



Państwo i Społeczeństwo

WOLNOŚĆ – WŁASNOŚĆ – WŁADZA
DYLEMATY DOKTRYNY I PRAKTYKI

POD REDAKCJĄ MARKA NOWAKA

Kraków
2005

**„Państwo i Społeczeństwo” – czasopismo Krakowskiej Szkoły Wyższej
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego**

Rada Wydawnicza:

Klemens Budzowski, Andrzej Kapiszewski, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Redaktor naczelny:

Andrzej Kapiszewski

Sekretarz redakcji:

Halina Baszak-Jaroń



Adres redakcji:

ul. Kanonicza 9

31-002 Kraków

tel. (012) 292 74 00, 433 99 00

e-mail: wydawnictwo@kte.pl

Redakcja nie zwraca materiałów nie zamówionych. Decyzja o opublikowaniu tekstu uzależniona jest od opinii recenzentów. Redakcja zastrzega sobie prawo skracania tekstów przeznaczonych do druku. Teksty powinny być przesyłane w dwóch egzemplarzach wraz z wersją elektroniczną.

**© Copyright Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
2005**

ISBN 83-7188-905-4

KSIĘGARNIA AKADEMICKA

ul. św. Anny 6, 31-008 Kraków

tel./faks 43 127 43, 422 10 33 w. 11-67

akademicka@akademicka.pl

www.akademicka.pl

Recenzent:

prof. KSW dr hab. Tadeusz Biernat

Adiustacja:

Mariusz Warchoń

Skład i łamanie:

Margerita Krasnowolska



PAŃSTWO I SPOŁECZEŃSTWO

WOLNOŚĆ – WŁASNOŚĆ – WŁADZA

DYLEMATY DOKTRYNY I PRAKTYKI

POD REDAKCJĄ MARKA NOWAKA

Marek Nowak: Wprowadzenie	5
Paweł Laidler: Wolność, własność, władza – Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych za czasów sędziego Johna Marshalla	9
Krystyna Daniel: Prawo w świetle przekonań moralnych i politycznych	21
Bogdan Szlachta: Przedmiotowy i podmiotowy sens władzy politycznej. Przyczynek do badań nowożytnych doktryn politycznych	29
Piotr Kimla: Arnold Gehlen w obronie klasycznych zadań władzy i instytucji państwa	43
Marcin Sala-Szczypiński: Znaczenie zasad współżycia społecznego w prawie polskim	51
Marek Balicki: Dotychczasowe rozwiązania i nowe trendy w brytyjskiej służbie cywilnej. Wzory dla Polski	61
Bronisław Bombała: Reformy administracji publicznej – ujęcie personalistyczne	73
Monika Chlipała: Samorząd terytorialny a zasada pomocniczości	85
Piotr Laskowski: Korupcja w samorządzie terytorialnym – patologia władzy czy koszt transformacji	93
Justyna Maliszewska-Nienartowicz: Proporcjonalność jako zasada wyznaczająca granice działania Wspólnoty Europejskiej	103
Diane Ryland: The charter of fundamental rights of the European Union: questions, problems and perspectives	113
Eleonóra Marišová: Problems relating to development of agricultural land market: case of Slovakia	123

VARIA

Anna Citkowska-Kimla: Kilka uwag o fenomenie rewolucji i współczesnych zmianach w obrębie władzy	133
Piotr Feczko: Obraz administracji publicznej w oczach studentów	139
Anna Pulit: Własność w konstytucji Grecji z 1975 r.	151

RECENZJE

Tadeusz Biernat: Jacek Zalesny, <i>Odpowiedzialność konstytucyjna w prawie polskim</i>	159
Tadeusz Biernat: Krystyna Leszczyńska, <i>Rządy Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1989-2001</i>	163
Zdzisław Zarzycki: <i>Wybór źródeł do nauki prawa wyznaniowego</i> , oprac. Ewa Gajda	167

Marek Nowak

WPROWADZENIE

Niniejszy numer kwartalnika „Państwo i Społeczeństwo” tworzy zbiór artykułów poświęconych w całości tematowi „Wolność, własność, władza – dylematy doktryny i praktyki”¹.

Zjawiska wolności, władzy własności tworzą fundamenty życia społecznego w jego ontologicznym wymiarze, co do tego jest powszechna zgoda. Proces poznawczy prowadzi do eksploracji, wyjaśniania, rozumienia rzeczywistości w sensie politycznym, kulturowym, budowy systemów etycznych, określenia losu jednostki w świecie dawnym i współczesnym, jej bytu materialnego, zabezpieczeń społecznych. Tak właśnie, wydaje się, została ukształtowana świadomość historyczna i metodologiczna widoczna w opracowaniach tworzących niniejszy zbiór.

Temat badawczy prezentowany powyżej nasuwa kilka uwag. Po pierwsze, wynika z niego propozycja podejścia integralnego do zjawisk będących w zasadzie przedmiotem kolejnych badań. Po drugie, odniesienie do *praxis*, powiązania z realiami życia społecznego. Po trzecia, założona niejako *a priori* dyskusyjność stawianych tez.

Związek między wyżej wymienionymi zagadnieniami można przyjąć za oczywisty, nawet jeżeli odrzucić, jak czyni to współczesna ilościowa ekonomia ortodoksyjna czy szkoły myślenia pozytywnego, względnie uznać za dyskusyjne wprowadzone przez romantyzm niemiecki, później niemieckie szkoły historyczne, zrodzony z nich instytucjonalizm amerykański, założenie jednolitości zjawiska, bazujący na wzajemnym powiązaniu i oddziaływaniu procesów społecznych. Powstaje jednak pytanie, czy jest to związek normatywny, „to, co powinno być”, czy realny, „to, co jest”. Dyskusja, czy nawet spór na ten temat nie znajduje rozwiąza-

¹ Problematyka powyższa była przedmiotem obrad sekcji Prawo i Administracja na zorganizowanej przez Krakowską Szkołę Wyższą w maju 2005 roku V Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Państwo, gospodarka, społeczeństwo”.

nia wprost, w teoriach społecznych czy filozofii politycznej wciąż pojawiają się nowe propozycje.

Można jednak stwierdzić, jak to czynią szkoły liberalne, np. w Polsce Ferdynand Zweig, że własność prywatna to najbardziej skuteczny sposób na zapewnienie jednostce wolności, z drugiej strony – zakres wolności człowieka wyznacza granice władzy.

Pojmowanie tego, czym jest wolność, podlega nieustannej interpretacji ze strony różnorodnych orientacji, z których każda pretenduje do realności swego stanowiska; wolność jako zrozumienie konieczności w materialistycznej dialektyce Karola Marksa, pochod ducha ku wolności, co ma stanowić kres dziejów, jak to ujmuje filozofia idealistyczna G. W. F. Hegla.

Pogłębienie dyskusji przynosi liberalizm, który w wersji klasycznej buduje pojęcie „wolności od”: własność prywatna może zaistnieć tylko w warunkach braku przymusu, jak to widzimy u Johna Locke’a i Adama Smitha. Po niepowodzeniach rynku – skutecznego w sensie ekonomicznym, mało sprawnego czy nawet wręcz niesprawnego w sensie socjalnym, produkującego często więcej nędzy niż bogactwa, okazało się niezbędne wprowadzenie rozumienia wolności jako „wolności do”. Rozróżnienie jednak wolności negatywnej, typowej dla liberalizmu klasycznego, od wolności pozytywnej, znamiennej dla liberalizmu socjalnego, żądającego aktywności państwa, spowodowało głębokie różnice wśród liberałów i uruchomiło zarazem bogatą literaturę, wyposażoną w analizy sensu wolności. Najwyraźniej widzimy to w poszukiwaniach analitycznych Isiaha Berlina, który poddał krytyce dotychczasowe pozytywne koncepcje wolności.

W kontekście idei wolności może pojawić się problematyka władzy. Definicje są różnorodne, widoczny jest brak zgodności w poglądach na ten temat. Według Maxa Webera władza realizuje się w organizacji biurokratycznej, tworzącej najbardziej skuteczny sposób panowania. Dla Hannah Arendt władza nie jest własnością jednostki, lecz wspólnie działających grup lub kolektywów. Jednym z istotnych zagadnień widocznych w tej problematyce jest rozróżnienie władzy politycznej od ekonomicznej. Widzimy to u Milтона Friedmana, zwolennika liberalizmu klasycznego. Skupienie władzy politycznej w rękach państwa, oddanie władzy ekonomicznej prywatnym przedsiębiorcom tworzy mechanizm typu *checks and balances* i automatycznie eliminuje szkodliwy dla gospodarki i społeczeństwa etatyzm.

Własność tworzy pojęcie wielopłaszczyznowe, które można analizować w wymiarze filozoficznym, ekonomicznym, politycznym czy prawnym. W sensie ontologicznym tworzy fundamenty życia społecznego jako element ustroju gospodarczego, podstawa systemu prawnego, przedmiot stałych działań państwa. W tym sensie stanowi obiekt zainteresowań poznawczych szkół liberalnych, socjalistycznych i katolickich, zajmuje centralne miejsce w nauce społecznej Kościoła jako zobowiązanie prywatnego właściciela wobec innych ludzi.

Najwięcej uwagi autorzy zbioru poświęcili zagadnieniu władzy. Bogdan Szlachta w pogłębionym analitycznie, interesującym poznawczo artykule podejmuje zagadnienie władzy politycznej. Jest to według niego kluczowy problem dla doktryn politycznych. W dalszych wywodach wskazuje na niejednoznaczność ka-

tegorii „władza polityczna”. W ślad za myślą polskich konserwatystów zajmuje stanowisko odróżnienia „dwóch stron władzy”, czyli „władzy przedmiotowej” i „władzy podmiotowej”. Sens tych pojęć wynika z tak ujętej analizy.

Interesujący artykuł Piotra Kimli, oparty został na myśli politycznej Arnoldda Gehlena, którego zalicza – obok Maxa Schellera i Helmuta Plessnera – do trójcy klasyków antropologii filozoficznej. Przedmiotem badań autora są społeczne poglądy Gehlena – porządek społeczny, autor nie wyjaśnia, czy jest to porządek naturalny, ma zasadzać się na trwałych instytucjach. Są to władza i państwo. To one tworzą gwarancje bezpieczeństwa i politycznej wolności. Filozofia polityczna Gehlena prowokuje do dyskusji, chociażby w odniesieniu do cytowanych rozważań na temat inteligencji, rekonstrukcja i analiza jego myśli jest prowadzona przy użyciu kryteriów obiektywnych.

Władza w stanie zagrożenia stała się przedmiotem badań Anny Citkowskiej-Kimli. Punkt widzenia to wpływ fenomenu rewolucji na zmiany w strukturach władzy. Budowany w celach poznawczych model, jak podkreśla, doktrynalny tych zjawisk, weryfikuje w części praktycznej obserwacja empiryczna rzeczywistości politycznej. Dalsza część opracowań odnosi badany temat do zagadnień związanych z problematyką prawa, administracji publicznej, wspólnoty europejskiej i gospodarki agrarnej.

Krystyna Daniel w artykule pt. „Prawo w świetle przekonań moralnych i politycznych” przyjmuje, że prestiż i przestrzeganie prawa zależy w znacznym stopniu od wyznawanych w danym społeczeństwie wartości politycznych, moralnych i moralno-religijnych. Założenia teoretyczne tak określone weryfikuje przekonująco, używając argumentacji empirycznej.

Celem badań Pawła Laidlera stała się analiza orzeczeń Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z czasów, kiedy zasiadał w nim John Marshall, w których sędziowie federalni uzyskali po raz pierwszy prawo do interpretowania konstytucji; rozumienie tego, czym jest prawo do wolności, własności, bezpieczeństwa jako naturalne prawo jednostek otworzyło drogę dla sądownictwa amerykańskiego do uruchomienia procesu ochrony niezbywalnych praw człowieka.

Znaczenie zasad współżycia społecznego w prawie polskim stanowi temat podjęty w artykule Marcina Sali-Szczypińskiego. Przedmiotem badań autora jest analiza klauzuli generalnej – pojęcia i zakresu jej stosowania. Problematyka ta obejmuje również sens stosowania klauzuli słusnościowych w regulacjach prawa publicznego.

Konstytucja Grecji uchwalona w 1975 roku zawiera normy prawne określające system społeczno-ekonomiczny tego kraju. Analizie odpowiednich w tym względzie uregulowań poświęciła artykuł Anna Pulit. Zagadnienia te są na ogół dość odległe od problematyki podejmowanej przez polskie prawo konstytucyjne, tym bardziej wysiłek poznawczy autorki zasługuje na podkreślenie. Autorka podjęła próbę ustalenia intencji ustawodawcy, zmierzającego do zabezpieczenia równowagi między prawami własności a dobrze pojętym interesem publicznym.

Bronisław Bombała zastosował w swym artykule podejście personalistyczne do budowy, jak to określa, modelu administracji publicznej, który ma służyć,

jak można rozumieć, tworzeniu nowych, zreformowanych struktur, opartych na sprawnym i przyjaznym dla społeczeństwa zarządzaniu.

Zasada pomocniczości – subsydiarności podjęta przez Monikę Chlipałą, odniesiona została przez autorkę do podziału kompetencji między organami władzy publicznej oraz tymi organami a korzystającymi z ich usług grupami obywateli. Rozwiązania prawne powinny umacniać stosowanie zasady subsydiarności w działalności samorządu terytorialnego.

Z innej pozycji te zagadnienia ujmuje Piotr Laskowski. Wskazuje on na zjawisko korupcji, tworzące istotne zagrożenie dla sprawnego funkcjonowania samorządu terytorialnego. Samo zjawisko ocenia jako trudne do opanowania. Więzy partyjne, biurokracja, słaba świadomość tych spraw wciąż jeszcze *in statu nascendi* społeczeństwa obywatelskiego, blokują skutecznie wszelkie próby kontroli.

Podobnie w spojrzeniu Marka Balickiego obraz administracji publicznej, w tym również służby cywilnej, nie tworzy pozytywnych odniesień w społeczeństwie polskim. Przeniesienie na nasz teren rozwiązań nowoczesnych, wdrażanych w innych krajach – Wielkiej Brytanii – mogłoby przynieść polepszenie sytuacji na tym polu.

Problematyka unijna pojawia się w pracach Diane Roland i Justyny Maliszewskiej-Nienartowicz, obejmując zagadnienia karty praw unijnych, analizowanych w aspekcie brytyjskiego porządku prawnego, oraz granic działania Wspólnoty Europejskiej, które można określić przy zastosowaniu zasady proporcjonalności. W artykule Eleonory Marisovej głównym problemem jest rozwój słowackiego rynku rolnego. Autorka wskazuje na dysproporcje, które ujawnia porównanie rynku słowackiego z europejskim.

Wolność, władza, własność – trzy fundamentalne zjawiska społeczne, które mogą prowadzić człowieka i społeczeństwo do sukcesu i rozwoju lub porażki i unicestwienia. Należy pamiętać, że każda epoka historyczna przynosi zmiany w polityce, gospodarce, ideologii, świadomości społecznej, co określa zasadniczo kształt dyskusji w sprawach fundamentalnych. W każdej jednak epoce powinien zaistnieć punkt docelowy prowadzonego sporu, zawierający się w pytaniu, jak działać, aby polepszać, a nie pogarszać. Ta właśnie kwestia stanowi podstawowy dylemat doktryny i praktyki

Paweł Laidler

WOLNOŚĆ, WŁASNOŚĆ, WŁADZA – SĄD NAJWYŻSZY STANÓW ZJEDNOCZONYCH ZA CZASÓW SĘDZIEGO JOHNA MARSHALLA

Cechą charakterystyczną amerykańskiego systemu prawnego, powszechnie określanego jako system *common law*, jest prawotwórcza rola sędziów. Dzięki możliwości tworzenia precedensów, czyli wyroków mających zastosowanie we wszystkich przyszłych podobnych sprawach¹, sędziowie stają się podmiotem czynnie uczestniczącym w procesie kreowania norm prawnych. Szczególną moc w tym zakresie posiadają precedensy wydawane przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, który jest ostateczną instancją odwoławczą zarówno na szczeblu federalnym, jak i stanowym. Decyzje podejmowane przez dziewięciu sędziów są wiążące dla wszystkich obywateli i wszystkich organów władzy, wielokrotnie stając się podstawą kształtowania ważnych instytucji prawnych. Dlatego też kwestie wolności, własności i władzy, tak istotne dla każdego systemu prawnego, były wielokrotnie poruszane w orzeczeniach Sądu Najwyższego w XIX i XX wieku. Wśród sędziów, którzy wywarli znaczący wpływ na współczesny kształt amerykańskich unormowań prawnych, na plan pierwszy wysuwa się postać Johna Marshalla, który przewodniczył Sądowi Najwyższemu w początkach państwowości amerykańskiej w latach 1801–1835. Precedensy z tego okresu wytyczyły kierunek rozwoju prawa konstytucyjnego, nadając wielu pojęciom prawnym szczególny charakter.

Temat niniejszego artykułu można przedstawić w dwóch płaszczyznach – oceniając, jak wyglądało podejście pierwszych sędziów do kwestii wolności, własności i władzy, lub badając, jak decyzje ówczesnego Sądu Najwyższego wpłynęły na współczesne rozumowanie amerykańskich sędziów. Warto te dwie płaszczyzny połączyć i przez analizę najważniejszych spraw sądowych, które zostały rozstrzygnięte przez Sąd Marshalla, ukazać rolę, jaką te precedensy odegrały w kształto-

¹ J. Knight, L. Epstein, *The Norm of Stare Deisis*, „American Journal of Political Science” 1996, vol. 40, no. 4, s. 1018-1035.

waniu współczesnych zasad i przepisów prawnych. Należy przy tym zaznaczyć, że obecne rozwiązania systemowe dotyczące pojęć wolności czy własności nie są bezpośrednim efektem działalności Sądu Marshalla, niemniej jednak sędziowie orzekający w początkach XIX wieku swoimi decyzjami wpłynęli na współczesny charakter i kształt rozwiązań prawnych w tym zakresie.

Amerykańskie *common law* oparło się w znacznym wymiarze na instytucjach prawnych, mających swoją genezę w angielskim systemie prawa². Jednym z podstawowych źródeł poznania prawa angielskiego przez Ojców Założycieli było opublikowane w latach 1765–1769 dzieło sędziego Williama Blackstone’a *Komentarze praw Anglii*³. Choć twórcy amerykańskiej konstytucji odrzucili zdecydowanie brytyjski model ustroju politycznego, to jednak opowiedzieli się jednoznacznie za recepcją niezbywalnych praw jednostek: prawa do bezpieczeństwa, prawa do wolności i prawa do własności prywatnej. Znalazło to odzwierciedlenie we fragmentach amerykańskiej ustawy zasadniczej, a przede wszystkim w treści jej pierwszych dziesięciu Poprawek, tzw. *Bill of Rights*⁴. Od samego początku państwowości amerykańskiej kwestie wolności i własności stały się pojęciami chronionymi przez konstytucję, dając możliwość określania ich definicji i zakresu podmiotom uprawnionym do jej interpretacji. Ojcowie Założyciele nie zdecydowali się jednak na nadanie w ustawie zasadniczej uprawnień interpretacyjnych władzy sądowniczej, dlatego podczas pierwszych lat orzekania niewiele spraw wpływało do Sądu i spośród wszystkich trzech gałęzi władzy judykatura odgrywała najmniejszą rolę⁵. Dopiero mianowanie przez prezydenta Adama Johna Marshalla na stanowisko Przewodniczącego Sądu Najwyższego zmieniło ten stan rzeczy. W krótkim czasie władza sądownicza miała stać się główną siłą polityczną i prawną w państwie, mając wpływ na interpretację ustawy zasadniczej, a co za tym idzie na najważniejsze kwestie dotyczące wolności, własności, a przede wszystkim władzy.

Pierwszym, a zarazem najistotniejszym sporem sądowym rozstrzyganym przez Sąd Marshalla była sprawa *Marbury v. Madison*⁶, w której sędziowie stanęli przed zadaniem określenia zakresu kompetencji poszczególnych gałęzi władzy federalnej. Sprawa dotyczyła odmowy wydania przez sekretarza stanu Jamesa Madisona dokumentu, na podstawie którego William Marbury miał zostać sędzią sądu federalnego. Marbury został wcześniej mianowany na to stanowisko przez odchodzącego prezydenta Adama, jednak w wyniku niedopatrzenia ówczesnego sekretarza stanu (którym był... John Marshall!), dokument potwierdzający nominację Marbury’ego nie został dostarczony do sądu federalnego, w którym miał on objąć stanowisko. Po rozpoczęciu urzędowania przez nowego prezydenta, Thomasa

² R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Kraków 1998, s. 27–28.

³ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago 1979.

⁴ Blackstone dużo miejsca poświęca przepisom o powtórnym pociągnięciu do odpowiedzialności za to samo przestępstwo (*double jeopardy*), które za podstawę mają uniwersalną maksymę angielskiego *common law*, mówiącą o tym, że żaden człowiek nie może być skazany więcej niż raz z tytułu tego samego oskarżenia. Instytucja *double jeopardy* znajduje się w V Poprawce do konstytucji.

⁵ Spośród spraw rozstrzygniętych w latach 1790–1801, do historii amerykańskiego konstytucjonalizmu przeszły dwie: *Chisholm v. Georgia* 2 U.S. 419 (1793) oraz *Calder v. Bull* 3 U.S. 86 (1798).

⁶ 5 U.S. 137 (1803).

Jeffersona, oraz nowego sekretarza stanu, Jamesa Madisona, wstrzymane zostały wszelkie wcześniejsze nominacje, w tym nominacja Marbury'ego, który wprowadził sprawę do Sądu Najwyższego. Kwestia sporna dotyczyła między innymi rzeczywistych relacji władzy sądowniczej i wykonawczej oraz możliwości wpływania przez sędziów na działania urzędników administracji prezydenckiej.

Proces Marbury v. Madison umożliwił sędziom ustanowienie niezwykle ważnej instytucji *judicial review*, która zezwalała władzy sądowniczej na kontrolę zgodności z konstytucją aktów prawnych wydawanych przez władzę ustawodawczą i wykonawczą. Rozstrzygając spór Marbury v. Madison, sędzia Marshall wypowiedział dwa znamienne zdania, które stały się myślą przewodnią jego sędziowania. Stwierdził, że „obowiązkiem władzy sądowniczej jest określanie, czym jest prawo” oraz, że „państwo amerykańskie cechują rządy prawa, a nie rządy ludzi”. Przez analizę treści konstytucji John Marshall potwierdził jej supremację i nadrzędność w stosunku do wszystkich źródeł prawa w państwie, a władzę sądowniczą ustanowił ostatecznym strażnikiem przestrzegania jej postanowień. Tym samym, począwszy od 1803 roku, sądownictwo federalne stało się ważną siłą polityczną, mającą wpływ na kształt rozwiązań prawnych dotyczących nie tylko prawa konstytucyjnego, ale również innych jego gałęzi⁷. *Judicial review* doprowadziło do szerokiej interpretacji prawa przez sędziów, którzy mieli za zadanie stać na straży przestrzegania konstytucji federalnej, najwyższego prawa w państwie. Sędziowie otrzymali możliwość oceny zgodności działań władzy ustawodawczej i wykonawczej z ustawą zasadniczą, mogąc stwierdzać o nieważności aktów prawnych wydawanych przez legislaturę i egzekutywę. Sprawa Marbury v. Madison wpłynęła również na kształt systemu kontroli i równowagi, przyznając władzy sądowniczej uprawnienie, którego twórcy konstytucji nie przewidzieli w momencie jej tworzenia⁸. Naturalną konsekwencją było zatem zajęcie się przez sędziów umacnianiem obowiązku *judicial review* w amerykańskim systemie prawnym przez tworzenie odpowiednich orzeczeń sądowych. W roku 1810 Sąd Najwyższy miał za zadanie rozstrzygnąć spór, w którym John Marshall po raz pierwszy poruszył kwestie prawa własności.

Pomimo zgody wśród Ojców Założycieli, że własność jest prawem fundamentalnym, istniały rozbieżności co do określenia granic naruszania prawa własności. Zagadnienie to zdawało się być znakomitą kwestią, wokół której można było budować *judicial review*: własność była wartością powszechnie aprobowaną, jej znaczenie nie było do końca jasne, a jednocześnie nadanie jej wyraźnej ochrony ze strony państwa było ważne dla jego funkcjonowania. Ochrona własności stała się zatem jednym z istotniejszych celów Sądu Marshalla, który uczynił z prawa własności kwestię konstytucyjną. Najśłynniejszą sprawą tego okresu był spór Fletcher v. Peck⁹, w którym Sąd opowiedział się przeciwko działaniom legislatury stanu Georgia, unieważniającym wcześniejsze nadania ziemi, będącej własnością stanu. W 1795 roku grupa obywateli uzyskała prawo własności tych ziem w wyniku

⁷ Por. fragmenty dotyczące prawa własności, wchodzącego w zakres prawa prywatnego.

⁸ W. Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, Minnesota 1995, s. 10-19.

⁹ 10 U.S. 87 (1810).

przekupstwa członków legislatury stanowej. Później sprzedali oni prawa do ziemi osobom trzecim, natomiast po ujawnieniu działań korupcyjnych legislatura kolejnej kadencji zniosła prawo obywateli do wspomnianych terenów. Sąd Najwyższy stanął zatem przed zadaniem oceny prawomocności umów własności osób prywatnych poszkodowanych w wyniku decyzji legislatury stanu Georgia. Wydając opinię większościową, John Marshall oparł się na interpretacji klauzuli kontraktowej (*contract clause*), zapisanej w artykule I konstytucji. Na mocy tej klauzuli państwo nie mogło wprowadzać w życie przepisów wpływających na umowę zawartą przez strony prywatne. Marshall opowiedział się za utrzymaniem w mocy prawa właścicieli do rzeczonych ziem i jednocześnie podkreślił rolę Sądu w procesie ograniczania ingerencji ustawodawcy w prawa nabyte jednostek (*vested rights*). Z jednej strony Sąd Najwyższy potwierdził ogólne przekonanie co do świętości prawa własności, z drugiej zaś nadał temu prawu specjalne znaczenie, które zdaniem Federalistów było konieczne do ustanowienia trwałej gospodarki rynkowej oraz wolnego i bezpiecznego społeczeństwa¹⁰. Orzeczenie w sprawie *Fletcher v. Peck* było sygnałem, że sędziowie mają zamiar chronić prawa własności jednostek kosztem ograniczania prerogatyw władzy ustawodawczej w tym zakresie.

Dwa lata później, w sprawie *New Jersey v. Wilson*¹¹, sędziowie ponownie stanęli przed zadaniem określenia granic prawa własności. Legislatura stanu New Jersey nadała część ziem plemionom indiańskim i wyjęła je z możliwości opodatkowania przez stan. Później ziemie te zostały nabyte przez kilka osób prywatnych, a legislatura cofnęła swoją wcześniejszą, korzystną dla nowych właścicieli decyzję. Sąd Najwyższy sprzeciwił się takiemu działaniu ustawodawcy, chroniąc kontrakt zawarty przez osoby prywatne. Obydwie wyżej wspomniane decyzje miały doczekać się potwierdzenia w kluczowym dla kwestii własności orzeczeniu *Dartmouth College v. Woodward*¹². Sprawa dotyczyła działań legislatury stanu New Hampshire, zmierzających do przekształcenia college'u w uniwersytet stanowy. Legislatura zmieniła postanowienia umowy spółki akcyjnej zawartej przez prywatne strony, przekazując ich udziały gubernatorowi stanu. Sąd Najwyższy, ponownie interpretując klauzulę kontraktową, stwierdził, że umowa spółki została zawarta przez osoby prywatne i dlatego legislatura nie miała prawa ingerować w jej treść. Zdaniem sędziego Marshalla pojęcie kontraktu w rozumieniu artykułu I konstytucji miało dotyczyć transakcji zawieranych przez strony prywatne, a nie relacji politycznych pomiędzy państwem i jego obywatelami¹³.

Dartmouth College v. Woodward jest przykładem sprawy, która choć dotyczyła w większym stopniu prawa umów, a nie prawa konstytucyjnego, jednak stała się sztandarową sprawą Sądu Marshalla na temat prawa własności. Decyzja ta

¹⁰ J. Nadelsky, *Private Property and the limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and Its Legacy*, Chicago 1990, s. 190-195.

¹¹ 11 U.S. 164 (1812).

¹² 17 U.S. 518 (1819).

¹³ Późniejsza interpretacja klauzuli kontraktowej uległa zmianie na początku XX wieku, kiedy Sąd Najwyższy rozszerzył możliwość ingerencji stanów w umowy zawierane przez osoby prywatne, jeśli ustawodawca miał na celu dobro publiczne. Jednak własność nigdy nie straciła statusu prawa fundamentalnego. Szerzej zob. J. W. Peltason, *Corwin & Peltason's Understanding the Constitution*, Florida 1994 (XIII ed.), s. 108-110.

zapewniła ochronę prywatnym inwestycjom ze strony ingerencji stanów, przez co zachęciła jednostki do dalszego inwestowania¹⁴. Choć sędziowie opowiadali się za silnym państwem, to przywiązywali również wagę do ochrony niezwykłych praw jednostek. Analizując powyższe orzeczenia, można pokusić się o stwierdzenie, że Sąd Marshalla stworzył tzw. amerykańskie *common law* własności. Czerpał bowiem wzorce z instytucji prawnych, ukonstytuowanych od wielu lat w definicjach i regułach *common law*. Jeżeli prawo to miało być podstawą orzekania przez sądy, to również sądy jako ważny element *common law* miały za zadanie określać granice praw własności oraz przyczyn naruszenia tych praw¹⁵.

Jak zatem widać, głównym celem Sądu Marshalla stała się raczej ochrona prawa własności jednostek niż ochrona suwerenności władzy ustawodawczej¹⁶. Niewątpliwie sprawy z zakresu prawa własności umożliwiały sędziom większą kontrolę legislatur stanowych. Idąc dalej tym tokiem rozumowania, można wnioskować, że kwestie te stały się instrumentem w rękach Sądu, który walcząc o silne państwo, tym samym silną władzę federalną, ograniczał zakusy stanów do normowania różnych obszarów życia społecznego, w tym prawa własności. W ten sposób polityczne podejście sędziów zadecydowało o nadaniu prawu własności szczególnej roli¹⁷. Skoro cel utrzymania silnej władzy federalnej był dla Johna Marshalla sprawą nadrzędną, to czy również kwestie wolności jednostek posłużyły sędziom jako instrument polityczny?

Okazuje się, że pojęcie wolności nie stanowiło głównej sfery rozważań Sądu Najwyższego w początkach XIX wieku. John Marshall przewodniczył Sądowi w czasach, w których wolność i równość wobec prawa nie były podstawą argumentacji sędziów. Choć amerykańska konstytucja tworzona była pod hasłami wolności i pojęcie *freedom* wiele razy pojawia się w jej treści, a także wynika z jej zasad¹⁸, Sąd Marshalla nie rozstrzygnął zbyt wielu sporów, w których mógłby zająć się kwestiami wolności obywatelskich. Próżno szukać w czasach Marshalla decyzji, uznających prawo do wolności za niezbywalne i fundamentalne dla każdej jednostki, choć poglądy takie były oczywiste dla Ojców Założycieli. Nie było spraw z zakresu wolności słowa, wolności religijnej czy prawa do prywatności, które współcześnie stanowią zdecydowaną większość spośród spraw na wokandzie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Wydaje się, że główną przyczyną tego

¹⁴ E. Stanley, I. Kutler, *The Supreme Court and the Constitution: Readings in American Constitutional History*, New York 1977, s. 72.

¹⁵ Nie tylko sprawy z zakresu prawa konstytucyjnego dotyczyły kwestii własności, ale również sprawy z dziedziny prawa handlowego. Dla przykładu w sprawie *Huidekoper's Lessee v. Douglass* (1805) sędziowie zajęli podobne stanowisko jak przy rozstrzyganiu sporu *Fletcher v. Peck*. Obydwie sprawy łączy fakt, że Marshall wyraźnie dał do zrozumienia, że wszystkie stany wiążą wewnętrzne prawo, które funkcjonuje niezależnie od federalnej jurysdykcji i od zasady supremacji konstytucji. Tym prawem jest właśnie *common law*, które w sferze własności jest niejako prawem naturalnym. Szerzej zob. G. L. Haskins, H. A. Johnson, *The Oliver Wendell Holmes Devise, History of the Supreme Court of the United States*, vol. 2: *Foundations of Power: John Marshall, 1801-15*, New York 1981, s. 596-597.

¹⁶ T. C. Shevory, *John Marshall's Law: Interpretation, Ideology, and Interest*, Westport 1994, s. 101.

¹⁷ Por. J. Nedelsky, *Confining Democratic Politics: Anti-Federalists, Federalists, and the Constitution*, „Harvard Law Review” 1982-1983, vol. 96, s. 340-360; M. A. Graber, *Federalists or Friends of Adams: The Marshall Court and Party Politics*, „Studies in American Political Development” 1998, vol. 12, s. 229-266.

¹⁸ Szczególnie chodzi tu o treść poprawek do konstytucji oraz o zasadę rządów prawa i zasadę demokracji.

stanu rzeczy był brak unormowań prawnych, umożliwiających zastosowanie przepisów *Bill of Rights* do stanów. Treść pierwszych dziesięciu poprawek odnosiła się bowiem tylko do władzy federalnej, a nie do władz stanowych, które były odpowiedzialne za wprowadzanie szeregu unormowań, mogących naruszać wolności jednostek. Co prawda Sąd Marshalla miał okazję rozstrzygać w 1833 roku sprawę *Barron v. The Mayor and City Council of Baltimore*¹⁹, w której mógł rozszerzyć przepisy V Poprawki jako wiążące władze stanowe, ale sędziowie nie znaleźli podstaw do takiej decyzji. Inną przyczyną milczenia Sądu Najwyższego w sprawach wolności jednostek było niewolnictwo, które w tych czasach było w Stanach Zjednoczonych kwestią nie podlegającą dyskusji.

Wydaje się, że John Marshall nie poświęcał zbyt wiele czasu ani uwagi statusowi niewolników nie dlatego, że popierał dyskryminację rasową, ale dlatego, że nie oceniał niewolnictwa z moralnego punktu widzenia. Był prawnikiem, dla którego konstytucja federalna była fundamentalnym dokumentem i nadrzędnym dobrem; skoro zatem dopuszczała niewolnictwo, należało postępować w myśl jej postanowień. W konsekwencji nie było prawie żadnej sprawy, w której sędziowie oceniliby konstytucyjną naturę niewolnictwa. Może jedynie spór *Queen v. Hepburn*²⁰ umożliwił Sądowi Najwyższemu zajęcie się tą kwestią, ale spośród grona sześciu sędziów tylko Gabriel Duvall argumentował, że „prawo do wolności jest ważniejsze niż prawo do własności”. Reszta sędziów, z Johnem Marshalllem na czele, nie potwierdziła tej zasady, dowodząc, że od prawa do wolności ważniejsze było prawo do własności²¹. Jest jeszcze jeden powód, dla którego kwestie związane z niewolnictwem nie trafiały na wokandę Sądu Najwyższego. Większość sporów, jakimi zajmowali się sędziowie w tych czasach, dotyczyła prawa federalnego, natomiast niewolnictwo miało charakter lokalny. Ponadto w dobie wydawania orzeczeń dążących do ukształtowania silnego i jednolitego państwa politycznie niewłaściwe byłoby dzielenie narodu w kwestiach statusu niewolnictwa²².

Powyższe rozważania przedstawiają Sąd Marshalla jako instytucję, dla której decyzje prawne mogły mieć zabarwienie polityczne, nawet jeśli sprawy miały dotyczyć kwestii praw niezbywalnych. Istnieją jednak dowody na to, że sędziowie uznawali prawo do wolności jednostek, rozstrzygnęli bowiem między innymi spór *Worcester v. Georgia*²³, w którym opowiedzieli się między innymi za uznaniem Indian Cherokee jako wolnej i odrębnej społeczności, która nie podlega przepisom prawnym stanu Georgia. Analizując powyższe precedensy, wydaje się, że pojęcie wolności w Sądzie Marshalla było kwestią drugorzędną ze względu na konstytucyjny charakter niewolnictwa oraz na znaczenie, jakie sędziowie nadali pojęciu prawa własności. Obydwie kwestie ustępowały jednak prawdziwej idei Johna Marshalla – wzmocnienia władzy federalnej.

¹⁹ 32 U.S. 243 (1832).

²⁰ 11 U.S. 290 (1813).

²¹ R. K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, s. 414-434.

²² D. Robarge, *A Chief Justice's Progress: John Marshall From Revolutionary Virginia to the Supreme Court*, Westport 2000, s. 275-277.

²³ 31 U.S. 515 (1832).

Już w latach osiemdziesiątych XVIII wieku John Marshall wraz z Jamesem Madisonem i Aleksandrem Hamiltonem byli gorącymi orędownikami silnej władzy federalnej²⁴. Dlatego też po objęciu stanowiska Przewodniczącego Sądu Najwyższego Marshall zajął się przede wszystkim kwestiami podziału władzy. Z jednej strony sprawy, które sędziowie rozstrzygali, związane były z zasadą *separation of powers* (trójpodział władzy na władzę ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą), a z drugiej z zasadą federalizmu, która tworzyła dwupodział władzy (władza federalna i stanowa). Silna władza federalna oznaczała dla Johna Marshalla poruszanie się po obydwu płaszczyznach – po pierwsze, należało wzmocnić kompetencje sądownictwa federalnego, i w tym zakresie wiodącym precedensem była wspomniana już sprawa *Marbury v. Madison*; po drugie zaś, trzeba było wzmocnić władzę federalną kosztem władz stanowych. Okazją do tego stał się głośny spór *McCulloch v. Maryland*²⁵.

Sprawa dotyczyła konfliktu, związanego z utworzeniem banku narodowego, którego filia została opodatkowana przez stan Maryland. W celu oceny konstytucyjności utworzenia przez Kongres banku John Marshall dokonał interpretacji klauzuli konieczności (*necessary and proper clause*). Jego zdaniem, ten fragment artykułu I konstytucji przedstawia uprawnienia władzy ustawodawczej do tworzenia przepisów, które są konieczne i właściwe dla egzekwowania podstawowych kompetencji Kongresu wywodzących się z konstytucji. W ten sposób – obok kompetencji wyliczonych – federacja otrzymała szeroką gamę kompetencji dorozumianych. Bez względu zatem na istniejące w X Poprawce domniemanie kompetencji stanów, polegające na przyznaniu stanom wszystkich uprawnień nie wyliczonych w konstytucji, władza federalna posiada szereg kompetencji dorozumianych. Sąd Najwyższy, jako instytucja odpowiedzialna za *judicial review*, jest władny do interpretowania konstytucji i określania zakresu podziału kompetencji między federacją a stanami. W przypadku sporu *McCulloch v. Maryland* sędziowie opowiedzieli się jednoznacznie po stronie Kongresu, zakazując opodatkowywania instytucji federalnej przez stan, którego akty prawne stoją niżej w hierarchii źródeł prawa. W sprawie z 1819 roku poruszono jeszcze jedną ważną kwestię związaną z pojęciem władzy. John Marshall, cytując fragment preambuły do konstytucji, podkreślił wagę suwerenności narodu. Władza w państwie miała należeć bowiem do ludzi – obywateli federacji, a nie obywateli stanów. Tym samym państwo miało być dobrem wspólnym, własnością wszystkich Amerykanów jako obywateli Stanów Zjednoczonych, co – zdaniem Przewodniczącego Sądu – stanowiło również o wyższości federacji.

Innym sporem dotyczącym kwestii relacji między władzą federalną a stanową była sprawa *Gibbons v. Ogden*²⁶. To jedna z najważniejszych opinii w historii amerykańskiego konstytucjonalizmu, ponieważ stworzyła podstawy dla rozstrzygania całej gamy spraw dotyczących ważnych kwestii gospodarczo-społecznych. *Gibbons v. Ogden* jest pierwszym sporem w historii Sądu Najwyższego do-

²⁴ A. Cox, *The Court and the Constitution*, Boston 1987, s. 33.

²⁵ 17 U.S. 316 (1819).

²⁶ 22 U.S. 1 (1924).

tyczącym klauzuli handlowej (*commerce clause*). W sprawie chodziło o spór o monopol handlowy na wodach stanu Nowy Jork między osobami, które uzyskały tytuł prawny ze strony federacji i stanu. Sąd Najwyższy miał za zadanie określić, która ze stron posiada prawomocny tytuł do prowadzenia wyłącznego handlu na rzeczonym terenie. Przedstawiający opinię Sądu John Marshall potwierdził, że ustawa federalna stoi wyżej w hierarchii źródeł prawa niż odpowiednia ustawa stanowa. Dokonał interpretacji klauzuli handlowej, stwierdzając, że Kongres ma prawo regulować każdy element handlu międzystanowego, czyli dotyczącego więcej niż jednego stanu. W ten sposób federacja uzyskała wpływ na działania handlowe obywateli poszczególnych stanów, a Sąd Najwyższy uzyskał możliwość ograniczania ustawodawstwa stanowego w sprawach gospodarczych.

* * *

John Marshall stwierdził w 1829 roku, że „władza sądownicza wkracza w życie każdego obywatela, decydując o jego własności, jego reputacji, jego życiu – decydując o wszystkim”²⁷. W podobny sposób działał Sąd Marshalla, orzekając w kwestiach własności, handlu, federalizmu czy kompetencji władzy sądowniczej; interpretując klauzulę kontraktową, handlową czy klauzulę konieczności. Wszystkie przedstawione wcześniej orzeczenia wpłynęły na życie obywateli Stanów Zjednoczonych w początkach XIX wieku, ale ich skutki odczuwalne są również współcześnie przez społeczeństwo amerykańskie. Trudno byłoby podtrzymać tezę, że wszystkie instytucje i definicje prawne stworzone przez Sąd Marshalla istnieją i obowiązują do dziś, ale należy bez wątpienia stwierdzić, że te instytucje i definicje mają pośredni wpływ na dzisiejszy kształt amerykańskiego systemu polityczno-prawnego.

Jeśli chodzi o kwestie własności, to zawsze pozostawały one w sferze praw niezbywalnych, przynależnych każdej jednostce. Współczesna definicja własności stworzona została przez Sąd Najwyższy w 1972 roku w orzeczeniu *Board of Regents v. Roth*²⁸ i określa własność jako „prawomocny tytuł do jakiegoś dobra”. Innymi słowy, jeśli jakaś osoba posiada tytuł do jakiegoś dobra i zostanie on naruszony, wówczas jest chroniona przez konstytucję, a dokładniej przez XIV Poprawkę (klauzula *due process of law*). Definicja ta nie odbiega od ujęcia kwestii własności proponowanego przez Sąd Marshalla. Oczywiście, trudno zakładać, że problematyka spraw sądowych rozstrzyganych w początkach XIX wieku stanie się również wiodącą tematyką orzeczeń wydawanych w XX wieku. Kwestie praw kontraktowych, podnoszone w takich sprawach, jak *Fletcher v. Peck* czy *Dartmouth College v. Woodward*, były niezwykle ważne w czasach Marshalla, ale w wyniku przemian gospodarczo-społecznych zmniejszyła się rola klauzuli kontrakto-

²⁷ *Debates of Virginia Convention 1829-1831*, s. 616.

²⁸ 408 U.S. 564 (1972).

wej w amerykańskim prawie konstytucyjnym²⁹. Co więcej, istotą działań Sądu Najwyższego pierwszej połowy XIX wieku nie było definiowanie prawa własności, ale raczej określanie granic jego naruszania. W Stanach Zjednoczonych własność zawsze była wytworem państwa, ponieważ rząd ma prawo definiować i ograniczać prawa własności. Z drugiej jednak strony, możliwość ograniczania przez stany lub rząd federalny praw własności jest uzależniona od postanowień konstytucji. Istnieją bowiem materialne ograniczenia, takie jak zapisane w XIV Poprawce: gwarancja równego traktowania czy *due process of law* (żaden stan nie może pozbawić nikogo wolności i własności bez sprawiedliwego procesu), które ograniczają sposoby definiowania i kształtowania praw własności przez państwo³⁰. Niemal od początku państwowości amerykańskiej sędziowie Sądu Najwyższego sugerowali, że mają prawo do kontrolowania działań władzy ustawodawczej, czy to federalnej czy stanowej. Kluczem do osiągnięcia tego celu miały być teorie polityczne, mówiące o prawie naturalnym i prawach niezbywalnych obywateli, które nie mogły być w żaden sposób ograniczane przez legislaturę³¹. Ale oprócz *judicial review* sędziowie nie mieli rzeczywistej możliwości ograniczania działań legislatur stanowych, ponieważ *Bill of Rights* odnosiło się do tylko do władzy federalnej. Niewątpliwie, przemiany dokonane w latach dwudziestych XX wieku, kiedy Sąd Najwyższy rozszerzył *Bill of Rights* na stany, umożliwiły pozywanie stanów przez obywateli do Sądu Najwyższego. W ten sposób wiele spraw dotyczących wolności i własności pojawiło się przed obliczem najwyższej instancji sądowniczej w państwie.

Szczególnie sprawy z zakresu wolności słowa, religii oraz prawa do prywatności stały się podstawą, dzięki której Sąd Najwyższy mógł ograniczać działania stanów. Pośrednio to właśnie decyzje Sądu Marshalla, z ustanowieniem *judicial review* na czele, umożliwiły taki kierunek rozwoju amerykańskiego konstytucjonalizmu. Współcześnie sędziowie interpretują konstytucję bardzo szeroko, podobnie jak czynił to John Marshall. Ustanawiając definicje *necessary and proper clause* czy *commerce clause*, Sąd Marshalla opowiedział się za szeroką interpretacją ustawy zasadniczej. Podobne procesy miały miejsce w sądzie Warrena Burgera (lata 1969–1986) i mają miejsce obecnie w sądzie Williama Rehnquista (1986–do dziś). Zatem decyzje z pierwszej połowy XIX wieku mają swoje odzwierciedlenie we współczesnych orzeczeniach Sądu Najwyższego. Wolność nabrała w ostatnich latach szczególnego wymiaru, który byłby nie do pomyślenia dwieście lat temu. Ale nie byłoby szerokiego wachlarza wolności obywatelskich uznawanych przez Sąd Najwyższy, gdyby nie dziedzictwo Johna Marshalla. Pomimo że nie zajął się on zbyt wieloma sprawami związanymi z pojęciem wolności jednostek, miał wpływ na kierunek rozwiązań prawnych w tej sferze, dzięki stworzeniu silnej władzy sądowniczej, zdolnej do szerokiej interpretacji ustawy zasadniczej. Współczesna definicja wolności, przedstawiona przez Sąd Najwyższy w sprawie *Meyer v. Nebraska*³², stwierdza, że „wolność to przywileje od dawna wyodrębnione i fun-

²⁹ J. M. Balkin, S. Levinson, *What Are the Facts of Marbury v. Madison?*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20.

³⁰ J. E. Nowak, R. D. Rotunda, *Constitutional Law*, St Paul, Minnesota 2000, s. 571.

³¹ *Ibidem*, s. 398.

³² 262 U.S. 390 (1923).

damentalne dla utrzymania porządku i szczęścia ludzi”. Wydaje się, że gdyby John Marshall żył w XX wieku, byłby autorem podobnej definicji.

Obecny Przewodniczący Sądu Najwyższego, William Rehnquist, powiedział kiedyś, że „powinno się zrozumieć kilka spraw sądowych rozstrzygniętych przez dwieście ostatnich lat, aby zrozumieć rolę Sądu Najwyższego w historii narodu amerykańskiego. Ale przede wszystkim musi się zrozumieć jedną, tę najważniejszą – *Marbury v. Madison*”³³. Bez wątpienia orzeczenie z 1803 roku ma dominujące znaczenie w całej historii amerykańskiego prawa konstytucyjnego. Decyzja, w której Sąd Marshalla rozszerzył kompetencje władzy sędziowskiej, ograniczając niejako działania pozostałych gałęzi władzy, umożliwiła kolejnym pokoleniom sędziów decydowanie o zakresie wielu kwestii konstytucyjnych dotyczących wolności, własności czy władzy. Co więcej, pojęcie władzy federalnej ustalone przez Johna Marshalla stało się wzorem dla wielu sędziów, którzy wprost cytowali fragmenty jego opinii z takich spraw, jak *Marbury*, *McCulloch* czy *Gibbons*. Głośne procesy *Cooper v. Aaron*³⁴ czy *United States v. Nixon*³⁵ zostały rozstrzygnięte na podstawie uzasadnienia stworzonego w sporze *Marbury v. Madison*. Opinia Marshalla, napisana w sprawie *McCulloch v. Maryland* miała wpływ na wiele spraw rozstrzyganych przez Sąd Najwyższy w XX wieku, gdzie albo cytowano sędziego i jego sposób rozumienia relacji między Kongresem a stanami, albo wykorzystywano stworzony przez niego w tej sprawie test konstytucji³⁶. Jak stwierdził sam Marshall, wydając opinię w sprawie *McCulloch v. Maryland*, „Konstytucja została stworzona na wieki i miała znaleźć zastosowanie w różnych konfliktach społecznych”. W ten sposób interpretacja ustawy zasadniczej pozwoliła kolejnym panelom sędziów Sądu Najwyższego nadawać określone znaczenie pojęciom prawnym, mimo zmieniających się okoliczności społecznych, gospodarczych i politycznych. Wszystkie dziewiętnastowieczne i większość dwudziestowiecznych decyzji dotyczących klauzuli handlowej było opartych na rozumowaniu Marshalla z orzeczenia *Gibbons v. Ogden*³⁷. Również podkreślenie suwerenności narodu amerykańskiego jako obywateli federacji jest dziełem Sądu Najwyższego za kadencji Marshalla i nie zostało nigdy podważone przez jego następców.

Oceniając spory, w jakich orzekał Sąd Marshalla, należy podkreślić, że w początkach XIX wieku sędziowie nie mieli tak dużej ilości spraw do rozstrzygnięcia, tym samym mniejsza była możliwość wyboru problematyki, jaką chcieli się zająć³⁸. Dlatego Sąd Marshalla właściwie nie decydował o tym, które sprawy pojawiają się na wokandzie³⁹. Umiał jednak wykorzystać je do ustanawiania zasad prawnych, w które wierzył. Jego filozofia prawnicza opierała się głównie na utwo-

³³ W. H. Rehnquist, *The Supreme Court. How It Was, How It Is*, New York 1987, s. 99.

³⁴ 358 U.S. 1 (1953).

³⁵ 418 U.S. 683 (1974).

³⁶ *Hamilton v. Kentucky Distilleries Co.* 251 U.S. 146 (1919), *South Carolina v. Katzenbach* 383 U.S. 301 (1966), *Buckley v. Valeo* 424 U.S. 1 (1976).

³⁷ K. L. Hall, W. M. Wiecek, P. Finkelman, *American Legal History. Cases and Materiale*, New York 1991, s. 125.

³⁸ Obecnie sędziowie przyjmują do rozstrzygnięcia jedynie 5% spraw, które rocznie wnoszone są przed oblicze Sądu Najwyższego. Szerzej zob. L. Fisher, *American Constitutional Law*, North Carolina 2001, s. 149.

³⁹ J. M. Balkin, S. Levinson, *op. cit.*

rzeniu niezależnego, silnego sądownictwa federalnego, będącego do 1803 roku najsłabszą gałęzią władzy, którą cechowała niepewność i niestabilność⁴⁰. Jak twierdzi wybitny amerykański konstytucjonalista Henry J. Abraham, era Marshalla spowodowała metamorfozę w prestiżu Sądu Najwyższego⁴¹.

John Marshall pozostaje do dziś jednym z najwybitniejszych sędziów Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i jednym z najważniejszych interpretatorów konstytucji federalnej. Popularność Marshalla wynika nie tylko z tego, że był przewodniczącym Sądu w czasie, gdy ten ustanowił kompetencję *judicial review*, która rozszerzyła władzę sądowniczą względem pozostałych gałęzi władzy, ale przede wszystkim dlatego, że sprawy sądowe, w których orzekał Marshall, stały się podstawą rozumienia wielu ważnych dla systemu prawnego pojęć. Wiele precedensów z lat 1803–1835 pozostaje wiążących aż do dzisiaj, stając się wzorem prawnego rozumowania dla kolejnych paneli sędziów Sądu Najwyższego i regułą postępowania dla kolejnych pokoleń Amerykanów. Nadużyciem byłoby stwierdzenie, że obecny stan rzeczy, w którym sędziowie decydują o najważniejszych kwestiach społecznych i politycznych, jest zasługą tylko i wyłącznie Johna Marshalla, ale niewątpliwie ten prawnik z Virginii przyczynił się do współczesnej dominującej roli Sądu Najwyższego w systemie polityczno-prawnym Stanów Zjednoczonych. Szerokie rozumienie wielu klauzul konstytucyjnych ukazało następcom Marshalla całą gamę możliwości, jakie niesie za sobą interpretacja konstytucji federalnej – z jednej strony dokumentu bardzo zwięzłego, którego główne postanowienia i zasady pozostają niezmiennie od ponad dwustu lat, a z drugiej strony dokumentu ograniczonego w formie, a co za tym idzie pozostawiającego wiele niedopowiedzeń i niejasności wymagających dodatkowej interpretacji.

Bardzo często można spotkać się z określeniem, że w Sądzie Najwyższym zasiadają silni i słabi sędziowie⁴². Marshall na pewno zalicza się do tej pierwszej grupy, ze względu na to, że:

- jest autorem opinii mających wpływ na kształt amerykańskiego konstytucjonalizmu,
- większość decyzji była podejmowana jednomyślnie⁴³,
- jego decyzje były cytowane przez kolejne pokolenia sędziów,
- ustanowił zasady, które stały się wykładnią postępowania Sądu (*judicial review*, *necessary and proper clause*, *commerce clause*).

„Sądy są przede wszystkim instrumentami prawa [...] Kompetencje sądownicze nigdy nie polegają na realizacji woli sędziego w danej sprawie; podstawowym celem jest zawsze realizacja woli prawa”⁴⁴ – tak John Marshall określał rolę swoją

⁴⁰ D. Robarge, *A Chief Justice's Progress: John Marshall From Revolutionary Virginia to the Supreme Court*, Westport 2000, s. 249.

⁴¹ H. J. Abraham, *Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, New York 1980, s. 363. Dziedzictwo, jakie po sobie pozostawił John Marshall, obejmowało określenie potencjału amerykańskiego sądownictwa. Zob. M. Silverstein, B. Ginsberg, *The Supreme Court and the New Politics of Judicial Power*, „Political Science Quarterly” 1987, vol. 102, no. 3, s. 374.

⁴² A. S. Miller, *The Supreme Court: Myth and Reality*, Westport 1978, s. 64.

⁴³ Rolą Marshalla było zjednoczenie Sądu – po raz pierwszy w historii sędziowie mówili jednym wspólnym językiem. Por. E. S. Corwin, *John Marshall and the Constitution: The Chronicle of the Supreme Court*, Glasgow 1919, s. 70.

⁴⁴ *Osborn v. Bank of the United States* 22 U.S. 738 (1824).

i swojego Sądu. Wola sędziego Marshalla doprowadziła do takiego rozwoju prawa konstytucyjnego, dzięki któremu społeczeństwo amerykańskie może współcześnie polegać na władzy sądowniczej jako instytucji, która będzie chronić jego podstawowe prawa i wolności obywatelskie.

Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jest najczęściej dzielony na ery (Marshalla, Taneya, po wojnie secesyjnej, *laissez-faire*, Roosevelta, Warrena, Burgera, Rehnquista) i każda z nich jest definiowana pod kątem kierunków decyzji podejmowanych przez sędziów lub z racji ważnych wydarzeń społecznych, gospodarczych czy politycznych⁴⁵. Wydaje się, że kwestie wolności, własności i władzy były istotne dla sędziów orzekających w każdym z wyżej wymienionych okresów, ale to Sąd Marshalla stał się prekursorem procesu interpretacji konstytucji, a co za tym idzie procesu ochrony podstawowych praw jednostek.

⁴⁵ Ch. Wolfe, *A Theory of U.S. Constitutional History*, „The Journal of Politics” 1981, vol. 43, no. 2, s. 292.

Krystyna Daniel

PRAWO W ŚWIELE PRZEKONAŃ MORALNYCH I POLITYCZNYCH

Problematyka relacji zachodzących między prawem i normami moralnymi, a przede wszystkim religijno-moralnymi stanowiła zawsze ważny temat rozważań filozoficznych, teoretycznoprawnych i socjologicznych. Wystarczy wskazać przykład *Antygony* Sofoklesa, której tragedia, wynika z niemożliwości równoczesnego sprostania wymaganiom norm religijno-moralnych i sprzecznych z nimi norm prawnych.

Nie ulega również wątpliwości, że wiele podstawowych i szczegółowych zasad oraz regulacji prawnych pozostaje w ścisłym związku z normami religijno-moralnymi. Przykładowo, w Europie tradycja religii judeochrześcijańskiej jest odpowiedzialna za ukształtowanie się wielu instytucji prawnych, takich jak np. małżeństwo, własność czy uznawanie określonych czynów za nielegalne lub karalne. Zarazem jednak należy wskazać, że przynajmniej w odniesieniu do Europy i Ameryki Płn. proces rozwoju społecznego wykazuje wyraźnie zarysowującą się tendencję do coraz większej autonomizacji systemów normatywnych. W efekcie normy prawne podlegają swoistym procesom emancypacji spod kurateli religijnej.

Doktrynalnym wyrazem tendencji prowadzących do usamodzielnienia się prawa w stosunku do innych systemów norm społecznych był dziewiętnastowieczny pozytywizm prawniczy, który zajął miejsce dominujących wcześniej koncepcji prawnonaturalnych¹. Klasyczne wersje pozytywizmu eksponowały całkowitą niezależność prawa od moralności i religii. Sam prawodawca był wystarczającym autorytetem dla stanowionego prawa. Późniejsze wersje pozytywizmu, szczególnie w wydaniu Harta, zmodyfikowały skrajność tego ujęcia, uzasadniając pewne ograniczone zresztą związki treściowe i funkcjonalne zachodzące pomiędzy prawem i normami pozaprawnymi².

¹ Por. m.in. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 175 i nast.

² H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998.

Należy podkreślić, że pozytywistyczny rozdział pomiędzy prawem a normami religijnej moralności wydawał się szczególnie adekwatny w obliczu narastającego pluralizmu etycznego (religijnego i pozareligijnego) oraz procesów sekularyzacyjnych, mających miejsce w demokracjach Zachodniej Europy. Radykalne zmiany modernizacyjne, zachodzące w tych społecznościach, wiązały się z wyraźnym zmniejszaniem się znaczenia religii w publicznych obszarach życia społecznego³. Ilustracją tego rodzaju zmian w interesującym nas obszarze normatywnym stanowi między innymi upowszechnienie w powojennej chrześcijańskiej Europie rozwodów, legalizacja aborcji, depenalizacja samobójstw i związków homoseksualnych, legalizacja środków antykoncepcyjnych itp. Religia, spychana do sfery prywatnej, w widoczny sposób traciła swoje dotychczasowe miejsce w wyznaczaniu treści obowiązującego prawa. Proces ten, często określany mianem prywatyzacji religii, miał stanowić dominujący trend w rozwoju nowoczesnych społeczeństw. Prognozy te nie końca się jednak sprawdziły, ponieważ dość nieoczekiwanie, począwszy od lat siedemdziesiątych XX wieku, nastąpiła swoista reakcja, polegająca między innymi na ponownym aktywizowaniu się religii i wkraczaniu norm i wartości religijnych w obszar regulacji prawnej. Casanova określając ten trend mówi o mobilizacji prawa w celu wsparcia norm moralno-religijnych, a sam proces nazywa deprywatyzacją (reprivatyzacją) religii⁴. Przejawami tego swoistego powrotu religii do sfery publicznej są regulacje prawne eliminujące, stosownie do norm i wartości religijnych, legalność aborcji lub niedopuszczające do legalizacji związków homoseksualnych. To deprywatyzacyjne i zarazem desekularyzacyjne podejście w odniesieniu do relacji zachodzących między prawem i religią znajduje uzasadnienie w takich teoretycznych koncepcjach prawa, jak koncepcje prawnonaturalne czy integralna filozofia prawa R. Dworkina⁵.

Nie wnikając w tym miejscu w analizę powodów, dla których prawodawca włącza w orbitę swoich zainteresowań obszar poddany efektywnej kontroli norm pozaprawnych, chciałabym zwrócić uwagę na następujące kwestie. Po pierwsze, nie stanowi większego problemu dodatkowe wzmocnienie regulacji moralnej czy religijnej za pomocą norm prawnych. Przeciwnie, jest ono pożądane, ponieważ, o ile normy prawne są zgodne treściowo z normami pozaprawnymi, następuje dodatkowe wzmocnienie efektywności oddziaływań prawnych. Mówiąc inaczej, wzrasta szansa na wymuszenie zachowań pożądanych i eliminację zachowań niepożądanych, zagrożonych równocześnie sankcją moralną czy moralno-religijną i prawną. Adresatowi o wiele trudniej zlekceważyć dwie lub trzy równobrzmiące normy niż jedną.

Istotna trudność powstaje jednak w sytuacji, gdy normy prawne i pozaprawne regulujące te same kwestie różnią się między sobą treściowo. W takiej sytuacji adresat norm niezgodnych – prawnej i pozaprawnej, np. moralno-religijnej

³ Por. P. L. Berger, *Święty baldachim. Elementy socjologicznej teorii religii*, Kraków 1997, s. 171 i nast.; R. Inglehart, *Kultura i demokracja*, [w:] *Kultura ma znaczenie. Jak wartości wpływają na rozwój społeczeństwa*, red. L. E. Harrison, S. P. Huntington, Poznań 2003.

⁴ J. Casanova, *Deprywatyzacja religii*, [w:] *Socjologia religii. Antologia tekstów*, red. W. Piwowarski, Kraków 2003, s. 415.

⁵ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.

– nie jest w stanie spełnić wymagań obu norm jednocześnie. A takiej sytuacji nie sposób uniknąć w społecznościach zróżnicowanych kulturowo (pluralistycznych).

Gdyby nie ów pluralizm, gdyby w danej społeczności funkcjonował tylko jeden system norm moralnych czy moralno-religijnych, można by, przynajmniej w pewnym zakresie, uzgodnić treść norm prawnych i pozaprawnych, tak aby wyeliminować ewentualne kolizje zachodzące między nimi. Postulat ten jest jednak niemożliwy do spełnienia w społecznościach zróżnicowanych światopoglądowo, to jest w takich, w których poszczególne zbiorowości wyznają odmienne przekonanie na temat tego, co dobre, i tego, co złe, co stanowi grzech lub co jest dopuszczalne albo pożądane. Nie można bowiem stanowić prawa, które nie będzie sprzeczne ze wszystkimi uznawanymi w danym społeczeństwie systemami moralnymi i moralno-religijnymi.

Pewnym, lecz niezadowalającym rozwiązaniem jest odwołanie się do argumentu większościowego, pozwalającego prawodawcy na inkorporowanie tak zwanej moralności lub religii dominującej w danym społeczeństwie⁶. Oznacza to, że normy prawne, regulujące ten sam obszar, który podlega regulacji pozaprawnej, są niesprzeczne w stosunku do norm dominujących, a więc takich, które znajdują uznanie u większości społeczeństwa. Zawsze jednak w społeczeństwach pluralistycznych w obszarze jednoczesnej regulacji norm prawnych i moralnych i moralno-religijnych będą powstawać napięcia skutkujące co najmniej dezaprobatą dla norm prawnych ze strony tych, którzy wyznają inne koncepcje dobra niż dominująca większość. Napięć tych będzie więcej, jeśli normy prawne będą wkraczać w obręb zastrzeżony dotychczas dla regulacji pozaprawnej.

Należy podkreślić, że widoczne współcześnie tendencje desekularyzacyjne i reprivatyzacyjne w odniesieniu do religii bynajmniej nie eliminują procesów sekularyzacyjnych i depriwatyzacyjnych. Przeciwnie, oba rodzaje procesów współwystępują i uzupełniają się, przy czym ich nasilenie w poszczególnych społeczeństwach kształtuje się w sposób zróżnicowany⁷.

Zastanawiając się nad występowaniem wskazanych wyżej procesów w polskim społeczeństwie po 1989 r., należy stwierdzić, że w prawie obowiązującym w Polsce można wskazać uregulowania prawne wyraźnie inspirowane aksjologią religijną. Przykładowo, dotyczy to ustawy z 1993 r., delegalizującej aborcję, lub ustawy o radiofonii i telewizji z 1992 r., wprowadzającej obowiązek respektowania w programach radiowych i telewizyjnych wartości chrześcijańskich. Znaczące jest także wprowadzenie lekcji religii do szkół publicznych i regulacje konkordatowe z 1993 r. Jeśli chodzi o regulacje zawarte w konstytucji, to treść kluczowego dla tej kwestii art. 25 umożliwia zarówno rozdział, jak i współpracę państwa i Kościoła. Konstytucja zawiera również kompromisową w treści preambułę, w której odniesienie do Boga i wartości chrześcijańskich zostało zrównoważone odniesieniem do uniwersalnych praw człowieka.

⁶ Por. K. Daniel, *Argument większościowy a ustawodawstwo światopoglądowe*, [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga jubileuszowa dedykowana prof. A. Turskiej*, Warszawa 2000, s. 188 i nast.

⁷ Por. m.in.: F. X. Kaufmann, *Religia i nowoczesność*, [w:] *Socjologia religii...*; J. Casanova, *Public religions in the Modern World*, Chicago 1994.

Oceniając nastawienie społeczeństwa polskiego do wzajemnych relacji zachodzących między państwem i kościołem oraz religią i prawem, bez trudu można zauważyć, że występują w nim zarówno procesy sekularyzacyjne i desekularyzacyjne, jak też prywatyzacyjne i deprywatyzacyjne. Świadczą o tym wyniki wielu cyklicznie prowadzonych badań opinii społecznej, dotyczących albo ogólnej oceny zaangażowania Kościoła katolickiego w życie kraju i w sferę polityczną, albo badających bezpośrednio ustosunkowanie się Polaków do poszczególnych uregulowań prawnych, w których z można dostrzec leżące u ich podstaw inspiracje religijne. Przykładowo, w ogólnopolskich, reprezentatywnych sondażach, prowadzonych od 1989 do 2004 r., pozytywne nastawienie do Kościoła było największe wśród Polaków w 1989 r. (blisko 85% aprobaty i poniżej 10% dezaprobaty), natomiast ulegało obniżeniu w okresie stanowienia praw inspirowanych wartościami i normami religijnymi, a także w okresach angażowania się Kościoła w kampanie wyborcze. Pierwsze znaczące obniżenie aprobaty dla Kościoła katolickiego wiązało się z wprowadzeniem w 1990 r. lekcji religii do programów szkół publicznych i przeciągającej się dyskusji dotyczącej tego tematu. Zdecydowanie najmniejszą aprobatą cieszył się Kościół na przełomie 1992 i 1993 r., kiedy została uchwalona ustawa o radiofonii i telewizji oraz ustawa antyaborcyjna. W tym okresie ponad 50% Polaków wyraziło dezaprobatę wobec Kościoła, a przeciwną opinię ujawniło nieco mniej niż 40% Polaków⁸.

Badania prowadzone od 1989 r. ujawniają ponadto wyraźną polaryzację poglądów społeczeństwa na temat udziału Kościoła w publicznej sferze życia społecznego. Zasadniczo można stwierdzić, że we współczesnej Polsce około 45% społeczeństwa opowiada się za zmniejszeniem tego wpływu, przeciwnego zdania jest około 11%, a pozostałe 38% nie postuluje żadnych zmian w tym zakresie⁹.

Jeśli chodzi o badania bezpośrednio dotyczące społecznych reakcji na konkretne rozwiązania prawne inspirowane aksjologią religijną, wypada zwrócić uwagę na wyniki sondaży dotyczących aborcji. Z danych uzyskanych na ten temat w 2003 r. wynika, że 29% Polaków opowiada się za złagodzeniem ustawy antyaborcyjnej, 13% chce jej zaostrzenia, a 25% pozostawienia bez zmian, co oznacza w efekcie aprobatę dla generalnego zakazu aborcji, ale z dopuszczeniem wyjątków, kiedy aborcja jest dozwolona. W tym miejscu warto dodać, że wśród osób, które postulują legalizację aborcji, znajduje się najwięcej zwolenników partii lewicowych oraz centrowo-liberalnych (PO), osób w średnim wieku, z wyższym wykształceniem i mieszkających w dużych miastach. Zwolennicy zachowania istniejącego, antyaborcyjnego prawa są w dużym stopniu zróżnicowani pod względem posiadanych poglądów politycznych i praktyk religijnych, najczęściej są to jednak osoby w wieku od 30 do 59 lat. Najbardziej wyraziście zarysowują się zwolennicy wprowadzenia rygorystycznego zakazu aborcji (bez dopuszczalnych wyjątków), wśród których najwięcej jest zwolenników prawicowych partii politycznych, osób

⁸ Za: B. Roguska, B. Wciórka, *Religijność i stosunek do Kościoła katolickiego*, [w:] *Polska, Europa, Świat. Opinia publiczna w okresie integracji*, red. K. Zagórski, M. Strzeszewski, s. 336-337.

⁹ *Ibidem*.

najstarszych (powyżej 60 roku życia) i najmłodszych oraz tych, których religijność łączy się z dużym zaangażowaniem w praktyki religijne¹⁰.

Interesującego materiału empirycznego na temat stosunku do prawa odwołującego się aksjologii religijnej, co w odniesieniu do prawa polskiego oznacza aksjologię religii katolickiej, dostarczają wyniki niereprezentatywnych badań, przeprowadzonych przez mnie wiosną 2005 r. w grupie 72 studentów kierunków politologicznych Uniwersytetu Jagiellońskiego. Wśród uczestniczących w badaniach dominującą większość stanowią osoby wierzące 95,8% (katolicy). Zdecydowana większość respondentów wierzących to osoby praktykujące (86,1%), przy czym do regularnych praktyk religijnych przyznaje się prawie 60% badanych, do nieregularnych 26,3%, a co dziesiąty respondent jest wierzący, ale niepraktykujący.

Jeśli chodzi o poglądy polityczne studentów, to określono je na podstawie deklarowanych sympatii dla poszczególnych partii. Okazało się, że największą grupę stanowią zwolennicy PiS-u – 38,9%, PO – 33,3%, dawnej Unii Wolności – 11,1%, lewicy (SLD i UP) – 11,1% i tzw. „zielonych” – 5,5%.

Już na wstępie należy podkreślić, że wyniki uzyskane w badaniach ukazały wyraźną polaryzację poglądów studentów, wyrażającą się odmiennym podejściem do problematyki uzgadniania prawa z normami pozaprawnymi. Generalnie zarysował się podział na tych, którzy uważają, że prawo powinno dopuszczać, i to w jak najszerszym zakresie, także niewspółmierne koncepcje dobra i różne style życia, ponieważ współczesne społeczeństwa demokratyczne charakteryzuje wysoki stopień pluralizmu norm etycznych (orientacja pluralistyczno-liberalna), oraz na tych studentów, którzy obawiają się nadmiernej, ich zdaniem, wolności i swobody wyboru, gwarantowanej przez neutralny charakter systemu prawa. W tym drugim wypadku wysuwany jest postulat wzmocnienia jednorodności moralno-religijnej społeczeństwa przez nasycenie norm prawnych treściami zgodnymi z religią katolicką (orientacja moralistyczno-konserwatywna).

Dokładna analiza uzyskanych odpowiedzi pozwala przyjąć, że w badanej zbiorowości dominuje orientacja moralistyczno-konserwatywna, jednakże o zróżnicowanym nasileniu. Jak się bowiem okazało, za utrzymaniem obowiązującego zakazu aborcji oraz przeciwko eutanazji i legalizacji związków homoseksualnych opowiada się około 60% uczestniczących w badaniach studentów. Co jednak ważne, co trzeci student spośród przekonanych o konieczności uzgadniania prawa z normami religijnymi opowiada się za większym rygoryzmem moralnym w obowiązujących normach prawnych. Widoczne jest to między innymi w postulatach wzmocnienia zakazu aborcji oraz ograniczenia lub delegalizacji rozwodów. W tym ostatnim wypadku studenci są przekonani, że obowiązująca w polskim prawie od 1999 r. instytucja separacji jest w zupełności wystarczająca dla rozwiązania problemu nieudanych małżeństw¹¹. Co piąty student o orientacji konserwatywnej chciałby również, aby w polskim prawie wprowadzono zakaz albo ograniczenie handlu w niedzielę i święta. Ponadto studenci występują zdecydowanie przeciwko

¹⁰ Sondaż OBOP z czerwca 2003 r., „Gazeta Wyborcza”, 27.06.2003.

¹¹ Wprowadzona 1999 r. ustawa z maja 1999 r. o zmianie ustaw: Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego oraz innych ustaw, Dz.U., nr 52, poz. 532.

wszelkim formom badań prenatalnych, eksperymentom genetycznym i dopuszczalności zapłodnienia *in vitro*, a co dziesiąty optuje za wprowadzeniem ograniczeń w stosowaniu środków antykoncepcyjnych oraz obowiązkowych lekcji religii dla katolików.

Analiza uzasadnień przedstawionych przez studentów o orientacji konserwatywnej wiąże się z przekonaniem, że normy prawne powinny odzwierciedlać przede wszystkim system wartości i model życia uznawany przez katolików, bo jest on najwartościowszy oraz posiada walor większościowy. Te dwa argumenty pojawiają się najczęściej

Odmienne, zdecydowanie liberalne poglądy ujawnia około 23% badanych studentów. Osoby te postulują legalizację aborcji, eutanazji, związków homoseksualnych. Poglądy te łączą z przekonaniem, że mniejszości religijne i światopoglądowe powinny mieć takie same prawa, jak dominująca w Polsce większość katolicka.

Z badań wynika ponadto, że dla zdecydowanej większości studentów (około 85%) istotne jest umieszczenie w preambule do Konstytucji odniesień religijnych. Poglądy te wyraźnie korespondują z poglądami odnoszącymi się do preambuły do Europejskiego Traktatu Konstytucyjnego. Według blisko 80% badanych, powinny się w niej znaleźć wyraźne odesłania do chrześcijańskiego dziedzictwa Europy.

Z analizy czynnikowej okazało się, że poglądy studentów w pewnym zakresie łączą się z posiadanymi przez nich poglądami i sympatiami politycznymi. I tak, studenci popierający partie lewicowe (SLD i UP) zdecydowanie częściej opowiadają się za prawem neutralnym, podczas gdy zwolennicy partii prawicowych (PiS) woleliby, aby prawo miało w swojej aksjologicznej bazie wartości religijne. Identyfikacja z partiami liberalno-centrowymi (PO) nie łączy się już wyraźnie z żadną orientacją.

Można także zauważyć, że w zbiorowości zorientowanej liberalnie i pluralistycznie znalazły się osoby zarówno o silnej, jak i słabszej identyfikacji religijnej (np. osoby niewierzące lub wierzące niepraktykujące.) W zbiorowości studentów nastawionych konserwatywnie znalazły się przede wszystkim osoby wierzące i regularnie praktykujące. Oznacza to, że co prawda głębokie zaangażowanie i identyfikacja religijna nie przesądza jeszcze o poglądach na temat związków prawa: moralności inspirowanej religią, ale zwiększa prawdopodobieństwo poparcia dla procesów deprywatyzyzacyjnych.

Niewątpliwie uzyskane wyniki są dość zaskakujące, ponieważ, przystępując do badań, oczekiwano, że osoby młode i kształcące się, które większość swojego życia przeżyły już w demokratycznej Polsce, będą raczej skłonne do ujawniania nastawień liberalnych. Badania ukazały jednak zgoła odmienne tendencje. Te trochę zaskakujące wyniki z pewnością nie są łatwe do wyjaśnienia. Jedną z prób ich wyjaśnienia może być odwołanie się do pojęcia pokolenia Jana Pawła II, pojęcia odnoszącego się do młodych i bardzo młodych ludzi, którzy nie tylko regularnie praktykują, ale którzy krytycznie oceniają polską rzeczywistość i zgodnie z nauką Jana Pawła II dążą do aktywnego sprzeciwu wobec przejawów zła, postulując zaangażowanie na rzecz odnowy moralnej.

Podsumowując przedstawione w zarysie badania, można przyjąć, że dostarczają one kolejnych argumentów na rzecz potwierdzenia tezy o równoczesnym zachodzeniu w Polsce procesów prywatyzacji i deprywatyzacji religii. A zatem w toczącej się współcześnie dyskusji na temat tego, czy społeczeństwo polskie, po piętnastu latach procesów transformacji ustrojowej i po rozpoczęciu procesu integracji z zeświecczoną i pluralistyczną Europą, laicyzuje się, czy też, w zgodzie z tradycją, trwa przy nasyconej religijnie koncepcji dobra wspólnego, konsolidując się w swoim sprzeciwie wobec europejskiego relatywizmu, wypada zabrać głos i powiedzieć, że do pewnego stopnia wszyscy mają rację. Wydaje się także, iż procesy laicyzacyjne i prywatyzacyjne są obecne, ale z pewnością nie dominują. Kwestią otwartą pozostaje pytanie, czy i ewentualnie jak długo taka przewaga będzie się utrzymywać.

Bogdan Szlachta

**PRZEDMIOTOWY I PODMIOTOWY SENS WŁADZY POLITYCZNEJ.
PRZYCZYNEK DO BADAŃ NOWOŻYTNYCH
DOKTRYN POLITYCZNYCH**

W potocznym rozumieniu doktryny polityczne rozpatrują jako kluczowe zagadnienie władzy politycznej; podręczniki do tego przedmiotu często odnoszą się do tego zagadnienia, ich autorzy opisują sposoby ujmowania władzy przez antycznych myślicieli greckich i rzymskich, wspominają niekiedy o starożytnych koncepcjach „podziału władzy”, wskazują, że u chrześcijan pojawia się ujęcie nie tylko eksponujące „boskie pochodzenie władzy”, ale także jej związek z grzechem pierworodnym, problematyzując w wielkiej mierze interesujące nas zagadnienie przez wskazanie napięcia między oboma kierunkami: tym, który prowadzi namysł ku boskiemu źródłu, i tym, który kieruje go ku intelektualnej i moralnej upadłości człowieka, także tego, który ma sprawować władzę. Gdy wywód dochodzi do ujęć wczesnonowożytnych, znajdujemy się wraz z autorami podręczników w szczególnej sytuacji: oto odnajdujemy koncepcje kontraktualne, traktujące o „genealogii władzy”, której przed „stanem politycznym” miało nie być, ale i o legitymacji jej ewentualnego piastuna. Zastanawiamy się wówczas, czy przedstawiane uzasadnienie „władzy jako takiej”, kreowanej w akcie umowy, jest zarazem uzasadnieniem legitymacji jej piastuna, co wydaje się szczególnie interesujące, gdy znajdujemy takie uzasadnienia wkrótce po wywodach poświęconych doktrynom, przekonującym że nawet najbardziej okrutny władca ma rządzić, mając je niejako „od Boga”, jest być może „biczem bożym na występnych poddanych”, nieposiadających prawa oporu; znajdujemy wreszcie formułę pośrednią między uzasadnieniem władzy znajdowanym w koncepcji kontraktualnej i bezwzględnym zakazem opierania się władzy mimo jej okrucieństwa.

Pomijając niewątpliwie bardzo interesujący, lecz szczególny i wprowadzający zbyt często problem antropomorfizowania władzy, wskażmy w tym miejscu na niejednoznaczność kategorii „władza polityczna” w naszym wywodzie: z jednej strony, mamy do czynienia z „władzą jako taką”, nie wiążącą się bezpośrednio

z zagadnieniem jej depozytariusza lub piastuna, zaś z drugiej z zagadnieniem odrębnym, dotyczącym właśnie „podmiotowej strony władzy”. Przed kilkoma laty, przygotowując rozprawę poświęconą polskim konserwatystom i ich poszukiwaniom ładu normatywnego i instytucjonalnego przed II wojną światową, z pewną fascynacją dostrzegłem, że stale odróżniali oni „dwie strony władzy”, starannie analizując problem „władzy przedmiotowej” obok problemu „władzy podmiotowej”. Zdumiewało jednak zwłaszcza to, że wciąż kojarzyli oni władzę przedmiotową z państwem, a nie z Bogiem lub naturą, gatunkową skłonnością przyrodzoną ludzi do życia wspólnotowego albo z rezultatem jakiegoś rodzaju ewolucji, w której decydującą rolę odgrywa nie Bóg, zatwierdzający istnienie władztwa przez czas, lecz sama Historia, czas niewiązany z żadną Istotą Transcendentną. Dostrzegalem, że podmiotową stronę władzy kojarzyli oni z jednostką lub zbiorowym ciałem jako przedstawicielami lub piastunami najwyższej władzy przedmiotowej¹, często uznając pierwszą za element ładu przedmiotowego i właściwej mu jej hierarchii metafizycznej, w niej znajdując określenie istoty i granic władzy (a przez to sferę działania oraz normy i miary aktów jej piastunów), dostrzegalem też raczej krytyków wszelkich, a jakże częstych prób łączenia źródła władzy przedmiotowej z wolą wspólnoty lub jednostek, w wielu przypadkach zatem z ujęciami kontraktualnymi. Władzę przedmiotową definiowali tedy jako ufundowany w ładzie przedmiotowym „ogół praw panowania służących państwu wobec poddanych”², jako „możność wyjawienia takiej woli jako woli państwa”, będącego swoistym bytem znajdowanym wśród jemu podobnych. Władzy mieli ulegać wszyscy w państwie, bo ona była najwyższa i do niej należała „możność rozrządzenia wszelkimi siłami zbiorowymi, aby tę wolę przeprowadzić”³, przy czym „prawa panowania” lub „możność” znajdowały źródło w przedmiotowym ładzie, który określał ich granice⁴. Władza miała być sprawowana na rzecz i w imieniu państwa, dopóki jednak

¹ S. Starzyński, *Ogólne i austriackie prawo polityczne*, Lwów 1911, s. 15; F. Kasperek, *Prawo polityczne ogólne z uwzględnieniem austriackiego razem ze wstępną nauką ogólną o państwie*, t. 2, Kraków 1881, s. 597. Krytykując zapis Konstytucji marcowej, iż „władza zwierzchnia w Rzplitej polskiej należy do narodu”, i postulując wprowadzenie zapisu, iż „władza państwa w Rzplitej polskiej pochodzi od narodu”, Starzyński pisał, że władza istotnie „należy do państwa jako do osobowości prawnej, będącej najwyższą zwierzchniczą organizacją narodu”. Konsekwentnie należało tedy przyjąć, że „organami ‘państwa’ (a nie ‘narodu’) w zakresie ustawodawstwa są Sejm i Senat, w zakresie ‘funkcji’ (a nie ‘władzy’) wykonawczej Prezydent Rzeczypospolitej itd.” (zob. *Kilka uwag o Konstytucji Rzeczypospolitej polskiej z 17 marca 1921*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1921, R. 1, s. 413). Dystynkcję władzy w znaczeniu przedmiotowym i podmiotowym znajdujemy też pod hasłem „władza” w pracy pod redakcją Z. Cybichowskiego, *Encyklopedia podręczna prawa publicznego*; jego autor, Ludwik Ehrlich, określa władzę w znaczeniu przedmiotowym jako „ustaloną przez prawo kompetencję narzucania woli organów prawno-publicznych w ogóle podmiotom prawnym dla celów uznanych przez prawo za państwowe (władza państwowa w ogóle), bądź też ustaloną prawo kompetencję szczegółową w zakresie władzy państwowej (w tym znaczeniu ‘władny jest’ i ‘ma kompetencję’)” (Warszawa 1926–1930, s. 1113). Autor definiuje władzę w znaczeniu przedmiotowym przez odniesienie do istniejącego już prawa, nie roztrząsając kwestii źródła władzy ani źródeł prawa. Analogiczne rozważania snuje Jerzy Rogowicz (*Istota władzy głowy państwa*, Warszawa 1933, s. 27).

² F. Kasperek, *Prawo polityczne ogólne...*, t. 2, s. 597.

³ Idem, *Podręcznik prawa politycznego*, t. 1, Kraków 1888, s. 293.

⁴ A. Lempicki pisał: „Jakkolwiek na początkowanie władzy zapatrywać się będziemy i śledzić w niej będziemy wolę Pana Boga, to prawowitość władzy może być tylko rozwinięciem w niej idei chrześcijańskiej, czyli wszystkich przez nią na władzę włożonych obowiązków (*Kościół i społeczeństwo w Niemczech*, „Przegląd Polski” 1873, t. 27, s. 364–365, 375).

ujmowano je jako swoistą osobę prawną, różną od wspólnoty, dopóki przypisywano mu władzę przedmiotową, dopóty problem obu stron władzy rozwiązywany był przez wskazanie, że państwo obejmuje ciało polityczne, w nim skupia się władza, a ten, który je uosabia, może dopuścić do udziału w niej przedstawicieli ciała. Państwo korzystać miało z możliwości lub zespołu praw, które cechowała „udzielność (najwyższość i niezależność od zewnętrznych władz) i całowładność (pełnia i zupełność praw rządowych wewnętrznych)”⁵; jego, a nie społeczeństwa znamieniem miała być „moc (*Macht*) raczej niż siła (*Kraft*) przekonania narodu, a stałe i oddzielne organy uzewnętrzniały jego, a nie społeczeństwa zbiorową wolę, stanowiąc w rzeczach wspólnej zbiorowej woli i zawiadując zbiorowymi sprawami⁶.

Konserwatyści wskazywali zarazem, że od czasów Bodinusa, zatem od początku czasów nowożytnych, bo od schyłku XVI stulecia, nie władza przedmiotowa, ale raczej podmiotowa zyskała rangę składowej definicji państwa, upoważnionego do „wydawania rozkazów wszystkim swoim członkom w sposób nieograniczony i od

⁵ F. Kasperek, *Prawo polityczne ogólne...*, t. 2, s. 597. W związku z cechą udzielności, znamionującą „zewnętrzny” aspekt władzy przedmiotowej, Kasperek uznał władzę przedmiotową za „najwyższą władzę ziemską (*suprema potestas*), niezawisłą od każdej innej władzy wyższej”, aczkolwiek nie w sposób bezwzględny, zarazem zauważając możliwość jej podziału na przykładzie państwa złożonego z „półudzielnych państw. Tylko państwo doskonałe – pisał – ma zupełną udzielność i całowładność, zachodzić mogą atoli także przypadki, że państwo na wewnątrz jest zupełnie niezawisłe, a na zewnątrz podlega państwu zwierzchniczemu, a taki stosunek nazywamy półudzielnością” (*ibidem*, s. 598). Gdy idzie o całowładność, oddając aspekt wewnętrzny władzy, Starzyński podawał problematyczną dla wielu zachowawców jej definicję jako, po pierwsze, „jednolitą władzę państwową bez względu na rozmaitość jej organów, czy ona działa przez swoje organa, czy deleguje władzę (przez samorządne organa)”, wykluczając „możność istnienia w obrębie państwa różnych zwierzchników, czyli różnych czynników posiadających część władzy *proprio iure*, jak to było przed wydoskonaleniem prawnej osobowości, a więc i jednolitość państwa”; po drugie, całowładność oznaczała, że „wszędzie tam, gdzie pewne stosunki życiowe nadają się w ogóle do uregulowania zwierzchniczego, tj. idącego od góry i w drodze przymusu, a przedsiębranego w imieniu ogółu i w jego interesie, tam nie może być zasadniczo uchyloną ingerencją państwa i nie może być to prawo zwierzchniczego unormowania zarezerwowane zasadniczo dla innych czynników”. Konkluzja Starzyńskiego była jednoznaczna: „Wszystko więc, co ze względu na pojęcie i istotę państwa, ze względu na jego cele i zadania może w ogóle wchodzić w zakres władzy państwowej, wchodzi w zakres tej jednej, niepodzielnej władzy”. Z tych względów wiele uwagi poświęcał Starzyński wyznaczeniu zakresu władzy państwowej i ustaleniu sensu prawa konieczności państwowej (*ius eminens*), wyprowadzanego z *dominium eminens*, przez które „dawniej rozumiano prawno-prywatną własność panującego nad obszarem mu podległym”, także wyznaczającym „wyższe prawo własności panującego ponad własnością innych osób”; zgodnie z teorią patrymonialną to „wyższe prawo własności” stało się „jedyną rozumową i naturalną zasadą państwa, dającą podstawę wykonywania władzy politycznej [...] w razie potrzeby nawet z naruszeniem praw prywatnych”. Jakby nie dostrzegając następstw przeniesienia teorii patrymonialnej do refleksji o państwie nowożytnym, a zarazem niebezpieczeństwa, na jakie narażał dystynkcję sfer prywatnej i publicznej, konkludował: „Wobec pojmowania państwa jako jednolitej osobowości prawnej [...], przez *dominium eminens* rozumiemy spotęgowaną władzę zwierzchniczą państwa samego jako osobowości prawnej wobec wszystkiego, co władzy podlega, a objawiającą się w możliwości użycia nadzwyczajnych środków zaradczych tam, gdzie się zaczyna walka o byt państwa (S. Starzyński, *Ogólne i austriackie...*, s. 16-17, 549).

⁶ J. B. Oczapowski, *Władza i układ państwa. Zarysy polityki i porówn. Prawa Konstytucyjnego*, Kraków 1875, s. 24. „Sama nazwa ‘mocy’ – zauważał autor – zamiast władzy prawodawczej i wykonawczej, użyta przez dawniejszych polskich statystów, np. Staszica, dosadniej zdaje się malować doniosłość pojęcia władzy w państwie, tj. siły z wewnątrz powodującej tym związkiem ludzkim i trafniej wyraża *pouvoir*, *potere* włoskie niż rzeczownik władza, utworzony z niemieckiego *Gewalt*, pierwotnie ‘przemoc’ oznaczającego” (*ibidem*, s. 25). O problemach związanych z nieuprawnionym łączeniem władzy i przymusu, właściwych głównie ludom słowiańskim i romańskim (wbrew wskazywanej etymologii) patrz *ibidem*, s. 28 i nast.: „Teoria przemocy albo siły fizycznej odpowiada [...] obłędowi, jakoby całe państwo skupiło się, zaczynało i kończyło na władzy zwierzchniej, ustanowionej z jakich bądź powodów i przymusem ujarzmiającej podwładnych. Jako czynnik społeczny władza ta bynajmniej nie jest mocą (w sensie Oczapowskiego) ani potęgą zbiorową, lecz siłą w pojęciu materialistowsko-metafizycznym (*ibidem*, s. 4).

nikogo niezależny (udzielny)”⁷; w tej pierwszej bowiem skupiała się najwyższa godność (*majestas*) i ona była wieczna, nie ustając „ze śmiercią albo oddaleniem czasowego dzierżyciela, tylko przechodząc zaraz na nowego władcę, jeżeli się państwo całkiem nie rozwiązywało”; ona była jednolita i niepodzielna, ponieważ „istnienie kilku władz najwyższych, którym by poddani państwa zarówno do posłuszeństwa byli zobowiązani, sprzeciwiałoby się już pojęciu organizmu, tj. jedności”. Tylko władza przedmiotowa była „wszechobejmująca, rozciągała swoją moc na całe terytorium i na wszystkich uczestników państwa”, choć zakres przez nią normowanych „poszczególnych czynności i stosunków ludzkich” zależeć miał „od istoty i praw poszczególnego państwa”. Ta najwyższa władza państwa, nie będąc w żadnym razie wszechmocną, wykluczała istnienie kogoś wyższego, przed którym by jej piastun musiał się usprawiedliwiać i któryby wydawał wyrok, będąc w świecie politycznym „najwyższą powagą”⁸. Tylko władza w tym sensie godziła się „z każdą formą państwowości: czy to monarchią, czy oligarchią, czy republiką. Każde bowiem państwo, bez względu na swoją formę ustroju, jest suwerenne i ma jakieś organa na czele, którym wykonywanie tej suwerenności powierza”⁹, nie pozwalając na identyfikację tej strony władzy z osobą władcy, jak w tradycji absolutystycznej¹⁰. Prawa panowania (pojmowane jako możliwości działania) znajdowano w kontekście normatywnym, w hierarchii celów, do spełnienia których władza miała istnieć i być sprawowana, lub hierarchii dóbr, względem których władza pozostawała służebna. Zazwyczaj, zgodnie z tradycją klasyczną, kontekst normatywny wyznaczała realizacja dobra całości wspólnoty politycznej, w następstwie czego władza nie była dla siebie, lecz dla owego dobra, rozkazywała „nie w swoim imieniu, ale w imieniu całości i dobra powszechnego”¹¹. Skoro oba elementy: państwo i władza, identyfikowane albo relacjonowane jak podstawa bytowa (państwo) do przypadłości (władza), były wpisywane w strukturę normatywną, niepodobna było uznać nieograniczoności władzy i państwa. Próba przypisania im takiego walurowi wymagałaby bowiem uznania, że wyposażone są one w same prawa panowania bez obowiązków, co oznaczałoby, że stanowisko wszystkich takiej władzy ulegających jest zależne tylko od łaski władzy lub państwa. Gdyby został zakwestionowany hierarchiczny ład przedmiotowy, nie istniałyby „prawa obywateli i zwią-

⁷ S. Estreicher, *Zasada zwierzchnictwa narodu*, [w:] *Nasza Konstytucja. Cykl odczytów urządzonych staraniem dyrekcji Szkoły Nauk Politycznych w Krakowie od 12–25 maja 1921 r. przy udziale: Wład. Abrahama, Tad. Dwernickiego, Stan. Estreichera, Wł. L. Jaworskiego, St. Kutrzeby, M. Rostworowskiego, St. Wróblewskiego i Fryd. Zolla*, Kraków 1922, s. 27.

⁸ F. Kasperek, *Prawo polityczne ogólne...*, t. 2, s. 598-600.

⁹ S. Estreicher, *Zasada zwierzchnictwa narodu...*, s. 27.

¹⁰ *Ibidem*, s. 27.

¹¹ A. Szymański, *Zakon przyrodzony*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Władysława Abrahama*, t. 2, Lwów 1931, s. 3[367]. Bliski niektórym prawnikom o nastawieniu konserwatywnym Duguit także narażał się na krytykę Szymańskiego za tezę, jakoby „zawsze i wszędzie bez względu na formę i rozmiary państwa silniejsi narzucali swą wolę słabszym”, słowem za eksponowanie pozytywistycznego „kultu faktów”. Wbrew pozytywistom wskazywał on, że „stan faktyczny nie jest zawsze stanem sprawiedliwym, a co za tym idzie, że fakt może być źródłem prawa, nie jako czysty fakt jednak, ale jako wyraz pewnego porządku, pewnej celowości”, i dopiero „poznanie tego porządku może zamienić to, co jest, na to, co powinno być” (*ibidem*, s. 6–7 [370–371]). Nawet tedy przyjmując, że „państwo jest osobą zbiorową”, że przysługuje mu władza jako „możność wyjawienia i przeprowadzenia woli”, niepodobna było przyznać jego władzy znamion „wszechmocy i bezwzględności”, wymagających zanegowania „na zewnątrz i wewnątrz wszelkiego prawa wobec państwa”.

ków niższych wobec państwa”, zapomniano by, że „władza państwowa jest najwyższą” tylko „w zakresie celu i zadań państwowych”, podlega natomiast ograniczeniom „od wewnątrz” (ze strony „religii, moralności, prawa i stosunków społecznych”) i „od zewnątrz”, ze strony prawa międzynarodowego, kodyfikującego zasady rządzące gatunkiem ludzkim w oparciu o prawo naturalne¹²; nie dostrzegano by w końcu, że strona podmiotowa władzy jedynie dopełnia stronę przedmiotową, że wola jej piastuna, stanowiąca przyczynę sprawczą decyzji politycznych, znajduje ograniczenia w naturze władzy przedmiotowej albo – ujmując problem bardziej kategorycznie – że wpisana jest w ten sam kontekst normatywny, co tamta. Co za tym idzie, jeśli władza przedmiotowa ujmowana jest jako „całokształt uprawnień” (możności praw), w jakie uposażony jest jej piastun, ten winien być traktowany jako piastun „władzy” nie na mocy faktu, ale waloru osobistego, pozwalającego mu odnaleźć treść ładu przedmiotowego i zadbać o niesprzeczność z nim prawa stanowionego i poszczególnych aktów organów władzy¹³.

W cytowanych określeniach konserwatywnych prawników schyłku XIX w. dostrzec można jednak problematyczność strony przedmiotowej władzy. Z jednej bowiem strony eksponuje się możliwość wymuszania posłuchu, zatem jej aspekt „zewnątrzny”, a nie „wewnętrzny”; z drugiej strony, wyjaskrawiając różnice między mocą i siłą, między sprawowaniem władzy i władzą jako taką, zwraca uwagę nie tyle na moment zmuszania, co reprezentowania przez nią „przekonań społecznych narodu”, uzewnętrznianych przez organy „stanowiące w rzeczach wspólnej zbiorowej woli i zawiadujące zbiorowymi sprawami w myśl wytkniętych zadań”. Ujęcia te ujawniają możliwość „rozwarstwienia” władzy przedmiotowej na aspekty przymusu i reprezentacji obecnego w ujęciach eksponujących „wyłączność stosowania przymusu” jako istoty władzy (Jaworski) i w koncepcjach monarchistów, którzy, przeciwstawiając się „absolutystom demokratycznym”, pojmują władzę jako „wyłączność stanowienia prawa”, ale z określenia tego wywodząc (jak ich adwersarze) źródłowy walor władzy jednego organu względem władzy innych organów¹⁴. Potrzeba uzgodnienia obu aspektów władzy przedmiotowej ujawniała się przy próbach wskazania jej ewentualnych piastunów. Przyjmując za Oczapowskim, że „prawdziwie zwierzchnia doniosłość władzy państwowej objawia się w tym, iż w Monarchii Naczelnik organu zwanego Zwierzchnictwem przedstawia jedność zbiorowej woli Państwa i poniekąd Państwo samo, a w chwilach stanowych uzmysławia panującą władzę urządzonego politycznie narodu, która góruje, unosi się nad zakusami i walką czynników interesowych zespoleń i form”, wielu godziło się, że każda wspólnota polityczna musi być „monokratyczną, jeżeli nie monarchiczną”. Taka natura władzy wprawdzie nie pociągała za sobą określonej

¹² F. Kasperek, *Podręcznik prawa politycznego...*, t. 1, s. 296-297.

¹³ Por. J. Rogowicz, *Istota władzy...*, s. 30-34 oraz rozważania na temat dziedzictwa Bodina (s. 19-20).

¹⁴ Wspomniana kontrowersja nawiązuje do klasycznej dystynkcji „zmuszającej” i „kierunkującej” z mocy prawa, istotnej dla konserwatywnych prawników, korzystających z dziedzictwa arystotelesowsko-tomistycznego. Jak się wydaje, można z tej perspektywy wywodzić raczej krytycznej oceny koncepcji Jaworskiego dokonywanej przez Peretiatkowicza i Starzyńskiego, polemizujących z orientacją Kelsena i jego zwolenników, pomijających teleologiczny wymiar prawa, wiązany w tradycji klasycznej z „kierunkującą” mocą prawa, warunkującą również sens władzy (zob. np. A. Peretiatkowicz, *Studia prawnicze*, Poznań 1938, s. 79).

formy realizacji jej strony podmiotowej, nie decydowała, czy piastunem władzy ma być „niewybieralna jednostka” czy „organ zwierzchni Republiki”, z różnymi „fizycznymi przedstawicielami władzy” wiążąc przejawy „jedności zasadniczej narodu urządnego politycznie jako osobistość” i wskazując, że w jednej „osobie publiczno-prawnej” nie może być dwóch podmiotów „z różną wolą osobnikowi”. Założenie, iż „wszystko, co się dotyczy rządzenia” musi przybrać „monarchiczny zakrój”¹⁵, nie tylko służyło za wyróżnik wspólnoty politycznej od luźnego zbioru jednostek, ale także mogło skłaniać do wniosku, że władzę przedmiotową jako władzę niepodzielną państwa uosabia jeden organ – król, parlament lub lud, zależnie od kształtu państwa¹⁶. Kasperek, opowiadający się za „monarchią ograniczoną”, wprost czynił króla „uosobieniem władzy państwa”, uznając, że „na mocy prawa własnego” skupia on „w swojej osobie wszystkie części i prawa władzy państwa tak, że nikomu innemu w państwie nie podlega, tylko stoi ponad wszystkimi obywatelami, klasami społecznymi i władzami, będąc wyłącznie zwierzchnikiem, nigdy zaś równocześnie poddanym”. W tym ujęciu zachowywała ważność teza, że „samoistność władzy i prawa rządzenia” nie są „uprawnieniem prywatnym” monarchy, lecz dane mu są *w interesie publicznym*, niemniej piastun władzy nie mógł być „urzędnikiem i pełnomocnikiem właściwego zwierzchnika”, jakim byłby – mimo zachowania królewskiego stanowiska – w państwach republikańskich¹⁷. Oczapowski zmierzał w inny kierunek, gdy twierdził, że

zewewnętrzne środki udzielności narodowej, tak samo jak władztwo niepodległe na zewnątrz, służyć mogą i służyć li narodowi w całokształt polityczny urządzonemu. Udzielność ta *implicite* i *explicite* jest jedną i niepodzielną całością i mieniem narodu pospólnym, a priori więc musi się uzewewnętrznić w widomej jednej osobie choć zbiorowej, w krajowym rządzie, i osoba ta ma ostatnie słowo w tym wszystkim, co dotyczy strony zewnętrznej życia i właśnie owego ładu społecznego¹⁸.

Kasperek i Oczapowski dotykali kluczowej dla nowożytnej myśli politycznej kwestii źródła władzy przedmiotowej, odrzucając zasadę zwierzchnictwa ludu w ujęciu liberałów i demokratów i krytycznie spoglądając na absolutyzm monarszy, oddalając próby usprawiedliwienia upoważnienia zwierzchnika jedynie przez procedury (jak u Hobbesa i Kelsena¹⁹), broniąc różnie definiowanej „materialnej sprawiedliwości”²⁰.

¹⁵ J. B. Oczapowski, *Władza i układ państwa...*, s. 169-170; idem, *Osnowa i zakres Encyklopedyi nauk politycznych w zarysie*, „Przegląd Polski” 1870, t. 48, s. 90-91.

¹⁶ Oczapowski odróżniał „osobowość wszystkich ludzkich uczestników związku politycznego” w sensie „dziejowo-politycznym i osobowość legalną”, wskazując, że tylko w ostatnim sensie, niezależnie od kształtu państwa, władza uosabia naród; na przekór Platonowi zauważał, że państwo „nie jest jednym ‘wielkim człowiekiem’, lecz zbiorowością mnóstwa różnych ludzi, ziemi, wspólnego ducha i mocy tych ludzi, spójni nie osobistej owład utrzymującej, czyli władzy” (J. B. Oczapowski, *Władza i układ państwa...*, s. 95).

¹⁷ F. Kasperek, *Podręcznik prawa politycznego...*, t. 1, s. 319.

¹⁸ J. B. Oczapowski, *Władza i układ państwa...*, s. 85. Autor wskazywał w tym kontekście, że zwolennicy nowożytnego klerykalizmu, nie będącego wszak kierunkiem *teokracji senickiej*, bo nie wymagającego identyfikacji państwa ze wspólnotą wyznaniową, zbliżają się niekiedy do niebezpiecznej skrajności, uzasadniając, iż to Kościół jest w ostatecznej instancji „rządem krajowym” i „piastunem udzielności” (*ibidem*).

¹⁹ Odminną ocenę przedstawił ostatnio Otfried Höffe w książce *Sprawiedliwość polityczna. Podstawy krytycznej filozofii prawa i państwa* (Kraków 1999, s. 138, 117).

²⁰ Problem źródła władzy przedmiotowej byławstawiany, acz nie rozwiązywany w pełni, w formule preambuły do konstytucji, nieprzewidywanej zresztą przez wszystkich konserwatystów. Fragment ją otwierający brzmiał zazwyczaj jak u Jana Tarnowskiego: „W Imię Boga Wszechmogącego, w Którym źródło wszelkiej wła-

Głównym obiektem nie tylko ich ataków były koncepcje wykluczające boskie źródło władzy, sytuując je ostatecznie w człowieku, ściślej w jednostce lub w narodzie jako ludzie lub wspólnocie, o ile traktowanych w roli „aktualnego suwerena”, zwłaszcza składającego się z jednostek zdolnych do ustanowienia władzy politycznej jako takiej, władzy w sensie przedmiotowym. Dla zachowawcy jednostka z pewnością nie mogła być „pierwotnym nośnikiem” władzy przedmiotowej, wyposażonym – z racji konstytucji naturalnej – w przyrodzone uprawnienia i we władze interpretowania powszechnie obowiązującego prawa przedmiotowego i sądzenia we własnej sprawie, świadomie przekazywane społeczeństwu cywilnemu (ludowi?), jego ciału przedstawicielskiemu lub wskazywanej przez siebie jednostce warunkowo lub bezwarunkowo. Doktryny przyjmujące tego rodzaju przesłanki były dlań dotknięte zasadniczym błędem, skoro wychodziły od stanu niepolitycznego, a nie tylko przed-politycznego, i wywodziły z jego opisu tezy dotyczące „stanu politycznego”; skoro dopuszczały stan, gdy jednostka nie znała władzy innej niż jej własna, nie żyła we wspólnocie i nie była przez nią kształtowana, posiadała natomiast zdolność konstruowania z jednej strony społeczeństwa, z dru-

dzy, a z woli Narodu Polskiego, którego jesteśmy zastępcami, w Jego imieniu, z Jego mocy i upoważnienia”. Z woli narodu tedy, ale nie w jego imię i nie z jego upoważnienia, lecz w imię i z upoważnienia Boga ustawę zasadniczą uchwałać miało ciało przedstawicielskie. Zgodnie z literalną wykładnią konstytuanta nie posiadała własnej władzy przedmiotowej, skoro występowała z woli narodu i była tegoż zastępcą. Nie naród jednak był jej ostatecznym mocodawcą, bowiem źródło władzy pozostawało w Bogu Wszechmogącym. Wątpliwe tedy, czy – nie będąc ostatecznym źródłem – naród mógł być piastunem „władzy przedmiotowej”, czy w związku z tym mógł udzielać pełnomocnictwa do działania ciału przedstawicielskiemu, które go zastępowało, skoro tekst nie wyrażał wprost czy Bóg – jako źródło wszelkiej władzy – upoważnił naród, a za jego pośrednictwem woli przezeń wyrażanej ciało przedstawicielskie, do stanowienia ustawy zasadniczej, stając się w dalszej konsekwencji podstawą działań wszystkich organów władzy. Nie zajmując stanowiska w tak ważnej kwestii, nie określając wprost sposobu, w jaki władza przedmiotowa przenika do „narodu”, tekst ten nie ustalał stanowiska w kwestii najbardziej fundamentalnej dla ustroju politycznego: normatywnej podstawy władzy jako możliwości-praw; nie wskazywał, czy jest nią Bóg. Jego rozum lub wola, jakieś spontanicznie wykształcone „ciało polityczne”, czy zgoda jednostki tworzące własnym aktem to ciało. Bóg, wspólnota lub jednostki, pierwotnie wyposażone we władzę, w owe możliwości-prawa, i przekazujące je warunkowo lub bezwarunkowo, bezpośrednio lub pośrednio innym czynnikom, pozostające lub przestające być piastunami władzy przedmiotowej, w imieniu i na rzecz którego działają organy lub przedstawiciele władzy, to rozważane przez konserwatystów propozycje rozwiązania kwestii źródła władzy. Kwestii tej nie rozstrzygał, lecz raczej komplikował, dalszy ciąg preambuły Tarnowskiego: „My! Posłowie na ten Sejm Konstytucyjny, mając na oku dobro całej wspólnej nam Ojczyzny i pragnąc Jej byt na przyszłość, Jej siłę i potęgę, Jej rozwój w kierunku gospodarczym, kulturalnym i społecznym – których pierwszym warunkiem wewnętrzny ład, spokój i bezpieczeństwo – zapewnić i utwierdzić na wiekuistych zasadach prawa i słuszności, w tym celu, pomni naszego wysokiego posłannictwa, niniejszą Ustawę Konstytucyjną Państwa Polskiego uchwalamy i ustanawiamy”. Problem definicji „dobra całej wspólnej nam Ojczyzny” pojawiał się w dyskusjach zachowawców na temat źródła władzy określającego cel, dla spełnienia którego – zgodnie z ujęciem większości z nich – Bóg ustanowił władzę przedmiotową i wskazał piastuna lub przyzwoił na jej sprawowanie przez wspólnotę, a za jej pośrednictwem konstytuancie, wyznaczając w „dobru wspólnej Ojczyzny, wewnętrznym ładzie, spokoju i bezpieczeństwie cele istnienia władzy”, ale i wytyczając jej granice, skoro byt, siła, potęga i rozwój wspólnoty politycznej miały być zapewniane i utwierdzane przy respektowaniu „wiekuistych zasad prawa i słuszności”, zasad ładu, który wyznaczał także podstawę wszelkiej władzy, zatem również „władzy narodu” udzielającego pełnomocnictw konstytuancie, ostatecznie sprawującej władzę od Boga pochodzącą, a nie od narodu. Ale chociaż tekst preambuły sugerował porządek hierarchiczny władzy, od Boga jako źródła poczynając, przez naród udzielający pełnomocnictw po konstytuancie działającą na ich podstawie i w ich granicach, nie czynił przecież narodu „zwierzchnikiem politycznym”, nie miał go za organ Boga będący piastunem pełni „władzy przedmiotowej”. Tarnowski, mimo zgody na „porządek hierarchiczny”, uznawał nie naród, ale wybranego przez specjalne ciało naczelnika państwa za ośrodek, *do którego należy władza zwierzchnia*. Stwierdzeniu temu nie towarzyszyło bliższe określenie relacji woli i „władzy zwierzchniej” narodu, udzielającego pełnomocnictw konstytuancie, a nie naczelnikowi, który działał na podstawie uchwalonej przez nią konstytucji (*Projekt nowej ustawy konstytucyjnej (z komentarzem)*, Warszawa 1928, art. 6 i s. 63-64).

giej zaś państwa, i korzystała z niej, decydując o ewentualnym ustanowieniu „władzy bezstronnej”, przekraczającej i wiążącej tak ją, jak i inne jednostki gwoili użytkowania gwarancji nienaruszalności posiadanych przez nią uprawnień²¹. Pogląd indywidualistowski, który wymagał uznania władzy zwierzchniej za obrońcę interesów jednostek, był zdaniem zachowawców błędny, ponieważ, przecząc bronionej przez nich koncepcji wspólnoty organicznej, czynił „istotę abstrakcyjną i metafizyczną”, jaką jest państwo,

zbiorem mniej lub więcej luźnych jednostek zespolonych z sobą jedynie interesem, pozbawionych ożywczego ciepła więzów rodzinnych i społecznych, zawiązujących lub rozwiązujących państwowy związek,

korzystających zrazu z pełni władzy przedmiotowej, przenoszących ją na organy upoważniane do jej sprawowania, a nawet – w akcie przypominającym kontrakt cywilno-prawny – nadających pełnomocnictwa ich organom piastującym władzę przedmiotową w ich imieniu i na ich rzecz. Pogląd taki prowadzić miał do zakwestionowania pojęcia władzy jako koniecznego elementu państwa-wspólnoty politycznej, uznawanego za „utwór chwilowego widzimisię i potrzeby istniejącej w pewnej tylko dziejowej chwili jednostek” albo i klas lub stronnictw, a co za tym idzie zanegowania rozwoju narodu, z przeszłością, która nigdy zatrzeć się nie da²².

Dla konserwatystów uzależnianie istnienia społeczeństwa i państwa od świadomego aktu woli jednostek było błędne nie tylko dlatego, że wymagało przy-

²¹ Bliski konserwatystom *organiczny pogląd na państwo*, które Dunajewski traktował jako „wielki organizm polityczny”, zespolony wspólnymi obowiązkami raczej niż powszechnymi uprawnieniami, był – zdaniem Rembowskiiego – odpowiedzią na „wybujaly indywidualizm”, rozpowszechniany po 1789 r., i na teorie „kontaktu społecznego, przyznające jednostce fikcyjny wpływ na powstawanie państwa”. Powołując się na Bluntschliego i Mohla, Rembowski wskazywał, że „jeżeli teorię kontraktu historycznie uzasadnić można jako reakcję przeciwko oświeconemu absolutyzmowi, a nadmierny indywidualizm jako reakcję przeciwko przywilejom stanowym, to tak samo w teorii organicznej widnieje dążenie do usunięcia niedostatku nauki o kontrakcie społecznym i, choćby z tego jedynie względu, historycznej zasługi powyższej teorii odmówić nie można” (*Biografie naukowe. Jan Kacper Bluntschli*, [w:] *Pisma*, t. 1, Warszawa 1901, s. 385).

²² J. B. Oczapowski, *Władza i układ państwa...*, s. 44-45, 47, 94. Krytyka powyższa była nie tylko udziałem zachowawców okresu rozbiorów, ale także konserwatystów międzywojennych, świadomych różnic dzielących konstrukty liberalne i demokratyczne. Zakrzewski np., wskazując, że klasyczny parlamentarizm demokratyczny nie może się ostać, gdy przyjmie się założenia liberalizmu (w omawianej przez autora wersji utylitarystycznej), w myśl których „harmonia interesów wszystkich członków społeczeństwa i grup urzeczywistni się skoro każdej jednostce da się możliwie największą swobodę postępowania, zwracał uwagę, że teza, jakoby jednostka, mająca możność poinformowania się i uświadamiania, zawsze wybierała dla siebie drogę istotnie najkorzystniejszą, dostarczając przez to najwięcej korzyści innym, a więc całości”, dotknięta jest błędem wynikającym z zapoznania jej moralnej i intelektualnej niedoskonałości. Oparty na takich przesłankach liberalizm musiał błędnie traktować państwo „jako środek zapewnienia możliwie największej ilości szczęścia i dobrobytu dla możliwie największej ilości jednostek”. Pomijając fakt, że autor sprowadza liberalizm do jednego z nurtów tej doktryny, ważne pozostają jego wnioski, oddające sposób oceny tego kierunku przez konserwatystów. Pierwsze założenie utylitarnej wersji liberalizmu głosiło, iż, „mając swobodę i możność dokładnego poinformowania się, jednostka tego swego prawa użyje w sposób najbardziej zgodny ze swymi istotnymi interesami, a więc i z [...] celem Państwa; drugie, że każda jednostka musi mieć w zasadzie to samo prawo do udziału w zarządzie tą rzeczą wspólną, którą jest Państwo, a w razie braku jednomyślności musi decydować arytmetyczna większość” (*Ku naprawie konstytucji*, „Dzień Polski”, 15 VII 1928). Racjonalność identyfikowana z pożytkiem indywidualnym niesprzecznym z pożytkiem innych i państwa oraz oparty na tej przesłance postulat dopuszczenia każdej, uznanej *a priori* za tak „racjonalną” jednostki do korzystania z prawa udziału w zarządzie rzeczą wspólną – państwem, stawały się przedmiotem krytyki zachowawców, podejmujących refleksję nad liberalnymi lub demokratycznymi koncepcjami zwierzchnictwa politycznego.

jęcia perspektywy odwrotnej względem klasycznej, obrania za punkt wyjścia stanów dla tamtej granicznych, przedspołecznych i przedpolitycznych, ale i z tego powodu, że dowodziło prymatu jednostki wobec wspólnoty i pierwszeństwa jej możliwości jako prawych samych z siebie wobec norm wspólnotowych²³.

Koncepcje uznające społeczeństwo za wytwór jednostek zdolnych konstruować „mechanizm społeczny i polityczny” jedynie dla ochrony indywidualnych możliwości-praw pozbawiały wspólnotę i państwo, jako formę jej realizacji, watorów etycznego i organicznego, czyniąc prawo stanowione, które porządkuje jedynie relacje między jednostkami, jedynym zbiorem reguł wiążących je w sferze publicznej²⁴.

Wedle konserwatystów, zwolennicy tych koncepcji nie byli w stanie uznać tezy o Boskiej proveniencji władzy wskutek nieuprawnionego przypisania jednostce roli jej pierwotnego, „przedpolitycznego nośnika” i uznania jej nienaruszalnych uprawnień, których ochrona miała być racją istnienia władzy, powołanej nie do ułatwiania realizacji skłonności przyrodzonych, określających istotę człowieka i zbliżających go do spełnienia właściwego mu celu gatunkowego, a jedynie do rozdzielania jednostek²⁵.

Zasadnicze pytanie stawiane przez zwolenników krytykowanych koncepcji brzmiało w ujęciu Locke’a następująco: skoro

przyczyną, dla której ludzie wstępują do społeczeństwa, jest zachowanie ich własności, a celem, dla którego wybierają legislaturę i upoważniają ją do jego realizacji, jest uchwalenie praw i ustanowienie zasad ochrony i osłony własności wszystkich członków społeczeństwa, mających powstrzymać władzę i ograniczać panowanie zarówno każdego człowieka w społeczeństwie, jak i jego poszczególnych grup, skoro niepodobna zakładać, iż wolą społeczeństwa jest, by legislatura posiadała władzę niszczenia tego, co każdy zamierza ochronić przystępując do społeczeństwa i dla ochrony czego lud uznaje swą podległość wobec prawodawców, których sam powołuje, to czy w przypadku, gdy prawodawcy usiłują niszczyć własność ludu (ściślej jednostek tworzących lud), pozbawić go jej albo lud ten zamienić w niewolników podlegających arbitralnej władzy, wstępując w ten sposób w stan wojny z ludem, lud istotnie zwolniony jest od posłuszeństwa?

Locke odpowiadał, że

²³ Ignacy Czumę pisał wprost, że „teoria o ostatecznym źródle władzy i prawa w ludzkiej naturze jest na wskroś pogańską i właśnie ona uświęca każdą tyranję i despotę, jeśli tylko ta ostatnia może się wykazać pozorami preparatu ‘woli ludu’” (*Problemat stanowiska Głowy Państwa w Polsce*, Lublin 1930, s. 14). Dla polskich konserwatystów uznanie takich relacji usprawiedliwiałoby anarchiczne zjawiska znane z własnych dziejów, skłaniało do sprzeciwu wobec reguł wspólnotowych, osłabiało respekt dla dobra wspólnego, pobudzało działalność przeciw państwu, przeczyło organiczności narodu i uzasadniało atomizm.

²⁴ Zauważmy na marginesie, że opis konsekwencji kontraktualnej myśli leżącej u podstaw Konstytucji marcowej przedstawił Makowski, zdaniem którego jej twórcy sięgali po wzorzec francuski, nie bacząc na to, że opierał się on „bardzo mocno na koncepcji umowy społecznej i gwarancji negatywnych jednostki przeciwko jednostce i jednostki przeciwko społeczeństwu, że przeciwstawiał człowieka człowiekowi i państwu, a państwa człowiekowi i jego organizacjom, że opierał się na pojęciu prawa podmiotowego, a nie prawa przedmiotowego, prawa społeczeństwa, prawa solidarystycznego współdziałania człowieka z człowiekiem i z zresztą z państwem” (*Mowa na posiedzeniu Sejmu 22 stycznia 1929 r.*, [w:] *Na drodze do reformy Konstytucji*, Warszawa 1929, s. 32-36).

²⁵ Nie należy jednak zapominać, że konserwatyści zdawali sobie sprawę z łączności ich myśli ze stanowiskami liberalnymi, uwzględniającymi zakorzenienie jednostki w rozmaitych wspólnotach, dostrzegającymi organiczny walor powstającego spontanicznie społeczeństwa, nie epatującymi apriorycznym kontraktualizmem, ale uzasadniającymi konieczność respektowania roli niezależnych korporacji jako ciał pośredniczących między jednostkami i państwem.

kiedykolwiek legislatura będzie naruszać tę fundamentalną zasadę społeczeństwa, albo na skutek ambicji, korupcji, szaleństwa czy strachu będzie próbować porwać się na nią sama, albo też złoży w czyjeś ręce absolutną władzę nad życiem, wolnością i majątkiem ludu, tym samym zawiedzie pokładane w niej zaufanie oraz utraci władzę, przekazaną przez lud dla zupełnie innych celów, wówczas władza powróci znów do ludu, który będzie uprawniony do odzyskania swej pierwotnej wolności, a przez ustanowienie nowej legislatury (takiej, jaką uzna za stosowną) do zapewnienia sobie własnej ochrony i bezpieczeństwa. Dodając, że zasady te stosują się nie tylko do legislatury, ale i do działającego w charakterze jej powiernika najwyższego wykonawcy praw (zwierzchnika egzekutywy), formułował doktrynę władzy ludu, zapewniającą mu od nowa bezpieczeństwo poprzez powołanie nowej legislatury wtedy, gdy jego prawodawcy postępowali niezgodnie z pokładanym w nich zaufaniem naruszając jego własność, uznając ją za najlepszą osłonę przeciw rebelii, będącą wystąpieniem nie przeciw osobie, lecz (przeciw) autorytetowi władzy, który czerpie swą moc tylko z konstytucji i praw rządu. To, czy organy legislatury i egzekutywy łamiące siłą bądź siłą usprawiedliwiające pogwałcenie „konstytucji i praw rządu” wszczęły rebelię, określić mógł jedynie lud jako jedyny sędzia orzekający, czy książę bądź legislatura działają wbrew pokładanemu w nich zaufaniu²⁶.

Stanowisko Locke’a, uznającego wyjątkowe zwierzchnictwo ludu jako pierwotnego suwerena, wbrew wigom (z którymi był przecież związany), a w ślad za Lawsonem²⁷ nie przyznającego ludowi stałego zwierzchnictwa, było przez wielu zachowawców uwzględniane w rozważaniach nad kształtem ustroju gwoili zaznaczenia zagrożeń niesionych przez opcję demokratyczną. Działo się to jednak tylko na poziomie instytucjonalnym, odnoszącym się do podmiotowej strony władzy, nie zaś w refleksji nad jej stroną przedmiotową. W ich pismach brak pozytywnej oceny indywidualistycznych założeń Locke’a, przewidzianej przezeń możliwości rozwiązania wszystkich organów władzy i powrotu do stanu, gdy jednostki korzystały z „przedmiotowej władzy politycznej” mimo pozostawiania bez różnych od nich piastunów. Teza Locke’a, iż każda jednostka przystępująca do społeczeństwa przekazała im władze posiadane w stanie natury, przekonywała konserwatystów, że dla liberała musiała być ona nie tylko ostatecznym i świadomym twórcą społeczeństwa, ale i pierwotnym posiadaczem władzy, który – choć wyjątkowo – mógł ją odzyskać ponownie, opuszczając społeczeństwo i państwo²⁸. Z punktu widzenia konserwatystów był to główny element krytyczny w rozumowaniu liberałów, oddalany przez zachowawców stroniących i od ich dziedzictwa, i od tradycji wczesnonowożytnej katolickiej szkoły z Salamanki, proponującej inne rozwiązanie, niedopuszczające umowy o społeczeństwo, a tylko umowę o władzę, nieprzyznającą jej jednostkom władzy politycznej, a w imię samozachowania nadającą wspólnocie

²⁶ J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, przeł. Z. Rau, Warszawa 1992, *Traktat drugi. Esej dotyczący prawdywych początków, zakresu i celu rządu obywatelskiego*, §222, 226, 240, s. 320, 324, 336.

²⁷ J. H. Franklin, *John Locke and the Theory of Sovereignty. Mixed Monarchy and the Right of Resistance in the Political Thought of the English Revolution*, Cambridge 1978, s. 72-80.

²⁸ J. Locke, *Dwa traktaty...*, §243, s. 338. Franklin zwraca uwagę, że teoria konstytucyjna XVI i początków XVII w. przyznawała ciałom przedstawicielskim uprawnienie do składania z tronu królów uznanych za tyranów, a tym samym znosiła niezależność monarchy w ustroju mieszanym, czyniąc parlament ostatecznym podmiotem władzy przedmiotowej (problem szczególnie istotny w Anglii 1642 r.; J. H. Franklin, *John Locke...*, s. X i nast.). Problem ten, z którym zetknęliśmy się, omawiając kontraktualizm demokratyczny, odnajdziemy w rozważaniach zachowawców krytycznie oceniających zwłaszcza użytą przez Sejm Ustawodawczy formułę „podstawiającą” wolę konstytuanty w miejsce woli narodu albo – inaczej – identyfikującą wolę owego ciała z wolą narodu.

kształtującej się z mocy przyrodzonej skłonności, niepowoływanej świadomie przez jednostki, uprawnienie do oporu²⁹.

Ten element był jednak także krytykowany przez konserwatywnych wyznawców wspomnianej tradycji, eksponujących różnice dzielące wypracowane w niej stanowisko od tego, które uznawało jednostkę za pierwszą wobec społeczeństwa, za będącą pierwotnym piastunem władzy przedmiotowej. Ten element rozumowania liberałów uznają oni za sprzeczny z kluczową zasadą klasycznej myśli politycznej, nakazującą postrzegać jednostkę jako część wspólnoty, której dobro jest pierwsze wobec jej partykularnych „interesów”, wzywającą, by treści owego dobra nie wiązać z indywidualnymi uprawnieniami, ale z orzeczeniami naturalnych reprezentantów wspólnoty, zdolnych rozpoznać treść właściwego jej ładu normatywnego. Nie luźny zbiór jednostek, ale wspólnota jako taka za pośrednictwem „naturalnych” przedstawicieli, czerpiących upoważnienie nie z delegacji jednostek, ale pozycji zajmowanej od niepamiętnych czasów, ustalać miała warunki sprawowania władzy przez danego jej piastuna, a nawet biernie mu się opierać, gdy zmierzał do zniszczenia życia wspólnotowego, choćby – jak władcy Austrii w czasach rabacji – przez skłócanie warstw i narzucanie obcych im norm³⁰. Warto jednak podkreślić, że ewentualny sprzeciw reprezentantów nie prowadził do przejęcia przez nich władzy, lecz łączył się zawsze z próbami wskazania innego piastuna władzy, zdolnego zagwarantować bezpieczne trwanie wspólnoty i zachowanie przez nią wskazywanych przez jej dziedzictwo zasad działania; wymagał nadto uwzględnienia dystynkcji urzędu i osoby go sprawującej, nigdy nie prowadząc do zniesienia pierwszego, mającego za sobą weryfikację dokonaną przez czas, lecz do zmiany niegodnej osoby, dystynkcji istotnej w propozycji szkoły z Salamanki, uwzględniającej istnienie wspólnoty jako ciała o własnej strukturze i tożsamości, określanej przez jej dziedzictwo, uzasadniającej istnienie wspólnoty nie tylko niezależnej od świadomej woli jednostek, ale i od projektu władcy korzystającego z innej niż ta wola, najczęściej „faktycznej” jedynie legitymacji.

O ile liberalne koncepcje kontraktualne, nie tylko Locke’a, ale także Hobbesa i Kanta, łączono z tendencjami wzmacniającymi atomizm społeczny, a co za tym idzie osłabiającymi spójnię łączącą członków wspólnoty, oraz z obcym konserwatystom nastawieniem nakazującym traktować państwo jako strukturę prawną raczej niż organiczną, tworzoną przez jednostki lub reprezentantów działających z ich upoważnienia, o tyle sprzeciw wobec koncepcji kontraktualnych demokratów dyktowany był odmiennymi racjami. Zwracano bowiem uwagę, że teorie sięgające późnośredniowiecznych doktryn Marsyliusza z Padwy, Williama z Ockham i Bartolusa z Sassoferato, rozwijane w XVI i XVII w. przez kalwińskich monarchomachów (John Mair, Jacques Almain, John Knox, George Buchanan) i hugenotów w schyłkowym okresie wojen religijnych za Henryka III, znajdowały wspólnotę nie tylko jako pierwotny podmiot władzy, ale i jej aktualnego piastuna. Lud –

²⁹ Szerzej na ten temat piszę w książce *Konstytucjonalizm czy absolutyzm? Szkice z dziejów francuskiej myśli politycznej XVI wieku* (Kraków 2005) w rozdziale poświęconym głównie monarchomachom.

³⁰ Zob. J. Tully, Locke, [w:] *The Cambridge History of Political Thought 1450–1700*, ed. J. H. Burns, Cambridge 1991, s. 622.

wspólnota wyposażana przez Boga we władzę przedmiotową miała działać samodzielnie albo przez przedstawicieli, na których warunkowo cedowała część władzy, zachowując wobec nich zwierzchnictwo. Zdaniem konserwatystów, zwolennicy tych teorii mieli być odpowiedzialni za ustalenie najbardziej skrajnej i niebezpiecznej dla istnienia państwa wersji zasady zwierzchnictwa ludu, sprawującego władzę bezpośrednio lub pośrednio, a przejmującego stanowisko monarchy-suwerena, jak on skupiającego pełnię władzy przedmiotowej, znoszącego niezależność egzekutywy, niezwiązanego żadnymi normami, nawet prawami fundamentalnymi, ograniczającymi monarchę stanowego zgodnie z koncepcją *Corona Regni*³¹. Niebezpieczeństwo niesione przez opcję demokratyczną miało być poważniejsze niż to, które rodził monarszy absolutyzm. Zwracano uwagę, że jednostka rzadziej niż tłum skłonna jest władać despotycznie, że pierwsza jest odpowiedzialna, gdy tłum i jego przedstawiciele w kolektywnym ciele odpowiedzialni nie są. Wyprowadzając władzę z „przyzwolenia osobników, przed umową nie związanych żadnymi etycznymi stosunkami”, jej zwolennicy przypisywali ciału przedstawicielskiemu po zawarciu umowy „istny wszechrozum i wyższość moralną od reszty uczestników umownego związku”, obdarzając je „metafizycznym przymiotem nieograniczoności, doskonałości wszelakiej”. Utożsamiając władzę z wolą, a nie z rozumem, jak w ujęciach klasycznych i chrześcijańskich, łączyli ją z

rzekomą wolą powszechną, pochłaniającą w sobie i unicestwiającą wolę jednostek, czyniącą obywatela, a zatem niedziałkę (atom) społeczny, tworzywem tylko, materiałem władzy i społeczności. Tezy właściwe tej tradycji wiodły do negacji dystynkcji władzy przedmiotowej i podmiotowej, do uznania dogmatu, że społeczeństwo nie jest ani może być odłączonym nawet w myśli od ‘państwa’, bo obydwa te związki [...] są dziełem ludzkim, wypływem samej woli ludzkiej³².

Choć kontraktualizm demokratyczny nie był indywidualistyczny w podobnym sensie jak liberalny, to jak tamten skłaniał do identyfikacji obu stron władzy, tyle że nie w jednostce, a w kolektywnym bycie, zachowującym zwierzchnictwo polityczne i mającym organy państwa za własne. Nie tyle bezzasadna, a wielce niebezpieczna identyfikacja pojęć: „lud”, „państwo”, „zwierzchnictwo”, „wola powszechna” była w tym kontekście interesująca, ile negacja dwóch sensów władzy: tego, który nie jest związany z wolą człowieka (także zatem ludzkiego prawodawcy, niezależnie od tego, kto nim jest), i tego, który wiąże się z jego wolą, bo odno-

³¹ Zob. rozważania Konstantego Grzybowskiego w recenzji *Corona Regni a Corona Regni Poloniae. W związku z pracą Jana Dąbrowskiego, Korona Królestwa Polskiego w XIV w.*, Wrocław-Kraków 1956, pomieszczanej w przygotowywanej do druku pracy zbiorowej poświęconej autorowi recenzji.

³² J. B. Oczapowski, *Władza i układ państwa...*, s. 54-55. Utożsamienie przez Rousseau państwa (*universitas*) z towarzystwem (*societas*) oraz uznanie przezeń, że „powszechna wola jako *a priori* doskonała i nieomylna przychodzi do świadomości nie w jednostkach, lecz w wymarzonej powszechności”, świadczyć miały nie tylko o „romańskim utożsamieniu woli z władzą, mocą i inteligencją”, ale i o przyznaniu kolektywnemu wszechwładcy możliwości zmuszania indywidualów do swojszcie pojmowanej wolności. Rousseau czynił „całkowite podporządkowanie woli powszechnej warunkiem niezależności osobistej, dokonując skoku z ‘organicznego’ do ‘mechanicznego’ poglądu na władzę i usprawiedliwając wszelkie zobowiązania obywatelskie, które bez tego zastrzeżenia byłyby bezrozumem, tyranią i najstraszniejszym nadużyciem”. Przyjmowany za Rousseau przez demokratów dogmat „wymuszonej swobody”, tj. unicestwionej przez polityczną swobodę cywilną, w konsekwencjach zamieniał rzekomo liberalną i indywidualistowską koncepcję w „kodeks gminowładnego despotyzmu” (*ibidem*, s. 62-64).

szony jest do osoby lub osób. Pamięć o wspomnianej dystynkcji, kluczowej w dyskusjach wczesnonowożytnych, gdy ustalano teoretyczne podstawy współczesnego, abstrakcyjnego w istocie państwa, być może nigdy nie zostanie już przywrócona, co nie zwalnia historyków doktryn politycznych od jej wspominania.

Piotr Kimla*

ARNOLD GEHLEN W OBRONIE KLASYCZNYCH ZADAŃ WŁADZY I INSTYTUCJI PAŃSTWA

Środki stabilizujące gatunek – zasób wiedzy, przyzwyczajenia, szczególnie jednak trwały porządek i instytucje – stają się niezbędne człowiekowi do przeżycia, a wszelka krytyka musi zamilknąć wobec zagrożenia istnienia.

Karl-Siegbert Rehberg

Arnold Gehlen (1904–1976) należy – obok Maxa Schelera i Helmutha Plessnera – do trójcy klasyków antropologii filozoficznej¹. Myśliciele ci, czerpiąc ze wspólnego źródła (dorobku Johanna Gottfrieda Herdera), stworzyli ową dziedzinę, kojarzoną nieodparcie z filozofią niemiecką. Nie znaczy to, że ich poglądy nie były zróżnicowane. U Schelera występuje np. pochodzące z idealizmu przeciwstawienie zasady ducha i życia (zastępujące kartezjański dualizm duszy i ciała). Tworzy on zatem kontrast odwołujący się do metafizyki, implikujący tym samym jej istnienie. Natomiast „Plessner i Gehlen dążą do przedstawienia takiego opisu podstawowej struktury ludzkiego bycia, który byłby wolny od założeń metafizycznych”²; najsilniej tendencja ta ujawnia się u Gehlena. Pokonuje on dualizm wywodzący się z idealizmu Kartezjusza i Fichtego, „w którym wychodzące od świadomości samego siebie «Ja» podejmuje «czyn» wznoszenia świata «w» lub «z» tejże świadomości”³; pokonuje ów dualizm, przeciwstawiając mu elementarne, bo umożliwiające

* Autor jest stypendystą Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej.

¹ Syntetycznie zarysowane stanowiska „trójcy antropologicznej” zob. w: S. Czerniak, *Pomiędzy Szkołą Frankfurcką a postmodernizmem. Antropologia filozoficzna Geronta Böhme’a na tle klasycznych stanowisk antropologicznych*, [w:] G. Böhme, *Antropologia filozoficzna. Ujęcie pragmatyczne*, przeł. P. Domański, Warszawa 1998, s. X–XIX. Por. także H. Schnädelbach, *Filozofia w Niemczech 1831–1933*, przeł. K. Krzemieniowa, Warszawa 1992, s. 335–358.

² G. Häffner, *Filozofia człowieka powiązana z naukami humanistycznymi*, [w:] E. Coreth, P. Helen, G. Häffner, F. Ricken, *Filozofia XX wieku*, przeł. M. L. Kalinowski, Kęty 2004, s. 59.

³ E. Paczkowska-Lagowska, *Gehlen Arnold, [w:] Przewodnik po literaturze filozoficznej XX wieku*, red. B. Skarga, t. 5, Warszawa 1997, s. 167. Na temat stanowiska Fichtego Gehlen wypowiada się w tekście

zachowanie życia działanie. Elżbieta Paczkowska-Łagowska, polska znawczyni poglądów niemieckiego filozofa, komentując jego stanowisko, pisze:

Spraw ducha nie należy wiązać z przebywaniem w «estetycznej» sferze kontemplacji bez konsekwencji, refleksji bez zobowiązań, rozumienia niemotywuującego do działania. Ducha umieszcza Gehlen w sferze czynu, działania, które – będąc zasadniczą kategorią antropologiczną – pełni rolę zwornika jednoczącego to, co dotychczas oddzielone i zantagonizowane jako fizyczne i duchowe⁴.

W świetle powyższego nie powinno dziwić, iż w ujęciu autora *Moral und Hypermoral* instytucje, których obrona stanowi obrany temat rozważań, nie są wynikiem racjonalnego planowania, nakierowanego na realizację określonych celów. Ich źródła, jak uczy etologia (badająca u ludzi warunki kształtowania się zachowania, charakteru i obyczajów, zaś u zwierząt ich zachowania i reakcje w warunkach naturalnych), należy upatrywać „w dziedzinie zbliżonej do instynktów”. Przykładowo, instytucjonalizacja hierarchii rang służy neutralizacji wzajemnej agresji pośród osobników danej grupy, a łamanie zasad hierarchii sprowadza na winowajcę nieprzyjazne działania jej członków⁵.

Conditio humana

Niniejsze refleksje koncentrować się będą przede wszystkim na społecznych poglądach Gehlena. Jednakże, by w pełni uprzytomnić sobie powody jego obrony instytucji, nieodzowne jest kilka uzupełniających zdań na temat antropologii, wyrażonej najpełniej w dziele *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt* (Człowiek. Jego natura i miejsce w świecie).

Gehlenowska antropologia ma w założeniu być realistyczna, to znaczy bazować na empirii, na nowszych dokonaniach takich nauk, jak wspomniana etologia, a także psychologia, historia cywilizacji oraz na filozoficznym dorobku amerykańskiego pragmatyzmu⁶. Autor *Der Mensch* jest przekonany, że istota ludzka jest pojmowalna tylko wtedy, gdy rozpatruje się ją w rzeczywistych warunkach, w których funkcjonuje. Patrząc w ten sposób, widać jasno, iż „człowiekowi brakuje wrodzonego zwierzęciu przystosowania do świata”⁷. To zdanie najprościej tłumaczy Gehlenowskie pojęcie *Mängelwesen*, oddawane po polsku jako „istota ułomna” (Z. Krasnodębski), „istota naznaczona brakiem” (K. Krzemieniowa), „istota nace-

O narodzinach wolności z wyobcowania, przeł. D. Raczkiewicz-Karłowicz, [w:] *Konserwatyzm – projekt teoretyczny*, red. B. Markiewicz, Warszawa 1995, s. 123-126.

⁴ E. Paczkowska-Łagowska, *Działanie a rozumienie. Arnold Gehlen przeciwko Wilhelmowi Diltheyowi w „sprawie ducha”*. (Komentarz do tekstu A. Gehlena „Ekspozycja kilku problemów ducha”), „Studia z filozofii niemieckiej”, t. 4, Toruń 2004, s. 74-75.

⁵ Por. A. Gehlen, *Instytucje*, przeł. E. Paczkowska-Łagowska, „Zdanie” 1989, nr 11-12, s. 45. Cytowane w dalszej części tekstu *Instytucje; Państwo; Hipertrofia moralności* są polskimi tłumaczeniami fragmentów pracy A. Gehlena, *Moral und Hypermoral. Eine pluralistische Ethik*, Bonn 1969.

⁶ Zob. Z. Kuderowicz, *Wstęp do: A. Gehlen, W kręgu antropologii i psychologii społecznej*. Studia, przeł. K. Krzemieniowa, Warszawa 2001, s. 5.

⁷ A. Gehlen, *W kręgu antropologii...*, s. 42.

chowana niedostatkiem” (E. Paczkowska-Łagowska)⁸. Poszczególne organy zwierzęce są dalece bardziej wyspecjalizowane i umożliwiają przeżycie.

Z powodu czysto organicznego ubóstwa – czytamy u Gehlena – inteligentne działanie człowieka jest przede wszystkim konstruktywnym zmienianiem świata zewnętrznego. Człowiek musi np. sam wytworzyć i przysposobić broń, której mu organicznie odmówiono, albo też kiedy wdiera się w strefę chłodu, owijając się futrem, które na nim nie rośnie⁹.

Istota ludzka jest zatem krucha, a jednocześnie niezwykle plastyczna, podatna na kształtowanie. Zalew możliwości rozwojowych prowadziłby wszakże do paraliżu jego działań, a tym samym do unicestwienia. W takiej sytuacji musi zostać wykształcone działanie zmierzające ku odciążeniu od „każdorazowej spontaniczności”, od zbyt wielu decyzji, zbyt wielu perspektyw. Działanie tego typu nie może się sprowadzać do bezwzględnego, natychmiastowego zaspokajania potrzeb i popędów. Musi zmierzać do realizacji potrzeb w dłuższej perspektywie, co człowiek – „istota głodna przyszłym głodem” (wyrażenia Thomasa Hobbesa) sobie uświadamia. Wymaga więc ustanowienia stabilnego porządku, ukierunkowanego na odległą często przyszłość. Działanie takie potrzebuje oparcia w trwałych instytucjach.

Obrona instytucji

Stabilizacja wprowadzana przez instytucje domaga się od człowieka postawy ascetycznej, samodyscypliny, ustanawiania hamulców¹⁰. Niezbędny jest dystans i wypracowanie umiejętności czekania. Gehlen jest przekonany, że subiektywna celowość nie tłumaczy fenomenu działania, prowadzącego do wykształcenia trwałych instytucji. Objaśnia je dopiero wtórna celowość obiektywna. Kategorie te uprzystępnia następujący przykład, opierający się na wywodach Gehlena: subiektywna celowość nakazywałaby bezpośrednie zaspokajanie głodu wszelkim dostępnym pożywieniem, co prowadziłoby jednakże do konsumpcji nasion i tym samym stanęłoby na przeszkodzie w uformowaniu rolnictwa. To wtórna celowość obiektywna pozwala wytworzyć postawę ochronną w stosunku do nasion i wzrastają-

⁸ Wspomniany termin ujawnia inspirację Gehlena nie tylko dziedzictwem Herdera, który w słynnej *Rozprawie o pochodzeniu języka* pisze, iż przyroda wydała człowieka na świat niegotowym i bezbronny, naznaczonym licznymi niedostatkami, uczyniła go wyekspozowanym (por. J. G. Herder, *Rozprawa o pochodzeniu języka*, [w:] idem, *Wybór pism*, przeł. J. Galecki i in., Wrocław 1988), lecz również myślą Fryderyka Nietzschego, który ujmując człowieka jako „zwierzę nie w pełni ustalone”. Notabene sformułowanie to można odnaleźć już w starożytności. Herder powołuje się na opis Pliniusza, wedle którego natura „już w dniu narodzin wysadza nagiętego człowieka na nagą ziemię i zmusza do jęku i płaczu; żadne inne zwierzę nie jest skazane na lzy, i to już na początku życia”. Por. K.-S. Rehberg, *Antropologia działania i teoria porządku Arnolda Gehlena*, [w:] *Konserwatyzm – projekt...*, s. 76. Pliniuszowskie źródło myśli Herdera stanowi znakomite potwierdzenie następującego przekonania Gehlena: „o filozofach można powiedzieć, że są wybitni, jeżeli w ciągu trzydziestu czy pięćdziesięciu lat wypowiedzieli chociaż dwie ważne myśli. Trzeba jednak uważać, czy przypadkiem nie zostały one już wypowiedziane przez Greków, którzy wszystko wiedzieli i wśród których znaleźć można prekursora każdej myśli”. Zob. A. Gehlen, *O narodzinach wolności...*, s. 125.

⁹ A. Gehlen, *W kręgu antropologii...*, s. 112.

¹⁰ Zob. A. Gehlen, *Ekspozycja kilku problemów ducha*, przeł. E. Paczkowska-Łagowska, [w:] „Studia z filozofii niemieckiej”, t. 4, Toruń 2004, s. 70. Tekst *Ekspozycja kilku problemów ducha* stanowi rozdział zamykający dzieło Gehlena *Der Mensch*.

cych roślin, tym samym doprowadza do zebrania plonów i koniec końców do rozwinięcia sztuki uprawy ziemi. Zatem tylko nakierowana na odleglejszą perspektywę wtórna celowość obiektywna tworzy podłoże dla powstania instytucji.

„Instytucje – powiada Gehlen – umożliwiają pewność zachowania i uregulowaną wzajemność”¹¹. Znaczy to, że tworzą one stabilny układ, oswojone środowisko człowieka, tak jak środowisko naturalne wyznacza ramy życia zwierząt. Stąd Gehlenowska teza o bezpłodności przeciwstawiania sobie człowieka natury i kultury. Żadna z realnie egzystujących społeczności ludzkich nie funkcjonuje w stanie czystej naturalności¹². Każda z nich wykształca na przykład określoną technikę zdobywania pożywienia przy użyciu odpowiednio opracowanej broni. Omawiany myśliciel widzi instytucje jako „historycznie uwarunkowane sposoby opanowania życiowo ważnych zadań i sytuacji; bowiem wyżywienie, rozmnażanie się, bezpieczeństwo domagają się uregulowanego i trwałego współdziałania”¹³.

Autor *Die Seele im technischen Zeitalter* nie ma wątpliwości, iż redukcja, atrofia instytucji wiedzie do wybuchu subiektywizmu; wiedzie do sytuacji, w której

jednostka przeżywa własne przypadkowe, wewnętrzne doświadczenia, własne nabyte przekonania i myśli, i własne reakcje uczuciowe bez zastanowienia i bezpośrednio tak, jak gdyby miały one doniosłość ponadpersonalną. Ignorowany przez instytucje i zdany na własne siły człowiek właściwie nie może inaczej reagować niż podnosząc swoje wnętrze do rangi powszechnej ważności¹⁴.

Co wtedy z argumentem, że ucieczka w subiektywizm nie jest niczym innym aniżeli poszukiwaniem wolności ograniczanej przez instytucje? One schematyzują człowieka, formują jego sposób odczuwania i myślenia. Omawiany autor oczywiście zgodziłby się, iż instytucje typizują nasze zachowanie, stylizują nasze myślenie i działanie. Zarazem jednak to one zapewniają rezerwy energii; stwarzają w swoich ramach miejsce na działanie nowe, twórcze, wydajne, a przez to satysfakcjonujące.

Rozwijana przez Gehlena nauka o instytucjach pozwala mu na stanowcze przeciwstawienie się tezie Hegla o samorozwoju idei. Opaczność i oderwanie od rzeczywistości tkwi, jego zdaniem, w przekonaniu, iż powstałe w niespokojnych głowach jakiegoś Woltera, Rousseau albo Toma Paine’a idee były siłami motorycznymi historii: „Trzeba szukać konkretnych zrzeczeń, które miały na celu pro-

¹¹ A. Gehlen, *Instytucje...*, s. 45.

¹² Warto w tym momencie przytoczyć argument polemiczny autorstwa Zbigniewa Kuderowicza. Pisze on: „Jego [Gehlena – P.K.] zapewnienia o zaoszczędzeniu dzięki instytucjom indywidualnej energii i kreatywności wydają się czcziymi deklaracjami, ponieważ wszelkie formy życia i współdziałania są dla niego zinstytucjonalizowane i objęte pewną dyscypliną, choćby dzięki nawykom” (Z. Kuderowicz, *Wstęp do: A. Gehlen, W kręgu antropologii...*, s. 17). Argument nie wydaje się celny, gdyż z całościowego stanowiska niemieckiego myśliciela przebiega intencja obrony instytucji. Nawet jeśli po zniszczeniu form instytucjonalnych społeczności żyjącej na danym obszarze będzie ona niechybnie skazana na ponowne ich wytworzenie, nie zmienia to faktu, iż w okresie zakwestionowania ładów instytucjonalnych wcześniej obowiązującego (w okresie rewolucji) wyższa energia duchowa nie może się ujawniać. Potwierdza to tezę o dobroczynnie odciążającej funkcji instytucji oraz wpisuje „w centralny topos tradycji wywodzącej się od Hobbesa, polegający na samoobronie instytucji przed ich „twórcami”, która stanowi jedną z najważniejszych cech instytucji”. Zob. K.-S. Rehberg, *Antropologia działania...*, s. 80.

¹³ A. Gehlen, *Instytucje...*, s. 45.

¹⁴ A. Gehlen, *W kręgu antropologii...*, s. 118. Szeroko na temat pisałem w książce *Kiedy czas staje i czas nie ma końca. Idee polityczne w eseistyce T. S. Eliota*, Kraków 2003.

pagowanie idei, ich wcielanie w życie i demonstrowanie”¹⁵. Wywód służy zobrazowaniu myśli, że nie pojedynczy ludzie, lecz jedynie instytucje mają moc ucieleśniania idei, umacniania ich obowiązywalności, a także przyswajania sobie nowych. Niemiecki filozof pisze *explicite*: „systemy idei, jakiegokolwiek by były rodzaju, swą stabilność, ponadczasową rangę znaczeniową, a nawet szansę przeżycia zawdzięczają instytucjom, do których są inkorporowane”¹⁶.

Jak wspomniano, instytucje pełnią funkcję odciążającą w stosunku do istoty „z natury narażonej i niestabilnej, przeciążonej afektami”. Dzięki bezproblemowości, jaką wprowadzają w posunięcia człowieka, dzięki układowi reguł, w ramach których posunięcia te następują, powstają warunki do uwolnienia wyższej energii duchowej człowieka. Mówiąc prościej, dzięki zagwarantowaniu trwałego poczucia bezpieczeństwa oraz zaspokojeniu podstawowych potrzeb człowiek zyskuje czas do odnalezienia w sobie wzniosłych uczuć i myśli. Rzecz jasna myśli uwolnione od koncentracji na konieczności przeżycia mogą i często stają się odrealnione. Co więcej, w swym irrealizmie kierują się nawet ku niszczeniu instytucji, a więc, mówiąc w całkowicie dosłownym, a nie metaforycznym sensie, do zatrucia życiodajnego dla człowieka źródła.

Prendująca do naukowej ścisłości antropologia Gehlenowska nie pozostawia wątpliwości, że „poniżej nadbudowy instytucji nie istnieje żadna inna, a już z pewnością nie «szlachetna» natura, lecz presje, agresje, «przeżycia» i naprawdę niewybaczalne zaniedbanie się”¹⁷. W powyższym zdaniu wyraża się antyrousowskie ostrze filozofii Gehlena¹⁸. Jednocześnie uderza wyraźna zbieżność między autorem *Urmensch und Spätkultur* a Hobbesem, uwidaczniająca się w przekonaniu, że rozpad instytucji prowadzi do erupcji strachu i agresji. Myśliciel XX-wieczny nie jest oczywiście skazany wyłącznie na materiał historyczny, własne doświadczenia¹⁹ i intelekt. Przywołuje – posiłkując się ustaleniami Eibl-Eibesfeldta – czysto biologiczną obserwację, że nieład społeczny wyzwala agresję w stosunku do członków grupy²⁰. Ponadto, jeśli wierzyć Monteskiuszowi, który uczy, że wolność polityczna polega na bezpieczeństwie²¹, to bez instytucjonalnego gwaranta bezpieczeństwa i stabilności w postaci władzy i państwa niemożliwe jest istnienie politycznej wolności.

¹⁵ A. Gehlen, *W kręgu antropologii...*, s. 122.

¹⁶ *Ibidem*, s. 121.

¹⁷ A. Gehlen, *Instytucje...*, s. 46.

¹⁸ Ostatni asystent Gehlena i wydawca jego dzieł zebranych Karl-Siegbert Rehberg wskazuje na jedną, zasadniczą zbieżność pomiędzy omawianym filozofem niemieckim a Janem Jakubem Rousseau. Nadmienimy, pomimo wyrażanej przez Gehlena opozycji do autora *Umowy społecznej*, zarówno Gehlen, jak też Rousseau stoją na stanowisku, że kontemplacja bez związku z praktyką życiową jest luksusem, na który człowieka nie stać. Zob. K.-S. Rehberg, *Antropologia działania i teoria porządku Arnolda Gehlena*, [w:] *Konserwatyzm...*, s. 78.

¹⁹ Nie warto rozpisywać się na temat powszechnie znanych doświadczeń Hobbesa. Warto natomiast uświadomić sobie, że doświadczenia Gehlena, który żył w czterech ustrojach (od Cesarstwa do Republiki Bońskiej) i przeżył dwie wojny światowe, przerastają to, co widział Hobbes.

²⁰ Zob. I. Eibl-Eibesfeldt, *Grundriß der vergleichenden Verhaltensforschung*, Monachium 1967, s. 340.

²¹ „Wolność polityczna polega na bezpieczeństwie lub bodaj na przekonaniu, jakie się ma o swoim bezpieczeństwie”. Monteskiusz, *O duchu praw*, ks. XII, rozdz. 2, przeł. T. Boy-Zeleński, Kęty 1997, s. 161.

Obrona władzy i państwa

Atak na instytucje władzy i państwa – obrońców wolności²² – biegnie współcześnie z kilku kierunków. Niektóre z nich zostaną tutaj za Gehlenem wskazane. Wedle Gehlena, wolność indywidualna zagrożona jest przez napór samego społeczeństwa, ogarniętego wyreżyserowaną wizją równości. Epatowanie ideą równości posunięte do absurdu, a więc wykraczające poza równość wobec prawa, manifestowane w każdej dziedzinie i przy każdej okazji, jest, jak rzecz ujmuje Hegel, koniecznym następstwem identyfikacji woli państwa z wolą społeczeństwa²³. Państwo, wskazuje Gehlen, staje się przedmiotem ataku ze strony społeczeństwa w Anglii od czasów Locke’a, we Francji od momentu Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela (1789 r.)²⁴. Wnikliwi obserwatorzy mogli dostrzec i dostrzegali najpierw zderzenie, a potem zastąpienie etosu instytucji państwa – wyrażanego przez służbę, poświęcenie, obowiązek – etosem humanitarniejszym-eudajmonistycznym, w którym zasadniczą rolę odgrywa „poszerzona etyka rodzinna”²⁵. Przy utożsamieniu woli państwa z wolą społeczeństwa ztraca się możliwość wypełniania przez władzę państwową podstawowej funkcji – arbitra, wytwarzania „poziomu neutralizacji konfliktów” i koniec końców zapewnienia bezpieczeństwa. By wiarygodnie spełniać funkcję arbitra, niezbędny jest autorytet, płynący przede wszystkim z posiadanego dystansu do rozpatrywanych kwestii. Dystans ten zanika wraz z zaistnieniem opisywanej tożsamości państwa i społeczeństwa.

Identyfikacja woli społeczeństwa z wolą władzy – osłabiająca tę drugą – ma dalsze konsekwencje. Obserwujemy współcześnie, jak Lewiatan – potwór morski, który w klasycznych ujęciach miał nade wszystko ochraniać przed wrogiem zewnętrznym i wewnętrznym, utrzymywać *status quo*, bezstronnie rozstrzygać, nie stać na drodze pomnażania majątku, o ile jest to zgodne z bezpieczeństwem publicznym, nie nastawać na wolność indywidualną, póki nie powstaje z niej żadna szkoda – przekształca się w krowę mleczną. W swej analizie Gehlen wskazuje na Napoleona III jako na postać inicjującą opisywany proces²⁶. Zadanie władzy, tak jak współcześnie widzą je obywatele, sprowadza się do roztoczenia opieki i rozdawnictwa dóbr. Ten wszakże, kto rozdaje, trwoni, rozmiękcza swój autorytet. Dzieje się tak pod wpływem prostego mechanizmu: podział dóbr nigdy nie będzie uznany za sprawiedliwy, nie sposób zadowolić wszystkich.

²² Paradoksalność wyrażonego sformułowania, narzucająca się prawdopodobnie większości odbiorców (szczególnie gdyby potraktować je w oderwaniu od kontekstu), uzmysławia współczesną dominację stanowiska liberalnego, postrzegającego instytucje jako ograniczające wolność zło konieczne.

²³ Autorem jednej z wymowniejszych krytyk utożsamiania tego, co społeczne, z tym, co państwowe, jest Carl Schmitt. Twierdzi on, iż „w wyniku nakładania się sfery państwa i społeczeństwa zanikają «neutralne» dotąd obszary, takie jak religia, kultura, edukacja czy gospodarka”, a rezultatem jest państwo totalne, w którym wszystko jest upolitycznione. Zob. C. Schmitt, *Pojęcie polityczności*, [w:] idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, przeł. M. A. Cichocki, Kraków 2000, s. 195.

²⁴ Por. A. Gehlen, *Państwo*, przeł. E. Paczkowska-Łagowska, „Zdanie” 1989, nr 11-12, s. 49.

²⁵ Zob. A. Gehlen, *Hipertrofia moralności*, przeł. E. Paczkowska-Łagowska, „Zdanie” 1989, nr 11-12, s. 52.

²⁶ Por. A. Gehlen, *Państwo...*, s. 49.

Gehlen przekonuje w dalszym ciągu wywodu, iż w oczach wielu państwo współczesne stało się zbędne jako siła neutralizująca, gdyż wraz z wzrostem produkcji pojawił się pomysł „utopienia” przeciwnieństw społecznych w dobrobycie. Myśliciel trafnie zauważa, iż pomysł jest iluzoryczny, jako że nie tylko głód buntuje. To znaczy, gdy ludziom – w długiej perspektywie – przestaje już zagrażać niedostatek żywności, zaczynają odczuwać jako nieznośne tego typu braki, o których w ogóle nie myśleli, będąc głodnymi. Zatem po zaspokojeniu głodu konflikty rodzą się na tle możliwości realizacji celów, statusu społecznego itp. Zapotrzebowanie na arbitra neutralizującego konflikty nie wydaje się więc ulegać przedawnieniu. „Ponadto – pisze niemiecki myśliciel – wykształciła się nowa opozycja, tak zwana inteligencja, której potrzeba władzy w żaden sposób nie jest nasycona, *quasi*-arystokracja, która kieruje szturmem na i tak niestabilny autorytet państwa: teolodzy, socjolodzy, filozofowie, redaktorzy i studenci stanowią jej rdzeń”²⁷. Przycho-dzą w tym kontekście na myśl słowa Josepha de Maistre’a: „Dążąc nieustannie do wysuwania na stanowiska ludzi niskiego pochodzenia, bez nazwiska i majątku, nauka wystawia Państwo na niebezpieczeństwo: nauka bowiem dostępna jest wszystkim i pycha klas niższych w Państwie zawsze będzie się chwytać tego sposobu wyniesienia się, to zaś jest groźne. Z chwilą zaś gdy nauka sama, to znaczy nie złączona ze szlachectwem i własnością ziemską, zostanie nadmiernie wysunięta na stanowiska administracyjne, rewolucja wydaje się nieunikniona”²⁸. Problem z inteligencją potęgowany jest tym, iż mamy do czynienia z grupą produktywnie bez znaczenia, patrząc „od strony pilnych potrzeb gospodarczych”. Inteligencja pod względem prestiżu płynącego ze statusu majątkowego nie może stawać w szranki z ludźmi biznesu. W związku z tym jej ambicje nie mogą być zaspokojone inaczej, jak tylko przez udział we władzy. Według Gehlena, nie kto inny, lecz intelektualiści nie czujący odpowiedzialności za swoje słowa ponoszą winę za krzewienie etyki humanitarystycznej, która sytuuje się w ostrej opozycji do etyki polityczno-państwowej. Prymat etyki humanitarystycznej oznacza uczynienie etyki życia prywatnego (etyki przekonań) etyką polityczną. Opis groźnych reperkusji takiego zabiegu stanowi odrębny temat²⁹. Z pewnością prowadzi do zapoznania przez społeczeństwo prawdy, że „aby wytrwać w warunkach zagrożonego bezpieczeństwa, naród potrzebuje pewnych cnót, które polegają na wytworzeniu dystansu: dyscypliny i trzeźwości, czujności i wytrwałości, zdolności do koncentracji i racjonalnego zmysłu ostrzegawczego – jednym słowem cnót politycznych. Potrzebuje również wyczucia, jakie postawy i hasła niebezpieczne są na dłuższą metę dla tych cnót”³⁰.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ J. de Maistre, *Wybór pism*, przeł. J. Trybusiewicz, [w:] J. Trybusiewicz, *De Maistre*, Warszawa 1968, s. 205.

²⁹ Pisałem o tym w tekście pt. *Etyka przekonań jako etyka polityczna*, [w:] *Etyka i polityka*, red. D. Pro-bucka [w druku].

³⁰ A. Gehlen, *Państwo...*, s. 47.

Marcin Sala-Szczypiński

ZNACZENIE ZASAD WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO W PRAWIE POLSKIM

Pojęcie klauzuli generalnej

Z pewnością nikt nie sprzeciwiłby się ogólnemu stwierdzeniu, że klauzula generalna zasad współżycia społecznego służy wprowadzeniu do procesu stosowania prawa elementu wartościowania i oceny moralnej. Jednak bardziej szczegółowe próby wyjaśnienia i analizy tego pojęcia budzą wiele kontrowersji, wywołują wątpliwości, których rozwianie wymaga głębszej analizy. Wydaje się, iż znaczenie zasad współżycia społecznego w procesie stosowania prawa wykracza poza ramy określone im przez przepisy bezpośrednio odwołujące się do tychże zasad; twierdzić można nawet, iż wprowadzają one element moralny (rozumiany nie tylko jako posiłkowa hierarchia wartości etycznych, lecz jako kryterium definicyjne) do całego systemu prawa – można porównywać je z Dworkinowskimi *principles*. Formułowane są w literaturze przedmiotu twierdzenia, zgodnie z którymi klauzula generalna zasad współżycia społecznego może być normatywnie uznana za swego rodzaju normę kompetencyjną, legalizującą prawotwórczą działalność sądów. Można wręcz twierdzić, że powoływanie klauzul generalnych w istocie mistyfikuje prawotwórczą, nieskrępowaną działalność sędziego.

Przypomnijmy jedynie ogólne pojęcie klauzuli generalnej, z tej racji, że pojęcie to było już wielokrotnie przedmiotem wnikliwych badań prowadzonych przez licznych autorów¹.

¹ W szczególności wskazać należy następujące prace: S. Grzybowski, *Struktura i treść przepisów prawa cywilnego odsyłających do zasad współżycia społecznego*, „Studia Cywilistyczne”, t. 6, Warszawa 1965; L. Leszczyński, *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, Lublin 1986; K. Wójcik, *Teoretyczna konstrukcja*

Warto przywołać definicję L. Leszczyńskiego, który zaproponował rozumienie klauzuli generalnej jako zwrotu:

- 1) nieokreślonego znaczeniowo, będącego częścią przepisu prawnego,
- 2) odsyłającego do ogólnie ukierunkowanych, ocennych kryteriów pozaprawnych,
- 3) którego konkretna treść ustalana jest w procesie stosowania prawa².

Tę definicję, najbardziej mnie przekonującą, przyjmuję za punkt odniesienia. Zwroty zawarte w wypowiedziach normatywnych podzielić można na dookreślone i niedookreślone. Te pierwsze to takie, których hipoteza i dyspozycja w sposób wyczerpujący i dokładny ustalają wszystkie elementy sytuacji faktycznej i całą treść dyspozycji, nie pozostawiając miejsca na oceny sędziowskie. Natomiast niedookreślone to takie, które nie ustalają bezpośrednio i wyczerpująco wszystkich elementów hipotezy i dyspozycji, zadanie to pozostawiając ocenie sędziego. Przyczyny przerzucenia oceny na sędziego są rozmaite³. Po pierwsze, może tu chodzić o względy techniczno-kodyfikacyjne, uzasadniające odesłania do języka potocznego lub naukowego („przedmiot materialny”, „przyczyna”). Zmiany w rozumieniu takich zwrotów powstawać mogą tylko z biegiem czasu, wynikając ze zmian stosunków społeczno-gospodarczych, postępu nauki i techniki, nie zaś z indywidualnych okoliczności danej sprawy. Natomiast o względach polityczno-kodyfikacyjnych mówimy wtedy, gdy zwrot niedookreślony wprowadzany jest po to, by pozostawić sędziemu swobodę dokonywania ocen w imię moralności, interesów polityki, świadomości społecznej. Oczywiście jest, że celem zwrotów niedookreślonych wprowadzanych z tych względów jest wywoływanie różnych ocen sędziowskich w poszczególnych przypadkach.

Przez przepisy odsyłające *sensu largo* rozumiemy przepisy niekompletne, odsyłające do innych przepisów prawa obowiązującego lub do reguł spoza systemu prawa. Przepisy odsyłające pozasystemowo pełnią dwojaką funkcję: uelastyczniają prawo, odsyłając do ocen społecznych, oraz sankcjonują ustalenia, na których ochronie zależy prawodawcy, a których nie jest on w stanie bezpośrednio regulować⁴. Odesłanie zawarte w klauzuli generalnej ma charakter ukierunkowany, przy czym ukierunkowanie to może mieć różny stopień ogólności, w zależności od kryterium odesłania, które może mieć charakter moralny (zasady współżycia społecznego), polityczny (zasady ustroju państwa), ekonomiczny (interes gospodarki narodowej) lub łączący wymienione cechy (społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa).

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że samo pojęcie „odsyłania” nie jest jednoznaczne i często nadaje mu się odmienny sens, mówiąc o odsyłaniu w odniesieniu do klauzul generalnych⁵. Podkreśla się, że odsyłanie do konkretnie określonych przepisów to nie to samo, co odsyłanie do ocen, to ostatnie bowiem „nie ma adresu”. Niezależnie

klauzuli generalnej, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1990, t. 44; zob. także: eadem, *Z problematyki klauzul generalnych prawa cywilnego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1981, t. 26.

² L. Leszczyński, *op. cit.*, rozdz. I.

³ Dwie niżej przedstawione szeroko omawia: S. Grzybowski, *op. cit.*, s. 32 i nast.

⁴ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 349 i nast.

⁵ Zob. M. Pawełczyk, *Uwagi o „odsyłającym” charakterze klauzul generalnych*, „Studia Iuridica Silesiana” 1984, nr 9.

od rodzaju kryteriów, do jakich odsyła konkretna klauzula generalna, uwagę zwraca spór między obiektywnym a subiektywnym ujęciem zawartości treściowej klauzul generalnych. Próby pełnej obiektywizacji kryteriów ocen negują samą istotę klauzul generalnych, pozbawiając je elastyczności i relatywności, które mają przecież być podstawową zaletą tych klauzul.

Z drugiej jednak strony, stanowisko skrajnie subiektywistyczne przeczy postulatowi pewności prawa, utrudnia, jeśli wręcz nie uniemożliwia, weryfikację przyjmowanych ocen przez organ wyższej instancji, prowadząc do zupełnej dowolności. Jak zwykle najwłaściwsze wydaje się rozwiązanie pośrednie, „trzecia droga” – na uwagę zasługuje stanowisko zaprezentowane przez Marka Safjana⁶ (przedstawiciela realizmu prawnego nie omieszkaliby z pewnością podkreślić – Prezesa Trybunału Konstytucyjnego), zgodnie z którym minimum poprawności podejmowanych rozstrzygnięć wyznaczone jest przez konieczność respektowania w procesie stosowania prawa podstawowych wartości zakorzenionych w kulturze danego społeczeństwa, a więc w naszym przypadku przede wszystkim wartości etyki chrześcijańskiej. Dopiero w tak zakreślonych granicach dopuszczalny jest subiektywizm sędziowski, co więcej – jest on niezbędny. Zgoda na przyjęcie pewnych ogólnych założeń aksjologicznych nie przesądza bowiem jeszcze rozstrzygnięć podejmowanych *in concreto*, w obliczu indywidualnej sprawy, przy uwzględnieniu wszelkich jej odrębności. W odniesieniu do konkretnej sprawy, rozstrzyganej przez konkretny organ, decydującą rolę odgrywać będą wartości, przekonania czy też intuicyjne poczucie prawa słusznego osób wchodzących w skład organu orzekającego. Tak więc okazuje się, że ostatecznie stosowanie klauzul generalnych pozostaje w sferze dyskrejonalnej władzy sędziego.

Charakterystyczną cechą klauzul generalnych jest fakt, iż tworzą one dla podmiotu stosującego prawo luz decyzyjny. Jest to luz decyzyjny jawny, polegający na wyraźnym wskazaniu podmiotowi stosującemu prawo konieczności uwzględniania określonych kryteriów pozaprawnych. Jest to także luz zamierzony, świadomie wprowadzony do treści ustawy przez prawodawcę. Pozostawiając sądowi luz decyzyjny, prawo w mniejszym lub większym stopniu zawęża jednak swobodę wyboru konsekwencji, wskazując sposoby lub kryteria podejmowania decyzji przez stosowanie „odsyłających” dyrektyw wyboru. Luz decyzyjny oznacza sferę autonomii organu stosującego prawo, wynikającą z nieokreślenia kryteriów dochodzenia do decyzji finalnej przez poszczególne decyzje cząstkowe: walidacyjne (dotyczące obowiązywania stosowanych przepisów), interpretacyjne (dotyczące ustalenia ich znaczenia), dowodowe (odnoszące się do ustalenia faktów sprawy) czy subsumpcji (wyboru konsekwencji ustalonych faktów na gruncie prawidłowo zinterpretowanych, obowiązujących przepisów)⁷.

Podnoszone są jednak głosy, że faktycznie ze względu na kontrolę instancyjną luz ten przysługuje jedynie ostatniemu organowi stosującemu prawo w danej

⁶ M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, „PiP” 1990, z. 11.

⁷ Szeroko pojęcie luzu decyzyjnego i dyrektywy wyboru konsekwencji omawia J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa* Warszawa 1988, s. 240 i nast.

sprawie, natomiast „dla pozostałych organów klauzulom generalnym towarzyszy nie swoboda, lecz raczej istotny kłopot”⁸.

Wprawdzie konstytucyjny obowiązek szanowania zasad współżycia społecznego (sformułowany w art. 76 – według późniejszej numeracji odpowiadał mu art. 90 – Konstytucji z 1952 roku) skierowany był do obywateli, nie zaś bezpośrednio do organów stosujących prawo, jednak siłą rzeczy organ ustalający konsekwencje prawne określonego stanu faktycznego musiał brać pod uwagę spoczywający na stronach stosunku prawnego obowiązek szanowania tych zasad, będący elementem podstawy orzekania. Niewątpliwie jednak taka forma wprowadzenia zasad współżycia społecznego miała znacznie mniejszą „siłę oddziaływania” niż ewentualnie wprost sformułowany nakaz brania pod uwagę tych zasad – nałożony bezpośrednio na organ orzekający (w przypadku powołania tej klauzuli w przepisach szczegółowych). W przyjętym rozwiązaniu organ orzekający musiał uwzględniać problem zgodności zachowania stron stosunku prawnego z zasadami współżycia społecznego – uwzględniał go jednak przez pryzmat właściwych przepisów, nie zawsze te zasady powołujących, tak więc sam nie zawsze mógł się na nich oprzeć, rozstrzygając sprawę.

Zagadnienia te niezwykle jeszcze komplikowała kwestia wątpliwości co do możliwości i zakresu bezpośredniego stosowania przepisów konstytucji⁹. Na gruncie Konstytucji z 1952 roku dominował pogląd o braku możliwości bezpośredniego stosowania postanowień jej art. 76. Uznawano, iż odwoływanie się do tego przepisu mogło następować jedynie przez przepisy ustaw zwykłych, zawierających to samo odesłanie – zgodnie z ogólnym poglądem, iż normy konstytucyjne stanowią jedynie zrab nadbudowy prawnej, a ich stosowanie nie jest możliwe bez rozwinięcia w ustawach zwykłych i innych aktach normatywnych.

Najwyższa moc prawna konstytucji jako ustawy zasadniczej była w nauce prawa powszechnie uznawana, problem jednak stanowiła kwestia normatywności jej postanowień – to znaczy uznanie, że obowiązuje ona we wszystkich rodzajach stosunków prawnych i może być bezpośrednio stosowana przez organy państwa. Ogólny, deklaratoryjny sposób formułowania wielu postanowień konstytucji sprzyjał argumentacji podważającej jej normatywy charakter. Nic nie pomogło nawet wskazywanie, iż jest to ustawa – wprost odwrotnie, nadal argumentem przemawiającym przeciw bezpośredniemu stosowaniu konstytucji była zasada podległości sędziego ustawie. Dopiero w obowiązującej Konstytucji RP przyjęto wyraźnie zasadę bezpośredniego stosowania jej postanowień. Jej art. 8, ust. 2 stanowi, iż „Przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej”, natomiast zgodnie z art. 178, ust. 1 „Sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom”. Nadal jednak w nauce prawa podkreśla się, że bezpośrednie stosowanie konstytucji jest możliwe jedynie w wypadku norm samowystępujących – a więc takich, które zostały sfor-

⁸ Z. Radwański, M. Zieliński, *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie prywatnym*, „Przegląd Legislacyjny” 2001, nr 2.

⁹ Por. np.: A. Burda, *Polskie prawo państwowe*, Warszawa 1977, s. 46 i nast.; *Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, Lublin 1998, s. 194 i nast.

mułowane w sposób jednoznaczny i wystarczający do zastosowania bez potrzeby odwoływania się do innych przepisów. Samowykonalne byłyby więc te normy konstytucyjne, które są dostatecznie precyzyjne, by na ich podstawie określić treść decyzji stosowania prawa, odesłanie do regulacji ustawowej pozbawia je tego charakteru (lub przynajmniej ogranicza ową „samowykonalność”).

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku nie zawiera jednak – w przeciwieństwie do Konstytucji z 22 lipca 1952 – odwołania do zasad współżycia społecznego. Powołane w art. 2 Konstytucji zasady sprawiedliwości społecznej z pewnością nie są tożsame z zasadami współżycia społecznego (choć częściowo mogą się z nimi pokrywać), wiążą się też z nimi odmienne skojarzenia. Świadoma rezygnacja z wprowadzenia do treści konstytucji tej klauzuli pozwala przypuszczać, że ustawodawca nie chciał nadawać jej znaczenia naczelnej zasady wyznaczającej kierunek interpretacji pozostałych przepisów prawa i wpływającej na treść wszystkich stosunków prawnych. Takie stwierdzenie nie przekreśla jednak znaczenia zasad współżycia społecznego w poszczególnych gałęziach prawa, zwłaszcza w prawie cywilnym – znaczenia wynikającego z przepisów należących do tych gałęzi prawa.

Zasady współżycia społecznego w kodeksie cywilnym. Sens i bezsens wprowadzania zmian

W nauce prawa przedstawiono różne propozycje systematyki przepisów odsyłających do zasad współżycia społecznego; w tym miejscu, mając na celu jedynie podkreślenie doniosłej roli, jaką zasady współżycia społecznego odgrywają w prawie polskim, wystarczy wskazać trzy grupy przepisów odwołujących się do zasad współżycia społecznego.

Po pierwsze, przepisy, które wiążą ujemne skutki z naruszeniem zasad współżycia społecznego, jak przede wszystkim art. 5 k.c. o nadużyciu prawa podmiotowego. Kolejną grupę tworzą przepisy uzależniające powstanie, zmianę albo ustanie praw lub obowiązków od oceny stosunku prawnego dokonanej z punktu widzenia zasad współżycia społecznego. Powołać można w tym miejscu art. 419, 428 i 431, § 2 k.c., określające wypadki, w których odpowiedzialność za szkodę oparta zostaje na wymaganiach zasad współżycia społecznego. Do grupy trzeciej zaliczyć można te przepisy, które służą określeniu treści stosunku cywilnoprawnego, jak art. 56 kodeksu cywilnego, według którego czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej określone, lecz również wynikające z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów, art. 65, § 1 k.c., nakazujący takie tłumaczenie oświadczenia woli, jakiego wymagają ze względu na okoliczności, w jakich zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, art. 140 k.c., określający treść prawa własności, art. 353¹ k.c., pozwalający stronom zawierającym umowę na ułożenie stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Rozpoczynając pisanie nawet krótkiego artykułu, którego tematem mają być zasady współżycia społecznego, nie można być pewnym, czy w momencie jego ukończenia zachowa on nadal aktualność, czy nie będzie mieć charakteru wyłącznie historycznego – coraz częściej bowiem, w pracach rozmaitych komisji kodyfikacyjnych oraz w wypowiedziach przedstawicieli doktryny i praktyki podnoszone są postulaty zastąpienia tytułowego pojęcia innym kryterium oceny. Okres przemian politycznych i społecznych, wiążący się z częstymi nowelizacjami prawa, wprowadzaniem do niego nowych pojęć, w tym również stanowiących wyraz aksjologicznej otwartości systemu prawa, wymusza konieczność zastanowienia się nad dalszą „użytecznością” zasad współżycia społecznego oraz nad wadami i zaletami ewentualnego zastąpienia tego pojęcia jakimś innym kryterium, na przykład „dobrymi obyczajami”, „dobrą wiarą” (właściwsze w tym kontekście byłoby mówienie o powrocie do dawnych kryteriów, mają one przecież bowiem długą tradycję i ustalone orzecznictwo). Rozważyć zatem należy zalety i wady postulowanych, jak również wprowadzanych już w systemie prawa polskiego zmian, mających na celu zastąpienie zasad współżycia społecznego inną klauzulą słusznościową.

Klauzula zasad współżycia społecznego zaczerpnięta została z systemu prawa radzieckiego i wprowadzona w miejsce tradycyjnych klauzul słuszności, dobrej wiary, uczciwości w obrocie. Jej wprowadzenie zmierzało do ustanowienia nowych jakościowo kryteriów oceny. Zwracano uwagę, iż o ile wcześniejsze klauzule odwoływały się do przeciętnej czy minimalnej moralności, poszukując uzasadnienia i celów w samych sobie, o tyle „klauzula zasad współżycia była nakierowana na przekształcenie i doskonalenie rzeczywistości, jej dostosowanie do nowych ideologicznych i politycznych wymagań”¹⁰. Takie ujmowanie zasad współżycia społecznego jako reguł zachowania niezbędnych do realizacji celów społeczeństwa socjalistycznego na długo zaciążyło nad praktycznym stosowaniem i teoretyczną interpretacją tej klauzuli, owa socjalistyczno-moralna konotacja zasad podkreślana była na każdym kroku. Jak zauważa T. Zieliński, „względy językowo-polityczne narzuciły zarazem niektórym teoretykom prawa rozumienie owych „zasad” jako reguł będących produktem wyłącznie socjalistycznej kultury (norm moralności socjalistycznej)”¹¹. W takim ujęciu polityka zyskiwała prymat nad moralnością, gdyż polityczny cel (budowa socjalizmu) stanowił kryterium moralności zachowań temu celowi służących – „ogólnie charakteryzując normy specyficzne dla moralności socjalistycznej, można posłużyć się leninowską formułą, zgodnie z którą moralnym jest takie postępowanie, które zbliża zwycięstwo socjalizmu”¹².

To właśnie ta silna historyczna relatywizacja klauzuli zasad współżycia do reguł moralności socjalistycznej uzasadniać ma zastąpienie jej innymi klauzulami. Przyjmować można bowiem stanowisko uznające, iż liczne wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwo narosłe w tej formule interpretacyjnej uniemożliwiają jakiegokolwiek odstępstwa od dotychczasowego rozumienia zasad. W moim przekonaniu

¹⁰ M. Safjan, *op. cit.*, s. 49.

¹¹ T. Zieliński, *op. cit.*, s. 156.

¹² H. Jankowski, *Moralność jako forma świadomości społecznej*, [w:] *Filozofia marksistowska*, Warszawa 1971, s. 619.

można jednak prowadzić argumentację we wprost przeciwnym kierunku. Ostateczne rozstrzygnięcie należeć będzie oczywiście do prawodawcy, zwracać jednak musimy uwagę na to, iż zachowanie tej klauzuli pozwoli na stopniową, ewolucyjną transformację prawa bez radykalnego przekreślania dorobku przeszłości, natomiast wprowadzenie nowego kryterium będzie postrzegane jako rewolucyjna zmiana (mam tu na myśli przede wszystkim ewentualne zmiany kodeksu cywilnego, w szczególności jego art. 5, odnoszącego się do nadużycia prawa – w innych bowiem gałęziach wspomniane wyżej klauzule, jak dobre obyczaje, już przecież występują). Zmiana taka byłaby pożądana, gdyby rzeczywiście intencją ustawodawcy było odstąpienie od dotychczasowej linii orzecznictwa – wprowadzenie istotnych różnic w merytorycznej treści rozstrzygnięć wydawanych na podstawie przepisów regulujących określone instytucje prawne, a zawierających odesłanie pozaprawne o uznanej funkcji korygującej. W istocie jednak trudno oczekiwać tak radykalnych i daleko idących zmian orzecznictwa. Zasady współżycia społecznego nazywane były, obok określenia „klauzula generalna”, również „klauzulą adaptacyjną” – gdyż jej funkcję można było sprowadzić do adaptacji przepisów *stricti iuris* na użytek konkretnego przypadku: łagodzenia napięć między wymogami prawa pozytywnego a poczuciem sprawiedliwości, bowiem

kodeks nawet najbardziej kompletny nie jest nigdy zakończony, a przed sędzią staje tysiąc nieoczekiwanych sytuacji, ponieważ ustawy raz zredagowane pozostają takie, jak zostały napisane, natomiast ludzie nie stoją nigdy w miejscu, stale działają [...]. Siłą konieczności wiele jest pozostawione do unormowania zwyczajowego, do rozstrzygnięcia przez ludzi wykształconych i sędziego¹³.

Ostatecznie więc drugorzędną kwestią wydaje się być nazwa klauzuli generalnej, kryteria oceny, do których się ona odwołuje – najistotniejsza jest pełniona przez nią funkcja i zawarte w niej przyzwolenie dla sędziego do „uelastyczniania” prawa na potrzeby konkretnego przypadku. Można wręcz twierdzić, że nazwa klauzuli generalnej (rodzaj kryterium oceny) zależy wyłącznie od tego, jaką dziedzinę aktywności ludzkiej regulują przepisy zawierające daną klauzulę, i w gruncie rzeczy w ograniczonym zakresie wpływa ona na ostateczną treść merytoryczną rozstrzygnięcia.

Niewątpliwie rację ma M. Safjan, gdy, komentując fakt, że zastosowanie tej klauzuli w konkretnych sytuacjach w niczym nie odbiegało od stosowania klasycznych klauzul słusnościowych prawa cywilnego, stwierdza, iż

problem obiektywizacji klauzul generalnych leży w zupełnie innych obszarach, nie zaś w konwencji terminologicznej lub strukturze formalnej klauzuli, pozbawionej przecież własnej, precyzyjnie określonej zawartości treściowej¹⁴.

¹³ Pogląd wyrażony przez Portalisa jednego z twórców francuskiego kodeksu cywilnego, cyt. za K. Sójka-Zielińska, *Zasada słusności a założenia kodyfikacyjne w XIX w.*, „PiP” 1974, z. 2, s. 34.

¹⁴ M. Safjan, *op. cit.*, s. 57. Po raz kolejny podkreślam, że jest to pogląd Prezesa Trybunału Konstytucyjnego, co nadaje sprawie dodatkowy walor.

Zbyt chyba jednak lekkomyślne byłoby akceptowanie bez zastrzeżeń poglądu stawiającego znak równości pomiędzy wszystkimi klauzulami słusznoscio- wymi – różnice w nazwie kryteriów odesłania były zamierzone i przez lata (stule- cia!) stosowania znajdowały wyraz w orzecznictwie i poglądach doktryny – zatrzymajmy się więc choć chwilę nad różnicami w tych klauzulach wskazywanymi w dotychczasowym dorobku nauki.

Odwołanie do dobrych obyczajów znane było klasycznym porządkom prawnym i obecnie również na ziemiach polskich – począwszy od wielkich kodyfi- kacji cywilnych (Kodeksu Napoleona, ABGB, BGB), aż po dzień dzisiejszy. Klau- zula ta nigdy nie znikła z polskiego ustawodawstwa – nawet bowiem w drugiej po- łowie XX wieku, „zdominowanej” przez zasady współżycia społecznego w Pol- skiej Rzeczypospolitej Ludowej, obecna była w zachowanej w mocy ustawie z 2 sierp- nia 1926 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdzie zrównano ją z umieszczo- nym w nawiasie określeniem „uczciwość kupiecka”).

Konkretnie normy postępowania, wskazywane przez doktrynę i orzecznic- two jako odpowiadające dobrym obyczajom, jak choćby w wypowiedzi, zgodnie z którą „niewątpliwie dobrym obyczajem jest spłata długu przez dłużnika”¹⁵, mogą być jednocześnie uznane za objęte zasadami współżycia społecznego. Każdy prze- cież zgodziłby się z twierdzeniem, iż zasady te wymagają spłaty długu – czy też zgodnie z przyjętą przez nas konwencją – iż można sformułować zasadę głoszącą: „należy spłacać zaciągnięte długi”.

Wskazać można też poglądy, zgodnie z którymi dobre obyczaje będą „ro- zumiane przede wszystkim jako normy moralne, lokujące się bliżej tzw. spraw obyczajowych”¹⁶, choć wydaje się, że takie zawężenie jest równie uprawnione, jak i rozszerzanie ich poza sprawy obyczajowe – w znacznej mierze ma bowiem w tym kontekście charakter definicji projektującej. Pojęcie „dobrych obyczajów” wystę- pować może samodzielnie bądź też z przydawką modyfikującą (jak przede wszyst- kim w ustawowym sformułowaniu „dobre obyczaje kupieckie”, choć w języku potocznym spotkać można również wypowiedzi odwołujące się do dobrych oby- czajów sąsiedzkich czy rodzinnych).

Bronić można stanowiska przyjmującego „partykularny” charakter dobrych obyczajów, uznającego, iż zasady współżycia społecznego odwołują się do zasad właściwych społeczeństwu, podczas gdy dobre obyczaje można raczej odnieść do postępowania jednostki w określonej dziedzinie, np. działalności gospodarczej, a każda dziedzina działalności wykształca własne dobre obyczaje i inna jest ich treść np. w środowisku handlowców niż w środowisku producentów. Takie stano- wisko, uznające zróżnicowanie treściowe dobrych obyczajów (prowadzące w re- zultacie do odmiennej oceny jakiegoś zachowania na gruncie tych „poszczegół- nych odmian” dobrych obyczajów), stawiałoby nas częstokroć przed problemem wzajemnych relacji tych dobrych obyczajów, a co za tym idzie koniecznością for- mułowania jakichś reguł kolizyjnych, dyrektyw derogacyjnych itp. Oczywiście „uniwersalistyczne” ujęcie zasad współżycia społecznego pozornie tylko uwalnia

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22.12.2000 roku, sygn. I ACa 688/00, OSA 2001/5/28.

¹⁶ L. Leszczyński, *Jest taka klauzula*, „Rzeczpospolita”, 23.03.2000.

nas od tego problemu, bowiem w szczegółowych przypadkach może dojść do identycznych trudności – znacznie jednak rzadziej, nie będą też one niejako *ex definitione* wpisane w to kryterium. Ilustracją powyżej rozważanych problemów może być następujące stwierdzenie:

przy ocenie „dobrych obyczajów” należy więc uwzględnić także zwyczaje handlowe, zatem czynność sprzeciwia się dobrem obyczajom, jeżeli w obrocie handlowym uchodzi za nieetyczną, chociażby inne sfery poza kupcami nie uważały jej za niemoralną; z drugiej strony nie można uznać za zgodny z dobrymi obyczajami zwyczaju handlowego, który ogół uważa za niemoralny¹⁷.

Jak widać, komentator w tym wypadku przyjął, iż partykularne obyczaje obowiązujące w środowisku kupieckim nie mogą „sanować” ujemnej kwalifikacji zachowania dokonanej na podstawie ogólnie rozpowszechnionych w społeczeństwie poglądów, z drugiej zaś strony, szczegółowa wiedza o praktykach i obyczajach kupieckich dostępna profesjonalnym uczestnikom obrotu handlowego pozwala na ujemną ocenę zachowania, w którym osoby niebędące zawodowymi kupcami nie dostrzegają nic naganego.

Kolejną klauzulą, mogącą zastąpić zasady, jest dobra wiara (*bona fides*). Termin ten pojawił się w prawie rzymskim około II w. p.n.e.¹⁸, wprowadzony do formulek niektórych skarg (np. z tytułu spółki czy sprzedaży) w upoważnieniu sędziego do orzekania na tyle, ile należało się według dobrej wiary. Funkcje pełnione przez tę klauzulę, jakie można odczytać i usystematyzować na podstawie kazuistycznych wypowiedzi rzymskich jurystów, były zbieżne z funkcjami pełnionymi obecnie przez zasady współżycia społecznego: stanowiła ona kryterium interpretacji zgodności postępowania kontrahenta z wymaganym przez prawo standardem, korygowała ustaloną przez strony treść umowy, uzupełniała treść czynności prawnej. Podstawą konkretyzowania *bona fides* na potrzeby rozstrzyganych przypadków były przekonania jurystów rzymskich co do istnienia wartości, których urzeczywistnianiu miało służyć prawo. W gruncie rzeczy chodziło więc o przełożenie *ad casum* wartości wiążących się ogólnie z nakazami prawa, takimi jakimi sformułował je Ulpian: żyć uczciwie (*honeste vivere*), nie wyrządzać szkody innemu (*alterum non laedere*), oddać każdemu to, co mu się należy (*suum cuique tribuere*).

Jestem przekonany, iż brak uzasadnionych podstaw przemawiających na rzecz zastępowania zasad współżycia społecznego jakimkolwiek innym kryterium oceny, jakimkolwiek innym odesłaniem. Klauzule odsyłające stanowią kompetencję dla organu orzekającego do ustalenia treści takiej normy na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnego przypadku, wskazując jedynie określony kierunek poszukiwań – a jest to kierunek zbieżny dla wszystkich klauzul słusnościowych. Jego odchylenia wynikać mogą z różnych historycznie korzeni danej klauzuli, odmiennego kontekstu jej dotychczasowego stosowania – jednak nie są całkowicie zdeterminowane merytorycznie nazwą klauzuli.

¹⁷ Kodeks handlowy wraz z komentarzem Maurycego Allerhanda, Bielsko-Biała 1998. Teza 10 do art. 240.

¹⁸ W. Dajczak, *Zasady współżycia społecznego czy dobra wiara?* „Rejent” 2001, nr 1(117), s. 41 i nast. Z cytowanej pracy pochodzą również przytoczone powyżej ilustracje funkcji pełnionej przez *bona fides*.

Ostatecznie „rzecz jednak nie tylko w tym, jakie klauzule są stosowane, i czy zasadne jest ich wprowadzenie do prawa pozytywnego, ale *jak są one stosowane*”¹⁹. Podstawową rolę odgrywać bowiem będzie często wyłącznie intuicyjne poczucie prawa słusznego żywione przez organ orzekający, i to ono właśnie zdecyduje o kierunku poszukiwań ocen i wartości stosowanych w konkretnym przypadku.

¹⁹ M. Safjan, *op. cit.*, s. 51, podkreślenie moje.

Marek Balicki

DOTYCHCZASOWE ROZWIĄZANIA I NOWE TRENDY W BRYTYJSKIEJ SŁUŻBIE CYWILNEJ. WZORY DLA POLSKI

Ustawa z 18 grudnia 1998 r. o służbie cywilnej¹ w art. 1 stanowi, iż: „w celu zapewnienia zawodowego, rzetelnego, bezstronnego i politycznie neutralnego wykonywania zadań państwa ustanawia się służbę cywilną oraz określa zasady dostępu do tej służby, zasady jej organizacji, funkcjonowania i rozwoju”. Z drugiej strony premier rządu Marek Belka oświadcza w swym exposé² z 24 czerwca 2004 roku, że „...kończy się okres udawanej służby cywilnej”. Wynika z tego oświadczenia, iż w naszym kraju mamy „udawaną” służbę cywilną, której okres jednak się skończy. Co miał na myśli Prezes Rady Ministrów, wypowiadając te słowa? I co należy rozumieć przez „udawaną” służbę cywilną?

Z badań przeprowadzonych przez Centrum Badania Opinii Społecznej w styczniu 2004 r. wynika, iż przeważająca część respondentów na pytanie: „jakie niekorzystne zjawiska występują w administracji publicznej, wymienia: nepotyzm (87% respondentów), łapówkarstwo (84%) i załatwianie kontraktów (81%).

Tak jest odbierana administracja, a w tym i jej „elita” – służba cywilna w polskim społeczeństwie. Czy obraz ten jest prawdziwy? Cytowany fragment exposé premiera Belki niestety to potwierdza. Taki stan rzeczy niewątpliwie powinien ulec zmianie, a najskuteczniejszą metodą wyeliminowania tych niekorzystnych zjawisk wydają się zmiany w materii ustawowej. Jednak przed ich dokonaniem, aby „nie wyważać otwartych drzwi” ustawodawca powinien wziąć pod uwagę rozwiązania zastosowane przez inne państwa w tym zakresie, szczególnie te z długą tradycją demokratyczną, w których idea służby cywilnej i zrozumienie jej konieczności zdążyły już dawno okrzepnąć. Dlatego właśnie celowy wydaje się przegląd rozwiązań istniejących w kraju znanym z apolitycznej i odpornej na korupcję służby cywilnej, za jaką jest powszechnie uznawana brytyjska Civil Servi-

¹ Dz. U. z 31 maja 1999 r., nr 49, poz. 483 z późn. zm.

² Exposé Prezesa Rady Ministrów Marka Belki z 24.06.2004 r. – fragment ze strony Kancelarii Prezesa Rady Ministrów – www.kprm.gov.pl.

ce. Dodatkowym argumentem potwierdzającym wysoki poziom tej służby jest to, że brytyjski premier bardzo ją chwali w publicznych wystąpieniach. Oczywiście tamtejsze mechanizmy wykształciły się w innym modelu politycznym, wśród ludzi o innej mentalności, ale pewne rozwiązania można by z powodzeniem przenieść na polski grunt.

Początki służby cywilnej

Potrzebę utworzenia formacji, jaką jest służba cywilna, a więc elitarnej grupy urzędników, do której powinni dostawać się najlepsi, dostrzegli już parę tysięcy lat temu Chińczycy. Jednym z najstarszych przykładów służby cywilnej jest chińska administracja z czasów dynastii Tang, w której rekrutacja i awanse w mniejszym stopniu opierały się na arystokratycznych rekomendacjach, a bardziej bazowały na pisemnych egzaminach. Chińska służba cywilna stała się znana w Europie w XVIII w. i prawdopodobnie miała wpływ na powstanie służby cywilnej na tym kontynencie.

Pierwsza europejska służba cywilna powstała jednak nie w Europie, ale w Indiach, w ramach Kompanii Wschodnioindyjskiej. W celu zahamowania korupcji i protekcji awanse w ramach Kompanii oparto w pewnym momencie na egzaminach. Model ten przejęła Wielka Brytania w 1854 roku, a Stany Zjednoczone w 1883 roku.

Krótką historia brytyjskiej służby cywilnej

Współcześnie brytyjska służba cywilna uważana jest za wyjątkowo uczciwą i bardzo profesjonalną, w znaczeniu kompetencji pracujących w niej urzędników. Jednak nie zawsze tak było. Ukształtowała się taką w wyniku przynajmniej dwustuletniego rozwoju. Aż do połowy XIX w. struktura służby cywilnej w Anglii była bardzo chaotyczna. Urzędnicy byli rekrutowani na zasadach patronażu lub kupowali sobie urzędy. Osoby stojące na czele różnych agend państwowych miały nieograniczoną swobodę w kwestiach zatrudnienia. Przy doborze urzędników nie kierowano się ich zdolnościami czy kompetencjami, nie było mowy o żadnym egzaminowaniu kandydatów na urzędników³. Taki stan rzeczy nie przez wszystkich był akceptowany. Komisja powołana pod przewodnictwem Stafforda H. Northcote'a i Charlesa E. Trevellyana ostro skrytykowała panującą praktykę, przede wszystkim w zakresie rekrutacji. Autorzy raportu przedstawionego w 1853 r. domagali się wprowadzenia egzaminów dla urzędników, jak to miało miejsce w Kompanii Wschodnioindyjskiej. Nadzorować i organizować rekrutację miała Komisja Służby Cywilnej. Urzędników powinny motywować do pracy jasno określone możliwości awansu. W ten sposób wprowadzono do administracji zasadę profesjonalizmu. Jednocześnie z wymaganiami w stosunku do urzędników zapewniono im gwarancje stabilizacji stosunku służbowego niezależnie od zmian rządu, co odno-

³ S. Mazur, *Narodowe modele administracji publicznej*, [w:] *Administracja publiczna*, red. J. Hausner, Warszawa 2003, s. 66.

siło się do wszystkich urzędników państwowych z wyłączeniem ministrów⁴. Zmiany powyższe legły u podstaw powstania profesjonalnej służby cywilnej w Wielkiej Brytanii jako jednolitej struktury, charakteryzującej się jednakowymi warunkami zatrudnienia, standardami oraz świadczeniami finansowymi.

We wspomnianym raporcie znalazły się postulaty aktualne także i dzisiaj. Autorzy m.in. stwierdzali:

w obecnym stanie rzeczy nie można rządzić bez pomocy sprawnego aparatu stałych urzędników, którzy by byli należycie podporządkowani ministrom, bezpośrednio odpowiadającym przed monarchom oraz przed parlamentem, lecz którzy by byli zarazem obdarzeni niezależnością, siłą charakteru, zdolnościami i doświadczeniem wystarczającym do tego, aby radzić wspomagać i do pewnego stopnia wpływać na tych, którzy stoją ponad nimi⁵.

Zasady te sformułowano na podstawie praktyki istniejącej w Kompanii Wschodnioindyjskiej, wielkiej instytucji prywatnej, która aż do roku 1858 władała dużą częścią Indii. Był to jeden z pierwszych przykładów tak znaczącego wpływu administracji prywatnej na administrację publiczną. Oddziaływanie w takim właśnie kierunku jest charakterystyczne zarówno dla brytyjskiego, jak i amerykańskiego modelu administracji publicznej.

Współczesny kształt służby cywilnej w Wielkiej Brytanii

Obecnie służba cywilna w Wielkiej Brytanii obejmuje funkcjonariuszy publicznych zatrudnionych przez administrację centralną, którzy nie sprawują funkcji politycznych, stanowisk w wymiarze sprawiedliwości czy w siłach zbrojnych. Służba cywilna ma za zadanie pomagać rządowi Wielkiej Brytanii formułować swoją politykę, podejmować decyzję i zarządzać publicznymi usługami, za które jest odpowiedzialna. Civil service jest niewątpliwie formacją elitarną, zatrudniającą jedynie 2% z ogólnej liczby zatrudnionych w Wielkiej Brytanii i około 10% wszystkich zatrudnionych w sektorze publicznym. Prawie połowa urzędników służby cywilnej zajmuje się bezpośrednim świadczeniem usług dla ludności, w zakres których wchodzi: wypłacanie zasiłków i emerytur, prowadzenie agencji zatrudnienia, obsada stanowisk w więzieniach, wydawanie praw jazdy, świadczenie usług dla przemysłu i rolnictwa. Jedna piąta urzędników służby cywilnej jest zatrudniona w Ministerstwie Obrony i jego agencjach, a reszta w administracji centralnej, służbie celnej i przy świadczeniu różnego rodzaju usług w agencjach, które w większości przypadków są finansowo samowystarczalne. Za centralną koordynację i zarządzanie służbą cywilną jest odpowiedzialny premier, pełniący funkcję ministra służby cywilnej⁶.

Należy podkreślić, iż status służby cywilnej nie jest uregulowany odrębnym aktem prawnym, jak to ma miejsce w innych krajach, lecz ogólnymi normami

⁴ H. Izdebski, *Współczesne modele administracji publicznej*, Warszawa 1993, s. 7.

⁵ Fragment raportu pochodzi z pracy H. Izdebskiego, *op. cit.*, s. 7.

⁶ Por. www.cabinetoffice.gov.uk.

prawnymi dotyczącymi pracowników oraz normami ustanowionymi przez rząd w Kodeksie Zarządzania Służbą Cywilną⁷. Każdy urzędnik służby cywilnej zawiera umowę o pracę ze swoją jednostką organizacyjną oraz podlega ochronie wynikającej z ogólnych przepisów prawa pracy. Urzędnicy służby cywilnej nie są uprzywilejowani w stosunku do pracowników sektora prywatnego, a ich umowy o pracę są bardzo podobne do tych stosowanych w „biznesie”.

Precyzyjnie określone są zasady naboru do służby cywilnej; są nimi otwartość i bezstronność postępowania konkursowego, a w efekcie wybór najlepszego kandydata. Proces rekrutacji obejmuje najczęściej dane stanowisko, selekcja opiera się, więc na zasadzie wyboru najlepszego do danej pracy. Następną zasadą jest równy dostęp do informacji o wolnym stanowisku pracy i wymogach niezbędnych do objęcia tego stanowiska. Zagwarantowane prawnie jest równe traktowanie każdego kandydata. Rekrutacja jest prowadzona przez kierownika jednostki, w której pojawił się wakat. Za przestrzeganie zasad konkurencyjnego i otwartego naboru odpowiedzialny jest Urząd Komisarzy Służby Cywilnej (Office of the Civil Service Commissioners). Jest to bardzo ważna instytucja, utworzona w październiku 1994 r. w celu zapewnienia prawidłowej rekrutacji i awansowania na podstawie zasług. Komisarze nie są urzędnikami służby cywilnej i są niezależni od ministrów. Mianuje ich królowa w ramach swych królewskich prerogatyw. Ich zadaniem jest przyczynianie się do rozwoju wydajnej i bezstronnej służby cywilnej i wspieranie podstawowych wartości tej służby przez gwarantowanie, że nominacje są dokonywane na podstawie zasług oraz rozpatrywanie odwołań składanych przez kandydatów, którzy nie przeszli procesu rekrutacji. Swoje zadania Komisarze realizują przez:

- wydanie Kodeksu Rekrutacji, który zawiera wskazania odnośnie rekrutacji na wszystkie stanowiska,
- gwarantowanie stosowania powyższego Kodeksu w trakcie rekrutacji,
- nadzorowanie procesu selekcji Starszej Służby Cywilnej, aby wybierano najlepszych kandydatów,
- badanie odwołań,
- praca nad wpojeniem zasad prawidłowej rekrutacji w wydziałach,
- podtrzymywanie dobrych praktyk i wspieranie innowacji celem unowocześnienia służby cywilnej.

Ze swojej działalności Komisarze sporządzają coroczny raport, który jest publikowany⁸. Możliwość badania przyczyn niewybrania kandydata na dane stanowisko przez niezależny organ, który działa szybko i któremu odpowiednie urzędy prowadzące proces rekrutacji winne są złożyć szczegółowy raport o wszystkich zarzutach, ma zasadniczy wpływ na proces rekrutacji, skutecznie zapewniając wybór najlepszych kandydatów na dane stanowisko.

Równie istotną cechą modelu brytyjskiej służby cywilnej jest wyraźne rozróżnienie pomiędzy neutralną politycznie służbą cywilną oraz osobami wykonującymi obowiązki publiczne z nominacji politycznej. Politycy, inaczej niż np. w Sta-

⁷ D. Długosz, *Kadry w administracji publicznej*, [w:] *Administracja publiczna...*, s. 230.

⁸ www.ocpa.gov.uk.

nach Zjednoczonych, nie mają wpływu na obsadę wysokich stanowisk w służbie cywilnej. Rekrutacja dokonywana jest przez określony urząd. Jedynie w przypadku najwyższego stanowiska urzędniczego w resorcie (stałego sekretarza stanu) nominacji dokonuje premier⁹.

Na czele służby cywilnej stoi Starsza Służba Cywilna (Senior Civil Service – SCS), której rola polega na politycznym doradztwie ministrom, wdrażaniu polityki rządu i zarządzaniu strategicznym podległymi urzędnikami. Coraz więcej członków SCS jest rekrutowanych z sektora prywatnego. Planowane jest, by wymóg posiadania doświadczenia zewnętrznego (poza służbą cywilną) był warunkiem wstępnym do mianowania na wyższe stanowisko. Jeśli chodzi o sposób i okres zatrudnienia, to Urzędnicy Wyższej Służby Cywilnej są powoływani na czas określony w drodze kontraktów, które mogą być odnawiane w zależności od osiągniętych wyników, od których zależy też wysokość ich wynagrodzenia¹⁰. Przepływ wykwalifikowanej kadry z sektora prywatnego to przejaw utrzymującego się wpływu administracji prywatnej na publiczną.

Inni urzędnicy poza SCS zatrudniani są na trzech szczeblach, jako: asystenci (*assistants*), urzędnicy (*officers*) i urzędnicy generalni (*executive officers*). Pracownicy Służby Cywilnej są zatrudniani w ramach umów o pracę: na czas określony, nieokreślony, w pełnym i niepełnym wymiarze czasu pracy; na podstawie prawa powszechnego i europejskiego, statutów, zbiorowych układów pracy zawieranych pomiędzy związkami zawodowymi służby cywilnej a pracodawcą, a także regulaminów pracy, zwyczajów i praktyki¹¹.

Służba cywilna jest zdecentralizowana i prowadzona według wzorów stosowanych w sektorze prywatnym (przede wszystkim polityka personalna). Charakteryzuje się zarządzaniem menedżerskim. W niektórych przypadkach doszło do prywatyzacji zadań administracji publicznej, a niektóre urzędy przekształcono w agencje wykonawcze (Executive Agencies), które pracują w podobnych do sfery prywatnej warunkach konkurencji. Stanowią one specyficzną cechę brytyjskiej administracji publicznej. Ich istnienie wpływa na poprawę zarządzania administracyjnego oraz poprawę świadczonych usług publicznych. Mają one własny budżet i plan realizowanych przedsięwzięć, bez narzucanego z góry sposobu realizacji zadań, ale z jasno określonymi procedurami zwierzchniej kontroli. Płace są uzależniane od efektów¹². Inną cechą służby cywilnej w Wielkiej Brytanii jest brak szkoleń przygotowawczych do pracy w służbie, jak też brak wstępnego określania stawianych wymagań zawodowych przed wstąpieniem do służby, a zasadą, na której opiera się selekcja i awanse, jest „najlepsza osoba do pracy”. Chociaż pracownicy rozpoczynają karierę w różnych miejscach hierarchii, to na wszystkich szczeblach zwiększają się nominacje spoza służby cywilnej. Nabór jest prowadzony w oparciu o profile osobiste kandydatów oraz selekcję dokonywaną przez centra ds. kwalifikacji.

⁹ D. Długosz, *op. cit.*, s. 239.

¹⁰ S. Horton, *Ewolucja służby cywilnej w Zjednoczonym Królestwie Brytyjskim*, Białystok 2001, s. 271.

¹¹ *Ibidem*, s. 268.

¹² www.civilservice.gov.uk – Civil service – Agencies and Public Bodies.

W wyniku stosowania tych wszystkich rozwiązań brytyjska służba cywilna staje się coraz bardziej otwarta, różnorodna, upodabnia się do firmy i jest coraz bardziej dostępna (za pomocą komunikacji elektronicznej) oraz lepiej przeszkolona w zakresie umiejętności zarządzania i usług zorientowanych na klienta¹³.

Zestawienie cech modelu brytyjskiego i czynników na niego wpływających

W zatrudnieniu w brytyjskiej służbie cywilnej można wyróżnić następujące cechy:

- 1) rekrutacja prowadzona w drodze otwartych konkursów na wszystkie stanowiska; urzędnicy muszą konkurować zarówno z kandydatami pochodzącymi z zewnątrz, jak i z wewnątrz urzędu; nie ma sztywnych procedur rekrutacji, stosuje się zasady charakterystyczne dla sektora prywatnego;
- 2) wyraźne rozróżnienie pomiędzy neutralną politycznie służbą cywilną oraz osobami wykonującymi obowiązki publiczne z nominacji politycznej;
- 3) od urzędników wymaga się konkretnych umiejętności, niekoniecznie potwierdzonych dyplomami;
- 4) praca nie jest poprzedzana okresem przygotowawczym;
- 5) brak jest gwarancji stałego zatrudnienia;
- 6) wynagrodzenie ustalane jest indywidualnie w oparciu o porozumienia zbiorowe; wzrost wynagrodzenia zależy od osiąganych wyników w pracy – motywacyjny system wynagrodzeń, nie zależy od wieku pracownika i stażu pracy, lecz od efektów;
- 7) warunki pracy są ustalane na zasadach negocjacji¹⁴.

Natomiast zestawiając trendy charakteryzujące służbę cywilną w Wielkiej Brytanii, możemy wyróżnić:

- 1) wprowadzenie zarządzania menedżerskiego w administracji (menedżeryzm),
- 2) nastawienie na obywatela-klienta (konsumeryzm),
- 3) decentralizacja organizacyjna – coraz większa liczba urzędów autonomicznie wykonujących zadania administracyjne,
- 4) prywatyzacja usług publicznych,
- 5) poddanie administracji mechanizmom rynkowym oraz podporządkowanie potrzebom użytkowników,
- 6) większe wymogi w stosunku do służby cywilnej wyższego stopnia,
- 7) istnienie organów chroniących neutralność polityczną urzędników (minister ds. służby cywilnej).

Ogólna tendencja i kierunek zmian w Wielkiej Brytanii to reformowanie sektora publicznego tak, aby stał się konkurencyjny dla sektora prywatnego, przede wszystkim silne i postępujące zarządzanie w stylu menedżerskim, z naciskiem na wywiązywanie się z takiego zarządzania, rozwijanie przywództwa oraz wyniki.

¹³ S. Horton, *Unowocześnianie brytyjskiej służby cywilnej: służba cywilna XXI wieku*, [w:] *Profesjonalizm administracji publicznej*, red. A. Dębicka, Białystok 2004, s. 180.

¹⁴ Na podstawie: A. Auer, Ch. Demmke, R. Polet, *Civil Services in the Europe of Fifteen*, Maastricht 1996, s. 139; zob. także J. Czaputowicz, *Implikacje integracji z Unią Europejską dla polskiej służby cywilnej*, „Służba Cywilna” jesień-zima 2000/2001, nr 1, s. 22-49.

Szczególnie te cechy wyróżniają służbę cywilną w Wielkiej Brytanii, ale też w innych krajach anglosaskich (Stany Zjednoczone, Australia, Nowa Zelandia)¹⁵.

Osiągnięte ma być w ten sposób ukształtowanie nowego typu urzędnika o następujących cechach:

- dobry menedżer,
- osoba wrażliwa, aktywna, kreatywna,
- nastawiony na skuteczną realizację zadań,
- przyjazny wobec obywateli,
- konkurencyjny wobec osób zatrudnionych w sektorze prywatnym.

Patrząc na powyższe rozwiązania, które dają w efekcie służbę cywilną na światowym poziomie, pojawia się pytanie o uwarunkowania, dzięki którym to osiągnięto. Wydaje się, że za czynniki, które spowodowały, że w Wielkiej Brytanii udało się stworzyć profesjonalną służbę cywilną, należy uznać przede wszystkim:

- społeczeństwo obywatelskie i silnie rozbudowany sektor prywatny, z którego można czerpać wzory i kadry urzędnicze (sektor prywatny jest bardziej efektywny i oszczędny),
- mechanizmy zapewniające mianowanie najlepszych kandydatów na stanowiska,
- prywatyzacja niektórych zadań państwa (tych szczególnie kosztownych i nieefektywnych) – tworzenie agencji wykonawczych (Executive Agencies),
- kraj ze stabilnymi politycznie instytucjami o długiej historii demokratycznej,
- system wyborczy, który powoduje, że polityka jest zdominowana przez dwie partie (większe zaangażowanie społeczeństwa w życie polityczne, konstruktywne propozycje partii opozycyjnej).

Jakie elementy powinna przejąć polska służba cywilna z modelu brytyjskiego?

Jedną z największych bolączek polskiej służby cywilnej jest brak prawidłowych mechanizmów rekrutacyjnych, gwarantujących dobór najlepszych kandydatów na dane stanowisko. W modelu brytyjskim miało to już od czasów słynnego raportu Northcote'a-Travelyana fundamentalne znaczenie i takim pozostało do dzisiaj. Bo jeżeli kandydat nie zostanie wybrany w drodze konkursu przez bezstronną komisję, ale wszystko się dokonuje zakulisowo i nieuczciwie, to jakie gwarancje uczciwego i zgodnego z przepisami wykonywania obowiązków daje kandydat wybrany z pominięciem reguł zarówno prawnych, jak i moralnych? Czy taka osoba identyfikuje się ze swoją pracą, czy raczej z osobami, którym zawdzięcza stanowisko?

Dlatego przede wszystkim należy zagwarantować lepsze zabezpieczenie rzetelności przeprowadzania konkursów na wszystkie stanowiska, tak, by wygrywały je osoby z najwyższymi kwalifikacjami (angielska zasada: „najlepsza osoba do danej pracy”). Ponadto w krajach anglosaskich występuje struktura zajmująca się sprawami rekrutacji personelu zwłaszcza najwyższego szczebla, a także zapewnienia jego profesjonalizmu i politycznej neutralności. Taką samą strukturę nale-

¹⁵ J. Halligan, *Civil Service Systems in Anglo-American Countries*, MPG Books Ltd, Great Britain 2003, s. 213 [tłum. własne].

żałoby utworzyć i w Polsce. Wprawdzie ustawa o służbie cywilnej wprowadza zasady otwartości i konkurencyjności naboru, ale nie wskazuje mechanizmów wyboru kandydatów na wolne stanowiska, pozostawiając pełną swobodę wyboru kandydatów dyrektorom generalnym urzędów. W ten sposób stają się oni niemal nieograniczonymi dysponentami tak cennego dzisiaj dobra, jakim jest praca. Taki mechanizm powoduje, że ogłaszane na wolne stanowisko konkursy są na pewno często fikcją, a zatrudniane są osoby, które zostały zaakceptowane przed konkursem.

Ponieważ zwycięzcy kandydaci powinni być osobami o dużej wiedzy i posiadać umiejętności związane ze stanowiskiem, na które kandydują, należałoby rozważyć, za wzorem Wielkiej Brytanii, zniesienie sześciomiesięcznego okresu przygotowawczego. W obecnym polskim stanie prawnym mamy taką sytuację, iż osoba, która wygrywa konkurs, gdyż w założeniu ma najwyższe ze starających się kandydatów kwalifikacje, po zatrudnieniu odbywa sześciomiesięczną służbę przygotowawczą, której celem jest zdobycie wiedzy i umiejętności praktycznych dotyczących funkcjonowania administracji państwowej, swojego urzędu i stanowiska pracy. Program służby przygotowawczej obejmuje 160 godzin wykładów i ćwiczeń z zakresu prawa administracyjnego, finansów publicznych, integracji europejskiej, statusu urzędnika i kultury pracy w urzędzie, a przecież wszystkie te umiejętności i wiedzę zwycięski kandydat powinien mieć już na etapie rzetelnie przeprowadzonego konkursu, aby po jego wygraniu przystąpić do pełnienia obowiązków wynikających z objętego stanowiska. Obecne rozwiązanie poddaje już na wstępie w wątpliwość, założenie co do kwalifikacji zwycięskiego kandydata, który jest właściwie wszystkiego uczony w trakcie służby przygotowawczej. Może mieć to znaczenie przy naborze kandydatów ze względu na przeświadczenie decydenta, że kandydat, który nie dysponuje najlepszą wiedzą i umiejętnościami, będzie mógł je nabyć w trakcie służby przygotowawczej (co nie zawsze musi nastąpić). Ponadto służba ta wiąże się z dużymi obciążeniami finansowymi dla budżetu państwa, co jest znaczącym argumentem za jej zniesieniem, przy założeniu (jak najbardziej słusznym), że nie jest nieodzowna. Przepisy ustawy o służbie cywilnej przewidują, że pracownik tej służby cywilnej po okresie przygotowawczym może nie zdać egzaminu i nie zostać dalej zatrudniony. W takim przypadku mamy do czynienia z dalszym marnotrawstwem publicznych pieniędzy wydanych na szkolenia, egzaminowanie, dodatki dla opiekunów, co i tak może spowodować w rezultacie jego zwolnienie pracownika, w którego tyle zainwestowano. W Wielkiej Brytanii, kraju dużo bogatszym od Polski, nie marnuje się budżetowych pieniędzy na „okresy przygotowawcze”. Czy nie jest to lepsze rozwiązanie? Konkurs powinien wygrać pracownik, który całą niezbędną wiedzę i umiejętności na dane stanowisko już posiada – zdobył ją w trakcie studiów, studiów podyplomowych czy na specjalistycznych kursach. Rynek zareagowałby odpowiednio na takie potrzeby. Niech wybierani będą od początku najlepsi, a zaoszczędzone na nieprzeprowadzaniu służby przygotowawczej pieniądze pójdą raczej na zwiększenie wynagrodzeń, by przyciągnąć najlepszych do konkursów.

Kolejna sprawa to duża trwałość stosunku pracy urzędników – mianowanie w przypadku urzędników służby cywilnej. Z jednej strony może wydawać się to

pożyteczne, gdyż urzędnik powinien mieć pewną stabilizację zatrudnienia, która nie uzależnia go tak bardzo od swych przełożonych, mogących rozwiązać umowę o pracę w ściśle określonych przez przepisy przypadkach, ale z drugiej – zawieranie krótkoterminowych umów kreuje bardziej elastyczne warunki pracy i zatrudniania, co w rezultacie jest czynnikiem motywującym. System umów krótkoterminowych jest bardziej korzystny dla obywateli – świadczeniobiorców usług administracji niż dla samych urzędników, ale w sytuacji, gdy *status quo* jest niezadowalające, tzn. praca jest często mało efektywna, to elastyczniejsze warunki zatrudniania mogłyby wpłynąć na polepszenie tej sytuacji. Tak jak w modelu brytyjskim, pracownik podlegałby ochronie wynikającej z ogólnych przepisów prawa pracy. Dlaczego stanowiska urzędnicze mają być bardziej uprzywilejowane? Przepisy szczególne, chroniące urzędników, nie powinny ich nadzwyczajnie wyróżniać na tym polu, skoro obecnie administracja świadczy wiele usług na tych samych zasadach, co podmioty prywatne, i ma się cechować podobną efektywnością oraz podobnie życzliwym podejściem do klienta.

Innym wartym naśladownictwa elementem z systemu brytyjskiego jest wymóg posiadania doświadczenia „zewnętrznego”, a więc nabytego poza służbą cywilną i administracją w ogóle. Urzędnicy z takim doświadczeniem mają „szersze horyzonty”, łatwiej dostosowują się do potrzeb obywateli, tworzą prostsze procedury i są bardziej efektywni niż pracownicy, którzy całe swoje życie zawodowe spędzają w administracji.

Postulowane cechy nowoczesnego modelu zatrudnienia w służbie cywilnej

Na pewno w polskiej służbie cywilnej konieczne są zmiany. Przemiany w społeczeństwie, a przede wszystkim coraz większe oczekiwania społeczne wobec jakości usług publicznych, konieczność rozwoju konkurencyjności państwa na rynkach światowych, to wszystko zmusza także służbę cywilną do coraz większych udoskonaleń.

Taki nowoczesny system zatrudnienia w służbie cywilnej powinien charakteryzować się, za wzorami angielskimi, następującymi cechami¹⁶:

- otwarty z bardzo elastycznymi mechanizmami zatrudniania, których celem jest wyłonienie najlepszych pracowników oraz zwalnianie złych pracowników na wszystkich szczeblach struktury,
- stosujący atrakcyjny i motywujący urzędników system ocen i rozwoju zawodowego,
- kształtujący system zadaniowy.

Na całym świecie służba cywilna ulega przemianom. Obecny kierunek reform biegnie od systemu zamkniętego do otwartego, przemieniając służbę cywilną opartą na doświadczeniu, wiedzy i lojalności na służbę zorientowaną na rezultaty i opartą na umiejętnościach menedżerskich i planowaniu strategicznym. Minimum niezbędne do powstania i funkcjonowania nowoczesnego modelu służby cywilnej to

¹⁶ B. Kudrycka, *Rozwój kadr administracji publicznej. Teoria i praktyka*, „Służba Cywilna” 2002, nr 4.

wspominane już rozgraniczenie sfery publicznej i prywatnej, sprawiedliwe płace, rekrutacja i promocja oparte na kryteriach merytorycznych, rozgraniczenie polityki i administrowania. Niespełnienie wszystkich powyższych wymogów powoduje, że służba cywilna charakteryzowana będzie określeniami: „nepotyzm”, „system łupów”.

Trudno jest znaleźć rozwiązanie, które zespolicłoby korzyści i niedogodności dotyczące służby cywilnej. Z jednej strony chodzi o zachowanie odpowiedzialności osób w niej zatrudnionych, dbanie o interes publiczny, ale także o zapewnienie prawa do godziwego wynagrodzenia, aby pracownicy nie traktowali służby cywilnej jako etapu przejściowego przed objęciem interesujących ich posad poza służbą cywilną albo jako „przechowalni” na czas wielkiego bezrobocia. A z drugiej strony chodzi o stworzenie służby cywilnej efektywnej, nowoczesnej, konkurencyjnej z sektorem prywatnym, zarządzanej na zasadach menedżerskich i sprawnie realizującej postawione jej cele. Prawodawca i osoby zarządzające służbą cywilną powinny dążyć do osiągnięcia modelu optymalnego. Oczywiście jest to zadanie długotrwałe i właściwie niekończące się. Brytyjska służba cywilna kształtuje się już od niemal dwustu lat i proces zmian nie ustaje, lecz wręcz przyspiesza (ostatnie dwadzieścia pięć lat). W tym ostatnim okresie przekształciła się ta służba z biurokratycznej administracji w służbę menedżerską, działającą w oparciu o konkretnie wytyczone cele¹⁷. Polska powinna pójść w tym kierunku.

Nawet najlepiej zorganizowana administracja nie będzie zdolna do sprawnego działania, jeżeli stanowiska w niej nie będą obsadzone przez urzędników wykwalifikowanych i umotywowanych, a także odpowiednio odizolowanych od sfery polityki i prywatnej przedsiębiorczości, dlatego wynagrodzenia urzędnicze powinny być powiązane z jakością świadczonej pracy, na szczeblach kierowniczych powinny być zawierane kontrakty menedżerskie na czas określony, a wyższe stanowiska w służbie cywilnej powinny być dostępne dla osób spoza korpusu służby cywilnej. Te rozwiązania, stosowane przez służbę cywilną, która ma za sobą najdłuższy okres rozwoju, wydają się odpowiednie do przeniesienia na polski grunt.

Przyszłość brytyjskiej służby cywilnej

Brytyjska służba cywilna stale się zmienia, udoskonala, dąży w wyżej wspomnianym kierunku, a jak będzie wyglądała w przyszłości? Na to pytanie udzielił odpowiedzi szef brytyjskiej służby cywilnej sir Andrew Turnbulla, który przedstawił swoją wizję służby cywilnej¹⁸. Ma to być służba:

- ciesząca się szacunkiem tak samo dzięki umiejętności osiągnięcia wyników, jak i zdolnościom politycznym,
- myśląca kreatywnie i działająca strategicznie,
- atrakcyjna dla młodych ludzi sukcesu, którzy chcieliby do niej wstępować,
- tworząca wartość dla opinii publicznej i utożsamiana z takimi wartościami, jak:

¹⁷ S. Horton, *Unowocześnianie brytyjskiej służby cywilnej...*, s. 182.

¹⁸ *Ibidem*, s. 176.

- 1) uczciwość i zaufanie,
- 2) bezstronność i gotowość do służenia wszystkim obywatelom i rządowi,
- 3) rekrutacja i awans w oparciu o kryteria merytoryczne,
- 4) reprezentatywność – wizytówka społeczeństwa.

Reasumując, można uznać realizację tych postulatów za mało prawdopodobną, ale bez tak określanych w przeszłości planów rozwoju brytyjskiej służby cywilnej nie doszłaby ona do pozycji „wzoru do naśladowania” dla innych państw, a zwłaszcza dla Polski.

Bronisław Bombala

REFORMY ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ – UJĘCIE PERSONALISTYCZNE

Złe prawo gorsze niżli tyran najsroższy. Bo wždy tyran odmienić się, albo namówić, albo umrzeć może i jego tyranstwo ustaje. A złe prawo zawždy trwa, zawždy zabija i szkodę czyni i na duszy i na ciele. Jest jako lew i bestyja nierozumna, która namówić się nie da, aż ją zabić i umorzyć. Tak i złe prawo, które szkody ludziom czyni miasto pomocy, dla której wszystkie się prawa stawia.

ks. Piotr Skarga

Prawo, etyka i polityka jako fundamenty infrastruktury publicznej (administracji)

Czynnikami, które mają fundamentalne znaczenie dla funkcjonowania administracji publicznej, są: prawo, etyka i polityka. Problemy i patologie występujące w administracji mają swe źródła właśnie w źle zbudowanym systemie prawnym, dominacji polityki nad sferą publiczną (społeczną i gospodarczą) i w niedocenianiu etyki. W czasie transformacji politycznej i gospodarczej problemy te stają się bardziej wyraziste, czego szczególnym przykładem jest wzrost korupcji. Dominujące w świadomości społecznej poglądy dotyczące tego zjawiska mylą przyczyny ze skutkami. Korupcja jest bowiem – jak twierdzi M. Olson, twórca ekonomicznej teorii grup – rezultatem funkcjonowania niedoskonałego państwa. Jego zdaniem, gwałtowny wzrost korupcji w krajach postkomunistycznych to skutek szczątkowego wyodrębnienia sektora prywatnego, „psucie” rynku oraz ochrona przez państwo silnych grup nacisku, wywodzących się z establishmentu PRL. W rezultacie obywatele, aby przetrwać, muszą omijać prawo i tolerować korupcję¹. Zjawisko korupcji jest zatem przejawem „złego państwa”, „złego prawa” i „złej polityki”.

Kolejne negatywne zjawiska to: nepotyzm, prywata, nadużywanie słów „wolność”, „równość”, „postęp”, „demokracja”, które przemieniły się we frazesy, prowa-

¹ Zob. B. Klimczak, *Korupcja w gospodarce – zło absolutne czy zło konieczne?*, [w:] *Etyka w życiu gospodarczym*, „Annales” 2001, t. 4, s. 131.

dząc do zakłamania w stosunkach społecznych, przywiązywanie nadmiernego znaczenia do regulacji prawnych i procedur (zapominanie o tym, że wysoki poziom kultury i moralności decyduje o realizacji zasady sprawiedliwości).

Urzędnicy są często poddawani pokusie, by swą uprzywilejowaną pozycję wykorzystać dla własnych korzyści z oczywistą szkodą dla społeczeństwa. Te nihilistyczne w dużej mierze zjawiska są dowodem na to, że działalność publiczna, tak jak każda działalność człowieka, posiada wymiar moralny i jako taka podlega ocenie moralnej. Działalności publicznej nie można traktować jako obszar wolny od wartości. Zajmuje się ona bowiem sprawami ludzkiego współżycia, próbując pogodzić sprzeczności interesów przez budowanie ładu społecznego, który określany jest jako dobry i sprawiedliwy. Sformułowanie ogólnych kryteriów etycznych na użytek polityki i administracji jest nieodzowne, ponieważ mogą one stanowić płaszczyznę porozumienia w sprawach szczególnie istotnych dla funkcjonowania społeczeństwa i państwa. Potrzebna jest etyka działalności publicznej (administracji), czyli refleksja nad moralnymi podstawami działalności publicznej, nad jej pozytywnymi celami, nad dopuszczalnymi środkami, nad pożądanymi zachowaniami w sferze publicznej². W dłuższej perspektywie daje to szansę na „etyczną działalność publiczną”. Etykę administracji możemy określić jako dyscyplinę zajmującą się z jednej strony moralnym wymiarem działań i zachowań w działalności publicznej (etyka opisowa administracji), z drugiej zaś formułowaniem kryteriów etycznych, pozwalających urzędnikom podejmować decyzje ze świadomością ich godziwości (etyka normatywna administracji).

Etykę administracji można budować, opierając się na różnych systemach etycznych. W praktyce gospodarczej sprawdziły się etyki biznesu budowane na podstawach konfucjanizmu, sintoizmu i buddyzmu w Japonii³; w Europie taką rolę odegrała katolicka nauka społeczna (społeczna gospodarka rynkowa) i tzw. etyki niezależne (humanizm). Wydaje się, że personalizm, który akcentuje godność i wolność człowieka, może być wykorzystany do budowania uniwersalnej etyki życia politycznego, społecznego i gospodarczego⁴. Personalizm ma ponadto wybitne walory praktyczne: jest pozytywną ideologią przemian społecznych.

Twórcy personalizmu współczesnego odchodzą od konstruowania definicji osoby, uznając ją za rzeczywistość nie do końca definiowalną, nieuchwytną w kategoriach racjonalnych, trudną do określenia w języku dyskursywnym. Jak konstataje E. Mounier, można ją jedynie określić metodą obrazowego opisu: „Sto tysięcy zdjęć fotograficznych nie tworzy jeszcze człowieka, który chodzi, myśli i chce”⁵. Osoba to to, co w człowieku pozostaje w głębi, co jest niepowtarzalne i jemu właściwe. W rezultacie można dokonać jedynie pewnego ogólnego opisu osoby. Osoba ro-

² Por. M. Perzanowska-Zamajtys, *Przyszła Europa i rola wartości niematerialnych w życiu zawodowym urzędników administracji publicznej*, [w:] *Etyka w życiu gospodarczym*, „Annales” 2003, t. 6, s. 140.

³ Zob. L. Karczewski, *Religijne uwarunkowania biznesu w krajach Dalekiego Wschodu*, Biuletyn Informacyjny Zespołu Etyki Biznesu, nr 28, grudzień 1997.

⁴ Podstawy personalistycznej koncepcji organizacji i życia gospodarczego zawarł autor w rozprawie doktorskiej, zatytułowanej *Personalistyczna wizja kultury organizacyjnej* (zob. także: B. Bombała, *Personalistyczna filozofia zarządzania jako odpowiedzialność pozytywna*, „Prakseologia” 2002, nr 142).

⁵ E. Mounier, *Wprowadzenie do egzystencjalizmów oraz wybór innych prac*, Kraków 1964, s. 9.

zumiana jest zatem jako wcielenie ducha w konkretny świat (*incarnation*), wezwana jest jednocześnie do rozwoju i transformacji świata (*vocation*) oraz pełnego uczestnictwa w budowaniu wspólnoty (*communion*)⁶.

Personalizm współczesny nie jest indywidualizmem. Jest to personalizm społecznościowy. Osoba występuje w środowisku „ty” oraz „my”. Jej istoty nie stanowi absolutna odrębność i indywidualność, ale raczej jej ciążenie ku drugiej osobie. Człowiek realizuje się w społeczności osób i w świecie: w rodzinie, społeczności lokalnej, wspólnocie pracy. Podstawowym aktem osoby jest zatem tworzenie wspólnoty i społeczności (*société*). Wspólnota (*communion*) stanowi fundament bytu społecznego i jest centralną funkcją osoby. Pogłębianie więzi społecznej jest głównym zadaniem członków danej społeczności. Jednostka nie może istnieć bez społeczności, ale społeczność musi być tak zorganizowana, by był zachowany prymat osoby nad rzeczą, by była to społeczność osób, a nie przedmiotów.

Działalność publiczna – między społeczeństwem a wspólnotą

Istotę życia społecznego znakomicie uchwycił w swej teorii F. Tönnies, autor dzieła *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887). Postawił on w nim tezę o rozkładzie wspólnoty (*Gemeinschaft*) pod wpływem rewolucji naukowo-technicznej i związanych z nią pozytywistycznych teorii naukowych⁷. Tönnies twierdził, że społeczeństwo nie może być traktowane wyłącznie jako spółka założona przez racjonalnie działające jednostki w celu osiągnięcia określonych korzyści. Dzieje się tak dlatego, iż istnieją dwa rodzaje ludzkiej woli wpływające na kształt społeczeństwa: wola płynąca z niedostępnej dla refleksji jaźni ludzkiej, zwana **wolą organiczną** (*Wesenwille*), oraz wola będąca wynikiem namysłu i wyrachowania, zwana **wolą arbitralną** (*Kürwille*). Z każdym rodzajem woli wiąże się inny typ ludzkiego działania: wola organiczna to działanie z wewnętrznej potrzeby; wola arbitralna to działanie ze względu na jakieś zewnętrzne cele, do których urzeczywistnienia ma ono doprowadzić. Stosunki społeczne kształtują się pod wpływem obu rodzajów woli, ale w każdym wypadku są to stosunki innego rodzaju. Dzięki woli organicznej powstaje wspólnota (*Gemeinschaft*), dzięki woli arbitralnej - społeczeństwo (*Gesellschaft*). Obie formy organizacji życia społecznego posiadają wiele cech przeciwstawnych:

- 1) we wspólnocie dominują więzy pokrewieństwa, braterstwa, współpracy; w społeczeństwie – więzy umowy, wymiany dóbr materialnych i wyrachowania,
- 2) wspólnota łączy ze sobą ludzi jako osoby; społeczeństwo – jako „bezosobowych” wykonawców powierzonych ról,
- 3) we wspólnocie czynnikiem kontroli społecznej jest zwyczaj i tradycja; w społeczeństwie – sformalizowane prawo,

⁶ Zob. B. Bombała, *Kreatywność osoby – odkrywanie sacrum*, [w:] *Czy sacrum jest jeszcze święte?*, red. Z. Kunicki, Olsztyn 2000.

⁷ Zob. J. Szacki, *Historia myśli socjologicznej*, cz. 2, Warszawa 1981, s. 502.

- 4) członkowie wspólnoty kierują się w swym postępowaniu wiarą; członkowie społeczeństwa – względem na opinię publiczną,
- 5) gospodarczą podstawą wspólnoty jest własność prywatna obciążona funkcją społeczną i „wspólnota pracy”, społeczeństwa – własność prywatna⁸.

W nauce funkcjonują zatem dwa podstawowe pojęcia określające zbiorowości ludzkie: społeczeństwo i społeczność (wspólnota). Społeczeństwo to domena badań naukowych, działań i reform, a społeczność to pole refleksji filozoficznej. Z kolei termin „wspólnota” (*communio*) na gruncie personalizmu używany jest na określenie wyższego stadium życia społecznego. Wspólnota oznacza idealny przypadek życia zbiorowego, wyższy i głębszy etap integracji społeczności. Wspólnota osób jawi się tam, gdzie zachodzi wspólność dóbr, idei, sposobów życia, wartości, dążeń i powołań.

Personalizm przyjmuje, że w ramach bytu społecznego występują mniej lub bardziej zwarte konfiguracje społeczne. Ludzie łączą się w formy „naturalne” i „sztuczne”. Pierwsze posiadają charakter pierwotny: małżeństwo, rodzina, plemień, naród. Drugie zaś mają charakter pochodny: stan, klasa, organizacja, państwo. Personalistyczny model społeczeństwa opiera się na formach naturalnych. Formy sztuczne, zgodnie z tym ujęciem, winny pełnić funkcję pomocniczą względem form naturalnych. Przerost form sztucznych prowadzi bowiem do patologii w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym, takich jak: totalitaryzm, autokratyzm, biurokratyzm. Dlatego nie można uznać za wspólnoty tych zbiorowości, którym chodzi tylko i wyłącznie o interesy gospodarcze, zyski, więzy autorytetu i dyscypliny.

Nie są zatem wspólnotami organizacje zhierarchizowane, w których dominują więzi służbowe oparte na autorytecie formalnym i dyscyplinie (biurokracja). Nazwa ta natomiast dobrze oddaje istotę tych organizacji, w których relacje międzyludzkie opierają się na wolności, dobrowolności, zaangażowaniu. Przywrócenie naturalnym formom społecznym normalnych warunków rozwoju może się dokonać przez wprowadzenie do życia publicznego naczelných zasad etyki personalistycznej, którymi są:

- **personalizm**. Zasada ta stoi na straży osobowej godności człowieka. Godność osobowa przysługuje człowiekowi jako wartości autotelicznej i przejawia się w jego niezbywalnych prawach elementarnych. Wszelkie formy przymusu, wyzysku i manipulacji naruszają ludzką godność (totalitaryzm, technokratyzm, biurokratyzm);
- **solidaryzm**. Zasada solidarności wyklucza zarówno skrajny indywidualizm, który przeczy społecznej naturze człowieka, jak i kolektywizm, obdzierający człowieka z godności osobistej i sprowadzający go do roli przedmiotu w procesach społecznych. Wymaga ona współdziałania, zgodnie z posiadanymi umiejętnościami, z pełnym zaangażowaniem w pomnażanie dobra wspólnego;
- **pomocniczość**. Zasada ta chroni osobę ludzką, grupy oraz „ciała pośrednie” przed niebezpieczeństwem utraty należytej im autonomii; wskazuje na uzupełniają-

⁸ *Ibidem*, s. 503.

ce i pomocnicze działania większych organizmów społecznych. Społeczności wyższego rzędu powinny wkraczać jedynie tam, gdzie ich pomoc jest niezbędna.

- **uczestnictwo**. Zasada ta zapewnia sprawiedliwe, proporcjonalne i odpowiedzialne uczestnictwo wszystkich członków społeczeństwa w rozwoju życia społeczno-gospodarczego. Uczestnictwo wyraża głębokie aspiracje człowieka dążącego do realizacji aktywnie pojmowanej wolności w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym. Wymaga ono pełnego dostępu do prawdy i informacji⁹;

- **organiczna koncepcja życia społeczno-gospodarczego**. Koncepcja ta wymaga tworzenia struktur społecznych, które ułatwią współpracę między organizacjami (stowarzyszenia zawodowe, ugrupowania gospodarcze, przedsięwzięcia publiczno-prywatne, organizacje międzynarodowe);

- **dobro wspólne**. Dobro to można określić jako całokształt takich warunków życia społecznego, w jakich ludzie mogą pełniej i szybciej osiągnąć swoją osobistą doskonałość. Wymaga ono pełnego uczestnictwa jednostek i społeczności w budowie infrastruktury politycznej, społecznej i kulturalnej.

Wymienione wyżej zasady tworzą fundamenty personalistycznej etyki społecznej – pozwalają na poprawne budowanie instytucji i relacji społecznych. Stają się zarazem kryteriami, które pozwalają na ocenę funkcjonowania administracji i wprowadzanych reform¹⁰. W pełnej zgodności z tymi zasadami pozostaje art. 30 Konstytucji RP, który głosi: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Należy podkreślić, że art. 30 powinien stanowić punkt wyjścia przy tworzeniu etyki administracji.

Szczególne znaczenie dla działalności publicznej ma dobro wspólne i pomocniczość. Dobro wspólne w tym przypadku oznacza tworzenie swojskiej pojętej „infrastruktury”, która określa granice i warunki wszelkiej aktywności człowieka-obywatela: politycznej, społecznej, gospodarczej, kulturalnej. To właśnie ta „infrastruktura” w największym stopniu wpływa na jakość i efektywność aktywności obywateli. Inaczej mówiąc „infrastruktura publiczna” to państwo doskonale lub różne odcienie szarości życia społecznego i gospodarczego, gdy państwo doskonałym nie jest. Z kolei zasada pomocniczości uzmysławia, że bez aktywności obywateli owa infrastruktura publiczna będzie tylko biurokratyczną atrapą, utrudniającą rozwój osób i wspólnot.

Nowy typ przywództwa w działalności publicznej

Działalność publiczna w perspektywie personalistycznej prowadzi do nowego postrzegania władzy i rządzenia. W coraz większym stopniu staje się ona współzrządzaniem i samorządem. Klasyczne pojęcie „władztwa” zastępowane jest przez

⁹ J. Oleński, *Prawo do prawdy i prawo do informacji jako podstawy społecznego ładu informacyjnego*, [w:] *Etyka w życiu gospodarczym*, „Annales” 2002, t. 5.

¹⁰ Por. B. Bombał, *Doskonalenie organizacji w personalistycznej koncepcji zarządzania*, [w:] *Etyka w życiu gospodarczym*, „Annales” 2003, t. 6, s. 176.

pojęcie „przywództwa”. Wnikając w istotę przywództwa, należy stwierdzić, że nie jest ono sprawowaniem władzy w tradycyjnym znaczeniu tego słowa¹¹. Szczególny rodzaj przywództwa – przywództwo personalistyczne¹² – ma miejsce wtedy, gdy lider i jego zwolennicy wchodzą we wzajemne związki, które wynoszą ich na wyższy poziom motywacji i moralności. Ważne jest, iż z gruntu moralny charakter takiej relacji polega na podniesieniu na wyższy poziom zachowań oraz etycznych aspiracji tak lidera, jak i tych, którzy z nim współdziałają.

Naczelną zasadą przywództwa personalistycznego jest uznanie **godności osoby** za podstawę działania i współdziałania. Takie podejście wynika z uzmysłowienia faktu, iż „podmiot działający”, którym jest przywódca, oddziałuje na „przedmiot”, którym nie jest rzecz, lecz również człowiek – osoba ludzka. A to oznacza, że każdy człowiek powinien być traktowany jako podmiot, a nie jako przedmiot. Istotą pracy przywódcy (*eidos*) jest bowiem odsłanianie „horyzontów”, czyli przyszłych stanów organizacji (społeczności) i dróg do nich prowadzących, czyli potencjalnych działań. Rozwój organizacji i społeczności nie jest możliwy bez aktywności i zaangażowania wszystkich jej członków. By taki stan osiągnąć, przywódca ma pozwalać, a nawet zachęcać do swobodnego działania. W procesie przywództwa personalistycznego zwraca się uwagę na wspólnotowy charakter aktywności. Organizacje i społeczności stają się tu przedmiotem zbiorowych decyzji i zachowań, które opierają się na systemie wspólnie podzielanych wartości. Przywództwo takie jest dynamiczne w tym sensie, że liderzy „przydają władzy” (*empowerment*) współpracownikom, którzy w rezultacie są zdolni do samodzielności w realizacji zadań i rozwijania swych kompetencji¹³.

Rozwijając powyższą myśl, należy stwierdzić, że orientacja personalistyczna nie oznacza jednostronnego, eksperckiego przekształcania organizacji i społeczności, lecz współdziałanie ze wszystkimi interesariuszami i przekształcanie świata od „wewnątrz”, poczynając od siebie samego jako integralnej części¹⁴. Wymaga to uświadomienia, że aktywność jest działaniem, które wiąże się z kształtowaniem bytu ludzkiego, jednostkowego i społecznego. Jest nią nie tylko bezpośrednia praca, ale również inne czynniki związane z całym bytem człowieka, przekształcające go, intensyfikujące i rozwijające jego życie. Natomiast działania bezsensowne, niszczące, degradujące człowieka i współzycie ludzkie lub przyrodę nie są pracą w sensie filozoficznym, lecz „antypracą”. Aktywność przywódcy wiąże się więc z ogromną odpowiedzialnością, zwielokrotnioną liczbą osób znajdujących

¹¹ Por. J. MacGregor Burns, *Władza przywódcza*, [w:] *Władza i społeczeństwo*, oprac. J. Szczuparczyński, Warszawa 1995, s. 262-272.

¹² Zob. B. Bombała, *W poszukiwaniu nowego modelu kształcenia menedżera*, [w:] *Etyka w życiu gospodarczym*, „Annales” 2004, t. 7, s. 96. Zbliżona do koncepcji przywództwa personalistycznego jest rozwijana w USA koncepcja *servant leadership* (zob. *Focus on Leadership: Servant-Leadership for the 21st Century* (Hardcover), ed. L. C. Spears, M. Lawrence, New York 2002).

¹³ W analizach nowego przywództwa przyjmuje się, iż należy rozwijać pięć kompetencji: umiejętności przeprowadzenia krytycznej oceny sytuacji i wykrywania problemów; umiejętności wizjonerskie; umiejętności językowe i komunikowania się; umiejętności sterowania wrażeniem; umiejętności przydawania władzy (partycypacja pracownicza, ustalanie ambitnych celów, usuwanie biurokratycznych ograniczeń).

¹⁴ Zob. B. Bombała, *The Autocreation of a Manager in the Process of Transformational Leadership*, „Analecta Husserliana” 2002, R. 76.

się pod jego pieczę i rangą podejmowanych przedsięwzięć. Nakłada to na przywódcę szczególne wymagania, zobowiązany jest on zawsze do odpowiedzialnego działania:

Odpowiedzialne działanie jest przeprowadzone przez sprawcę w szczególny sposób. Sprawca podejmuje i spełnia je przy mniej lub bardziej pełnym zrozumieniu naocznym zarówno powstającej z jego działania sytuacji, wziętej w aspekcie wartości [...], jak i wartości motywów, które skłoniły go do działania. We wszystkich fazach swego działania sprawca uświadamia sobie jego związek z wartością pozytywną lub negatywną jego wyniku i podejmuje je czy też kontynuuje ze świadomą aprobatą wartości wyniku, a przez to także słuszności i stosowności swego działania¹⁵.

Zrozumiałym jest zatem stwierdzenie, że działalność publiczna jest w najwyższym stopniu działalnością odpowiedzialną. Inną kwestią jest natomiast to, czy osoby pełniące funkcje publiczne taką świadomość posiadają. Jak zauważa A. Piekara:

W polityce kadrowej, gdy zamierza się powierzyć ważne administracyjne stanowisko, szeregowie bądź kierownicze, na którym szczególnie wymagane jest wysokie poczucie profesjonalnej i moralnej odpowiedzialności musi się wcześniej zadać pytanie: gdzie, w jakim środowisku rodzinnym i społecznym, pod czyim wpływem kształtowały się zasady i uznawane wartości kandydata. Czy [...] dokonywało się to pod wpływem poglądu, że o szczęściu i prestiżu decydują jedynie spryt, pieniądze i wysoki stan posiadania, czy wręcz inaczej: decydującymi czynnikami przynoszącymi powodzenie w życiu i szacunek ludzi są uczciwa praca, dobrze wykonywana, wiedza zdobyta rzetelną nauką oraz przyzwoitość w stosunkach z ludźmi¹⁶.

Ten drugi pogląd jest pożądany, gdyż oznacza postawę spolegliwą, życzliwą wobec ludzi, pozwalającą często na rozwiązywanie trudnych problemów z godnością i honorem.

Nowa administracja publiczna – między biurokracją a adhocreacją

Świadoma działalność publiczna winna kształtować warunki życia obywateli z uwzględnieniem tych idei, teorii, koncepcji i praktyk, które są efektywnie wykorzystywane w różnych krajach i dają wspaniałe rezultaty. Przyjmuje się dzisiaj, iż wiele inspiracji może dostarczyć świat organizacji gospodarczych i organizacji *non profit* (sektor trzeci w ujęciu R. Wuthnowa). Istnieje pewna prawidłowość: jeżeli państwo przejmuje coraz więcej funkcji stowarzyszeń dobrowolnych, to społeczeństwo staje się coraz bardziej apatyczne i pojawiają się tendencje autokratyczne. Obecnie obserwuje się wzrost roli sektora społecznego, który przenika w coraz większym stopniu sektor państwowy i rynek.

Sektor państwowy (sektor pierwszy) można opisać jako zbiór aktywności zorganizowanych i legitymizowanych przez przymus. Cechuje się formalizmem, który ma odbicie w dokumentach prawnych, oraz centralizacją, która jest związana

¹⁵ R. Ingarden, *Książeczka o człowieku*, Kraków 1987, s. 76.

¹⁶ A. Piekara, *Obywatel wobec administracji publicznej*, „Master of Business Administration” 2003, nr 3, s. 3.

z hierarchią i administracją centralną. Przymus jest „miękki”, są to sankcje związane z prawem. Prawomocność jest legalna.

Drugi sektor tworzy gospodarka (rynek), czyli zbiór aktywności łączących się z wymianą dóbr i usług związanych z zyskiem, korzyścią, opartych na mechanizmie cenowym, łączącym się z regulowanym poziomem oczekiwań i realizacją tych oczekiwań. Cechuje go wysoka innowacyjność i elastyczność. W sektorze tym nie występuje przymus.

Sektor trzeci (sektor pozarządowy, sektor społeczny) jest to obszar dobrowolnej działalności obywateli. Nie jest związany ani z formalnym przymusem, ani z orientacją na zysk. Jest to działalność wolna od ekonomicznych kryteriów. Sektor ten nie jest sformalizowany. Stowarzyszenia działające w jego obrębie posiadają status prawny, ale ich działalność opiera się na udziale ludzi dobrej woli, którzy bezinteresownie poświęcają swój czas, zdolności i energię.

Nowa administracja publiczna oznacza zmianę kulturową, obejmującą reformę struktur organizacyjnych, przywództwa i sposobów działania. Chodzi tu o przekształcanie biurokracji w adhockreację – odejście od modelu weberowskiego i tworzenie warunków do rozwijania form wspólnotowych (Tönnies). Zmiany te są zgodne z ewolucją struktur i systemów zarządzania w sektorze drugim i pozwalają na rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego¹⁷.

W teorii organizacji i zarządzania wyróżnia się dwa podstawowe typy struktur organizacyjnych: mechanistyczne i organiczne. Podstawą mechanistycznego typu struktury jest klasyczna koncepcja modelu biurokratycznego Maxa Webera. Cechą wyróżniającą biurokrację jest niezdolność do zmian wewnętrznych pod naciskiem otoczenia. Zmiany są pozorne, sprowadzają się do mnożenia nowych przepisów. W organizacji biurokratycznej każde działanie przebiega według ustalonych i zapisanych wzorców zachowań (przepisów organizacyjnych). Takie podejście wpływa na sztywność organizacji i powstawanie wielu patologii (błędne koła biurokracji, idealizmu biurokratycznego, wyuczonej nieudolności, przeniesienia celów).

Struktura organiczna (adhockreacja) ma natomiast charakter inwencyjno-kreatywny; dzięki rozwijaniu szeroko pojętej działalności innowacyjnej może reagować na zmiany zachodzące w otoczeniu. Jest bardzo elastyczna, a nawet nieokreślona, co pozwala na restrukturalizację organizacji w zależności od napotykaných problemów. Zazwyczaj dla wytwarzania nowych idei, rozwiązywania problemów i opracowywania strategii organizacja jest swobodna, natomiast podczas implementacji wymagana jest większa koordynacja.

Wprowadzenie modelu organicznego do administracji publicznej powoduje radykalne zmiany w wymiarze praktycznym – staje się ona zarządzaniem publicznym, przyjmując następujący kształt:

¹⁷ Zob. E. Hibner, *Przejrzystość współpracy sektora publicznego z kapitałem prywatnym w świetle projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, [w:] *Etyka w życiu gospodarczym*, „Annales” 2005, t. 8, s. 311-320.

- **władze aktywizujące.** Głównym zadaniem struktur władzy staje się pełnienie funkcji katalizatora, który pomaga obywatelom i społecznościom w rozwoju infrastruktury;
- **władze w rękach społeczności,** czyli uwłaszczenie obywateli zamiast obsługiwanian. Oznacza to odebranie biurokracji prawa własności i przekazanie go społecznościom;
- **władze kierujące się poczuciem misji,** czyli władze przewidujące, koncentrujące swą uwagę na formułowaniu misji, ukazywaniu dalekosiężnych celów i pozostawiające obywatelom pełną swobodę wyboru metod służących wypełnieniu tej misji (rozwijanie sektora trzeciego);
- **władze zorientowane na wyniki.** Skłanianie organizacji publicznych do skoncentrowania się na wynikach swej działalności, a nie na procedurach i przepisach;
- **władze kierujące się interesem obywatela** (konsumenta usług publicznych). Oznacza to odejście od wymagań biurokracji i skoncentrowanie uwagi na zaspokajaniu potrzeb obywateli.
- **władze przedsiębiorcze.** To z kolei oznacza myślenie kategoriami gospodarza, który dba o pomnażanie dobra wspólnego; zmiana funkcji redystrybucyjnej na przedsiębiorczą.

Zmiana roli instytucji publicznych prowadzi do rozszerzenia i wzbogacenia metod świadczenia przez nie usług. Wprowadzenie nowych technologii usprawnia procesy decyzyjne i włącza w nie obywateli. Podobnie jak w przypadku bankowości domowej, powstająca „wirtualna” administracja publiczna (*e-government*) czyni z dotychczasowego petenta aktywnego uczestnika zarządzania publicznego. *E-government* to nowa forma organizacji administracji publicznej, która wykorzystuje interakcje i zmiany relacji między agendami rządowymi a obywatelami, przedsiębiorstwami, konsumentami i instytucjami publicznymi, spowodowane przez zastosowanie nowych technologii informacyjnych. Wirtualna administracja publiczna oznacza integrowanie usług administracji w środowisku sieci komputerowych i realizację dużej części relacji petent–urzędnik zdalnie¹⁸.

Reasumując, można stwierdzić, iż personalistyczna koncepcja zarządzania publicznego daje nie tylko podstawy ontologiczne i aksjologiczne administracji, ale wzmacnia ją także w wymiarze praktycznym. Tworzy ona, w ujęciu personalistycznym, wraz z sektorem drugim i trzecim jeden organizm. Efektywność polityczna, gospodarcza i kulturalna systemu, jakim jest państwo, zależy od „jakości” relacji między sektorami. Jakość ta w największym stopniu zależy od stanowionego prawa, sprawności administracji i etyki życia publicznego.

¹⁸ D. Dziuba, *IT w zarządzaniu publicznym – w warunkach tworzenia społeczeństw informacyjnych*, [w:] *Nowoczesna technologia w administracji publicznej*, Warszawa 2003.

Biurokracja, czyli instytucja marnotrawstwa i złego zarządzania¹⁹. Studium przypadku

Duże sukcesy w walce z patologiami biurokratycznymi odniósł Rudy Perpich, gubernator Minnesoty. Utworzył on stanowisko tzw. mistrza instytucji, który zapewnia pracownikom zburokratyzowanych instytucji dużą swobodę działania i ochronę przed niechętnymi ich działaniom szefami. Program aktywizowania pracowników (STEP – *Strive Toward Excellence in Performance* – Dążenie do doskonałości w pracy) został wprowadzony przez utworzoną przez Perpicha Komisję Badania Marnotrawstwa i Złego Zarządzania. Jego współpracownik Wiliam Andres (menedżer) doprowadził do radykalnych zmian, wychodząc z założenia, że produktywności nie można narzucić z zewnątrz, że musi być ona stymulowana od wewnątrz, że jest wynikiem działań oddolnych. Mówił on, że „Można to osiągnąć tylko poprzez danie pracownikom uprawnień do robienia tego, co uważają za właściwe. Jeśli pomożesz ludziom zorientować się, co jest właściwe, i dasz im uprawnienia do robienia tego, to uzyskasz znakomite wyniki. Uzyskasz takie wyniki, o jakich nawet nie śnią ci, co siedzą w wielkich gabinetach na samej górze”.

Zasady funkcjonowania programu STEP były bardzo proste. Opierał się on na pracy zespołowej i inicjatywach oddolnych, koordynowanych przez zarząd programu. Zarząd zbierał propozycje od pracowników, którzy zgłaszali pomysły innowacyjne, i najbardziej obiecującym z nich nadawał rangę oficjalnych projektów STEP. Kryteria wyboru były podobne do tych, które stosowały „władze przedsiębiorcze” w całej Ameryce. Propozycje projektów musiały być zgłoszone przez zespoły, ich realizacja nie mogła pociągać za sobą żadnych nowych kosztów i musiały one dotyczyć przynajmniej jednej z sześciu dziedzin: nastawienia na potrzeby klienta, pomiaru jakości pracy, decentralizacji władzy, współudziału w zarządzaniu, nowych form współpracy, zaawansowanych technologii.

Program dawał pracownikom dużo korzyści i satysfakcję. Otrzymywali oni pozwolenie na działalność innowacyjną, uzyskiwali pomoc techniczną przy opracowywaniu swoich wniosków, szefowie zostali zobowiązani do wysłuchiwanie ich propozycji i realizacji programów zaaprobowanych przez zarząd, mieli zapewnioną ochronę w przypadku jakichkolwiek konfliktów z dyrekcją.

Funkcjonowanie programu przyczyniło się do poprawienia efektywności pracy różnych wydziałów instytucji stanowych. Skrócono na przykład o połowę czas oczekiwania na wydanie prawa jazdy, zwiększono frekwencję w parkach stanowych o ponad 300%. Doświadczenia płynące z tego programu unaocznily, że przeprowadzanie decentralizacji wymaga silnego poparcia naczelnego kierownictwa. Na dole hierarchii mogą powstawać świetne pomysły, ale w systemach scentralizowanych są one zazwyczaj lekceważone. Ironią jest to, że w scentralizowanych instytucjach (ministerstwach, systemach szkolnych, programach) trzeba naj-

¹⁹ Opracowano na podstawie: D. Osborne, T. Gaebler, *Rzecz o inaczej. Jak duch przedsiębiorczości przenika i przekształca administrację publiczną*, Poznań 1992.

pierw zmienić przepisy, by dopuścić szeregowych pracowników do projektowania jakiegokolwiek zmiany. Tego typu działania określa się mianem deregulacji.

Po to, by pracownicy mieli prawo działania według własnych pomysłów, niezbędne jest zdecentralizowanie ośrodków podejmowania decyzji. Istnieje bowiem prawidłowość: wysiłki odgórne zmierzające do zwiększenia produktywności zmniejszają ją zazwyczaj i obniżają morale, natomiast wysiłki zmierzające do podniesienia morale przez danie pracownikom większych uprawnień zazwyczaj podnoszą zarówno morale, jak i produktywność.

Warunkiem koniecznym, wspierającym proces decentralizacji, jest inwestowanie w rozwój pracowników. Najlepsze organizacje dobrze opłacają swoich pracowników i starają się im zapewnić jak najlepsze warunki pracy. Poza tym dużo inwestują w ich szkolenie. Oczywiście jest bowiem, że ważnych decyzji nie mogą podejmować niekompetentni i źle wyszkoleni urzędnicy.

Monika Chlipała

SAMORZĄD TERYTORIALNY A ZASADA POMOCNICZOŚCI

Filozoficzne podstawy zasady pomocniczości

Funkcjonowanie zasady pomocniczości (subsydiarności¹) na gruncie prawa poprzedza jej występowanie jako myśli, idei filozoficznej. Za prekursorów zasady pomocniczości przyjmuje się w szczególności Arystotelesa oraz św. Tomasza z Akwinu. Arystoteles traktuje pomocniczość jako zasadę sprawiedliwości, słuszności, zgodnie z którą związek (zrzeszenie) nie jest celem, ale środkiem służącym jego uczestnikom do pomocy samym sobie. Zasada pomocniczości zakłada, by zadania, które mogą zostać właściwie wykonane przez mniejsze organizacje, nie były przejmowane przez większe związki. U św. Tomasza z Akwinu występuje rozumienie pomocniczości jako idei, na której winna się opierać współpraca pomiędzy jednostkami i zbiorowościami. Obowiązkiem państwa jest zapewnienie jednostkom warunków służących realizacji ich potrzeb przy pełnym respektowaniu ich osobowości². Do ugruntowania rozumienia pomocniczości jako zasady porządku społecznego przyczyniła się katolicka nauka społeczna. Pius XI w encyklice *O odnowieniu ustroju społecznego i dostosowaniu go do normy prawa ewangelii*

¹ W dalszej części artykułu pojęcia „pomocniczość” i „subsydiarność” będą używane zamiennie. Także w literaturze przedmiotu pojęcia te traktowane są jako synonimy. (Por. m.in.: H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2003 s. 89-90; Z. Niewiadomski, *Konstytucyjne podstawy samorządu terytorialnego*, [w:] idem, *Samorząd terytorialny – ustrój i gospodarka*. Bydgoszcz-Warszawa 2001, s. 35; W. Kisiel, *Ustrój samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2003 s. 31-38). Wyrażane są tym zakresie również poglądy odmienne. Zdaniem E. Popławskiej przyjęte na gruncie polskim nazywanie zasady subsydiarności także zasadą pomocniczości może prowadzić do rozumienia istoty subsydiarności jako polegającej na obowiązku państwa do udzielania bezwarunkowej pomocy na rzecz jednostek i ich wspólnot, co pozostaje w sprzeczności z tą zasadą. Autorka dodaje, iż termin „pomocniczość” wydaje się bardziej nawiązywać do społeczno-moralnej czy filozoficznej istoty pojęcia, „subsydiarność” zaś należy do terminologii politycznej i prawnej (E. Popławska, *Zasada pomocniczości (subsydiarności)*, [w:] *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, red. W. Sokolewicz, Warszawa 1998, s. 189-190).

² Por. E. Popławska, *Symposium on the Constitution of the Republic of Poland – Part I: The Principle of Subsidiarity under the 1997 Constitution of Poland*. „Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal” 1997, nr 107; eadem, *Zasada pomocniczości...*, s. 191.

(*Quadregesimo anno*) stwierdził, że „tego, co jednostka może zdziałać z własnej inicjatywy i własnymi siłami, nie wolno jej wydzierać na rzecz społeczeństwa; podobnie niesprawiedliwością, szkodą społeczną i zakłóceniem ustroju jest zabieranie mniejszym i niższym społecznościom tych zadań, które mogą spełnić i przekazywanie ich społecznościom większym i wyższym. Każda akcja społeczna ze swego celu ma charakter pomocniczy; winna pomagać członkom organizmu społecznego, a nie niszczyć ich lub wchłaniać”³. Zasada pomocniczości w ujęciu Piusa XI wyraża po pierwsze zakaz, iż nie wolno odbierać jednostce tego, co może dokonać sama, i przenosić na inną płaszczyznę działania, po drugie, nakazuje udzielenie pomocy wspólnotom mniejszym wtedy, gdy ich zdolność do działania jest niewystarczająca⁴. W filozoficznym pojmowaniu subsydiarności jej istota wyraża się w dążeniu do doskonalenia funkcjonowania istniejących struktur społecznych i mechanizmów działania władzy publicznej⁵.

Zasada subsydiarności recypowana na grunt prawa nawiązuje do treści pomocniczości akceptowanej przez katolicką naukę społeczną oraz rozumiana jest jako „fundamentalna norma kształtująca podział kompetencji pomiędzy władze poszczególnych szczebli”⁶. Kryterium tego podziału stanowi niewystarczalność władz szczebla niższego. Interwencja ze strony władz wyższego szczebla jest zasadna nie tylko, gdy organy niższe są niewystarczające do realizacji danego zadania, ale dodatkowo musi być spełniony warunek, że władza centralna potrafi osiągnąć ten sam cel, przy użyciu odpowiednich środków⁷. Kryterium niewystarczalności po stronie organu niższego oraz gwarancja efektywności działania przez organ wyższy uzasadniają ograniczanie kompetencji władz szczebla niższego w określonych dziedzinach.

Zasada pomocniczości w polskim porządku prawnym

Rozumienie zasady pomocniczości w polskim porządku prawnym nawiązuje do jej filozoficznej genezy. Podstawy prawne obowiązywania zasady pomocniczości nie mają jednolitego charakteru. Podkreślić jednak należy, iż zasada ta jest wyrażona w aktach prawnych najwyższej rangi, w ustawie zasadniczej oraz Europejskiej Karcie Samorządu Terytorialnego (EKST)⁸.

³ Pius XI, *Quadregesimo anno*, „Znak” 1982, nr 7-8, s. 708.

⁴ Por. K. Podgórski, *Kierunki zmian prawa samorządowego*, „Samorząd Terytorialny” 1992, nr 11.

⁵ Por. J. Ciapała, *Zasada subsydiarności w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i w Unii Europejskiej (zagadnienia podstawowe)*, [w:] *Region europejski a polskie województwo*, red. A. Balaban, B. Sitek, Toruń 1998 s. 93.

⁶ J. Regulski, *Kilka refleksji o integracji europejskiej i samorządzie terytorialnym*, „Samorząd Terytorialny” 1995, nr 5.

⁷ Ch. Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, Kraków 1995, s. 39.

⁸ Europejska Karta Samorządu Terytorialnego z dnia 15 października 1985 r. (Dz. U. z 1994 r., nr 124, poz. 607). W związku z członkostwem Polski w Unii Europejskiej obowiązuje w naszym porządku prawnym zasada subsydiarności wyrażona w traktatach wspólnotowych, która odnosi się do podziału kompetencji między Wspólnotą a Państwami Członkowskimi. Zgodnie z nią, Wspólnota podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, gdy cele proponowanych działań nie mogą być skutecznie osiągnięte przez Państwa Członkowskie, a zatem, z uwagi na skalę lub skutki proponowanych działań, zostaną lepiej zrealizowane przez Wspólnotę.

Zgodnie z preambułą Konstytucji pomocniczość ma służyć umacnianiu uprawnień obywateli i ich wspólnot, co stanowi nawiązanie do filozoficznych źródeł tej zasady.

Takie ujęcie pomocniczości zobowiązuje ustawodawcę do zagwarantowania jak najszerzej autonomii jednostkom oraz ich organizacjom do wykonywania odpowiedniego zakresu zadań publicznych. Pomocniczość implikuje „poszanowanie odrębnej od państwa podmiotowości społeczności lokalnych i przyznania im właściwości we wszystkich sprawach, w których są w stanie działać nie mniej efektywnie niż państwo [...]”⁹.

W tekście EKST nie występują pojęcia „pomocniczość” czy „subsidiarność”, jednak istota omawianej zasady została wyrażona przez przyjęcie, że odpowiedzialność za sprawy publiczne powinny ponosić przede wszystkim te organy władzy, które znajdują się najbliżej obywateli¹⁰.

Państwa-sygnatariusze EKST zobowiązały się do wprowadzenia w wewnętrznym porządku prawnym takiego podziału zadań publicznych, aby jak największa ich część była realizowana na szczeblu lokalnym, a powierzenie ich wykonywania innemu, wyższemu, organowi władzy wymaga uwzględnienia zakresu i charakteru tych zadań oraz wymogów efektywności i gospodarności¹¹.

Ch. Millon-Delsol wymienia trzy warunki natury antropologiczno-filozoficznej, które są konieczne w stosowaniu zasady subsidiarności na każdym gruncie, w tym również prawnym. Zdaniem autorki są nimi:

zaufanie do zdolności społecznych podmiotów i ich dbałości o interes ogółu, następnie przyjęcie intuicji, zgodnie z którą władzy bynajmniej nie przysługuje z samej jej natury absolutna kompetencja w sprawach dotyczących określenia i realizacji interesu ogółu, a także wola autonomii i inicjatywy po stronie podmiotów społecznych [...]”¹².

Zasada subsidiarności uznawana jest za jedną z ogólnych zasad prawa wspólnotowego, która odnosi się do relacji pomiędzy Wspólnotą a Państwami Członkowskimi. W kontekście zasady subsidiarności jako zasady prawa wspólnotowego trafnie zauważa T. Rabska, iż konsekwencje przyjętych rozwiązań wspólnotowych oddziałują nie tylko na relacje pomiędzy organami Wspólnoty a organami Państw Członkowskich, wyznaczając granice działania dla tych pierwszych, ale stanowią także kryterium podziału zadań i kompetencji funkcjonowania organów władzy publicznej w porządkach prawnych każdego z państw członkowskich. Autorka dodaje, iż „idea struktur europejskich może być w pełni zrealizowana tylko wówczas, gdy zasada subsidiarności jest respektowana w wewnętrznych strukturach poszczególnych państw”. (T. Rabska, *Administracja publiczna w świetle integracji z Unią Europejską*, „Samorząd Terytorialny” 2003, nr 3). Zob. szerzej na temat zasady subsidiarności w prawie wspólnotowym m.in.: D. Lasok, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Toruń 1995, s. 44-47; V. W. Gary, *The subsidiarity in European Union law – American federalism compared*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 1995, nr 12; A. Szpor, *Państwo a subsidiarność jako zasada prawa w UE i w Polsce*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 1).

⁹ B. Jaworska-Dębska, *Stabilizacja prawnoustrojowa społeczności lokalnej*, [w:] *Tradycje i współczesne odmiany samorządu*, red. D. Waleczak-Duraj, „Zeszyty Naukowe Szkoły Wyższej im. P. Włodkowica” 1999, vol. 11, s. 68.

¹⁰ Art. 4, ust. 3, zd. 1 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego z 15 października 1985 r. (Dz. U. z 1994 r., nr 124, poz. 607).

¹¹ Art. 4, ust. 3, zd. 2 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego.

¹² Ch. Millon-Delsol, *op. cit.*, s. 37.

Zasada pomocniczości w funkcjonowaniu samorządu terytorialnego

Podstawy prawne obowiązywania zasady pomocniczości wskazują na szczególną pozycję samorządu terytorialnego. Zgodnie z EKST, jak najszerszy zakres zadań publicznych winien zostać przekazany na rzecz organów władzy, będących najbliższą obywateli. Samorząd terytorialny, który działa w oparciu o zasadę decentralizacji władzy publicznej, jest właśnie takim organem. W tym ujęciu samorząd terytorialny jest więc podmiotem uprawnionym do „korzystania” z założeń wynikających z zasady subsydiarności. Ustawodawca jest zobowiązany do zapewnienia, że do właściwości organów samorządowych należy wykonywanie zadań publicznych służących zaspokajaniu zbiorowych potrzeb mieszkańców. Gwarancją realizacji pomocniczości jako zasady odnoszącej się do relacji państwo–samorząd terytorialny (o której mowa w EKST) są podstawowe normy konstytucyjne, wyrażające decentralizację władzy publicznej na samorząd terytorialny¹³, zasadę domniemania kompetencji na rzecz samorządu terytorialnego, która stanowi, że samorząd terytorialny wykonuje zadania publiczne niezastrzeżone przez Konstytucję lub ustawy dla organów innych władz publicznych¹⁴ oraz regulacja, zgodnie z którą gmina jako podstawowa jednostka samorządu terytorialnego została upoważniona do decydowania o wszystkich sprawach publicznych o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżonych ustawami na rzecz innych podmiotów¹⁵.

Konstytucyjne ujęcie pomocniczości jako zasady mającej służyć umacnianiu uprawnień obywateli i ich wspólnot odnosi się do relacji organów władzy publicznej (a więc także organów samorządu terytorialnego) z jednostkami i ich organizacjami. W myśl zasady pomocniczości, samorząd terytorialny wraz z innymi organami władzy publicznej jest zobowiązany do „dzielenia się” zakresem swoich zadań przez współdziałanie z obywatelami (i ich wspólnotami) w ich wykonywaniu. Wypełnienie obowiązku współpracy w najpełniejszym zakresie jest możliwe w odniesieniu do organów samorządowych, na rzecz których ustawodawca przekazuje zadania publiczne związane z zaspokajaniem zbiorowych potrzeb mieszkańców. Współuczestnictwo obywateli i ich organizacji w realizacji tego rodzaju zadań powinno być jak najszersze. Samorząd terytorialny jako podmiot umiejscowiony najbliżej obywateli, wykonujący zadania publiczne dysponuje możliwością urzeczywistniania omawianej zasady. Działania podejmowane w tym zakresie przez władze samorządowe wymagają odpowiednich podstaw prawnych. Dla realizacji zasady pomocniczości konieczne są rozwiązania prawne, umożliwiające jednostkom samorządu terytorialnego współpracę z mieszkańcami i ich organizacjami, a zarazem zobowiązujące do takiego współdziałania. Współpraca organów samorządowych z podmiotami spoza struktury organizacyjnej ad-

¹³ Art. 15 i art. 16, ust. 2 Konstytucji.

¹⁴ Art. 163 Konstytucji.

¹⁵ Art. 164, ust. 3 Konstytucji, art. 6, ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1591 z późn. zm.).

ministracji jest wyrazem realizacji zasady pomocniczości zgodnie z jej istotą wyrażoną w Konstytucji.

Samorząd terytorialny w celu wykonywania powierzonych mu zadań publicznych może nie tylko tworzyć jednostki organizacyjne (gminne, powiatowe, wojewódzkie), ale także zawierać umowy z innymi podmiotami¹⁶. Ustawodawca nie definiuje i nie wprowadza zamkniętego katalogu podmiotów, z którymi władze samorządowe mogą zawierać umowy w celu wykonywania zadań publicznych. Podstawową przesłanką jest zdolność podmiotu do zawierania umów we własnym imieniu¹⁷. Przekazywanie wykonania zadań w drodze umów zawieranych z podmiotami prywatnymi pozwala ograniczyć nadmierną sztywność w zakresie administracji publicznej, powoduje większą elastyczność i efektywność działania w zakresie zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców.

W kontekście realizacji zasady pomocniczości regulacja ta jest ważna, ale niewystarczająca dla podejmowania przez organy samorządowe współpracy z organizacjami pozarządowymi. Zgodnie z poglądem wyrażonym w doktrynie, rozwiązanie dopuszczające zawieranie umów z innymi podmiotami ma charakter ustrojowy. Tym samym nie może stanowić samodzielnej podstawy prawnej dla tego rodzaju umów. Niezbędne są regulacje prawa materialnego dopuszczające taką możliwość. Dobrze zatem, że ustawodawca nie poprzestał na przedstawionej regulacji jako podstawie współdziałania jednostek samorządowych z podmiotami zewnętrznymi, bowiem przy braku szczegółowych podstaw prawnych w przepisach prawa materialnego tego rodzaju współpracy trudno byłoby nadać wymiar realny¹⁸.

Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie¹⁹ tworzy podstawy prawne, w oparciu o które organy władzy publicznej mogą kształtować współpracę z organizacjami pozarządowymi, mającymi status organizacji pożytku publicznego²⁰. Ustawodawca wprowadza obowiązek współpracy organów administracji publicznej przy wykonywaniu zadań publicznych z organizacjami pozarządowymi, prowadzącymi działalność pożytku publicznego²¹. Określone zostały

¹⁶ Art. 9, ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, art. 6, ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym, art. 8, ust. 1 ustawy o samorządzie województwa.

¹⁷ Por. K. Bandarzewski, *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2004, s. 110-111.

¹⁸ Por. art. 25, ust. 1 ustawy z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2004 r., nr 64, poz. 593), zgodnie z którym organy administracji rządowej i samorządowej mogą zlecać realizację zadania z zakresu pomocy społecznej, udzielając dotacji na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zleconego zadania m.in. organizacjom pozarządowym, prowadzącym działalność w zakresie pomocy społecznej.

¹⁹ Ustawa z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2003 r., nr 96, poz. 873 z późn. zm.).

²⁰ Ustawodawca szeroko definiuje pojęcie organizacji pozarządowych, przyjmując, że są nimi organizacje niebędące jednostkami sektora publicznego i niedziałające w celu osiągnięcia zysku, osoby prawne lub jednostki nieposiadające osobowości prawnej, w tym fundacje i stowarzyszenia. Organizacja posiadająca przymiot organizacji pozarządowej może prowadzić działalność pożytku publicznego, czyli działalność społecznie użyteczną w sferze ustawowo określonych zadań publicznych. Sfera ta obejmuje zadania publiczne określone w sposób generalny i otwarty. Rada Ministrów w drodze rozporządzenia może określić inne zadania jako należące do sfery publicznej, biorąc pod uwagę ich społeczną użyteczność oraz możliwość ich wykonywania przez organizacje pozarządowe w sposób zapewniający wystarczające zaspokajanie potrzeb społecznych (art. 3 i 4 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie).

²¹ Art. 5, ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

formy tego współdziałania. Można wśród nich wyróżnić dwie grupy: finansowe formy współpracy, którymi są zlecenie realizacji zadań publicznych przez powierzenie ich wykonywania wraz z udzieleniem dotacji na finansowanie ich realizacji lub wspieranie wykonywania takich zadań, polegające na udzieleniu dotacji na dofinansowanie ich realizacji²², oraz formy współpracy o charakterze niefinansowym, do których ustawodawca zalicza: wymianę informacji pomiędzy organami administracji publicznej a organizacjami pozarządowymi o planowanych kierunkach działalności w zakresie wykonywania zadań publicznych, konsultacje z organizacjami pozarządowymi, tworzenie wspólnych zespołów o charakterze doradczym i inicjatywnym²³. Ustawowy katalog form współpracy podmiotów władzy z organizacjami pozarządowymi pozostaje otwarty. Dopuszczalne jest jego rozwinięcie o inne sposoby realizacji zadań publicznych przez organizacje pożytku publicznego. Ustawa nie wskazuje organu właściwego do określenia innych form współpracy. W odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego kompetencja w zakresie wprowadzania nowych form współpracy należy do ich organów stanowiących.

Współdziałanie z organizacjami pozarządowymi w celu wykonywania zadań publicznych nie jest kierowane tylko do organów samorządowych. Niemniej jednak także w tej ustawie została podkreślona szczególna rola samorządu terytorialnego w zakresie upowszechniania i realizacji założeń zasady pomocniczości. Ustawodawca zobowiązał organy jednostek samorządowych do uchwalania rocznych programów współpracy z organizacjami pozarządowymi²⁴. Rozwiązanie takie służy dostosowaniu form współpracy do warunków i specyfiki każdej jednostki samorządowej oraz pozwala wskazać, jakie zadania będą realizowane w drodze kooperacji z organizacjami pozarządowymi. Współpraca organów samorządowych z organizacjami pozarządowymi, zgodnie z ustawą, winna opierać się na zasadach: pomocniczości, suwerenności stron, partnerstwa, efektywności, uczciwej konkurencji i jawności²⁵. Wprowadzenie obowiązku uchwalania przez organy samorządowe programów współpracy jest środkiem obligującym władze samorządowe do współdziałania z organizacjami pozarządowymi, jednakże bez narzucania form i dziedzin tej współpracy, co odpowiada istocie pomocniczości oraz pozostaje zgodne z zasadą samodzielności samorządu terytorialnego.

Nie ulega wątpliwości, że współpraca z organizacjami pozarządowymi nie może prowadzić do sytuacji, że samorząd pozbawia się możliwości wykonywania danego zadania, działania w obszarze, którego ono dotyczy. Współdziałanie podmiotów władzy z organizacjami obywatelskimi jest niezbędne dla realizacji zasady pomocniczości, ale wzajemne relacje tych podmiotów winny stanowić uzupełnienie w działalności samorządu terytorialnego, a nie zastępować jej. Samorząd terytorialny ponosi odpowiedzialność za wykonywanie zadań przekazanych przez ustawodawcę także w sytuacji, kiedy nie jest ich bezpośrednim wykonawcą.

²² Art. 5, ust. 1, pkt 1 w zw. z ust. 4, pkt 1-2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

²³ Art. 5, ust. 1, pkt 2-4 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

²⁴ Art. 5, ust. 3 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

²⁵ Art. 5, ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Wnioski

Podsumowując, wskazane podstawy zasady pomocniczości oraz rozwiązania prawne umożliwiające realizację jej założeń uzasadniają tezę, iż pomocniczość jest zasadą obowiązującą w polskim porządku prawnym. Pozostaje pytanie o jej faktyczną realizację. W zakresie realizacji zasady pomocniczości, podejmowania działań zgodnych z jej istotą, najważniejsza rola przypada jednostkom samorządu terytorialnego, w szczególności gminie. Funkcjonowanie zasady pomocniczości wymaga zobowiązania podmiotów samorządowych do współdziałania z obywatelami i ich organizacjami w zakresie wykonywanych zadań, które winny być podejmowane na rzecz i w interesie mieszkańców. Wykonywanie przez organy samorządowe zadań publicznych przy uwzględnieniu zasady pomocniczości, czyli we współpracy z organizacjami pozarządowymi, jest procesem, który dopiero się zaczął w działaniach władz samorządowych. Warunkiem jego zapoczątkowania było przyjęcie niezbędnych regulacji prawnych, których realizacja nie może być natychmiastowa. Samorząd terytorialny jest podmiotem, którego działanie, aktywność w znacznej mierze przesądza o faktycznym obowiązywaniu zasady pomocniczości.

Piotr Laskowski

KORUPCJA W SAMORZĄDZIE TERYTORIALNYM – PATOLOGIA WŁADZY CZY KOSZT TRANSFORMACJI?

Wprowadzenie

W latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia Polska dokonała ogromnego wysiłku na rzecz transformacji systemu gospodarczego w kierunku gospodarki rynkowej oraz wygenerowania wspólnot obywatelskich, jakimi niewątpliwie są jednostki samorządu terytorialnego. Początek XXI wieku z kolei przypada w Polsce na szczególny okres przemian społeczno-gospodarczych, tj. procesu integracyjnego z państwami Unii Europejskiej, budującym nieprzerwanie demokratyczny system zarządzania. Zmiana systemu społeczno-ekonomicznego w Polsce, jak również związana z nim ciągła przebudowa gospodarki narodowej wywołuje potrzebę wsparcia tych procesów przez prawidłowo funkcjonującą administrację rządową i samorządową.

Wydaje się, iż samorządność w Polsce znajduje się na pewnym rozdrożu. Każdy ze szczebli samorządu terytorialnego¹ ma do wykonania szereg zadań istotnych dla danej społeczności lokalnej i odpowiednich dla obszaru, jaki obejmuje. W momencie reaktywacji samorządu terytorialnego w Polsce zakładano, iż „ręka wolnego samorządu” zdoła uporządkować większość spraw. Dzisiaj martwimy się niewydolnością finansową wielu jednostek samorządowych, a przecież zjawiskiem równie groźnym jest korupcja na szczeblu lokalnym. Korupcja, o której tak wiele mówi się i pisze ostatnio w Polsce, w powszechnym odczuciu społecznym przeniknęła do wszystkich sfer zinstytucjonalizowanego życia w naszym kraju². Nie-

¹ Reaktywowany w maju 1990 r. samorząd terytorialny w Polsce przez osiem lat funkcjonował wyłącznie na najniższym, podstawowym szczeblu gminy. Dopiero od 1 stycznia 1999 r. utworzono jeszcze powiaty i województwa samorządowe.

² Według szacunków, tzw. „wartość detalicznego rynku łapówek” jest oceniana w Polsce na 5-7 miliardów dolarów. W prowadzonym przez Transparency International rankingu uczciwych i skorumpowanych krajów Polska od kilku lat zajmuje coraz wyższą pozycję i w roku 2004 znalazła się na 65 miejscu na świecie, najwyż-

rzetelność i nieuczciwość w życiu publicznym są występami, wynikające z nich nadużycia stanowią przeważnie karalne przestępstwa, a wszystkie prowadzą do destrukcji politycznego ładu wspólnoty obywatelskiej. Od tego problemu nie jest również wolny samorząd terytorialny w Polsce.

Korupcja i jej systemowe konsekwencje

Korupcja to nadużywanie władzy w celu uzyskania prywatnych korzyści³, zaś okazję do zachowań korupcyjnych stwarzają w sektorze publicznym stosunki między przedstawicielami władzy. Korupcja jest swego rodzaju patologią społeczną, która stoi w sprzeczności z systemem wartości akceptowanym w danej społeczności. W ujęciu definicyjnym za korupcję uznaje się „przyjmowanie lub żądanie przez pracownika instytucji państwowej lub społecznej korzyści majątkowej lub osobistej w zamian za wykonanie czynności urzędowej lub za naruszenie prawa”⁴. Najczęściej do korupcji przyczyniają się:

- wadliwy (nieprzejrzysty i nieskuteczny) system prawny,
- źle działająca (niesprawna) administracja,
- uwikłanie gospodarki w politykę,
- chęć szybszego załatwienia sprawy,
- nieprzestrzeganie istniejących kodeksów zawodowych,

Korupcja może przyjmować różne formy i występować na wszystkich poziomach życia gospodarczego i społecznego. Trudno stwierdzić, które formy korupcji mają bardziej negatywne skutki lub występują częściej niż inne. Z punktu zagrożenia dla gospodarki za najważniejsze autor uznaje:

- łapownictwo (bierne i czynne),
- płatną protekcję,
- nepotyzm i kumoterstwo (nepotyzm oznacza nadużywanie przez określoną osobę zajmowanego stanowiska poprzez protegowanie krewnych: stanowi faworyzowanie oparte na pokrewieństwie. Natomiast kumoterstwo, to faworyzowanie oparte nie na pokrewieństwie, ale na powiązaniach nieformalnych. Nepotyzm i kumoterstwo, wpływają negatywnie na obsadzanie stanowisk, uzyskiwanie wpływów i pozycji w państwie i instytucjach publicznych. Protegowane są osoby, które najczęściej nie posiadają odpowiednich zdolności ani kwalifikacji. Traci na tym całe społeczeństwo),
- defraudację środków publicznych (niezgodne z prawem dysponowanie dobrem publicznym),

szym z krajów Unii Europejskiej. Należy równocześnie dodać, iż według ocen Banku Światowego korupcja pochłania około 5% produktu globalnego świata, a w krajach, w których jest szeroko rozpowszechniona, jej skutki przyrównuje się do dodatkowego – 20% podatku.

³ W Polsce na przełomie XX i XXI w. pojawiła się specyficzna forma korupcji, której cechą charakterystyczną jest uzyskiwanie korzyści dla formacji politycznej będącej aktualnie u władzy. Jest to częściowo związane z poczuciem „obowiązku” spłacenia kredytu, jakim dana formacja obdarzyła swojego przedstawiciela powierzając mu pełnienie funkcji w administracji rządowej lub samorządowej.

⁴ *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1978, s. 1018.

–handel wpływami (za handel wpływami uważa się czyny polegające na obiecywaniu, wręczaniu lub proponowaniu, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, komukolwiek, kto stwierdza lub potwierdza, że może w zamian za to wywrzeć niewłaściwy wpływ na podjęcie decyzji przez funkcjonariuszy publicznych. W Polsce wykształcił się nurt polegający na finansowaniu partii politycznych w zamian za zdobycie wpływów),

–lobbing polityczny (lobbing jest to sztuka skutecznego oddziaływania na urzędników i polityków, wpływ na ciała ustawodawcze w interesie określonych warstw, grup, instytucji, itp. głównie przez „urabianie” członków parlamentu. Lobbing ma powodować podejmowanie ważnych decyzji w ten sposób, aby były one zgodne z interesami zleceniodawcy lobbysty).

Korupcja przestała być zjawiskiem opisywanym jedynie przez prawników i etyków i obecnie stała się istotnym czynnikiem wpływającym na stan gospodarki⁵. Wysoka korupcja oznacza, iż administracja rządowa (i/lub samorządowa) funkcjonuje wadliwie, przez co zmniejsza szanse rozwoju kraju (i/lub regionu). U podłoża korupcji leży chęć pokątnego manipulowania przepływem publicznych środków i nieuprawnionego wykorzystywania publicznych zasobów. Oznacza to w praktyce, że trafiają one w ręce nie tych, którzy potrafiliby je najrzetelniej i najskuteczniej spożytkować, lecz tych, którzy potrafili zdobyć do nich dostęp sposobami nieuczciwymi.

Wzrastające w ostatnim okresie czasu zainteresowanie problematyką korupcji w Polsce jest wynikiem z jednej strony ujawniania kolejnych nieprawidłowości z udziałem osób piastujących funkcje publiczne⁶, z drugiej natomiast formułowania strategii mających powstrzymać nasilanie się zjawiska⁷. Oficjalnie z korupcją chcą walczyć wszystkie partie polityczne, jednakże większość ich pomysłów sprowadza się do zmian pozornych, których wspólną cechą jest wiara w magiczną moc kontroli i represyjności prawa.

Badanie związków między korupcją a rozwojem gospodarczym pozwala na dostrzeżenie następujących zależności⁸:

- korupcja zakłóca funkcjonowanie podstawowego mechanizmu rynkowego, czyli wolnej konkurencji,
- korupcja ogranicza wzrost gospodarczy,
- korupcja ma negatywny wpływ na finanse publiczne,
- korupcja ogranicza inwestycyjny potencjał podmiotu gospodarczego,
- korupcja zniechęca zagranicznych inwestorów,
- korupcja ułatwia funkcjonowanie zorganizowanej przestępczości.

W przypadku gdy korupcja nabiera rozmiarów masowych i staje się trwałym elementem życia publicznego, gospodarka nie może się uwolnić od tzw. kosztów

⁵ Ekonomiści coraz częściej zwracają uwagę na jakość instytucji współpracujących z biznesem. Jakość tych instytucji wpływa na szanse rozwoju danego kraju nie mniej niż wielkość dostępnego kapitału, zasoby naturalne czy jakość siły roboczej.

⁶ Katalog przestępstw dotyczących korupcji stanowi aneks do niniejszego artykułu. W aneksie zamieszczono również statystykę osób skazanych za korupcję w Polsce w latach 2000-2003.

⁷ E. Góral, *Administracja publiczna wobec zjawiska korupcji*, Materiały Międzynarodowej Konferencji „Jakość administracji publicznej”, Kielce-Cedzyna 2004, s. 142.

⁸ A. Lewicka-Strzałecka, „Indywidualny i społeczny wymiar korupcji”, [mszps], Warszawa 2002.

dotatkowych⁹. Z uwagi na to, iż korupcja jest problemem międzynarodowym, w zapobieganiu oraz w walce z nią angażują się wszystkie państwa świata. Dlatego też Komitet Ministrów Rady Europy przyjął w 1997 r. w Strasburgu Rezolucję w sprawie Dwudziestu zasad wiodących w walce z korupcją¹⁰ i zachęca władze krajowe do stosowania tych reguł w codziennej praktyce i walce z nią.

Korupcja na szczeblu lokalnym

Samorządy lokalne, jako jednostki z natury rzeczy bliższe zwykłemu człowiekowi, powinny teoretycznie podlegać bardziej wnikliwej kontroli ze strony obywateli. Samorządy działają jednak w bezpośrednim kontakcie z ludźmi, co powoduje, że są szczególnie narażone na pokusy korupcji. Na zjawisko korupcji na szczeblu lokalnym mocno wpływają dwie okoliczności. Pierwszą jest silna więź, jaka łączy partie polityczne i radnych. Drugą stanowią procedury, które skutecznie blokują kontrolę wyborców nad radnymi¹¹. Okazuje się, że w naszym kraju społeczeństwo obywatelskie nie jest jeszcze wystarczająco rozwinięte, aby społeczność lokalna czuła współodpowiedzialność za funkcjonowanie jednostek samorządu terytorialnego, a co za tym idzie „patrzyła na ręce” lokalnym władzom. Wiele badań wskazuje na to, iż korupcja jest dobrze zdomowiona w naszej świadomości społecznej¹². Okazuje się, że w większości przypadków urzędnik nawet nie sugeruje potrzeby przekazania łapówki dla załatwienia sprawy. Wielu Polaków w przekonaniu o potrzebie „posmarowania” oferuje łapówkę, podtrzymując korupcyjne związki i demoralizując kolejnych urzędników, lekarzy czy policjantów drogówki. W walce z korupcją wspierają wymiar sprawiedliwości kolejne przepisy prawne i regulacje antykorupcyjne. W dziedzinie tej pomogą też prawdopodobnie nowe technologie, które do minimum ograniczą kontakt petenta z urzędnikiem. Podstawową kwestią w walce z korupcją na każdym szczeblu jest jednak zmiana świadomości społecznej i odrzucenie łapówki jako sposobu załatwiania jakichkolwiek spraw. Z kolei władza samorządowa (reprezentowana przez swoich urzędników) przy korzystaniu z prawa podejmowania decyzji powinna:

- realizować jedynie te cele, dla których moc jej nadano,
- nie mieć uprzedzeń i pozostawać obiektywną oraz bezstronną,
- przestrzegać zasady równości wobec prawa,
- zachować właściwe proporcje między wszelkimi efektami odwrotnymi, jakie może mieć jej decyzja w odniesieniu do praw, swobód czy interesów ludzi, a celem, któremu służy,

⁹ Korumpowanie związane jest z ponoszeniem przez korumpującego wydatków. W celu zrównoważenia nakładów poniesionych na skorumpowanie podmiot korumpujący przerzuca te koszty na otoczenie, czyli tak naprawdę koszty korupcji ponosi społeczeństwo.

¹⁰ Rezolucja Rady Europy Nr (97) 24 w sprawie Dwudziestu zasad wiodących w walce z korupcją, przyjęta przez Komitet Ministrów 6 listopada 1997 r. na 101 sesji, Ośrodek Informacji Rady Europy, Centrum Europejskie UW, Biuletyn 3-4, 1999 r., s. 144-145.

¹¹ Por. E. Wojciechowski, *Zarządzanie w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2003, s. 129-130.

¹² Szerzej S. Rose-Ackerman, *Korupcja i rządy*, Warszawa 2001, s. 179-196.

- podejmować decyzje w rozsądnym czasie,
- stosować wszelkie ogólne wskazówki administracyjne w sposób konsekwentny, jednocześnie biorąc pod uwagę szczególne okoliczności każdego przypadku.

Do głównych przyczyn występowania korupcji w administracji samorządowej zaliczyć należy¹³:

- nadmiar kompetencji w ręku jednego urzędnika,
- dowolność w podejmowaniu decyzji,
- lekceważenie dokumentacji i sprawozdawczości,
- słabość kontroli wewnętrznej,
- nierówność w dostępie do informacji,
- brak odpowiedzialności osobistej,
- nadmierne korzystanie z usług zewnętrznych (polegające na korzystaniu przez administrację publiczną z zewnętrznych usług doradczych i eksperckich, którymi zastępowane są czynności należące do podstawowych obowiązków jednostek organizacyjnych danej instytucji),
- uchylanie się przed kontrolą państwową (rozmyślnie unikanie kontroli, np. przez kwestionowanie podstaw prawnych lub zakresu kompetencji organu kontroli),
- słabość rozwiązań antykorupcyjnych.

Szczegółowo kwestią korupcji w samorządzie zajęła się Fundacja im. Stefana Batorego. W ramach Programu Przeciw Korupcji w czerwcu i lipcu 2002 roku przeprowadzono badanie socjologiczne dotyczące zjawiska korupcji w samorządach¹⁴. Najczęściej wymieniane powody wręczania łapówek urzędnikom samorządowym to:

- przyjmowanie do pracy, awansowanie, obsadzanie różnych stanowisk,
- przyspieszenie załatwiania różnych spraw urzędowych, wydawanie dokumentów, zaświadczeń, zezwoleń,
- wydawanie pozwoleń na budowę, zmiany warunków zabudowy,
- sprzedaż gruntów, mienia komunalnego,
- wydawanie zezwoleń, koncesji na prowadzenie różnorodnej działalności gospodarczej,
- przetargi – ustalanie ich warunków i terminów.

Korupcja jest zjawiskiem, które jest bardzo trudno oszacować, a autor stoi na stanowisku, iż korupcja jest zjawiskiem niemierzalnym (w ujęciu ilościowym), gdyż liczba ujawnionych przestępstw korupcyjnych stanowi (w każdej dziedzinie i w każdym kraju) niewielki procent faktycznie popełnionych. Niezależnie od trudnego, a czasami wręcz niemożliwego do precyzyjnego oszacowania zakresu korupcji, należy stwierdzić, iż w okresach przejściowych sprawowanie władzy na szczeblu lokal-

¹³ Zobacz więcej w: *Zagrożenie korupcją w świetle badań kontrolnych Najwyższej Izby Kontroli przeprowadzonych w roku 2003*, raport NIK, Warszawa 2004.

¹⁴ Badanie wykazało, że w latach 1999-2002 łapówki w urzędach gminnych, miejskich, powiatowych czy urzędach pracy dawało 11% tych, którzy w ogóle przyznali się do ich wręczania. Po przeliczeniu na wszystkich Polaków oznacza to, że niecałe 2% Polaków wręczyło łapówkę urzędnikom podczas ostatniej kadencji samorządów. W liczbach bezwzględnych oznacza to jednak aż pół miliona wręczających łapówki. Blisko 45% badanych zadeklarowało, że zetknęło się z przypadkami wykorzystywania przez radnych ich funkcji w interesie ich rodziny i znajomych, a 11% z przypadkami brania łapówek przez radnych. Okazuje się jednak, że wiedza ta najczęściej pochodzi z mediów, a nie z osobistego doświadczenia.

nym (ale również na szczeblu rządowym) daje możliwości realizacji partykularnych interesów, które zawsze będą „przedmurzem” korupcji.

Podsumowanie

Korupcja jest zjawiskiem uniwersalnym, występującym w mniejszym lub większym stopniu we wszystkich państwach świata, bez względu na miejsce położenia, sposób sprawowania władzy czy też dorobek kulturalny. Dokonujący się w Polsce proces transformacji społeczno-gospodarczej stwarzał korzystne warunki do jej rozwoju. Czynniki sprzyjającymi temu zjawisku były przeprowadzane głębokie reformy państwa, powstawanie nowych instytucji administracyjnych i gospodarczych, rozwój systemu bankowego i giełdowego oraz brak przepisów prawa dostosowanych do zmieniającej się rzeczywistości. Praktykom korupcyjnym, zwłaszcza wśród elit politycznych i gospodarczych, sprzyja brak rozdzielenia funkcji publicznych od działalności gospodarczej. W ich wyniku dostęp do publicznych środków uzyskują osoby o niższych kwalifikacjach i kompetencjach, zatem gorzej nimi gospodarujące lub uzyskujące niezasłużone gratyfikacje za pracę gorszej jakości. Niekompetentny urzędnik publiczny nie tylko kompromituje i ośmiesza państwo czy samorząd, ale i marnuje jego zasoby i przysparza strat wspólnocie, w której działa. Jeszcze większe straty powstają, gdy zajmuje on stanowisko zarządcy instytucji prowadzących bezpośrednią działalność gospodarczą, w których kapitał pochodzi ze środków publicznych i jest marnowany. Należy również wspomnieć o aspekcie społecznym korupcji. Koszt zniszczenia czy zmarnowania kapitału społecznego w wyniku wszechogarniającej korupcji jest szczególnie wysoki, gdyż może doprowadzić do zacofania cywilizacyjnego społeczeństwa i kraju. Odtworzenie i pozyskanie tego kapitału jest zaś szczególnie trudne, trudniejsze niż zdobycie kapitału finansowego. Obecnie w Polsce próbuje walczyć się z korupcją przez podejmowanie działań w sferze legislacyjnej, które zmierzają do likwidacji nieprecyzyjnych zapisów. Najlepszym tego przykładem jest próba określenia zasad działalności lobbingowej, które mają wyeliminować patologie występujące w tym obszarze.

Korupcji nie wyeliminują najlepsze i najsurowsze przepisy prawa, gdyż problem tkwi w mentalności społeczeństwa. Walka z korupcją polega na ustaleniu jej obszarów, przyczyn i okoliczności sprzyjających oraz skutecznym ich usuwaniu lub przynajmniej ograniczeniu ich oddziaływania. Tylko systemowe i systematyczne ograniczanie korupcji może przynieść trwale pozytywne rezultaty. Same regulacje prawne nie są więc w stanie rozwiązać problemu korupcji. Konieczną przesłanką w przypadku Polski jest osiągnięcie wysokiego poziomu etycznego wśród osób sprawujących funkcje publiczne przez rozbudowanie struktur społeczeństwa obywatelskiego. Prawidłowe stosunki demokratyczne w społecznościach lokalnych wymagają szczególnej aktywności mieszkańców w rozwiązywaniu

wszelkich problemów swojego środowiska¹⁵. Obecnie można pokusić się o stwierdzenie, iż korupcja na szczeblach władzy lokalnej jest niewątpliwie patologią władzy, którą dodatkowo wzmacnia „wstrząs społeczny” spowodowany przemianami społeczno-gospodarczymi.

¹⁵ *Samorząd w Polsce*, red. S. Wykrętowicz, Poznań 2004, s. 104.

Aneks

Wyciąg z Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 z dnia 2 sierpnia 1997 r.; sprostowanie: z 1997 r. Dz.U. nr 128, poz. 840; zm.: z 1999 r. nr 64, poz. 729 i nr 83, poz. 931, z 2000 r. nr 48, poz. 548 i nr 93, poz. 1027)

Art. 228. § 1. Kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę lub takiej korzyści żąda, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 3. Jeżeli czyn określony w § 1 został popełniony w związku z naruszeniem przepisów prawa, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 4. Karze określonej w § 3 podlega także ten, kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej.

§ 5. Kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjmuje korzyść majątkową znacznej wartości lub jej obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

§ 6. Karom określonym w § 1-5 podlega odpowiednio także ten, kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą, albo jej obietnicę, lub takiej korzyści żąda, albo uzależnia wykonanie czynności służbowej od jej otrzymania.

Art. 229. § 1. Kto udziela lub obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. W wypadku mniejszej wagi sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa, aby skłonić osobę pełniącą funkcję publiczną do naruszenia przepisów prawa albo udziela korzyści takiej osobie za naruszenie przepisów prawa, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 4. Kto osobie pełniącej funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji, udziela lub obiecuje udzielić korzyści majątkowej znacznej wartości, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do lat 12.

§ 5. Karom określonym w § 1-4 podlega odpowiednio także ten, kto udziela lub obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub w organizacji międzynarodowej w związku z pełnieniem tej funkcji.

Art. 230. Kto, powołując się na swoje wpływy w instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego, podejmuje się pośrednictwa w załatwieniu sprawy w zamian za korzyść majątkową lub jej obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

Art. 231. § 1. Funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa nieumyślnie i wyrządza istotną szkodę, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 4. Przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego w Art. 228.

Tabela 1. Osoby skazane w Polsce prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwa korupcji w latach 2000-2003

Kwalifikacja prawna	2000	2001	2002	2003	dynamika 2001/2000	dynamika 2002/2000	dynamika 2003/2000
Art. 228 par. 1 k.k.	52	55	61	45	105,8	117	86
Art. 228 par. 2 k.k.	1	1	2	4	100	200	400
Art. 228 par. 3 k.k.	38	38	74	65	100	195,8	171
Art. 228 par. 4 k.k.	12	6	12	5	50	100	41,7
Art. 228 par. 5 k.k.	1	1	3	2	100	300	200
Art. 229 par. 1 k.k.	77	72	74	134	93,5	96,1	174
Art. 229 par. 2 k.k.	4	12	10	16	300	250	400
Art. 229 par. 3 k.k.	314	360	362	496	114,5	115,3	149,4
Art. 229 par. 4 k.k.	X	X	2	1	X	X	X
Art. 230	22	14	18	33	63,6	81,8	150
Art. 231 par. 1 k.k.	35	41	50	50	117	142,8	142,8
Art. 231 par. 2 k.k.	22	27	29	43	122,7	131,8	195,5
Art. 231 par. 3 k.k.	2	2	0	3	100	0	150
Razem	582	631	697	897	108,4	119,7	154,1

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości.

Justyna Maliszewska-Nienartowicz*

PROPORCJONALNOŚĆ JAKO ZASADA WYZNACZAJĄCA GRANICE DZIAŁANIA WSPÓLNOTY EUROPEJSKIEJ

Zasada proporcjonalności we wspólnotowym porządku prawnym. Uwagi ogólne

Zasada proporcjonalności została rozwinięta w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: Trybunału) jako odpowiedź na potrzeby wspólnotowego porządku prawnego¹. W istocie nie było bowiem takiej normy wspólnotowej, która pozwoliłaby badać legalność działań legislacyjnych i administracyjnych instytucji Wspólnot. Należy przy tym zauważyć, że zakres zastosowania zasady proporcjonalności nie ogranicza się jedynie do środków podejmowanych przez instytucje wspólnotowe, ale służy również ocenie działań państw członkowskich w sytuacji, gdy ograniczają one podstawowe swobody rynku wewnętrznego. Ta ważna funkcja proporcjonalności pozostanie jednak poza obszarem niniejszego opracowania z uwagi na jego ograniczony zakres tematyczny.

Proporcjonalność była rozwijana przez Trybunał jako zasada ogólna prawa wspólnotowego². W Traktacie z Maastricht z 7 lutego 1992 roku, który powołał do życia Unię Europejską, uregulowano ją w art. 3b ustęp 3, w części I Traktatu usta-

* Autorka jest stypendystką Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej.

¹ D. Wyatt, *European Community Law and Public Law in the United Kingdom*, [w:] *The Gradual Convergence, Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford 1994, s. 190.

² Na taki charakter proporcjonalności wskazuje sam Trybunał - por. np. pkt 21 orzeczenia z 11 lipca 1989 r. w sprawie Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH&Co. KG v. Hauptzollamt Gronau, C-265/87, ECR 1989, s. 2237; pkt 1 orzeczenia z 13 listopada 1990 r. w sprawie The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others, C-331/88, ECR 1990, s. I-4023. Również doktryna jest zgodna co do takiego statusu zasady proporcjonalności, zob. m.in. J. Jowell, *Is Proportionality an Alien Concept?*, „European Public Law” 1996, vol. 2, issue 3, s. 402; D. Oulton, *How Widely Accepted As a General Principle Is Proportionality?*, „Commonwealth Judicial Journal” 1997, vol. 12, no. 1, s. 17; J. Jowell, A. Lester, *Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous*, [w:] *New Directions in Judicial Review*, London 1988, s. 56; Rt. Hon. Lord Hoffmann, *A Sense of Proportion*, „Irish Jurist” 1997, vol. XXXII, s. 54.

nawiającego Wspólnotę Europejską (dalej TWE) – „Zasady”. Traktat Amsterdamski nie wprowadził w tym zakresie żadnych zmian – przepis art. 5 ustęp 3 przewiduje, że „Żadne działanie Wspólnoty nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów określonych w niniejszym Traktacie”. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że ujmując zasadę proporcjonalności w ramy traktatowe, nie tylko uznano ją w sposób urzędowy. Nadano jej również bardziej ogólny zasięg – nie ma ona na celu wyłącznie ochrony podmiotów gospodarczych, lecz również uniemożliwienie Wspólnocie nadmiernego wkraczania w dziedzinę swobody państw³. Wskazuje się również, że zasada proporcjonalności została podniesiona do rangi fundamentalnej zasady leżącej u podstaw prawno-instytucjonalnego porządku Wspólnoty Europejskiej i stanowiącej część prawa pierwotnego⁴.

Należy podkreślić, że obecnie zakres zastosowania zasady proporcjonalności wykracza poza ochronę praw jednostek i obejmuje także ochronę kompetencji krajów członkowskich. W związku z tym możemy mówić o podwójnej naturze proporcjonalności: w zależności od okoliczności określa ona stosunki z jednostkami oraz relacje o charakterze instytucjonalnym. We wspólnotowym porządku prawnym mamy zatem do czynienia zarówno z materialno-prawnym, jak i instytucjonalnym zastosowaniem tej zasady⁵. Pierwszy obszar wiąże się z ochroną jednostek przed nieodpowiednimi i niekoniecznymi środkami wspólnotowymi – tutaj często wkracza Trybunał, co obrazuje rozwój jego orzecznictwa. Natomiast drugi należy łączyć z ochroną państw członkowskich przed niepotrzebną ingerencją w ich suwerenność. Właśnie ten zakres zastosowania jest bliski treściowo zasadzie subsydiarności i wykonywaniu kompetencji przez Wspólnotę⁶.

Wydaje się, że regulacja traktatowa kładzie większy akcent na relacje Wspólnota–państwa członkowskie, a tym samym na kwestię, czy instytucje powinny w danym przypadku działać (przyjąć akt prawny). Świadczy o tym chociażby jej umiejscowienie w art. 5 obok zasad kompetencji powierzonych i subsydiarności. Stąd też w literaturze wskazuje się, iż proporcjonalność jako zasada ustanowiona Traktatem, a nie rozwinięta przez Trybunał, znajduje zastosowanie głównie w procesie legislacyjnym⁷. Z drugiej jednak strony, wyraźnie przewiduje się, iż „żadne działanie Wspólnoty nie może wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów określonych w niniejszym Traktacie”. Można zatem odnieść tę regulację do wszelkich przejawów aktywności instytucji wspólnotowych, niezależnie od szczególnej roli, jaką odgrywa ona w procesie przyjmowania aktów

³ J. D. Mouton, Ch. Soulard, *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, Lublin 2000, s. 87.

⁴ D. Sobczyński, *Zasada proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym*, „Glosa – Przegląd Prawa Gospodarczego” 2003, nr 3, s. 8. Podobnie W. Springer, *Subsydiarność jako zasada ustrojowa w państwie federalnym*, [w:] *Subsydiarność*, red. D. Mileczarek, Warszawa 1998, s. 116, który zalicza proporcjonalność do „kolejnej podstawowej zasady ustroju wspólnotowego” oraz R. Arnold, *Perspektywy prawne powstania konstytucji europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 7, s. 36-37.

⁵ Zob. B. De Witte, *The Role of Institutional Principles in the Judicial Development of the European Union Legal Order*, [w:] *The Europeanisation of Law: the Legal Effects of European Integration*, ed. F. Synder, Oxford 2000, s. 90.

⁶ Por. J. Bergmann, *Recht und Politik des Europäischen Union. Der Integrationsverbund vor der Osterweiterung*, Omnia 2001, s. 105.

⁷ N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, London-Boston 1996, s. 140.

prawnych. Nie ma również wątpliwości, że zasada proporcjonalności znajduje zastosowanie zarówno do działań podejmowanych w zakresie kompetencji dzielonych z państwami członkowskimi, jak i tych, które należą do kompetencji wyłącznej Wspólnoty. Oznacza to, że za każdym razem, kiedy instytucje wspólnotowe podejmują działanie, muszą mieć ją na uwadze.

Proporcjonalność jako zasada określająca kompetencje Wspólnoty Europejskiej

Jedną z zasadniczych funkcji, jakie pełni zasada proporcjonalności, jest określenie zakresu wykonywania kompetencji przez Wspólnotę Europejską. W szczególności sposób na tę właśnie funkcję wskazuje omawiana już regulacja traktatowa.

Zasada proporcjonalności wymaga od instytucji wspólnotowych podejmowania tylko takich działań i tylko w takim zakresie, w jakim są one niezbędne do wykonywania zadań i osiągnięcia celów zawartych w traktatach⁸. Odnosi się zatem do intensywności działania Wspólnoty, rozumianej jako wybór środków najmniej inwazyjnych i uciążliwych dla państw członkowskich oraz ich obywateli, pozostawiających im zarazem maksymalną swobodę⁹. Aktywność Wspólnoty jest określana w relacji do celów wskazanych w TWE. Zasada proporcjonalności nie ogranicza jednak tych celów ani też nie wymaga dokonywania ich zwięzającej wykładni¹⁰.

Przy ocenie sposobu wykonywania kompetencji przez Wspólnotę decydującą rolę odgrywa kryterium konieczności. Wskazuje na nie wprost regulacja art. 5, ust. 3 TWE, która mówi, że „żadne działanie nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów”. Z praktyki orzeczniczej wynika jednak, że również odpowiedniość środków i proporcjonalność *sensu stricto* są brane pod uwagę w tym kontekście. Jednocześnie Trybunał przyznaje instytucjom wspólnotowym dość szeroki zakres władzy dyskrecyjnej.

Na przykład, w orzeczeniu z 9 listopada 1995 roku w sprawie RFN v. Rada UE¹¹ uznał, że wymóg ustanowienia przez państwa członkowskie dla celów statystycznych rejestrów zawierających informacje o przedsiębiorstwach handlowych (przewidziany w rozporządzeniu 2186/93¹²) nie narusza zasady proporcjonalności. Rząd niemiecki, który był stroną w tej sprawie, podnosił, że wskazane rozporządzenie wymagało rejestracji tego typu danych, które nie były konieczne do osiągnięcia jego celu, oraz że finansowe i administracyjne koszty ustanowienia rejestru były nieproporcjonalne w stosunku do potencjalnych korzyści. Trybunał odrzucił

⁸ E. Dynia, *Integracja europejska. Zarys problematyki*, Warszawa 2003, s. 104.

⁹ Por. A. Dashwood, *The Limits of European Community Powers*, „European Law Review” 1996, vol. 21, no. 2, s. 115 oraz E. Przybylska-Marciniuk, *Zasada subsydiarności w projekcie Traktatu Konstytucyjnego*, [w:] *Przyszły Traktat Konstytucyjny. Zasadnicze zmiany ustrojowe w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2004, s. 81.

¹⁰ T. Tridimas, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. E. Ellis, Oxford 1999, s. 81.

¹¹ C-426/93, ECR 1995, s. I-3723.

¹² Zostało ono przyjęte na podstawie art. 213 TWE (obecnie art. 284), który przewiduje, że: „w celu wypełnienia powierzonych jej zadań Komisja może zbierać wszelkie potrzebne informacje oraz sprawdzać je w granicach i na warunkach ustalonych przez Radę zgodnie z postanowieniami niniejszego Traktatu”.

oba argumenty, wskazując, że: „nie wydaje się, aby rozporządzenie wymagało zbierania niekoniecznych informacji [...] albo że koszty utworzenia rejestrów przez państwa członkowskie są oczywiście nieproporcjonalne do korzyści wynikających dla Wspólnoty z ich utworzenia”¹³.

Potwierdzeniem takiego stanowiska Trybunału jest orzeczenie z 12 listopada 1996 r. w sprawie Zjednoczone Królestwo v. Rada UE¹⁴. Dotyczyła ona dyrektywy Rady 93/104 o niektórych aspektach organizacji czasu pracy. Wielka Brytania domagała się jej unieważnienia, powołując się m.in. na naruszenie zasady proporcjonalności. Trybunał odwołał się do tradycyjnych kryteriów zasad odpowiedniości oraz konieczności i wskazał, że zostały one zachowane. Jednocześnie jednak pokreślił, że Radzie przysługuje szeroki zakres władzy dyskrecyjnej w obszarach, które wymagają dokonywania wyborów oraz przeprowadzania skomplikowanych ocen. Kontrola sądowa wykonywania takiego zakresu uprawnień musi być zatem ograniczona do stwierdzenia, czy nie wystąpił oczywisty błąd lub nadużycie władzy bądź czy instytucje wspólnotowe nie przekroczyły wyraźnie zakresu swojej władzy dyskrecyjnej¹⁵.

Należy zatem stwierdzić, że Trybunał w sprawach wyraźnie związanych z zakresem wykonywania kompetencji przez Wspólnotę Europejską przeprowadza jedynie marginalny zakres kontroli. Z pewnością wiąże się to z tym, iż tego typu przypadki często mają wymiar bardziej polityczny niż prawny. Jest zatem dość prawdopodobne, że w większości spraw brak będzie obiektywnych kryteriów, na podstawie których sąd będzie mógł dokonać oceny wyborów dokonanych przez ustawodawcę wspólnotowego. Dlatego też kontrola ogranicza się do tego, czy miał miejsce oczywisty błąd¹⁶.

W związku z tym w literaturze przedmiotu wyrażany jest pogląd, iż przy ocenie, czy działania wspólnotowe nadmiernie naruszają suwerenność państw członkowskich, proporcjonalność wydaje się być mniej odpowiednim kryterium, niż ma to miejsce przy ocenie nadmiernego ograniczenia indywidualnych swobód¹⁷. Z drugiej jednak strony można spotkać takie stanowisko, które twierdzi, że „wykonywanie ścisłej kontroli sądowej przez Trybunał, opartej na zasadzie proporcjonalności, ograniczającej władzę odpowiednich instytucji politycznych, jest uznawane za istotny sposób rozwiązania problemu »deficytu demokratycznego« w ramach legislatury wspólnotowej”¹⁸. To zaś oznacza, że proporcjonalność odgrywa ważną rolę w kontekście kontroli sposobu wykonywania kompetencji przez Wspólnotę Europejską i do tego poglądu należałoby się przychylić. Być może, że Trybunałowi nie jest łatwo dokonywać kontroli w sytuacjach, które mają polityczny charakter (występuje tu podobieństwo do oceny zgodności danych działań Wspólnoty z zasadą subsydiarności), niemniej jednak trzeba ją przeprowadzać,

¹³ Pkt 3 głównych tez orzeczenia. Zob. też punkty 36-51 orzeczenia.

¹⁴ C-84/94, I:CR 1996, s. I-5755.

¹⁵ *Ibidem*, punkty 57 i 58.

¹⁶ T. Tridimas, *op. cit.*, s. 84.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ I. Canor, *Harmonizing the European Community's Standard of Judicial Review?*, „European Public Law” 2002, vol. 8, issue 1, s. 161.

choćby miała ograniczyć się do oceny, czy dany środek jest „oczywiście nieproporcjonalny”. Ogólnie zaś należy zauważyć, że proporcjonalność powinna być ściśle przestrzegana przez wszystkie instytucje wspólnotowe, bowiem „przedsiębiorczość Wspólnoty rozszerzania swoich uprawnień może być napędzana nie tylko przez zmianę w zakresie podziału władzy, ale również przez ekspansywne korzystanie z istniejących uprawnień”¹⁹.

Proporcjonalność jako podstawa badania legalności wszystkich działań legislacyjnych i administracyjnych Wspólnoty Europejskiej

• Wpływ zasady proporcjonalności na formę i zakres aktów prawnych

Rola zasady proporcjonalności w zakresie wyboru formy aktywności prawotwórczej Wspólnoty stała się oczywista po przyjęciu na szczycie w Edynburgu w grudniu 1992 roku Konkluzji Prezydencji Rady Europejskiej²⁰. Wskazano tam, że sposób działania Wspólnoty powinien być maksymalnie prosty, jeśli chodzi o formę przyjmowania aktów prawnych. Dlatego też trzeba skłaniać się raczej w kierunku wydawania dyrektyw niż rozporządzeń oraz dyrektyw ramowych w miejsce regulacji szczegółowych. Jeśli natomiast istnieje taka możliwość, należy przyjmować niewiążące środki prawne, np. rekomendacje, dobrowolne kodeksy postępowania, itd.

Taka interpretacja została potwierdzona w Protokole w przedmiocie stosowania zasad subsydiarności i proporcjonalności, stanowiącym załącznik do Traktatu Amsterdamskiego²¹. Podkreślono tam, że forma działania Wspólnoty ma być możliwie najprostsza, przy uwzględnieniu potrzeby właściwej realizacji celu danego środka i jego skutecznego wprowadzenia w życie. W rezultacie Wspólnota będzie wydawać akty tylko w niezbędnym zakresie, przy preferencji dyrektyw wobec rozporządzeń oraz dyrektyw ramowych wobec szczegółowych. Preferencję dla dyrektyw uzasadnia się charakterem tego aktu prawnego – wiążą one jedynie co do celu, a pozostawiają państwom swobodę w zakresie metod jego realizacji.

Ogólnie należy zatem stwierdzić, że z zasady proporcjonalności wynika wymóg przyjmowania dyrektyw ramowych. Niezależnie od wpływu takiej właśnie formy prawotwórczej na zakres regulacji instrumentów wspólnotowych (dyrektywa jest stosunkowo ogólnym aktem prawnym), konkluzje edynburskie oraz protokół przewidują jeszcze dodatkowe warunki w tym zakresie. W pierwszym dokumencie wskazuje się, że w przypadku konieczności ustalenia standardów na szczeblu wspólnotowym należy ograniczać się do określenia ich na poziomie minimalnym. Ma to dotyczyć nie tylko tych dziedzin, wobec których postanowienia traktatowe wprost wskazują na regułę tzw. minimalnej harmonizacji, ale również

¹⁹ W. Weidenfeld (ed.), *Europe '96. Reforming the European Union*, Bonn 1994, s. 29.

²⁰ Ogólne stanowisko w sprawie stosowania przez Radę zasady subsydiarności oraz artykułu 3b TWE (załącznik 1 do części A), polska wersja tekstu [w:] *Subsydiarność...*, s. 237-244.

²¹ Jego polska wersja [w:] *Subsydiarność...*, s. 311-314.

pozostałych obszarów, jeśli nie będzie to stało w sprzeczności z celami proponowanego działania lub z postanowieniami Traktatu. Ponadto działania podejmowane przez Wspólnotę powinny pozostawiać możliwie najszerszy zakres swobody decyzji na szczeblu krajowym. Protokół amsterdamski także odnosi się do zakresu regulacji wspólnotowych aktów prawnych. W punkcie 7 powtórzony zostaje wymóg, aby „działania Wspólnoty pozostawiały tak wiele swobody decyzji organom krajowym, jak to tylko możliwe, przy czym należy zapewnić realizację celu danego środka oraz przestrzeganie wymogów Traktatu”²². Brak jest natomiast wyraźnego odniesienia się do tzw. minimalnej harmonizacji.

W rezultacie trzeba zauważyć, że proporcjonalność ma ograniczać aktywność legislacji wspólnotowej. Jeśli zostanie przesądzone, że dana kwestia powinna zostać uregulowana przez Wspólnotę, należy działać tylko w zakresie niezbędnym do osiągnięcia zamierzonego celu. W tym aspekcie proporcjonalność niewątpliwie uzupełnia zasadę subsydiarności.

• Zasada proporcjonalności a obowiązek uzasadniania aktów wspólnotowych

Obowiązek podawania przyczyn wydania danego aktu przewidziany jest w art. 253 TWE (dawny art. 190). Odnosi się on do rozporządzeń, dyrektyw i decyzji przyjmowanych wspólnie przez Parlament Europejski i Radę, przez samą Radę oraz Komisję. Należy zauważyć, że włączenie tego typu obowiązku do postanowień traktatowych wskazuje na jego szczególne znaczenie we wspólnotowym porządku prawnym. W istocie pełni on kilka ważnych funkcji:

- pozwala zainteresowanym stronom (państwom bądź jednostkom) sprawdzić, czy ustawodawstwo wspólnotowe jest zgodne z wymogami proceduralnymi i przepisami materialnymi prawa wspólnotowego;
- umożliwia skuteczną kontrolę sądową ważności aktów prawa wspólnotowego;
- wskazuje w obiektywny sposób cel danego środka, aby ułatwić jego interpretację;
- pomaga rozstrzygnąć ewentualne konflikty z ustawodawstwem krajowym (w związku z zasadą, że środki krajowe nie mogą ingerować w stosowanie prawa wspólnotowego)²³.

W tym miejscu warto przyjrzeć się bliżej funkcji związanej z przeprowadzaniem przez Trybunał kontroli ważności aktów prawa wspólnotowego. Dzięki uzasadnieniu jest on w stanie określić, czy akt został przyjęty na odpowiedniej podstawie prawnej, czy przestrzegano przepisów traktatowych i zasad ogólnych itd. W uzasadnieniu mogą bowiem znaleźć się wskazówki, dlaczego zastosowano zróżnicowanie między podobnymi przypadkami, dlaczego nadmierne obciążenie było konieczne, wreszcie czy należy zastosować środek w szczególny sposób²⁴. Niewątpliwie, obowiązek podawania przyczyn przyjęcia danego aktu służy także sądowej kontroli wykony-

²² Pkt 7 Protokołu [w:] *Subsydiarność...*, s. 313.

²³ J. T. Lang, *The Constitutional Principles Governing Community Legislation*, „Northern Ireland Legal Quarterly”, vol. 40, no. 3, s. 230.

²⁴ *Ibidem*, s. 231.

wania uprawnień przez instytucje wspólnotowe. Dlatego też jest szczególnie ważny w przypadkach, gdy przysługuje im szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej²⁵.

Wszystkie te elementy ukazują związki zachodzące między obowiązkiem uzasadniania aktów prawnych a zasadą proporcjonalności. Nic więc dziwnego, że zgodnie z punktem 4 Protokołu w przedmiocie stosowania zasad subsydiarności i proporcjonalności uzasadnienia wszystkich wspólnotowych aktów prawnych muszą wskazywać na spełnienie wymogów wynikających z zasady proporcjonalności. Instytucje zazwyczaj spełniają ten obowiązek przez wskazanie w preambule, że działają zgodnie z tą zasadą. Jeszcze przed przyjęciem protokołu zdarzało się, że nie odwoływały się wprost do zasady proporcjonalności, co rodziło wątpliwości w zakresie spełnienia wymogów wynikających z art. 190 (obecnie art. 253 TWE).

Tym zagadnieniem zajął się Trybunał w orzeczeniu z 19 listopada 1998 r. w sprawie *Zjednoczone Królestwo v. Rada UE*²⁶. Stwierdził tam, że „...Rada nie musi wyraźnie odwołać się do zasady proporcjonalności w preambule rozporządzenia, aby spełnić swój obowiązek podania przyczyny zgodnie z art. 190 TWE (obecnie art. 253), skoro z rozpatrywanego rozporządzenia wynika jasno, że środki tam przewidziane są konieczne do osiągnięcia zamierzonych celów zgodnie z zasadą proporcjonalności”. Być może taka praktyka instytucji wspólnotowych (w tym stanowisko Trybunału) wpłynęła na decyzję państw członkowskich o ustanowieniu obowiązku wyraźnego uzasadnienia aktu z punktu widzenia zasady proporcjonalności (pkt 4 protokołu).

• Zasada proporcjonalności a sankcje nakładane zgodnie z prawem wspólnotowym

Skoro jednym z najważniejszych celów zasady proporcjonalności jest ochrona jednostki w jej stosunkach z władzą publiczną, obszarem, w którym odgrywa ona niezmiernie ważną rolę, są decyzje instytucji wspólnotowych nakładające różnego rodzaju sankcje²⁷. Ogólne założenie, że kary powinny być proporcjonalne do popełnionego naruszenia, nie stanowi rzecz jasna wspólnotowego „odkrycia”. Jest to nie tylko podstawowa zasada prawa karnego, ale również wyraźna właściwość kontroli sądowej we wszystkich systemach prawnych opartych na idei sprawiedliwości i rządów prawa²⁸.

Pojęcie sankcji jest w europejskim prawie wspólnotowym dość szerokie i obejmuje zarówno kary o charakterze odszkodowawczym, jak i ściśle karnym. Zasada proporcjonalności znajduje zastosowanie do wszelkiego rodzaju kar, choć większą rolę odgrywa w kontekście sankcji karnych. Ponadto pojawia się w kon-

²⁵ Por. szerzej G. Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities*, Haga 1981, s. 104.

²⁶ C-150/94, ECR 1998, s. I-7235.

²⁷ Por. T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford 1999, s. 114; D. Sobczyński, *Zasada proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym*, „Glosa – PPG” 2003, nr 3, s. 12.

²⁸ G. Gerapetritis, *The Application of Proportionality in Administrative Law: Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*, Thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of D. Phil in Law at the University of Oxford, November 1995, s. 279.

tekście kar dyscyplinarnych, stosowanych wobec urzędników Wspólnot Europejskich – obowiązuje tu reguła, że ich dotkliwość musi odpowiadać wadze naruszenia obowiązków przez pracownika.

Trybunał dość często wypowiada się na temat różnego rodzaju kar występujących w ramach polityki rolnej, np. przypadku depozytu czy też utraty pomocy wspólnotowej. Stoi na stanowisku, że kara w postaci przypadku depozytu powinna być proporcjonalna do wagi naruszenia²⁹. Jednocześnie jednak dość surowo traktuje naruszenie głównego zobowiązania – nie uznaje za nieproporcjonalny przepałek całego zabezpieczenia, nawet jeśli termin wykonania zobowiązania został nieznacznie przekroczony³⁰. Należy podkreślić, że Trybunał ingeruje w tym obszarze tylko w najpoważniejszych przypadkach naruszenia zasady proporcjonalności, bowiem są to w głównej mierze kary o charakterze odszkodowawczym.

Nieco inaczej jest w przypadku sankcji o charakterze karnym, zwłaszcza kar grzywny nakładanych przez Komisję na podstawie przepisów o wspólnotowej polityce konkurencji. W tym obszarze sądy wspólnotowe mają szeroki zakres jurysdykcji³¹. Jednocześnie ich kontrola w oparciu o wymogi zasady proporcjonalności jest dość specyficzna – Trybunał, a obecnie Sąd Pierwszej Instancji (dalej Sąd), działa niejako w roli ciała odwoławczego, badającego decyzje wydane przez Komisję Europejską³². Często zdarza się tak, że Sąd nie unieważnia nałożonych kar, lecz je po prostu modyfikuje. Od takiej decyzji Sądu można się jeszcze odwołać do Trybunału. Jednakże, w tej sytuacji orzeka on jedynie co do kwestii prawnych – oznacza to, że Trybunał nie może zmniejszyć grzywny ustalonej przez Sąd jedynie na podstawie ogólnie pojętej słuszności. W orzecznictwie sądów wspólnotowych, dotyczącym kar pieniężnych w ramach polityki konkurencji, proporcjonalność pojawia się w kontekście wskazówek określających, jakie czynniki należy brać pod uwagę przy ustalaniu ich wysokości³³. Kara musi być proporcjonalna do wagi naruszenia, a to określa się za pomocą wielu czynników, jak rozmiar naruszenia, czas jego trwania, okoliczność, czy działanie było zamierzone itd. Bierze się również pod uwagę rozmiar i siłę gospodarczą przedsiębiorstwa.

Ostatnim z ważniejszych obszarów zastosowania zasady proporcjonalności w omawianym zakresie są sankcje dyscyplinarne nakładane na pracowników instytucji wspólnotowych. Trybunał stoi tu na stanowisku, że „od momentu ustalenia faktów świadczących przeciwko urzędnikowi, wybór środków dyscyplinarnych należy do władzy dyscyplinarnej. Trybunał nie może więc zastąpić swoim orzeczeniem decyzji

²⁹ Por. orzeczenie z 21 czerwca 1979 r. w sprawie *Atalanta Amsterdam BV v. Produktschap voor Vee en Vlees*, C-240/78, ECR 1979, s. 2137, pkt 3.

³⁰ Por. np. orzeczenie z 29 kwietnia 1982 r. w sprawie *Merkur Fleisch-Import GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, C-147/81, ECR 1982, s. 1389.

³¹ Jej podstawę traktatową stanowi art. 229 TWE „rozporządzenia przyjęte wspólnie przez Parlament Europejski i Radę oraz przez Radę zgodnie z postanowieniami niniejszego Traktatu mogą przyznawać Trybunałowi Sprawiedliwości prawo nieograniczonego orzekania w zakresie kar przewidzianych tymi rozporządzeniami”.

³² Por. szerzej T. Tridimas, *op. cit.*, s. 116.

³³ Por. np. orzeczenie Sądu z 6 października 1994 r. w sprawie *Tetra Pak International SA v. Komisja WE*, T-83/91, ECR 1994, s. II-755, gdzie wskazano, że „aby ocenić powagę naruszenia przez przedsiębiorstwo wspólnotowych reguł konkurencji w celu określenia grzywny, która jest proporcjonalna, Komisja może wziąć pod uwagę wyjątkowy okres trwania pewnych naruszeń, ich liczbę i różnorodność..., szczególną wagę naruszenia stanowiącą część celowej i spójnej strategii...”. W rezultacie Sąd uznał, że „grzywna odpowiadająca w przybliżeniu 2,2% całego obrotu przedsiębiorstwa w danym roku nie jest nieproporcjonalna”.

tej władzy, z wyjątkiem przypadków wyraźnej dysproporcji lub nadużycia władzy³⁴. W innym orzeczeniu wskazał zaś, że „Trybunał nie może krytykować tego wyboru, chyba że nałożony środek jest nieproporcjonalny do ustaleń faktycznych dokonanych wobec urzędnika”³⁵. Oznacza to, że będzie on interweniował i uchyli decyzję nakładającą sankcję dyscyplinarną tylko wówczas, jeśli dana instytucja wspólnotowa wyraźnie przekroczy zakres swojej władzy dyskrecjonalnej przy określaniu rodzaju lub wysokości sankcji dyscyplinarnej. Wskazówką dla takiej oceny ma być nieproporcjonalność między zarzucanym działaniem a nałożoną karą. Jej istnienia będzie musiał jednak dowieść sam pracownik instytucji wspólnotowej³⁶.

Podsumowanie

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że proporcjonalność pozwala na daleko idącą kontrolę, że jest to najpotężniejszy środek, jakim może dysponować sąd, aby dokonywać oceny działań podejmowanych przez ustawodawcę i organy administracyjne³⁷. W istocie dzięki stosowaniu tej zasady we wspólnotowym porządku prawnym wiele niepotrzebnych działań instytucji wspólnotowych może zostać wyeliminowanych. Ma ona również wpływ na formę, treść i uzasadnienie aktów prawnych oraz na zakres kar nakładanych przez instytucje wspólnotowe. Niewątpliwie odgrywa zatem ważną rolę w kontekście ograniczania nadmiernej władzy Wspólnoty zarówno w relacjach z państwami członkowskimi, jak i jednostkami.

Znaczenie zasady proporcjonalności zostało dostrzeżone również przez twórców Traktatu Konstytucyjnego. Jej ogólna regulacja znajduje się w art. I-11, ust. 4, który przewiduje, że: „zgodnie z zasadą proporcjonalności **zakres i forma działania Unii** nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Konstytucji. **Instytucje Unii stosują zasadę proporcjonalności zgodnie z Protokołem w sprawie stosowania zasad subsydiarności i proporcjonalności**” [wyróżnienie J.M.-N.]. Wprowadzone w Konstytucji zmiany ograniczają się zatem do doprecyzowania, że zasada ta ma szczególny wpływ na treść i formę działania Unii³⁸. Ponadto art. I-11 wyraźnie odwołuje się do Protokołu, w którym określone są aspekty praktyczne dotyczące zasad subsydiarności i proporcjonalności. Jego postanowienia oraz pozostałe regulacje Traktatu Konstytucyjnego istotne dla zasady proporcjonalności mogą jednak stanowić przedmiot osobnego opracowania³⁹.

³⁴ Orzeczenie Trybunału z 30 maja 1973 r. w sprawie Robert de Greef v. Komisja WE, C-46/72, ECR 1973, s. 543.

³⁵ Orzeczenie z 4 lutego 1970 r. w sprawie August Joseph van Eick v. Komisja WE, C-13/69, ECR 1970, s. 3.

³⁶ Por. G. Gerapetritis, *op. cit.*, s. 150.

³⁷ Zob. T. Tridimas, *The Principle of Proportionality in Community Law: from the Rule of Law to Market Integration*, „Irish Jurist” 1996, vol. 31, s. 101.

³⁸ Por. A. Dashwood, *The Relationship between the Member States and the European Union/European Community*, „Common Market Law Review” 2004, vol. 41, s. 367.

³⁹ Zob. np. D. Miąsik, „Nowe” ujęcie zasady proporcjonalności w Konstytucji dla Europy, [w:] *Konstytucja dla Europy – przyszły fundament Unii Europejskiej*, red. S. Dudzik, Kraków 2005.

Diane Ryland

**THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS
OF THE EUROPEAN UNION:
QUESTIONS, PROBLEMS AND PERSPECTIVES¹**

The Charter of Fundamental Rights of the European Union was signed and solemnly proclaimed in Nice in December 2000². A large question accompanied its inception, namely: what would be the status of this Charter? That question may be broken down into numerous inter-related questions, including, *inter alia*, what were the reasons for drafting this Charter; would the Charter be referred to, or incorporated in, the Treaty; would its provisions be legally binding; what would be the scope of its provisions; how would consistency of interpretation of political and civil rights between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights be ensured?

The scope of the Charter's provisions remains problematic, as does the Charter's legal effects. The social/solidarity articles in the Charter are controversial and a problem for the United Kingdom. The general provisions on the application and interpretation of the Charter, explanatory notes and the Charter's preamble purport to put these questions and problems into perspective. This paper will question such perspectives.

Questions

The European Council at Cologne in 1999 decided that 'there appears to be a need, at the present stage of the Union's development, to establish a Charter of fundamental rights in order to make their overriding importance and relevance more

¹ Diane Ryland LL.B LL.M, Senior Lecturer in Law, University of Lincoln, United Kingdom.

² [2000] OJ C364/1.

visible to the Union's citizens'³. The decision was taken by the European Council to 'propose to the European Parliament and the Commission that, together with the Council, they should solemnly proclaim on the basis of the draft document a European Charter of Fundamental Rights. It will then have to be considered whether and, if so, how the Charter should be integrated into the Treaties'⁴.

What reasons were given for drafting this Charter? A visible and specific list of values and fundamental rights on which the European Union is based serves the political ideal of citizenship and identification with a closer 'federal' Union⁵. The adoption of the Charter as an explicit internal statement of fundamental rights, where previously one did not exist, would address the allegations of double standards earned by a European Union which attached conditions of respect for democracy, the rule of law and fundamental freedoms to all membership applications⁶, and, particularly to those acceding Member States in the recent wave of enlargement⁷. A Charter is not a legally binding document in itself but a statement of aspirations, of political intent. Because of the novel composition of the body responsible for its drafting⁸, and, significantly, its solemn proclamation by the European Union institutions, the weight of academic opinion was that legal effect had been accorded to it⁹, or would be, indirectly, through the interpretative role of the European Court of Justice¹⁰. A decision as to the status of the Charter was postponed at Nice until the next European Union Intergovernmental Conference in 2004¹¹. The Charter has been referred to in an increasing number of the Opinions of Advocates General in their legally reasoned, researched Opinions given in open Court prior to the Courts majority ruling. Advocate General Léger analysed the principle of access to documents, concluding that it constitutes a fundamental right, *inter alia*, in

³ European Council Decision on the Drawing Up of a Charter of Fundamental Rights of the European Union, Annex IV to the Conclusions of the Presidency of the Cologne European Council of 3 and 4 June 1999, <http://www.europarl.eu.int/dg7/summits/en/kol2.htm#UP>. Quoted in Koen Lenearts 'Fundamental Rights in the European Union', (2000) *ELRev.* p. 575, at p. 576. House of Lords (HofL) Select Committee on the European Union (EU), *EU Charter of Fundamental Rights*, Eighth Report Session 1999-2000, para. 30. Cf, D. Ryland, 'The Charter of Fundamental Rights of the European Union: Pandora's Box or Panacea?', vol. 45, number 5/6 (2003), *Managerial Law*, p. 145 ff.

⁴ HofL Select Committee on the EU, *op. cit.* para. 123.

⁵ P. Eeckhout, 'The EC Charter of Fundamental Rights and the Federal Question', (2002) *CML Rev.*, p. 945 at p. 991; Ch. McCrudden, 'The Future of the EU Charter of Fundamental Rights', 'Jean Monnet Working Paper' 10/01, p. 4 at p. 21; <http://www.jeanmonnetprogram.org>, J. H. H. Weiler, 'Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?' (2000), *ELJ*, p. 95.

⁶ Article 46(d) of the Treaty on European Union. HofL Select Committee on the EU, *op. cit.*, para. 150.

⁷ Known as the Copenhagen criteria, pursuant to which applicant States are required to achieve, *inter alia*, 'stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities.' Conclusions of the Presidency of the Copenhagen Council 1993, EC Bull 6-1993, p. 13. Quoted in A. Williams, 'Enlargement of the Union and Human Rights Conditionality: A Policy of Distinction?' (2000), *EL Rev.*, p. 601 and 607.

⁸ Cf G. de Burca, 'Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights' (2001), *ELRev.*, p. 126.

⁹ K. Lenearts and E. de Smijter, 'A Bill of Rights for the European Union' (2001), *CMLRev.*, p. 273 at p. 298 and 299.

¹⁰ HofL Select Committee on the EU, *op. cit.*, para. 125; Ch. McCrudden, *op. cit.*, p. 12. Editorial Comments, 'The EU Charter of Fundamental Rights Still Under Discussion' (2001), *CML Rev.*, p. 1 at p. 5. Communication from the Commission on the Legal Nature of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. COM (2000) 644, 11 October 2000, para. 9, p. 5.

¹¹ Declaration 23 on the Future of Europe, Nice, [2001] OJ C80/1.

view of its inclusion in the Charter¹². Advocate General Tizzano was of the opinion that the Charter provides the most reliable and definitive confirmation of the fact that the right to paid annual leave constitutes a fundamental right¹³. The Court of First Instance ruled that the right to an effective remedy for everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has been reaffirmed by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union¹⁴, proclaimed at Nice on 7 December 2000¹⁵. The Court of Justice, in comparison, has been conspicuously silent and has not mentioned the Charter in its judgments¹⁶. One leading commentator has submitted: 'The solemn declaration of such a Charter, whatever its provisional or its final legal status, might be part of an ongoing process that has the potential to transform substantially the Union and its legal system'¹⁷.

The Charter¹⁸, comprised of civil, political, economic and social provisions is divided into seven titles, under the respective headings of Dignity; Freedoms; Equality; Solidarity; Citizen's Rights; Justice and General Provisions Governing the Interpretation and Application of the Charter. It contains rights, which already have legal effect in the Treaties, and provisions purporting to state new 'rights'¹⁹. There is nothing controversial in the Charter preserving the jurisprudence of the European Court of Justice under which, in addition to limiting the institutions in the exercise of their legislative role, Member States are required to protect fundamental principles of law when implementing European Community law²⁰. Some perceive the Charter as potentially expanding the competence of the European Union in respect of human rights, i.e. imposing duties on Member States, espe-

¹² *Ibidem*, p. 949. Article 42 of the Charter (now Article II-102 of the Treaty establishing a Constitution for Europe (TCE)). Case C-353/99P, *Council v Houtala*, [2001] ECR I-9565, Opinion of Advocate General Léger of 10 July 2001, para. 77 ff.

¹³ Article 31(2) of the Charter (now Article II-91(2) TCE). Case C-173/99 *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) v S of S for Trade and Industry*, [2001] ECR I-4881, Opinion of Advocate General Tizzano, 8 Feb. 2001, paras. 19, 20, 22, 28 and 29.

¹⁴ Now Article II-107 TCE.

¹⁵ Case T-177/2001 *Jégo-Quéré and Cie SA v Commission*, Court of First Instance, 3 May 2002, para. 42, [2002] ECR II-2365.

¹⁶ G. de Burca, 'Human Rights: The Charter and Beyond', *op. cit.*, p. 5; P. Eeckhout, *op. cit.*, p. 945 at p. 950. Case C-112/00, *Schmidberger v Republic of Austria*, [2003] ECR I-5659, cited in J. Dutheil de la Rochère, 'The EU and the Individual: Fundamental Rights in the Draft Constitutional Treaty' (2004), *CMLRev.*, p. 345 at p. 349.

¹⁷ A von Bogdandy, 'The European Union as a Human Rights Organisation: Human Rights and the Core of the European Union' 2000, *CML Rev.*, p. 1307.

¹⁸ Now entitled the Charter of Fundamental Rights of the Union, CONV 726/03, 'Draft text of Part II with comments', The European Convention, The Secretariat, Brussels 26 May 2003, http://european-convention.eu.int/doc_register.asp?lang=EN.

¹⁹ Commission Communication on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, COM (2000) 559, 13 September 2000, para. 9.

²⁰ HofL Select Committee on the EU, *op. cit.* para. 148. Case 5/88 *Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* [1989] ECR 2609. Article 51 of the Charter – Now Article II-111(1) and (2) TCE, which aims to determine the field of application of the Charter, provides that the provisions of the Charter are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law, and that they shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers and respecting the limits of the powers of the Union as conferred on it in the other Parts of the Constitution. The Charter does not extend the field of application of Union law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the Union.

cially if the Charter is incorporated into the Treaties²¹. What would be the relationship between the Charter and the European Convention on Human Rights?²² Would there be two human rights mechanisms with scope for diverse interpretations from the Court of Justice and the European Court of Human Rights?

Problems

There will be tensions between the Charter's provisions and the existing balance achieved in the Treaties argues Graine de Burca. She submits that one example of considerable potential disharmony is the obligation to promote the right of collective bargaining in Article 28 of the 'Solidarity' section of the Charter, (now Article II-88 TCE) which includes strike action. This provision conflicts with Article 137(5) of the European Community Treaty (now Article III-210(6) TCE), which excludes Community power to act in respect of the right to strike (despite the reference to national laws in Article 28 of the Charter (now Article II-88 TCE). Thus, a particular tension exists between the competences of Member States and the Charter's promotion of social rights²³.

The Charter has 'highlighted' two issues, namely: the lack of a Treaty-based catalogue of EU fundamental rights; and the abstention of the European Union as a party to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms²⁴. A Working Group under the Convention on the Future of Europe, Working Group II, was convened with a dual mandate: first, to consider the procedures for, and the consequences of, any incorporation of the Charter into the Treaties; and, second to consider the consequences of accession by the Community or the Union to the European Convention on Human Rights²⁵.

Perspectives

The final report of Working Group II informed of the consensus to incorporate the Charter into the Convention's new consolidated Constitutional Treaty, at the beginning as a Title or Chapter of that Treaty. The basic starting point for the Working Group's conclusions was that of respect for the substantive content of the Charter, which, having been reached by a consensus of those with specific expertise in fundamental rights, would not be undone by this Working Group. Any technical drafting amendments advocated by the Working Group, specifically to the hori-

²¹ G. de Burca, 'Human Rights: The Charter and Beyond', *op. cit.*, p. 12 and 13.

²² Ch. McCrudden, *op. cit.* p. 18. HofL Select Committee on the EU, *op. cit.* paras. 96, 99, 103 and 136.

²³ G. de Burca, 'Human Rights: The Charter and Beyond', *op. cit.*, pp. 2 and 12.

²⁴ HofL Select Committee on the EU, *op. cit.*, para. 119.

²⁵ 'Mandate of the Working Group (II) on the Charter'. CONV 72/02, The Secretariat, The European Convention, Brussels 31 May 2002, <http://www.european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=EN&Content=WGII>. 'At the Council of Europe level, accession by the European Union to the European Convention on Human Rights would require an amendment to the ECHR, necessarily to its Article 59 which currently restricts contracting parties to members of the Council of Europe, which may only be European States.' CONV 116/02, *op. cit.*, p. 19.

zontal (now general) provisions, would be just that and would serve to confirm and render clear and legally watertight the Charter's provisions. The Working Group stressed the importance of the distinction between rights and principles in the Charter, and recommended the insertion of a new horizontal Article 52(5)²⁶. In order to assuage doubts and dilemmas in the controversial area of social 'rights', in particular those of the United Kingdom government²⁷ which is opposed to their direct enforceability in the national courts, the inserted Article 52(5) of the Charter (now Article II-112(5) TCE) provides: 'The provisions of this Charter which contain principles may be implemented by legislative and executive acts taken by institutions, bodies, offices and agencies of the Union, and by acts of Member States when they are implementing Union law, in the exercise of their respective powers. *They shall be judicially cognisable only in the interpretation of such acts and in the ruling on their legality*'²⁸.

All members of Working Group II either strongly supported, or were ready to give favourable consideration to, the creation of a constitutional authorisation enabling the European Union to accede to the European Convention on Human Rights. The Working Group stipulated that accession by the European Union would have legal effect only insofar as European Union law is concerned. The Group recognised that accession had become a question of credibility in a European Union to which Member States have transferred more and more competences, and which attached as a condition of membership to applicant Member States adherence to the European Convention on Human Rights. According to the Group's arguments, accession would be the tool to bring about a harmonious development in the jurisprudence on fundamental rights emanating from the two distinct European Courts, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Accession would not result in a loss to the autonomy of the European Court of Justice. 'After accession, the Court of Justice would remain the sole supreme arbiter of questions of Union law and of the validity of Union acts'²⁹.

The European Council meeting in Thessaloniki welcomed the presentation of the draft Constitutional Treaty³⁰ as a good basis for the work of the Intergovernmental Conference culminating in agreement on the Constitutional Treaty in 2004³¹. The amended Charter of Fundamental Rights of the Union forming Part Two of the draft

²⁶ 'Final Report of Working Group II'. CONV 354/02, The Secretariat, The European Convention, Brussels 22 October 2002, Chapter A, p. 3-6, 8 and Annex, p. 17, <http://www.european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=EN&Content=WGII>.

²⁷ Which government believes that the Constitution should recognise the diversity of the social systems in the EU, in particular collective bargaining arrangements and the role played by trade unions, and which argues that there must be a balance between regulation and labour market flexibility. Working Document 13 *Contribution by the UK, Spanish and Estonian Government Representatives*. Convention on the Future of Europe: Social Europe Working Group XI, <http://www.european-convention.eu.int>.

²⁸ (*emphasis added*). 'One may wonder to what extent the Court of Justice of the European Communities will accept such limitation.' J. Dutheil de la Rochère, *op. cit.*, p. 352.

²⁹ CONV 354/02, *op. cit.*, Chapter B, p. 11-13, *cf.* p. 14.

³⁰ CONV 820/03. The Secretariat, The European Convention, Brussels, 20 June 2003; CONV 802/03, volume II, parts two, three and four, The Secretariat, The European Convention, Brussels, 12 June 2003, http://european-convention.eu.int/doc_register.asp?lang=EN.

³¹ Presidency Conclusions, Thessaloniki European Council, 19 and 20 June 2003. <http://www.europa.eu.int/p?MAX=&BID=76&DID=76279&LANG=&FILE=/pressData/en/ec/76279.pdf&Picture=0>.

Constitutional Treaty³², incorporated all the alterations to the general provisions of the Charter on which Working Group II reached consensus as detailed in its final report³³.

Debates and negotiations concerned to limit the jurisdictional reach of the Charter and the interpretative jurisdiction thereunder of the European Court of Justice, by way of reference to the explanations³⁴ relating to the Charter, continued during the proceeding Italian and Irish Presidencies³⁵. Finally³⁶, the 5th paragraph of the Preamble of the Charter reads:

This Charter reaffirms, with due regard for the powers and tasks of the Union and the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Union and by the Council of Europe and the case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights. *In this context the Charter will be interpreted by the courts of the Union and the Member States with due regard to the explanations prepared under the authority of the Praesidium of the Convention which drafted the Charter and updated under the responsibility of the Praesidium of the European Convention.*

A new sub-article (7) to Article II-52 (now Article II-112(7) TCE) on the Scope and interpretation of rights and principles, provides: *'The explanations drawn up as a way of providing guidance in the interpretation of the Charter of Fundamental Rights shall be given due regard by the courts of the Union and of the Member States'*³⁷.

The details of the explanations of the Praesidium have been moved to a Declaration concerning the explanations relating to the Charter of Fundamental Rights and incorporated in the Final Act. According to Declaration 12 annexed to the Constitutional Treaty: *'The Conference takes note of the explanations relating to the Charter of Fundamental Rights prepared under the authority of the Praesidium of the Convention which drafted the Charter and updated under the responsibility of the Praesidium of the European Convention, as set out below.'* Thereafter, under the heading of Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, it is stated: *'These explanations*

³² CONV 802/03, *op. cit.* ['The full text of the Charter, with all the drafting adjustments given in Working Group's final report (CONV 354/02) will be set out either in a second part of the Constitution or in a Protocol annexed thereto, as the Convention decides.'] CONV 528/03, *op. cit.*, p. 3.

³³ CONV 354/02, *op. cit.*, p. 2. See also, above notes 50, 51, 97, 99, 100 and 101. Technical amendments include, *inter alia*: amendments to the heading 'general provisions governing the interpretation and application of the Charter' (*emphasis added*); 'Community' and 'Treaty establishing the European Community'/'Treaty on European Union' have been replaced with 'Union' and with 'Constitution', respectively; and, institutions, bodies and agencies of the Union (*emphasis added*). CONV 726/03, *op. cit.*, p. 3.

³⁴ CHARTE 4473/00, CONV 49, 11 Oct. 2000. Updated under the Praesidium of President Valéry Giscard d'Estaing, CONVENT 828/1/03 REV 1, 18 July 2003; CONVENT 4554/02, p. 10. References taken from Professor A. Jacobs, 'The Fences Surrounding the Charter of Fundamental Rights in the New European Constitution', in: D. Ryland (ed.) *International Legal Essays in Honour of Jo Carby-Hall: An Era of Human Rights*, Barmarick, Forthcoming 2006.

³⁵ The 2003/2004 Intergovernmental Conference, http://europa.eu.int/scadplus/cig2004/debates2_en.htm. The Intergovernmental Conference agreed on the continuous numbering of the text of the Constitution using Arabic numerals. In order to make clear the division of the Constitution into four parts, these continuous numbers are preceded by Roman numerals corresponding to each part.

³⁶ CIG 82/04, PRESID 24, Annex 7, 16 June 2004 and CIG 85/04, PRESID 27, Annex 10, 18 June, IGC 2003 – Meeting of Heads of State or Government, Brussels, 17/18 June 2004, Brussels.

³⁷ Whereas Professor Antoine Jacobs, *op. cit.* asserts that by asserting the reference to the explanations in the preamble to the Charter the status of the explanations was, thus, elevated, he believes that it is doubtful whether the insertion of sub-article 7 has further elevated their status.

were originally prepared under the authority of the Praesidium of the Convention which drafted the Charter of Fundamental Rights of the European Union. They have been updated under the responsibility of the Praesidium of the European Convention, in the light of the drafting adjustments made to the text of the Charter by that Convention, (notably to Articles 51 and 52)³⁸ and of further developments of Union law. Although they do not as such have the status of law, they are a valuable tool of interpretation intended to clarify the provisions of the Charter³⁹. It is to be noted that the explanations do not have the status of law.

The Treaty establishing a Constitution for Europe was signed on 29 October 2004 in Rome⁴⁰. The Constitution establishes the European Union⁴¹, merging its three pillars, and bestows legal personality on the Union⁴². The Union is founded on the values, which are common to the Member States, of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights⁴³. The Union's objectives include, *inter alia*, its aim to promote its values⁴⁴, and, in its relations with the wider world, that it shall contribute to the protection of human rights⁴⁵. The Charter of Fundamental Rights of the Union is given Constitutional status in Part One of the Treaty. Thereunder: '*The Union shall recognise the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights which constitutes Part II*'⁴⁶. A legal basis is inserted providing that the Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and that such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Constitution⁴⁷. 'Fundamental Rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, *shall constitute general principles of the Union's law*'⁴⁸. This strongly worded provision⁴⁹ assimilates the legal protection of fundamental rights as general principles of Union law with those fundamental rights guaranteed under the European Conven-

³⁸ Articles II-111 and II-112 of the Constitution.

³⁹ CIG 86/02 ADD 2, Provisional consolidated version of the Declarations to be annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference, Brussels, 25 June 2004.

⁴⁰ CIG 87/1/04, 13 Oct. 2004, signed on 29 October 2004 in Rome, <http://uc.eu.int/igcpdf/en/o4/cg00/cg00087-re01.en04.pdf>. [2004] OJ C310. This Treaty shall enter into force on 1 Nov. 2006, provided that all the instruments of ratification have been deposited, Article IV-447 TCE.

⁴¹ Article I-1, Part I of the Treaty establishing a Constitution for Europe (TCE).

⁴² Article I-7, TCE. See 'Final Report of Working Group III on Legal Personality', CONV 305/02. The Secretariat, The European Convention, Brussels, 1 October 2002, <http://www.european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=EN&Content=WGIII>.

⁴³ Article I-2 TCE.

⁴⁴ Article I-3(1) TCE. Cf. Article I-19(1) TCE The Union shall be served by a single institutional framework which shall aim to promote the values of the Union.

⁴⁵ Article I-3(4) TCE.

⁴⁶ Article I-9(1) TCE. (*emphasis added*).

⁴⁷ Article I-9(2) TCE. Cf. Declaration 2 on Article I-9(2) annexed to the Final Act. In accordance with Article III-325(6) TCE.

⁴⁸ Article I-9(3) TCE. (*emphasis added*).

⁴⁹ Article 6(2) of the Treaty on European Union (TEU) provides: 'The Union shall *respect* fundamental rights as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ... and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law.' (*emphasis added*).

tion on Human Rights. Incorporation of the Charter of Fundamental Rights of the Union into Part II of the Constitutional Treaty raises enormous potential for the development of the protection of fundamental rights as general principles of Union law⁵⁰. In furtherance of their respective roles, the European Court of Justice and the General Court⁵¹ 'shall ensure that in the interpretation and application of the Constitution the law is observed'⁵². In addition, the role of national courts, developed in the jurisprudence of the European Court of Justice, is formally recognised in the Constitutional Treaty. An additional paragraph provides: 'Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law'⁵³.

The scope certainly will exist for judicial interpretative protection, through the mechanism for referral to the ECJ for preliminary rulings on all questions of European law, concerning the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁵⁴. Two case studies may be given in example. First, there may, thus, be an avenue of redress in European Union law (and in circumstances where one does not exist under the ECHR) for victims of health-debilitating levels of nighttime aircraft noise. One commentator has expressed the opinion that: '[t]he wide competencies of the EU and the existing secondary legislation in this area'⁵⁵, in conjunction with the existing provisions of international instruments regarding the rights to private life, to property, and political participation would allow for a substantive elaboration of fundamental principles of human rights regarding environmental protection by the Court of Justice. This has not yet happened, but could happen if sufficiently innovative and resourceful litigation was started within the Member States and was forwarded via preliminary references to Luxembourg⁵⁶. There would be scope for the European Court of Justice to give more extensive protection as long as it did not reduce the protection accorded under a comparable provision of the European Convention of Human Rights by the European Court of

⁵⁰ There was no mention of human rights in the founding Treaty of Rome in 1957. The European Economic Community was founded primarily on economic policies. There was no basis in the Treaty for a general human rights policy. In order to reinforce the principle of the supremacy of Community law, the European Court of Justice declared that fundamental human rights were enshrined in the general principles of Community law and protected by the Court. Case 29/69 *Stauder v Ulm* [1969] ECR 419. Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

⁵¹ The Court of First Instance will be re-named the General Court under the Constitutional Treaty.

⁵² Article I-29(1) TCE. Maintaining the legal basis for the Courts role in interpreting general principles of Union law.

⁵³ Article I-29(2) TCE.

⁵⁴ In the context of social law see A. Jacobs, *op. cit.* K. Lenearts and D. Gerard, 'The structure of the Union according to the Constitution for Europe: the emperor is getting dressed', (2004) *ELRev.* p. 289 at p. 318, submit, 'Logically, principles can therefore be judicially cognisable only in the interpretation or appreciation of the legality of those acts. That is not to say, however, that such principles cannot play a role in the interpretation of Union law more generally'.

⁵⁵ Community Directives on noise protection provides the basis for the competence of the European Court of Justice to issue such preliminary rulings.

⁵⁶ P. Eleftheriadis, 'The Future of Environmental Rights in the European Union', in: P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, chapter 16, p. 529 at p. 549 and 547. See further, D. Ryland, 'Aircraft Noise versus Respect for Home and Private Life', in: D. Ryland (ed.) *International Legal Essays in Honour of Jo Carby-Hall: An Era of Human Rights*, Barmarick, Forthcoming 2006.

Human Rights⁵⁷. There would, thus, be the potential for the European Court of Justice, on a referral for a preliminary ruling from a national court, to accord more extensive protection in an interpretation of Article II-67 of the Constitution on the right to respect for home and private life, aided by the principle of proportionality⁵⁸, than the finding that there had been no violation of Article 8 ECHR by the majority of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights⁵⁹. Moreover, a preliminary ruling of the European Court of Justice under Article 234 of the European Community Treaty⁶⁰ is legally binding⁶¹; whereas, national courts have only to take into account a judgment of the European Court of Human Rights⁶².

In the second instance, the case of *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, concerning the freedom to provide services and, more particularly the right of the provider's third country national spouse to reside in the Member State of origin of the provider⁶³, would support such an argument for the interpretative development of fundamental rights under the preliminary ruling procedure. The European Court of Justice, in that case declared that a European Union Member State 'may invoke reasons of public interest to justify a national measure which is likely to obstruct the exercise of the freedom to provide services only if that measure is compatible with the fundamental rights whose observance the Court ensures.' The Court read and interpreted the Treaty 'in the light of the fundamental right to respect for family life', and went on to rule that the decision to deport Mrs Carpenter constituted 'an interference with the exercise by Mr Carpenter of his right to respect for his family life within the meaning of Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950 ...which is among the fundamental rights which, according to the Court's settled case law, restated by the Preamble to the Single European Act and by Article 6(2) EU, are protected in Community law.' According to the Court, and on the facts, the decision to deport Mrs Carpenter did 'not strike a fair balance between the competing interests, that is, on the one hand, the right of Mr Carpenter to respect for his family life, and on the other hand, the maintenance of public order and public safety.' It, thus, constituted an infringement which was not proportionate to the objective pursued⁶⁴.

⁵⁷ Article II-112(3) TCE: Insofar as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection. K. Lenaerts and E. de Smijter, *op. cit.*, p. 292, 293 and 296.

⁵⁸ In accordance with Article II-112(1) CTE on the scope and interpretation of the Charter's rights and principles, Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by the Charter must be provided for by law, respect the essence of those rights and freedoms and satisfy the principle of proportionality.

⁵⁹ Application no. 36022/97, *Halton and Others v The United Kingdom*, judgment 8 July 2003. The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber.

⁶⁰ Article III-369 TCE.

⁶¹ The author is thankful to Professor Jo Carby-Hall for raising this relevant point.

⁶² Section 2 of the Human Rights Act 1998. J. Wadham, *The Human Rights Act 1998*, Oxford 2003, p. 63.

⁶³ Case C-60/00, ECR 2002 I 6279.

⁶⁴ *Ibidem*, paras. 40, 46, 41, 43 and 45 of the judgment.

The implications of this judgment for an interpretive ruling by the European Court of Justice of the right to respect for home and private life as a general principle of Union Law are profound.

Concluding Comments

The interpretative provisions incorporated in the Constitution may have circumvented the direct enforceability of the Charter of Fundamental Rights. The scope still exists for the provisions of the Charter, embedded as Part II of the Treaty, to be enforced indirectly by way of an interpretative ruling from the European Court of Justice, on a reference from a national court on a question of Union law. Potentially, there may be conflicts with the European Convention on Human Rights and the constitutional traditions of Member States. This is a constituent element of a healthy legal process in which laws evolve according to circumstances, social acceptance, policy and time⁶⁵. This author maintains that indirectly, in interpretation, the Constitution will give rise to some interesting case law on the protection of fundamental rights in the European Union.

⁶⁵ P. Eeckhout, *op. cit.*, p. 945 at p. 993. D. Spielman, 'Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities', in: P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, p. 757 at p. 778 and 779. At the same time see J. Dutheil de la Rochère, *op. cit.*, p. 353, according to whom, 'the risk of contradiction between the case law of the ECJ and the Court of Human Rights, which had been extraordinarily exemplified at the time the Convention was elaborating the Charter, now seems less threatening than expected.' She cites Case C-112/00 *Schmidberger*, as an 'example of the effort made by the ECJ to reconcile the free movement of goods under EC law with the freedom of expression and freedom of assembly and association guaranteed, within certain limitations, by Articles 10 and 11 of the ECHR.'

Eleonóra Marišová

**PROBLEMS RELATING TO DEVELOPMENT
OF AGRICULTURAL LAND MARKET:
CASE OF SLOVAKIA**

Introduction

In every country, the quality and structure of land relations result from a long-term development of the society. Individual legal institutions originate and exist under certain historical conditions. The transformation process in the Slovak republic has begun after 1989 and involves wide restructuring activities not only in the economy, but also legislation, civil service, finances and social security administration.

From the very beginning the equalisation and restitution of ownership relations in Slovakia have been challenged by a considerable chaos existing in the land ownership titles. The chaos has resulted especially from the fact that for a long time the dealing with the land of real owners had been frozen and the land registers had been kept only about the user relations, mostly concerning only large and whole plots of land.

Material and Methods

Analytic and comparative methods are applied in the addressing the ownership of agricultural land and land fragmentation as a result of is a result of economic, social and legal phenomena. The paper focuses on legal regulation of the land ownership consolidation, restitution process and agricultural land use, including the analysis of obstacles of agricultural land market. In addition to current legal regulations, the paper also draws on the research conducted by the Department of Law of the Slovak University of Agriculture in Nitra which focused on land ownership

and lease of agricultural land after 1990, on case reports of the Ministry of Agriculture (2000, 2001, 2002, 2003), annual report of Land Fund (2002), annual report of cadastral departments in Slovakia (2001), particular laws dealing with ownership, lease of agricultural land and land consolidation. The paper draws also on the ideas of Bandlerová, A., (2002, 2004), Štefanovič, M. (1997), Blaas, G. (2000), Hagedorn, (2002) dealing with legal regulations of ownership and user relations with farmland.

Discussion and Results

Slovakia is a small country with a total land mass of 49,035 square kilometres. Agricultural land in Slovakia comprises 49,9% of the total area 40,8% is forested, 9,6% is other land uses.

The share of agricultural land of the total area in Slovakia (49,7%) is higher than in EU countries (42,4%) but in comparison with the selected countries is still lower. For example Hungary (62,9%), Poland (59,2%), Romania 62,3%. Czech Republic 54,3% (except of Slovenia – 34,1%) – as it is seen in table 1.

Table 1. Agricultural land fund and its structure

Country	Share of agr. land in the total area in %	Area of agr. land in thou. ha	Arable land in %	Perm. grass covers in %	Permanent cultures in %	Gardens in %
Czech	54,3	4 284	72,7	24,1	1,8	3,7
Hungary	66,5	6 186	77,0	18,6	2,8	1,6
Poland	59,0	18 434	76,9	21,5	–	–
Romania	62,1	14 802	63,3	–	–	–
Slovenia	38,0	900	40,0	60,6	–	–
Slovakia	49,8	2 442	59,8	34,7	3,2	3,2
EU	39,8	128 691	52,6	38,0	0,3	0,3

Source: Country report, Slovakia 2003

One of the serious problems complicating the transformation of the society to the one based on market economy is a high level of disorder in the land fund and the ensuing difficulties with the proving of ownership rights to the land.

The post-socialist land reform of the 1990s had to deal with three distinct categories of land. The largest category comprised agricultural land that had always remained in the ownership of identifiable private individuals it was 65% of the total acreage of agricultural land in Slovakia. However, the owners did not use the land, because it was cultivated by agricultural cooperatives and state farms which did not pay any rent for the use of land to its real owners. The land was united and used without any compensation (Takács, Bandlerová, 2003). The owners of agricultural land never got any rent for use of their land. We would term them „naked owners“. The second category comprised land that was expropriated from „enemies of the state“ (e.g., Nazi collaborators, ethnic Germans) during the so-called

„second“ land reform implemented immediately after World War II in 1945–46 (the „first“ land reform had taken place in 1919). The third category comprised land expropriated from „socially undesirable elements“ (e.g., relatively large land-owners) after the communist take over in February 1948. In February 1948 act on new land reform No 46/1948 was adopted. This act liquidated the property of land of each person who owned more than 50 ha of land.

Land in the first two categories did not present any special ownership problems during transition. Thus, land in the first category had to be retitled and possibly restored to individual use, when desired by the owner. Land in the second category would remain in state-ownership: there was no intention of restoring it to pre-1945 owners. Land in the third category, however, was judged to have been “illegally expropriated” by communist governments and thus became the subject of restitution. Title to land expropriated after February 1948 was to be returned to the former owner, or to their heirs who would thus move to the first category and subsequently have to decide if to withdraw the restituted land for individual use from the cooperative or state farm that had been using it since 1948.

The Restitution Act 229/1991 Coll. allowed authorised persons in Slovakia to apply for return of land to the hands of original owners. As a consequence, they received 280 358 ha of agricultural land. This was 11% of the total area of agricultural land. The land of unknown owners was still substantial – 480,000 ha. (Source: Štefanovic, 2003).

Recently the Parliament passed Act no. 503/2003 Coll. on return of land ownership and on amendment and supplementation of the National Council of the Slovak Republic Act no. 180/1995 Coll. (2nd restitution Act) which up to 2004 allowed to apply for a return of ownership rights to lands which have not been issued under Act no. 229/1991 Coll. Ownership rights to lands which make up agricultural or forest land fund are returned.

On the basis of this Act, 45 004 entitled persons claimed by 31 December 2004 for a return of their ownership rights to land. The Regional Land Offices are empowered according to the Act No. 518/2003 Coll. to decide on the return of the land since not all claims are substantially and legally justified.

After 2005 the land of unknown owners will become state ownership, and within a year after the acquisition of the ownership by the state, the land will go to the ownership of municipalities (except for certain defined cases) on whose cadastral territory they are situated. The municipalities will be able to transfer (sell) such land to another owner not sooner than 10 years from the time the Act becomes effective.

At present approximately 75% of agricultural land in Slovakia is owned by private persons (mostly natural persons and legal entities) the state-owned land of 130 684 ha (Pravda, Supplement Ekonomika, 2003) as well as the land of unknown owners – that is the land whose owners are not known, or they are known but we cannot identify their permanent place of residence – reaching the acreage of 578 535 ha (Pravda, Supplement Ekonomika, 8.12.2003), are managed by Slovenský pozemkový fond (The Slovak Land Fund), which is a legal entity established by

law. It decides on its use, lease, etc. The fact that the Slovak Land Fund controls more as 20% of agricultural land in Slovakia is some anomaly and it should be solved by a fast privatisation.

In early 1990 the Slovak government expectation was that agricultural land would be cultivated in particular by its owners, has not come true.

The reality is that the agricultural land is cultivated mainly by tenants. This usual trend present in Slovakia is considered to be the „european“ one. There is reason, why in Slovakia was accepted a new legal regulation related to agricultural land lease, that came into effect on January 1, 2004. The aim is to stabilize the long-term leasing of agricultural land and to provide the relevant protection to tenants.

The indicators by 31 December 2002 (Country report 2003) show that most agricultural land is farmed by agricultural co-operatives (715). They cultivate 1 131 428 ha of land with an average acreage of 1 582,4 ha, that is 53,77% share in the SR's agricultural land area.

As to the business companies most of them are limited liability companies – 627 – which use 549 900 ha (26,14%) of the overall acreage of the agricultural land, which is 877 ha per limited liability company. Joint-stock companies – 94 – use 173 148 ha (8,23 %) of the overall acreage agricultural land, which is 1974 ha per joint-stock company. Individual Farmers (natural persons) 5 473 – use 214 562 ha, 10,20% of the overall acreage, which is about 39,20 ha per farmer on average. At present, there are about 9.6 million plots of land registered in Slovakia. An average plot reaches an area of about 0.45 ha and is owned by 12 to 15 people. The situation is a result of economic, social and legal phenomena which have taken place Slovakia.

The disintegration of land ownership is one of the most serious problems of farming in Slovakia. The situation is different than that in the Czech Republic or Germany, where land ownership developed in a different way in the past and where legal regulations guaranteed that the land was inherited by one, usually the eldest, child of the testator. In Slovakia, and likewise in Hungary, the valid Hungarian laws and legal regulations secured the succession to each of the heirs, which in consequence meant an enormous disintegration of the land. Naturally, the consequences of disintegration and the resulting problems have been reflected in the farming. For example, if a lease or sale is agreed, it has to be agreed with a large number of people, requiring a costly search for the owners.

The problem of land ownership fragmentation should be solved by the Act No. 330/1991 Coll. This legislative introduced a simplified procedure for the identification of ownership rights holders. The reason for land reorganisation is the arrangement of the ownership and user conditions and the removal of obstacles of their enforcement caused by historical development. In addition to land reorganisation, the Act provides for the execution of simplified and faster arrangement of user conditions.

The problem is being solved also by financial help of EU Funds (SAPARD) which can help by land consolidation. Till end of 2003 – helped only

a little – did not fill the aims of the Programme as it is defined in Regulation EC 1268/99 – which does not solve the problem of disintegration of land ownership. At present (2003) in Slovakia there are – 3 538 cadasters – up to the end of 2003 in total only 1.8% of cadasters was solved and the amount of 6.342.911 EUR (AS 2003) was drawn out. It is supposed that the programme can help to solve the problem of 50 further cadasters.

The land ownership fragmentation (itself or related with other circumstances) makes difficult, in some cases even excludes, its recording, taking decisions concerning ownership, public administration decision-making, establishment of contractual legal relations between the owners and other persons (for example users) as well as the creation of rational economic units.

After all, the land ownership fragmentation is one of the most serious brake of the land market development.

The overall situation in the land market can be characterized briefly as follows:

- the offer and purchase refer mainly to the grounds whose acreage is small and whose quality of land is average or low;
- sales are agreed in the case of building sites and grounds whose acreage is less than 5 ha;
- the supply is higher than the demand at the moment;
- in the case of non-existent demand real market prices are not set;
- long-term credit with acceptable interest rates is missing;
- the price gap is widening; subsidies to agricultural production have been reduced;
- weak economic performance have caused a lack of available capital for purchasing agricultural land;
- the restitution process is not finished;
- the rate of interest on savings is higher and the land revenue is lower, which of course means that the economic interest in purchasing agricultural land cannot exist;
- disintegration of land ownership (one plot – several owners).

Among the factors that influence the market prices of agricultural land are:

- supply and demand in the area where land is located;
- macro-location of land (location of districts in the country);
- micro-location of land, i.e. the location of land within a district;
- access to land, infrastructure;
- production abilities – quality of the soil.

The reason why should be paid attention to the land market is, if land market does not work, it is one of indicator that agriculture is stagnating and this sources the stagnation of enterprise and rural development. (Bandlerová, 2002).

If there are no changes in the area of ownership relations to the agricultural land any changes can be supposed in the production structure. This can cause stagnation of activities connected with enterprise and the rural development.

The land market plays a very important role since:

- it is an indicator of investment into enterprise,
- it conducts to stability in enterprise,

- it enables the structure changes in the countryside,
- it will influence the level of infrastructure,
- it will keep rural population and the demographically development will improve.

The new owners will be expected not only to invest and create new job opportunities but their interest in ecological functions. Of course this will not be possible without the government support and without changes in legal regulations. Similar situation is in our neighboring countries, especially in Hungary and in the Czech Republic.

Conclusion

The land in Slovakia owned by natural persons, legal persons-entities (companies, cooperatives, Churches, Land associations) and state. From the very beginning the equalisation and restitution of ownership relations in Slovakia have been challenged by a considerable chaos existing in the land ownership titles. The chaos has resulted especially from the fact that for a long time the dealing with the land of real owners had been frozen and the books had been kept only about the user relations, mostly concerning only large and whole plots of land. Legal acts adopted after 1989 relating to land ownership consolidate the land, define the regime how to settle the ownership of land until 2005 so that time each parcel in the country will have a defined owner. There should be no lands without fixed ownership in the land register. The continuing process of settling the ownership of land is part of the transition process to the market economy.

Literature

- Bandlerová, A., Marišová, E., *Legal Regulations Pertaining to Agricultural Land in Slovakia, and their Influence on Rural Development*, Proceeding Volume: Rural Development in Central And Eastern Europe 2000, p. 129-134.
- Bandlerová, A., Marišová, E., *Importance of ownership and lease of agricultural land in Slovakia in the pre-accession period*, "Agricultural Economics", vol. 49, 2003 (5).
- Bandlerová, A., Marišová, E., *Stability of Enterprise on Agricultural Land: The Case of Slovakia*, [Georgikon napok Stabilitás és Intézményrendszerek Az Agrárgazdaságban Keszthely, 2002 szeptember 26–27], Zbornik abstraktov z vedeckej konferencie, Keszthely, XLIV, s. 68.
- Blaas, G., *Agricultural reform in Slovakia: Changing Institutions and Structure*, International workshop „The new structure of the Rural Economy of Post-communist Countries October 26–30 2000, Lomnice nad Luznici Czech Republic.
- Duke, J., Marišová E., Bandlerová A., Slovinská, J., *Price repression in the Slovak*

- Agricultural Land Market*, „Land use policy”, vol. 21, Issue 1, p. 56-69.
- Hagedorn, K., *Towards Institutions of Sustainable Agriculture*, Proceeding Volume: Rural Development in Central And Eastern Europe 2000, p. 127-128.
- Štefanovič, M., *Pozemkové právo*, Bratislava 1997, p. 225.
- Štefanovič, M., *Vlastníci pôdy majú poslednú šancu*, „Pravda, Ekonomika”, 19.11.2003, p. 16.
- Case Report of Law on Land Regulations, Arrangement of Land Ownership, Land Offices, Land Fund, and Land Associations No. 330/1991, Coll. Case report of Land Act No 229/1991 Coll.
- Country Report 2002, 2003.
- Statistical Bulletin CESTAT 1999/4.
- Štúdia Svetovej banky, Potravinárstvo a poľnohospodárstvo v Slovenskej republike Výzvy vstupu do EU, Csaba Csaki, Antonio Nucifora, Zvi Lerman, Thomas Herzfeld.

VARIA

Anna Citkowska-Kimla

KILKA UWAG O FENOMENIE REWOLUCJI I WSPÓŁCZESNYCH ZMIANACH W OBRĘBIE WŁADZY

W żadnej rewolucji nie można uniknąć krańcowości. W politycznej rewolucji początkowo dąży się tylko do zniesienia wszelkich nadużyć, ale zanim się zorientujemy, już tkwimy głęboko w krwawych rzeziach i okrucieństwach.

J. W. Goethe

Jednym z najstarszych problemów teorii politycznych jest sposób obalenia władzy i zastąpienia jej inną. Jednak zjawisko rewolucji nie towarzyszy życiu politycznemu od początku. Starożytni nie znali rewolucji, znali jedynie pojęcie zmian politycznych¹. W ich wyobrażeniu dziejów nie mieściło się pojęcie zupełnie nowego stadium, które przerwałoby ciągłość cyklu². Nie znaczy to jednak, iż w tych historycznie odległych czasach nie pojawiały się elementy typowe dla przemian o charakterze rewolucyjnym. Jednym z takich wyróżników obecnym już wówczas jest chociażby motywacja ekonomiczna, z której starożytni doskonale zdawali sobie sprawę. Wiedzieli bowiem, iż władza polityczna wyrasta z dominacji ekonomicznej.

Inspiracją dla myślicieli do snucia refleksji o rewolucji stają się zmiany, które dokonują się na ich oczach. Tak było zarówno w przypadku Thomasa Hobbesa, Edmunda Burke'a czy Alexisa de Tocqueville'a. Również Hannah Arendt podjęła swoje rozważania o rewolucji, widząc, jak rozpadają się tradycyjne struktury demokratycznej władzy. Współcześnie obserwujemy podobne zjawisko przekształceń w obrębie dotychczasowego systemu politycznego – mieliśmy nie tak dawno do czynienia z pomańczową i tulipanową rewolucją.

¹ Widać to na przykładzie Platońskich *metabolai* – przejść z jednego ustroju do drugiego.

² Z cyklicznym wyobrażeniem czasu zrywa św. Augustyn, który dzieje ujmuje w sposób linearny. W odróżnieniu od poglądów myślicieli starożytnych autor *Wyznań* wskazał na początek historii, jej doczesny przebieg oraz unaoczniał, iż ma ona eschatologiczny cel, do którego zmierza.

W tym kontekście warto podjąć temat rewolucyjnego fenomenu, zwłaszcza że pojęcie rewolucji jest na stałe wpisane w katalog politycznych terminów³.

Teoria

Rudymenarnym problemem, z jakim trzeba się zmierzyć, jest kwestia kwalifikacji konkretnych przemian. Należy zatem ustalić, czy zmiany mają charakter rewolucyjny, czy też są przykładowo zamachem stanu. W celu ustalenia tych faktów konieczne jest przybliżenie teoretycznego modelu rewolucji, który analizuje Hannah Arendt w swoim dziele *O rewolucji*.

Genezę rewolucji widzi ona w zatarciu dystynkcji między sferą prywatną a publiczną. Wzorem stabilnego ustroju jest dla niej republikański Rzym, który te dwie sfery ściśle rozróżniał. Obszar prywatny charakteryzował się przymusem i brakiem zasady równości, skąd wynikało zróżnicowanie (hierarchia) społeczne, ekonomiczne i polityczne. W przestrzeni publicznej obowiązywała natomiast zasada równości i brak było przemocy. Jednak w czasach nowożytnych w sferze publicznej nie obowiązuje już ani zasada równości, ani brak przemocy, zaś jednostka czuje się wyalienowana, a społeczeństwo jest zatowarzyszone. W takiej sytuacji ludzie wiążą się w grupy interesu, a masy ulegają ideologom, którzy nawołują do zburzenia dotychczasowych, niesprawiedliwych struktur politycznych. Najpierw niezadowolenie przyjmuje charakter buntu, następnie zaś postać rewolucji. Zauważmy, że dokonywanie zmian w imię obalenia „niesprawiedliwej władzy” ma charakter o tyle uniwersalny, że może zmierzać do zniszczenia każdej władzy.

Do jednych z najbardziej charakterystycznych elementów rewolucji należy poczucie nowo rozpoczynającego się etapu w historii – patosu nowego początku, który towarzyszy hasłom odnowy. Motywacja rewolucji ma – jak wspomniano powyżej – charakter ekonomiczny, w ten sposób kwestia socjalna staje się kwestią rewolucyjną⁴. Konsekwencją działań rewolucyjnych będą zmiany struktury społecznej (nie tylko zaczyna się „nowy” etap w historii, ale również pojawia się idea „nowego” człowieka). Rewolucjoniści działają w imię haseł wolności i równości⁵. Nieusuwalnym elementem wszelkich przewrotów jest przemoc, która występuje również w zamachu stanu, wojnie domowej czy insurekcji. Myślicielem, który uzupełnił charakterystykę zjawiska rewolucji (choć nie określa go w ten sposób), był Machiavelli. Pisząc o sposobach obalenia władzy, zauważył, że łączą się one „z walką konspiracyjną i frakcyjną, z podburzaniem ludu, z zamieszaniem i bezprawiem, wiodącym ostatecznie do dezorganizacji całego państwa oraz z okazją, jaką rewolucje stwarzają dla arywistów [...], którzy z nizin społecznych wnoszą

³ Sens tego słowa jest tak wieloaspektowy, że może oznaczać zarówno radykalne społeczno-polityczne przewroty, jak też przemiany techniczne, przemysłowe czy kulturalne.

⁴ Por. H. Arendt, *O rewolucji*, przeł. M. Godyń, Warszawa 2003, s. 23.

⁵ Na problem konfliktowego współistnienia tych wartości zwrócił uwagę m.in. A. de Tocqueville, który stwierdził, że równość zagraża wolności.

się na wyżyny świata publicznego i dochodzą do władzy”⁶. Ponadto, ponieważ rewolucja dokonuje sekularyzacji – niweczy odrębność religii od polityki bądź całkowicie ją eliminuje – to musi w miejsce absolutu boskiego znaleźć nowy absolut. Kolejna wreszcie cecha wynika z samego pojęcia rewolucji. Jego etymologia ma konotacje astronomiczne i oddaje nieuchronny charakter zmian: „obrotowy ruch gwiazd wiedzie wytyczonym szlakiem i w najmniejszym stopniu nie podlega ludzkiej władzy”⁷. Chodzi o poczucie nieodpartości ruchu (nazywane przez niektórych myślicieli „historyczną koniecznością”).

Zestawiając rewolucję z zamachem stanu, trzeba stwierdzić, że ten ostatni jest zagadnieniem zdecydowanie bardziej technicznym. Uda się go przeprowadzić wówczas, gdy władza uległa wcześniej wstrząsowi rewolucyjnemu; jeśli takowego nie było, należy dokonać kombinacji i zamach stanu połączyć z substytutem rewolucji⁸. Zamach stanu wiąże się ze zmianą ekipy rządzącej, która dokonuje się w gwałtowny sposób.

Praktyka

Przyjrzyjmy się, jak owa teoria przekłada się na praktykę. Pierwsza połowa dwudziestego wieku służy wieloma przykładami rewolucji. Nasza uwaga skoncentruje się na wypadkach niemieckich, które mogą służyć za egzemplifikację upadku władzy o charakterze demokratycznym. Chodzi mianowicie o przejęcie rządów przez narodowych socjalistów 30 stycznia 1933 roku. U swego początku rewolucja ta miała charakter „kombinowany”, ponieważ dokonała się pod pozorem legalności – akt rewolucyjny nastąpił po legalnym zdobyciu władzy środkami parlamentarnymi. Jednak zaraz po tym nastąpiły typowe dla rewolucji fakty. Po pierwsze, zaczął się proces „odnowy” narodowej. Zaczęto mówić o „przełomie”, który dotyczył wszystkich elementów dotychczasowego porządku. Naród niemiecki miał mieć od tego momentu nową postać historyczną – miała powstać Trzecia Rzesza. Jest to ów patos nowego początku. Po drugie, motywacja tej rewolucji miała charakter ekonomiczny. Zgadzano się co do tego, iż „powszechną nędzę należy zwalczać wszelkimi sposobami, nie lękając się nawet zastosowania nadzwyczajnych i gwałtownych środków”⁹. Po trzecie, panowała atmosfera nieufności i typowa dla rewolucji wszechobecna przemoc. Po czwarte, następowała przemiana struktury społecznej

⁶ Cyt. za: H. Arendt, *op. cit.*, s. 40. Warto przywołać nie odbiegające daleko od myśli Machiavellego obserwacje Z. Krasińskiego. W *Nieboskiej komedii* romantyczny pisarz wskazał na prawidłowość ujawniającą się w rewolucji: zwycięska warstwa (motłoch), przejmując władzę, postępuje tak samo jak pokonani arystokraci. Głoszone przez rewolucjonistów ideały są fałszywe, służą jedynie za pretekst do przejęcia władzy. Ostateczna konkluzja Krasińskiego jest taka, że rewolucja to sytuacja, w której zło walczy ze złem, zatem zwyciężyć może tylko zło, dlatego w jego przekonaniu idea rewolucji nie ma przyszłości i skazana jest na zagładę.

⁷ *Ibidem*, s. 54.

⁸ Szerzej o zjawisku zamachu stanu w: C. Malaparte, *Technique du coup d'état*, Paris 1931. Na ten mechanizm zamachu stanu zwrócił uwagę Witkacy w *Szewcach*, pisząc iż kto inny przeprowadza rewolucję, a kto inny zeń korzysta. Tytułowi szewcy, uosabiający uciemiężony lud, przygotowali rewolucję i objęli władzę (nastąpił system demokratyczno-liberalny), jednak ich rządy zostały obalone w drodze zamachu stanu przez Roberta Scurvy'ego, który przejął rządy i zamknął szewców w więzieniu.

⁹ H. Rasuchning, *Rewolucja nihilizmu*, S. Łukomski [J. Maliniak], Warszawa 1996, s. 36.

(narzucał ją m.in. kryzys). Ponadto odwoływano się do haseł wolności i potrzeby reorganizacji państwa – H. Zehrer w piśmie „Die Tat” pisał: „Walczymy o trzy rzeczy: o wolność w stosunkach międzynarodowych, o rozbudowę państwa i o nowy ustrój gospodarczy”¹⁰. Znalezione także nowy absolut – państwo (statolatria). Naturalnie, to jedynie zasadnicze cechy rewolucji, które ujawniły się w nazistowskim przewrocie. Jest oczywiście więcej typowych elementów tego zjawiska, chociażby pojawienie się owych karierowiczów, o których wspominał Machiavelli, realizujących wraz z objęciem władzy własne ambicje, interesy i zamiary.

Natomiast zwracając się w stronę drugiej połowy dwudziestego wieku, można wskazać wiele przykładów innego rodzaju przewrotów, mianowicie upadków władzy o charakterze autorytarnym. Od schyłku lat osiemdziesiątych dokonała się w krajach Europy Środkowo-Wschodniej fala przełomów politycznych, związanych z odejściem od komunizmu. Przykładem tego rodzaju przewrotów są obrady okrągłego stołu w Polsce, Bułgarii, na Węgrzech czy w byłej NRD. Pojawia się jednak zasadniczy problem, czy te przemiany także miały charakter rewolucyjny¹¹? Z pewnością pod pewnymi względami były one bliskie rewolucyjnemu przewrotowi. Pojawiły się w nich elementy rewolucji *sensu stricto*, takie chociażby, jak kwestia ekonomiczna. Ponadto głoszone w tym okresie hasła wolności związanej z wyzwoleniem, z czasem także zmieniała się struktura społeczna. Twórcom przemian towarzyszyło również poczucie nieodpartości ruchu i dziejowej konieczności. Jednakże, czy obecność kilku konstytutywnych dla zjawiska rewolucji cech jednoznacznie przesądza o tym, iż rzeczywiście mamy do czynienia z rewolucyjnym przewrotem? By odpowiedzieć na to pytanie, warto wskazać te elementy rewolucji, które nie pojawiają się w trakcie wspomnianych transformacji ustrojowych. Są to przede wszystkim trzy zjawiska: brak przemocy na szeroką skalę, brak patosu nowo rozpoczynającego się etapu w historii¹² oraz brak dążeń do rewolucji światowej, powszechnej¹³. Jeśli chodzi o pierwszy element, to przejście władzy przez dotychczasową opozycję dokonało się nie przy użyciu przemocy, ale w drodze negocjacji; przełom przyjął postać umowy politycznej¹⁴. Jeśli chodzi o drugi element, to nie pojawia się poczucie nowości, w tym sensie, iż przełom polityczny nie wprowadza nieznanej dotąd formy rządów ani zupełnie nowych elementów systemu społeczno-politycznego¹⁵. Owszem, odejście od komunizmu wprowadzało zmiany, ale wraz z nimi historia władzy nie zaczynała się od początku; władza zaczynała funkcjonować w nowej, ale znanej już formie. Przemiany te nie miały charakteru *rerum novarum*, ale raczej *rerum commutatio*, *rerum conversio* – nie

¹⁰ *Ibidem*, s. 37.

¹¹ A. Dudek używa na określenie wypadków z 1989 r. sformułowania „reglamentowana rewolucja”. Zob. A. Dudek, *Reglamentowana rewolucja. Rozkład dyktatury komunistycznej w Polsce 1988-1990*, Kraków 2004.

¹² W Polsce w 1981 r. panowało powszechne przekonanie, iż wszystko będzie możliwe (zbudujemy drugą Japonię), jeśli tylko komunizm nie będzie przeszkadzał.

¹³ K. Marks w swojej *Walce klas* nazywał to „deklaracją rewolucyjnej permanencji”.

¹⁴ Węgrzy ukuli na określenie tych przemian specjalny termin „rewolucja wynegocjowana”.

¹⁵ Jak czyniła to chociażby rewolucja francuska, wprowadzając ideę praw człowieka. Rewolucje na oznaczenie początku wprowadzają także przykładowo nowy kalendarz.

wprowadzały do świata polityki czegoś zasadniczo nowego¹⁶. Jeśli zaś chodzi o trzeci element, to „rewolucjoniści” nie głoszą powszechnych przemian na światową skalę.

Zmiana władzy w danym kraju nie ma już służyć dobru całej ludzkości, jak głośiły hasła rewolucji francuskiej¹⁷ czy rosyjskiej. Jak zatem określić te przemiany polityczne? Wydaje się, że zasługują raczej na miano przewrotów w systemie władzy¹⁸.

Perspektywy

Perspektywa pojawienia się rewolucji w zdefiniowanym znaczeniu ujawnia się przy okazji najświeższych przewrotów politycznych. Wystarczy przywołać wydarzenia na Ukrainie, mające miejsce między listopadem 2004 a styczniem 2005 roku, czy wypadki w Kirgistanie na przełomie lutego i marca 2005 roku. Oba przypadki określono mianem rewolucji, jedną pomarańczową, drugą zaś tulipanową (nazywa się ją również migdałową). Już sam fakt użycia owych epitetów ma na celu złagodzenie wydźwięku samego pojęcia rewolucji¹⁹. Określniki te suponują także, iż nie mamy do czynienia z rewolucjami we właściwym sensie. Analogicznie do transformacji politycznych z przełomu lat 80. i 90. odbywały się one bezkrwawo i wprowadzały nową, co najwyżej w danym państwie, formę władzy. Nie miały zatem na celu wprowadzenia zmian na skalę światową. Ich przebieg bliższy był raczej wojnie domowej²⁰, choć czasem rozstrzyganej globalnie („spontaniczna” pomarańczowa rewolucja kosztowała rzekomo 14 milionów dolarów).

Wydarzenia te pozwalają postawić tezę, iż w naszej sferze kulturowej nie będziemy już mieli do czynienia z rewolucjami *sensu stricto*.

Po okresie „nowych etapów” w historii władzy pozostanie jedynie cykl powrotów do znanych już form ustrojowych; jest niezwykle mało prawdopodobne stworzenie nowego systemu panowania²¹. Dlatego można mówić o przywróceniu pierwotnego znaczenia pojęcia rewolucji w sensie „powrotu” czy „obrotu”²²; w aspekcie

¹⁶ W tym sensie to bardziej zmiana polityczna, o której pisali myśliciele starożytni. Cykl nie został przerwany, nastąpił jedynie powrót do innego stadium.

¹⁷ M. Robespierre twierdził: „Połowa rewolucji światowej już się dokonała, druga połowa teraz winna się spełnić”. Cyt. za: R. Koselleck, *Historyczne kryteria nowożytnego pojęcia rewolucji*, [w:] idem, *Semantyka historyczna*, przeł. W. Kunicki, Poznań 2001, s. 122.

¹⁸ Niniejsze rozważania semantyczne nie mają na celu stworzenia nowego pojęcia na określenie przemian dokonujących się na przełomie lat 80. i 90. XX wieku, bowiem takie już funkcjonują (transformacje ustrojowe). Uwaga koncentruje się na rozstrzygnięciu problemu, czy przewroty te mają charakter rewolucyjny.

¹⁹ Symptomatyczne jest, iż dawniej określano rewolucję mianem „chwalebnej” czy „wielkiej”.

²⁰ Wojna domowa charakteryzuje się tym, iż lojalność społeczeństwa podzielona jest między dwa ośrodki władzy.

²¹ Do takich wniosków dochodzi już Spinoza w *Traktacie politycznym*: „Wszak ludzie są tak ukształtowani, że nie mogą żyć bez jakiejś więzi prawnej. A prawa powszechne i interesy publiczne zaprowadzili i prowadzili ludzie najbystrzejsi, najsprytniejsi i najprzebieglejsi. Dlatego trudno w to uwierzyć, abyśmy zdołali wymyślić coś pożytecznego dla wspólnoty społecznej, czego by nie nastroczyły już sposobność lub przypadek i co by mieli przeoczyć ludzie, zajmujący się sprawami społecznymi i dbającymi o swoje własne bezpieczeństwo” B. Spinoza, *Traktat polityczny*, [w:] idem, *Traktaty*, przeł. I. Halpern-Myślicki, Kęty 2000, s. 336.

²² Zmianę tej pierwotnej semantyki, związanej z obrotami ciał niebieskich (M. Kopernika *De revolutionibus orbium coelestium*), wprowadził rok 1789. Szerzej o etymologicznych i semantycznych aspektach pojęcia rewolucji [w:] H. Arendt, *op. cit.*; R. Koselleck, *Historyczne kryteria...*; idem, *Kritik und Krise*, München 1959; K. Griewank, *Der neuzeitliche Revolutionsbegriff. Entstehung und Entwicklung*, Weimar 1955.

politycznym oznacza ono obieg ustrojów²³. Jeśli chodzi o tego typu przewroty, jakie miały miejsce na Ukrainie czy Kirgistanie, to bardziej uprawnione jest mówienie o zamachach stanu. Jeśli będzie jeszcze do nich dochodzić, to będą one miały generalnie przebieg bezkrwawy, ponieważ pokój społeczny jako jedna z najwyższych wartości w polityce rzeczywiście utorował sobie miejsce w naszym kręgu cywilizacyjnym. Myśliciele od wieków przestrzegali przed anarchią²⁴ i współcześni politycy zdają się doceniać te irenistyczne idee.

Rewolucje *par excellence* będą się z pewnością dokonywać w dziedzinie techniki. To sfera, w której spotkamy się z niejednym, zaskakującym *novum*. Choć pojawiają się głosy, iż ogromny przełom nadejdzie również w sferze społeczno-politycznej. Wynika to rzekomo ze statystyki występowania wielkich rewolucji w dziejach ludzkości. Taką rewolucję zapowiada słoweński filozof Slavoj Žižek, który przepowiada „rewolucję slumsów” (odpowiednik rewolucji proletariackiej Marksa)²⁵. Jednak nawet jeśli nadszedłby inny system, to nie znaczy, że wprowadzono by nową formę rządów. Nastąpiłby zapewne jedynie przewrót polityczny. Choć Žižek proponuje także, by zmienić samą naturę rewolucji i przenieść ją do wirtualnej przestrzeni. Może wówczas nastalby nowy etap w dziejach? Wybuch wielkiego kryzysu słoweński filozof przewiduje za 10-15 lat.

Sens niniejszych rozważań zmierzał do zwrócenia uwagi na istotę ścisłości terminologicznych przy określaniu owych przemian politycznych, o których była mowa i które zapewne będą się jeszcze na naszych oczach dokonywać. Bowiem „słowa oraz ich użycie są dla polityki ważniejsze niż wszelka inna broń”²⁶.

²³ W ten sposób wraca się do starożytnego znaczenia zmiany politycznej. Równie dosłownie patrzył T. Hobbes na przebieg angielskiej rewolucji z lat 1640-1660. Postrzegał ją bowiem jako ruch kolisty: od form rządów absolutystycznych, przez długi parlament, parlament kadłubowy, przez dyktaturę Cromwella, przez oligarchię aż po odnowioną monarchię Karola II.

²⁴ Św. Augustyn i św. Tomasz wiele uwagi poświęcają zachowaniu pokoju w państwie. Por. św. Augustyn, *O państwie Bożym*, przeł. W. Kornatowski, Warszawa 1977; św. Tomasz z Akwinu, *De Regno*, przeł. J. Salij OP, Poznań 1984.

²⁵ Zob. S. Žižek, *Rewolucja u bram*, „Polityka” 2005, nr 11 (2495).

²⁶ R. Koselleck, *Historyczne kryteria...*, s. 129.

Piotr Feczko

OBRAZ ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ W OCZACH STUDENTÓW

Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie postrzegania problemów administracji publicznej (dotyczących także sfer wolności, własności i władzy) przez studentów prawa i administracji Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Studenci Wydziału Prawa i Administracji, co najmniej średnich lat studiów, posiadają już szereg wiadomości teoretycznych, a także pewne doświadczenia praktyczne w sferze zagadnień administracji publicznej. Studenci wspomnianego kierunku z pewnością będą się stykać w swojej pracy zawodowej – w różnym zakresie – z administracją publiczną, z racji zatrudnienia w sektorze publicznym (który będzie ulegał dalszym istotnym zmianom i jakościowemu wzrostowi) lub jednostkach organizacyjnych z nim współpracującymi. Dlatego uznano za celowe zbadanie opinii studentów prawa i administracji na temat przyszłych miejsc zatrudnienia lub stanowiących ich istotne otoczenie (w rozumieniu otoczenia organizacji).

Przebieg badania

W lutym i w marcu 2005 roku przeprowadzono ankietę wśród studentów Wydziału Prawa i Administracji Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Udział w badaniach był dobrowolny i anonimowy, o czym informowano studentów bezpośrednio przed badaniem. Ankietowani wypowiadali się pisemnie przez około 6–9 minut, na temat: „Opisz najistotniejszy – Twoim zdaniem – problem(y) prawny(e) polskiej administracji publicznej”. Badający informował studentów, że oczekuje opisanie ich własnych opinii i doświadczeń (z uzasadnie-

niem), a nie przedstawiania postulatów natury teoretycznej. Badanie przeprowadzono wśród 287 studentów. Na ankietę odpowiedziało:

- a) 99 studentów studiów zaocznych drugiego roku kierunku administracja publiczna (studiów licencjackich),
- b) 63 studentów studiów zaocznych trzeciego roku kierunku administracja publiczna (studiów licencjackich),
- c) 56 studentów studiów dziennych trzeciego roku kierunku administracja publiczna (studiów licencjackich),
- d) 39 studentów studiów dziennych trzeciego roku kierunku prawo (studiów magisterskich),
- e) 30 studentów studiów zaocznych trzeciego roku kierunku prawo (studiów magisterskich).

Metoda badania

Na wstępie procesu badawczego postawiono dwie hipotezy:

- a) hipotezę niestatystyczną: studenci, jako członkowie polskiego społeczeństwa, będą w znacznej części podzielali jego powszechne opinie na temat administracji, a zarazem, jako osoby posiadające pewną wiedzę o zagadnieniach administracji publicznej, będą przedstawiać swoje opinie w sposób świadczący o ich przynajmniej teoretycznej orientacji w realiach administracji publicznej,
- b) hipotezę statystyczną: ankietowani wskażą przede wszystkim problemy organizacyjno-prawne, przewlekłe załatwianie spraw, braki edukacyjne i korupcję wśród urzędników, czyli ilość uzyskanych odpowiedzi poruszających te problemy będzie przeważać w uzyskanym zbiorze odpowiedzi na zagadnienie z ankiety.

Powyższe hipotezy uległy w trakcie badania następującym weryfikacjom:

- a) hipoteza niestatystyczna została zweryfikowana przez sprawdzenie jej pod względem uzyskanej w procesie badawczym wiedzy empirycznej,
- b) hipoteza statystyczna uległa sprawdzeniu przez wyliczenie ilości odpowiednich elementów wśród elementów uzyskanego w następstwie badania zbioru¹ (nie trzeba było szczegółowo testować sprawdzanej, wysuniętej hipotezy zerowej względem obszaru krytycznego na potrzeby niniejszego opracowania)².

Konieczne w tym miejscu jest odniesienie się do zagadnienia postawionego w ankiecie, niekiedy nieodpowiednio rozumianego przez ankietowanych studentów. Występuje w nim sformułowanie „problem prawny”, które badani interpretowali w różny sposób. Kwestia przymiotnika „prawny” jest pochodna od definicji „pojęcia prawa”, która nie jest jednoznaczna. Rozumienie tego pojęcia przez autora jest zbliżone do definicji twierdzącej, że „dla prawnika prawem jest wszystko, co spełnia warunki ważności ustanowione przez reguły uznania i inne reguły systemu”³. Niewątpliwie można stwierdzić, że do zbioru problemów prawnych można zakwalifikować te zwią-

¹ J. Kmita, *Wykłady z logiki i metodologii nauk*, Warszawa 1973, s. 119-127.

² M. Sobczyk, *Statystyka*, Lublin 1998, s. 157-161.

³ J. Raz, *Autorytet prawa*, Warszawa 2000, s. 213.

zane ze: stosowaniem prawa (włącznie z jego rozumieniem i interpretacją), jego przestrzeganiem. Intencją ułożenia takiego pytania z powyższym sformułowaniem była możliwie komunikatywna dla pytanych ankieta, albowiem badający chciał, aby pytanie zostało w możliwie najlepszy sposób zrozumiane przez ankietowanych studentów (nawet także intuicyjnie). Jednakże okazało się, że studenci podali szereg problemów, które nie są bezpośrednio problemami prawnymi (np. lenistwo urzędników), aczkolwiek mogą je powodować (przykładowo beczynność administracji, która jest już bezspornie problemem prawnym). Wymóg wiernego przedstawiania uzyskanych wyników badania nakazuje przedstawienie także tych odpowiedzi, które nie dotyczą bezpośrednio problemów prawnych. W przyszłości podejmując podobne badania należałoby wytłumaczyć odpowiadającym, co może być, a co nie jest problemem prawnym.

Obraz administracji publicznej wśród studentów prawa i administracji

Badani studenci opisywali od jednego do sześciu problemów nękających polską administrację publiczną. Łącznie udzielili 814 wskazań. Dlatego, obliczając średnią arytmetyczną (liczba wskazań/liczba studentów), otrzymano wynik 2,836, wskazujący, że „statystyczny” ankietowany podał prawie trzy problemy. Natomiast w rozbiciu na kierunki (bez podziału na tryb studiów) uzyskano następujące średnie:

- a) „statystyczny” student prawa wymienił 3,478 problemy (231/69),
- b) „statystyczny” student administracji wymienił 2,674 problemy (583/218), czyli około 20% mniej w stosunku do studentów prawa.

Po zapoznaniu się z ankietami utworzono klasyfikację elementów ze zbioru wskazań studentów, wedle której podzielono ten zbiór na 24 wymienione poniżej podzbiory problemów (przy czym nie wszystkie podzbiory można uznać za problemy prawne):

- 1) brak odpowiedzialności (urzędników za wadliwe lub szkodliwe akty prawne lub ich brak),
- 2) biurokracja (patologię biurokratyzmu, nie zaś idealny system Maxa Webera),
- 3) niepewność stanu prawnego (zmieniające się i nie zawsze trwałe akty prawne),
- 4) przewlekłość (nieterminowe załatwianie spraw),
- 5) złe prawo (m.in. niezrozumiałe, zdekoncentrowane i poddane inflacji),
- 6) różne interpretacje prawa (różne organy niejednakowo interpretują te same przepisy prawa),
- 7) braki w edukacji urzędników (m.in. natury prawnej lub nawet ogólnej),
- 8) dezinformacja (urzędnicy dezinformują strony m.in. z powodu własnej niekompetencji lub dla uniknięcia załatwiania sprawy),
- 9) arogancja władzy (władza, czyli urzędnicy, okazują m.in. lekceważenie stronom i ich sprawom),
- 10) bałagan,
- 11) duże opłaty (za duże w zamian za to, co się otrzymuje),
- 12) niezrozumiałe pisma (strony otrzymują od organów pisma, których nie mogą zrozumieć),

- 13) niekulturalność urzędników,
- 14) nadmierny rozrost aparatu (przerosty zatrudnienia lub nadmierna liczba instytucji),
- 15) lenistwo urzędników,
- 16) rozrzutność środków (publicznych w wykonaniu administracji),
- 17) nadmiar kontroli (paraliżujących działalność kontrolowanych podmiotów, ale i organów),
- 18) upolitycznienie,
- 19) nepotyzm i kumoterstwo,
- 20) korupcja,
- 21) przeciążenie urzędników (zadaniami do wykonania przez zwierzchników lub przepisy),
- 22) braki finansowe (brak środków dla organów, niskie płace urzędników),
- 23) niska świadomość prawna (obywateli),
- 24) skomplikowane procedury (załatwiania spraw przez strony).

Wymienione problemy przyporządkowano oddzielnie wypowiedziom studentów administracji (tab. 1), prawa (tab. 2) i studentom obu kierunków łącznie (tab. 3). Wynika z nich, że studenci administracji najczęściej wymieniali następujące problemy administracji publicznej: przewlekłość (72 wypowiedzi), bałagan i braki w edukacji urzędników (po 53), biurokrację (44), złe prawo (43), niską świadomość prawną (36), nadmierny rozrost aparatu (32) i skomplikowane procedury (29).

Z kolei studenci prawa, stanowiący około 25% respondentów, również na pierwszym miejscu wymienili przewlekłość (aż 38 wypowiedzi), i kolejno: braki w edukacji urzędników (20), złe prawo (16), biurokrację (14), skomplikowane procedury i lenistwo urzędników (po 13), bałagan, brak kultury urzędników i brak odpowiedzialności (po 12 wypowiedzi).

Studenci obu kierunków najczęściej wymieniali przewlekłość (110 wypowiedzi), braki w edukacji urzędników (73), bałagan (65), biurokrację (61), złe prawo (59), korupcję (50), niską świadomość prawa (45) i skomplikowane procedury (42).

Tab. 1. Problemy (nie tylko prawne – wedle odpowiedzi studentów) występujące w polskiej administracji publicznej wskazane przez studentów administracji Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Wskazane przez studentów problemy administracji	Ankietowani studenci wg trybu i lat studiów		
	Zaoczni – rok II	Zaoczni – rok III	Dzienni – rok III
Brak odpowiedzialności	10	2	0
Biurokracja	28	7	12
Niepewność stanu prawnego	7	3	5
Przewlekłość	20	39	13
Złe prawo	24	9	10
Różne interpretacje prawa	8	6	7
Braki w edukacji urzędników	25	18	10
Dezinformacja	4	8	10
Arogancja władzy	3	9	5
Bałagan	25	18	10
Duże opłaty	1	1	0

Niezrozumiałe pisma	5	5	7
Braki w kulturze urzędników	0	2	3
Nadmierny rozrost aparatu	24	3	5
Lenistwo urzędników	7	9	7
Rozrzutność środków	9	2	0
Nadmiar kontroli	2	0	0
Upolitycznienie	2	0	1
Nepotyzm i kumoterstwo	6	1	4
Korupcja	25	3	12
Przeciążenie urzędników	6	3	2
Braki finansowe	7	2	4
Niska świadomość prawna	6	17	12
Skomplikowane procedury	6	11	12
Liczba badanych	99	63	56

Źródło: opracowanie własne.

Tab. 2. Problemy (nie tylko prawne – wedle odpowiedzi studentów) występujące w polskiej administracji publicznej wskazane przez studentów prawa Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Wskazane przez studentów problemy administracji	Ankietowani studenci prawa wg trybu i lat studiów	
	Dzienni – rok III	Zaoczni – rok III
Brak odpowiedzialności	10	2
Biurokracja	8	6
Niepewność stanu prawnego	2	1
Przewlekłość	19	19
Złe prawo	7	9
Różne interpretacje prawa	5	3
Braki w edukacji urzędników	12	8
Dezinformacja	7	4
Arogancja władzy	5	6
Bałagan	7	5
Duże opłaty	3	0
Niezrozumiałe pisma	1	1
Braki w kulturze urzędników	3	9
Nadmierny rozrost aparatu	3	0
Lenistwo urzędników	6	7
Rozrzutność środków	2	0
Nadmiar kontroli	1	1
Upolitycznienie	2	2
Nepotyzm i kumoterstwo	2	0
Korupcja	8	2
Przeciążenie urzędników	3	3
Braki finansowe	2	2
Niska świadomość prawna	2	8
Skomplikowane procedury	4	9
Liczba badanych osób	39	30

Źródło: opracowanie własne.

Tab. 3. Problemy (nie tylko prawne – wedle odpowiedzi studentów) występujące w polskiej administracji publicznej wskazane przez studentów prawa i administracji Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Wskazane przez studentów problemy administracji	Łączna liczba wskazań
Brak odpowiedzialności	24
Biurokracja	61
Niepewność stanu prawnego	18
Przewlekłość	110
Złe prawo	59
Różne interpretacje prawa	23
Braki w edukacji urzędników	73
Dezinformacja	33
Arogancja władzy	28
Bałagan	65
Duże opłaty	5
Niezrozumiałe pisma	19
Braki w kulturze urzędników	17
Nadmierny rozrost aparatu	35
Lenistwo urzędników	36
Rozrzutność środków	13
Nadmiar kontroli	4
Upolitycznienie	7
Nepotyzm i kumoterstwo	13
Korupcja	50
Przeciążenie urzędników	17
Braki finansowe	17
Niska świadomość prawna	45
Skomplikowane procedury	42
Liczba badanych osób	287

Źródło: opracowanie własne.

W tab. 4. skonfrontowano kolejność i częstotliwość wypowiedzi wynikających z tab. 1-3. W analizie tej zwraca uwagę zgodne umieszczenie na I miejscu przewlekłości i – w następnej kolejności: braków w edukacji urzędników, bałaganu, biurokracji, złego prawa, korupcji i niskiej świadomości prawnej.

Tab. 4. Kolejność problemów prawnych według częstotliwości wypowiedzi badanych studentów administracji, prawa i obu grup łącznie.

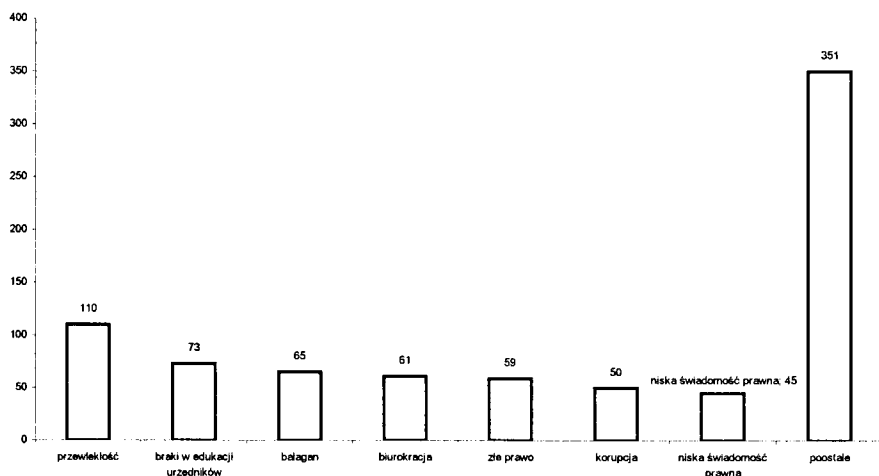
Kolejność problemów w badanych grupach	Studenci administracji	Studenci prawa	Studenci prawa i administracji łącznie
I	Przewlekłość	Przewlekłość	Przewlekłość
II	Bałagan	Braki w edukacji urzędników	Braki w edukacji urzędników
III	Braki w edukacji urzędników	Złe prawo	Bałagan
IV	Biurokracja	Biurokracja	Biurokracja
V	Złe prawo	Skomplikowane procedury	Złe prawo
VI	Niska świadomość prawa	Lenistwo urzędników	Korupcja

VII	Nadmierny rozrost aparatu	Bałagan	Niska świadomość prawa
VIII	Skomplikowane procedury	Braki kultury urzędników	Skomplikowane procedury
IX	Lenistwo urzędników	Brak odpowiedzialności	Lenistwo urzędników

Źródło: opracowanie własne.

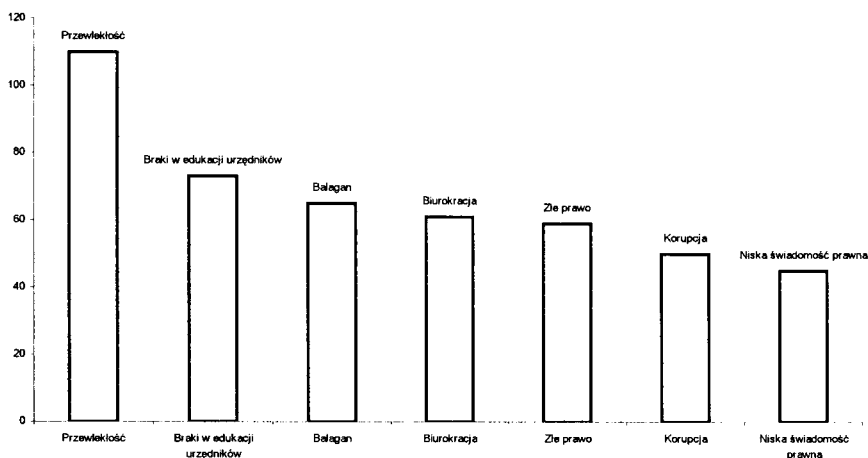
Statystyczny obraz wyróżnionych, najczęściej występujących problemów administracji publicznej przedstawiono graficznie na wykresach. Wykres 1 opisuje miejsce siedmiu głównych problemów administracji w strukturze wszystkich wypowiedzi respondentów. Wykres 2 określa strukturę procentową tych siedmiu głównych problemów, przyjętych jako dominujące w wypowiedziach studentów (w zaokrągleniu do 1%).

Wykres 1. Główne problemy administracji w strukturze wszystkich wskazań studentów (problemy nie tylko prawne – wedle uzyskanych odpowiedzi studentów).



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 2. Struktura (w zaokrągleniu do 1%) głównych problemów administracji według studentów w strukturze ich zbioru (problemy nie tylko prawne – według odpowiedzi studentów).

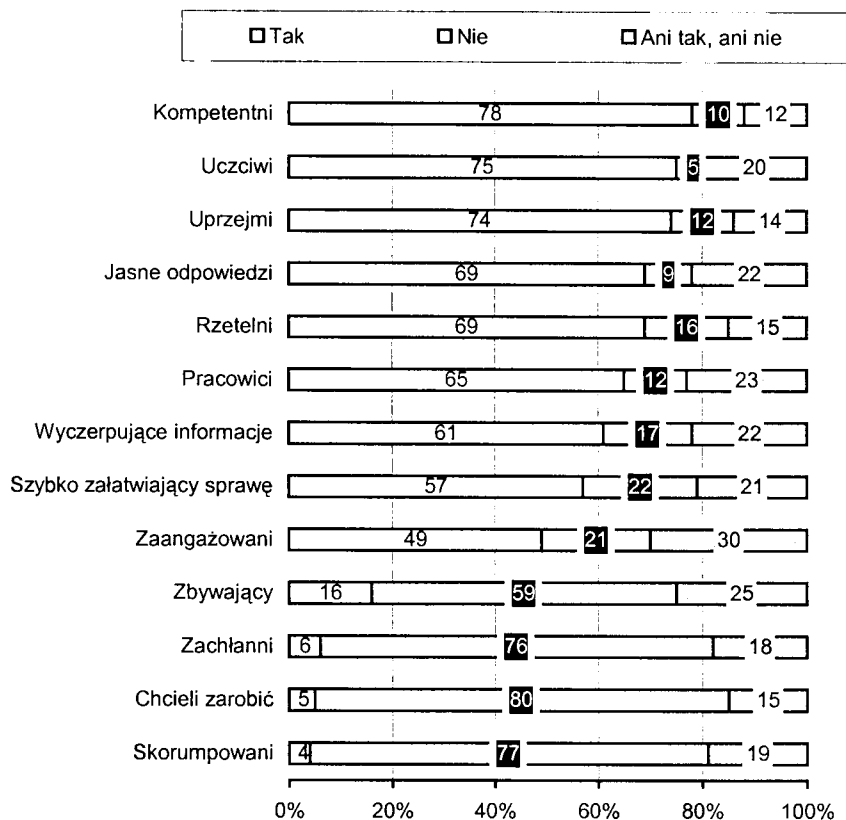


Źródło: opracowanie własne.

Badanie na temat „Urzędnik państwowy w oczach obywatela”, dotyczące m.in. analogicznych problemów, jak w niniejszym badaniu, było przeprowadzane na zlecenie Urzędu Służby Cywilnej w 1999 roku i opublikowane na jego stronie internetowej. W badaniu tym respondenci przy wychodzeniu z urzędów państwowych odpowiadali na następujące pytanie: „Z jakim typem urzędnika tego urzędu miał(a) Pan(i) zazwyczaj do czynienia?” („Tak” obejmuje odpowiedzi „zdecydowanie tak” i „raczej tak”, „Nie” obejmuje odpowiedzi „zdecydowanie nie” i „raczej nie”)⁴

⁴ Witryna internetowa Urzędu Służby Cywilnej – sprawozdanie z badania opinii.

Wykres 3. Wizerunek publiczny urzędników państwowych wedle badań zleconych przez Urząd Służby Cywilnej



Źródło: witryna internetowa Urzędu Służby Cywilnej – sprawozdanie z badania opinii publicznej.

Wnioski

Obraz administracji publicznej w oczach studentów prawa i administracji wykazuje występowanie istotnych problemów prawnych i pozaprawnych. Różni się on istotnie od wskazanego dla porównania obrazu urzędnika państwowego w oczach obywatela.

Najistotniejszymi problemami ściśle prawnymi administracji okazały się: przewlekłość w załatwianiu spraw (tj. beczynność lub nieterminowe ich załatwianie), złe prawo (będące wynikiem niedoskonałej działalności legislacyjnej) i korupcja. Natomiast problemami, które nie są bezpośrednio problemami prawnymi,

aczkolwiek mogą je pośrednio powodować są braki w edukacji urzędników, bałagan, biurokracja, niska świadomość prawna obywateli.

Autor przywołuje poniżej kilka cytatów z anonimowych ankiet studentów (oddających ich subiektywne opinie – pisownia oryginalna):

- a) „A już zasadniczą przesadą jest korupcja zaczynająca się na najniższych szczeblach, z czym spotykam się na co dzień, bo pracuję w gminie i już tam tego wytrzymać nie mogę, ale jest bezrobocie”;
- b) „Moim zdaniem najważniejszy problem to, że urzędy powinny szybko sprawy załatwiać.”
- c) „Uważam, że istotny problem, to źle wykształceni urzędnicy, którzy udzielają złych rad.”
- d) „Ogólnie jest bardzo dużo dokumentów i dlatego robi się często bałagan i nie możemy niczego znaleźć i wychodzimy na niekompetentnych”
- e) „Pracownicy administracji nadal wykonują czynności z wielką łaską”
- f) „Sprawy zalegają niezałatwione, a liczba urzędników rośnie, rośnie, a one dalej leżą, leżą”

Analizując powyższe dane można stwierdzić, że obie wysunięte hipotezy można uznać za trafne. Hipotezę niestatystyczną (studenci jako członkowie polskiego społeczeństwa będą w znacznej części podzielali jego powszechne przeświadczenia na temat administracji, a zarazem jako osoby posiadające pewną wiedzę o zagadnieniach administracji publicznej będą przedstawiać swoje opinie w sposób świadczący o ich przynajmniej teoretycznej orientacji względem realiów administracji publicznej [a także o przeprowadzonym z powodzeniem dotychczasowym procesie dydaktycznym]) należy uznać za zweryfikowaną pozytywnie. Sprawdzenie zgodności tej hipotezy z materiałem empirycznym wypada pomyślnie, szczególnie przy dużym rozrzucie opinii o charakterze fachowym i praktycznym, i jest wzmocnione kontekstem łączenia przez znaczną część studentów wiedzy teoretycznej z doświadczeniami praktycznymi lub zawodowymi.

Hipotezę statystyczną („ankietowani wskażą przede wszystkim problemy organizacyjno-prawne, przewlekłe załatwianie spraw, braki edukacyjne i korupcję wśród urzędników, czyli ilość otrzymanych odpowiedzi będzie przeważać w uzyskanym zbiorze odpowiedzi na zagadnienie z ankiety) także należy raczej uznać za zweryfikowaną pozytywnie. Łączna suma tych wskazań studentów wynosi 519 (na 814), choć tutaj należy zauważyć, że nie jest to wynik jednoznaczny (287 studentów udzieliło od 1 do 6 wskazań, zatem test hipotezy zerowej względem obszaru krytycznego z tego powodu także nie byłby tutaj na podstawie tych danych bezwzględnie jednoznaczny, choć oczywiście jego wynik nakazywałby uznać hipotezę zerową za zweryfikowaną pozytywnie).

Polska administracja publiczna – przed którą pojawia się wiele wyzwań, m.in. wobec integrującej się Europy i globalizującego się świata – wymaga dalszych zmian i rozwoju jakościowego, co stawia przed szkolnictwem wyższym odpowiedzialne zadanie kształcenia (lub dokształcania w procesie ustawicznego kształcenia) kapitału ludzkiego administracji publicznej oraz prowadzenia badań naukowych na temat administracji publicznej. Choć szkolnictwo wyższe raczej nie

rozwiąże bezpośrednio wykazanych tu problemów prawnych administracji, to jego oddziaływanie na kreację i ulepszanie kwalifikacji (także o charakterze prawniczym) zasobu ludzkiego administracji publicznej może ograniczać nadmierne występowanie wspomnianych problemów prawnych.

Anna Pulit

WŁASNOŚĆ W KONSTYTUCJI GRECJI Z 1975 R.

Własność i jej ochrona w konstytucji greckiej

Konstytucja Grecji, uchwalona 9 lipca 1975 r., a dwukrotnie znowelizowana 6 marca 1986 r. i 6 kwietnia 2001 r.¹, należy do kręgu stosunkowo nowych uregulowań konstytucyjnych w Europie południowej. Ustanowiona została po doświadczeniach kilkuletnich rządów wojskowych i sprawowanej przez nich dyktatury². Niewątpliwym celem Konstytucji był powrót do formuły rządów demokratycznych oraz ustabilizowanie zasad parlamentaryzmu i ochrony praw jednostki³.

W części drugiej konstytucji z 1975 roku, zatytułowanej „Prawa indywidualne i społeczne”, unormowane zostały podstawy ustroju społeczno-ekonomicznego Republiki Greckiej. Kluczowymi dla wspomnianego zakresu regulacji konstytucyjnej są art. 17 i 18, normujące kwestie własności i jej ochrony⁴.

Art. 17, ust. 1 sformułowany został w sposób następujący „Własność znajduje się pod ochroną państwa. Korzystanie z prawa własności nie może być sprzeczne z interesem powszechnym”. Sformułowanie to zasługuje na kilka zdań komentarza. Przede wszystkim należy zauważyć, że pojęcie własności występuje w przytoczonym unormowaniu jako „własność w znaczeniu konstytucyjnym”, a zatem jako synonim ogółu praw do dysponowania składnikami majątkowymi. Jest to pojęcie o dużym stopniu uogólnienia i możliwych, rozbieżnych interpreta-

¹ Por. *Konstytucja Grecji*, tłum. z j. francuskiego G. i W. Uliccy (wyd. 2 zmienione i uaktualnione), Warszawa 2005, por. uwagi J. Kamińskiego we Wstępie, s. 17.

² J. P. Trombetas, *Consensus and Clawage. Party Alignment in Greece 1945-1965*, New York 1974, s. 295.

³ S. G. Xydis, *Coups and Countercoups in Greece 1967-1973*, „Political Science Quarterly” 1974, vol. 89, no. 3, s. 509. Piszę o tym w pracy *System konstytucyjny Grecji*, Kraków 2004, s. 16-17.

⁴ C. D. Tsatsos, *Making the Constitution of Grece*, [w:] *Constitution Makers on Constitution Making the Experience of Eight Nations*, red. R. A. Goldwin, A. Kaufman, Washington D.C. 1998, s. 75; por. też J. Kamiński, *System konstytucyjny Grecji*, Warszawa 2004, s. 19-20.

cjach⁵. Nadto należy zaakcentować generalne ujęcie konstytucyjnej klauzuli, nakazującej państwu chronić własność. Klauzula ta obejmuje wszystkie typy i odmiany (formy) własności uznawane w greckim systemie prawnym. Adresowana jest do państwa, co oznacza, że powinność ochrony własności spoczywa na wszystkich organach państwa, tj. zarówno organach władzy ustawodawczej (w trakcie stanowienia prawa), na organach władzy wykonawczej, jak również na władzy sądowniczej i współdziałających z nią organach ochrony porządku prawnego.

Z drugiej strony, sformułowanie wykluczające możliwość korzystania z własności w sposób sprzeczny z interesem powszechnym świadczy o przekonaniu ustrojodawcy greckiego, że własność nie jest prawem o charakterze absolutnym, z którego podmiot tego prawa korzystać może bez jakichkolwiek ograniczeń. Co więcej, ustrojodawca wskazuje na punkt odniesienia determinujący ograniczenia. Dobrem, które uzasadniać może zarówno wprowadzanie, jak i stosowanie ograniczeń przy korzystaniu z prawa własności, jest wskazany przez ustrojodawcę „interes powszechny”. W opinii B. Banaszaka „interes powszechny” czy „cel publiczny” interpretować należy jako „dobro ogółu”, pojmowane bądź z perspektywy całego społeczeństwa, bądź też z perspektywy wspólnoty regionalnej lub lokalnej⁶.

Rzecz oczywista, że pojęcie „interesu powszechnego” nie jest jednoznaczne. Z reguły podlega ono wielu i to zróżnicowanym interpretacjom. Wymaga zatem wykładni zarówno przez ustawodawcę, gdy stanowi on prawo dotyczące własności oraz jej ograniczeń, jak i przez organy stosujące prawo, gdy przyjdzie im *in concreto* interpretować i określać granice „interesu powszechnego” w konkretnych przypadkach stosowania prawa.

Wspomniana tu wieloznaczność powoduje, że ustrojodawca konstytucyjny zdecydował się na rozbudowę postanowień odnoszących się do odjęcia czy pozbawienia własności bądź czasowego ograniczenia w wykonywaniu uprawnień należących do jej istoty. Nadto ustrojodawca sformułował w art. 18 szereg unormowań o charakterze „przedmiotowym”, dotyczących własności kopalin, skarbów archeologicznych, wód, terenów rolnych, terenów niezbędnych dla potrzeb gospodarki komunalnej oraz własności klasztorów i patriarchatów. Unormowania te dotyczą składników materialnych własności, znajdujących się w bezpośrednim zasięgu oddziaływania „interesu powszechnego” (o zasięgu ogólnokrajowym bądź lokalnym).

W pierwszej grupie unormowań zwraca uwagę wynikający z art. 17, ust. 2 zakaz pozbawiania własności (wywłaszczenia) na inne cele niż „ze względu na interes publiczny” należycie uzasadniony. Wywłaszczenie uzasadnione takim interesem może nastąpić jedynie w drodze orzeczenia sądowego i zawsze za uprzednim pełnym odszkodowaniem. Odszkodowanie to winno odpowiadać wartości (rynkowej) wywłaszczanej własności w dacie ferowania orzeczenia sądowego (rozprawy sądowej). Jeśli jednak wartość prawa podlegającego wywłaszczeniu ulegnie zmianie po ogłoszeniu aktu wywłaszczenia, zmiana tej wartości nie powinna być uwzględniana.

⁵ Na gruncie polskim pisała o tym S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003, s. 15 i nast.

⁶ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, s. 196.

Wywłaszczenie i odszkodowanie

O wywłaszczeniu i odszkodowaniu orzekają zawsze sądy cywilne. Sąd może określić najpierw wstępną wartość prawa własności, którego dotyczy wywłaszczenie. Jeśli orzeknie wówczas o wysokości odszkodowania, to może zobowiązać uprawnionego do uzyskania takiego odszkodowania, by złożył on kaucję przed podjęciem odszkodowania. Wówczas spodziewać się należy kolejnego ostatecznego orzeczenia sądu, które ustali ostateczną wartość wywłaszczonego prawa własności i ostateczną wysokość odszkodowania. Postanowienie sądu powinno wskazywać źródła pokrycia odszkodowania. Maksymalny czas na wypłatę ostatecznego odszkodowania został przy tym konstytucyjnie ustalony; wynosi on półtora roku od ogłoszenia decyzji o odszkodowaniu tymczasowym (wstępnym) lub w razie żądania ostatecznego określenia odszkodowania od stosownego orzeczenia sądu. Jeśli w ciągu tego okresu podmiot zobowiązany do wypłaty odszkodowania nie wywiąże się z tego obowiązku, art. 17, ust 4 konstytucji greckiej postanawia, że wywłaszczenie staje się nieważne z mocy prawa. Do momentu wypłaty odszkodowania ostatecznego właściciel zachowuje dotychczasowe prawo własności. Sąd winien określić, orzekając o wywłaszczeniu, czy zajęcie obiektu wywłaszczanego jest możliwe od momentu wypłaty odszkodowania tymczasowego (wstępnego), czy dopiero od chwili otrzymania przez właściciela odszkodowania ostatecznego.

Ustrojodawca konstytucyjny ponadto zastrzegł, że odszkodowanie za wywłaszczoną własność nie może być poddane opłatom, podatkom bądź potrąceniom. Art. 17, ust. 6 i 7 rozstrzygają na poziomie konstytucyjnym istotne praktycznie, jakkolwiek relatywnie szczegółowe kwestie wywłaszczania lub zajmowania nieruchomości dla wykonywania robót społecznie użytecznych lub mające „podstawowe” znaczenie dla gospodarki kraju.

W takich przypadkach konstytucja dopuszcza ustawowe uregulowanie zasad wywłaszczania zarówno nieruchomości bezpośrednio niezbędnych dla wykonywania wskazanych tu robót, jak również ewentualnego zajęcia terenów przyległych lub związanych z wykonywanymi robotami. W przypadku gdy roboty te podejmowane są w interesie państwa, osób prawnych prawa publicznego, wspólnot lokalnych, organizacji użyteczności publicznej bądź przedsiębiorstw publicznych, a ponadto wymagają drażenia tuneli bądź prowadzenia prac podziemnych na odpowiedniej głębokości, ustawa dopuścić może odstępianie od zasady wypłacania odszkodowania. Odstąpienie to nie jest jednak możliwe, gdy prowadzone prace naruszają normalne korzystanie z budynków, jakie usytuowane są na obszarze prowadzonych inwestycji. Na marginesie należy zauważyć, że przy praktycznej randze rozstrzyganych zagadnień daleko posunięta została szczegółowość (wręcz kazuistyka) analizowanych unormowań⁷.

⁷ Europejski Trybunał Praw Człowieka (orzeczenie *Tsomtsos v. Grecja* z 1996 r.) zakwestionował nadmierną sztywność ustalania wysokości odszkodowań. Cyt. za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html1&highlight=tsomtsos&sessional=3090485&skin=hudoc-en> (29.04.2005). Por. też: Protokół Dodatkowy do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. 1995 r. nr 36, poz. 175).

W grupie unormowań odnoszących się do „bogactw podziemnych”: kopalin⁸, urządzeń wydobywczych, a nadto – grot, skarbów archeologicznych i wykopalisk, dopuszczalne jest odrębne, ustawowe uregulowanie kwestii ich własności. Podobna zasada odnosi się również do własności dużych jezior, lagun oraz terenów poddanych osuszaniu.

Kilka odrębnych unormowań konstytucyjnych dotyczy terenów rolnych oraz gruntów opuszczonych. W odniesieniu do gruntów rolnych konstytucja przewiduje możliwość ich komasacji⁹ (scalania) na zasadach określonych ustawowo. Ustawa może również mieścić unormowania zapobiegające rozdrabnianiu własności rolnej. Unormowanie to dowodzi, że konstytucyjna zasada ograniczenia bezwzględnej swobody korzystania z własności ze względu na interes powszechny znajduje konkretyzację w zakresie korzystania z własności gruntów rolnych. W odniesieniu do gruntów opuszczonych, zgodnie z art. 18, ust. 6 ustrojodawca przewiduje możliwość wprowadzenia unormowań ustawowych, które stanowiłyby podstawę prawną dla wykorzystania opuszczonych gruntów albo przez przydział rolnikom nieposiadającym ziemi, albo przez wykorzystanie ich dla potrzeb gospodarki narodowej. Gdyby w okresie późniejszym odnaleźli się właściciele gruntów opuszczonych, mogą oni – na zasadach ustawowych – uzyskać częściowe lub pełne odszkodowanie.

Charakterystyczną klauzulę, wychodzącą naprzeciw potrzebom rozbudowy miast oraz rozwoju gospodarki komunalnej, zawiera art. 18, ust. 7. Dopuszcza on możliwość ustawowego regulowania zasad zagospodarowania przestrzennego oraz ustanawiania współwłasności terenów w przypadkach, gdy budownictwo i zagospodarowanie terenów podmiejskich nie odpowiada aktualnie lub w przyszłości wymogom gospodarki przestrzennej i rozwoju miast.

Ustrojodawca konstytucyjny przewidział w art. 18, ust. 5 przypadki ograniczenia właścicieli w użytkowaniu lub używaniu ich własności ze względu na szczególne okoliczności (np. stan klęski żywiołowej). Jeżeli w takich okolicznościach nastąpi ograniczenie praw właściciela, ustawa może dopuścić powinność domagania się przez właścicieli odpowiednich zapłat, których wysokość winna być określana indywidualnie, stosownie do zaistniałych warunków. Ustanie szczególnych okoliczności sprawia, że właściciele powinni uzyskać pełną dyspozycję swoimi prawami, zaś roboty czy czynności ograniczające ich prawa podlegają automatycznemu wstrzymaniu.

⁸ Kopalinami tymi są przede wszystkim boksyty, rudy cynku i baru. Nadto w północnej Grecji są kopalnie pozyskujące inne metale kolorowe, w tym również srebro i złoto. Por. T. Czekalski, *Grecja*, Warszawa 2003, s. 60.

⁹ Rolnictwo greckie charakteryzuje się dużym rozdrobnieniem gospodarstw. Dominują w nim gospodarstwa o powierzchni 0,1 do 5 ha. Na początku lat sześćdziesiątych XX wieku stanowiły one niemal 80% ogółu gospodarstw rolnych i zajmowały łącznie ponad połowę użytków rolnych. Por. A. Brzeziński, *Grecja*, Warszawa 2000, s. 141.

Własność Kościoła Prawosławnego

Szczególna pozycja kościoła prawosławnego¹⁰ w Grecji sprawia, że pewne nieruchomości kościelne traktowane są w sposób wyjątkowy. Elementy tej ochrony znalazły wyraz w postanowieniu art. 18, ust. 8, zgodnie z którym:

Własność ziemska klasztorów patriarchalnych Świętej Anastazji Pharmacolytria na Półwyspie Chalcydickim, Świętego Władysława w Salonikach i Świętego Jana Ewangelisty Teologa w Patmos, z wyjątkiem terenów im podległych, nie może być wywłaszczona. Nie podlegają także wywłaszczeniu dobra patriarchatów: Aleksandrii, Antiochii i Jerozolimy oraz Świętego Klasztoru na Synaju.

Ochrona tych obiektów znalazła wyraz w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jakkolwiek trybunał podkreślił możliwość wyjątkowego odstąpienia od niej w uzasadnionych okolicznościach, zwłaszcza w odniesieniu do innych obiektów kościelnych¹¹.

Uwagi końcowe

Unormowania własnościowe w konstytucji greckiej z 1975 r. (w brzmieniu nadanym nowelizacją z 2001 r.) stanowią typowy przykład próby wyważenia pomiędzy postulatem pełnej ochrony własności i innych praw majątkowych (w rozumieniu konstytucyjnym) a potrzebą ochrony interesu powszechnego (publicznego). Dowodzą, że promowanie możliwie całościowej ochrony własności (w znaczeniu konstytucyjnym) ustępuje odcinkowo uwzględnieniu jej koniecznych ograniczeń – aż po odjęciu w ramach procedur wywłaszczeniowych. Warunkiem sięgnięcia po wspomniane tu procedury jest:

- 1) należycie uzasadniony interes publiczny,
- 2) zachowanie ustawowo (a więc z udziałem parlamentu) ustalonych procedur wywłaszczeniowych,
- 3) przyznanie pełnego odszkodowania w naturze lub pieniądzu.

Swoistością greckiej konstytucji jest nader dokładne określenie parametrów należnego odszkodowania: co do wysokości, czasu uiszczenia, sądowej drogi (jako wyłącznej) jego określenia, gwarancji korzystania z wywłaszczonej własności przed uiszczeniem (wypłatą) odszkodowania, zwolnienia kwot odszkodowania od obciążeń podatkowych (daninowych).

Inną specyficzną cechą unormowania greckiego jest konstytucyjne uregulowanie dopuszczalnych ograniczeń własności w przypadkach wykonywania robót

¹⁰ T. Czekalski, *op. cit.*, s. 29-30. Wyznawcy prawosławia stanowią w Grecji 96-97% ogółu mieszkańców. Konstytucja z 1975 r. traktuje kościół prawosławny jako skupiający wyznawców religii dominującej. Grecki kościół prawosławny pozostaje kościołem autokefalicznym (tj. odrębnym organizacyjnie i niezależnym od innych kościołów prawosławnych); zarządza nim Święty Synod, w skład którego wchodzi aktualni biskupi greckiego kościoła prawosławnego (art. 3 ust. 1 konstytucji).

¹¹ Por. orzeczenie *Holy Monasteries v. Grecja* (1994). Cyt. za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=holy%20%7c%20monasteries&sessional=3090485&skin=hu-doc-en> (29.04.2005).

„społecznie użytecznych” (a więc motywowanych interesem publicznym), podejmowanych w interesie państwa, osób prawnych prawa publicznego, wspólnot lokalnych, organizacji użyteczności publicznej i przedsiębiorstw publicznych (art. 17, ust. 6 i 7 konstytucji). Dotyczy to także inwestycji mających „podstawowe znaczenie dla gospodarki kraju”. W tych przypadkach ustawa (akt parlamentu) może dopuścić złagodzenie ogólnych rygorów ograniczenia własności, a w pewnym zakresie (budowa tuneli podziemnych) nawet odstąpić od orzekania o odszkodowaniu. Regulacje te o stopniu trwałości (i nadrzędności) charakterystycznym dla unormowań konstytucyjnych dowodzą pragmatyzmu ustrojodawcy konstytucyjnego i stanowią istotną koncesję w kierunku szerszego uwzględnienia przy ochronie własności kryterium interesu publicznego (w wymiarze ogólnokrajowym, regionalnym, lokalnym, a nawet środowiskowym)¹². Dowodzą też intencji wyważenia racji pomiędzy ochroną własności (praw majątkowych) a interesem publicznym. W żadnym jednak zakresie dopuszczone ograniczenia nie mogą – sądzić należy – pozbawić własności (w trybie innym niż wywłaszczenie) w zakresie jej istotnych (esencjonalnych) składników i uprawnień, w tym uniemożliwienia korzystania lub dysponowania tymi składnikami i uprawnieniami wywodzonymi z prawa własności (i innych praw majątkowych)¹³.

¹² Por. I. Nakielska, *Prawo do własności w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Obywatela*, Wrocław 1998, s. 16.

¹³ Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Papamichalopoulos i inni v. Grecja (1996). Cyt. za: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessional=3090485&skin=hudoc-en> (29.04.2005).

RECENZJE

Tadeusz Biernat

**JACEK ZALEŚNY, ODPOWIEDZIALNOŚĆ KONSTYTUCYJNA
W PRAWIE POLSKIM
OKRESU TRANSFORMACJI USTROJOWEJ,
[TORUŃ 2005, ss. 307]**

Książka Jacka Zaleśnego dotyczy kwestii odpowiedzialności konstytucyjnej – szczególnie rodzaju odpowiedzialności prawnej, ściśle związanej z odpowiedzialnością polityczną. To forma odpowiedzialności, dotycząca polityków sprawujących najważniejsze funkcje w państwie. Są to fundamentalne kwestie dla funkcjonowania każdego systemu politycznego, czy szerzej społecznego, ale także systemu prawnego. Zagadnienia te zostały przedstawione w omawianej pracy w odniesieniu do okresu transformacji ustrojowej w Polsce, kształtowania się nowego ładu prawnego i porządku politycznego. Tak określone ramy opracowania zostały doprecyzowane przez autora we wstępie.

Zdaniem autora, wyznaczenie czasowych ram analizy, nie budzi wątpliwości, co do początku transformacji ustrojowej: za początek przeobrażeń przyjmowany jest rok 1989. Trudności pojawiają się przy wyznaczeniu daty końcowej zainicjowanych zmian. Autor stwierdza, że w interesującym go obszarze rozważań rzeczywistości prawno-ustrojowej „obowiązek dostosowania materii ustawodawczej do norm zagwarantowanych w konstytucji – co do istoty – wypełniony został dopiero w 2003 roku poprzez uchwalenie przez Sejm 29 sierpnia ustawy o zmianie ustawy o Trybunale Stanu”. Ta data jest dla autora punktem wyznaczającym ramy czasowe opracowania. Uwagi nasuwające się w tej kwestii są dwojakiego rodzaju. Jest poniekąd oczywiste, że udzielenie powszechnie akceptowanej odpowiedzi na pytanie o początek i koniec transformacji ustrojowej w Polsce jest praktycznie niemożliwe. Mamy do czynienia z procesem, a w takich sytuacjach, ściśle wyznaczenie ram czasowych jest zawsze problematyczne. Jest więc, suwerenną decyzją autora wprowadzenie przedziału czasowego prowadzonych badań i należy ją zaak-

ceptować. Z drugiej jednak strony, nie można pomijać faktu, że przywrócenie odpowiedzialności konstytucyjnej w Polsce nastąpiło w okresie stanu wojennego, a to, przynajmniej potencjalnie, rzutuje na sformułowanie ważnej badawczo hipotezy. Jest ona wyrażona przez autora, na stronie 88, gdy pisze, że „nowa ekipa rządząca szukając legitymizacji dla siebie gniew suwerena próbowała skierować na poprzedników”. I dalej: „Zapotrzebowanie społeczne na już z samej nazwy groźnie brzmiący ‘trybunał’ nabierało nowego kolorytu”. Jest to bardzo ważne zagadnienie z punktu widzenia prowadzonych badań; wiąże się bowiem z pytaniem, czy zmiany po roku 1989 w zakresie odpowiedzialności konstytucyjnej polityków mają charakter prawno-instytucjonalny, czy też mamy do czynienia również ze zmianą jakościową, funkcjonalną ustrojowo? Te uwagi nie stanowią zarzutu względem autora opracowania, a jedynie podkreślają wielopłaszczyznowość przedmiotu badawczego, warunkującą możliwość zróżnicowanych interpretacji.

W przyjętej konstrukcji pracy, złożona problematyka badawcza przedmiotu, charakterystyczna dla pogranicza badawczego takich dyscyplin jak prawo (zwłaszcza prawo konstytucyjne) i politologia została uwzględniona. Znajduje to wyraz w zastosowanych metodach badawczych, przede wszystkim, przez wykorzystanie analizy prawno-instytucjonalnej aktów prawnych, analizy porównawczej w odniesieniu do instytucji politycznych i badań historycznych nad dziejami instytucji Trybunału Stanu w Polsce. Jest również widoczne w konstrukcji pracy. Całość opracowania składa się ze wstępu, pięciu rozdziałów i zakończenia. Rozdział pierwszy (s. 13-71) poświęcony jest omówieniu odpowiedzialności konstytucyjnej na tle koncepcji odpowiedzialności. Drugi – przedstawia odpowiedzialność konstytucyjną w polskim konstytucjonalizmie XX w. (1918-1997; s. 72-119). Rozdział trzeci zawiera charakterystykę Trybunału Stanu (s. 122-158), a w czwartym prezentowana jest „Kognicja Trybunału Stanu” (s. 159-206). Piąty, ostatni rozdział, autor poświęca omówieniu kwestii proceduralnych, postępowania w sprawie odpowiedzialności konstytucyjnej. Całość uzupełnia zakończenie i bibliografia.

Z punktu widzenia konstrukcji pracy mamy do czynienia z opracowaniem kompletnym, uwzględniającym wszystkie aspekty omawianego zjawiska, poczynszy od rozważań o charakterze filozoficzno teoretycznym, a koncentrujących się na problemach filozofii i teorii prawa oraz filozofii polityki, a kończących się na szczegółowych badaniach i interpretacji przepisów materialnych i procedur postępowania przed Trybunałem Stanu.

Kompleksowe opracowanie, i próba ujęcia omawianej problematyki w jej różnych aspektach jest niewątpliwą zaletą pracy. Dzięki temu praca dobrze wypełnia lukę w literaturze przedmiotu, zwłaszcza w kontekście aktualnej sytuacji polityczno-prawnej, gdzie z jednej strony mamy do czynienia z wyraźnymi dążeniami do „uruchomienia maszynierii” odpowiedzialności konstytucyjnej, jako niewykorzystywanego należycie instrumentu ustrojowego, a z drugiej – pojawiają się materialne przesłanki wdrożenia tego typu postępowania, którymi, oprócz woli politycznej podmiotów sprawujących władzę, są również wstępne ustalenia ważnych faktów, dokonane głównie na podstawie działalności sejmowych komisji śledczych, powołanych w czasie ubiegłej kadencji Sejmu.

Poszczególne części opracowania zwracają uwagę zróżnicowanym charakterem. W pierwszej, omawiając istotę zjawiska odpowiedzialności, autor stara się o bardzo precyzyjne ustalenia terminologiczne, wychodząc, a raczej wskazując na „wielość podejść filozoficznych, którym towarzyszy wielość określeń odpowiedzialności” (s. 14). To bardzo skomplikowana filozoficznie problematyka, która nawet w starannie przeprowadzonych rozważaniach wstępnych nie sposób wyjaśnić i rozstrzygnąć. Nie jest błędem autora rozwijanie rozważań w tym zakresie. Jest to pewien standard, raczej cecha młodych, ambitnych badaczy, którzy dążąc do pełnego przedstawienia omawianego zjawiska, wikłają się w prezentowanie kwestii pozbawionych zarówno istotnego znaczenia z punktu widzenia pracy, jak i możliwości stworzenia *ad hoc* satysfakcjonujących rozwiązań. Dostrzega to autor w podsumowaniu tej części pisząc, że odpowiedzialność w swych wielorakich uwarunkowaniach nie objawia się jednolicie (s. 71).

Druga część stanowi rzetelną rekonstrukcję odpowiedzialności konstytucyjnej w Polsce w latach 1918-1989. Jest oparta na bogatym materiale źródłowym i literaturze przedmiotu. Ukazuje zmiany jakie następowały w okresie międzywojennym od czasu konstytucji marcowej od konstytucji kwietniowej, a także w okresie po zakończeniu II wojny światowej i zmianach systemowych w Polsce. Bardzo ciekawe, chociaż niezbyt obszerne uwagi dotyczą problematyki odpowiedzialności politycznej w początkowej fazie kształtowania się niepodległości (do czasu uchwały Sejmu z 20 lutego 1919 roku – niekiedy określanej mianem „małej konstytucji”), a także zagadnienia odpowiedzialności politycznej, które ujawniło się w roku 1982, w całkowicie odmiennych realiach. To bardzo ważne okoliczności, które, gdyby bardziej wnikliwie je przeanalizować, pozwalałyby na sformułowanie interesującej tezy na temat korelacji odpowiedzialności ze zjawiskiem legitymizacji władzy politycznej.

Znacznie lepiej autor porusza się przedstawiając zagadnienia prawno-instytucjonalne związane z funkcjonowaniem Trybunału Stanu na gruncie aktualnych, obowiązujących regulacji konstytucyjnych i ustawowych. Ta część opracowania jest najbardziej wartościowa. W pełni oddaje złożoną problematykę odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu. Prezentowane są w niej nie tylko podstawowe kwestie instytucjonalne i proceduralne, ale także, co warto podkreślić, udane próby przedyskutowania zagadnień niejasnych, kontrowersyjnych, wymagających rzetelnej wiedzy i poprawnej interpretacji prawniczej. Jako przykład może posłużyć omawiane przez autora zagadnienie konkurencyjnej właściwości Trybunału Stanu i tylko szczególnych sytuacji wyłączających odpowiedzialność przed sądami powszechnymi i wojskowymi, osób wchodzących w skład Rady Ministrów, które popełniły przestępstwo (s. 203-205).

Opracowań naukowych dotyczących problematyki konstytucyjnej i ustrojowej, ujmujących rzeczzone zagadnienia w aspekcie transformacji systemu politycznego jest wiele, ale tylko nieliczne poświęcone są zagadnieniom odpowiedzialności konstytucyjnej.

Dodatkowy walor pracy polega na tym, że ukazuje ona genezę i sposób inkorporacji do systemu politycznego instytucji, jeśli nie nowej, to na pewno takiej,

z którą w ramach transformacji ustrojowej wiązano i wiąże się wiele nadziei. Jej wykorzystanie jest uzależnione od woli politycznej sprawujących władzę. Zapowiedzi zdecydowanych działań pojawiały się wielokrotnie. Jest to również widoczne w chwili obecnej, a ostatnie zmiany na scenie politycznej i przeobrażenia w układzie władzy wskazują, że istnieje duża szansa na uruchomienie tej instytucji. Warto, nie tylko z tych powodów, sięgnąć do omawianego opracowania, aby zapoznać się z problemami odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu.

Tadeusz Biernat

**KRYSTYNA LESZCZYŃSKA, RZĄDY
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ W LATACH 1989-2001.
SKŁAD, ORGANIZACJA I TRYB FUNKCJONOWANIA,
[TORUŃ 2005, ss. 482]**

Dr Krystyna Leszczyńska w swojej pracy podejmuje podstawowe z punktu widzenia funkcjonowania systemu politycznego i ustroju państwa zagadnienia organizacji i funkcjonowania rządu. Jego szczególną pozycję wyznacza typ systemu władzy opartej na wzorcach parlamentaryzmu. W tej sytuacji zbędne jest przekonywanie o tym, że podjęty przez autorkę projekt badawczy jest ważny zarówno w zakresie badań politologicznych, jak i nauk prawnych (konstytucjonalizmu). Konstrukcja władzy wykonawczej i jej realne działania władcze stanowią fundamentalną kwestię z punktu widzenia organizacji i ładu każdego systemu politycznego, czy szerzej społecznego, ale także systemu prawnego. W recenzowanej pracy wskazane wyżej zagadnienia zostały przedstawione w ściśle określonej cezurze czasowej – lat 1989-2001, a więc rządów z okresu transformacji ustrojowej w Polsce – lat kształtowania się nowego ładu prawnego i porządku politycznego. Warto na ten fakt zwrócić uwagę z dwóch względów. Po pierwsze, dynamika procesu politycznego w tym okresie jest znaczna, toteż wszelkie próby opracowania naukowego zachodzących zjawisk są niezwykle cenne i przydatne w szerokim wachlarzu podejmowanych badań politologicznych, prawnych dotyczących tego okresu. Po drugie, wspomniana dynamika przekłada się nie tylko na znaczną rotację personalną w organach władzy, zmiany polityczne, organizacyjne, ale, przede wszystkim, na niezbędne zmiany w sferze prawnej, co skutkuje wprowadzeniem w życie wielu różnej rangi i rodzaju aktów prawnych. To wszystko musiała autorka opracowania przebadąć. Jest to godne podkreślenia, bo oprócz obszernego materiału legislacyjnego, który stanowi podstawowe źródło opracowania, autorka korzysta z niepublikowanych materiałów (aktów normatywnych i dokumentów), wywiadów i relacji, materiałów prasowych, a także opracowań naukowych tematu.

Zdaniem autorki, podstawowym celem badawczym pracy była „próba odpowiedzi na pytania: co warunkowało i jak kształtowały się składy Rządów, jaka była ich organizacja oraz jak funkcjonowała Rada Ministrów w Polsce w latach 1989-2001, a więc w okresie ponad dziesięciu lat transformacji systemowej, w wyniku której Rząd stał się głównym ośrodkiem podejmowania decyzji politycznych” (s. 6). Należy stwierdzić, że na tak postawione pytanie badawcze, zwłaszcza jego drugą część, autorka odpowiada w sposób pełny. Co więcej, wydaje się godne podkreślenia, że postawiony cel badawczy został zrealizowany w sposób perfekcyjny.

Formułując taką opinię chciałbym ją szerzej uzasadnić. Z punktu widzenia metodologii nauk społecznych, a politologii w szczególności, a także z punktu widzenia funkcji nauki i oczekiwań, jakie są kierowane pod adresem badaczy rzeczywistości politycznej, doszło – moim zdaniem – do zachwiania istotnych proporcji między orientacjami badawczymi. Między innymi, pod wpływem fascynacji występującymi wokół zjawiskami głębokich politycznych przemian (można je rozważać w skali globalnej, a nie tylko w odniesieniu do procesu transformacji systemowych w byłych państwach komunistycznych) w badaniach naukowych zaczęły wyraźnie dominować postawy, których nurtem przewodnim było formułowanie teorii wyjaśniających zachodzące procesy. Rywalizacja na tym polu przyniosła wprawdzie wiele ciekawych propozycji, ale także konstrukcji o wątpliwych walorach eksplanacyjnych, słabo ugruntowanych w materiale empirycznym, szokujących intelektualnie tylko na krótką metę. W dążeniu do oryginalności zapomniano, że nauka to również rzetelne badanie rzeczywistości w jej różnych aspektach, żmudne gromadzenie, badanie i opracowywanie materiałów źródłowych, pozwalających odpowiedzieć na pytanie „jak jest?”. Krótko należy dokonać waloryzacji określonych postaw i dążyć do realizowania w badaniu naukowym deskryptywnej funkcji nauki. Praca Krystyny Leszczyńskiej dowodzi, że w gronie młodych pracowników nauki można liczyć na badania, przede wszystkim dzięki ogromnej pracy włożonej w ich przeprowadzenie, ważne, wartościowe i niezwykle przydatne; owocujące opracowaniem, które może być podstawą do dalszych analiz występujących w Polsce zjawisk politycznych.

Złożona problematyka badawcza przedmiotu, charakterystyczna dla pogranicza badawczego takich dyscyplin jak prawo (zwłaszcza prawo konstytucyjne) i politologia zawsze determinuje sposób badania, wyraźnie go komplikując. Dobre opracowanie przedmiotu w warunkach badań interdyscyplinarnych wymaga szczególnego podejścia. To udało się autorce znakomicie, a – jak sądzę – duże znaczenie miało to, że posiada wykształcenie politologiczne i prawnicze. Znajduje to wyraz w zastosowanych metodach badawczych, przede wszystkim, w wykorzystaniu analizy prawno-instytucjonalnej aktów prawnych, analizy porównawczej w odniesieniu do instytucji politycznych. W przypadku tego typu opracowań niezwykle ważna jest konstrukcja pracy. Całość opracowania składa się ze wstępu, czterech rozdziałów i zakończenia. Rozdział pierwszy (s. 13-38) poświęcony jest omówieniu konstytucyjnym uwarunkowaniom składu, organizacji i funkcjonowania rządu. Drugi przedstawia skład Rady Ministrów, analizowany w sześciu różnych aspektach, od zasad jego kształtowania, liczby członków, kwestii personalnych, organi-

zacyjnych i politycznych (s. 43-141). Trzeci poświęcony jest omówieniu organizacji Rady Ministrów (s. 153-269). Czwarty, ostatni rozdział, autorka poświęca omówieniu kwestii proceduralnych związanych z trybem funkcjonowania Rady Ministrów (s. 289-315). Całość uzupełniają: zakończenie, dwa aneksy, (pierwszy zawiera niezwykle przydatne tabele, drugi zestawienia) i obszerna bibliografia.

Już konstrukcja pracy dowodzi i zasługuje na podkreślenie, że mamy do czynienia z opracowaniem kompletnym, uwzględniającym wszystkie aspekty omawianego zjawiska, a równocześnie skomponowanym bardzo przejrzyście. Ułatwia to w sposób znakomity korzystanie z wyników opracowania.

Dodatkowy walor pracy polega na tym, że ukazuje ona mechanizmy tworzenia i sposób inkorporacji do kluczowego organu władzy w państwie osób, których obecność, zmiana zajmowanych stanowisk, sposób działania w ramach Rady Ministrów i jej organizacyjnego otoczenia pozwala na identyfikację ważnej części składowej współczesnej klasy politycznej. Praca ta ukazuje również, w jaki sposób kształtują się i zmieniają różnego rodzaju instytucje (w znaczeniu normatywnym), determinujące władzę realną i jej funkcjonowanie.

W zakończeniu autorka formułuje szereg istotnych tez, między innymi taką, która pozwala na demystyfikację politycznych deklaracji i dążeń do tworzenia „rządu fachowców”, a także bardzo interesujących konstatacji na temat kształtowania Rady Ministrów jako procesu niesformalizowanego. Jedyne zastrzeżenie może budzić fakt, że autorka nie rozwija tych zagadnień w sposób pełniejszy. Jednakże, z drugiej strony, gdyby takie obszernie uwagi pojawiły się w tekście, to doprowadziłoby to do rozbicia jednolitej i bardzo czytelnej jego formy, a to byłoby ze szkodą dla całości opracowania.

Tak wszechstronne i kompleksowe opracowanie jest niewątpliwą zaletą książki, sprawia, że jest ona doskonałym uzupełnieniem literatury przedmiotu. Jej przydatność wyznacza nie tylko wspomniana wyżej użyteczność dla dalszych, pogłębionych badań naukowych, ale także możliwości wykorzystania w dydaktyce i przez wielu innych odbiorców, np. dziennikarzy. Należy zachęcić autorkę do kontynuowania pracy, aby w przyjęty przez siebie sposób przeprowadziła analizę funkcjonowania rządów po 2001 roku. Jest wiele merytorycznych i metodologicznych przesłanek, wskazujących, że takie poszerzenie badań może przynieść bardzo wartościowe poznawcze rezultaty.

Warto wreszcie podkreślić fakt, że wszystkie części opracowania zawierają kompletne wyniki badań i są przygotowane z najwyższą starannością. Na tle aktualnej literatury przedmiotu, przedstawiona praca stanowi ważną pozycję. Opracowań naukowych dotyczących zagadnień ustrojowych i polityki państwa w okresie transformacji systemu politycznego jest wiele, brakowało w nich jednak tak obszernej i konkretnej monografii dotyczącej organizacji i funkcjonowania rządów.

Zdzisław Zarzycki

**WYBÓR ŹRÓDEŁ DO NAUKI PRAWA WYZNANIOWEGO,
OPRAC. EWA GAJDA, [TOWARZYSTWO NAUKOWE
ORGANIZACJI I KIEROWNICTWA, WYD. 1, TORUŃ 2004, ss. 418]**

Wybór źródeł autorstwa dr Ewy Gajdy jest publikacją nietypową, odbiegającą w formie i treści od wydanych dotychczas w Polsce książek z zakresu prawa wyznaniowego. Zawiera on wybór charakterystycznych źródeł dla prawa wyznaniowego obowiązującego obecnie i w przeszłości oraz prawa kanonicznego Kościoła katolickiego (powszechnego i partykularnego).

Zasadnicza część publikacji poprzedzona jest wstępem (s. 11-14), w którym autorka podaje aktualny stan badań omawianej dziedziny nauki. Szkoda, że autorka nie zadała sobie trudu, aby ustalić na przykład, w których polskich uniwersytetach wykładane jest prawo wyznaniowe.

Książka nie ma typowych rozdziałów. Podzielono ją na trzynaście bloków tematycznych (nienumerowanych), przy czym w czterech pierwszych nawiązano do konstytucyjnej systematyki źródeł prawa, a w pozostałych dziewięciu problematyka wyznaniowa ujęta jest od strony kryterium przedmiotowego, opartego w części na systematyce konkordatu z 1993 r.

W bloku pierwszym, zatytułowanym *Konstytucyjne gwarancje wolności religijnej* (s. 15-23), zamieszczono wyciąg odpowiednich fragmentów z polskich konstytucji, poczynając od marcowej z 1921 r. (art. 102, 109-117 i 120) przez kwietniową z 1935 r. (art. 81 utrzymał religijne przepisy konstytucji marcowej), ustawę konstytucyjną z 1947 r., konstytucję z 22 lipca 1952 i wreszcie ostatnią z 2 kwietnia 1997 r.

W bloku drugim zamieszczono fragmenty tylko dwóch źródeł prawa międzynarodowego traktujących o wolności religijnej (s. 25-31), tj.: Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. i Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. Niestety, pominięto inne istotne źródła, jak Konwencję o Prawach Dziecka z 20 listopada 1989 r., Akt Końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie

z 1 sierpnia 1975 r., Powszechną Deklarację Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r. czy też Deklarację Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 25 listopada 1981 r. w sprawie wyeliminowania wszelkich form nietolerancji i dyskryminacji opartych na religii lub przekonaniach.

Dział trzeci książki zawiera krótkie wyciągi z trzech dokumentów Soboru Watykańskiego II (s. 33-37), wszystkie z 7 grudnia 1965 r., tj.: deklarację *Dignitatis humanae* i *Gaudium et spes* oraz dekret o działalności misyjnej Kościoła *Ad gentes divinitus*.

Dział czwarty zawiera problematykę konkordatową (s. 39-63), przy czym trzy źródła dotyczą historii prawa konkordatowego w Polsce. Są to: pełny tekst konkordatu z 10 lutego 1925 r. (w języku polskim) wraz z załącznikiem A [wyciąg] i oświadczeniem rządowym z 9 czerwca 1925 r. w sprawie wymiany dokumentów ratyfikacyjnych oraz tekst uchwały Tymczasowego Rządu Jedności Narodowej z 12 września 1945 r. o jego jednostronnym wypowiedzeniu. W dalszej kolejności przedstawiono pełny tekst konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską z dnia 28 lipca 1993 r. wraz z dokumentami towarzyszącymi wejściu w życie tej umowy międzynarodowej¹.

Blok piąty zawiera przepisy karne, traktujące o ochronie wolności sumienia i wyznania w Polsce (s. 65-83). Prezentację źródeł rozpoczęto od wyciągu z ustawy z 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (art. 1-7), a w dalszej kolejności omówiono problematykę ochrony wolności religijnej w prawie karnym, z czego 3 to już normy historyczno-prawne, tj. kodeks karny z 1932 r. (rozdział XXVI. Przestępstwa przeciwko uczuciom religijnym, art. 172-174), w całości dekret z 5 sierpnia 1949 r. o ochronie wolności sumienia i wyznania oraz wyciąg z kodeksu karnego z 19 kwietnia 1969 r. (Rozdział XXVIII. Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania, art. 192-198). W dalszej części znajdziemy wyciągi z trzech obowiązujących kodeksów karnych, uchwalonych 6 czerwca 1997 r., tj.: kodeksu karnego (Rozdział XXIV. Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania, art. 194-196), kodeksu postępowania karnego (art. 178, dotyczący zakazu przesłuchiwania niektórych osób jako świadków) oraz kodeksu karnego wykonawczego (Oddział 4. Prawa i obowiązki skazanego, art. 101-102, 104, 106-107, 110a oraz art. 130). Cennym uzupełnieniem problematyki karnistycznej są wyciągi z ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (art. 66a) i pełne teksty trzech rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości: z 5 listopada 1998 r., w sprawie szczegółowych zasad wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych w zakładach karnych, z 2 września 2003 r., w sprawie szczegółowych zasad wykonywania praktyk religijnych i korzystania

¹ Tj. oświadczenie rządowe z dnia 26 stycznia 1998 r. w sprawie wykładni konkordatu, ustawa z 8 stycznia 1998 r. o ratyfikacji konkordatu, protokół z wymiany dokumentów ratyfikacyjnych i oświadczenie rządowe z dnia 3 kwietnia 1998 r. w sprawie dokumentów ratyfikacyjnych konkordatu oraz obwieszczenie polskiego ministra spraw zagranicznych z dnia 29 lipca 1999 r. o wykonaniu konkordatu wraz z załącznikiem, tj. umową między Rządem RP a Konferencją Episkopatu Polski w sprawie statusu prawnego szkół wyższych, zakładanych i prowadzonych przez Kościół katolicki, w tym uniwersytetów, odrębnych wydziałów i wyższych seminariów duchownych, oraz w sprawie trybu i zakresu uznawania przez Państwo stopni i tytułów nadawanych przez te szkoły wyższe.

z posług religijnych w zakładach karnych i aresztach śledczych, i z 14 września 2001 r. w sprawie szczegółowych zasad uczestniczenia w lekcjach religii i praktykach religijnych, korzystania z posług religijnych i organizacji pracy duszpasterskiej w zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich. Tę część książki wieńczą przepisy art. 23-24 kodeksu cywilnego z dnia 23 kwietnia 1964 r. o ochronie dóbr osobistych, tj. wolności religijnej.

Blok szósty zawiera wyciąg ze źródeł prawa dotyczących stosunku państwa do kościołów i innych związków wyznaniowych w Polsce (s. 85-101), w sumie piętnastu społeczności kościelnych, mających regulacje ustawy indywidualnej (katolików, prawosławnych, ewangelików reformowanych i augsburskich, metodystów, obydwu kościoły mariawickie (katolicki i starokatolicki), staroobrzędowców, polskich katolików, adwentystów, baptystów, zielonoświątkowców, członków gmin wyznaniowych żydowskich, muzułmanów i karaimów). W podsumowaniu tego bloku tematycznego autorka znów odwołuje się do wybranych wyjątków z ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (art. 8-18), dotyczących stosunku państwa do kościołów i innych związków wyznaniowych.

Blok siódmy dotyczy problematyki osobowości prawnej związków wyznaniowych, ich jednostek organizacyjnych (terytorialnych i personalnych) oraz ich organów (s. 103-158). Zamieszczono tu odpowiednie źródła dotyczące Kościoła katolickiego i czternastu innych Kościołów mających regulację ustaw indywidualnych. Zaś na końcu przedstawiono tryb rejestracyjny związków wyznaniowych w oparciu o wyciąg z ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (art. 30-38) i pełne teksty dwóch rozporządzeń: pierwsze już nieobowiązujące, ministra – Kierownika Urzędu do Spraw Wyznań z dnia 12 lipca 1989 r. w sprawie szczegółowych zasad i sposobu prowadzenia rejestru kościołów i innych związków wyznaniowych, i drugie – aktualne Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 marca 1999 r. w sprawie rejestru kościołów i innych związków wyznaniowych. Niezwykle cennym uzupełnieniem tej części pracy są dwie Instrukcje Episkopatu Polski, pierwsza z 15 czerwca 2000 r., dotycząca zakresu i sposobu uzyskiwania osobowości prawnej przez instytucje kościelne na podstawie prawa polskiego (wraz z załącznikiem nr 1 i 3), oraz druga z 3 marca 2000 r. dotycząca sposobu powiadamiania organów państwowych o uzyskaniu osobowości prawnej przez terytorialne i personalne instytucje kościelne.

Następnie autorka podjęła próbę przykładowego opracowania wzorów statutu kościelnej osoby prawnej, o której mowa w art. 4 ust. 3 konkordatu (s. 111-114), oraz przedstawiła wykaz organów państwowych, których należy powiadomić o uzyskaniu osobowości prawnej przez instytucję kościelną (s. 117).

Blok ósmy przybliży tematykę kultu publicznego (s. 159-185) przez wyciąg ze wszystkich (14) ustaw indywidualnych; pominięto jedynie rozporządzenie dotyczące Wschodniego Kościoła Staroobrzędowego, bo nie reguluje tej problematyki. Tę część pracy wieńczą wybrane przepisy wspólne dla wszystkich związków wyznaniowych, tj.: z ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania

(art. 2 i 19) i dwóch rozporządzeń szczegółowych²: z ustawy z dnia 5 lipca 1990 r. – Prawo o zgromadzeniach (art. 1-4) i z ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych.

Blok dziewiąty, najobszerniejszy, dotyczy małżeństwa religijnego (s. 187-255). W tej części autorka omawia źródła dotyczące małżeństwa konkordatowego³ i możliwości jego zawarcia na gruncie wszystkich jedenastu Kościołów mających w Polsce regulację ustawy indywidualnej (poza Kościołem Katolickim Mariawitów, Wschodnim Kościołem Staroobrzędowym, Muzułmańskim i Karaimskim Związkiem Wyznaniowym). Prezentację wyboru źródeł rozpoczynają dwa przepisy ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (art. 63 i 84) i art. 10 konkordatu. Cennym uzupełnieniem tej części książki są normy kościelnego prawa małżeńskiego: powszechne – z Kodeksu Prawa Kanonicznego z 25 stycznia 1983 r., dotyczące obrządku łacińskiego (kanony 1055-1062 i 1073-1165), i partykularne – z Instrukcji Episkopatu Polski z 12 listopada 1998 r. dla księży, dotyczącej małżeństw konkordatowych, oraz z Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich z 18 października 1990 r. (can. 776-782 i can. 790-866).

Dalej zamieszczono wyciągi przepisów polskiego prawa rodzinnego i opiekuńczego (art. 1-30 i 55-61⁶) oraz prawa o aktach stanu cywilnego i dwa źródła wykonawcze wydane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji: pierwsze to rozporządzenie z dnia 26 października 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczania oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpisów, zaświadczeń i protokołów wraz z załącznikami 2 i 10, natomiast drugie to obwieszczenie z dnia 4 listopada 1998 r. w sprawie ogłoszenia wykazu stanowisk, których zajmowanie upoważnia do sporządzenia zaświadczenia, stanowiącego podstawę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 §2 i 3 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Blok dziesiąty zawiera regulację dotyczącą szkolnictwa wyznaniowego, katechezy i działalności oświatowo-wychowawczej wszystkich piętnastu kościołów mających unormowania ustawowe (wyciągi z ustaw) wraz z aktami niższego rzędu oraz przepisy wspólne dla tej tematyki (s. 257-308).

Blok jedenasty dotyczy duszpasterstwa wojskowego i specjalnego oraz służby wojskowej duchownych (s. 309-364). W tym miejscu zamieszczono wybrane fragmenty regulacji ustawowych indywidualnych, dotyczących wszystkich piętnastu kościołów, i przepisy wspólne (np. ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o służbie zastępczej). Oprócz tego zamieszczono również Konstytucję apostołską Jana Pawła II z 21 kwietnia 1986 r. na temat ordynariatów wojskowych *Spirituali*

² Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej oraz Edukacji Narodowej z dnia 12 listopada 1990 r. w sprawie zwolnień od pracy lub nauki osób należących do kościołów i innych związków wyznaniowych w celu obchodzenia świąt religijnych niebędących dniami ustawowo wolnymi od pracy, które zostało zastąpione innym, z dnia 11 marca 1999 r.

³ W najnowszej literaturze przedmiotu małżeństwo kanoniczne ze skutkami cywilnymi nazywane jest małżeństwem konkordatowym. Terminu „małżeństwo konkordatowe” już w 1994 r. użył P. Kuglarz i F. Zoll w publikacji *Małżeństwo konkordatowe*, Kraków 1994 i nazewnictwo to nie budzi większej krytyki. Zob. także J. Krukowski, *Kościół i Państwo. Podstawy relacji prawnych*, Lublin 2000, s. 330. Z kolei M. Pietrzak (*Prawo wyznaniowe*, wyd. 3, Warszawa 2005, s. 255-258) używa terminu „małżeństwo wyznaniowe i jego skutki cywilne”.

militum curae (s. 312-316), Statut Ordynariatu Wojskowego, czyli Polowego w Polsce, wydany przez Stolicę Apostolską w dniu 21 stycznia 1991 r. i Instrukcję Biskupa Polowego Wojska Polskiego o strukturze duszpasterskiej Ordynariatu Polowego Wojska Polskiego z 7 grudnia 1992 r. Ciekawym źródłem prawa jest także Statut Ewangelickiego Duszpasterstwa Wojskowego⁴.

Blok dwunasty dotyczy możliwości funkcjonowania organizacji kościelnych, stowarzyszenia wiernych oraz działalności charytatywno-opiekuńczej (s. 365-396). Regulacje indywidualne obrazują działalność dwunastu kościołów, poza trzema, które uzyskały swoje prawodawstwo jeszcze w okresie II RP (muzułmanie, karaimi i staroobrzędowcy).

Wreszcie blok trzynasty dotyczy działalności kulturalnej dwunastu Kościołów i innych związków wyznaniowych (s. 397-409), poza tymi, które swoje regulacje wywodzą z czasów przedwojennych.

Całość opracowania wieńczy bibliografia, zgrupowana w źródła (państwowe i kościelne) w liczbie około stu, a w dalszej części literatura, licząca zaledwie czternaście pozycji.

Trudno uznać, żeby opracowanie *Wyboru źródeł* wyczerpywało całość problematyki prawa wyznaniowego. W związku z tak przyjętym przez autorkę układem recenzowanej książki, zachodzi pytanie o jej przydatność? Patrząc przez pryzmat uprawianej dydaktyki, np. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, należy stwierdzić, że może być to publikacja niezwykle przydatna dla takiego przedmiotu, jak *Prawo kościelne i wyznaniowe*, wykładanego od kilku już lat w najstarszej polskiej uczelni i cieszącego się popularnością wśród studentów prawa i administracji. Z powodzeniem nadaje się również na ćwiczenia i seminaria prowadzone z tego przedmiotu.

Niemniej oryginalny sposób ujęcia problematyki, w połączeniu z tekstami niektórych dokumentów mającymi walor już czysto historyczny oraz tekstami źródeł prawa kanonicznego, czyni omawianą publikację wielce przydatną na gruncie procesu dydaktycznego studentów politologii, religioznawstwa, filozofii i innych kierunków studiów, w tym w wyższych seminariach duchownych.

Wydaje się, że do lektury opracowania mogą także sięgnąć funkcjonariusze administracji państwowej, kościelnej i wszyscy rządni bliższego zaznajomienia się z wybranymi zagadnieniami regulacji spraw z religią związanych. W szczególności blok źródeł poświęconych małżeństwu konkordatowemu jest z praktycznego punktu widzenia niezwykle przydatny.

⁴ Obwieszczenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 13 listopada 2002 r. (Dz. Urz. MON nr 23, poz. 210).