

**KRAKOWSKA SZKOŁA WYŻSZA
IM. ANDRZEJA FRYCZA MODRZEWSKIEGO**

**ROZWAŻANIA
O NAUCE I DOGMATYCE PRAWA**

**MATERIAŁY KONFERENCJI NAUKOWEJ
ZORGANIZOWANEJ PRZEZ WYDZIAŁ ADMINISTRACJI
KRAKOWSKIEJ SZKOŁY WYŻSZEJ
IM. ANDRZEJA FRYCZA MODRZEWSKIEGO**

POD REDAKCJĄ PROF. DR HAB. JERZEGO MALCA

KRAKÓW 2002

Rada Wydawnicza:

Klemens Budzowski, Andrzej Kapiszewski,
Jacek Majchrowski, Zbigniew Maciąg

Copyright by: Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne oraz
Autorzy

ISBN 83-916758-0-7

Na zlecenie

Krakowskiej Szkoły Wyższej
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Wydawca:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne

Druk:

Przedsiębiorstwo Poligraficzne DEKA, 30-723 Kraków, ul.
Golikówka 7

tel./fax. (0-12) 653 29 06, 653 12 70; e-mail: deka@deka.pl

SŁOWO WSTĘPNE

W Krakowskiej Szkole Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego odbyła się 25 stycznia 2002 roku konferencja naukowa pt. „Rozważania o nauce i dogmatyce prawa” zorganizowana przez Wydział Administracji tej uczelni. Prezentowany zeszyt zawiera materiały stanowiące zbiór referatów zgłoszonych na tę sesję.

Tematyka publikowanych niżej tekstów jest dość zróżnicowana. Wiąże się to z różnorodnymi zainteresowaniami naukowymi zatrudnionych, lub współpracujących z Wydziałem Administracji Krakowskiej Szkoły Wyższej pracowników naukowo-dydaktycznych. Chcieliśmy bowiem tę pierwszą prawniczą sesję zorganizować wyłącznie w oparciu o własną kadrę, dając tym samym przegląd prac badawczych prowadzonych w uczelni.

Referaty koncentrowały się wokół problemów współczesnego prawa, po części sięgając także do niezbyt odległej przeszłości. Część pierwsza – „O nauce i stosowaniu prawa” – zawiera teksty poświęcone głównie szeroko rozumianej problematyce prawnoadministracyjnej, od nauki administracji i prawa administracyjnego po zagadnienia dogmatyki tego prawa. W części drugiej – zatytułowanej „W kręgu teorii, filozofii i kodyfikacji prawa” – znalazły się prace dotyczące prawa opartego na normach religijnych i moralnych, prawa natury, konstytucyjnej ochrony praw człowieka oraz prac nad kodyfikacją prawa rodzinnego.

Oddając do rąk Czytelnika poniższy zeszyt pragnę wyrazić nadzieję, że rozbudzi on zainteresowanie nie tylko prezentowaną problematyką, ale także Szkołą, w której prace te powstały.

Prof. dr hab. Jerzy Malec
Dziekan Wydziału Administracji
Krakowskiej Szkoły Wyższej
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

CZEŚĆ I :

O NAUCE I STOSOWANIU PRAWA

Z problematyki kształtowania się nowoczesnych nauk prawnoadministracyjnych

1. Momentem zwrotnym w rozwoju nowoczesnych nauk administracyjnych była bez wątpienia Rewolucja Francuska. O ile w Niemczech szczególnie prężnie rozwijać się zaczęła wówczas nauka administracji, to we Francji koncentrowano się głównie na zagadnieniach nauki prawa administracyjnego. Związane to było ze słabością teoretycznych rozważań nad administracją we Francji z jednej strony, z drugiej, z prowadzoną jeszcze w okresie absolutyzmu systematyzacją naukową przepisów administracyjnych. W rezultacie już w I połowie XIX w. pojawiło się we Francji liczne grono administratywistów, rozdzielających w teorii naukę administracji od nauki prawa administracyjnego, lecz w praktyce zajmujących się wyłącznie problemami prawa administracyjnego. Podstawę tego prawa stanowiło początkowo ustawodawstwo parlamentarne, w dobie napoleońskiej głównie dekrety cesarskie, później - gdy zagadnienia administracyjne rzadko zyskiwały regulację ustawową - źródłem prawa administracyjnego stało się orzecznictwo najwyższego francuskiego sądu administracyjnego - Rady Stanu. Na bazie tego orzecznictwa rodziły się w II połowie XIX stulecia podstawowe elementy francuskiej teorii prawa administracyjnego, takie jak m. in.: pojęcie służb publicznych, podział aktów administracyjnych, sądowa kontrola administracji¹.

Założenia nowej organizacji administracji sformułował jako pierwszy w swym raporcie, minister spraw wewnętrznych Napoleona w latach 1800-1804, Jean-Antoine Chaptal. Głosił on, że: „dobry system administracyjny to taki, który łączy w sobie siłę i szybkość w egzekucji prawa, łatwość, sprawiedliwość i ekonomię dla obywateli. Siła systemu administracji leży w pewności wykonywania ustaw i aktów rządu; otóż pewność taka istnieje za każdym razem, gdy wykonanie to oddane jest w ręce jednego człowieka za nie odpowiedzialnego”. Jednoosobowy i hierarchicz-

¹ Por. J. Malec, D. Malec, *Historia administracji i myśli administracyjnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2000, s. 88

ny model zarządu powoduje, że „łańcuch egzekucji schodzi bez zakłóceń od ministra do obywatela, przekazując ustawy i akty rządu aż do najniższych odnóg porządku społecznego z szybkością iskry elektrycznej”². Chaptal, odrzucając założenia liberalizmu gospodarczego, uważał nadto, iż administracja powinna oddziaływać na rozwój gospodarczy w sposób „twórczy”, choć prawie wyłącznie w formach niewładczych³.

Jednym z wybitnych uczonych administratywistów francuskich z początku XIX w. był Charles-Jean Bonnin, autor Zasad administracji publicznej (1808, II wyd. 1809). Upowszechnił on, typowe dla nauki francuskiej, rozróżnienie rządu i administracji. Podstawą tego podziału było oddzielenie należących do rządu decyzji zasadniczych czy politycznych, od pozostających w gestii administracji decyzji wykonawczych i technicznych. Innymi słowy do rządu należeć miało wszystko, co wykaczało poza zakres zwykłej rutyny administracyjnej. Zasady administracji Bonnina posłużyły pośrednio jako podstawa kodyfikacji prawa administracyjnego w Portugalii. Portugalski Kodeks administracyjny z 1845 r., jedyna w dziejach kodyfikacja tej gałęzi prawa, był jednak w istocie głównie zbiorem zasad prawa administracyjnego⁴.

W pierwszej połowie XIX w. kształtowali założenia teorii prawa administracyjnego także tacy autorzy jak: Louis-Marie Cormenin, Francois-Rodolphe Dareste, Anselme Batbie, Louis-Antoine Macarel, czy Joseph-Marie baron de Gérando - pierwszy profesor prawa administracyjnego na uniwersytecie paryskim. Dążyli oni do systematyzacji prawa administracyjnego materialnego posługując się, podobnie jak ich poprzednicy z okresu nauki policji, głównie metodą dogmatycz-

² Cyt. wg P. Legendre, *L'administration du XVIII-e siecle a nos jours*, Paris 1969, s. 42-43. Por. też: H. Izdebski, *Historia administracji. Nowe trzecie wydanie*, Warszawa 1996, s. 129; H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Wydanie 2, Warszawa 1999, s. 35

³ H. Izdebski, *Historia...*, op. cit., s. 87

⁴ Por. M. Gromadzka-Grzegorzewska, *Narodziny polskich nauk administracyjnych*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego 1985, s. 44-45; H. Izdebski, *Historia...*, op. cit., s. 99; P. Escoube, *Charles-Jean Bonnin, precurseur de la Science administrative*, „Revue Administrative”, 1958, s. 15-18

no-opisową, polegającą na studiowaniu przepisów prawa stanowionego oraz analizie orzecznictwa Rady Stanu⁵.

Momentem przełomowym w procesie tworzenia naukowego systemu prawa administracyjnego było ogłoszenie przez wybitnego praktyka, a zarazem profesora paryskiej Szkoły Nauk Politycznych, Edouarda Laferrier'a, w 1888 r. Traktatu o sądownictwie administracyjnym i o skardze sądowo-administracyjnej. Dzieło to przez zastosowanie nowych metod badawczych, pozwalających na sformułowanie założeń doktrynalnych prawa administracyjnego, a w konsekwencji nadających nauce prawa administracyjnego walor dyscypliny w pełni naukowej, stanowiło inspirację dla szeregu późniejszych autorów⁶. Do najwybitniejszych kontynuatorów myśli Laferrier'a zaliczyć należy: Maurice'a Hauriou, dziekana Wydziału Prawa w Tuluzie i autora Zasad prawa publicznego (1910) oraz Léona Duguit, dziekana Wydziału Prawa w Bordeaux, autora wielu prac z teorii prawa administracyjnego, m. in. Ogólnych przeobrażeń prawa publicznego (1913)⁷.

Prekursorem administracyjnego nurtu teorii organizacji był natomiast francuski inżynier Henri Fayol. Interesowały go zagadnienia szeroko rozumianej administracji, głównie w odniesieniu do problemów kierowania zarówno instytucjami publicznymi, jak i prywatnymi. Tym samym jego prace (Administracja przemysłowa i ogólna z 1917 r. oraz Teoria administracji w zastosowaniu do państwa z 1923 r.) dotyczyły równolegle metod organizacji i kierowania administracją publiczną, jak również zarządzania przedsiębiorstwami prywatnymi. Uważany jest on za jednego z czołowych twórców naukowej organizacji pracy w administracji⁸.

⁵ Por. M. Gromadzka-Grzegorzewska, op. cit., s. 24-29, a także odnośnie poszczególnych autorów: R. de Lacharriere, *Cormenin. Politique, pamphlétair et fondateur du Droit administratif*, Paris 1941; G. Berlia, *Gérando. Sa vie, son oeuvre*, Paris 1942; J. Savoye, *Quelques aspects de l'oeuvre de Louis-Antoine Macarel (1790-1851). Contribution a l'étude de la naissance des Sciences politiques et administratives*, Lille 1970; R. Vidal, *Batbie et les débuts de l'organisation scientifique de Droit administratif*, „Revue du Droit Public” 1950, s. 804-819

⁶ M. Gromadzka-Grzegorzewska, op. cit. s. 25 i nn; H. Izdebski, *Historia...*, op. cit. s. 229; A. Błaś, *Studia z nauki prawa administracyjnego i nauki administracji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1998, s. 67, 79; J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Kraków 1948, t. I, s. 77-79

⁷ H. Izdebski, *Historia...*, op. cit., s. 229. Por. też: F. Longchamps, *Założenia nauki administracji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1991, s. 55 i nn

⁸ H. Izdebski, *Historia...*, op. cit., s. 200-201; A. Błaś, op. cit., s. 81

2. W Niemczech, jak podkreślono, po rewolucji francuskiej szczególnie prężnie poczęła się rozwijać nowoczesna nauka administracji.

Nie oznacza to bynajmniej, że nie poświęcano zupełnie uwagi studiom nad prawem administracyjnym. Do prekursorów nauki prawa administracyjnego zaliczyć wypada, uważanego jeszcze za "ostatniego kameralistę", a jednocześnie pierwszego, który wprowadził do obiegu pojęcie "państwa prawnego" - Roberta von Mohl. Łączył on bowiem tematykę właściwą kameralistom z dogmatyczną nauką prawa administracyjnego⁹.

Natomiast bez wątplenia za "ojca niemieckiej nauki administracji" uważa się Lorenza von Stein, autora siedmiotomowego dzieła *Nauka administracji*, wydanego w latach 1865-1884. Zawarł w nim systematyczny opis działalności państwa, określanej przez niego jako administracja, przez którą rozumiał zarówno zarząd spraw wewnętrznych, jak również zarząd finansów oraz sądownictwo. Wynikało to z szerokiego pojmowania administracji jako całej działalności państwa za wyjątkiem prawodawstwa. Z kolei nauka administracji miała według Steina przedstawiać zarówno to, co jest wspólne wszystkim szczególnym działom administracji, jak też opisywać rzeczywistą administrację. Tym samym zapoczątkował on stosowanie w niemieckich naukach administracyjnych metody systematycznego opisu¹⁰.

Obok Steina naukę administracji rozwijali Theodor Inama von Sternegg, autor *Nauki administracji* w zarysach (1870) oraz tworzący w Austrii wybitny polski teoretyk prawa Ludwik Gumpłowicz, którego dziełem była wydana w 1882 r. *Nauka administracji II*. W późniejszym czasie nauka administracji poczęła w Niemczech zanikać, ustępując miejsca rozwijającej się wówczas nauce prawa administracyjnego. Taki stan rzeczy miał ulec zmianie dopiero w następnym stuleciu. Do ponownego za-

⁹R. v. Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, Tübingen 1832. Por. M. Stolleis, *Robert von Mohl*, [w:] *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Hg. v. A. Erler, E. Kaufmann, T. III, Berlin 1984, s. 617-621; tegoż, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600-1800*, München 1988, s. 258 i nn oraz H. Izdebski, *Historia...*, op. cit., s. 88, 99

¹⁰F. Longchamps, op. cit., s. 25 i nn; M. Grzegorzewska-Gromadzka, op. cit., s. 35 i nn; H. Izdebski, *Historia...*, op. cit., s. 88-89, 103; E. Knosala, L. Zacharko, A. Matan, *Nauka administracji*, Zakamycze 2000, s. 9

¹¹H. Izdebski, *Historia...*, op. cit., s. 103; F. Longchamps, op. cit., s. 31

interesowania tą dziedziną wiedzy przyczynili się: Ignaz Jastrow, autor rozprawy *Polityka socjalna i nauka administracji* (1902) oraz profesor uniwersytetów w Bonn i Kolonii Fritz Stier-Somlo, autor pracy *Przyszłość nauki administracji* (1917). Jastrow dowodził, że nauka prawa administracyjnego nie dostarcza pełnego zasobu wiadomości potrzebnych do administrowania. Niezbędne jest jej uzupełnienie o osobną naukę, którą nazywa wiedzą administracyjną (*Verwaltungswissenschaft*). Jej celem jest udzielenie odpowiedzi na pytania: jak się administruje i jak należy administrować. Odpowiedź na drugie pytanie przynosi praktyczna administracja, co czyni naukę administracji wiedzą empiryczną, ale zarazem i wartościującą, bo jej celem jest przede wszystkim informowanie o najlepszej administracji (w rozumieniu właściwej polityki administracyjnej). Stier-Somlo przeprowadził z kolei wyraźne rozgraniczenie nauki administracji od nauki prawa administracyjnego i polityki administracyjnej. Do zakresu nauki administracji zaliczył opis urzędzeń administracyjnych, ich historię, a także ich naukową krytykę; badanie zasad prawnych pozostawiając nauce prawa administracyjnego, a aspektów celowościowych - polityce administracyjnej¹².

Za twórcę kontynentalnego modelu sądownictwa administracyjnego, a także samorządu terytorialnego, uważany jest z kolei wybitny prawnik i polityk niemiecki, profesor uniwersytetu w Berlinie - Rudolf Gneist. Do jego najważniejszych prac należą: *Współczesne angielskie prawo państwowe i administracyjne* (t. 1-3, 1857-63) oraz *Administracja, wymiar sprawiedliwości, droga prawa. Administracja państwowa i samorząd w warunkach angielskich i niemieckich* (1859). Samorząd i sądownictwo administracyjne uważał on za zasadnicze elementy państwa prawnego. Podjął zarazem próbę powiązania ze sobą obu tych instytucji, postulując powierzenie niższych instancji sądownictwa administracyjnego organom samorządu terytorialnego. Na takiej właśnie podstawie skonstruowano w rezultacie pruskie sądownictwo administracyjne. Koncepcję samorządu tworzył z kolei czerpiąc z doświadczeń angielskiej administracji terytorialnej i próbując zastosować ją w warunkach niemieckich. Doprowa-

¹² Ibidem, s. 30-39; H. Izdebski, op. cit., s. 201-202; M. Grzegorzewska-Gromadzka, op. cit., s. 45-46

dziło to do skonstruowania przez Gneista szczególnej formy współdziałania administracji rządowej z samorządem, polegającej na współpracy struktur biurokratycznych z czynnikiem obywatelskim. Administracja terytorialna sprawowana miała być przez fachowych urzędników poddanych kontroli organów samorządowych, przy jednoczesnym powierzeniu organom biurokratycznym funkcji kierowniczych w organach wykonawczych samorządu. Położył on także znaczne zasługi dla rozwoju metodologii nauk administracyjnych¹³.

W II połowie XIX wieku doszło w Niemczech do powstania nowych prądów w teorii prawa administracyjnego. Charakteryzowały się one wykorzystaniem w badaniach nad prawem administracyjnym w szerokim zakresie metody prawniczej (formalno-dogmatycznej), tworząc podstawy dla rozwoju niemieckiego pozytywizmu prawniczego. Prekursorem tego kierunku był m. in. Otto von Sarvey (*Powszechne prawo administracyjne*, 1887). Jako pierwszy zastosował w pełni metodę prawniczą inny wybitny niemiecki prawnik, profesor uniwersytetów w Strasburgu i Lipsku, Otto Mayer. Jego prace: *Teoria francuskiego prawa administracyjnego* (1886), a zwłaszcza fundamentalne dwutomowe *Niemieckie prawo administracyjne* (1895-96) stanowiły pomost łączący okres kształtowania się niemieckiej nauki prawa administracyjnego z okresem jej pełnego rozwoju. Mayer uważany jest także za twórcę naukowego systemu prawa administracyjnego¹⁴.

3. W Rosji proces kształtowania się nauk administracyjnych przebiegał odmiennie niż w większości państw zachodnioeuropejskich. Związane to było przede wszystkim ze znacznie dłuższym funkcjonowaniem na tym obszarze tradycyjnej nauki policji. Prowadziło to do powstawania prac głównie o charakterze opisowym, lub bazujących na dziełach politycyki niemieckiej. Do takich należą zwłaszcza dzieła Nikołaja Roźdiestwińskiego czy Wasilija Leszkowa. Pierwszym samodzielnym opraco-

¹³ Ibidem, s. 71 i nn oraz s. 111 i nn; H. Izdebski, op. cit., s. 105, 144. Zob. też M. Wyrzykowski, *Republika Federalna Niemiec* [w:] *Sądownictwo administracyjne w Europie Zachodniej*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 1990, s. 123F.

¹⁴ Longchamps, op. cit., s. 42-45; H. Izdebski, op. cit., s. 229-230

waniem, nadal pozostającym jednak pod wpływem nauki policji, było Prawo policyjne Iwana Andriejewskiego z 1874 r., nacechowane eudajmonistycznym pojmowaniem celów państwa i traktujące o obszarach działania policji, dzielonej przezeń jeszcze na policję bezpieczeństwa i dobrobytu.

Próba przeniesienia na grunt rosyjski doświadczeń obcych była praca Aleksandra Wasilczykowa O samorządzie (1870-71). Przybliżyła ona rozwiązania stosowane w Anglii, Francji i Prusach z wykorzystaniem twórczości m. in. Lorentza von Steina i Rudolfa Gneista. Była zarazem pierwszą próbą stworzenia rosyjskiej koncepcji samorządu terytorialnego. Z kolei Nikołaj Kuplewaskij podejmował studia nad sądownictwem administracyjnym działającym w państwach prawnych, w swej pracy Sądownictwo administracyjne w Europie zachodniej (1879).

Do najwybitniejszych administratywistów Rosji przedrewolucyjnej należał niewątpliwie Iwan Tarasow, autor *Wykładów z prawa policyjnego (administracyjnego)* z 1910 r. oraz *Organizacji sądownictwa administracyjnego* (1887), pozostający pod wpływem francuskich koncepcji prawa administracyjnego. Jako pierwszy w literaturze rosyjskiej określił on policję jako zaledwie jedną z funkcji administracji, przydzielając jej sprawy bezpieczeństwa publicznego i indywidualnego. Rozróżniał także pojęcia rządu, jako władzy centralnej nadającej podległym organom kierunek działania oraz administracji, której powierzał wykonywanie zadań rządu. Naukę prawa administracyjnego Tarasow uprawiał już, podobnie jak na zachodzie Europy, w sposób dogmatyczny. Był wreszcie pierwszym w rosyjskim piśmiennictwie autorem koncepcji systemu źródeł prawa administracyjnego¹⁵.

4. Na ziemiach polskich, podzielonych w XIX wieku między trzech zaborców, rozwój nauki administracji i prawa administracyjnego, podobnie jak w Rosji, cechowało pewne opóźnienie w stosunku do doktryny zachodnioeuropejskiej oraz pozostawanie tych nauk, przez pierwszą połowę stulecia, głównie pod wpływem XVIII-wiecznej policystyki.

¹⁵ M. Grzegorzewska-Gromadzka, op. cit., s. 38-44

Do tego nurtu należała praca J. Lopacińskiego *Rys szczęścia narodowego* (1809) wyraźnie eksponująca ingerencję państwa w życie gospodarcze kraju. Nie odznaczała się ona zresztą zbyt dużą oryginalnością w zestawieniu z pracami niemieckich autorów. Podobnie, ducha pruskiej kameralistyki dostrzec można w pracach Piotra Czochańskiego i Tomasa Szumskiego. Podejmowano wówczas także tłumaczenia dzieł (nie najwybitniejszych zresztą) policystów: Johanna Paula Harla *Nauka policji* (1809) w tłumaczeniu prefekta departamentu bydgoskiego Antoniego Gliszczyńskiego, czy Ludwiga Heinricha Jacoba *Zasady prawodawstwa i instytucji policyjnych* (1815) w tłumaczeniu prefekta departamentu płockiego Jana Plichty.

Znaczne zasługi dla rozwoju nauk administracyjnych w Księstwie Warszawskim położył profesor Szkoły Prawa i Administracji Wawrzyniec Surowiecki, autor prac *O upadku przemysłu i miast w Polsce* oraz *O statystyce Księstwa Warszawskiego*, zwolennik protekcjonizmu gospodarczego. W odniesieniu do administracji uważał on, że powinna działać w sposób twórczy, lecz w formach niewładczych. Podkreślał także znaczenie statystyki w badaniach nad administracją.

Próba pogodzenia kameralistyki z ideologią Oświecenia były z kolei prace prezydenta Warszawy (później sędziego apelacyjnego) Stanisława Węgrzeckiego, w szczególności *Rozprawa o profesjach i profesjonalistach oraz o systemacie administracyjnym* (1810). Odnaleść tu możemy m.in. zasady dotyczące kształcenia urzędników administracji w oparciu o program realizowany w warszawskiej Szkole Nauk Administracyjnych. Miało to w efekcie prowadzić do stworzenia nowego modelu urzędnika państwowego, fachowca w zakresie administracji. Węgrzecki opisał nadto hierarchię urzędów wykonawczych w Księstwie Warszawskim.

Na podkreślenie zasługują także prace Franciszka Ksawerego Szaniawskiego (*O rządzeniu i radzeniu*, *O urzędnikach* - obie z 1810 r.), inicjatora założenia Szkoły Prawa w Warszawie, w której następnie prowadził wykłady w oparciu o prace niemieckiego policysty Schlözera. Do znaczących autorów należał inny profesor tej szkoły Dominik Krysiński, od 1812 r. wykładowca ekonomii politycznej, prawa administracyjnego,

nauki administracji, handlu i finansów oraz statystyki. W pracach swych (*O ekonomii politycznej, O arytmetyce politycznej*) występował jako zwolennik liberalizmu gospodarczego, zwalczał protekcjonizm, zalecał ograniczyć do minimum ingerencję państwa w życie gospodarcze. Domagał się podnoszenia kwalifikacji urzędników administracyjnych oraz rozbudowy funkcji administracji państwowej (od ekonomiki po oświatę publiczną).

Podkreślić należy zastosowanie w Księstwie Warszawskim nowych metod do badań nad administracją, rozwój nowożytnych pojęć o jej zadaniach, jak również wydzielenie nauki administracji w procesie kształcenia w Szkole Prawa i Administracji.

Do najwybitniejszych przedstawicieli nauk administracyjnych w Królestwie Polskim należał z kolei Fryderyk hr. Skarbek, autor pracy „*Gospodarstwo narodowe zastosowane czyli nauka administracji*” (1821), a jednocześnie projektodawca niezrealizowanej reformy studiów administracyjnych na Uniwersytecie Warszawskim. Zaliczany jest on do prekursorów polskiej nauki prawa administracyjnego. Kierował katedrą nauk administracyjnych do 1826 r. Był jednocześnie wybitnym przedstawicielem nauk ekonomicznych, dając się poznać jako zwolennik liberalizmu i zasad klasycznej ekonomii angielskiej. Po jego odejściu, katedrę prawa administracyjnego objął Stanisław Kunatt, uczeń Skarbka i kontynuator jego myśli¹⁶.

Zdecydowany rozwój nauk administracyjnych na ziemiach polskich nastąpił w drugiej połowie XIX wieku. Powstała wówczas polska szkoła prawa administracyjnego ukształtowała się głównie w środowisku warszawskim, krakowskim i lwowskim¹⁷.

¹⁶ Na temat nauk administracyjnych w Księstwie Warszawskim i Królestwie Polskim zob.: A. Ajnenkiel, *Science administrative et droit administratif dans les grandes écoles polonaises 1795-1830/31* [w:] *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, Hrsg. von E.V. Heyen, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1984, s. 233-248; B. Leśnodorski, *Studia z dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego*, Warszawa 1963, s. 11-26; W. Sobociński, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego*, Toruń 1964, s. 175 i nn; J. Bieliński, *Królewski Uniwersytet Warszawski*, Warszawa 1911, s. 192-246; B. Grochulska, *Księstwo Warszawskie*, Warszawa 1966, s. 134 i nn

¹⁷ M. Gromadzka-Grzegorzewska, *Może jednak polska szkoła teorii prawa administracyjnego* [w:] *Zbiór studiów z zakresu nauk administracyjnych*, pod red. Z. Rybickiego i inn., Ossolineum 1978, s. 350

Prace nad stworzeniem podstawowych pojęć z zakresu nauki prawa administracyjnego i nauki administracji podjęli trzej uczeni zaliczani powszechnie do prekursorów badań w tej dziedzinie: Antoni Okolski, Józef Bohdan Oczapowski i Franciszek Kasparek¹⁸.

Antoni Okolski, profesor prawa państwowego i administracyjnego Warszawskiej Szkoły Głównej, był autorem wydanego w latach 1880-1884 Wykładu prawa administracyjnego oraz prawa administracyjnego obowiązującego w Królestwie Polskim. Było to pierwsze dzieło polskiego autora przedstawiające systematycznie całość przedmiotu¹⁹. Zwraca uwagę nowoczesne podejście do kwestii realacji pomiędzy władzą ustawodawczą a wykonawczą, podkreślenie roli ustawy w systemie źródeł prawa oraz znaczenia instytucji samorządowych. Okolski podnosił potrzebę tworzenia obok samorządu terytorialnego, także samorządów zawodowych czy gospodarczych oraz przekazania samorządom, mającym lepsze rozeznanie w problemach lokalnych, szerokiego zakresu kompetencji przez administrację rządową. Dostrzegał istnienie ścisłego związku nauki administracji i nauki prawa administracyjnego (którą traktował w sposób dogmatyczny, jako przedstawianie, objaśnianie i systematyzowanie obowiązujących przepisów), podkreślając że "przedmiot obu nauk jest ten sam, różnica zaś między obydwiema naukami polega tylko na sposobie traktowania administracji publicznej, jakiego obydwie nauki używają".

Józef Bohdan Oczapowski, wybitny administratywista tworzący w Warszawie i Krakowie, zajmował się nauką administracji, finansów i prawa administracyjnego²⁰. Do ważniejszych jego prac należą: *Władza i układ państwa* (1873), a zwłaszcza *Policyści zeszłego wieku i nowożytna nauka administracji* (1882). W odniesieniu do nauki administracji uważał, że powinna „przekroczyć przepisy administracyjne, wskazując niedostatki i uzasadniając urządzenia wewnętrznego zarządu państwa”, a także ma formułować wskazówki postępowania przydatne organom admini-

¹⁸E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 1998, s. 58-59

¹⁹E. Ochendowski, *Pierwszy polski podręcznik prawa administracyjnego. W stulecie podręcznika Antoniego Okolskiego*, OMT 1991, nr 1, s. 27-29

²⁰M. Patkaniowski, *Dzieje Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego od reformy koltątajowskiej do końca XIX stulecia*, Kraków 1964, s. 413 i nn

stracyjnym w przyszłości. Na uwagę zasługuje podjęcie przez Ocza-powskiego próby określenia istoty działalności administracyjnej, co wyróżnia go spośród innych współczesnych mu teoretyków nauk administracyjnych, nie tylko polskich.

Franciszek Ksawery Kasparek, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego²¹, autor obszernej dwutomowej pracy *Prawo polityczne ogólne* (1877-81) oraz wydanego w 1888 r. *Podręcznika prawa politycznego*, łączył w swych rozważaniach naukę o państwie, z prawem państwowym i administracyjnym, przedstawiając w sposób systematyczny stan ówczesnej nauki, orzecznictwa sądowego i praktyki w państwach Europy zachodniej. Do nauki administracji zaliczał on wiedzę o skarbowości, o polityce gospodarczej, o zarządzaniu wewnętrznym państwa, o wojskowości i polityce zagranicznej. Nauka ta, jego zdaniem, opisując zadania państwa i wskazując sposoby ich wykonywania, powinna uwzględniać element prawa, bowiem „zadania administracji są wszakże zawsze wykonywane w ramach przepisów prawa” i powinny być realizowane bez naruszania ustaw.

Ważnym osiągnięciem polskiej nauki prawa było, dokonane przez tych autorów, rozróżnienie nauki prawa administracyjnego od nauki administracji. Umożliwiało ono definiowanie powstających w tym czasie pojęć prawnych z uwzględnieniem wymogów jednej i drugiej gałęzi wiedzy²².

Polscy teoretycy prawa administracyjnego drugiej połowy XIX wieku sporo uwagi poświęcali także zagadnieniom samorządu, tworząc ogólną jego teorię. Wspomnieć tu wypada Aleksandra Rembowskiego i jego pracę O gminie, jej organizacji i stosunku do państwa (1873), czy pierwszego profesora prawa administracyjnego na Uniwersytecie Jagiellońskim Józefa Kleczyńskiego, autora m. in. Stosunków gminnych w Galicji (1897). Na początku XX wieku, lecz jeszcze przed odzyskaniem niepodległości, tworzył większość swych prac profesor uniwersytetów lwowskiego i warszawskiego Józef Buzek. Spod jego pióra wyszły m. in. Podstawy

²¹ Ibidem, s. 365 i nn

²² Ibidem. Zob. M. Grzegorzewska-Gromadzka, op. cit., s. 47-133; *Prawo administracyjne*, pod red. M. Wierzbowskiego, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1977, s. 58-59; H. Izdebski, op. cit., s. 230

organizacji angielskiego samorządu (1902-03), a także poświęcone administracyjnemu prawu materialnemu oraz rozważaniom na pograniczu nauki prawa administracyjnego i zarządzania: *Studia z zakresu administracji wychowania publicznego* (1904), *Prawo administracyjne* (1912) oraz obszerne dzieło *Administracja gospodarstwa społecznego* (1913)²³.

5. Dalszy rozwój polskich nauk administracyjnych nastąpił po odrodzeniu państwa polskiego, w okresie II Rzeczypospolitej. Wiązało się to ściśle ze zniesieniem ograniczeń stosowanych wobec nauki w czasie zaborów, a także z rodzącymi się wielkimi potrzebami w zakresie kształcenia kadr administracyjnych powstającego państwa, z koniecznością unifikacji prawa oraz tworzeniem nowych regulacji prawnych.

Różnorodność odziedziczonych po okresie zaborczym systemów ustawodawstwa administracyjnego postawiła przed nauką prawa administracyjnego w pierwszej kolejności rozwiązywanie wynikających stąd problemów praktycznych. Wpłynęło to na opóźnienie powstania syntetycznych opracowań przedmiotu i dominację prac o charakterze opisowo-komentatorskim, zwłaszcza poświęconych ustrojowi władz administracyjnych, w całym okresie dwudziestolecia międzywojennego. Choć nie doszło do stworzenia ogólnej teorii prawa administracyjnego, dorobek tego okresu przedstawia się imponująco zwłaszcza w dziedzinie samorządu, postępowania administracyjnego i kontroli administracji. W pierwszych latach po odzyskaniu niepodległości naukę prawa administracyjnego kształtowali wciąż uczeni, tworzący jeszcze w okresie zaborów. Feliks Ochimowski opublikował pierwszy podręcznik prawa administracyjnego („*Prawo administracyjne*” t.I: 1919, t.II: 1922, planowany tom III nie ukazał się), oparty na prawie obowiązującym na terenie ziem dawnego zaboru rosyjskiego, lecz uwzględniający także materiały porównawcze.

²³ E. Ochendowski, *Polska nauka prawa administracyjnego od końca XIX wieku do II wojny światowej*, "Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju 1992", z. 1, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1993, s. 171 i nn; tegoż, *Prawo administracyjne...*, op. cit., s. 59-60. Zob. też: *Prawo administracyjne*, op. cit., s. 59

W 1920 r. ukazały się prace „Zarys prawa administracyjnego na ziemiach polskich”, „Ustrój państwowych władz administracyjnych na ziemiach polskich” Kazimierza Władysława Kumanieckiego, profesora Uniwersytetu Jagiellońskiego, a w 1922 r. ministra wyznań religijnych i oświecenia publicznego. Poza „Ustrojem władz samorządowych na ziemiach polskich w zarysie” (1921), K.W. Kumaniecki wydał w 1929 r., wspólnie z Bohdanem Wasiułyńskim i Jerzym Panejko dwutomowe „Polskie prawo administracyjne w zarysie”, a krótko przed wybuchem II wojny światowej, wspólnie z Jerzym Stefanem Langrodem oraz Szczęsnym Wachholzem „Zarys ustroju, postępowania i prawa administracyjnego w Polsce” (1939). Żadna z wymienionych prac nie tworzyła ogólnej teorii prawa administracyjnego, koncentrując się na systematycznym ujęciu ustroju administracji rządowej, samorządowej, postępowania administracyjnego itd. Podobny charakter miał wznawiany czterokrotnie (1925, 1929, 1933, 1937) „Ustrój władz administracyjnych rządowych i samorządowych” Bohdana Wasiułyńskiego (profesora Uniwersytetu Poznańskiego, a od 1923 r. Uniwersytetu Warszawskiego), posiadający także dużą wartość dla studiów nad przeobrażeniami samorządu²⁴.

Szczególnym rodzajem wstępu do ogólnej teorii prawa administracyjnego i jedyną w Polsce w okresie międzywojennym pracą teoretyczną było dzieło Władysława Leopolda Jaworskiego „Nauka prawa administracyjnego. Zagadnienia ogólne” (1924), stanowiące rodzaj podsumowania dorobku i syntezę poglądów autora. W.L. Jaworski (profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, w okresie zaborów poseł do sejmu galicyjskiego a następnie parlamentu w Wiedniu, aktywny polityk - m.in. przewodniczący Naczelnego Komitetu Narodowego)²⁵ wywarł poprzez zawarte w pracy poglądy (częstokroć odrębne od ówczesnych kanonów nauki prawa administracyjnego) duży wpływ na dalszy rozwój tej dyscypliny w Polsce. Odmienność poglądów wynikała niekiedy z zastosowania sposobu myślenia właściwego przedstawicielom nauki prawa prywat-

²⁴ E. Ochendowski, op. cit., s. 60-64; *Prawo administracyjne*, op. cit., s. 59-62. O B. Wasiułyńskim zob.: H. Izdebski, *Z dziejów nauki prawa administracyjnego i nauki o samorządzie terytorialnym. Bohdan Wasiułyński (1882-1940)*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 5

²⁵ M. Patkaniowski, op. cit., s. 378 i nn

nego (wcześniej Jaworski zajmował się prawem cywilnym). W wysoko ocenianym dziele autor poruszył także zagadnienia nauki administracji (choć terminu „nauka administracji” używał tylko w stosunku do polityki administracyjnej, której w pracy nie analizował)²⁶.

Wiele spośród dominujących ilościowo opracowań monograficznych poświęcono zagadnieniom samorządu. Cennym i aktualnym do dziś źródłem wiedzy o koncepcjach prawnych i organizacji samorządu jest dzieło Jerzego Panejki „*Geneza i podstawy samorządu europejskiego*” (Paryż 1926, Wilno 1934). Do kanonu literatury samorządowej zaliczana jest także praca Tadeusza Bigo (profesora Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie, od 1946 r. Uniwersytetu Wrocławskiego) „*Związki publicznoprawne w świetle ustawodawstwa polskiego*” (1928). Także ta praca zachowała do dnia dzisiejszego dużą wartość teoretyczną. Zagadnieniom teorii oraz praktyki samorządu poświęcił szereg prac również Maurycy Zdzisław Jaroszyński (m.in. „*Samorząd terytorialny w Polsce. Stan obecny. Wnioski do reformy*” (1923), „*Rozważania ideologiczne i programowe na temat samorządu*” (1936). Jaroszyński, profesor Wolnej Wszechnicy w Warszawie, w latach II wojny światowej profesor Polskiego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Oksfordzie, a po wojnie Uniwersytetu Warszawskiego, kierował w latach 1928-1933 pracami Komisji dla Usprawnienia Administracji Publicznej przy Prezesie Rady Ministrów²⁷. Wszyscy trzej autorzy stali na gruncie tzw. państwowej teorii samorządu, widzącej w nim czynnik pochodny w stosunku do państwa (zgodnie z inną, przeciwną koncepcją samorząd stanowi byt w stosunku do państwa pierwotny i całkowicie od niego niezależny)²⁸.

Drugi, wyróżniający się nurt zainteresowań polskiej nauki prawa administracyjnego, stanowiła problematyka postępowania administracyjnego i sądowej kontroli administracji. Stanowiło to konsekwencję wyraźnego wykształcenia się w XX w. postępowania administracyjnego, stanowiącego od tej chwili trzecią – obok prawa ustrojowego (wraz z urzędniczym) i materialnego – część prawa administracyjnego. Cennym

²⁶ F. Longchamps, op. cit., s. 63-66; J.S. Langrod, *Instytucje...*, op. cit., s. 123

²⁷ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna...*, op. cit., s. 61

²⁸ J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, Część I. Universitas, Kraków 1995, s. 85-86

dorobkiem okresu międzywojennego była jego kodyfikacja, dokonana w Polsce w 1928 r. Nurt kodyfikacyjny widoczny był w okresie międzywojennym także w innych państwach europejskich: Austrii (1925), Czechosłowacji (1928), Jugosławii (1930), Ukrainie (częściowa kodyfikacja 1927), w niektórych krajach niemieckich (Turyngia 1926, Brema 1934, projekt dla Wirtembergii, opracowany - co warto podkreślić - wraz z projektem kodyfikacji prawa materialnego w 1931 r. nie został zrealizowany).

Zagadnieniom sądownictwa oraz postępowania administracyjnego poświęcili prace m.in. Jerzy Stefan Langrod (*„Zarys sądownictwa administracyjnego ze szczególnym uwzględnieniem sądownictwa administracyjnego w Polsce”* (1925), *„Problemy sądownictwa administracyjnego”* (1928), *„Kontrola administracji”* (1929), *„Res iudicata w prawie administracyjnym”* (1931)), Tadeusz Hilarowicz (*„Najwyższy Trybunał Administracyjny i jego kompetencja”* (1925)), Wit Klonowiecki (*„Strona w postępowaniu administracyjnym”* (1934)), Jerzy Grzymała-Pokrzywnicki (*„Postępowanie administracyjne w świetle orzecznictwa Najwyższego Trybunału Administracyjnego”* (1937)).

Powstawały także monografie poświęcone materialnemu prawu administracyjnemu, wśród nich szczególne znaczenie zyskały prace Mariana Zimmermanna (*„Wywłaszczenie. Studium z dziedziny prawa publicznego”* (1933), *„Polskie prawo wywłaszczeniowe”* (1939) a także poświęcona orzecznictwu karno-administracyjnemu monografia *„Artykuł 72 Konstytucji a dotychczasowe ustawodawstwo polskie”* (1930)).

Liczne drobniejsze rozprawy i artykuły publikowano w czasopismach prawniczych, samorządowych a zwłaszcza w ukazującej się od 1921 r. „Gazecie Administracji i Policji Państwowej” (od 1936 jako „Gazeta Administracji”)²⁹.

W warunkach niepodległego państwa rozwijała się także nauka administracji, związana początkowo dość ściśle z nauką prawa administracyjnego. Jej zagadnienia po części poruszył w *„Nauce prawa administracyjnego”*, wspomniany wyżej, W.L. Jaworski. Charakterystyczna cecha europejskiej nauki administracji, czerpiącej z dorobku teorii organizacji,

²⁹ Por. H. Izdebski, op. cit., s. 232-234; A. Błaś, *Studia...*, op. cit., s. 68-70

znalazła swoje odzwierciedlenie także w warunkach polskich: z inicjatywy Karola Adamieckiego (zaliczanego do grona twórców naukowej organizacji pracy) w 1925 r. powstał w Warszawie Instytut Naukowej Organizacji Pracy, zaś w 1927 r. utworzono pierwszą w Polsce katedrę organizacji pracy na Politechnice Warszawskiej. Opublikowano szereg prac, m. in. A. Bajkowskiego „Zasady techniki organizacji i kierownictwa” (1939), A. Balińskiego „Administracja a personel” oraz „Racjonalizacja pracy biurowej”.

Wybuch II wojny światowej spowodował zamknięcie wyższych uczelni na terenach okupowanych przez Niemców. W 1941 r. pracę przewały także uczelnie we Lwowie oraz Wilnie. Choć uniemożliwiał to dalsze prowadzenie normalnej działalności, praca naukowa i dydaktyczna trwała nadal w warunkach konspiracyjnych.

Wykład prawa administracyjnego na tajnych kompletach Uniwersytetu Warszawskiego oraz Uniwersytetu Ziemi Zachodnich (Uniwersytet Poznański) prowadził w latach 1943-1944 Stanisław Kasznica. Na potrzeby licznej grupy tajnych studentów opublikowano nawet w 1943 r., w tajnej drukarni w Warszawie, jego podręcznik „Polskie prawo administracyjne” (pod pseudonimem dr A. Łużycki). Choć ze względów konspiracyjnych rok wydania antydatowano na 1938, podręcznik zawierał także najnowsze akty prawne, wydane przez rząd na emigracji. Praca, z uwagi na wysoki poziom merytoryczny, doczekała się w latach 1945-1947 kolejnych wydań, z których ostatnie zatrzymała cenzura. W tajnym nauczaniu na terenie Lwowa brał udział M. Zimmermann.

W obozie jenieckim w Niemczech prowadził działalność w postaci wykładów dla oficerów Jerzy Stefan Langrod. W latach 1942-45 napisał w nim „Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej”, opublikowane drukiem już po wojnie, w 1948 r. w Krakowie. W oflagu w Murnau wykłady prowadził Franciszek Longchamps, po wojnie profesor Uniwersytetu Wrocławskiego. Badania nad administracją i samorządem prowadził w Anglii M. Jaroszyński, profesor Polskiego Wydziału Prawa Uniwersytetu Oksfordzkiego³⁰.

³⁰E. Ochendowski, *Prawo administracyjne*, op. cit., s. 64-66; *Prawo administracyjne*, op. cit., s. 62-63

6. Nowy ustrój polityczny, wprowadzony po wojnie, stawiał przed prawem administracyjnym nowe zadania, które musiały wywrzeć istotny wpływ na jego zmiany i przekształcenia w okresie PRL. Warto zwrócić uwagę, iż w Polsce, w całym okresie, dyscyplina ta była stale wykładana i uprawiana, mimo okresowych zahamowań rozwoju. W ZSRR wobec poglądów o nieprzydatności prawa administracyjnego w ustroju socjalistycznym przejściowo przestała istnieć, odrodziła się w latach czterdziestych w zmienionej formie, odbiegającej od klasycznych pojęć.

Rozwój prawa administracyjnego w pierwszych latach powojennych (do 1949 r.) polegał na tworzeniu (przy utrzymaniu bez większych zmian przedwojennych przepisów materialnych i formalnych) podstawowych zrębów nowego porządku prawnego, poprzez uregulowanie organizacji władz, reformę rolną, nacjonalizację przemysłu.

W latach 1949-1955 widoczne były próby stworzenia - w oparciu o wzory radzieckie - nowych form i zasad działania administracji, przejawiające się w ustawodawstwie o radach narodowych, przedsiębiorstwach państwowych, wprowadzeniu prokuratorskiej kontroli przestrzegania prawa, powierzaniu organizacjom społecznym i spółdzielczym zadań z zakresu administracji państwowej. Kształtowały także początki prawa o zarządzaniu gospodarką narodową.

Po 1956 r. dochodziło do prób usuwania z ustawodawstwa najbardziej rażących form centralizacji, a także kompleksowego regulowania niektórych zagadnień (n.p. kodeks administracyjny - 1960, ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji - 1966). Tendencje te w pewnym stopniu realizowano także w latach siedemdziesiątych, choć w wydanych wówczas przepisach prawa administracyjnego nadal wyraźnie przeważały tendencje centralistyczne. Od 1980 r. rozpoczął się okres stopniowego powrotu do klasycznych instytucji prawa administracyjnego, które w szerszym zakresie mogły zostać wprowadzone dopiero po 1989r.

Na rozwój nauki prawa administracyjnego w Polsce po II wojnie światowej wywarło wpływ wielu uczonych, spośród których przypomnieć warto osoby już nieżyjące, których dorobek stanowi w pełni zamkniętą kartę.

Wkrótce po zakończeniu wojny do kraju powrócili m.in. J.S. Langrod (profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, a następnie przez wiele lat

wykładowca na Sorbonie), Franciszek Longchamps (do śmierci w 1969 r. profesor Uniwersytetu Wrocławskiego, autor m.in. „Założeń nauki administracji” (1949), „Współczesnych kierunków w nauce prawa administracyjnego na Zachodzie Europy” (1968)). S. Kasznica rozpoczął wykłady na Uniwersytecie Poznańskim i Akademii Handlowej, prowadził seminaria doktorskie poświęcone m.in. tematyce samorządowej. Po przymusowym przeniesieniu w 1947 r. w stan spoczynku, mógł powrócić do pracy uniwersyteckiej w 1956 r.

Cenny dorobek w czasach powojennych stworzyli także E. Iserzon, M. Jaroszyński (Uniwersytet Warszawski, Polska Akademia Nauk), M. Zimmermann (Uniwersytet w Poznaniu), W. Brzeziński (profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, a następnie Uniwersytetu Jagiellońskiego). Na uwagę zasługuje ich wspólny podręcznik „Polskie prawo administracyjne. Część ogólna”. Pod redakcją M. Jaroszyńskiego powstała wielotomowa praca „Prawo administracyjne” (t.I-III: 1952, t.IV: 1953).

Spośród licznych prac Jerzego Starościaka wymienić należy zwłaszcza podstawowy dla wielu pokoleń studentów podręcznik „Prawo administracyjne” (4 wydania), „Swobodne uznanie władz administracyjnych” (1948), „Prawne formy działania administracji” (1957), a także wspólnie z E. Iserzonym „Kodeks postępowania administracyjnego- komentarz” (4 wydania). Z inicjatywy J. Starościaka w latach 1977-1980 ukazał się czterotomowy „System prawa administracyjnego”.

Naukę administracji zaczęto wyraźnie wyodrębniać i rozwijać dopiero od przełomu lat pięćdziesiątych i sześćdziesiątych. Na możliwości jej rozwoju wywarł wpływ także stosunek do niej nauki radzieckiej. W ZSRR przez wiele lat nie pojawiały się żadne opracowania z tej dziedziny, a szczególne zagadnienia poruszano w ramach innych dyscyplin, w tym nauki o budownictwie socjalistycznym (zajmującej się organizacją, formami, metodami i sposobami pracy rad oraz ich współpracą z organizacjami społecznymi).

W Polsce do przełomu lat czterdziestych i pięćdziesiątych widoczne jest zainteresowanie problemami nauki administracji. Ukazują się tłumaczenia prac zachodnich autorów (w 1947 r. H. Fayola „Administracja przemysłowa i ogólna”), powstają dzieła polskich autorów (m.in. F. Longchamps „Założenia nauki administracji” (1949)). W kolejnych

latach, do roku 1956, nauka administracji ze względów ideologicznych nie mogła się rozwijać.

Po roku 1956 jej zagadnienia ponownie stały się przedmiotem zainteresowania. Nauka administracji wprowadzona została do programów studiów uniwersyteckich, najpierw administracyjnych, a następnie prawnych oraz technicznych. Powstały zajmujące się nią osobne jednostki naukowe, m.in. Zakład Administracji Państwowej przy Rządowej Komisji Organizacji i Zarządzania, w ramach Polskiej Akademii Nauk - Zakład Ogólnych Problemów Organizacji Pracy. Coraz liczniej wydawane były prace z tego zakresu, zarówno opracowania monograficzne (m.in. J. Starościk „*Elementy nauki administracji*” (1964), „*Zarys nauki administracji*” (1966, 1971), jak i skrypty akademickie (m.in. J. Służewskiego, W. Dawidowicza, J. Wołocha, Z. Leońskiego) oraz rozprawy i artykuły. Podkreślić należy, że w całym okresie cechą charakterystyczną było uprawianie tej dyscypliny niemal wyłącznie przez przedstawicieli nauki prawa administracyjnego³¹.

³¹ H. Izdebski, *Historia...*, op. cit., s. 294-298; E. Ochendowski, op. cit., s. 66-67; *Prawo administracyjne*, op. cit., s. 63-64; A. Błaś, *Studia...*, op. cit., s. 71-75

Działania dwustronne jednostek samorządu terytorialnego

I. Wprowadzenie

1. Samorządowe ustawy ustrojowe, a to: ustawa z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. z 2001r, Dz. U. Nr 142, poz.1592), ustawa z dnia 5 czerwca 1998r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn. z 2001 r. Dz. U. Nr 142, poz.1592) oraz ustawa z dnia 5 czerwca 1998r. o samorządzie województwa (tekst jedn. z 2001 r. Dz. U. Nr 142, poz. 1593) nie zawierają postanowień, dających podstawę do twierdzenia, że jednostki samorządu terytorialnego **tworzą układ organizacyjny** zdecentralizowanej administracji samorządowej. Pomiędzy tymi jednostkami nie występują bowiem zależności organizacyjne, których istnienie warunkuje istnienie takiego układu. Uprawnione jest więc twierdzenie, że poszczególne jednostki samorządu terytorialnego są względem siebie niezależne, „autonomiczne”. Przyjęcie takiego rozwiązania ustrojowego w znaczący sposób zaważyło na funkcjonowaniu jednostek samorządu terytorialnego. „Autonomiczność” poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego, brak zależności organizacyjnej między nimi wykluczają możliwość regulowania wzajemnych kontaktów między tymi jednostkami w drodze czynności jednostronnych. Samorząd województwa nie może niczego nakazać samorządom powiatowym, czy też samorządom gminnym z terenu województwa. Również samorząd powiatowy nie może w sposób prawnie wiążący wpływać na działalność samorządów gminnych z terenu powiatu. Nie ulega natomiast wątpliwości, że samorządy gminne i powiatowe działające odpowiednio na terenie województwa i powiatu mogą działać w izolacji. Wspólnota mieszkańców samorządu województwa to przecież suma wspólnot gmin z tego terenu. Podobnie wspólnotę samorządu powiatowego stanowią mieszkańcy gmin tworzących powiat.

Przyjęte rozwiązania ustrojowe przyczyniły się w sposób znaczący do rozwoju różnych form współdziałania między jednostkami samorzą-

du terytorialnego, które w klasyfikacji prawnych form działania administracji publicznej mieszczą się w kategorii porozumień administracyjnych określanych także pojęciem porozumień lub umów publiczno-prawnych.

2. Jednostki samorządu terytorialnego (gminy, powiaty i województwa) z mocy prawa wyposażone są w osobowość prawną. Posiadanie osobowości prawnej jest atrybutem niezbędnym przede wszystkim przy realizacji zadań polegających na gospodarowaniu majątkiem danej jednostki samorządowej, a także pozwala im samodzielnie uczestniczyć w obrocie prawnym.

Przedmiotem niniejszego opracowania (wystąpienia) będą przede wszystkim porozumienia administracyjne zawierane między jednostkami samorządu terytorialnego oraz między jednostkami samorządu terytorialnego a organami administracji rządowej. W drugiej części opracowania przedstawię regulacje prawne dotyczące składania oświadczeń woli w zakresie zarządu mieniem jednostki samorządu terytorialnego.

2. Porozumienia administracyjne (umowy publicznoprawne).

1. Porozumienia administracyjne dotyczą wykonywania zadań publicznych. Jednostki samorządu terytorialnego korzystają z tej formy działania w związku z:

- przekazywaniem zadań pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego,
- wspólnym wykonywaniem zadań przez te jednostki,
- udzielaniem sobie pomocy,
- przyjmowaniem do wykonywania zadań administracji rządowej.

Podstawą prawną porozumień administracyjnych są normy ustawowe regulujące ustrój jednostek samorządu terytorialnego. Stronami porozumienia mogą być jednostki samorządu terytorialnego lub jednostka samorządu terytorialnego i organ administracji rządowej. Szczególną sytuacją prawną, którą omówię odrębnie jest możliwość udzielania dotacji na rzecz organizacji pozarządowych na cele publiczne związane z realizacją zadań jednostki samo rządu terytorialnego, która dotacji udziela.

Czynnością poprzedzającą zawarcie porozumienia w każdym przypadku

musi być uchwałą organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego wyrażająca wolę zawarcia porozumienia. W ustawie o samorządzie gminnym podstawą prawną uchwały rady gminy jest art. 18 ust.2 pkt.11 i 12, w ustawie o samorządzie powiatowym podstawą prawną uchwały rady powiatu jest art.12 pkt.8 lit. h) oraz art.12 pkt.8a natomiast w ustawie o samorządzie województwa podstawą prawną uchwały sejmiku województwa w sprawie wyrażenia zgody na zawarcie porozumienia jest art.18 pkt.12). Uzasadnieniem takiego rozwiązania prawnego jest szczególny charakter norm prawa publicznego. Są to normy bezwzględnie obowiązujące - tzw. „ius cogens”. Podmioty i organy sprawujące administrację publiczną nie mogą więc, bez upoważnienia ustawowego przekazywać przypisanych im ustawami zadań i kompetencji na rzecz innego podmiotu. Należy także zwrócić uwagę na aspekty praktyczne zawierania porozumień publiczno- prawnych. Ich skutkiem jest obciążenie jednej ze stron porozumienia obowiązkiem realizacji dodatkowych zadań, a w przypadku niektórych porozumień z wydatkowaniem środków finansowych na ich realizację. Zasadnym jest więc, aby organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego mógł wypowiedzieć się w tej sprawie. Do zawarcia porozumienia uprawniony jest organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego. W wykonaniu uchwały organu stanowiącego wyrażającej wolę zawarcia porozumienia zarządu zobowiązany jest do wynegocjowania treści porozumienia i upoważnienie członków zarządu do jego podpisania.

2. Porozumienie administracyjne powinno zawierać:

- określenie stron zawierających porozumienie ze wskazaniem osób upoważnionych do reprezentowania stron porozumienia i jego podpisania,
- datę i miejsce zawarcia porozumienia,
- wskazania podstawy prawnej jego zawarcia,
- szczegółowe określenie przedmiotu porozumienia, a więc zadań publicznych, których wykonywania porozumienie dotyczy,
- określenie wzajemnych praw i obowiązków stron porozumienia, a w szczególności - środków finansowych przeznaczonych na realizację zadania określonego porozumieniem oraz zasad ich rozliczania, nadzoru nad realizacją zadania,

- okresu, na jaki porozumienie zawarto,
- okoliczności uzasadniających wypowiedzenie porozumienia i trybu wypowiedzenia (rozwiązania),
- a także , jeżeli przepisy prawne tak stanowią określenie trybu ogłoszenia i daty wejścia w życie (dotyczy to porozumień z administracją rządową mocą których następuje przekazanie zadań tej administracji jednostkom samorządu terytorialnego).

3. Na gruncie obowiązujących ustaw, stanowiących podstawę prawną zawieranych porozumień administracyjnych wyodrębnić można różne rodzaje porozumień, przy czym kryteriami podziałów będzie określenie stron porozumienia oraz przedmiot porozumienia.

a). Ustawa o samorządzie terytorialnym (aktualnie ustawa o samorządzie gminnym) przewidywała w art. 8 ust.2 możliwość zawierania porozumień z organami administracji rządowej. Istotą tych porozumień było (i jest) powierzanie gminom do wykonywania zadań z zakresu administracji rządowej, przy czym wraz z zadaniami organ administracji rządowej zobowiązany jest przekazać środki finansowe w wysokości koniecznej do wykonywania zadania. Formą przekazania środków finansowych jest dotacja celowa na realizację zadań administracji rządowej przekazanych na podstawie porozumienia.

b). Ustawą z dnia 11 kwietnia 2001r. o zmianie ustaw: o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym, o samorządzie województwa, o administracji rządowej w województwie oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 45, poz.497) wprowadzony został do art.8 ustawy o samorządzie gminnym ustęp 2a, który postanawia o możliwości przyjmowania przez gminę na podstawie porozumień zadań z zakresu właściwości powiatu oraz zadań z zakresu właściwości województwa samorządowego. Jednostka samorządu terytorialnego przekazująca zadania gminie jest zobowiązana przekazać środki finansowe w wysokości koniecznej do wykonania tych zadań. Forma przekazania środków finansowych jest dotacja celowa. Porozumienia takie funkcjonowały już od 1999r., a podstawą prawną zawierania tych porozumień były ustawy o samorządzie powiatowym i o samorządzie województwa.

c). Znowelizowany ustawą z dnia 11 kwietnia 2001r. art. 10 ustawy o samorządzie gminnym przewiduje kolejne rodzaje porozumień. Art. 10 ust.1 stanowi podstawę prawną dla porozumień zawieranych między jednostkami samorządu terytorialnego, których przedmiotem jest wykonywanie zadań publicznych w drodze współdziałania między tymi jednostkami. Przykładem takiego porozumienia mogą być inicjatywy dotyczące organizacji transportu zbiorowego w województwie, gdzie jako strony porozumienia występują gminy, powiaty i województwo samorządowe. Innym przykładem będzie porozumienie zawarte przez kilka gmin, dotyczące budowy składowiska odpadów komunalnych, jego eksploatacji i utylizacji odpadów komunalnych.

d). Art.10 ust.2 ustawy o samorządzie gminnym stanowi, że gminy, związki międzygminne oraz stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego mogą sobie wzajemnie bądź innym jednostkom samorządu terytorialnego udzielać pomocy, w tym finansowej. Udzielenie pomocy, o której wyżej, również musi być poprzedzone uchwałą organu stanowiącego. Wskazuje na to treść art. 111 ust.2 pkt.5) ustawy o finansach publicznych. Porozumienie zawarte przez zarząd w wykonaniu uchwały rady gminy w sprawie udzielenia pomocy, powinno określać sposób przekazywania środków finansowych lub rzeczowych, jak również powinno postanawiać o kontroli wykorzystania udzielonych środków pomocowych. Formą przekazania pomocy winna być dotacja celowa.

e). Szczególnym rodzajem porozumienia jest porozumienie komunalne, którego istotę określa art.74 ustawy o samorządzie gminny. Jest to porozumienia międzygminne (stronami porozumienia są gminy), a jego przedmiotem jest powierzenie jednej z gmin wykonywania zadań publicznych objętych porozumieniem. Gmina wykonująca zadania publiczne objęte porozumieniem przejmuje prawa i obowiązki pozostałych gmin, związane z powierzonymi jej zadaniami, a gminy te mają obowiązek udziału w kosztach realizacji powierzonego zadania.

f). Podobnie jak gmina, powiat może zawierać z organami administracji rządowej porozumienia w sprawie wykonywania zadań publicznych z zakresu administracji rządowej (art.5 ust.1 ustawy o samorządzie powiatowym). Za zadaniami winna być przekazana dotacja celowa w wyso-

kości koniecznej do wykonywania tych zadań.

g). Powiat może zawierać porozumienia w sprawie powierzenia prowadzenia zadań publicznych z jednostkami lokalnego samorządu terytorialnego, a także z województwem, na obszarze którego znajduje się terytorium powiatu. (art.5 ust.2 ustawy o samorządzie powiatowym).

h). Powiat może zawierać porozumienia w sprawie współdziałania z innymi powiatami i z gminami, a w przypadku gdy jest to związane z koniecznością wydzielenia majątku wymagana jest uchwała rady powiatu (art. 12 pkt8 lit. h ustawy o samorządzie powiatowym).

i). W ustawie o samorządzie powiatowym nie ma przepisu przewidującego możliwość udzielania przez powiat pomocy innym jednostkom samorządu terytorialnego (przepis taki występuje w ustawie o samorządzie gminnym i w ustawie o samorządzie województwa. Może to rodzić wątpliwość, czy samorząd powiatowy może taką pomoc świadczyć. Wątpliwość tą rozstrzyga art. 111 ust.2 pkt.5) ustawy o finansach publicznych z którego wynika, że z budżetów jednostek samorządu terytorialnego mogą być dokonywane wydatki na pomoc rzeczową lub finansową dla innych jednostek samorządu terytorialnego, określoną przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego. Wydatki, o których stanowi ten przepis mogą być przeznaczone na realizację zadań określonych w ustawach.

j.) Ustawa o samorządzie powiatowym w art. 73 przewiduje możliwość zawierania porozumień mocą których powiaty, strony porozumienia, mogą powierzyć jednemu z nich prowadzenie zadań publicznych. Konstrukcja tego porozumienia jest analogiczna do konstrukcji porozumienia komunalnego.

k).Ustawa o samorządzie województwa dopuszcza możliwość zawierania porozumień w sprawie powierzenia prowadzenia zadań publicznych z innymi województwami (chodzi o samorządy wojewódzkie) oraz jednostkami lokalnego samorządu terytorialnego z obszaru województwa (art.8 ust.2 ustawy o samorządzie województwa). Również i w tym przypadku przekazanie zadań rodzi obowiązek przekazania, w formie dotacji, środków finansowych koniecznych do realizacji tych zadań.

l).Województwa mogą sobie wzajemnie bądź innym jednostkom samorządu terytorialnego udzielać pomocy, w tym finansowej. Jak już pod-

niesiono wyżej ustawa nie przewiduje obowiązku zawierania porozumienia w sprawie przekazania pomocy. W praktyce, w wykonaniu uchwały organu stanowiącego dochodzi do zawarcia porozumienia, w którym strony określają termin i tryb przekazania pomocy oraz kontrolę jej wykorzystania. Jest to uzasadnione przede wszystkim tym, że pomoc udzielana jest ze środków publicznych w formie dotacji, a to nakłada obowiązek kontroli, czy dotacja została wykorzystana zgodnie z przeznaczeniem.

ł). Samorząd województwa może być także stroną porozumienia zawartego z wojewodą na podstawie art.33 ustawy z dnia 5 czerwca 1998r. o administracji rządowej w województwie (Dz. U. Nr 91, poz.577 z późn. zm.). Na podstawie porozumienia następuje powierzenie jednostkom samorządu terytorialnego (w tym przypadkiem samorządowi województwa) zadań z zakresu administracji rządowej. Zwrócić należy uwagę na to, że w ustawie o samorządzie województwa nie ma wymogu podjęcia przez sejmik Województwa uchwały wyrażającej zgodę na zawarcie porozumienia przez zarząd województwa.

3. Wykonywanie zadań samorządu terytorialnego przez organizacje pozarządowe

1. Nowelizacja ustaw samorządowych z dnia 11 kwietnia 2001r. wprowadziła do katalogu zadań jednostek samorządu terytorialnego współpracę z organizacjami pozarządowymi. Rozwiązania prawne dotyczące realizacji tego zadania są odmienne od tych, które występują przy zawieraniu **porozumień administracyjnych między podmiotami prawa publicznego**. Skłania to do przyjęcia poglądu, że jest to inna niż przedstawione wyżej porozumienia administracyjne, forma działania administracji publicznej. Stronami owej czynności dwustronnej są jednostki samorządu terytorialnego i organizacje pozarządowe określone przez ustawę o finansach publicznych mianem podmiotów nie zaliczonych do sektora finansów publicznych i nie działających w celu osiągnięcia zysku. Celem współdziałania jednostek samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi jest wykorzystanie potencjału tych organizacji w realizacji zadań publicznych. Organizacje pozarządowe,

których cele i zadania są zbieżne z celami i zadaniami samorządu terytorialnego mogą w wielu przypadkach wspierać a nawet wyręczać samorząd terytorialny w realizacji jego zadań polegających na zaspakajaniu potrzeb społeczności lokalnych.

2. Zasady udzielania dotacji z budżetów jednostek samorządu terytorialnego organizacjom pozarządowym.

a). Ustawa z dnia 26 listopada 1998r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 155, poz.1014 z późn. zm.) w art. 118 przewiduje możliwość udzielania z budżetów jednostek samorządu terytorialnego dotacji na rzecz, cytując: „podmiotów nie zaliczonych do sektora finansów publicznych i nie działających w celu osiągnięcia zysku”. Ta grupa podmiotów określana jest także pojęciem „organizacje pozarządowe”, a najczęściej występującą formą organizacyjną organizacji pozarządowych są stowarzyszenia i fundacje. Należy w tym miejscu wyjaśnić, że tak stowarzyszenia jak i fundacje mogą prowadzić działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie jest w przypadku tych organizacji tożsame z działalnością prowadzoną w celu osiągnięcia zysku, gdyż stowarzyszenia i fundacje zobowiązane są przeznaczyć osiągnięty zysk na realizację zadań statutowych organizacji.

b). Dotacja udzielana organizacjom pozarządowym przeznaczona jest na cele publiczne związane z realizacją zadań jednostki samorządu terytorialnego która dotacji udziela. Zachodzić więc musi zbieżność celów i zadań określonych statutem organizacji pozarządowej z zadaniami jednostki samorządu terytorialnego. W szeregu przypadkach ze społecznego i ekonomicznego punktu widzenia korzystniejszym jest powierzenie realizacji zadań jednostek samorządu terytorialnego organizacjom pozarządowym i wspieranie działalności tych organizacji środkami publicznymi przekazywanymi w formie dotacji. Sądzę, że pozyskiwanie dotacji z budżetów jednostek samorządu terytorialnego leży także w interesie organizacji pozarządowych.

c). Art. 118 ust.3 ustawy o finansach publicznych wymaga, aby organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego w przyjętej uchwale określił:

- tryb postępowania o udzielenie dotacji,
- sposób kontroli wykonywanego, zleconego zadania lub zadań,
- sposób rozliczania udzielonej dotacji.

Uchwały w sprawie zasad udzielania dotacji organizacjom poza-rządowym są przepisami prawa miejscowego i podlegają publikacji w Wojewódzkim Dzienniku Urzędowym.

Określając tryb postępowania o udzielenie dotacji organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego reguluje między innymi takie kwestie jak: termin i sposób informowania o rodzajach zadań, których dotowaniem samorząd jest zainteresowany, termin złożenia wniosku o udzielenie dotacji, sposób przygotowania wniosku, kryteria oceny wniosków złożonych przez organizacje pozarządowe, określenie organu dokonującego wniosków i decydującego o przyznaniu dotacji. W przypadku gdy zadania objęte dotacją określa jednostka samorządu terytorialnego organizacje pozarządowe powinny przedłożyć ofertę określającą sposób wykonania zadania, koszty jego realizacji oraz udział środków własnych w jego realizacji. Uchwała może także nakładać obowiązek dostarczenia dalszych informacji np. o doświadczeniu organizacji w realizacji zadań publicznych, rekomendacji itp.

Uchwały dotyczące postępowania o udzielenie dotacji często przewidują inne rozwiązanie, a mianowicie, że to organizacje poza-rządowe przedstawiają zadania (programy), które chcą realizować wnosząc o ich dofinansowanie w formie dotacji. W takich przypadkach jednostki samorządu terytorialnego dokonują oceny przedłożonych wniosków, a te które z punktu widzenia interesów i potrzeb samorządu są najkorzystniejsze mogą liczyć na dotacje z budżetu.

d). Zlecenie zadania i udzielenie dotacji następuje, zgodnie z art. 118 ust.2 ustawy o finansach publicznych na podstawie umowy zawartej pomiędzy jednostką samorządu terytorialnego a organizacją poza-rządową. Umowa taka określa:

- szczegółowy opis zadania i termin jego wykonania,
- kwotę dotacji przyznaną na realizację zadania, tryb i termin jej przekazywania,
- sposób kontroli wykonywania zadania,

- sposób rozliczenia udzielonej dotacji i zasady zwrotu niewykorzystanej dotacji.

Postępowanie w sprawie udzielenia dotacji organizacji pozarządowej musi spełniać postulat jawności i konkurencyjności. Informacja o udzieleniu dotacji określonym organizacjom pozarządowym (tj. organizacjom wybranym w trybie określonym uchwałą organu stanowiącego) jak również informacja o rozliczeniu dotacji musi być podana do publicznej wiadomości.

4. Zawieranie umów cywilnych przez jednostki samorządu terytorialnego

Umowy cywilnoprawne są formą działania stosowaną przez jednostki samorządu terytorialnego w zakresie wykonywania przez nie uprawnień właścicielskich, a także w prowadzeniu działalności gospodarczej w zakresie dopuszczonym przez obowiązujące prawo. Organem właściwym do składania oświadczeń woli w zakresie zarządu mieniem jest organ wykonawczy tj. zarząd gminy, zarząd powiatu, zarząd województwa.

Ustawowa kompetencja zarządu do składania oświadczeń woli w zakresie zarządu mieniem jednostki samorządu terytorialnego doznaje ograniczenia w sytuacjach, gdy oświadczenie to wykracza poza zakres zwykłego zarządu. W takich przypadkach ustawy ustrojowe ustanawiają wyłączną kompetencję organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego do podjęcia uchwały określającej zasady dysponowania mieniem jednostki samorządu przekraczającym zakres zwykłego zarządu. Do czasu podjęcia takiej uchwały zarząd zobowiązany jest uzyskać zgodę właściwego organu stanowiącego.

Z postanowień ustaw ustrojowych wynika, że przy składaniu oświadczeń woli w zakresie zarządu mieniem obowiązuje zasada reprezentacji łącznej. Ustawa o samorządzie gminnym oraz ustawa o samorządzie województwa dopuszcza możliwość wprowadzenia odmiennych regulacji w tym zakresie przez statutu gminy. Ponadto ustawy ustrojowe dopuszczają wyjątki od zasady reprezentacji łącznej, które polegają na:

1. możliwości upoważnienia przez zarząd wójta, burmistrza, prezydenta do składania jednoosobowo oświadczeń woli związanych z prowadzeniem bieżącej działalności gminy (art. 46 ust.2 ustawy),

2. możliwości upoważnienia (udzielenia pełnomocnictwa) przez zarząd kierowników jednostek organizacyjnych gminy do składania oświadczeń woli w zakresie zadań realizowanych przez tą jednostkę organizacyjną. Do czynności przekraczających zakres pełnomocnictwa potrzebna jest zgoda zarządu,

3. możliwości upoważnienia przez zarząd powiatu pracowników starostwa, kierowników powiatowych służb i straży oraz jednostek organizacyjnych powiatu do składania oświadczeń woli związanych z prowadzeniem bieżącej działalności powiatu (art.48 ust.2 ustawy),

4. możliwość upoważnienia przez **sejmik województwa (a nie zarząd województwa)** marszałka województwa do składania jednoosobowo oświadczeń woli innych, niż przewidywane w statucie województwa (art.57 ust.2 ustawy),

5. możliwość upoważnienia przez zarząd województwa pracowników urzędu marszałkowskiego do składania oświadczeń woli związanych z prowadzeniem bieżącej działalności województwa (art.57 ust.5 ustawy),

6. wprost z art.132 ustawy o finansach publicznych wynika prawo kierowników jednostek budżetowych jednostek samorządu terytorialnego do zaciągania, w celu realizacji zadań jednostki, zobowiązań pieniężnych do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki. Jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika. W umowach takich skarbnik nie może być osobą, którą zarząd upoważnia do jej podpisania. Rolą skarbnika jest czuwanie nad prawidłowym wydatkowaniem środków budżetowych i kontrola, czy w budżecie jednostki samorządu terytorialnego zabezpieczone są środ-

ki na sfinansowanie zaciągniętego zobowiązania. Na zakończenie tej części rozważań należy dodać, że w zakresie zarządzania nieruchomościami stanowiącymi własność jednostek samorządu terytorialnego, jak również w zakresie gospodarki finansowej jednostki samorządu terytorialnego zobowiązane są do stosowania, obok kodeksu cywilnego, regulacji publicznonprawnych, których celem jest zabezpieczenie szczególnej staranności w zarządzaniu mieniem komunalnym (ustawa o gospodarce nieruchomościami, ustawa o zamówieniach publicznych).

Władze samorządu gminnego w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego w latach 1990-1998

1. Powołanie samorządu terytorialnego w gminach.

W wyniku nowelizacji Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (PRL) z dnia 29 grudnia 1989 roku został przywrócony tradycyjny model samorządu terytorialnego (art. 5)¹. W dniu 8 marca 1990 roku Sejm uchwalił dwie ustawy samorządowe: ustawę o samorządzie terytorialnym² oraz ordynację wyborczą do rad gmin³. Regulacje te umożliwiły przeprowadzenie wyborów do „odrodzonego” samorządu w gminach dnia 27 maja 1990 roku na jego pierwszą czteroletnią kadencję.

Ustawa ustrojowa samorządu gminnego po roku 1990 była wielokrotnie nowelizowana. Było to konieczne ze względu na potrzebę ustawowego unormowania szeregu zmian przeprowadzonych w ustroju samorządu, a wywołanych doświadczeniami w praktycznym jego funkcjonowaniu. W roku 1996 ujednolicono tekst gminnej ustawy ustrojowej, a po tym przeprowadzono jeszcze kilkanaście nowelizacji. Ostatnia, znaczniejsza nowela, miała miejsce 11 kwietnia 2001 roku⁴. Dotyczyła zmian w ustawach samorządowych wszystkich szczebli: gminnego, powiatowego i wojewódzkiego. Struktura ta powstała w roku 1998, a swoje funkcjonowanie rozpoczęła od dnia 1 stycznia 1999 roku⁵.

Samorząd terytorialny istniejący dotychczas jedynie w gminach zmienił swoją nazwę na samorząd gminny⁶. Jego to ustrojowe funkcjonowanie do momentu utworzenia struktury trójszczeblowej jest przedmiotem

¹ Dziennik Ustaw (dalej Dz.U.) 1989 nr 75 poz. 444.

² Dz.U. 1990 nr 16 poz. 94.

³ Dz.U. 1990 nr 16 poz. 96.

⁴ Dz.U. 2001 nr 45 poz. 497.

⁵ Ustawa z dnia 24 lipca 1998 roku o wejściu w życie ustawy o samorządzie powiatowym, ustawy o samorządzie województwa oraz ustawy o administracji rządowej w województwie, Dz. U. 1998 nr 99 poz. 631.

⁶ Art. 10 pkt. 1) ustawy z dnia 29 grudnia 1998 roku o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrożeniem reformy ustrojowej państwa, Dz.U. 1998 nr 162 poz. 1126.

niniejszego opracowania. Przejawami kształtującej się wówczas praktyki były wystąpienia w trybie skargi do Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) oraz jego wyroki powodujące ujednoczenie funkcjonowania samorządu w gminach.

2. Władze samorządu gminnego

Zgodnie z przepisami o samorządzie gminnym mieszkańcy gmin tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową (art. 1 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym /usg/).

Art. 11 ustawy, obowiązujący w niezmienionej formie już od prawie dwunastu lat, przewiduje, że mieszkańcy gminy podejmują rozstrzygnięcia bezpośrednio w głosowaniu powszechnym, biorąc udział w wyborach, a także uczestnicząc w referendum.

a) referendum mieszkańców gminy

Pierwotna wersja ustawy zawierała podstawowe przepisy o sposobie przeprowadzenia referendum (art. 12 i 13 usg), uzupełnione odrębną ustawą z dnia 11 października 1991 roku o referendum gminnym⁷.

Poprzez uczestnictwo w referendum mieszkańcy wyrażają swoją wolę co do sposobu rozstrzygnięcia określonej sprawy dotyczącej ich wspólnoty. Wśród tych spraw ustawodawca wyróżnił szczególnie kwestię samoopodatkowania mieszkańców na cele publiczne oraz odwołania rady przed upływem kadencji. W tych przypadkach rozstrzygnięcie powinno nastąpić właśnie w drodze referendum (art. 12 ust. 1 usg).

Interesujące jednak w praktyce okazało się przede wszystkim zagadnienie, czy referendum, które może być przeprowadzone w każdej innej sprawie ważnej dla gminy (art. 12 ust. 2 usg) oznacza fakultatywność jego przeprowadzenia. Czy mianowicie, rada może nie wyrazić zgody na przeprowadzenie referendum, nawet jeżeli wszelkie inne warunki formalne, w tym poparcie wniosku przez 1/10 mieszkańców gminy, zostały spełnione. Zagadnienie to było przedmiotem orzeczenia NSA z 6 lute-

⁷Dz.U. 1996 nr 84 poz. 386.

go 1991 roku (SA/Wr 1163/90)⁸. Sprawa została wywołana uchwałą Rady Miejskiej w L., która oddaliła wniosek tamtejszego Stowarzyszenia Kupców i Agentów dotyczący przeprowadzenia referendum w sprawie uchylenia uchwały powołującej Zarząd Miasta L. Podstawowe pytanie, które postawił sobie skład orzekający NSA, brzmiało: „[...] jaki jest zakres swobody rady w uwzględnianiu wniosku wyborców o przeprowadzenie referendum?”. NSA zdecydowanie odrzucił pogląd reprezentowany przez Radę Miasta L., która wyróżniła na podstawie art. 12 ustawy referendum „obligatoryjne” i „fakultatywne”, uznając, że o celowości tych drugich decyduje wyłącznie rada gminy nawet wówczas, gdy wystąpi o to 1/10 mieszkańców uprawnionych do głosowania. W szczególności Rada ta wysunęła wniosek, że odwołanie zarządu nie może być przedmiotem referendum, gdyż sprawa ta, na podstawie art. 18 ust. 2 pkt. 2 usg należy do wyłącznej właściwości rady gminy.

W swoim obszernym uzasadnieniu skład orzekający NSA nie podzielił tego poglądu. Uznał za niedopuszczalne wyłączenie, należących do wyłącznej właściwości rady, spraw, których katalog znajduje się w art. 18 ust. 2 usg. Sprawy te należą właśnie do najważniejszych pozostających w zakresie działania gminy. Powołując się zatem na art. 12 ust. 2 usg Sąd przypominał, że to właśnie te sprawy „nadają się” przede wszystkim do rozstrzygnięcia w drodze referendum. Interpretacja przeciwna prowadziłaby do nadmiernego ograniczenia znaczenia przewidzianych ustawowo form demokracji bezpośredniej. NSA uznał zatem, że „[...] każda sprawa ważna dla gminy może być przedmiotem referendum, a niesprzeczny z prawem wniosek co najmniej 1/10 mieszkańców uprawnionych do głosowania [...] o przeprowadzenie referendum w sprawie publicznej o znaczeniu lokalnym należącej do zakresu działania gminy zobowiązuje radę do poddania danej sprawy rozstrzygnięciu mieszkańców gminy w drodze referendum”.

Problematyka zakresu „spraw ważnych dla gminy” była przedmiotem odrębnego orzecznictwa sądowego. Postanowieniem z dnia 29 czerwca 1993 roku (SA/Wr 935/93)⁹ NSA orzekł, że „przedmiotem referendum ma być stanow-

⁸ Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej ONSA) 1991 nr 1 poz. 21.

⁹ ONSA 1994 nr 3 poz. 105, także postanowienie NSA z 17 grudnia 1996 roku (II SA/Kr 1766/99), Wokanda 1999 nr 8 s.33, wyrok NSA z 24 marca 1998 roku (II SA./Wr 288/98), ONSA 1999 nr. 1 poz. 20, wyrok z 18 września 1998 roku (II SA 1023/98), ONSA 1999 nr 2 poz. 69.

cze rozstrzygnięcie określonej „sprawy ważnej dla gminy”, a rozstrzygnięta w ten sposób sprawa musi się mieścić w zakresie właściwości organów gminy”. W Gminie L.Z. bowiem zainicjowano przeprowadzenie referendum w sprawie przynależności do mających powstać powiatów. Złożony w tej sprawie wniosek mieszkańców został odrzucony przez Radę Miasta i Gminy z tego powodu, że ani mieszkańcy gminy w drodze referendum, ani jej organy nie mogą rozstrzygać o ewentualnej przynależności do projektowanych powiatów, ponieważ decyzje takie należą do innych organów państwa. NSA podzielił to stanowisko rady, wskazując przy tym na fakt, że referendum nie może mieć charakteru opiniotwórczego lecz, w wypadku spełnienia wszelkich wymogów, jego rozstrzygnięcie jest wiążące.

Praktyka przeprowadzania referendum w owym czasie przynosiła coraz to nowe doświadczenia. W jednej z gmin w miejscowości O. Tamtejsza Międzyzakładowa Komisja NSZZ „Solidarność” w roku 1995 podjęła inicjatywę przeprowadzenia referendum w sprawie odwołania Rady Miejskiej i powołania burmistrza w tajnym powszechnym głosowaniu. Sprawa ta też ostatecznie trafiła przed sąd administracyjny. NSA w uzasadnieniu do postanowienia z dnia 17 marca 1995 roku (SA/Bk 393/95)¹⁰ w pierwszej kolejności podkreślił niedopuszczalność przeprowadzenia referendum w sprawie powołania burmistrza w tajnym powszechnym głosowaniu. Wbrew odwołującej się Międzyzakładowej Komisji NSZZ „Solidarność” Sąd stwierdził, że referendum nie może prowadzić do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem. Granice swobody „referendowania” wyznacza obowiązujący porządek prawny. Ponadto, że względu na przewidziany przepisami odrębny tryb przeprowadzania referendum w tych dwóch sprawach, czyli w sprawie odwołania rady oraz w innej sprawie ważnej dla gminy, nie jest możliwe połączenie tych spraw w jednym referendum. W konkluzji tego uzasadnienia Sąd stwierdził, że „w przypadku referendum wola mieszkańców musi być wyrażona w sposób wyraźny, nie dorozumiany, w formach i procedurach prawem przewidzianych”.

¹⁰ ONSA 1995 nr 4 poz. 189.

Przepisy ustawy o samorządzie gminnym w materii referendalnej oraz uzupełniająca je ustawa o referendum gminnym przestały obowiązywać po uchwaleniu ustawy o referendum lokalnym z dnia 15 września 2000 roku¹¹. Ustawa ta dotyczy wszystkich jednostek samorządu terytorialnego. Już w art. 2 ust. 1 rozstrzygnięto, że przedmiotem referendum może być tylko taka sprawa dotycząca danej wspólnoty, która mieści się w zakresie zadań i kompetencji organów danej jednostki.

b) organy samorządu gminnego

Ustawa o samorządzie gminnym przewidywała od jej pierwotnej wersji dwa rodzaje organów gminy, pomimo, że nie precyzowała tego *expressis verbis* w odrębnym przepisie. Do organów tych należała rada jako organ stanowiący i kontrolny oraz zarząd jako organ wykonawczy samorządu terytorialnego.

W praktyce zdarzały się jednak w tej sprawie rozmaite wątpliwości. W mieście G. tamtejsza rada dokonała zmiany statutu, uchwalając tryb wyboru rzecznika praw obywatelskich. Już w trakcie prowadzonego postępowania sądowego rada, twierdząc, że nastąpiło błędne utożsamienie z instytucją rzecznika o tej samej nazwie powoływanego przez sejm, była gotowa zmienić nazwę tego organu na rzecznika gminnego. W wyroku z dnia 30 września 1992 roku (SA/Gd 1008/92)¹² NSA stwierdził jednoznacznie, że „z przepisów [...] o samorządzie terytorialnym nie da się wyprowadzić uprawnień gminy do ustanowienia rzecznika praw obywatelskich”. Sąd przypomniał, że w samorządzie gminnym mogą funkcjonować jedynie organy przewidziane ustawowo, ustawa zaś o samorządzie terytorialnym (gminnym) nie przewiduje ustanowienia tego rodzaju organu samorządowego. Twierdzenia zaś rady, w odpowiedzi na skargę wojewody, że to czego prawo nie zabrania, jest dozwolone, należy uznać za niedopuszczalne, gdyż mogłoby to prowadzić do anarchii.

¹¹ Dz.U. 2000 nr 88 poz. 985.

¹² ONSA 1993 nr 2 poz. 51, por. także wyrok NSA z 29 czerwca 1995 roku (III S.A. 1179/95), Wokanda 1996 nr 2 s. 29.

¹³ Dz.U. 2001 nr 45 poz. 497

Dopiero po jedenastu latach od wprowadzenia samorządu terytorialnego w gminach ustawodawca zamieścił w noweli do ustawy (art. 11a usg)¹³ wykaz organów gminnych, przesądzając ostatecznie o tym, że należą do nich jedynie rada oraz zarząd gminy.

c) rada gminy

Funkcję organów stanowiących i kontrolnych w gminach pełnią rady wybrane na czteroletnią kadencję (art. 16 usg). Rada gminy jest reprezentowana przez przewodniczącego wybranego z grona radnych. Od początku funkcjonowania samorządu gminnego wiele orzeczeń NSA dotyczyło rozstrzygnięcia statusu przewodniczącego. Szczególny przypadek miał miejsce w Gminie P., w statucie której ustalono inny, roczny, wymiar kadencji dla przewodniczącego i wiceprzewodniczącego rady. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 4 marca 1994 roku (II SA 69/94)¹⁴ uznał zapis ten za całkowicie niedopuszczalny w świetle ustrojowej ustawy gminnej.

Przedmiotem orzecznictwa sądowego stała się również kwestia ustalenia, w jakim charakterze działa przewodniczący i czy z tego tytułu przysługuje mu wynagrodzenie. Wyrokiem z dnia 21 listopada 1990 roku (SA/Ka 690/90)¹⁵ Sąd ustalił, że „wybór przewodniczącego rady gminy nie stanowi podstawy do nawiązania z nim stosunku pracy w rozumieniu [...] kodeksu pracy”. Sąd uznał bowiem, że przewodniczący, pełniąc swą funkcję, nie wykonuje pracy w charakterze pracownika, nie dochodzi więc do realizacji stosunku pracy pomiędzy przewodniczącym a radą, która go wybrała.

Ustawa o samorządzie terytorialnym od początku przewidywała prawo radnych do pobierania diet oraz zwrotu kosztów podróży na zasadach określonych uchwałą rady (art. 25 ust. 4 usg). Na tej właśnie podstawie Rada Miejska w B.P. podjęła uchwałę w sprawie ustalenia wynagrodzenia jej przewodniczącego. W &1 przedmiotowej uchwały został zamieszczony zapis następującej treści: „Przewodniczącemu Rady Miejskiej przy-

¹⁴ ONSA 1995 nr 2 poz. 68.

¹⁵ ONSA 1990 nr 4 poz. 10

sługuje miesięczne zryczałtowane wynagrodzenie z tytułu diet i zwrotu kosztów podróży ponoszonych w związku z wykonywaniem czynności związanych z pracą rady w wysokości najniższego wynagrodzenia pracowników zatrudnionych w uspołecznionych zakładach pracy”. Z użytym w uchwale sformułowaniem „wynagrodzenie” Wojewodzie B-kiem kojarzyło się jednoznacznie wynagrodzenie określane w kodeksie pracy, a związane ściśle z realizacją stosunku pracy. Uznając więc powyższą uchwałę za sprzeczną z prawem, wystąpił ze skargą do NSA. Ostatecznie wyrokiem z dnia 24 października 1990 roku (II SA 694/90)¹⁶ Sąd administracyjny przychylił się do stanowiska wyrażonego przez Radę Miejską. W ten sposób przesądził o możliwości ustalania diet i zwrotu kosztów podróży w formie ryczałtu. Zasada ta do dzisiaj jest stosowana w samorządach.

Szereg wątpliwości wywoływało zastosowanie art. 14 & 1 usg, który początkowo brzmiał następująco: „1. Uchwały organów gminy zapadają zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy składu organu, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej”. Najwięcej trudności w początkach funkcjonowania samorządu gminnego nastroczało pojęcie owego „przepisu szczególnego”. Rady częstokroć rozumiały pod tym określeniem statut gminy, który jest podstawowym aktem prawa miejscowego. Zgodnie z art. 3 ust. 1 usg stanowi o ustroju gminy i z tej racji bywa często nazywany „lokalną konstytucją”.

Wymóg niesprzeczności statutu z przepisem rangi ustawowej był częstokroć podkreślany przez Naczelny Sąd Administracyjny przy okazji rozpatrywanych skarg.

W Gminie P. tamtejsza rada postanowiła zmienić dotychczasowy tymczasowy statut, wprowadzając między innymi zapis, że „uchwalenie statutu następuje większością 2/3 głosów w obecności co najmniej połowy ustawowego składu Rady”. Sprawa tej, kontrowersyjnej z wielu powodów, uchwały znalazła swe rozstrzygnięcie przed NSA, który wyrokiem z dnia 26 listopada 1991 roku (II SA 873/91)¹⁷ jednoznacznie stwier-

¹⁶ ONSA 1990 nr 4 poz. 8.

¹⁷ ONSA 1993 nr 1 poz. 9

dził, że „[...] uprawnienie rady gminy do uchwalenia statutu gminy i jego zmiany należy rozumieć jako prawo do takiej regulacji [...], która nie jest sprzeczna z przepisami ustawy”. Nie podtrzymał przy tym argumentacji skarżącej gminy, iż statut jest owym przepisem szczególnym. Sąd stwierdził w swym wyroku wyraźnie, że przepisem szczególnym może być jedynie przepis rangi ustawowej¹⁸.

Zagadnienie to zostało ostatecznie rozstrzygnięte przez ustawodawcę poprzez nowelizację ustawy o samorządzie terytorialnym ustawą z dnia 29 września 1995 roku¹⁹, która przewidywała możliwość wyłączenia ogólnej zasady wynikającej z art. 14 ust. 1 usg przez ustawę.

Jeszcze większy problem był związany z faktem, że art. 14 usg nie zawierał regulacji w przedmiocie jawnego bądź tajnego głosowania. Niewątpliwie w praktyce gminnych rad częstokroć używano formuły głosowania tajnego w przypadkach innych niż przewidziane przez szczególne przepisy ustawy gminnej. W pewnych bowiem wypadkach, na przykład w sprawie wyboru przewodniczącego rady (art. 19 ust. 1 usg), czy zarządu gminy (art. 28 ust. 1 usg), ustawodawca przewidywał głosowanie tajne.

Orzecznictwo NSA, pomimo uwzględnienia możliwości zastosowania głosowania tajnego w innych sprawach niż wymienione w ustawie, skłaniało się wówczas ku ograniczaniu tego zjawiska poprzez enumeratywne wyliczanie spraw objętych głosowaniem tajnym w statucie czy też wprowadzenie do statutu „stosownej procedury” w postaci wniosku określonej liczby radnych, klubu radnych, czy też komisji, w celu zapobiegania nadużywaniu tego trybu głosowania. W swoim wyroku z 4 lipca 1996 roku (II SA 821/96)²⁰ NSA powołał się na orzeczenie innego składu orzekającego z 29 czerwca 1995 roku (II SA 1179/95)²¹, który również dopuścił możliwość wprowadzenia do statutu gminy warunku tajnego głosowania przy podejmowaniu uchwał w innych sprawach niż przewidziane przepisami ustrojowej ustawy gminnej.

¹⁸ W podobnej sprawie wyrok NSA z 21 września 1993 roku (II SA 90/95), ONSA 1995 nr 1 poz. 8, także wyrok NSA z 1 lipca 1992 roku (SA/Gd 423/92), ONSA 1993 nr 3 poz. 61.

¹⁹ Dz.U. 1995 nr 124 poz 601.

²⁰ ONSA 1997 nr 3 poz. 120, także wyrok NSA z 9 września 1996 roku (II SA 966/96), Wokanda 1997 nr 4 s.41.

²¹ Wokanda 1996 nr 2 s.29.

Stanowisko to przetrwało aż do nowelizacji ustawy z dnia 21 kwietnia 2001 roku²², która w art. 14 ust. 1 wprowadziła zasadę głosowania jawnego.

Rada gminy do wykonywania określonych zadań może powoływać stałe lub doraźne komisje (art. 21 usg). W omawianym przez nas okresie przyjęte było unormowanie, dające możliwość powołania do składu komisji osób nie będących radnymi. Zasada ta nie dotyczyła jednak komisji rewizyjnej, do powołania której obligowała rady nowela do ustawy z dnia 29 września 1995 roku²³ w art. 18a ust. 2 usg).

Stosując w praktyce art. 21 usg rady przyjmowały wiele kontrowersyjnych rozwiązań. Rada Miejska w Sz. Z. postanowiła, co prawda, powołać do stałych komisji osoby spoza rady, lecz jednocześnie nie powołała trojga radnych do żadnej z funkcjonujących komisji, pomimo, że wyrazili gotowość udziału w ich pracach. Swoją decyzję, w odpowiedzi na skargę, Rada tłumaczyła tym, że nie ma obowiązku powoływania radnego do komisji, gdyż swój mandat może realizować choćby na posiedzeniach plenarnych. Ze stanowiskiem tym nie zgodził się Naczelny Sąd Administracyjny. W wyroku z dnia 5 stycznia 1995 roku (SA/Wr 2460/94)²⁴ wyraził pogląd, że „rada gminy, która [...] powołała stałe komisje do określonych zadań i wybrała w ich skład także osoby spoza rady, nie może odmówić jednemu lub kilku radnym czynnego uczestnictwa w pracach komisji w ogóle”.

Zdarzył się także przypadek szczególnej interpretacji art. 21 usg w Gminie M., gdzie tamtejsza Rada, dokonując zmiany statutu pozbawiła osoby spoza rady, wchodzące w skład komisji, prawa głosowania. I w tym wypadku, NSA, wyrokiem z 13 czerwca 1996 roku (SA/Gd 1798/95)²⁵, uznał to działanie za rażąco sprzeczne z prawem, gdyż uprawnienia tych osób są w komisjach identyczne z prawami radnych, wchodzących w skład owych komisji.

²² Dz.U. 2001 nr 45 poz. 497.

²³ Dz.U. 1995 nr 124 poz 601.

²⁴ ONSA 1996 nr 1 poz. 26., por. także wyrok NSA z 17 lutego 1995 roku (SA/Wr 54/95), Wspólnota 1995 nr 31 s. 24.

²⁵ ONSA 1997 nr 2 poz. 93.

²⁶ Dz.U. 2001 nr 45 poz. 497.

Problem z osobami spoza rady, wchodzącymi w skład komisji został zamknięty definitywnie dopiero nowelą kwietniową 2001 roku²⁶, w której znalazł się zapis, że odtąd w skład stałych i doraźnych komisji mogą wchodzić jedynie radni gminy. Warto dodać, że stan ten istniał tak długo tylko w gminach, gdyż ustawy: o samorządzie powiatowym²⁷ oraz o samorządzie województwa²⁸ przewidywały już w swej pierwotnej wersji, że tylko radni mogą być członkami komisji.

Do nowelizacji ustrojowej ustawy gminnej z dnia 29 września 1995 roku²⁹ nie przewidywano możliwości tworzenia klubów radnych. Zmiana ustawy, poprzez wprowadzenie do art. 23 nowego ust. 2 nie regulowała szczegółowo zagadnienia trybu powstania i organizacji klubów. Miały one działać na zasadach określonych w statucie gminy. Rodziło to rozmaite konsekwencje, między innymi co do ustalenia wysokiego limitu osobowego przy tworzeniu klubów, w sytuacji niewielkiej liczebności ustawowego składu rady. W Radzie Gminy W.-W. liczącej 32 radnych ustanowiono limit 11 radnych dla utworzenia klubu. Część zatem radnych, w tym wypadku, ośmiu zostało pozbawionych możliwości utworzenia własnego klubu. Skarga, skierowana przez nich do NSA, przyniosła efekt w postaci rozstrzygnięcia z dnia 28 listopada 1996 roku (II SA 910-917/96)³⁰ następującej treści: „przy niewielkiej liczebności ustawowego składu rady ustalenie w statucie gminy wysokiego limitu osobowego przy tworzeniu klubów radnych stanowi istotne naruszenie [...] ustawy [...] o samorządzie terytorialnym”.

Sprawa ta zakończyła się pomyślnie dla skarżących radnych. Miała jednak swój kolejny epilog po upływie roku. W związku bowiem z powyższym wyrokiem Rada Gminy W.-W. dokonała zmiany statutu, dającej możliwość utworzenia klubu przez opozycyjnych, jak się okazało, radnych. Jednak uchwałą tą jednocześnie Rada przyjęła zapis, że „klub rozpoczyna swoją działalność w momencie zatwierdzenia jego regulaminu przez Radę”. Warunek ten spowodował kolejną reakcję radnych, którzy uznali to za niedopuszczalną ingerencję w wewnętrzną organizację i zasady działania klubu. I tym razem NSA w wyroku z dnia 25 sierpnia 1997 roku (II SA 310-316/97)³¹ przychylił

²⁷ Dz.U. 1998 nr 91 poz. 578

²⁸ Dz.U. 1998 nr 91 poz. 576.

²⁹ Dz.U. 1995 nr 124 poz. 601.

³⁰ ONSA 1997 nr 4 poz. 167.

³¹ ONSA 1998 nr 2 poz. 70.

się do zdania skarżących, uznając, że zapis ten wykracza poza zapis art. 23 ust. 2 usg, a ma w istocie utrudnić w sposób poza ustawowy działalność klubu.

Zagadnienia dotyczące funkcjonowania klubów radnych są do dzisiaj całkowicie aktualne, gdyż na wszystkich szczeblach samorządowych przewidziano możliwość tworzenia tych struktur.

d) zarząd gminy

Organem wykonawczym samorządu gminnego jest zarząd (art. 26 ust. 1 usg). Jak stanowi art. 29 usg, po upływie kadencji rady zarząd działa do dnia wyboru nowego zarządu. Przepis ten w Mieście J.Z. wywołał spore zamieszanie. W związku bowiem z patową sytuacją w kwestii wyboru burmistrza przez radę nowej kadencji oraz rezygnacją dwóch członków działającego nadal zarządu poprzedniej kadencji, nowa rada postanowiła przeprowadzić wybory uzupełniające na zwolnione dwa stanowiska. W wyniku przeprowadzonego w kilku turach głosowania tajnego Rada Miejska stosowną uchwałą powołała w skład zarządu dwóch radnych. Nieważność powyższej uchwały stwierdził Wojewoda w drodze rozstrzygnięcia nadzorczego. Sprawa, w związku ze skargą wniesioną przez Gminę, poddana została ocenie NSA. Sąd w swoim wyroku z dnia 10 marca 1995 roku (SA/Wr 2510/94)³² wyraził pogląd, że pojęcie kadencji określone w art. 16 usg dotyczy nie tylko rady, ale także jej komisji oraz zarządu gminy. W związku z tym „[...] zarząd gminy w składzie wybranym przez radę gminy minionej kadencji jest umocowany i zobowiązany do dalszego działania do dnia wyboru zarządu przez radę bieżącej kadencji. Rada ta [...], ma obowiązek dokonać wyboru nowego zarządu spośród swoich członków, nie może więc dokonywać zmian w składzie zarządu wybranego przez poprzednią radę przez odwołanie poszczególnej jej członków i powołanie na ich miejsce nowych członków zarządu”.

Część orzecznictwa NSA została poświęcona statusowi zastępcy przewodniczącego zarządu w gminie. W związku z praktyką rezygnacji z wyboru zastępcy wójta czy burmistrza wypowiedział się w tej kwestii Sąd administracyjny w wyroku z dnia 8 listopada 1995 roku (SA/Wr 2184/95)³³

³² ONSA 1995 nr 4 poz. 188.

³³ ONSA 1996 nr 4 poz. 169.

w sprawie skargi Gminy O. na rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody w przedmiocie stwierdzenia nieważności uchwały jej Rady, która, dokonując zmian w statucie, zlikwidowała stanowisko zastępcy wójta. NSA ustalił, że „rada gminy jest obowiązana dokonać wyboru zastępcy lub zastępców wójta (burmistrza) i nie może zaniechać utworzenia tego stanowiska w gminie”. W uzasadnieniu wskazano przy tym na możliwość powołania zastępcy, który będzie pracować w gminie tylko w czasie nieobecności wójta, a także wyboru na nietatowe stanowisko zastępcy wójta sekretarza gminy. Skład orzekający NSA powołał się przy tym na wyrok z 27 czerwca 1991 roku (SA/Po 1479/99)³⁴, który przyjął, że „przepisy ustawy [...] o samorządzie terytorialnym [...] nie zawierają zakazu łączenia stanowiska zastępcy burmistrza ze stanowiskiem sekretarza gminy”.

Szczególny przypadek kontrowersyjnego wyboru członków zarządu miał miejsce w Mieście Ch., gdzie burmistrz, którego wybór został nieco później unieważniony, przedstawił kandydatów na swoich zastępców, następnie prawidłowo wybranych przez Radę. Wojewoda stwierdził jednak nieważność i tej uchwały, co spowodowało wystąpienie przez Radę ze skargą do NSA. Sąd podzielił jednak stanowisko Wojewody, orzekając w wyroku z dnia 18 września 1990 roku (SA/Wr 850/90)³⁵, że „tylko prawomocnie wybrany burmistrz jest uprawniony do przedstawienia kandydatów na swoich zastępców i jedynie spośród tak przedstawionych kandydatów rada może dokonać wyboru”.

Na wokandzie NSA częstokroć znajdowały się sprawy dotyczące udzielenia bądź nie udzielenia absolutorium zarządowi gminy. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 2 usg do wyłącznej właściwości rady należy „rozpatrywanie sprawozdania z wykonania budżetu oraz podejmowanie uchwały w sprawie udzielenia lub nie udzielenia absolutorium zarządowi z tego tytułu”. Zastosowanie powyższego przepisu w praktyce budziło szczególnie dużo kontrowersji. Rada Gminy T. postanowiła w drodze dwóch odrębnych uchwał przyjąć sprawozdanie z działalności finansowej gminy oraz odmówić udzielenia absolutorium zarządowi gminy. Z rozstrzy-

³⁴ ONSA 1991 nr. 3-4 poz. 67.

³⁵ ONSA 1990 nr 4 poz. 3.

gnięciem nadzorczym wystąpiła właściwa miejscowo Regionalna Izba Obrachunkowa, uznając, że absolutorium łączy się ściśle z oceną działalności finansowej gminy. Dlatego przyjęcie sprawozdania i udzielenie absolutorium z tego tytułu powinno nastąpić w jednej uchwale. Sprawę tę ostatecznie rozstrzygał Sąd administracyjny, który wyrokiem z dnia 29 grudnia 1993 roku (SA/Lu 1198/93)³⁶ stwierdził, że „udzielenie absolutorium lub odmowa jego udzielenia zarządowi gminy z tytułu działalności finansowej za rok miniony należy do wyłącznej kompetencji rady gminy, która uchwałę w tym przedmiocie podejmuje po rozpatrzeniu sprawozdania zarządu gminy i po dokonaniu oceny działalności finansowej gminy za ten rok”. NSA nie podzielił zdania RIO, że podjęcie uchwały w sprawie przyjęcia sprawozdania z działalności finansowej gminy za dany rok kalendarzowy automatycznie powoduje obowiązek podjęcia przez radę gminy uchwały o udzieleniu zarządowi gminy absolutorium za ten rok kalendarzowy. Sąd stwierdził w swoim uzasadnieniu, że uchwały te są względem siebie niezależne, a z tego tytułu postępowanie rady gminy należało uznać za zgodne z prawem. Sąd wytknął, co prawda, że uchwała o przyjęciu sprawozdania finansowego zapadła po uchwale o nie udzieleniu absolutorium, jednak to nie może stanowić podstawy do stwierdzenia nieważności przedmiotowej uchwały, świadczy natomiast o wadliwości pracy rady.

Podejście Sądu zaprezentowane powyżej znalazło swoje odbicie w orzeczeniach także innych składów sędziowskich³⁷. Interesująca w tej mierze jest także uchwała NSA z 17 lutego 1997 roku (FPS 8/96)³⁸ następującej treści: „rozpatrzenie sprawozdania z wykonania budżetu bez zastrzeżeń nie pozbawia rady gminy prawa do podjęcia uchwały o nie udzieleniu absolutorium z tego tytułu zarządowi, chyba że sprawozdanie takie wykazuje zgodność budżetu wykonanego z budżetem uchwalonym”.

Oryginalny przypadek zdarzył się również w Gminie W.M., gdzie tamtejsza Rada udzieliła absolutorium przewodniczącemu i jednemu człon-

³⁶ ONSA 1995 nr 1 poz. 23

³⁷ Por. wyrok NSA z 17 lutego 1994 (SA/Gd 16697/93) z głosem krytyczną K. Sawickiej, Samorząd Terytorialny 1995 nr 4 s.70, wyrok NSA z 29 października 1998 roku (I SA/Po 1522/98), Wspólnota 1999 nr 28 s.26.

³⁸ ONSA 1997nr 2 poz. 52.

kowi zarządu. Rada Gminy, w skardze do NSA na rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody, broniła się tym, że indywidualna ocena pracy członków zarządu jest „zgodna z duchem demokracji”. W tej sprawie jednoznacznie orzekł Sąd w wyroku z dnia 11 września 1991 roku (II SA 641/91)³⁹, iż przepisy dotyczące absolutorium „odnoszą się do zarządu gminy jako organu kolegialnego i nie przewidują indywidualnego absolutorium dla jego członków”.

Zagadnieniem ogromnie interesującym ze społecznego punktu widzenia stały się od początku działania samorządu gminnego wynagrodzenia, ustalane w szczególności dla członków zarządu. Przedmiotem krytyki stały się zbyt wysokie uposażenia w samorządzie, a także utajnianie informacji o ich wysokości. Samorządowcy częstokroć powoływali się na ochronę swego dobrego imienia i danych osobowych. W tej właśnie sprawie został wydany wyrok z dnia 6 maja 1997 roku (II SA/Wr 929/96)⁴⁰ W obszernym uzasadnieniu NSA stwierdził, że „wysokość wynagrodzenia członków zarządu gminy (wójta, burmistrza i ich zastępców) nie należy wyłącznie do sfery prywatności osób piastujących te stanowiska, gdyż wiąże się z ich funkcją publiczną. [...] organ gminy nie może odmówić redaktorom prasowym udzielenia informacji o wysokości wynagrodzenia za pracę osób piastujących te stanowiska”.

Niechęć do ujawniania zarobków przez osoby piastujące najważniejsze funkcje w samorządzie była jednak widoczna i w okresie późniejszym. Sprawę tę, podobnie jak inne wypadki zatajania rozmaitych informacji o działalności organów samorządowych, przeciąć miała ostatecznie nowelizacja ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 roku⁴¹, stwierdzająca w art. 11b w ust. 1, że „działalność organów gminy jest jawna. Ograniczenia jawności mogą wynikać wyłącznie z ustaw”, w ust.2 natomiast, że „jawność działania organów gminy obejmuje w szczególności prawo obywateli do uzyskiwania informacji, wstępu na sesje rady gminy i posiedzenia jej komisji, a także dostępu do dokumentów wynikających z wykonywania zadań publicznych, w tym protokołów posiedzeń organów gminy

³⁹ ONSA 1991. nr 3-4 poz. 79.

⁴⁰ ONSA 1998 nr 2 poz. 54.

⁴¹ Dz.U. 2001 nr 45 poz. 497.

i komisji rady gminy”. Ponadto uprawnienia obywatela do uzyskiwania informacji unormowała ustawa z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej⁴².

Pierwsze jednak doświadczenia, związane z funkcjonowaniem tych zapisów w praktyce, okazały się wielce niepokojące. Funkcjonariusze samorządowi nadal w znacznej części bronią się przed ujawnianiem tego typu danych, postrzegając to w kategoriach ataku na nich⁴³.

3. Podsumowanie

Bogate orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego w kwestiach ustrojowych samorządu gminnego świadczy o tym, jak różnorodna była praktyka stosowania ustawy. Po części było to konsekwencją tego, że rozwiązania ustrojowe samorządu terytorialnego były w roku 1990 zupełną nowością i tworzyły nową formułę demokracji lokalnej. Organy samorządu gminnego odwołując się do zasady, że „to czego prawo nie zabrania, jest dozwolone” podejmowały rozstrzygnięcia niezgodne z przepisami ustawy, w szczególności poprzez powoływanie organów poza ustawowych, brak właściwej organizacji rady, w tym niewłaściwie pojętego statusu przewodniczącego rady, sposobu głosowania uchwał czy pracy jej organów wewnętrznych: komisji i klubów. Wiele kontrowersji budziła sprawa wyboru członków zarządu, a w szczególności kwestia dotycząca przewodniczącego i jego zastępcy. Interesujące były rozstrzygnięcia dotyczące wzajemnych relacji pomiędzy radą a zarządem, głównie w sprawie udzielenia lub nie udzielenia absolutorium zarządowi, a także ważne z punktu widzenia opinii publicznej zagadnienia związane z wynagrodzeniami i dietami osób funkcyjnych oraz radnych.

Dzięki badaniu orzecznictwa NSA można zauważyć, jakie tendencje w ustrojowym funkcjonowaniu samorządu pojawiły się na przestrzeni kilkunastu lat. Dotyczą one szczególnie pojmowania zasad demokratycznego ustroju, który zakłada jawność sprawowania władzy.

⁴² Dz.U. 2001 nr 112 poz. 1198.

⁴³ Por. artykuł J. Kostrz „*Kto się boi informacji*”, dodatek lokalny do Gazety Krakowskiej z dnia 8 stycznia 2002, r. LIII nr 6 s. VIII.

Uwaga orzecznictwa skupiona na tej problematyce niewątpliwie miała wpływ na wielokrotne nowelizacje przepisów ustawy o samorządzie gminnym, z których za najważniejsze w kwestiach ustrojowych należy uznać zmiany z 1995 oraz 2001 roku. Nadal jednak, a szczególnie w obecnym okresie przed zbliżającymi się wyborami samorządowymi, nabrzmiewa dyskusja o potrzebie przyjęcia nowych ustrojowych rozwiązań w samorządzie nie tylko gminnym, ale także powiatowym i wojewódzkim.

Problematyka polskiego prawa farmaceutycznego na tle akcesji Polski do Wspólnot Europejskich.

Nie każdy zdaje sobie sprawę z tego, że tzw. produkt leczniczy zakupiony w aptecce ma poza sobą, obok złożonego procesu technologicznego, cały ciąg aktów administracyjnych, tzn. aktów stosowania prawa administracyjnego podejmowanych przez organy administracji publicznej, które regulują zachowania przedsiębiorców mających za przedmiot działalności różnorodną aktywność gospodarczą związaną z produktami leczniczymi. Celem tego artykułu jest przybliżenie problematyki związanej z reglamentacją działalności gospodarczej w przedmiocie produktów leczniczych z uwzględnieniem wymogów prawa europejskiego, które stawiane są polskim regulacjom prawnym w związku z wstąpieniem Polski do Wspólnot Europejskich.

I. Polska publicznoprawna reglamentacja działalności gospodarczej

Dopuszczanie do obrotu, wytwarzanie, reklama, przechowywanie i wprowadzanie do obrotu produktów leczniczych wraz z wymogami dotyczącymi aptek, hurtowni farmaceutycznych i placówek obrotu pozaaptecznego - stanowi materię ustawową istotną nie tylko z punktu widzenia zajmującego się tą działalnością przedsiębiorcy, ale także z punktu widzenia postanowień prawa publicznego, chroniącego w swych normach prawidłowe, proporcjonalne (adekwatne) relacje pomiędzy dobrem ogółu (interesem publicznym) a wynikającym z norm prawa powszechnie obowiązującego interesem jednostki (interesem prywatnym)¹. Stąd też ta specyficzna dziedzina sfery sto-

¹ Obecnie ustawodawca wyodrębnił problematykę produktów leczniczych (dawniej środków farmaceutycznych) od problematyki wyrobów medycznych (dawniej materiałów medycznych), stanowiąc w tym przedmiocie dwie odrębne regulacje ustawowe, a to: ustawą z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne; ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o wyrobach medycznych. Ustawą towarzyszącą jest ustawa ustrojowa z dnia 27 lipca 2001 r. o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Wejście w życie tych w/w ustaw reguluje ustawa z dnia 6 września 2001 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo farmaceutyczne, ustawą o wyrobach medycznych oraz ustawą o Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Wszystkie w/w ustawy są opublikowane: Dz. U. z 2001, Nr 126.

sunków społecznych i jednocześnie gospodarczych, opiera się nie tylko na zasadzie wolności (swobody) działalności gospodarczej ale także na, traktowanej w konwencji wyjątku, zasadzie ograniczenia wolności działalności gospodarczej.

Zgodnie z brzmieniem art. 20 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.², ustrój polskiej gospodarki został skonstruowany na zasadzie społecznej gospodarki rynkowej opartej na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Jednocześnie art. 22 Konstytucji RP stanowi, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Z prawnego punktu widzenia treść art. 22 Konstytucji RP stanowi podstawę prawną do tzw. reglamentowania, z uwagi na kryterium ważnego interesu publicznego, prowadzenia działalności gospodarczej poprzez treść ustaw zaliczanych do prawa publicznego, a więc rozstrzygającego w swych normach (wzorach powinnoego zachowania się) relacje pomiędzy, z jednej strony: dobrem publicznym, interesem państwowym, społecznym, regionalnym, lokalnym; a z drugiej strony: opartym na prawie interesem jednostki (tj. podmiotu administrowanego, reglamentowanego w swych zachowaniach przez administrację publiczną). Reglamentacja, o której mowa w art. 22 Konstytucji RP polega m. in. na tym, iż podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej przez dany podmiot jest możliwe po uzyskaniu od organu administracji publicznej (rządowej lub samorządowej) stosownego zezwolenia bądź koncesji (decyzji administracyjnej), będących w swej istocie władczymi rozstrzygnięciami organu administracyjnego, podejmowanymi jednostronnie (to organ samodzielnie formułuje treść decyzji) i autorytatywnie (przy użyciu władztwa publicznego władzy wykonawczej) na podstawie prawa administracyjnego i wydawanymi tylko na wniosek zainteresowanego podmiotu chcącego prowadzić określoną działalność gospodarczą.

² Dz. U. Nr 78, poz. 483.

I.2. Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczypospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi z drugiej strony, sporządzony w Brukseli dnia 16 grudnia 1991 r. a ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej: pojęcie działalności gospodarczej, przedsiębiorcy, osoby zagranicznej, przedsiębiorcy zagranicznego, oddziału i przedstawicielstwa przedsiębiorców zagranicznych.

I.2.1. Podstawowym aktem prawnym określającym zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP oraz zadania organów administracji rządowej, organów jednostek samorządu terytorialnego (gmina, powiat, samorząd województwa), w zakresie działalności gospodarczej jest ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej³, (zwana dalej updg), która w swych zasadniczych postanowieniach weszła w życie z dniem 1 stycznia 2001 r. To właśnie w treści art. 5 updg ustawodawca dookreślił treść konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej, stanowiąc, iż „podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa”.

Art. 2 ust. 1 updg określa pojęcie działalności gospodarczej podnosząc, iż stanowi ją „zarobkowa działalność wytwórcza, handlowa, budowlana, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”⁴. W art. 2 ust. 2 updg ustawodawca zawarł definicję przedsiębiorcy, stwierdzając, iż „jest nim, w rozumieniu ustawy, osoba fizyczna, osoba prawna oraz nie mająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego, która

³ Dz. U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm. Zob. także: M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Kraków, Zakamycze 2000.

⁴ C. Kosikowski, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego (dalej: PUG), Nr 2 z 1999 r., s. 2-7; K. Strzyczkowski, *Instytucje prawa działalności gospodarczej. Uwagi o projekcie ustawy Prawo działalności gospodarczej*, PUG, Nr 4 z 1999 r., s. 2-12; C. Kosikowski, *Zasady reglamentacji działalności gospodarczej w projekcie ustawy - Prawo działalności gospodarczej*, PUG, Nr 5 z 1999 r., s. 8-12; C. Kosikowski, *Problemy reglamentacji działalności gospodarczej w Polsce*, (w:) *Instytucje Współczesnego Prawa Administracyjnego. Księga Jubileuszowa prof. J. Filipka*, red. I. Skrzydło-Niżnik, P. Dobosz, D. Dąbek, M. Smaga, Wydawnictwo UJ, Kraków 2001 r.

zawodowo, we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą, o której mowa w art.2 ust. 1 updg”. Ustawodawca zarazem doprecyzował, poprzez brzmienie art.2 ust.3 updg, pojęcie przedsiębiorcy, dodając że „za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, o której mowa w art. 2 ust. 1 updg”⁵.

I.2.2. Jednocześnie, mając na uwadze obowiązki w zakresie zapewnienia zgodności ustawodawstwa polskiego z ustawodawstwem Wspólnoty wynikające z treści art. 68 - art. 70 Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczypospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich Państwami Członkowskimi z drugiej strony⁶, zwanego dalej UE, który wszedł w życie z dniem 1 lutego 1994 r., i który z punktu widzenia konstytucyjnej problematyki źródeł prawa powszechnie obowiązującego stanowi ratyfikowaną za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie umową międzynarodową, bezpośrednio stosowaną po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw RP, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 241 ust. 2 Konstytucji RP z 1997 r.)⁷- polski ustawodawca zawarł w treści updg regulacje prawne dotyczące zakresu podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez obywateli państw obcych, osoby zagraniczne, przedsiębiorców zagranicznych (rozumianych, zgodnie z treścią art. 4 pkt 4) updg, jako osoby zagraniczne wykonujące działalność gospodarczą za granicą).

⁵ A. Walaszek-Pyziół. *Status prawny przedsiębiorcy w świetle projektu ustawy - Prawo działalności gospodarczej*. PUG, Nr 5 z 1999 r., s. 2-8.

⁶ Dz. U. z 1994 r., Nr 11, poz. 38.

⁷ S. Biernat. *Źródła prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, (w:) *Administracja publiczna u progu XXI wieku, Prace dedykowane prof. J. Szreniawskiemu*. Przemysł 2000, s. 59-61.

⁸ Traktat o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej został podpisany w dniu 25 marca 1957 r. w Rzymie, wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1958 r. Aktualna nazwa traktatu - Traktat o Utworzeniu Wspólnoty Europejskiej (TWE), obowiązuje po wejściu w życie Traktatu o Unii Europejskiej, tj. z dniem 1 listopada 1993 r., podpisanego w dniu 7 lutego w Maastricht. Traktat Amsterdamski, podpisany w dniu 2 października 1997 r., który wszedł w życie z dniem 1 maja 1999 r., zmienił dotychczas obowiązującą numerację artykułów TWE. W nawiasach podana jest numeracja obowiązująca przed dokonaniem zmian. Tekst Traktatu w języku polskim z uwzględnieniem zmian: A. Przyborowska-Klimczak, E. Skrzydło-Tefelska, *Dokumenty Europejskie*, tom III, Lublin 1999 r.

Słowem wyjaśnienia należy dodać, iż zgodnie z treścią art. 310 (wcześniej art 238), Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej⁸, (zwanego dalej TWE) - Układ Europejski jest zaliczany, z punktu widzenia źródeł prawa wspólnotowego, do tzw. umownych źródeł prawa. W związku z tym, jak podnoszone jest w literaturze przedmiotu, dla uzyskania bezpośredniej skuteczności postanowień UE we Wspólnocie Europejskiej niezbędne jest „spełnienie wymogów dostatecznej precyzji, bezwarunkowo ci i braku dużego marginesu oceny”⁹.

W polskiej doktrynie prawa europejskiego podkreśla się, „że w odniesieniu do problematyki wolności gospodarczej, przesłankom tym nie odpowiadają te postanowienia UE, których realizacja uzależniona jest od upływu określonych okresów przejściowych (art. 44 w zw. z art 6 UE); od podjęcia niezbędnych działań lub aktów wykonawczych przez Radę Stowarzyszenia, chociaż jej decyzje wiążą strony i zobowiązują je do podejmowania działań niezbędnych dla ich wykonania (art. 46 i art. 51 w zw. z art. 102 i n. oraz art. 6 pkt 2-3 UE); te postanowienia UE, których realizacja pozostawiona została dalszym negocjacom (np. art. 23 UE) lub uznaniu stron (np. art. 41 UE), względnie ma charakter progresywny (np. art. 71 i n. UE)”¹⁰.

Skutkiem prawnym wejścia w życie z dniem 1 lutego 1994 r. UE, jest powinność strony polskiej w odniesieniu do działalności przedsiębiorstw już założonych w Polsce zapewnienia traktowania nie mniej korzystnego niż traktowanie własnych przedsiębiorstw i obywateli, natomiast w tym zakresie, w jakim obowiązujący porządek prawny od dnia wejścia w życie UE nie gwarantował takiego traktowania - powinność zmiany tego porządku w pierwszym etapie realizacji postanowień UE (art. 44 pkt 1 (II) w zw. z art. 6 UE).

Jednocześnie trzeba podkreślić, że bezpośrednio po wejściu w życie UE, Polska stosowała zasadę traktowania narodowego podmiotów pochodzących ze wspólnot, działających we wszystkich dziedzinach przemysłu - z wyłączeniem tych, które wymagały uzyskania zezwolenia na podstawie obowiązujących wówczas: ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej

⁹ S. Biernat, A., Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków, Zakamycze 2000, s. 147.

¹⁰ *Ibidem*.

i ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym¹¹; oraz w sferze budownictwa (Załącznik XIIa).

Do końca pierwszego etapu na Polską została nałożona powinność usunięcia odmienności traktowania podmiotów gospodarczych Wspólnot we wszystkich dziedzinach produkcji przemysłowej, włącznie z dziedzinami wymagającymi zezwolenia na podstawie w/ w ustaw a także w znacznej części sektora usług, z wyłączeniem usług finansowych i prawnych (Załącznik XIIB i XIIC).

Opisane skutki prawne wejścia w życie UE należy także odpowiednio postrzeżać w kontekście zasady asymetrii a także zasady standstill¹². Zgodnie z zasadą asymetrii działania obu stron UE, które zmierzać mają do wzajemnej liberalizacji dostępu podmiotów drugiej strony do własnego terytorium w celu podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, nie bądź realizowane w takim samym tempie. Treść tej decyzji jest uzasadniana dysproporcją w poziomie rozwoju gospodarczego umawiających się stron. Zasada asymetrii jest odpowiednio dopełniona poprzez treść zasady standstill, art. 44 pkt 2 UE, w myśl której obie strony zobowiązały się jednocześnie do tego, że nie bądź wzajemnie pogarszać swej sytuacji prawnej w stosunku do tej sytuacji, jak istniała pomiędzy nimi w chwili zawierania umowy; nie wyklucza to jednak możliwości wprowadzania jakichkolwiek zmian w tym względzie (art. 45 pkt 1 UE).

W uchwalonych w dniu 19 listopada 1999 r. normach updg polski ustawodawca musiał zatem uwzględnić zawartą w art. 44 UE zasadę traktowania narodowego, w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej, zgodnie z którą obywatele i przedsiębiorstwa umawiających się stron mają być traktowani przez nie na terytorium każdej strony, tak jak obywatele tej strony. Z zasady tej wyprowadzany jest zakaz dyskryminacji na własnym terytorium obywateli i przedsiębiorstw drugiej strony (art. 113 pkt 1 UE), o ile wyraźnym przepisem UE nie został wprowadzony

¹¹ Na podstawie art. 99 updg, z dniem 1 stycznia 2001 r. utraciła moc ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz. U. z 1997 r., Nr 26, poz. 143 z późn. zm.). Zob. B. Ptak, *Spółka z udziałem zagranicznym. Kompendium*. Kraków, Zakamycze 1999 r.

¹² S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 148.

w tym względzie wyjątek lub ograniczenie (art. 50 i art. 53 UE). Należy podkreślić, że do praktycznego stosowania zasady traktowania narodowego nie odnosi się zasada wzajemności, co oznacza moc wiążącą zasady traktowania narodowego niezależną od zachowania drugiej strony. W literaturze przedmiotu podnosi się, że na podstawie brzmienia UE zasada traktowania narodowego podlega ograniczeniom o charakterze czasowym, podmiotowym, przedmiotowym (art. 50, art. 51, art. 53 pkt 1-2 UE), a nadto ma do niej zastosowanie klauzula derogacyjna odnośnie „działalności, która na terytorium każdej ze stron, nawet tylko sporadycznie, jest związana z wypełnianiem funkcji publicznych”; „ograniczeń wynikających z polityki społecznej, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia społeczeństwa”¹³. Zasada traktowania narodowego nie ma także zastosowania (co oznacza, że może być wyłączona) w przedmiocie: lotniczych usług transportowych, usług transportowych żeglugi śródlądowej oraz usług transportowych morskiej żeglugi przybrzeżnej (art. 51 pkt 1 UE).

Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 updg „Obywatele państw obcych, którzy otrzymali zezwolenie na osiedlenie się na terytorium RP, korzystają w zakresie podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP z takich samych praw jak obywatele polscy”. Odnośnie osób zagranicznych zdefiniowanych przez ustawodawcę w art. 4 pkt 3 updg jako „a) osoba fizyczna mająca stałe miejsce zamieszkania za granicą, b) osoba prawna z siedzibą za granicą, c) nie mająca osobowości prawnej spółka osób wymienionych w lit. a) lub b), z siedzibą za granicą” - polski prawodawca ustalił, że „na zasadzie wzajemności, o ile umowy międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę nie stanowią inaczej, osoby zagraniczne mogą na terytorium RP podejmować i wykonywać działalność gospodarczą, na takich samych zasadach, jak przedsiębiorcy mający miejsce pobytu stałego lub siedzibą w Polsce”.

W przypadku braku w/w zasady wzajemności, ustawodawca przyjął, że „osoby zagraniczne dla podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP mogą tworzyć wyłącznie spółki komandytowe, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne,

¹³ S. Biernat, A. Wasilewski, op. cit., s. 150-152.

a także przystępować do takich spółek oraz obejmować bądź nabywać ich udziały i akcje”.

Odrębną i szczególną uwagę, czego wyrazem jest rozdział 5 updg, ustawodawca poświęcił oddziałom i przedstawicielstwom przedsiębiorców zagranicznych. W tym zakresie ustawodawca postanowił w treści art. 35, że „dla wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP przedsiębiorcy zagraniczni mogą, na zasadzie wzajemności, o ile umowy międzynarodowe ratyfikowane przez Polską nie stanowią inaczej, tworzyć oddziały na terytorium RP”. Pojęcie oddziału zostało określone w art. 4 pkt 6) updg jako „wyodrębniona i samodzielna organizacyjnie część działalności gospodarczej wykonywana przez przedsiębiorcę poza głównym miejscem wykonywania działalności (zakładem głównym)”. Zgodnie z treścią art. 36 updg „przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział może prowadzić działalność gospodarczą wyłącznie w zakresie przedmiotu działalności przedsiębiorcy zagranicznego”.

W treści art. 43 updg polski ustawodawca stworzyć podstawy prawne do tworzenia przez przedsiębiorców zagranicznych przedstawicielstw z siedzibą na terytorium RP. W myśl art. 44 updg „zakres działania przedstawicielstwa może obejmować wyłącznie prowadzenie działalności w zakresie reklamy i promocji przedsiębiorcy zagranicznego”. Zgodnie z treścią art. 45 updg „Utworzenie przedstawicielstwa wymaga wpisu do ewidencji przedstawicielstw przedsiębiorców zagranicznych, zwanego „ewidencją” prowadzoną przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Wpis do ewidencji jest dokonywany, na podstawie złożonego wniosku i zgodnie z jego treścią, przez ministra, jak wyżej, po zasięgnięciu opinii ministra właściwego ze względu na przedmiot wykonywanej działalności przedsiębiorcy zagranicznego”.

Zgodnie z brzmieniem art. 47 updg o dokonaniu wpisu przedstawicielstwa do ewidencji wydaje się zaświadczenie. Ustawodawca sformułował w treści art. 48 przesłanki obligatoryjnej odmowy w formie decyzji administracyjnej przez ministra właściwego do spraw gospodarki, po zasięgnięciu opinii ministra właściwego ze względu na przedmiot prowadzonej działalności gospodarczej, która następuje jeżeli: 1) utworzenie przedstawicielstwa zagrażałoby bezpieczeństwu i obronności państwa lub

ochronie tajemnicy państwowej albo innemu ważnemu interesowi publicznemu, 2) wniosek dotyczy działalności wykraczającej poza zakres reklamy i promocji przedsiębiorcy zagranicznego albo zawiera braki, które nie zostały usunięte w wyznaczonym terminie, a także gdy do wniosku nie zostały dołączone wymagane ustawą dokumenty.

Przedstawione powyżej postanowienia UE i updg są koherentne z przepisami Traktatu o Utworzeniu Wspólnoty Europejskiej (TWE). Zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej została uregulowana w przepisach art. 43-48 (52-58) TWE. Zawarte w nich normy zapewniają obywatelom państw członkowskich Wspólnoty prawo do podejmowania i wykonywania samodzielnej działalności gospodarczej na terytorium innego państwa członkowskiego na takich samych warunkach jakie państwo przyjmujące gwarantuje własnym obywatelom. Swobodę prowadzenia działalności gospodarczej wyłącza art. 45 (55) TWE, zgodnie z którym przepisy dotyczące swobody prowadzenia działalności gospodarczej nie mają zastosowania do działalności, która w danym państwie członkowskim stale lub przejściowo związana jest z wykonywaniem władzy publicznej¹⁴. Drugie ograniczenie wprowadza treść art. 46 (56) TWE stanowiąc, że postanowienia TWE w przedmiocie swobody prowadzenia działalności gospodarczej oraz wprowadzone na ich podstawie środki nie sprzeciwiają się stosowaniu przepisów prawnych i aktów administracyjnych, które przewidują szczególną regulacją w stosunku do cudzoziemców ze względu na porządek, bezpieczeństwo lub zdrowie publiczne¹⁵.

I.3. Koncesja jako uznaniowa forma (decyzja) reglamentacji przez organ koncesyjny działalności gospodarczej.

Reglamentacyjny, w odniesieniu do działalności gospodarczej, aspekt postanowień (regulacji) updg sprowadza się przede wszystkim do treści art. 14 updg, wprowadzającego wymóg uzyskania koncesji w zakresie konkretnych, wymienionych w tej ustawie, 8 dziedzin działalności gospodarczej, stanowiąc, iż wprowadzenie innych koncesji w dziedzinach

¹⁴ K. Pokryszka, *Ograniczenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej w prawie Wspólnot Europejskich*. Prawo Unii Europejskiej, Wrzesień/Październik 2001. s. 23-25.

¹⁵ K. Pokryszka, op. cit. s. 25-27.

działalności gospodarczej mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny jest dopuszczalne tylko w przypadku, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu zezwolenia oraz, co istotne, wymaga zmiany updg. Zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej pod-legającej koncesjonowaniu określają przepisy odrębnych ustaw. Jako zasadę, mogącą mieć wyjątki, ustawodawca przyjął, iż koncesje są wydawane przez ministra właściwego ze względu na przedmiot działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu. Koncesji udziela się na czas oznaczony, nie krótszy niż 2 lata i nie dłuższy niż 50 lat. Samo rozstrzygnięcie (decyzja administracyjna) ma tzw. w doktrynie prawa publicznego (administracyjnego) charakter uznaniowy, co oznacza, że z uwagi na zagrożenie obronności lub bezpieczeństwa Państwa a także z względu na inny ważny interes publiczny, lub gdy o udzielenie ograniczonej liczby koncesji wnioski złożyło, więcej niż liczba koncesji, wnioskodawców - organ koncesyjny może odmówił wydania koncesji. Ustawodawca skonstruował upoważnienie do wydawania koncesji w taki sposób, że pozostawił organowi koncesyjnemu określanie rodzaju następstwa prawnego a więc to, czy decyzja będzie pozytywna, czy też negatywna względem treści wniosku o udzielenie koncesji. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie oznacza, że odstąpił od zastosowania normy, przy pomocy której sam ustawodawca „z góry” zdeterminowałby treść decyzji organu koncesyjnego poprzez określenie przesłanek, których zaistnienie jest związane z wydaniem pozytywnego rozstrzygnięcia (tzw. decyzja związana)¹⁶.

I.4. Zezwolenie (pozwolenie) jako związana forma (decyzja) reglamentacji działalności gospodarczej przez organ zezwalający.

Słabszą postacią reglamentacji działalności gospodarczej, z uwagi na stosowany zakres władztwa publicznoprawnego (administracyjnego), jest instytucja zezwolenia, przy pomocy której tzw. organ zezwalający przydziela wnioskującemu przedsiębiorcy uprawnienie do prowadzenia określonej w ustawie szczególnej (odrębnej niż updg), dzia-

¹⁶M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Uniwersytet M. Kopernika, Toruń 1983 r., s. 91 i n.

łalności gospodarczej. Z przedmiotowym uprawnieniem związany jest oczywiście cały kompleks obowiązków nałożonych przez updg i inne przepisy powszechnie obowiązujące na podmiot korzystający z zezwolenia. W treści art. 28 updg ustawodawca postanowił, iż organ zezwalający wydaje zezwolenie po stwierdzeniu, że spełnione zostały wymagane prawem warunki wykonywania działalności gospodarczej w dziedzinie objętej obowiązkiem uzyskania zezwolenia. Z treści przywołanej normy prawnej wynika, że zezwolenie stanowi tzw. decyzją związaną, co oznacza, że organ zezwalający w przypadku ustalenia, iż wnioskodawca wypełnił przesłanki ustawy, ma wręcz obowiązek wydania przedmiotowego zezwolenia. A zatem organ zezwalający nie dysponuje podczas wydawania Zezwoleń tzw. uznaniem administracyjnym, Teoretycy prawa publicznego podnoszą, iż w obrębie ustaw szczególnych przesłanki pozwolenia są formułowane przy pomocy tzw. pojęć nieoznaczonych (pojęć nieostrzych, typu rękojmia należytego prowadzenia apteki), co w praktyce tworzy pewną uznaniowość przy wydawaniu zezwolenia na określoną działalność gospodarczą. Jednocześnie ustawodawca ustalił, iż przepisy odrębnych ustaw określają jaka wykonywana działalność gospodarcza wymaga uzyskania zezwolenia. Organy zezwalające oraz wszelkie warunki wykonywania działalności objętej zezwoleniami, a także tryb wydawania, odmowy wydania i cofania Zezwoleń określają przepisy odrębnych ustaw, o ile updg nie stanowi inaczej. Zgodnie z treścią art. 29 updg wydanie, odmowa wydania i cofnięcie zezwolenia następuje w drodze decyzji administracyjnej. Według art. 29 updg przedsiębiorca może ubiega się o wydanie promesy zezwolenia. Z treści art. 31 updg wynika, że zasadę jest wydawanie Zezwoleń na czas nieoznaczony, przy czym zezwolenie może być wydane na czas oznaczony na wniosek przedsiębiorcy lub jeżeli przepisy odrębne tak stanowią. Art. 33 updg uprawnia i zobowiązuje jednocześnie organ zezwalający do kontroli działalności gospodarczej w zakresie przestrzegania warunków działalności gospodarczej objętej zezwoleniem. Przedsiębiorca jest z kolei obowiązany zgłaszać organowi zezwalającemu wszelkie zmiany danych określonych w zezwoleniu.

II. Prawo działalności gospodarczej a ustawy szczególne regulujące odrębne dziedziny działalności gospodarczej. Prawo farmaceutyczne jako część szczególna prawa administracyjnego

Jak było już wyżej podnoszone, konsekwencją wejścia w życie z dniem 1 lutego 1994 r. UE, a także z dniem 1 stycznia 2001 r. postanowień updg, jest zasada traktowania narodowego, zgodnie z którą obywatele i przedsiębiorstwa umawiających się stron mają być traktowani przez nie na terytorium każdej strony, tak jak obywatele tej strony. Z praktycznego punktu widzenia zasada traktowania narodowego wymusza de facto na przedsiębiorcach i obywatelach państw członkowskich Wspólnot znajomość polskiego porządku wewnętrznego (krajowego). A zatem warto sobie postawić pytanie, czy reglamentacja działalności gospodarczej w Polsce jest jasna, spójna i nie budząca wątpliwości.

Prześledźmy zatem wskazany problem na przykładzie treści ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne.

Jako kryterium badawcze przyjmiemy tezę J. Filipka, zgodnie z którą: „W ramach zastosowania do tego samego przedmiotu norm części ogólnej i norm części szczegółowej, normy części szczegółowej nie mogą odbiegać od norm części ogólnej. Dopiero poza ramami zastosowania do tego samego przedmiotu normy części szczegółowej mają własny bardziej szczegółowy zakres obowiązywania. Ale również w tym własnym bardziej szczegółowym zakresie obowiązywania nie mogą one w niczym ograniczać obowiązywania norm części ogólnej. Innymi słowy, w stosunku norm części szczegółowej do norm części ogólnej nie może obowiązywać zasada *lex specialis derogat legi generali*. Zasada ta może obowiązywać tylko w zakresie samych norm części ogólnej albo samych norm części szczegółowej”¹⁷.

¹⁷ J. Filippek. *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*. Universitas, Kraków 1995, s. 32. Zobacz także: P. Dobosz, *Zagadnienia terminologiczne na tle problemu wyodrębnienia części ogólnej i części szczegółowej prawa administracyjnego a próba nowej definicji prawa administracyjnego*, (w:) *Instytucje Współczesnego Prawa Administracyjnego. Księga Jubileuszowa prof. J. Filipka*, op. cit. s. 141-160.

Jak wynika z treści przytoczonej wypowiedzi J. Filipka, cały sens istnienia i funkcjonowania części ogólnej (teorii) prawa administracyjnego sprowadza się do tego, że postanowienia, treść instytucji i pojęć użytych przez ustawodawcę w ustawach szczególnych (szczegółowych) z zakresu prawa administracyjnego, a więc także w obrębie prawa farmaceutycznego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z ustaleniami i dorobkiem nauki prawa administracyjnego o tychże instytucjach i pojęciach. Należy przy tym podkreślić, że przywołana teza odnosi się bezpośrednio do metody działania prawa administracyjnego w związku z czym stanowi coś więcej niż wskazówkę interpretacyjną przedstawiającą przesłanki, w których można odchodzić od zasady *lex specialis derogat legi generali*.

II.1. Analizując relacje pomiędzy treścią updg i ustawami szczególnymi, w tym prawem farmaceutycznym, należy zacząć od tego, iż uzyskanie zezwolenia wymaga prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie określonym w przepisach odrębnych ustaw, przy czym przepisy tychże odrębnych ustaw określają tzw. organy zezwalające oraz wszelkie warunki wykonywania działalności objętej zezwoleniami a także, co bardzo istotne!, tryb wydawania, odmowy wydania i cofania Zezwoleń, o ile updg nie stanowi inaczej. Normy zawarte w art. 27 updg mają fundamentalne znaczenie dla ustaw odrębnych, gdyż uznając rangę updg, trzeba przyjąć, iż cały sens updg jako ustawy wiodącej określającej zasady podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na terytorium RP sprowadza się do tego, że zasady wprowadzone przez updg nie powinny być, zgodnie z przywołaną wyżej tezę J. Filipka, przełamywane treścią ustaw odrębnych (ustaw szczególnych), a więc i prawa farmaceutycznego.

Ustawodawca uznał za szczególny dorobek postanowień updg treść ustępu 2 art. 27 updg w konsekwencji czego sformułował w treści art. 98 ust. 2 updg generalną klauzulę posługującą się konstrukcją stosunków rozwiązujących się bezpośrednio z mocy ustawy, w myśl której nieokreślenie ustawowo, w terminie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie updg, zakresu i warunków wykonywania działalności gospodarczej oraz wydawania Zezwoleń, o których mowa w art. 96 ust. 2 updg oraz w ustawach odrębnych, jak też nie wskazanie informacji i dokumentów wymaganych do złożenia wniosków o wydanie zezwolenia - powoduje z mocy prawa wygaśnięcie obowiązku uzyskania zezwolenia.

Ponieważ w treści art. 98 ust. 4 updg ustawodawca jednocześnie postanowił, że w terminie trzech lat od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy utrzymuje się w mocy przepisy ustaw odrębnych, na podstawie których wydawane są zezwolenia, o których mowa w art. 96 ust. 2 updg oraz w ustawach odrębnych, o ile okres ten nie zostanie przedłużony w odrębnej ustawie - logiczną konsekwencją brzmienia art. 98 ust. 2 updg w związku z art. 98 ust. 4 updg była konieczność odpowiedniej i szybkiej zmiany ówczesnej regulacji tj. ustawy z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych i materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i Inspekcji Farmaceutycznej, pod kątem postanowień o których mowa w art. 98 ust. 2 updg. Samo brzmienie art. 98 ust. 4 updg, bez uzupełnienia treści, o których mowa w art. 98 ust. 2 updg nie gwarantuje bytu prawnego Zezwoleń, o których mowa w art. 96 ust. 2 updg oraz w ustawach odrębnych.

Nałożony przez samego siebie obowiązek odpowiedniej nowelizacji ustaw odrębnych, ustanawiających powinność uzyskiwania zezwolenia na daną działalność gospodarczą - ustawodawca zrealizował, z pewnym opóźnieniem, w odniesieniu do materii środków farmaceutycznych (co spowodowało przez krótki czas wygaśnięcie z mocy obowiązku uzyskiwania przez przedsiębiorców stosownych Zezwoleń), poprzez uchwalenie w dniu 6 września 2001 r. całkowicie nowej ustawy w tej materii zat. Prawo Farmaceutyczne.

Dodatkowo trzeba wyjaśnić, że z dniem wejścia w życie updg, tj. z dniem 1 stycznia 2001, działalność gospodarcza objęta przed dniem wejścia w życie updg koncesjonowaniem na podstawie m.in. ustawy z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i Inspekcji Farmaceutycznej w zakresie wytwarzania środków farmaceutycznych i materiałów medycznych, prowadzenia aptek ogólnodostępnych, hurtowni farmaceutycznych, hurtowni środków farmaceutycznych i materiałów medycznych stosowanych wyłącznie u zwierząt, składów celnych i konsygnacyjnych środków farmaceutycznych i materiałów medycznych - stała się działalnością gospodarczą objętą wymogiem uzyskania zezwolenia. Dotychczasowe organy koncesyjne stały się organami zezwalającymi.

W dniu 6 września 2001 r. została uchwalona ustawa Prawo farmaceutyczne (zwana dalej upf), która wchodzi w życie na zasadach określonych ustawą z dnia 6 września 2001 r. Przepisy wprowadzające (...), tj. z dniem

1 stycznia 2002 r. Jako przedmiot regulacji upf zostały określone: 1) zasady i tryb dopuszczania do obrotu produktów leczniczych z uwzględnieniem w szczególności wymagań dotyczących jakości, skuteczności i bezpieczeństwa ich stosowania, 2) warunki wytwarzania produktów leczniczych, 3) wymagania dotyczące reklamy produktów leczniczych, 4) warunki obrotu produktami leczniczymi, 5) wymagania dotyczące aptek, hurtowni farmaceutycznych i placówek obrotu pozaaptecznego, 6) zadania Inspekcji Farmaceutycznej i uprawnienia jej organów. Przepisy ustawy stosuje się również do produktów leczniczych będących środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi i prekursorami w rozumieniu przepisów o przeciwdziałaniu narkomanii, w zakresie nieuregulowanym tymi przepisami. Cechą charakterystyczną przepisów ogólnych upf jest liczący 44 pozycje tzw. słowniczek pojęć, w którym między innymi zdefiniowane są pojęcia: Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej, Dobrej Praktyki Laboratoryjnej, Dobrej Praktyki Klinicznej, Dobrej Praktyki Wytwarzania, podmiotu odpowiedzialnego, produktu leczniczego (w różnych postaciach), audytu.

II.2. Przedmiotowy zakres pozwoleń wymaganych od przedsiębiorcy na podstawie Prawa farmaceutycznego.

Jako podstawowe zasady omawianej regulacji ustawodawca przyjął, że pozwolenia wymaga: 1) dopuszczenie (z wyjątkami) do obrotu produktów leczniczych przez Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (do obrotu dopuszczone są także produkty lecznicze, które uzyskały pozwolenia wydane przez Radę lub Komisję Europejską); wytwarzanie produktów leczniczych (organ zezwalający - Główny Inspektor Farmaceutyczny); podjęcie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej, składów celnych i konsygnacyjnych produktów leczniczych (organ zezwalający - Główny Inspektor Farmaceutyczny); prowadzenie apteki ogólnodostępnej (organ zezwalający - wojewódzki inspektor farmaceutyczny); prowadzenie apteki szpitalnej i zakładowej (tzw. zgoda wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego), prowadzenie punktów aptecznych (art. 70 ust. 4 upf - wojewódzki inspektor farmaceutyczny).

Z uwagi na fakt sprawowania przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego nadzoru nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie reklamy (odpowiednio nadzór ten sprawuje Główny Lekarz Weterynarii, art. 62 upf) - wymienione organy mogą w drodze decyzji nakazać: 1) zaprzestania ukazywania się reklamy produktu sprzecznego z obowiązującymi przepisami; 2) publikacją wydanej decyzji w miejscach, w których ukazała się reklama spreczna z obowiązującymi przepisami wraz ze sprostowaniem błędnej reklamy.

Z przyczyn oczywistych (zakres tematu) niniejsza praca musi pominąć drobiazgową charakterystykę przesłanek wydawania w/ w. pozwoleń i decyzji w zakresie reklamy, ale niezbędnej sygnalizacji (gdyż trudno tu mówić o komentarzu), wymagają nowe, w stosunku do dotychczasowych, regulacje upf.

Dorobkiem nowej ustawy jest uzyskany w wyniku postanowień updg związany charakter decyzji w sprawie pozwolenia na wprowadzenie do obrotu, wytwórnię, hurtownię, skład celny i konsygnacyjny, aptekę ogólnodostępną, szpitalny punkt apteczny - co stawia wnioskodawcę w pozytywnej sytuacji, gdyż w przypadku wyczerpania przesłanek określonych przez ustawodawcę w normie o pozwoleniu (zezwoleniu), wnioskodawca ma de facto prawo do otrzymania przedmiotowego zezwolenia.

II.2.1. Dopuszczenie do obrotu - instytucja pozwolenia na dopuszczenie do obrotu.

Jednocześnie w odniesieniu do dopuszczenia do obrotu nowa regulacja ustawowa upraszcza procedury (procedura wzajemnego uznawania art. 19 upf), określa czas trwania postępowania w sprawie dopuszczenia do obrotu produktu leczniczego (odpowiednio 210 lub 90 dni, vide art. 18 w zw. z art. 19 ust. 2 upf), ujednocila wymagania stawiane wnioskodawcom, kreuje powstanie Centralnej Ewidencji Badań Klinicznych (art. 6 ust. 2 upf) i dostosowuje polskie regulacje do standardów Unii Europejskiej. Wnioskodawcą może być tzw. podmiot odpowiedzialny, w tym także posiadający siedzibą w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub osoba fizyczna będąca obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Ustawodawca rozgraniczył także kompetencje Prezesa Urzędu i Ministra właściwego do spraw zdrowia w zakresie dopuszczania do obrotu rynko-

wego leków nie posiadających zezwolenia, stanowiąc, iż minister może w przypadku klęski żywiołowej lub innego zagrożenia życia lub zdrowia dopuścić do obrotu na czas określony produkty lecznicze nie posiadające pozwolenia. Zgodnie z treścią art. 4. ust. 1 upf do obrotu dopuszczone są bez konieczności uzyskania pozwolenia produkty lecznicze sprowadzane z zagranicy, jeżeli ich zastosowanie jest niezbędne dla ratowania życia lub zdrowia pacjenta, pod warunkiem, że dany produkt leczniczy jest dopuszczony do obrotu w kraju, z którego jest sprowadzany, i posiada aktualne pozwolenie dopuszczenia do obrotu, z zastrzeżeniem ust. 3 i 4 upf.

Jednocześnie podmiot odpowiedzialny, który uzyskał pozwolenie jest m. in. zobowiązany do wskazania osoby, która będzie sprawować ciągły nadzór nad monitorowaniem bezpieczeństwa stosowania produktu leczniczego (art. 24 ust. 1 pkt 1 upf). Ciekawą regulacją, korzystną dla tzw. podmiotów odpowiedzialnych przewiduje treść art. 32 upf, zgodnie z którą: „W przypadku zmiany podmiotu odpowiedzialnego Prezes Urzędu wydaje nowe pozwolenie na podstawie wniosku osoby wstępującej w prawa i obowiązki dotychczasowego podmiotu odpowiedzialnego”. Na podstawie art. 35 upf, „w sprawach nieuregulowanych w ustawie (czyli w upf), w odniesieniu do dopuszczenia do obrotu produktów leczniczych, stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego”.

II.2.2. Wytwarzanie produktów leczniczych. Instytucja zezwolenia na wytwarzanie.

W tym przedmiocie na uwagę zasługuje uregulowane w treści art. 38 upf uznanie przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego zezwolenia na wytwarzanie produktu leczniczego za granicą wydanego przez uprawniony organ innego państwa, następujące w przypadku państw członków Unii Europejskiej oraz państw mających równoważne z Unią Europejską wymagania Dobrej Praktyki Wytwarzania i równoważny system inspekcji - na zasadach określonych w porozumieniu o wzajemnym uznawaniu inspekcji. Ustawodawca określić także w art. 41 upf czas trwania wydawania decyzji w sprawie zezwolenia na wytwarzanie produktów leczniczych (nie dłużej niż 90 dni) oraz czas trwania wydawania decyzji w sprawie zmiany zezwolenia (30 dni). Inną nowością jest określona w treści art. 50 upf możliwość prawna zawierania przez podmiot odpo-

wiedzialny lub wytwórcę umów o wytwarzanie produktów leczniczych z innym wytwórcę spełniającym wymagania określone w ustawie wraz z obowiązkiem zawiadomienia o zawarciu umowy Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Art. 46 upf kreuje obowiązek kontrolowania przez inspektora farmaceutycznego do spraw wytwarzania nie rzadziej niż raz na trzy lata, czy wytwórca spełnia obowiązki wynikające z ustawy. O terminie rozpoczęcia kontroli wytwórca jest informowany co najmniej na 30 dni przed planowanym terminem kontroli.

Wytwórca obowiązany jest zapewniać stosowanie Dobrej Prak-tyki Wytwarzania, a także umożliwiać osobie wykwalifikowanej odpowiedzialnej za serie produktu leczniczego, zatrudnionej w wytwórni, podejmowanie niezależnych decyzji w ramach udzielonych uprawnień (art. 42 upf).

Zgodnie z treścią art. 47 upf, wytwórca, eksporter lub organ uprawniony w sprawach dopuszczenia do obrotu w kraju importera może wystąpić z wnioskiem do Głównego Inspektora Farmaceutycznego o wydanie zaświadczenia stwierdzającego, że wytwórca produktu leczniczego posiada zezwolenie na wytwarzanie danego produktu leczniczego. Zaświadczenie jest wydawane zgodnie z formularzami przyjętymi przez światową Organizacją Zdrowia.

II.2.3. Hurtownie farmaceutyczne.

Prawo farmaceutyczne zawiera w treści art. 72 upf definicją obrotu hurtowego produktami leczniczymi. Do szczególnych obowiązków przedsiębiorcy prowadzącego obrót hurtowy należy przestrzeganie Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (art. 78 upf, a także zatrudnianie osoby wykwalifikowanej, spełniającej wymogi upf (art. 84 upf) - kierownika hurtowni - odpowiedzialnej za prowadzenie hurtowni produktów leczniczych (art. 77 upf). Zgodnie z brzmieniem art. 83 upf Główny Inspektor Farmaceutyczny prowadzi Rejestr Zezwoleń na Prowadzenie Hurtowni Farmaceutycznych.

II.2.4 Apteki.

Do nowości ustawodawczych w przedmiocie aptek należy zawarta w art. 86 upf definicja apteki, oparta na pojęciu usługi farmaceutycznej. W sposób odmienny zostały także sformułowane przesłanki, które musi spełnić budynek lub lokal apteki ogólnodostępnej. Sformułowane zostały przesłanki i zadania związane z prowadzeniem aptek szpitalnych i zakładowych.

Apteki szpitalne i zakładowe prowadzone są za „zgoda” wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego (art. 106, art. 107 ust. 1 upf).

Prawo do uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej posiada w myśl art. 99 upf wyłącznie farmaceuta, który jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy - Prawo działalności gospodarczej, posiada obywatelstwo polskie lub jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej, zatrudnia osobę odpowiedzialną za prowadzenie apteki, dającą rękojmię należytego prowadzenia apteki, przedstawi oświadczenie o niewykonywaniu zawodu lekarza (dotyczy lekarza i lekarza stomatologa), nie wystąpić z wnioskiem o wydanie zezwolenia na prowadzenie hurtowego obrotu produktami leczniczymi (nie prowadzi tegoż obrotu hurtowego). Swoista regulacja prawna jest zawarta w treści art. 104 ust. 3 upf, określająca przesłanki prowadzenia apteki ogólnodostępnej przez następcę prawnego zmarłego adresata pozwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej.

III. Prezes Urzędu Rejestracji i Inspekcja farmaceutyczna (organy administracji farmaceutycznej)

Przedsiębiorca zajmujący się wytwarzaniem bądź hurtowym lub detalicznym obrotem produktami leczniczymi musi zdawać sobie sprawę z tego, że z uwagi na podział instytucji prawa na: prawo publiczne i na prawo prywatne; prowadzona przez niego działalność gospodarcza podlega nie tylko regulacjom prawa prywatnego (tzn. cywilnego: Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego, Kodeks spółek handlowych), ale także regulacjom prawa publicznego, w tym prawa administracyjnego, do którego jest zaliczana upf.

III.1. Prawo prywatne, stosowanie prawa prywatnego.

Prawo prywatne działa w imię interesu prywatnego i określa relacje (stosunki prawne) pomiędzy osobami fizycznymi, prawnymi oraz fizycznymi i prawnymi. Charakterystyczna, dla relacji prawnych, wzajemnych Układów uprawnień i obowiązków powstających pomiędzy podmiotami prawa prywatnego - jest pełna dobrowolność i równorzędność wchodzenia w stosunki (relacje) prywatnoprawne przez podmioty tych relacji. Dany podmiot staje się stroną stosunku prywatnoprawnego w pełni dobrowol-

nie, na podstawie przejawu swojej woli i równorzędnie z innymi stronami prywatnoprawnych relacji (stosunków) może kształtować treść wzajemnych uprawnień i obowiązków. Typowym przykładem w tym zakresie służy umowa kupna-sprzedaży, użyczenia, czy też najmu.

Dla prawa prywatnego (cywilnego), charakterystyczne jest tzw. dwuetapowe stosowanie prawa prywatnego (indywidualizacja jego norm), polegające na tym, iż w pierwszym etapie podmioty prawa cywilnego, strony stosunków cywilnoprawnych same, poprzez oświadczenia swojej woli, kształtują treść tychże stosunków. Z drugim etapem stosowania prawa prywatnego mamy o czynienia wtedy, gdy strony pozostając w sporze co do treści ukształtowanego przez siebie stosunku prawnego - zwracają się do sądu powszechnego o rozstrzygnięcie sporu. W tym przypadku treść prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego (cywilnego, gospodarczego), zastępuje treść zawartej wcześniej umowy cywilnoprawnej.

III.2. Prawo administracyjne (publiczne), stosowanie prawa administracyjnego.

Zupełnie inaczej wygląda stosowanie prawa publicznego, w tym przede wszystkim prawa administracyjnego. Prawo administracyjne działa w imię dobra publicznego rozstrzygając w swych normach na ile czyjs oparty na prawie (publicznym bądź prywatnym), interes indywidualny jest zgodny, koherentny, harmonijny z daną kategorią dobra publicznego. Ponieważ istota prawa administracyjnego osadza się na założeniu rozstrzygnięcia przez jego normy o relacjach pomiędzy spornymi interesami ogółu i jednostki - cechą charakterystyczną, wiodącą tego prawa jest to, iż merytoryczne (materialnoprawne) skutki prawne (treść uprawnień i obowiązków) formułują w postaci decyzji administracyjnych, na wniosek bądź działając z Urzędu, jedynie organy, podmioty i instytucje administracji publicznej. Jest bowiem oczywiste, iż specyfika prawa administracyjnego jest nie do pogodzenia z rozwiązaniem, w którym o prawach i obowiązkach wynikających z treści jego norm, działających w imię dobra publicznego i słusznego interesu indywidualnego a także służby publicznej - wypowiedaliby się w sposób wiążący ci, którzy chcą uzyskać pewne uprawnienie lub zakres obowiązku mogące wpływać na pewne kategorie dobra publicznego (prawa i obowiązki pewnych zorganizowa-

nych zbiorowości społecznych). W związku z tym prawo administracyjne stosowane jest przez organy, podmioty i instytucje administracji publicznej, które dokonują konkretyzacji prawa administracyjnego przy pomocy władztwa administracyjnego.

Celem ochrony praw podmiotów administrowanych, tj. poddanych regulacjom publicznoprawnym, ustawodawca posłużył się zasadę dwuinstancyjnego postępowania administracyjnego oraz instytucją możliwości zaskarżania przez jej adresata ostatecznej decyzji administracyjnej do sądu administracyjnego, który kontroluje legalność (zgodność z prawem powszechnie obowiązującym, działalność administracji publicznej).

Z uwagi na specyfikę stosowania prawa administracyjnego, a więc i farmaceutycznego, - Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych oraz organy Inspekcji Farmaceutycznej należy postrzegać jako jedyne podmioty, które mają zdolność (kompetencje) do stosowania norm prawa farmaceutycznego w celu wywoływania skutków prawnych w tym prawie określonych. A zatem podmiot ubiegający się o określone pozwolenie Sformułowane w treści prawa farmaceutycznego musi mieć świadomość, że o treści decyzji w sprawie zezwolenia rozstrzyga w sposób jednostronny, autorytatywny, ale oczywiście zgodnie z zasadę praworządności na podstawie przepisów prawa, Prezes Urzędu lub odpowiedni, właściwy, wskazany w upf organ Inspekcji Farmaceutycznej. Wnioskodawca ma, zgodnie z ogólnymi zasadami postępowania administracyjnego uregulowanymi w Kodeksie postępowania administracyjnego (k.p.a.), prawo do czynnego udziału w postępowaniu administracyjnym prowadzonym w celu wydania decyzji w sprawie pozwolenia, może żądać przeprowadzenia oględzin, rozprawy administracyjnej, przesłuchania świadków, może składać inne wnioski dowodowe, przedstawiać opinię biegłego - ale nie zasiądzie wraz z organem administracyjnym do formułowania treści decyzji w swojej sprawie.

Cechą charakterystyczną organów administracyjnych, a zatem i Prezesa Urzędu a także organów Inspekcji Farmaceutycznej jest to, że działają nie tylko na wniosek ale i z Urzędu, niezależnie od przejawów woli, tj. zgody, podmiotów administrowanych, poddanych regulacji publicznoprawnej upf. W tym przypadku typowymi działaniami jest sprawowa-

nie kontroli i nadzoru nad działalnością gospodarczą podmiotów będącymi adresatami pozwoleń ze sfery prawa farmaceutycznego, a także wydawanie decyzji w sprawie zmiany, cofania, wygaśnięcia wydanych uprzednio Zezwoleń oraz decyzji nakazujących doprowadzenie podejmowanej działalności do stanu zgodnego z prawem jak również decyzji prewencyjno-represyjnych o wstrzymaniu lub wycofaniu produktów leczniczych i wyrobów medycznych z obrotu i stosowania (art. 108 ust. 4, art. 120, art. 121, art. 122, art. 123 upf.).

Z punktu widzenia dostosowania prawa polskiego do standardów Unii Europejskiej niezwykle istotne jest przełożenie do polskiego prawa farmaceutycznego w przedmiocie wytwarzania - powinności dotyczących nadzoru wynikających z Dyrektywy 75/319 Unii Europejskiej oraz konieczności przyjęcia polskiej Inspekcji Farmaceutycznej do Farmaceutycznej Konwencji Inspekcyjnej (PIC). Skutkiem prawnym przystąpienia polskiej Inspekcji Farmaceutycznej do PIC jest wzajemne uznawanie inspekcji w zakresie kontroli zakładów wytwarzających produkty lecznicze i umożliwienie polskim wytwórcom eksportu tych produktów bez czasochłonnych i kapitałochłonnych inspekcji z poszczególnych krajów. Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, iż warunkiem przystąpienia do PIC jest posiadanie niezależnej inspekcji. Polska Inspekcja Farmaceutyczna, zdaniem autorki, pomimo oparcia jej ustroju na zasadzie zespolenia wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego - w województwie - z wojewodą, przesłanki te spełnia.

Zatrudnienie w służbie zagranicznej

Uchwalona w ubiegłym roku ustawa o służbie zagranicznej¹ to pierwszy polski akt prawny tej rangi stawiający sobie za cel „określenie organizacji i funkcjonowania służby zagranicznej, a także szczególne prawa i obowiązki osób wchodzących w jej skład” (art.1 ustawy).

Regulacja prawna tej materii ma dużą wagę polityczną. Do ostatnich miesięcy pracy parlamentu III kadencji nie było wiadomo, czy przeważą w nim przekonanie, że kształt strukturalny i personalny Ministerstwa Spraw Zagranicznych nie powinien być przedmiotem gry politycznej, czy też milcząca zgoda większości podmiotów tej gry usankcjonuje prymat „woli politycznej” uzasadnianej potrzebą dostosowywania się do zmiennych okoliczności wewnętrznych i zewnętrznych. Innymi słowy chodziło o uznanie, czy zadania państwa realizowane w ministerstwie właściwym dla spraw zagranicznych powinny być powierzone zespołowi urzędników działających w myśl jasnej pragmatyki służbowej i wykonujących je w sposób „zawodowy, rzetelny, bezstronny i politycznie neutralny”², czy też, że korzystniejsze jest pozostawienie ich swobodnemu uznaniu urzędującego ministra³.

Na decyzję ustawodawcy miały wpływ, prócz przesłanek czysto politycznych, argumenty o różnym charakterze.

Po pierwsze, z formalnego punktu widzenia, regulację służby zagranicznej nakazała ustawa o służbie cywilnej. Jej art 2 ust. 4 wzmocniony treścią art. 140 przyjął istnienie osobnej struktury służby zagranicznej posiadającej własne zasady organizacji i funkcjonowania⁴. Przewidziano jej unor-

¹ Ustawa z 27.07.2001 r. (Dz. U. 128 poz.1403 z dnia 9 listopada 2001 r.) opatrzona półroczną *vacatio legis* wejdzie w życie 9.04.2002 r.

² Art.1 ust. o służbie cywilnej z 18.12.1998 r. (Dz.U. 49 poz. 483 z 1999 r.)

³ Chodziło nie tylko o przyjęcie regulacji ustawowej lub o jej opóźnienie, ale również o sam kształt ustawy. Kierownictwo MSZ uznawało na przykład jej pilną potrzebę i dostrzegało korzyści płynące z silnej pozycji dyrektora generalnego ministerstwa (i służby). Dopiero schyłek III kadencji przyniósł intensyfikację prac ustawodawczych w komisji spraw zagranicznych Sejmu, a szczególnie w specjalnie powołanej podkomisji (na której czele stanął późniejszy minister spraw zagranicznych W.Ci-moszewicz).

⁴ Ustawa o służbie cywilnej z 18.12.1998 r. (Dz.U. 49 poz.483 z 1999 r.).

mowanie oraz umieszczenie pracowników służby zagranicznej w szczególnym korpusie służby wyróżnionym m.in. przez swoiste prawa i obowiązki. Ustawodawca przyjął ponadto, że przewidziane przez ustawę o służbie cywilnej stosowanie do członków korpusu służby cywilnej zatrudnionych w służbie dyplomatyczno-konsularnej przepisów ustawy o służbie cywilnej jest jedynie przejściowe. W ich miejsce miały wejść przepisy ustawy o służbie zagranicznej.

Po drugie, zadania i charakter służby zagranicznej różnią ją znacznie od pracy innych działów administracji rządowej. Skupia się w nich całość funkcji państwa, lecz odniesione są one do jednego zakresu: do sfery stosunków międzynarodowych. Ponadto działania służby dotyczą w znacznej mierze podmiotów zagranicznych (instytucji państw obcych i organizacji międzynarodowych oraz cudzoziemców) i wykraczają poza terytorium RP. Wiąże się to dodatkowo z koniecznością uwzględniania w nich prawa międzynarodowego i praw obcych, a także zwyczajów utrwalonego w stosunkach między państwami i uwarunkowań politycznych, których się nie da opisać w kategoriach prawa pozytywnego.

Po trzecie, proces porządkowania prawa zakłada racjonalizowanie jego systemu. Z tego punktu widzenia wyodrębniony dział, szczególnie zresztą istotny dla funkcjonowania państwa, powinien być regulowany jednolicie, a nie przez akty prawne o różnej randze, dalekie od spójności i pochodzące w dodatku z różnych okresów historycznych (różnie interpretujących zadania służby zagranicznej). Przesłanka systemowa wskazywała na potrzebę kodyfikacji całej tej materii. Ostatecznie przedmiotem regulacji stał się jednak tylko jej fragment⁵.

Pierwsze pytanie, które rodzi się podczas analizy zagadnienia zatrudnienia w służbie zagranicznej, dotyczy rozumienia przez ustawodawcę terminu „służba zagraniczna”.

Oczekiwana odpowiedź ujęta być może w kategoriach podmiotowych, przedmiotowych lub funkcjonalnych. Okazuje się jednak, że żaden akt normatywny nie wprowadza definicji służby zagranicznej, a ustawa o niej nie dostrzega takiej potrzeby⁶.

⁵ Poza jej zakresem pozostały np. zagadnienia służby konsularnej.

⁶ Również służba cywilna nie została zdefiniowana w ustawie. Ustawa, która ją konstytuuje, zawiera jednak w sobie elementy wystarczające do określenia treści pojęcia służby cywilnej.

Słownikowe znaczenie „służby” w interesującym nas zakresie to: *zarówno instytucja obejmująca całokształt zagadnień związanych z daną dziedziną wraz z pracownikami tej instytucji*⁷, jak i jej *działalność, praca*⁸.

Służba zagraniczna w ustawie określona jest jedynie poprzez wskazanie podmiotów wchodzących w jej skład (art.2 ust.1), instytucji, w których działa (art.5)⁹ oraz rodzajów personelu wykonującego jej zadania (art.7)¹⁰. Zupełnie brak jest wskazań przedmiotowych mówiących o rodzaju i charakterze tych zadań¹¹.

Każę to przyjąć, że dla ustawodawcy podstawą wyróżnienia służby jest element podmiotowy, a w szczególności kwestia, kto wchodzi w jej skład i gdzie jest zatrudniony (oraz jaki charakter ma jego stosunek pracy). W ten sposób służba zagraniczna przyjmuje znaczenie pewnej zamkniętej grupy pracowników realizujących cele instytucji, które ich zatrudniają. Wynika z tego, że sama służba nie jest jednostką organizacyjną¹².

Ustawa używa w jednak terminu służba zagraniczna także w innych znaczeniach. „Zadania służby” (art.17 ust.3; art.27 ust.2 pkt.4; art.29 ust.1), podobnie jak i „potrzeby służby” (art.24 ust.1 i 2; art.26 ust.1; art.31 ust.1; art.32 ust.1; art.33 ust.1 i 2) oraz jej „interes” (art.35 ust.2; art.36 ust.2 pkt.2) odnosić się muszą raczej do instytucji służącej państwu, dla której istotą są jej funkcje, niż do zespołu pracowników. Podobnie „zatrudnienie w służbie zagranicznej” (art.2 ust.1 pkt.2), „praca w służbie zagranicznej” (art.39 ust.2), „stanowisko w służbie” (art.24 ust.1) wskazują na

⁷Zob. *Mały słownik języka polskiego* (pod red. S.Skorupki, H.Auderskiej, Z.Lempickiej), Warszawa 1969, s.757.

⁸Zob. *Słownik języka polskiego* (pod red. W.Doroszewskiego), VIII, Warszawa 1966, s.428; *Słownik języka polskiego* (pod red. M.Szymczaka), III, Warszawa 1981, s.261.

⁹Wskazuje się tym samym miejscowy zakres działania służby zagranicznej.

¹⁰Art.7 określa w istocie wewnętrzną strukturę służby zagranicznej i nie wnosi nic do próby zdefiniowania jej poprzez wskazanie granic oddzielających ją od innych służb publicznych.

¹¹Mogły być one ujęte na przykład funkcjonalnie, jako struktury obsługujące ministra czy jednostki organizacyjne przeznaczone do wykonywania zadań wskazanych w ustawie z 4.09.1997 r. o działach administracji rządowej i.t.p. Warto zauważyć, że służba zagraniczna nie ma wyłączności na prowadzenie spraw państwa polskiego zagranicą (art.19 pkt.5 ustawy o niej przewiduje istnienie „innych osób” spoza służby powołanych do załatwiania określonych spraw).

¹²Z ustawy wynika także, że służba zagraniczna nie ma swojego urzędu ani wewnętrznej organizacji, a jej dyrektor nie jest w tym charakterze organem administracji rządowej. Organizacja służby cywilnej wyraźnie kontrastuje z unormowaniem służby zagranicznej (por. rozdział 2. ustawy o służbie cywilnej).

jej instytucjonalne pojmowanie. Również stworzenie stanowiska dyrektora generalnego służby zagranicznej (art.6 ust.1) sugeruje, że może być ona rozumiana jako zhierarchizowana organizacja.

Z drugiej strony sformułowania o „przebiegu służby członka służby” (art.13 ust.1), „wykonywaniu służby zagranicznej” (art.43 ust.2) czy „przygotowaniu do służby” (art.38 ust.1) świadczą, że ustawa akceptuje również inne znaczenie terminu, obejmujące sobą treść obowiązków zawodowych.

Nieunikniona jest konkluzja, że ustawodawca nie tylko godzi się na wieloznaczność terminu określającego przedmiot regulacji, ale że sam stosuje nazwę „służba zagraniczna” w różnych znaczeniach, wbrew zasadom legislacji.

Wprawdzie podstawowe znaczenie terminu odnosi się do „zespołu osób zorganizowanych w sposób odpowiedni do realizacji określonych celów o charakterze publicznym i podporządkowanych wspólnej pragmatyce służbowej”¹³, ale podczas analizy norm dotyczących „służby w służbie w interesie służby” trzeba pamiętać, że mogą dotyczyć zakresu obowiązków w jej ramach, organizacji i funkcjonowania grupy pracowników państwowych, albo zadań stawianych całej strukturze.

Z ustawy o służbie zagranicznej wynika, że ustawodawca przyjął, iż istniała ona już przed uchwaleniem tego aktu prawnego¹⁴. Także wcześniejsza od niej ustawa o służbie cywilnej nie przewidywała jej powołania. Wskazując na konieczność ustawowej regulacji jej organizacji i funkcjonowania, potwierdzała milcząco jej istnienie jako wyodrębnionej struktury opartej na własnym korpusie urzędniczym¹⁵. Poprzednia ustawa o służbie cywilnej z 1996 r. nie zajmowała się służbą zagraniczną, dostrzegała natomiast istnienie służby dyplomatyczno-konsularnej, której odmienność wo-

¹³ Punktem wyjścia dla sformułowania jest art.1 ustawy o służbie zagranicznej.

¹⁴ Art.1 ustawy o służbie zagranicznej przewiduje unormowanie organizacji i funkcjonowania służby, ale jej nie konstytuuje. Por. art.1 ustawy o służbie cywilnej, który służbę cywilną ustanawia. Zob. też art. 6 ust.1: "w służbie zagranicznej tworzy się stanowisko...".

¹⁵ Tak należy rozumieć art.2 ust.4 ustawy o służbie cywilnej w zestawieniu z jej art.1. Odnosząc się do pewnego zakresu już istniejącej służby publicznej ustawa ta nie przesądzała jej kształtu w przyszłej regulacji prawnej, zakładała jednak pewną nomenklaturę analogiczną do służby cywilnej.

bec służby cywilnej ujawniała się dla niej w pełni zagranicą¹⁶. Warto jednak zauważyć, że termin "służba zagraniczna" nie jest na gruncie ustawodawstwa polskiego całkiem nowy, gdyż posługiwał się nim już kodeks pracy¹⁷.

Przepisy prawne dotyczące pracowników MSZ i placówek zagranicznych odnosiły się dotąd konsekwentnie do pojęcia „służba dyplomatyczno-konsularna”¹⁸. Do tej terminologii nawiązała również ustawa o służbie cywilnej potwierdzając jej dalsze istnienie pod tą nazwą w okresie przejściowym¹⁹. Jest godne uwagi, że sama ustawa o służbie zagranicznej nie eliminuje całkiem tego terminu. Zmieniając w jednym ze swoich artykułów treść ustawy o funkcjach konsulów odnosi zmianę do przepisów o pracownikach służby dyplomatyczno-konsularnej, a nie służby zagranicznej²⁰.

Desygnaty obu pojęć są bardzo zbliżone²¹. Ustawodawca stosujący obie nazwy powinien był jednak zastanowić się nad problemem relacji między nimi.

¹⁶Zob. art.84 ust.1 ustawy z 5 lipca 1996 r. (Dz.U.89 poz.402 z 1996 r.) (urlopy bezpłatne dla urzędników służby cywilnej skierowanych do pełnienia służby dyplomatyczno-konsularnej za granicą) i ust. 2 (odrębna regulacja praw i obowiązków pracowników służby dyplomatyczno-konsularnej za granicą).

¹⁷Zob. art. 298 §1 kp. mówiący o zatrudnieniu na stanowiskach związanych ze służbą zagraniczną. Kodeks używa jednak terminu służba zagraniczna raczej w aspekcie funkcjonalnym, a nie strukturalnym. Wspomniany zapis oddziela ją od „działów służby państwowej”, ale wynika to zapewne z przyczyn redakcyjnych, a nie koncepcyjnych.

¹⁸Zob. np. art.47 ustawy z dnia 16.09.1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, art. 2 ustawy z 13.02.1984 r. o funkcjach konsulów, czy rozporządzenie RM w sprawie niektórych praw i obowiązków pracowników służby dyplomatyczno-konsularnej z 24.03.1983 r (passim).

¹⁹Art.140 ustawy o służbie cywilnej

²⁰Zob. art. 46 pkt.1 zmieniający art.2 ustawy o funkcjach konsulów (nowy ust.1 pkt. 6 tego artykułu). Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że jeszcze ostatni projekt ustawy zawierał właściwe określenie: służba zagraniczna. Poza tym jednym przepisem ustawa o funkcjach konsulów nie używa terminu „służba dyplomatyczno-konsularna”, nie było więc żadnych problemów z ujednoczeniem nazewnictwa. Konsulowie są w świetle nowej ustawy tylko funkcjonalnie wyodrębnioną częścią służby zagranicznej, nie ma więc powodu, żeby stosować do nich wymogi spoza ustawy o służbie zagranicznej (np. kryterium „wysokich walorów politycznych” z § 2.1.1 rozp. RM w sprawie niektórych praw i obowiązków pracowników służby dyplomatyczno-konsularnej). Przyjęte rozwiązanie zaburza jednolitość pragmatyki służbowej.

²¹Zob. przepisy wstępne (rozdział I) rozporządzenia RM w sprawie niektórych praw i obowiązków pracowników służby dyplomatyczno-konsularnej z 24.03.1983 r. (Dz.U. 20 poz. 90 z 1983 r.). Punktem odniesienia dla tej służby jest kategoria urzędników państwowych.

Z kolei trzeba ustalić, kto wchodzi w skład służby zagranicznej, czyli kto jest jej „członkiem”²².

Ustawa przyjmuje, że są nimi w zasadzie:

- wszyscy członkowie korpusu służby cywilnej zatrudnieni w ministerstwie obsługującym ministra właściwego dla spraw zagranicznych, a także członkowie tego korpusu, którzy należą jednocześnie do rodziny członka służby zagranicznej pełniącego służbę w placówce zagranicznej RP i są w niej zatrudnieni na podstawie umowy o pracę na czas określony (art.2 ust.1 pkt.1 i ust.2 pkt.2)²³,
- inne osoby zatrudnione w służbie zagranicznej niebędące członkami korpusu służby cywilnej (art.2 ust.1 pkt.2, z wyjątkami ujętymi w art.2 ust.2),
- pełnomocni przedstawiciele RP w innym państwie lub przy organizacji międzynarodowej (art.2 ust.1 pkt.3)²⁴.

Zakres podmiotowy pierwszej kategorii członków służby zagranicznej nie budzi wątpliwości. Członkami służby zagranicznej są wszyscy pracownicy i urzędnicy służby cywilnej zatrudnieni w MSZ (czyli zgodnie z art.136 ust.1 ustawy o służbie cywilnej wszyscy pracownicy zatrudnieni tam na stanowiskach urzędniczych). Są nimi ponadto członkowie korpusu służby cywilnej zatrudnieni bezpośrednio w placówkach, o ile są członkami rodzin pracujących tam członków służby zagranicznej.

Zatrudnienie w korpusie służby cywilnej w MSZ, równoznaczne z zatrudnieniem w służbie zagranicznej, ma miejsce na ogólnych zasadach naboru do tego korpusu²⁵. Dotyczy to zarówno pracowników służby cywilnej

²² Termin "członek służby" wprowadza art. 3 ustawy.

²³ W praktyce chodzi prawie wyłącznie o współmałżonków osób pracujących w placówkach, gdyż oprócz nich do członków rodziny ustawa zalicza (art.4 pkt.6) dzieci do lat 18 albo w wieku określonym w przepisach o zasiłkach rodzinnych i opiekuńczych oraz osoby niepełnosprawne wymagające stałej opieki członka służby. Krąg ten jest węższy niż w przyjętych w standardach międzynarodowych. Np. bilateralne konwencje konsularne wśród członków rodziny obejmują dodatkowo rodziców własnych i rodziców współmałżonka wspólnie zamieszkujących i pozostających na utrzymaniu.

²⁴ W istocie są to ambasadorowie RP, którzy pod tą nazwą występują dopiero od art.4 pkt.1 ustawy. Gdyby definicje terminów ustawodawca wprowadził na początku ustawy, uniknąłby podwójnej terminologii.

²⁵ Przeniesienie urzędnika służby cywilnej do służby zagranicznej wymaga jednak współdziałania dyrektora generalnego służby zagranicznej. Potrzebna jest jego zgoda na decyzję Szefa Służby Cywilnej o przeniesieniu w trybie art. 51 ustawy o służbie cywilnej (art.25 ust.1) oraz wspólnego z nim wniosku w wypadku trybu art. 52 ust.2 tej ustawy dotyczącego wyższych stanowisk w służbie cywilnej (art.25 ust.2).

(zatrudnionych na podstawie umowy o pracę), jak i urzędników służby (dla których mianowanie zmienia jedynie wcześniej istniejący stosunek prawny łączący z MSZ)²⁶.

Wobec braku ustawowego określenia służby zagranicznej uwagę zwraca przepis przewidujący, że „w skład służby wchodzi osoby niebędące członkami korpusu służby cywilnej zatrudnione w służbie”. Wobec dychotomicznego podziału (członkowie - nieczłonkowie korpusu) mamy tu do czynienia z wszystkimi pozostałymi podmiotami zatrudnionymi w służbie zagranicznej.

Z przepisu wynika przede wszystkim, że niezatrudnieni w służbie nie wchodzi w jej skład. Jest to istotne, ponieważ wprowadza kryterium zatrudnienia jako kryterium przynależności do służby.

W tej sytuacji istotna staje się interpretacja niemającego innych odniesień określenia „zatrudnienie w służbie”? Nie wiadomo, czy ustawa mówi o stosunku pracy wskazując pracodawcę, czy określa treść tego stosunku²⁷.

Odpowiedź uzależniona jest od przyjęcia jednego ze stanowisk doktryny. Wg niej pracodawcą urzędnika państwowego (członka korpusu służby cywilnej) może być bowiem państwo, albo może nim być jednostka organizacyjna administracji rządowej. Analogicznie można rozpatrywać kwestię służby zagranicznej. Na gruncie ustaw o służbie cywilnej i służbie zagranicznej nie ma jednak podstaw, żeby pracodawcę rozumieć inaczej niż czyni to kodeks pracy²⁸. Nie jest nim zatem państwo.

²⁶ Zob. W.Sanetra w: *Stosunki pracy w służbie cywilnej i w samorządzie terytorialnym*, (praca zbiorowa pod red. W.Sanetry), Białystok 2001, s.13 i s.26. Nieco inaczej formułuje to A.M.Świątkowski, *Indywidualne prawo pracy*, Gdańsk-Kraków 2001, s.362. Mianowanie rodziło stosunek pracy pod rządami poprzedniej ustawy o służbie cywilnej. Zob. W.Sanetra, *Prawo Pracy 3/1997*, s.23. Obecnie mianowanie skutkuje jego modyfikacją. Mianowanie występuje zatem nie tylko jako tryb nawiązania stosunku pracy, ale także forma awansu zawodowego. Zob. M.T.Romer, *Prawo pracy, Komentarz*, Warszawa 2000, s.305. Por. też J.Piątkowski, *Zagadnienia prawa stosunku pracy*, Toruń 2000, s.220; J.Skoczyński w: *Stosunki pracy w służbie cywilnej i w samorządzie terytorialnym*, (praca zbiorowa pod red. W.Sanetry), Białystok 2001, s.162.

²⁷ Zob. B.Cudowski w: *Stosunki pracy w służbie cywilnej i w samorządzie terytorialnym*, (praca zbiorowa pod red. W.Sanetry), Białystok 2001, s.63-64. W wielu przepisach prawa pracy termin zatrudnienie używany jest niejednoznacznie. Najczęściej jest synonimem "wykonywania pracy na podstawie stosunku pracy", ale może odnosić się do wykonywania pracy na innej podstawie lub bez podstawy prawnej.

²⁸ Art. 3 kp. Zob. w pełni przekonującą argumentację W. Sanetry, op.cit., s.13-18. Por. co do poprzedniej ustawy o służbie cywilnej W.Sanetra, *Przegląd Sądowy 2/1997*, s.6 i s.11. A.M.Świątkowski uważa jednak, że pracodawcą jest państwo, a urząd administracji rządowej tylko pozwanym w przypadku sporu ze stosunku pracy (op.cit., s.361).

Jeśli uwzględnimy z kolei, że służba zagraniczna nie ma charakteru jednostki organizacyjnej, to wynika z tego, zgodnie z treścią art. 3 kp., że nie może być pracodawcą dla swoich członków. W takim razie jest jasne, że „zatrudnienie w służbie” opisuje wyłącznie treść stosunku pracy.

Z analizy ustawy wynika następnie, że do kategorii „zatrudnionych w służbie” należeć mogą podmioty nie będące członkami korpusu służby cywilnej, które łączy stosunek pracy z ministerstwem właściwym dla spraw zagranicznych (czyli zatrudnione w MSZ na stanowiskach nieurzędniczych) oraz inne niż wymienione w art.2 ust.2 ustawy podmioty zatrudnione w placówce zagranicznej na podstawie umowy o pracę²⁹.

W związku z powyższym należy wziąć pod uwagę również inne podmioty zatrudniające, które na mocy odrębnych przepisów delegują lub wyznaczają swych pracowników do pracy w tym ministerstwie lub w placówce zagranicznej. Niekiedy pracownicy ci posiadają w ramach służby zagranicznej status szczególny. Na przykład żołnierze pełniący służbę w placówkach zagranicznych wchodzi w skład służby zagranicznej, ale nie stosuje się do nich przepisów ustawy o służbie cywilnej (art.3), a ich stosunek służbowy regulowany jest właśnie przez odrębne przepisy (art.10 ust.1) i zakłada podwójną podległość - w ramach służby macierzystej oraz zagranicznej.

Niezależnie od wyjątków ustawa o służbie zagranicznej przyjmuje jednak jako zasadę, że osoby oddelegowane lub wyznaczone przez odrębne przepisy są w wyniku decyzji o charakterze administracyjnym (oddelegowanie lub wyznaczenie) zatrudniane na podstawie umowy o pracę w służbie zagranicznej. Umowę tę zawiera dyrektor generalny służby³⁰.

Ponieważ pracodawcą dla tej kategorii nie jest służba zagraniczna, która nie jest jednostką organizacyjną, ani nie jest nim oczywiście dyrektor generalny służby jako osoba fizyczna (art.3 kp), staje się jasne, że i w tym wypadku stosunek pracy łączy członka służby z ministerstwem właści-

²⁹Tę ostatnią grupę dostrzega art.53 ust.1 pkt.2 ustawy przyznający z mocy prawa status członka służby zagranicznej osobom zatrudnionym w placówkach z wyżej wspomnianym wyłączeniem.

³⁰Tak art.7 ust.2 ustawy oraz art. 53 ust.1 pkt.4 (z mocy ustawy) wobec oddelegowanych lub wyznaczonych i już zatrudnionych w MSZ lub na placówkach. Mówi on o "umowie o pracę w służbie zagranicznej". Określenie to odnosi się więc do treści stosunku pracy, a nie do pracodawcy.

wym dla spraw zagranicznych (urzędem ministra). Dyrektor generalny służby działa zatem w tym zakresie jako dyrektor generalny urzędu wykorzystując dwoistość swojej funkcji (art.6 ust.2)³¹. Potwierdza się więc, że „zatrudnienie w służbie zagranicznej” oznacza jedynie wskazanie treści stosunku pracy wykonywanej we wspomnianej wyżej grupie pracowników i regulowanej przez pragmatykę zawartą w ustawie o służbie zagranicznej. Niewątpliwie ustawodawca mógł uniknąć tego zamieszania terminologicznego.

Kategorię ambasadorów wyróżnia mianowanie jej członków przez prezydenta RP. Do faktycznego zatrudnienia ich w służbie zagranicznej w tym charakterze konieczne jest jednak nawiązanie stosunku pracy na podstawie powołania przez dyrektora generalnego służby wraz z nadaniem stopnia dyplomatycznego (art.18 ust.1)³². Wydaje się, że ustawodawca widzi moment wejścia ambasadora do służby zagranicznej w chwili przyjęcia przez niego powołania³³. Ustawa ogranicza bowiem powołanie do osób, które przed mianowaniem nie były członkami służby zagranicznej. Oznacza to, że w wypadku mianowania na stanowisko ambasadora członka służby zagranicznej trwa podstawa jego dotychczasowego zatrudnienia w służbie, zmienia się tylko jego funkcja³⁴. Przyjęcie w tym wypadku konstrukcji stosunku pracy opartego na powołaniu (a nie np. mianowaniu) ma zapewne służyć łatwiejszemu jego rozwiązywaniu po odwołaniu ambasadora przez prezydenta³⁵.

Można postawić pytanie, czy brzmienie ustawy pozwala na przyjęcie, że ambasadorowie spoza służby zagranicznej wchodzi w jej skład od chwili

³¹ Można zwrócić uwagę, że nawet osobom zatrudnionym w placówkach na umowy na czas określony (zawierane bezpośrednio przez kierującego placówką) świadectwa pracy wystawia ministerstwo i ono jest też ich płatnikiem. Co do rozróżnienia zatrudnienia w urzędzie ministra i przez ministerstwo, zob. W.Sanetra w: *Stosunki pracy w służbie cywilnej i w samorządzie terytorialnym*, s.16

³² Podczas reformy prawa pracy spodziewano się, że powołanie zniknie jako forma nawiązania stosunku pracy. Zob. M.T Romer, op.cit., s.277. Istnieje ono dalej tylko w szczególnych pragmatykach służbowych. Zob. K.Kolasiński, *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, Toruń 2001, s.221-222; Z. Salwa, *Kodeks pracy, Komentarz* (wyd. 3), Bydgoszcz-Warszawa 2001, s.128-129.

³³ Jest to zgodne ze wskazaną wyżej dyspozycją, mówiącą że o przynależności do służby decyduje istnienie stosunku pracy.

³⁴ Ustawa nie nakazuje wobec nich zmiany stopnia (zob. art.9 ustawy). Wydaje się jednak, że do tej sytuacji nie może mieć zastosowania przepis o wyznaczaniu stanowisk w służbie przez dyrektora generalnego (art. 24 ust.1).

³⁵ Zob. M.T Romer, op.cit., s.304. Powołanie daje znacznie mniejszą stabilność niż np. mianowanie. Por. Z. Salwa, op.cit., s.139.

mianowania, a nie nawiązania stosunku pracy³⁶. Samo mianowanie przez prezydenta nie jest jednak aktem z zakresu prawa pracy i nie może wywoływać bezpośrednich skutków dla pracodawcy, którym dla ambasadora jest jednostka organizacyjna (ministerstwo)³⁷. Ponieważ podstawą przynależności do służby jest stosunek pracy, przyjęte rozwiązanie należy uznać za słuszne. Mianowanie przez prezydenta daje zainteresowanemu tytuł i rodzi po stronie ministerstwa obowiązek nawiązania stosunku pracy, którego treścią będzie pełnienie tej funkcji, lub skierowania do pełnienia tej funkcji, jeśli ambasador już jest członkiem służby zagranicznej.

Ustawa określa także w sposób negatywny pewne kategorie pracowników świadczących pracę w placówkach zagranicznych RP, które wyklucza ze składu służby zagranicznej.

Są to osoby zatrudnione w placówce na podstawie umowy o pracę zgodnej z prawem państwa przyjmującego oraz niebędący członkami korpusu służby cywilnej członkowie rodzin zatrudnieni na placówce na podstawie umowy o pracę na czas określony (art.2 ust.2 pkt.1-2).

W pierwszym wypadku chodzi w przeważającej mierze o obywateli państw przyjmujących i ich wyłączenie z polskiej służby zagranicznej jest oczywiste. W drugim natomiast przyczyną jest niechęć ustawodawcy do rozciągnięcia uprawnień gwarantowanych przez ustawę o służbie zagranicznej i o służbie cywilnej³⁸ na podmioty jedynie przejściowo związane ze służbą państwową³⁹.

³⁶ Art.2 ust.1 pkt.3 mówi o wchodzeniu ambasadorów w skład służby zagranicznej z mocy prawa. Za moment konstytutywny mogłoby być uznane ich mianowanie, a nie późniejsze powołanie rozumiane jako wewnętrzny akt w ramach służby zagranicznej.

³⁷ A.M. Świątkowski przedstawia mianowanie jako "władczy akt organu administracji powierzający określone imperium władzy pracownikowi" (op.cit., s.361). Może więc ono być rozumiane dosyć szeroko i także poza normami prawa pracy. Mianowanie może być jednak także wyłączną podstawą nawiązania stosunku pracy. Zob. K. Kołasiński, op.cit., s.231; A.M.Świątkowski, op.cit., s.361.

³⁸ Zgodnie z art. 3 ustawy do członków służby zagranicznej stosuje się przepisy dotyczące członków korpusu służby cywilnej. Ustawodawca świadomie rezygnuje przy tym ze zwiększonej dyspozycyjności pracownika służby, silniejszej pozycji pracodawcy i szczególnych reguł odpowiedzialności. Por. A.M.Świątkowski, op.cit., s.363.

³⁹ Uprawnień tych z kolei trudno było pozbawić członków korpusu zatrudnionych w istocie na takich samych warunkach.

Ponadto w skład służby zagranicznej nie wchodzi konsulowie honorowi (art.2 ust.2 pkt.3). Konsula honorowego, powoływanego przez Ministra Spraw Zagranicznych⁴⁰, nie łączy jednak stosunek pracy z żadnym polską jednostką organizacyjną (w tym ani z ministerstwem, ani z placówką zagraniczną), a więc w świetle przepisów ustawy ipso iure nie może być on członkiem służby. Wymienienie go w ustawie traktować należy zatem jako niekonieczną ostrożność ustawodawcy. Warto na marginesie zauważyć, że mimo iż konsul honorowy pozostaje poza służbą zagraniczną, podlega służbowo kierującemu placówką zagraniczną. W świetle art.16 pkt.1 kierujący placówką jest nawet jego przełożonym⁴¹. Jest to rzadki przykład istnienia podległości służbowej bez leżącego u jej podstaw stosunku pracy⁴².

Należy na koniec zwrócić uwagę, że ustawa o służbie cywilnej zakładała istnienie „korpusu” służby zagranicznej. Była to niewątpliwie analogia do korpusu służby cywilnej⁴³. Pojęcie „korpusu służby zagranicznej” istniało nawet w ostatniej wersji projektu ustawy i dopiero w końcowej fazie prac nad nią zostało zastąpione przez pojęcie „członka służby zagranicznej”. Można sądzić, że ustawodawca zorientował się, iż założony kształt podmiotowy służby zagranicznej włącza do niej pracowników zatrudnionych na stanowiskach nieurzędniczych. Termin „korpus” w służbie cywilnej zarezerwowany jest zaś tylko do urzędników⁴⁴. Zadania służby

⁴⁰ Art. 5 ust.1 ustawy o funkcjach konsulów z 13.02.1984 r.. Są powoływani "do wykonywania określonych funkcji konsulów".

⁴¹ W myśl ustawy o funkcjach konsulów (art.5 ust.5) konsul honorowy podlega kierownikowi przedstawicielstwa w zakresie wykonywanych funkcji. Podwładnym może być zatem tylko w tym zakresie. Treść tego stosunku służbowego nie jest jednak unormowana. Trudno przyjąć, że ma postać identyczną z podległością służbową członków służby zagranicznej opartą na stosunku pracy.

⁴² Status przełożonego ma np. rektor i opiekun praktyk zawodowych w odniesieniu do studentów. Zob. art. 49 ust.1 ustawy o szkolnictwie wyższym (Dz.U. 65 poz. 385 z 1990 r.) i § 7.2 rozporządzenia w sprawie studenckich praktyk zawodowych (Dz.U. 73 poz. 323 z 1991 r.). Por. też § 1.2 rozp. Min. Spr. w sprawie regulaminu pobytu osób internowanych w ośrodkach odosobnienia. z 30.12.1981 r. (Dz. U. 32 poz.189 z 1981 r.) Przełożonymi internowanego byli "komendant i funkcjonariusze ośrodka odosobnienia".

⁴³ Art.2 ust.4. Wyraźnie oddziela on służbę jako pewną strukturę od korpusu jako zespołu ludzi wypełniającego w niej swe obowiązki służbowe.

⁴⁴ Zmiana, mimo że sprzeczna z dyspozycją ustawy o służbie cywilnej, jest zgodna z zasadami techniki prawodawczej. Por. § 7 uchwały RM Nr 147 z 5.11.1991 r. w sprawie techniki prawodawczej (M.P. 44/91 poz. 310): Do oznaczenia jednakowych pojęć należy używać jednakowych określeń, a różnych pojęć nie powinno oznaczać się tymi samymi określeniami.

zagranicznej wykonywane są nie tylko przez członków personelu dyplomatyczno-konsularnego, ale także przez posiadający odmienne kwalifikacje personel pomocniczy i personel obsługi⁴⁵. Wydaje się, że ustawodawca chciał także uniknąć interpretacji dającej obu służbom równorzędny charakter.

Eliminacja pojęcia „korpus służby cywilnej” nie była jednak konsekwentna, gdyż termin został utrzymany w art. 27 ust.2 pkt.2 ustawy⁴⁶, chyba jako świadectwo kiepskiej jakości prac ustawodawczych.

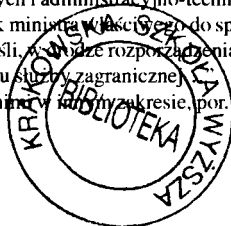
Na tym tle dostrzec trzeba przepisy regulujące w pragmatyce służby zagranicznej zatrudnienie w charakterze członka jej personelu dyplomatyczno-konsularnego. Jest to najwyższa kategoria w wewnętrznej hierarchii służby, charakteryzująca się posiadaniem przez członka służby jednego z 8 cywilnych i 2 wojskowych stopni dyplomatycznych. Istnieje pewne podobieństwo tej grupy do grupy urzędników mianowanych służby cywilnej. Do wejścia w jej skład nie jest jednak konieczna uprzednia przynależność do niższej kategorii urzędników, ani nawet wcześniejsza przynależność do służby zagranicznej. Nie zachodzi także potrzeba mianowania. Zastępuje je nadanie stopnia dyplomatycznego przez dyrektora służby, mające w znacznym stopniu uznaniowy charakter. Członkiem personelu dyplomatyczno-konsularnego można więc zostać zarówno w drodze awansu zawodowego osób już związanych stosunkiem pracy z jednostkami organizacyjnymi, w których działa służba zagraniczna, jak i w ramach nawiązania tego stosunku (przez takie określenie jego treści w umowie).

Zatrudnienie w ramach personelu dyplomatyczno-konsularnego obwarowane jest koniecznością spełnienia pewnej liczby dodatkowych wymogów, wykraczających częściowo poza sformułowane wobec urzędników służby cywilnej⁴⁷. W zasadzie konieczne jest złożenie egzaminu dyplomatyczno-

⁴⁵ Art.7 ust.1 pkt.1-2. Ustawa nie określa ich charakteru odsyłając do przyszłego rozporządzenia prezesa RM (art.27 ust.2 pkt.1). Trójpodział (wraz z personelem dyplomatyczno-konsularnym odpowiadającym kategorii urzędników mianowanych w służbie cywilnej) ma zastąpić dotychczasowy podział na pracowników merytorycznych i administracyjno-technicznych.

⁴⁶ „Prezes Rady Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw zagranicznych, po zasięgnięciu opinii Szefa Służby Cywilnej, określa, w drodze rozporządzenia: mnożniki do ustalenia wynagrodzenia zasadniczego członków korpusu służby zagranicznej

⁴⁷ Nie pokrywających się natomiast z nim w całym zakresie, por. art. 28 ustawy o służbie cywilnej.



konsularnego, znajomość co najmniej dwu języków obcych, posiadanie tytułu magistra lub równorzędnego i wykazanie się odpowiednim stanem zdrowia psychicznego i fizycznego (art.12 ust.1 pkt.2-5)⁴⁸. Ponadto niezbędne jest odbycie półtorarocznej aplikacji konsularno-dyplomatycznej (art.12 ust.1 pkt.1 i art. 38)⁴⁹. Aplikacji nie muszą odbywać mianowani urzędnicy służby cywilnej, absolwenci Krajowej Szkoły Administracji Publicznej oraz osoby zwolnione z niej przez dyrektora generalnego służby zagranicznej (art.12 ust.1 pkt.1; art.41 ust.3, art 40 ust.2). Dyrektor generalny służby może też skrócić aplikację. W okresie pięcioletnim od wejścia w życie ustawy wymóg odbycia aplikacji uważa się za spełniony, jeśli doświadczenie zawodowe danej osoby w sferze stosunków zagranicznych gwarantuje fachowe wykonywanie obowiązków członka personelu dyplomatyczno-konsularnego służby zagranicznej (art.55). Podmiot będący już członkiem służby zagranicznej może jednak wejść w skład personelu dyplomatyczno-konsularnego nie spełniając żadnego z powyższych wymogów (poza odpowiednim zdrowiem), o ile zachodzą „szczególnie uzasadnione okoliczności” wiążące się z wykonywaniem zadań w placówce zagranicznej. Przynależność do personelu dyplomatyczno-konsularnego (związana z posiadaniem stopnia) jest wtedy ograniczona do czasu niezbędnego dla wykonania owych zadań (art.12 ust.2). Można ponadto powierzyć obowiązki członka tego personelu na czas określony (umową o pracę w służbie zagranicznej) osobom z mocy przepisów odrębnych wyznaczonym lub oddelegowanym do pracy w służbie zagranicznej, które jednak powinny zdać egzamin dyplomatyczno-konsularny, znać dwa języki, mieć tytuł magistra lub równorzędny i odpowiedni stan zdrowia (art. 7 ust.2).

Szczególne unormowania pragmatyki dotyczą okresu przejściowego.

⁴⁸ Zmiana art.2 (ust.2) ustawy o funkcjach konsulów, zawarta w art.46 ustawy o służbie zagranicznej dopuszcza powierzenie wykonywania funkcji konsula osobom nieposiadającym wskazanych tytułów, mimo że art.21 ust.1 ustawy o służbie zagranicznej stanowi, że sprawować je mogą tylko członkowie personelu dyplomatyczno-konsularnego (dla których posiadanie tytułu jest wymogiem koniecznym). Z drugiej strony wyjątek taki jest już przewidziany w art. 12 ust.2 ustawy i powtarzanie go nie było potrzebne.

⁴⁹ Aplikacja może trwać rok w wypadku wcześniejszego odbycia służby przygotowawczej w rozumieniu ustawy o służbie cywilnej (art.38 ust.3). Może ją także dowolnie skrócić dyrektor generalny służby (art.40 ust.2).

Z chwilą wejścia w życie ustawy członkami służby zagranicznej stają się z mocy prawa członkowie korpusu służby cywilnej zatrudnieni w MSZ oraz osoby zatrudnione w placówkach zagranicznych (z wyjątkiem kategorii wyłączonych ze służby zagranicznej w art.2 ust.2). Dotyczy to także pracowników wyznaczonych lub oddelegowanych, którzy z mocy prawa stają się członkami personelu dyplomatyczno-konsularnego (art.53 ust.1 pkt. 1-2 i 4).

Członkami personelu dyplomatyczno-konsularnego stają się (w ciągu 3 miesięcy od wejścia w życie ustawy) również wszyscy zatrudnieni w MSZ i placówkach zagranicznych, o ile posiadają stopień służbowy nadany na podstawie dotychczasowych przepisów⁵⁰, jeśli posiadają tytuł magistra lub równorzędny, a także dysponują odpowiednim stanem zdrowia i znają przynajmniej jeden język obcy (dla nieznających dwu języków obcych przynależność do tego personelu zamyka się w okresie 5 lat od wejścia w życie ustawy). Osoby niezatrudnione poprzednio w MSZ otrzymują stopień dyplomatyczny na czas określony, do dnia odwołania z placówki (art. 54 ust. 1).

W podsumowaniu należy stwierdzić, że zatrudnienie w służbie zagranicznej oznacza w świetle ustawy wykonywanie obowiązków służbowych w ramach określonej grupy pracowników zorganizowanej w ministerstwie właściwym dla spraw zagranicznych i w placówkach zagranicznych. Przynależność do służby zagranicznej ma w zasadzie za podstawę istnienie stosunku pracy wiążącego członka służby z ministerstwem właściwym dla spraw zagranicznych lub w szczególnych przypadkach bezpośrednio z placówką zagraniczną. Stosunek pracy może z kolei przyjmować treść wynikającą z przynależności do korpusu służby cywilnej dla podmiotów związanych z MSZ dzięki umowie o pracę lub mianowaniu oraz (w niektórych wypadkach) związanych umową o pracę z samą placówką. Może nadto mieć za podstawę umowę o pracę w służbie zagranicznej (wynikającą z delegowania lub wyznaczenia) lub (w niektórych wypadkach) umowę o pracę w placówce. Stosunek pracy może wreszcie wynikać z powołania jako aktu administracyjnego, mającego swe źródło w mianowaniu w trybie nie powodującym samoistnie jego powstania (ambasadorowie pochodzący spoza służby zagranicz-

⁵⁰ Rozp. RM w sprawie niektórych praw i obowiązków pracowników służby dyplomatyczno-konsularnej z 24.03.1983 (Dz.U. 20 poz.90 z 1983 r.)

nej). Wykonywanie pracy na podstawie stosunku pracy w określonej jednostce organizacyjnej na określonych zasadach przesądza więc automatycznie o wejściu w skład służby zagranicznej.

W świetle nowej ustawy droga do zatrudnienia w służbie zagranicznej w grupie personelu dyplomatyczno-konsularnego staje się poza okresem przejściowym dłuższa, a kryteria naboru określone w pragmatyce zostają zaostrzone. W tym kontekście jest jednak istotne, że ustawa przewiduje szczególne uprawnienia dyrektora służby zagranicznej pozwalające na zawieszenie ich stosowania w indywidualnych wypadkach.

CZEŚĆ II :

**W KRĘGU TEORII, FILOZOFII
I KODYFIKACJI PRAWA**

Kontrowersje wokół prawa znajdującego swoje uzasadnienie w normach moralnych i religijnych

Jednym z bardziej kontrowersyjnych zagadnień odnoszących się do prawa pozostaje zagadnienie wzajemnych relacji zachodzących pomiędzy normami prawnymi i normami pozaprawnymi funkcjonującymi w tym samym obszarze, który zostaje poddany regulacji prawnej. Niezależnie od przyjętej koncepcji teoretyczno-filozoficznej, nadającej prawu większy lub mniejszy stopień autonomii wobec pozostałych systemów normatywnych, prawo nigdy nie działa w próżni normatywnej. Obszarami szczególnie wrażliwymi do regulacji prawnej pozostają te sfery życia społecznego, które podlegają konkurencyjnej i utrwalonej regulacji norm moralnych i moralno-religijnych. Problemu tego nie sposób ominąć i począwszy od starożytności po czasy współczesne zagadnienie to stanowi przedmiot wielu rozważań i sporów. Zasadniczo można przedstawić dwa stanowiska dominujące w sporze o autonomię systemu prawnego w odniesieniu do norm moralnych i moralno-religijnych.

Jedno z nich, pozytywistyczne, w szczególności w klasycznej wersji kontynentalnej, eksponuje niezależność prawa i norm pozaprawnych. W tej perspektywie prawo i normy moralne stanowią odrębne, także ontologicznie, systemy normatywne. O prawności norm decydują względy formalne, tetyczne. Liczą się więc określone procedury, których zachowanie jest wystarczającym kryterium stanowienia oraz obowiązywania norm prawnych. Normy należycie ustanowione, niezależnie od ich treści, stają się normami prawnymi. Oznacza to, że prawodawca tworząc normy prawne nie jest związany treścią obowiązujących w danym społeczeństwie reguł moralnych czy moralno-religijnych, nie musi się do nich odwoływać i nie musi uzgadniać treści stanowionego prawa z ich treścią norm pozaprawnych.

Stanowisko drugie, prawnonaturalne, odmiennie traktuje relacje zachodzące między prawem i moralnością. W tej koncepcji prawo nie

jest oddzielone od pozaprawnych norm społecznych. Oznacza to, że przy stanowieniu prawa nie wystarczy gdy ustawodawca spełni określone wymogi proceduralne, regulujące stanowienia norm prawnych. Przeciwnie, do istoty prawa należy oparcie norm prawnych na moralnym lub moralno-religijnym porządku normatywnym. Podstawowe zasady moralne tkwią immanentnie w porządku prawnym i nie mogą być dowolnie ignorowane lub naruszane przez ustawodawcę. Ustawodawca jest nimi związany. Istotną konsekwencją oparcia norm prawnych na normach moralnych i moralno-religijnych jest gwarancja, iż prawo spełni oczekiwania społeczne, wyrażone w powszechnie uznawanych w danym społeczeństwie regułach pozaprawnych. Tak tworzone prawo daje także gwarancje, że normy prawne będą sprawiedliwe, słuszne, zgodne z naturą człowieka itp., stosownie do sposobu ich pojmowania w określonej społeczności. Warto nadmienić, że stanowisko prawnonaturalne jest, w porównaniu z koncepcjami pozytywistycznymi, znacznie głębiej zakorzenione w poglądach filozoficznych na naturę prawa i, jak się wydaje, cieszy się również większym zrozumieniem i akceptacją w poglądach społecznych¹.

Podsumowując o ile w pozytywistycznej perspektywie ustawodawca nie musi liczyć się z zastanymi systemami norm moralnych i religijnych o tyle w niepozytywistycznej perspektywie nie może ich lekceważyć. To prawnonaturalne ograniczenie prawodawcy zwiększa społeczną aprobatę prawa, a więc oddziałuje w sposób pozytywny także na efektywność i skuteczność prawa. Aby wskazać, że tak w istocie jest wystarczy odwołać się do przykładu normy prawnej zakazującej zaboru cudzej własności (kradzieży). Prawodawca zakazując kradzieży może liczyć na powszechną aprobatę takiego zakazu ponieważ zakaz ten jest powszechnie uznawany za sprawiedliwy, słuszny, moralny, ale także zgodny z Dekalogiem, Koranem i innymi doktrynami religijnymi. Trzeba przyznać, że w opisanej sytuacji także prawodawca kierujący się zasadami pozytywizmu prawniczego najprawdopodobniej postąpi analogicznie, jakkolwiek legitymizując wprowadzenie zakazu kradzieży nie będzie się powo-

¹ Por. M. Szyszkowska, *Europejska filozofia prawa* .1993

ływał na powszechnie uznawane normy moralne czy moralno-religijne jak to uczyni to niepozytywista.

Zasadniczym celem przedstawianego artykułu nie jest bynajmniej porównywanie pozytywistycznego i prawnonaturalnego podejścia do prawa w ogóle, ale zanalizowanie przydatności obu perspektyw w odniesieniu do ściśle określonej sytuacji. Owa sytuacja zakłada tworzenie norm prawnych odnoszących się do tych sfer życia społecznego, które równocześnie podlegają wyraźnie zróżnicowanej, powiedzielibyśmy pluralistycznej regulacji norm pozaprawnych, tak religijnych jak moralnych. Sytuacja będąca przedmiotem analiza jest więc w istotny sposób odmienna od podanego przykładu stanowienia norm prawnych zakazujących kradzieży. Kradzież bowiem spotyka się z powszechnym potępieniem na gruncie różnych systemów moralnych i religijnych. Odstępstwa polegające na pozaprawnej aprobacie kradzieży, lub pewnych jej form, mają z reguły charakter wyjątku, są odpowiednikiem prawnego „kontratypu”, a nie konkurencyjnego systemu. W sytuacji jednorodnej regulacji pozaprawnej stanowienie prawa, odwołującego się do powszechnie uznawanych wartości i norm moralnych, a w szczególności moralno-religijnych, nie stanowi większego problemu. Przeciwnie, legitymizuje dodatkowo ustawodawcę, gdyż jak ujmuje to D. Bell „źródłem najgłębszym, bijącym u samych podstaw społeczeństwa, są koncepcje religijne”². Zazwyczaj jednak sytuacja prawodawcy jest bardziej złożona, ze względu na fakt znaczącego, kulturowego zróżnicowania współczesnych społeczeństw, zróżnicowania, które staje się jedną z ich cech podstawowych. Oznacza to, że w praktyce mamy do czynienia ze społeczeństwami, nie wyłączając polskiego, w których poszczególne grupy i zbiorowości mają często odmienne wizje rzeczywistości, inaczej określają sens swojego życia, różnią się pod względem uznawanych wartości i norm pozaprawnych, a jeśli nawet wyznają te same wartości i respektują te same normy społeczne, to inaczej je hierarchizują. Płaszczyną, w której to zróżnicowanie objawia się z całą wyrazistością jest moralność i religia.

²D. Bell, *Kulturowe sprzeczności kapitalizmu*. Warszawa 1994, s. 120

O żadnym współczesnym społeczeństwie nie można więc powiedzieć, że jest jednorodnie religijnie i światopoglądowo. Nie ma takiej jednorodności w społeczeństwie polskim, w którym około 95% obywateli to wyznawcy religii katolickiej. I nie chodzi bynajmniej tylko o to pozostałe 5% obywateli jest związanych z innymi, mniejszościowymi kościołami lub nie należy, nawet formalnie, do żadnego kościoła. Doświadczenie społeczne, poparte wynikami wielu badań empirycznych, wskazuje na iluzoryczność założeń o zasadniczej jednorodności światopoglądowej w obrębie zbiorowości polskich katolików. Przeciwnie, jak się okazuje w dominującej i wydawałoby się jednorodnej zbiorowości katolików występują daleko idące zróżnicowania poglądów i opinii na temat istotnych wartości i norm tej religii³. Dodatkowo, o zróżnicowaniu świadczą nie tylko wyniki badań ale również konkretne fakty z życia zbiorowości katolickiej takie jak np. duża liczba rozwodów, zawieranie małżeństw cywilnych lub porzeczanie na tworzeniu związków nieformalnych, zmniejszająca się liczba osób uczestniczących w niedzielnej mszy świętej, czy liczba aborcji, dokonywanych przed jej delegalizacją. Fakty te w sposób zasadniczy wskazują na częste przypadki naruszania zasad, wartości i norm religii katolickiej.

Oznacza to, że wskazując na religijne i światopoglądowe zróżnicowanie polskiego społeczeństwa, nie można ograniczyć się do wyróżnienia ateistów oraz wyznawców mniejszościowych kościołów i związków wyznaniowych, ale należy zwrócić uwagę na występujące zróżnicowanie w obrębie samych katolików. Bliższe spojrzenie na tę zbiorowość w polskim społeczeństwie pozwala wyróżnić obok osób wierzących i praktykujących, które w pełni identyfikują się z religijnym systemie norm i wartości także osoby, których stopień identyfikacji z religią jest znacznie słabszy i charakteryzuje się selektywnym podejściem do wartości, norm i praktyk religijnych. Zbiorowość „słabiej” czy „częściowo wierzących” nie jest również jednorodna. Obejmuje bowiem osoby wierzące i zasadniczo identyfikujące się z podstawowym katalogiem wartości i norm religijnych ale nie praktykujące, osoby praktykujące (niekoniecznie ry-

³ Por. wyniki badań opublikowane przez I. Borownik w *Procesach instytucjonalizacji i prywatyzacji religii w powojennej Polsce*, Kraków 1997

gorystycznie) ale nie identyfikujące się z wartościami i normami religii katolickiej. Są wreszcie tacy, którzy częściowo identyfikują się z religią i częściowo praktykują⁴. W świetle wielu badań empirycznych wydaje się, że właśnie owe kategorie „słabiej” i „częściowo wierzących” są coraz liczniej reprezentowane, zresztą nie tylko wśród Polaków. Proces selektywnego identyfikowania się z o-kreśloną religią i jej konstytutywnymi wartościami ma o wiele szerszy zasięg i mocno zarysowuje się w społeczeństwach, szczególnie europejskich. Świadczą o tym dane, z których wynika, że w Europie Zachodniej poza takimi wyjątkami jak Grecja czy Irlandia tylko około 15% populacji stanowią osoby wierzące i mocno identyfikujące się z wyznawaną religią, nie wiele mniejszy jest procent osób niewierzących lub agnostyków (we Francji kategoria ta jest szacowana na około 12% społeczeństwa), natomiast pozostała 70 - 75% stanowią osoby zaliczane do również niejednorodnej kategorii „częściowo wierzących”⁵.

W tym miejscu dochodzimy do istotnego pytania, pojawiającego się w związku z tworzeniem prawa znajdującego swoje uzasadnienie w normach pozaprawnych, moralno - religijnych. Chodzi w szczególności o zasadność takiej regulacji w odniesieniu do społeczeństw pluralistycznych, w których nie tylko nie można wskazać jednolitego systemu moralno-religijnego, z którym identyfikują się wszyscy jej członkowie, ale w którym, niezależnie od pewnych istotnych podobieństw występuje wiele, często sprzecznych wartości i norm pozaprawnych.

pozytywistyczne podejście do prawa pozwala w takiej sytuacji zaproponować, stosownie do oświeceniowej zasady rozdziału rozumu i wiary, wycofanie się ustawodawcy z regulacji, która promuje określone, a zarazem partykularne, wartości moralno-religijne. Jak pisze S. Macedo „...prawo w rozumieniu pozytywistów ma być jasnym i ustalonym społecznym standardem postępowania, ma unikać mistyfikacji i konfliktów, jakie mogą wynikać z pomieszania prawa i moralności...”⁶. Oczywiście nie zawsze możliwe jest takie wycofanie się ustawodawcy, ponieważ

⁴ Por. M. Rosenfeld, *A Pluralist critique of the Constitutional Treatment of Religion w The Law of Religious Identity: Models for Post-Communism* red. A.Sajo, A. Avineri). Londyn 1999

⁵ Dane z wywiadu przeprowadzonego przez J. Alia z F. Champion, opublikowanego w "Observateur" z 28.08.1996

⁶ S. MMacedo, *Cnoty liberalne*, Kraków 1995, s. 109

niejednokrotnie zachodzi konieczność uregulowania pewnych zachowań, które w sposób nieunikniony mają wymiar światopoglądowy, ocierają się, bowiem wyraźnie o normy i wartości religijne i moralne. Przykładem regulacja dotycząca rozwodów, prostytucji czy aborcji. Problem jednak w tym, czy pozytywistyczne podejście gwarantuje ustawodawcy ideologiczną neutralność? Czy ten postulat nie staje się w rzeczywistości społecznej fikcją? Czy jeśli ustawodawca nie zdelegalizuje aborcji i tym samym nie uwzględni postulatów np. katolickiej większości to czy jego decyzja będzie bardziej neutralna w porównaniu z decyzją zakazującą aborcji? Czy jest w ogóle możliwe wycofanie się ustawodawcy z regulacji aborcji, czy brak zakazu aborcji nie zakłada równocześnie konieczności ustalenia, na jakich zasadach aborcja może być przeprowadzana (pozytywna regulacja)? Czy pozostawienie decyzji dotyczącej aborcji do regulacji pozaprawnej – o ile w ogóle to jest możliwe- nie będzie równoznaczne z jej legalizacją? Czy zawsze jest możliwe lub pożądane wycofanie się ustawodawcy z regulacji tych sfer życia społecznego, co, do których społeczeństwo nie tylko nie wypracowało w miarę jednolitego sposobu oceniania i postępowania, ale które traktuje zgoła odmiennie?

Jeszcze bardziej skomplikowana wydaje się sytuacja, gdy ustawodawca działa według zasad prawnonaturalnych. W tym przypadku podstawowym wymogiem związanym ze stanowieniem norm prawnych jest wymóg uzgodnienia treści prawa z treścią norm pozaprawnych. Takie dążenie stwarza szczególne trudności w społeczeństwach pluralistycznych. Oznacza, bowiem ryzyko tworzenia prawa, które odwołując się do jednego z konkurencyjnych systemów moralno-religijnych faworyzuje jeden system, dyskryminując pozostałe. W takim przypadku prawo przestaje pełnić funkcje systemu integrującego całą zbiorowość społeczną, staje się prawem partykularnym, obrażającym uczucia części społeczeństwa, ze wszystkimi negatywnymi konsekwencjami takiego postępowania.

Dla analizy konfliktów związanych ze stanowieniem prawa w społeczeństwach pluralistycznych bardziej przydatne może się okazać odwołanie do dwóch modeli prawa: modelu prawa stronniczego oraz modelu prawa neutralnego, bezstronnego, kompromisowego. Modele te po-

zwalają unaocznąć konflikty związane z tworzeniem prawa w każdej sytuacji istotnego zróżnicowania społecznego⁷.

Rozpoczynając od modelu stronniczego prawa wypada podkreślić, że model ten dotyczy prawa, które w swojej treści jest wyraźnie inspirowane jednym z konkurencyjnych, pozaprawnych systemów norm, wartości i interesów, uznawanym przez jedną, ewentualnie kilka zbiorowości społecznych, a mianowicie przez te które są reprezentowane przez aktualną większość parlamentarną. Dla uproszczenia, na które pozwala konwencja posługiwania się ujęciem modelowym, pomijam skądinąd częste rozbieżności zachodzące pomiędzy większością parlamentarną i tymi, którzy są przez tą większość reprezentowani. Fakt, że współczesne społeczeństwa są zróżnicowane, prowadzi do sytuacji, w której prawo tworzone według modelu stronniczego jest ściśle powiązane z normami, wartościami i interesami, tych którzy wygrali wybory parlamentarne, nie uwzględnia natomiast wartości, norm i interesów przegranych, o ile tylko wartości te, normy i interesy pozostają w konflikcie z uznawanymi przez „zwycięzców”. Prawo tworzone w ten sposób jest stronnicze, satysfakcjonuje bowiem tylko część społeczeństwa.

W drugim modelu sytuacja jest odmienna, ponieważ większość parlamentarna, uwzględnia w procesie stanowienia prawa także wartości, normy i interesy tych, którzy nie mają aktualnie decydującego wpływu na treść stanowionego prawa. Oznacza to, że normy prawa, stanowionego w ten sposób, uwzględniają nie tylko to co ma istotne znaczenie dla tych, którzy aktualnie sprawują władze, ale także respektują to co znaczące dla tych, którzy co prawda nie mają decydującej pozycji w parlamencie, ale mogą ją uzyskać w przyszłości. To, co istotne dla tego modelu, to pewne samoograniczenie się aktualnego ustawodawcy, dysponującego możliwością przeforsowania prawa odpowiadającego tylko niektórym grupom społecznym, przy lekceważeniu oczekiwań pozostałych (mniejszościowych) grup społecznych.

Konsekwencje zastosowania przez ustawodawcę w praktyce jednego z wymienionych modeli są łatwe do przewidzenia. W pierwszym

⁷ J. Waldom, *The Law*, London, Nowy Jork 1992, s. 8 i n.

przypadku - gdy tworzone prawo będzie miało charakter wyraźnie stronnicy, instrumentalny i będzie reprezentować interesy tylko części społeczeństwa, nieuniknioną konsekwencją takiego stanu rzeczy będzie brak akceptacji dla prawa ze strony tych, którzy nie mieli wpływu na jego treść. Prawo tworzone według tego modelu ma wyraźnie polityczny charakter i w związku z tym podlega właściwym polityce zmianom.

W drugim przypadku, prawo tworzone według modelu neutralnego najprawdopodobniej nie zadowoli do końca; ani tych, którzy mają większość parlamentarną, ani tych, którzy przegrali wybory. Zarazem jednak można przypuszczać, że w prawie tworzonym na zasadzie consensusu nikt lub prawie nikt nie powinien traktować norm prawnych jako zagrożenia dla cenionych przez siebie wartości, norm i interesów, gdyż prawo tworzone w ten sposób stanowi w istocie swoiste forum umożliwiające porozumienie się i wypracowanie kompromisowych rozwiązań, jest płaszczyzną uzgadniania zróżnicowanych wartości i norm. Prawo kształtowane według modelu prawa neutralnego, bezstronnego, nawet jeśli odnosi się do obszaru regulowanego przez zróżnicowane wartości moralno-religijne traci swój wyraźnie stronnicy i instrumentalny charakter, nie reprezentuje, bowiem do końca pojedynczej, choćby najliczniej aprobowanej opcji i dlatego powinno być możliwe do zaakceptowania przez ogół społeczeństwa. Podstawową cechą prawa neutralnego jest w istocie jego kompromisowość, jest to, więc prawo mediacyjne, prawo równowagi i jako takie ma większe szanse na szeroką akceptację w społeczeństwie i efektywniejszego regulowania życia społecznego.

Prawo tworzone według modelu stronnicy jest narażone na krytykę ze strony tych, którzy nie identyfikują się z wartościami znajdującymi się u jego podstaw, a w konsekwencji na częste i najprawdopodobniej radykalne zmiany. Można zaryzykować tezę, że częstość nowelizacji tak stanowionego prawa jest funkcją jego stronnicy we wspieraniu partykularnych, pozaprawnych systemów normatywnych oraz stopnia niezadowolenia grup społecznych, których stronnicy prawo ignoruje lub, co gorsze, których istotne wartości i normy narusza. W przypadku prawa stronnicy należy spodziewać się, że każda istotna zmiana w układzie sił politycznych będzie prowadzić do zmian prawa, zmian dokonywanych stosownie

do pozaprawnych systemów normatywnych uznawanych przez tych, którzy uzyskali wpływ na tworzenie prawa, a którzy wcześniej czuli się dyskryminowani. Oczywiście nie zawsze tak musi być, ale np. w przypadku dużych różnic światopoglądowych, które znajdują odbicie w regulacji prawnej, najprawdopodobniej tak będzie. Unaocznia to przykład zmian zachodzących w polskim prawie aborcyjnym po 1989 r. Pierwsza zmiana prawa aborcyjnego z 1956 r., które w szerokim zakresie dopuszczało dokonywanie aborcji, wprowadzona została w 1993 r. z inicjatywy pravicowych ugrupowań politycznych, inspirowanych stanowiskiem Episkopatu. Stanowisko to było mocno aprobowane przez papieża Jana Pawła II, dla którego wprowadzenie prawnej ochrony życia poczętego nabrało zasadniczego znaczenia⁸. Dla omawianej w artykule problematyki nie jest istotne dokładniejsze przedstawienie postanowień ustawy z 1993 r., wystarczy wskazać, że ustawa ta wprowadziła generalny zakaz aborcji, pozostawiając jednak możliwość przeprowadzenia legalnej aborcji w szczególnych przypadkach, gdy: ciążą stanowi zagrożenie życia lub zdrowia kobiety, gdy jest duże prawdopodobieństwo, że płód jest ciężko lub nieodwracalnie upośledzony oraz w przypadku, gdy jest uzasadnione podejrzenie, że ciąża jest wynikiem czynu zabronionego. Należy podkreślić, że zdelegalizowanie aborcji znalazło swoje uzasadnienie w aksjologii Kościoła Katolickiego, przyznającego bezwzględną ochronę nasciturusowi. Warto zaznaczyć, że prawo zdelegalizujące aborcję zostało uchwalone przez większość parlamentarna, reprezentowaną przez ugrupowania centrowo-prawicowe, podatne na wpływy hierarchii kościelnej. Zmiana prawa aborcyjnego wywołała szeroką dyskusję publiczną i spotkała się zarówno z aprobatą jak i dezaprobatą szerokich grup społecznych. Świadczą o tym wyniki wielokrotnie przeprowadzanych badań sondażowych, ukazujących daleko idące i utrzymujące się zróżnicowanie poglądów społecznych na temat dopuszczalności aborcji. Przykładowo, z reprezentatywnych, ogólnopolskich badań sondażowych przeprowadzonych w 1993 r. wynikało, że za bezwzględnym zakazem aborcji oraz zakazem dopuszczającym wyjątki, opowiadało się łącznie nie-

⁸ Ustawa z 07.01.1993 o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz. U. nr 17, poz. 78. na temat stanowiska Episkopatu J. Gowin, *Kościół po komunizmie*, Kraków 1995, s. 106 i n.

wiele ponad 30 % ogółu społeczeństwa, natomiast za dopuszczeniem aborcji, bez ograniczeń lub z ograniczeniami) ponad 60%⁹. Na temat delegalizacji aborcji wypowiadało się również wielu przedstawicieli Kościoła Katolickiego, polityków i prawników. Wśród przeciwników aborcji, popierających ustawę z 1993 r. znajdował się między innymi prof. Marek Safian, (obecnie przewodniczący Trybunału Konstytucyjnego) oraz prof. Alicja Grześkowiak (była marszałek Senatu), która opowiadając się za bardzo rygorystycznym zakazem aborcji i karalnością kobiet nawiązywała w swojej argumentacji do zasad religii katolickiej¹⁰. Wśród prawników broniących prawa kobiety do podejmowania decyzji w sprawie aborcji znajdował się prof. Wojciecha Sadurskiego, który uzasadniał to prawo powołując się na neutralny charakter liberalnego prawa, gwarantującego każdemu jak najszerszą wolność i autonomię¹¹.

Pierwsza zmiana układu politycznego zaowocowała podjęciem prac nad nowelizacją kontrowersyjnego, jak się okazało, prawa zakazującego aborcji. Przygotowany projekt tym razem miał na celu legalizację aborcji i odwoływał się do wartości liberalnych takich jak wolność i odpowiedzialność kobiety. Warto zaznaczyć, że zarówno prace nad ustawą delegalizującą aborcję, a później nad liberalizującą nowelizacją ustawy antyaborcyjnej zostały zainicjowane bezpośrednio po zmianach w układzie sił parlamentarnych, a ich zapowiedź odgrywała znaczącą rolę w kampaniach politycznych. Nowa regulacja, liberalizująca zakaz aborcji została przyjęta w połowie 1996 r.¹³. Zasadnicza zmiana wprowadzona tą regulacją polegała na dopuszczeniu aborcji dokonywanej z tak zwanych społecznych przyczyn, czyli ze względu na ciężkie warunki życiowe (ekonomiczne) lub trudną sytuację osobistą kobiety.

⁹ J. Podgórska, *Co począć- Raport Polityki*, "Polityka" nr 4, 26.01.2002

¹⁰ A. Grześkowiak, *Prawo powinno chronić życie ludzkie od początku*, Pismo Ogólne 1991, Styczeń 14-20

¹¹ W. Sadurski, *Racje liberała*, Warszawa 1992, s. 65-71

¹² Por. J. Gowin, *Kościół po komunizmie*, Kraków 1995, s.104 i n.

¹³ Ustawa z 20 sierpnia 1994 o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. nr 139, poz. 646

Obie wskazane wyżej ustawy, a więc ustawa z 1993 r., delegalizująca aborcję oraz nowelizująca ją liberalna ustawa z 1996 r. spełniają w całej pełni warunki prawa stanowionego według zasad modelu stronniczego a nie neutralnego, jakkolwiek w przypadku ustawy z 1993 r. można wyróżnić pewne elementy ograniczonych ustępstw na rzecz tych, którzy mieli poglądy odmienne od ustawodawcy z 1993 r. W szczególności chodzi o te postanowienia ustawy delegalizującej aborcję, które wprowadzają dopuszczalność aborcji na zasadzie wyjątku, w ściśle określonych przypadkach. Na marginesie warto nadmienić, że owe kompromisowe ustępstwa spotkały się z ostrą krytyką środowisk konserwatywno-katolickich z Episkopatem na czele, który nie aprobował przyjętych wyjątków i sprzeciwiał się zarówno dopuszczalności aborcji ze względów medycznych jak i w sytuacji, gdy aborcja związana była z popełnieniem czynu zabronionego¹⁴. W ustawie z 1996 r. znacznie trudniej dostrzec elementy kompromisu, czynionego, w tym przypadku, na rzecz przeciwników aborcji. Trudno bowiem uznać za takie ustępstwo wprowadzenie do ustawy obligatoryjnej procedury konsultacji poprzedzającej aborcję.

Skomplikowane losy ustaw aborcyjnych wskazują, że elementy kompromisowe w nich zawarte okazały się niewystarczające dla zaakceptowania tych ustaw przez ogół społeczeństwa, o czym w całej pełni świadczą dalsze losy prawnej regulacji aborcji.

Kolejny etap zmagania z prawem regulującym dopuszczalność aborcji został zainicjowany przez przeciwników aborcji i doprowadził do zaskarżenia zliberalizowanej ustawy z 1996 r. jako niekonstytucyjnej. W wyniku podjętych działań ustawa z 1996 r. została uznana przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodną z konstytucją (tak zwaną Małą Konstytucją z 1992 r.)¹⁵, a następnie, w dniu 16 grudnia 1997 r. orzeczenie Trybunału uzyskało wymaganą, przez obowiązujące wtedy prawo, aprobatę kwalifikowanej większości 2/3 posłów, co w konsekwencji skutkowało przywróceniem zakazu aborcji, a liberalizujące zmiany zostały uchylone jako niekonstytucyjne. Należy dodać, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego oraz wspierająca go decyzja sejmu były przedmiotem wielu

¹⁴ J. Gowin, op. cit. s. 107 i n.

¹⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego nr K/26/96

zróźni-cowanych komentarzy, a społeczeństwo ponownie wyrażało podzi-e-lone opinie na temat aborcji¹⁶. Z badań ogólnopolskich, przepro-wadzo-nych przez CBOS w połowie 1997 r. wynikało, że tylko 18% społeczeństwa potępi-ło aborcję przy czym tylko 6% zadeklarowało „zdecydowane potę-
pienie”, 41% opowiedziało się zdecydowanie za legalizacją aborcji z przy-
czyn społecznych. Dodatkowo 30% opowiedziało się za złagodzeniem
zakazu aborcji i „raczej dopuszczało” aborcję dokonywaną z przyczyn spo-
łecznych, 11% badanych nie miało zdania na ten temat¹⁷.

Przedstawiona analiza przykładu związanego z prawem odnoszą-
cym się do aborcji pozwala zauważyć, że stanowienie prawa według re-
guł modelu stronnicego prawa w sposób nieunikniony wiąże się z cią-
głymi zmianami tak stanowionych przepisów prawnych, stanowi tym sa-
mym zagrożenie dla stabilności i ciągłości systemu prawnego. Prawo
wyraźnie inspirowane wartościami i normami moralno-religijnymi, co,
do których nie ma zgody w pluralistycznym społeczeństwie zmienia się
i musi się zmieniać. Częste zmiany tego prawa są niejako wpisane w za-
sadę jego funkcjonowania. Ujemnym efektem nadmiernie zmieniające-
go się prawa jest obniżenie społecznego zaufania do prawa. Zostaje naru-
szona zasada stałości i pewności prawa, a każdy racjonalny ustawodawca
powinien poważnie brać pod uwagę te zasady. Jak pisze G. Sartori „pew-
ność prawa nie polega wyłącznie na precyzyjnej artykulacji prawa i nada-
niu mu formy pisemnej, konieczne jest również przekonanie, że będzie
trwałe. Trwałe – rzecz jasna – na tyle, aby ludzie podlegający prawu,
mogli zaplanować życie zgodnie z jego normami”¹⁸. Częste zmiany stron-
niczego prawa nie tylko podważają zasadę pewności i stałości prawa,
w odniesieniu do zmieniającej się regulacji, ale prowadzą w konsekwen-
cji do obniżenia autorytetu całego systemu prawnego. W skrajnych przy-
padkach, gdy np. częste zmiany prawa obejmują szeroki zakres „stronni-
czej” regulacji, prawo staje się własną karykaturą, a rządy prawa zmie-
niają się w rządy ludzi sprawujących władzę ustawodawczą. Prawo

¹⁶Zasadniczą krytykę orzeczenia Trybunału przeprowadził J. Woleński w: J. Woleński, *Glosa do orzeczenia z 18 maja 1996, K/26/96*, „Państwo i Prawo” 1998 nr 1, por. także argumenty A. Zolla popierające orzeczenie zamieszczone w „Gazecie Wyborczej” z 03.12.1997

¹⁷„Gazeta Wyborcza” z 26.07.1997

¹⁸G. Sartori, *Teoria demokracji*, Warszawa 1994, s. 399

stronnicze staje się, więc zaprzeczeniem rządów prawa, które stanowią konstrukcję mającą za zadanie chronić społeczeństwo, między innymi, przed propagowaniem przez ustawodawcę jednej uprzywilejowanej przez niego opcji światopoglądowej, moralnej czy religijnej.

W związku z powyższym pozostaje rozważenie drugiej alternatywy, związanej ze stanowieniem prawa kompromisowego, to jest takiego, które nie faworyzuje żadnej zbiorowości i uznawanych przez nią norm pozaprawnych. W tym przypadku chodzi więc o poszukiwanie prawa, które może liczyć, w wersji maksymalnej, na powszechną aprobatę, a w wersji minimalnej na powszechny brak dezaprobaty. Na czym jednak polega problem? Otóż nietrudno zauważyć, że wszędzie tam gdzie liczą się podstawowe wartości i normy moralne, inaczej postrzegane przez wyznawców różnych religii, osoby głęboko lub częściowo wierzące, wątpiące lub w ogóle niewierzące, jest niezmiernie trudno wypracować satysfakcjonujący wszystkich kompromis. Problem nabiera szczególnej ostrości w sytuacji gdy pomiędzy uznawanymi systemami pozaprawnymi zachodzą nie tylko różnice ale zasadnicze sprzeczności i gdy te sprzeczności dotyczą kwestii podstawowych takich np. wolność i autonomia jednostki czy życie ludzkie. I tak trudno sobie np. wyobrazić, że zbiorowości społeczne głęboko identyfikujące się z nauką Kościoła Katolickiego, uznającego aborcję, podobnie zresztą jak eutanazję za fundamentalne zło, a życie ludzkie, także nienarodzone za nienaruszalną świętość, będą skłonne negocjować nawet, najbardziej rygorystyczne warunki, dopuszczające chociażby w ograniczonym zakresie wskazane praktyki. Przeciwnie należy się liczyć, że zwolennicy normy nakazującej traktować życie ludzkie, także poczęte, jako nienaruszalne będą podejmować poważne starania mające doprowadzić do włączenia tej normy do systemu prawa, także karnego. Inaczej przedstawia się sprawa zróżnicowania społecznych poglądów w kwestiach neutralnych moralnie i religijnie jak np. w kwestii długości trwania obowiązku szkolnego. Jeśli jedni postulują obowiązkową edukację np. do lat 18 roku życia a inni tylko do lat 14, przy niewielkim wysiłku można osiągnąć kompromisowe rozwiązanie i określić ustawowy obowiązek nauki np. do 16 roku życia.

Uwzględniając pluralistyczny charakter współczesnych społeczeństw, należałoby postulować tworzenie prawa neutralnego, bezstronnego, uwzględniającego w swojej treści wartości uniwersalne (przynajmniej w obrębie danego społeczeństwa) jak również respekt i autonomię dla każdej religii, moralności i światopoglądu, z wyłączeniem jednakże tych światopoglądów, które zakładają dyskryminację i brak tolerancji dla innych. Nie jest to jednak zadanie w pełni wykonalne. W poszukiwaniu optymalnej koncepcji prawa nie do końca sprawdzają się koncepcje prawnonaturalne i pozytywistyczne. Te pierwsze okazują się przydatne tylko w odniesieniu do powszechnie aprobowanych norm i wartości pozaprawnych, ale ryzykowne w stosunku do zróżnicowanych i konfliktowych elementów systemów moralnych i religijnych. Z kolei atrakcyjność pozytywistycznego podejścia kładącego nacisk na autonomię systemu prawnego w stosunku do moralności tylko pozornie rozwiązuje problem. Zwraca na to uwagę Herbert L. A. Hart dostrzegając bezsporne związki prawa i moralności: „nie jest w żadnym sensie prawdą konieczną, że prawo odzwierciedla moralność czy spełnia pewne wymagania, aczkolwiek faktycznie często tak bywa”¹⁹. W tej sytuacji najlepszym rozwiązaniem wydaje się postulat pozostawienia, o ile to tylko możliwe, antagonistycznych norm światopoglądowych, poza sferą regulacji prawnej, a jeśli to niemożliwe i istnieje potrzeba włączenia tego, co sporne do systemu prawnego, niezbędne staje się poszukiwanie kompromisu, możliwego do zaakceptowania przez ogół społeczeństwa. Osiąganie consensusu stanowi więc zasadnicze zadanie ustawodawcy, który o ile nie chce narazić się na negatywne konsekwencje związane ze stanowieniem prawa stronnictwa musi dążyć do odrzucenia stanowisk skrajnych.

Na koniec kilka uwag dotyczących perspektyw kompromisowego rozwiązywania konfliktów związanych ze stanowieniem prawa, odnoszącego się do kwestii podlegających równoczesnej regulacji norm moralnych i religijnych przez współczesnego, polskiego ustawodawcę. Oczywiście postulat tworzenia prawa neutralnego i kompromisowego jest trudny do spełnienia w każdym pluralistycznie zorientowanym społeczeństwie.

¹⁹ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 252

Ze szczególnymi trudnościami należy się jednak liczyć w społeczeństwach, które mają za sobą długoletnie doświadczenia ustroju totalitarnego, w których prawo było traktowane w sposób instrumentalny, stronniczy, jako narzędzie za pomocą, którego komunistyczna klasa panująca wyrażała swoje interesy. Drugą trudność należy upatrywać w stosunkowo małym różnicowaniu religijnym i etnicznym polskiego społeczeństwa. Przytłaczająca dominacja jednego kościoła, jednej religii i jednej narodowości utrudnia otwartość, ogranicza wrażliwość „na innych” i uznawane przez nich wartości i normy pozaprawne. Trzecią przeszkodą jest silne zaangażowanie się Kościoła Katolickiego w sferze publicznej, obejmujące także stanowienie prawa, przy jednoczesnym braku otwartości tej instytucji na pluralizm wartości i norm pozaprawnych oraz trudnościach z akceptacją zasad współczesnych pluralistycznych i liberalnych demokracji. Wreszcie czwarte utrudnienie należy łączyć z bardzo tradycyjnym pojmowaniem przez polskie społeczeństwo, demokracji, która postrzegana jest jako prosta zasada większości. Dla zdecydowanej większości Polaków demokracja nie łączy się z zasadą samoograniczenia się i uwzględniania uprawnień mniejszości religijnych, kulturowych czy etnicznych. Pozostaje nadzieja, że stopniowo zasady nowoczesnej, pluralistycznej demokracji znajdą szersze zrozumienie wśród społeczeństwa.

Bogdan Szlachta

Natural Law And Natural Rights, Some Aspects of Classical And Modern Legal Thought

We all know that St. Thomas Aquinas was a Christian theologian and a moral philosopher of the thirteenth century, that he was perfectly well aware that his Greek master, Aristotle, was capable of distinguishing morally good and bad actions, that he was also convinced that without revelation we can have only an imperfect and inadequate knowledge of the purpose of human life and of man's supreme good. We know that when discussing man's final end he starts with the Aristotelian conception of 'happiness' and ends with the Christian doctrine of the beatific vision of God in heaven and that when discussing virtues he completes his treatment of them by talking about the 'theological virtues' of faith, hope and charity. But we also know that Aquinas believed in the harmonious relation between all truths, and he that wished to exhibit and illustrate this harmony.

First of all, Aquinas maintains that in every human act the will is directed towards an end, towards something apprehended as or thought to be good, that is, something which is known or thought to be perfect in some way the subject who desires and chooses. And in accordance with his finalistic conception of nature Aquinas goes on to argue that the human will is necessarily set towards the final or ultimate good of man as such, and that it is under the impulse of this dynamic and innate orientation of the will that we make our particular choices, which are secondary to the main choice very much like all particular ends, which are secondary to the ultimate or final end. But it must be remembered that Aquinas presupposes the existence of God, who created things with innate tendencies towards the development of their own real potentialities. He presupposes that human nature has been created by a personal God who would not have created it with an unavoidable impulse towards a non-existent good or an unobtainable good and - as a consequence - that all human beings, like all created things, tend towards the actualisation of the potentialities

of their natures, even though they may never use terms like 'supreme' or 'final good', but they do so not only instinctively but also by means of intellect and will, natural intellect which alone is capable of seeing the idea of human good. For Aquinas grace does not annul but perfects human nature: revelation sheds further light, but it does not cancel the truths attainable by purely philosophic reflection.

However great the differences between Aristotle's and Aquinas' conceptions of man's ultimate good may be, it is clear that both men developed finalistic or teleological theories of ethics, that for both of them human acts derive their moral quality from their relation to man's final end. According to Aquinas, every human act has two sides, interior and exterior, 'formal' and 'material'; the absence of either of them, especially of the right intention which belongs to the interior act, is sufficient to prevent our calling it good in an unqualified manner. In order that a human act should in the full sense, be morally good it must be compatible both 'formally' and 'materially' with attainment of the final end. What is done as well as the intention with which the act is performed and the way in which it is performed must be compatible with attainment of the final end and from this relation the act ultimately derives its moral quality.

In connection with Aquinas' idea of the law we may now say that the natural reason of all men sees that some acts are necessary to obtain man's good, for example, this natural reason sees that it is necessary to take reasonable means to preserve one's life. Law in general, as he says, is a rule or measure of human acts, conceived by reason and promulgated with a view to the common good or *an ordinance of reason, made for the common good by him who has charge of the community, and promulgated*¹, in virtue of which *one is led to perform certain actions and restrained from the performance of others by reason as the first principle of human action, which directs action to its appropriate end*². The authority of law is from the will, if it is regulated by 'reason when it commands'; this does not mean that for Aquinas the law depends on God's or any

¹ St Thomas Aquinas, *Summa Theologiae 1a 2ae*, 90.4, ed. T. Gilby (London, 1966).

² *Ibid.*, 90.1.

other lawgiver's arbitrary choice, as later for example for Scotists. He speaks of God as an artist who has an idea of the work to be created or done and of the means to its fulfilment. God eternally conceives all creatures according to their different kinds: He conceives their ends and the means to the attainment of these ends. And divine wisdom, considered as moving all things according to their several ends in subordination to the end of the whole created universe, the communication of the divine perfection, is the eternal law. *Hence, the eternal law is nothing else than the plan of the divine wisdom considered as directing all the acts and motions' of creatures*³ to the attainment of their ends. Man, as a rational and free being, is capable of acting in ways which are incompatible with this law, and it is, therefore, essential that he know the eternal law so far as it concerns himself. But although man cannot read the eternal law in God's mind, he can discern the fundamental tendencies and needs of his nature, and by reflecting on them he can come to a knowledge of the natural moral law. Every man possesses natural inclinations to the development of his possibilities and the attainment of the good for man. Every man also possesses the light of reason, whereby he can reflect on these fundamental inclinations of his nature and promulgate to himself the natural law, which is the totality of the universal precepts or dictates of right reason concerning the good which is to be followed and the evil which is to be shunned. By the light of his own natural reason, therefore, man can arrive at some knowledge of the natural law. And since this law is a participation in or reflection of the eternal law and so far as the reflection concerns human beings and their free acts, man is not left in ignorance of the eternal law, which is the ultimate rule of all conduct⁴.

For Aquinas, therefore, it is the human reason which is the proximate or immediate promulgator of the natural law. This law is not without a relation to something above itself; for it is, as we have seen, the reflection of or participation in the eternal law. But inasmuch as it is immediately promulgated by human reason, we can speak of a certain autonomy of the

³ *Ibid.*, 93.1.

⁴ *The natural law is nothing else but a participation of the eternal law in a rational creature (Ibid.*, 91.2).

practical reason. This does not mean that man can alter the natural law, which is founded in his nature. Rather, it means that the human being does not receive the law simply by imposition from above: he recognises or can recognise its inherent rationality and binding force, and he promulgates it to himself⁵. In his conception of natural law as the expression of man's dignity and power, Aquinas sees man alone among created beings as participating intellectually and actively in the rational order of the universe. Man is called to do so because of his rational nature. It is *the light of natural reason* which enables us to *discern good from evil*. St. Thomas's notion of the light of reason is of great importance. Man is conceived of as holding the unique position of being at the same time a subject of God and His co-operator. But man participates in two worlds. The order of the precepts of the natural law corresponds to the order of his natural inclination, includes the qualities which he has in common with all created beings as well as those which are distinctive to his own rational nature. He has in common with all created things the desire for self-preservation. Hence, the first group of the precepts of the natural law comprises all that makes for the preservation of human life. But man has also in common with animate beings further inclination to more specific ends. Hence, it is right to say that 'what nature has taught all animals' pertains to the natural law - such as sexual relationships, the rearing of offspring and the like. But, finally, *there is in man a certain inclination to know the truth about God and to live in society*. So, all those actions pertain to the natural law *to which man has a natural inclination: and among such it is proper to man to seek to act according to reason*, which gives first principles *of rightness for everybody and is equally known by every*

⁵ It is clear - says Aquinas - that the whole community of the universe is governed by the divine reason, by eternal law; all things are subject to divine Providence and are measured and regulated by this kind of rational law; all participate to some degree in it, in so far as they derive from it certain inclinations to those actions and aims which are proper to them. But, of all others, rational creatures are subject to divine Providence in a very special way; being themselves made participators in Providence itself, in that they control their own actions and the actions of others. So they have a certain share in the divine reason itself, deriving therefrom a natural inclination to such actions and ends as are fitting. This participation in the eternal law by rational creatures is called the natural law; natural law which is nothing else than the impression of the divine light in us and participation of the eternal law in rational creatures (S.T. 1a 2ae. 91.1 and 2).

*one or the same for all as a norm of right conduct and is equally well known by everyone*⁶.

The order of the precepts of the natural law follows the order of natural inclinations; and - as a consequence - these precepts as well as these inclinations or tendencies directing man towards his ultimate good, giving him knowledge of what is necessary for the right ordering of his life and also the conviction that he should live in society with other men. Aquinas thought of man as tending naturally and inevitably towards his perfection, towards the actualisation of his potentialities as man, towards his final end or good. And he thought of the man's reason as discerning the necessary acts to the attainment of this end and as ordering them while forbidding their contraries. In this sense, obligation or norm is imposed by practical reason, binding the free will to perform the acts necessary to attain the final end, or man's good and to abstain from acts which are incompatible with its attainment.

But, at the same time, for Aquinas one may act and one has *iura* only on the foundation of the natural law and in the area which presents its objective norms. In his doctrine we have no modern theory of natural rights although we do have the theory of natural law. *Something can be said to be according to the ius naturale in two ways*, said Aquinas when he spoke about man's natural life. *One, if nature inclines us to it: such as not to harm another human being. The other, if nature does not prescribe the opposite: so that we can say a man is naked under the ius naturale, since he received no clothes from nature but invented them himself. In this way "the common possession of all things, and the equal liberty of all is said to be according to the ius naturale: for distinctions between possessions*

⁶ *Ibid.*, 94.2. Like ancient Roman lawyer Ulpian, Aquinas pointed out that man has something in common with all created beings, with plants and animals for example; like all medieval Christian lawyers, he pointed out also that the man has something in common with supernatural Being (God) or beings like angels but not only with Him or them. As to the relation between negative borders of freedom of human legislation Aquinas said that *the validity of law depends upon its justice. But in human affairs a thing is said to be just when it accords aright with the rule of reason; and, as we have already seen, the first rule of reason is natural law. Thus all humanity enacted laws are in accord with reason to the extent that they derive from the natural law. And if a human law is at variance in any particular with the natural law, it is no longer legal, but rather a corruption of law* (*Ibid.*, 95.2).

and slavery were not the products of nature, but were made by human reason for the advantage of human life⁷. In a state of nature men have no rights, because the *ius naturale* is neutral in the areas of personal servitude and private property. In spite of all modern theories concerning natural rights there are no *prima facie* rights for men; men do not have a *prima facie* natural right to absolute liberty any more than they have a *prima facie* natural right to dominate other men⁸.

Aquinas generally used *ius* and *lex*, right and law, as interchangeable terms, pointing out that legalism should follow the grain of reality and that a continuity between implanted right and enacted law should be kept. Whereas medieval jurists generally spoke of *ius naturale* and theologians of *lex naturalis* he was inclined to reverse the usage, preferring *lex* in his judicial treatise and *jus* in his theological treatise on the cardinal virtue of justice. *Lex* was not *ius* precisely, but in some manner was its rational expression, because *ius* signified an objective quality⁹. If legislation was a part of the practical wisdom of governing the community, one man could rightfully control another only by showing a reason for his power: even omnipotence cannot break the order of truth, but the true and rational legislator ought to have *prudentia regnativa*, a species of prudence, the intellectual and moral virtue of which act was to command¹⁰. The legislator's *recta ratio* is not so closely linked to *ius naturale* in Aquinas' doctrine as some contemporary commentators suppose and therefore there is no contrast between *ius naturale* and *lex naturalis*¹¹.

For St. Thomas *lex* means much more than positive statement and very much more indeed than written law; he often speaks of *ius positivum* instead of *lex positiva*, of *lex naturalis* instead of *ius naturale*, and - as Brown has supposed - he uses *ius* and *lex* metonymously in respect to all of the following kinds of *ius-lex*: divine, natural, positive, and human¹². He does indeed draw a distinction between these terms, but in both of them he presents the same

⁷ *Ibid.*, 94.5.

⁸ See R. Tuck, *Natural Rights Theories. Their origin and development* (Cambridge 1979), p. 20.

⁹ See, first of all, S.T. 1a 2ae, 105.2 ad. 3 and 2a 2ae, 57.1 ad 1 and 2.

¹⁰ See Th. Gilby O.P., *Principality and Polity. Aquinas and the Rise of State Theory in the West* (London 1958), pp. 125-8.

¹¹ See V.J. Bourke, 'Is Thomas Aquinas a Natural Law Ethicist?', *The Monist* 58(1974), pp. 62-3.

¹² O.J. Brown, *Natural Rectitude and Divine Law in Aquinas. An Approach to an Integral Interpretation of the Thomistic Doctrine of Law* (Toronto, 1981), Appendix I: 'Ius' and 'Lex' in Aquinas, p. 174.

rational substance. Valid are only those *iura* and *leges* which are rational but not as man's rationality but as the rationality of God and His order. On the other hand, only those *iura* are valid which have a legal foundation. It is a very important thesis because the substance of the personal right is connected not with personal power or *dominium* but with rational action, which directs man to his ultimate end. We have already seen, however, that for Aquinas, the Christian theologian, man has a supernatural final end or supreme good the attainment of which transcends his natural power and directs his natural rights through his natural inclinations as well as through the norms of the natural law.

The identification of man's good with 'happiness' or with self-perfection may easily give the impression that Aquinas' ideal was purely individualistic and even egoistic in an unpleasant sense. Yet he regarded life in society as being prescribed by the natural law. That is to say, he recognised in the human being a natural tendency to live in society with his fellows, not only in a smaller group of the immediate family circle but also in those larger groups which are called in their developed form states or political communities. Social life is thus founded on human nature itself, and both families and states are natural communities. Reason, reflecting on man's fundamental inclinations, says that these societies ought to be formed, inasmuch as they are necessary for the development of man's potentialities. *It is natural for man to be a social and a political animal, living in community; and this is more true of him than of any other animal, a fact which is shown by his natural necessities*¹³, bodily as well as spiritual needs. Society is, therefore, not a purely artificial construction but a natural institution resulting from man's being what he is. And as founded on human nature it is willed by God who created man. This does not mean, of course, that the historical divisions into nations and states are dictated by God but that there should be a civil or political society or societies willed by God, as is shown by the fact that He created man, who cannot attain his full stature without society¹⁴.

¹³ St Thomas Aquinas, *De Regimine Principum*, 1, 1.

¹⁴ See F.C. Copleston, *Aquinas* (Harmondsworth, 1955), pp. 227-229.

Furthermore, every society requires direction and government. For Aquinas it is a mistake to think, not only with St Augustine but also with Locke, that government exists simply in order to keep peace and punish evildoers. According to him, government would be required even if there were no evildoers and even if no one were inclined to disturb the peace. St Augustine was inclined to say that the state was a result of man's Fall, as though political authority existed primarily because fallen human beings need coercive power to restrain their evil tendencies and to punish crime. Locke spoke about anti-rational passions which incline men to break the law of nature. But this was not at all Aquinas' points of view. *Man is by nature a social animal. Hence, in the state of innocence (if there had been no Fall) men would have lived in society. But a common social life of many individuals could not exist unless there were someone in control to attend to the common good*¹⁵. Government, like society, is natural and willed by God. It exists primarily to provide for the common good, for *the good life of the community three things are required. First, that the community should be established in the unity of peace. Secondly, that the community, united in the bond of peace, should be directed to good action... Thirdly, that through the ruler's diligence there should be a sufficient supply of the necessities for a good life*¹⁶. The government, therefore, exists to preserve internal peace and to take care for the defence of the community, to promote the moral well-being of the citizens, so far as this can be done by legislation supported by sanctions, and to ensure citizens a sufficient supply of material necessities. In Aquinas' doctrine there is no place for a contract which constitutes society or government.

Since the function of the state as well as the function of its legislator or legislators is to promote the common good, which has no individualistic substance, the criterion of goodness and badness in legislation is its relation, discerned by reason, to the common good and not to the interests of individuals or groups. It does not imply that every precept and prohibition of the natural law should be embodied in legislation, as will be

¹⁵ S.T. 1: 1a 2ae. 96.4.

¹⁶ *De Regimine Principum*. 1.15.

thought, for example, by English Puritans. But the state is never entitled to pass legislation which runs counter to the natural law. *Every human law has the nature of law in so far as it is derived from the law of nature. If in any case it is incompatible with the natural law, it will not be law, but a perversion of law*¹⁷. And, therefore, Aquinas may also say that *the will of the prince has the power of law only when it is rational and directed towards the well-being of the whole community as a perfect whole*¹⁸, while in any other sense *the will of the prince becomes an evil rather than law*¹⁹.

From this view of the relation of human positive law to natural law it naturally follows that just laws are binding, while unjust laws are not binding in conscience. A law is unjust, says Aquinas, if it imposes burdens on the citizens, not for the common good, but to satisfy the cupidity or the ambition of the legislator; if in enacting the law the legislator goes beyond the powers entrusted to him; or if burdens are imposed in an unfair and disproportionate manner. *Laws of this kind are acts of violence rather than laws... they do not bind in conscience unless observance of them is required in order to avoid scandal or public disturbance*. Laws can also be unjust by contra-vening divine positive law, namely, the precepts of the Decalogue, *and laws of this sort ought not to be obeyed*²⁰. The sovereignty of the ruler or legislator does not cancel the notion of legal obligation. Positive law does not exhaust the whole range of legal experience. There may be laws other than the commands of the sovereign, laws with a different structure yet, nevertheless, binding and formally perfect. Natural law and the laws of the international community (*ius gentium*) are devoid of sanctions, but both are properly called laws and are binding even on the sovereign. Like Albericus Gentilis, one of the founders of modern international law, Aquinas might have said that the 'absolute' prince is *above* positive law but *under* natural law and *under* the law of nations²¹.

¹⁷ S.T. 1: 1a 2ae. 95.2.

¹⁸ *Ibid.*, 90.2, concl.

¹⁹ *Ibid.*, 90, ad 3um.

²⁰ *Ibid.*, 96.4.

²¹ Albericus Gentilis, *Regales Disputationes Tres*, 1605 (Disp. I, De Potestate Regia Absoluta, p. 17). For further informations see: A.P. d'Entreves, *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy* (4th impression, London, 1957), pp. 67-68.

Between Aquinas and Locke we may see not only Richard Hooker's Thomistic-in-essence doctrine, which for the English thinker will be crucial, but also a quite opposite political and legal direction among Christian philosophers of the later Middle Ages. The famous members of the Franciscan order, not Dominican as Aquinas, Duns Scotus and William of Ockham, connected the law of nature or God with legal rights. For Scotus *ius naturale* was not simply neutral with regard to *dominium*, as it was in Aquinas, but he positively ruled it out, since common use was the optimum strategy for men in a state of innocence. For him, common use was the common *dominium*. It was not the case that the human race collectively had a kind of right over the world, rather that each human being was simply able to take what he needed and had no right to exclude others from what was necessary for him²².

Scotus took *dominium* to be necessarily private, something which not only could be exchanged, but which could also be defended against the claims of the needy, and quite possible by violence. Man could have property, which was not purely a feature of *social* life. In Ockham's case, one may see the identification of the right of use with the right of ownership²³ and, as a consequence, the identification of individual or subjective powers with rights, the rights of God or humankind as well as the rights of individual person. In this conception there is no impersonal common good and public norms may seem to have objective validity. There are public norms which are conventional constructions of these various subjects and which regulate only external relations between citizens. Hence political thought and action are totally concerned with conflict, balancing and delegating various but always subjective powers-rights²⁴.

²² R. Tuck, *Natural Rights Theories*, pp. 21-2.

²³ The right of use (*ius utendi*) Ockham defined as *a licit power of using an external object, the unwarranted denial of which can be prosecuted in a court of law; as to the right of ownership: a principal power of laying claim to a thing in court and of using it in any way not prohibited by natural law*; both in: *Opus Nonaginta Dierum*, ed. by R.F. Bennett and J.G. Sikes, ch. 2 (Manchester, 1940), pp. 304 and 310.

²⁴ See A.S. McGrade, 'Ockham and the Birth of Individual Rights', in: *Authority and Power. Studies in Medieval Law and Government presented to Walter Ullmann on his Seventieth Birthday*, ed. by B. Tierney and P. Linehan (Cambridge, 1980), pp. 149-51. See also M. Villey, 'La Genese du droit subjectif chez Guillaume d'Occam', *Archives de Philosophie du Droit*, IX(1964), pp. 97-127, and B. Szlachta, *Nowożytny przełom w pojmowaniu prawa naturalnego*, in: *Kształtowanie postawy obywatelskiej*, ed. by P. Lenartowicz (Cracow, 1997), pp. 35-80.

The Scotists' nominalism meant a crisis in Scholastic method, a quarrel about "universals" and an anticipation of the modern theory of rights-powers. The vindication of the primacy of the will over the intellect led to the denial that ethical values can have any other foundation than the will of God, who imposes them. The notion of God as an unlimited and arbitrary power implied the reduction of all moral laws to inscrutable manifestations of divine omnipotence. The basis of the "natural system of ethics" was discarded. Natural law ceases to be a bridge between God and man. It affords no indication of the existence of an eternal and immutable order. It no longer constitutes the measure of man's dignity and of his capacity for participation in that order, a standard of good and evil available to all rational creatures, because for nominalists an action was not good because its suitability to the essential nature of man but because of God's arbitrary will. The validity of norms was founded not on the standards of God's reason as well as man's reason but only on God's absolute will. Law was not reason but will, pure will without any foundation in reality, without foundation in the essential nature of things.

It is as if the notion of sovereignty were applied here to the divine lawgiver himself. The notion of sovereignty of God as *legibus solutus* became the pivot of Calvin's ethics and theology and later the foundation of the modern conception of sovereignty as well as the new conception of natural law which was the product of the Age of Reason. But this influence was paradoxical enough because the revival of natural law which took place at the turn of the sixteenth and seventeenth centuries was essentially a rejection of the nominalist or voluntarist theory of law. Thus Grotius' famous proposition that natural law would retain its validity even if God did not exist, which appears as a turning point in the history of Western thought, was the answer to the challenge not of the rational-realistic ethics of Aquinas, but of voluntarist and nominalistic ethics. It meant the proposition that command is not the essence of law and that natural law is independent of the God's will. This meaning goes in the same direction as a convenient summary of the Catholic conception which was given at the beginning of the seventeenth century by the Spanish Jesuit Francisco Suárez, who had also taken the view that natural law does not depend on

the will "of any superior", especially the will of an absolute monarch, as claimed be the creators of the doctrine of "divine rights of kings".

The modern theory of natural law is not, properly speaking, a theory of law at all. It is a theory of rights. A momentous change has taken place under the cover of the same verbal expressions. The *ius naturale* of the modern political philosopher is no longer the *lex naturalis* of the medieval moralist nor the *ius naturale* of the Roman lawyer. These different conceptions have only their name in common. This significant fact was pointed out by Hobbes: *though they speak of this subject use to confound ius and lex, right and law: yet they ought to be distinguished; because right consisteth in liberty to do, or to forbear: whereas law determineth, and bindeth to one of them: so that law and right differ as much, as obligation and liberty*²⁵. From this distinction he argued that civil war is caused by each individual's claiming the right to judge the law in accordance with his subjective standard of conscience or 'private judgement'²⁶.

The different meanings of the word *ius* were for a long time familiar to the lawyers who had been brought up in the study of the Roman law. They carefully distinguished between "objective" and "subjective right", between the *norma agendi* (the rule of action) and the *facultas agendi* (the right to act), which can both be indicated by the same name of *ius*. But they never overlooked the fact, which Hobbes seems either to ignore or to implicitly deny, that the two meanings of *ius* are not antithetical, but correlative. In the language of the law-schools and as we have seen in St Thomas, *ius* could be used in an "objective" as well as in a "subjective" sense: but the latter always presupposes the former. There is a *facultas agendi* inasmuch as there is a *norma agendi*. There is a "right" inasmuch as there is a law.

But for the great majority of modern writers on natural law Hobbes' anarchical conception of *natural right* as opposed to *natural law* was crucial²⁷. Even Locke in the *Two Treatises* argued that in a system of popular

²⁵ Leviathan, I.14.

²⁶ *Ibid.*, II.29.

²⁷ See positions by A.P. d'Entreves, *Natural Law*, pp. 59-60 (for majority of these writers 'natural law was the necessary presupposition of natural right', p. 60) and the opposite view by L. Strauss, *The Political Philosophy of Hobbes* (New York 1936), p. 156.

sovereignty members would withdraw their consent and revolt whenever a law conflicted with their private interest, claiming that it contravened the public good. Although he said that the freedom of an Englishman consists of his *liberty to dispose of his actions and possessions* according to the laws of England, his emphasis was shifting more and more from the objective to the subjective meaning of *ius*. For him individual human freedom was connected not with the ultimate end or good of man, nor with the norms of natural law, which are obligatory for all men, but with the right of the individual, who has power quite similar to that which nominalists and voluntarists had given to God alone. In his doctrine individuals, very much like the Byzantine prince, were the living embodiments of the law (*lex animata*) and their will and law became correlative notions. In his theories of natural rights one may see once again the old idea of Roman and glossator texts of a supreme and ultimate human power from which all laws proceed. This idea which undermines all possibility of serious thinking about natural law, because natural law is not properly law if sovereignty is the essential condition of legal experience, because it is not possible to conceive a law of nature if command is the essence of law²⁸.

If a rule may be laid down as a command, we cannot distinguish in law with Aquinas the 'compelling' and the 'directing' aspects of law (*vis coactiva - vis directiva*). Hence, while for Aquinas the 'direct-ing' aspect of law was crucial, because it was the element of justice, for Locke both aspects are identified. He said not only that *political power is a right of making laws*²⁹, but also that *the state of nature, the pre-political state, has a law of nature to govern it, which obliges every one*, supposing the law of nature as a norm or set of norms, has no political character if only political power is a right of making this norm or these norms. Locke said at the same time that *reason, which is that law (of nature), reaches all mankind who will but consult it, that, being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty, or possessions*³⁰.

²⁸ A.P. d'Entreves. *Natural Law*, p. 66.

²⁹ *Two Treatises of Civil Government*. II.i.3.

³⁰ *Ibid.*, II.ii.6.

In this context we must ask a question about the primary rights as a capacity of the individual who realises his personal ability or power over law as a set of norms which rule individuals' actions. And a second question: what are the substantial relationships between the norm of the law of nature and such individual ability or power? Locke writes, on the one hand, that *all men may be restrained from invading others' rights, and from doing hurt to one another*³¹, because the rights of every man create a *property in his own person*³², and, on the other hand, that *the law of nature willeth the peace and preservation of all mankind*³³. With these words he creates a very important doctrine for all liberal tradition and modern natural law thinkers on the priority of rights before law. Now, law as a set of norms is identified with human reason, has no objective context, and is only a guarantee of individual rights, and as such it does not determinate individual ability or power; it occupies a second position whilst the first is taken up by personal rights or property.

Locke defines property or *dominium* as the right of every man in the state of nature to dispose of himself and his possessions as he thinks fit; for him every man has a property in his own person; by which he means that a man has a natural right, limited only by God's purposes and by the obligation to respect the same right of others, to do as one pleases. He may not destroy himself, because he is God's creature. His property in himself is not independent of God's will but is not connected with God's reason as in Aquinas' doctrine. There is no eternal law whose norms are implanted to all created being in the form of natural inclinations, with which all the rational norms of natural law are compatible. Rather there is only one inclination, which directs the individual not to his supernatural and ultimate end but reduces him to natural or material reality and is the foundation of his rights but not of law. As a consequence, God alone guarantees not the essence of law as a set of norms, but the essence of rights as a personal ability/power. The state of nature is not a state of war not because every individual has a natural inclination to live in a political

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, II.v.27.

³³ *Ibid.*, II.ii.7.

community, if this state is quite different from the state of civil society. It is not a state of war, because reason governs in it, pure reason, free from every passion and every pre-rational, even biological, inclination, which knows natural rights of every individual. The substance of it is very simple, since reason or the law of nature knows only one norm: *you may not invade others' rights*; if there are no rights the law of reason will be quite empty.

But here Locke has an important problem: in the state of nature men had the law of nature to guide them, but they, from time to time, must have differed about the law or about its application to particular cases. They must, therefore, have felt a need for *an established, settled known law, received and allowed by common consent to be the standard of right and wrong*, and also for *a known and indifferent judge, with authority to determinate all differences according to the established law, and lastly for a power to back and support the sentence when right, and to give it due execution*³⁴. By putting themselves under government, men do not give up all their rights, but only those which must be surrendered for the common good, which is only the preservation of freedom or property or a set of personal, passive rights. They give up only two active rights or powers: to interpret the norm of the law of nature and to punish. Government, which is like society not a natural institution, has no absolute authority, but only as much as it needs for the common good which is defined as the sum of individual interests in no sense as the good of the whole community. The law of nature, this sole norm, *stands - says Locke - an eternal rule to all men, legislators as well as others*³⁵.

The *Two Treatises* is the most radical answer that has yet been given to the main moral-jurisprudential question for the seventeenth century of who has and who has not the 'right' to political power. For Locke each individual does have and should have political power in the juridical form

³⁴ *Ibid.*, II.ix.124.

³⁵ *Ibid.*, II.xi.134. On the second hand, for Locke *the same law of nature that does by this means give us property, does also bound that property too. 'God has given us all things richly' (1 Tim. vi.17), is the voice of reason confirmed by inspiration. But how far has he given it us? To enjoy. As much as any one can make use of to any advantage of life before it spoils; so much he may by his labour fix a property in. Whatever is beyond this, is more than his share, and belong to others (Ibid., II.v.31).*

of personal rights. Therefore, first, prior to and independent of the establishment of institutionalised forms of government people are able to govern themselves; and, second, the power of institutionalised forms of government is derived from the original powers of the individual members of the political society. But, third, and the most important, which in some sense connects Locke with Aquinas but makes him quite different from the majority of modern natural freedom theorists, individuals have not only the right to defend themselves and their possessions against attack, even to kill the attacker if necessary, not only this right of defence, but also political power, having it individually and not as a corporate body. By arguing in the *Two Tracts* that the state of nature has a natural law enforced by the passive system Locke showed that natural freedom is not Hobbesian 'absent of restraint' (or 'negative liberty') but - as in Aquinas doctrine - the juridical form of freedom as action within the bounds of and subject to law³⁶. It follows from the constitutive role of natural law or reason that individuals who transgress it, in civil or natural society, by using 'Force without Right' or manifesting a 'declared design' to do so, place themselves outside moral human society, and thereby in a 'state of war'³⁷.

Locke's innovation here - one may say³⁸ - is to argue that the fundamental natural law is not self-preservation but the 'preservation of mankind', but we must remember that the foundations of his natural law are quite different from Aquinas because of his individualistic and non-communitarian premises as well as his appeal to natural rights and not to the natural inclinations on which are grounded the norms of natural law and which are only secondary to this law. If we do not remember about Locke's individualistic premises, we will not understand his radical break with the Aristotelian-Thomistic tradition and will repeat Tully, who wro-

³⁶ *Ibid.*, II.iv.22; II.vi.57. See J. Tully, 'Locke on Liberty', in: *Conceptions of Liberty in Political Philosophy*, ed. Z. Pelczynski and J. Gray (London, 1984) and 'The Origins of Political Individualism', *Proceedings of the Annual Congress of Canadian Learned Societies* (Winnipeg, 1986), *passim*.

³⁷ *Ibid.*, for example II.iii.16 and 19.

³⁸ See, for example, J. Tully, 'Locke', in: *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, ed. by J.H. Burns with the assistance of M. Goldie (Cambridge, 1991), p. 627.

te that that *natural property rights are* (in Locke's doctrine) *use-rights within a larger framework of rights and duties to preserve the community (mankind) and regulated by everyone through the accusatory system*³⁹. We are not able to see that for the classic of early liberalism *reason*, which is the natural law, *teaches all mankind who will but consult it, that... no one ought to harm another in his life, health, liberty, or possessions*, namely in his personal and subjective rights, but only if his own self-preservation is secured. We are also not able to see the anti-naturalistic consequences of Locke's contractual conceptions of society and state as well as his identifications of right or *ius* with power or *dominium*, "objective" and "subjective right" and the *norma agendi* and the *facultas agendi*, which are crucial for modern political philosophy, especially that of liberalism.

³⁹ Ibid., p. 628.

Bogusława Bednarczyk

**Międzynarodowe uwarunkowania
konstytucyjnej ochrony praw człowieka
(Zagadnienia podstawowe)**

Na kształtowanie konstytucyjnej pozycji człowieka w społeczeństwie i w państwie wpływają różne wzajemnie oddziaływujące czynniki. Należą do nich przede wszystkim tradycja prawna, własna lub obca, zmiany cywilizacyjne, ideologia i religia. Współcześnie coraz donioślejszą rolę w tym zakresie odgrywa prawo międzynarodowe. Przy tym jego znaczenie wśród innych czynników ma wymiar szczególnie. Właśnie prawo międzynarodowe formułuje bowiem najpełniej i w sposób najbardziej spójny nowoczesną koncepcję praw człowieka i wyznacza standardy korzystnego traktowania jednostki w różnych sytuacjach.

W pewnym sensie prawo międzynarodowe uzyskało w dziedzinie praw jednostki stanowisko nadrzędne wobec każdego porządku konstytucyjnego. Zgodnie bowiem z prawno-międzynarodowymi zobowiązaniami państw każde z nich obowiązane jest urzeczywistniać na terytorium podległym swojej jurysdykcji koncepcję i standardy wskazane przez wiążące instrumenty międzynarodowe (art. 2 obu Paktów Człowieka)¹. Nadrzędność, o której mowa, ma też poważną podstawę natury prakseologicznej. Nie jest bowiem możliwe zbudowanie trwałego ładu w świecie (i w jakimkolwiek społeczeństwie zorganizowanym w państwo) opartej na wolności, sprawiedliwości i pokoju bez przywrócenia wiary w podstawowe prawa osoby ludzkiej, w jej godność i wartość (ust. 2 wstępu do Karty Narodów Zjednoczonych, ust. 1 wstępu do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka). Nie jest także możliwe spełnienie ideału wolnej istoty ludzkiej bez stworzenia odpowiednich warunków do swobodnego korzystania przez człowieka ze swych praw (ust. 3 wstępów do obu Paktów, ust. 2 wstępu do Powszechnej Deklaracji).

¹ Zob. A. Michalska: *Prawa człowieka w systemie norm międzynarodowych*. Warszawa-Poznań 1982, s.343-384.

Tymczasem znakomita większość współczesnych społeczeństw uznaje, że właściwą formą ujmowania relacji jednostka - władza państwowa jest konstytucja². W tym kontekście powstaje pytanie, jak należy ukształtować konstytucyjny wizerunek praw człowieka, by pozostawał w zgodzie z prawem międzynarodowym. Odpowiedź na nie zależy niewątpliwie od prawidłowego odczytania ogólnych i szczegółowych wskazań międzynarodowych. W artykule omawiam tylko podstawowe zagadnienia teoretyczne tworzące ogólne uwarunkowania konstytucyjnej regulacji praw człowieka. Wynika to z przekonania, że teoretyczna i praktyczna poprawność szczegółowych rozwiązań konstytucyjnych zależy od pełnego zrozumienia kwestii ogólnych. Nieuniknione jest jednak pominięcie szeregu istotnych problemów, a wśród nich zagadnienia stosunku prawa międzynarodowego do prawa krajowego.

Naczelnym warunkiem spójnego i zgodnego z prawem międzynarodowym wpisania praw człowieka do konstytucji jest zrozumienie ich istoty. Podkreślić przy tym wypada, że odstępstwo od niej lub jej odrzucenie w konstytucji doprowadza do wypaczenia podstawowych idei praw człowieka i daleko idących zniekształceń w zakresie języka konstytucyjnego, a co ważniejsze, powoduje naruszenie zobowiązań międzynarodowych państwa.

Zgodnie z niemal jednobrzmiącymi dokumentami międzynarodowymi, prawa człowieka wynikają z godności osobowej³, czyli z faktu, że jest się człowiekiem⁴. Tak ujęte źródło praw stawia je same poza władzą państwową, która może je jedynie uznawać i chronić. Wynika to zwłaszcza z art. 2 obu Paktów, art. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podsta-

² Spośród 168 państw aż 162 mają konstytucję pisaną w postaci jednego dokumentu. Z kolei materialne konstytucje W. Brytanii, Nowej Zelandii i Izraela zawierają się w wielu dokumentach i case law. Natomiast dla Arabii Saudyjska, Omanu i Libii konstytucję stanowi Koran. Zob. A. P. Blaustein, *Human Rights in the World's Constitutions* [w:] *Festschrift für F. Ermacora*, Kehl a. R. 1988, s. 601.

³ Trafnego rozróżnienia godności ludzkiej (osobowej) i godności osobistej (osobowościowej) dokonał J. Zajadło: *Godność jednostki w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka RPEiS nr 2/1989*, s. 111..

⁴ Ust. 2 wstępów do Paktów Praw Człowieka, ust. 2 wstępu do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r., ust. 5 wstępu do Karty Afrykańskiej Praw Człowieka i Praw Ludów z 1981 r., ust. 2 zasady VII Aktu Końcowego KBWE z 1975 r. Brak natomiast takiego stwierdzenia w *Draft Pacific Charter of Human Rights*, tekst [w:] *Conseil de L'Europe "Feuille d'information"* nr 25 (V-X), Strasbourg 1990, s. 156-171.

wowych Wolności z 1950 r., art. 1 Konwencji Amerykańskiej oraz art. 1 Karty Afrykańskiej. Ludzie rodzą się już ze swymi prawami jako byty wolne i równe (art. 1 zd. 1 Powszechnej Deklaracji) i to niezależnie od rasy, koloru skóry, języka, religii itd., a zwłaszcza niezależnie od tego, że są obywatelami jakiegoś państwa (ust. 2 do Konwencji Amerykańskiej i ust. 2 wstępu do jej protok. Dod.). Prawa są niezbywalne, a więc mają charakter osobisty i nieprzenoszalny. Praw nie można się zatem zrzec. Trwają one mimo ewolucji społecznej. Ich istnienie nie zależy od charakteru terytorium, na którym ludzie przebywają. Prawa człowieka mają charakter uniwersalny.

Prawa człowieka to indywidualne możliwości ludzkie, atrybuty osobowości człowieka. Ich treść odpowiada moralnym, społecznym i prawnym imperatywom skierowanym do państw, społeczeństw i całej ludzkiej rodziny. Ich trzonem są niezmiennie: prawo do godności, do wolności, do równości, do bezpieczeństwa osobistego i socjalnego, do minimum godnej egzystencji oraz do obrony swych praw. Zmienia się jedynie kontekst sytuacyjny praw, który z jednej strony powoduje ich zróżnicowanie, a z drugiej wywołuje zjawisko „pojawiania się” jednych praw i „ginięcia” innych. Tak więc istnienie niewolnictwa i poddaństwa spowodowało powstanie formuły wolności od niewolnictwa i poddaństwa (art. 8 pkt. 1 i 2 Paktu Praw Polit.). Współcześnie ich stopniowy zanik osłabia znaczenie tej wolności i sprawia, że znika ona z konstytucji wielu państw. Prawa człowieka ulegają petryfikacji w porządku pozytywnym nie w formie ogólnej, lecz w powiązaniu z kontekstem sytuacyjnym.

Konieczność ochrony uprawnień podmiotowych człowieka wpływa ze społecznej natury ludzi i ich praw. Chociaż więc ludzie obdarzeni są rozumem i sumieniem i powinni postępować wobec innych w duchu braterstwa, to niewykluczone jest nadużywanie praw i wolności, ich ograniczanie lub uchylanie za pomocą arbitralnej ingerencji władzy postępowej. Ochrona prawna ma ponadto sprzyjać racjonalnemu rozwiązywaniu ewentualnych kolizji interesów człowieka i wspólnoty oraz koordynowaniu wysiłków na rzecz rozwoju osobowości ludzkiej i dobra ogólnego. Potrzeba ochrony konstytucyjnej opiera się natomiast na dodatkowym założeniu, że wśród wielu wartości istotnych dla jednostek i wspólnoty istnieją szczególnie cenne, które wymagają ochrony nadzwyczajnej. Ujęcie

podstawowych praw człowieka w konstytucji ukazuje społeczeństwu wspólne wartości, które dzięki uzyskanej stabilności mogą stać się podstawą spójni społecznej zasadzającej się na jedności w różnorodności.

Zgodnie z obowiązującym prawem międzynarodowym, jedynym podmiotem uprawnionym a tytułu praw człowieka jest osoba ludzka⁵. Takiemu stwierdzeniu odpowiadają normy różnych konstytucji⁶. W teorii praw człowieka, człowiek postrzegany jest jako podmiot aktywny, który sam może korzystać ze swych praw i ich bronić⁷. Powinien zatem dysponować odpowiednio skutecznymi środkami prawnymi. Czy jednak istnienie takich środków wpływa na egzystencję samych praw? Okazuje się, że sprawa nie jest wcale oczywista. Zarówno w dokumentach międzynarodowych, jak i w orzecznictwie sądów międzynarodowych panuje przekonanie, że prawa jednostki pozostają poza zasięgiem państwa: państwo ma tylko dostęp do ich zewnętrznych objawów. Sama zaś substancja praw nie może być pogwałcona. Prawa człowieka nie mogą więc być efektem norm prawa pozytywnego. Nie tworzy ich ani konstytucja, ani jakikolwiek akt prawa krajowego lub międzynarodowego. Co więcej, w licznych orzeczeniach międzynarodowych wprowadza się rozróżnienie między prawami człowieka a ich gwarancjami, podkreślając szczególną praktyczną rolę gwarancji prawnych.

Prawa człowieka implikują zatem istnienie gwarancji prawnych, lecz co do istoty od nich nie zależą. Jednakże w praktyce proklamowanie praw i wolności w normach prawnych powoduje poddanie ich twardemu reżimowi techniki prawniczej i stosownej procedury, które zmuszają do powściągliwości we wpisywaniu np. do konstytucji pojęć zbyt nieostrych. Bezpośrednim skutkiem tego zjawiska jest to, że w demokratycznym społeczeństwie prawa i wolności przyrodzone osobie ludzkiej, gwarancje mające do nich zastosowanie i zasada rządów prawa tworzą triadę. Każdy jej komponent definiuje się, uzupełnia i zależy od pozostałych.

⁵ Problem ten jest bardzo kontrowersyjny w związku z ideą kolektywnych praw człowieka. Zob. m. in. K. Drzewicki, *Trzecia generacja praw człowieka*. Sprawy Międzynarodowe nr 10/1983

⁶ W rozdziałach o prawach jednostki nie umieszcza się praw mniejszości czy ludności autochtonicznej rozumianych jako prawa grup (np. konstytucje Belgii, Pakistanu, Nikaragui)

⁷ Nie klóci się to z faktem, że niektóre prawa mogą być wykonywane jedynie we wspólnocie z innymi, lub z tym, że niekiedy legitymację formalną ma też grupa ludzi lub organizacje pozarządowe; por. decyzję Europejskiej Komisji Praw Człowieka (dalej: EKPC) z 5 maja 1979r.. Tekst w *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 1979.s. 246

Jak już zostało podkreślone, w roli podmiotu uprawnionego występuje człowiek. Naczelną ideą praw jednostki jest zapewnienie jej maksymalnie pełnej, całościowej ochrony prawnej, niezależnie od jakichkolwiek czynników obiektywnych, czy subiektywnych. Powinien więc człowiek korzystać z ochrony jako dziecko i jako osoba starsza, jako obywatel i jako cudzoziemiec czy bezpaństwowiec, jako zdrowy psychicznie czy chory umysłowo, jako pracownik czy bezrobotny, jako obwiniony lub oskarżony i jako człowiek wolny itd. Właśnie w tym kontekście ujawnia się z całą ostrością problem kontekstu sytuacyjnego praw. Otóż tylko niektóre prawa są prawami każdego człowieka w każdej sytuacji (np. prawo do życia). Znakomita większość praw zrelatywizowana jest do określonych sytuacji. Nie chodzi zatem o jakieś abstrakcyjne osoby, lecz o byty konkretne, które znajdują się w konkretnej sytuacji. Tak też prawa ulegają utrwaleniu w porządku prawnym, także w konstytucji.

Głównym podmiotem obowiązany z tytułu praw człowieka jest państwo. Cięży na nim, jak słusznie podkreślił to Międzypaństwowy Trybunał Praw Człowieka w opinii doradczej z 31 stycznia 1987, obowiązek uznania i poszanowania praw i wolności oraz ich ochrony i zabezpieczenia. Obowiązek poszanowania praw spoczywa również na innych niż państwo podmiotach, chyba, że co innego wynika z natury samego prawa (np. prawo do ochrony sądowej ze swej istoty może być podstawą roszczenia tylko wobec państwa)⁸. Z wykonywania tych obowiązków państwo musi się „rozliczyć” przed swym społeczeństwem, ale także przed społecznością międzynarodową. Trzeba tu mieć na uwadze nie tyle nawet jednostkowe w końcu sprawy, np. przed Komitetem Praw Człowieka czy sądami regionalnymi, które opierają się na zasadzie dobrowolnej akceptacji danej procedury, ile możliwość legalnego zastosowania sankcji zbiorowej przez społeczność międzynarodową lub indywidualnej przez poszczególne państwa, gdy stwierdzi się, że prawa człowieka są gwałcone⁹.

⁸ Z. Kędzia: *Horyzontalne działania praw obywatelskich* [w:] *Państwo. Prawo. Obywatel*, Ossolineum 1989, s. 519-534. Problem jest jednak wysoce sporny.

⁹ Instytut Prawa Międzynarodowego w rezolucji *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires interieures des Etats* (art. 2-5) uchwalonej na swej 64 sesji (4-13 IX 1989). Tekst [w:] *Conseil de l'Europe. Feuille d'information* nr 25, s. 136-139.

Podstawowe znaczenie ma stosunek jednostka - władza państwowa, który ma charakter stały. Przeto nie może dziwić, że w niektórych konstytucjach wyraźnie zobowiązuje się państwo do spełniania swych obowiązków względem jednostki charakterystyczne, że wówczas nie mówi się o państwie jako takim, ale o instytucjach publicznych (czasem prywatnych), o władzach lub organach państwa, chcąc w ten sposób podkreślić moc związania i skuteczność norm obejmujących prawa człowieka wobec sformalizowanych lub nie sformalizowanych zachowań organów państwa, a zwłaszcza ich aktów prawnych¹⁰. Związanie to dotyczy w większości przypadków wszystkich rodzajów władzy, a tylko wyjątkowo (art. 12 konst. Indii, art. 7 konst. Pakistanu) władzy ustawodawczej i wykonawczej. Nie byłoby natomiast prawidłowe ograniczenie zastosowania norm humanitarnych tylko do władzy sądowej.

Szczegółowe obowiązki państwa wypływają z poszczególnych norm dotyczących praw człowieka. Ich rozpatrywanie przekraczałoby ramy opracowania. Uwagę należy jednak zwrócić na funkcjonowanie podziału praw na polityczne i obywatelskie oraz gospodarcze, socjalne i kulturalne. Podział ten znajduje niekiedy odzwierciedlenie w istnieniu odrębnych regulacji prawno-międzynarodowych¹¹. Wydaje się, że decydujący wpływ na jego istnienie ma przedmiot praw człowieka, czyli to, do czego człowiek jest uprawniony. Przedmiot wyznacza w znakomitej mierze zakres obowiązków państwa i w związku z tym decyduje o sposobie ich spełniania. I tak uznaje się, że prawa polityczne i obywatelskie mają charakter bezwarunkowy i powinny być zabezpieczone natychmiast, a prawa społeczno-gospodarcze zaspakajane są warunkowo, stopniowo, stosownie do organizacji i zasobów danego państwa i czynionych wysiłków międzynarodowych i krajowych w tym zakresie (art. 22 Powsz. Dekl., art. 2 obu Paktów). Zarazem ograniczanie praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych może następować za każdym razem, kiedy wymaga tego popieranie ogólnego dobrobytu w społeczeństwie demokratycznym, w granicach, jakie wyznaczają istota praw ograniczanych i obowiązujące prawo (art. 4 Paktu

¹⁰ Por. np. art. 1 pkt. 3 konstytucji Niemiec, art. 25 pkt. 1 konstytucji Grecji, art. 18 pkt. 1 konstytucji Portugalii.

¹¹ Odrębne regulacje istnieją w systemie powszechnym, europejskim i międzyamerykańskim.

Praw Gosp.). Natomiast ograniczanie praw politycznych i obywatelskich odbywać się może tylko w sytuacjach wyjątkowych, w ściśle oznaczonym zakresie i w szczególnym trybie (art. 4 Paktu Praw Polit.).

Przedstawiony podział praw nie ma jednak znaczenia bezwzględnie obowiązującego. Człowiek bowiem jako osobowa całość musi dla pełnego rozwoju zaspakajać nieustannie zmieniające się potrzeby osobiste, polityczne i publiczne, jak też gospodarcze, socjalne i kulturalne. Wydaje się zatem możliwe utrzymanie homo-geniczności praw, przy jednoczesnym zróżnicowaniu gwarancji prawnych. Nawet jednak dualizm omawianych tu kategorii praw może być jednak przełamany. Okazuje się więc, że środki sądowej ochrony praw mogą być równie przydatne, jeśli chodzi o prawa grupy pierwszej, jak też w drugim przypadku. Przykładem jest międzyamerykański system ochrony praw i wolności, który uznaje niektóre prawa gospodarcze, socjalne i kulturalne za nadające się do ochrony sądowej (art. 19 pkt. 6 prot. dodat.)¹².

W prawie konstytucyjnym istnieją jednak silne opory przed przyznawaniem jednakowego statusu obu rodzajom praw. Wyróżnić tu możemy model liberalny, w którym pozycję konstytucyjną zajmują przede wszystkim prawa osobiste i polityczne (np. USA), model socjalny, gdzie główny nacisk kładzie się na prawa socjalne i gospodarcze (obowiązywał w państwach socjalistycznych) oraz model integralny, który stara się łączyć prawa liberalne i prawa socjalne. Ten ostatni wzorzec występuje w dwóch odmianach: 1.) wariant równego traktowania - prawa liberalne są prawami sensu stricto, a prawa socjalne uznaje się za zasady polityki państwa (np. Hiszpania). Ostatnio pojawił się pogląd, że zaprezentowany podział praw jest przestarzały i ma wymowę w dużym stopniu ideologiczną. Uwagę bowiem powinno przyciągać to, czy dane prawo nadaje się do stosowania przez sądy czy też nie. Mieszanie tych dwóch kategorii praw uznaje się za błąd¹³. Stanowisko to wydaje się trafne, z jednym zastrzeżeniem. Z punktu widzenia praw człowieka nie jest ważne, czy środek ochrony praw jest środkiem sądowym. Natomiast ważne jest, by środek ten pozostawał w zasięgu jednostki, której prawa zostały naru-

¹² Tekst protokołu [w:] *Feuille d'information* nr 24 (XI 1988- V 1989), Strasbourg 1989, s. 136-139.

¹³ A. P. Blaustein, *op.cit.*, s. 602.

szone (ew. grupy osób, organizacji, które dysponują legitymacją formalną do występowania w imieniu i na rzecz uprawnionych) i był to środek skuteczny.

Nie wszystko, co służy człowiekowi i jest wyrazem jego dążeń, może czy powinno być uznane za prawo człowieka. Jedne dobra służyć będą więc człowiekowi wprost, bezpośrednio, inne pośrednio. Zatem, mimo że cały system prawa i cały porządek społeczny ma mieć charakter antropocentryczny, skierowany na urzeczywistnianie praw człowieka i przez to na cały rozwój jego osobowości, to jednak tylko niektóre normy prawne mogą być traktowane jako normy dotyczące praw człowieka. W przeciwnym razie może okazać się, że nie ma autonomicznych pojęć „prawa człowieka”, a system prawny stanowi wyłącznie zbiór norm dotyczących tych praw. Stąd też zgodzić się trzeba z tezą, że prawami jednostki są tylko takie prawa, których przedmiot służy bezpośrednio człowiekowi. Zarazem trudno jest ustalić precyzyjnie, na czym polega owa bezpośredniość. Wydaje się jednak, że implicite wynika ona z kryterium realności przedmiotu praw. Powinno ono sprawić, że określone dążenie nadawać się będzie do proklamowania jako prawo człowieka do stosownej ochrony prawnej. Przedmiot musi więc być możliwy do urzeczywistnienia o dostatecznie precyzyjny, aby można było z nim powiązać uprawnienia dla człowieka i obowiązki dla państwa oraz spełniać je w praktyce. Jedynie bowiem takie oznaczenie przedmiotu daje sposobność stwierdzenia, czy prawo jednostki zostało naruszone, jaki jest zakres tego naruszenia oraz czy i w jakim zakresie ofierze naruszenia przysługuje kompensata.

Obok filozoficznych uwarunkowań konstytucyjnej regulacji praw człowieka występują jeszcze uwarunkowania praktyczne. Wśród nich ogólniejszego znaczenia nabiera zagadnienie należytej ochrony i zabezpieczenia praw oraz rozwiązywania kolizji interesów indywidualnych i zbiorowych. Ochrona i zabezpieczenie praw i wolności człowieka to jeden z głównych obowiązków państwa. Jak trafnie, w jednym ze swych orzeczeń, zauważył Trybunał Praw Człowieka nie wystarczy formalne proklamowanie praw. Państwo musi stworzyć system, który będzie efektywnie zabezpieczał ich stosowanie i kontrolę sposobu, w jako organy państwa wypełniają swą władzę.

Prawo międzynarodowe wskazuje, że istnieją dwie metody ochrony i zabezpieczania przez państwo praw i wolności człowieka. Pierwsza z nich w swej naturze etatystyczna, polega na stosowaniu środków, które w zasadzie nie wiążą się z aktywnością uprawnionych jednostek, a w szczególności taką aktywnością, której skutkiem jest obowiązek organów państwa podjęcia prawem przewidzianych działań. Środkami tego rodzaju są środki ustawodawcze (ochrona przez stanowienie i egzekwowanie norm prawa przedmiotowego) oraz inne właściwe środki, np. tworzenie specjalnych organów dla promocji i ochrony praw człowieka (mogą to być takie instytucje, jak ombudsman, mediator, częściowo prokurator, krajowe komisje i komitety praw człowieka). Dla praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych podstawowe znaczenie mają środki ustawodawcze, chociaż obserwuje się też tendencję do coraz szerszego stosowania innych środków, także indywidualnych. Metoda ta ma pełne zastosowanie do praw obywatelskich i politycznych.

Z punktu widzenia praw człowieka ważniejsza jest jednak metoda druga, co do istoty indywidualistyczna. Polega ona na tworzeniu takich środków ochrony praw, z których ofiara naruszenia będzie mogła sama korzystać. Zaliczyć do nich należy nie tylko środki, które są bezpośrednim skutkiem uznania prawa do obrony swych praw, jak prawo do skutecznego środka ochronnego, ustalanego przez kompetentną władzę państwową, w tym przede wszystkim prawo do sądowej ochrony praw (art. 2 pkt. 3 Paktu Praw Politycznych), ale również te, które stanowią „proceduralne” prawa człowieka, np. wolność zrzeszania się, wolność związkowa i prawo do rokowań zbiorowych, wolność zgromadzeń, które ex natura mają służyć do obrony praw jednostki i zbiorowego wyrażania interesów.

Dokumenty międzynarodowe nadają wysoką rangę zwłaszcza środkom sądowej ochrony praw. Stosowny nacisk wywiera już Powszechna Deklaracja (art. 8) oraz Pakt Praw Politycznych (art. 2 pkt. 3 lit. b). Mniej wyraźna jest Europejska Konwencja, która mówi jedynie o prawie odwołania się do władzy krajowej (art. 13) Bliższa Paktowi jest natomiast Konwencja Amerykańska, która ustanawia prawo do ochrony sądowej (art. 25). Z kolei bardziej stosowana jest Karta Afrykańska (art. 7 pkt. 1). Wspólne

dla tych postanowień jest to, by przyznane środki uzyskały sankcję państwową, tj. były skuteczne i realnie dostępne dla ofiar naruszeń oraz aby były stosowane tak w przypadku naruszenia norm międzynarodowych, jak norm krajowych, a zwłaszcza konstytucyjnych.

Nacisk na istnienie i skuteczne funkcjonowanie środków ochrony praw i wolności szczególnie mocno jest uwypuklany w orzecznictwie sądów międzynarodowych. Warunkiem bowiem korzystania ze środków odwoławczych do instancji międzynarodowych jest nie tylko akceptacja stosowanych procedur przez państwo, lecz także wyczerpanie dostępnych środków krajowych¹⁴. Sądy międzynarodowe wyraźnie preferują sądową ochronę praw. Np. Europejski Trybunał Praw Człowieka w 1978 r. orzekł, że tylko władza sądowa oferuje najpełniej gwarancje niezawisłości, bezstronności właściwej procedury. Z kolei Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka stwierdził w opinii doradczej z 1987 r., że jeśli w czasie stanu wyjątkowego jakieś prawa nie zostaną zawieszane, to muszą one korzystać z gwarancji sądowych, które zapewnią im skuteczność.

W krajowym porządku prawnym prawa człowieka są wyrażone co do zasady w konstytucji. Ona jest właściwym miejscem dla prawa do ochrony jego praw sensu largo. Większość konstytucji wymienia więc prawo do sądu, prawo do petycji czy nawet prawo do skargi konstytucyjnej¹⁵. Prawo międzynarodowe wyraźnie wskazuje, że normy konstytucyjne, przede wszystkim w zakresie praw politycznych i obywatelskich, powinny mieć charakter norm prawa operatywnego. Każdy, czyje prawa zostaną naruszone, a są chronione przez konstytucję, powinien móc na nią się powołać. Jednocześnie prawo międzynarodowe, nie zobowiązuje państw do przyznawania skargi konstytucyjnej wyraźnie. Podkreślić mimo to należy, że prawo międzynarodowe wymaga ochrony jak najpełniejszej, jak najskuteczniejszej praw uznanych m.in.

¹⁴ Art. 5 pkt.51 prot. opc. Do Paktu Praw Politycznych, art.26 Europ. Konw., art.46 pkt. 1 lit. a Konw. Ameryk., art. 56 pkt. 1 lit. e *Draft Pacific Charter*. Zgodnie z Dokumentem ze spotkania kopenhaskiego konferencji nt. ludzkiego wymiaru KBWE środki międzynarodowe jedynie uzupełniają środki krajowe i zapewniają, by państwa-strony traktatów humanitarnych wypełniały zobowiązania międzynarodowe, których się podjęły (s. 5-29 June 1990, pkt. 5.21).

¹⁵ Zob. art.10, 20 konst. Grecji, art.20, 49 konst. Portugalii, art. 17 konst. Holandii, art. 8 konst. Belgii, art. 24, 53 konst. Hiszpanii, art. 24 konst. Włoch.

w konstytucji. Jeśli skarga konstytucyjna do tego miałaby się przyczyniać, to również ona znajduje się w kręgu zainteresowania tego prawa.

Ta konkluzja koresponduje w znacznej mierze ze wzrastającą tendencją do traktowania konstytucji jako aktu nadrzędnego w krajowym porządku prawnym. Konstytucja przestaje być tylko dokumentem politycznym czy manifestem ideologicznym, a staje się przede wszystkim aktem normatywnym. Tendencja ta widoczna jest choćby w akcentowaniu zasady prymatu konstytucji i podległości jej wszystkich organów państwa, a zwłaszcza sądów. Ujawnia się ona także w związku z powstawaniem organów ochrony konstytucji, a zwłaszcza sądów konstytucyjnych, które pogłębiają treść norm konstytucyjnych i przyczyniają się do tego, że wątle niekiedy normy nabierają autonomicznej treści.

Podsumowując, należy podkreślić, iż z punktu widzenia prawa międzynarodowego warunki określone przez to prawo w stosunku do prawa krajowego mają moc wiążącą nawet wobec konstytucji. Państwo nie może tłumaczyć niewykonania lub nienależytego wykonania traktatu powołując się na swe prawo wewnętrzne (np. konstytucję). Obliguje go ponadto zasada pakta sunt servanda. Z punktu widzenia prawa konstytucyjnego jednak prawo międzynarodowe nie podważa konstytucji, która zachowuje najwyższą pozycję w porządku krajowym. Ten tradycyjny punkt widzenia ustępuje wszakże w pewnym zakresie, gdy dochodzi do zacieśnienia współpracy międzynarodowej państw o różnej tradycji i kulturze. Towarzyszy bowiem temu wzrost świadomości wspólnego losu. Prawo międzynarodowe zaczyna uzyskiwać coraz lepszą pozycję w prawie krajowym, coraz bardziej przychylne są mu krajowe sady i inne organy. Nie stanowi ono ciężaru dla prawa krajowego, nie jest jego sztywnym gorsestem, ani nie zniewala życia społecznego. Wręcz przeciwnie, prawo to stara się ukazać bezpieczne drogi społecznego i jednostkowego rozwoju. Stawia natomiast bariery totalitaryzmowi wszelkiego rodzaju. Prawo międzynarodowe zarazem pokazuje kierunki zmian, uzmysławia wagę celów społecznych, kreuje zasady sprawnej organizacji społecznej, która zapewni urzeczywistnianie interesów prywatnych i publicznych, a także tworzy szczegółowe standardy postępowania. Recepja do konstytucji międzynarodowych zasad i standardów praw człowieka daje pewność, że jeżeli

będzie się według nich postępować, to zbuduje się demokratyczny porządek społeczny oparty na wolności, sprawiedliwości i pokoju. Dzieje się tak, ponieważ zasady międzynarodowe współtworzą ducha, filozofię, wewnętrzną moralność prawa, a standardy współkształtują literę prawa krajowego i dają sposobność jej ciągłej weryfikacji.

Polsko-czechosłowacka współpraca nad kodyfikacją prawa rodzinnego w latach 1948-1950. Z dziejów sowietyzacji prawa.

Krótką, i mało znaną, polsko-czechosłowacką współpracą prawniczą była zaledwie epizodem w działaniach unifikacyjnych i kodyfikacyjnych, jakie podejmowano w obu państwach po roku 1918. Zasługuje ona jednak na przypomnienie, gdyż jej wyniki pozostawiły trwały ślad w polskim systemie prawnym. Chociaż prace nad kodyfikacją prawa prywatnego toczyły się w Polsce i Czechosłowacji odmiennymi torami, to jednak nie brakuje w nich momentów zbieżnych. W obu państwach w okresie międzywojenny - mimo usilnych działań - nie doszło do wprowadzenia w życie kodeksu cywilnego. Intensywne powojenne prace kodyfikacyjne przerwano równocześnie w 1948¹. W 1950 weszły w życie kodeksy prawa rodzinnego, oparte na wspólnym projekcie polsko-czechosłowackim. W obu państwach w 1964 roku ukazały się kodeksy cywilne /w Polsce po raz pierwszy/. Ale były także różnice w przebiegu obu procesów kodyfikacyjnych. W Polsce międzywojennej udało się skodyfikować w 1933 roku prawo zobowiązań. Następnie tuż po wojnie w latach 1945-1946 zunifikowano całość prawa cywilnego w formie kilku dekretów i przystąpiono do opracowania pełnej jego kodyfikacji. Natomiast Czechosłowacja doczekała się kodeksu cywilnego w 1950 roku.

Stan stosunków politycznych przed II wojną światową, związany z konfliktem o Zaolzie, stwarzał niekorzystne warunki dla kontaktów środowisk prawniczych obu państw. Istniało jednak wzajemne zainteresowanie postępowaniem prac ustawodawczych w dziedzinie prawa prywatnego². Potrzebę współdziałania uwidocznili odbyty we wrześniu 1933 roku

¹ S. Luby, *Die Entwicklung des bürgerlichen Rechts in der Tschechoslowakei in den Jahren 1913 - 1944 bei besonderer Berücksichtigung des Vertragssystems*, s.302. w: *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa /1948 -1944/*. Budapest 1970. A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, s. 48. Warszawa 1977.

² Zob. St. Dnistrjanskyj, *Die leitende Grundsätze des neuen polnischen Obligationenrechts* w: *Zeitschrift für Osteuropäisches Recht*, Tom I. R. 1934/35. M. Allerhand, *Reforma prawa małżeńskiego w państwie czesko-słowackim*, w: *Kwartalnik Prawa Cywilnego i Karnego*, Rok II/1919/.

w Bratysławie kongres prawników, na którym twórca polskiego kodeksu zobowiązań R. Longchamps de Berier postulował unifikację prawa obligacyjnego w państwach słowiańskich. Koncepcja opracowania prawa zobowiązań przed dokonaniem całościowej kodyfikacji prawa cywilnego nie znalazła jednak poparcia wśród czechosłowackich prawników, gdyż w Czechosłowacji opublikowano już w 1931 roku projekt kodeksu cywilnego.

1. Okres II wojny światowej przyniósł poprawę stosunków polsko-czechosłowackich. Podpisana w listopadzie 1940 roku deklaracja zapowiadała zawiązanie po wojnie między oboma państwami ściślejszego związku politycznego i gospodarczego. Prowadzone wówczas pod auspicjami Wielkiej Brytanii rokowania doprowadziły do zawarcia w styczniu 1942 układu w sprawie przyszłej konfederacji Polski i Czechosłowacji. Celem konfederacji miało być zapewnienie wspólnej polityki w zakresie spraw zagranicznych, obrony, ekonomicznych i finansowych, transportu, poczty i telegrafu. Dla realizacji tej polityki przewidywano powołanie do życia wspólnych organów, na rzecz których oba państwa miały przekazać część swej suwerennej władzy³. Wprawdzie zasady państwowego związku Polski i Czechosłowacji - formułowane przez obie strony - nie wspominały o integracji w dziedzinie prawa, ale powstanie projektowanej konfederacji bez wątpienia sprzyjałoby wspólnym pracom kodyfikacyjnym. Różnice jednak w polityce obu rządów wobec Związku sowieckiego od 1943 roku przesądziły o upadku idei integracji polsko-czechosłowackiej. Znajdując się w pojałtańskiej Europie w orbicie wpływów Związku sowieckiego, Polska i Czechosłowacja musiały odtąd układać swe wzajemne stosunki zgodnie z interesami Moskwy. Tak zatem pod naciskiem Stalina rządy obu państwa odrzuciły w lipcu 1947 roku plan Marshalla. Niejako w zamian za to Polska i Czechosłowacja otrzymały możliwość integracji ekonomicznej. Na początku lipca 1947 oba państwa podpisały konwencję o zapewnieniu współpracy gospodarczej, w ramach której powołano do życia wspólny organ wykonawczy w postaci Rady Współ-

³Tekst obu dokumentów zawiera praca J. Skodlarskiego, *Epilog układu Sikorski - Benesz. Z dziejów polsko-czechosłowackich w latach 1939-1949*, Wydawnictwo Łódzkie 1988, s. 308.

pracy Gospodar-czej, podzielonej na poszczególne komisje. Konwencję uznano wówczas za nowy typ umowy nie mającej precedensów w historii, która pokazała „jak może i powinna wyglądać konstruktywna i pozytywna współpraca dwóch państw przy uszanowaniu ich pełnej niezależności”⁴. Umowie tej nadano duży wydźwięk propagandowy: Moskwa miała patronować Związkowi gospodarczemu, jaki kiedyś projektowali przy wsparciu Anglii politycy polscy i czescy. W zamierzeniach Moskwy współpraca polsko-czechosłowacka miała być odpowiedzią na „imperialistyczne” cele planu Marshalla.

W rzeczywistości jednak Stalin wykluczał każdą formę współpracy dwustronnej państw satelickich jako potencjalne zagrożenie dla centralistycznej polityki Kremla. Gwarancją respektowania przez te państwa interesów i polityki Związku sowieckiego stało się powołanie we wrześniu 1947 roku Kominformu - Biura Informacyjnego Partii Komunistycznych. Poprzez tę strukturę komuniści poszczególnych państw stali się odbiorcami dyrektyw Moskwy. Całkowite podporządkowanie krajów satelickich Stalin osiągnął w prosty sposób: miały one powielić wzorzec ustrojowy i gospodarczy Związku sowieckiego. Na skutki polityki Stalina nie trzeba było długo czekać. W lutym 1948 roku dokonali komuniści przewrotu w Czechosłowacji i po wyborach majowych przejęli pełnię władzy. W tym też czasie w Polsce wzmocnili swoją pozycję w aparacie władzy komuniści przybyli ze Związku sowieckiego, którzy gotowi byli w całości realizować politykę Stalina. Nadto w czerwcu 1948 roku Kominform podjął decyzję o kolektywizacji rolnictwa i oskarżył komunistów jugosłowiańskich o odejście od marksizmu.

2. W takiej to atmosferze politycznej doszło w dniach 22 - 25 czerwca 1948 roku do wizyty przedstawicieli ministerstwa sprawiedliwości Czechosłowacji na czele z ministrem Aleksym Cepicką na zaproszenie ministra sprawiedliwości Henryka Świątkowskiego, jednego z czołowych polskich stalinistów obok takich postaci jak: B.Bierut, J.Berman, H.Minc, A.Zambrowski⁵. Z informacji o przebiegu spotkań obu delegacji na pierwszy rzut oka wydawałoby się, że celem nawiązanych kontaktów było poszerzenie ist-

⁴Zob. broszura, *Czechosłowacja 1918-1948 i przyjaźń polsko-czechosłowacka*, Warszawa 1949, s.43.

⁵A Garlicki, *Stalinizm*, Warszawa 1993, s.34.

niejącej od 1947 roku współpracy gospodarczej o integrację systemów prawnych. W wyniku bowiem konferencji obaj ministrowie postanowili zwrócić się do swych rządów o powołanie stałej komisji polsko-czechosłowackiej, której zadaniem miało być zbliżenie systemów prawnych obu państw, w szczególności w dziedzinie ustawodawstwa cywilnego, karnego, procedury sądowej oraz ustroju sądów, m.in. w celu ułatwienia obrotu prawnego i gospodarczego między oboma państwami⁶.

W istocie było inaczej. Losy dwustronnego związku gospodarczego polsko-czechosłowackiego były już przesądzone, tak zresztą jak przekreślone zostały przez Stalina plany integracji Jugosławii i Bułgarii w lutym 1948 roku. Rada Współpracy Gospodarczej Polsko-Czechosłowackiej stała się jedynie prekursorką powołanej w styczniu 1949 roku Rady Wzajemnej Współpracy Gospodarczej z siedzibą w Moskwie. Cele wspomnianej wyżej konferencji były w rzeczywistości inne. Dokładne wczytanie się w sens wypowiedzi obu ministrów - po odrzuceniu typowej dla tamtych czasów frazeologii - nie może pozostawiać wątpliwości: chodziło o wypracowanie ideologicznych zasad prawoznawstwa w oparciu o system prawa sowieckiego⁷. Podejmowana współpraca miała przynieść zatem stworzenie prawa socjalistycznego na wzór sowiecki. Polsko-czechosłowacka konferencja prawnicza była niczym innym jak sygnałem gotowości obu państw do przyjęcia w nowych kodeksach rozwiązań, które wyrastały z praktyki pierwszego komunistycznego państwa. Wytoczyła drogę do sowietyzacji prawa przez jego ujednoczenie w ramach wspólnych ustaleń.

Już w lipcu 1948 roku powołana została stała komisja współpracy prawniczej polsko-czechosłowackiej. Komisji ze strony polskiej przewodni-

⁶Zob. *Demokratyczny Przegląd Prawniczy* /cyt. Dalej DPP/, nr 7 z 1948, s. 5. Tak zresztą odbierały to środowiska naukowe, w których powstały inicjatywy konkretnych przedsięwzięć. np. wydania słownika terminologii prawniczej polsko-czeskiej. Symptomatyczne było jednak to, że brakowało tym inicjatywom wsparcia finansowego odpowiednich instytucji rządowych. Zob. D. Paszkiewicz, *Prawo czechosłowackie na Uniwersytecie Warszawskim*, DPP, nr 6-7 z roku 1949, s.96.

⁷ L. Lemell, *Współpraca prawnicza Polski i Czechosłowacji*, DPP nr 7 z roku 1948, s.5. Mówiono m.in., że chodzi „o stworzenie takich norm, które by dotrzymały tempa naszemu marszowi naprzód, ku wyższym formom ustrojowym”. Te „wyższe formy ustrojowe” to nic innego, jak Republika Rad w Związku sowieckim. Chodziło o „analizę teoretyczną w świetle dorobku postępowej nauki prawnej” /czytaj: nauki sowieckiej/.

czył H.Świątkowski. Komisja nie przystąpiła od razu do pracy nad kodyfikacją prawa. Dopiero na posiedzeniu z końcem stycznia 1949 roku zapadła decyzja o opracowaniu kodeksu prawa rodzinnego⁸. Sam fakt nowej systematyki prawa cywilnego, przez wyodrębnienie prawa rodzinnego na wzór sowiecki, w sposób wyraźny wyznaczał kierunek pracom podkomisji, której przewodniczył Seweryn Szer. Wtedy bowiem po kongresie zjednoczeniowym partii zdecydowaną wolą komunistycznych elit było budowanie „Polski sowieckiej”⁹. W dziedzinie prawa nowy kodeks rodzinny miał być tego dobitnym wyrazem.

Nie ukrywał tego sam minister Świątkowski w programowym artykule z roku 1949 pod znamienym tytułem „Za wzorem prawa kraju socjalizmu”. Pisał w nim, że „celem każdego kraju demokracji ludowej jest poznanie olbrzymich doświadczeń budownictwa socjalistycznego w Związku Radzieckim i jego praktyczne zastosowanie, w szczególności doświadczenia radzieckiego ustawodawstwa i radzieckiej nauki prawa”¹⁰. Za takie właśnie czerpanie z doświadczeń sowieckich uznał Świątkowski powstały projekt kodeksu rodzinnego. Do przykładów naśladownictwa prawa radzieckiego zaliczył: dopuszczenie rozwodu za wzajemną zgodą pod kontrolą sądu, wspólność dorobku jako ustawowy system prawa małżeńskiego majątkowego, możliwość wyboru nazwiska męża lub żony oraz prawo przysposobienia tylko osoby małoletniej i dla jej dobra. Podobne stanowisko prezentował prof. Jan Wasilkowski, który stał wówczas na straży poprawności ideologicznej w nauce prawa. Uznał on, że kodeks ten był zbliżony treścią do prawa radzieckiego¹¹.

Mimo tak wysokich ideologicznych ocen dla wyników współpracy polsko-czechosłowackiej umarła ona śmiercią naturalną. Można właściwie utrzymywać, że w odniesieniu do prawa cywilnego nigdy się nie rozpoczęła¹².

⁸ Zob. *Polsko-czechosłowacki projekt Kodeksu Prawa Rodzinnego*. DPP, nr 8-9, s. 29.

⁹ Zob. przemówienie dyrektora V departamentu Ministerstwa Bezpieczeństwa Publicznego Luni Brystygiowej podczas narady z dnia 22.12.1948. Cytat za T. Kostewiczem, *Terror i represje*, s. 160, W: *Polacy wobec przemocy 1944-1956*. Warszawa 1996.

¹⁰ DPP, nr 11/1949, s. 3.

¹¹ J. Wasilkowski, *Kodyfikacja prawa cywilnego w Polsce*, Nowe Prawo 1950, nr 12, s. 3.

¹² J. Skąpski, *Kodeks cywilny z 1964*, w: *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, R. I, 1992, z. 1-4, s. 65. Prace nad kodyfikacją prawa cywilnego prowadzono już osobno. Bez konsultacji z prawnikami polskimi wprowadzono w Czechach kodeks cywilny w 1951 roku.

Stało się tak dlatego, że współpraca ta była inicjatywą doraźną, mającą wyka-
zać ideologiczną prawomyślność w dziedzinie prawoznawstwa. Stąd też sta-
ła obecność problematyki prawa rodzinnego w propagandowych enuncja-
cjach na temat osiągnięć polskiej nauki prawa w tworzeniu podstaw ustroju
socjalistycznego jako formy wyższej od demokracji ludowej¹³.

Wprowadzeniu w Czechosłowacji prawa rodzinnego towarzyszył nad-
to atak na hierarchię: Kościoła katolickiego. Co ciekawsze, przyczyna tej
nagonki nie leżała jedynie w sprzeciwie biskupów czeskich wobec nowego
prawa, którzy w oględny sposób krytycznie ustosunkowali się do przede
wszystkim obowiązkowej formy cywilnej zawarcia małżeństwa, a bronili
istniejącej w prawie czechosłowackie zasady fakultatywności małżeństwa.
Powód oskarżeń tkwił w czymś innym. W tym mianowicie, że biskupi kato-
liccy, tacy jak Hlouch, Picha, Matocha, odmówili podpisania adresu z okazji
70-lecie urodzin Stalina w sytuacji, gdy - jak stwierdził minister Cepicka
w Zgromadzeniu Narodowym - podpisało go 9 milionów obywateli bez róż-
nicy wyznania, w tym wszyscy księża niekatolicy i 90 procent duchownych
rzymsko-katolickich¹⁴. Nowe prawo rodzinne posłużyło zatem jako pretekst
do walki z Kościołem katolickim, gdyż jego biskupi jako jedyni mieli odwa-
gę przeciwstawić się totalnemu zniewoleniu społeczeństwa.

Natomiast w Polsce nowe prawo rodzinne - pomijając polityczno-ide-
ologiczną otoczkę jego powstania - nie wprowadzało rewolucyjnych zmian
w porównaniu z istniejącym już stanem prawnym. Dekret z 25.IX.1945 roku
o prawie małżeńskim wprowadził bowiem obowiązkowe śluby cywilne i li-
beralne prawo rozwodowe. Został on wówczas oprotestowany przez polskich
biskupów, żądających fakultatywnej formy zawarcia małżeństwa¹⁵. Od sa-
mego też początku nowa władza komunistyczna w Polsce prowadziła syste-
matyczną walkę z Kościołem katolickim, która przynieść miała całkowitą
jego izolację w społeczeństwie polskim. Kulminacja ataku na Kościół przy-
padła właśnie na rok 1950, kiedy władze wystąpiły z groźbą znacznego ogra-
niczenia jego duszpasterskich funkcji. Zmusiło to episkopat do podpisania

¹³ Zob. *Materiały przedkongresowe I konferencji cywilistów*, Nowe Prawo, nr 10, s. 40.

¹⁴ Zob. Nowa ustawa o prawie rodzinnym w Czechosłowacji 1950. Ministerstwo Informacji i oświa-
ty, Warszawa 1950.

¹⁵ J. Żaryn, *Kościół wobec władzy komunistycznej w Polsce w 1945-1953*, s. 186. w: *Polacy wobec przemocy...* op.cit.

porozumienia 14 kwietnia, w którym Kościół zobowiązał się do poszanowania władzy państwowej. W tych warunkach nowe prawo rodzinne nie wywołało silniejszej reakcji ze strony Kościoła.

3. Opracowany w szybkim tempie trzech miesięcy polsko-czechosłowacki projekt prawa rodzinnego był kodyfikacją bardzo zwięzłą. Liczył bowiem 90 artykułów, w tym 108 paragrafów. Tytuł pierwszy pod nazwą małżeństwo zawierał trzy działy: /I/ powstanie małżeństwa, /II/ prawa i obowiązki małżonków, /III/ rozwód. W tytule drugim, nazwanym rodzice i dzieci, mieściło się pięć działów: /I/ przepisy ogólne, /II/ ustalenie ojcostwa, /III/ władza rodzicielska, /IV/ przysposobienie, /V/ obowiązek alimentacyjny. Na końcu zamieszczono tytuł trzeci, w którym uregulowano opiekę.

Zbytняя ogólnikowość i lakoniczność kodeksu powodowała, że wiele istotnych kwestii pozostawiono orzecznictwu sądowemu¹⁶. Należy przypuszczać, że wzięło się to z metod pracy komisji i panujących wówczas założeń legislacyjnych. Gdy bowiem jakiegoś rozwiązania z dziedziny prawa rodzinnego nie zdołano „przekształcić” ideologicznie, to zwyczajnie je pomijano. Normy prawne nie miały przecież pełnić roli obiektywnego regulatora stosunków międzyludzkich, ale tworzyły jedynie ramy, w których sądy mogły urzeczywistniać „ludową sprawiedliwość”.

Projekt proklamował wyraźnie laicki charakter instytucji małżeństwa. Małżeństwo dla swej, ważności wymagało zawarcia przed urzędnikiem stanu cywilnego. Przed zawarciem małżeństwa świeckiego nie wolno było dopełniać wyznaniowych obrzędów małżeńskich. Regulację tę oparto na polskim projekcie księgi drugiej kodeksu cywilnego przyjętym w kwietniu 1948 roku. Projekt polsko-czechosłowacki przewidywał pełne równouprawnienie kobiety w małżeństwie. Wyrażało się to między innymi w zapisie opartym na prawie sowieckim, że małżonkowie zachowu-

¹⁶Z. Radwański, *Die Entwicklung des Zivilrechts in Polen /1918-1965/*. w: *Die Entwicklung des Zivilrechts...* op.cit., s.136. Tę wadę kodeksu podniosło uzasadnienie projektu nowego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z roku 1962, gdzie podkreślono, że wobec prawnych luk kodeksu z 1950 roku, które musiało wypełnić orzecznictwo sądowe, przestał być przez to kodeks głównym źródłem prawa rodzinnego. Dlatego przyjęty w 1964 roku kodeks prawa rodzinnego i opiekuńczego zawierał już 184 artykuły.

ją swoje nazwiska, chyba że złożyli zgodne oświadczenie o przyjęciu nazwiska męża lub żony. W zakresie stosunków majątkowych komisja polsko-czeska za system ustawowy uznała wspólność dorobku jako właściwy dla prawa socjalistycznego¹⁷. W majątku objętym ustawową wspólnością dorobku małżonkowie mieli równe udziały. Projekt dopuścił umowne układy majątkowe między małżonkami w bardzo wąskim zakresie, gdyż mogli oni jedynie ustawową wspólność rozszerzyć lub ograniczyć.

W dziedzinie rozwodów wspólny projekt, jako pozytywną przesłankę rozwiązania małżeństwa, przyjął trwałą i zupełną rozkład pożycia. Rozvodu nie mógł jednak żądać małżonek wyłącznie winny rozkładu pożycia, chyba że drugi małżonek wyraził zgodę na rozwód. Nadto rozwód był niedopuszczalny, gdyby sprzeciwiał się dobru małoletnich dzieci. Tak ujęte prawo rozwodowe wykazywało daleko idące podobieństwa do redakcji przepisów w projekcie polskiego kodeksu cywilnego /pominięto jedynie taksatywne wyliczenie przyczyn rozkładu pożycia/. Projekt polsko-czechosłowacki przeprowadził pełne równouprawnienie dzieci pozamałżeńskich, co wyrażało się także w tym, że zrezygnowano z tego terminu, posługując się wyłącznie pojęciem: rodzice i dzieci. Dziecku pozamałżeńskiemu zatem, w przypadku sądowego ustalenia ojcostwa, służyły prawa spadkowe po ojcu i jego rodzinie.

Komisja polsko-czechosłowacka wprowadziła daleko idące zmiany do istniejącego w Polsce stanu prawnego w dziedzinie przysposobienia, według którego przysposobić można było osobę małoletnią lub pełnoletnią w drodze umowy zatwierdzonej przez władzę opiekuńczą. Na wzór prawa sowieckiego przyjęto w projekcie postanowienie, że przysposobić można jedynie osobę małoletnią i tylko dla jej dobra. Odstąpiono także od traktowania przysposobienia jako umowy: następowało ono tylko przez orzeczenie władzy opiekuńczej. Przyjęto także elastyczną normę, w myśl której między przysposabiającym a przysposobionym powinna istnieć odpowiednia różnica wieku¹⁸.

¹⁷ Według przyjętej w projekcie zasady, wspólny majątek małżonków stanowiły przedmioty majątkowe nabyte przez któregośkolwiek z małżonków w czasie trwania małżeństwa, z wyłączeniem przedmiotów nabytych przez spadek, zapis, darowiznę, przedmioty osobistego użytku, potrzebne do wykonywania zawodu oraz prawa niezbywalne.

¹⁸ W projekcie kodeksu cywilnego z 1948 roku przewidywano, że umowa o przysposobienie winna być pod rygorem nieważności zawarta osobiście w formie aktu notarialnego, a następnie zatwierdzona przez władzę opiekuńczą. Przysposobić mogła osoba, która ukończyła lat 35 i musiała być starsza od przysposobionego o lat 15. Zob. DPP, nr 8, s. 9.

4. Opracowany przez komisję polsko-czechosłowacką projekt kodeksu prawa rodzinnego dał podstawę wprowadzenia w obu państwach jednakowych regulacji prawnych. W Czechosłowacji uczyniła to ustawa 7 grudnia 1949 roku /obowiązywała od 1.01.1950/, licząca - tak jak projekt - 90 paragrafów. W Polsce kodeks rodzinny uchwalono ustawą z 27 czerwca 1950 roku /obowiązywała od 1.10.1950/, która liczyła 91 artykułów. Zasadniczo nie odbiegały one od pierwowzoru. Niemniej jednak zaznaczyły się między nimi pewne różnice. Wynikały one ze zmian jakich dokonano w polskiej ustawie.

Pierwszym istotnym odstępstwem polskiej ustawy było pominięcie postanowienia, że religijny obrzęd ślubu mógł nastąpić dopiero po zawarciu małżeństwa w formie świeckiej. Autorzy polskiego projektu tłumaczyli to tym, że prawo małżeńskie z 1946 roku takiego nakazu nie zawierało. Poza tym krótki okres jego obowiązywania nie dostarczył rzekomo wystarczających dowodów na jego społeczną szkodliwość, którą dopiero wykazała późniejsza praktyka sądowa¹⁹. Z tych względów polski ustawodawca był zmuszony ustawą z 2.12.1958 roku wydać przepisy zmieniające ten stan rzeczy, zgodne z postulatami komisji polsko-czechosłowackiej.

Sądzić jednak należy, że zadecydowały o tym względy natury politycznej. Społeczeństwo polskie, zwłaszcza niższe jego warstwy, które w sposób szczególny poddano naciskowi ideologicznemu, nie chciały się wyrzec tradycyjnych uroczystości religijnych, a zawarcie małżeństwa świeckiego traktowały jako czystą formalność. Władza komunistyczna, walcząc z kościołem, nie chciała jednakże zrażać sobie ludności wiejskiej przez uderzenie w jej tradycjonalistyczną mentalność²⁰. W tym też kontekście widzieć trzeba utrzymanie polskiej ustawie dotychczasowych przepisów w kwestii nazwiska małżonków. Według niej, inaczej niż we

¹⁹ S. Szer. *Współpraca polsko-czechosłowacka w zakresie kodyfikacji prawa rodzinnego /Próba oceny/*. w: *Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*. Kraków 1964.

²⁰ Świadczy o tym treść notatki sekretariatu KC PPR z listopada 1947, w której czytamy "wychodząc z zasady, że społeczeństwo polskie jest jednolite wyznaniowo, a zadaniem partii politycznych jest reprezentowanie i obrona interesów ekonomicznych swojego środowiska społecznego w ramach ustroju Polski Ludowej, łatwo mamy o tym przekonać **nie przeszkadzając obrzędowości religijnej**" /podkr. A.D./ Cytat za. J. Żaryn, *Kościół wobec władzy...* op.cit., s. 192.

wspólnym projekcie, żona przybierała nazwisko męża; mogła ona jednak albo zachować swoje nazwisko albo dodać do niego nazwisko męża.

Drugą ważną nowością w polskiej ustawie było rozszerzenie podstaw rozwiązywania małżeństwa przez rozwód. Polski kodeks rodzinny, przejmując postanowienia projektu, uzupełnił jego treść jednym wyjątkiem dopuszczającym rozwód na życzenie strony wyłącznie winnej rozkładowi pożycia mimo braku zgody drugiej strony. Mianowicie sąd mimo braku tej zgody, mając na względzie interes społeczny, mógł orzec rozwód w przypadkach wyjątkowych, jeżeli małżonkowie pozostawali w długotrwałym rozłączeniu. Przepis ten stanowił swego rodzaju „klapę bezpieczeństwa” dla sądów w podejmowaniu decyzji rozwodowych, gdy społecznie uzasadnionym było rozwiązanie małżeństwa w sytuacji wyraźnej różnicy światopoglądowej małżonków. A takich przypadków w nowej rzeczywistości ustrojowej należało się spodziewać. Na tę właśnie „zalebę” polskiej ustawy zwrócił uwagę przedstawiciel czechosłowo-wackiego wymiaru sprawiedliwości, który sugerował konieczność przyjęcia podobnego rozwiązania²¹. Takiej też zmiany dokonano w Czechosłowacji w pięć lat od wejścia kodeksu rodzinnego w życie /ustawa z 11.12.1955/. W drodze więc późniejszych nowelizacji doszło do dalszego ujednoczenia prawa rodzinnego w obu państwach.

5. W minionym okresie realnego socjalizmu współpraca polsko-czechosłowacka doczekała się pozytywnej oceny. Za dowód na to przytaczano argument, że rezultaty jej prac zostały wykorzystane w nowo opracowanym kodeksie rodzinnym i opiekuńczym z 1964 roku²². Perspektywa historyczna pozwala nam inaczej spojrzeć na tę współpracę. Nie była to poważna i rzeczowa inicjatywa współpracy nad kodyfikacją prawa cy-

²¹ J. Elias, *Czechosłowacki kodeks rodzinny w świetle praktyki sądowej*, Nowe Państwo, z. 7-8, 1955. Autor ten pisał: „Już wkrótce po wejściu w życie ustawy okazało się, że otrzymaliśmy w spadku po kapitalizmie cały szereg rozbitych małżeństw”.

²² S. Szer, *Współpraca...* op.cit. Autor ten uznał, że nowy kodeks rodzinny był „jedynie pod względem techniczno-legislacyjnym bardziej poprawną wersją kodeksu z 1950 roku”. W eufemistycznym stwierdzeniu, że kodeks ten nie był przejawem jakiegoś „konformizmu socjalistycznego myśli prawniczej” kryła się obrona przed zarzutem, iż kodeks tak naprawdę przyniósł sowietyzację prawa rodzinnego w obu państwach.

wilnego i dlatego też nie może być taką miarą oceniana. Wymuszona względami politycznymi, doraźna i pospieszna kodyfikacja prawa rodzinnego nie mogła dać innych rezultatów poza ustaleniem zasad nowego socjalistycznego prawa w bardzo zresztą skomprimowanej ustawie. Bo to było od samego początku jej podstawowym celem. W tym znaczeniu spełniła swoją rolę. Rozwiązania wówczas przyjęte występują w znacznej części w polskim systemie prawnym aż do dziś²³. Niemniej jednak odchodzenie od ideologicznych korzeni prawa rodzinnego staje się w Polsce powoli faktem. Jest nim powrót²⁴ fakultatywnej formy zawarcia związku małżeńskiego, czy instytucji separacji.

²³ Wystarczy wymienić o utrzymaniu się odrębnej kodyfikacji prawa rodzinnego, zasad prawa rozwodowego i wspólności dorobku jako ustawowego systemu małżeńskiego prawa majątkowego.

²⁴ Używam celowo zwrotu "powrót" dla podkreślenia, że takie rozwiązania proponował projekt polskiego prawa małżeńskiego z roku 1929.

SPIS TREŚCI

J. Malec *Słowo wstępne* str.3

CZĘŚĆ I: O NAUCE I STOSOWANIU PRAWA

J. Malec *Z problematyki kształtowania się nowoczesnych nauk prawno-administracyjnych* str.7

H. Franaszek *Działania dwustronne jednostek samorządu terytorialnego* str.27

I. Lewandowska-Malec *Władze samorządu gminnego w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego w latach 1990-1998* str.39

I. Skrzydło-Niżnik *Problematyka polskiego prawa farmaceutycznego na tle akcesji Polski do Wspólnot Europejskich* str.55

J. Reszczyński *Zatrudnienie w służbie zagranicznej* str.77

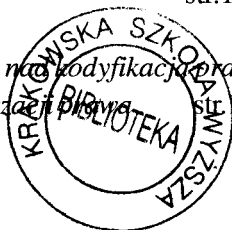
CZĘŚĆ II: W KRĘGU TEORII, FILOZOFII I KODYFIKACJI PRAWA

K. Daniel *Kontrowersje wokół prawa znajdującego swoje uzasadnienie w normach moralnych i religijnych* str.95

B. Szlachta, *Natural Law and Natural Rights. Same Aspects of Classical and Modern Legal Thought (Natura ludzka jako podstawa norm prawa naturalnego. Rzecz o różnych koncepcjach prawa naturalnego)* str.111

B. Bednarczyk *Międzynarodowe uwarunkowania konstytucyjnej ochrony praw człowieka. Zagadnienia podstawowe* str.129

A. Dziadzio *Polsko - czechosłowacka współpraca nad kodyfikacją prawa rodzinnego w latach 1948 - 1950. Z dziejów sowietyzacji prawa* str.141



WYKAZ AUTORÓW

Dr hab. Bogusława Bednarczyk, adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego, profesor Krakowskiej Szkoły Wyższej im. A. Frycza Modrzewskiego, dziekan Wydziału Stosunków Międzynarodowych KSW

Dr hab. Krystyna Daniel, adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego, profesor Krakowskiej Szkoły Wyższej im. A. Frycza Modrzewskiego

Dr Andrzej Dziadzio, adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego

Dr Helena Franaszek, członek Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie, wykładowca Krakowskiej Szkoły Wyższej im. A. Frycza Modrzewskiego

Dr Izabela Lewandowska-Malec, adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego, wykładowca Krakowskiej Szkoły Wyższej im. A. Frycza Modrzewskiego

Prof. dr hab. Jerzy Malec, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego i Krakowskiej Szkoły Wyższej im. A. Frycza Modrzewskiego, dziekan Wydziału Administracji KSW

Dr Jarosław Reszczyński, adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego, b. radca-minister pełnomocny Ambasady RP w Rzymie

Dr Iwona Skrzydło-Niżnik, adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego, wykładowca Krakowskiej Szkoły Wyższej im. A. Frycza Modrzewskiego

Dr hab. Bogdan Szlachta, adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego, profesor Krakowskiej Szkoły Wyższej im. A. Frycza Modrzewskiego