtowaniu partnerskich relacji między państwem a organizacjami społecznymi na przykładzie Niemiec*, w: *Sektor pozarządowy a kondycja polskiej demokracji*, red. M. Nowakowska, P. Marciniak, Warszawa: Stowarzyszenie na rzecz Forum Inicjatyw Pozarządowych 2000, s. 83. Niemiecki Trybunał Konstytucyjny, badając zgodność ustawy o pomocy społecznej i opiece nad młodzieżą z konstytucją, uznał, że przyznanie organizacjom obywatelskim prawa pierwszeństwa w świadczeniu usług socjalnych nie oznacza deprecjacji innych podmiotów, w tym zwłaszcza administracji publicznej, której powierzono całościową odpowiedzialność za świadczenia społeczne. Trybunał określił zasadę subsydiarności jako zasadę podziału zadań i kompetencji pomiędzy sektorem publicznym a organizacjami społecznymi. Postanowienie Trybunału podkreśliło ogromne znaczenie współpracy sektora publicznego

Zasada subsydiarności akcentuje rolę jednostki oraz wspólnot (organizacji pozarządowych) jako ważnych uczestników życia społecznego i politycznego⁴¹. W aspekcie filozoficzno-moralnym można ją rozumieć jako ideę doskonalenia stosunków, procedur i struktur społecznych, zgodnie z którą pierwszeństwo nad społeczeństwem ma jednostka, a grupy i społeczności podstawowe (czyli rodzina i społeczność lokalna) – przed społecznością szczebla wyższego (szczególnie państwem)⁴². Zwiększenie znaczenia tej zasady wynika z kryzysu państwa opiekuńczego, czego wyrazem jest niewydolność sektora publicznego i powolne zamieranie społeczeństwa obywatelskiego w społeczeństwach Europy Zachodniej, przy jednoczesnym rozwoju inicjatyw społecznych w Europie Środkowej i Wschodniej w oparciu o ideę solidarności, pomocy wzajemnej i samorządności⁴³. Odrodzenie idei pomocniczości jest związane również z tworzeniem się Europy jako jednego politycznego bytu⁴⁴.

W aspekcie polityczno-prawnym zasada ta umożliwiła obywatelom udział w polityce nie tylko w ramach systemu partyjnego, ale głównie poprzez instytucje społeczeństwa obywatelskiego, które powinny mieć gwarancje konstytucyjnego kontrolowania i wywierania wpływu na władze⁴⁵. Państwo nie powinno mieć charakteru opiekuńczego, co zniechęca obywateli do korzystania z prawnie chronionej autonomii⁴⁶. W doktrynie prawniczej przyjęto, że zasada ta ma wymiar pozytywny oraz negatywny. Pozytywny, gdy nakazu-

i niepublicznego w dziedzinie usług społecznych przy zapewnieniu prawa organizacjom społecznym do świadczenia usług pomocy i opieki zgodnie ze swoimi przekonaniem. Wyrok Drugiego Senatu federalnego Sądu Konstytucyjnego RFN z dnia 18 czerwca 1978 r. (sygn. 2 BvF 3/62).

⁴¹ Zob. I. S z c z e p a n i a k - W i e c h a, *Sektor pozarządowy na polu pomocy społecznej: realizacja zasady pomocniczości – wyzwania i bariery*, w: *Pomoc społeczna. Praca socjalna. Teoria i praktyka*, red. K. Marzec-Holka, Bydgoszcz 2003, s. 525.

⁴² Zob. D. M i l c z a r e k, *Subsydiarność – próba bilansu*, w: *Subsydiarność*, red. D. Milczarek, Warszawa 1998, s. 319.

⁴³ D. M o r o Ń, *Współpraca organizacji pozarządowych z samorządem terytorialnym w Polsce w świetle zasady subsydiarności*, w: *Nowy model świadczenia usług publicznych – współpraca administracji publicznej z trzecim sektorem: wyzwania, przeszkody, dobre praktyki*. Międzynarodowa Konferencja w Łodzi – 20 maja 2005 r. Jubileusz 10-lecia WSAP, red. T. Mordela, Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Administracji Publicznej w Łodzi, s. 116.

⁴⁴ Zob. M i l i o n - D e l s o l, dz. cyt., s. 6-7.

⁴⁵ W. B o k a j ł o, *Federalizm. Teorie i koncepcje*, Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 1998, s. 127.

⁴⁶ Zob. Ch. M i l i o n - D e l s o l, *Zasada subsydiarności – założenia, historia, problemy*, w: *Subsydiarność*, s. 25.

je interwencję władzy w przypadku, gdy jednostka lub różne społeczności nie mogą skutecznie realizować swoich zadań. Można go określić jako funkcję promocyjną zasady pomocniczości, ponieważ nakłada on obowiązek na władze pobudzania, wspierania i uzupełniania inicjatyw społeczności niższego szczebla⁴⁷. Negatywny polega na samoograniczeniu się władzy do dokonywania interwencji w przypadku niewydolności jednostek lub ich społeczności⁴⁸. Zasada ta ogranicza roszczeniową postawę wobec władz publicznych ze strony obywateli, ponieważ przyznaje pierwszeństwo samodzielnemu zaspokajaniu potrzeb przez obywateli⁴⁹.

Zasada pomocniczości została umieszczona w preambule do Konstytucji RP: „ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej jako prawa podstawowe dla państwa oparte na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, współdziałaniu władz, dialogu społecznego oraz na zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot”. Wstęp do Konstytucji jest deklaracją ideologiczną i zapisana w nim zasada pomocniczości nie ma rangi obowiązującej normy prawnej⁵⁰. Preambuła wskazuje jednak na zasady i kierunki interpretacji dalszych artykułów ustawy zasadniczej⁵¹. Sam fakt podniesienia zasady pomocniczości do rangi konstytucyjnej zobowiązuje państwo do wspierania aktywności obywateli i ich wspólnot⁵².

Zasada subsydiarności jest wytyczną przy podziale kompetencji pomiędzy administracją rządową a samorządem terytorialnym. W tym znaczeniu zasada pomocniczości została wpisana do Europejskiej Karty Samorządu Lokal-

⁴⁷ H. G ó r e c k a, *Włączanie organizacji pozarządowych do systemu zabezpieczeń społecznych w aspekcie zasady pomocniczości (subsidiarności) państwa*, „Auxilium Sociale. Wsparcie Społeczne” 2002, nr 3-4, s. 55.

⁴⁸ E. K u s t r a, *Zasada pomocniczości a przekształcenia polskiego systemu prawa i społecznej świadomości*, w: *Przemiany polskiego prawa*, t. 2, red. E. Kustra, Toruń: Studia Iuridica Toruniensia 2002, s. 209.

⁴⁹ Zob. H. S p i k e r, *Zasada pomocniczości: podstawy antropologiczne i konsekwencje polityczne*, „Społeczeństwo” 1995, nr 1, s. 36-37. W przypadku, gdy instytucje trzeciego sektora mają problemy z realizacją swoich celów statutowych, np. w zakresie opieki społecznej, wtedy państwo powinno wspomagać te instytucje.

⁵⁰ *Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, Lublin 1998, s. 115.

⁵¹ P. W i e c z o r e k, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 10-11.

⁵² Zob. J. R u s z e w s k i, *Zasada pomocniczości i jej użyteczność w kształtowaniu współpracy między organami administracji publicznej a organizacjami pozarządowymi*, w: *Nowy model świadczenia usług publicznych*, s. 130.

nego⁵³, sporządzonej w Strasburgu dnia 15 października 1985 r.⁵⁴, która w art. 4 ust. 2 i 3 stanowi: „Społeczności lokalne mają – w zakresie określonym prawem – pełną swobodę działania w każdej sprawie, która nie jest wyłączona z ich kompetencji lub nie wchodzi w zakres kompetencji innych organów władzy. Generalnie odpowiedzialność za sprawy publiczne powinny ponosić przede wszystkim te organy, które znajdują się najbliżej obywateli. Powierając te funkcje innemu organowi władzy, należy uwzględnić zakres i charakter zadania oraz wymogi efektywności gospodarczej”. W Konstytucji znajdują się normy, które w tym zakresie realizują tę zasadę. Ustawa zasadnicza stanowi, że ustrój terytorialny państwa zapewnia decentralizację władzy publicznej⁵⁵ oraz przyznaje samorządowi istotną część zadań publicznych⁵⁶, wprowadzając zasadę domniemania zadań samorządu terytorialnego, przypisując mu zadania publiczne niezastrzeżone przez Konstytucję lub ustawy dla organów innych władz publicznych⁵⁷. Konstytucja uznała gminę za podstawową jednostkę samorządu terytorialnego, która realizuje zadania niezastrzeżone innym szczeblom samorządu terytorialnego⁵⁸. Konstytucja stanowi, że jednostkom samorządu terytorialnego powinny zostać zapewnione dochody umożliwiające realizację wykonywanych przez nich zadań⁵⁹.

Decentralizacja państwa⁶⁰ rozpoczęła się w roku 1990, kiedy ustawą z dnia 8 listopada o samorządzie gminnym została utworzona gmina⁶¹. Założeniem reformy samorządowej było uaktywnienie obywateli do zbiorowego działania w sferze publicznej poprzez wyrażanie swych interesów, wymianę informacji, osiągnięcie wspólnych celów, stawianie żądań państwu i kontro-

⁵³ Do czasu ogłoszenia Obwieszczenia Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 22 sierpnia 2006 r. o sprostowaniu błędu (Dz. U. nr 154, poz. 1107) ten akt prawny nosił nazwę Europejska Karta Samorządu Terytorialnego. Według Izdebskiego prawidłowe tłumaczenie tego aktu prawnego powinno brzmieć: Europejska Karta Samorządu Lokalnego – zob. H. I z d e b s k i, M. K u l e s z a, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 208.

⁵⁴ Dz. U. z 1994 r., nr 124, poz. 607.

⁵⁵ Zgodnie z art. 15 ust. 1 Konstytucji RP.

⁵⁶ Zgodnie z art. 16 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP.

⁵⁷ Zgodnie z art. 163 Konstytucji RP.

⁵⁸ Zgodnie z art. 164 Konstytucji RP.

⁵⁹ Zgodnie z art. 167 Konstytucji RP.

⁶⁰ Przesunięcie zadań publicznych z administracji rządowej na samorząd terytorialny. Organy administracji samorządowej otrzymują samodzielność w zakresie wykonywania prawa – O c h e n d o w s k i, dz. cyt., s. 145.

⁶¹ Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1591 ze zm.

lowanie poczynań organów władzy⁶². Kolejnym etapem reformy administracyjnej było powołanie dwóch nowych szczebli samorządu terytorialnego: powiatu – ustawą z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym⁶³ – i województwa – ustawą z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa⁶⁴. W wyniku tej reformy wzrosło znaczenie organizacji pozarządowych, m.in. jako partnerów powiatów i samorządów wojewódzkich w procesie diagnozowania problemów społecznych⁶⁵.

Idea pomocniczości odnosi się również do współpracy pomiędzy instytucjami społeczeństwa obywatelskiego a samorządem. Zgodnie z nią, organizacje pozarządowe powinny mieć pierwszeństwo przy otrzymywaniu zleceń od organów administracji publicznej na realizację zadań publicznych, jeśli zapewnią efektywniejszą ich realizację w porównaniu z podmiotami sektora publicznego⁶⁶.

Po raz pierwszy ustawodawca zastosował w tym aspekcie zasadę subsydiarności, wpisując ją w 2000 r. do Ustawy z dnia 29 listopada 1990 r. o pomocy społecznej⁶⁷. Art. 12a tej ustawy stanowił, że organy administracji rządowej i jednostki samorządu terytorialnego mogą zlecać organizacjom społecznym (Kościołowi katolickiemu i innym kościołom, związkom wyznaniowym, fundacjom, stowarzyszeniom, pracodawcom oraz osobom fizycznym i prawnym) zadania z zakresu pomocy społecznej. Na podstawie tego artykułu Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 4 czerwca 2001 r. stwierdził, że na gminie spoczywa ustawowy obowiązek poszukiwania optymalnych metod współpracy z podmiotami zajmującymi się świadczeniem pomocy społecznej⁶⁸. Zasada subsydiarności znalazła się w Rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 30 czerwca 2000 r. w sprawie szczególnych zasad i form współdziałania administracji publicznej z innymi podmiotami oraz wzorów ofert, umów i sprawozdań z realizacji zadań pomocy społecznej, które w § 4 stanowiło: „podmiot zlecający zadanie może wykonać wybrane zadanie przy pomocy podmiotów, przez zlecenie im reali-

⁶² Zob. Z. G i l o w s k a, *Subsydiarność – samorząd terytorialny – decentralizacja*, w: *Wartości podstawowe samorządu terytorialnego i demokracji lokalnej*, Warszawa 1995, s. 231.

⁶³ Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1592 ze zm.

⁶⁴ Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1590 ze zm.

⁶⁵ Zob. L e ś, *Ustawa o pożytku publicznym*, s. 2.

⁶⁶ Zob. I z d e b s k i, *Ustawa o działalności pożytku publicznego*, s. 9-10.

⁶⁷ Dz. U. z 1998 r. nr 64, poz. 414 ze zm. Ustawa nie obowiązuje.

⁶⁸ Sygn. akt II SA/Kr 911/01.

zacji tych zadań, z uwzględnieniem zasad pomocniczości, efektywności i równego dostępu do środków publicznych”⁶⁹.

Jednak w praktyce w latach dziewięćdziesiątych większość samorządów stosowała „filozofię redukowania zakresu obowiązywania zasady subsydiarności”⁷⁰. Większość samorządów gminnych, powiatowych i wojewódzkich nie określiła kierunków i zasad współpracy z instytucjami społeczeństwa obywatelskiego, uznając za wystarczającą współpracę *ad hoc*, bez potrzeby jej instytucjonalizacji⁷¹. Niewielka była współpraca z organizacjami pozarządowymi przy przygotowaniu strategii rozwoju regionalnego przez samorząd województwa, również powiaty rzadko zawierały kontrakty na realizację zadań z zakresu pomocy społecznej⁷². Trudności i ograniczenia w realizowaniu zasady subsydiarności wynikały także z braku dostatecznego zaufania ze strony administracji publicznej do sektora pozarządowego, ze słabości zarówno finansowej i organizacyjnej jednostek samorządu terytorialnego (zwłaszcza powiatów), jak i instytucji społeczeństwa obywatelskiego, z braku podstaw prawnych określających systemowo zasady współpracy trzeciego sektora z administracją publiczną⁷³.

Zasada suwerenności stron polega na uznaniu niezależności i podmiotowości organizacji pozarządowych, zabraniając nieuprawnionej ingerencji w funkcjonowanie organizacji.

2.2. ZASADA PARTNERSTWA

Zasada partnerstwa umożliwia organizacjom pozarządowym – jako równoprawnym partnerom – identyfikowanie i definiowanie problemów społecznych, określanie sposobów ich rozwiązywania oraz realizację zadań publicz-

⁶⁹ Dz. U. nr 55, poz. 662.

⁷⁰ R u s z e w s k i, art. cyt., s. 134.

⁷¹ A. G l u z i ń s k i, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie*, Warszawa 2005, s. 60.

⁷² Zob. L e ś, *Ustawa o pożytku publicznym*, s. 2. Autorka przytacza dane statystyczne, że w 2000 r. jedynie 3% Powiatowych Centrów Pomocy Rodzinie zawarło kontrakt z organizacjami pozarządowymi, 5% subsydiowało ich działalność, 27% utrzymywało nieformalną współpracę z organizacjami pozarządowymi. Szerzej zob. J. K e r l i n, *Pomoc społeczna po reformie administracyjnej 1999 r. Analiza polityki i jej skutków*, w: *Pomoc społeczna. Od klientyzmu do partycypacji*, red. E. Leś, Warszawa 2002/2003, s. 131-176.

⁷³ Szerzej zob. M. R y m s z a, A. H r y n i e w i c k a, P. D e r w i c h, *Jak wprowadzać zasadę pomocniczości państwa: doświadczenia lat dziewięćdziesiątych*, w: *Współpraca sektora obywatelskiego z administracją publiczną*, Warszawa 2003, s. 34.

nych⁷⁴. Jest ona rozwinięciem zawartej w preambule do Konstytucji RP zasady dialogu społecznego, która wskazuje na konieczność konsultacji i dialogu organów władzy publicznej z sektorem pozarządowym. Znaczenie tej zasady podkreśla również Komisja Europejska, która stwierdza: „Organizacje społeczne nakłaniane są przez władze publiczne w całej Wspólnocie i przez samą Komisję Europejską do pełnienia coraz ważniejszej roli. Dlatego istotne jest, aby na wszelkich szczeblach stwarzać organizacjom społecznym możliwości włączenia się w planowanie usług i tworzenie polityki wspólnie z władzami publicznymi. Stosunki między organizacjami społecznymi a władzami publicznymi powinny być jaśniej określone i powinny tworzyć nowe więzi partnerskie. Partnerstwo między podmiotami niepublicznymi a władzami administracyjnymi będzie wiązało się z zawieraniem kontraktów pomiędzy tymi podmiotami”⁷⁵.

2.3. ZASADA EFEKTYWNOŚCI

Zasada efektywności polega na wyborze najbardziej efektywnego sposobu realizacji zadań publicznych proponowanych do realizacji przez organizacje pozarządowe⁷⁶. Pojęcie „efektywność” stanowi podstawową kategorię ekonomiczną, która jest punktem odniesienia dla działań realizowanych przez różne instytucje. Efektywności określa się wydajność ekonomiczną, osiąganie maksymalnych korzyści dla jak największej liczby ludzi lub jako najlepsze rezultaty, uzyskiwane po jak najniższych kosztach⁷⁷. Jest to relacja nakładów i uzyskiwanych efektów. Rozumienie tego pojęcia jest tu zawężone i odnosi się do sektora przedsiębiorczości. Definicja efektywności dla sektora publicznego i pozarządowego wykracza poza te ramy, ponieważ musi uwzględniać nie tylko wymiar ekonomiczny, ale również społeczny⁷⁸. Efektywność

⁷⁴ Ministerstwo Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej, *Zasady tworzenia programu współpracy*, s. 6.

⁷⁵ Komunikat Komisji Europejskiej w sprawie promowania roli organizacji społecznych oraz fundacji w Europie (Promoting the role of Voluntary organisations and Foundations in Europe COM/97/0241 final), Bruksela 1997.

⁷⁶ Ministerstwo Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej, *Zasady tworzenia programu współpracy*, s. 6.

⁷⁷ Zob. M. Gęsicki, Ł. Gęsicki, *Słownik terminów ekonomiczno-prawnych*, Łódź 1997, s. 93.

⁷⁸ E. Bogacz-Wojtanowska, K. Peter-Bombik, *Budżetowanie jako narzędzie zarządzania finansami w organizacjach pozarządowych*, „Trzeci Sektor” 8(2006), s. 93.

pojmowana jako miara skuteczności osiągnięcia wyznaczonego celu może być także mierzona przez inne wskaźniki niż liczbowe, które opisują zjawiska o charakterze jakościowym⁷⁹.

Efektywność ekonomiczna, określana również jako efektywność gospodarowania, wyraża się przez racjonalność i słusność doboru środków oraz metod działania w celu uzyskania z prowadzonej działalności efektów na odpowiednim poziomie⁸⁰. Efektywność społeczna jest rozumieniem efektywności ekonomicznej w sposób szerszy, ponieważ uwzględnia obszary pozaekonomiczne. Podstawą uznania danej aktywności za skuteczną jest prowadzenie do zamierzonego celu, zaś aktywność efektywna (korzystna) jest wtedy, gdy wynik użyteczny przewyższa nakłady poniesione na jego uzyskanie⁸¹.

Ocenianie efektywności realizacji danego zadania publicznego zleconego podmiotowi niepublicznemu powinno być oparte na: czynnikach ilościowych (rachunek ekonomiczny obrazujący finansowe koszty świadczenia danej usługi społecznej) i czynnikach społecznych. Czynniki społeczne (pozaekonomiczne) mają charakter jakościowy. Możemy do nich zaliczyć: jakość świadczonych usług, zadowolenie beneficjentów⁸², zdolność do innowacji, szybkie dostosowanie się do lokalnych potrzeb⁸³. Czynniki jakościowe są subiektywne, ponieważ odnoszą się do pomiaru poczynionych zmian społecznych, będących wynikiem działalności określonej organizacji. Należy więc porównać sytuacje beneficjentów przed udzieleniem usługi przez organizację oraz ocenić, czy doszło do poprawy warunków życiowych, ich zachowania, możliwości, zdro-

⁷⁹ Zob. G. K o z u ņ - C i e ś l a k, *Budżetowanie w sektorze publicznym*, w: *Budżetowanie działalności jednostek gospodarczych. Teoria i praktyka*, Kraków 2005, s. 282-283.

⁸⁰ Zob. E. P u d e ł k i e w i c z, *Samorząd a efektywność ekonomiczna i społeczna w RSP*, Warszawa 1992, s. 30.

⁸¹ Zob. M. L i s i e c k i, *Metody oceny współczesnych organizacji*, „*Ekonomika i Organizacja Przedsiębiorstw*” 2003, nr 1, s. 11.

⁸² Osiągnięcie pewnego poziomu satysfakcji przez osoby otrzymujące świadczenie oraz zdobycie ich zaufania stanowi o sukcesie danej organizacji pozarządowej – szerzej zob. I. K o v a c s, *Edukacja i marketing – dwa filary dobrego działania organizacji pozarządowych*, w: *Organizacje pozarządowe w krajach rozwijających się i Europie Wschodniej*, red. E. Puchnarewicz, Warszawa 2003, s. 52-53; zob. też M. I. K r z e l o w s k a, *Sukces organizacji pożytku publicznego w świetle badań*, „*Trzeci Sektor*” 13(2008), s. 68-75.

⁸³ Zob. K o z u ņ - C i e ś l a k, art. cyt., s. 93; „[...] organizacje społeczne wytwarzają dobra i świadczą usługi efektywniej, to znaczy lepszej jakości i po niższych kosztach, niż mogą to zrobić organy administracji państwowej [...] mała lokalna organizacja społeczna może znacznie lepiej rozpoznać i realizować realne potrzeby ludzi, którym ma służyć, niż organ administracji publicznej” – *Uzasadnienie do projektu ustawy – przepisy wprowadzające ustawę o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie* (druk sejmowy nr 263).

wia⁸⁴. Efektywność społeczna jest wpisana w strukturę podmiotów społeczeństwa obywatelskiego, które są tworzone przez ludzi pragnących realizacji tego samego celu, społecznie aktywnych, oddanych innym, mających niespożytą energię i zapal do działania⁸⁵.

2.4. ZASADA UCZCIWEJ KONKURENCJI I JAWNOŚCI

Zasada jawności nakłada na organ administracji publicznej obowiązek udostępnienia informacji na temat zamiarów, celów i środkach przeznaczonych na realizację zadań publicznych oraz o dotychczas ponoszonych kosztach prowadzenia tych zadań przez administrację⁸⁶. Wszelkie możliwości współpracy administracji publicznej z organizacjami pozarządowymi winny być powszechnie wiadome i dostępne oraz jasne i zrozumiałe w zakresie stosowanych procedur i kryteriów podejmowania decyzji.

Zasadę jawności organ administracji publicznej realizuje poprzez zamieszczenie ogłoszenia o otwartym konkursie ofert na realizację zadania publicznego w trzech różnych miejscach: w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim lub lokalnym (w zależności od rodzaju zadania), w Biuletynie Informacji Publicznej, w siedzibie organu administracji publicznej (w miejscu przeznaczonym na zamieszczanie ogłoszeń)⁸⁷.

Pierwszym publikatorem, w którym należy zamieścić ogłoszenie o otwartym konkursie ofert na realizację zadania publicznego, jest dziennik, czyli

⁸⁴ Szerzej zob. M. M a c e ł k o, *Rola organizacji non-profit w społeczeństwie obywatelskim*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej” (Organizacja i Zarządzanie) 2006, z. 29, s. 127-137.

⁸⁵ Członków organizacji pozarządowych charakteryzuje też to, że „chcą zmienić jakże trudną rzeczywistość, aby była ona przyjazna każdemu, bez względu na kolor skóry, wyznanie czy przynależność do jakiejś grupy społecznej” – cyt. za P. R o m a n i u k, *Organizacje pozarządowe pomostem dla najbardziej potrzebujących*, „Studia Prawnoustrojowe” 2003, nr 2, s. 133.

⁸⁶ Ministerstwo Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej, *Zasady tworzenia programu współpracy*, s. 6.

⁸⁷ Art. 13 ust. 3 u.p.p. Podobne regulacje prawne, polegające na nałożeniu obowiązku umieszczania ogłoszenia w trzech różnych miejscach przez organy administracji publicznej, obowiązują w przypadku rozpoczęcia procedury sprzedaży nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego w art. 38 ust. 2 Ustawy z dnia 21 sierpnia 2001 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004 r., nr 261, poz. 2603 ze zm., dalej cyt. u.g.n.) i § 6 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2004 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości (Dz. U. nr 207, poz. 2108 ze zm.).

prasa codzienna o zasięgu ogólnopolskim lub lokalnym⁸⁸. Brak jest ustawowej definicji prasy lokalnej⁸⁹, co stwarza możliwość umieszczania informacji publicznych w prasie rozpowszechnianej na niewielkim obszarze. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w dzienniku uniemożliwia korzystanie z czasopism⁹⁰ wydawanych przez sam organ, ponieważ najczęściej nie są to dzienniki. W praktyce, ze względu na koszty związane z publikacją, wybierane są periodyki i dzień publikacji w sposób preferujący oszczędność, a nie możliwość dotarcia do większej liczby potencjalnie zainteresowanych podmiotów. Nałożenie wymagań dotyczących zasięgu rozpowszechniania prasy, w której umieszcza się ogłoszenia dotyczące otwartego konkursu ofert, jest gwarancją zasady jawności oraz równego dostępu do informacji. Jest więc słuszny postulat *de lege ferenda*, by umożliwić publikację ogłoszenia również w innych czasopismach (niekoniecznie w dzienniku), co zapewniłoby dotarcie do większej liczby odbiorców⁹¹.

Biuletyn Informacji Publicznej⁹². Miejscem zamieszczania ogłoszeń jest siedziba organu administracji publicznej; musi być to miejsce, do którego każdy zainteresowany dotrze bez przeszkód. Nie powinno to być np. ostatnie piętro w dziesięciopiętrowym budynku lub miejsce, do którego dostęp jest ograniczony przez obowiązek uzyskania specjalnej przepustki. Ogłoszenie powinno zostać wywieszane w siedzibie organu administracji publicznej, w miejscu przeznaczonym na zamieszczanie ogłoszeń, czyli zazwyczaj będzie to tablica ogłoszeń danej instytucji.

Organ administracji publicznej, który wspiera lub powierza realizację zadania publicznego, ma obowiązek w każdej fazie tego postępowania przestrzegać zasady uczciwej konkurencji. Instytucja zlecająca zadanie publiczne, podejmując określone czynności, np. przygotowując ogłoszenie o otwartym konkursie ofert, ustalając warunki, jakie mają spełnić oferenci, opracowując

⁸⁸ Zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 2 Ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz. U. nr 5, poz. 24 ze zm.), dalej cyt. Prawo prasowe, dziennikiem jest ogólnoinformacyjny druk periodyczny, ukazujący się częściej niż raz w tygodniu.

⁸⁹ Nie definiuje tego pojęcia Prawo prasowe.

⁹⁰ Zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 3 Prawa prasowego czasopismem jest druk periodyczny ukazujący się nie częściej niż raz w tygodniu, a nie rzadziej niż raz w roku.

⁹¹ G l u z i ń s k i, *Ustawa o działalności*, s. 74.

⁹² Zgodnie z art. 8 ust. 1 Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. nr 112, poz. 1198 ze zm.) Biuletyn Informacji Publicznej (BIP) jest to urzędowy publikator teleinformatyczny powstały w celu powszechnego udostępniania informacji publicznych w postaci ujednoczonego systemu stron w sieci teleinformatycznej.

kryteria oceny ofert, powołując komisję konkursową, musi zapewnić równe traktowanie wszystkim uczestnikom postępowania. Z tej zasady można wywnioskować, że organ ogłaszający konkurs powinien przestrzegać przepisów Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁹³ oraz przepisów Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁹⁴.

Uznanie konkretnej czynności za przejaw nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym polega określone działanie, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego, ujętego w ramach rozdziału 2 Ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji⁹⁵ lub spełniającego przesłanki art. 3 ust. 1 tejże ustawy⁹⁶. Art. 3 ust. 2 tej ustawy wylicza przykładowo wskazane czyny nieuczciwej konkurencji. Za naruszenie zasady konkurencji można zatem uznać rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o innym ofercie⁹⁷ lub przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną⁹⁸.

WNIOSKI

Regulacje prawne umożliwiają intensywną współpracę pomiędzy organami administracji publicznej a organizacjami pozarządowymi w aspekcie wzajemnej wymiany informacji. Jednak w praktyce brakuje dobrych praktyk w tym zakresie, często konsultacje społeczne stanowią czystą formalność i nie mają one wpływu na decyzję władz⁹⁹.

Krokiem do zwiększenia dynamizmu współpracy byłoby przyjęcie na wzór brytyjski zawierania porozumień pomiędzy sektorem publicznym i pozarządowym w celu realizacji kompleksowych działań służących rozwiązaniu proble-

⁹³ Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm. (dalej cyt. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

⁹⁴ Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.

⁹⁵ Art. 5 – art. 17e.

⁹⁶ „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

⁹⁷ Zob. art. 14 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

⁹⁸ Tamże, art. 15a.

⁹⁹ Wyniki badań na temat wpływu organizacji pozarządowych na procesy decyzyjne w Polsce, zob. M. A r c z e w s k a, *Próba sił? Relacje trzeciego sektora z państwem w opinii liderów organizacji pozarządowych*, „Trzeci Sektor” 13(2008), s. 26-33.

mów społecznych na szczeblu lokalnym. Szeroka możliwość zawierania partnerstwa publiczno-społecznego pomiędzy podmiotami kościelnymi, organizacjami pozarządowymi, spółdzielniami socjalnymi oraz jednostkami samorządu lokalnego dawałaby nadzieje na zwiększenie aktywności obywateli i ich lokalnych wspólnot w rozwiązywaniu dotyczących ich problemów. Obywatele staliby się wtedy gospodarzami swoich małych ojczyzn, doświadczyliby, że wspólnym działaniem jest czynienie życia bardziej godnym. Instytucja partnerstwa publiczno-społecznego mogłaby stanowić swego rodzaju grupę współpracy i wsparcia.

Organizacje pozarządowe i podmioty kościelne służą wyrażaniu zbiorowych interesów, zaspokajaniu wspólnych potrzeb, ale również zastępowaniu lub wspomaganie administracji publicznej w rozwiązywaniu ważnych problemów społecznych. Konieczne jest stworzenie stabilnych zasad wzajemnej współpracy pomiędzy tymi sektorami. Wspieranie, w tym finansowe, przez państwo rozwoju instytucji pozarządowych prowadzi do obniżenia kosztów funkcjonowania państwa i łagodzi napięcia społeczne.

Ostatecznie jednak należy stwierdzić z całą pewnością, że trzeci sektor, w tym instytucje Kościoła katolickiego i innych związków wyznaniowych, bez względu na to, czy będą docenione i wspierane przez administrację publiczną, czy też ich działalność nie będzie wspierana przez czynniki polityczne, nie przestaną realizować swojej misji budowania w tym świecie cywilizacji miłości, w której szanowana jest każda osoba ludzka i jej godność.

RULES AND FORMS
OF COOPERATION BETWEEN BODIES OF PUBLIC ADMINISTRATION
AND THE NON-GOVERNMENTAL SECTOR

S u m m a r y

The subject of the article is extensive and multi-layered issue of legal regulations regarding cooperation between non-governmental organisations and bodies of public administration. Here are discussed the most important forms of cooperation in the areas other than financing: exchange of information about planned activities and cooperation with a view to harmonising these operations; consulting NGOs, depending on the profile of their activity and drafted normative acts regarding the statutory activities of these organisations; and the creation of common teams of advisors and initiators, made up of representatives of NGOs and relevant bodies of public administration.

The article goes on to present the rules of such cooperation: subsidiarity and sovereignty of the parties, partnership, effectiveness, fair competition and openness. Special emphasis is placed on the fundamental rule of subsidiarity, adopted from the legal system of the Catholic Church.

Translated by Tomasz Palkowski

Słowa kluczowe: organizacje pozarządowe, trzeci sektor, współpraca administracji publicznej z organizacjami pozarządowymi, zasada pomocniczości, użytek publiczny.

Key words: non-governmental organisations, third sector, cooperation between public administration and NGOs, subsidiarity, public good.

Ks. Stanisław Tymosz, *Ewolucja kościelnego prawa polskiego w świetle kodyfikacji do XIX wieku*, Lublin: Wydawnictwo KUL 2008, ss. 241.

Nakładem Wydawnictwa KUL ukazała się cenna monografia ks. Stanisława Tymosza pt. *Ewolucja kościelnego prawa polskiego w świetle kodyfikacji do XIX wieku*. Autor, dyrektor Instytutu Prawa Kanonicznego i kierownik Katedry Historii Źródeł Kościelnego Prawa Polskiego WPPKiA KUL, przedstawia złożony proces kodyfikacyjnego tworzenia polskiego prawa kościelnego i jego ewolucyjne zmiany w latach 1357-1883. Dzieło prezentuje historię ustawodawstwa synodalnego metropolii gnieźnieńskiej.

Treść dzieła ujęta została w dwóch częściach i sześciu rozdziałach. Historyczną granicą odniesienia metodologicznego przyjętą przez autora jest Sobór Trydencki (1545-1563). Część pierwsza, nosząca tytuł „Kodyfikacje przedtrydenckie”, jest zbiorem prawa arcybiskupów Jarosława Bogorii Skotnickiego z 1357 r., Mikołaja Trąby z 1420 r. i Jana Łaskiego z 1523 r. Część druga, zatytułowana „Kodyfikacje potrydenckie”, przedstawia statuty biskupa Stanisława Karnkowskiego z 1579 r., arcybiskupa Jana Wężyka z 1628 r. i ks. kanonika Krzysztofa Żórawskiego z 1883 r.

Przyjęty w pracy układ treści jest przejrzysty, logiczny, spójny i historycznie zasadny. Ułatwia zrozumienie i ocenę powstawania prawa Kościoła polskiego, jego nieuchronnych przekształceń i konieczność tworzenia kodyfikacji.

Autor chronologicznie i szczegółowo przedstawia powstawanie pomników kościelnego prawa prowincjonalnego w Polsce. Pierwszym zbiorem statutów o charakterze urzędowym był *Synodyk* Jarosława, uchwalony na synodzie kaliskim obradującym pod przewodnictwem arcybiskupa Jarosława ze Szkutnik. Następny zbiór stanowiły Statuty Mikołaja Trąby, powstałe na podstawie udzielonego przez papieża Jana XXII arcybiskupowi Trąbie na soborze w Konstancji (1413) zezwolenia na kodyfikację statutów metropolii gnieźnieńskiej. Stanowiły one najznakomitszy zbiór prawa kanonicznego owych czasów. Działalność ustawodawcza Jana Łaskiego, oprócz doskonałego skodyfikowania prawa świeckiego (państwowego), określonego od jego nazwiska Statutem Jana Łaskiego, przejawiała się w szeroko zakrojonych pracach synodalnych metropolii gnieźnieńskiej. Wynikiem tworzonych i uchwalanych statutów na dziesięciu synodach prowincjonalnych i pięciu archidiecezjalnych było powstanie kodyfikacji wpisującej się w działalność reformistyczną Kościoła w Polsce przez

dostosowanie prawa powszechnego do norm prawa partykularnego. Wartościowy zbiór prawa Stanisława Karnkowskiego nie miał charakteru urzędowego, ale stanowił istotną pomoc w stosowaniu obowiązujących norm prawa i w przyszłości stał się podstawą do tworzenia nowych kodyfikacji. Z kolei kodyfikacja Jana Wężyka, uchwalona na synodzie prowincjonalnym w Piotrkowie, była jedynym po soborze trydenckim omawianego okresu. Natomiast zbiór polskiego kościelnego prawa prowincjonalnego Krzysztofa Żórawskiego (1738-1808), samodzielnie przez niego opracowany pod koniec XVIII wieku, miał charakter dzieła prywatnego. Nie wszedł do odbioru kościelnego i społecznego. Opublikowany w trzech tomach w latach 1881-1883 w Poznaniu, ma dużą wartość poznawczą, gdyż zawiera cenny materiał źródłowy do historii prawa kościelnego w Polsce i dziejów kultury narodowej.

Poszczególne kodyfikacje usytuowano w szerokim kontekście historycznym. Ukazano warunki i przyczyny kościelne, społeczne i publiczne powodujące konieczność ich tworzenia oraz trudny i złożony proces legislacyjny. Nadto przekazano wiele ważnych informacji o ludziach i wydarzeniach.

W tekst monografii umiejętnie wkomponowano fragmenty z życia twórców kodyfikacji, wybitnych osobistości Kościoła i państwa polskiego: Jarosław Bogoria Skotnicki – metropolita gnieźnieński oraz doradca i współpracownik Kazimierza Wielkiego; Mikołaj Trąba – pierwszy prymas Polski i wybitny mąż stanu; Jan Łaski – prymas i kanclerz wielki koronny; Stanisław Karnkowski – na stolicy gnieźnieńskiej oraz sekretarz i referendarz wielki koronny; Jan Wężyk – prymas, doświadczony i wpływowy polityk. Prawie w całości ukazano pracowite i pełne wyrzeczeń życie ks. kan. Krzysztofa Żórawskiego.

W zakończeniu książki ks. Stanisław Tymosz dokonał krytycznej analizy i oceny wszystkich sześciu pomników partykularnego prawa Kościoła polskiego. Zaprezentował również autorskie stanowisko dotyczące ich znaczenia prawotwórczego, kościelnego, społecznego i naukowego.

Dzieło zawiera aneks w języku łacińskim, który stanowią Bulle Jana XXIII i Marcina V zezwalające na opracowanie kodyfikacji przez metropolitę gnieźnieńskiego Mikołaja Trąbę. Zamieszczono w nim także fotografie oryginalnych dokumentów: rękopisów statutów wieluńsko-kaliskich Mikołaja Trąby z lat 1422, 1425 i 1463; spisu treści *Zwodu Łaskiego* z 1530 r.; karty tytułowej kodyfikacji bp. Stanisława Karnkowskiego z 1579 r., strony tytułowej kodyfikacji abp. Jana Wężyka z 1630 r. oraz strony tytułowej wydania drugiego z 1761 r., a także karty tytułowej II tomu kodyfikacji ks. kan. Krzysztofa Żórawskiego z 1882 r. Wzbogacają one i ilustrują treść książki, ale też umożliwiają czytelnikowi wizualne zapoznanie się z pomnikami polskiego prawa kościelnego.

Książka opiera się na wielu bogatych źródłach prawa i naukowej literaturze przedmiotu, co znalazło wyraz w licznych odsyłaczach merytorycznych i informacyjnych oraz w zamieszczonej bibliografii. Napisana poprawnym, mimo poważnej treści naukowej, jest zrozumiała nie tylko dla znawców przedmiotu.

Na uwagę zasługuje staranne edytorstwo monografii – zarówno opracowanie redakcyjne, jak i druk na kredowym papierze oraz ciekawy projekt okładki i stron tytułowych z motywami starodruków (fragmenty rękopisów Mikołaja Trąby).

Omawiana praca jest wartościową pozycją naukową, przybliżającą problematykę legislacji kościelnej. Stanowi ważny wkład do badań nad procesami unifikacji i kodyfikacji partykularnego prawa kościelnego w Polsce.

Jerzy Markiewicz
Katedra Historii Prawa Sądowego Polski
na Tle Powszechnym WZNPIE KUL

Categorialità e trascendentalità del Diritto. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare, ed. Paolo Gherri, Roma 2007, ss. 217.

Dnia 23 marca 2006 roku na Papieskim Uniwersytecie Laterańskim zostało zorganizowane spotkanie naukowców zajmujących się prawem kanonicznym oraz filozofią, noszące tytuł „Kategoryczność i transcendentalizm Prawa” (materiały z tego spotkania ukazały się w 2007 roku pod tym samym tytułem). Jest to pierwsze z zamierzonego cyklu spotkań nazywanych „Interdyscyplinarny Dzień Kanonistyczny”, które, w zamyśle jego autorów, mają być poświęcone interdyscyplinarnym badaniom skoncentrowanym wokół prawa kanonicznego i innych dyscyplin naukowych. Bezpośrednią przyczyną zorganizowania tego spotkania, jak zauważają w Przedmowie do wydania M. J. Arroba-Conde i A. Livi, jest coraz większe zainteresowanie świeckich naukowców i prawników problematyką prawa kanonicznego oraz podejmowanie przez nich zajęć z tego zakresu na Wydziale Prawa Kanonicznego Uniwersytetu Laterańskiego. Przyczyną dalszą zorganizowania tego spotkania, ale stale aktualną, jest reforma studiów kanonistycznych, przeprowadzona w 2002 roku, w wyniku której znacznie poszerzyła się perspektywa studiów kanonistycznych.

Głównym zagadnieniem podejmowanym przez autorów tego i następnych spotkań jest dialog pomiędzy prawem kanonicznym a współczesną nauką i kulturą. Podkreślaną obecnie zasługą reformy studiów prawa kanonicznego jest to, że dzięki niej wznowiono dyskusję wokół tożsamości kanonistyki jako nauki kościelnej (autorzy celowo nie używają sformułowania „teologicznej”, co wynika chyba z preferencji metodologicznych kuratora i odpowiedzialnego za spotkania na PUL P. Gherriego) w metodologicznym podejściu do niej i w wyborze priorytetowych elementów, które wymagają obecnie pogłębienia. Autorom spotkań przyświeca jednocześnie cel, by kolejna reforma studiów kanonistycznych nie skończyła się na aplikacji wymagań do szczegółowych programów akademickich, ale by wraz z nimi przyczyniła się, co jest specyfiką PUL w Rzymie, do włączenia studiów kanonistycznych w optykę *utrumque Ius*. Czy to się uda, czy będzie pożyteczne dla kilku niezależnych dyscyplin naukowych – będzie można zweryfikować z biegiem czasu, zwłaszcza podczas następnych spotkań i w toku studiów uniwersyteckich.

Pierwsze spotkanie, zorganizowane wspólnie przez Wydział Prawa Kanonicznego i Wydział Filozofii PUL, przyjęło za punkt rozważań *explicitio terminorum*, które dość często stosowane są przez kanonistów, ale w bardzo ogólnym i mało precyzyjnym znaczeniu. Nie pozwala to zatem na wykorzystanie w pełni znaczenia wyrażonego przez używaną terminologię. Przedmiot zainteresowań w prezentowanych relacjach stanowią zatem terminy, których kanonistyka nie może nie wykorzystać inaczej jak tylko poprzez ich akceptację z innych dyscyplin naukowych, tak by nie straciły znaczenia przez nie wyrażonego. Autorzy zauważają, że taka pokusa pojawiła się na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat, kiedy kanonistyka coraz bardziej skupiała się na samej sobie, wypracowując własne koncepcje i odrzucając inne. Takiemu podejściu powinno zatem zapobiec podejście interdyscyplinarne, zwłaszcza związane z filozofią, która wypracowuje najgłębsze koncepcje, akceptowane następnie przez wiele innych podejść naukowych. Interdyscyplinarność podejścia do prawa kanonicznego jest zatem, zdaniem autorów, nie tyle przeszkodą, ile raczej pomocą w wypracowaniu jego metodologicznej tożsamości i zarazem wzajemnym wzbogaceniem prawa kanonicznego i innych dyscyplin naukowych.

Tematyka pierwszego spotkania, odnosząca się do kategoriałnej lub transcendentnej rzeczywistości prawa, ma znaczenie także dla studium prawa kanonicznego, gdyż dotyczy prawdy rzeczy oraz ich ludzkiego doświadczenia. Poruszane kwestie koncentrują się zatem wokół tego, co człowiek znajduje w swoim doświadczeniu, a co sam konstruuje; co człowieka opisuje, a co sprawia, że on istnieje. Odpowiedzi na te pytania są konieczne i podstawowe, jeśli rozpatruje się życie człowieka w aspekcie tego, co sprawiedliwe i słuszne, i rozważa się jednocześnie możliwości i sposoby ich osiągnięcia.

Książka *Categorialità e trascendentalità del Diritto*, będąca owocem tych spotkań, rozpoczyna się od wstępnego artykułu P. Gherriego, pt. *Premessa metodologica alla Giornata Canonistica Interdisciplinare*, w którym zauważa on, że dotychczasowe propozycje metodologiczne nie są zadowalające. Proponuje zatem sięgnięcie do osiągnięć współczesnej epistemologii, co pozwoli na interdyscyplinarne wykorzystanie jej rezultatów przez te nauki, które zajmują się tym samym przedmiotem materialnym własnych badań. W następnym swoim artykule (pt. *Categorialità e trascendentalità del Diritto: le ragioni di un approfondimento*) ten sam autor zwraca uwagę, że propozycje doktrynalne ubiegłego stulecia odznaczały się tendencją do apriorystycznego ujmowania prawa w odniesieniu do istnienia człowieka, nadając prawu cechy dla niego charakterystyczne i posiadane przez nie wcześniej od zaistnienia samego doświadczenia prawnego człowieka. Według Gherriego ujmowanie prawa jako kategorii życia uprzedzającej ludzkie doświadczenie jest błędem nie tyle techniczno-prawnym, ile logiczno-teoretycznym.

W referacie pt. *Il Diritto come relazione: per un'analisi metafisica* R. Di Ceglie prezentuje zasady arystotelesowskiej metafizyki zastosowane do badań nad rzeczywistością prawa. Prawa nie można traktować w kategoriach substancji, lecz w jej relacyjnych przypadłościach. Prawo nie istnieje jako substancja sama w sobie, ale konstytuuje się jako relacja w stosunku do samoistnej substancji, jaką jest człowiek.

W wykładzie pt. *Trascendentalità e metodo nella Filosofia occidentale. Brevi cenni* P. Larrey prezentuje historyczne i współczesne znaczenie słowa „transcenden-

dentalny”, odwołując się do Arystotelesa, tomizmu oraz bardziej współczesnych filozofów, jak J. Maréchal, J. Lotz, J. de Finance, A. Marc, E. Coreth, czy teologów, spośród których wymienia K. Rahnera czy B. Lonergana. Larrcy stawia zasadnicze pytanie dotyczące możliwości stosowania metody transcendentalnej w odkrywaniu fundamentu rzeczy w jej istnieniu czy raczej ujmowania tego fundamentu jedynie jako kategorii mentalnej, istniejącej *a priori*. Zwraca uwagę, że mimo przeciwnych propozycji, analizowany termin oznacza coś *a priori*, co wyprzedza i umożliwia istnienie, nie będąc jedynie kategorią mentalną. Ponadto stawia pytanie o możliwość stosowania metody transcendentalnej na gruncie prawa kanonicznego. Odpowiedź pozostawia kanonistom. Czy dobry kanonista zna jednak metodę transcendentalną w takim stopniu, by mógł odpowiedzieć na postawione pytanie? Jeśli chodzi o przedmiot prawa kanonicznego, jest to możliwe, natomiast w aspekcie rozważań podmiotowych odniesienie do prawa jako kategorii transcendentalnej jest raczej czymś ahistorycznym.

Fenomen prawny w jego historyczności opisuje P. Grossi (*Storicità del Diritto*). Autor ten podkreśla, że zasługą prawa jest uchronienie prawa przed ideą kontroli społecznej oraz ukazanie jego oryginalnej funkcji, jaką jest naturalne uporządkowanie życia społecznego. Według Grossiego nadal istniejący w kodyfikacji kościelnej problem napięcia pomiędzy władzą i porządkiem należy ujmować nie na zasadzie konfliktu istniejącego w społeczności świeckiej, lecz odwołując się do historycznego wymiaru prawa kanonicznego.

W artykule *Metafisica del Diritto e costruzione dei rapporti giuridici* A. Livi zwraca uwagę na różnicę pomiędzy filozofią i prawem w ich wzajemnym odniesieniu do historii. Podczas gdy filozofia jest z samej swej natury ahistoryczna, prawo jest częścią historii, którą porządkuje. F. Macioce (artykuł pt. *Il problema della laicità del Diritto tra categorialità e trascendentalità*) rozważa problem, który można zawrzeć w pytaniu: czy prawo narzuca się człowiekowi z zewnątrz, wymuszając na nim postępowanie, czy raczej odpowiada jego prawdziwej naturze. Odwołując się do filozofii egzystencjalnej i personalistycznej, autor wskazuje na relacyjny i dialogiczny wymiar prawa, który jest głęboko ludzki, do tego stopnia, że oferuje możliwość charakterystyki człowieka poprzez odwołanie się do prawa. Ostatni artykuł, pt. *Relatività e storicità: la natura categoriale del Diritto canonico secondo T. Jimenez Urresti*, autorstwa P. Gherriego, przedstawia myśl samego kanonisty T. Jimeneza Urrestiego. Nie ulega wątpliwości, że autor artykułu jest pod znaczącym wpływem Urrestiego. Dotychczasowe publikacje Gherriego jedynie to potwierdzają. Na końcu zostały zaprezentowane wypowiedzi innych uczestników dyskusji.

Podsumowując należy przede wszystkim docenić pomysł umiejscowienia dyskusji na temat prawa kanonicznego w szerszym świetle – w aspekcie interdyscyplinarności nauk. Artykuły zamieszczone w publikacji wskazują na jednomyślność ujęcia materiałów. Jeśli jest to skutkiem własnych przemyśleń, to nie budzi większego sprzeciwu, bo myśleć nie tyle wolno, ile należy. Jeśli jednak jest to wynik założenia całości spotkania, to może budzić wątpliwości: czy jest to spotkanie polegające na wymianie myśli, czy prezentujące z góry upatrzoną i preferowaną pozycję... Nie oceniając intencji autorów, należy podkreślić, że prezentowana książka może być wartościowa dla kanonistów, prawników, a także filozofów, gdyż poszerza aspekt

zainteresowania prawem i prawem kanonicznym w ramach uprawianych dyscyplin naukowych.

Tomasz Gałkowski CP
Katedra Teorii Prawa Kościelnego UKSW w Warszawie

Grzegorz Jędrzejek, *Spółka cicha*, Warszawa: Wolters Kluwer Business 2008, ss. 144.

Jedną z umów nienazwanych, które stosunkowo często występujących w obrocie, jest umowa spółki cichej. Obecny stan prawny odróżnia się w tym względzie od regulacji zawartej w k.h. z 1934 r., w którym umowa została uregulowana w księdze drugiej noszącej tytuł czynności handlowe. Przepisy te zostały uchylone przez art. II § 1 przepisów wprowadzających kodeks cywilny¹. We wstępie do recenzowanej pracy autor podkreśla, iż ma ona „charakter praktyczny”, ale omawia także zagadnienia wzbudzające kontrowersje zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie.

Praca składa się z 17 rozdziałów, w których przedstawione zostały następujące zagadnienia: Charakterystyka ogólna spółki cichej; Zalety i wady spółki cichej; Umowa spółki cichej a inne umowy; Elementy umowy spółki cichej; Forma umowy spółki cichej; Wady oświadczenia woli przy zawieraniu umowy spółki cichej; Prawa i obowiązki stron umowy; Umowa spółki cichej jako źródło powstania stosunku zobowiązaniowego; Spółka cicha a sytuacja wierzycieli; Zmiana stron umowy spółki cichej; Rozliczenia ze współnikiem cichym w razie rozwiązania umowy; Aspekty procesowe; Zagadnienia z zakresu postępowania egzekucyjnego; Spółka cicha między małżonkami; Spółka cicha między konkubentami; Regulacja umowy spółki cichej w KH z 1934 r.; Aspekty podatkowe umowy spółki cichej. Do pracy dołączono wzór umowy spółki cichej oraz bibliografię.

Należy z uznaniem przyjąć ukazanie się na rynku recenzowanej pracy. Spółka cicha spotkała się ze sporym zainteresowaniem doktryny (w pierwszej kolejności należy wymienić monografię K. Żurka z 1999 r.), ale brak było opracowania o charakterze kompleksowym, które łączyłoby zagadnienia z zakresu prawa materialnego oraz procesowego. Z jednej strony książka dra Jędrejka stanowi z całą pewnością wkład do doktryny, z drugiej – z powodzeniem mogą z niej korzystać nie tylko

¹ Przepisy te zostały uchylone z dniem 1 stycznia 1965 r., na mocy art. VI § 2 przepisów wprowadzających k.c.

prawnicy, ale również osoby, które zawarły lub też zamierzają w przyszłości zawrzeć umowę spółki cichej.

Niektóre tezy autora można uznać za dyskusyjne. Przykładowo, moim zdaniem nie ma uzasadnienia stanowisko, zgodnie z którym niedopuszczalne jest zawarcie umowy spółki cichej między małżonkami, jeżeli wkład pochodzi z majątku wspólnego, w skład którego wchodzi również przedsiębiorstwo (s. 115). Zasada swobody umów zdaje się przemawiać za dopuszczalnością zawarcia takiej umowy spółki. Podobnie nie przekonuje do mnie pogląd autora, iż wierzytelności otrzymanej przez współnika cichego nie można uznać za wierzytelności, o której mowa w art. 33 pkt 7 k.r.o., czyli wierzytelności z innej działalności zarobkowej. Doktryna prawa rodzinnego podkreśla bowiem, iż zwrot „wierzytelności z innej działalności zarobkowej” należy rozumieć w sposób szeroki. O ile można zgodzić się, że współnik cichy nie prowadzi działalności gospodarczej, o tyle wątpliwości może budzić uznanie, iż nie prowadzi działalności zarobkowej. Otrzymany przez niego zysk stanowi bowiem jedną z form prowadzenia działalności zarobkowej. Z całą pewnością autor powinien rozbudować rozdział dotyczący spółki cichej między konkubentami. Pewne zastrzeżenia budzi również systematyka pracy. Nie wiadomo, dlaczego rozdział dotyczący regulacji spółki cichej w k.h. z 1934 r. nie został umieszczony jako ostatni. Przepisy te mają charakter historyczny. Autor trafnie podkreśla, że uchylone przepisy k.h. dotyczące spółki cichej nie mogą być stosowane do zawieranych obecnie umów (s. 125).

Wymienione wyżej uwagi nie wpływają na wysoką ocenę pracy, która jest potrzebna nie tylko prawnikom, ale przede wszystkim osobom prowadzącym działalność gospodarczą. Brak regulacji prawnej dotyczącej spółki cichej rodzi poważne wątpliwości. Za słuszny należy uznać postulat autora odnoszący się do uregulowania spółki cichej w kodeksie cywilnym. Zastrzeżeń nie budzi propozycja oparcia regulacji o rozwiązania przyjęte w k.h. z 1934 r. (szczególnie na gruncie prawa prywatnego „tradycja” w uregulowaniu określonej instytucji powinna być brana pod szczególną uwagę). *De lege lata* brak regulacji umowy sprawia, że słusznie został zamieszczony wzór umowy, z którego będą mogli skorzystać zainteresowani. Wydaje się, że w praktyce tego typu umowy, zwłaszcza w stosunkach rodzinnych, zawierane są często w formie ustnej, co w razie sporu prowadzi do poważnych komplikacji związanych – po pierwsze – z udowodnieniem, iż umowa została w ogóle zawarta, po drugie – z ustaleniem jej postanowień.

Na uwagę zasługują rozdziały dotyczące aspektów procesowych odnoszących się do zawartej umowy (rozdział XI), zagadnień z zakresu postępowania egzekucyjnego (rozdział XIII) oraz aspektów podatkowych umowy spółki cichej (rozdział XVII). Z reguły opracowania poświęcone instytucjom z zakresu cywilnego prawa materialnego pomijają problematykę prawa procesowego, jak i prawa publicznego, która wiąże się z omawianym zagadnieniem. Często zapomina się, że system prawny ma charakter „naczyni połączonych”, w którym jedna instytucja uregulowana jest przez wiele różnych przepisów. Opracowanie G. Jędrejka ma charakter kompleksowy, co jest jego ważnym atutem.

Przedstawione kompendium dotyczące umowy spółki cichej z pewnością okaże się pomocne dla osób, które zawarły lub zamierzają zawrzeć umowę. Powinno rów-

niez stać się impulsem do dyskusji dotyczącej nie tylko celowości przywrócenia spółki cichej jako umowy nazwanej, ale również wielu problemów teoretycznoprawnych związanych z umową. Moim zdaniem opracowanie może też stanowić pomoc dydaktyczną dla studentów, dla których konstrukcja umowy nienazwanej ma często charakter abstrakcyjny. Z uznaniem należy zatem przyjąć kolejne monograficzne opracowanie G. Jędrejka z zakresu prawa cywilnego, które – tak jak i poprzednie publikacje tego autora – jest cennym wkładem do nauki prawa prywatnego.

Robert Andrzejczuk

Katedra Stosunków Międzynarodowych WPPKiA KUL

Lexikon kirchlicher Amtsbezeichnungen der Katholischen, Evangelischen und Orthodoxen Kirchen in Deutschland, Hrsg. Richard Puza, Stuttgart: Anton Hiersemann Verlag 2007, ss. 322.

Lexykon nazw urzędów kościelnych jest dziełem kilku współautorów, którzy powierzyli funkcję wydawcy Richardowi Puza – profesorowi zwyczajnemu prawa kanonicznego na Katolicko-Teologicznym Wydziale Uniwersytetu w Tybindze. We Wstępie (s. VII-XXX) prof. Puza nakreślił problematykę *Lexykonu*, wskazując na centralną rolę urzędu zarówno w państwie i prawie świeckim, jak i w Kościele – we wspólnotach kościelnych i w prawie kościelnym. Poprzez urząd rozumie się w prawie świeckim zwierzchność, również sąd, który porządkuje, zarządza, załatwia różne sprawy, wystawia dokumenty i może nawet wykonywać zwierzchnią władzę wobec obywateli. Taką samą władzę mogą wykonywać urzędy i sądy kościelne. Wielokrotnie członkowie Kościoła stają przed problemem (otrzymując wezwanie z Sądu Biskupiego, aby stawili się przed nim jako świadkowie) braku znajomości wielu nazw urzędów kościelnych. Nawet czytając książki lub prasę, słyszą w mediach nazwy urzędów, ale nie wiedzą, co one znaczą. Celem tego *Lexykonu*, jak napisał we Wstępie prof. Puza (s. VII), jest zaznajomienie czytelnika z tymi nazwami.

Lexykon zawiera nazwy urzędów Kościoła katolickiego, wspólnot protestanckich i Kościoła prawosławnego. Wyjaśniono więc pojęcie „urząd”, uwzględniając różnice w teologicznych podstawach i jego definiowaniu. Określa się nim w danej instytucji takie służbowe stanowisko (*Dienst*), które poprzez pełnomocnictwo za to odpowiedzialnych organów dopilnowuje i umożliwia osiągnięcie celów instytucji. Zwrócono uwagę, że od „urzędu” należy odróżnić „posiadacza urzędu”, który – poprzez przekazanie mu urzędu – ma udział w jego autorytecie (s. VIII). Problematyka teologiczna urzędu kościelnego leży w jego instytucjonalizacji i ze związaną z tym

tendencją do monopolizowania pośrednictwa Zbawienia. Rezultatem tego jest napięcie pomiędzy urzędem a charyzmą, prawem i duchem, tym, co instytucjonalne, a tym, co osobowe. Urzędy należały od samego początku do chrześcijańskiej wspólnoty, co zaznaczyło się poprzez rozwój rozumienia urzędu właśnie w pierwszych wiekach chrześcijaństwa i w konsekwencji odejście od elementu charyzmy, odróżnienie świeckich od kleru i wytworzenie się jedynej władzy episkopatu – z jego autorytetem urzędu nauczycielskiego, kapłańskiego i jurysdykcyjnego. Pojęcie urzędu rozwinęło się dalej w kanonistyce późnego średniowiecza i w Corpus Iuris Canonici. Dokonało się to właściwie poprzez rozwój osoby prawnej oraz odróżnienie władzy święceń i jurysdykcji i wytworzenie hierarchii urzędów. Urząd rozwinął się więc w kościele chrześcijańskim, jak na przykład urząd parafialny (*Pfarramt*), przez powstanie parafii jako jednostki organizacyjnej Kościoła. Rozbicie Kościoła i Reformacja prowadziły do dalszych różnic w nazwach i pojmowaniu urzędów. Są więc takie same urzędy obecne w Kościele katolickim, we wspólnotach religijnych protestanckich i w Kościele prawosławnym, lub takie, które obecne są tylko w jednym z nich. We Wstępie do książki wyszczególniono i omówiono teorię urzędu w Kościele katolickim, w protestanckich wspólnotach religijnych oraz w Kościele prawosławnym. Protestanckie wspólnoty religijne prof. Puza nazywa Kościołem, co stoi w sprzeczności z treścią deklaracji „Dominus Jesus”. Kościół katolicki (s. IX).

Kodeks Prawa Kanonicznego z 1917 r. (kan. 145) mówi, że urzędem kościelnym w szerszym sensie jest każde stanowisko, którego zadania spełniane są zgodnie z prawem i zmierzają do osiągnięcia duchowego celu. Urzędem kościelnym w węższym znaczeniu jest ustanowione na stałe – czy z postanowienia Bożego, czy kościelnego – zadanie, które niesie ze sobą określony udział we władzy kościelnej i zgodnie z prawem kanonicznym ma być przekazywane. Takie główne zarysy wyznaczały rozumienie urzędu aż do czasów współczesnych. Nowe impulsy dał Sobór Watykański II, a obecnie nurt ekumeniczny (dokument z Limy). Sobór Watykański II definiuje urząd kościelny jako wykonywanie każdego obowiązku powierzanego na sposób stały celem realizowania duchowego dobra (s. X). Sobór nakazał rezygnację z rozróżniania urzędu kościelnego w szerszym i węższym znaczeniu oraz wprowadzenie jednolitego pojęcia urzędu, który można by było w taki sam sposób zastosować do duchownych i świeckich. Istotne dla rozumienia urzędu są jednak też wypowiedzi Soboru o jego służebnym charakterze (LG 18, bazujący na Mk 10, 42-45) i o kolegialności urzędu na wszystkich stopniach. Każdy biskup sprawuje swój urząd wewnątrz Kolegium Biskupów w łączności z nim i z jego Głową (LG 22, 23; CD 4). Każdy zaś prezbiter pełni urząd wewnątrz prezbiterium swojej diecezji pod kierownictwem biskupa. Urząd jest również przynależny Ludowi Bożemu i nie jest mu przeciwny. Sobór wychodzi także ze stanowiska o hierarchicznej strukturze i o odróżnianiu duchownych od świeckich. Z kapłaństwa powszechnego wyprowadza się udział wszystkich chrześcijan w kapłańskim, prorockim i królewskim urzędzie Chrystusa.

W prawie Kościoła katolickiego urząd kościelny określony jest w KPK 1983 kan. 145 § 1 w następujący sposób: „Urząd kościelny jest jakimkolwiek ustanowionym na stałe zadaniem z postanowienia czy to Bożego, czy kościelnego dla realizacji celu duchowego”.

Prof. Puza wyróżnia cztery elementy konstytutywne urzędu: 1. Urząd kościelny to *munus*, obejmujący nie tylko zadanie, lecz także określony kompleks zadań i kompetencji. 2. Ustanowienie z postanowienia Bożego, jak w wypadku urzędu papieskiego i biskupiego, albo z ustanowienia kościelnego, jak wypadku wszystkich pozostałych urzędów. 3. Ustanowienie na stałe, a więc istnieje również podczas wakansu, ponieważ jest ustanowieniem niezależnym od posiadacza urzędu. 4. Duchowy cel.

Autor zwrócił uwagę na niejednorodność określeń kodeksowych. Obok *officium ecclesiasticum* znajdują się w KPK 1983 również *officium*, *ministerium* i *munus*. Przez *munus* określa się potrójny urząd Chrystusa (kapłański, prorocki i królewski) i udział w nim; zarówno w kan. 204 § 1. *Munus* może oznaczać również „urząd”, jak w kan. 331-334 „urząd papieski” albo zadanie, jak w kan. 493 „Rada do spraw ekonomicznych”. Należy zwrócić uwagę na kan. 375 § 2, który zawiera naukę soborową, że biskupi – poprzez same święcenia biskupie wraz z urzędem (*munus*) uświęcania – otrzymują również urzędy nauczania i rządzenia. Aby jednak ten urząd stał się upoważnieniem (*potestas*), jest jeszcze potrzebne zezwolenie na wykonywanie go (LG 24 i *Nota explicativa praevia* nr 2). *Ministerium* używa się w znaczeniu posługi, w kan. 230 § 1: *ministeria lectoris et acolythi*, jeden raz jednak także w znaczeniu *munus*, w kan. 519 *ministerium Christi*. *Officium* używa się często na określenie urzędu kościelnego, jak urząd biskupa, urząd koadiutora, proboszcza, dziekana. Tak więc terminologia Kodeksu nie jest jednolita, ale mimo to pozwala rozpoznać określone struktury. Od strony teologicznej pojęcie urzędu pozostaje w Kościele katolickim w związku z *ordo*, ze święceniami. Istnieją w ten sposób urzędy diakona, prezbitera i biskupa. Na tym porządku oparta jest jeszcze jedna hierarchia, mianowicie hierarchia święceń (*hierarchia ordinis*). Charakterystyczne jest to, że w tej hierarchii nie występuje papież. W tym porządku jest on tylko biskupem, ma święcenia biskupie. Jeżeli brak mu ich w chwili wyboru, należy mu ich natychmiast udzielić (*statim ordinetur episcopus*) (s. XII). W innej hierarchii, która jest zbudowana na reprezentantach władzy kierowania, hierarchii iurysdykcji (*hierarchia iurisdictionis*), stoi on, dzięki swojemu prymatowi, na czele z następującymi potem biskupami diecezjalnymi i proboszczami. Biskupi diecezjalni są reprezentantami najwyższej władzy w swoich diecezjach. Proboszcz ma tylko ograniczoną władzę iurysdykcji, jego pełnomocnictwo ma raczej pastoralny charakter.

Prof. Puza wskazał, że obecnie ujmuje się również urząd, jak to czyni Elmar Maria Morein, jako *Rechtsinstitut*. W nim jest osadzony krąg zadań i stanowisk, które pozwalają się rozdzielić w danym wypadku na kierownicze i niekierownicze stanowiska z różnymi kierowniczymi kompetencjami. Te stanowiska obsadza się świeckimi i duchownymi. Otrzymują oni w określeniu ich stanowisk zawsze tylko odpowiadające ich sakramentalnej dyspozycji zadania urzędu, które mają wypełniać wobec członków wspólnoty (*Körperschaftsmitgliedern*). O ile nie jest konieczna *potestas* do wypełnienia zadań urzędu, mogą zasadniczo wykonywać te zadania jako wolontariusze (*ehrenamtlich*). Papież potrzebuje święceń biskupich. Proboszczem może być tylko ten, kto ma święcenia. Inne urzędy czy stanowiska mogą być wykonywane przez świeckich, kobiety i mężczyzn. To pojęcie urzędu nie jest ograniczone w ogóle hierarchią święceń czy hierarchią iurysdykcji. Jako przykład prof. Puza podał stanowisko profesora teologii na państwowym Wydziale Katolicko-Teologicznym Eberhard Karls Universität w Tybindze czy nauczyciela religii w szkole.

Pojęcie urzędu w prezentowanym *Leksykonie* jest ujmowane bardzo szeroko (s. XIII). Również adwokat w procesie o nieważność małżeństwa, a nie tylko sędzia, ministrantka czy dyrygent chóru, lektor we Mszy św. niedzielnej, a nie tylko diakon czy kapłan, lecz również świecki, kobieta czy mężczyzna, którzy w czasie Mszy św. niedzielnej czy w czasie nabożeństwa słowa Bożego (*Wortgottesdienst*) mówią kazanie, wykonują „urząd” w znaczeniu ich stanowiska czy przekazanego im zadania. Uprawnienie do wykonywania urzędu może być zawarte w kościelnej misji (*missio canonica*) czy stwierdzeniu, że nic nie stoi na przeszkodzie (*nihil obstat*) pełnomocnictwu (*mandatum*) czy zwykłemu poleceniu. Ma się jakiś urząd, stanowisko czy zadanie i wykonuje się je. Jednak przy nazwach urzędów należy uwzględnić pewne zróżnicowanie. Ministrant nie ma przecież żadnego stanowiska, również lektor ani też przewodniczący nabożeństwu słowa Bożego. Oni wykonują swoje zadania publicznie dobrowolnie jako wolontariusze. Nie każde jednak zadanie wykonywane jest publicznie przez wolontariuszy. Wiele zadań spełnia również drugi przewodniczący kościelnej rady parafialnej. Dyrygent chóru kościelnego jest zatrudniony albo wykonuje swoje zadania jako wolontariusz i otrzymuje wynagrodzenie. Idąc za takim rozumieniem urzędu, jakie proponuje Morein, uwzględniono w *Leksykonie* liczne nazwy urzędów. W części katolickiej najwięcej jest łacińskich nazw urzędów. Katolickie Kościoły Wschodnie w swoich pięciu tradycjach są uwzględniane tylko przykładowo. One mają swoją własną terminologię i nazwy urzędów stosowne do swojego pochodzenia. Biskup diecezjalny jest nazywany eparchą, a diecezja – eparchią. Te nazwy często opierają się na określeniach prawosławnych (s. XIV).

Kościół katolicki jest hierarchicznie zorganizowany (jako przykład w *Leksykonie* często podaje się diecezję Rottenburg-Stuttgart). Ponieważ prawo kanoniczne stale się rozwija, również do *Leksykonu* wprowadzono pojęcia i nazwy, o których w Niemczech obecnie się dyskutuje, jak *Viri probati* czy *Kirchenombudsmann*.

Wstęp do rozdziału o Kościołach ewangelickich (s. XIV) prof. Puza pisał w 2007 r., a więc po wydaniu deklaracji „Dominus Jesus” (6 VIII 2000 r.). Wydaje się, że powinien uwzględnić z katolickiego punktu widzenia ten dokument. Mimo to protestanckie wspólnoty kościelne nazywa Kościołami. Być może ze względu na założenie, że ma to być leksykon ekumeniczny.

Z teologicznego punktu widzenia występują znaczące różnice w rozumieniu „urzędu” u katolików i protestantów. Powołując się na Martina Schunka, prof. Puza zaznacza, że biorąc pod uwagę teologię, w kościołach luterańskich są tylko urzędy głoszenia słowa Bożego i administracji sakramentów. W minionych latach wiele dyskutowano o warunkach dostępu do tych urzędów. Jest jednak pewna niejasność dotycząca dokładnego przyporządkowania rozdziału 5 i 14 Wyznania Augsburskiego, Confessio Augustana (CA). CA 5 reguluje, że Bóg dla „osiągnięcia takiej wiary”, jak przedstawia się to w pierwszych czterech rozdziałach, ustanowił urząd przepowiadania, podkreśla to CA 14, że nikomu nie wolno publicznie przepowiadać i administrować sakramentów, jeżeli nie jest on należycie powołany (*rite vocatus*). Z tego powodu powstaje pewne napięcie pomiędzy tymi we wspólnocie, którzy do urzędu przepowiadania są powołani, a tymi, którzy mają do wypełnienia inne zadania (*andere Dienste*) (s. XV).

Kościół tradycji reformowanej, pisze Puza, mają trochę odmienne od tego rozumienie urzędu. Reformowana teologia orientuje się od początku dokładniej niż luteranizm na zdolność funkcyjną jako całość. Z tego powodu Jan Kalwin zróżnicował swoją teologię urzędu na naukę o czterech różnych urządach w Kościele. Obok urzędu przepowiadania jest urząd nauczyciela, prezbitera i diakona; wszystkie te urzędy w sposób równoprawny stosują się do służby we wspólnocie.

Zamiarem tego *Leksykonu* jest możliwie pełne zestawienie wielu tytułów i określeń urzędów w niemieckojęzycznych kościołach krajowych i niezależnych od państwa oraz określenie – stosownie do porządków kościelnych – różnych zastosowań w historii i współcześnie (s. XVI).

Kościół prawosławny mają porównywalne z Kościołem katolickim pojęcie urzędu. Takie też jest ujęcie Giseli Schröder, która opracowała na prośbę prof. R. Puzy tę część *Leksykonu*. Urząd biskupa zajmuje najwyższy stopień trójczłonowego urzędu święceń w Kościele: biskup, prezbyter, diakon. W poszczególnych Kościołach prawosławnych jest wiele urzędów i stanowisk, których nazwy znacznie się różnią od siebie. Kościoły prawosławne wyróżniane są stosownie do narodowości, w których są zakotwiczone. Stąd może powstać wrażenie, jakoby było wiele Kościołów prawosławnych. Ma to znaczenie jednak tylko w odniesieniu do zarządu. Zarząd w każdym prawosławnym Kościele jest samodzielny (autokefaliczny i autonomiczny). Każdy z nich może swoje problemy rozwiązać bez wtrącania się innych Kościołów. Jeżeli chodzi o dogmaty, treść wiary, to istnieje tylko jeden Kościół prawosławny, tak jak to orzekli Ojcowie na Soborze Nicejsko-Konstantynopolitańskim w 381 r.: „Wierzę w jeden, święty, powszechny i apostołski Kościół”.

W Niemczech Kościół prawosławny, mający ponad milion wiernych, tworzy trzecie co do wielkości chrześcijańskie wyznanie. Należą do niego Bułgarzy, Polacy, Rumuni, Serbowie, Ukraińcy, Grecy i Rosjanie. Najliczniejsi są Grecy i Rosjanie. Silny napływ prawosławnych nastąpił w pięćdziesiątych i sześćdziesiątych latach XX wieku w związku z odbudową Niemiec. Zaistniała wówczas konieczność restrukturyzacji duszpasterstwa. Patriarcha ekumeniczny Athenagoras ogłosił 5 lutego 1963 r. decyzję synodu o założeniu metropolii w Niemczech, która w 1972 r. przygotowała dla siebie prawo, którym się kieruje. Obecnie należy do niej 168 parafii, a opiekę duszpasterską pełni metropolita Augoustinos, mający swoją siedzibę w Bonn, czterech biskupów pomocniczych i 69 kapłanów (stan z listopada 2007 r.). Oficjalnie Kościół prawosławny liczy 16 kościołów krajowych. Prawosławne Kościoły funkcjonują na Łotwie, w Japonii, Chinach i Ameryce. Kościoły w Chinach i Ameryce powstały jako misja rosyjskoprawosławnego i otrzymały od Patriarchatu moskiewskiego autonomię. Należy jeszcze wymienić staroschodnie kościoły, które nazywają siebie jako „prawosławne kościoły Wschodu”. Należą one do gałęzi Kościołów, które nie uznają Soboru Chalcedońskiego (451 r.) i z tego powodu nazywa się je często „przedchalcedońskimi”. Nie tworzą one wspólnoty z innymi Kościołami prawosławnymi. Należą do nich Armeńczycy, Koptowie i Syryjczycy. Nazwy urzędów są u nich bardzo zróżnicowane i mają greckie pochodzenie, jak np. *katholikos*.

Leksykon obejmuje kraje niemieckojęzyczne, a więc zawiera nazwy urzędów kościelnych Niemiec, Austrii i Szwajcarii. Pomyślany jako leksykon ekumeniczny, obejmuje nazwy urzędów Kościoła katolickiego, kościelnych wspólnot protestanckich

i Kościoła prawosławnego. Jego celem nie jest tylko informować, lecz także prowadzić do wzajemnego poznania i zrozumienia. Bazą do prowadzenia takiej działalności dla katolików jest Sobór Watykański II; dlatego w *Leksykonie* zostały zamieszczone hasła dotyczące ekumenizmu (s. XIX). We Wprowadzeniu prof. Puza przedstawił również normy kościelnego prawa państwowego, które chronią prawnie nazwy urzędów kościelnych i stroju duchownego (s. XX). Prawnokarna ochrona nazw urzędów kościelnych w Niemczech opiera się na § 132a niemieckiego kodeksu karnego (StGB) o nadużyciach tytułów, nazw zawodów i oznak. Podpadają pod ten paragraf określenia „pastor” i „proboszcz”. Prawnicy chroniona jest również tożsamość nazw. Kościoły mogą powołać się na § 12 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB). Ochronie prawnej podlega również strój duchowny. Gwarantuje to Konkordat Rzeszy w art. 10 (s. XXI). Nie stanowi to normy karnej, ale na jego gruncie istnieje zobowiązanie państwa do penalizacji nieuprawnionego noszenia stroju duchownego (§ 132 a ust. 3 StGB). Niemiecki kodeks wykroczeń (OWiG) w § 126 przewiduje karę pieniężną za nadużycia strojów zawodów, oznak zawodów czy zrzeszeń religijnych (s. XXII).

Profesor Puza zamieścił podziękowania dla osób, które przyczyniły się do powstania *Leksykonu* (s. XXII-XXIII). *Leksykon* zawiera też graficzne przedstawienie: struktury Stolicy Apostolskiej i Kurii Rzymskiej ze wskazaniem ich stron internetowych (s. XXIV-XXV), struktury Kurii Diecezjalnej Diecezji Rottenburg-Stuttgart (s. XXVI), struktury ewangelickich wspólnot religijnych w Niemczech (s. XXVII) oraz Kościoła prawosławnego w Niemczech (s. XXVIII). Zostały w nim zamieszczone również krótkie noty o autorach. Prof. Puza zaprezentował sposób identyfikacji haseł przez nich napisanych (s. XXIX) oraz wskazał na układ leksykonu i metodę przygotowania i odczytania haseł (s. XXX). Strony XXXI-XXXIII zawierają Wykaz skrótów. Hasła są zapisane w porządku alfabetycznym (na stronicach od 1 do 307). Przy hasłach podano w skrócie nazwę wyznania, w którym występuje to określenie urzędu, jak np.: Administrator (*kath.*) (s. 5). Jeżeli nazwa urzędu jest wspólna dla różnych wyznań, to – przed wyjaśnieniem hasła – kursywą wskazano, o jakie wyznanie chodzi, jak *Katholisch: Die erste i. t. d.* (s. 7). Nazwy urzędów występujące jako hasła w *Leksykonie*, używane w innych hasłach tego *Leksykonu*, wskazano poprzez strzałkę (→). Zamieszczono również wykaz literatury, z której korzystano przy opracowaniu haseł poszczególnych wyznań (s. 309-312) oraz indeks haseł według wyznań (s. 313-322). Mankamentem tego indeksu jest jednak brak wskazania na strony, na których one się znajdują. Być może uczyniono tak ze względu na stosunkową łatwość odnalezienia hasła dzięki alfabetycznemu układowi. Poważnym brakiem *Leksykonu* jest niezamieszczenie wykazu literatury pod każdym z haseł. *Leksykon* – jako słownik encyklopedyczny – z zasady powinien mieć taki wykaz. Bez tego jest on mało pożyteczny dla prac naukowych. Może stanowić jednak znaczącą pomoc w zakresie popularnonaukowym.

Ks. Krzysztof Burczak
Katedra Kościelnego Prawa Majątkowego WPPKiA KUL

Diritto canonico, Antropologia e Personalismo. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare, ed. Paolo Gherri, Roma 2008, ss. 398.

W dniach 6-7 marca 2007 roku na Papieskim Uniwersytecie Laterańskim zostało zorganizowane drugie już spotkanie z cyklu „Interdyscyplinarny Dzień Kanoniczny”, poświęcone tym razem problematyce antropologiczno-personalistycznej w prawie kanonicznym. Sukces pierwszego ze spotkań, zorganizowanego w roku poprzednim, sprawił, że autorzy postanowili kontynuować te nader owocne spotkania. Tematyka spotkań staje się z roku na rok szersza i jest głębiej ujmowana, o czym świadczą coraz obszerniejsze materiały przedstawione przez uczestniczące w nich osoby. Relacjonowane tutaj spotkanie jest kontynuacją tego sprzed roku, którego wnioski: prawo jest produktem, konstrukcją osoby ludzkiej; prawo jest doświadczeniem autentycznie antropologicznym, sprowokowały obecną dyskusję.

Poprzednie spotkanie zostało poświęcone transcendentności i kategoryczności prawa, natomiast obecne dotyczyło tematyki antropologicznej, co zostało ujęte przez prof. A. Liviego w sformułowaniu: „nie ma innej metafizyki niż personalizm”. Nie ulega jednak wątpliwości, że jakiegokolwiek odwołanie się do koncepcji osoby nie powoduje automatycznie powstania personalizmu jednoznacznie rozumianego (zwraca na to uwagę w Przedmowie do wydanej książki *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo* P. Gherri. Sytuacja ta jednak sprawia, że w ten sposób tematyka spotkania zakreśla coraz szersze kręgi w jej założeniach dotyczących interdyscyplinarności poszukiwań i wykorzystania osiągnięć wielu nauk na polu kanonicznym. Nie oznacza to jednak, że mogą być one bezkrytycznie przyjmowane przez teoretyków i praktyków zajmujących się prawem kanonicznym. Odnosi się to także do samego pojęcia „osoby”. Podobna sytuacja zachodzi w odniesieniu do antropologii, która musi pozostać antropologią chrześcijańską. Nie oznacza to, że ma się wyzbyć swojego realizmu, ujmowanego w historycznych i kulturowych warunkach życia człowieka, ale zawsze człowieka stworzonego na obraz i podobieństwo Boga oraz odkupionego przez Chrystusa. Ta perspektywa chrześcijańskiej wizji człowieka jest nieutralna i zobowiązująca, ilekroć korzystamy z osiągnięć innych dyscyplin naukowych na gruncie prawa kanonicznego.

Uczciwość prezentacji nakazuje wymienienie autorów i tytułów przedstawionych przez nich wystąpień. Są to: P. Gherri, *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo*; R. Serpa, *Elementi e nozioni di Antropologia teologica e filosofica nella dottrina del prof. Battista Mondin*; P. Buselli Mondin, *Personalismo Cristiano secondo Giovanni Paolo II: quale significato giuridico?*; J. J. Garcia Failde, *Atto libero del consenso matrimoniale nel suo aspetto personalistico: l'alterità*; M. J. Arroba Conde, *La dichiarazione delle parti come valorizzazione della dimensione personalistica del processo matrimoniale canonico*; C. Begus, *Recezione ed istituzionalizzazione del Personalismo nella giurisprudenza canonica*; C. Izzi, *Personalismo cristiano e perizia alla luce del recente Istruzione „Dignitas connubii”*; J. J. Garcia

Failde, *Approccio personalistico alla perizia*; J. M. Serrano Ruiz, *Persona maschile e femminile e relazione coniugale*; E. Di Bernardo, *Il Personalismo nella teoria e prassi di Roberti: limiti e prospettive*. Oprócz powyższych relacji należy wspomnieć o następujących komunikatach: N. Loda, *Antropologia e Personalismo nelle Chiese orientali e l'applicazione dell'οἰκονομία*; G. Georgio, *L'agire della persona: per ripensare le categorie di actus hominis e actus humanus*; P. Manganaro, *La radice metafisica della persona umana. Via individuationis e relazione intersoggettiva: un'analisi fenomenologica*; F. Silli, *La storicità della persona in Luigi Stefanini*; P. Buselli Mondin, *L'amore coniugale: per capire la relazione sponsale*.

Jaki jest zatem owoc, poza publikacją, drugiego spotkania z cyklu Interdyscyplinarne Dni Kanonistyczne? Można to wyrazić w kilku punktach: 1) Interdyscyplinarne podejście rzeczywiście było obecne w wielu wystąpieniach. Obejmowały one zakres antropologii filozoficznej i teologicznej, psychiatrii, psychologii, teorii ogólnej prawa, historii i kanonicznego prawa procesowego i dotyczyły wspólnego przedmiotu materialnego (*obiectum quod*), rozpatrywanego z punktu widzenia własnego przedmiotu formalnego (*obiectum quo*). 2) Podejście fenomenologiczne do poszukiwań wokół istnienia i życia człowieka wskazuje na konieczność indywidualnego podejścia do poszczególnych osób i różnych sytuacji życiowych, zwłaszcza w ocenie ich możliwości i zdolności do życia małżeńskiego. 3) Podkreślenie znaczenia jednostkowej osoby ludzkiej zwraca uwagę na jej tożsamość i wyjątkowość w stosunku do grupy, do której należy (mąż, żona, rodzina itp.), co w konsekwencji oznacza, że możliwość jej poznania nie dokonuje się *per facti-speciem, per universalia, ut in pluribus*, lecz w jej identyfikacji, intencyjności odniesienia się do Boga. 4) Indywidualne podejście do każdej osoby ludzkiej stawia pod znakiem zapytania ogólne koncepcje, którymi posługiwała się dotychczas kanonistyka, takie jak *salus animarum, cura animarum*. Kanonistyka powinna zatem dostrzec integralność osoby wierzącego jako ucznia Chrystusa, któremu oferowane jest zbawienie. 5) Konsekwencją takiego podejścia jest możliwość konkretyzacji tychże propozycji w odniesieniu do porządku prawnego, ujmowanego w kategoriach instytucja-osoba. Osobę należy postrzegać jako realizującą osobisty plan powołania, dla której odniesienie do instytucjonalnych form istniejących w Kościele stanowi pewną formę jedynie formalizacji i konkretyzacji kapłaństwa ministerialnego, które znajduje się w funkcji służebnej wobec kapłaństwa powszechnego.

Publikacja zasługuje na duże uznanie. Dotyczy to przede wszystkim odwagi podejmowanych zagadnień, zdawałoby się, że już wielokrotnie opracowywanych. Znaki indywidualnego podejścia do wiernych, tworzących jeden Kościół, znalazły już swoje odzwierciedlenie w dzisiejszej kodyfikacji. Wystarczy wspomnieć tu dyskusję o *Lex Ecclesiae Fundamentalis* i ostateczną decyzję odrzucającą kodyfikację praw podstawowych w Kościele. Jest to przejaw personalistycznej wizji chrześcijańskiego życia wiernych w Kościele, obdarzonych łaską i osobistymi charyzmatami dla podtrzymania i wyrażenia jedności wspólnotowej. Autorzy zwracają jednak uwagę, że w kwestii praktycznych odczuć poszczególnych wiernych te aspekty życia gdzieś zanikają, a uwaga bardziej jest zwrócona na jedność, ale nie w jej różnorodności. Jest to aspekt życia we wspólnocie kościelnej, który może być na nowo odzyskany. Z drugiej jednak strony należy dostrzec aspekt wspólnotowo-instytucjonalny

kościelnej organizacji, w której wierzący istnieje całkowicie włączony w kościelną *Traditio*, która strzeże i sama jest strzeżona przez Instytucję gwarantującą ze swej strony zachowanie pierwotnego charyzmatu, niezależnie od zmian czasowo-prze-strzennych.

Tomasz Gałkowski CP
Katedra Teorii Prawa Kościelnego UKSW w Warszawie

SPRAWOZDANIE Z SYMPOZJUM
„SYNODALNOŚĆ – METROPOLIA – METROPOLITA”
W XXV ROCZNICĘ ZAKOŃCZENIA
SYNODU PROWINCJI KRAKOWSKIEJ

Dnia 20 listopada 2008 roku w auli Wyższego Seminarium Duchownego Zgromadzenia Księży Misjonarzy w Krakowie odbyło się sympozjum na temat: „Synodalność – Metropolia – Metropolita”, zorganizowane przez Instytut Prawa Kanonicznego Papieskiej Akademii Teologicznej w Krakowie.

Na otwarcie sympozjum słowo do uczestników skierował ks. kardynał Stanisław Dziwisz – Wielki Kanclerz PAT. Hierarcha wskazał na 25. rocznicę zamknięcia Synodu Prowincji Krakowskiej jako na upamiętnienie wielkiego wydarzenia w dziejach tego Kościoła partykularnego, bowiem Synod ten przyczynił się do nowego spojrzenia na metropolię. Pasterz Kościoła krakowskiego wyraził wdzięczność Instytutowi Prawa Kanonicznego Papieskiej Akademii Teologicznej w Krakowie za pamięć o tej rocznicy, zwrócił uwagę także na to, iż to Jan Paweł II zamknął ten Synod, który wcześniej – jako metropolita krakowski – rozpoczął. Przypomniał słowa Jana Pawła II z 22 czerwca 1983 roku wypowiedziane w Katedrze na Wawelu na zakończenie Synodu. Kończąc swoje wystąpienie, kardynał Dziwisz życzył zebranych uczestnikom sympozjum, aby jego owoce służyły prawdzie i miłości.

Słowo wprowadzające do zebranych skierował ks. dr hab. Józef Krzywda – dyrektor IPK PAT. Powitał zebranych, w szczególności ks. kardynała Dziwisza, ks. bpa Albina Małysiaka, ks. bpa Tadeusza Pieronka, ks. prof. Jana Dyducha – rektora PAT, ks. prof. Józefa Wroceńskiego – dziekana Wydziału Prawa Kanonicznego UKSW oraz ks. prof. Ryszarda Szytchmiera z UWM. Ksiądz Andrzej Wójcik – sekretarz IPK PAT – odczytał pozdrowienia od ks. abp Józefa Kowalczyka oraz od ks. prof. Henryka Misztala.

Pierwszą sesję, której przewodniczył ks. dr J. Bar, oficjał Sądu Metropolitalnego w Przemyślu, rozpoczął referat ks. prof. Józefa Wroceńskiego, zatytułowany „Instytucja metropolii w dziejach Kościoła – aspekt historyczno-prawny”. Prelegent w swoim wystąpieniu najpierw nakreślił znaczenie terminu „metropolia” w pierwszych wiekach chrześcijaństwa, aby później przejść do ukazania, jak kształtowała się ta instytucja na przestrzeni historii Kościoła. Dużą część wykładu poświęcił pierwszym wiekom chrześcijaństwa, gdyż w tym czasie kształtował się podział administra-

cyjny Kościoła. Autor referatu omówił także uprawnienia, jakie otrzymali metropolici przez poszczególne Sobory, wskazał tutaj głównie Sobór Nicejski i Konstantynopoliński. Odniósł się także do tego, co na temat metropolii i metropolity mówił Kodeks prawa kanonicznego z 1917 roku. Podsumowując ks. Wroczeński stwierdził, iż kształtowanie się instytucji metropolii było procesem stopniowym. Instytucja ta zapewniała na przestrzeni historii kolegialność pracy biskupów. Wszystkie Sobory dotyczące tej kwestii podkreślały władzę biskupów w swoich diecezjach, ale także mówiły o roli i znaczeniu metropolii i metropolity. Główne motywy powstania metropolii pozostają aktualne do dzisiaj.

Drugim prelegentem był ks. bp prof. Tadeusz Pieronek; temat jego referatu był następujący: „Metropolia i metropolita w prawie kanonicznym”. Swoje rozważania Ksiądz Biskup rozpoczął od postanowień Soboru Watykańskiego II na powyższy temat. Postawił pytanie: Czy Sobór Watykański II nie dostrzegł, że urząd metropolity i metropolia ma znaczenie raczej historyczne? Zdaniem biskupa Pieronka Sobór liczył na to, że metropolici zrozumieją propozycję doktrynalną i pastoralną metropolii. Prekursorem „polityki metropolitalnej” był kardynał Karol Wojtyła. Dążył on do tego, aby poprzez Synod prowincjalny uruchomić instytucję metropolii jako ośrodka pracy doktrynalnej i pastoralnej. Jak zauważył prelegent, z inicjatywy kardynała Wojtyły biskupi metropolii spotykali się dla omówienia wspólnych przedsięwzięć. Pierwsze takie spotkanie odbyło się 31 stycznia 1966 roku, było to spotkanie opłatkowe. Zaowocowało ono zwołaniem Synodu metropolitalnego, który zakończył się 26 listopada 1990 roku. Jak zauważył biskup Pieronek, wkład Jana Pawła II w tej kwestii był bardzo duży.

Ksiądz prof. Jan Dyduch w ostatnim referacie tej sesji podjął problemem: „Synodalność jako forma uczestnictwa w sprawowaniu władzy kościelnej”. Podzielił swoje wystąpienie na trzy części. W pierwszej ukazał kolegialność jako formę synodalności. Stwierdził, iż kolegialna jedność jawi się poprzez pryzmat papieża, dlatego synod powszechny jest apogeum synodalności. Przeanalizował także termin: *afectus colegialis* – pragnienie kolegialności. W drugiej części zajął się kolegialnością w Kościele wyrażającą się poprzez różne formy doradcze. Wskazał tutaj na: Radę Kapłańską oraz na Kapitułę Katedralną jako na instytucje realizujące tę formę władzy. W trzeciej części prelegent skupił się nad rolą i znaczeniem synodów diecezjalnych, prowincjalnych, ze szczególnym uwzględnieniem I Synodu Prowincji Krakowskiej. Podsumowując ks. Dyduch stwierdził, iż Sobór Watykański II wezwał do odnowy władzy w Kościele, dlatego też powołano nowe organy kolegialne, zaś stare zostały zreformowane.

W dyskusji po pierwszej części sympozjum wziął udział m.in. ks. Schtychmiller, który stwierdził, iż wprowadzenie uchwał synodów partykularnych jest minimalne; zarówno synodów prowincjalnych, jak i plenarnych, bowiem brak w nich wyraźnych postanowień prawnych. Natomiast ks. bp. Pieronek zauważył, iż w Synodzie krakowskim był tylko jeden nakaz, a mianowicie wprowadzenie rad duszpasterskich. I Synod plenarny wszedł w życie prawie w całości, zaś II Synod plenarny nie miał przepisów prawnych tylko zalecenia, i to sprawiło, że jego obowiązywalność jest minimalna. Zdaniem biskupa Pieronka obecnie nie ma poczucia, że prawo należy przestrzegać. Na koniec dyskusji ks. prof. Krzywda poruszył problem, czy kole-

gialność znaczy to samo co synodalność. W odpowiedzi na tę kwestię ks. prof. Dyduch stwierdził, iż synodalność ma znaczenie szersze i zawiera kolegalność. Sprawowanie władzy w Kościele wiąże się z synodalnością. Podsumowując dyskusję, ks. biskup Albin Małysiak, uczestnik spotkań organizowanych przez kardynała Wojtyłę, stwierdził, iż były to spotkania bardzo owocne twórcze i przyniosły wiele dobrego dla metropolii.

Podczas drugiej części sympozjum, której przewodniczył ks. prof. Mirosław Sitarz, wygłoszono dwa referaty. Pierwszy referat, ks. dra hab. Tomasza Rozkruta pt. „Pierwszy Synod Prowincji Krakowskiej. Autonomia diecezji i tożsamość metropolii”, odczytał ks. dr Piotr Steczkowski. Autor podzielił swoje wystąpienie na trzy zasadnicze części: wczoraj i dziś synodu, wymiar teologiczno-prawny oraz I Synod Diecezji Krakowskiej – *communio et communicatio*. W podsumowaniu ks. Rozkrut zauważył, że metropolia jest ważną instytucją z ustanowienia kościelnego, a rola metropolity w tej instytucji jest uprzywilejowana. Metropolia została powołana dla wspólnego działania sąsiednich diecezji. Wspólnie przyjęte postanowienia mają charakter obowiązujący, chociaż metropolia jest elementem wtórnym w stosunku do diecezji. Metropolita ma autonomię w zwoływaniu synodów prowincjalnych, które są wyposażone we władzę rządzenia i ustawodawczą. Autor stwierdził, iż metropolia jest formą wspólnoty, metropolita – znakiem tejże wspólnoty, zaś synod prowincjalny może stać się ważnym narzędziem ewangelizacyjnym.

W drugim referacie, pt. „Trybunał Metropolitalny II Instancji”, ks. prof. Ryszard Sztuchmiller przedstawił zasady funkcjonowania Trybunału II instancji. Autor tego wystąpienia ukazał przebieg procesu w II Instancji, ze szczególnym uwzględnieniem prawa do apelacji. Ksiądz Profesor mówił, iż pracownicy sądów powinni dokładnie przestrzegać norm procesowych, aby w ten sposób były respektowane prawa wiernych. Jego zdaniem Trybunał II Instancji powinien reprezentować jak najwyższy poziom władzy sądowniczej w Kościele.

W trakcie dyskusji ks. dr Piotr Majer, a także ks. dr Piotr Steczkowski zwrócili uwagę na właściwy dobór sędziów w sądach diecezjalnych (chodziło im głównie o właściwie wyrobione sumienie tych osób).

Formalnego zamknięcia sympozjum dokonał ks. prof. Józef Krzywda. Podkreślił on znaczenie I Synodu Prowincji Krakowskiej, wskazał na wieloaspektowość poruszanych tematów przez prelegentów. Podziękował za trud przygotowania referatów, a uczestnikom za aktywny udział w sympozjum. Wyraził nadzieję, że materiały sympozjum zostaną jak najszybciej opublikowane. Jednocześnie zaprosił uczestników do udziału w następnym sympozjum w przyszłym roku.

Ks. Marek Zaborowski
sędzia audytor w Sądzie Diecezjalnym w Tarnowie

SPIS TREŚCI

PRAWO

ARTYKULY

Jacek C h a c i ń s k i, Prawo pracy a prawo prywatne	7
Labour Law vs. Private Law (Sum.)	16
Grzegorz J ę d r e j e k, Uwzględnienie roszczeń funduszu gwarantowanych świadczeń pracowniczych w podziale sumy uzyskanej z egzekucji	19
Claims of Fund of Guaranteed Workers' Benefits in the Division of the Amount Received on Execution (Sum.)	34
Jolanta B u c i ń s k a, Społeczne prawa człowieka w konstytucjach polskich	35
Personal Social Rights in Polish Constitutions (Sum.)	45
Robert A n d r z e j c z u k, Uniwersalizm praw człowieka	47
Universal Theories of Human Rights (Sum.)	54
Małgorzata C z u r y k, Podstawy współdziałania Kościoła i państwa w zakresie działalności charytatywnej	55
The Foundations of Cooperation between the Church and State in the Area of Charity Work (Sum.)	70
Mirosław K o s e k, Piecza zastępcza w projekcie nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 23 listopada 2006 roku	71
Foster Care in the Draft Amendment to Polish Family and Guardianship Code of 23 November 2006 (Sum.)	80
Anna O l s z a k - P a w ł o w s k a, Analiza zapisów obowiązujących i propozycji projektowych dotyczących lekarza opiniującego	81
Discussion of the Current Laws and Draft Laws Regarding Medical Experts (Sum.)	97
Hubert K a c z m a r c z y k, Liberalna krytyka instrumentalizmu prawnego	99
Liberal Criticism of Legal Instrumentalism (Sum.)	122
Jacek T r z e w i k, Wyłączenie od dziedziczenia a krąg osób uprawnionych do spadkobrania	123
Exclusion from Succession and the Persons Entitled to Succession (Sum.)	144

PRAWO KANONICZNE

ARTYKULY

Roman M e l n y k, Pontifical Legation to the United Nations	149
Legacja papieska w ONZ (Streszcz.)	165
Ks. Wojciech G ó r a l s k i, Przyszłość prawa kanonicznego w Polsce	167
Future of Canon Law in Poland (Sum.)	178

Ks. Marek Zaborowski, Sakrament namaszczenia chorych w ujęciu teologiczno-prawnym	179
Theological and Legal Dimensions of the Sacrament of Anointing of the Sick (Sum.)	199
Ks. Zbigniew Jaworski, Ordynariat wojskowy Kościołem partykularnym	201
Military Ordinariate as a Particular Church (Sum.)	216

ADMINISTRACJA

ARTYKUŁY

Marzena Małgorzata Lipska, Urząd Ministra w latach 1918-1939. Podstawy prawne	221
The Office of Minister in the Years 1918-1939. Legal Basis (Sum.)	250
Katarzyna Maćkowska, Status władzy wykonawczej w przepisach konstytucyjnych stanów zachodnich w latach 1796-1819	251
Status of the Executive in the Constitutional Articles of the Western States (1796-1819) (Sum.)	269
Wojciech Wnuk, Zasady i formy współpracy pomiędzy organami administracji publicznej a sektorem pozarządowym	271
Rules and Forms of Cooperation Between Bodies of Public Administration and the Non-Governmental Sector (Sum.)	289

RECENZJE

Ks. Stanisław Tymosz, <i>Ewolucja kościelnego prawa polskiego w świetle kodyfikacji do XIX wieku</i> , Lublin: Wydawnictwo KUL 2008 (Jerzy Markiewicz)	291
<i>Categorialità e trascendentalità del Diritto. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare</i> , ed. Paolo Gherri, Roma 2007 (Tomasz Gałkowski CP)	293
Grzegorz Jędrzejek, <i>Spółka cicha</i> , Warszawa: Wolters Kluwer Business, 2008 (Robert Andrzejczak)	296
<i>Lexikon kirchlicher Amtsbezeichnungen der Katholischen, Evangelischen und Orthodoxen Kirchen in Deutschland</i> , Hrsg. Richard Puza, Stuttgart: Anton Hiersemann Verlag 2007 (ks. Krzysztof Burczak)	298
<i>Diritto canonico, Antropologia e Personalismo. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare</i> , ed. Paolo Gherri, Roma 2008 (Tomasz Gałkowski CP)	304

SPRAWOZDANIA

Sprawozdanie z sympozjum „Synodalność – Metropolia – Metropolita” w XXV rocznicę zakończenia Synodu Prowincji Krakowskiej (ks. Marek Zaborowski)	307
--	-----