

**PRAWO
ADMINISTRACJA
OBYWATELE**

Profesorowi Eugeniuszowi Smoktunowiczowi

© Copyright by Temida 2
Białystok 1997

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie i w jakiegokolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z fotokopiowaniem, bez pisemnej zgody wydawcy.

ISBN - 83-86137-4

241168

KOMITET REDAKCYJNY:

Adam Jamróz,
Barbara Kudrycka - redaktor naukowy,
Zbigniew Klepacki,
Jerzy Mieszkowski - redaktor naukowy,
Maria Szyszkowska

BIBLIOTEKA GŁÓWNA
Uniwersytetu w Białymstoku



FUW0058649

Wydawca: Temida 2

Przy współpracy i wsparciu finansowym Wydziału Prawa
Uniwersytetu w Białymstoku

Druk: ORTHDRUK, Białystok

7-302/97 p

OD WYCHOWANKÓW I NAJBLIŻSZYCH WSPÓŁPRACOWNIKÓW

Jubileusz 45-lecia pracy naukowej Profesora Eugeniusza Smoktunowicza stwarza okazję podzielenia się naszym szczerym odczuciem, że nie pochylamy się nad szacowną wprawdzie, ale zamkniętą już kartą pracy twórczej, lecz zbliżamy się oto do wciąż wspaniale owocującej, dojrzałej osobowości Człowieka - Mistrza - Nauczyciela. Profesor Eugeniusz Smoktunowicz jest dla nas przede wszystkim dobrym Opiekunem, autentycznie troszczącym się o nasz rozwój naukowy, rozbudzającym umiejętności krytycznego myślenia o problemach nauki prawa administracyjnego i zachęcającym do ich samodzielnego rozwiązywania. Dobitym dowodem skuteczności opieki naukowej ze strony Profesora jest wypromowanie na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego 12 doktorów i doprowadzenie do finału 4 przewodów habilitacyjnych. Jest dla nas również niezawodnym Przyjacielem, któremu możemy powierzać nawet najbardziej osobiste troski i kłopoty. W czasach, gdy kierował Katedrą Prawa Administracyjnego i Nauki Administracji UŁ, będąc równocześnie obciążony licznymi obowiązkami dydaktycznymi i organizacyjnymi, znajdował zawsze czas na zajęcie się naszymi sprawami, udzielenie dobrej rady lub konkretnej pomocy.

W łódzkim środowisku akademickim Profesor jest powszechnie znany ze swej życzliwości i realnej troski o innych, zwłaszcza słabych i pokrzywdzonych, dotkniętych niesprawiedliwością i nietolerancją. Postawa ta, ukształtowana w atmosferze domu rodzinnego w Narwi, sprawdzona w latach okupacji hitlerowskiej i później, wyznaczyła główne linie Jego życia i pracy. Ujawniało się to nie w słownych deklaracjach, lecz w rzeczywistej pomocy drugiemu człowiekowi.

Pracę naukową rozpoczął Eugeniusz Smoktunowicz w 1950 r., jako asystent w kierowanej przez Prof. Józefa Litwina Katedrze Prawa Administracyjnego UŁ. W 1962 r. został mianowany adiunktem, w 1970 r. docentem, a w 1978 r. profesorem nadzwyczajnym. W 1989 r. nadany Mu został tytuł naukowy profesora zwyczajnego nauk prawnych. W latach 1970-1987 był kierownikiem Katedry Prawa Administracyjnego i Nauki Administracji, a w latach 1972-1978 prodziekanem Wydziału Prawa i Administracji UŁ. Począwszy od 1988 r. koncentruje coraz silniej aktywność zawodową na pracy w kierowanym przez siebie Instytucie Prawa (później Wydziale Prawa) Filii Uniwersytetu Warszawskiego w Białymstoku, nie tracąc jednak kontaktu ze środowiskiem łódzkich administratywistów, pracując nadal na stanowisku profesora w Katedrze Prawa Administracyjnego i Nauki Administracji UŁ.

Kierując myśli ku wielu doniosłym zdarzeniom i dokonaniom Profesora w łódzkim okresie Jego pracy nie możemy pominąć szczególnie ważnego epizodu Jego życia, gdy w trudnym czasie po wydarzeniach marca 1968 czynnie przeciwstawił się nagonce i szkalowaniu niewinnych ludzi, stając w obronie represjonowanych

nauczycieli akademickich i studentów. Niewiele miał wówczas sojuszników i przyjaciół, ale właśnie wtedy kilkoro z nas stało się Jego uczniami. Dla nas, rozpoczynających pracę na Uczelni na przełomie lat 60-tych i 70-tych, Profesor stał się od razu wysokim autorytetem moralnym. Te okoliczności wydatnie przyczyniły się do ugruntowania w uczniach Profesora przekonania o obowiązku jednoznacznego opowiadania się po stronie prawdy i sprawiedliwości. Także później, zwłaszcza w czasach dramatycznych wyborów pierwszej połowy lat 80-tych był nam bliski prezentowany przez Profesora wzór osobowy nauczyciela akademickiego, poczuwającego się do odpowiedzialności za formację ideową studentów - przyszłych prawników i administratywistów. Przy okazji wspomnieć warto, że wykłady i seminaria Profesora cieszyły się wielką popularnością wśród studentów, a 1978 r. studenci Wydziału Prawa i Administracji UŁ przyznali mu miano najlepszego dydaktyka. Wykłady Profesora, zawsze nadzwyczaj starannie przygotowane, wygłaszane były piękną, nieskazitelną polszczyzną, z troską o maksymalną precyzję i komunikatywność przekazu. Profesor chętnie informował o najnowszych wynikach swoich badań naukowych, nie stroniąc od krytycznych ocen obowiązującego prawa i politycznej praktyki jego stosowania, co w warunkach realnego socjalizmu przysparzało licznych kłopotów, choć zjednywało też sympatię wielu słuchaczy. Trudną do przecenienia zasługą Profesora było nadanie spotkaniom naukowym Katedry, szczególnie seminariom doktorskim, w pełni rzeczowego charakteru oraz atmosfery nieskrępowanej, choć przyjaznej wymiany poglądów. W takich warunkach nabieraliśmy umiejętności prowadzenia dyskursu, polemizowania nawet ze stanowiskiem uznanych autorytetów i obrony własnych przekonań, a także - uznawania konieczności ich zmiany w obliczu wykazanych błędów i potknięć, bez urazy i poczucia krzywdy. Profesor traktował nas zawsze z powagą, jako bez mała równorzędnych partnerów w dyskusji naukowej, niejednokrotnie poddając pod nasz osąd nieopublikowane jeszcze wersje własnych opracowań, zachęcając do zgłaszania uwag i zastrzeżeń. Jest słusznym powodem do odczuwania satysfakcji, że nieraz jako pierwsi byliśmy zapoznawani z tezami naukowymi Profesora, które później uzyskiwały rozgłos i wywoływały ożywioną dyskusję w środowisku specjalistów prawa administracyjnego.

Bez ryzyka błędu możemy powiedzieć, że znakomita większość prac naukowych Profesora podporządkowana jest idei urzeczywistniani w regulacjach administracyjnoprawnych takich nadrzędnych i trwałych wartości, jak obrona praw jednostek i grup społecznych wobec administracji oraz zagwarantowanie służebnej roli administracji wobec społeczeństwa. W tej perspektywie widzimy główne nurty zainteresowań naukowych Profesora: teoria prawa administracyjnego, sytuacja obywatela wobec administracji, status prawny organizacji społecznych, ochrona środowiska naturalnego, ustrój administracji centralnej i terenowej. W pracach z tego zakresu ujawniły się najpełniej cechy warsztatu naukowego Profesora, a przede wszystkim dążenie do uchwycenia relacji między regulacją prawną a praktyką

administracyjną oraz określenia dróg doskonalenia wpływu legislacji na tę praktykę. Znamienna pod tym względem jest szczególnie rozprawa habilitacyjna Anologia w prawie administracyjnym (1970), w której zaprezentowana została nowatorska koncepcja stosowania norm prawa administracyjnego z uwzględnieniem społecznych celów i funkcji tego procesu. Podziwialiśmy odwagę intelektualną naszego Mistrza, której wymagało przeciwstawienie się panującemu w teorii prawa administracyjnego formalno-dogmatycznemu podejściu do zagadnień wykładni i stosowania przepisów. Ten szczególnie ważki wkład twórczy Profesora do rozwoju nauki został później wzbogacony w opracowaniach poświęconych wykładni prawa administracyjnego, stanowiących teoretyczne wprowadzenie do zbiorów orzecznictwa sądowego (1994, 1995). Dokonany tam został krytyczny rozbiór zagadnienia, z wyraźną akcentowaną tezą o konieczności szerszego wykorzystywania w praktyce dyrektyw wykładni systemowej i funkcjonalnej i jasno postawionym - jako motto rozważań - postulatem: „Przepisy prawa są aktami woli. Wykładnia ich ma sprawić, by były one także aktami rozumu”. Za tą paremią kryje się szersza wizja zadań prawoznawstwa, daleko wykraczających poza abstrakcyjne teoretyzowanie z jednej strony i wąsko pojmowaną usługowość dla ośrodków wpływu politycznego - z drugiej strony, a łączących się z misją racjonalizacji myślenia o prawie jako instrumencie kształtowania praktyki społecznej, a jednocześnie samoistną nadrzędną wartością w demokratycznym państwie. Wierność tym ideałom doprowadziła Profesora do sformułowania koncepcji zasad ogólnych prawa administracyjnego i nadania jej kształtu projektu ustawy regulującej - po raz pierwszy w Polsce - omawiane kwestie.

Doniosłe znaczenie dla rozwoju wiedzy o prawie administracyjnym i spełnianych przez to prawo funkcjach społecznych mają prace Profesora poświęcone relacjom między obywatelami i ich zrzeszeniami a administracją państwową. Z lektury takich prac jak, Encyklopedia obywatela PRL czy też Prawo zrzeszania się w Polsce, imponujących erudycją i zmysłem systematyzacyjnym Autora wyłania się zupełnie nowe, nieznane doktrynie marksistowskiej, ujęcie prawa administracyjnego jako zbioru norm nie tylko chroniących interesy państwa, ale spełniających też równorzędną rolę ochrony interesów obywateli i ich zrzeszeń wobec państwa. Dzieła te, wyprzedzające o kilka lat przeobrażenia polityczne związane z tworzeniem ustrojowych podstaw demokratycznego państwa prawa, zachowały więc nieprzemijającą wartość, choć na skutek dokonanych reform są po części zdezaktualizowane w warstwie prezentacji materiału normatywnego. Kierunek tych zmian, wprowadzenie realnych gwarancji praw obywatelskich, w szczególności wydatne rozszerzenie zakresu sądowej kontroli administracji, przywrócenie autentycznych form organizowania się ludzi dla samodzielnej realizacji wspólnych interesów stało się dla Profesora źródłem zrozumiałej satysfakcji. Oznacza przecież nie tylko realizację zgłaszanych od dawna postulatów, ale też i przynajmniej po części wypełnienie intencji przyświecających podejmowanemu przez bez mała półwiecze tru-

dowi naukowemu. W szczególny sposób dotyczy to przywrócenia samorządu terytorialnego, którego Profesor jest od dawna gorącym orędownikiem. Dawał temu wyraz jeszcze w latach 70-tych, w licznych opracowaniach wyników badań empiryczno-prawnych funkcjonowania organów władzy lokalnej, formułując postulaty demokratyzacji i decentralizacji procesów zarządzania, a w latach 80-tych znalazł się w gronie radykalnych krytyków systemu sowieckiego, otwarcie występując z żądaniem upodmiotowienia społeczności lokalnych i wyprowadzenia samorządu z objęć aparatu państwowego.

Swoją pasją naukową, uporem w dążeniu do realizacji ideałów społecznych, poczuciem odpowiedzialności za wychowanie i przygotowanie zawodowe kadr prawników i urzędników Profesor zaraził swoich współpracowników, stał się rzeczywistym Ojcem Łódzkiej szkoły prawa administracyjnego i takim jest dla nas nadal. Jego osiągnięcia naukowe stały się dla nas inspiracją we własnych poszukiwaniach, co znajduje niejednokrotnie wyraz w przedmiocie naszych prac badawczych, tematach rozpraw habilitacyjnych i doktorskich, a zwłaszcza w samej metodzie uprawiania prawoznawstwa administracyjnego, jego humanistycznej orientacji. Skoncentrowanie refleksji na sprawach człowieka, ochronie jego dobra raczej niż apoteozie martwej litery prawa jest cechą wyróżniającą szkołę Profesora Smoktunowicza. Otrzymał On za swoją działalność naukową, dydaktyczną i organizacyjną wiele wyróżnień. W konkursach Państwa i Prawa nagrodzone były Jego prace, doktorska i habilitacyjna, uzyskał też wysokie odznaczenia państwowe. Dołączamy do tego wykazu naszą wdzięczność i dumę, że mogliśmy stać się Jego uczniami.

*Pracownicy Katedry Prawa Administracyjnego
i Nauki Administracji Uniwersytetu Łódzkiego*

Profesor zwyczajny dr hab. Eugeniusz Smoktunowicz podjął pracę naukowo - dydaktyczną i organizacyjną w Wydziale Administracyjno-Ekonomicznym Filii Uniwersytetu Warszawskiego w Białymstoku w roku akademickim 1980/81, roku szczególnym, który dzięki ruchowi Solidarności zapisał się w pamięci Polaków jako rok nadziei, otwierający drogę ku lepszej przyszłości, praworządnemu, demokratycznemu i suwerennemu państwu.

Pojawienie się w tym czasie Profesora prawa, który jako pierwszy podjął zatrudnienie w tym wydziale na pełnym etacie, u prawników pracujących w wydziale uzasadniał nadzieję na przyspieszenie rozwoju dydaktycznego i naukowego tej placówki. Nadzieje te zaczęły bardzo szybko się urzeczywistniać. Dzięki staraniom Profesora E. Smoktunowicza już na początku Jego pracy następuje integracja naukowa dydaktycznego środowiska prawniczego w postaci powołania Instytutu Prawa podzielonego na odpowiednie zakłady. Profesor obejmuje funkcje dyrektora te-

go Instytutu oraz Kierownika Zakładu Prawa Administracyjnego, przemianowanego później na Zakład Prawa Administracyjnego i Administracji Publicznej.

Dzięki usilnym i umiejętnym staraniom Profesora już od początku roku akademickiego 1981/82 zostają w Instytucie Prawa uruchomione studia prawnicze. Profesor Smoktunowicz z wielką determinacją zabiegał o zwiększenie liczby kształconych studentów, by w ten sposób zmniejszać dotychczasowe zaniedbania w zakresie wykształcenia prawniczego na Białostocczyźnie oraz rozwijać kadrę nauczającą. Dzięki temu Instytut Prawa uzyskuje wkrótce uprawnienia samodzielnego wydziału, a następnie zostaje przekształcony w Wydział Prawa Uniwersytetu Warszawskiego w Białymstoku. Profesor zostaje wybrany pierwszym dziekanem tego Wydziału.

Powstanie studiów prawniczych w Białymstoku i stały ich rozwój są więc nie-rozerwalnie powiązane z nazwiskiem Profesora Smoktunowicza i są niewątpliwie uzasadnionym powodem Jego satysfakcji, wyrosły bowiem z Jego miłości do ziemi rodzinnej- Białostocczyzny, do której powrócił po uzyskaniu wszystkich stopni i tytułów naukowych w Uniwersytecie Łódzkim, kiedy tylko dostrzegł potrzebę i możliwość skutecznego służenia tej ziemi. Wiemy, że Profesor ofiarnie pracował szczególnie w pierwszych latach tworzenia Wydziału Prawa w Białymstoku, gdyż przez szereg lat równocześnie kierował Katedrą Prawa Administracyjnego i Nauki Administracji Uniwersytetu Łódzkiego i troszczył się skutecznie o rozwój naukowy pracowników tej Katedry, pod takim bowiem warunkiem uzyskał zgodę na przeniesienie swojego pierwszego zatrudnienia do Białegostoku. Warunek ten spełnił, doprowadzając do wyhabilitowania się trójki pracowników tej katedry.

Wyrazem społecznego uznania wkładu Pana Profesora w powstanie i rozwój Wydziału Prawa było uhonorowanie Go w 1995 r. przez Wojewodę Białostockiego złotą odznaką Zasłużony Białostocczyźnie.

Zasługą Profesora było też ożywienie i zdynamizowanie życia naukowego w Zakładzie Prawa Administracyjnego. Przede wszystkim nastąpiło przyspieszenie i pomyślne zakończenie rozpoczętych już wcześniej przewodów doktorskich oraz otwarcie nowych, a także pomyślne zakończenie jednego przewodu habilitacyjnego.

Zainicjował On, a następnie kierował wieloletnim programem badań naukowych, dotyczących funkcjonowania organów administracji terenowej, w realizacji którego uczestniczył duży zespół pracowników Filii. Badania zostały uwieńczone konferencją naukową w Białowieży w grudniu 1988 r. oraz publikacją Miejsce i rola samorządów w społecznościach lokalnych, Białystok 1989 r.

Drugi główny nurt badań Profesora obejmował zagadnienia systemu organizacji społecznych. Zaowocował on pionierskim opracowaniem i wydaniem książki: Prawo zrzeszania się w Polsce, PWN 1992 r. Badania te i ich wyniki zaprezentowane w wyżej wymienionej publikacji stały się podstawą wprowadzenia nowego wykładu i zarazem nowego przedmiotu w programie studiów prawniczych pt: Prawo organizacji społecznych.

Zainteresowaniem Profesora zawsze się cieszyła i nadal się cieszy wykładnia prawa administracyjnego. Uważa On bowiem, że głównym celem wykształcenia prawniczego jest nabycie umiejętności dokonywania trafnej interpretacji prawa w odniesieniu do konkretnej sytuacji. Opublikował szereg prac poświęconych tej problematyce i stał się autorytetem w tej dziedzinie. Jego ekspertyzy i opinie prawne wielokrotnie doprowadzały do wygaszenia poważnych sporów prawnych. Można nawet powiedzieć, że nie mając sankcji wyroków sądowych zastępowały je ze względu na swoją skuteczność wynikającą z samej argumentacji prawnej.

Szczególną wartość dla nas pracowników Zakładu Prawa Administracyjnego i Administracji Publicznej miały i mają nadal regularnie odbywane zebrania naukowe, przekształcone w ostatnich latach w pierwsze na Wydziale seminarium doktoranckie. W seminariach tych uczestniczy również liczne grono osób spoza uczelni.

Seminaria te nie tylko służą wzbogacaniu i doskonaleniu zdobytej wiedzy, lecz także sprzyjają rozwijaniu nawyku systematycznej pracy naukowej pracowników Zakładu, dopingując do zdobywania kolejnych stopni naukowych. W okresie kierowania przez Niego Zakładem obronione zostały dwie rozprawy doktorskie i jedna habilitacyjna.

Przedmiotem dyskusji są też zwykle liczne opracowania Profesora dotyczące praktyki funkcjonowania administracji w postaci głos, ekspertyz naukowych i opinii prawnych. Profesor dzieli się w ten sposób z nami swoimi uwagami i przemyśleniami, naucza nas zasad i znaczenia wykładni prawa oraz reguł praworządnego działania administracji.

Niekwestionowany autorytet Pana Profesora w nauce polskiego prawa administracyjnego, którego społeczną miarą uznania jest piastowanie przez Niego od 1995 r. godności sędziego Trybunału Stanu, stwarza nam niepowtarzalną szansę wykorzystywania w naszej pracy Jego przemyśleń, doświadczeń i cennych rad oraz pełniejszego zrozumienia złożoności mechanizmów funkcjonowania tego prawa.

W płaszczyźnie naukowej Profesor jest naszym Nauczycielem, Przewodnikiem i Mistrzem, na którego pomoc i radę możemy zawsze liczyć.

Skromność, życzliwość, wyrozumiałość i prawość to główne cechy charakteryzujące postępowanie Profesora na co dzień. Dzięki tym cechom cieszy się powszechnym szacunkiem i autorytetem zarówno wśród współpracowników jak i studentów.

Życzymy Panu Profesorowi dalszej owocnej pracy w wykonywaniu szlachetnej misji Naukowca, Nauczyciela i Przewodnika.

*Pracownicy Zakładu Prawa Administracyjnego
i Administracji Publicznej Wydziału Prawa w Białymstoku*



Wykaz publikacji Profesora liczy ponad 160 pozycji, w tym: 24 wydawnictw książkowych, 88 studiów i artykułów naukowych, 8 glos i komentarzy, 13 recenzji, ponad 15 popularnonaukowych, ponad 15 różnych.

Jako najważniejsze można tu wymienić:

1953 r.

Praktyki wakacyjne studentów, *Życie Szkoły Wyższej*, nr 12/1953, s. 58-66.

1955 r.

Komitety blokowe. *Wyd. Prawnicze*, Warszawa 1955, s. 112.

1956 r.

W sprawie charakteru prawnego komitetów blokowych, *Państwo i Prawo*, nr 1/1956, s. 826-840.

1958 r.

Czy potrzebne są komitety blokowe?, *Rada Narodowa* 21/1958, s. 15-16.

1959 r.

Praktyki administracyjne studentów prawa, *Rada Narodowa*, 5/1959, s. 14-15.

Postępowanie dowodowe w projekcie kodeksu postępowania administracyjnego, *Rada Narodowa*, 28/1959, s. 14-15.

1960 r.

W sprawie rodzajów i form kontroli sprawowanej przez komisje rad narodowych, *Rada Narodowa*, 34/1960.

Funkcja kontrolna komisji Rady Narodowej m. Łodzi, *Zeszyty Naukowe UŁ, Nauki Hum. - Społ.* Seria I, z. 17/1960, s. 89-106.

Komisja Zatrudnienia i Spraw Socjalnych Rady Narodowej m. Łodzi, *Zeszyty Naukowe UŁ*, jak wyżej, s. 129-156.

1961 r.

Prawo na co dzień. *Encyklopedia podręczna*, WP, Warszawa, s. 827 (współautorstwo).

1962 r.

Zapobieganie szkodom górniczym, *Gospodarka i Administracja Terenowa* 4/1962, s. 42-43.

Odpowiedzialność za szkodę górniczą, *Państwo i Prawo*, nr 7/1962, s. 82-95.

Co zmienić w ustawie? Czy odrębność organizacyjna GRN?, *Rada Narodowa* 30/1962, s. 12-13.

Budowa na obszarach górniczych, Gospodarka i Administracja Terenowa nr 9/1962, s. 23-25.

1963 r.

System prawny zapobiegania szkodom górniczym. Zeszyty Naukowe UŁ... nr 28/1963, s. 125-156.

O udział kontroli w przeciwdziałaniu szkodom górniczym, Kontrola Państwowa nr 1/1963, s. 18.

Prezydium od wewnątrz. Na czym polega kolegalność?, Rada Narodowa nr 17/1963, s. 6-7.

Współpraca samorządu robotniczego z dyrektorem przedsiębiorstwa, Przegląd Włókienniczy 4-5/1963, s. 165-169.

KPA a inne przepisy proceduralne, Rada Narodowa 27/1963, s. 8-9.

Interes społeczny a interes strony w postępowaniu administracyjnym. Rada Narodowa 31/1963, s. 8-9.

Zasada prawdy obiektywnej w postępowaniu administracyjnym, Rada Narodowa 35/1963, s. 8-9.

Prawa strony w postępowaniu administracyjnym, Rada Narodowa 43/1963, s. 14-15.

Zabezpieczenie bezstronności postępowania administracyjnego, Rada Narodowa 45/1963, s. 14-15.

Wszczęcie postępowania, Rada Narodowa 47/1963, s. 16-17.

1964 r.

Postępowanie wyjaśniające, Rada Narodowa 23/1964, s. 14-15.

Rozprawa, Rada Narodowa 31/1964, s. 16-17.

Uzasadnienie decyzji i postanowień, Rada Narodowa 41/1964, s. 15-16.

Wykonanie decyzji, Rada Narodowa 44/1964, s. 16-17.

Ochrona prawna skarżących się, Rada Narodowa 46/1964, s. 14-15.

Kontrola nad postępowaniem administracyjnym, Rada Narodowa 51/1964, s. 16-17.

Poradnik komitetów blokowych, domowych, ulicznych i osiedlowych, Warszawa 1964, stron 159 (współautorstwo).

1965 r.

Problemy działalności komisji rad narodowych m. Łodzi i województwa łódzkiego, Problemy Rad Narodowych nr 5/1965, stron 192 (współautorstwo).

Le probleme des dommages miniers en Pologne. Reue Internationale de Droit Compare 1965, s. 91-99.

Konwent seniorów, Problemy Rad Narodowych. Studia i Materiały, 5/1965, s. 73-86.

Formy bezpośredniego współdziałania komisji z prezydium rady narodowej, Problemy Rad Narodowych. Studia i Materiały, 5/1965, s. 87-99 (wspólnie z T. Szymczakiem).

Kontrolna działalność komisji, Problemy Rad Narodowych. Studia i Materiały, 5/1965, s. 118-152.

Inne formy działania komisji. Problemy Rad Narodowych. Studia i Materiały, 5/1965, s. 153-159.

1966 r.

Funkcja koordynacyjna prezydium w stosunku do jednostek nie podporządkowanych radzie narodowej. Problemy Rad Narodowych nr 8/1966, s. 97-131 (wspólnie z J. Borkowskim).

1967 r.

Józef Litwin (1904-1966), Zeszyty Naukowe UŁ, Nauki Hum.-Społ. Seria I, z. 52/1967, s. 155-164.

Dwadzieścia lat Wydziału Prawa Uniwersytetu Łódzkiego. Łódź 1967, s. 156 (współautorstwo).

Funkcje kierowniczo-koordynacyjne prezydium w stosunku do wydziałów i innych jednostek organizacyjnych podporządkowanych radzie narodowej, Problemy Rad Narodowych. Studia i Materiały, 9/1967, s. 72-141.

Recenzja: Witold F. Dąbrowski: Orzecznictwo karno-administracyjne w PRL. Poznań 1967, Nowe Prawo nr 7-8/1969, s. 1184-1189.

Zagadnienia funkcjonowania prezydiów rad narodowych. Problemy Rad Narodowych, nr 9/1967, s. 247 (współautorstwo).

1968 r.

Spojrzenie wstecz i w przyszłość, Rada Narodowa 6/1968, s. 3-4.

1969 r.

Zasady ogólne prawa administracyjnego a analogia. Zeszyty Naukowe UŁ... nr 66/1969, s. 53-74.

Powiązania wydziałów za pomocą wytycznych i kontroli. Problemy Rad Narodowych nr 15/1969, s. 83-167.

O stosowaniu przepisów prawa cywilnego w prawie administracyjnym. Studia Prawno-Ekonomiczne, t. III 1969, s. 49-77.

Funkcjonowanie administracji w świetle orzecznictwa, Rada Narodowa 48/1969, s. 16-17.

1970 r.

O lukach w prawie administracyjnym. Państwo i Prawo nr 7/1970, s. 30-42.

Funkcjonowanie prezydów gromadzkich rad narodowych. Problemy Rad Narodowych nr 18/1970, s. 121-195.

Analogia w prawie administracyjnym. PWN, Warszawa 1970, s. 240.

1971 r.

O nowy model prezydium GRN. Gospodarka i Administracja Terenowa nr 4/1971, s. 33-34.

Funkcja koordynacyjna rady narodowej, jej komisji i prezydium. Studia Prawno-Ekonomiczne, t. VII/1971, s. 29-41.

Wytyczne w działaniu administracji, (w:) Studia z dziedziny prawa administracyjnego. Ossolineum, s. 49-66.

1972 r.

Niektóre formy instruktażu w wydziałach prezydów rad narodowych (wspólnie z Michałem Kasińskim), Problemy Rad Narodowych nr 22/1972, s. 53-67.

Kronika Wydziału Prawa Uniwersytetu Łódzkiego za lata 1959-1970 zawarta w Zeszytach Naukowych UŁ, Nauki Humanistyczno-Społeczne, Seria I, zeszyty 18-83 oraz Studiach Prawno-Ekonomicznych.

1973 r.

Instytucje prawa administracyjnego europejskich państw socjalistycznych, Ossolineum, s. 683 (współautorstwo pracy zespołowej pod redakcją J. Starościaka).

People's Councils in Poland in the light of empirical research (edited by Sylwester Zawadzki). Warszawa, s. 263 (współautorstwo).

Ochrona wód przed zanieczyszczeniem (niektóre zagadnienia prawne). Państwo i Prawo nr 7/1973, s. 55-67.

Podział ról wśród organów administracji państwowej w zakresie ochrony zasobów i tworów przyrody, Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XI/1973, s. 7-26.

Problemy teorii postępowania administracyjnego na tle KPA, Studia Prawno-Ekonomiczne t. IX/1972, s. 53-67.

1974 r.

Recenzja: Jerzy Starościak: Podstawy prawne działalności administracji (Źródła prawa administracyjnego), Warszawa 1973, PWN, s. 224, Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych nr 4/1974, s. 255-262.

Czynniki i procesy kształtowania decyzji miejskich rad narodowych (współautorstwo pracy zbiorowej pod red. J. Wróblewskiego), Problemy Rad Narodowych nr 30/1974, s. 302.

Prawno-administracyjne problemy ochrony środowiska przyrodniczego w Łodzi (w:) Materiały na sesję naukową poświęconą 559-leciu m. Łodzi 27-28 maja 1974 r., s. 24.

Zakres ochrony prawnej powietrza atmosferycznego. Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XIII/1974, s. 71-96.

O ochronie prawnej powietrza atmosferycznego - krytycznie. Państwo i Prawo nr 11/1974, s. 29-42.

1975 r.

Problemes du controle de la legalite et de l'activite de l'Administration de l'Etat en RPP. (w pracy zbiorowej pod redakcją Z. Rybickiego). Warszawa, s. 61-77.

Środki prawne ochrony powietrza atmosferycznego. Studia Prawno-Ekonomiczne t. XIV/1975, s. 7-28.

W sprawie struktury systemu kontroli administracji. Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XV/1975, s. 31-53.

1976 r.

Prezydium rad narodowych w świetle prawa i praktyki. Problemy Rad Narodowych, nr 35/1976, s. 9-82

Recenzja: Ludwik Jastrzębski: Ochrona prawna przyrody i środowiska w Polsce. Zagadnienia administracyjne. Wyd. UW 1976, Nowe Prawo nr 5/1977, s. 755-758.

1977 r.

Nowe elementy ochrony prawnej wód przed zanieczyszczeniem. Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XVII/1977, s. 41-61.

1978 r.

Obywatelstwo polskie. Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XX/1978, s. 7-21.

Prezydium rady narodowej w systemie gminnych organów władzy i administracji państwowej. Problemy Rad Narodowych nr 41/1978, s. 83-143 (wspólnie z B. Zawadzka).

1979 r.

Problemy ochrony prawnej środowiska przyrodniczego w Łodzi, (w pracy zbiorowej) Wczoraj, dziś i jutro Łodzi, Łódź, s. 265-280.

Podstawy prawne tworzenia i działalności organizacji społecznych. Studia Prawno-Ekonomiczne t. XXI/1979, s. 7-39 i t. XXII/1979, s. 63-86.

1980 r.

Wpływ władz lokalnych na kompleksowy rozwój województwa (synteza badań empiryczno-prawnych). Problemy Rad Narodowych nr 48/1980, s. 103-203.

Status administracyjnoprawny obywatela (w:) System prawa administracyjnego, tom IV, Wrocław, s. 5-109.

1981 r.

Nadzór nad cenzurą. Kultura nr 14 z 5 IV 1981 r., s. 7.

Rady narodowe w systemie politycznym PRL, Problemy Rad Narodowych, nr 50/1981, s. 57-71.

Prezydium rady narodowej w systemie gminnych organów władzy i administracji państwowej. Problemy Rad Narodowych nr 41/1978, s. 83-143 (wspólnie z B. Zawadzka).

1982 r.

Glosa do wyroku NSA z 26 V 1981 r. dot. zmiany imienia, analizująca też zakres sądowej kontroli decyzji wydanych w ramach swobodnego uznania. OSPiKA nr 5-6/1982, poz. 58, s. 137-141.

Batalia o samorząd terytorialny trwa, Słowo Powszechne nr 220 (10955) z 28.12.1982 r., s. 3 i 4.

Samorząd terytorialny - czyli w poszukiwaniu utraconego ogniwa. Prawo i Życie nr 42/1982, s.4-5.

Czy nowy etap ochrony prawnej powietrza atmosferycznego? Państwo i Prawo nr 5-6/1982, s. 69-79.

Pozycja prawna Prezesa Rady Ministrów, Studia Prawnicze nr 4/1983, s. 37-82.

Struktura kontroli wewnętrznej w aparacie administracji państwowej (w:) Prawo, administracja i gospodarka, Warszawa 1983, s. 401-422.

1985 r.

System terenowych organów władzy i administracji państwowej w europejskich państwach socjalistycznych, Ossolineum 1985, s. 300 (współautorstwo).

Kompetencje kontrolne organizacji społecznych wobec administracji państwowej, Problemy Rad Narodowych nr 62/1985, s. 81-140.

Ku prawu organizacji społecznych, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo 143, Wrocław 1985, s. 297-302.

1986 r.

Jak usprawnić pracę administracji. Gdy zapomina się o racji obywatela, Rzeczpospolita nr 176 (1399) z 31.07.1986 r., s. 3.

1987 r.

Propozycje metodologiczne w sprawie przeprowadzenia powszechnego przeglądu struktur organizacyjnych administracji terenowej, część I OMT nr 8/1987, s.1-3,

część II OMT nr 1/1988 s. 18-22, część III OMT nr 2/1988 s. 10-13 (współautorzy D. Kijowski i R. Wiench).

Encyklopedia obywatela PRL - status administracyjno-prawny. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1987, stron. 599.

Problemy współdziałania terenowych organów władzy i administracji państwowej z organizacjami społecznymi, Problemy Rad Narodowych, nr 70/1987, s. 260 redakcja pracy zbiorowej oraz autorstwo 2 rozdziałów:

1) Ogólne problemy współdziałania terenowych organów władzy i administracji państwowej z organizacjami społecznymi.

2) Próba ogólnej oceny współdziałania i wnioski.

Głosa do wyroku NSA z 3 V 1985 (IINSA112/85 dot. stosowania przepisów administracyjnych przez analogię) - OSPiKA 1987 nr 11-12, poz. 213.

Charakter prawny działań wewnętrznych administracji państwowej. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze z. 91/1982, s. 103-108.

Zaplecze rad (dot. organizacji społecznych), Rada Narodowa, nr 26/1987.

1988 r.

Miejsce i rola samorządów w społecznościach lokalnych. Materiały z konferencji naukowej w Białowieży (12-14 grudnia 1988 r.). Białystok, stron 167 (współautorstwo).

Samorządy a administracja państwowa. Niektóre zagadnienia prawne (w:) Problemy Samorządu Społecznego, Łódź 1988, s. 118-166.

1989 r.

Ewolucja roli i statusu prawnego prezydium rady narodowej. Problemy Rad Narodowych nr 75/1989, s. 183-213.

Dyskusja o systemie rad narodowych. Organa władzy czy samorządu, Rzeczpospolita nr 73 (1904) z 28.03.1989 r., s. 3.

1991 r.

Pojęcie i rodzaje samorządu (w:) Z zagadnień prawa cywilnego, Białystok 1991, s. 185-193.

1992 r.

Sposoby tworzenia i legalizacji organizacji społecznych w Polsce. Acta UŁ Fol.Iur. 1992 nr 52, s. 3-44.

Nowe elementy w statusie prawnym samorządu akademickiego. Prawo i Demokracja nr 1 1992, s. 31-58.

Prawo zrzeszania się w Polsce. PWN, Warszawa, stron 365.

1993 r.

Glosa do wyroku NSA z 3 VI 1992 IIISA 10352 (dot. podatku granicznego), OSP nr 10/1993, poz. 206a.

Wolność zrzeszania się i jej wpływ na obowiązujące prawo w Polsce, Annales UMCS, vol. 40/1993, s. 191-198.

1994 r.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Kodeks postępowania administracyjnego - stan prawny na 1 V 1994 r. Iustitia, Warszawa 1994, s. 403.

1995 r.

Kodeks postępowania administracyjnego w orzecznictwie Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego. Wykładnia prawa administracyjnego. Podstawowe zagadnienia. Wydawnictwo Prawnicze Iustitia, Warszawa 1995 r., s. 403.

Opinia prawna w sprawie niektórych konsekwencji prawnych spowodowanych śmiercią prezydenta miasta dla funkcjonowania organów gminy, Wspólnota 9/1995, s. 7-8.

Egzekucja administracyjna i sądowa. Teksty, orzecznictwo, piśmiennictwo, indeks rzeczowy. BWP Iustitia, Warszawa 1995 r., s. 770.

Zwolnienia i ulgi podatkowe. Glosa do wyroku NSA z 12 czerwca 1992 r. (SA/P 596/92), Glosa 1995, nr 3, s. 9-11.

Zaskarżalność uchwały Krajowej Rady Sądownictwa o odmowie wyrażenia zgody na dalsze zajmowanie stanowiska przez sędziego, który przekroczył 65 lat życia, do NSA. Glosa do uchwały SN z 21 XII 1993 r. (III AZP 20/93), Państwo i Prawo 1995, nr 6 (592), s. 109-113.

1996 r.

Prawo administracyjne. Materiały źródłowe, Warszawa 1996 r., s. 268 (współautorstwo).

Dylematy prawotwórcze organów władzy wykonawczej, Państwo i Prawo 1996, nr 6(604), s. 42-51.

1997 r.

Analogia w prawie podatkowym. Glosa do wyroku NSA z 10 marca 1994 r. (SA/Ka 12857/93), Glosa 1997, nr 3, s. 7-10.

Spór o charakter prawny danin publicznych, Glosa 1997, nr 4 (28), s. 1-4.

Czy desuetudo? Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo..., Wrocław 1997 (w druku).

Przepisy ogólne prawa administracyjnego, Przegląd Legislacyjny 1997, nr ...(w druku).

Myślenie prawnicze, s. 160 (w druku) 1997 r.

Przegląd wiążącego prawa z zakresu spraw wewnętrznych i administracji, obywatelstwa polskiego oraz obrony narodowej, wymagającego zmian w związku z wejściem w życie Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., stosownie do jej art. 236, (w:) Dostosowanie polskiego systemu prawnego do wymogów Konstytucji RP, wyd. Sekretariatu Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, 1997, s. 192-199.

O TWÓRCZOŚCI NAUKOWEJ EUGENIUSZA SMOKTUNOWICZA

I. Wyróżniona za rok 1961/1962 w konkursie „Państwa i Prawa” praca doktorska Eugeniusza Smoktunowicza gruntuje rozwijający się już od 1953 roku dorobek pisarski Autora, w którym można wyróżnić trzy główne nurty, odpowiadające podstawowym segmentom prawa administracyjnego, tworzonemu przez normy dotyczące organizacji, normy prawa materialnego i normy procesowe. Nie idzie o to, by ustalić, którymi normami zajmował się Autor z większą intensywnością i wnikliwością, ale o to, czy zajmował się nimi w sposób złożony, uwzględniający wymogi kompleksowości i cel harmonii. Wyraźne zgrupowanie tematów wokół trzech problemów dotyczy terenowych organów władzy i administracji, naprawiania szkód górniczych i podstawowych instytucji postępowania administracyjnego. Wskazują też, przez swoje ujęcia, zarówno analityczne, jak i empiryczne, na tę stronę wzbogaconego warsztatu, która prowadzi do wyniku naukowego mającego właśnie i nie raz, odniesienie spektakularne, to jest odniesienie do praktyki. Właśnie wgląd w praktykę terenowych organów władzy i administracji dał Autorowi okazję - zwłaszcza w kwestiach kierownictwa i roli norm prawa wewnętrznego - do spostrzeżeń istotnych, pogłębiających nie tylko wiedzę ówczesną, ale przyczyniających się także do ustaleń generalnych, których zasadność odnosi się nie tylko do danych konkretnych rozwiązań organizacyjnych i funkcjonalnych. Ale i analiza dogmatyczna przynosi tu ciekawe rezultaty: oto na przykład zostało ustalone w opracowaniu o systemie prawnym zapobiegania szkodom górniczym, iż zachęta do zwiększania szkód górniczych tkwi w niekonsekwentnie uregulowanym systemie finansowania takich szkód.

Problematyka szkód górniczych jest zresztą dosyć szerokim polem zainteresowania Eugeniusza Smoktunowicza, którego zasługą jest niewątpliwie wyeksponowanie i usystematyzowanie tych rozwiązań normatywnych, które ze względu na społeczno-gospodarcze uwarunkowania odrębności - w kontekście postanowień prawa cywilnego - tworzą osobny blok rozstrzygnięć o charakterze publicznoprawnym. I właśnie osiągnięcia naukowe w obszarze problematyki prawnej szkód górniczych dają podstawę uwadze o interdyscyplinarności badań znacznej części dorobku Autora, co zresztą zostanie potwierdzone i w późniejszej twórczości.

II. Kilka zdań należy się niewątpliwie habilitacji, która dla uczonego jest za-
zwyczaj tym, co grubiej zapisuje jego nazwisko w nauce. Celem rozprawy Eugeniusza Smoktunowicza było przede wszystkim znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy posługiwanie się analogią w prawie administracyjnym jest dopuszczalne, a jeśli jest dopuszczalne - to jaka jest jej rola. Trudna tematyka analogii, nie podnoszona

dotąd w doktrynie prawa administracyjnego dała Autorowi podwójną możliwość „zapełnienia luki” zarówno samą pracą, jak i jej treścią.

Decyzja co do samego podjęcia tematu nie była prawdopodobnie łatwa. Pole badań było puste, entuzjastów było niewielu, a kontrowersyjne stanowiska istniały. Intelktualną warstwę założeń ustalił sobie sam Autor pisząc, że „struktura prawa ma zawsze postać słowną, czyli swoją formę i sens społeczny, wyrażający się przede wszystkim w celu, któremu poszczególne normy lub ich zespoły są podporządkowane, co można nazwać treścią prawa. Między tym kształtem słownym prawa a jego sensem społecznym istnieje najściślejszy związek, ustalanie bowiem sensu prawa następuje przede wszystkim za pomocą analizy jego kształtu słownego. Jednakże nie zawsze to wystarcza. Ten sens społeczny, a nie postać słowna prawa stanowi jego istotę”. Wydaje się tedy możliwe do zaakceptowania stanowisko, iż stosowanie prawa ma być takie, by je najbardziej uzgodnić z potrzebami społecznymi i by proces tego uwzględniania miał swoje wyraźne granice. Oczywiście dzisiaj do owych wyraźnych granic będziemy musieli niewątpliwie zaliczyć daleko posuniętą ochronę podmiotu, którego interes jest przedmiotem regulacji normatywnej.

Znaczenie rozprawy habilitacyjnej Eugeniusza Smoktunowicza wyżywało niejako z trzech źródeł: 1) naukowej wartości tematu, którego opracowanie sprzyjałoby (w różnych kontekstach i sposobach) lepszemu stosowaniu prawa (a realizacja takiego celu oczekiwana jest w każdym ustroju), 2) ustaleniu prawdziwej siły oddziaływania w obszarze wykładni prawa administracyjnego instytucji nieobcych funkcjonowaniu innych dziedzin prawa wewnętrznego, 3) możliwości podjętego tematu dla poszerzenia i pogłębienia naukowych problemów ogólnej teorii prawa administracyjnego. Oceniając pracę z tego punktu widzenia warto koniecznie wyeksponować właśnie motyw ujęcia interdyscyplinarnego, który w połączeniu z rzetelną i dokładną analizą zaowocował walorami mającymi ciągle znaczenie, tak dla funkcjonowania nauki, jak i dla funkcjonowania praktyki. Do dnia dzisiejszego praca o analogii nie znalazła w teorii widocznej przeciwwagi, choć oczywiście argument o zbytym wzmocnieniu administracji i osłabieniu uzależnienia od prawa parlamentarnego mógłby być i dziś podnoszony. Materia habilitacyjnych rozważań Autora jest niezwykle delikatna i dość skomplikowana a wynik równoznaczny z przedsięwzięciami niełatwymi. Tymczasem aktualne nawiązanie do tych trudności musiałoby uwzględniać okoliczność nieznaną i nieistniejącą w czasie opracowania i drukowania rozprawy, to jest okoliczność powstania i rozwinięcia się orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, wmontowanie którego w tok rozumowania i argumentacji osłabiłoby dziś nie jeden zarzut w zakresie niebezpieczeństwa wynikającego ze stosowania analogii przez samą administrację.

Okoliczności jednakowoż zmieniły się dziś i w drugim kierunku. Oto teza Autora o możliwości uzupełniania luk w prawie administracyjnym za pomocą analogicznego stosowania norm innych działów prawa, w tym głównie prawa cywilnego, doznałaby niewątpliwie osłabienia z powodu innego widzenia roli prawa

publicznego (mieszczącego prawo administracyjne) i prawa prywatnego (mieszczącego prawo cywilne). Nie można współcześnie powiedzieć, by wzajemne odrębności w tym układzie nie były znowu tak wielkie.

Praca o analogii w prawie administracyjnym stanowiła niewątpliwie zarówno wyraźny dorobek naukowy Autora uwidoczniiony na zewnątrz nie tylko elementami nowatorskiego ujęcia i pogłębionym ujmowaniem problemu luk, wykładni, interpretacji, odpowiedniego stosowania przepisów prawa, jak i kamień fundamentowy dla innych dorobków naukowych powiązanych ideą i formami z językiem i treścią rozważań Eugeniusza Smoktunowicza.

III. Dużego nakładu wysiłku wymagało encyklopedyczne opracowanie administracyjno-prawnego statusu obywatela. Książka ta wprawdzie dotyczy materii, które w znacznej części są dziś inaczej już regulowane, niemniej swoim zakresem obejmuje prawie całość problematyki sytuacji obywatela normowanych prawem administracyjnym. Toteż systematyka takiego materiału miała i ma niewątpliwie znaczenie twórcze, którego w opracowaniu części szczególnej nigdy nie mieliśmy w nadmiarze.

Tak więc książka odpowiedziała na dwa zapotrzebowania: zapotrzebowanie naukowe i zapotrzebowanie społeczne. Wprawdzie to ostatnie stanowiło główną motywację wydania, niemniej obok celu informacyjnego realizacja celu ogólnopoznawczego jawi się wyraźnie. Celem pracy było „dostarczenie szerokim kręgom czytelników informacji o tych przepisach prawa administracyjnego, które dotyczą bezpośrednio obywatela, określają jego prawa i obowiązki wobec państwa bądź stanowią podstawę do przyznawania takich praw lub nakładania obowiązków. Dlatego zasadniczym tworzywem pracy jest obowiązujące prawo”. Szło też o to, by „informacja o obowiązującym prawie pozwoliła czytelnikowi nie tylko poznać ogólnie to prawo, lecz także była przydatna w praktyce i służyła mu pomocą w wypadku dochodzenia przysługujących uprawnień lub uczestniczenia w postępowaniu administracyjnym z innych względów”. Encyklopedia jest niewątpliwie wyraźnym nawiązaniem do opracowanego Statusu administracyjnoprawnego obywatela stanowiącego pierwszy rozdział i znaczną część czwartego tomu Systemu prawa administracyjnego z 1980 roku.

W rozdziale zawierającym systematyzujące ujęcie naukowe Autor prezentuje przede wszystkim te instytucje prawa administracyjnego, które w jakimś stopniu określają obowiązki obywatela lub ograniczają jego swobodę działania ze względu na obronę kraju, ochronę bezpieczeństwa, spokoju i porządku publicznego lub inny interes społeczny. Opracowanie zaczyna się podrozdziałem o obywatelstwie a kończy podrozdziałem o reglamentacji samodzielnego wykonywania zawodu. Całość studium, wskazując na rozległość i skomplikowanie tematyki sytuacji obywatela normowanych prawem administracyjnym, przesycona jest scalającym celem usystematyzowania materiału z prawa materialnego. Okoliczność, iż prawo administra-

cyjne zostało tu posegregowane z punktu widzenia statusu obywatela jest i pierwszą, i poważną okolicznością naukową cytowanego ujęcia.

IV. Niewątpliwie rodzajem pracy organicznej jest monografia o prawie zrzeszania się w Polsce. Losy tej książki przypadły na czas zmiany ustroju. Napisana i przekazana wydawnictwu w połowie 1988 roku eksponowała w kontekście warunków tworzenia organizacji politycznych sprzeczność treści art. 3 z treścią art. 1 Konstytucji. Takie otwarte postawienie kwestii spowodowało najpierw zablokowanie druku a później wymóg napisania większej części opracowania na nowo. Dwa cele wyznaczył Autor swemu tekstowi: przyczynienie się do utrwalenia i rozwoju demokracji a także podniesienia kultury prawnej w życiu publicznym oraz przyczynienie się do doprowadzenia do powstania systemu prawa organizacji społecznych. Dążenie do takiego systemu daje okazję ustaleniu, iż prawo organizacji społecznych bezpośrednio służy ochronie dających się wyodrębnić interesów grupowych, które do niedawna - jak pisze Autor - były albo utożsamiane z interesem ogólnospołecznym albo temu interesowi podporządkowane. „W rezultacie przepisy te były zaliczane do prawa administracyjnego. Sprzyjało to uzależnieniu organizacji społecznych od organów administracji państwowej i zacieraniu różnic między interesami grupowymi i interesem ogólnospołecznym. Tymczasem różnice te zasługują na uwzględnienie nie po to, by przeciwstawiać je interesowi ogólnospołecznemu, lecz by doprowadzić do harmonijnego kojarzenia ich z tym interesem zgodnie z zasadami równości obywateli wobec prawa i sprawiedliwości społecznej, jak też niezbędności ofiar obywateli i ich organizacji na rzecz tego interesu. Uznanie odrębności interesów grupowych wobec interesu ogólnospołecznego, a także interesów jednostki, uzasadnia rozróżnienie w systemie prawa trzech grup przepisów: a) służących ochronie interesów jednostki, b) służących ochronie interesu ogólnospołecznego i c) służących ochronie interesów grupowych”.

To jest właśnie nowe ujęcie kwestii, które twórczo dokłada cegłę w budowie nowych elementów doktryny. Oczywiście jednolitość objętego pracą materiału może być kwestionowana. Jeśli się na przykład uważa, że samo regulowanie prawem zrzeszania jest już wyraźnym ograniczeniem wolności jednostki w tym zakresie lub jeśli się uważa, że istnieje merytoryczna i niemożliwa do skasowania różnica między zrzeszaniem dobrowolnym i obowiązkowym czy nawet przymusowym, to jednorodność podstaw syntezy zgromadzonych w monografii opracowań przestaje być wystarczającą przesłanką dla twierdzeń niewątpliwych czy niczym nie warunkowanych. Osłabia to okoliczności i samą ideę budowania „całości”, niemniej - co wyraźnie podnoszę - nie uszczupla wartości naukowych sformułowanych w toku analizy tak - po raz pierwszy w literaturze polskiej - bogatego i nowatorskiego ujęcia.

V. Oczywiście interesującymi pozycjami zarówno z punktu widzenia potrzeb praktyki, jak i dydaktyki, są dwa ostatnie opracowania zbiorów orzecznictwa i prawa. Pierwsze z nich obejmuje orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu

Administracyjnego związane z regulacją k.p.a. Książka, dwa razy już wydana, opracowana niezwykle starannie, tak w wyborze literatury jak i w wyborze orzeczeń, zaczyna się naukowym ujęciem podstawowych instytucji i refleksji nad unormowaniami zawartymi w kodeksie. Ujęcie to stanowi teoretyczną reasumpcję wielu głównych, a niekiedy oryginalnych problemów postępowania. W samym zaś sposobie gromadzenia materiału orzeczniczego da się zauważyć rytm następstwa czasowego, co ułatwia czytelnikowi percepcję i ogólne zorientowanie w kształtowaniu się przedmiotu.

Z kolei druga książka, o której wyżej wspomniałem, łączy w jedną całość teksty aktów normatywnych, orzecznictwo i piśmiennictwo w zakresie egzekucji administracyjnej i sądowej zawierając jednocześnie, chyba pierwsze w literaturze polskiej, syntetyczne opracowanie podobieństw i różnic między tymi egzekucjami.

VI. Bez pretensji do szerszego omówienia wszystkiego, co Autor napisał dotychczas, chciałbym uwypuklić przyczynę swoistą, zanotowaną w obrębie pytań o prawdziwą wartość nauki prawa, o solidność ustaleń i o to, czy prawdziwa jest ubiegłowieczna wypowiedź Kirchmayera o tym, że jedna poprawka do ustawy wysłała całe biblioteki na makulaturę. Czy więc w nauce prawa kreuje się niezmiennalne i trwałe zasady i twierdzenia. Oto dwadzieścia trzy lata temu, w dodatku w innym ustroju, Eugeniusz Smoktunowicz drukuje recenzję książki Jerzego Starościaka: Podstawy prawne działania administracji (Źródła prawa administracyjnego). Przedmiotem kontrowersji, rzecz jasna, staje się między innymi zadawniona już kwestia możliwości, roli i znaczenia analogii w prawie administracyjnym. Autor przypomina tu nieścisłe niekiedy relacjonowanie jego poglądów i podaje, iż stosowanie przepisów w drodze analogii nie jest możliwe wobec norm ograniczających swobody obywatelskie lub norm nakładających obowiązek na obywateli i inne podmioty prawa albo norm stwarzających podstawy do podejmowania przez organy administracji tego rodzaju decyzji, natomiast możliwe jest wobec norm pozostałych. Odrzucenie przez recenzowanego autora koncepcji istnienia luk w ustawodawstwie i odrzucenie możliwości stosowania norm tego prawa w drodze analogii spotkało się z kategorycznym sprzeciwem dokumentowanym przez E. Smoktunowicza wynikami prac opartych na badaniach empirycznych. Wygląda na to, że nawet w tak skomplikowanej i od czasu do czasu historycznie płynnej problematyce, jaką stanowią źródła prawa administracyjnego, można coś trwałego ustalić, a ustalenia takie respektować. Podobne refleksje można zebrać wobec innych tego typu opracowań Profesora Smoktunowicza, a zwłaszcza tych, które zostały opublikowane w problematyce wykładni prawa administracyjnego, z których jedną sam przyjąłem do podręcznika jako motto. Wykazał więc Eugeniusz Smoktunowicz dużą konsekwencję i spetryfikowaną postawę sprzeciwiając się poglądom o możliwości stosowania w pierwszej kolejności przez organ administracyjny aktu normatywnego niższego rzędu. Píše sam Autor, iż takiego, odwróconego w hie-

rarchii systemu norm nie mógłby zaakceptować w żadnym wypadku. To jest mniej więcej to samo, co w wielu demokratycznych państwach postanawiają konstytucje w sposób dosłowny. I to jest właśnie pewna cecha nauki, którą trzeba respektować również w naukach prawnych. Może więc poprawka do ustawy nie czyni makułatury z całej biblioteki.

Z lukami, wykładnią i analogią wiąże Autor potrzebę opracowania zasad ogólnych prawa administracyjnego. Wprawdzie zastępowanie analogii zasadami ogólnymi prawa administracyjnego jest przedwczesne, niemniej analogia jest niezbędna w badaniach zmierzających do sformułowania tych zasad - pisał już w 1974 roku. Możliwy do wyróżnienia związek analogii z zasadami ogólnymi prawa administracyjnego dał Eugeniuszowi Smoktunowiczowi po latach okazję do zamanifestowania erudycji przy współkonstruowaniu projektu ustawy o przepisach ogólnych prawa administracyjnego, które w ogólności uważam za najlepsze ze wszystkich dotychczasowych, choć brak im m.in. doskonałej regulacji odpowiedzialności materialnej administracji za straty wynikłe z jej działań legalnych.

VII. Co jeszcze trzeba sumującego powiedzieć o twórczości rozległej tematycznie, bogatej, opartej o studia wszechstronne i sumienne, rzetelnej wobec poszczególnych autorów i wobec całego środowiska, teoretycznie płodnej. Może tylko to jeszcze trzeba powiedzieć, że pracując nad tym esejem i nie mając wszystkich opracowań Autora w zbiorach domowych chciałem brakujące dzieła wziąć z Biblioteki Wydziałowej. Tu tymczasem oświadczono mi, iż poza lectorium taka możliwość nie istnieje, bowiem wszystkie interesujące mnie książki są stale wypożyczone studentom.

POSTĘPOWANIE ADMINISTRACYJNE A POSTĘPOWANIE CYWILNE - PORÓWNANIE FUNKCJI I ZASAD

1. Powinowactwa procedur sądowych oraz administracyjnych były w nauce dostrzegane, a sugestie odnośnie do stworzenia jednolitej procedury stosowanej przez organy państwowe wysuwano już dość dawno¹. W kierunku unifikacji procedur i to daleko posuniętej zmierzały propozycje wysuwane także w niezbyt odległej przeszłości przez autorów zajmujących się procedurą cywilną². Jednym z praktycznych skutków zainteresowania unifikacją prawa procesowego - poza zapożyczeniami rozwiązań prawnych czy przepisów procesowych - było np. wprowadzenie na kilka lat do programu studiów administracyjnych przedmiotu nauczania pod nazwą „Postępowanie przed organami państwa” oraz przygotowanie podręczników akademickich³.

Wynik akurat tego eksperymentu nie spotkał się z szerszą aprobatą, ale nie powinno to zniechęcać do określonego rodzaju badania prawa procesowego z zastosowaniem metody „porównania wewnętrznego”⁴, służącej wyjaśnieniu podobieństw oraz różnic pomiędzy poszczególnymi procedurami. Takie porównania są istotne również z tego względu, że pojawiają się procedury nie dające się zakwalifikować do jednej z tradycyjnie uznanych grup, przykładem może być postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym, którego związki z postępowaniem cywilnym i administracyjnym są różnie określane w doktrynie⁵. Z drugiej znów strony nie bez określonych racji wyraża się pogląd, że postępowanie administracyjne w wyniku zmian wprowadzonych nowelizacją z 1980 r. uległo

1. M. Waligórski: Polskie prawo procesowe cywilne, Warszawa 1947, s. 12.

2. Z. Resich: Badania interdyscyplinarne z zakresu prawa procesowego, PIP nr 11/1983, s. 49 i n.; polemizował z nimi J. Jodłowski, Cele i perspektywy badań interdyscyplinarnych w dziedzinie prawa procesowego, PIP nr 2/1984, s. 23-25.

3. Np. M. Marszał: Postępowanie przed organami państwa, Warszawa 1982.

4. Na potrzebę jej stosowania wskazał F. Cernelutti, o czym pisał W. Siedlecki: Prawo procesowe cywilne a inne działy prawa, Krakowskie Studia Prawnicze, t. III. 1970, s. 84-85.

5. M. Wyrzykowski: Sądownictwo administracyjne w PRL, Warszawa 1983, s. 112-114; A. Zieliński, Postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym, (w:) Kodeks postępowania administracyjnego po nowelizacji, Warszawa 1980, s. 102 i n.; W. Siedlecki: Stosowanie przepisów k.p.c. w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym, PIP nr 2/1081, s. 53 i 64; K. Piasecki, (w:) Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem, t. 1, Warszawa 1989, s. 10; B. Adamiak, J. Borkowski: Polskie postępowanie administracyjne i sądowniczoadministracyjne, Warszawa 1996, s. 260 i n.

wyraźnej judycjalizacji⁶. Istnieją więc powinowactwa pomiędzy procedurą administracyjną i cywilną, są w postępowaniu administracyjnym zapożyczenia z procedury cywilnej, występują jednakże również znaczne różnice pomiędzy tymi procedurami sprawiające, że te same z pozoru instytucje procesowe mają w istocie odmienne treści.

2. Pojęcie procedury cywilnej obejmuje postępowanie toczące się przed sądem oraz przed niektórymi organami pozasądowymi. Pojęcie postępowania cywilnego sądowego nie jest także wewnętrznie jednolite, albowiem z uwagi na przedmiot wyróżnia się postępowanie rozpoznawcze, wykonawcze i pomocnicze, a każde z nich można dalej jeszcze dzielić ze względu na jego rodzaj⁷. Postępowanie administracyjne jest w równym stopniu wewnętrznie zróżnicowane. Różne postępowania organów państwowych są zaliczane do administracyjnych przy zastosowaniu rozmaitych kryteriów. Pomimo znacznego już stopnia skodyfikowania postępowania administracyjnego nadal można wyróżnić szereg ich rodzajów. Postępowanie administracyjne ogólne, zwane też jurysdykcyjnym, skodyfikowane od ponad sześćdziesięciu lat zajmuje centralne miejsce, a wiele jego zasad i instytucji mocno się ugruntowało⁸. Obok niego występują uproszczone postępowania administracyjne oraz administracyjne postępowanie wykonawcze⁹.

Podstawą porównania może być w dalszych rozważaniach wybrany rodzaj postępowania cywilnego oraz administracyjnego. Porównanie poprowadzić trzeba pomiędzy postępowaniem cywilnym rozpoznawczym procesowym z jednej strony, a postępowaniem administracyjnym jurysdykcyjnym - z drugiej. Przedmiotem porównania mogą być funkcje i zasady tych postępowań, ich przedmiot oraz systemy zaskarżania orzeczeń sądowych i decyzji administracyjnych.

3. Pojęcie funkcji prawa nie jest jednoznaczne i w teorii prawa występuje ono w różnych rozumieniach¹⁰. Wyróżniono trzy rodzaje funkcji: a) podstawowe, b) pochodne, c) techniczne. Podkreśla się, że przyjęty trójpodział funkcji służy teoretycznoprawnej refleksji nad prawem, „jest to typologia na wysokim szczeblu abs-

6. Z. Janowicz: *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądem administracyjnym*, Warszawa-Poznań 1982, s. 44 i 56-58.

7. W. Siedlecki: *Przedmiot postępowania cywilnego*, (w:) *Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego*, Wrocław 1974, s. 149-150.

8. J. Borkowski: *Kodyfikacja postępowania administracyjnego w Polsce*, *Studia Prawno-Ekonomiczne*, t. XXX, 1983, s. 43 i n.

9. Przykładową klasyfikację postępowań administracyjnych por. J. Borkowski, *Normy prawa materialne i formalne a pojęcie procedury administracyjnej*, *Studia Prawno-Ekonomiczne*, t. XVIII, 1982, s. 35 oraz 42-49.

10. J. Wróblewski, (w:) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 81 i 271, por. literaturę podaną na s. 275. Na niejednoznaczność pojęcia funkcji zwracał

trakcji, która nie może zaspokajać potrzeb badawczych analizy funkcji poszczególnych instytucji prawnych, wymagającej odpowiedniej konkretyzacji”¹¹.

Na niższym szczeblu abstrakcji wyróżnia się trzy funkcje prawa: ochronną, organizacyjną, wychowawczą. Funkcja ochronna polega na zagwarantowaniu przestrzegania prawa przez zastosowanie środków przymusu. Przejawia się ona również w ochronie określonych wartości przez: a) ochronę interesów ogólnospołecznych, b) ochronę interesów indywidualnych, c) zapewnienie dodatkowych uprawnień „stronie słabszej” i nałożenie na określone organy obowiązku zabezpieczenia tych uprawnień. Funkcja organizacyjna polega w szerokim ujęciu na „tworzeniu pewnych form życia zbiorowego i określeniu ich struktury, na zarządzaniu i organizacji różnych dziedzin życia społecznego, przez co przyczynia się do zapewnienia ładu i porządku w społeczeństwie (...) Funkcja organizacyjna polega również na zapewnieniu właściwego i sprawnego, a więc skutecznego działania różnych instytucji jak i jednostek (osób fizycznych) w zakresie wykonywanych przez nie zadań”. Funkcja wychowawcza „polega na kształtowaniu pozytywnych postaw wobec prawa i to zarówno wobec prawa traktowanego jako wartość samoistna, sama w sobie (ład społeczny, legalność, praworządność i związana z tym pewność prawa i przewidywalność wyników jego stosowania), jak i wobec poszczególnych norm prawnych, wyznaczających określone postępowanie i stanowiących wyraz preferencji i ochrony takich wartości jako wolność, równość, godność osobista, trwałość rodziny, zdrowie i inne”¹².

4. W dogmatyce prawa procesowego funkcje prawa procesowego bada się głównie na niższym szczeblu abstrakcji i różnie podchodzi się do nich. Funkcje prawa procesowego cywilnego badało się w doktrynie w nawiązywaniu do funkcji wymiaru sprawiedliwości¹³. Przyjmowano też inny punkt widzenia, który szerzej należałoby zrelacjonować.

Wyrażany jest pogląd, że funkcje postępowania cywilnego polegają na: 1. ustaleniu i urzeczywistnieniu norm prawnych indywidualno-konkretnych z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, 2. wydawaniu zarządzeń, zwolnień i zezwoleń mających znaczenie prawne, 3. prowadzenie działalności dokumentacyjno-rejestrowej mającej znaczenie prawne, 4. dokonywanie

uwagę również W. Berutowicz: Funkcje postępowania cywilnego w Polsce Ludowej, (w:) Wstęp do systemu prawa procesowego, op. cit., s. 7.

11. J. Wróblewski: op. cit., s. 271.

12. M. Borucka-Arctowa: Społeczne funkcje prawa formułowane w doktrynie, ustawodawstwie i orzecznictwie, (w:) Społeczne poglądy na funkcje prawa, Wrocław 1982, s. 15-19.

13. Wyróżniono wtedy funkcję ochronną, wychowawczo-ideologiczną oraz techniczno-prawną, np. W. Berutowicz: Funkcje postępowania cywilnego, op., cit., s. 40-42; albo też wyróżniono funkcję realizacji zasad praworządności i prawdy obiektywnej oraz funkcję wychowawczą, J. Jodłowski, (w:) J. Jodłowski, Z. Resich: Postępowanie cywilne, Warszawa 1979, s. 18-21.

innych czynności określonych w ustawie”¹⁴. Jest to ujęcie akcentujące funkcje samego procesu cywilnego w przeciwieństwie np. do tych teoretyków procesu karnego, którzy mocno akcentują funkcje samego prawa karnego procesowego¹⁵.

W literaturze określa się, że funkcję procesu cywilnego można analizować w różnych relacjach, mając na uwadze: „a) konstytucyjną funkcję udzielania ochrony obywatelom i innym podmiotom prawa przez działalność jurysdykcyjną (sądową i pozasądową); b) funkcję wymiaru sprawiedliwości, jako konstytucyjną funkcję udzielania ochrony prawnej przez działalność jurysdykcyjną sądów; c) funkcję postępowania cywilnego, sądowego i pozasądowego; d) funkcję sądowego postępowania cywilnego; e) funkcję procesu cywilnego, funkcję postępowania nieprocesowego itp., a więc funkcję postępowania cywilnego dostosowaną do danego trybu postępowania; f) funkcję postępowania rozpoznawczego, wykonawczego lub zabezpieczającego, uzależnioną od fazy postępowania; g) funkcję procesu cywilnego w zależności od tego, czy chodzi o proces o świadczenie, czy proces ustalający, czy wreszcie proces o ukształtowanie prawa; w końcu h) funkcję dostosowaną do charakteru przedmiotu postępowania cywilnego, a więc w zależności od tego, czy przedmiotem procesu jest stosunek w dziedzinie prawa cywilnego, rodzinnego lub pracy. Można ponadto wyróżnić funkcję procesu jako funkcję społeczną i jako funkcję prawa. Można też brać pod uwagę funkcję procesu cywilnego, jako instytucji stanowiącej element składowy porządku prawnego lub funkcję konkretnego procesu¹⁶.

Ten obszerny cytat dostatecznie ilustruje zróżnicowanie podejścia do funkcji postępowania cywilnego.

5. W doktrynie postępowania administracyjnego poglądy na funkcję postępowania administracyjnego również nie są jednolite¹⁷.

Według niektórych przedstawicieli doktryny podstawową funkcją postępowania administracyjnego jest zapewnienie realizacji materialnego prawa administracyjnego, a zdaniem innych jest nią ochrona interesu indywidualnego, ochrona interesu społecznego, przy czym poglądy są zróżnicowane co do priorytetu ochrony tych interesów. Występują też poglądy wyróżniające cztery funkcje postępowania administracyjnego: a) funkcję organizatorską polegającą na usprawnieniu działalności administracji państwowej; b) funkcję demokratyzacji, przejawiającą się w zagwarantowaniu obywatelom udziału w załatwianiu konkretnych spraw; c) funkcję wychowawczą; d) funkcję zagwarantowania praworządności. Od razu podnosi się

14. W. Broniewicz: *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1996, s. 17.

15. Por. M. Cieślak: *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 14-16; autor wyróżnia trzy funkcje ujawniające się łącznie: porządkującą, instrumentalną, gwarancyjną.

16. Z. Resich: *Istota procesu cywilnego*, Warszawa 1985, s. 85-86.

17. Analizuje je J. Jendrośka: *Postępowanie administracyjne w kodyfikacjach europejskich państw socjalistycznych*, Warszawa 1970, s. 13-16.

to, że należy odróżnić zadania od funkcji postępowania, bo „podstawowym zadaniem postępowania administracyjnego jest realizacja porządku prawnego, wyrażonego w przepisach administracyjnego prawa materialnego, przy wydawaniu konkretnych rozstrzygnięć organów administracyjnych¹⁸. Realizacja tego zadania stanowi o spełnianiu przez postępowanie administracyjne dwóch funkcji, „pierwsza z nich, to funkcja ochrony interesów i to zarówno indywidualnych, jak też społecznych. (...) Istotą tej funkcji postępowania administracyjnego jest więc właściwe zsynchronizowanie interesu indywidualnego z interesem społecznym, a w wyniku tego ustalenie w decyzji słusznego interesu w konkretnej sprawie administracyjnej. Druga podstawowa funkcja postępowania administracyjnego - zabezpieczenie jednolitego i sprawnego działania organów administracyjnych - ... Celem postępowania administracyjnego pod tym względem jest stworzenie proceduralnych gwarancji nie tylko praworządności, ale także skuteczności działania organów administracyjnych...”¹⁹

6. Funkcje postępowania cywilnego, jak również postępowania administracyjnego, można badać w różnych relacjach. Koncentrując się na badaniu funkcji procesowego prawa cywilnego oraz procesowego prawa administracyjnego można zagadnienia te rozważać w dwóch płaszczyznach, a mianowicie: a) w płaszczyźnie obowiązującego porządku prawnego, b) w płaszczyźnie społecznych skutków działania²⁰. Rozdzielenie tych dwóch płaszczyzn badawczych, które są ze sobą ściśle przecież powiązane, ma na celu jedynie uporządkowanie rozważań.

Zacznijmy rozważania od ustalenia funkcji prawa procesowego w ramach porządku prawnego, Pogląd, uznający „konieczność odróżnienia wielkich linii, podstawowych założeń od innych norm prawnych, mających znaczenie tylko służebne”²¹, jest od dawna podstawą wielu teorii prawnych. Stanowi on również podstawę do ustalenia stosunku norm prawa procesowego do norm prawa materialnego. W nauce bowiem istotę stosunku norm prawa procesowego do norm prawa materialnego opiera się na koncepcji klasyfikacji norm prawnych na normy normatywne (zwane też normami prawnymi w ścisłym znaczeniu albo substancjalnymi) i normy konstruktywne, czyli instrumentalne²². Stwierdza się, że „normy prawa procesowego mają charakter norm instrumentalnych. Służą one urzeczywistnieniu norm prawnych w ścisłym tego słowa znaczeniu”²³, jakimi są normy materialnego pra-

18. J. Jendrośka: op. cit., s. 14.

19. J. Jendrośka: op. cit., s. 14-15.

20. M. Cieślak: Polska procedura karna, op. cit., s. 13 i n.

21. S. Rozmaryn: W jakim zakresie obowiązuje dziś Konstytucja z 17 marca 1921 r.? PIP nr 1/1948, s. 14.

22. J. Jodłowski: O potrzebie i kierunkach badań integracyjnych w dziedzinie prawa cywilnego i procesowego, PIP nr 2/1973, s. 11.

23. W. Siedlecki: Istota procesu cywilnego z punktu widzenia interesów państwa i jednostki, PIP nr 7-8/1947, s. 47; tenże, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 1972, s. 21.

wa. Stanowi to podstawę do przyjęcia zarówno w doktrynie procesu cywilnego jak i w doktrynie postępowania administracyjnego poglądu, iż normy prawa procesowego pełnią funkcję służebną wobec norm prawa materialnego²⁴. Przyjęcie poglądu o służebnej funkcji prawa procesowego nie oznacza zróżnicowania rangi tych dwóch działów prawa i przyznania jednemu z nich rangi tych dwóch działów prawa i przyznania jednemu z nich rangi wyższej²⁵. Funkcja służebna prawa procesowego oznacza, że prawo procesowe jest ściśle uzależnione od prawa materialnego. Normy prawa procesowego służą regulowaniu trybu realizacji norm prawa materialnego i bez istnienia tych norm byłyby zbędne, bezprzedmiotowe²⁶. Prawodawca powinien zawsze liczyć się z potrzebą urzeczywistniania norm prawa materialnego i dlatego też musi on z góry regulować tryb, w którym będzie mogło nastąpić owo urzeczywistnienie²⁷. Dlatego też obok norm prawa materialnego prawodawca tworzy również normy procesowe, które mają na celu zagwarantowanie odpowiedniego standardu decyzji stosowania prawa, tzn., że treść decyzji stosowania prawa może być prawidłowo ustalona jedynie wtedy, gdy w odpowiedni sposób będzie uregulowany tryb podejmowania tych decyzji²⁸.

Funkcja służebna prawa procesowego wobec prawa materialnego przejawia się ponadto w tym, że zasady i instytucje prawa procesowego muszą być dostosowane do zasad i instytucji prawa materialnego, a w konsekwencji tego ujawnia się istotna różnica pomiędzy prawem procesowym cywilnym a prawem procesowym administracyjnym przede wszystkim co do dopuszczalności działania z urzędu²⁹.

Rozpatrując funkcje prawa procesowego w płaszczyźnie społecznie pożądanych efektów działania, przyjmuje się, że prawo procesowe pełni trzy podstawowe funkcje: ochronną, porządkującą, instrumentalną³⁰. Funkcja ochronna prawa procesowego przejawia się w ochronie interesu indywidualnego oraz interesu społecz-

24. W. Berutowicz: Funkcje postępowania cywilnego, op. cit., s. 31; J. Jodłowski, Z. Resich, Postępowanie administracyjne. Zarys wykładu, Warszawa 1983, s. 31; J. Filipek: Założenia strukturalne procesu administracyjnego, (w:) Studia z dziedziny prawa administracyjnego, Wrocław 1971, s. 206; Z. Janowicz: Postępowanie administracyjne, op. cit., s. 13.

25. K. Jandy-Jendrośka, J. Jendrośka: System jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, (w:) System prawa administracyjnego, t. III, Wrocław 1978, s. 235.

26. M. Cieślak: Polska procedura karna, op. cit., s. 27; W. D. Sorokin: Administratiwnoprocessualnoje prawo, Moskwa 1972, s. 77 i n.

27. M. Waligórki: Polskie prawo procesowe cywilne, op. cit., s. 8-9; J. Borkowski: Kodyfikacja postępowania administracyjnego w Polsce, op. cit., s. 39 i n.

28. J. Borkowski: Normy prawa materialne i formalne a pojęcie procedury administracyjnej, op. cit., s. 28 i n.

29. W. Siedlecki: Prawo procesowe cywilne a inne działy prawa, op. cit., s. 89, 91 i 93.

30. M. Cieślak: Polska procedura karna, op. cit., s. 15; na temat funkcji prawa procesowego cywilnego, karnego i administracyjnego por. K. Marszał: Postępowanie przed organami państwa, op. cit., s. 9.

cznego (publicznego). Prawo procesowe realizuje funkcję ochronną interesu indywidualnego przez uregulowanie sytuacji prawnej stron, a zatem przez określenie ich praw i obowiązków w procesie, co uniezależnia je w obronie swych interesów od dobrej lub złej woli organu prowadzącego postępowanie³¹. Możliwość ochrony interesów stron w prawie procesowym cywilnym jest realizowana głównie przez przyjęcie zasady równouprawnienia stron³², polegającej na tym, że każda ze stron w procesie ma zagwarantowane „jednakowe środki ochrony i jednakową możliwość ich używania przez podejmowanie odpowiednich czynności procesowych”³³. Wprawdzie k.p.c. nie ustanowił *expressis verbis* zasady równouprawnienia stron, domniemane jej przyjęcie wynika z uregulowania zawartego w art. 5 k.p.c., ale „zasadę tę proklamuje art. 7 § 2 u.s.p.”³⁴. Naruszenie tej zasady prowadzi do nieważności postępowania sądowego.

K.p.a. już w zasadach ogólnych określa sytuację strony w postępowaniu administracyjnym przez przyznanie jej prawa do czynnego udziału w postępowaniu (art. 10), a następnie w przepisach szczególnych precyzuje prawa i obowiązki strony w tym zakresie. Funkcja ochronna interesu indywidualnego procesowego prawa administracyjnego przejawia się również w nałożeniu na organy administracji publicznej obowiązków: uwzględnienia interesu indywidualnego z urzędu (art. 7 k.p.a.) oraz udzielania stronie informacji o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania (art. 9 k.p.a.).

Funkcja ochronna interesu publicznego uwzględnia się w szeregu instytucji procesowych. W prawie procesowym cywilnym wyraża się ona w poddaniu pewnej kontroli sądu rozporządzanie swoimi prawami przez strony, co wpływa na treść zasady dyspozycyjności³⁵. W prawie procesowym administracyjnym funkcja ta przejawia się w nałożeniu na organy administracji publicznej obowiązku uwzględniania z urzędu interesu społecznego (art. 7 k.p.a.), wprowadzeniu instytucji udziału w postępowaniu administracyjnym organizacji społecznej na prawach strony (art. 31 § 1 k.p.a.), ograniczeniu praw jednostki ze względu na interes społeczny, np. przez wprowadzenie wyjątków od zakazu *reformationis in peius* (art. 139 k.p.a.) lub przez dopuszczalność eliminowania z obrotu prawnego prawidłowej decyzji ze względu na wymagania interesu społecznego (art. 154 i 155 k.p.a.).

Drugą funkcją prawa procesowego jest funkcja porządkująca. Prawo procesowe reguluje ciąg czynności procesowych organów orzekających i innych podmio-

31. M. Cieślak: Polska procedura karna, op. cit., s. 16.

32. M. Piekarski: Pozbawienie strony możliwości obrony swych praw w procesie cywilnym, Warszawa 1964, s. 13.

33. W. Siedlecki: Postępowanie cywilne w zarysie, op. cit., s. 77.

34. W. Broniewicz: Postępowanie cywilne w zarysie, op. cit., s. 48.

35. Z. Resich: Istota procesu cywilnego, op. cit., s. 150 i n.

tów postępowania podejmowanych w celu rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy będącej przedmiotem procesu.

Wyrok sądowy jak i decyzja administracyjna stanowi bowiem złożony rezultat czynności procesowych organu i innych podmiotów postępowania. Prawo procesowe, regulując ciąg czynności procesowych i wyznaczając ich kolejność, porządkuje działalność organów i innych podmiotów postępowania. Prawo procesowe przez to, że nakłada obowiązek podjęcia określonych czynności procesowych i wyznacza ich kolejność, stanowi zasadniczy element porządkujący działania organów oraz gwarantujący jednolitość działań tych organów niezależnie od rodzaju spraw będących przedmiotem postępowania.

Funkcja instrumentalna prawa procesowego przejawia się tym, że kształtuje się proces tak, aby stał się sprawnym narzędziem działania organów orzekających w dążeniu do osiągnięcia celu procesu. Prawo procesowe nie tylko porządkuje skomplikowany ciąg czynności procesowych, lecz również tak kształtuje te czynności procesowe i ich kolejność (ciąg), ażeby proces był skutecznym i efektywnym narzędziem osiągnięcia jego celu. Realizacji tej funkcji prawa procesowego służy obowiązująca w prawie procesowym cywilnym np. zasada kierownictwa sędziowskiego, zasada koncentracji materiału procesowego³⁶. W prawie procesowym administracyjnym realizacji zasady ogólnej szybkości i prostoty postępowania (art. 12 k.p.a.) służy szereg instytucji procesowych, np. rozprawa administracyjna, ugodą.

7. W doktrynie nie ma jednolitych poglądów na przedmiot procesu cywilnego. W literaturze wyróżnia się trzy koncepcje ujęcia przedmiotu procesu: czysto procesową, materialnoprawną oraz wykorzystującą pojęcie sytuacji prawnej³⁷. Wyraża się też pogląd, że mogą być dwie płaszczyzny rozważań o przedmiocie procesu cywilnego, w pierwszej z nich dokonuje się odgraniczenia postępowania cywilnego rozpoznawczego od wszystkich postępowań pozasądowych - choćby i rozpoznawczych - a również od postępowania nieprocesowego, w drugiej zaś - chodzi o określenie przedmiotu procesu cywilnego „w konkretnej sprawie jako przedmiotu działalności podmiotów tego postępowania”³⁸. Charakteryzując rozbieżności poglądów doktrynalnych wskazuje się na to, że jako przedmiot procesu cywilnego traktowane jest roszczenie procesowe wraz z prawem skargi, roszczenie materialnoprawne, roszczenie o udzielenie ochrony prawnej, stosunek prawny będący przedmiotem powództwa³⁹. Przedmiotem procesu cywilnego zdaniem cyt. autora jest

36. W. Siedlecki: O usprawnienie i zwiększenie efektywności sądowego postępowania cywilnego, NP nr 4/1979, s. 16 i n.; tenże, Postępowanie cywilne w zarysie, op. cit., s. 88-89.

37. K. Piasecki: Wyrok pierwszej instancji w procesie cywilnym, Warszawa 1981, s. 55-73; por. też Z. Resich: Istota procesu cywilnego, op. cit., s. 61-76.

38. W. Siedlecki: Przedmiot postępowania cywilnego, op. cit., s. 151.

39. W. Siedlecki: Przedmiot postępowania cywilnego, op. cit., s. 153-157; por. też K. Piasecki: Wyrok pierwszej instancji w procesie cywilnym, op. cit., s. 55 i n.; Z. Resich pisze, że „w polskiej

zindywidualizowane roszczenie prawne, co obejmuje żądanie powoda i stanowiące ich podstawę okoliczności faktyczne; „zachowanie się zaś sądu wobec roszczenia procesowego jest zawsze takie samo, a mianowicie sąd musi przyjąć każde roszczenie procesowe, wysunięte zgodnie z przepisami prawa procesowego i przeprowadzić nad nim postępowanie. (...) Obowiązek zaś organów sądowych do działania jest obowiązkiem urzędowym, płynącym z wykonania przez nie zadań państwa, a nie ze spełnienia żądań jednostki czy podmiotów wnoszących pozew”. Sąd jest związany roszczeniem procesowym strony i może poza nie wykroczyć jedynie w niektórych sprawach, bo też nie działa *ex officio* („sąd w procesie cywilnym nie może orzekać z urzędu, jako że prawo materialne pozostawia nadal stronom dyspozycję ich prawami czy roszczeniami w zakresie stosunków cywilnoprawnych”). Autor dodaje jeszcze, że nie zawsze przedmiot orzeczenia sądowego będzie identyczny z roszczeniem procesowym powodującym wszczęcie procesu, ponieważ może ono ulegać zmianie w czasie jego trwania⁴⁰.

8. W literaturze nie podejmowano próby charakteryzowania wprost przedmiotu postępowania administracyjnego i dlatego też przedmiot ten można określić niejako drogą okrężną, przez analizę innych elementów. W jednym z podręczników mianem „przedmiotu postępowania” określono tę część rozważań, która dotyczyła trzech zagadnień: zewnętrznego aktu administracyjnego, decyzji i postanowienia, indywidualnej sprawy z zakresu administracji państwowej⁴¹. Na określenie aktu administracyjnego w postępowaniu administracyjnym używa się terminów technicznych: „decyzja”, „postanowienie”, czyli *de facto* wyróżnione były dwa elementy traktowane jako przedmiot postępowania administracyjnego. W jednym z komentarzy do k.p.a. mocno podkreśla się to, że postępowanie administracyjne jest prowadzone w celu wydania aktu administracyjnego⁴².

Pomijanie w rozważaniach pojęcia przedmiotu postępowania administracyjnego wynikało zapewne z tego, że na plan pierwszy wysuwano zawsze elementy podmiotowe, jak również - na co wskazuje orzecznictwo sądu administracyjnego - umocowanie do rozstrzygania sprawy w drodze decyzji administracyjnej. W literaturze stwierdza się kategorycznie, że „koniecznym elementem postępowania są podmioty uczestniczące w tym postępowaniu. Z istoty postępowania wynika, iż może się ono toczyć pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami. Abyśmy zatem

doktrynie poglądy procesualistów na temat przedmiotu procesu wykazują zupełną mozaikę (Istota procesu cywilnego, op. cit., s. 65).

⁴⁰. W. Siedlecki: Przedmiot postępowania cywilnego, s. 158-164, cytaty z s. 160 i 162.

⁴¹. W. Dawidowicz: Ogólne postępowanie administracyjne, zarys systemu, Warszawa 1962, s. 20-27.

⁴². E. Iserzon, J. Starościk: Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz, Warszawa 1970, s. 12.

mogli mówić o istnieniu postępowania administracyjnego, musi istnieć organ administrujący, mający zdolność prawną do prowadzenia postępowania oraz strona”⁴³.

Pojęcie organu administracji publicznej nie jest tak dokładnie sprecyzowane jak pojęcie sądu. Obok typowych organów administracji państwowej (rządowych i samorządu) mogą występować również i inne podmioty, którym prawo zleca funkcje administracji publicznej. W każdym przeto przypadku zachodzi potrzeba badania zdolności prawnej danego organu do prowadzenia postępowania administracyjnego w ogóle oraz do rozpoznania i rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, co nastręcza znacznie więcej problemów niż w przypadku sądu cywilnego.

Pojęcie strony postępowania administracyjnego wzbudziło dyskusję już od pierwszej kodyfikacji postępowania administracyjnego i trwa ona ze zmiennym nasileniem. Spór toczy się o legitymację prawną strony, która zdaniem jednej części dyskutantów ma charakter obiektywny, a zdaniem drugiej - subiektywny. Dany podmiot będzie stroną albo wtedy, gdy jest przepis prawa materialnego legitymujący jej interes, albo też samo subiektywne przekonanie o potrzebie ochrony interesu danego podmiotu czyni go stroną postępowania, a sankcjonują to przepisy procesowe⁴⁴. Ten właśnie spór o legitymację prawną strony przypomina jako żywo spór w doktrynie prawa procesowego cywilnego o przedmiot tego postępowania. Wydaje się, że pojęcie strony trzeba rozpatrywać w innych zupełnie kategoriach ze względu na odmiennność roli organu administracji publicznej w konkretyzacji materialnego prawa administracyjnego w porównaniu z rolą sądu powszechnego w stosowaniu prawa cywilnego⁴⁵.

Decyzja administracyjna jest tylko jedną z prawnych form działania administracji publicznej i dlatego jest szereg spraw, w których jej organy władne będą działać w formach procesowych albo też będą musiały wykorzystać inne formy działania, aż do działań faktycznych włącznie. Dlatego właśnie tak ważne jest stwierdzenie, czy w danej sprawie organ administracyjny w ogóle może wydać decyzję administracyjną. Zagadnienie to z całą ostrością ujawniło się po rozpoczęciu działalności przez sąd administracyjny⁴⁶.

43. B. Adamiak: *Wadliwość decyzji administracyjnej*, Wrocław 1986, s. 47.

44. Spór charakteryzuje M. Zimmermann: *Z rozważań nad postępowaniem jurysdykcyjnym i pojęciem strony w kodeksie postępowania administracyjnego*, (w:) *Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa-Wrocław 1967, s. 435-440; a także B. Adamiak: *Odwołanie w polskim systemie postępowania administracyjnego*, Wrocław 1980, s. 36-40.

45. Por. B. Adamiak, J. Borkowski: *Polskie postępowanie administracyjne i sądownictwo administracyjne*, op. cit., s. 77-78.

46. Por. J. Świątkiewicz: *Zakres kontroli Naczelnego Sądu Administracyjnego (w świetle orzecznictwa sądowego)*, RPEiS nr 1/1984, s. 23-30; tenże: *Decyzja administracyjna w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego*, NP nr 9/1985, s. 28 i n.

Pojęcie indywidualnej sprawy z zakresu administracji państwowej występowało w k.p.a. do nowelizacji z 1980 r. Ma więc ono już wartość historyczną w interpretacji przepisów k.p.a. Zostało ono zastąpione czterema przesłankami, wyznaczającymi zakres stosowania przepisów k.p.a. o postępowaniu administracyjnym ogólnym, a mianowicie: w sprawie działa organ administracji państwowej, jest on właściwy w danej sprawie, a sprawa ta ma charakter indywidualny, i rozstrzyga się ją przez wydanie decyzji. Te właśnie elementy wraz z pojęciem strony postępowania trzeba potraktować jako wyznaczające przedmiot postępowania administracyjnego w konkretnej sprawie.

9. W literaturze wyróżnia się naczelne zasady postępowania cywilnego właściwe całemu systemowi prawa procesowego, powiązane z założeniami organizacji wymiaru sprawiedliwości oraz pozostałe zasady. Lista zasad naczelnych daleka jest od uzgodnienia i każdy autor układa ją inaczej. Zdaniem jednego z autorów powszechnie były uznawane za naczelne następujące zasady: prawdy obiektywnej, równości stron, dyspozycyjności, ustności, bezpośredniości; zdaniem zaś innego - taki charakter miały mieć zasady: prawdy obiektywnej, sporności, dyspozycyjności⁴⁷. Nie ma w doktrynie ani jednej listy zasad ani też jednolitej ich klasyfikacji.

10. Lista zasad postępowania administracyjnego nie jest jednakowa w różnych opracowaniach naukowych pomimo wprowadzenia do tekstu k.p.a. przepisów ustanawiających zasady ogólne⁴⁸. W tekście pierwotnym k.p.a. zasady te były ustanowione w art. 4-12, a w wyniku nowelizacji z 1980 r. znalazły się one w osobnym rozdziale obejmującym art. 6-16. Idea ustanowienia zasad ogólnych k.p.a. była powszechnie akceptowana, jednakże ich rola w kształtowaniu pozycji prawnej organu i stron początkowo była inaczej rozumiana niż dzisiaj. Przez szereg lat uznawano, że „dotyczą one podstaw i metod postępowania, a więc zagadnień, mających doniosłe znaczenie dla całej działalności organów administracji. Są to zasady ogólne w tym sensie, że chodzi tutaj z reguły o przepisy wyjęte niejako przed nawias, a więc wspólne dla całości postępowania administracyjnego”⁴⁹. Naczelny Sąd Administracyjny od początku swej działalności orzeczniczej niezgodność decyzji z zasadami ogólnymi traktował na równi z naruszeniem innych przepisów

47. J. Jodłowski: *Zasady naczelne socjalistycznego postępowania cywilnego*, op. cit., s. 65; Z. Resich: *Istota procesu cywilnego*, op. cit., s. 118 i n.; por. też W. Siedlecki: *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1977, s. 51-52 oraz inną klasyfikację W. Broniewicza: *Postępowanie cywilne w zarysie*, op. cit., s. 42 i n.

48. Z. Janowicz wymienia 15 zasad ogólnych (*Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądem administracyjnym*, op. cit., s. 81-100; J. Służewski wymienia 11 zasad ogólnych i 7 zasad szczegółowych (*Postępowanie administracyjne*, Warszawa 1982, s. 35-46; J. Borkowski, wymienia ich 14, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski: *Polskie postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, op. cit., s. 130.

49. S. Rozmaryn: *O projekcie kodeksu postępowania administracyjnego*, PIP nr 4/1959, s. 636-637.

procesowych. Przepisy te uznane zostały za posiadające normatywny charakter, a nie za zbiór bezsankcyjnych deklaracji, czy też skodyfikowanych doktrynalnych założeń postępowania administracyjnego. Pod tym względem sytuacja kształtuje się inaczej niż w postępowaniu cywilnym. Zasady ogólne k.p.a. nie są wprawdzie jednolite co do swego charakteru, albowiem obok zasady praworządności czy też prawdy obiektywnej ustanowione są zasady technicznoprosesowe i kultury administrowania, jak np. zasada udzielania informacji faktycznej i prawnej stronom, ale w sądowym orzecznictwie te różnice stopnia szczegółowości poszczególnych zasad odchodzą w wielu wypadkach na dalszy plan, a skutki naruszenia każdej z zasad ogólnych są jednakowe.

11. Pojęcie systemu zaskarżania orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych jest rozumiane dwojako, w znaczeniu szerokim jest bowiem rozciągane na wszystkie środki prawne służące spowodowaniu zmiany lub uchylania orzeczenia sądowego, w wąskim zaś znaczeniu obejmuje ono tylko te środki, które służą wzruszeniu orzeczeń nieprawomocnych. Chodzi więc o środki prawne zwyczajne i nadzwyczajne. Typowym zwyczajnym środkiem prawnym stała się apelacja i zażalenie, a do środków nadzwyczajnych należy kasacja oraz wznowienie postępowania (należała do nich rewizja nadzwyczajna, która powodowała w praktyce skutki te same co wznowienie postępowania)⁵⁰.

System zaskarżania orzeczeń sądowych opiera się na następujących zasadach: jednolitości, dwuinstancyjności, wyłączności, skargowości, legalności, ekonomii procesowej. Treść wymienionych zasad charakteryzuje zarówno cały obowiązujący system jak również wchodzące w jego skład poszczególne środki zaskarżenia. Podkreśla się zwłaszcza znaczenie zasady skargowości, albowiem każdy ze środków zaskarżenia, także nadzwyczajny, może być wniesiony tylko przez legitymowany podmiot, jak również akcentuje się konsekwencję obowiązywania zasady legalności, z której wynika, że jeśli istnieje prawna podstawa do wniesienia środka zaskarżenia, to skorzystanie z niego musi spowodować wzruszenie orzeczenia sądowego⁵¹. Przywrócenie instytucji apelacji i kasacji uczyniło system zaskarżania orzeczeń sądowych bardziej spójnym.

12. System kontroli decyzji w postępowaniu administracyjnym obejmuje kontrolę decyzji w drodze administracyjnej oraz w drodze sądowej. System kontroli decyzji w drodze administracyjnej nie jest zbudowany z instytucji procesowych o jednolitym charakterze, albowiem jego składnikami są: środki zaskarżenia; środki nadzoru; odwołalność decyzji⁵². Konstrukcję „czystą” środków zaskarżenia decy-

⁵⁰ W. Siedlecki, (w:) System prawa procesowego cywilnego, t. III, Wrocław 1986, s. 28-30 i 33.

⁵¹ W. Siedlecki, (w:) System prawa procesowego cywilnego, op. cit., s. 35-45.

⁵² J. Starościk: Prawo administracyjne, Warszawa 1977, s. 296-297; B. Adamiak: Wadliwość decyzji administracyjnej, op. cit., s. 120.

zji mają: odwołanie, wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy a także skarga do NSA. Charakter mieszany mają instytucje: wznowienia postępowania administracyjnego oraz stwierdzenia nieważności decyzji, w swej konstrukcji prawnej zawierają bowiem zarówno elementy typowe dla środka zaskarżenia i środka nadzoru jak również odwołałości decyzji. Charakter mieszany mają instytucje uchylecia lub zmiany decyzji w trybach uregulowanych w art. 154, 155 i 161 k.p.a. W tych instytucjach występują elementy właściwe środkom nadzoru oraz odwołałości decyzji.

System kontroli decyzji administracyjnych jest oparty zarówno na szeroko pojmowanej zasadzie skargowości, bo środki zaskarżenia wnosć mogą nie tylko strony, ale i podmioty na prawach strony (organizacja społeczna, prokurator, Rzecznik Praw Obywatelskich), jak również na zasadzie oficjalności, dopuszczającej kontrolę decyzji z urzędu przez organ nadzoru lub też przez organ, który wydał decyzję (odwołałość jego własnej decyzji).

W zakresie podstaw prawnych systemu kontroli decyzji przyjmuje się rozwiązanie kompromisowe, uwzględniające treści dwóch zasad ogólnych: praworządności oraz trwałości decyzji. Z jednej strony w k.p.a. nie określa się podstaw wniesienia środków zaskarżenia, jak jest to w przypadku środków zaskarżenia zwyczajnych (odwołanie, zażalenie, wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy), dopuszczając do pełnej kontroli uwzględniającej wszelkie rodzaje wadliwości decyzji, z drugiej zaś - wylicza się wyczerpująco rodzaje wadliwości stanowiące podstawy kontroli, jak jest to w przypadku instytucji wznowienia postępowania (art. 145 § 1 k.p.a.), instytucji stwierdzenia nieważności decyzji (art. 156 § 1 k.p.a.), lub też kontroli zgodności z prawem decyzji przez sąd administracyjny (art. 207 k.p.a.). W przypadku uchylecia lub zmiany decyzji dotkniętych wadami niekwalifikowanymi w trybie określonym art. 154, 155, wzruszenie decyzji uzależnia się od ochrony określonych wartości, jakimi są ochrona interesu strony lub ochrona interesu społecznego.

System kontroli decyzji w drodze administracyjnej jest oparty na zasadzie wyłączności. Przepisy k.p.a. nie dopuszczają istnienia konkurencyjnych instytucji procesowych kontroli decyzji, a wyłączają ją na podstawie rodzaju decyzji albo też rodzaju jej wadliwości. Od decyzji nieostatecznej służy zgodnie z zasadą dwuinstancyjności tylko jeden środek zaskarżenia - odwołanie. Decyzje ostateczne w zależności od rodzaju wadliwości mogą być wyeliminowane z obrotu prawnego w trybach: wznowienia postępowania; stwierdzenia nieważności; uchylecia lub zmiany decyzji dotkniętej wadami niekwalifikowanymi (przy czym w k.p.a. wyczerpująco wymienia się podstawy wznowienia postępowania oraz stwierdzenia nieważności). Konkurencyjność jest dopuszczalna w zakresie wyboru drogi administracyjnej albo drogi sądowej kontroli decyzji ostatecznej⁵³, chociaż może być to

⁵³ M. Wyrzykowski: Sądownictwo administracyjne w PRL, op. cit., s. 130.

akt wyboru względnie skuteczny, albowiem organ administracyjny może decyzję wzruszyć po wniesieniu skargi do sądu administracyjnego. W razie uruchomienia kontroli w drodze administracyjnej, czy to w trybie nadzoru czy w wyniku wniesienia środka zaskarżenia, kontrola decyzji w drodze sądowej staje się co do zasady niedopuszczalna.

13. W podsumowaniu rozważań trzeba przede wszystkim zwrócić uwagę na to, że w tak generalnej kwestii jak funkcja prawa procesowego pomiędzy obydwoma procedurami więcej jest różnic niż podobieństw. Wspólna im jest wprowadzenie funkcji służebna wobec prawa materialnego, ale ze względu na odmienności w samych założeniach konkretyzacji prawa, musi ona być ujmowana inaczej w każdej z tych procedur. Konkretyzacja norm prawa administracyjnego materialnego z zasady nie może odbywać się bez udziału organu administracyjnego, gdy natomiast obrót cywilnoprawny z zasady odbywa się bez udziału sądu. Z tego też względu odmienny będzie zakres zastosowania zasady dyspozycyjności i oficjalności w obu postępowaniach. Poza tym stroną postępowania administracyjnego będzie ten podmiot, którego konkretny i realnie istniejący interes prawny regulowany prawem administracyjnym może być chroniony tylko decyzją organu administracyjnego⁵⁴, gdy natomiast legitymacja strony postępowania cywilnego - o czym była mowa w związku z przedmiotem tego postępowania - ukształtowana jest znacznie swobodniej. Na odmienności tej funkcji waży mocno to, że sąd sprawuje wymiar sprawiedliwości w procesowych formach działania, a działania w formach procesowych nie wyczerpują całego zakresu działania administracji publicznej.

Szereg zasad obu postępowań jest tożsamy w swej treści, albo do siebie mocno zbliżonych. Jednakże doktrynalne zasady postępowania cywilnego nie wywołują takich samych skutków jak normatywne zasady ogólne postępowania administracyjnego, które jeśli nawet mniej skutecznie wpływają na bieg postępowania przed organami administracyjnymi, to ujawniają swoją efektywność w toku sądowej kontroli administracji publicznej.

Ze zróżnicowania funkcji obu postępowań wynikają odmienności systemów zaskarżania orzeczeń sądowych i decyzji administracyjnych. System zaskarżania orzeczeń sądowych jest znacznie spójniejszy wewnętrznie, aniżeli system kontroli decyzji administracyjnych, który charakteryzuje się niejednorodnością elementów wywołaną przede wszystkim potrzebą zapewnienia i w tej dziedzinie ingerencji nadzorczej wykonywanej na zasadzie oficjalności.

⁵⁴. W. Klonowiecki: *Strona w postępowaniu administracyjnym*, Lublin 1938, s. 41.

DOŚWIADCZENIA I DOROBK LITEWSKIEGO KONSTYTUCJONALIZMU

Wyjątkowo ubogie pozostają być tradycje litewskiego konstytucjonalizmu. Stąd analizując współczesną Konstytucję, przyjętą przez obywateli Republiki w referendum przeprowadzonym 25 października 1992 roku¹, widać jej niekoherencję. Z jednej strony było to wynikiem pośpiechu prac Komisji Konstytucyjnej, pracującej zasadniczo dziesięć miesięcy, z drugiej zaś konsekwencją pustki w płaszczyźnie tradycji historycznej litewskiego konstytucjonalizmu.

Brak doświadczeń w funkcjonowaniu instytucji demokratycznych państwa, laconiczność podstaw teoretyczno-filozoficznych, wyjątkowo skromny dorobek naukowy z dziedziny prawa konstytucyjnego i administracyjnego to bariery, których nie da się nadrobić w ciągu roku czy dwóch, to potrzeba pracy pokoleń.

Opracowując nową konstytucję litewską wiedziano jedno - musiało nastąpić całkowite zerwanie z tradycją konstytucjonalizmu sowieckiego, który zakorzenił się w historii Litwy od 25 sierpnia 1940 roku, tzn. od momentu przyjęcia nowej konstytucji wzorowanej na radzieckim systemie ustrojowym. Pogłębione to zostało doświadczeniami lat 1943-1978, kiedy to przyjęto kolejną ustawę zasadniczą, - 20 kwietnia 1978 r.

Gorzej wyglądała sprawa modelu konstrukcyjnego konstytucji. Pięćdziesięcioletni okres funkcjonowania narzuconego sowieckiego konstytucjonalizmu wyeliminował wszelkie narodowe, litewskie doświadczenia, tym bardziej, że i te, o czym wspominałem wyżej, były wątpliwe. Z drugiej zaś strony nawet recepcja określonych rozwiązań prawnych budziła, zresztą i w dalszym ciągu budzi, dość poważne i często ostro i zdecydowanie artykułowane rozbieżności pomiędzy głównymi podmiotami litewskiej sceny politycznej.

Ośmielałem się postawić tezę, że sytuacja, w jakiej znalazła się Litwa po 11 marca 1990 roku, kiedy to Rada Najwyższa Litewskiej SRR uchwaliła ustawę o niepodległości państwa litewskiego, jednocześnie uchylając konstytucję ZSRR z 20 kwietnia 1978 r. i przywróciła konstytucję z 12 maja 1938 r., przypomina tę z pierwszych lat po odzyskaniu niepodległości po zakończeniu I wojny światowej.

Startując wówczas z punktu zerowego, starano sięgnąć do doświadczeń europejskich. Litwa włączyła się aktywnie w przebiegający w całej Europie proces bu-

¹. Konstytucja Republiki Litewskiej. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1994.

dowy demokratycznych form ustrojowych. 2 listopada 1918 Rada Państwa Litewskiego (Lietuvos Valstybes Taryba) ogłosiła pierwszą małą, tymczasową konstytucję państwa litewskiego. Wyjątkowo uboga w treści stanowiła jedynie podstawowe zasady instytucjonalne państwa, nie wnikając w dziedzinę ustrojową. Organem o szerokich kompetencjach ustawodawczych stawała się właśnie Taryba, a władzę wykonawczą przejęło jej trzyosobowe prezydium, które powoływało następnie premiera, a ten z kolei ministrów. Nowela styczniowa (24.01.1919 r.) przyznawała rządowi prawo wydawania dekretów między sesjami Rady.

Kolejną małą i tymczasową konstytucję Taryba wydała 4 kwietnia 1919 roku, mocą której powołano nowy urząd - prezydenta państwa. Wybierany przez Radę na czas nieokreślony. Pierwszym został Antanas Smetona (1874-1944), prawnik z wykształcenia, współtwórca wpływowej partii narodowców, wybitny działacz litewskiego ruchu niepodległościowego. Prace skoncentrowano wówczas na przygotowaniu ordynacji wyborczej (ogłoszono 20.11.1919 r.) i terminu wyborów do Sejmu Ustawodawczego.

W dniach 14-16 kwietnia 1920 roku odbyły się na Litwie pierwsze w historii państwa w pełni demokratyczne, z zachowaniem przyjętych europejskich standardów - wybory. Zdobywając zwycięstwo odniosła Partia Chrześcijańsko-Demokratyczna, zdobywając w monokameralnym Sejmie Ustawodawczym (Steigiamasis Seimas) 59 mandatów w 112-osobowym parlamencie: Mimo, iż od inauguracyjnego posiedzenia (15.05.1920 r.) skoncentrowano się na opracowaniu projektu nowej konstytucji, to 10 czerwca 1920 r. uchwalono trzeci - już tymczasową konstytucję, w której obwieszczono, że Litwa będzie republiką demokratyczną.

W ciągu tak krótkiego okresu czasu, wydanie trzech tymczasowych, małych konstytucji świadczyło dobitnie o braku doświadczenia elit władzy. Jak trafnie zauważył badacz historii Litwy Piotr Łossowski: „brak doświadczenia sprzyjał nadmiernemu, a często i mechanicznemu przejmowaniu wzorów i przykładów obcych, ograniczał zaś zakres i możliwości wprowadzenia własnych rozwiązań, przystosowanych bardziej do warunków i potrzeb kraju. O ile natchnienie i ogólne założenie konstytucji czerpano przede wszystkim z ducha rewolucji francuskiej, to w sprawach konkretnych sformułowań sięgano najchętniej do wzorców najnowszych, do konstytucji uchwalanych w ostatnim czasie”². Zwracano się najczęściej z racji uwarunkowań historycznych do doświadczeń wpływających z konstytucji republiki weimarskiej z 5.08.1919 r. oraz polskiej konstytucji marcowej (17.03.1921 r.).

Dość intensywne prace Komisji Konstytucyjnej przerwane zostały szczególną sytuacją na froncie polsko-litewskim. Po tzw. buncie gen. Lucjana Żeligowskiego (9.10.1920 r.), zajęciu Wilna - utworzono Litwę Środkową jako niezależne pań-

² P. Łossowski: *Kraje bałtyckie na drodze od demokracji parlamentarnej do dyktatury 1919-1934*. Ossolineum, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk, 1972, s. 22.

stwo. W związku z tym od 22 października do 15 stycznia 1921 r. Sejm Ustawodawczy a także Komisja Konstytucyjna zawiesiły swoją działalność, a powołano do życia tzw. Mały Sejm, w skład którego weszli Aleksandras Stulginskis, Mykolas Krupavicius, Juozas Vaizgautas, Mykolas Slezevicius, Vladas Lasas, Kazimieras Venclauskis i Bernard Friedman. Wszyscy to wybitni działacze polityczni, reprezentujący partię chadecką, ludowców i mniejszości narodowe.

Okres trzech miesięcy, podczas których skoncentrowano się na rozwiązaniu konfliktu z Polską³, nie wpłynął w zasadniczy sposób na prace nad konstytucją, natomiast miał istotne znaczenie w geopolitycznym położeniu Litwy, bez Wilna ze stolicą w Kownie. Dopiero po półtorarocznym otrząśnięciu się po tak poważnym ciosie, Sejm Ustawodawczy uchwalił 1 sierpnia 1922 roku, z mocą obowiązującą od 6 sierpnia - Konstytucję Republiki Litewskiej (*Lietuvos Volstybes Konstitucija*). Była to pierwsza stała konstytucja w dziejach państwa litewskiego. Przyjęto europejskie standardy ustrojowe, dotyczące zwierzchnictwa i suwerenności narodu, ustroju demokratycznej republiki, trójpodział władzy. Stad komparatystyczna analiza potwierdza tezę Jerzego Ochmańskiego, iż w znacznym stopniu, mimo istniejącego poważnego konfliktu, przyjęto polskie rozwiązania, wypływające z konstytucji marcowej⁴. Mimo, iż ciekawą analizę powyższej konstytucji znajdujemy we wstępie do „Konstytucji Litewskiej” pióra Andrzeja B. Zakrzewskiego⁵, to warto zwrócić uwagę na niektóre jej zapisy. Składała się z preambuły i 108 artykułów podzielonych na piętnaście rozdziałów.

Zapewniona została dominująca rola Sejmu (*Seimas*) - monokameralnego, wybieranego na okres 3 lat w pięcioprzymiotnikowych wyborach. W skład Sejmu wchodziło 78 (wkrótce zwiększono do 85) posłów, przy liczbie ludności 2.028.971 wg spisu z 17 września 1923 r. Gwarantowano równe prawa wyborcze kobietom i mężczyznom. Przyznano je obywatelom, którzy ukończyli 21 lat (czynne) i 24 lata (bierne). Już rozdział drugi: Obywatele Litwy i ich prawa, definiował, że obywtelem państwa jest człowiek, który bierze udział w jego życiu. Zapis był tyle dyskusyjny, co i ogólny.

Władzę wykonawczą tworzyli prezydent i rząd. Prezydenta wybierał sejm spośród obywateli mających prawo wyborcze, ukończonych 35 lat, na okres 3-letniej kadencji w głosowaniu tajnym, bezwzględną większością głosów. Izba mogła również większością 2/3 ogólnej liczby posłów pozbawić prezydenta urzędu. To wyjątkowo oryginalne rozwiązanie było rzadkością w konstytucjonalizmie europejskim. Prezydent wyznaczał premiera, zatwierdzał skład rządu, przyjmował również dymisję.

³ P. Łossowski: *Konflikt polsko-litewski 1918-1920*. Książka i Wiedza, Warszawa 1996.

⁴ J. Ochmański: *Historia Litwy*. Ossolineum Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk, 1982, s. 307.

⁵ *Konstytucja Republiki Litewskiej...* s. 6-9.

21 grudnia 1922 roku prezydentem Litwy wybrany został Aleksandras Stulginskis (1885-1946), z zawodu agronom, członek Chrześcijańskiej Demokracji.

Istotną rolę przypisywano samorządowi terytorialnemu; w zasadzie przyjęto wcześniejsze rozporządzenia z lat 1919-1921. Wybierane na analogicznej ordynacji jak do sejmiku rady (gminne, miejskie, powiatowe), posiadały szerokie kompetencje w dziedzinie oświaty, ochrony zdrowia, opieki społecznej, posiadały i dysponowały własnym budżetem.

Zapisy konstytucyjne realizowane w praktyce, zdeterminowane były w znacznym stopniu sytuacją wewnętrzną państwa, gdzie od lutego 1919 do września 1922 roku na całym terytorium obowiązywał stan wojenny. Przepisy prawne zawierały szereg praw obywateli, tak szeroko rozburowanych w Konstytucji, pełnię władzy oddawano w ręce komendantów wojennych, których rola została ograniczona w okresie obowiązującego do 17.06.1926 r. stanu wyjątkowego⁶. Ostra walka polityczna, przy nieustabilizowanym systemie partyjnym prowadziła do kryzysów, które wyrażały się m.in. w częstych wyborach do Sejmu: 10-11 października 1922, do II Sejmu 10-13 maja 1923 i wreszcie ostatnie demokratyczne wybory do III Sejmu 8-10 maja 1926 r., po których utworzono nowy koalicyjny rząd, składający się z ludowców i socjaldemokratów. Premierem został Mykolas Slezevicius (1882-1939), prawnik, członek Partii Ludowców, a prezydentem wybrano (7.06. Kazysa Griniusa (1866-1950), z zawodu lekarza, ludowca.

Już pierwsze posunięcia nowych władz świadczyły o demokratyzacji systemu: ustawa amnestyjna, zniesienie zakazów zwoływania zebrań i zgromadzeń pod otwartym niebem, nowa ustawa prasowa, wprowadzenie nowych zapisów w kodeksie karnym znoszących paragrafy przewidujące karę śmierci za przestępstwa cywilne.

Przebiegające jednak przez Europę od połowy lat dwudziestych procesy podważające funkcjonowanie dotychczasowych systemów ustrojowych (Włochy, Hiszpania, Polska), nie ominęły Litwy. W dniu obchodów 60. rocznicy urodzin prezydenta K. Griniusa dokonano zamachu stanu (16-17.12.1926). Scenariusz tego wydarzenia przypominał ówczesne zamachy, przeprowadzone w innych państwach. Zdeterminowane wzrostem nastrojów rewolucyjnych, nieskutecznością systemów parlamentarno-gabinetowych, słabymi wynikami gospodarczymi. W konsekwencji przewroty spotkały się z dość powszechnym poparciem społeczeństw. Na Litwie - po zamachu - „Wodzem Państwa” został Antanas Smetona. Powrócił stan wojenny. Ale legalizując zamach, sejm wybrał prezydentem państwa właśnie A. Smetonę. Po tym, 12 kwietnia 1927 rozwiązano sejm, który do roku 1936 wypadł z systemu ustrojowego Litwy, a 15 maja 1928 ogłoszono nową oktrojowaną konstytucję. Jej zapisy wzmacniały władzę wykonawczą prezydenta, wybranego

⁶. P. Łossowski: *Kraje balttyckie...* s. 46-47.

przez 116 elektorów jako szczególnych przedstawicieli narodu⁷. Znamienne, że pozostały artykuły o Litwie jako republice demokratycznej, o zwierzchniej władzy narodu, a stolicą państwa pozostało Wilno.

Praktyka życia po wydaniu konstytucji szła w kierunku budowy systemu autorytarnego. Szczególną rolę w jego wzmacnianiu odegrała administracja państwowa, w sposób szczególny budowana i personalnie dobierana. Naczelnicy powiatów, gmin, policja, głównie komendanci, policja polityczna, gęsta sieć tajnych konfidentów - to główne podmioty funkcjonującego systemu.

6 lutego 1936 minister spraw wewnętrznych Julius Caplikos wydał rozporządzenie nakazujące przerwanie działalności przez partie i stowarzyszenia polityczne z wyjątkiem rządzącej partii narodowej - tautinaków oraz jej przybudówki powstających głównie wśród młodzieży - Młoda Litwa (Jaunoji Lietuva). Podporządkowano także partii Związek Strzelców Litewskich (Lietuvos Saulių Sajunga), masową organizację paramilitarną, założoną jeszcze w 1919 roku⁸.

Wreszcie w czerwcu 1936 roku przeprowadzono wybory pośrednie, które wyłoniły 49-osobowy sejm, który uchwalił kolejną nową konstytucję, która weszła w życie 12 maja 1938 r. Artykuł trzeci określił państwo litewskie jako republikę, ale bez przymiotnika „demokratyczna”. Potwierdzono szczególną rolę prezydenta, „wodza narodu”, ograniczając równolegle rolę sejmu. Zrezygnowano z zasady podziału władz (art. 4). Dodać należy, że realizacja postanowień konstytucyjnych odbywała się w atmosferze obowiązującego stanu wojennego (uchylono 31.10.1938 r.) i wprowadzonego w końcu 1938 roku stanu wzmożonej ochrony państwa.

Konstytucja obowiązywała do sierpnia 1940 r. Wówczas to po sowieckim ultimatum z czerwca 1940 r. i wkroczeniu wojsk zmieniła się diametralnie sytuacja państwa. Mimo przyjęcia jeszcze dwóch konstytucji (1940, 1978) trudno mówić o doświadczeniach, kiedy zostały narzucone siłą i stwarzały system ustrojowo-prawny w ramach Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich.

Poruszony temat wymaga głębszych interdyscyplinarnych badań. Polskie środowisko naukowe powinno w nich odegrać znaczącą rolę z racji kilkunastuletnich wspólnie budowanych instytucji ustrojowych, będących konsekwencją unii polsko-litewskiej, recypowanych wspólnych wzorów, a także dość złożonych wzajemnych stosunków w okresie powojennym, od I wojny światowej począwszy, z podkreśleniem roli mniejszości narodowej polskiej⁹.

7. H. Wisner: Litwa i Litwini. Szkice z dziejów państwa i narodu. Olsztyn, 1991, s. 191.

8. G. Błaszczuk: Litwa współczesna. PWN Warszawa 1992, s. 124.

9. A. Bobrus: Kształtowanie się statusu obywatelskości Polaków na współczesnej Litwie. W: Człowiek jako obywatel, red. M. Szyzkowska, Warszawa 1995, s. 273-281.

Czas jeszcze na wyciąganie daleko idących wniosków, warościujących omawianą problematykę, tak z naszej polskiej¹⁰, jak i litewskiej strony.

Rzetelne, wspólne badania naukowe, dobrze pod względem merytorycznym przygotowane i zrealizowane, powinny to poprzedzić i przynieść oczekiwany efekt.

¹⁰. Np. przeprowadzone w cennej publikacji: Bałtowie, przyszłość i teraźniejszość. Kraków 1993.

OBYWATEL WOBEC PRZEPISÓW PRAWA ADMINISTRACYJNEGO

S. Kasznica, charakteryzując przepisy prawa administracyjnego, pisał m.in.: „...niesłuchanie liczne płyną nieustannym strumieniem z licznych źródeł, rozrzucone po różnych urzędowych wydawnictwach, przeładowane masą technicznych szczegółów, często niejasne wskutek wadliwego ich sformułowania. Toteż nawet fachowcy - prawnicy z trudem tylko przedzierają się przez ten bezmiar przepisów, zaledwie się orientują w tym chaosie”¹. Pogląd ten, choć wyrażony przeszło pół wieku temu nie stracił nic na swej aktualności. Co gorsze, dostrzegane i krytykowane już wówczas zjawiska, dzisiaj ujawniają się z wyjątkową ostrością.

Myślą przewodnią wykreowanego stosunkowo niedawno prawa administracyjnego² nie było służenie administracji publicznej, przeciwnie miało ono służyć obywatelom i chronić ich przed jej dyskrejonalnym działaniem. Rzeczywistość nie zawsze jednak odzwierciedla tę ideę. Wielokrotnie zapomina się o podstawowej misji tego prawa. Przepisy, które z założenia wyznaczać mają ramy działania administracji stają się nierzadko dogodnym instrumentem arbitralnego, nadmiernego krępowania działań obywatela, ograniczania sfery jego wolności i praw. Sprzyjają temu choćby szczególna pozycja, jaką przypisuje się władzy publicznej oraz swoisty charakter przepisów określanych wspólnym mianem prawa administracyjnego.

Wyznaczenie precyzyjnej linii demarkacyjnej dzielącej prawo administracyjne od innych dyscyplin prawa nie jest ani możliwe ani, jak sądzę, niezbędne. Podział ten ma w gruncie rzeczy charakter umowny, a wyrazistość wyznaczanych tu granic, nawet pomiędzy tradycyjnie już rozdzielanym prawem publicznym i prywatnym rozmazuje się coraz bardziej³. Ogrom i różnorodność spraw objętych w całości

¹ S. Kasznica: Polskie prawo administracyjne, Poznań 1947, s. 22.

² Stanowisko doktryny dotyczące umiejscowienia początków prawa administracyjnego w jego nowoczesnej postaci nie jest jednolite. Jedni dopatrują się ich już u „policystów” w połowie XVIII w. (np. J.S. Langrod: Instytucje prawa administracyjnego, Zarys części ogólnej, t. I, Kraków 1948, s. 69 i in.), inni łączą ją z postępowymi ideami Rewolucji Francuskiej (np. J. Szreniawski: Prawo administracyjne część ogólna, Łublin 1994, s. 12), jeszcze inni z pierwszą, bądź drugą połową XIX w. (odpowiednio np. F. Longchamps: Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na zachodzie Europy, Wrocław 1968, s. 24-25 oraz J. Borkowski: Normy prawa materialne i formalne a pojęcie procedury administracyjnej, Studia Prawno-Ekonomiczne, t. XXVIII, Łódź 1982, s. 32.

³ Por. J. Łętowski: Administracja, Prawo, Orzecznictwo sądowe, Wrocław 1985, s. 129, idem, Prawo administracyjne, Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1990, s. 21. Zagadnienia podziału i relacji pomiędzy prawem publicznym i prywatnym omawia szczegółowo J. Nowacki: Prawo publiczne - prawo prywatne, Katowice 1992.

bańdź w części prawem administracyjnym, przy równoczesnych przeobrażeniach roli i zadań administracji publicznej powodują, że sfery pogranicza stają się coraz częstsze i coraz bardziej rozległe. Jedność systemu prawa jako całości, przy równoczesnej zrozumiałej „niezupełności” prawa administracyjnego, musi implikować wzajemne bezkonfliktowe przenikanie przepisów z jednej do drugiej dyscypliny prawa. Z tej też m.in. przyczyny za w pełni uzasadnioną uznać należy nie tylko możliwość ale i celowość traktowania np. przepisów konstytucyjnych jako swoistego źródła także prawa administracyjnego⁴. Jest to tym istotniejsze dla obywatela, że odwoływanie się do ustawy zasadniczej, podobnie jak sięganie do generalnych norm o zasięgu międzynarodowym, służy zwykle jego ochronie.

Uwzględniając nawet niemożność dokładnego wyznaczenia obszaru prawa administracyjnego, nie sposób nie zauważyć, że jest to najpojemniejsza gałąź prawa. W ogromnej masie, odmiennych rangą i ustanowionych w różnym czasie aktów prawnych zawarto tysiące norm dotyczących prawie wszystkich sfer życia jednostki w państwie⁵. Szczególne znaczenie - w aspekcie jej obowiązków, praw i wolności - odgrywają przepisy prawa materialnego⁶. Nie można jednak pomijać roli, jaką przy wyznaczeniu statusu administracyjnoprawnego obywatela spełniają również unormowania proceduralne, a także ustrojowe. Specyfika i zróżnicowanie przepisów prawa administracyjnego sprawiają, że nie jest realne skodyfikowanie jego przeważającej części⁷. Mimo podejmowanych od wielu już lat prób, w dal-

4. Por. przykładowo uwagi W. Dawidowicza na temat bezpośredniego stosowania oraz współstosowania ustawy zasadniczej w obszarze prawa administracyjnego, *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1978, s. 34 i n. Zob. też J. Filipek: *Prawo administracyjne Instytucje ogólne*, część I, Kraków 1995, s. 58; Z. Kmiecik: *Zasada równości obywateli wobec prawa w orzecznictwie NSA*, PiP 10/1988, s. 56 i n., idem, *Idea sprawiedliwości proceduralnej w prawie administracyjnym*, PiP 10/1994, s. 61 i n. Zob. też np. wyrok NSA z 26 października 1984 r. II SA 1161/84, ONSA 2/1984, poz. 97 z glosami J. Borkowskiego i A. Jaroszyńskiego, OSPiKA 3/1986, poz. 48 oraz wyrok SN z 28 listopada 1990 r. III ARN 28/1990, OSP 3/1992 poz. 56, z glosami: W. Sokolewicz, PiP 9/1991, s. 110-118, Z. Leońskiego, OSP 7-8/1992, poz. 150, T. Dybowskiego, Przegląd Sądowy 3/1991, s. 72-79 oraz A. Zielińskiego, Przegląd Sądowy 3/1992, s. 85-91.

5. Por. E. Smoktunowicz: *Status administracyjnoprawny obywatela (w:) System prawa administracyjnego*, red. T. Rabska, t. IV, Wrocław 1980, s. 5, idem: *Encyklopedia obywatela PRL*, Warszawa 1987, s. 7.

6. Zdaniem W. Dawidowicza, zróżnicowanie przepisów prawa administracyjnego rodzi potrzebę wydzielenia odrębnego „prawa systemu” i zawężenia zakresu prawa administracyjnego przede wszystkim dotej grupy przepisów, które stanowią materialną podstawę dla jednostronnego kształtowania sytuacji prawnej podmiotów organizacyjnie nie podporządkowanych administracji, W. Dawidowicz: *Tworzenie prawa jako funkcja organów administracji państwowej*, PiP 12/1970, s. 869-871, idem: *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974, s. 117 i n., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1987, s. 14, *O stosowaniu prawa administracyjnego w sprawie administracyjnej*, PiP 4/1993, s. 441 i n.

7. Zagadnienia te omawia A. Wasilewski, w monograficznej pracy *Kodyfikacja prawa administracyjnego Idea i Rzeczywistość*, Warszawa 1988.

szym ciągu jedynie w sferze projektów znajduje się też ustawa o przepisach (zasadach) ogólnych prawa administracyjnego⁸. Jest ona uznawana za *sui generis* regulację kodeksową, doniosłą dla całego obszaru prawa administracyjnego, zwłaszcza prawa materialnego⁹. W niewielkim też stopniu wykorzystywane są tu także inne formy zespalandia przepisów. Sporadyczne są również przypadki posługiwania się tzw. aktami wiodącymi¹⁰. Rozproszenie wyjątkowo licznych przepisów, nie sprzyjające ich poznaniu, nie zmienia faktu, że wszyscy - bez względu na to, czy sobie to uświadamiają, czy też nie - muszą podlegać ich wpływom.

Nie ma takiego obywatela, który nie znalazłby się w sytuacji administracyjnoprawnej. Mówiąc o sytuacji administracyjnoprawnej obywatela, mam na myśli taką jego wyróżnioną sytuację, która nie jest obojętna dla prawa administracyjnego. Inaczej mówiąc zachodzi ona wówczas, gdy składające się na rzeczywistą sytuację zdarzenia lub zachowania są faktami relewantnymi prawnie na płaszczyźnie tego właśnie prawa¹¹. Kontakty z prawem administracyjnym lub organami administracji są nieuniknione. Z pewnością wskazać można obywateli, którzy nie mieli bezpośredniej styczności z organami prawodawczymi, wymiaru sprawiedliwości, czy ścigania, każdy natomiast musi zetknąć się z organami administracji. Każdy też musiał podlegać wpływom - nawet bez styczności z organem administracji - skutkującego wobec niego prawa administracyjnego. Wiele jego przepisów wyznacza *a priori* elementy pozycji administracyjnoprawnej obywatela, niezależnie od jego woli, a nawet uzmysłowienia sobie przez niego faktu ingerencji prawa. Przykładowo, w myśl ustawy o obywatelstwie polskim¹², dziecko zrodzone z obojga rodziców będących obywatelami polskimi nabywa obywatelstwo polskie z mocy prawa przez urodzenie. Dziecko to staje się zatem Polakiem *ex lege*, bez względu na jego wolę i wolę jego rodziców, co w konsekwencji (jeżeli obywatelstwa tego nie utraci) wyznacza mu przez całe życie określony status prawny obywatela polskiego, ukształtowany w wyznacznej mierze właśnie przez prawo administracyjne.

⁸. Ostatnio ponownie powrócono do tych prac. Ich wynikiem jest nowy projekt ustawy o przepisach ogólnych prawa administracyjnego z 31 stycznia 1996 r.

⁹. Zob. przykładowo K. Ziemiński: Zasady ogólne prawa administracyjnego, Warszawa 1989 i powołaną tam obszerną literaturę. Zob. też np. J. Borkowski: Przepisy ogólne prawa administracyjnego a porządkownie legislacji administracyjnej, (w:) Legislacja administracyjna. Materiały ze Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa i Postępowania Administracyjnego, red. E. Bojanowski, Gdańsk 1993, s. 7-18.

¹⁰. Przykładem takiego aktu może być wielokrotnie zmieniana ustawa z 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. nr 41, poz. 324 z późn. zm.).

¹¹. Por. uwagi na temat sytuacji administracyjnoprawnej J. Bocia: Prawo administracyjne, red. J. Boć, Wrocław 1993, s. 202 i n.

¹². Zob. art. 4 ustawy z 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim (Dz.U. nr 10, poz. 49 z późn. zm.).

Status administracyjnoprawny obywatela podlega nieustannym modyfikacjom. Jest on wyznaczany - bezpośrednio lub pośrednio - przez najbardziej płynne, najsilniej upolitycznione prawo administracyjne, przy czym, jak zauważa J. Boć, w grę wchodzi tu zarówno polityka wobec administracji, jak i polityka w samej administracji¹³. Na gruncie tego prawa ujawniają się najwyraźniej wszelkie partykularyzmy i koniunkturalizmy. Bezmiar i częstotliwość zmian, wywołanych często doraźnymi celami powodującą, że szereg aktów prawnych powstaje w pogoni legislacyjnej, nie stwarzającej warunków do stanowienia „dobrego prawa”. Efekt tego widoczny jest na co dzień. Liczba przepisów wzrasta w zastraszającym tempie. Dynamika i zakres prac legislacyjnych nie zawsze odzwierciedlają rzeczywiste potrzeby. Dostzegalna coraz wyraźniej nadprodukcja przepisów, wynikająca niejednokrotnie wyłącznie z chęci wystąpienia w roli kreatora norm prawnych lub bezkrytycznej wiary w omnipotencję prawa doprowadza do rozrostu nieprzydatnych przepisów zaciemniających jedynie obraz niezbędnej regulacji prawnej¹⁴. Niewiele w tym stanie rzeczy dają organizowane co jakiś czas akcje porządkowania prawa. W rezultacie nawet sami tworzący prawo gubią się w jego płataninie. Również organy stosujące przepisy nie nadążają za ciągłymi ich zmianami, nie mówiąc już o laikach, którzy błędą nieustannie w masie niestabilnych, wciąż rozbudowywanych, poprawianych albo zastępowanych nowymi, aktów prawnych.

Poruszanie się w labiryncie prawa administracyjnego nie ułatwia też swoisty chaos panujący w jego przepisach, wywołany wielością i zróżnicowaniem podmiotów wpływających na kształt tego prawa. Prym wiedzie tu sama administracja, zwłaszcza centrum rządowego, wyznaczająca treść nie tylko ustanawianych przez nią aktów prawnych, ale również np. przepisów ustawowych bazujących na projektach resortowych. Rodzi to określone następstwa. Z jednej strony docenić należy specjalistyczne przygotowanie zawodowców danej branży. Z drugiej jednak strony, koncentrowanie się na pewnym fragmencie prawa, widzianym oczami eksperta danej, wąskiej dziedziny prowadzi niejednokrotnie do konstruowania wyizolowanych, nie sprzężonych z innymi, przepisów. W efekcie prawo staje się niespójne, jest pełne sprzeczności i luk¹⁵. Ułomne, przygotowywane wielokrotnie w pośpiechu regulacje prędzej czy później zastępowane są nowymi, często niestety niewiele lepszymi od poprzednich. W okresie pomiędzy zmianami niedoróbki legislacyjne próbuje się naprawiać za pomocą wyjątkowo ostatnio popularnych wyjaśnień re-

13. Zob. J. Boć: Obywatel wobec ingerencji współczesnej administracji, *Acta Universitatis Wratislaviensis* Nr 827, Prawo CXXXVIII, Wrocław 1985, s. 43 i n.

14. Już w dobie oświecenia, wybitny myśliciel i prawnik Monteskiusz przestrzegał, że zbyt liczne prawa osłabiają te niezbędne - powołując za C. Wienera: *Inflacja prawa i jej konsekwencje*, (w:) Państwo Prawo Obywatel, red. J. Łętowski, W. Sokolewicz, Wrocław 1989, s. 436.

15. Zagadnienie luk w prawie administracyjnym omawia szczegółowo E. Smoktunowicz: *Analogia w prawie administracyjnym*, Warszawa 1970, s. 31-55.

sortowych¹⁶, uznawanych *nota bene* z reguły przez administrację za jedynie właściwy rezultat dokonywanej wykładni.

Stosowanie się do przepisów prawa administracyjnego wymaga od obywatela w większości wcześniejszego ich poznania. Posługiwanie się w tym przypadku intuicją, sięganie do pozaprawnych norm nie tylko nie pomaga, ale niejednokrotnie jest wręcz mylące. W tym obszarze znaleźć możemy najwięcej sztucznych, kazuistycznych przepisów. Wprowadzenie wielu norm wymaga mozolnego, czasochłonnego studiowania formalnych reguł ujętych na krótko w ramy paragrafów. Wspomniana już dynamika tego prawa i efemeryczność wielu stworzonych nim norm przekreśla niestety możliwość korzystania z niezwykle przydatnego, zwłaszcza dla nieprofesjonalisty, doświadczenia prawnego. Powszechna znajomość prawa administracyjnego (ściślej pewnych jego części, bo o znajomości całego prawa administracyjnego nie można w ogóle tu mówić) - co niejednokrotnie podkreślają socjologowie - opiera się głównie na obserwacji i przeżyciach, jakich doświadcza obywatel wprzężony w mechanizm funkcjonującego porządku prawa¹⁷. Zdobyta w ten sposób wiedza dezaktualizuje się błyskawicznie w tempie stale zmieniających się przepisów. Wcześniejsze doświadczenia nie są na ogół użyteczne. Mogą nawet wpłynąć na zniekształcenie wymaganej - świetle nowych unormowań - orientacji prawnej. Niemożność posłużenia się nabytą już w praktyce znajomością prawa jest odczuwalna tym bardziej, że przepisy prawa administracyjnego należą do najtrudniejszych do zinterpretowania¹⁸. Tu znaleźć możemy najwięcej zawiłych konstrukcji prawnych, abstrakcyjnych i specjalistycznych określeń. Często też, bez uzasadnionego powodu, nadaje się pojęciom lub zwrotom powszechnie używanym inne znaczenie. Co więcej, dodatkowo różnicuje się przypisywane im treści w kilku, a czasem nawet w ramach jednego aktu prawnego. Tutaj także spotykamy najliczniejszą grupę rozmaitych pojęć nieostrych, w tym klauzul generalnych. W tych też przepisach pojawia się najwięcej sprostowywanych następnie błędów¹⁹. W sferę prawa administracyjnego najczęściej też zmuszony jest ingerować Trybunał Kon-

16. Szerzej na ten temat piszę w opracowaniu: Wykładnia resortowa w procesie przestrzegania prawa, Monitor Prawniczy (w druku). Zagadnienia te omawia też W. Olszowy w Rola tzw. „prawa powielaczowego” w określeniu prawnofinansowej pozycji obywatela, Studia Prawno-Ekonomiczne 1981, t. XXVI, s.

17. Zob. A. Turska: Poczucie prawne a świadomość prawna, PiP 2/1961, s. 251, idem, Możliwa a rzeczywista znajomość prawa, PiP 1/1964, s. 19-20. Szerzej na ten temat, powołując się na liczne opracowania pisze też A. Gryniuk, Świadomość prawna (Studium teoretyczne), Toruń 1979, s. 36 i n.

18. Na szczególne znaczenie wykładni w prawie administracyjnym zwraca uwagę m.in. E. Smoktunowicz, Kodeks Postępowania Administracyjnego w orzecznictwie Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego Wykładnia prawa administracyjnego. Podstawowe zagadnienia, Warszawa 1995, s. 17 i n.

19. Jednym z ostatnich przykładów może być obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z 23 stycznia 1996 r. o sprostowaniu błędów (Dz.U. nr 8, poz. 50), w którym poprawiono kilkadziesiąt błędów.

stytucyjny. W rezultacie zaznajomienie się z obowiązującym tekstem prawnym jest na ogół tylko wstępem do poznania prawa w stopniu umożliwiającym pożądane - nierzadko z punktu widzenia podmiotu kontrolującego - zastosowanie się do jego norm. Wątpliwości związane z wprowadzeniem uznanej za właściwą normy postępowania i spory o wynik wykładni stają się nieomal codziennością. O ile jednak osoby z wykształceniem prawniczym, choć też nie bez trudności, mogą poradzić sobie z tymi barierami, to dla przeciętnych obywateli odszyfrowanie mnóstwa adresowanych właśnie do nich przepisów jest zadaniem wykraczającym poza ich możliwości percepcyjne.

Tworzenie niejasnego, wieloznacznego prawa, pozwalającego na różną jego interpretację deprecjonuje je i nie służy jego skuteczności²⁰. Brak klarowności przepisów stwarza okazję, a czasem wręcz zachętę do podejmowania działań sprzecznych albo odbiegających od litery prawa. Zagraża też fundamentalnej w państwie prawa zasadzie równości wobec prawa. Mętne prawo otwiera drogę do odmiennego traktowania obywateli znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej i *prima facie* w tym samym położeniu prawnym. Treść aktu stosowania prawa w konkretnej sprawie zależy bowiem w znacznej mierze od indywidualnej, subiektywnej oceny organu wydającego dany akt. Nawet krańcowo różne rozstrzygnięcia, wynikłe z przyjęcia odmiennego wyniku egzegezy tych samych niejednoznacznych przepisów mogą być uznane za mieszczące się w granicach prawa. Warto w tym miejscu przypomnieć pogląd wyrażony w orzeczeniu SN z 22 października 1987 r., zgodnie z którym nie może zachodzić rażące naruszenie prawa wówczas, gdy dokonany wybór znaczenia normy prawnej, będącej podstawą rozstrzygnięcia, wskazuje na możliwość przyjęcia rozwiązania alternatywnego²¹. Podobne stanowisko wyraził SN w jednym z ostatnich orzeczeń z czerwca 1995 r. przyjmując, że dla uchylenia wyroku NSA w wyniku rewizji nadzwyczajnej konieczne jest stwierdzenie, iż wyrok ten wydany został z rażącym naruszeniem prawa, które jednak nie występuje, jeśli na tle tych samych przepisów możliwe jest wyrażenie rozbieżnych poglądów²². Można oczywiście znaleźć motywy, jakie zadecydowały o przyjęciu takiego właśnie stanowiska. Wydaje się jednak, że podobnie jak usuwanie wad legislacyjnych za pomocą „prawa powielaczowego” nie służy to niestety rozwiązaniu problemu niewłaściwie konstruowanego prawa. Jest to droga, która z pewnością nie wiedzie do poprawy jakości pracy podmiotów formułujących i stanowiących normy prawne. Swoiste usankcjonowanie polaryzacji rozstrzygnięć budzi też nie-

20. Problematykę przyczyn nieskuteczności (dysfunkcjonalności) regulacji administracyjnoprawnej omawia obszernie Z. Kmiecik, *Skuteczność regulacji administracyjnoprawnej*, Łódź 1994, s. 92 i n.

21. III CRN 314/87, PSPiKA 1/1989, poz. 4.

22. Wyrok SN z 20 czerwca 1995 r., III ARN 22/95, OSN 24/1995, poz. 297. Zob. też wyrok NSA z 6 lutego 1995 r. II SA 1531/94, ONSA 1/1996, poz. 37.

małe wątpliwości biorąc pod uwagę zasady jedności prawa i równego traktowania - w analogicznym stanie faktycznym - adresatów tych samych norm prawnych.

Rozchwiana litera prawa nie służy obywatelowi, tym bardziej, że niezależnie od niej w prawie administracyjnym egzystuje zachowana z konieczności, choć nie zawsze zasadnie, instytucja uznania administracyjnego. Wprawdzie uznanie to nie jest jednoznaczne z nieograniczoną swobodą - słusznie zatem odstąpiono od używania wcześniejszego, mylącego określenia „swobodne uznanie” - jednakże bez wątpienia osłabia ono pozycję prawną obywatela, pozwalając organom administracji na znaczny luz decyzyjny. Fakt, że obywatel nie dysponuje w tym przypadku publicznym prawem podmiotowym, nie lokuje go w sytuacji nie objętej w ogóle ochroną prawną. Przeciwnie, rozstrzygnięcia tego rodzaju - z uwagi na większe prawdopodobieństwo i zagrożenie nadużycia władzy - polegać powinny na zwiększonej kontroli²³. W żadnym razie nie wolno traktować pozytywnego dla strony załatwienia sprawy objętej uznaniem, jako administracyjnego aktu łaski. Niestety w praktyce zdarzają się przypadki, gdy tak właśnie traktowane jest uznanie administracyjne²⁴. Tym większą zasługę przypisać należy judykaturze, zwłaszcza tym licznym orzeczeniom Naczelnego Sądu Administracyjnego, w których nie tylko nie dystansowano się od kontroli tego rodzaju rozstrzygnięć, ale wręcz zauważano szczególną potrzebę jej przeprowadzenia. Przy braku prawnego uregulowania reguł stosowania instytucji uznania administracyjnego, orzecznictwo to odegrało tu znaczącą rolę, wskazując m.in. że nie można identyfikować go z dowolnością, a organ administracji ma obowiązek załatwić sprawę w sposób pozytywny dla strony, jeśli interes społeczny nie stoi temu na przeszkodzie, ani nie przekracza to możliwości organu administracji²⁵. W innym wyroku podkreślano, że uznanie nie tworzy wcale uprawnienia do dowolności ani do nadużywania kompetencji, ani też - co jest oczywiste - do dyskryminowania dowolnie określonych osób czy ich grup²⁶. Podobnie przedstawia się sytuacja w odniesieniu do interpretacji pojęć nieostrych, nierzadko

23. Zob. M. Mincer: *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, s. 128 i n. oraz powołaną tam literaturę. Zob. też np. J. Zimmermann: *Glosa do orzeczenia TK z 29 września 1993*, K 17/92, PiP 4/1994, s. 113.

24. Takie określenie użyte zostało w wyroku NSA z 25 maja 1994 r. III SA 38/94, gdzie stwierdzono, iż „Umożnienie odsetek jest aktem łaski, a nie prawem podatnika”. Wyrok powołany jest przez M. Kubalicę, *Zobowiązania i postępowanie podatkowe. Przepisy, orzecznictwo, piśmiennictwo*, Warszawa 1995, s. 728.

25. Zob. np. wyrok NSA z 11 czerwca 1981 r., SA 820/81, ONSA 1/1981, poz. 57 z glosą J. Łętowskiego, OSpIKA 1-2/1982, poz. 22 oraz wyrok NSA z 12 listopada 1981 r., I SA 2279/81 z glosą M. Wyrzykowskiego, OSpIKA 9-10/1982, poz. 171. Zob. też przykładowo wyroki NSA: z 20 czerwca 1994 r., II SA 105/94, ONSA 2/195, poz. 86 i z 10 czerwca 1994 r. II SA 237/94, ONSA 3/1995, poz. 111.

26. Zob. wyrok SN z 19 grudnia 1990 r., IPR 170/90, powołany (w:) *Kodeksa Postępowania Administracyjnego, Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego*, red. R. Hauser, Warszawa 1995, s. 54.

sprzężonych z uznaniem administracyjnym. Użycie przez prawodawcę tego rodzaju wyrażen, będących mimo ich niedookreślenia kategoriami prawnymi, nie uprawnia organu administracji do arbitralnego ich interpretowania w oderwaniu do konkretnego rozpatrywanego stanu faktycznego i prawnego²⁷.

Wśród tysięcy przepisów prawa administracyjnego, szczególne znaczenie dla obywatela mają właściwie ogłoszone przepisy ustawowe, to jest przepisy zawarte w aktach o randze ustawy lub w aktach wydanych na podstawie i w granicach upoważnienia ustawowego. Tych bowiem przepisów - zgodnie z wymogiem konstytucyjnym - musi on przestrzegać. Te też tylko przepisy stanowić mogą podstawę do obarczenia go obowiązkiem lub przyznania mu określonego uprawnienia. Reguła ta eksponowana była niejednokrotnie w doktrynie i judykaturze, gdzie wskazywano, że o obowiązkach obywateli i ich organizacji mogą decydować wyłącznie tego rodzaju przepisy. Powyższa zasada ma odpowiednie zastosowanie do przyznawanych uprawnień mających charakter relatywny i wtórny, jako pochodzących z uprzedniego poddania danej dziedziny życia reglamentacji prawnej²⁸. Znajomość innych, poza ustawowymi, przepisów nie jest jednak obojętna dla obywatela. Mogą one przykładowo być cennym źródłem informacji wskazującej na przyjmowaną przez organy administracji (co nie znaczy, że powszechnie akceptowaną, czy obowiązującą) wykładnię przepisów prawa²⁹.

Przemowny wpływ, jaki na sytuację prawną jednostki wywiera prawo administracyjne, sprawia, że znajomość tego prawa leży w jej żywotnym interesie. Wiedza o tym prawie jest tu też najczęściej jednym z podstawowych warunków jego skuteczności. Okoliczność ta skłaniać powinna organy państwa do podejmowania wszelkich niezbędnych działań mających na celu popularyzowanie jego treści. Zaznajomienie obywateli z obowiązującymi ich przepisami - niezbędne nie tylko do przestrzegania nakazów i zakazów prawnych ale również do czynienia użytku z przyznanych praw i wolności - jest tu szczególnie ważne. Upowszechnianie informacji o prawie administracyjnym dalekie jest niestety od pożądanego. Szereg ułomności wskazać można w odniesieniu do niejednego z procesów komunikowania o tym prawie. Wśród wielu różnych wad, na uwagę zasługują w szczególności: krótki zwykle okres *vacatio legis*, zdarzające się wsteczne działania przepisów, niedoskonałość systematyki aktów, ogłaszanie zmian w sposób utrudniający ich

27. Zob. przykładowo wyrok NSA z 26 maja 1981 r., SA 974/81, ONSA 1/1981, poz. 49 z glosą E. Smoktunowicza, OSPiKA 5-6/1982, poz. 58 oraz wyrok NSA z 15 stycznia 1987 r. II SA 1829-1830/86, OSPiKA 9/1987, poz. 166 z glosą A. Wasilewskiego, OSP 11-12/1988, poz. 256.

28. Zob. np. A. Zieliński: Podstawa prawna decyzji administracyjnej, PiP 3/1984, s. 26-43 oraz J. Świątkiewicz, Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej, PiP 5/1985, s. 17-30 i powołane tam orzecznictwo sądów.

29. Por. wyrok NSA z 14 listopada 1984 r. SA/Gd 893/84 z glosą J. P. Tarno i W. Nykiela, OSPiKA 11-12/1986, poz. 216.

uchwycenie, brak tekstów jednolitych, korzystanie z wyjątkowo zagmatwanych konstrukcji zmian aktów zmieniających, czy nieprawidłowości w rozprawdaniu organów promulgacyjnych i uaktualnianiu urzędowych skorowidzów przepisów prawa.

Fakt zrozumiałego usankcjonowania wymogu przestrzegania prawa, przy równoczesnym zauważeniu trudności w zaznajomieniu się obywateli z obowiązującymi ich przepisami prawa zadecydowały o szczególnym traktowaniu - na płaszczyźnie prawa administracyjnego - fikcji powszechnej znajomości prawa oraz związanych z nią zasad: *ignorantia iuris* i *ignorantia legis non excusat*. O odejściu od kategorycznego posługiwania się i stosowania ww. reguł świadczy chociażby wiele przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, w tym zwłaszcza jego art. 9. Na zasadność ograniczenia, a w niektórych przypadkach wręcz na konieczność rezygnacji ze stosowania tych zasad wskazywano niejednokrotnie zarówno w doktrynie³⁰, jak i orzecznictwie sądów³¹.

Bezkrzytyczne, ścisłe trzymanie się prawideł wywodzących się jeszcze z czasów starożytnego Rzymu, gdy nawet wtedy nie były to reguły bez wyjątków, nie znajduje uzasadnienia na gruncie współczesnego nam prawa administracyjnego. Brak wiedzy o prawie, doprowadzający w efekcie do złamania zakazu lub nakazu prawnego nie musi zawsze pociągać za sobą negatywnych dla naruszającego następstw prawnych. Zarzucalność prawna niewiedzy o prawie, a dokładniej wynikłego z niej nieprzestrzegania prawa może być ograniczona albo wręcz wyłączona. Sytuacja ta zachodzi wówczas, gdy zaistnieją takie doniosłe prawnie fakty, których ziszczenie się wyłącza w części albo w całości realną możliwość obywatela dotarcia i przyswojenia sobie obowiązującej go normy. W judykaturze wskazywano nie raz, że nie można wymagać od obywatela stosowania się do norm prawnych, z którymi obywatel ten nie miał możliwości zapoznania się przy zachowaniu należytej staranności³². Nie jest też dopuszczalne nieuzasadnione zaskakiwanie obywateli nowymi rozwiązaniami prawnymi, bez stworzenia im niezbędnej możliwości dostosowania ich działań do nowego stanu prawnego³³.

30. Zob. np.: F. Longchamps: Z problemów poznania prawa, Wrocław 1968, s. 13; Z. Leoński: Prawo narzędziem kształtowania stosunków społecznych i oddziaływania na obywatela przez administrację państwową, OMT 4/1972, s. 3; O. Bujkowska: Ochrona obywatela w kodeksie postępowania administracyjnego, Warszawa 1984, s. 63; Z. Janowicz: Kodeks postępowania administracyjnego Komentarz, Warszawa 1987, s. 62.

31. Zob. przykładowo wyrok NSA z 27 marca 1985 r., III SA 153/85, GAP 4/1986, s. 44 oraz wyrok NSA z 17 stycznia 1990 r., I SA 28/89, powołany przez E. Smoktunowicz: Kodeks..., s. 86.

32. Zob. np. Wyrok NSA z 16 maja 1990 r., SA/KR 332/90, ONSA 2-3/1990, poz. 40 oraz wyrok z 6 kwietnia 1993 r., sap 2684/93 z glosą A. Zielińskiego, Palestra 7-8/1993, s. 129-131 oraz wyrok NSA z 18 lipca 1994 r., vsa 535/94, osp 5/1995, poz. 122.

33. Por. przykładowo wyrok NSA z 8 czerwca 1992 r., III SA 241/92, OSP 3/1994, poz. 43.

Nie można także przerzucać na adresata normy odpowiedzialności za błędy i uchybiecia popełnione przez podmiot tworzący lub ogłaszający przepisy prawa, jak też przez organ administracji niewłaściwie interpretujący prawo³⁴. Nie odpowiada też zasadzie pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa i świadomości prawnej społeczeństwa niedotrzymywanie oficjalnych, publicznie składanych przyrzeczeń dotyczących treści przyszłego prawa³⁵ oraz zachowywanie się odmiennie wobec osoby, której uprzednio oficjalnie udzielono informacji o praktyce stosowania prawa³⁶. Niezasadne jest wreszcie stawianie obywatelowi zarzutu złamania prawa wynikłego z jego nieznamości, jeśli nastąpiło to wskutek lub w związku z naruszeniem prawnej powinności organu stosującego prawo, zobowiązanego do udzielenia obywatelowi rzetelnej informacji o obowiązującym go prawie. Nieudzielenie tej informacji albo podanie informacji nieprawdziwej nie jest obojętne prawnie dla kwalifikacji wynikłego w następstwie tego zachowania się obywatela. W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego wskazywano w szczególności, iż dopuszcza się obrazy art. 8 i 9 k.p.a. organ administracji, który skutki nieznamości prawa przez podległych mu pracowników lub niedopełnienie przez nich obowiązków służbowych, przerzuca na obywateli³⁷.

Z przedstawionych powyżej, ograniczonych z uwagi na ramy opacowania, rozważań wynika, jak istotne dla obywatela jest prawo administracyjne. Obejmuje ono swoim zakresem tak bogatą problematykę, że spotkanie z nim jest nieuchronne. Mimo, że bezpośredni udział obywatela w kształtowaniu treści wiążących go norm prawa administracyjnego jest niewielki, z reguły mają one charakter bezwzględnie obowiązujących. Stosowanie się do norm nakazujących i zakazujących zabezpieczone jest najczęściej władztwem publicznym. Ich zarzucalne prawnie naruszenie nie tylko uprawnia ale zwykle zobowiązuje organ czuwający nad przestrzeganiem prawa do korzystania z tego władztwa. Złamanie nakazu lub zakazu prawnego pociąga za sobą z reguły szereg zróżnicowanych, dotkliwych konsekwencji, często ponadto łączy się z odpowiedzialnością karną. Przepisy prawa administracyjnego wyznaczają też wiele wolności i praw obywateli, do realizacji których nie dochodzi czasem jedynie z tej przyczyny, że obywatel nie wie - nierzadko nie z jego winy - o ich istnieniu.

³⁴. Zob. wyrok NSA z 6 lipca 1994 r., SA/L 1024/94, z glosą A. Jamroza, OSP 3/1995, poz. 218 oraz S. Wronkowskiej, PiP 3/1996, s. 105-110. Zob. też wyrok NSA z 17 czerwca 1988 r., III 118/88, powoływany przez E. Smoktunowica: Kodeks..., s. 83 oraz wyrok SN z dnia 23 lipca 1992 r., III ARN 40/92 z glosą W. Tarasa PiP 3/1993, s. 110-114 i glosą J. Zimmermanna PiP 8/1993, s. 116-120.

³⁵. Zob. powoływany już wyrok NSA z 8 czerwca 1992 r. III SA 241/92, OSP 3/1994, poz. 43.

³⁶. Zob. wyrok SN z 5 sierpnia 1992 r., I PA 5/92, z glosą W. Tarasa, OSP 7-8/1993, poz. 142.

³⁷. Zob. wyrok NSA z 20 lipca 1981 r. SA 1478/81, ONSA 2/1981, poz. 72, por. też powołany wyżej wyrok SN z 23 lipca 1992 r. III ARN 40/92.

Hipertrofia i kazuistyka przepisów, przechodzenie od ustaw do aktów niższej rangi, płynność i brak klarowności wielu rozwiązań prawnych zaciemniają obraz regulacji prawnej tej gałęzi prawa. Nieustanny rozrost i płynność materiału normatywnego, przy równoczesnej nasilającej się ostatnio tendencji rozbudowy aparatu kontroli i rozszerzania wachlarza środków represyjnych nie stwarzają właściwego klimatu dla obywatela otoczonego siecią tysięcy obowiązujących go przepisów. Obawa przed niezwykle trudnym do poznania prawem i dotkliwymi skutkami niestosowania się do jego norm nie aktywizuje obywatela - przeciwnie, paraliżuje jego działania. Na tle niemożliwego do ogarnięcia prawa potęguje się dystans pomiędzy obywatelem i administracją, która niejednokrotnie skrzętnie wykorzystuje swą przewagę zapominając zazwyczaj o swej służebnej roli wobec jednostki. Jak trafnie zauważa C. Wiener, „Gdy meandry są wystarczająco skomplikowane, aby obywatele nie mogli się w nich połąpać, znajduje się ona w położeniu jeszcze wyższym, bo to od jej woli zależeć będzie, czy sprawa zostanie załatwiona szybciej czy wolniej i czy w ogóle zostanie załatwiona”³⁸.

³⁸. C. Wiener: op. cit., s. 454.

ZASADY OGÓLNE W PRAWIE OCHRONY ŚRODOWISKA

System polskiego prawa ochrony środowiska podlega w chwili obecnej dość intensywniej przebudowie, której głównym celem jest unowocześnienie i dostosowanie naszych przepisów do wymogów obowiązujących w prawie Unii Europejskiej. Przygotowywana jest nowa ustawa ogólna, która powinna stanowić fundament dla całego systemu. Istotnym elementem zarówno tej ustawy jak i całego systemu przepisów ochronnych powinny być normy o charakterze zasad ogólnych.

Problem zasad ogólnych prawa ochrony środowiska ma już swoją historię. Po raz pierwszy podjęto go niedługo po wejściu w życie ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska z 31 stycznia 1980 r.¹. A. Walaszek-Pyzioł oparła się w swoim opracowaniu² na konstrukcji teoretycznej zasad ogólnych, przedstawionej w monografii S. Wronkowskiej, M. Zielińskiego i Z. Ziemińskiego. Autorzy ci rozróżnili zasady rozumiane w znaczeniu opisowym i dyrektywalnym. W tym ostatnim rozumieniu zasada to norma, której przypisuje się szczególne znaczenie w porównaniu z innymi normami, o szerokim stopniu ogólności, stanowiąca „rację bytu” dla norm szczegółowych³. Autorzy ci stwierdzają, też wyraźnie, iż formułując zasadę należy zawsze wskazać podstawę, ze względu na którą uznaje się właśnie ją za obowiązującą prawnie⁴.

A. Walaszek-Pyzioł stwierdziła w swoim opracowaniu, iż zasady prawa ochrony środowiska mają charakter dyrektywalny i mogą to być „zasady-cele” i „zasady-środki”. To rozróżnienie wyniknęło ze stwierdzenia, że o przyznaniu normie charakteru zasady decyduje przeświadczenie interpretatora o kierowaniu się przez prawodawcę wydającego akt normatywny określonym systemem ocen co do celów, jakim ten akt ma służyć, oraz znajomością środków, jakie powinny być stosowane dla osiągnięcia tychże celów. Zasady ogólne wyprowadzane z przepisów u.o.ś. powinny być, jak i cała ustawa, co wynika z preambuły, realizacją konstytucyjnych zasad ochrony środowiska, mających zbyt ogólny charakter, aby mogły być wykorzystywane w praktyce stosowania prawa bezpośrednio. W związku z tym, zasady wyprowadzane z ustawy powinny być formułowane w postaci w miarę precyzyj-

1. Tekst jednolity - Dz.U. z 1994 nr 49 poz. 196, dalej określana skrótem u.o.ś.

2. A. Walaszek-Pyzioł - Prawne zasady ochrony i racjonalnego kształtowania środowiska „Państwo i Prawo” 1982 r. nr 9, s. 96 i nast.

3. Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński i Z. Ziemiński - Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe; Warszawa 1974, s. 24.

4. Tamże, s. 57.

nych dyrektyw określonego postępowania, kierowanych do konkretnych adresatów⁵. Trudno temu stwierdzeniu odmówić słuszności, w chwili obecnej należałoby może jedynie rozszerzyć jego zasięg - taki charakter powinny mieć zasady formułowane już przez prawodawcę.

Autorka zaproponowała sformułowanie siedmiu zasad, wyprowadzanych z przepisów u.o.ś. Miały to być:

- 1) zasada nie pogarszania stanu środowiska - o podstawowym charakterze „zasady-celu”, pozostałe zasady (jako „zasady-środki”) miałyby mieć wobec niej charakter służebny,
- 2) zasada oszczędnego gospodarowania zasobami przyrodniczymi,
- 3) zasada powszechności ochrony środowiska,
- 4) zasada kompleksowości ochrony środowiska,
- 5) zasada priorytetu ochrony środowiska nad działalnością gospodarczą,
- 6) zasada uwzględniania aktualnego stanu wiedzy w celu ochrony środowiska,
- 7) zasada planowości.

Analizując cele, jakim ustawa ma służyć, Autorka postulowała uzupełnienie powyższego katalogu o „zasadę odpowiedzialności majątkowej za pogorszenie stanu środowiska naturalnego”. Miała to być odpowiedzialność powstająca niezależnie od szkody i winy naruszającego a także niezależnie od tego, czy działanie lub zaniechanie powodujące pogorszenie stanu środowiska było prawnie legitymowane. W koncepcji brakuje jednak precyzyjniejszego uzasadnienia, iż zasady te, zgodnie z założeniami teoretycznymi, stanowią „rację bytu” pewnej grupy norm prawnych.

Nieco później trochę odmienny katalog zasad przedstawił L. Jastrzębski⁶. Ten Autor oparł się na konstrukcji teoretycznej J. Wróblewskiego⁷, który wyróżniał zasady prawa i postulaty systemu prawa. Zasady to mające zasadniczy charakter normy lub konsekwencje logiczne grupy norm. Zasadniczy charakter ma wynikać z miejsca w hierarchicznej strukturze systemu prawa, logicznego stosunku do innych norm (zasada ma stanowić „rację” dla całej grupy norm), roli normy w konstrukcji instytucji prawnej, oceny normy w kontekście doniosłości problematyki społecznej nią regulowanej (poprzez wykładnię funkcjonalną). Zasady prawa oddziałują w sposób dyrektywny na tworzenie, stosowanie i krytykę prawa, przyczyniając się do ujednolicania prawa pozytywnego.

5. A. Walaszek-Pyziół: op. cit., s. 99.

6. Zob. L. Jastrzębski - Ochrona środowiska w PRL. Zagadnienia administracyjne; Warszawa 1983, także prace późniejsze, zwłaszcza - Prawo ochrony środowiska w Polsce; Warszawa 1990.

7. Zob. J. Wróblewski - Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego; Warszawa 1953 s. 259 i nast.

Na tej podstawie L. Jastrzębski stwierdził, iż z przepisów u.o.ś. można wprowadzić dwie grupy zasad - kryterium podziału miał być zasięg ich oddziaływania. Grupa pierwsza to ogólne zasady całego systemu prawa, dotyczące wszystkich gałęzi prawa, grupa druga zaś to zasady ograniczone do części systemu prawa, praktycznie do części prawa administracyjnego poświęconej ochronie środowiska⁸. W grupie pierwszej Autor ten wymienia:

- 1) zasadę obowiązku planowego i racjonalnego kształtowania środowiska,
- 2) zasadę obowiązku szczególnej ochrony środowiska przez organy państwowe, jednostki organizacyjne, organizacje społeczne oraz obywateli.

Grupa druga natomiast to zasady:

- 1) obowiązku zapobiegania i przeciwdziałania niekorzystnym zmianom elementów przyrodniczych i przywracaniu ich do stanu właściwego,
- 2) stosowania przy realizacji zadań ochrony środowiska materiałów, maszyn, urządzeń technicznych i procesów technologicznych gwarantujących maksymalną skuteczność ochrony,
- 3) kształtowania szczególnej odpowiedzialności z tytułu naruszenia wartości środowiska oraz specjalnych form postępowania,
- 4) obowiązku ochrony środowiska w działalności naukowo-dydaktycznej, naukowo-badawczej i w rozwoju postępu naukowo-technicznego⁹.

Autor w swoim wyliczeniu nie podał jednak, z których przepisów ustawy wprowadził konkretne zasady (odwołując się tylko w pewnym miejscu do przepisów Konstytucji w odniesieniu do zasad pierwszej grupy), nie określił też bliżej ich zasadniczego charakteru, co w założeniach teoretycznych było uznane za niezbędną cechę zasad ogólnych. Bliższego uzasadnienia, wraz z powołaniem się na konkretne przepisy, z których zasady wyprowadzono, dokonał L. Jastrzębski natomiast w innym opracowaniu¹⁰, też jednak tylko w odniesieniu do zasad grupy pierwszej. W takim ujęciu jest to więc bardziej postulat sformułowania i stosowania takich zasad, niż wykazanie ich istnienia i precyzyjne wyliczenie.

O „zasadach prawa dotyczących ochrony środowiska” pisze także w swoim najnowszym podręczniku R. Paczuski¹¹. Autor ten wyprowadza z przepisów u.o.ś. sześć zasad - legalności, planowości, kompleksowości, zachowania równowagi przyrodniczej, gospodarności (obejmującą, dwa kryteria eksploataowania zasobów przyrody - kryterium oszczędności i wydajności), integracji funkcjonalnej. Autor ten jednak nie rozważa aspektów teoretycznych zagadnienia ani nie precyzuje sta-

⁸. L. Jastrzębski: 1983, op. cit. s. 59.

⁹. Tamże, s. 57;

¹⁰. Prawo ochrony środowiska jako gałąź prawa, (w:) Materiały Ogólnopolskiej Sesji Naukowej „Ochrona prawna środowiska naturalnego człowieka”; Kraków 1980, s. 9-15.

¹¹. Prawo ochrony środowiska; Bydgoszcz 1996, s. 71-74.

tusu prawnego konstruowanych zasad. Trudno więc jednoznacznie stwierdzić, czy uznaje je za zasady ogólne tej gałęzi prawa (grupy przepisów¹²).

Wydaje się, że w zaprezentowanych ujęciach formułowane w nich zasady należałoby chyba raczej traktować jako „postulaty prawa” według koncepcji J. Wróblewskiego. Do takiego wniosku skłania się także i J. Sommer w najnowszym Komentarzu do u.o.ś.¹³

Należałoby wyraźnie stwierdzić, że przyznanie zasadom formułowanym w którejkolwiek koncepcji przymiotu „zasad ogólnych” powodowałoby istotne konsekwencje dla interpretacji i stosowania przepisów, wobec których miałyby one taką rolę odgrywać. Stanowiłyby one bowiem wówczas wiążące wskazówki interpretacyjne, dokonywałyby uchylenia lub zmiany przepisów z nimi sprzecznych, wytyczałyby kierunki przyszłych unormowań, precyzowały kryteria konstruowania przepisów wykonawczych. Z tych powodów propozycja przyjęcia określonego katalogu zasad musi być w należyty sposób uzasadniona - poprzez wykazanie ich podstawowego i normatywnego charakteru.

Przyznawanie charakteru „zasad ogólnych” zasadom wyprowadzanym z u.o.ś., zwłaszcza w koncepcjach L. Jastrzębskiego i R. Paczuskiego, wiąże się z przypisywaniem tej ustawie szczególnej roli w systemie przepisów związanych z ochroną środowiska. L. Jastrzębski uznaje ją za quasi-kodeks ochrony środowiska, za czym zwłaszcza ma przemawiać art. 111. Popiera ten pogląd i R. Paczuski¹⁴ zwracając także uwagę na fakt, iż rozdział I ustawy jest zatytułowany „Zasady ogólne” a z przepisów w nim zawartych wyprowadzana jest większość z proponowanych zasad. Także i M. Walaszek-Pyziół, odwołując się do preambuły u.o.ś., uznaje ją za rozwinięcie postanowień Konstytucji w kwestiach dotyczących ochrony środowiska.

Moim zdaniem jednak sprawa nie jest taka oczywista - opierając się na przepisach u.o.ś. w sposób niewątpliwy jej nadrzędnego charakteru wobec innych przepisów ochronnych stwierdzić nie można. Zawarte w art. 1 stwierdzenie, że „ustawa określa zasady ochrony i racjonalnego kształtowania środowiska” jest dla mnie raczej deklaracją określenia zasad podejmowania tego typu działań, co nie jest równoznaczne z deklaracją ustanowienia zasad ogólnych.

Wątpliwości co do istnienia zasad ogólnych prawa ochrony środowiska podkreślają jeszcze dwie okoliczności. Pierwszą jest fakt poddawania w wątpliwość istnienia wyodrębnionej gałęzi prawa, tak nazywanej, a zasady ogólne według za-

12. Sprawa wyodrębnienia prawa ochrony środowiska w osobną gałąź prawa jest bowiem sporna - zob. np. M. Górski: *Prawo ochrony środowiska jako odrębna gałąź prawa*; „*Studia Prawno-Ekonomiczne*” Łódź 1993, t. XLVIII, s. 57-69.

13. *Ustawa o ochronie i kształtowaniu środowiska. Komentarz*; red. J. Sommer, Wrocław 1995, s. 18.

14. R. Paczuski: *op. cit.*, s. 70.

łożeń teoretycznych to zasady gałęzi prawa bądź całego systemu. Dla przykładu M. Kulesza i W. Pańko stwierdzali, iż nie jest możliwe wyodrębnienie z całego systemu prawa zespołu norm prawnych mających za przedmiot regulacji ochronę środowiska¹⁵. Drugą okolicznością jest fakt, że NSA w swoich wyrokach dotyczących decyzji administracyjnych związanych z korzystaniem ze środowiska bądź jego ochroną, nie traktuje ogólnych przepisów u.o.ś. jako zasad ogólnych tej gałęzi prawa. Nie stwierdził tego też L. Jastrzębski badając orzecznictwo NSA w zakresie ochrony środowiska¹⁶.

W sumie więc uważam, że w dzisiejszym stanie prawnym istnienie zasad ogólnych prawa ochrony środowiska jest rzeczą dyskusyjną, co nie oznacza negowania potrzeby skonstruowania ich i stosowania. Sądzę bowiem, iż można mówić o wyłanianiu się nowej gałęzi prawa i gałąź ta powinna mieć swoje zasady ogólne. Powinny być one zawarte w konstruowanej obecnie nowej ustawie ogólnej, która powinna im w sposób wyraźny taka właśnie rolę nadać.

Zasady te nie mogłyby jednak być prostym przeniesieniem przepisów zawartych obecnie w rozdziale I u.o.ś. Podstawową przyczyną jest fakt, iż przepisy te nie uwzględniają pewnych zasad, mających we współczesnym prawie ochrony środowiska charakter podstawowy, takich jak zasada „zanieczyszczający płaci” (zasada sprawcy” w doktrynie niemieckiej), zasada prewencji czy zasada przezroczności. Do zasad tych odwołuje się również „konstytucja” Unii Europejskiej, czyli Traktat Rzymski z 1957 r. (po zmianach przyjętych w Maastricht¹⁷). Wprowadzone do niego w 1986 r. przepisy „środowiskowe” zawarte są w tytule XVI, gdzie art. 130 § ust. 2 stwierdza, iż polityka Wspólnoty dotycząca środowiska naturalnego ma na celu wysoki poziom ochrony i opiera się m.in. na zasadzie przezroczności i stosowania działań zapobiegawczych. Jest to przepis bardzo ważny dla państw członkowskich, gdyż (biorąc pod uwagę znaczenie Traktatu jako tzw. pierwotnego źródła prawa Unii) stwarza bezpośrednie zobowiązanie dla państw członkowskich i ich systemów prawnych. Perspektywicznie jest to także przepis istotny i dla Polski, która zobowiązała się do dostosowania swojego ustawodawstwa do wymogów obowiązujących w prawie Unii¹⁸.

¹⁵ M. Kulesza, W. Pańko: *Ochrona środowiska a cele i zadania planowania*, (w:) *Ochrona środowiska w planowaniu*; red. J. Sommer, Wrocław 1984, s. 9; szerzej na temat tej kontrowersji zob. M. Górski: *Prawo ochrony środowiska jako...*; op. cit.

¹⁶ L. Jastrzębski: *Prawo ochrony środowiska w Polsce*; op. cit. s. 6-18.

¹⁷ Traktat o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej z 25 marca 1957 r. wraz z późniejszymi zmianami (zwłaszcza wynikającymi z Jedolitego Aktu Europejskiego z 1986 r. i Traktatu o Unii Europejskiej z 1992 r. (Maastricht); tekst polski - *Prawo Wspólnot Europejskich. Dokumenty i orzecznictwo*, Warszawa 1994.

¹⁸ Por. art. 68 i 69 Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi z drugiej strony z 16 grudnia 1991 r.- Dz.U. z 1994 r. nr 17, poz. 69.

Podobnie sytuacja wygląda i w państwach członkowskich Unii, których systemy wewnętrzne wspomniane zasady znają już od dość dawna. Wyraźnym przykładem jest chociażby prawo niemieckie, chociaż w tym systemie zasady ogólne ochrony środowiska konstruowane są przede wszystkim przez naukę i orzecznictwo (zwłaszcza sądów administracyjnych), nie zostały bowiem wprowadzone do systemu prawa przez ustawodawcę w formie gotowego, w miarę zupełnego katalogu. Na przeszkodzie temu stoi m.in. brak kompleksowej ustawy o ochronie środowiska, którą tylko częściowo zastępuje ustawa federalna z 15 marca 1974 r. o ochronie przed zanieczyszczeniami (imisjami - tzw. Bundes-Immissionsschutzgesetz¹⁹. W nauce niemieckiej formułowane są zwykle następujące zasady - 1) zasada prewencji, 2) zasada ochrony istniejących zasobów, 3) zasada sprawcy (zasada przyczynienia się), 4) zasada kooperacji²⁰.

Dla zaproponowania treści przyszłych zasad przydatna będzie niewątpliwie ich krótka analiza teoretyczna. Zasada prewencji we współczesnym teoretycznym rozumieniu zakłada konieczność zapobiegania negatywnym oddziaływaniom na środowisko u źródła ich powstawania zamiast neutralizowania ich negatywnych skutków²¹. Prewencja wymaga szacowania ryzyka negatywnych oddziaływań opartego na istniejącej wiedzy i doświadczeniu, stosowania optymalnych technologii niezależnie od stopnia zagrożenia środowiska, wiąże się z zakazem pogarszania stanu środowiska²². Uzupełniana jest tzw. reguła ostrożności (przezorności), zgodnie z którą, dopuszczalne jest ograniczenie bądź zakaz prowadzenia działalności mogącej spowodować szkody środowiskowe także w sytuacji, gdy ta możliwość nie została jeszcze w pełni, naukowymi metodami, dowiedziona. Stosowanie zasady przezorności nie może jednak naruszać tzw. zasady proporcjonalności, zasady o konstytucyjnym już charakterze²³.

¹⁹. BGBl I s. 271.

²⁰. Obszernej analizie doktryny niemieckiej w tym względzie dokonał K. Nowacki *Administracyjno-prawne instrumenty ochrony środowiska naturalnego w Republice Federalnej Niemiec i Austrii. Studium prawnoporównawcze*; Wrocław 1993, „Acta Universitatis Wratislaviensis” nr 1570, rozdz. II. 3; zob. też tego samego Autora *Ogólne zasady ochrony środowiska naturalnego w RFN i ich związek z administracyjnoprawnymi instrumentami ochrony*; Acta Universitatis Wratislaviensis Prawo t. 148, Wrocław 1990.

²¹. Zob. np. A. Kiss, D. Shelton - *Manual of European Environmental Law*; Cambridge 1993, s. 37.

²². Szerzej o zasadzie prewencji zob. M. Górski, *Zasada prewencji w prawie ochrony środowiska*; Studia Prawno-Ekonomiczne t. III, Łódź 1995, s. 87-94; bardzo mocno podkreśla to w doktrynie niemieckiej np. M. Klopfer - *Umweltrecht*.

²³. Bardzo mocno podkreśla to w doktrynie niemieckiej np. M. Klopfer - *Umweltrecht* Nuenchen 1989, s. 17, 50; szerzej na temat zasady proporcjonalności zob. M. Walaszek-Pyziół: *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*; „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1995 r. nr 1 s. 14 i nast., także J. Sommer, u.o.ś. Komenarz; op. cit., s. 20-22.

Regułą ostrożności uwzględnia Deklaracja z Rio de Janeiro z 1992 r.²⁴ w swojej zasadzie 15. Stwierdza ona, że jeżeli istnieje groźba wyrządzenia poważnych lub nieodwracalnych szkód w środowisku to brak naukowych dowodów, taką groźbę uzasadniających, nie może być przyczyną zaniechania podjęcia odpowiednich i efektywnych środków zapobiegawczych. Do zasady prewencji i reguły ostrożności odwołuje się również wspomniany wyżej traktat z Maastricht, a konkretnie jego art. 130 r. Przepis ten nie precyzuje jednak bliżej treści obu zasad, definicji takiej nie zawiera także wspomniana wyżej Deklaracja z Rio. Także ustawodawstwa wewnętrzne poszczególnych państw takiej uniwersalnej definicji dotychczas nie wypracowały, regułą jest odwoływanie się do wymogów ostrożności i prewencji przy konstruowaniu konkretnych obowiązków ochronnych (dotyczących ochrony określonych komponentów środowiska czy zapobiegania oznaczonym zagrożeniom).

Przykładem dość charakterystycznym może być ustawodawstwo holenderskie dotyczące ochrony przed niebezpiecznymi substancjami chemicznymi²⁵. Przewiduje ono że każdy, kto produkuje niebezpieczne substancje, oddaje je w użytkowanie innym, użytkuje je lub sprowadza na obszar Holandii a także wie lub powinien racjonalnie przewidywać, że mogą one powodować niebezpieczeństwo dla ludzi lub środowiska, ma obowiązek podjęcia wszelkich dostępnych mu środków służących odwróceniu potencjalnego niebezpieczeństwa. Jest więc to obowiązek zapobiegania możliwemu powstaniu negatywnych efektów dla ludzi lub środowiska wskutek prowadzenia określonej działalności (polegającej na korzystaniu z oznaczonych substancji).

W ustawodawstwie polskim zasada prewencji nie została dotychczas sformułowana w sposób wyraźny, we współczesnym brzmieniu. Tym niemniej należy zauważyć, że częste są w naszych przepisach odwołania do obowiązku zapobiegania powstawaniu negatywnych oddziaływań czy szkód w środowisku, co wynika przede wszystkim z przyjętej w naszych przepisach koncepcji pojęcia „ochrona środowiska”. Definiuje to pojęcie art. 2 ust. 1 u.o.ś. stwierdzając m.in., że ochrona ta wyraża się w szczególności także i w zapobieganiu szkodliwym wpływom na środowisko. Koncepcja ta była dalej rozwijana w aktach prawnych precyzujących założenia ochrony poszczególnych komponentów środowiska, czego przykładem

24. Tekst oficjalny deklaracji - The Global Partnership for Environment and Development; United Nations, New York 1993; tekst polski - Deklaracja w sprawie środowiska i rozwoju (Deklaracja z Rio) - tłumacz. nieofic.: Dokumenty Końcowe Konferencji Narodów Zjednoczonych, Środowisko i Rozwój, Rio de Janeiro, 3-14 czerwca 1992 r.; Instytut Ochrony Środowiska, Warszawa 1993, s. 7 i nast.

25. Ustawa z 5 grudnia 1985 r. o ochronie człowieka i środowiska przed niebezpiecznymi substancjami i preparatami chemicznymi - Biuletyn Ustaw, Zarządzeń i Dekretów Królestwa Holandii z 1985 r. nr 639.

może być najnowsza z tych ustaw, dotycząca ochrony gruntów rolnych i leśnych²⁶. Art. 3 tej ustawy stwierdza, że ochrona gruntów rolnych i leśnych m.in. polega na zapobieganiu procesom degradacji i dewastacji tych gruntów oraz szkodom w produkcji rolnej lub leśnej, wyrządzanym wskutek prowadzenia innej działalności.

Z art. 64 u.o.ś. można także wyprowadzić ogólny obowiązek podejmowania działań zapobiegających wyrządzaniu szkód w środowisku, obciążający podmioty prowadzące lub zamierzające podjąć działalność, która takie szkody powoduje lub mogłaby spowodować. Obowiązek ten ma jednak raczej charakter deklaracji, gdyż brak jest przepisów mających wobec niego charakter gwarancyjny (pozwalających na wyciągnięcie konsekwencji prawnych w przypadku naruszenia go).

Powyższe uwagi pozwalają na sformułowanie propozycji treści przepisów, zawierających zasadę prewencji wraz z regułą ostrożności (przezorności). Mogłyby mieć one brzmienie następujące:

1. Podjęcie jakiejkolwiek działalności gospodarczej, mogącej oddziaływać bezpośrednio lub przez swoje efekty na stan środowiska, a także takiej, której potencjalne skutki dla środowiska w przyszłości nie są, jeszcze w pełni rozpoznane, wymaga wcześniejszego zastosowania wszelkich praktycznie dostępnych i odpowiadających aktualnemu poziomowi nauki i techniki środków, służących rozpoznaniu i eliminacji bądź możliwie najdalej idącemu ograniczeniu negatywnych oddziaływań na środowisko.

2. Każdy, kto podejmuje działalność gospodarczą mogąca negatywnie oddziaływać na stan środowiska, zobowiązany jest do eliminacji lub, jeżeli jest to niemożliwie bądź ze względu na interes publiczny nieuzasadnione, ograniczenia negatywnego oddziaływania na środowisko.”

Z zasadą, prewencji wiąże się także, co widać chociażby w treści zaproponowanego przepisu, problem prawnego określenia wymogów „jakości” działań ochronnych²⁷. Nie jest to kłopotliwe w sytuacji, gdy można w sposób precyzyjny opisać wymogi, jakie powinny spełniać konkretne działania. W praktyce jednak taki sposób regulacji jest rzadko spotykany, przede wszystkim ze względu na różnorodność możliwych działań i wiążącą się z tym kazuistykę przepisów. Próbuje się raczej konstruować wymogi opisane w sposób ogólny, za pomocą tzw. koncepcji BAT lub BATNEEC. Koncepcja BAT, czyli koncepcja „najlepszych dostępnych technologii” (best available technology), w prawodawstwie Unii Europejskiej pojawiła się po raz pierwszy w dyrektywie nr 76/464 o zrzucie substancji niebezpiecznych do wód²⁸. Koncepcja BATNEEC to koncepcja „najlepszych dostępnych technologii nie powodujących nadmiernych (nieuzasadnionych) kosztów”

26. Ustawa z 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych - Dz.U. nr 16, poz. 78.

27. Szerzej na ten temat zob. M. Górski - Zasada prewencji...; op. cit., s. 92-93.

28. Dyrektywa z 4 maja 1976 r. - EC Official Journal L 129 z 18 maja 1976 r., p. 23.

(best available technology not entailing excessive costs). Ta zasada po raz pierwszy pojawiła się w dyrektywie nr 84/360 o zwalczaniu zanieczyszczeń powietrza pochodzących z zakładów przemysłowych²⁹. Wprowadzenie do naszego ustawodawstwa zasady prewencji będzie wymagało równoczesnego wprowadzenia jednej z wymienionych zasad³⁰.

Zasada sprawcy (zasada „zanieczyszczający płaci” - „polluter pays principle”) w ujęciach spotykanych w doktrynie niemieckiej zobowiązuje do wykazania i wyliczenia kosztów spowodowania szkód i ubytków w środowisku oraz obciążenia nimi sprawców tych szkód. W praktyce jest realizowana poprzez zobowiązanie sprawcy do pokrycia takich kosztów obciążeń czy degradacji środowiska, które są uznane za konieczne ze względu na przyjętą politykę ochronną państwa i realizowane cele ochrony środowiska. Według autorów niemieckich pozwala to na prawidłowe umiejscowienie obowiązku pokrycia kosztów restytucji środowiska w łańcuchu sprawców takich szkód oraz na wybór instrumentów odpowiednich dla zapobiegania czy naprawienia tych szkód.³¹

Przeciwstawieniem zasady sprawcy jest zasada powszechnego obciążania społeczeństwa kosztami usuwania szkód środowiskowych. Uważa się ją, jednak za wyjątek stosowany w sytuacjach szczególnych³². Instrumenty prawne realizujące tę zasadę powinny mieć wobec powyższego charakter wyjątkowy. Tego typu instrumenty to np. subwencje państwa na rzecz gałęzi słabiej rozwiniętych czy finansowanie (lub współfinansowanie) przez państwo działań zmierzających do szybkiego usunięcia źródeł szczególnie groźnych zanieczyszczeń.

Opierając się na tych uwagach można zaproponować treść przepisu statuującego taką zasadę w przyszłej ustawie ogólnej:

1. Każdy, kto (prowadząc działalność gospodarczą) narusza stan równowagi ekologicznej bądź powoduje dalsze pogorszenie stanu już naruszonego, zobowiązany jest do usunięcia skutków swego działania lub zaniechania na zasadach określonych ustawą.

2. Ustawa może wyłączyć obowiązek, o którym mowa w ust.1, w odniesieniu do określonych naruszeń bądź oznaczonych sprawców. W takiej sytuacji a także

²⁹. Dyrektywa z 28 czerwca 1984 r. - EC Official Journal L 188 z 16 lipca 1984 r., p. 20.

³⁰. Np. w brzmieniu proponowanym w najnowszej dyrektywie dotyczącej zintegrowanej kontroli zanieczyszczeń (tzw. dyrektywa IPPC - integrated pollution prevention control; projekt przyjęty w czerwcu 1995 r.); wg definicji zawartej w tej dyrektywie BAT to najnowsze stadium rozwoju odpowiednich procesów, metod i środków działania, praktycznie użytecznych dla zapobiegania bądź, gdy jest to niemożliwe, minimalizowania emisji, oddziaływań, powstawania odpadów szkodliwych dla środowiska.

³¹. Por. K. Nowacki: *Ogólne zasady...*; op. cit., s. 223.

³². Zob. np. R. Breuer - *Umweltschutzrecht*, (w:) *Besonderes Verwaltungs recht*; Berlin-New York 1985, s. 560 i nast.

wówczas, gdy naruszenie zostało dokonane przez nieznanego sprawcę, usunięcie skutków naruszenia jest obowiązkiem właściwego organu administracji publicznej i odbywa się na koszt Skarbu Państwa.”

Propozycja ma dwa warianty - szeroki, dotyczący naruszeń dokonywanych przez wszelkie podmioty i węższy, obejmujący swoim zasięgiem tylko konsekwencje środowiskowe prowadzonej działalności gospodarczej. Wydaje się, że w pierwszym etapie realniejsze będzie ograniczenie się do wariantu węższego.

Zaproponowane zasady nie wyczerpują oczywiście katalogu zasad ogólnych prawa ochrony środowiska, które powinny znaleźć się w nowej ustawie. Celem ich przedstawienia było przede wszystkim zwrócenie uwagi na samą potrzebę opracowania takich zasad, wśród których powinny znaleźć się wskazane, w wielu państwach znane i stosowane. Istotny jest także wspomniany wyżej fakt odwoływania się do nich przepisów Traktatu Rzymskiego.

INSTYTUCJE PRAWNE POLSKIEJ USTAWY OŚWIATOWEJ Z 1991 r.

1. Wprowadzenie w problematykę

1.1. Ciężar gatunkowy przepisów ustrojowych

Zdrowie, oświata i praca - to trzy podstawowe dziedziny życia, w których człowiek już nie jest w stanie sam sobie we współczesnym świecie poradzić i zaradzić. Potrzebna mu istotna pomoc, zarówno w zachowaniu zdrowia, procesach kształcenia, jak i zorganizowaniu pracy. Pomoc ta jest nieodzowna gdy człowiek ma nie tylko przetrwać we współczesnym społeczeństwie, bo nadto rozwinąć się i to nie tylko na miarę swej wewnętrznej dojrzałości. Zarysowuje to istotne zadania również dla państwa - gdy ono faktycznie ma być dla człowieka i jemu służyć. Nieodparcie narzuca się to, i to nie tylko gdy przyjmuje się założenia państwa socjalnego czy opiekuńczego, ale dla każdego państwa - bo taka jest wymowa tego oczywistego, by nie rzec powszechnego i naturalnego prawa człowieka do życia i rozwoju. Co więcej, te wartości życia człowieka i godności osobowości ludzkiej nie wynikają nawet z ustaw ani Konstytucji, bo wręcz przeciwnie całe prawo pozytywne wartości te ma nie tylko uznawać i potwierdzać, ale w sposób właściwy dla nich je chronić i służyć im. Tym nie mniej prawniczo ważne staje się to - w jaki to sposób Konstytucja i inne ustawy chronią i realizują te wartości i w konwencji jakich instytucji i gwarancji prawnych to się dzieje, w jakich i czyich uprawnieniach wyraża się to prawo do życia i rozwoju jednostki, w całej prawdzie jej osobowości i godności, w jakich gwarancjach prawnych ochrony życia, rozwoju oświaty, kultury czy kształcenia oraz zabezpieczenia życia i rozwoju człowieka przez pracę?

Państwo określa swe zadania i funkcje tzw. „prawem ustrojowym”, Konstytucją i odpowiednimi „ustawami ustrojowymi” - jak ta o „systemie oświaty”, w której daje wyraz całemu swemu programowi rozwoju człowieka, jego kształcenia i nobilitacji wewnętrznej, w danym, jak np. oświatowym zakresie. Przedmiotem naszych zainteresowań staje się właśnie to - jak i jakimi rozwiązaniami prawnymi dzieje się to u nas w zakresie oświaty, wychowania i kształcenia. A czyni się to przede wszystkim w oparciu o odrębną „oświatową ustawę ustrojową”. W konwencji oświatowych stosunków prawnych i oświatowych uprawnień użytkowników zakresła ona ten podstawowy program i koncepcję oświatowej działalności państwa.

W historii polskiego prawa szkolnego i oświatowego czyniono to już kilkakrotnie¹, - Sięgając porównawczo do tych już historycznych uregulowań, koncentrujemy się jednak na rozwiązaniach jakie wystąpią w tej mierze w aktualnie obowiązującej ustawie oświatowej z roku 1991². Przyniesie to pewien obraz dokonanych już rozwiązań - „de lege lata”, jak i tych, które w tej mierze się dopiero nadsuwają „de lege ferenda”.

Rola to przepisów ustawowych, że mają przesądzać o treści odpowiednio niższych, wykonawczych przepisów, aktów i działań, a nadto wykazują one charakter pewnych zasad ogólnych, postawowych dla całej tej wykonawczej legislacji i działalności. Taką też rolę interpretacyjnych zasad ogólnych przypisuje się wstępom (preambułom) zamieszczanym przed tekstem ważniejszych ustaw ustrojowych, a także w Konstytucji. Myśl jurydyczna widzi w nich: zasady ogólne danej regulacji ustawowej oraz dyrektywę dla wykładni autorytatywnej wszystkich przepisów danej ustawy (dlatego też teksty te wyjęte są nawet z numeracji przepisów tego aktu), dyrektywę interpretacyjną w kwestiach sensu, niejasności czy stosowania poszczególnych przepisów ustawy, a nadto stanowią one tekst oficjalnego uzasadnienia - ratio legis danej regulacji prawnej.

Rzecz ta godna bliższej uwagi, jako że ustawy oświatowe posługują się takimi preambułami. Jakie zatem treści wnoszą one do i dla całości stosunków prawnych oświaty i wychowania?

Sprawę stawia wstęp do ustawy oświatowej, tej już z r. 1932 deklarując „wychowanie i kształcenia świadomych i twórczych obywateli”, którym ma się zapewnić „jak najwyższe wrobiecie religijne, moralne, umysłowe i fizyczne, przygotowanie do życia, a zdolniejszym i dzielniejszym jednostkom ze wszelkich środowisk - możliwość osiągnięcia najwyższych szczebli wykształcenia”. Za piękny - by był to realny program. Jakże też trudna jest prawnicza wykładnia tych użytych tu określeń, a cóż mówić o ich aksjologicznej czy pedagogicznej wymowie! Tym nie mniej, w ten sposób prawniczo zarysowany zostaje przecież dla całej oświatowej i szkolnej działalności państwa pewien kierunek działań, a w tym również zakresy pośrednio z tego wynikających oświatowych uprawnień obywateli, stanowiących jakby uzasadnienie całej tej regulacji o „ustroju szkolnictwa” z r. 1932. Do takich ujęć sprawy nawiązuje także wstęp do ustawy z r. 1961, w którym wprost się już

¹. Chodzi tu o następujące ustawy i inne akty normatywne: a) ustawę z 4 VI 1920 r. o tymczasowym ustroju władz szkolnych (Dz.U. nr 50, poz. 304), zwaną dalej: ustawą z r. 1920, b) ustawę z 11 III 1932 r. o ustroju szkolnictwa (Dz.U. nr 30, poz. 389), zwaną dalej: ustawą z r. 1932, c) dekret z 23 IX 1945 r. o organizacji szkolnictwa w okresie przejściowym (Dz.U. nr 2, poz. 9 z 1946 r.), zwany dalej: dekretem z r. 1945, d) ustawę z 15 VII 1961 r. o rozwoju systemu oświaty i wychowania (Dz.U. nr 23, poz. 160), zwany dalej: ustawą z r. 1961 oraz e) uchwałę Sejmu z 13 X 1973 r. w sprawie systemu edukacji narodowej (M.P. nr 44, poz. 260), zwaną dalej: uchwałą z r. 1973.

². Jest nią ustawa z 7 IX 1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. nr 95, poz. 425), zwaną dalej: ustawą z r. 1991.

powie, że obywatele mają prawo do nauki” - a to już wyraźnie sugeruje takie właśnie podmiotowe prawa oświatowe, przy czym ustawa ta jednak dopowie, że chodzi o kształcenie i wychowanie kwalifikowanych pracowników, a cały rozwój oświaty, ten z tytułu ustawy, ma polegać „na zapewnieniu każdemu zdobycia wykształcenia podstawowego oraz dostępności kształcenia na wszystkich szczeblach, stosownie do zainteresowań i uzdolnień”. Wyrazem, ale i granicą tych idei i celów stają się prawnicze postanowienia tej samej ustawy. Rzecz podjęcie z kolei preambuła obowiązującej aktualnie ustawy z r. 1991, uciekając jednak jeszcze bardziej w ogólnikowość pewnych deklaracji oświatowych. Najpierw - a przecież to sprawa oczywista - czytamy w tym wstępie, że „oświata stanowi wspólne dobro społeczeństwa”, potem, że miarodajnymi dla działalności oświatowej jest Deklaracja Praw Człowieka i Konwencja Praw Dziecka ONZ oraz że „nauczanie i wychowanie respektując chrześcijański system wartości, za podstawę przyjmuje uniwersalne zasady etyki”, aby na koniec stwierdzić, że „szkoła winna zapewnić każdemu uczniowi warunki niezbędne do jego rozwoju i przygotować go do wypełniania obowiązków rodzinnych i obywatelskich”.

Znamienne, że ta preambuła ustawy oświatowej z r. 1991 ucieka od normatywnych sformułowań uprawnieniowych i przechodzi na tryb deklaracji i postulatów, a jeżeli prawniczo chce sprawę skonkretyzować - to okazuje się, że odwołuje się do obowiązków a nie uprawnień obywatelskich, bo przecież docelowo to całe kształcenie jednostki ma prowadzić do możliwości wypełniania przez nią jej „rodzinnych i obywatelskich obowiązków”. Trudno w tych sformułowaniach doczytać się „uprawnień podmiotowych”, a całą sprawę przerzuca się na płaszczyznę społecznych i zawodowych ról. Ten wstęp do ustawy z r. 1991 wyraźnie zmienia charakter czy kierunek oświatowej aksjologii, jaka z tych intencji prawodawcy wynika; nie tyle zatem system uprawnień podmiotowych w stosunkach oświatowych osób korzystających z oświaty - co społeczne, ogólne uzasadnienie kształcenia i wychowania staje się racją tej regulacji ustawowej.

Tym nie mniej, sam tekst tej ustawy z r. 1991 regulując szeroko działalność aparatu oświatowego - w konsekwencji ustala przecież także pewne uprawnienia osób korzystających z działalności szkół i zakładów oświatowych. Co więcej, ten pewien realizm i pozytywizm prawodawcy, wyrażający się w tym ogólnym, społecznym odniesieniu działalności oświatowej zdradza nadto odchodzenie od normatywnych sformułowań prawnych, polegających na konkretyzowaniu zarówno uprawnień, jak i gwarancji ich realizacji. Tego właśnie wymaga przestrzeganie w państwie prawa różnych „interesów prawnych” podmiotów występujących w stosunkach prawnych.

1.2. Materie oświatowej ustawy ustrojowej

„Materie ustawowe” - to termin techniczny na oznaczenie tych kwestii czy zagadnień, które ze względu na ich treść, a też wagę kwalifikują się właśnie do regulacji ustawowej. Prawo szkolne i oświatowe obejmuje szereg ustaw oświato-

wych, regulujących poszczególne kwestie czy problemy działalności oświatowej (choćby: obowiązek szkolny, ustrój szkolny, sytuację prawną nauczyciela, użytkowników oświaty, finansowanie oświaty, zakładanie i prowadzenie szkół i zakładów niepaństwowych itd.). Wśród takich ustaw naczelną pozycję zajmuje „ustrojowa ustawa oświatowa”.

Gdy oświatę i szkolnictwo uznać jednak za teren realizacji pewnych praw podmiotowych obywateli, jak i sferę działalności państwowej czy publicznej, która wkracza w zakres tych praw - wtedy ustawowo trzeba ustalić zasadniczą sytuację prawną podmiotów, zwłaszcza zewnętrznych, jakie wchodzą w prawne stosunki oświatowe. Chodzi zatem przede wszystkim o „użytkowników oświaty” - uczniów, wychowanków, studentów czy słuchaczy, nadto o rodziców i opiekunów tych użytkowników gdy są niepełnoletnimi; a także o same władze szkolne czy oświatowe, z ministrem oświaty na czele, aż do tych zakładowych władz oświatowych - dyrektorów szkół i innych zakładów. Oni bowiem wszyscy realizują tu pewne swe obowiązki prawne, jak i czyjeś uprawnienia. Zatem to wszystko co bezpośrednio dotyczy sytuacji prawnej podmiotów zewnętrznych, tj. osób i instytucji stojących poza „służbowym” czy administracyjnym podporządkowaniem wobec władz oświatowych - to wyraźnie materia ustawowa. I obejmie to przede wszystkim owych „użytkowników oświaty” jak i zdecentralizowane, społeczne czy niepaństwowe instytucje - zakłady i placówki oświatowe. Na sytuację prawną owych użytkowników składają się takie sprawy, jak: obowiązek szkolny, tytuł prawny korzystania ze szkoły czy zakładu opiekuńczego, zakres obowiązkowego programu szkolnego, a wreszcie uprawnienia uzyskiwanego dyplomu. Natomiast sytuację prawną władz oświatowych określa to, komu i jak one podlegają, jaki jest zakres ich samodzielności i kompetencji i jak daleko sięgają ich kompetencje wkraczania w sferę uprawnień innych podmiotów i użytkowników. Ale wewnętrzna organizacja urzędów, szkół i zakładów, zasady ich funkcjonowania i powoływania ich organów - to już materie pozaustrojowe.

Ponadto materia ustawową stają się podstawowe założenia budowy systemu szkolnego, usytuowanie szczebli i rodzajów szkół - bo to wszystko refleksyjnie rzuca na sytuację prawną użytkowników.

Do tego dla regulacji ustawowej istotną staje się sprawa dojrzałej techniki legislacyjnej, operowanie prawidłową budową norm, ich jasność i zwięźłość, wreszcie spójność, i to przy posługiwaniu się właściwą terminologią, prawidłowym językiem prawnym. Zwłaszcza sprawą okazuje się przejrzystość budowy normy, jej hipotezy i dyspozycji, co prowadzić ma do jasnego precyzowania obowiązków i uprawnień. To kanon wypowiedzi prawnych, zwłaszcza gdy chodzi o takie normy jak w ustawie oświatowej, gdzie na „przepisy” (wypowiedzi) funkcjonalne, opisujące, intencjonalne czy informujące już właściwe miejsca nie ma. Nawet cała, jakże tu narzucająca się oświatowa, pedagogiczna czy społeczna aksjologia musi zostać przełożona na język norm prawnych tj. konwencję czytelnych, możliwie

sprecyzowanych i egzekwawalnych uprawnień i obowiązków w sferze oświaty i wychowania.

2. Rozważania o dotychczasowych rozwiązaniach prawnych (de lege lata)

2.1. System szkolny jako konwencja realizacji prawa do nauki

System szkolny to całość działających szkół, poszczególnych stopni (szczebli) i rodzajów (kierunków), powiązanych ze sobą więzami organizacyjnej i programowej zależności. Przechodzenie ucznia ze szkół niższych do wyższych określa „drogi karier szkolnych” oraz warunki kontynuacji nauki szkolnej. Są to jednocześnie warunki realizacji „prawa nauki” (prawa do oświaty, również do opieki), a wtedy nauczanie postępuje „stosownie do zainteresowań i zdolności”, jak to deklaruje wstęp do ustawy oświatowej. Ponadto: powszechność oświaty, dostępność, drożność i bezpłatność szkolnictwa miały to prawo urealniać. W ustawie należy powiedzieć jakie tworzy się te podstawowe rodzaje i szczeble szkół, jakie są ich cele, ile lat trwa pobierana w nich nauka, wreszcie jakie dają uprawnienia - bo to wszystko są prawne aspekty realizacji prawa do nauki³.

Droga szkolna oczywiście zaczyna się od przedszkola, któremu przejrzystą sytuację prawną stwarzała już ustawa z r. 1932 stanowiąc, że „dla dzieci w wieku od 3 lat do czasu rozpoczęcia obowiązku szkolnego organizuje się przedszkola, które mają na celu wychowanie fizyczne i psychiczne” (art. 4 tej ustawy). Niewiele do tego doda art. 5 ustawy z r. 1961 nad to, że w przedszkolach chodzi o „przygotowanie dzieci do nauki szkolnej i pomoc pracującym rodzicom w zapewnieniu dzieciom opieki wychowawczej”. Znacznie rozwija te cele z kolei ustawa z r. 1991, gdy stanowi (w art. 6), iż „przedszkole prowadzi bezpłatnie nauczanie i wychowanie w zakresie co najmniej minimum programowego wychowania przedszkolnego” i to „w oparciu o zasadę powszechnej dostępności”. W konwencji oświatowych praw obywatelskich to znaczyć powinno już wiele, ale nawet z tego przepisu art. 6 ustawy z r. 1991 nie wynika ani „obowiązkowe wychowanie przedszkolne”, ani nawet prawo domagania się przyjęcia dziecka do przedszkola. Sieć dostępności przedszkolnej to kolejny problem, jak i brak funduszy oraz praktycznie coraz to malejąca idea bezpłatności. To prawda, że ustawa ta tworzy szerokie możliwości organizowania przedszkoli publicznych i niepublicznych, państwowych, społecznych i prywatnych - ale to wszystko o tyle, o ile są ku temu środki. Dopóki możliwość tworzenia przedszkola nie oznacza dla państwa czy samorządu obowiązku organizowania przedszkoli, i to w określonych normach sieciowych, a obowiązek ten nie przesądza o pewnym niezbędnym wtedy „minimum budżetowym” (które organ obowiązany do prowadzenia przedszkola ma prawo żądać), dopóki

³. Elementy tych ustaleń są zawarte w przepisach art. 1-2, 5-20 oraz 58-76 ustawy z r. 1991. Zarysowanie prawnych warunków korzystania z działalności systemu oświatowego w Polsce - zob. E. Smoktunowicz: *Encyklopedia obywatela PRL*, Warszawa 1987, s. 368-386.

przedszkole nie jest powszechnym uprawnieniem oświatowym - dopóty deklaracje ustawowe o „prawie do wychowania przedszkolnego” będą bardziej lub mniej tylko dyrektywą odpowiedniego w tym kierunku usiłowania i rozwijania działalności oświatowej.

A cóż powiedzieć, gdy dodać, że to wszystko odpowiednio odnosi się do organizowania i prowadzenia (przez państwo czy samorząd terytorialny) szkół podstawowych, właśnie tych z obowiązkiem szkolnym; wtedy istnieje już prawo żądania przyjęcia. Odpowiednio gdy dla poszczególnych szkół stwarza się prawa lub chociażby możliwości prawne podejmowania nauki na różnych kierunkach w szkołach średnich i wyższych.

Ponad przedszkole ustawa z r. 1991 sytuuje „szkołę podstawową jako szkołę publiczną lub niepubliczną o uprawnieniach szkoły publicznej (art. 8) stanowiąc przy tym, że jest ona „podstawą kształcenia w systemie oświaty”, że jest 8-klasowa, co znaczy wciąż aż 8-letnia (art. 15 ust. 1), a nauka w niej jest obowiązkowa (art. 15 ust. 2) - czemu odpowiada obowiązek szkolny trwający do ukończenia szkoły podstawowej lecz nie dłużej niż do osiągnięcia przez ucznia 17 lat życia (art. 15 ust. 3). W tym ujęciu szkoła ta zaczyna być również uprawnieniem dającym podstawę do żądania przyjęcia do takiej szkoły dziecka podlegającego obowiązkowi szkolnemu. Uprawnienie to ma urealniać przepis przewidujący nieprzekraczalne, maksymalne odległości drogi dziecka do szkoły (art. 17 ust. 2 ustawy z r. 1991). Stwarza to postawę z kolei prawną obowiązku tworzenia odpowiedniej sieci szkolnej. Ale z przepisu tego nie wynika dla konkretnego użytkownika prawo domagania się uruchomienia nowej, gdy najbliższe miejsca zamieszkania dziecka przekracza owe normy odległości. Otwiera to sprawę gwarancji dla realizacji tego przepisu o tych odległościach - już to jako pewne obowiązki władzy oświatowej, już to jako wynikających stąd uprawnień i interesów prawnych, choćby użytkowników.

Ale przede wszystkim jest to wyraźna ucieczka z płaszczyzny praw oświatowych gdy w ustawie z r. 1991 brak jest postanowień nawet co do celów czy podstawowych zadań owego jednolitego programu szkoły podstawowej, a zatem ustaleń odnośnie tego, co ona uczniowi i absolwentowi przynosi. Przezorniejsza w tej mierze była nawet ustawa z r. 1961, gdy mówiła, że „szkoła podstawowa daje wykształcenie jednolite [...] mając na celu harmonijny rozwój uczniów i przygotowanie ich do szkół zawodowych i ogólnokształcących...” (według art. 8 ust. 1 ustawy z r. 1961). Gdy dodać, że program nauczania szkoły podstawowej (i średniej) jest wprowadzany zarządzeniem ministra, a więc aktem normatywnym, który prawnie wiąże szkołę - stwarza to dodatkowy tytuł prawny żądania pełnej realizacji takiego programu przez szkołę. A gdy dodać, że chodzić może również o programy nauczania szkół zawodowych, mające ze swej istoty przynosić pewne, rzeczywiste kwalifikacje i umiejętności zawodowe - sprawa nabiera szczególnego znaczenia w aspekcie realizacji praw oświatowych, wynikających z takiego programu dla ucz-

nia. A wiadomo, że pozycja człowieka we współczesnym społeczeństwie coraz wyraźniej zależy od jakości uzyskanych kwalifikacji i umiejętności zawodowych czy intelektualnych. Warto więc człowiekowi o tę sprawę, o jakość zdobywanego wykształcenia potrudzić się i gdy zachodzi potrzeba - powalczyć.

Znaczenie tej sprawy odpowiednio rośnie, gdy w grę wchodzi forma kształcenia średniego, pomaturalnego i wyższego, przynoszące zawodowe dyplomy kwalifikacyjne. Gdy szkoła zawodowa ma być czytelna na płaszczyźnie uprawnień zawodowych i podmiotowych, jakie przynosi - to w ustawie odpowiednio należy powiedzieć, że szkoła taka zapewnia uzyskanie kwalifikacji i umiejętności niezbędnych dla fachowego wykonywania danego zawodu. I tak właśnie tę sprawę ujmowała ustawa z r. 1932 ("szkolnictwo zawodowe ma za zadanie przygotowanie wykwalifikowanych pracowników [...] przez teoretyczne i praktyczne kształcenie zawodowe") w jej art. 24; w zasadzie powtórzy to art. 11 ustawy z r. 1961 - zaś ustawa z r. 1991 wyeksponuje jedynie to, że „zasadnicze szkoły zawodowe dają wykształcenia zasadnicze ogólne i zawodowe oraz możliwość dalszego kształcenia się w szkole średniej”, zaś „średnie szkoły zawodowe dają wykształcenie średnie ogólne i zawodowe z możliwością uzyskania świadectwa dojrzałości w liceach zawodowych, a także w szkołach policealnych” (art. 9 ust. 1 ustawy z r. 1991). Bliższe sprecyzowanie tego „wykształcenia zawodowego” przerzucone zostaje do ustaleń programów nauczania danych szkół. Wprowadza się je w formie zarządzenia ministra, a więc aktami prawnie wiążącymi, ale zaadresowanymi już wyraźnie do samych szkół. Nie daje to uczniowi podstaw prawnych żądania lepszego czy pełniejszego realizowania takiego programu szkolnego, a co najwyżej możliwość spowodowania kontroli realizacji tego programu przez szkołę i nauczyciela. W tych kwestiach pozostaje też otwarta droga postępowania skargowego, stanowiącego środek prawny na nieprzestrzeganie prawa, ale jest to właściwie tylko zasygnalizowanie sprawy wobec nadrzędnego organu nadzorczego. Stawia to sprawę jedynie na płaszczyźnie kontroli realizacji obowiązującego prawa, ewentualnie nadzoru, a nie na płaszczyźnie podmiotowych uprawnień ucznia.

Podstawowym a jednocześnie czytelnym w kontekście uprawnieniem ucznia średniej szkoły ogólnokształcącej jest wszechstronny, zwłaszcza umysłowy rozwój ucznia oraz przygotowanie go do podjęcia studiów wyższych; i właśnie to należałoby niedwuznacznie w ustawie powiedzieć. Może najpełniej oddaje to znów owa ustawa z r. 1932 gdy stanowi, że „szkoła średnia ogólnokształcąca ma za zadanie dać podstawy pełnego rozwoju kulturalnego oraz przygotowanie teoretyczno-naukowe do studiów w szkołach wyższych” (art. 19 i 22 ustawy z r. 1932). To wysoko kwalifikuje świadectwo dojrzałości, będące podstawą, całą legitymacją do podejmowania studiów wyższych, podczas gdy zarówno późniejsza ustawa z r. 1991 jak i równoległa do niej ustawa o szkolnictwie wyższym z r. 1990⁴ stwier-

⁴. Mowa jest o ustawie z 12 IX 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. nr 65, poz. 385 z późn. zm.).

dza jedynie to, że świadectwo dojrzałości ze szkoły średniej daje tylko prawo do ubiegania się na studia wyższe, a to może być z kolei uzależnione np. od złożenia, z reguły konkursowego egzaminu wstępnego. Osobliwy to kolejny egzamin sprawdzający z materiału programowego szkoły średniej, co już raz stwierdzała zdana matura. Ale umniejsza to znacznie uprawnienia wynikające z matury ogólnokształcącej; nic też dziwnego, że czasem preferowane społecznie będzie liceum zawodowe, a więc matura zawodowa, dająca jednocześnie również określone kwalifikacje zawodowe.

Najwyższym szczeblem systemu szkolnego jest akademickie szkolnictwo wyższe, regulowane odrębną ustawą, jak i szkolnictwo zawodowe wyższe (pomaturalne). Szkoła wyższa akademicka ma dać pełne, kierunkowe wykształcenie fachowe, czego wyrazem jest uzyskanie w takiej szkole wyższej stopnia magistra określonego kierunku wiedzy czy specjalizacji. Ustawa o szkolnictwie wyższym potwierdza to uprawnienie absolwentów tych szkół i jednocześnie kompetencję samych szkół ustalając normę, że „uczelnia ma prawo nadawania absolwentom tytułów zawodowych magistra” (art. 4 ust. 4 tej ustawy). Zatem prawnie uzasadnione stają się wszelkie ograniczenia tego uprawnienia dodatkowymi wymogami, choćby zatrudniania określonej liczby samodzielnych pracowników naukowych na danym kierunku w uczelni⁵. Szkoły wyższe działają przy tym pod ustawowo sprecyzowanym, a więc w ten sposób ograniczonym nadzorem ministra⁶, ciesząc się przywilejem wolności nauki i nauczania. I to również ma swój rewers w postaci prawa uczestniczenia w tak właśnie pomyślanych procesach akademickiego nauczania, kształcenia się i rozwoju nauki.

Ten zasadniczy ciąg kształceniowy uzupełniony jest systemem doksztalcania, szkolnictwa specjalnego, resortowego oraz kształcenia i doskonalenia nauczycieli.

2.2. Sytuacja prawna użytkowników w systemie oświaty

Tymi „użytkownikami” są przede wszystkim uczniowie i wychowankowie, jak i studenci oraz słuchacze z całokształtem ich uprawnień i obowiązków jakie posiadają w różnorodnych prawnych stosunkach oświaty, wychowania, opieki, kształcenia i nauki. Pozycja prawna ucznia w szkole i wychowanka w zakładzie wychowawczym w całej swej rozbudowanej problematyce nie należy do materii ustawowej, bo to element prawnej problematyki funkcjonowania tych szkół i zakładów, z całym prawnym zagadnieniem władztwa zakładowego. Tym nie mniej

⁵. A tak właśnie czyni to uchwała Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego z 28 XI 1991 r., która to Rada sama nie będąc organem nadzoru lecz organem reprezentacji, nie jest kompetentna do wydawania nadzorczych w istocie ustaleń w sprawach ustroju szkoły wyższej, a nadto wiązana jest przecież ustawą o szkolnictwie wyższym, choćby owym art. 4 ust. 4 - i nie jest w ogóle władna zmieniać i tej normy ustawowej. W tej kwestii szerzej - zob.: J. Homplewicz: W trosce o poziom uczelni wyższych, „Przegląd Akademicki” Lublin, 1993, nr 6, s. 6-7.

⁶. Zob. przede wszystkim art. 31 i 32 ustawy o szkolnictwie wyższym z r. 1990.

jednak, generalnie rzecz biorąc - pozycja prawna użytkowników oświaty wykazuje charakter ustrojowo-prawny.

Od razu też powstaje pytanie o dostępność, o warunki dopuszczalności czy możliwości korzystania z nauki w danej szkole - a więc pytanie o uprawnienie czy tylko pewną możliwość prawną stania się uczniem danej szkoły. Jest to sprawa „tytułu prawnego” korzystania ze szkoły czy zakładu wychowawczego⁷.

W naszym systemie prawnym tytułem tym jest z reguły najczęściej tylko „możliwość prawna” stania się użytkownikiem określonego zakładu oświatowego, powstająca z chwilą spełnienia określonych przez prawo warunków: wieku, zamieszkania, określonego wykształcenia, złożenia odpowiedniego egzaminu wstępnego, wykazania się określonym stopniem wiedzy czy umiejętności. Takie egzaminy wstępne mogą być albo „sprawdzające” albo „konkursowe” - a wtedy według przyjętych skal dla najlepszych i z reguły przy ograniczonej ilości miejsc. Wszelkie takie „*numerus clausus*” ogranicza dostępność, jest barierą, przy czym inaczej przy egzaminach sprawdzających, dla wszystkich co zdołali się zakwalifikować - próg szkolny - co już wyraźnie i dobrze osadzone jest w płaszczyźnie praw podmiotowych zdającego. Z kolei treść takich ocen i egzaminów wstępnych czy szkolnych nie podlega kwestionowaniu prawnemu, jako że oceny takie leżą w sferze autonomii, uznania i kompetencji przyjmujących te egzaminy⁸, chyba że podjęte czy przeprowadzone zostały niezgodnie z regulującymi te egzaminy przepisami prawnymi, i właśnie wtedy i z tego tytułu mogą być prawnie podważane.

Tytułem prawnym korzystania ze szkoły czy zakładu wychowawczego może być ponadto „obowiązek” - jak przy obowiązku szkolnym czy obowiązkowym dokształcaniu, albo „uprawnienie” - szkoła staje się wtedy prawem podmiotowym a wniosek o zapisanie do tej szkoły - to prawnie cztelne żądanie. Tak jest na przykładzie 8-klasowej szkoły podstawowej, która jest zarówno obowiązkiem jak i uprawnieniem ucznia. Analogicznie przedstawia się sprawa tytułu prawnego korzystania z zakładu wychowawczego. Obowiązujące prawo nie daje jednak prawa do opieki w postaci żądania objęcia całkowitą opieką zakładową dziecka pozbawionego opieki rodzinnej⁹, bo ten fakt uzasadnia jedynie wniosek, składanie wniosku o przyjęcie do zakładu opieki całkowitej (tak bowiem nazywają się np. „*domy dziecka*” usiłujące przybliżyć tę atmosferę i opiekę domu rodzinnego); i oto trzeba dopiero wydania decyzji o przyjęciu dziecka do takiego zakładu. Taka zatem opie-

7. W sprawie prawnego tytułu korzystania ze szkoły - zob.: J. Homplewicz: *Polskie prawo szkolne*, Warszawa 1984, s. 214-222 oraz tenże, *Tradycyjne i współczesne instytucje prawa szkolnego*, Kraków 1985, s. 52-72.

8. O prawnej problematyce ocen szkolnych - zob.: J. Homplewicz: *Polskie prawo*, s. 194-209 oraz tenże, *Tradycyjne i współczesne instytucje*, s. 96-104.

9. Ten problem doraźnie, na miarę niecierpliwości chwili ma załatwić jedynie „pogotowie opiekuńcze”.

ka staje przed dzieckiem jedynie jako jego, w odpowiednich warunkach, możliwość prawna, a chciałoby się tu widzieć jego prawo!

Nastomiast co do obowiązku szkolnego należy nadto podkreślić, że nasze ustawy oświatowe formułują ten obowiązek szkolny jedynie jako formę „przymusu szkolnego” polegającego na obowiązkowym uczęszczaniu do szkoły podstawowej¹⁰, a nie jako obowiązek szkolny w ścisłym rozumieniu, polegający na obowiązku wykazania się określonym wykształceniem, niezależnie od tego jak zdobywanym, niekoniecznie przez obowiązkowe uczęszczanie do określonej szkoły. To także rzutuje na sytuację prawną ucznia podlegającego temu obowiązkowi.

Uczniowie w systemie szkolnym muszą nadto przejść przez określone „ciągi kształceniowe”, czy też „drogi kariery szkolnej”, przez szkoły kolejnych szczebli czy poziomów kształcenia. Wytyczy to „drożność szkolną”, zarówno pionową (do szkół wyższych szczebli), jak i poziomą (pomiędzy różnymi rodzajami szkół i kierunkami kształcenia), a wtedy przy szerokiej możliwości zaliczania i uzupełniania różnic programowych szkół różnych rodzajów i typów. Wzmacnia to o poszerza realizację prawa do nauki.

Zatem drożność i dostępność. Pewnymi ograniczeniami w tym zakresie są owe, zrozumiałe zresztą „progi szkolne” (sprawdziany przygotowania do podejmowania nauki na innym czy odpowiednio wyższym profilu kształcenia) oraz „bariery szkolne” (ograniczania ilości miejsc na pewnych kierunkach czy stopniach kształcenia); ponadto „odsiew szkolny” (to ci, którzy już nie zakwalifikowali się), jak i „odpad szkolny” (to ci, którzy przerwali i nie dokończyli cyklu czy okresu kształcenia). Pojęcia te wytyczają jednak wewnątrzszkolną, a nie ustawową problematykę dróg szkolnych.

Swoiście na przecięciu problematyki ustrojowej i organizacyjnej leży sprawa charakteru programów szkolnych, co przesądzi o określonych obowiązkach władz z realizacją tych programów związanych, jak i o określonych w tej mierze pewnych uprawnieniach uczniów. Chodzi o to, czy winny to być, te programy tylko formą wewnętrznych dyrektyw organizacyjnych i dydaktycznych? Każda szkoła realizuje swój „program nauczania” będący zresztą - samo istnienie programu - istotnym elementem pojęcia szkoły, a gdy program taki staje się normą prawną i prawem - postaje dodatkowy tytuł prawny domagania się pełnej czy właściwej realizacji tego programu. Sprawa ta „uciekała” jednak z płaszczyzny ustawy, minister bowiem zostaje ustawowo upoważniony do ustalania całej organizacji pracy podległych szkół i wtedy program taki wydaje jako swoje zarządzenia i normę resortową, kierowaną wprost do odpowiednich i podległych mu szkół i władz. Władze szkolne i szkoły otrzymują jednak w ten sposób prawny obowiązek zrealizowania i takich prawnych norm programowych. Tymczasem procesy realizacji programów naucza-

¹⁰. Zob. art. 9 ust. 1-2 ustawy z r. 1961 oraz art. 15 ust. 2-3 i art. 16 ust. 5 ustawy z r. 1991.

nia wymagają raczej pewnych zakresów pedagogicznej swobody działania, wymagają autorstwa wykonawców - a wtedy formułowania tych programów raczej ramowo i finalnie, raczej w formie instrukcji pedagogicznej czy dyrektywy organizacyjnej - niż formy normy prawnej, wymagają raczej działania sprawdzanego potem w układach fachowego nadzoru pedagogicznego, niż procesów właściwych dla realizacji norm prawa. Tym nie mniej program szkolny jako norma prawna, jako zarządzenie ministra, umacnia uprawnieniowy model korzystania z oświaty.

2.3. Uspołecznienie oświaty

To kolejny ustawowy problem oświatowy. Oczywiście dużą przesadą jest twierdzenie, iż „wszystkie sprawy oświaty, nauczania i wychowania należą do właściwości ministra oświaty”¹¹; wręcz przeciwnie, można mieć wątpliwości czy cała oświata, sprawy kształcenia i wychowania ze swej istoty są i winny być domeną działalności państwowej? Bo może jedynie w tych granicach, w jakich nie sposób, aby państwo tym zająć się nie musiało, a wtedy jakby pomocniczo wobec społeczeństwa, rodziny, ludzi i całej organizacji współczesnego życia. Przezornie stawia tę sprawę obowiązująca ustawa formułując w tej mierze podstawowe zadania ministra (oświaty, edukacji narodowej) jako jedynie „podejmowanie koordynacji i realizacji oświatowej polityki państwa” (art. 21 ust. 1 ustawy z r. 1991), przydając zresztą temu ministrowi szereg szczegółowych kompetencji (art. 22), a w województwie odpowiednio kuratorowi oświaty.

W konsekwencji szkoły i placówki oświatowe mogą być tworzone i prowadzone zarówno przez państwo, jak i samorząd terytorialny oraz instytucje i osoby prywatne, jako zakłady publiczne czy też niepubliczne (art. 5 ust. 1-2 oraz art. 6-9 ustawy z r. 1991).

Niektóre z nich, jak szkolnictwo ponadpodstawowe ma zakładać, prowadzić i utrzymywać samo państwo (art. 5 ust. 6 ustawy), inne jak np. przedszkola i szkoły podstawowe - gmina, tj. samorząd terytorialny, jako jej „obowiązkowe zadanie własne” (art. 5 ust. 5 tej ustawy). Stanowi to olbrzymie przejście z zasady „szkolnictwa państwowego” - na „społeczny system oświatowy” oraz początek wielkich ustrojowych przemian oświatowych. Obowiązująca ustawa z r. 1991 chce nadto suytuować szeroki „samorząd oświatowy”, ale ten jakkolwiek nazwany powstaje prawniczo dopiero z momentem gdy drogą ustawową przekazuje się określone sprawy, problemy i kompetencje do decydowania w sferze oświaty, nauczania i wychowania pewnym organom społecznym, a więc niepaństwowym. Ustawa z r. 1991 co prawda tworzy cały system „społecznych organów oświatowych” - ale jednocześnie stwarza tylko pewną możliwość prawną tworzenia takich „rad oświatowych” - w postaci Rady Krajowej, rad wojewódzkich i rad poszczególnych szkół

11. A tak właśnie, ustawowo określono generalną klauzulę kompetencyjną dla państwowego nadzoru administracyjnego i pedagogicznego w art. 35 ust. 1-2 ustawy z r. 1961.

i placówek (art. 45-51), nadto „rady rodziców” uczniów danej szkoły (art. 53) oraz „samorząd uczniowski” (art. 55). Są to zatem dopiero takie początki samorządu - gdy zważyć że są to właściwie organy jedynie fakultatywne, gdy pod pewnymi warunkami właśnie jedynie mogą być tworzone, i to jedynie jako organy opiniodawcze, w istocie tylko doradcze a nie stanowiące.

Tymczasem faktycznie istnieją ustrojowe podstawy dla budowania prawnie pojętego samorządu oświatowego: znajdujemy je nie tylko w aksjologii społecznej i pedagogicznej (wszak z przekonaniem przyjmuje się, że wychowuje się wręcz wszystkim i w całokształcie wpływów „społeczeństwa wychowującego”, również wtedy gdy stwierdza się wychowawczo negatywne wpływy), ale także w cywilno-prawnej pozycji rodziców, w konwencji prawa i uprawnień wynikających z całokształtu władzy rodzicielskiej. Także postulat jednolitości wychowania w rodzinie, szkole i społeczeństwie winien posiadać właściwe swe instytucjonalne zakończenia i gwarancje. Tak jak wychowanie i kształcenie człowieka staje się coraz to bardziej funkcją całego społeczeństwa, tak i dziecko oraz uczeń coraz prędkiej stają się dzisiaj członkami społeczeństwa. Społeczeństwo siebie tworzy na przyszłość tym dzisiejszym swym wpływem na dziecko. Tyle, że społecznej istocie wychowania i kształcenia winien odpowiednio odpowiadać stopień społecznej odpowiedzialności za wychowanie i kształcenie. Stąd też ponad szkołę i uczelnię, ponad zakład wychowawczy, a nawet sam dom rodzinny wznieść się powinna struktura społecznego, a prawem nobilitowanego, społecznego i oświatowego zarazem zaangażowania i odpowiedzialności oraz odpowiadającej temu wersji „samorządu oświatowego”¹²

2.4. Uprawnienia władz oświatowych

Ustalenie podstawowych założeń ustrojowych dla aparatu administracji szkolnej, aparatu zarządzania oświatą czy też aparatu nadzoru pedagogicznego - to również istotna materia ustawy oświatowej. Uwolniła się od tej problematyki jedynie ustawa o ustroju szkolnictwa z r. 1932, chcąc traktować faktycznie tylko o samym szkolnictwie. Ale już ustawa z r. 1961 traktuje o tych sprawach związłym rozdziałem o „zarządzaniu szkołami i placówkami oświatowo-wychowawczymi” (art. 35-39), stwarzając w tym zakresie generalną klauzulę kompetencyjną oraz podstawę dla nieograniczonego nadzoru pedagogicznego w stosunku do „wszelkich spraw kształcenia i wychowania” (art. 35 ust. 1), do określania programów nauczania i zasad funkcjonowania podległych ministrowi szkół (art. 37 ust. 1), a jakby tego wszystkiego było jeszcze mało, to ustawa ta postanawia, że wszystkie państwowe i społeczne szkoły i placówki oświatowe „mogą być prowadzone tylko za zezwo-

¹². Od zakładów i instytucji oświatowo-wychowawczych - do środowisk wychowawczych - i dalej do całokształtu wpływów „społeczeństwa wychowującego” wiedzie droga formułowania i w tym zakresie określonych zabezpieczeń i gwarancji prawnych odnośnie prawa do nauki, oświaty i rozwoju osobowości człowieka. Zob.: J. Homplewicz: *Tradycyjne i współczesne instytucje*, s. 124-127.

leniem ministra, na określonych przez niego zasadach i pod jego nadzorem” (art. 39 ust. 1), a dotyczyło to także wszelkiej pozaszkolnej działalności oświatowej i wychowawczej (art. 39 ust. 2) co obejmowało, co objąć miało całą oświatę i „wszelkie formy pracy z dziećmi i młodzieżą” nadzorem całkowitym i centralistycznym¹³. Nie dziwi nas to, że taki „model” zarządzania oświatą był do pomyślenia i przeprowadzenia w latach 50-tych i 60-tych.

Tymczasem sprawy oświaty, wychowania i kształcenia wymagają ze swej istoty prawnie zdecentralizowanych, by nie rzec autonomicznych stosunków i rozwiązań; wystarczy wskazać na te podstawowe uwarunkowania dla stosunków wychowania i nauczania, oparte na autorytecie, osobowym zaangażowaniu, na nawiązywaniu więzów serdeczności i otwartości oraz na conceptualnych umiejętnościach w tych z reguły niepowtarzalnych sytuacjach wychowawczych¹⁴. Tu angażować trzeba nie tylko określoną wiedzę czy programem sugerowane umiejętności - co całe właśnie swe osobiste wartości i postawy, wreszcie własne umiejętności i przekonania - a są to wszystko układy jakże trudno poddające się schematom regulacji, nakazom i nadzorowi. Dobrze rozumie to obowiązująca ustawa nauczycielska gdy tworzy pewien zakres „autonomii nauczycielskiej” stanowiąc, iż „nauczyciel ma prawo do swobody stosowania w swej pracy takich metod nauczania i wychowania jakie uzna za najwłaściwsze spośród uznanych przez współczesne nauki pedagogiczne”¹⁵. Istotnie ukierunkowuje to, by nie rzec - ogranicza cały nadzór pedagogiczny wobec nauczyciela. Gdy do tego dodać wynikające z prawa pewne wyłączne kompetencje szkoły i nauczyciela - choćby do prowadzenia procesów wychowania i nauczania, dokonywania ocen szkolnych, promowania uczniów - ujawniają się zakresy decentralizacji prawnej w działalności administracji oświatowej i samych szkół. Również enumeratywne wyliczenia w ustawie z r. 1991 uprawnień nadzorczych organów aparatu zarządzania oświatą¹⁶ - mogło świadczyć o decentralistycznym usytuowaniu tych organów, właśnie gdy natej podstawie przychodzi stwierdzić, że posiadają one jedynie tylko te wyliczone kompetencje. Są to jednak uprawnienia nadzorcze o węzłowym i nader szerokim zakresie - choćby takie, jak:

13. Omówienie prawnych systemów administracji szkolnej zob.: J. Homplewicz: Polskie prawo, s. 55-101 oraz tenże: Rozmieszczenie ośrodków dyspozycyjnych administracji szkolnej, „Chowanna”, Katowice 1974, nr 3, s. 335-350.

14. Należałoby dobudować całe pedagogiczne uzasadnienie i je odpowiednio uwzględniać odnośnie wszelkich podstawowych rozwiązań prawnych w dziedzinie oświaty i wychowania - zob.: J. Homplewicz: Zagadnienia prawne działalności opiekuńczo-wychowawczej, Rzeszów 1989, s. 107-120 oraz tenże, Regulacja prawna w zakresie działalności pedagogicznej, „Państwo i Prawo”, 1978, nr 12, s. 82-88.

15. Zob. art. 12 ust. 2 ustawy z 26 I 1982 r. - Karta nauczyciela (tekst jednolity: Dz.U. nr 3, poz. 19 z 1992 r.).

16. Według ustawy z r. 1991, art. 22 (odnośnie ministra), art. 31-32 (odnośnie kuratora oświaty), zaś art. 39 w stosunku do dyrektora szkoły.

ustalanie programów i planów nauczania, zasad klasyfikowania i promowania, także przyjmowania uczniów do szkół, wreszcie analizowania i oceniania pracy szkół i zakładów oświatowych. Tą drogą powraca się do układów centralnego zarządzania. Poglębia to przekonanie, że wiele elementów i zasad organizacji i funkcjonowania szkół i zakładów uważa się za materie pozaustawowe, poddane regulacji administracyjnej, właśnie przy wielce szerokich zarządzeniowych, regulacyjnych uprawnieniach ministra. Przy tym wszystkim na nijednolitość obrazu kompetencji zarządzania oświatą składa się jeszcze i to, że ustawa z r. 1991 wiele właśnie organizacyjnych szczegółów funkcjonowania szkół i zakładów oświatowych reguluje już sama. W ten sposób uregulowanie ustawowe uzyskuje np. sprawa powoływania dyrektorów szkół, wewnętrzne funkcjonowanie zakładów, dyspozycje odnośnie statutów szkół i innych zakładów, kompetencje wewnętrznych organów szkoły itp.¹⁷. To wszystko oczywiście wiąże cały administracyjny aparat oświatowy, z ministrem na czele, ale im więcej takich szczegółowych, podniesionych do rangi ustawowej unormowań - tym większe niebezpieczeństwo formalizowania, ujednolicania, krępowania, całej tej obudowy dla tej z istoty swej autonomicznej i osobowościowej dziedziny działalności oświatowej i pedagogicznej. Jak budować autorskie, jak to się dziś używa inadużywa „innowacyjne oblicze” działań pedagogicznych, do tego osobowościowe układy wychowania i dydaktycznego wpływu, do tego opieki i zaufania - przy takim odgórnym, szczegółowym formalizowaniu całej organizacji tej działalności?

3. Rozważania odnośnie postulowanych rozwiązań prawnych (de lege ferenda)

3.1. Granice oświatowego formalizowania prawnego

Przed wszystkim należy podkreślić, że wszelka regulacja prawna, również ta ustawowa, jest na dobrą sprawę w dziedzinie oświaty i wychowania uzasadniona merytorycznie jedynie tym, do jakiego stopnia w ten właśnie sposób faktycznie ułatwia się czy też pomaga prowadzeniu owej podstawowej tu działalności oświatowej, tj. procesom wychowania, nauczania i opieki. Pozostają względy wynikające z zasady praworządności. Ale i wtedy pozostaje aktualny postulat swoistej „ekonomiki” regulacji prawnej w dziedzinie oświaty, właśnie w granicach niezbędnej tego potrzeby. Jest rzeczą znamionną, że jedną z naczelných tez znanego światowego raportu o stanie oświaty Edgara Faure'a stało się „odformalizowanie oświaty”¹⁸. Chodzi przy tym nie tylko o podnoszenie jakościowego rozwoju tej oświaty (bo rozwój jedynie liniowy, tj. ilościowy po prostu nie wystarcza), ale orozwój „oświaty otwartej” (na zmiany i nowe potrzeby życia) oraz „czynnej” (stawiającej nie tylko sprawę „czego uczyć” i „jak uczyć” - bo przede wszystkim „jak uczyć się”)

¹⁷. Tak przewidują postanowienia art. 58-74 ustawy z r. 1991.

¹⁸. E. Faure: *Uczyć się aby być*, Warszawa 1975, *passim*.

- i w tym wszystkim właśnie o „odformalizowanie” wszelkich procesów organizowania wychowania i nauczania. Stawia się wtedy na wszelkie, jakie tylko w danych warunkach są możliwe formy zdobywania wiedzy¹⁹, i to w obszarach „oświaty ustawicznej” - wszak dopiero to otwiera perspektywę dla stałego rozwoju człowieka: nie z przypadku postawiono tu naczelną dewizę: „uczyć się aby być!”.

Zakreśla to wszystko zręby dla współczesnych reform szkolnych i oświatowych, a nadto dla tendencji odformalizowywania. Obejmuje to regulowanie zarówno prawne jak i organizacyjne odnośnie procesów i stosunków, które tego po prostu nie znoszą, czy choćby tego nie wymagają.

Sformalizowaniem prawnym należałoby objąć jedynie te finalne, rezultatowo pojęte ustalenia w szkolnych programach nauczania, co miałyby zabezpieczać ich poziom oraz jednolitość realizacji czy kwalifikacji zdobywanych w szkole, a nadto procesy kwalifikowania, promowania i oceniania uczniów. To również jest sprawa poziomu prowadzonego kształcenia, poświadczanego potem wydawanym dyplomem kwalifikacyjnym. I to wszystko też wykazuje wyraźne odniesienie do sytuacji prawnej uczniów.

Dotychczasowy system szkolny w Polsce to przede wszystkim koncepcja pewnych, kolejnych szczebli kształcenia: podstawowego - średniego - i wyższego, dzielącego się przy tym na określone kierunki kształcenia, rodzaje szkół i specjalizacje. Tworzy to pewne, stojące do wyboru ucznia drogi „awansu oświatowego”, tym nie mniej gdy już wybrane - to obowiązkowe dla ucznia i sformalizowane (programem, planem, organizacją, a często i metodą). Tworzą je też pewne, także z góry określone lata nauki szkolnej (tak powstało ujednolicone pojęcie klasy w organizacji szkoły i nauczania). Przez to wszystko trzeba kolejno przejść.

Podstawowe ustalenia w tej materii wynikają z ustawy oświatowej. Ale powstaje pytanie według jakich to kryteriów należy - ze względu na pozycję prawną ucznia - tworzyć te podstawowe szczeble karier szkolnych? Zarówno co do długości trwania, jak i poziomu kształcenia. Wielka to organizacyjno-oświatowa, ale i prawna idea, aby upowszechnić również kształcenie średnie, to znaczy trwające do pełnoletności ucznia. Tak poszerzony wtedy obowiązek szkolny, dostępność i bezpłatność takiego kształcenia średniego - to niemal pełnia w tym zakresie tych oświatowych praw podmiotowych. A cóż powiedzieć gdy do tego dodać również prawo do opieki całkowitej gdy dziecko jest pozbawione opieki rodzinnej. Gdyby przyjąć właśnie ten pogląd, że stopień rozwoju ucznia, jego wiedzy i umiejętności przesądza o jego drodze szkolnej, nie tylko o kierunku i ocenach, ale i o posze-

¹⁹. Chodzi o wszelkie formy szkół, kursów, kształcenia prowadzonego w formie studium, praktyk i przekazu wiadomości oraz umiejętności, o kształcenie szkolne i pozaszkolne, dzienne, wieczorowe i eksternistyczne. Wychodzi temu na przeciw dopuszczalność egzaminów eksternistycznych z programu wszystkich rodzajów szkół - przewiduje to wprost art. 10 ust. 1 ustawy z r. 1991.

rzaniu, zmianach, jak i przyspieszaniu tej drogi - to mielibyśmy czytelny obraz i pewną koncepcję „upodmiotowienia” i odformalizowywania systemu szkolnego.

Przy takiej motywacji można by przyjąć następujące ustrojowe założenia organizacyjne dla systemu szkolnego:

- szkoła podstawowa (szkoły I cyklu) trwać powinna tak długo, ale i nie dłużej, jak długo właściwym jest ze względu na poziom rozwoju umysłowego dziecka „nauczanie przedmiotowe”, tzn. poprzez przekazywanie wiadomości z poszczególnych dziedzin, właśnie przedmiotów, coraz to szerzej i bardziej refleksyjnie składających się w pewną całość poznania; ale wtedy może nie dłużej niż do 13 roku życia ucznia, wiemy bowiem że wtedy zaczynają się istotne okresy przełomowe w życiu dziecka,

- „szkoła średnia” (szkoły II cyklu) winny rozpoczynać swą działalność dla uczniów już wtedy, gdy ze względu na ich poziom rozwoju umysłowego realizować można „nauczanie problemowe”, polegające w istocie na stawianiu problemów i na podejmowaniu na tym tle refleksji (wtedy np. na lekcjach historii - już nie same fakty i przebieg tej nieszczęsnej II wojny światowej bo na tym polegało po prostu nauczanie przedmiotowe - ale analiza jej przyczyn i skutków, na tle dziejów i kultury, w obliczu wartości i doświadczeń oraz sensu życia człowieka) i w taki to sposób postępować należy przez całą tę szkołę średnią i aż do wiekowej pełnoletności ucznia, jak u nas do 18 lat życia; stanowiłoby to moduł średniego kształcenia ogólnego. Natomiast kształcenie średnie zawodowe należy wtedy prowadzić tak, jak tego wymaga zdobycie niezbędnej wiedzy i umiejętności uzyskiwanych tu faktycznych kwalifikacji zawodowych, wtedy również wraz z pełnoletnością, natomiast:

- „szkoła wyższa” przede wszystkim szkoła wyższa akademicka (szkoły III cyklu), której celem jest i winno być „nauczanie conceptualne” ukazujące w określonym zakresie wiedzy, umiejętności czy fachu kogoś, kto tu naucza, conceptualność, samodzielność i twórczość w pracy, w wywodzie czy dowodzie, by z kolei studium mogli ujrzeć to i dochodzić do form własnej w danych zakresach conceptualności, dojrzałości umysłowej czy profesjonalnej. Do tego szkoły wyższe zawodowe winny przynosić pełne w danym zakresie, specjalistyczne kwalifikacje zawodowe.

Uczytelnia to sytuacja prawna, stan czy stopień zdobywanych kwalifikacji i uprawnień, w każdej z takich szkół, zwłaszcza na szczeblach kształcenia dyplomowego i zawodowego, średniego i wyższego. Zarysowuje to obraz i zakres kwalifikacji i umiejętności, jakich można się spodziewać na danym stopniu czy kierunku kształcenia. Koresponduje to wyraźnie z teorią oświatowych praw podmiotowych. Jednocześnie zachowany przecież zostaje kanon pewnej minimalizacji formalizacji prawnej, bo ograniczanej tu do określania jedynie tego, co rzutuje bezpośrednio na sytuację prawną użytkowników oświaty.

3.2. Ciągi kształceniowe

System szkolny zarysowuje te podstawowe drogi „karier szkolnych”. Ale istota rzeczy leży w programach nauczania poszczególnych szkół, bo to one, te programy w dużej mierze zadecydują o ludzkich potem faktycznych kwalifikacjach w pracy, o poziomie umysłowym i wykształcenia, w sumie o pozycji człowieka w życiu. Prawo do wykształcenia to wręcz „korona” uprawnień człowieka we współczesnym społeczeństwie. Formalnie i jakby się wydawało optymalnie sprawę tę zabezpiecza to, że programy nauczania są zarządzeniem ministra, a więc aktem normatywnym, należącym do porządku prawnego, wiążącym władze, szkołę, nauczyciela i ucznia. Wygląda na to, że daje to tytuł prawny żądania ich realizacji. Tymczasem z uwagi na samą naturę procesów kształcenia, jak i ekonomikę formalizacji, wystarczało by programy takie wydawać w formie instrukcji egzekwowanej potem w drodze nadzoru pedagogicznego, instrukcji formułowanej docelowo, rezultatowo a nie czynnościowo i w szczegółach. Tymczasem istota rzeczy leży nawet nie w sposobie formułowania tych programów nauczania - co w ich treści, w ich wartości merytorycznej, w ich poziomie - bo to zadecyduje o sprawie. A tu te spotykane dyskusje o przeładowaniu programów, ich formalizmie czy przateorytyzowaniu z reguły nawet nie dotyczą tej jednej sprawy, a mianowicie ich merytorycznego poziomu, a zatem i wymagań i uprawnień jakie niosą. Ale od tego momentu jest to już problematyka pozaprawna.

Alternatywą dla wciąż i bez reszty panującej u nas koncepcji szczebli kształcenia i obowiązkowych lat (klas) tego kształcenia jest inny model „karier szkolnych” - a mianowicie „ciągi kształceniowe”. Każdy uczeń postępuje wtedy naprzód na tej swojej drodze awansu oświatowego nie według kolejnych lat czy klas kształcenia, i to jedynie w danej, tj. swojej szkole, jaką rozpoczął czy wybrał - lecz według swego rzeczywistego zaawansowania w wiedzy czy umiejętnościach, przewidzianych w programach. W tym świetle nadmiernym formalizmem zdaje się być wiązanie każdego ucznia z kolejnymi latami (klasami) nauki, i to według ściśle określonego programu danej szkoły, klasy i przedmiotu nauczania. Można by otworzyć przed każdym uczniem i jego zdolnościami pewne możliwości podejmowania zróżnicowanego, innego, lub szerszego, także szybszego oraz równoległego programu jako jego naukę i drogę szkolną. Otwiera to wielkie perspektywy dla nowo pojętej, poszerzonej drożności szkolnej - wewnątrzszkolnej i międzyszkolnej, traktowanej jako prawna możliwość poszerzonego, indywidualnego czy bardziej dobranego zdobywania wiedzy i kwalifikacji przez danego ucznia. Poszerza to jego uprawnienia. Możliwość składania egzaminów eksternistycznych, i to programu wręcz każdej szkoły (jak to już widzi art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy z r. 1991) jest początkiem takiego widzenia spraw. Współbrzmi to z tezą - jakże czytelną przy odformalizowywaniu oświaty: „pokaż co potrafisz”, bo to jest kryterium kroczenia na drodze kariery oświatowej, a nie założenie, że „po roku nauki powinieneś potrafić to czy to”. Egzaminy zaliczeniowe i uzupełniające, jak i eksternistyczne win-

ny być przyjmowane przez cały rok, i niech to się stanie dla nauczyciela jego „pracą pozalekcyjną”.

Dla realizacji tej alternatywy należałoby opracować przede wszystkim program nauczania z każdego przedmiotu nauczania zarówno w wersji podstawowej (zasadniczego kursu dla szkół I oraz II cyklu), jak i w wersji poszerzonej oraz skróconej, a poszczególne szkoły realizowałyby moduł takich programów, odpowiednio dobrany do własnego poziomu, kierunku czy specjalizacji kształcenia. Stwarza to także nieograniczoną porównywalność programu z poszczególnych przedmiotów i kursów realizowanych w różnych rodzajach szkół i kursów oraz dobierania właściwego profilu tych programów dla własnej ucznia i własnej danej szkoły specjalizacji. Nadto powstają możliwości porównywalnego zarachowywania odbytego już czy zaliczonego kształcenia czy programu - według programów innych szkół. Egzamininy uzupełniające przy przejściach do innych szkół, czy równoczesnego realizowania przez ucznia programu różnych szkół - winny być po prostu czymś normalnym i normą. Przecież można czytelnie realizować program szkoły nie będąc nawet jej uczniem. Może również sam uczeń podejmować szerszy program niż to przewiduje kanon realizowanego w danej szkole programu (minimum programowego), przez całą szkołę lub tylko jej klasę, czy w danym roku szkolnym. Stwarza to obraz poszerzanych i odpowiednio przedmiotowo uelastycznianych „ciągów kształcenia”, dobieranych przez ucznia czy szkołę porównywalnie z programami innych szkół. Urealnia to różnorako zdobywane przez ucznia kwalifikacje i służy dobieraniu kierunku i specjalizacji, wtedy właśnie „według swych ujawnianych uzdolnień i zamiłowań”, jeżeli taki zwrot ma w ogóle coś konkretnego oznaczać. Zatem nie tylko dobieranie i poszerzanie, równoległe uczenie się, a także wyprzedzanie i skracanie dróg szkolnych, w oparciu o szybciej składane egzamininy z danego przedmiotu, z danej klasy czy nawet z elementów programu klas kolejno wyższych - poszerza te „oświatowe drogi”. Wszystko to oparte jest przy tym na przekonaniu, że przecież efekty, stan rzeczywiście osiągniętej wiedzy czy umiejętności, nawet ponad sformalizowany i przyjęty jako norma dla danej szkoły tak przekazów dydaktycznych, winien tu się przede wszystkim liczyć. To wszystko oczywiście przy nieuproszczonych wymogach, wtedy formalnie przewidzianych dla wszelkich zaliczeń obowiązkowego materiału programowego.

Uczeń, jego rzeczywisty poziom umysłowy, umiejętności i zdobyta, jaką prezentuje wiedza, niech tu się liczą bardziej niż generalne toki realizowania programu w danej szkole. Odpowiednio do tego poprowadzone całe prawo szkolne może z kolei być tylko wyrazem i gwarantem tak pomyślnych pozycji prawnych użytkowników oświaty. Niech nie tylko uczeń szkoły ma prawo uzyskania jej dyplomu - lecz wręcz każdy kyo wykaże się odpowiednią wiedzą i umiejętnościami wymaganymi programem danej szkoły.

3.3. System „oświatowych interesów prawnych”

„Interes prawny” to kategoria jurydyczna na oznaczenie przysługującego komuś uprawnienia wynikającego z obowiązującego porządku prawnego, uprawnienia bądź to materialno- bądź formalnoprawnego. Obejmuje to też szerszy zakres niż tylko kwalifikowane „prawo podmiotowe”, jak w naszych rozważaniach „prawa podmiotowe użytkowników oświaty”. Obejmuje bowiem ona całą sytuację wszelkich uczestników prawnie pojętych stosunków w systemie oświaty szkolnictwa i wychowania, na którą przecież nie tylko prawa podmiotowe się składają.

Ustrojowa ustawa oświatowa winna przesądzać o tych podstawowych „interesach prawnych” zarówno użytkowników oświaty (uczniów, wychowanków, studentów słuchaczy), tj. tych którzy korzystają z funkcjonowania instytucji oświatowych i mają odpowiednie w tym zakresie uprawnienia, a choćby i obowiązki - jak przy obowiązku szkolnym czy podleganiu władztwu zakładowemu, bo także samych władz szkolnych i oświatowych, szkół i zakładów wychowawczych, co wyraża się z kolei w tym, że posiadają one pewne swe uprawnienia, w tym kto i komu te władze podlegają i kto im. Gdy państwo podejmuje cały ten wielki ciężar prowadzenia systemu oświatowego (co pięknie dzisiaj i z powrotem „systemem edukacji narodowej” się nazywa!) - co staje się po prostu koniecznością zarówno w wymiarze jednostki jak i społeczeństwa - to należy to uczynić w warunkach praworządności, znaczy to jurydyczne określanie właśnie tych „interesów prawnych” obywateli, instytucji i władz w stosunkach oświatowych, i zabezpieczenie realizacji tych interesów.

Była już mowa o tym, że szkolny program nauczania to swoisty wykładnik interesu prawnego ucznia. Skala tego interesu rośnie wraz z rangą czy poziomem tego programu, czy też z jego profesjonalną, wewnętrzną dojrzałością. Od tego będzie bowiem zależała wartość uzyskiwanego wykształcenia. Niech jednak nie brzmi to źle z tymi ustaleniami, gdy w ustawie z r. 1991 mówi się niemal jak o znacznym osiągnięciu o „minimum programowym”²⁰. Ale to oznacza tu zupełnie coś innego, a mianowicie początek programowej autonomii szkół, oznacza to właśnie minimum obowiązkowego i ujednoliconego programu nauczania z zarządzenia ministra (kanon obligatoryjny programu), gdy reszta przekazywana jest do programowej dyspozycji rady pedagogicznej danej szkoły (kanon fakultatywny programu, choć nadal obowiązkowy dla ucznia). Wychodzi to na przeciw tendencjom upodmiotowienia programów i szkolnictwa.

Ustawa ustrojowa z r. 1991 otwiera też możliwości szerokiego rozwoju szkolnictwa niepaństwowego - społecznego, samorządowego i prywatnego, choćby przez utworzenie samorządowego aparatu oświatowego²¹. Dopóki jest to forma „uspoleczniania oświaty”, tworzenia nowych kręgów społecznego zainteresowania

²⁰. Zob. art. 7 ust. 3 a zwłaszcza art. 22 ust. 2 pkt 2 oraz art. 27 ustawy z r. 1991.

oświatą i zdobywania nowych funduszy na oświatowe cele - sprawa jest czytelna w kategoriach społecznego rozwoju oświaty; ale gdy praktycznie oznaczać by to miało zmiany w sytuacji prawnej i „interesów oświatowych” zwłaszcza użytkowników oświaty, i to na ich niekorzyść - rzecz cała od razu grozi regresem. Wystarczy, że faktycznie zmniejszą się zainteresowania i środki na rozwój oświaty i podnoszenie poziomu nauczania, wystarczy że będzie mniej etatów, że nauczyciele szkół samorządowych będą zakwalifikowani jak wszyscy pracownicy samorządowi, a nie jak adresaci Karty nauczyciela - a już sprawa cała otrzymuje wręcz inne, niezamierzone oblicze.

To prawda, że dopuszczenie szerokiej możliwości społecznego tworzenia szkół i zakładów wychowawczych, nawet zakładów „niepublicznych”²² poszerza społeczną bazę oświatową - choć otwiera się trudna sprawa poziomu pracy tych szkół i zakładów: ma to załatwić instytucja nadzoru nad szkołami i zakładami niepaństwowymi i nadawania im i cofania uprawnień szkół i zakładów publicznych²³. Ukazuje to tę właściwą rolę organów administracji oświatowej - a mianowicie: zarządzanie, koordynowanie, strzeżenie poziomu działalności i realizowanie polityki państwowej w tym zakresie²⁴, a zatem ani kierowanie ani realizowanie tej podstawowej działalności oświatowej. Tym nie mniej silne regulujące i nadzorcze uprawnienia administracji oświatowej, zwłaszcza ministra, wyraźnie podporządkowują mu aparat oświatowy²⁵.

Gdy ustawa z r. 1991 powie, że gminy lub inne związki komunalne mogą zakładać i prowadzić szkoły i placówki oświatowe (art. 5 ust. 2 pkt 2) i jeszcze silniej, że „należy to do obowiązkowych zadań gminy” (art. 5 ust. 5) - to prawnie tworzy się w ten sposób „oświatę samorządową”, a nadto pewien zakres ustawowych oświatowych uprawnień samorządu terytorialnego oraz tak właśnie określane „interesy prawne” samorządu w tym zakresie. To także zobowiązuje te organy, jako że uprawnienia organów publicznych są jednocześnie ich obowiązkami prawnymi.

Jest to też jedna z dróg uspołecznienia oświaty, ale w tym wypadku płaszczyzną realizacji owych zadań „oświaty samorządowej” jest również idea czy za-

21. Zob. art. 5 ust. 5 ustawy z r. 1991; dopiero prowadzenie szkół ponadpodstawowych, zakładów doskonalenia nauczycieli, szkół i zakładów specjalnych oraz zakładów publicznych staje się tu wyraźnym ustawowym obowiązkiem państwa. Winno to mieć odpowiednie konsekwencje w prawie budżetowym, wszak chodzi o realizację prawnych obowiązków państwa.

22. Zob. art. 5 ust. 1-3, art. 7 ust. 3, art. 8 oraz art. 9 ust. 1 ustawy z r. 1991.

23. Zob. art. 7 ust. 3 tej ustawy.

24. Tak określa rolę ministra edukacji narodowej art. 21 ust. 1 ustawy z r. 1991.

25. Wystarczy za ustawą przytoczyć takie uprawnienia jak: ustalanie zasad działalności pedagogicznej, organizacji roku szkolnego, programów i planów nauczania czy też zasad opieki i pomocy pedagogicznej (postanowienia art. 22 pkt 6-10 ustawy z r. 1991).

sada „uterenowienia oświaty”, to znaczy tworzenia oświaty danego terenu, rozwijania w gminie i mieście miejscowych gestii oświatowych, inicjatywnych środowisk oświatowych, budowania tak właśnie „uterenowionych”, głęboko wkorzenionych w dany teren, ośrodków koordynacji i lokalnej dyspozycji w sprawach oświaty i szkolnictwa danego terenu. A podkreślić należy, że wiele zadań i zapotrzebowań oświatowych, co do wychowania, kształcenia i opieki - czytelnym jest dopiero w miejscach ich realizacji, tu widać bezpośrednio także skuteczność tejże działalności. A cóż powiedzieć, gdy w świetle przytaczanych postanowień ustawy z r. 1991 to wszystko nie tylko pewna celowościowa, organizacyjna koncepcja czy dyrektywa dla rozwoju oświaty w terenie - ale już dziś płaszczyzna realizacji wynikającego z tej ustawy samorządowego, oświatowego interesu prawnego. A cóż mówić, gdy pewne zakresy oświatowych interesów prawnych wynikają z tej ustawy także dla przedstawicielstwa rodziców uczniów danej szkoły, dla komitetów rodzicielskich i różnego rodzaju oświatowych zakładów, stowarzyszeń czy fundacji - gdy już tylko zgodnie z prawem się tworzy. Rozwój i takich gestii oświatowych zarysowuje przecież obowiązująca ustrojowa ustawa oświatowa z r. 1991. Niech obowiązujące prawo inspirować szerokie, społeczne, ludzkie zaangażowanie w oświatową sprawę, jak i te zaangażowania niech będą inspiracją dla najlepszych w tej mierze rozwiązań prawnych.

ZAKRES STOSOWANIA PRAWA O STOWARZYSZENIACH

I. Stowarzyszenia są najliczniejszą grupą organizacji społecznych, regulowanych przez podstawowy akt prawny - ustawę z 7 IV 1989r. - Prawo o stowarzyszeniach.¹ Kreuje ona względnie jednolity status prawny tych organizacji, przewidując obok stowarzyszeń jako takich jedynie kategorię „stowarzyszenia zwykłego”. Zbadanie zakresu stosowania prawa o stowarzyszeniach wymaga jednak uwzględnienia faktu istnienia szeregu tzw. uregulowań odrębnych, dotyczących innych niż stowarzyszenia organizacji społecznych oraz faktu, że w licznych przepisach zakres ten ulega rozszerzeniu, modyfikacjom lub odesłaniom. Należy też wziąć pod uwagę historię przemian zakresu obowiązywania tego prawa.

Problematyka stowarzyszeń jest przedmiotem wielu opracowań w nauce prawa². Określenie miejsca i roli stowarzyszeń wśród ogółu organizacji społecznych w Polsce zostało najszerzej omówione w pracach prof. E. Smoktunowicza, który jest twórcą pierwszego systemowego opracowania w tym zakresie³. Szczegółowe zagadnienia z dziedziny funkcjonowania prawa o stowarzyszeniach, w tym zagadnienie zakresu jego stosowania, są jednak nadal mało opracowane i z tego względu temat określony w tytule zasługuje na rozważenie.

Zasadniczym jego celem powinno być zmierzanie do oceny i próby odpowiedzi, czy i na ile prawo o stowarzyszeniach odpowiada potrzebom wolności zrzeszania się, wymogom realizacji tej zasady, sformułowanej po raz pierwszy w naszym systemie prawa właśnie w tekście ustawy - prawa o stowarzyszeniach, w jej słynnej już z tego powodu preambule. Brak opracowań na ten temat powoduje, że udzielenie pełniejszej odpowiedzi na postawione pytanie będzie w tym artykule zadaniem trudnym i raczej przedwczesnym. W wyjściowym artykule - a taki charakter ma to opracowanie - przeważać jeszcze będzie warstwa analityczna, co pozwoli tylko na wstępne zarysowanie podjętego zagadnienia.

¹ Dz.U. nr 20, poz. 104., zm: Dz.U. z 1990 r. nr 14 poz. 86; Dz.U. z 1996 r. nr 27 poz. 118. Użycie w tekście terminu ustawa bez bliższego określenia będzie oznaczało powołanie się na prawo o stowarzyszeniach.

² L. Wiśniewski: Model prawny stowarzyszeń w PRL, Warszawa 1974; H. Izdebski: Fundacje i stowarzyszenia, Wyd. I-V, Transit 1996, J. Brół: Prawo o stowarzyszeniach, Zielona Góra 1994; Z. Szypuliński: Prawo o stowarzyszeniach. Wzory pism..., Poznań 1997.

³ E. Smoktunowicz: Prawo zrzeszania się w Polsce, Warszawa 1992 PWN; Zob. tegoż Autora: Sposoby tworzenia i legalizacji organizacji społecznych w Polsce, (w:) Acta Universitatis Lodzensis, Folia Iuridica z. 52 z 1992 r.; Encyklopedia obywatela PRL, Warszawa 1987.

Analizę rozpocznę od zaprezentowania krótkiego rysu historycznego.

II. 1. W aspekcie historycznym zakres stosowania prawa o stowarzyszeniach podlegał wielu zmianom, można nawet powiedzieć - fluktuacjom. Szereg organizacji społecznych: związki wyznaniowe, stowarzyszenia akademickie i młodzież szkolnej, społeczno-gospodarcze organizacje rolników, ochotnicze straże pożarne, stowarzyszenia kultury fizycznej, czy nawet niektóre samorządy działały w pewnych okresach na podstawie prawa o stowarzyszeniach, były następnie z niego wyodrębniane, a niektóre z tych organizacji znowu mu podporządkowywane.

I tak - na mocy art. 9 pkt. a) prawa o stowarzyszeniach z 1932 r.⁴ przepisom tego prawa nie podlegały zakony i kongregacje duchowne. W okresie PRL na podstawie dekretu z dnia 5 sierpnia 1949 r. o zmianie przepisów prawa o stowarzyszeniach⁵ oraz aktu wykonawczego - rozporządzenia Ministra Administracji Publicznej w sprawie wykonania dekretu z 5 VIII 1949 r.⁶, zakony i kongregacje duchowne a także tzw. związki religijne prawnie nie uznane, podporządkowane zostały prawu o stowarzyszeniach⁷. Aktualnie, zgodnie z art. 7 pkt. 3 Prawa o stowarzyszeniach z 1989 r. - z uwzględnieniem postanowień ustawy z 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania⁸ oraz ustaw o stosunku państwa do poszczególnych kościołów, wydanych w latach 1990-1997, - kościoły i związki wyznaniowe generalnie nie podlegają prawu o stowarzyszeniach⁹.

Podobną drogę - choć w innym czasie i przy innych uwarunkowaniach - przebyły stowarzyszenia uczelniane. Wyłączone na mocy art. 9 pkt. e) z prawa o stowarzyszeniach z 1932 r., podporządkowane zostały temu prawu w 1985 r. na podstawie restrykcyjnej zmiany ustawy z 4 maja 1982 r. o szkolnictwie wyższym¹⁰, by zyskać odmienne uregulowanie na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy z 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym¹¹.

Postać stowarzyszeń miały tworzone już od XIX wieku, a rozpowszechnione po 1957 r. jako podstawowa forma „uspołeczniania” rolnictwa w Polsce, - kółka

⁴. Dz.U. nr 94 poz. 808 ze zm.

⁵. Dz.U. nr 45 poz. 335.

⁶. Dz.U. nr 47 poz 358.

⁷. W końcu lat 80-tych było w Polsce ponad 30 związków wyznaniowych działających jako stowarzyszenia zarejestrowane oraz kilka jako stowarzyszenia zwykłe. M. Pietrzak: Prawo wyznaniowe, Warszawa 1993, s. 180.

⁸. Dz.U. nr 29 poz. 155 ze zm., - dalej powoływana jako ustawa o wolności sumienia i wyznania.

⁹. Ze względu na ramy i charakter opracowania nie eksponuję w nim, w części historycznej, przyczyn, dla których zmiany zakresu stosowania prawa o stowarzyszeniach były dokonywane; powołuję się tu tylko na materiał normatywny.

¹⁰. Jedn. t Dz.U. 1985 r. nr 42 poz. 201.

¹¹. Dz.U nr 65 poz. 385 ze zm.

rolnicze¹². Uzyskały one odrębny status z wejściem w życie ustawy z 8 X 1982 r. o społeczno-zawodowych organizacjach rolników¹³.

Znamienny jest przykład kolejnych dwóch rodzajów stowarzyszeń: ochotniczych straży pożarnych oraz kultury fizycznej. Organizacje te działające pierwotnie w oparciu o prawo o stowarzyszeniach były następnie poddane odrębnym regulacjom, by po pewnym czasie wrócić na grunt prawa o stowarzyszeniach. OSP wyodrębnione zostały na podstawie ustawy z 12 VI 1975 r. o ochronie przeciwpożarowej¹⁴, jednak ustawa o tym samym tytule z roku 1991¹⁵ przyjęła znowu zapis, że OSP i związek OSP funkcjonują w oparciu o ustawę - Prawo o stowarzyszeniach (art. 19). Ustawa z 3 VII 1984 r. o kulturze fizycznej¹⁶ tworząca odrębny status stowarzyszeń kultury fizycznej stanowiła wprawdzie od początku, że działają one na podstawie prawa o stowarzyszeniach (art. 59), jednakże duży zakres odmienności, dotyczący zwłaszcza trybu ich rejestrowania i nadzoru, uzasadniał twierdzenie o częściowym ich wyodrębnieniu z prawa o stowarzyszeniach¹⁷. Ustawa z 1996 r. o kulturze fizycznej¹⁸ generalnie przywraca stosowanie wobec nich prawa o stowarzyszeniach (art. 7 ust. 2 i art. 8 ust. 3).

Uwzględnić ponadto należy fakt wyłączenia z prawa o stowarzyszeniach - w różnych okresach - i uregulowanie w odrębnych ustawach bytu prawnego PCK¹⁹, partii politycznych²⁰ czy też izb handlowych²¹.

Powyższe uwagi, przedstawione skrótowo, nie stanowią pełnej analizy zmian zakresu stosowania omawianej ustawy. Niemniej, już na ich podstawie uzasadnione będzie stwierdzenie, że rozwój prawa o stowarzyszeniach i zmiany zakresu jego stosowania kształtują się pod wpływem dwóch przeciwstawnych tendencji: integracyjnej i dezintegracyjnej. Przytoczone wyżej przykłady są wymowną ilustracją tych procesów. Wyrazem tendencji integracyjnej są zarówno owe powroty wymienianych rodzajów zrzeszeń na grunt prawa o stowarzyszeniach jak i sam fakt, że

¹² Np. 1961 r. w Polsce na ogólną liczbę 45.360 stowarzyszeń było 24.868 kótek rolniczych (poza tym 17.000 OSP, 2.291 zrzeszeń sportowych i 10 stow. wyższej użyteczności). Dane za J. Wiącek: Stowarzyszenia w państwie socjalistycznym, Warszawa 1962, s. 41.

¹³ Dz.U. nr 32 poz. 217.

¹⁴ Dz.U. nr 20 poz. 106.

¹⁵ Ustawa z 24.VIII 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej, Dz.U nr 81 poz.351.

¹⁶ Dz.U. nr 34 poz. 181 ze zm.

¹⁷ Por. M. Wierzbowski: Nowe prawo o stowarzyszeniach, PiP z. 7/1989, s. 14.

¹⁸ Ustawa z 18 I 1996 r. o kulturze fizycznej, Dz.U. nr 25 poz. 113.

¹⁹ Ustawa z 16 XI 1964 r. o Polskim Czerwonym Krzyżu, Dz.U nr 41 poz. 276.

²⁰ Ustawa z 28 VII 1990 r. o partiach politycznych, Dz.U. nr 54 poz. 312.

²¹ W okresie powojennym, wobec braku innych podstaw prawnych, do rejestru stowarzyszeń wpisywane były przejściowo izby handlowe. Zob. L. Wiśniewski: Model prawny stowarzyszeń w PRL, Warszawa 1974, s. 19.

prawo to wciąż pozostaje, na gruncie prawa publicznego²² jedyną uniwersalną podstawą legalizacji dobrowolnych zrzeszeń obywateli, o względnie jednolitym statusie prawnym, o niedużym zróżnicowaniu rodzajowym. Z drugiej strony, jeśli chodzi o proces, nazwany umownie mianem dezintegracji, obserwujemy wyodrębnianie się, na stałe lub choćby czasowo, pewnych kategorii zrzeszeń. Należy uznać, że jest to trend obiektywnie uzasadniony potrzebami praktyki, która wymaga (i wymusza) pogłębienia dywersyfikacji statusu prawnego organizacji społecznych.

III. Na tle przedstawionej powyżej historii przemian zakresu stosowania prawa o stowarzyszeniach oraz postanowień obecnie obowiązującej ustawy z 1989 roku zachodzi potrzeba rozważenia aktualnego zakresu stosowania prawa o stowarzyszeniach. Zbadanie tego zagadnienia pozwala na przyjęcie założenia, że zakres stosowania tego prawa należy rozpatrywać w czterech obszarach tematycznych, tj. jako:

- 1) stosowanie bezpośrednie, czyli wprost;
- 2) zakres wyłączeń i stosowanie subsydiarne;
- 3) stosowanie w kontekście przepisów szczególnych;
- 4) stosowanie przez analogię.

Ad 1. *Stosowanie bezpośrednie.* Wypada na wstępie zauważyć, że w tekstach wielu ustaw znajdujemy określenie zakresu ich stosowania lub przedmiotu ich regulacji wprost w samych ustawach, zazwyczaj na początku tekstu tych ustaw. Prawo o stowarzyszeniach nie zawiera takiego postanowienia. Metodą regulacji jest tutaj ogólne zdefiniowanie stowarzyszeń jako kategorii dobrowolnych, samorządnych, trwałych zrzeszeń o celach niezarobkowych (art. 2 ustawy) oraz klauzula negatywna, tj. zamieszczenie w art. 7 ustawy wykazu organizacji społecznych, które nie podlegają przepisom tej ustawy. Pozytywne określenie zakresu stosowania ustawy wymaga zatem interpretacji jej postanowień oraz przepisów innych ustaw dotyczących tej materii.

Zakres bezpośredniego stosowania omawianej ustawy nie nasuwa przy tym trudności interpretacyjnych. Prawo o stowarzyszeniach stosuje się do organizacji społecznych tworzonych na podstawie tej ustawy, tj. do stowarzyszeń rejestrowanych w trybie rozdziału 2 ustawy oraz do stowarzyszeń zwykłych - na mocy rozdziału 6 ustawy. Tryb rejestracji określają art. 8 i art. 12-18 ustawy oraz przepisy wykonawcze²³. Dodać należy, że do rejestru stowarzyszeń wpisywane są także terenowe jednostki organizacyjne stowarzyszeń, czyli oddziały, mające osobowość prawną (art. 17 ustawy, po jej zmianie w 1990 r.²⁴), jak również związki stowa-

22. Na gruncie prawa prywatnego rolę taką pełni Kodeks cywilny.

23. Rozporządzenie Min. Sprawiedliwości z 17 IV 1989 r. w sprawie wzoru i sposobu prowadzenia rejestru stowarzyszeń (Dz.U. nr 23 poz. 26 ze zm.).

24. Dz.U. nr 14 poz.86. Rozporządzenie wykon: Dz.U. z 1996 r., nr 71, poz. 343.

rzyszeń (art. 22). Nie podlegają rejestracji sądowej stowarzyszenia zwykłe. Na zasadach ogólnych prawa o stowarzyszeniach może być też tworzone stowarzyszenie kultury fizycznej, jeżeli przedmiot jego działania wykracza poza aktywność sportową²⁵.

Po wydaniu ustawy z 1989 r. Prawa o stowarzyszeniach, mamy do czynienia, według obrazowego określenia M. Wierzbowskiego, z erupcją nowych stowarzyszeń²⁶. Na gruncie nowego systemu prawnego i ustrojowego dochodzi rzeczywiście do gwałtownego rozrostu liczby zakładanych stowarzyszeń²⁷, jak również powstają warunki do rozszerzenia form aktywności obywateli, do rozwoju nowych postaci tej aktywności. W tym stanie rzeczy prawo o stowarzyszeniach zaczyna już być za ciasne dla niektórych inicjatyw grup społecznych. Problem ten wykracza jednak poza ramy opracowania; sygnalizuję go tylko i winien on być przedmiotem osobnego rozważenia. W tym miejscu skupiam uwagę na omówieniu tylko samej materii *legis latae*.

W konkluzji należy stwierdzić, że zakres bezpośredniego stosowania ustawy determinuje fakt, iż - jak podkreśla to M. Wierzbowski,- nasze prawo o stowarzyszeniach pełniło zawsze (i pełni nadal - S.I.) funkcję uniwersalnej podstawy, przy pomocy której można legalizować byt instytucji społecznych, które nie mieszczą się w innych wyodrębnionych kategoriach²⁸. Dotyczy to jednak tylko sfery dobrowolnych organizacji społecznych, a więc nie odnosi się do organizacji o innym charakterze, takich jak spółki, zespoły lub fundacje. Wymowną ilustracją tej zasady jest teza orzeczenia NSA w odniesieniu do fundacji, która brzmi: Z faktu, że fundacja nie jest organizacją społeczną (stowarzyszeniem) wynika, że ustawa z dnia 7 IV 1989 r - Prawo o stowarzyszeniach nie może stanowić tzw. *lex generalis* w stosunku do ustawy z 6 IV 1984 r. o fundacjach²⁹.

²⁵. Przykładowo: Sąd Wojewódzki w Białymstoku zarejestrował na zasadach ogólnych prawa o stowarzyszeniach, już po wejściu w życie ustawy z 1996 r. o kulturze fizycznej, stowarzyszenie Pro-sport, którego przedmiot działania i sposoby realizacji rozciągają się na ekologię, turystykę, organizowanie obozów dla dzieci niepełnosprawnych, i in. Podobnie: Stowarzyszenie Miłośników Windsurfingu i Bezpiecznej Turystyki „Surf”.

²⁶. M. Wierzbowski: Nowe prawo o stowarzyszeniach..., s. 13.

²⁷. Z. Szypuliński: Stowarzyszenia. Wzory pism..., Poznań 1994, s. 10. Z liczb przytoczonych wyżej, w przypisie 12, wynika, że w 1961 r. w skali całego kraju funkcjonowało około 1200 stowarzyszeń zarejestrowanych. W 1989 r. w okresie prac nad nową ustawą istniało ok. 2500 stowarzyszeń zarejestrowanych i 40 stowarzyszeń wyższej użyteczności (za: J. Kosik, O zarządzie i kontroli wewnętrznej stowarzyszenia według ustawy z 1989 r., (w:) Z zagadnień prawa cywilnego księga ku czci Profesora Andrzeja Stelmachowskiego Białystok 1991, s. 90.) Na koniec roku 1996 rejestr sądowy stowarzyszeń jednego tylko województwa białostockiego liczy ok. 670 pozycji (w tym ok. 400 OSP), z tego ok. 220 nowych stowarzyszeń zarejestrowanych w l. 1990-1996. (dane Sądu Wojewódzkiego w Białymstoku).

²⁸. M. Wierzbowski: op. cit. s. 16.

²⁹. Wyrok NSA z dnia 10 II 1994 r., SA/Po 30345/93. Publ.: Monitor Prawniczy 1995, nr 5, s. 150

Ad 2. *Zakres wyłączeń.* Zgodnie z art.7 ust.1 prawa o stowarzyszeniach przepisom ustawy nie podlegają, ujmując skrótowo:

- 1) organizacje społeczne działające na podstawie odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych,
- 2) kościoły i związki wyznaniowe,
- 3) organizacje religijne działające w obrębie tych kościołów i związków,
- 4) komitety wyborcze,
- 5) partie polityczne.

Istotną modyfikację do tego wykazu wyłączeń wprowadza ustęp 2 art.7 ustawy, stanowiąc, że do organizacji, o których mowa w ust. 1 pkt. 1 i 3, w sprawach nie uregulowanych odrębnie stosuje się jednak przepisy ustawy. Pojawia się w ten sposób sfera subsydiarnego stosowania prawa o stowarzyszeniach. Przytoczona reguła wydaje się być celowa i zrozumiała, jednak przy głębszym jej rozważeniu nasuwa ona pewne wątpliwości.

Zauważyć należy, że zagadnienie powyższe wymaga jego rozpatrywania w dwóch aspektach: podmiotowym, gdzie chodziłoby o bliższe wskazanie, jakich to organizacji dotyczyć ma pkt 1 i 3 w świetle przepisu ustępu 2, oraz przedmiotowym, tj. określenie, które przepisy prawa o stowarzyszeniach mogą mieć zastosowanie w tej materii.

Zasadnym będzie przystąpienie do rozważenia sprawy w innej kolejności, tj. poczynając od przedmiotu. Formalnie biorąc, norma ust. 2 art. 7 dotyczy całego tekstu ustawy - prawa o stowarzyszeniach, jako że przepis nie zawiera tu jakiegokolwiek ograniczenia. Nasuwa się przy tym refleksja, że bardziej celowe byłoby rozważenie tej kwestii w odniesieniu do konkretnego przykładu z praktyki. W płaszczyźnie teoretycznej natomiast podstawowa dyrektywa interpretacyjna wynika z faktu, że ust. 2 art. 7 ustawy ma charakter wyjątku od reguły wyrażonej w ust. 1, że zatem nie można tu stosować wykładni rozszerzającej³⁰. Nie będzie przeto możliwe np. stosowanie trybu rejestracji sądowej określonego w rozdziale 2 ustawy, jeżeli przepis odrębny tego nie przewiduje. Mogą natomiast mieć zastosowanie przepisy rozdziału 1 - „przepisy ogólne”, rozdziału 4 - „majątek stowarzyszenia”, rozdziału 5 - „likwidacja stowarzyszenia”, a także art. 10 ust. 3 i art. 11 ustawy. Możliwość subsumcji tych przepisów zależeć będzie zawsze od konkretnej sytuacji; przy czym wydaje się, że nie są to sytuacje zbyt częste, a przepis art. 7 ust. 2 ustawy ma w praktyce znaczenie jedynie pomocnicze i marginalne.

30. Zob. E. Smoktunowicz: Niektóre zagadnienia wykładni prawa administracyjnego, (w:) Kodeks postępowania administracyjnego w orzecznictwie SN, NSA i Trybunału Konstytucyjnego. Wykładnia prawa administracyjnego, podstawowe zagadnienia. Wydawnictwo Prawnicze Iustitia, Warszawa 1995, s. 45.

W płaszczyźnie podmiotowej - w ujęciu czysto teoretycznym, co do zasady - zakres podmiotowy norm art. 7 ust. 1 pkt 1 i 3 i ust. 2 również odnosić trzeba do każdej bez wyjątku organizacji społecznej działającej na podstawie odrębnej ustawy, poza, oczywiście, wymienionymi w pkt 2,4,5. W rzeczywistości nie zachodzi jednak ani potrzeba ani możliwość korzystania z tej normy w stosunku do jednorodnych kategorialnie i wyczerpująco uregulowanych organizacji, takich jak związki zawodowe, społeczno-zawodowe organizacje rolników, PCK. Tylko dla porządku rzeczy wypada też odnotować, że norma ta nie dotyczy organizacji zaliczanych do kategorii samorządów, mających w nauce prawa ugruntowaną pozycję odrębnej kategorii organizacji, nie należących do zrzeszeń dobrowolnych³¹. Wątpliwe także byłoby odnoszenie przepisu ust. 2 art. 7 do organizacji młodzieży szkolnej, bo nie sposób postanowień art. 56 ustawy z 7 IX 1990 r. o systemie oświaty³² zaliczyć do uregulowań odrębnych. Prawo o stowarzyszeniach ma tu raczej zastosowanie wprost, a nie poprzez mechanizm art. 7 ust. 2 ustawy. Przepisy art. 1-6, 10 ust. 3, 11, 33 ustawy mogą mieć zastosowanie w odniesieniu do uczelnianych organizacji studenckich, organizacji międzynarodowych, organizacji religijnych, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 3.

W podsumowaniu tego fragmentu rozważań należy stwierdzić, że zakres pomocniczego stosowania prawa o stowarzyszeniach w trybie art. 7 ust. 2 ustawy jest stosunkowo wąski, tak pod względem przedmiotowym jak i podmiotowym. W praktyce tryb ten spełnia funkcję uzupełniającej wskazówki interpretacyjnej przy stosowaniu przepisów tzw. uregulowań odrębnych.

Ad 3. Przepisy szczególne. Poza sferą bezpośredniego i subsydiarnego stosowania przepisów ustawy rozważenia wymaga układ, który da się określić hasłowo jako „prawo o stowarzyszeniach plus inne przepisy”. Nie jest to jednorodna tematyka. Można tu umownie wyróżnić następujące układy: a) rozszerzenia, b) modyfikacji i c) odesłania zwrotnego.

a) *Rozszerzenie.* Układ ten określa sytuację, w której prawo o stowarzyszeniach stosuje się z uwzględnieniem przepisów innych ustaw, ze zmianami wynikającymi z tych ustaw.

W szczególności, w stosunku do stowarzyszeń kultury fizycznej i ochotniczych straży pożarnych zastosowanie mają przepisy prawa o stowarzyszeniach plus przepisy powoływanych już ustaw: z 18 I 1996 r. o kulturze fizycznej i z 24 VIII 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej. Stwierdzenie to ma w tym miejscu sens opisowy, gdyż w istocie reguła jest odwrotna: pierwszeństwo w zastosowaniu mają oszywiś-

³¹ E. Smoktunowicz: Prawo zrzeszania się w Polsce.... s. 212-217. Zob. też S. Iwanowski: W sprawie pojęcia samorządu, PiP z. 11/1974, s. 97 i nast.

³² Jedn. t. Dz.U. z 1996 r., nr 67 poz. 329.

cie przepisy powołanych wyżej ustaw, jako *lex specialis*, plus prawo o stowarzyszeniach.

Bardziej zawikłany jest problem stosowania prawa o stowarzyszeniach wobec organizacji wyznaniowych. Wypada jednak na wstępie skonstatować, że w praktyce stosowanie tych przepisów raczej nie napotyka trudności, o czym świadczyć zdaje się zupełny prawie brak orzecznictwa w tym zakresie. Wynika stąd, że w konkretnych przypadkach nie powstają kolizje na temat stosowania tych norm, czy też spory, które byłyby przedmiotem orzeczeń sądowych.

Jak już była o tym wyżej mowa, art. 7 ust. 1 pkt 2 prawa o stowarzyszeniach wyłącza jego stosowanie w odniesieniu do samych kościołów i związków wyznaniowych. Problem natomiast dotyczy regulowania prawem o stowarzyszeniach bytu prawnego organizacji działających wewnątrz, czy też w obrębie kościołów i związków wyznaniowych. Pierwsza trudność związana jest z niejednolitym nazewnictwem w tej materii. Przepisy ustaw używają określić: „organizacje religijne”³³, „organizacje kościelne”³⁴, bądź opisowo: „organizacje mające na celu działalność na rzecz formacji religijnej...”³⁵, a ponadto określeń z przymiotnikiem od nazwy danego kościoła: „organizacje katolickie”, „bractwa prawosławne”, „organizacje baptystyczne”, itd. W tej sytuacji nie zawsze da się wprost z przepisu ustalić, jakie to organizacje są mu przyporządkowane. Z analizy obowiązujących przepisów wynika, że w gruncie rzeczy odpowiedź sprowadza się do wskazania organizacji kościelnych, do których **nie stosuje się** prawa o stowarzyszeniach.

Tak więc, prawa o stowarzyszeniach nie stosuje się do:

- organizacji społecznych nie mających osobowości prawnej, działających w obrębie związków wyznaniowych zarejestrowanych na podstawie ustawy o wolności sumienia i wyznania (art. 29 tej ustawy);

- katolickich organizacji kościelnych, działających w ramach kościelnych osób prawnych:

- 1) erygowanych przez biskupa diecezjalnego lub w ramach statutów zakonnych przez wyższego przełożonego zakonnego, a w odniesieniu do organizacji o zasięgu ponaddiecezjalnym - przez Konferencję Episkopatu Polski,

33. Art. 7 ust. 1 pkt 3 prawa o stow.

34. R. 5 działu I ustawy z 17 maja 1989 o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w RP (Dz. U. nr 29 poz. 154 ze zm. - dalej powoływana jako ustawa o Kościele Katolickim; R 5 działu I ustawy z 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz. U. nr 66 poz. 287 ze zm. - dalej powoływana jako ustawa o Kościele Prawosławnym).

35. Art. 19 ust. 1 pkt 14 ustawy o wolności sumienia i wyznania.

2) założonych przez wiernych z udziałem proboszcza, rektora kościoła lub przełożonego zakonnego za zezwoleniem władzy kościelnej, o której mowa w pkt. 1³⁶;

- prawosławnych organizacji kościelnych, działających w ramach kościelnych osób prawnych:

1) erygowanych przez biskupa diecezjalnego, a w odniesieniu do organizacji o zasięgu ponaddiecezjalnym - przez Święty Sobór Biskupów,

2) założonych przez wiernych z udziałem proboszcza lub przełożonego klasztoru za zezwoleniem władzy kościelnej, o której mowa w pkt. 1³⁷,

- organizacji ewangelicko-metodystycznych³⁸, organizacji społecznych Kościoła Polskokatolickiego³⁹, organizacji kościelnych Kościoła Katolickiego Mariawitów⁴⁰, organizacji kościelnych Kościoła Starokatolickiego Mariawitów⁴¹

b) Modyfikacja. Chodzi o sytuacje, gdy przepisy szczególne powołują się na prawo o stowarzyszeniach, z zaznaczeniem że stosuje się ono ze zmianami tego prawa.

Tak więc prawo o stowarzyszeniach, z poniżej przytoczonymi zmianami, stosuje się do:

- społecznych organizacji katolickich⁴², bractw prawosławnych⁴³, organizacji ewangelickich Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego⁴⁴, organizacji baptystycznych⁴⁵, organizacji adwentystycznych⁴⁶, organizacji wyznaniowych żydowskich⁴⁷

36. Art. 34 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy o Kościele Katolickim.

37. Art. 30 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o Kościele Prawosławnym.

38. Art. 21 ust. 4 ustawy z 30 VI 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Metodystycznego w RP, Dz.U. nr 97 poz 479.

39. Art. 18 ust. 4 ustawy z 30 VI 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w RP, Dz.U. nr 97 poz. 482.

40. Art. 16 ust. 4 ustawy z 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w RP.

41. Art. 17 ust. 4 ustawy z 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w RP.

42. Art. 35 ust.3 ustawy o Kościele Katolickim.

43. Art. 31 ust.3 ustawy o Kościele Prawosławnym.

44. Art. 24 ust 2 ustawy z 13 V 1994 o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w RP, Dz.U. nr 73 poz. 323.

45. Art. 21 ust. 3 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w RP, Dz.U. nr 97 poz. 480.

46. Art. 19 ust. 3 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w RP, Dz.U. nr 97 poz. 481.

47. Art. 17 ust. 2 ustawy z 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP.

i organizacji zielonoświątkowców⁴⁸. Wszystkie wymienione w tym akapicie organizacje mogą być tworzone za aprobatą wymienionych w tych ustawach władz kościelnych lub na podstawie ich uchwały. Prawo o stowarzyszeniach stosuje się do nich z uwzględnieniem następujących zmian:⁴⁹

1) władzy kościelnej przysługuje cofnięcie aprobaty lub uchwały o ich założeniu,

2) wystąpienie (wojewody) do sądu z wnioskiem o rozwiązanie stowarzyszenia wymaga uzgodnienia lub opinii wymienionych w ustawach władz kościelnych,

3) w przypadku likwidacji organizacji ich majątek pozostaje w kościele lub w gestii jego osób prawnych, zgodnie ze statutem (prawem wewnętrznym) kościoła.

Na gruncie ustawy z 1996 r. o kulturze fizycznej modyfikacji ulega prawo o stowarzyszeniach w odniesieniu do szkolnych klubów sportowych i polskich związków sportowych. Zgodnie z art. 7 tej ustawy uczniowskie kluby sportowe działają na zasadach prawa o stowarzyszeniach, lecz z wyłączeniem przepisów dotyczących rejestracji, podlegają wpisowi do ewidencji prowadzonej przez wojewodów i mają osobowość prawną z mocy prawa. Z kolei polski związek sportowy może działać tylko jeden w danej dyscyplinie lub dziedzinie sportu (art. 10 ust. 2) i być utworzony jedynie za zezwoleniem Prezesa Urzędu Kultury Fizycznej i Turystyki, który zatwierdza statut związku oraz wszelkie jego zmiany (art. 10 ust. 4), a do wniosku o jego zarejestrowanie w sądzie należy dołączyć dowód zezwolenia i zatwierdzenia statutu (art. 13 ust. 5). W konwencji modyfikacji można rozpatrywać postanowienia powoływanego wyżej art. 56 ust. 2 ustawy z 1990 r. o systemie oświaty, który przewiduje wyrażenie zgody przez dyrektora szkoły, po uzyskaniu pozytywnej opinii rady szkoły, na podjęcie działalności stowarzyszenia w szkole.

c) *Odeśłanie zwrotne*. Poza stosowaniem prawa o stowarzyszeniach ze zmianami i modyfikacjami, mamy niekiedy do czynienia z częściowym, fragmentarycznym stosowaniem tego prawa. Rozwiązanie takie znajdujemy w ustawie z 1990 r. o partiach politycznych (art. 5 ust. 4) oraz ustawie z 1989 r. o wolności sumienia i wyznania (art. 36 ust. 3), które stanowią, że do postępowania likwidacyjnego wobec tych organizacji stosują się odpowiednio przepisy rozdziału 5 prawa o stowarzyszeniach.

⁴⁸. Art. 20 ust. 3 ustawy z 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w RP.

⁴⁹. We wszystkich pięciu powoływanym tu ustawach zmiany te są prawie identyczne, toteż przytaczam je w ujęciu zbiorczym pomijając drobne szczegóły.

Ad. 4. *Stosowanie przez analogię.*⁵⁰ Poza obszarami „bezpośredniego”, „subsydiarnego” i „szczególnego” stosowania ustawy, omówionymi powyżej, odrębne zagadnienie stanowi stosowanie prawa o stowarzyszeniach przez analogię. Wiąże się to przede wszystkim ze wspomnianą już oceną, że prawo o stowarzyszeniach jest jedyną uniwersalną podstawą i może być brane pod uwagę w sytuacjach, gdy brak jest przepisów odsyłających do tego prawa. W konkretnym przypadku prawo o stowarzyszeniach może być pomocne przy rozstrzygnięciu określonych zagadnień dotyczących np. związków zawodowych, czy nawet partii politycznych⁵¹ lub innych „nieskategoryzowanych” organizacji. Jak słusznie postuluje E. Smoktunowicz, prawo o stowarzyszeniach „na zasadzie analogii” może być stosowane również „...do tych (organizacji), które uzyskają, być może, w przyszłości odrębną regulację prawną.”⁵²

Osobnego skomentowania wymaga instytucja odpowiedniego stosowania ustawy. Może ono dotyczyć wszystkich trzech omówionych wyżej układów. Stosowanie odpowiednie dotyczyć może zarówno całości prawa o stowarzyszeniach jak i wskazanej części ustawy, jak np. powyżej w pkt III 3c. W ślad za stanowiskiem doktryny⁵³, w orzeczeniach Sądu Najwyższego zaczyna ugruntowywać się wykładnia, że „...przez odpowiednie stosowanie przepisów prawa należy rozumieć stosowanie przepisów tego prawa wprost, z odpowiednimi modyfikacjami lub wcale⁵⁴. Zdaniem E. Smoktunowicza, stosowanie odpowiednie „... jest to nakaz stosowania wskazanych przepisów w drodze analogii, nie mający jednak charakteru generalnego”⁵⁵.

W zakresie omawianego tematu wymóg odpowiedniego stosowania prawa o stowarzyszeniach ma miejsce w odniesieniu do stowarzyszeń kultury fizycznej i ich związków⁵⁶ oraz stowarzyszeń gmin⁵⁷. W tym ostatnim przypadku sprawa jest przedmiotem interesującej uchwały Sądu Najwyższego z 1993 r., iż (tu - w skró-

50. Teoria i praktyka stosowania analogii w prawie - w szczególności na gruncie prawa cywilnego i ogólnej teorii prawa jest przedmiotem znanych opracowań i nie wymaga w tym temacie powoływania. Nowatorską koncepcję stosowania analogii w prawie administracyjnym zaprezentował E. Smoktunowicz: *Analogia w prawie administracyjnym*, Warszawa 1970, PWN, rozwinętą w pracy tego Autora: *Kodeks postępowania administracyjnego w orzecznictwie SN, NSA i Trybunału Konstytucyjnego. Wykładnia prawa administracyjnego...*, Warszawa 1995, s. 17-54.

51. Zob. uzasadnienie postanowienia SN - Izby Cywilnej z dn. 23 III 1995 r., III CZP 5/95, OSN z. X/1996 r, poz. 59, z glosą M. Wrzolek-Romańczuk, tamże.

52. E. Smoktunowicz: *Prawo zrzeszania się w Polsce...*, s. 84.

53. J. Nowacki: *Analogia legis. Zagadnienia teoretyczno-prawne*, Łódź 1964, s. 143; E. Smoktunowicz: *Analogia w prawie administracyjnym...*, s. 82.

54. Uchwała SN z dnia 30 IV 1993 r., III CZP 48/93. OSNC 1993 z. 12 poz. 200.

55. E. Smoktunowicz: *Kodeks postępowania administracyjnego...*, s. 47.

56. Art. 8 ust 3 ustawy z 1996 r. o kulturze fizycznej.

57. Art. 84 ustawy z 8 III 1990 r. o samorządzie terytorialnym, jedn.t. Dz.U. z 1996 r. nr 13 poz.

74.

cie): Do utworzenia stowarzyszenia gmin na podstawie art. 84 ustawy o samorządzie terytorialnym nie ma zastosowania art. 9 prawa o stowarzyszeniach⁵⁸. Jako przykład odpowiedniego stosowania ustawy w odniesieniu do stowarzyszeń gmin J. Szreniawski podaje art. 11 prawa o stowarzyszeniach, zgodnie z którym najwyższą władzą w stowarzyszeniu gmin będzie nie „walne zebranie członków” - jak stanowi art. 11 - lecz „walne zebranie przedstawicieli członków”⁵⁹.

IV. W podsumowaniu powyższych uwag należy podkreślić, że zakres obowiązywania prawa o stowarzyszeniach ukształtowany został w rezultacie rozwoju i przeobrażeń systemu prawa organizacji społecznych. Stan regulacji prawnej w tym zakresie jest dość skomplikowany. Pod względem formalnym regulacja prawna charakteryzuje się rozproszeniem; „odczytanie” zakresu stosowania omawianego prawa nie ogranicza się do lektury tekstu ustawy - prawa o stowarzyszeniach, lecz wymaga sięgania do wielu innych przepisów oraz wnikliwej ich wykładni. Ze względu na szczególny przedmiot regulacji i jej sposób - zakres stosowania prawa o stowarzyszeniach nie ma charakteru zamkniętego; przeciwnie, można by twierdzić że ma charakter dynamiczny, rozwojowy, że jest zmieniany i dostosowywany w taki sposób, aby przyczyniać się do spełnienia celu zapisanego w preambule analizowanej ustawy, tj. „... stworzenia warunków do pełnej realizacji gwarantowanej Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej wolności zreszania się...”. Jednocześnie uwidoczniają się niedostatki tej regulacji. Staje się ona dzisiaj niewystarczająca, w obliczu rozwoju nowych form „organizacji samopomocy społecznej”, organizacji lobbingu, zrzeszeń organizacji pozarządowych i innych form i postaci inicjatyw obywatelskich. Wymaga to jednak oddzielnego omówienia i dalszych badań prawa o stowarzyszeniach.

58. Uchwała powołana w przypisie 36.

59. J. Szreniawski: Problemy prawne stowarzyszeń, (w:) *Annales UMCS* vol. XL 23 Sectio G z 1993 r. s. 219.

KILKA UWAG O WARTOŚCI NORMATYWNEJ PREambuŁ KONSTYTUCYJNYCH

Dyskusje wokół przygotowywanej nowej Konstytucji Rzeczypospolitej dotknęły w ostatnim stadium również preambuły do konstytucji. Spory dotyczyły treści preambuły. Niejako na marginesie, poza wielką debatą społeczną na temat Konstytucji, pozostała sprawa normatywnego charakteru preambuły. Sprawa ta, zwłaszcza w ostatniej fazie dyskusji konstytucyjnych, była poruszana w gronie profesjonalistów. Skądinąd nic w tym dziwnego. Bowiern pytanie, czy na bazie tekstu preambuły można konstruować normy prawne jest zagadnieniem dotyczącym w większym stopniu przyszłości. Ponadto na tle sporów wokół głównych zagadnień dzielących polskie środowisko polityczne - sprawa preambuły w naturalny sposób stała się drugorzędna. Zapewne nieprzypadkowo zajęto się nią - na krótko przed ostatecznym zredagowaniem i uchwaleniem Konstytucji. W końcu zgodzono się na krótki tekst stanowiący wstęp do nowej Konstytucji, wskazujący na uniwersalne wartości, jak: prawda, sprawiedliwość, dobro i piękno, które to wartości legły u podstaw Konstytucji oraz wskazujący na cele, którymi są zagwarantowanie praw obywatelskich, zapewnienie rzetelnego i sprawnego działania instytucji publicznych; podnoszący, że Konstytucja jest zbiorem podstawowych praw dla państwa opartych na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, współdziałaniu władz, dialogu społecznym oraz na zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot. Wskazano również, że stosowanie Konstytucji musi uwzględniać zachowanie przyrodzonej godności człowieka, jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi akcentując, że poszanowanie tych zasad stanowić winno niewzruszoną podstawę Rzeczypospolitej Polskiej.

Polska tradycja konstytucyjna dopuszcza preambułę, poświęcając jej należne miejsce.

Preambuły należą również do tradycji niektórych krajów europejskich prawa stanowionego. Jednakże najnowsze, powojenne konstytucje krajów Unii Europejskiej z reguły nie posiadają preambuły w znaczeniu tekstu nie podzielonego technicznie na typowe fragmenty (artykuły) mającego z reguły brzmienie deklaratywne oraz poprzedzającego przepisy Konstytucji sensu stricto. Dotyczy to w szczególności Konstytucji: Portugalii (1976), Danii (1953), Włoch (1947), Holandii (1983), Luksemburga (1968) i praktycznie Grecji (1975), jeśli nie liczyć krótkiej inwokacji odwołującej się do Trójcy Świętej.

Preambuły posiadają natomiast powojenne konstytucje Niemiec (1949), Francji (1958) i Hiszpanii (1978).

W polskiej powojennej nauce prawa konstytucyjnego poglądy na temat normatywności preambuły konstytucyjnej są podzielone. Na poglądach odmawiających wstępom do konstytucji charakteru normatywnego z pewnością zaważyła praktyka wielu lat PRL-u, kiedy to w myśl uchwały Sądu Najwyższego z 1955 roku same normy konstytucyjne sensu stricto traktowano jako zrab nadbudowy prawnej nie nadający się z reguły bezpośrednio do praktycznego stosowania bez rozwinięcia w ustawach zwykłych i innych aktach normatywnych¹.

W sposób jednoznaczny za normatywnym charakterem preambuły opowiedział się Stefan Rozmaryn argumentując w odniesieniu do Konstytucji PRL, że ustawodawca nie wydzielił poza tekst konstytucji żadnej jej części ani żadnego postanowienia. Cała treść konstytucji, ze wstępem włącznie została uchwalona przez Sejm w jednolitym trybie i jednolitym akcie, w całości ogłoszona, ze wstępem włącznie, pod jednolitą nazwą w Dzienniku Ustaw. Nie ma więc żadnego znaczenia, że wstęp, niewątpliwie stanowiący integralną część aktu ustawodawczego /.../, sformułowany jest inaczej, nie jest podzielony na artykuły i poprzedza pozostałą część Konstytucji. Normodawca bowiem nie przejawiał żadnych intencji innego traktowania wstępu, nadania mu innego charakteru prawnego². Wstęp stanowi więc w pełni integralną część konstytucji i posiada zdaniem Rozmaryna - normatywny charakter.

Andrzej Burda uznając, że wstęp do Konstytucji z 1952 roku stanowi jej integralną część, twierdzi, że nie można mu odmawiać znaczenia prawnego i widzieć w nim tylko deklarację o charakterze propagandowo-politycznym. Jednakże jego doniosłość prawna i znaczenie są inne niż doniosłość i znaczenie postanowień zawartych w innych rozdziałach. Poszczególne zdania wstępu mają bowiem różny charakter i znaczenie prawne posiadają w różnym stopniu³.

Podobne stanowisko prezentował Feliks Siemieński oceniając, że tylko te stwierdzenia Konstytucji mają charakter postanowień, które nakładają na organy państwowe jakieś obowiązki, z których wynikają jakieś powinności. Natomiast nie mają charakteru normatywnego stwierdzenia wyłącznie eksplikatywne⁴.

¹. Prawo konstytucyjne, red. W. Skrzydło, Lublin 1994, s. 24-25.

². S. Rozmaryn: Konstytucja jako ustawa zasadnicza PRL, Warszawa 1967, s. 87-90.

Takie też stanowisko: R. Klimowiecki, Polskie prawo państwowe, Warszawa 1953, cz. I, s. 94.

³. A. Burda: Polskie prawo państwowe, Warszawa 1978, s. 161-162

⁴. F. Siemieński: Prawo konstytucyjne, Warszawa-Poznań 1978, s. 30-32. W podobnym duchu pisze też I. Galster stwierdzając, iż tylko te zwroty wstępu mają sens normatywny, którym przypisać można walor postanowień statuujących określone obowiązki dla adresatów. Nie mają ich natomiast te zwroty, które mogą być logicznie weryfikowane, są zdaniami w sensie logicznym: I. Galster, W. Szyzkowski, Z. Wasik, Z. Witkowski: Prawo konstytucyjne, Toruń 1996, s. 26-27.

Piotr Winczorek ocenia, że wśród przeciwstawnych stanowisk co do preambuły w mniejszości są ci, którzy przyznają charakter normatywny całemu tekstowi, włącznie ze wstępem. Większość jest zdania, że cała treść Konstytucji jest zróżnicowana pod względem swych cech normatywnych. Bowiem Konstytucja zawiera nie tylko normy, ale także deklaracje intencji, wypowiedzi o charakterze ideowym ujawniające przekonania moralne, religijne, ekonomiczne, polityczne jej autorów. Jednakże nie oznacza to, że nie mają one żadnego poza symbolicznym znaczenia. Bowiem ich treść dotyczy zasad i wartości którymi winno się kierować państwo, a także jego celów. Są to więc swoiste dyrektywy interpretacyjne. Preambuła także i w tym przypadku zachowuje znaczenie jako element normatywnej struktury całego aktu⁵.

Na tle tego krótkiego wprowadzenia do dyskusji wokół normatywności preambuł konstytucyjnych da się jednak wyróżnić dwa aspekty tego zagadnienia. Pierwszy z nich dotyczy oceny wypowiedzi zamieszczonych w preambułach. Trafnie zauważa się tutaj, że nie wszystkie wypowiedzi nadają się do konstruowania z nich norm, skoro wypowiedzi te mają charakter eksplikacyjny bądź typowo asertoryczny. Aspekt drugi to postawienie pytania, czy preambuły konstytucyjne powinny zawierać tylko wypowiedzi, z których można wyprowadzić normy, bądź da się na ich podstawie skonstruować normy.

Kwestia pierwsza w zasadzie nie powinna budzić wątpliwości. Istotnie w konstytucyjnych wstępach spotkać możemy zarówno wypowiedzi dające się przełożyć na język norm i dyrektyw, jak i takie, z których nie można wyprowadzić żadnych uprawnień lub obowiązków dla jakichś adresatów. Dotyczy to zresztą nie tylko klasycznej formuły preambuły (wstępu). Konstytucyjne zapisy nienormatywne spotkać możemy bowiem w zapisach zamieszczonych w rozdziałach wewnętrznych Konstytucji podzielonych według tradycyjnych reguł na artykuły. Przykładem może być tutaj Rozdział I Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1935 roku.

Odpowiedź na pytanie drugie wydaje się być o wiele bardziej skomplikowana. Zależy bowiem od przyjęcia założeń podstawowych dotyczących konstytucji: jej roli w systemie prawnym, sposobu powstawania i charakteru legitymacji. Szerzej nawet: zależy od przyjęcia założeń dotyczących teoretycznych fundamentów normy prawnej oraz modelu demokracji.

Te ostatnie stwierdzenia wydają się mieć duży ciężar gatunkowy. Wymagają przeto bliższego wyjaśnienia.

Konstytucjonalizm europejski przeszedł w ostatnich kilkunastu latach istotną ewolucję. Nastąpiła racjonalizacja obszaru polityki, władzy i funkcjonowania instytucji a w dalszej konsekwencji jurydyzacja praktyki i faktów politycznych.

⁵ P. Winczorek: *Dyskusje konstytucyjne*, Warszawa 1996, s. 115-116.

Prawo w coraz większym stopniu zaczęło normować politykę. W pierwszym stadium - piszą Constance Grewe i Helene Ruiz Fabri - panowanie prawa konstytucyjnego przejawiało się jako zwycięstwo rozumu nad woluntaryzmem, normatywności nad faktem i polityką⁶. Konstytucja ujarzmiła życie polityczne w zamknięty zespół normatywny, z którego wypływają wszelkie normy i wynikają z siebie logicznie.

Normatywistyczne koncepcje Kelsena miały tutaj swój istotny wkład, stając się fundamentem teoretycznym zamykającym życie społeczne w gorset państwa prawnego. Konstytucja usztywniła życie polityczne narzucając mu formalne reguły prawne.

Trafnie wskazuje się tutaj na wkład Carré de Malberga jako tego, który przyczynił się do erozji klasycznej teorii przedstawicielstwa, która politycznie czyniła suwerenem parlament stanowiący ustawy jako wyraz woli powszechnej suwerena. Carré de Malberg postulując referendum jako bezpośredni przejaw woli suwerena preferował tę formę jako możliwość kontroli parlamentu. Tym samym otworzył drogę do kontroli konstytucyjności ustaw, oceny dzieła parlamentu z punktu widzenia zgodności z konstytucją⁷.

Wspominamy tutaj o niektórych tylko nurtach budowania koncepcji demokracji konstytucyjnej współczesnego modelu demokracji oznaczającego prymat konstytucji ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Wypada podzielić pogląd, że pojawienie się sądownictwa konstytucyjnego, uznanie go najpierw za dopuszczalną, a później wręcz konieczną instytucję państwa demokratycznego - zasadniczo zmieniło pozycję konstytucji, parlamentu i ustawy a także modelu demokracji współczesnej.

Uznanie potrzeby sądu konstytucyjnego, którego zadaniem byłoby badanie zgodności ustaw z konstytucją, nie przyszło łatwo. Przeciwnicy tej instytucji podnosili, że jest to niedopuszczalne ingerowanie w działalność parlamentu, kontrolowanie go. Stąd w niektórych państwach rozwiniętej demokracji wprowadzenie odrębnego sądu konstytucyjnego, którego orzeczenia byłyby wiążące i ostateczne, przyszło stosunkowo późno. Tym niemniej po II wojnie światowej przyjęcie takiej idei w systemach prawa stanowionego jako obowiązującej stało się faktem. Każda konstytucja europejska ostatnich lat uznaje ją za obowiązujący standard.

Konsekwencjami wprowadzenia sądu konstytucyjnego były w szczególności:
- wyraźne podporządkowanie ustawy konstytucji; - określenie obszaru konstytucji

⁶. C. Grewe, H. Ruiz Fabri: *Droits constitutionnels européens*, Paris 1995, ed. PUF s. 7.

⁷. M. Granat: *Od klasycznego przedstawicielstwa do demokracji konstytucyjnej (ewolucja prawa i doktryny we Francji)*, Lublin 1994, s. 26-30.

lub prawa konstytucyjnego sensu stricto, nadrzędnego wobec ustaw; w tym miejscu pojawiło się też pytanie o charakter normatywny preambuł konstytucyjnych. Jeśli są one, częścią konstytucji, to winny ich dotyczyć wszystkie uwagi dotyczące konstytucji jako najwyższego aktu prawnego, o najwyższej mocy obowiązywania, z którego wszelkie inne akty prawne wypływają (bezpośrednio lub pośrednio); z którym winny być zgodne.

Konsekwencją uznania pełnego zwierzchnictwa konstytucji i możliwości badania zgodności wszelkich innych aktów z konstytucją jest również - jeśli pojmuje tę ideę w sposób kompletny - związanie nią nie tylko wszelkich organów władzy, ale i suwerena, tzn. społeczeństwa obywatelskiego, określanego nadal tradycyjnie w konstytucjach jako lud czy naród. Oznacza to, że z chwilą przyjęcia konstytucji dopuszczalne są tylko takie przejawy woli suwerena, które są przewidziane przez konstytucję.

Można więc w tym miejscu pokusić się o konstatację, że konstytucja przyjęta w sposób zgodny z regułami demokratycznymi mająca pełny **demokratyczny rodowód i tytuł moralny, wiąże zarówno władzę jak i suwerena.**

W najbardziej klarowny sposób dała temu wyraz francuska Rada Konstytucyjna w swych orzeczeniach, stwierdzających, że ustawa wyraża wolę powszechną tylko w ramach respektujących konstytucję. Dominique Rousseau analizując wszechstronnie konsekwencje doktrynalne orzecznictwa Rady Konstytucyjnej stwierdza, że Rada buduje nową definicję demokracji, odmienną od okresu poprzedniego, lecz zgodną z nowym podziałem władzy⁸.

Zajmijmy się teraz przede wszystkim konsekwencjami normatywnymi komentowanej ewolucji demokracji i konstytucji w kierunku **demokracji konstytucyjnej**. Zwłaszcza w odniesieniu do preambuł konstytucyjnych.

Uznanie, że konstytucja staje się w sposób konsekwentny najwyższym aktem prawnym, o najwyższej mocy obowiązywania, musi logicznie prowadzić do wniosku, że dotyczy to całej konstytucji, także i jej preambuły, która choć różniąc się w swej formie i strukturze, jest częścią konstytucji.

... Aż do zakończenia drugiej wojny światowej, niemal wszystkie preambuły były analizowane jako zwykłe programy lub dyrektywy interpretacyjne - piszą cytowani wcześniej autorzy /.../ Od tego czasu przyznano normatywność preambułom, jak o tym świadczy orzecznictwo francuskiej Rady Konstytucyjnej, według której preambuła stanowi część bloku konstytucyjnego, który kwalifikuje ją jako akt mieszany (tj. częściowo normatywny - A.J.). Ta tendencja została potwierdzona na szczeblu europejskim, ponieważ Europejski Trybunał Praw Człowieka nie waha

⁸. D. Rousseau: *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris 1995, ed. Monchrestien, s. 417

się powoływać na Preambułę Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w szczególności na dominację prawa⁹.

Wydaje się, że tendencja do normatywizacji preambuł konstytucyjnych jest nieuchronna na gruncie systemów prawa stanowionego, skoro jest to logiczna konsekwencja stwierdzenia, iż konstytucja jest najwyższym aktem prawnym, czyli zborem norm; preambuła zaś jest niewątpliwie częścią konstytucji. Tak konsekwentnie wyprowadzony wniosek poddaje w wątpliwość pogląd o tzw. mieszanym charakterze preambuły, a mianowicie iż w preambule mogą być zawarte zarówno fragmenty normatywne, jak i nie normatywne.

Warto też zasygnalizować, iż do poglądu o normatywnym w pełni charakterze preambuły może skłaniać pewna ewolucja w poglądach na istotę normy oraz jej relację względem przepisu (wypowiedzi) prawnego. Trudno ocenić w jakiej mierze ewolucja ta staje się już dzisiaj przełomowa, jak to sygnalizują niektórzy teoretycy prawa, gdyż poglądy na temat istoty normy są nadal tradycyjnie zróżnicowane. W szczególności podział poglądów przebiega nadal między tymi, którzy twierdzą, że normy zawarte są w przepisach, a tymi, wedle których normy są konstruowane na gruncie przepisów (wypowiedzi) prawnych przez stosującego prawo. Tym niemniej teza tych, którzy podkreślają, że stosujący prawo stanowione są rzeczywistymi twórcami norm - warta jest refleksji w odniesieniu do roli sądów konstytucyjnych. Michel Tropper wskazuje, że sam Kelsen przeszedł w tym względzie też znamiennej ewolucję. Początkowo odrzucając zdecydowanie poglądy koncepcji realistycznych głoszących, że rzeczywistym normodawcą jest interpretator tekstów prawnych, a nie ich autor, później w rezultacie przyjął ten pogląd, choć znacznie złagodzony w formie¹⁰.

Istotnie można dopatrzeć się u Kelsena takiego poglądu, skoro pisze on, iż analiza struktury hierarchicznej państwowego porządku prawnego wskazuje, że podział na tworzenie prawa i jego stosowanie nie ma charakteru absolutnego, ani też znaczenia, jakie tradycyjna nauka prawa mu przypisuje¹¹.

Wyostrając poglądy koncepcji realistycznych, na gruncie których M. Tropper twierdzi, że tam, gdzie istnieje sądownictwo konstytucyjne, konstytucja jest taka jaka kształt nadają jej sędziowie konstytucyjni. Tej bowiem konstytucji nie może naruszyć parlament. Jest on więc w rezultacie związany nie tekstem Konstytucji, lecz normami tworzonymi przez sędziów¹².

⁹ C. Grewe, H. Ruiz Fabri: op. cit. s. 43.

¹⁰ M. Tropper: *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris 1994, ed. PUF, s. 333-335.

¹¹ H. Kelsen: *Théorie pure du droit*, ed de la Baconnière, Boudry-Neuchatel, 1988, z niemieckiego oryginału *Reine Rechtslehre* tłum. późniejszego wydania tej pracy.

¹² M. Tropper: op. cit., s. 337.

Spojrzenie na orzecznictwo sądownictwa konstytucyjnego w systemie prawa stanowionego istotnie prowadzi do refleksji, że jest to działalność praktycznie normodawcza. Nie rozpatrujemy bliżej tego wątku. Natomiast w kontekście takiej refleksji, na tle nowo przyjętej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, warto postawić sobie takie oto pytanie: **czy mieszany charakter preambuły do Konstytucji (a przecież w sposób zamierzony zamieszczono tutaj wypowiedzi nie normatywne) nie stanie się w przyszłości bezcelowy, skoro cały tekst Konstytucji, włącznie z preambułą, może być poddany normotwórczej działalności Trybunału Konstytucyjnego ? Czy właściwie na tle owych nie normatywnych zapisów preambuły orzecznictwo Trybunału nie stanie się nadmiernie normotwórcze?**

Refleksje takie prowadzą w konsekwencji do wniosku, iż twórcy konstytucji powinni zamieszczać również w preambule zapisy z zamiarem nadania im normatywnego charakteru.

WSPÓŁDZIAŁANIE ORGANÓW SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO PRZY WYDAWANIU DECYZJI ADMINISTRACYJNYCH

Z dualistycznym modelem administracji publicznej, który od 1990 r. stanowi w Polsce podstawę ustroju administracji lokalnej, w literaturze wiąże się najczęściej problem trudności repartycji kompetencji między organy administracji rządowej oraz organy samorządu terytorialnego¹. Warte uwagi wydaje się natomiast zjawisko współdziałania tych organów przy wydawaniu decyzji administracyjnych przez któryś z nich. Tej kwestii, a także innym dość bliskim współdziałaniu sytuacjom, w których organ samorządu terytorialnego wydaje decyzje będące podstawą dla innych decyzji, poświęcone jest niniejsze opracowanie.

1. Pojęcie współdziałania

Pojęcie współdziałania jest w doktrynie przedmiotem zainteresowania jej licznych przedstawicieli². Nie ma jednak powszechnej zgody co do zakresu znaczeniowego tego pojęcia. Biorąc pod uwagę kryterium celu współdziałania, wyróżnić można dwa rodzaje doktrynalnych definicji, są to definicje pozytywne i pozytyw-no-negatywne. Pozytywną definicję współdziałania zbudował np. W. Zieleniewski, który uważa, że współdziałanie polega na działaniu zmierzającym do realizacji celów tożsamyh lub zgodnych³. Podobne stanowisko w tym względzie prezentuje E. Smoktunowicz, który uznaje, że współdziałanie należy ograniczyć do sytuacji, gdy dwa lub więcej podmiotów realizuje cele tożsame lub zgodne⁴. Inaczej na problem współdziałania patrzy J. Lang, według którego jest to zbiór działań złączonych węzłem pozytywnej lub negatywnej kooperacji⁵. Na negatywny, oprócz pozytywnego, aspekt współdziałania zwracał też uwagę T. Kotarbiński, który przyjmował, że „dwa podmioty współdziałają, jeżeli przynajmniej jeden z nich

¹ M. Stahl: Poszukiwania modelu władzy i administracji lokalnej w Polsce, Łódź 1989, s. 113 i podana tam literatura.

² Przykładowo W. Zieleniewski: Organizacja zespołów ludzkich. Wstęp do teorii organizacji i zarządzania, Warszawa 1978, s. 118; S. Biernat: Działania wspólne w administracji państwowej, Wrocław 1979, s. 78; J. Lang: Współdziałanie administracji ze społeczeństwem, Warszawa 1985, s. 61.

³ W. Zieleniewski: tamże.

⁴ E. Smoktunowicz: Ogólne problemy współdziałania terenowych organów władzy i administracji państwowej z organizacjami społecznymi, „Problemy Rad Narodowych” 1988 nr 70, s. 20.

⁵ J. Lang: tamże.

drugiemu pomaga lub przeszkadza”⁶ Na tej podstawie uznawał, że współdziałanie może być dodatnie lub ujemne⁷.

Nie negując *in abstracto* wartości poznawczej negatywnego aspektu w definicji współdziałania, *in concreto* w odniesieniu do współdziałania organów samorządu terytorialnego przy wydawaniu decyzji administracyjnych przyłączam się do tych autorów, którzy formułują pozytywne definicje współdziałania. Przystępując do omówienia problemów współdziałania należy też pamiętać, że pojęcie to może być rozumiane wąsko, jako proces oparty na bezpośrednich kontaktach organów administracji⁸, ale też może być rozumiane szeroko i obejmować również działania pozbawione tych kontaktów, podejmowane na różnych etapach w jednej sprawie, która rozstrzygana jest w drodze decyzji administracyjnej. W dalszej części niniejszego opracowania pojęcie współdziałania używane będzie w znaczeniu pozytywnym oraz w szerokim ujęciu.

2. Obszary działań administracji publicznej, w których występuje współdziałanie organów samorządu terytorialnego

Najkrócej można rzecz ująć w słowach, że ze współdziałaniem organów samorządu terytorialnego mamy do czynienia w wielu obszarach ich działań, które są podejmowane przez te organy wspólnie z innymi organami samorządowymi lub z organami administracji rządowej dla zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty. Współdziałanie występuje więc w ramach działań organizatorskich oraz wykonawczych, zarówno na etapie stanowienia jak i stosowania prawa. W tym miejscu pominięta zostanie jednak problematyka współdziałania w stanowieniu aktów normatywnych przez gminy. Przedmiotem dalszych rozważań będzie jedynie współdziałanie na etapie stosowania prawa realizowane w formie aktów administracyjnych indywidualnych. Taki zakres dalszej analizy ogranicza również obszar działania administracji publicznej, na którym występuje ta forma współdziałania, przede wszystkim do administracji reglamentacyjnej. Zaś specyfika administracji reglamentacyjnej wyraża się, jak wiadomo, w tym, że jej wykonywanie prowadzi do ograniczenia - w imię interesu publicznego - sfery wolności i własności obywateli. Współdziałanie ma tu zatem do spełnienia szczególną rolę, ma zagwarantować wydanie decyzji administracyjnej w oparciu o możliwie najszerszą płaszczyznę, na której są prezentowane poglądy różnych podmiotów zainteresowanych w sprawie z różnych punktów widzenia.

⁶T. Kotarbiński: Traktat o dobrej robocie, Wrocław 1973, s. 93.

⁷Tamże.

⁸J. Borkowski: Współdziałanie organów administracji państwowej przy wydawaniu indywidualnych decyzji administracyjnych, ZN UŁ seria 1 z 31, Łódź 1963, s. 72.

3. Przyczyny współdziałania

Zasadniczo, współdziałanie różnorodnych organów administracji publicznej w realizacji zadań z zakresu administracji publicznej w formie decyzji administracyjnych jest symptomem zarysowującej się nierównowagi w podziale kompetencji w administracji, gdy przeważa resortowy lub terytorialny ich podział. Współdziałanie ma więc na celu równoważenie tych dysproporcji. W przypadku, gdy wydanie decyzji administracyjnej należy do organu resortowego o wąskich przedmiotowo kompetencjach, współdziałanie z organami innych resortów lub organami o kompetencjach ogólnych jest często konieczne.

Jedną z istotnych przyczyn współdziałania jest potrzeba uspołeczniania decyzji. Występuje ona w sytuacjach, gdy organy administracji podejmują decyzje w sprawach trudnych, kontrowersyjnych, o znaczącym często rezonansie społecznym. W tok postępowania decyzyjnego włączane są wówczas podmioty, które mają za zadanie reprezentować społeczny punkt widzenia w sprawie, są to głównie, choć nie wyłącznie, organizacje społeczne.

Przyczyn współdziałania upatrywać należy też w sytuacjach, gdy decyzje podejmowane przez jeden organ rzutują na możliwości działania innego organu. Ma to miejsce w przypadkach, gdy zakresy działania różnych organów w jakimś punkcie krzyżują się.

Włączanie innych podmiotów w procesy decyzyjne w ramach współdziałania podyktowane jest również często potrzebą dostępu do informacji niezbędnych organowi decyzyjnemu przy podejmowaniu decyzji.

Niekiedy też, co podnosi się w literaturze, współdziałanie różnych podmiotów przy wydawaniu decyzji administracyjnych wynika z przyczyn całkiem pozamerytorycznych i jest podyktowane wyłącznie względami prestiżowymi⁹. W tej samej grupie przyczyn znajdzie się współdziałanie podyktowane chęcią wykazania stronie, że sprawa jest poważna i wymaga szczególnego potraktowania.

4. Związanie współdziałania prawem

Współdziałanie może być, i jest, zarówno instytucją praktyki, jak i instytucją prawną. Przyjmuje się, że w pierwszej kolejności współdziałanie wykształciło się właśnie w praktyce, a dopiero potem nadano mu charakter prawny, stopniowo obejmując regulacją prawną coraz to szerszy zakres spraw¹⁰, a także, w dalszej kolejności, regulując tryb postępowania w sprawach współdziałania przy podejmowaniu decyzji administracyjnych. Nie oznacza to jednak, iż współdziałanie prawne w całości wyeliminowało współdziałanie jako instytucję praktyki. Współdziałanie

⁹. J. Borkowski: Uprawnienia organu samorządu terytorialnego współdziałającego przy wydawaniu decyzji, „Jurdyta” 1995/1, s. 11.

¹⁰. J. Borkowski: Uprawnienia organu..., s. 12.

faktyczne występowało bowiem na szeroką skalę w administracji państwa socjalistycznego, gdy co ważniejsze decyzje były konsultowane lub uzgadniane z odpowiednimi strukturami partii, a na szczeblu centralnym kierunki działania oraz szczegółowe dyrektywy działania dla administracji wypływały właśnie od instancji partyjnych. Jednak również i dziś, choć w zasadniczo odmiennych warunkach, współdziałanie faktyczne podejmowane jest w dalszym ciągu, najczęściej w tych przypadkach, w których było ono przewidziane w obowiązujących wcześniej unormowaniach.

Współdziałanie jako instytucja prawna co do zasady ma formę obligatoryjną, co oznacza, że zarówno organ decyzyjny, jak i organ lub inny podmiot biorący udział w procesie decyzyjnym są zobowiązane do współdziałania. Wyjątkowo prawodawca uznaje, że niezajęcie przez organ stanowiska w terminie prawem określonym jest równoznaczne z brakiem zastrzeżeń do przedstawionych rozwiązań, a więc dopuszcza niepodjęcie współdziałania¹¹. Ustanawiając obowiązek prawny współdziałania przepisy określają również formy współdziałania wskazując, że „przy wydawaniu indywidualnych decyzji administracyjnych organy administracji zobowiązane są do wzajemnego współdziałania, gdy przepis zastrzega, że decyzja ma być wydana: w porozumieniu z innym organem, po porozumieniu z nim, po (w) uzgodnieniu, za zgodą innego organu oraz po zasięgnięciu opinii”¹². Treść prawna wskazanych wyżej form współdziałania była już w literaturze przedmiotem analizy¹³. Jednakże wobec niekonsekwencji prawodawcy w posługiwaniu się poszczególnymi pojęciami dla oznaczenia form współdziałania, o czym będzie niżej mowa, nie można poprzestać na poczynionych w doktrynie ustaleniach, istnieje potrzeba każdorazowej oceny ich treści.

Współdziałanie prawne może być ujmowane w dwóch kategoriach, jako instytucja prawa materialnego i jako instytucja prawa procesowego i w takim układzie będzie dalej prezentowane.

5. Współdziałanie przy wydawaniu decyzji administracyjnych jako instytucja prawa materialnego

Podstawy prawne współdziałania organów samorządu terytorialnego przy wydawaniu decyzji administracyjnych zawarte są przede wszystkim w aktach ustawowych prawa administracyjnego materialnego¹⁴. Ograniczenie niniejszych rozwa-

¹¹. Rozwiązanie takie jest przewidziane w art. 32 prawa budowlanego (ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, Dz.U. Nr 89, poz. 414) określającym podstawę prawną uzyskania pozwolenia na budowę lub rozbiórkę obiektu budowlanego.

¹². J. Borkowski: Współdziałanie organów administracji państwowej... s. 72.

¹³. J. Borkowski: Współdziałanie organów administracji państwowej..., s. 72 i nast.

¹⁴. Zdarza się jednak również, że rady gmin wykraczając poza delegację ustawową, określają podstawy współdziałania także w przepisach gminnych.

zań do współdziałania organów samorządu terytorialnego przy wydawaniu decyzji administracyjnych (występujących w roli organów decyzyjnych lub jedynie „zaproszonych” do udziału w procesie decyzyjnym) rzutuje na dobór przykładów.

Na gruncie prawnym najsilniejszą formą współdziałania jest działanie „za zgodą”. Przykładowo, zgody zarządu gminy lub wyłącznego jego wniosku wymaga udzielenie przez urząd skarbowy ulg, odroczeń i umorzeń oraz stosowania zaniechania poboru podatków i opłat lokalnych stanowiących dochody gminy¹⁵. Podobną siłę oddziaływania na organ decyzyjny wydający pozwolenie na budowę lub rozbiórkę obiektu będą miały „uzgodnienia” lub „pozwolenia” innych organów wymagane przepisami szczegółowymi, z tym jednak zastrzeżeniem, że jeśli wspomniane organy nie zajmą stanowiska we wskazanych wyżej formach w terminie 14 dni od dnia przedstawienia proponowanych rozwiązań, to z mocy prawa uznaje się, że nie zgłaszają one zastrzeżeń¹⁶. Organ decyzyjny nie może też wydać pozwolenia budowlanego bez uprzedniego ustalenia warunków zabudowy i zagospodarowania terenu, co następuje w drodze decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu wydawanej przez wójta, burmistrza lub prezydenta¹⁷. Współdziałania w tej formie wymaga również, zgodnie z art. 18 ust. 4 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹⁸, wydanie zezwolenia na sprzedaż i podawanie napojów alkoholowych w miejscach znajdujących się pod zarządem wojskowym lub jednostek organizacyjnych resortu spraw wewnętrznych położonych poza obiektami, w których może być wprowadzony regulaminowy zakaz sprzedaży, podawania, spożywania oraz wnoszenia napojów alkoholowych. Wydanie takiego zezwolenia może nastąpić „za zgodą” organów wojskowych określonych przez Ministra Obrony Narodowej lub resortu spraw wewnętrznych określonych przez Ministra Spraw Wewnętrznych. „Uzgodnienia” z właściwym organem samorządu terytorialnego wymaga również udzielenie przez Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa koncesji na wydobywanie kopalin ze złóż, na bezzbiornikowe magazynowanie substancji w górotworze oraz składowanie odpadów w podziemnych wyrobiskach górniczych, a także na poszukiwanie i wydobywanie surowców mineralnych znajdujących się w od-

15. Art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 10 grudnia 1993 r. o finansowaniu gmin (Dz.U. Nr 129, poz. 600).

16. Art. 32 ust. 1 i 2 prawa budowlanego. Wprawdzie wydawanie pozwoleń budowlanych należy do zadań administracji rządowej, jednakże na mocy porozumień między kierownikami urzędów rejonowych i gminami oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 24 listopada 1995 r. o zmianie zakresu działania niektórych miast oraz o miejskich strefach usług publicznych (Dz.U. Nr 141, poz. 692) jest to zadanie zlecone z zakresu administracji rządowej wielu gmin, w Polsce.

17. Art. 40 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. Nr 89, poz. 415).

18. Dz.U. Nr 35, poz. 230.

padach powstałych po robotach górniczych oraz po procesach wzbogacania kopalin, z wyjątkiem takiej działalności wykonywanej w obszarach morskich RP¹⁹.

Inną postać przybiera współdziałanie wójta, burmistrza lub prezydenta z zarządem gminy przy wydawaniu zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych poza wskazanymi wyżej miejscami. Następuje ono bowiem po zasięgnięciu opinii zarządu gminy. Zasięgnięcia opinii właściwego organu samorządu terytorialnego wymaga również wydanie przez Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa koncesji na poszukiwanie i rozpoznawanie złóż kopalin (z wyjątkiem wykonywania tej działalności w granicach obszarów morskich Rzeczypospolitej Polskiej)²⁰.

Przedstawione wyżej przykłady współdziałania zawierają zróżnicowaną treść prawną, wskazują również na zróżnicowane relacje zachodzące pomiędzy współdziałającymi podmiotami. Wspomniana zgoda zarządu gminy lub równoważny z nią wyłączny jego wniosek ma znaczenie przesądzające dla urzędu skarbowego w kwestii udzielania ulg, odroczeń i umorzeń oraz stosowania zaniechania poboru podatków i opłat lokalnych stanowiących dochody gminy. Choć w przypadku podatków stanowiących dochody gminy organem decyzyjnym jest urząd skarbowy, to mamy tu przykład istotnego ograniczenia kompetencji organów podatkowych właśnie na rzecz gminy²¹. Decyzja organu podatkowego zależy od stanowiska zarządu gminy zawartego we wniosku lub decyzji udzielającej zgody lub odmawiającej zgody. Tę samą moc prawną ma więc wniosek, co i zgoda. Także uprzednie uzyskanie uzgodnień lub decyzji wymaganych przepisami prawa przy wydawaniu przez wójta, burmistrza lub prezydenta decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu przesądza o dopuszczalności wydania w konkretnym przypadku wspomnianej decyzji. We wskazanych wyżej przypadkach mamy do czynienia ze współdecydowaniem lub jedynie potrzebą ujednolicenia stanowisk współdziałających podmiotów przed podjęciem decyzji przez jeden z nich. Zgoła inny charakter ma natomiast współdziałanie wójta i zarządu gminy przy wydawaniu zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia na miejscu lub poza miejscem sprzedaży. Zezwolenia te są wydawane „po zasięgnięciu opinii zarządu gminy”. Zasięgnięcie opinii musi więc poprzedzać wydanie decyzji w sprawie zezwolenia. Opinia ta ma bowiem charakter akcesoryjny wobec decyzji w sprawie zezwolenia. Natomiast treść tej opinii z mocy prawa nie wiąże organu decyzyjnego²². Na marginesie, można się zastanawiać, jakie przesłanki zadecydo-

19. Art. 15 ust. 5 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. - Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. Nr 27, poz. 96).

20. Art. 16 ust. 4 prawa geologicznego i górniczego.

21. W. Olszowy Podejmowanie decyzji podatkowej i jej sądowa kontrola w Polsce, Łódź 1994, s. 73.

22. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w uchwale składu pięciu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 września 1995 r., sygn. akt VI SA 10/95 (ONSA 1995/4, poz. 152). Jest

wały o wprowadzeniu przez ustawodawcę instytucji współdziałania w tym przypadku. Trudno byłoby uzasadnić tezę, że w grę wchodzi tu potrzeba „uspołecznienia” decyzji, gdyż charakter zarządu na to w pełni nie pozwala. Nie sposób też uznać, że zarząd z urzędu dysponuje danymi, których nie zna jego przewodniczący (wójt, burmistrz lub prezydent), będący organem decyzyjnym w sprawie. Jako przesłankę tego współdziałania uznać należy potrzebę nadania tej decyzji szczególnej rangi, wykazania stronie (i zainteresowanym mieszkańcom gminy), że w proces jej wydania zaangażowanych jest nie jeden ale wiele podmiotów.

Przytoczone wyżej przykłady współdziałania dowodzą, że nie sposób stosowanym w prawie określeniom przypisywać stałych, raz na zawsze określonych, znaczeń. W zależności od konkretnej sytuacji określenia te przyjmują różne znaczenia. Zgodzić się więc należy z S. Biernatem, że prawodawca nie jest konsekwentny przy posługiwaniu się określonymi terminami dla oznaczenia współdziałania, co prowadzi do tego, że tym samym pojęciem nadaje się różną treść, albo też dla oznaczenia *de facto*, jednej treści używa się w prawie różnych określeń. Na znaczenie określonych prawem terminów zarezerwowanych dla współdziałania istotny wpływ mają relacje istniejące pomiędzy podmiotami współdziałania. Przykładowo, wydanie zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych wymaga zasięgnięcia opinii zarządu gminy. Zważywszy jednak ścisły związek personalny między zarządem gminy a wójtem, burmistrzem lub prezydentem, który jest jednocześnie przewodniczącym zarządu mamy tu *de facto* do czynienia ze współdecydowaniem.

Udział organów samorządu terytorialnego przy wydawaniu decyzji administracyjnych w prezentowanych formach współdziałania gwarantuje, że między współdziałającymi podmiotami nie ma relacji nadrzędności i podporządkowania. Jest to jednak jedyna stała cecha tego współdziałania. Poza tym, przedstawione wyżej przykłady współdziałania sytuują organy samorządu terytorialnego w różnych rolach. Raz są one organami decyzyjnymi współdziałającymi z naczelnymi lub terenowymi organami rządowej administracji specjalnej oraz z terenowymi organami rządowej administracji ogólnej (przy podejmowaniu decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, gdy pozwolenia budowlane wydawane są przez kierowników urzędów rejonowych). Innym razem organy samorządu terytorialnego są organami, od decyzji których zależy decyzja innych podmiotów, np. terenowych organów rządowej administracji specjalnej. Jeszcze kiedy indziej organy samorządu terytorialnego zajmują pozycję organu powołanego do zajęcia stanowiska w danej sprawie.

on również podzielany przez przedstawicieli nauki. S. Biernat uważa, że „opinie, rady itp. nie są wiążące dla podmiotu właściwego do załatwienia sprawy. Można co najwyżej wymagać, aby podmiot ten uzasadnił swoje stanowisko odbiegające od opinii lub rady. Spotykamy niekiedy zwrot „wiążąca opinia” jest nieprawidłowy, obciążony błędem *contradictio in adiecto* i w rzeczywistości ukrywa inną formę współdziałania. Tenże: Działania wspólne w administracji państwowej, Ossolineum 1979, s. 82.

Bywa też, że współdziałaniem objęte są wyłącznie organy samorządu terytorialnego, przy czym jeden z nich ma pozycję organu decyzyjnego drugi zaś - organu opiniującego. Szczególną sytuację dla wójta, burmistrza lub prezydenta rodzi stan gdy jest on zarówno organem decyzyjnym (wydaje pozwolenie budowlane) w sprawie głównej, jak i decydującym w sprawie wstępnej (wydaje decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania przestrzennego). Jest to jednak nie tyle przykład założonego przez prawodawcę współdziałania, co rezultat nie zamierzonej koncentracji kompetencji w określonej dziedzinie. Wydając decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania przestrzennego wójt działa w ramach zadań własnych gminy, w wielu gminach natomiast pozwolenie budowlane on wydaje w ramach zadań zleconych z zakresu administracji rządowej (w trybie porozumień lub w trybie ustawowym).

6. Współdziałanie przy wydawaniu decyzji administracyjnych jako instytucja prawa procesowego

Współdziałanie jako instytucja prawna zostało wprowadzone przede wszystkim w aktach normatywnych prawa administracyjnego materialnego. Z rzadka akty te zawierały unormowania proceduralne, zresztą najczęściej fragmentaryczne. Tak więc nieunormowany tryb postępowania w sprawie współdziałania przez szereg lat pozostawiony był praktyce.

Jako instytucja prawa procesowego współdziałanie organów administracji przy podejmowaniu decyzji administracyjnych zostało wprowadzone dopiero w ramach nowelizacji k.p.a. w 1980 r.

Generalnie, problem formy procesowej, w jakiej współdziałający organ powinien zająć stanowisko w sprawie rozstrzyganej w drodze decyzji przez inny organ, został określony w art. 106 § 5 k.p.a., który przewiduje, że jest to postanowienie, na które służy stronie zażalenie. W związku z nową ustawą o Naczelnym Sądzie Administracyjnym²³ rozszerzył się katalog środków weryfikacji takiego postanowienia. Obecnie może ona nastąpić nie tylko w drodze zastosowania zwyczajnego środka procesowego, jakim jest zażalenie, ale również poprzez zaskarżenie takiego postanowienia do sądu administracyjnego.

W orzecznictwie sądowym, a także w doktrynie zarysowały się pewne kontrowersje w przedmiocie dopuszczalności zajęcia stanowiska przez organ zobowiązany do tego prawnie w innej formie procesowej niż postanowienie. Kontrowersje te powstały na gruncie art. 10 ust. 2 ustawy o finansowaniu gmin. Jak już wspominałam, zastosowanie przez urząd skarbowy ulg, odroczeń, umorzeń lub zaniechania poboru w zakresie podatków i opłat stanowiących dochody gmin, a realizowanych przez urząd skarbowy następuje wyłącznie na wniosek lub za zgodą za-

²³. Ustawa z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. Nr 74, poz 368).

rządu gminy²⁴. W orzecznictwie NSA²⁵ został sformułowany pogląd, że zgoda zarządu w tej sprawie (lub jej brak) powinna być wyrażona w uchwale tego organu, która może być zaskarżona do sądu administracyjnego w trybie art. 101 ustawy o samorządzie terytorialnym. Pogląd ten nie zyskał jednak aprobaty²⁶. Podnoszono, że owa zgoda powinna być wyrażona w formie postanowienia, na które służy zażalenie. Zgoła inne stanowisko zajął w tej sprawie SN w uchwale Izby Administracyjnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych²⁷. Uznał bowiem, że zarząd gminy działając na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 1990 r. o dochodach gmin i zasadach ich subwencjonowania w 1991 i 1992 r. oraz o zmianie ustawy o samorządzie terytorialnym²⁸ (obecnie jest to art. 10 ust. 2 ust. o finansowaniu gmin), wydaje decyzję w postępowaniu uregulowanym w k.p.a.²⁹. W świetle tej koncepcji organ samorządowy podejmuje decyzję stanowiącą wniosek o wszczęcie postępowania przez organ rządowej administracji specjalnej, także swą zgodę wyraża on w formie decyzji. Podkreślić jednak należy, że na pogląd SN o bezzasadności stosowania w tych sprawach art. 106 k.p.a. wpływało przekonanie, że w omawianym przypadku nie występuje współdziałanie. Również ten pogląd SN nie zyskał aprobaty wśród przedstawicieli doktryny³⁰. Jego przeciwnicy stoją na stanowisku, że w jednej sprawie dotyczącej tego samego przedmiotu (zobowiązania padatkowego) nie może być dwóch samodzielnych decyzji, bowiem rozróżnienie decyzji głównych i incydentalnych przewidziane w rozporządzeniu Prezydenta RP z 1928 r.³¹ nie zostało przez kpa recypowane. Zgodnie z tym stanowiskiem właściwą formą dla wspomnianej zgody pozostaje więc przewidziane w art. 106 § 5 k.p.a. postanowienie³². Art. 106 k.p.a. określa tryb postępowania w sprawie współdziałania organów administracji publicznej przy podejmowaniu decyzji administracyjnych. Współdziałanie to nie ma charakteru wewnętrznego, musi więc być dla strony jawne, tak jak całe postępowanie administracyjne prowadzone na podstawie

24. Do rozstrzygania tych spraw gminy może upoważnić wójta, burmistrza lub prezydenta

25. Wyrok NSA - Ośrodek Zamiejscowy we Wrocławiu z dnia 13 września 1991 r. SA/Wr 538/91.

26. Por. głosę R. Kosteckiego do tego wyroku opublikowaną w „Orzecznictwie Sądów Polskich” 1993/2.

27. Sygn. akt III AZP 21/92, nie publikowana.

28. (Dz.U. Nr 89, poz 518; zm 1991 r. Dz.U. Nr 110, poz 475).

29. Choć zgodnie z art. 39 ust. 1 ustawy o samorządzie terytorialnym rozstrzyganie indywidualnych spraw z zakresu administracji w drodze decyzji administracyjnych należy do wójta lub burmistrza, to istnieją w naszym prawodawstwie unormowania stanowiące podstawę do wydawania decyzji w indywidualnych sprawach również przez zarząd gminy. Por. bliżej na ten temat J. Kiliszkowski: Decyzje w indywidualnych sprawach wydane przez zarząd gminy, „Samorząd Terytorialny” 1992/I-2.

30. T. Dębowska-Romanowska. glosa do uchwały SN Izba Administracyjna Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 22 października 1992 r. III AZP 21/92, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1993/9.

31. Dz.U. Nr 36, poz 341.

32. Por. uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 grudnia 1995 r., sygn. VI 17/95, „Współnota” 1996/14.

k.p.a. Dlatego też organ załatwiający sprawę, zwracając się do innego organu o zajęcie stanowiska, zobowiązany jest zawiadomić o tym stronę. K.p.a. wprowadza też termin, w którym organ, do którego zwrócono się o zajęcie stanowiska powinien to uczynić (niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia mu żądania), chyba że przepis prawa przewiduje inny termin.

Przewidziane w obowiązującym prawie przypadki, gdy od jednej decyzji zależy wydanie innej nie są w judykaturze kwalifikowane jako formy współdziałania. Przyjmuje się, że decyzje te są rezultatem odrębnych postępowań, które mają samodzielny przedmiot rozstrzygnięcia³³.

Podkreślić jednak trzeba, że specyfika tych sytuacji tkwi w tym, że jedno z tych postępowań ma charakter wstępny wobec drugiego, jego prowadzenie ma sens tylko o tyle, gdy planowane jest postępowanie główne.

Obligatoryjny co do zasady charakter współdziałania wyposażony jest w określone zabezpieczenie prawne. Jego niepodjęcie rodzi bowiem określone konsekwencje prawne w postaci możliwości wznowienia postępowania w sprawie zakończonej decyzją ostateczną, która została wydana bez uzyskania przewidzianego prawem stanowiska innego organu (art. 145 § 1 pkt 6 k.p.a.).

Co do skutków prawnych decyzji wydanej bez wyrażenia zgody przez inny organ, jeśli wydanie tej decyzji uzależnione jest prawnie od wyrażenia zgody przez inny organ, to stanowisko NSA w tej sprawie ulegało na przestrzeni lat zmianom. Początkowo uznawano, że nie jest to rażące naruszenie prawa (art. 156 § 1 k.p.a.), ale jedynie przesłanka do wznowienia postępowania³⁴. Ostatnio jednak NSA stoi na stanowisku, że brak tej zgody wydanej przez przewidziany prawem organ powoduje nieważność takiej decyzji jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa³⁵.

7. Zakres sądowej kontroli współdziałania przy wydawaniu decyzji administracyjnych

Jeszcze do niedawna postanowienia podejmowane w trybie art. 106 kpa były wyłączone spod sądowej kontroli. Rozwiązanie takie stanowiło istotne ograniczenie ochrony publicznych praw podmiotowych, będące wyłącznie konsekwencją formy procesowej działania organu administracji. Obecnie, w świetle postanowień ustawy z 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, sąd orzeka również w sprawach skarg na postanowienia, na które służy stronie zażalenie, a więc i na postanowienia będące procesową formą współdziałania. A zatem, w przypadku podejmowania

33. Por. np. uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 18 listopada 1992 r., sygn. III AZP 20/92, OSNCP 1993/3.

34. Wyrok NSA z dnia 29 grudnia 1986. (II SA 1035/86), „Gospodarka, Administracja Państwowa” 1988/22.

35. Wyrok NSA z dnia 24 listopada 1988 r. (IV SA 635-636/88), „Gospodarka, Administracja Państwowa” 1989/3.

decyzji administracyjnych w ramach współdziałania strona ma obecnie możliwość ochrony swych praw podmiotowych również na etapie poprzedzającym wydanie decyzji administracyjnej.

8. Konkluzje

Współdziałanie przy podejmowaniu decyzji administracyjnych jest instytucją prawną o doniosłym znaczeniu dla demokratyzowania procesów decyzyjnych. Pozwala ona na podjęcie rozstrzygnięcia na szerszym tle informacji i wiedzy, niż może to zagwarantować jedynie organ decyzyjny. Reaktywowanie samorządu terytorialnego spowodowało, że jego organy zostały również włączone we współdziałanie w wydawaniu decyzji administracyjnych. Nastąpiło to tym łatwiej, że organy samorządu pozostają w pozycji niezależnej od innych współdziałających organów. Przepisy wyznaczają organom samorządu terytorialnego w ramach współdziałania zróżnicowaną pozycję, od organu decyzyjnego, do wyrażającego jedynie własną opinię w sprawie. Skoro stanowisko zajęte w sprawie przez inny organ jest przez organ decyzyjny zawsze brane pod uwagę, niezależnie od stopnia jego rzeczywistego wpływu na treść decyzji, konieczna jest w tym względzie gwarancja ochrony publicznych praw podmiotowych strony, co zostało przewidziane w nowej ustawie o Naczelnym Sądzie Administracyjnym. Dla czystości konstrukcji współdziałania istnieje jednak potrzeba wyeliminowania z naszego porządku prawnego niektórych unormowań, np. skłaniających organ decyzyjny i współdziałający *de facto* do współdecydowania, a także nakładających na ten sam organ uprawnienia decyzyjne w postępowaniu wstępnym i głównym.

KONCEPCJA STRONY W POSTĘPOWANIU ADMINISTRACYJNYM

Sytuacja prawna strony jest zdeterminowana podstawową funkcją jaką w państwie spełnia postępowanie administracyjne. Zadaniem postępowania administracyjnego, jako procedury prawnej, jest realizacja porządku prawnego, wyrażonego w przepisach materialnego prawa administracyjnego w zakresie wydawania rozstrzygnięć administracyjnych. Spełniając to zadanie postępowanie administracyjne realizuje funkcję ochrony interesów i to zarówno indywidualnych jak też publicznych. W państwie praworządnym bowiem podstawową funkcją postępowania administracyjnego jest właściwe zsynchronizowanie interesu indywidualnego z interesem publicznym przy wydawaniu rozstrzygnięć administracyjnych, tzn. norm jednostkowych regulujących konkretne prawa lub obowiązki określonych adresatów. Należyta realizacja tej funkcji wymaga wyodrębnienia strony, czyli takiego podmiotu, o którego prawach lub obowiązkach decyduje się w postępowaniu, jak i wyraźnego określenia jej sytuacji proceduralnoprawnej.

W naszym systemie prawnym ściśle określenie strony jest niezbędne również z uwagi na to, że prócz ogólnego postępowania administracyjnego istnieją również różne inne formy prawne postępowania, m.in. także postępowanie skargowo-wnioskowe.

Przepisy prawne dotyczące strony określają równocześnie jedno z kryteriów pomocniczych dla wyznaczenia zakresu obowiązywania postępowania administracyjnego w określonych sprawach. W polskiej teorii prawa reprezentowany jest pogląd, że koncepcja strony w postępowaniu administracyjnym zbliżona jest do koncepcji strony w postępowaniu cywilnym¹.

Nie ma bowiem zasadniczej różnicy między procesem cywilnym a postępowaniem administracyjnym o charakterze jurysdykcyjnym. Naszym zdaniem między działalnością państwa w zakresie wymiaru sprawiedliwości a działalnością państwa w zakresie administracji państwowej zachodzą istotne różnice, uzasadnione swoistością funkcji administracyjnej współczesnego państwa, które determinują także pozycję uczestników postępowania, a szczególnie stron w postępowaniu administracyjnym.

Postępowanie administracyjne jest tylko jedną z prawnych form ochrony indywidualnych interesów prawnych. Jest to forma niewątpliwie ważna, ale nie wy-

¹. Z. Janowicz: Ogólne postępowanie administracyjne, Warszawa, Poznań 1976, s. 38.

łączna. Obok postępowania administracyjnego występuje bowiem w ustawodawstwie polskim cały system instytucji prawnych ochrony interesów, w tym także indywidualnych, takich jak np. instytucja skarg i wniosków, kontrola prokuratorska, kontrola organizacji społecznych, których uczestnicy nie muszą się legitymować specjalną zdolnością proceduralną. Ten stan rzeczy powoduje, że inaczej kształtuje się pozycja prawna strony w postępowaniu cywilnym, a inaczej w postępowaniu administracyjnym. To odmienne usytuowanie prawne strony jest wynikiem istotnych różnic, jakie zachodzą, naszym zdaniem, między obydwoma procesami.

Odrębność procedury administracyjnej, uzasadniona swoistością funkcji administracyjnej państwa, determinuje też usytuowanie prawne strony w postępowaniu administracyjnym. Składają się także na to następujące momenty: sprawa administracyjna jest przede wszystkim „sprawą” samej administracji państwowej, a nie tylko stron postępowania administracyjnego; w postępowaniu cywilnym (spornym) typowa figura procesu to: powód, pozwany i niezawisły sąd. Między powodem a pozwanym istnieje stosunek procesowy, ale także materialnoprawny, o którego ustalenie spór się toczy, natomiast między sądem a stronami procesu cywilnego zachodzi jedynie stosunek procesowy. W postępowaniu administracyjnym typowa figura postępowania to organ administracyjny, uzależniony funkcjonalnie i organizacyjnie od organów nadrzędnych, oraz jedna strona. Między organem administracyjnym a stroną zachodzą zarówno stosunki proceduralne, jak też materialnoprawne.

Pojęcie strony należy do kontrowersyjnych w polskiej nauce prawa administracyjnego. Reprezentowane są poglądy, że strona jest pojęciem materialnego prawa administracyjnego², jak też, że jest to pojęcie proceduralnego prawa administracyjnego³. Z punktu widzenia terminologicznego trzeba stwierdzić, że pojęcie strony występuje wyłącznie w przepisach proceduralnych. Traktowanie jednak strony wyłącznie na płaszczyźnie postępowania administracyjnego nie oddaje istoty tego złożonego pojęcia prawa administracyjnego.

W obowiązującym prawie istnieją dwa węzły powiązań prawnych strony z materialnym prawem administracyjnym: jeden przy wszczęciu postępowania, a drugi przy kształtowaniu treści rozstrzygnięć administracyjnych, ustalających prawa i obowiązki stron. Dlatego też pojęcie strony należy rozpatrywać zarówno w aspekcie materialnego, jak również proceduralnego prawa administracyjnego. Na płaszczyźnie proceduralnej konsekwencją tego sporu są dwie koncepcje strony: koncepcja subiektywnej wersji legitymacji procesowej strony i koncepcja obie-

². Zob. np. K. Jandy Jendrośka, J. Jendrośka: System jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, (w:) System prawa administracyjnego, tom III, red. T. Rabska, J. Łętowski, Wrocław, Ossolineum 1978, s. 188, też W. Dawidowicz: Ogólne postępowanie administracyjne, Warszawa 1962, s. 71.

³. Zob. np. E. Iserzon, J. Starościak: Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz, Warszawa 1964, s. 59 i n.

ktywnej wersji legitymacji procesowej strony. Według subiektywnej wersji o charakterze strony decyduje sama jednostka: każdy, kto wnosi podanie do organu administracyjnego, automatycznie staje się stroną⁴. W toku postępowania dopiero okaże się, czy dana jednostka ma uprawnienie lub obowiązek prawny. Jest to więc koncepcja oparta na kryteriach formalnych, nie uwzględniająca specyfiki postępowania administracyjnego, które może być wszczęte nie tylko na wniosek, ale także z urzędu. Według obiektywnej wersji legitymacji procesowej strona jest kategorią prawa materialnego: stroną jest tylko taka jednostka, która ma interes prawny, przewidziany w materialnym prawie administracyjnym⁵. Wydaje się, że można także konstruować pojęcie strony na podstawie kryteriów proceduralnych: stroną jest jednostka, która spełnia kryteria przewidziane w prawie regulującym określony tryb postępowania administracyjnego. Byłaby to więc obiektywna wersja legitymacji procesowej strony, oparta jednak nie na kryteriach materialnego prawa administracyjnego, lecz na kryteriach prawa proceduralnego. Przyjęcie takiej koncepcji strony pozwala uwzględnić zarówno specyfikę jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, jak też uniezależnić pojęcie strony od kryteriów prawa materialnego.

Przyjęta w art. 28 KPA koncepcja strony jest w nauce prawa administracyjnego przedmiotem kontrowersji. Jedni widzą w przepisie art. 28 obiektywną wersję legitymacji prawnej strony, inni traktują jako subiektywną wersję.

Reprezentowany jest także pogląd, że KPA przyjął podwójną koncepcję strony (tzw. koncepcja „mieszana”)⁶. Wywodzi się, że postępowanie administracyjne oparte jest na zasadzie skargowości oraz na zasadzie oficjalności. Art. 28 KPA dostosowany jest do dwóch sposobów postępowania: z urzędu i na wniosek, tym samym wprowadza dwie koncepcje strony, pierwsza - obiektywna, dostosowana do wszczęcia postępowania z urzędu, druga - subiektywna przy wszczęciu postępowania na wniosek. Zawilił stylizację art. 28 kpa, budzącą krytyczne refleksje i nieporozumienia, należałoby zastąpić nowoczesną i bardziej przejrzystą konstrukcją uczestnika postępowania, którym powinien być każdy, kto ma własny interes w zakresie administracji publicznej.

Organ administracyjny przed wszczęciem postępowania powinien rozważyć, czy dany podmiot posiada legitymację strony i odpowiednio, albo wydając postanowienie wszcząć postępowanie w sprawie, albo w decyzji odmówić wszczęcia postępowania. Od tych dwóch rozstrzygnięć powinny przysługiwać środki prawne, włącznie ze skargą do NSA.

4. Ibidem, s. 62.

5. T. Bigo: Ochrona interesu indywidualnego w projekcie k.p.a., „Państwo i Prawo”, 1963, s. 466.

6. Zob. B. Adamiak, J. Borkowski: Polskie postępowanie administracyjne i sądow-administracyjne, Warszawa 1992, s. 74, też B. Adamiak: Glosa do wyroku NSA - Ośrodek Zamiejscowy w Katowicach z dn. 7.9.1989, sygn. sa/44/89, (w:) Orzecznictwo Sądowe Pol., luty 1991, s. 60.

W KPA widoczne są dwie tendencje dotyczące ustalenia pozycji strony w postępowaniu administracyjnym, a mianowicie: tendencja do wyodrębniania strony od pozostałych uczestników postępowania i tendencja do rozszerzania podmiotów występujących w charakterze strony. Tendencja pierwsza wynika z nowej pozycji proceduralnej strony jako aktywnego partnera organu administracji państwowej, jak też z istnienia w naszym systemie prawnym instytucji skarg i wniosków. Patrząc z tego punktu widzenia możemy stwierdzić, że jurysdykcyjne postępowanie administracyjne charakteryzuje się pełnym stosunkiem proceduralnoprawnym: tak organ, jak i strona mają określone prawa i obowiązki proceduralne. Natomiast postępowanie skargowo-wnioskowe charakteryzuje się niepełnym stosunkiem proceduralnym. Autor skargi ma tylko uprawnienia, przy czym - w przeciwieństwie do strony - uprawnienia te mają charakter wyłącznie proceduralny.

W teorii podkreśla się, że postępowanie skargowo-wnioskowe ma charakter wewnętrzny, a autor skargi zajmuje pozycję bardziej bierną w tym postępowaniu⁷.

Kodeks oparł koncepcję strony na dwóch równorzędnych sprawdzianach - na obowiązku prawnym i prawnie chronionym interesie (art. 25). Stronami w postępowaniu administracyjnym zgodnie z kodeksem mogą być nie tylko osoby fizyczne i osoby prawne, lecz również państwowe jednostki organizacyjne i organizacje społeczne, jednakże osoby, czy jednostki organizacyjne stają się stroną w postępowaniu administracyjnym dopiero wtedy, gdy niezależnie od wymogu z art. 28 (interes prawny lub obowiązek) zostaną spełnione dodatkowe warunki, a więc kiedy osoby te wniosą podanie, lub gdy organ administracyjny potraktuje je jako stronę, przy czym co do osób fizycznych i prawnych obowiązuje wymóg zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych.

Sytuacja strony zdeterminowana jest przyjętym w danym ustawodawstwie modelem postępowania administracyjnego.

W ustawodawstwach możemy zaobserwować dwa podstawowe modele tego postępowania. Model tradycyjny jest oparty na przyjętej przez O. Mayera koncepcji aktu administracyjnego jako odpowiednika wyroku sądowego, zaś w zakresie ochrony publicznych praw podmiotowych na tzw. triadzie Bernatzika (roszczenie prawne, prawnie chroniony interes, interes zwykły). W tym modelu postępowanie administracyjne ma chronić jedynie słuszne jednostkowe interesy strony przy wydawaniu zewnętrznych, władczych aktów administracyjnych. Według takiego modelu zbudowany jest polski system postępowania administracyjnego, i to zarówno międzywojenny, jak i współczesny. Do takiego też modelu postępowania została dostosowana koncepcja strony w art. 28 KPA, jako uczestnika postępowania dla ochrony jednostkowych interesów administracyjno-prawnych.

⁷ Zob. np. E. Iserzon, J. Starościak: op. cit., s. 246.

W ostatnich latach kształtuje się nowy model postępowania w administracji. Model ten dostosowany jest do współczesnej koncepcji ochrony publicznych praw podmiotowych w administracji. W modelu tym postępowanie administracyjne ma ochraniać nie tylko interesy jednostki, ale przede wszystkim interesy zbiorowe (kolektywne) przy szerokim udziale obywateli i ich organizacji. W modelu tym postępowanie administracyjne, uznawane jako „klucz do wolności” powinno odpowiadać wymogom demokratycznego państwa prawa, w którym obywatele mają prawo do sprawiedliwej procedury administracyjnej, tzn. procedury prawnej, w której następuje synchronizacja różnorodnych interesów przy szerokim udziale społeczeństwa. W postępowaniu należy obywatelom umożliwić szeroki dostęp do informacji i zapewnić odpowiedni udział nie tylko przy konkretyzacji prawa, ale także przy stanowieniu norm administracyjno-prawnych.

Koncepcja strony, jako kwalifikowanego uczestnika postępowania jest w tym modelu postępowania nieprzydatna, uczestnikiem postępowania jest tutaj każdy, kto ma interes z zakresu administracji publicznej, a więc osoby prawne, osoby fizyczne i ich organizacje.

NIEKTÓRE KIERUNKI ZMIAN W RELACJACH MIĘDZY PAŃSTWEM A SAMORZĄDEM TERYTORIALNYM WE WSPÓŁCZESNEJ EUROPIE

Przemiany ustrojowe, jakie miały miejsce w demokracjach zachodnich po II wojnie światowej, nie doprowadziły nigdzie do rezygnacji z tradycyjnych instytucji samorządu terytorialnego. W wielu krajach zmiany były jednak poważne i ukazały w nowym świetle stosunki między samorządem i państwem. Najogólniej ujmując zmiany te stanowiły następstwo przekształcenia charakteru państwa. Zasadnicza linia rozwojowa wyraziła się w procesie odchodzenia od klasycznych wzorców państwa liberalnego w kierunku welfare state, rozwoju urządzeń tego państwa, a w ostatnich latach również w procesie odchodzenia od jego założeń w różnych kierunkach, np. neointerwencjonistycznym lub neoliberalnym. W toku tych przemian zmieniły się oczekiwania co do roli organów władzy lokalnej.

Wraz z tworzeniem podstaw welfare state nałożono na nie nowe zadania, zarówno w zakresie wpływu na gospodarkę (planowanie przestrzenne i rzeczowe, oddziaływanie na rynek pracy, ochrona środowiska) jak i z dziedziny tzw. administracji świadczącej, dotyczące głównie prowadzenia usług socjalnych (social services). Podział nowych zadań między państwo i samorząd nie polegał jednak na przyznaniu każdemu ze szczebli zarządzania wyłącznego prawa do zajmowania się pewną, wyodrębnioną rzeczowo sferą spraw publicznych. Mimo przydzielenia organom lokalnym nowych zadań gospodarczych i socjalnych nadal pozostawały one w obszarze zainteresowania centrum władzy politycznej i zwierzchniej właściwości państwa. Centralne władze państwowe domagały się od organów lokalnych przede wszystkim efektywnej realizacji tych zadań. Taki cel mógł być osiągnięty tylko przy intensywnej pomocy, zwłaszcza finansowej, ze strony centrum. Na tle ujawniającej się ciągłości zadań administracji różnych szczebli oraz wzrastającego znaczenia powiązań międzyszczeblowych ukształtowały się odmienne od dotychczasowych modele władzy lokalnej.

Reformy miały różny zakres i charakter, ale w centrum uwagi i reformatorów pozostawały regulacje stosunków między szczeblami zarządzania, ujmowane w nauce bądź jako elementy mechanizmów zapewniających dynamiczną równowagę między centrum a peryferiami systemu politycznego (m.in. Tarrow, 1977; Meny, Wright, 1985), bądź jako elementy procesów centralizacji - decentralizacji zarządzania (m.in. Page i Goldsmith, 1989; Pickvance i Preteceille, 1991; Chandler, 1993; Norton, 1994). W ślad za Dente i Kjellbergiem (1988, 10 i n.) wymienić tu należy trzy typy reform międzyszczeblowych: 1) reformy strukturalne, dotyczą-

ce głównie podziału terytorialnego, np. zmniejszenia liczby gmin lub okręgów: (Brytania, Niemcy, Skandynawia); regionalizacja (Francja, Belgia, Włochy, Hiszpania), czy też utworzenie odrębnych obszarów metropolitarnych; 2) reformy funkcjonalne - wyrażające się w zmianach rzeczowego zakresu działania poszczególnych szczebli, przekształceniu procedur nadzoru, koordynacji i kontroli, oznaczeniu granic dyskrecyjnej władzy poszczególnych szczebli; przeprowadzano je najczęściej drogą zmian częściowych w poszczególnych dziedzinach zarządzania, zdarzały się jednak również generalne regulacje (Francja, Włochy, Brytania, Dania, Norwegia); 3) reformy finansowe - zmierzające bądź do silniejszego uzależnienia władz lokalnych od pomocy finansowej centrum, bądź do obrony ich samodzielności, np. poprzez obiektywizację kryteriów przyznawania środków z budżetu państwa, zamianę grantów specjalnych na generalne, przenoszenie podatków centralnych do jednostek lokalnych i na odwrót.

Dente i Kjellberg (jw. 13) uznają dokonywane w wielu państwach reformy wewnętrzne za refleks zmian międzyszczeblowych. Dotyczy to zmian organizacyjnych (np. zmiana ordynacji wyborczej do ciał samorządowych, modyfikacja cech organu kierującego administracją gminną lub struktury jej aparatu, wprowadzanie nowych zasad zarządzania miastem). Wraz z takimi zmianami pojawiają się niekiedy reformy procedur decyzyjnych w gminach oraz reformy finansów lokalnych. Autorzy odnotowują tendencję do łącznego przeprowadzania reform różnych kategorii. Np. w Danii na przełomie lat 60/70 we względnie krótkim czasie dokonano globalnej reorganizacji, obejmującej zarówno reformy międzyszczeblowe jak i wewnętrzne o charakterze strukturalnym, funkcjonalnym i finansowym. Są również przypadki reform fragmentarycznych, rozłożonych na dłuższy okres czasu (Brytania, niektóre niemieckie landy). W Szwecji zdarzyła się reforma jednowymiarowa (utworzenie dużych gmin). Wzory rozwojowe w poszczególnych państwach są bardzo zróżnicowane, zależne od czynników kulturowych, geograficznych, gospodarczych, socjalnych, politycznych.

Niektórzy autorzy dostrzegają jednak możliwość wyodrębnienia głównych linii rozwojowych ustroju lokalnego, wskazując z reguły na powszechny charakter procesu coraz ściślejszego wiązania działalności zarządu lokalnego z państwem (Niewiadomski, 1988, zwł. 124 i n.; Norton, 15 i n.). Wspomniany już Kjellberg na podstawie analizy doświadczeń państw skandynawskich opisał proces przechodzenia od „autonomicznego” do „integracyjnego” modelu zarządzania lokalnego (1988, 39 i n.). Istota modelu autonomicznego polega - jego zdaniem - na określeniu dwóch oddzielonych jak to tylko możliwe sfer zarządzania centralnej i municypalnej. W sferze municypalnej proces zarządzania realizowany jest przez samorządowe wspólnoty i ma charakter samodzielny. Rola władz centralnych sprowadza się do „monitoringu” działalności władz lokalnych, bez dyrektywnej ingerencji w ich domenę. Samorząd lokalny przejawia się w zarządzaniu ograniczoną przedmiotowo sferą municypalną, o ściśle oznaczonych relacjach prawnych z in-

nymi sferami zarządzania. Ta perspektywa ma ścisłe związki z ideologią liberalną i opiera się na założeniu, że jest możliwe i potrzebne wyraźne rozgraniczenie funkcji państwa i zadań własnych jednostek lokalnych. Jednakże, po II wojnie światowej wytworzony został mieszany, centralno-lokalny system działań w sferze publicznej i autonomiczny model, przynajmniej w czystej postaci należy już do przeszłości.

Z kolei integracyjny model zarządzania lokalnego akcentuje wzajemne związki między centralną i lokalną sferą działalności publicznej. Podział funkcji między centrum i jednostkami terytorialnymi jest tu pojmowany w sposób elastyczny i pragmatyczny: jest on usprawiedliwiony o tyle, o ile wynika to ze szczególnych potrzeb i okoliczności. Ta perspektywa łączy się z ideologią interwencjonistyczną i w Skandynawii manifestowała się na socjaldemokratycznej lewicy. Kjellberg przestrzega jednak przed mieszaniem obydwu perspektyw z programami różnych partii, a także ich interpretacją jako tendencji decentralistycznej i centralistycznej. Monitoring władz lokalnych, przewidziany w modelu autonomicznym, może łatwo rozwinąć się w ścisły nadzór, jeśli działalność władz lokalnych zostanie związana z szerszą sferą zadań publicznych. Z kolei ścisła integracja między władzami centralnymi i lokalnymi nie może być bez zastrzeżeń identyfikowana z wysokim stopniem centralnego sterowania. Należy tu zwłaszcza uwzględnić rolę struktur i powiązań nieformalnych, komplikujących obraz wzajemnych zależności.

Zarysowany kierunek przekształceń modelowych pretendować może do uznania za ogólną cechę rozwojową zarządzania lokalnego w państwach „rozwinętej demokracji”, jako że wszędzie pierwszym motorem przemian była welfare state. Uniwersalnym zjawiskiem była, intensywna ekspansja sektora publicznego, doprowadzająca do wzrostu uzależniania niższych szczebli decyzyjnych i politycznych oraz rozwoju biurokracji, w rezultacie rozrostu ciał podejmujących decyzje na wszystkich szczeblach.

Należy jednak wyróżnić za Ashfordem (1988, 47 i n.) trzy fazy rozwojowe koncepcji welfare state, w każdej z nich były formułowane odmienne wymagania od administracji szczebli podpaństwowych. W pierwszej następuje rozwój usług socjalnych, co bywa interpretowane jako instytucjonalizacja praw socjalnych, odpowiednio do rozwoju praw obywatelskich i politycznych. Wywołało to dwie sprzeczne tendencje w odniesieniu do zarządu lokalnego: rozszerzenie rzeczowego zakresu jego działania, gdyż stał się on głównym realizatorem programów państwowych w sferze socjalnej i oświatowej, z drugiej zaś strony - w celu egzekwowania jednolitej polityki państwa na różnych terenach dokonano standaryzacji usług socjalnych. W ten sposób zarząd lokalny został włączony do realizacji celów państwowych i na skutek standaryzacji usług ograniczony w swej samodzielności. Wszystko to podporządkowane było idei tworzenia administracji racjonalnej, efektywnie realizującej prawa socjalne przez swoje wyspecjalizowane usługi. W tej fazie utrzymywano jeszcze model autonomiczny, choć już następowały zmiany:

rozwój współdziałania międzygminnego, tworzenie jednostek dla celów specjalnych, aby efektywniej wykorzystywać środki przyznane na realizację programów socjalnych.

W drugiej fazie rozwojowej podstawowym problemem stała się racjonalna, tj. redukująca nierównowagę społeczną i ekonomiczną, polityka alokacji zasobów. W tej fazie miała miejsce „rewolucja keynesowska”, związana z polityką pełnego zatrudnienia poprzez sterowanie cyklem gospodarczym. W następstwie znacznie wzrósł wpływ władz lokalnych na zarządzanie gospodarcze. Wprowadzone zostały mechanizmy polityczne planowania regionalnego oraz oddziaływania na rynek pracy. Towarzyszą temu reformy strukturalne i funkcjonalne, następuje integracja polityki socjalnej i gospodarczej prowadzonej na różnych szczeblach zarządzania. We wszystkich płaszczyznach pojawia się problem koordynacji działań. Narastają przesłanki kształtowania integracyjnego modelu zarządu lokalnego. Wraz z autonomią lokalną odchodzi w przeszłość dominacja lokalnych elit politycznych. Kluczowe znaczenie uzyskują biurokraci i technokraci, zarówno w centrali jak i w organizacjach lokalnych.

Wreszcie w fazie trzeciej, w obliczu powstawania zjawisk kryzysu społecznego i gospodarczego, wzrastają potrzeby coraz aktywniejszego wpływu państwa na gospodarkę wszystkich szczebli. Teraz już nie chodzi tylko o alokację zasobów, ale o uzyskanie stabilizacji ekonomicznej poprzez sterowanie zbiorowymi potrzebami i wydatkami konsumentów. Na plan pierwszy wysuwają się instrumenty finansowego oddziaływania na sektor publiczny gospodarki, podejmowane są również próby penetrowania sektora prywatnego. W tej fazie pod-państwowe szczeble zarządzania stają się najważniejszym czynnikiem ekspansji działalności publicznej, czego symptomem jest wzrost wydatków władz lokalnych. Następują reformy funkcjonalne, a zwłaszcza finansowe, służące wdrażaniu opisanych metod sterowania ekonomicznego. To już schyłek welfare state. Efektywność zaspokajania potrzeb społecznych schodzi na plan dalszy w działalności publicznej, a główny nacisk położony zostaje na skuteczność w sensie techniczno-ekonomicznym, a więc na wartości menedżeryzmu i wiedzy profesjonalnej. Priorytetowe znaczenie uzyskują powiązania pionowe między centrum, systemami pośredniczącymi i władzami lokalnymi, a głównymi aktorami reform stają się biurokratyczni menedżerowie i specjaliści w administracji centralnej. Brak sukcesów w wysiłkach utrzymania choćby częściowo założeń welfare state poprzez politykę neointerwencjonistyczną może otworzyć na nowo perspektywę liberalną, a wraz z nią powrót do niektórych przynajmniej wartości i rozwiązań klasycznego, wspólnotowego modelu samorządu lokalnego o wyraźnie oznaczonych cechach samodzielnego działania w imię interesu lokalnego, pod efektywną demokratyczną kontrolą.

Wraz z rozpadem instytucji welfare state oraz upadkiem wiary we wszechmoc państwa opiekuńczego ożyły idee decentralizacji oraz prywatyzacji niektórych funkcji publicznych. Spowodowało to rewizję koncepcji roli samorządu terytorialnego

w procesach zarządzania. Obraz ściśle zintegrowanych z centrum jednostek zarządu lokalnego, tworzących jednolity system państwowo-samorządowy, wypełniających liczne funkcje gospodarcze i usługowe pod kierownictwem profesjonalnych specjalistów odchodzi w przeszłość, gdyż przestał już być kojarzony z wizją administracji społecznie efektywnej. Rosnącą niewydajność władz lokalnych w wypełnianiu przypisanych zadań spowodował przede wszystkim kryzys finansów komunalnych: spadkowi dochodów (związanemu głównie z likwidacją niektórych podatków i opłat, oporem przeciwko lokalnemu fiskalizmowi, ograniczeniem pomocy z centrum) towarzyszy wzrost wydatków komunalnych. W dążeniu do ich redukcji i zapewnienia skuteczności działania samorządu podejmowane są reformy strukturalne, funkcjonalne i finansowe, których rezultatem jest przywrócenie istotnych elementów modelu autonomicznego.

Instytucje samorządu terytorialnego stają się ponownie przede wszystkim narzędziem realizacji podmiotowych praw wspólnot lokalnych, które otrzymują silniejsze niż dotychczas gwarancje samodzielności działania, a zakres ich zadań kształtowany jest w oparciu o zasadę pomocniczości. Oczekuje się, że będą one wykonywały te niezbędne dla zaspokojenia potrzeb mieszkańców funkcje w zakresie usług socjalnych i infrastruktury, które nie wymagają ingerencji państwa (albo też państwo winno określić tylko ogólne ramy prawne działania) i które są w stanie udźwignąć pod względem finansowym i kompetencyjnym same, albo też we współdziałaniu z innymi podmiotami. Nie wymaga się już, aby organy lokalne były samowystarczalne w zakresie świadczenia wszystkich usług, a raczej, aby ograniczały się do zapewnienia pewnego ich poziomu, używając innych organizacji do wykonawstwa (Mularczyk, 1994, 15). Dochodzi do zmiany charakteru zadań jednostek lokalnego samorządu w związku z prywatyzacją wielu usług, czy też ich delegowaniem na organizacje społeczne. W związku z tym formułowane są postulaty, aby władze lokalne przekształcały swoją rolę z właściciela i producenta na regulatora prywatnej i społecznej działalności w gminie mającej na celu zaspokojenie potrzeb zbiorowych (Swianiewicz, 1992, 15-16). W ten sposób tworzone są nowe podstawy pluralistycznego modelu władzy lokalnej, przewidującego różnorodne formy indywidualnego i grupowego uczestnictwa mieszkańców w rozwiązywaniu problemów lokalnej społeczności.

Proces ten nie jest bezkonfliktowy i nie przebiega według jednolitego schematu we wszystkich państwach. Także próby jego naukowej interpretacji są bardzo zróżnicowane, często noszą piętno przyjmowanych przez autorów założeń ideologicznych (Pickvance i Preteceille, 1991, 5-16; Swianiewicz, 1992, 12-14). W niektórych opracowaniach zwraca się uwagę na znaczenie tradycji ustroju politycznego i sytuacji, która istniała w punkcie wyjściowym reform. W szczególności pojawiła się propozycja odróżnienia dwóch linii rozwojowych instytucji władzy lokalnej w Europie, charakterystycznych dla państw północnoeuropejskich i tzw. państw napoleońskich. E.C. Page i M.J. Goldsmith (1989, 156 i n.) zwrócili uwagę,

że w krajach Europy Północnej (np. w Brytanii, Danii, Norwegii, Szwecji) istnieje, w sensie funkcjonalnym, znacznie silniejszy podział pracy między szczebel centralny i lokalny, tzn. władze lokalne w znacznie wyższym stopniu uczestniczą tu w publicznych wydatkach i publicznym zatrudnieniu. Mają one również tradycyjnie szerszy zakres działania. Na Południu Europy (Francja, Włochy, Hiszpania) dopiero od końca lat 70-tych władze szczebli niższych niż państwo, choć niekoniecznie gmin, otrzymały dodatkowe funkcje. Inny jest też w obydwu grupach państw zakres i mechnizm prawny limitowania sfery dyskrejonalnego działania przy realizacji poszczególnych kompetencji. W państwach Północy jest on ściślej ograniczony przepisami państwowymi, określającymi warunki i kryteria podejmowania poszczególnych działań. Są to jednak przepisy rangi ustawowej, zawierające normy generalne, podczas gdy na Południu granice uznania są regulowane administracyjnie, poprzez ingerencję władczą organów centralnych w treść decyzji, które zostały podjęte we wcześniejszej fazie procesu politycznego. Autorzy stwierdzają, że w państwach Południa, zgodnie z napoleońskimi tradycjami i biurokratycznymi wzorami kulturowymi, są znacznie silniej rozwinięte kanały bezpośrednich powiązań między organami centralnymi i lokalnymi i konkludują, że władze lokalne są tu bardziej otwarte na wpływ centralnej polityki, niż to ma miejsce na Północy, choć równocześnie dysponują instrumentami nieformalnych oddziaływań na polityków usytuowanych w organach centralnych.

Yves Meny (1988, 130 i n.; 1993, 285) wskazał, że w państwach należących do obydwu wyróżnionych grup istnieją dwie różne strategie oddziaływania rządu centralnego. Pierwsza, to wykorzystywanie uzależnienia władz lokalnych od władz centralnych, druga zaś to zapewnienie autonomii lokalnej (samorządu komunalnego), ale pod zwierzchnim nadzorem ministerstw. Jego zdaniem pierwsze z tych rozwiązań było, a nawet może jeszcze jest, najlepiej wyrażone w modelu francuskim, gdzie administracja została ujęta w formuły hierarchiczne i oparta na quasimilitarnej koncepcji organizacji; strategia rządu jest realizowana za pomocą przekazywania dyrektyw i informacji przez całą serię agend pracujących na rzecz centralnej administracji. Natomiast rozwiązanie decentralistyczne znalazło zastosowanie, na różne sposoby, w Brytanii i Niemczech. Oczywiście żaden model nie jest realizowany w formach czystych.

W dalszym ciągu bliżej przyjrzymy się zmianom, które zaszły w ostatnich latach w modelu francuskim, szczególnie interesującym z uwagi na ich istotne podobieństwo do przekształceń, którym uległy polskie instytucje władzy lokalnej w pierwszej połowie lat 90-tych. We Francji wcześniej, bo już na początku lat 80-tych przeprowadzona została reforma decentralistyczna. Konstytucyjna zasada, iż terenowe osoby prawne prawa publicznego są swobodnie zarządzane przez pochodzące z wyboru rady (art. 72) znalazła nowy wyraz ustawowy w postaci likwidacji dualizmu ustrojowego na szczeblu departamentu, zaliczenia do związków samorządowych obok gmin i departamentów także regionów, konsekwentnego przeprowa-

dzenia reguły wybieralności władz związków wszystkich szczebli, rozgraniczenia zadań i kompetencji organów samorządowych i administracji rządowej, ograniczenia instrumentów nadzoru nad związkami samorządowymi (wyłączenie nadzoru prewencyjnego), modyfikacji mechanizmów finansowania i kontroli finansowej ich działalności. Konsekwencje praktyczne dokonanych wówczas przekształceń ustrojowych nie były jednak tak jednoznaczne, jak to wynika z tekstu aktów prawnych. Podczas gdy jedni autorzy z entuzjazmem wyrażają się o „najgłębszym przewrocie w administracji francuskiej od czasów napoleońskich (Rivero, 1990, 411)”, inni są bardziej sceptyczni. Yves Meny określił je lapidarnie w tytule jednej ze swoich prac: „Radykalne reformy i marginalne zmiany”.

Reformy niewątpliwie spowodowały naruszenie założeń systemu prefekturalnego i przemieszczenie formalnej władzy w departamencie. Nie doprowadziły jednak do jego przekształcenia w autentyczną wspólnotę samorządową. Prefekt (przez kilka lat zwany komisarzem republiki) jako urzędnik rządowy jest nadal najważniejszą figurą na tym szczeblu. To on realizuje koordynację polityczną działalności służb podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych oraz większości innych ministrów, odpowiada za porządek i bezpieczeństwo publiczne. Nie jest już szefem wykonawczym rady departamentalnej, ale faktycznie pozostaje ona nadal pod jego zwierzchnim wpływem. Pozycja przewodniczącego rady jest słaba, jest on tylko jednym z przedstawicieli kantonów, „wielkim notablem”, który musi troszczyć się o dobre stosunki z kolegami - notablami w radzie, a zwłaszcza z prefektem. W istocie rzeczy prefekt jest nadal liderem biurokratycznej elity, złożonej z silnie powiązanych ze sobą urzędników rządowych i samorządowych w departamencie.

Większe zmiany nastąpiły w układzie stosunków między gminą i departamentem. Status ustrojowy gminy ma więcej niż przed reformą cech „modelu autonomicznego”, ale mer jest nadal nie tylko podporządkowanym radzie gminy szefem wykonawczym samorządu, ale i urzędnikiem rządowym. Jego powiązania z administracją rządową są nadal silne, choć nie przybierają postaci podległości służbowej. Zresztą i przed reformą prefekci nie nadzorowali zwykle gmin w sposób autokratyczny, jako agenci rządu, a częściej występowali jako - mediatorzy między centrum i peryferiami (Hunt i Chandler, 1993, 65).

W analizach porównawczych zwraca się uwagę na szczególną i bardzo trwałą cechę systemu francuskiego, jaką są stosunki patron - klient w układzie powiązań między szczeblami zarządzania. Paradoksalnie, choć system ten uznaje się za bardziej scentralizowany od brytyjskiego, to znacznie częściej członków parlamentu (a także członkowie rządu i urzędów centralnych) pełnią tu równocześnie funkcje we władzach lokalnych: na stanowiskach merów i adiunktów w dużych miastach, członków rad departamentalnych i rad regionalnych (Norton, 1994, 132). W rezultacie, jak zauważył Ashford (1982) francuscy politycy nie oddzielają tak bardzo swojej jurysdykcji terytorialnej od wpływu na politykę państwową. F. Dupuy (1985, 80) opisał relacje między szczeblami lokalnymi i centralną administracją we

Francji jako „sieć nieformalnych stosunków między określoną liczbą państwowych służb administracyjnych i lokalnymi interesami, opartą na współzależności ról odgrywanych przez ich liderów”.

Główne wyznaczniki tej sytuacji łączą się z potencjalną władzą centrum. Ponieważ tak wiele aspektów zarządu lokalnego może być przedmiotem centralnego sterowania, to dla polityków lokalnych jest rzeczą cenną, aby mieć w organach centralnych swoich reprezentantów, którzy będą wywierać wpływ na podejmowanie decyzji korzystnych dla wspólnoty lokalnej. Politycy uzyskują poparcie lokalnego elektoratu poprzez zdolność do załatwienia środków z centrum dla wspólnoty lokalnej. Oczywiście łączenie zbyt wielu stanowisk przez jednego polityka może powodować trudności, toteż legislacja z 1985 r. ograniczyła dopuszczalność takiego łączenia - tylko do dwóch stanowisk z wyboru. Lokalni notabie utrzymali jeszcze jednak władzę w wielu ogniwach systemu zarządzania i innych organizacji wykorzystując partyjne kanały wpływu politycznego. W tym stanie rzeczy jest mało prawdopodobne, aby prefekt mógł narzucać gminie w sposób arbitralny linię polityczną działania. Nawet w małym mieście, czy gminie wiejskiej, gdzie mer rzadko jest deputowanym, może on dyrektywny wpływ prefekta zablokować jako klient deputowanego ze swojego okręgu wyborczego.

Reformy z lat 1982/83 nie złamały zakorzenionej władzy notabli, nie zracjonalizowały przestarzałego podziału terytorialnego. Wiele gmin, z uwagi na niewielki obszar i szczupłość środków, jest uzależnionych od pomocy państwa. Równocześnie jednak system francuski jest elastyczny: chroni lokalne wartości i tradycje, a umożliwia zarazem skutecznie zarządzanie zarówno wielkimi konurbacjami, jak i małymi gminami wiejskimi. Efektywność jego jest zagwarantowana za pomocą nieformalnych powiązań między centrum, departamentem i gminą. Ma to swoją cenę w postaci braku jasnego rozgraniczenia funkcji każdego szczebla systemu.

Podstawowy zarzut, od dawna formułowany pod adresem systemu francuskiego dotyczy jednak niedorozwoju demokratycznej struktury mechanizmów decyzyjnych: są one w znacznym stopniu opanowane przez lokalne elity, których członkowie posługują się paternalistycznymi wzorcami zarządzania i tradycyjnie traktują terytorium swoich wpływów jako osobiste lenno. Lokalne interesy mają być chronione przez lokalnych notabli, którzy przecież nie zawsze są zainteresowani w wyrażaniu i respektowaniu woli lokalnej społeczności (Hunt i Chandler, 1993, 71). Ten obraz współcześnie nie stracił aktualności, choć zwłaszcza od początku lat 80-tych, modyfikowany jest poprzez wprowadzenie i umacnianie elementów pluralizmu władzy lokalnej. Wyraża się to w szerokim wykorzystywaniu kanałów partyjnych jako narzędzia wpływu różnych grup interesów oraz oficjalnym włączeniu związków zawodowych, izb handlowych, organizacji ekologicznych, stowarzyszeń rodzinnych i innych organizacji do procesów lokalnego zarządzania, a także w innych formach obywatelskiej partycypacji (Norton, 1994, 183).

Reformy z lat 80-tych zapoczątkowały procesy przemian, których istotne efekty mogą okazać się różne. Wiele spraw nie zostało do końca rozstrzygniętych, jak choćby problem gwarancji samodzielności finansowej społeczności lokalnych, czy też reorganizacji nadmiernie rozdrabnianej struktury terytorialnej na szczeblu gmin. Wobec zakorzenionych nawyków biurokratycznego stylu administrowania i braku jednoznacznie pozytywnych efektów dokonanych zmian niebezpieczeństwo powrotu do rozwiązań centralistycznych jest realne, co sygnalizują wnikliwi obserwatorzy funkcjonowania francuskiego systemu władzy publicznej (Pontier, 1992, 87; Jeżewski, 1995, 135).

Najbardziej znaną cechą przemian zachodzących w ostatnich kilkunastu latach w Brytani jest narastanie napięć między rządem centralnym i władzami lokalnymi. Napięcia te uległy zaognieniu po przejęciu władzy centralnej przez konserwatystów, podejmujących próby realizacji idei „nowej prawicy”, a w szczególności dążących do ograniczenia zakresu zadań administracji publicznej i wysokości wydatków publicznych. Znalazło to wyraz w przekształceniach strukturalnych, funkcjonalnych i finansowych zmierzających dość jednoznacznie do osłabienia siły politycznej władz lokalnych, szczególnie w jednostkach zdominowanych przez opozycję. W literaturze wskazuje się, że właśnie motywy polityczne leży u podstaw przeprowadzonej w połowie lat 80-tych reformy struktury zarządzania największymi miastami, polegającej na usunięciu wyższego szczebla zarządzania z sześciu obszarów metropolitarnych oraz likwidacji Wileńskiej Rady Londynu, a następnie podzieleniu ich funkcji między nowotworzone władze niższego szczebla. Dzięki temu rząd przełamał opór kontrolowanych przez labourzystów rad metropolii wobec dążeń do redukcji wydatków publicznych (Kingdom, 1993, 13; Norton, 1994, 368 i n.; Supernat, 1995, 51). W tym samym czasie i później zredukowano na różne sposoby zakres funkcji władz lokalnych, zwłaszcza o charakterze gospodarczo-socjalnym, m.in. poprzez bezpośrednią centralizację niektórych dziedzin zarządzania (np. oświaty, ochrony zdrowia, ochrony środowiska), przekazywanie ich instytucjom prywatnym oraz nie podlegającym nadzorowi demokratycznie wybranych władz publicznych typu *quangos* (Stewart, 1995, 226 i n.). Najbardziej drastyczne posunięcia miały jednak miejsce w dziedzinie finansów. Od 1980 r. realizowano program centralizacji mechanizmów finansowania działalności władz lokalnych, w szczególności poprzez reformę systemu przyznawania subwencji, limitowania kwot wydatków kapitałowych, oznaczania maksymalnego poziomu opłat wprowadzanych przez władze lokalne oraz zastąpienie podatku od nieruchomości mieszkalnych tzw. *poll tax*, opłatą komunalną typu *połtównego* (Raine, 1985, 47 i n.). To ostatnie rozwiązanie okazało się niepopularne i mało efektywne, uległo więc pewnej modyfikacji (w postaci *council tax*), tym niemniej centrum zachowało możliwości dyrektywnego oddziaływania na wprowadzanie opłat lokalnych (Supernat, 1995, 48 i n.).

Całość przedstawionych zmian łączy się z realizacją przez rząd konserwatywny neoliberalnej polityki gospodarczej i koncepcji „państwa minimum”, a z drugiej strony z próbami obrony przez część władz lokalnych dotychczasowego pozostającego po welfare state zakresu funkcji. W literaturze wskazuje się, że brytyjski local government jest tworem ustawy: ona przesądza o jego właściwości rzeczowej, strukturze i mechanizmach funkcjonowania. W konsekwencji walka o local government przybiera postać batalii legislacyjnej. Siła polityczna, która uzyskała większość w Izbie Gmin może przeprowadzać w tym zakresie dowolne zmiany regulacji prawnej, aby opanować również terenowe szczeble władzy publicznej. Nie napotyka przy realizacji tych zamiarów utrudnień, w rodzaju znanych w innych państwach konstytucyjnych gwarancji dla zakresu zadań samorządu terytorialnego i jego względnej niezależności. Reorganizacje w brytyjskim systemie zarządu lokalnego są spowodowane nie tylko przyczynami obiektywnymi, np. procesami urbanizacji i zmianami zakresu gospodarki publicznej, ale i subiektywnie pojmowanym interesem partii dominującej na szczeblu centralnym (Sharpe, 1988, 101).

Jest znamienne, że w toku wieloletniej, trwającej po dzień dzisiejszy konfrontacji z rządem centralnym władze lokalne wykazały znaczną odporność na zmiany, zdolność minimalizowania ich negatywnych efektów (zwłaszcza w dziedzinie finansowej) oraz umiejętność przystosowywania się do nowych warunków funkcjonowania. Związki local government (zwłaszcza hrabstwa oraz dystrykty wiejskie i miejskie) zachowały tradycyjny charakter terytorialnych korporacji, których demokratycznie wybrane organy (councils) działają w imieniu i na rzecz lokalnych społeczności. Nieuchronnym następstwem silnej presji centralistycznej jest nasilenie zjawisk biurokratyzmu w funkcjonowaniu władz lokalnych: osłabienie roli radnych, przechwytywanie władzy przez urzędników kierujących poszczególnymi działami zarządu lokalnego oraz rozwój ich powiązań z grupami biurokratów i technokratów, usytuowanymi w organach centralnych. Zjawiska te są spotęgowane na skutek charakterystycznego dla systemu brytyjskiego braku rozdziału stanowiącej i wykonawczej funkcji władzy lokalnej oraz nieistnienia wyodrębnionego organu politycznie-wykonawczego, w rodzaju zarządu gminy lub mera (Stewart, 1992). Tym niemniej prawdopodobieństwo wytworzenia tu systemu centralistyczno-biurokratycznego jest niewielkie. Nie odpowiada on ani typowi kultury politycznej, ani też realnym potrzebom społecznym. Nie występuje tu zjawisko klientelizmu w skali znanej w państwach Południa, a dystans między szczeblami systemu jest wystarczająco duży, aby utrudnić przenikanie lub zamianę ról urzędników aparatu centralnego i lokalnego.

Natężenie alarmistycznych, w znacznej mierze uzasadnionych, głosów o zagrożeniu tradycyjnych instytucji local government nie powinno przesłaniać rzeczywistego obrazu sytuacji. Należy zważyć, że oczekiwania pod adresem tych instytucji nie są identyczne jak w przypadku kontynentalnego samorządu. Brytyjski local government nie znajduje się w konflikcie z państwem, gdyż nie jest pojmowany

jako odrębny od państwa system ustrojowy. Z drugiej strony nie jest i nie może stać się bez kulturowego, a zapewne też i politycznego wstrząsu częścią scentralizowanego aparatu państwowego. Jest natomiast instytucją wypełniającą funkcje wykonawcze władzy publicznej w jednostkach terytorialnych państwa. Treść funkcji local government, a także jego struktura i mechanizmy funkcjonowania są regulowane aktami woli parlamentu. Tylko przy uwzględnieniu tych okoliczności można sensownie rozważać problemy zakresu i gwarancji samodzielności władz lokalnych oraz ich konfliktu z rządem centralnym.

Brytyjski local government winien być rozpatrywany jako integralna część szerokiego, pluralistycznego systemu zarządzania w państwie, pozostającego w stanie dynamicznej równowagi, zakłóconej głównie przez tendencje lokalistyczne i centralistyczne (Kingdom, 1993, 27). Przewaga tych ostatnich, związana z odchodzeniem od urzędzeń welfare state w kierunku liberalno-konserwatywnym, nie musi jeszcze oznaczać naruszenia naczelných zasad systemu. Może natomiast doprowadzić do nowego określenia zakresu lokalnej autonomii i oznaczenia niezbywalnych funkcji władz lokalnych. Wymagałoby to jednak zmiany tradycyjnych zapatrywań na rolę local government jako instytucji, która może sprawować władztwo publiczne tylko w ściśle oznaczonych przez parlament granicach (doktryna ultra vires). Niezgodność z tymi właśnie tradycjami wskazywana jest jako przyczyna odmowy ratyfikacji Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego przez brytyjski parlament (Norton, 1994, 357).

Niemieckie gminy jako korporacje terytorialne mają formalnie gwarantowaną przez akty konstytucyjne autonomię oraz zapewnione możliwości jej obrony, w drodze składania do sądów konstytucyjnych skarg o naruszeniu właściwości, a także szeroki dostęp do sądownictwa administracyjnego (Jędraszkó, 1994, 27 i n.) To oczywiście nie stanowi wystarczającego zabezpieczenia przed ingerencją władz federalnych i krajowych.

Przede wszystkim władze krajowe determinują wysokość środków finansowych dla gmin poprzez udzielaną im w różnych formach prawnych pomoc. W latach 80-tych wzrosło jednak znaczenie zależności władz landu od władz federalnych oraz rozwój kanałów bezpośredniego oddziaływania tych ostatnich na gminy. W konsekwencji zasady dualizmu zadaniowego, zakres i stopień samodzielności gmin jest znacznie zróżnicowany: w procesie realizacji niektórych kompetencji działają one jako agendy administracyjne organów wyższych szczebli, pod ich ścisłym nadzorem (m.in. zdrowie publiczne, budownictwo, organizacja wyborów). Realizując zadania własne działają natomiast w miarę samodzielnie, korzystając z dużego zakresu władzy dyskrecjonalnej (głównie w dziedzinie spraw komunalnych i usług socjalnych).

Utrzymanie istotnego stopnia niezależności władz lokalnych wobec władz centralnych jest nadal cechą charakterystyczną niemieckiego samorządu, choć sytuacja różni się pod tym względem znacznie w poszczególnych landach. Wolności gminne

są jednak w praktyce zredukowane na skutek wielkiego finansowego obciążenia realizacją zadań socjalnych i gospodarczych. W literaturze ocenia się te zjawiska jako budzące niepokój o przyszłość samorządu, zwłaszcza wobec jego rosnącego uzależnienia od finansowej pomocy centrum, rozprzestrzenienia agend terenowych rządów krajowych oraz federalnych agencji dla realizacji wielkich projektów w zakresie budownictwa, rozwoju regionalnego i ochrony zdrowia (Peters, 1992, 104). Mimo przyznania gminom i powiatom praw konstytucyjnych następuje wzrost ingerencji rządu federalnego i krajowego w ich sprawy. W przeciwieństwie do jednostek brytyjskiego local government niemieckim władzom lokalnym udało się ocalić istotne elementy autonomii budżetowej oraz nie dopuścić do sterowania polityką wydatków lokalnych za pomocą centralnych wytycznych. W niektórych dziedzinach władze centralne uzyskały jednak szerokie możliwości wpływu na działalność władz lokalnych (np. w zakresie rozwoju regionalnego, opieki socjalnej, oświaty), poprzez przyznawanie środków na projekty o znaczeniu państwowym oraz nacisk na realizację zadań na współdziałaniu międzygminnym, przeniesieniu ich na instytucje ponadgminne, a także na współdziałaniu władz krajowych i lokalnych. W ślad za tym nasila się nacisk na polityczną celowość działania gmin i powiatów. W ostatnich kilku latach decydujący wpływ na obsadę władzy lokalnej uzyskały głównie partie państwowe. Procesom integracji politycznej władzy realizowanej na różnych szczeblach zarządu publicznego sprzyjają też reorganizacje w kierunku tworzenia dużych jednostek terytorialnych. W rezultacie wytworzony został ogólnopaństwowy mechnizm polityczny, w ramach którego władze lokalne poddane są nieformalnemu sterowaniu przez kierownicze gremia partyjne w centrum, choć same również uzyskały możliwości wpływu na procesy podejmowania decyzji politycznych na szczeblu kraju i federacji.

W warunkach niemieckich na sytuację samorządu terytorialnego oddziaływują, tak jak w innych państwach europejskich, dwie sprzeczne tendencje: do utrzymania autonomii lokalnej oraz do zapewnienia niezbędnej jednolitości zarządzania. Specyficznym czynnikiem tej sytuacji jest natomiast konstytucyjno-prawne odzwierciedlenie obydwu tendencji i powiązanie z zasadą demokratycznego i socjalnego charakteru państwa (art. 28 w zw. z art. 20 Konstytucji RFN z 1949 r., oraz odpowiednie przepisy konstytucji krajowych). W rezultacie relacje między władzami lokalnymi w gminach i powiatach, a władzami centralnymi na szczeblu krajowym i federalnym są w wysokim stopniu uregulowane prawnie, a prawo przewiduje też rozwinięte mechanizmy rozwiązywania powstających w tej płaszczyźnie konfliktów i zapewnienia współdziałania ogniw zarządu publicznego różnych szczebli (Schnapp, 1993, 74 i n.). Z socjalnego charakteru państwa niemieckiego wywodzi się szczególna trwałość jego zadań opiekuńczych, stanowiąca istotny czynnik nasilania procesów integracji strukturalnej i funkcjonalnej władz publicznych. Wzrost kosztów realizacji tych zadań prowadzi do prób ograniczenia samodzielności decydowania władz lokalnych o sposobach ich realizacji, rozwoju form

ponadlokalnego współdziałania, a także przenoszenia na wyższe szczeble zarządzania wielu tych zadań, które nie mogą już być efektywnie realizowane na szczeblu gminy (Korczak, 1995, 249 i n.). Niemiecki samorząd stanął również w obliczu wyzwań związanych z kryzysem welfare state. Kryzys ten jednak nie zagroził, jak dotychczas, podstawowym instytucjom państwa socjalnego, nie podważył też wiarygodności wyrażonej w porządku konstytucyjnym idei wolnej gminy jako podstawy demokratycznego państwa. Współczesna doktryna przypisuje gminom i powiatom „podwójną legitymację”: korporacyjną i państwowo-demokratyczną, jako że wypełniają one zadania, zarówno samorządowe jak i państwowe oraz są związane prawem stanowionym zarówno przez parlament jak i reprezentację społeczności lokalnej (Leoński, 1991, 19; Schmidt-Assman, 1992, 68).

Na tle zarysowanych kierunków przemian ustrojowych w europejskich państwach rozwiniętej demokracji nasuwa się refleksja, że w żadnym z tych państw nie nastąpiła etatyzacja instytucji samorządu terytorialnego, tzn. nigdzie nie jest on traktowany jako część aparatu państwowego. Wszędzie natomiast zachodziły, a niekiedy jeszcze zachodzą, procesy zespolenia funkcji władzy centralnej i lokalnej oraz ograniczania samodzielności tej ostatniej, związane głównie z działaniem mechanizmów państwa opiekuńczego. Procesy te wraz z towarzyszącymi im przekształceniami strukturalnymi i finansowymi powodowały niekiedy odejście od tradycyjnych wyobrażeń o odrębności gminy i państwa na rzecz tezy o włączeniu gminy do działalności państwowej, czy też zintegrowaniu korporacji terytorialnych ze strukturami państwa. Samorząd okazał się jednak trwalszy od welfare state, a wraz ze zmierzchem państwa opiekuńczego odżyły myśli o potrzebie zagwarantowania lokalnej autonomii, rozumianej jako stan względnej samodzielności gmin wobec władz państwowych. Sposobem oznaczenia niezbywalnych praw społeczności lokalnych stała się teraz nie tyle formalna decentralizacja, co zasada pomocniczości. W Europejskiej Karcie Samorządu Terytorialnego za jej wyraz prawny uważa się nakaz pionowego podziału zadań publicznych między państwo oraz komunalne korporacje terytorialne i zalecenie, aby obowiązek wykonywania zadań publicznych spoczywał przede wszystkim na organach najbliższych obywatelom (Dolnicki, 1994, 10).

Nowe perspektywy lokalnej samorządności łączą się z procesami jednoczenia Europy, a zwłaszcza postępującą erozją autonomii państw członkowskich Unii i konstruowaniem szczebla pośredniego między władzą lokalną a centralną władzą państwową, w postaci tzw. meso (z greckiego: mesos-pośredni, środkowy). W literaturze wskazuje się na odmienne wzory przeprowadzania także tego rodzaju reform w różnych państwach. Na Północy meso powstaje najczęściej w ramach generalnej modernizacji zarządzania lokalnego obejmującej też tworzenie dużych gmin oraz odrębnych struktur administrowania obszarami zurbanizowanymi. Jest rezultatem zmniejszenia liczby oraz umocnienia pod względem finansowym i kompetencyjnym okręgów (county), które przejmują znaczną część zadań w zakresie

prowadzenia spraw komunalnych i utrzymywania kontaktów z władzami lokalnymi. Na Południu meso pojawia się natomiast jako rezultat regionalizacji, niejako zastępującej zasadniczą zmianę systemu zarządzania lokalnego, która napotyka w państwach napoleońskich na opór centralnej biurokracji. Utworzenie regionów nie jest tu równoznaczne ze złamaniem dominacji notabli i układów klientystycznych, choć może otwierać drogę ku rzeczywistym przemianom decentralistycznym (Sharpe, 1993, 1-35).

Skutki przeprowadzania opisanych reform bywają różne. Nawet względne sukcesy wprowadzenia meso są jednak uznawane za jedną z istotnych zmian w nastawieniu opinii publicznej do państwa, a w szczególności wyraz niezadowolenia z silnej inklinacji powojennego welfare state w kierunku biurokratyzacji i osłabienia samodzielności władz lokalnych.

Nieporównywalnie większe trudności realizacja idei lokalnej autonomii napotyka w krajach, które przystąpiły do budowy demokracji po długim okresie istnienia komunistycznego państwa totalnego. Instytucje samorządu terytorialnego nie są tu osadzone w nieprzerwanej tradycji, nie stały się jeszcze kategorią kultury politycznej. Toteż łatwo ulec mogą zniekształceniu, marginalizacji, zostać wchłoniętymi przez państwową biurokrację, np. pod osłoną technokratycznej frazeologii. Należy liczyć się z pokusą jednostronnej interpretacji doświadczeń państw zachodnich w tym przedmiocie, jako rzekomo wskazujących na nieuchronny charakter procesu etatyzacji władzy lokalnej. W tym stanie rzeczy ogromną rolę odgrywa ukazywanie przez naukę publicznoprawnej podmiotowości wspólnot lokalnych, ich względnej niezależności od centralnego rządu jako uniwersalnej i niezbywalnej cechy autentycznego samorządu, także w warunkach współczesnego państwa demokratycznego. Profesor Eugeniusz Smoktunowicz należy od dawna do grona żarliwych zwolenników tezy o potrzebie oddzielenia samorządu od władz państwowych i stworzenia konsekwentnego systemu efektywnych gwarancji jego samodzielności (1989; 1992, 223). Jego argumentacja w tej materii współbrzmi z głosami zwolenników oparcia struktur lokalnego zarządzania w krajach Europy na zasadzie pomocniczości, z której płynie postulat uznania odrębnej od państwa podmiotowości społeczności lokalnych i przyznania im właściwości we wszystkich sprawach, w których są w stanie działać nie mniej efektywnie niż aparat państwowy.

POSTANOWIENIA DODATKOWE I DOPUSZCZALNOŚĆ OPATRYWANIA NIMI DECYZJI ADMINISTRACYJNYCH

I. Wprowadzenie

Zagadnienie stosowania w prawie administracyjnym takich instytucji prawnych, jak warunek, termin czy zlecenie, należy do tematów niezbyt często analizowanych w polskim piśmiennictwie¹. Praktyka natomiast bardzo często zmusza organy stosujące prawo do rozstrzygania problemów wiążących się z wykorzystywaniem tego rodzaju instrumentów regulacji prawnej, nazywanych postanowieniami dodatkowymi, postanowieniami bądź klauzulami ubocznymi itp. W rozwiązywaniu tych problemów nie może wiele pomóc dostępne orzecznictwo sądowe, gdyż orzeczenia NSA i SN dotyczące tych kwestii należą raczej do rzadkości². W odróżnieniu od regulacji postępowania administracyjnego w ustawie niemieckiej, polska procedura administracyjna pozbawiona jest w zasadzie specjalnych unormowań tych kwestii³.

Istotnym przyczynkiem do zainteresowania się niniejszą problematyką była dla mnie odnowiona przez Radę Legislacyjną przy Prezesie Rady Ministrów inicjatywa uchwalenia ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego (zwanej dalej POPA), a w szczególności - zamiar skonstruowania w ramach tej ustawy przepisu określającego warunki dopuszczalności i skutki prawne posłużenia się takimi rozwią-

¹ Por. B. Graczyk: Postępowanie administracyjne. Zarys systemu, Warszawa 1953, s. 142-143; M. Zimmermann, (w:) Polskie prawo administracyjne, Warszawa 1956, s. 334 i nast.; J. Borkowski: Zmiana i uchylenie decyzji administracyjnych, Warszawa 1967, s. 171, Z. Janowicz: Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądem administracyjnym, Warszawa-Poznań 1982, s. 193-194; idem: Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 1987, s. 256-257; T. Woś: Moc wiążąca aktów administracyjnych w czasie, Warszawa 1978, s. 189 i nast.; idem: Termin, warunek i zlecenie w prawie administracyjnym, Państwo i Prawo 1994, z. 6, s. 22 i nast.; E. Ochendowski: Prawo administracyjne, Toruń 1994, s. 104-105.

² Por. np. wyrok NSA z 23. czerwca 1986 r. w sprawie II SA 305/86 (niepubl.), z 28. lipca 1993 r. w sprawie II SA 1669/92 (niepubl.), z dnia 25. maja 1994 r w sprawie SA/Gd 2562/93 (OSP 1996, z. 3, poz. 51) czy też z dnia 10. maja 1995 w sprawie SA/Ka 486/94 (ONSA 1996 Nr 2, poz. 89).

³ Por. § 36 federalnej ustawy niemieckiej o postępowaniu administracyjnym (BGBl. 1976 I, s. 1253). Podobna sytuacja do Polski ma miejsce w Austrii, gdzie ustawodawca federalny, regulując zasady ogólnego postępowania administracyjnego, pominął kwestie dotyczące postanowień dodatkowych, por. A. Duschaneck: Nebenbestimmungen im Bescheid. Ein aktuelles Thema aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht 1985, z. 1, s. 7 i nast.

zianiami jak właśnie warunek i termin⁴. Ogromne znaczenie przy wyborze tematyki niniejszego opracowania miała natomiast koncepcja zaproponowana w przedostatniej wersji projektu POPA przez **Profesora E. Smoktunowicza**, który - będąc redaktorem tej wersji - postuluje odstępianie od tradycyjnego w naszym kraju podejścia do kwestii dopuszczalności opatrywania decyzji niektórymi postanowieniami dodatkowymi.

O ile bowiem w pierwszych wersjach projektu POPA znajdował swoje odzwierciedlenie **dominujący w polskiej doktrynie pogląd, że uzależnianie uprawnień wynikających z decyzji od określonych zdarzeń przyszłych lecz niepewnych (warunek - *conditio*), upływu czasu (termin), bądź związanie ich z obowiązkiem określonego zachowania się (zlecenie - *modus*), możliwe jest wyłącznie wówczas, gdy tak stanowi przepis powszechnie obowiązujący⁵**, w ostatniej wersji znajdujemy zapis, w myśl którego **działanie z zastrzeżeniem warunku dopuszczalne jest, o ile nie sprzeciwia się temu przepis powszechnie wiążący lub właściwość tego działania. Ustanowienie terminu wykonania prawa lub obowiązku miałyby być - według najnowszej wersji POPA - uzasadnione, jeżeli stanowi tak przepis powszechnie wiążący lub gdy wynika to z istoty sprawy**. Pomysł ten zainspirował mnie właśnie do bliższego zainteresowania się tą tematyką, a zwłaszcza - osiągnięciami nauki i praktyki prawniczej innych państw o zdecydowanie bogatszym doświadczeniu w stanowieniu i stosowaniu prawa w warunkach demokratycznego, opartego na poszanowaniu wolności i własności prywatnej oraz zasad wolnego rynku, państwa prawnego. Nawet bowiem pobieżna analiza poglądów wyrażanych na te kwestie przez sądy prawa publicznego, np. Niemiec, Austrii czy Szwajcarii, a także przez przedstawicieli tamtejszej doktryny wskazuje, że panujące u nas przekonanie o oczywistości granic dopuszczalności posługiwania się kategoriami takimi jak warunek, zastrzeżenie uchylecia lub zmiany, termin czy zlecenie, nie może być uznane za miarodajne na gruncie powszechnej nauki prawa administracyjnego⁶.

Argumentacja wypowiedzianych - w polskim piśmiennictwie - poglądów co do dopuszczalności i konsekwencji wykorzystywania różnego typu postanowień dodatkowych jest często bardzo skromna. Zasadniczo opiera się na twierdzeniu, że zasada praworządności (ewntualnie - legalności) nie pozwala na posługiwanie się

⁴ Por. art. 24 i 25 projektu POPA w wersji z 1987 r., (w:) Legislacja administracyjna. Materiały ze Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa i Postępowania Administracyjnego, Gdańsk 1993; art. 28 i 29 w wersji z 23 października 1995 r. oraz art. 38 i 39 w wersji z 15 czerwca 1996 r. (materiały powielane Rady Legislacyjnej).

⁵ Pogląd ten zaprezentowany został ostatnio - jako bezdyskusyjny - przez W. Chruścielewskiego w głosie do ww. wyroku NSA z 25 maja 1994 r.: OSP 1996, Z. 3, s. 124.

⁶ Por. np.: O. Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, Wyd. 3, München-Leipzig 1924, s. 248 i nast.; K. Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakten, Berlin 1910, s. 137 i nast.; R. Mangoldt: Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, Verwaltungsarchiv 1932, s. 101-127;

omawianego typu instrumentami bez wyraźnego upoważnienia ustawowego. Respektowanie wymogu legalizmu działań administracji publicznej nie jest wszak ani obce ani mniej poważnie traktowane w państwach zachodnioeuropejskich, a mimo to poglądy podobnego typu należą tam współcześnie do rzadkości. Może zatem warto byłoby bliżej przyrzeć się o wiele bogatszej w tym zakresie literaturze obcej, a także - praktycznym rezultatom tamtejszych badań doktrynalnych. Jest to główny nurt niniejszego opracowania, którego celem jest zweryfikowanie zapatrywań na temat dopuszczalności opatrywania decyzji administracyjnych postanowieniami dodatkowymi pod kontem przystawalności do współczesnych warunków ustrojowych.

II. Pojęcie i typy postanowień dodatkowych

Na gruncie polskiego prawa administracyjnego i praktyki administracyjnej spotykamy wielorakie **postanowienia dodatkowe**, tzn. - **dodawane do treści aktu administracyjnego zastrzeżenia**, mające wpływ na powstanie lub ustąpienie skutków prawnych nim określonych bądź łączące możliwość czynienia użytku z tego aktu z koniecznością, określonych w nim, innych zachowań. Najczęściej są to takie instytucje, jak:

- określenie początku, końca lub okresu trwania skutków prawnych aktu administracyjnego poprzez wskazanie konkretnej daty lub dat albo okresu czasu ich trwania (**termin**),

- uzależnienie powstania lub ustania określonych w akcie administracyjnym skutków od zaistnienia zdarzenia przyszłego i niepewnego (**warunek**),

- nałożenie na adresata aktu administracyjnego, korzystającego z określonych w nim uprawnień, obowiązku określonych zachowań (działania, znoszenia lub zaniechania) przed, w trakcie lub po zakończeniu czynienia z niego użytku (**zlecenie**).

Zdecydowanie rzadziej spotykamy u nas takie konstrukcje, jak:

- **zastrzeżenie zmiany aktu** (późniejszego zlecenia) w przyszłości,

B. Drews, G. Wacke: Allgemeines Polizeirecht, Wyd. 7, Berlin 1961, s. 318 i nast.; E. Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin-New York 1966, s. 208 i nast.; Th. Fleiner-Gerster: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrecht, Zürich 1977, s. 162 i nast.; J. Schachel, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Berlin 1979; T. Elster: Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, Göttingen 1979; H.J. Schneider: Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, Tübingen 1981; H-W. Laubinger: Die Aufrechterhaltung von Nebenbestimmungen, Verwaltungsarchiv 1982, s. 345 i nast.; idem: Das System der Nebenbestimmungen, Die Wirtschaftsverwaltung 1982, s. 117 i nast.; U. Battis, Ch. Gusy: Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heidelberg 1983, s. 163 i nast.; H.D. Jarass: Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, Frankfurt n. M. 1984; A. Duschaneck: Nebenbestimmungen im Bescheid., op. cit.; H.J. Wolff, O. Bachof, R. Stober: Verwaltungsrecht, München 1987, § 49 (s. 409 i nast.) oraz powoływane tam orzeczenia sądów administracyjnych i konstytucyjnych Austrii, Niemiec i Szwajcarii.

- **zastrzeżenie uchylenia aktu w przyszłości.**

Z systemowego punktu widzenia, zastrzeżenie zmiany treści aktu lub jego uchylenia traktowane bywają jako swoiste mutacje instytucji warunku lub zlecenia⁷. Można by bowiem twierdzić, że potencjalne (zwłaszcza uznaniowe) pozbawienie mocy prawnej (lub zmiana treści) wydanego wcześniej aktu jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Istotą wszakże warunkowego aktu - jak wynika wprost z powyższej definicji - jest to, że przewidziane nim skutki prawne nabywają lub tracą swą moc bez konieczności wyrażania tego innym, konstytutywnym aktem władzy wykonawczej. Tymczasem przewidywany skutek prawny (utruty mocy) aktu opatrzonego zastrzeżeniem jego uchylenia powstaje na podstawie odrębnego orzeczenia. To samo można powiedzieć o zastrzeżeniach zmiany treści aktu, w którym takie zastrzeżenie zostało zawarte. Obowiązek podporządkowania się nowym ustaleniom wynikać będzie nie z aktu, w którym przewidziano możliwość ich podjęcia lecz z aktu, w którym zostaną wyrażone. Nawet jeżeli zastrzeżenie uchylenia aktu zawiera w sobie określenie sytuacji, w jakiej zostanie on lub będzie mógł być pozbawiony mocy prawnej, co zbliżałoby je do pojęcia warunku, lecz powiązane będzie z potrzebą wyrażenia owego skutku odrębnym aktem, istotą swoją będzie nadal różniło się od niego. Nowy akt podlegać bowiem będzie mógł uchyleniu czy stwierdzeniu nieważności. Pierwotna treść decyzji opatrzonej takim zastrzeżeniem będzie zatem mogła być tym sposobem przywrócona. W przypadku prawdziwego warunku jest to niemożliwe, bo skutki następują tu - w przypadku ziszczenia się zastrzeżonego zdarzenia - *ipso iure* - w sposób bezpośredni i nieodwracalny.

Cechą wspólną postanowień dodatkowych jest to, że nie kształtują one samodzielnie treści praw lub obowiązków adresatów aktu, ustanawianych z urzędu lub na żądanie stron. Podczas gdy pozostała część rozstrzygnięcia może funkcjonować jako samodzielna regulacja stosunku prawnego (organ wyższej instancji lub sąd administracyjny może - w stosownych okolicznościach - stwierdzić nieważność lub uchylić zlecenie, termin bądź warunek), samo postanowienie dodatkowe jest tak związane z główną jego częścią, że pozbawienie mocy tej ostatniej czyni postanowienie dodatkowe bezprzedmiotowym, przestaje ono obowiązywać. Jeżeli w konkretnym przypadku zdarzy się inaczej (np. polecenie określonego zachowania przez adresata aktu pozostawałoby w mocy pomimo wygaśnięcia lub uchylenia decyzji bądź obowiązywało nawet wówczas, gdyby jego adresat nie rozpoczął korzystania z przyznanego mu uprawnienia), postanowienie takie nie powinno być wówczas traktowane jako dodatkowe. Byłoby jednym z podstawowych elementów treści danej decyzji czy postanowienia⁸ albo też mielibyśmy do czy-

7. Por. Wolff- Bachof- Stober: op. cit., s. 410.

8. Np. Dodanie do postanowienia o wznowieniu postępowania na podstawie art. 145 k.p.a. polecenie przedłożenia przez organ I instancji akt sprawy organowi wyznaczonemu do jego przeprowadzenia

nienia faktycznie z dwoma (lub więcej) rozstrzygnięciami w dwóch (lub więcej) sprawach, zawartymi w jednym akcie.

Czasami spotkać się można z poglądami, że prawdziwe postanowienia dodatkowe, a zwłaszcza zlecenia, mogą być wykorzystywane wyłącznie w aktach przyznających uprawnienia⁹. Jest to jednak raczej cecha ilościowa niż jakościowa tych instytucji prawnych. Faktem jest, że najczęściej mamy do czynienia w ustawodawstwie oraz w praktyce z ograniczaniem przyznawanych uprawnień za pomocą różnego rodzaju zastrzeżeń. Nie można jednak nie zauważyć przypadków świadomego wykorzystywania przez prawodawcę terminu lub warunku przy nakładaniu obowiązków na adresata aktu. Przykładowo, wydając nakaz wstrzymania robót budowlanych prowadzonych bez wymaganego pozwolenia lub niezgodnie z warunkami określonymi w pozwoleniu, organ nadzoru budowlanego nakłada na inwestora obowiązek dokonania określonych czynności w wyznaczonym terminie zastrzegając dodatkowo, że w przypadku niespełnienia owych obowiązków w tym terminie, wydany zostanie nakaz przymusowej rozbiórki¹⁰. Tezę o nierozdzielności związku warunków, zleceń i terminów z aktami uprawniającymi można by zatem już na wstępie odrzucić.

III. Termin

Posłużenie się instytucją terminu w decyzji administracyjnej przewidują różnorodne akty materialnego prawa administracyjnego¹¹. Istota tego typu postano-

w określonym terminie nie ma nic wspólnego z konstrukcją postanowień dodatkowych. Mamy wówczas do czynienia z dwoma rozstrzygnięciami zawartymi w jednym akcie.

⁹ Por. E. Forsthoff: op. cit., s. 209.

¹⁰ Por. Art. 50 i 51 Prawa budowlanego (Dz.U. Nr 89, poz. 414), przykłady wymienione w następnym przypisie, a także - np. - § 360 austriackiej ordynacji przemysłowej (*Gewerbeordnung*).

¹¹ Por. np. art. 21 ust. 1, art. 28 ust. 1, art. 97 ust. 2 i art. 101 ust. 1 ustawy z dnia 24. października 1974 - Prawo wodne (Dz.U. Nr 48, poz. 230 z późn. zm.), które przewidują kolejno: wydawanie pozwoleń wodnoprawnych na czas określony, ustalanie terminu usunięcia zanieczyszczeń w zakresie gospodarki wodnej (w wyniku których może powstać stan zagrażający zdrowiu lub życiu ludzi, zwierząt lub inna szkoda), terminu sprzętu płonów z terenów zmeliorowanych i terminu połączenia wewnętrznej instalacji wodnej i kanalizacyjnej z przewodami sieci; art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 19. grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych (Dz.U. z 1993 r. Nr 108 poz. 486 z późn. zm.) stwarza podstawę do odroczenia płatności podatku lub rozłożenia go na raty i równocześnie - określenia nowego (nowych) terminu płatności danego zobowiązania; w art. 110c ust. 2 i 3 ustawy z dnia 31. stycznia o ochronie i kształtowaniu środowiska (Dz.U. z 1994 r. Nr 49, poz. 196) zobowiązują organy właściwe do wydania decyzji o ukaraniu za naruszenie zasad ochrony środowiska do ustalenia w niej terminu płatności nałożonej kary pieniężnej. Zgodnie z art. 8 i 17 ustawy z dnia 23. listopada 1990 r. o łączności (Dz.U. z 1995 r. Nr 117, poz. 564 organ koncesjonujący, zezwalając na czasowe używanie niehomologowanych urządzeń telekomunikacyjnych przeznaczonych do pracy lub współpracy z sieciami publicznymi albo wydając koncesję na świadczenie usług telekomunikacyjnych bądź zezwolenie na zakładanie oraz używanie sieci i urządzeń telekomunikacyjnych, ustala także termin korzystania z tych zezwoleń i koncesji. Także w ustawie z dnia 28. grudnia 1989 r. - Prawo celne (Dz.U. z 1994, Nr 71, poz. 312) znajdujemy liczne przykłady przepisów przewidujących ustalenie

wienia dodatkowego zdaje się być oczywista¹². Czasowe ograniczenie skuteczności prawnej decyzji spowodowane zastosowaniem tej instytucji odnosić należy - przede wszystkim - nie do jej bytu (istnienia) oraz mocy wiążącej lecz do jej treści. Sama decyzja obowiązywać (wiązać) bowiem może, niezależnie od upływu czasu, z chwilą jej doręczenia lub ogłoszenia¹³. Natomiast przewidziane decyzją skutki prawne, w postaci powstania obowiązku lub uprawnienia określonego zachowania się, mają powstać lub ustąpić w momencie nadejścia (lub upłynięcia) określonej ową klauzulą daty (lub odcinka czasu). Naturalnie, nie można wykluczyć posłużenia się przez prawodawców i praktykę administracyjną instytucją terminu do określenia czasu obowiązywania decyzji¹⁴. Nie jest to jednak istotą tej instytucji. Nie zawsze - ale w przeważającej ilości przypadków - jej moc obowiązująca trwać będzie nawet po upływie wyznaczonego terminu przyznanych nią uprawnień¹⁵.

Decyzja opatrzona terminem posiada także przymiot trwałości i niezmienności od momentu uzyskania cechy ostateczności. Może być zmieniana lub uchy-

terminów korzystania z uprawnień (art. 54 ust. 1, art. 68 ust. 1) lub wykonania obowiązków (art. 45 ust. 5, art. 82 ust. 1, art. 87 ust. 3). Szczególną postać terminu przewidują przepisy art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 7. lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. Nr 89, poz. 415). Organy samorządu terytorialnego upoważnione są tam do ustalenia okresu ważności decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu dla określonej inwestycji.

12. E. Forsthoff poświęcił mu swym klasycznym już podręczniku powszechnego prawa administracyjnego jedynie dwie linijki stwierdzając, że nie ma o czym pisać, bo nazwa mówi sama za siebie, por. op. cit., s. 208.

13. Inaczej T. Woś: Termin, warunek, zlecenie ..., op. cit., s. 24, który stwierdza, że przydanie terminu ogranicza moc wiążącą decyzji w ten sposób, że albo zaczyna ona obowiązywać po upływie określonego czasu (...) albo przestaje wiązać po upływie określonego okresu (...). Szczególnie jaszkrawo błąd tego rozumowania daje o sobie znać w przypadkach aktów nominacyjnych, które przecież obowiązują od chwili dokonania nominacji, chociaż przewidziane nimi skutki nastąpić mogą dopiero z chwilą nadejścia dnia oznaczonego w akcie.

14. Por. np. ostatni przykład podany w przypisie 13.

15. Np. A. Duschanek: op. cit., s. 9, który - powołując się na H-W. Laubingera (System..., op. cit., s. 118) - rozróżnia wewnętrzną i zewnętrzną skuteczność decyzji. Ustanowienie terminu wiąże się z tą pierwszą sferą (ze skutkami decyzji, powstającymi *ipso iure* z chwilą nadejścia wyznaczonej daty lub upływu terminu). Zewnętrzna skuteczność odnosi się natomiast do związania władzy mocą prawną aktu. Autor ten wydaje się jednak być niekonsekwentny w swych poglądach, gdyż po dokonaniu powyższego rozróżnienia stwierdza następnie, że określenie w decyzji okresu czasu, w którym jej adresat może czynić użytek z uprawnienia przyznanego mu na jej podstawie nie jest tożsame z prawdziwym ustanowieniem terminu decyzji, gdyż pozostawia nietkniętym czas trwania skuteczności prawnej decyzji (ibidem). Duschanek twierdzi, że takie terminy są raczej warunkami lub zleceniami. Nie dostrzega przy tym, że nazwane przez niego nieprawdziwymi terminami odcinki czasu, w trakcie których adresatowi decyzji wolno wykorzystywać określone nią uprawnienia, odnoszą się jednak do wewnętrznej skuteczności prawnej aktu - poza nimi uprawnienia te nie przysługują - oraz że nigdy nie będą to zdarzenia przyszłe i niepewne. Por. także Drews, Wacke: op. cit., s. 320, gdzie - moim zdaniem również błędnie - traktuje się termin jako odmianę warunku i pomija aspekt odrębności skutków prawnych wynikających z ustanowienia terminu od istnienia (trwania) mocy wiążącej decyzji (pozwolenia policyjnego).

lana - w świetle polskiego prawa - wyłącznie w przypadkach określonych w Kodeksie postępowania administracyjnego.

Termin może być oznaczony w różnorodny sposób. Może to być określenie konkretnej daty, z której nadejściem określone w decyzji prawa lub obowiązki powstają lub wygasają, bądź też - mogą lub muszą być wykonywane. Podobnie, można w tym samym celu posłużyć się interwałem czasowym (od ... do ...), wyznaczonym datami lub ilością godzin, dni, tygodni, miesięcy czy lat. Nie należy również wykluczać ewentualności wiązania - w celu wyznaczenia terminu skuteczności decyzji - uprawnień (obowiązków) określonych w terminowej decyzji z oznaczonymi w niej okolicznościami (zdarzeniami) przyszłymi ale pewnymi. Pewność wystąpienia tych zdarzeń uniemożliwia uznanie takich rozstrzygnięć za warunkowe. Natomiast, ze względu na ograniczenie w czasie skutków prawnych danego aktu, można o takich klauzulach mówić, że są to postanowienia dodatkowe w rodzaju terminu¹⁶.

IV. Warunek

Warunki zawarte w decyzjach, podobnie jak w przypadku czynności cywilnoprawnych, mogą mieć charakter **zawieszający** (gdy od zaistnienia określonej okoliczności uzależnione jest powstanie skutków w nim oznaczonych) lub **rozwiązujący** (gdy wystąpienie zdarzenia wskazanego aktem powoduje ustanie określonych w nim aktów prawnych). Pomimo tego, że jest to postanowienie dodatkowe o najbardziej popularnej nazwie, w rzeczywistości spotykany jest zarówno w ustawodawstwie, jak i w praktyce, stosunkowo rzadko¹⁷. O wiele częściej pod nazwą *warunek* ukrywają się *terminy* i *zlecenia*¹⁸.

O tym, czy mamy w danym przypadku do czynienia z przepisem prawa przewidującym ustanawianie prawdziwego warunku lub z konkretnym warunkowym aktem indywidualnym, oceniać należy na podstawie skutków prawnych, jakie pra-

16. Np. przyznanie stypendium na okres nauki w szkole jest decyzją terminową (w którejś chwili okres nauki się zakończy). Natomiast przyznanie stypendium do chwili ukończenia szkoły jest już decyzją warunkową (wszak koniec nauki nie zawsze będzie oznaczał ukończenie szkoły, które jest zdarzeniem przyszłym i w jakimś stopniu niepewnym).

17. Por. np. art. 8 i 17 ust. 2 pkt 1 ustawy o łączności, art. 54 ust. 1 prawa celnego.

18. Por. np. § 4 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z 17. czerwca 1989 r. w sprawie warunków wydawania zezwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (Dz.U. Nr 40, poz. 217 z późn. zm.), §§ 4, 9, 11, 14, 16 i 17 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 17. grudnia 1973 r. (Dz.U. 51, poz. 293 z późn. zm.), § 5 ust. 1 i 2 zarządzenia Prezesa NBP z 28. marca 1995 r. w sprawie szczegółowych warunków działalności gospodarczej polegającej na sprzedaży i kupnie walut obcych, złota dewizowego, platyny dewizowej, a także pośrednictwa w sprzedaży tych wartości (M.P. Nr 16, poz. 202). Na zjawisko mieszania takich pojęć jak warunki i zlecenia pisał już E. Forsthoff, op. cit., s. 208, podając jako przykłady §§ 18 i 147 niemieckiej ordynacji przemysłowej (*Gewerbeordnung*) oraz § 11 tamtejszej ustawy o restauracjach.

wo (lub sam akt) przewiduje w danym przypadku dla sytuacji, w której zdarzenie określone jako warunek się ziszcza lub nie występuje. Jeżeli stany te nie mają mieć bezpośredniego wpływu na prawną skuteczność danej decyzji, np. przepis ustawy (bądź sama decyzja) przewiduje cofanie lub uchylanie uprawnień przyznanych jej adresatowi albo możliwość stosowania wobec niego jakichkolwiek sankcji, to taki warunek jest *de facto* zleceniem (czasami uzupełnionym dodatkowo zastrzeżeniem uchylenia decyzji)¹⁹. Gdyby miał to być warunek, odrębne konstytutywne orzekanie o konsekwencjach niespełnienia warunku byłoby zbyteczne, gdyż zastrzeżone nim skutki prawne ustąpiłyby samoistnie. O ich wygaśnięciu możnaby wówczas jedynie orzec w akcie deklaratoryjnym. Stosowanie sankcji wobec adresata aktu opatrzonego takim warunkiem oznaczałoby ponadto, że jego część główna jest wiążąca. To także wymaga uznania nazywanych warunkami postanowień dodatkowych za zlecenia bądź za zastrzeżenia uchylenia lub zmiany treści decyzji.

Od warunku, jako jednego z typów postanowień dodatkowych, odróżnić należy sytuacje, w których sam przepis prawa wiąże z zaistnieniem pewnych okoliczności skutek prawny w postaci utraty mocy przyznanych decyzją uprawnień lub - co częściej się stosuje w praktyce - całego aktu²⁰. Nawet wówczas, gdy postanowienie takie zostanie - dodatkowo - umieszczone w decyzji, nie powinno uznawane za *rzeczywiste postanowienie dodatkowe*. To ustawa jest bowiem wówczas źródłem skutku następującego z chwilą zaistnienia określonego w niej zdarzenia, a nie decyzja, w której zawarto informację o takiej konsekwencji wystąpienia danej okoliczności²¹.

Cechą upodabniającą warunek do terminu jest względna niezależność jego spełnienia od woli i zachowań adresata decyzji. Cechą różniącą jest zaś - jak wykazano wyżej - niepewność zaistnienia. Za zupełne nieporozumienie uznać należy wnioskowanie o istocie warunku z posłużenia się w art. 162 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania administracyjnego zwrotem „decyzja (...) została wydana z zastrzeżeniem dopełnienia przez stronę określonego warunku...”. Przepis ten wskazuje bowiem jedynie jedną z możliwych konfiguracji dwóch, połączonych ze sobą postanowień dodatkowych: zlecenia określonego zachowania się przez adresata decyzji i warunku rozwiązującego²². Warunkiem *sensu stricto* jest tu zdarzenie po-

19. Tak proponują odróżniać obie instytucje A. Duschanek: op. cit. s. 11, i Th. Fleiner-Gerster: op. cit., s. 164.

20. Por. np. art. 18 ust. 5 ustawy z dnia 26. października 1982 o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz. U. Nr 35, poz. 230 z późn. zm.), określający przypadki, w których udzielone przez organ samorządu terytorialnego zezwolenie na sprzedaż napojów alkoholowych traci swą moc, albo art. 37. ustawy z dnia 7. lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89, poz. 414 z późn. zm.), który podobny skutek dla pozwolenia na budowę wiąże z nierozpoczęciem robót budowlanych w okresie dwóch lat od wydania decyzji.

21. Tak już O. Mayer: op. cit. s. 249.

22. Wskazuje na to także T. Woś: Termin, warunek, zlecenie..., op. cit., s. 32.

legające na niewykonaniu zlecenia (to jest niepewne), a zleceniem - zachowanie, do którego zobowiązano adresata decyzji, nazwane jedynie *warunkiem*²³. Przykład ten wskazuje równocześnie na możliwość równoczesnego kumulowania w jednej klauzuli, którą opatruje się decyzję, warunku i zlecenia.

Warunek bywa jednak przeważnie konstruowany w sposób całkowicie abstrahujący od zachowań adresata decyzji, łączący skuteczność prawną decyzji (której również i tu nie należy wiązać z jej mocą wiążącą) z zachowaniem osób trzecich, zdarzeniami naturalnymi itp. Klasyczną postać warunku rozwiązującego związanego z osobą adresata decyzji ale uzależniającą jej skuteczność od stanu, na który nie ma on decydującego wpływu, jest przyznanie zasiłku stałego na podstawie przepisów o pomocy społecznej z zastrzeżeniem utraty prawa do zasiłku w przypadku istotnej zmiany sytuacji majątkowej podopiecznego (np. otrzymania spadku lub darowizny w znacznej, określonej decyzją wysokości)²⁴.

Jeżeli mamy do czynienia z opisanymi ostatnio warunkami (tzn. - gdy od adresata decyzji niczego się nie domagano), uprawnienia, których możliwość wykorzystywania uzależniona została od spełnienia się takiego rzeczywistego warunku, staną się lub przestaną być wykonywalne w chwili zaistnienia określonego zdarzenia. Jeżeli z zaistnieniem takiego zdarzenia powiązana zostanie moc całej decyzji (czego - podobnie, jak w przypadku decyzji terminowych, nie można z góry wykluczyć), decyzja taka wygaśnie *ipso iure* (pomimo, że od jej adresata niczego się nie domagano). Podstawą prawną ewentualnego uznania takiej decyzji za wygasłą będzie wówczas jednak nie ww. przepis Kpa lecz przepis poprzedzający go, przewidujący uznawanie za wygasłe decyzji bezprzedmiotowych. Jest to jednak zabieg w samej rzeczy zbyt czysty. Przykładem tego typu warunku rozwiązującego jest wskazanie w pozwoleniu na budowę utraty prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane jako warunku rozwiązującego - tj. powodującego utratę mocy całej decyzji.

Rozważając kwestię stosowania warunku jako instrumentu osiągnięcia celów administracji publicznej warto przypomnieć słowa O. Mayera, który dostrzegał już przed ponad stu laty, że nie jest to instrument najlepszy w państwie prawa, w którym **wszelka ingerencja administracyjna i podporządkowanie jednostki bezwzględny nakazom i zakazom winno odpowiadać zasadzie współmierności** (*die Verhältnismässigkeitsprinzip*)²⁵. Skutek, jaki niesie za sobą powiązanie *ex ante* praw lub obowiązków jednostki ze zdarzeniem przyszłym i niepewnym, bar-

23. Błąd ten zdaje się popełniać T. Woś: ibidem, s. 26, analizując niektóre przypadki decyzji wydawanych na czas określony ale nie dający się z góry przewidzieć i twierdząc, że istotą warunku jest uzależnienie skuteczności decyzji od wypełnienia przez jej adresata w przyszłości określonych obowiązków.

24. Art. 6, 43 ust. 2a i art. 45 ustawy o pomocy społecznej (Dz.U. Nr 13 z 1993 r., poz. 506 z późn. zm.)

25. Nt. zasady współmierności (określanej czasami jako zasada proporcjonalności lub adekwatności)

dzo trudno daje się wytłumaczyć jako zdadne, nieodzowne i proporcjonalne (wyważone) działanie władzy publicznej, podejmowane w interesie ogółu. Aby zapewnić konieczny umiar administracja powinna mieć możliwość bieżącej oceny konsekwencji zastosowanych środków. W przypadku decyzji obciążonych warunkiem rezolutywnym staje się to niemal niemożliwe do osiągnięcia. Bardziej wskazane byłyby tu takie środki, których zastosowanie pozwalałoby na ocenę ich konsekwencji już w momencie podejmowania aktu. To, co w tym momencie może być zdadne i konieczne do osiągnięcia danego celu i wyważone pod względem dotkliwości dla praw i wolności jednostki, w bliżej nieokreślonej przyszłości - w momencie spełnienia się warunku - może okazać się zupełnie nieprzydatnym lub nadmiernie dotkliwym ich ograniczeniem. Zdecydowanie lepszym instrumentem, gwarantującym spełnienie wymogu współmierności, jest natomiast - według oceny O. Mayera - zlecenie²⁶.

Pogląd ten, rzadko aktualnie przytaczany we współczesnym piśmiennictwie, uznać możnaby za nadal aktualny, aczkolwiek z pewnym zastrzeżeniem. Instytucja warunku zawieszającego lub rozwiązującego jako instrumentu realizacji przepisów prawa administracyjnego może być nie mniej przydatna od zlecenia i to bez zagrożenia dla interesów jednostki, jeżeli jako zdarzenie warunkujące skuteczność danego aktu oznaczy się takie okoliczności faktyczne, na których zaistnienie adresat działania władzy wykonawczej będzie miał wpływ.

V. Zlecenie

Zlecenie stwarza dla strony będącej adresatem decyzji, przyznającej określone uprawnienie, szczególne obowiązki jednorazowego bądź trwałego działania, znośzenia lub zaniechania²⁷. Jak się powszechnie przyjmuje, opatrzenie decyzji (lub aktu podobnego typu) zleceniem nie prowadzi - w odróżnieniu od poprzednio omówionych postanowień dodatkowych - do czasowego ograniczenia jej skuteczności prawnej. Wywiera to raczej wpływ na treść aktu (praw lub obowiązków nim określonych)²⁸. W doktrynie wskazuje się także, że istotą zleceń jako postanowień dodatkowych jest ponadto uzależnienie skuteczności prawnej pełniących ich rolę obowiązków od rozpoczęcia wykorzystywania uprawnień przyznanych decyzją

por. D. Kijowski: Zasada adekwatności w prawie administracyjnym, Państwo i Prawo 1990, z. 4, s. 59 i nast.

²⁶. Por. O. Mayer: op. cit. s. 260.

²⁷. Por. L. Adamovich: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wiedeń 1954., s. 112, Wolff, Bachof, Stober, op. cit. s. 410; Fleiner-Gerster: op. cit., s. 163.

²⁸. Por. Drews, Wacke: op. cit. s. 318; A. Duschanek, Nebenbestimmungen..., op. cit., s. 10; Jarass: Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, op. cit., s. 173; Th. Fleiner-Gerster, op. cit. s. 163; Wolff, Bachof, Stober: op. cit., s. 410. Poglądy te korespondują wszakże z klasycznym rozumieniem takich pojęć jak zlecenie, warunek i termin; por. chociażby F.K. von Savigny: System des heutigen römischen Recht, t. III, Berlin 1840, s. 231.

(aktem), w której tego rodzaju klauzula została zawarta, a także możliwość ich egzekwowania w przypadku zaniechania podporządkowania się im przez adresata²⁹.

Jak wyżej wspomniano, w wielu przypadkach, gdy ustawodawca posługuje się zwrotem warunek upoważniając organ do ustanowienia ograniczeń wykorzystywania przyznanego uprawnienia, w rzeczywistości - chodzi mu o **zlecenie** określonego zachowania. Dają temu wyraz równolegle ustanawiane przepisy przewidujące, że skutkiem niewykonania zleconego obowiązku bądź też prowadzenia dopuszczonej aktem działalności niezgodnie z warunkami określonymi pozwoleniem (zezwoeniem), ma (lub może) być cofnięcie przyznanego uprawnienia.³⁰ Skoro zdarzenie określone jako warunek ma zostać spowodowane przez adresata decyzji pod rygorem utraty określonego uprawnienia (co jest równoznaczne z tym, że nie wygasa ono *ipso iure*), to jest to - jak wyżej stwierdzono - klasyczne postanowienie dodatkowe określane doktrynalnie jako zlecenie, a nie żaden warunek.

O wiele trudniej przychodzi odróżnienie zlecenia od zasadniczej treści decyzji. Rozpatrując praktykę administracyjną dostrzegamy w niej bardzo często decyzje o rozbudowanych rozstrzygnięciach, pośród których aż roi się od postanowień określających przedmiot regulacji oraz prawa i obowiązki adresata. Najbardziej rozbudowane decyzje spotkamy na gruncie wykonywania prawa budowlanego, prawa wodnego, prawa górniczego i geologicznego, przepisów o zagospodarowaniu (dawniej: planowaniu) przestrzennym. Co jest w pozwoleniach wydawanych na podstawie tych ustaw postanowieniem dodatkowym, a co - głównym, trudno czasami rozpoznać. Zwłaszcza, że terminologia stosowana w prawie pozytywnym przypomina często biblijną Wieżę Babel. Nawet jeżeli zawężymy pole obserwacji jedynie do tych aktów, które przyznają uprawnienie, stanowiące klauzulę dodatkową zlecenie wymagać będzie odróżnienia od tej części rozstrzygnięcia, która precyzuje (konkretyzuje) treść przyznanego uprawnienia. Nakaz zaniechania określonych zachowań może być bowiem zarówno postanowieniem dodatkowym, jak i negatywnym określeniem przedmiotu uprawnienia. Przykładowo nakaz odsunięcia projektowanej budowli od granicy sąsiednich nieruchomości o określonej pozwoleniem budowlanym ilości metrów może być rozpatrywany zarówno jako zlecenie jak i jako sprecyzowanie przedsięwzięcia, na które pozwolenie jest udzielane.

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że prawdziwe zlecenia pozostawiają treść przyznanego uprawnienia w stanie nienaruszonym. To, czego domaga się strona postępowania zostaje jej przyznane, z tym, że zostaje ona zobowią-

²⁹. Por. ibidem oraz B.J. Fehn: Die isolierte Auflageanfechtung - Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Planfeststellung, Die Öffentliche Verwaltung 1988, s. 203-204 i cytowana tam literatura oraz orzecznictwo sądowe

³⁰. Por. np. art. 15 ustawy z dnia 6. lipca 1982 r. o zasadach prowadzenia na terytorium PRL działalności gospodarczej w zakresie drobnej wytwórczości przez zagraniczne osoby prawne i fizyczne (Dz.U. Nr 27 z 1989 r., poz. 148), art. 18 ust. 6 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi.

zana (przed, w trakcie lub po zakończeniu jego wykorzystywania) do określonego działania, znoszenia lub zaniechania. W stosunku do żądanego uprawnienia zachowania te nie mogą jednak mieć wpływu modyfikującego, tzn. przyznane uprawnienie musi pozostać tym samym, o które występowała strona danego postępowania³¹. Jeżeli np. inwestor zwraca się do organu nadzoru budowlanego o pozwolenie na wybudowanie 10-kondygnacyjnego domu mieszkalnego, a organ wyda pozwolenie z nakazem ograniczenia budynku do 8 kondygnacji albo wybudowania 12-kondygnacji, to jest to nie zlecenie, lecz treść główna uprawnienia (o którego udzielenie wnioskodawca *nota bene* nie występował). Takie zalecenia zawarte w akcie przyznającym uprawnienia, które kształtują ich zakres przedmiotowy i powodują, że ubiegający się o dane pozwolenie, koncesję czy świadczenie otrzymuje co innego niż to, o co się ubiegał, określone zostały przez F. Weyreuthera jako zlecenia modyfikujące (*modifizierende Auflage*)³². Niemal powszechnie odrzuca się jednak kwalifikowanie tego rodzaju części aktów administracyjnych jako należących do grupy postanowień dodatkowych. Praktyka taka traktowana jest jako zewnętrzny wyraz decyzji odmownej połączonej z przyznaniem w zamian innego uprawnienia niż określone wnioskiem zainteresowanego³³.

Analizujący istotę zlecenia wskazują czasami na względną samodzielność tej części aktu, w której władza nakazuje adresatowi określone zachowanie twierdząc, że zlecenie nie jest tak integralnie związane z treścią aktu, w którym zostało narzucone jego adresatowi (jak termin czy warunek), że jest niejako samodzielnym zarządzeniem (aktem) i z tego też względu podlega z reguły samodzielnie egzekucji administracyjnej³⁴. Spostrzeżenie to uznać należałoby za nieistotne dla charakterystyki prawnej tego typu postanowienia dodatkowego, przynajmniej na gruncie polskim. Nie odróżnia się bowiem przy jego pomocy zlecenia ani od innych klauzul dodawanych do głównej części decyzji (jej rozstrzygnięcia) ani też od niej samej. Miało ono natomiast znaczenie na gruncie niemieckiego prawa i orzecznictwa sądowego, gdzie wykorzystywane było do uzasadnienia tzw. wyizolowanego (innymi słowy - pozostawiającego pozostałą część aktu nienaruszoną) zaskarżenia zleceń do sądu administracyjnego³⁵. W nowszym piśmiennictwie znajdujemy

31. Por. F. Koja: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Mainz 1986, s. 513; B.J. Fehn: *ibidem*, s. 504; B-F. Hoffmann: *Die aufgedrängte Erlaubniß. Zur Lehre von sogenannten modifizierenden Auflagen*, DVBl 1977, s. 514 i nast.

32. Por. *idem*: *Über Baubedingungen*, Deutsche Verwaltungsblatt 1969, s. 232 i n. oraz *idem*: *Modifizierende Auflage*, Bonn 1984.

33. Por. B-F. Hoffmann: *op. cit.* s. 515; Wolff-Bachof-Stober, *op. cit.* s. 411; A. Rittmann: *op. cit.*, s. 43 i nast.

34. Por. Drews, Wacke: *ibidem*, W. Martens: *Fehlerhaftenebenbestimmungen im Verwaltungsprozess*, Die Verwaltungsblatt 1965, s. 428-429; H. Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1982, § 12, akapit 9; C.H. Ule, H.W. Laubinger: *Verwaltungsverfahrenrecht*, s. 249; F. Mayer: *Allgemeinesverwaltungsrecht*, Stuttgart 1985, s. 154,

35. Jest to związane z treścią i sądową wykładnią § 42 ust. 1 tamtejszej ustawy o sądownictwie administracyjnym, według których skarga kasacyjna (*Anfechtungsklage*) do sądu możliwa jest jedynie

wszakże i w Niemczech tezy przeciwstawne, że nie można mówić o braku integralności czy samodzielnym charakterze zleceń, skoro mogą one funkcjonować i prawnie obowiązywać jedynie wraz z całą decyzją³⁶.

Podleganie egzekucji jest natomiast tym, co faktycznie wyróżnia zlecenia od pozostałych części rozstrzygnięcia zawartych w decyzji przyznającej określone uprawnienie. Warto przy tym jednak zaznaczyć, że nie jest to cecha nierozdzielnie związana z każdym zleceniem. Otóż możliwość użycia przymusu państwowego w celu zapewnienia wykonania nałożonych w pozwoleniach i innych, podobnego rodzaju aktach, nakazów i zakazów uzasadniona jest jedynie wówczas, gdy uprawniony czyni użytek z przyznanego uprawnienia³⁷. Obowiązki te ustanawia się bowiem w celu uzyskania ochrony (lub realizacji) interesów, które mogłyby doznać uszczerbku w przypadku nieograniczonego zleceniem wykorzystywania przyznanego uprawnienia (np. powstanie zagrożenia pożarowego w przypadku wybudowania obiektu budowlanego w zbyt bliskiej odległości od łatwopalnego dachu innego budynku). Zarówno praktyka jak i prawo pozytywne posługują się jednak i takimi zleceniami, których egzekwowanie nigdy nie będzie możliwe. Są to - zbadane dokładnie przez doktrynę niemiecką - tzw. zlecenia wstępne (*vorwirkende Auflage*)³⁸. Charakteryzują się one tym, że nakładają na adresata aktu obowiązek podjęcia określonych decyzją przygotowań przed rozpoczęciem wykorzystywania przyznanego uprawnienia (np. obowiązek ogrodzenia placu robót budowlanych przed przystąpieniem do nich). Ponieważ adresat decyzji sam rozstrzyga o momencie rozpoczęcia wykorzystywania uprawnienia, a do tego czasu nie można jeszcze stwierdzić, że zachowanie uprawnionego pozostaje w sprzeczności z nakazami w niej zawartymi, nie można przystąpić do ich przymusowego wykonania (obowiązki te są niejako warunkowe, zawieszone). Prowadzi to niektórych przedstawicieli nauki do wniosku, że nie są to prawdziwe zlecenia, gdyż brakuje im cechy egze-

przeciwko aktom nakładającym obowiązki (*belastende Verwaltungsakte*). Por. ibidem, a ponadto F. Weyreuther: *Über Baubedinnungen*, op. cit., s. 232 i n. oraz idem: *Modifizierende Auflage*, op. cit., s. 365. Również w sądownictwie administracyjnym Austrii i Niemiec rozważano kwestię owej samodzielności zleceń w celu uzasadnienia niedopuszczalności zaskarżenia jedynie tej części aktu (decyzji), w której organ nakładał na jednostkę pewne obowiązki przy realizacji dozwolonego pozwoleniem przedsięwzięcia, bez których zagwarantowania nie wydanoby pozytywnej decyzji. Por. B-F. Hoffman: op. cit. s. 514 i nast.; Koja: op. cit., s. 513.

³⁶ Por. A. Rittmann: *Die Verwaltungsklage bei Divergenzen zwischen Antrag und rechtsgewährenden Verwaltungsakt*, Tübingen 1984, s. 25 i nast. W austriackim piśmiennictwie podkreśla to A. Duschanek, *Nebenbestimmungen...*, op. cit., s. 11.

³⁷ Wskazują na ten związek niemal wszyscy autorzy piszący nt. zleceń. por. np. O. Meyer: op. cit.; W. Martens: *Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozess*, DVBl 1965, s. 428-429; A. Duschanek: op. cit., s. 16; J. Schachel: *Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten*, Berlin 1979; A. Rittmann: op. cit., s. 17-18; Woff-Bachof-Stober: op. cit. s. 410.

³⁸ Por. J. Schachel: op. cit., s. 32 i nast. oraz 137 i nast.; Rittman, op. cit., s. 19-22 oraz komentarze do § 36 tamtejszej federalnej ustawy o postępowaniu administracyjnym autorstwa Obermeyera (akp. 44 i 68), Stelkensa, Bonka i Leonhardta (akp. 18 i 19).

kwowalności oraz rozpoczynania swojej mocy dopiero z chwilą czynienia użytku z przyznanego decyzją uprawnienia³⁹. Odrzuca się również hipotezę, że opisywane zlecenia wstępne są *de facto* warunkami uzasadniając to tym, że ich niewykonanie nie powoduje utraty skuteczności decyzji⁴⁰. Ze swojej strony zauważyłbym, że w rozważaniach nad charakterem tego rodzaju zleceń pomija się porównanie ich z warunkami suspensywnymi. Decyzję przyznającą uprawnienie np. do prowadzenia robót budowlanych, nakładającą na adresata obowiązek dokonania przed rozpoczęciem czynienia użytku z tego uprawnienia pewnych czynności przygotowawczych, np. ogrodzenia placu budowy, można przecież potraktować jako dozwalającą określonej działalności warunkowo - skuteczność uprawnienia jest nią zawieszona do czasu wykonania zaleconych działań. Ponieważ bardzo często przepisy prawa przewidują w takich okolicznościach stosowanie różnych sankcji (cofnięcie pozwolenia, wydanie nakazu wykonania zaniechanych czynności po rozpoczęciu wykorzystywania uprawnienia, odpowiedzialności karnej lub karnoadministracyjnej), nałożenie w decyzji je przyznającej takich wstępnych nakazów nosi zarówno znamiona warunku (zawieszającego) jak i zlecenia.

Ponadto możliwość wymuszenia na uprawnionym wykonania obowiązku nałożonego w decyzji przyznającej określone uprawnienia zależeć będzie od charakteru tych obowiązków. F. Gygi wskazuje np. zlecenie polegające na obowiązkach stypendysty wyboru programu studiów określonego przez organ przyznający stypendium albo zaliczania egzaminów w pierwszym podejściu. Ponieważ z niedotrzymaniem ich ani przepisy ani organ przyznający stypendium nie wiąże skutku wygaszającego, lecz jedynie możliwość cofnięcia przyznanego świadczenia, są to zlecenia. Ich przymusowe egzekwowanie w dosłownym tego słowa znaczeniu jest wszakże niewykonalne⁴¹.

Możliwość zmuszenia uprawnionego do podporządkowania się zleceniu przy pomocy środków egzekucji administracyjnej traktowana jest równocześnie jako argument przeciwstawiający się automatycznemu cofaniu (uchylaniu) korzystnej dla jednostki decyzji w przypadku niewykonania nałożonych obowiązków. Odmienne niż w polskiej procedurze, we wszystkich badanych krajach zarówno doktryna, przepisy prawa, jak i praktyka uznają pozbawienie przyznanego uprawnienia w takich okolicznościach za możliwe ale jedynie w ostateczności, gdyby stosowanie prawnie dostępnych środków przymusu było dla zainteresowanego nieproporcjonalnie uciążliwe⁴².

39. Tak właśnie Rittmann, *ibidem*.

40. Por. *ibidem*, s. 21-22.

41. F. Gygi: *Verwaltungsrecht. Eine Einführung*, Bern 1986, s. 289.

42. Por. *ibidem*, s. 290; A. Rittmann: *op. cit.* s. 17; Wolff-Bachof-Stober: *op. cit.* s. 410; A. Duchanek, *Nebenbestimmungen...* *op. cit.*, s. 15.

VI. Doktryna i orzecznictwo innych krajów wobec problemu dopuszczalności opatrywania decyzji postanowieniami dodatkowymi

1. Austria

W doktrynie austriackiej kwestia dopuszczalności posługiwania się interesującymi nas instrumentami oceniana jest z pozycji konstytucyjnej zasady związania administracji ustawami (*das Gebot der Gesetzesbindung der Verwaltung*), z której wyprowadzany jest wniosek, że podejmowanie decyzji ograniczanych postanowieniami dodatkowymi nie może następować bez ustawowego upoważnienia. Wobec braku generalnego uregulowania tej kwestii w tamtejszym kodeksie postępowania administracyjnego, dopuszczalność ustanowienia warunku, terminu czy zlecenia powinna być oceniana na podstawie odpowiednich w danej sprawie regulacji prawnomaterialnych⁴³.

W orzecznictwie austriackiego trybunału prawa administracyjnego dominuje stanowisko, że zlecenia nie mające pokrycia w ustawach są niedopuszczalne⁴⁴.

Obraz wynikający z powyższych stwierdzeń - bardzo rygorystyczny dla organów administracji - byłby jednak mylący, gdyby pominąć fakt dosyć zróżnicowanego podejścia przedstawicieli nauki i orzecznictwa do rygoru posiadania przez warunki, terminy i zlecenia ustawowego umocowania. Jedynie L.K. Adamovich - i to tylko w pierwszych wydaniach swojego podręcznika - reprezentował jednoznaczny pogląd, że ustawowe upoważnienie do ustanowienia któregoś z omawianych ograniczeń ma miejsce jedynie wówczas, gdy istnieje konkretny przepis ustawy przewidujący taką możliwość⁴⁵. W ostatnich wydaniach (od 1980 r.) wyrażany jest już inny pogląd. Postanowienia dodatkowe uważa się w nich za dopuszczalne o ile są wyraźnie przewidziane w ustawie lub gdy są one immanentne wobec sensu i celu podejmowanego (głównego) rozstrzygnięcia⁴⁶, względnie - gdy odpowiada to wnioskowi strony⁴⁷. W. Antonioli już w latach 50-ych skłaniał się ku opinii, że brak wyraźnego upoważnienia ustawowego nie wyklucza w pełni możliwości posłużenia się postanowieniami dodatkowymi⁴⁸. A. Duschaneck wyraża pogląd, że stanowisko Adamovicha, wykluczające, w przypadku decyzji uznaniowych, wykorzystanie przyznanego władzy uznania do wyboru środków kształtujących treść

43. Por. W. Antonioli: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954, s. 207; L.K. Adamovich: Handbuch des österreichischen Verwaltungsrecht, Wien 1954, s. 111; L.K. Adamovich, B-Ch. Funk: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien-New York 1980, s. 218-219; A. Duschaneck: Nebenbestimmung..., op. cit., s. 14.

44. Por. np. wyroki zamieszczone w urzędowym zbiorze orzeczeń tego trybunału pod pozycjami 9427/A/1977, 9998/A/1979 i 10088/A/1980.

45. Por. L.K. Adamovich, ibidem.

46. Por. L.K. Adamovich B-Ch. Funk, op. cit., s. 219.

47. Por. ibidem, wydanie z 1984 r., s. 258.

48. Por. W. Antonioli, op. cit. s. 207.

będących przedmiotem decyzji stosunków prawnych, idzie zdecydowanie za daleko. Uważa on, że to czy i jakie postanowienia dodatkowe będą mogły być zastosowane w takich decyzjach, zależy od ustawowo określonego obszaru swobody pozostawionej organowi administracji w procesie podejmowania określonego typu decyzji i odpowiedź na pytanie o dopuszczalność opatrzenia decyzji warunkiem, zleceniem czy terminem bez wyraźnego upoważnienia ustawowego możliwa jest do udzielenia jedynie w konkretnej sprawie, po przeanalizowaniu mających w niej zastosowanie przepisów prawa⁴⁹.

Najdalej idzie jednak w swych rozważaniach H. Rebhahn, który prowadząc badania nad prawem nauczania zawodów doszedł do wniosku, że zlecenia mogą być stosowane - *preater legem* - bez wyraźnego upoważnienia ustawowego nawet w decyzjach związanych, gdy uprawniają one adresata i wydania właśnie takiego aktu uprawniającego - tj. ograniczonego zleceniem - wymaga, ustalana na podstawie ogółu mających zastosowanie w sprawie regulacji prawnych, wola ustawodawcy lub cel normy prawnej⁵⁰. Stanowisko to poddawane jest jednak w wątpliwość, a zwłaszcza - jego generalizujący charakter (wysuwany jest np. argument, że w decyzji uwzględniającej wniosek strony ale obłożonej różnymi dodatkowymi ograniczeniami, zainteresowany nie zawsze będzie mógł dostrzec uprawnienia, o które występował⁵¹).

Poza wymogiem wystarczającego upoważnienia do zastosowania w danej sprawie postanowień dodatkowych rozważany jest w austriackiej doktrynie i orzecznictwie problem oceny dopuszczalności (prawidłowości) treści takich klauzul. Tu również podkreśla się potrzebę respektowania zasady legalności, z której wyprowadza się konieczność zagwarantowania aby określenie terminu, wybór warunku oraz rodzaj ustanawianego zlecenia wynikały z postanowień obowiązującego prawa. Funkcję takich przepisów spełniają przeważnie zawarte w ustawach określenia celów, które mają być osiągnięte (lub zagwarantowane) przy pomocy danej klauzuli⁵².

49. Por. A. Duschanek: *ibidem*, s. 14.

50. Por. H. Rebhahn: Die bescheidmäßige Erhöhung der Lehrlingsverhältniszal im Berufsausbildungsrecht - Zugleich ein Beitrag zur Zulässigkeit von Nebenbestimmungen eines Bescheides, Österreichische Juristen- Zeitung 1980, s. 206.

51. Por. A. Duschanek: *ibidem*.

52. A. Duschanek wskazuje tu np. na przepis § 73 austriackiej ordynacji przemysłowej, w którym przewiduje się - w nieodzownych przypadkach - wydawanie pozwolenia na zastosowanie określonych urządzeń przemysłowych obciążonego obowiązkiem wykonania określonych, odpowiednich, zleconych przez władzę czynności, jeżeli można po nich oczekiwać, że spowodują one uniknięcie określonych, niekorzystnych dla sąsiedztwa, szkodliwych immisji. Por. *idem*: Nebenbestimmungen, *op. cit.* s. 14.

2. Niemcy

Sytuacja aktualna w Niemczech jest - w zakresie interesującego nas problemu - zdecydowanie odmienna. Obowiązują tam bowiem przepisy federalnej ustawy o postępowaniu administracyjnym, w której rozstrzygnięto kwestię dopuszczalności posługiwania się postanowieniami dodatkowymi w sposób generalny⁵³. Z przepisów tych wynika, że postanowienia dodatkowe mogą być stosowane generalnie we wszystkich uznaniowych aktach administracyjnych. W przypadku, gdy można żądać od organu wydania określonego aktu (czyli, gdy na podstawie przepisów prawa można wywieść roszczenie o wydanie wnioskowanej decyzji), klauzule takie wolno ustanawiać wyłącznie jeżeli przepis prawa to przewiduje albo jeżeli ma to służyć wypełnieniu ustawowych warunków podjęcia danego rozstrzygnięcia. W każdej sytuacji wymagane jest aby postanowienie dodatkowe nie było sprzeczne z celem aktu administracyjnego⁵⁴. Mając to na uwadze należy ze szczególną starannością przyrzeć się poglądom doktryny wyrażanym przed wprowadzeniem w życie ustawowej regulacji.

W zaliczanym dziś do klasyki nauki prawa administracyjnego podręczniku, E. Forsthoff wyraził pogląd, że wszystkie rodzaje postanowień dodatkowych mogą mieć miejsce wyłącznie tam, gdzie administracja działa według swego uznania. Jeżeli natomiast władza jest zobowiązana do wydania pozwolenia przy zaistnieniu określonych przesłanek, to nie może wydać go warunkowo, a zlecenia mogą być w takim akcie ustanowione wyłącznie wówczas, gdy ma to służyć wypełnieniu ustawowych wymogów. Zastrzegając przy tym, że zlecenia nie mogą w takich okolicznościach odbiegać od treści ustaw nawet wówczas, gdy zainteresowany zgadza się na takie odstępstwo⁵⁵.

Rozważając problem posługiwania się instytucją prawną zleceń w prawie regulującym wydawanie pozwoleń policyjnych B. Drews i G. Wacke doszli do wniosku, że w przypadku tzw. pozwoleń związanych zastosowanie takiej klauzuli dodatkowej możliwe jest wówczas, gdy regulacja ustawowa mająca zastosowanie w rozpoznawanej sprawie nie zawiera wyczerpującego katalogu zjawisk uważanych przez prawodawcę za zagrażające dobru policyjnemu, którego ochronie wydawanie pozwoleń danego rodzaju ma służyć. Jeżeli przesłanki mające decydować o zaistnieniu podstawy do odmowy pozwolenia zostały natomiast określone w sposób wskazujący na wolę ustawodawcy traktowania ich jako regulacji wyczerpującej, jakiegokolwiek zlecenia są niedopuszczalne. Inna sytuacja prawna ma miejsce - zda-

⁵³. Por. § 36 ustawy z dnia 25 maja 1976 r. o postępowaniu administracyjnym (BGBl I 1976, s. 1253 z późn. zm.)

⁵⁴. Por. Wolff-Bachof-Stober: op. cit. s. 411-412,

⁵⁵. Por. E. Forsthoff; op. cit. s. 210. Podobnie R. Krüger: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, Deutsches Verwaltungsblatt 1955, s. 522.

niem tych autorów - w przypadku tzw. pozwoleń wolnych. Władza może bowiem wówczas, działając w granicach pozostawionego jej uznania, całkowicie odmówić pozwolenia. Z tego też względu uprawniona ma być również do związania pożądanego przez zainteresowanego aktu ze służącym celowi danej regulacji zleceniem⁵⁶.

Odnosząc się do możliwości wydawania pozwoleń warunkowych ci sami autorzy również rozgraniczyli sytuacje, w których władza jest zobowiązana do wydania żadanego pozwolenia policyjnego od tych, w których działać ma w prawie określonych granicach uznania. W tej pierwszym przypadku za dopuszczalne uznają oni takie warunki, które w rzeczywistości zawarte są już w ustanowionych, wiążących organ przesłankach wydania pozwolenia i przesłanek tych nie zmieniają lecz jedynie konkretyzują. W drugim - powtarzają praktycznie te same wnioski, które dotyczyły zleceń⁵⁷.

Ponieważ pozwolenia terminowe (opatrzone terminem) autorzy ci traktują jako odmianę pozwoleń warunkowych (wydanych z zastrzeżeniem warunku rozwiązującego), ostatni wniosek odnosi się również do terminów. Natomiast dopuszczalność opatrzenia terminem pozwoleń związanych ograniczona została do tych okoliczności, w których możliwość taka została przewidziana wyraźnie w przepisie prawa⁵⁸.

Możemy również spotkać w tamtejszej doktrynie pogląd, że pozwolenie nie tylko może ale wręcz musi być wydane z dodatkowymi zastrzeżeniami, jeżeli tym sposobem zapobiec można wydaniu decyzji odmownej. Autorzy wyrażający go posługują się przy tym argumentacją opartą na zasadzie współmierności (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), zakazującej władzy publicznej podejmowania decyzji, które nie są zdatne, konieczne i proporcjonalne w stosunku do zamierzonych przez nią celów⁵⁹.

Zaprezentowane powyżej poglądy znalazły swój wyraz w obowiązującej od 1977 r. federalnej procedurze administracyjnej. Istotne jest wszakże to, że były one wyrażane i stosowane w praktyce sądownictwa administracyjnego jeszcze przed nadaniem im charakteru zasad pozytywnego prawa.

3. Szwajcaria

Przedstawiciele szwajcarskiej doktryny, wypowiadający się na temat granic upoważnienia administracji publicznej do stosowania warunków, zleceń i terminów w wydawanych przez nią aktach administracyjnych, wskazują przeważnie na różnicowany charakter spraw administracyjnych i uzależniają rozwiązanie interesującego nas problemu od tego, czy decyzje zapadające w tych sprawach podejmowane

⁵⁶. Por. B. Drews, G. Wacke: op. cit., s. 318.

⁵⁷. Por. ibidem, s. 319-320.

⁵⁸. Por. ibidem, s. 320-321.

⁵⁹. Por. R. Krüger; op. cit. s. 522, a w nowszej literaturze - Wolff-Bachof-Stober: op. cit. s. 412.

są w ramach uznania administracyjnego, czy też są to tzw. akty związane. Dostrzegają ponadto sytuacje, w których ustawodawca wyraźnie przewiduje opatrywanie aktu administracyjnego *warunkami* (nie pozostawiając w tym zakresie organowi administracji żadnego wyboru), sytuacje, w których stwarza się w przepisach prawa władzy wykonawczej możliwość posłużenia się postanowieniami dodatkowymi oraz takie sprawy, w których ustawodawca milczy na ten temat. Dopiero w tym ostatnim przypadku problem staje się *gorący*⁶⁰.

Analizując poglądy wyrażane na ten temat w literaturze przedmiotu, B. Knapp⁶¹ podzielił je na trzy grupy.

Pierwszą, reprezentowaną przez Z. Giacomettiego, według którego, jeżeli zasada legalizmu ma być przestrzegana ściśle, wówczas przyznanie administracji uprawnienia do zamieszczania w zarządzeniach⁶² postanowień ubocznych możliwe jest jedynie wówczas, gdy rozporządza ona przyznanym jej przez prawo swobodnym uznaniem. Wspomniany autor powołuje tu jako argument metodę wykładni *a fortiori* - wnioskowania z większego (nie wydanie żądanego aktu) na mniejsze (zarządzenie z postanowieniami dodatkowymi). Jeżeli prawo dopuszcza odmowę pozwolenia lub świadczenia, to uprawnia tym bardziej do przyznania ich z pewnymi ograniczeniami. Według tej koncepcji, posłużenie się przez władzę zleceniem możliwe jest jednak - nawet w przypadku aktów uznaniowych - jedynie wówczas, gdy istnieje do tego ustawowa podstawa, bo przecież każde ograniczenie wolności jednostki musi być ustawowo przewidziane⁶³.

Drugą grupę tworzą M. Imboden i R. Rhinov. Ich odpowiedź jest już mniej jednoznaczna. Wprawdzie i ci uczeni wychodzą z założenia, że warunki i zlecenia muszą opierać się na ustawowych podstawach i na obywatela nie może być nałożony żaden obowiązek, który nie został przewidziany w ustawie, ale dodają do tego, że ogólne upoważnienie do wydawania zarządzeń jest równorzędne normie prawnej. W kwestii postanowień dodatkowych reprezentują zaś stanowisko, że w przypadku braku wyraźnej normy prawnej upoważniającej do posługiwania się nimi decydujące znaczenie ma cel regulacji ustawowej⁶⁴.

Inny pogląd na problem dopuszczalności posługiwania się postanowieniami dodatkowymi zaprezentował tamtejszy klasyk prawa administracyjnego - Fritz Fleiner. Jego zdaniem, miarodajnym jest tu istnienie w sprawie obszaru swobody działania (*Beurteilungsspielraum*). Jeżeli organ nie rozporządza takim obszarem w

⁶⁰. Tak właśnie B. Knapp: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Basel-Frankfurt a.M. 1983, s. 138 i nast.

⁶¹. Por. op. cit. s. 139.

⁶². Pod pojęciem zarządzenia (*Verfügung*) w szwajcarskiej doktrynie rozumie się wszelkie konstytutywne akty administracyjne, por. Th. Fleiner-Gerster, op. cit., s. 141 i nast.

⁶³. Podają za B. Knappem, ibidem.

⁶⁴. Por. ibidem.

konkretnej sprawie, żadne postanowienie dodatkowe nie będzie możliwe. Jeżeli natomiast organ dysponuje swobodnym uznaniem, wydawane przezeń zarządzenie zawierać może dowolne postanowienie dodatkowe, które da się usprawiedliwić urzeczywistnianym w sprawie interesem publicznym⁶⁵.

B. Knapp wskazuje także na chwiejność orzecznictwa szwajcarskiego sądu federalnego w interesującej nas materii przytaczając dwa wyroki, w których sąd - powołując się raz na Z. Giacomettiego, raz na M. Imbodena - wyraził pogląd (w sprawach dotyczących pozwoleń policyjnych), że zlecenia i warunki muszą opierać się na podstawie ustawowej oraz dwa wyroki (późniejsze, dotyczące koncesjonowania), które uzasadniono powołując się na zasadę, że władza może dodawać do zarządzeń zlecenia i warunki gdy rozporządza swobodnym uznaniem.

Podsumowując swoje rozważania Knapp dochodzi do wniosku, że argumenty wysuwane przez Z. Giacomettiego mają swoje usprawiedliwienie, lecz punkt widzenia współcześnie dominującej doktryny jest bardziej przekonywujący. Otóż wyklucza się w niej posługiwanie się postanowieniami dodatkowymi wówczas, gdy sama ustawa temu się przeciwstawia, gdyby postanowienie dodatkowe nie byłoby zgodne z naturą danego zarządzenia oraz gdy ustawa określa przesłanki jego wydania nie przyznając władzy (wykonawczej - przyp. D.K.) żadnego swobodnego uznania. Jeżeli zaś postanowienia dodatkowe nie zostały przewidziane w określonej dziedzinie regulacji, to ich wykorzystywanie jest możliwe w granicach pozostawionego organowi administracji swobodnego uznania. Kończąc swoje wywody autor ten zauważa, że nie byłoby sensownym zmuszać władzę do odmowy wydania zarządzenia, jeżeli zarówno w interesie publicznym jak i w interesie obywatela byłoby wydanie zarządzenia, które zawiera zlecenie⁶⁶.

Pogląd powyższy znajduje potwierdzenie również w powoływanych wyżej pracach takich autorów, jak Th. Fleiner-Gerster i F. Gygi⁶⁷.

Zdecydowanie większą zgodność odnotować można w szwajcarskiej literaturze prawniczej i orzecznictwie w kwestii swobody posługiwania się instytucjami takimi jak warunek, termin i zlecenie w konkretnych przypadkach, gdy potwierdzono już generalną dopuszczalność ich wykorzystania. Treść takich postanowień przeważnie nie jest zdeterminowana w pełni przepisami prawa. Oprócz nakazu nie-
sprzeczności treści każdej klauzuli z przepisami i zasadami prawa (zasadą równości, wiary i zaufania, współmierności, zakazem samowoli) stawiany jest wymóg za-

⁶⁵. Por. *ibidem*.

⁶⁶. *Ibidem*.

⁶⁷. Ten ostatni autor zdaje się jednak nie przywiązywać większej wagi do istoty warunków i zleceń jako postanowień dodatkowych. Wskazują na to podawane przez niego przykłady, w których jako warunki i zlecenia traktuje on postanowienia pozwoleń i koncesji określających przedmiot przyznanego uprawnienia. Por. *op. cit.* s. 292-293.

chowania rzeczowego związku pomiędzy ustanawianym warunkiem bądź zleceniem a ustawowo uzasadnionym celem wydania określonego zarządzenia⁶⁸. Postanowienia takie nie mogą być wykorzystywane do uzyskiwania celów, których osiągnięcie nie jest możliwe na normalnej drodze ustawowej. Nie spełniające tych wymogów terminy, zlecenia i warunki muszą być traktowane jako bezprawne i niedopuszczalne. Zawierający takie błędy akt administracyjny nie może być uzdrowiony nawet w drodze dobrowolnej zgody jego adresata⁶⁹. Poglądy te pokrywają się w zasadzie z ocenami wyrażanymi także w doktrynie austriackiej i niemieckiej⁷⁰.

VII. Dopuszczalność posługiwania się postanowieniami dodatkowymi w świetle polskiego prawa administracyjnego

Przystępując do próby rozwiązania zasygnalizowanego w tytule opracowania problemu za celowe uznać należy bliższe rozważenie skutków prawnych wynikających z art. 1, 3, 6 i 7 pozostawionych w mocy przepisów Konstytucji RP. Są w nich bowiem zawarte takie zasady ustroju naszego państwa, które mają bezpośredni związek z rozpatrywaną tematyką i powinny być brane pod uwagę zarówno przy tworzeniu, jak i - stosowaniu prawa administracyjnego oraz przy dokonywaniu prawno-doktrynalnej oceny tych zachowań władz państwowych⁷¹. Nieodzownym wydaje się też poprzedzenie sformułowania ostatecznych wniosków co do problemu postawionego w tytule opracowania przeanalizowaniem przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego. Należy bowiem zgodzić się ze wskazówką metodologiczną zawartą w powołanym wyżej artykule T. Wosia, że poszukiwanie odpowiedzi na pytania dotyczące warunków terminów i zleceń ustanawianych w decyzjach administracyjnych na zasadzie analogii lub zapożyczeń z tej dziedziny prawa, z której - jak się powszechnie mniema - instytucje te się wywodzą, a mianowicie - z prawa cywilnego - jest zabiegiem błędnym⁷². Podzielałam w pełni także uzasadnienie tego stanowiska. Nie uważam natomiast za słuszne ograniczanie się w badaniach nad tą problematyką jedynie do egzegezy przepisów prawa administracyjnego materialnego, na podstawie których podejmowane są decyzje opatrzone postanowieniami dodatkowym⁷³. Poprawna interpretacja przepisów prawa nie może przecież abstrahować od kontekstu systemowego. Na czele tego

68. Por. B. Knapp: op. cit., s. 140; Th. Fleiner-Gerster: op. cit. s. 165, F. Gygi, op. cit. s. 290, 292 i 294.

69. Por. Th. Fleiner-Gerster, ibidem.

70. Por. poglądy wyrażane w publikacjach powołanych w przypisach 6, 34, 25, 37, 43, 50 i 55 (*passim*).

71. Chodzi mi tu naturalnie o zasady państwa prawnego, sprawiedliwości społecznej, wolności gospodarowania i ochrony własności.

72. Por. T. Woś: Termin, warunek, zlecenie..., op. cit., s. 23.

73. Por. ibidem.

systemu znajdują się właśnie przepisy konstytucyjne i Kodeks postępowania administracyjnego. Ze źródeł tych wyprowadzane być zatem powinny wszystkie wnioski co poprawności regulacji prawnych i kierunków orzecznictwa sądowego oraz stosowania w praktyce warunków, terminów, zleceń, czy innych zastrzeżeń.

Główne ograniczenie w posługiwaniu się postanowieniami dodatkowymi pomimo braku wyraźnego upoważnienia do tego w mających zastosowanie w danej sprawie aktach prawnych wywodzone bywa najczęściej z reguły konstytucyjnej nakazującej organom państwa działać na podstawie przepisów prawa (art. 3 ust. 2 Konstytucji RP z 1952 r.). Zasada ta powtórzona została także w art. 6 Kodeksu postępowania administracyjnego. Wymóg posiadania wyraźnego upoważnienia ustawowego we wszystkich przypadkach opatrywania decyzji postanowieniami dodatkowymi ma podobno na celu ochronę jednostki przed prawem nieprzewidzianym ograniczaniem jej uprawnień.

Jest jednak rzeczą zastanawiającą, dlaczego zarówno przedstawiciele nauki, jak i Naczelny Sąd Administracyjny, wyprowadzają z niej tak daleko idące wnioski w stosunku do warunków, terminów i zleceń, podczas gdy równocześnie nie wymagają aby - z tego samego względu - wykorzystując luzy decyzyjne pozostawione administracji publicznej (w postaci norm uznaniowych, przepisów niedookreślonych czy też podstaw prawnych decyzji skonstruowanych jako tzw. normy finalne), każdy zwrot stanowiący treść wydawanego aktu opierał się zawsze na konkretnym przepisie prawa.

Wydaje się, że przeciwnicy opatrywania decyzji postanowieniami dodatkowymi bez wyraźnego upoważnienia ustawowego nie dostrzegają różnicy pomiędzy podstawą prawną decyzji a wymogiem zachowania zgodności jej treści z przepisami prawa. Jeżeli ustawodawca pozostawia organowi upoważnianemu do podejmowania danego rodzaju decyzji określony prawnie zakres swobody w kształtowaniu praw i obowiązków jej adresatów, to jest to już dostateczna podstawa prawna do wydania aktu, a równocześnie jego wola aby wykonywanie władzy publicznej w tym zakresie organ administracji realizował samodzielnie i na własną odpowiedzialność. Postanowienia dodatkowe są treścią decyzji i należy zapewnić aby były zgodne z prawem. Za niedopuszczalne uznać należy posługiwanie się tymi instrumentami natomiast wówczas,

- gdy z przepisu prawa wynika, że jest to niedopuszczalne,
- gdyby było to sprzeczne z istotą danej decyzji (np. w aktach deklaratoryjnych, określających status prawny danej osoby) oraz
- gdy miałyby to na celu obejście prawa.

Zasada państwa prawnego, zasada wolności gospodarowania oraz zasada ochrony własności wymagają aby każda ingerencja władzy w życie prywatne, gospodarcze i interesy majątkowe jednostki była uzasadniona prawnie, a ponadto - odpowiednia i niezbędna do osiągnięcia przeważającego interesu ogółu (interes

publicznego). Odmowa wydania żądanej decyzji jedynie z tego powodu, że wydanie jej bez stosownych ograniczeń pozostawałoby w sprzeczności z prawem, którego przepisy - niestety - nie zawierają przepisów wyraźnie upoważniających do ograniczenia wnioskowanych uprawnień (terminem, warunkiem, zleceniem itp.) oznacza przecież, że wnioskodawca doznaje uszczerbku w swoich interesach bez jakiegokolwiek przy tym korzyści dla interesu publicznego.⁷⁴ Jego prawa i wolności doznają tym sposobem ograniczeń pomimo tego, że nie jest to konieczne ani też prawnie nakazane. Jedynym pożytkiem jest tu sukces skrajnego pozytywizmu prawniczego.

Warto ponadto zwrócić uwagę na pozorną jedynie ochronę interesów jednostki w wyniku stosowania dotychczasowych poglądów na omawiany temat. Jeżeli bowiem brak spełnienia przesłanek ustawowych do wydania pożądanego przez jednostkę pozwolenia, przydziału itp. i brak upoważnienia ustawowego do wydania takiego aktu warunkowo, terminowo bądź z zastrzeżeniami spełnienia określonych zleceń, będą wskazane jako przyczyny niemożliwości uwzględnienia wniosku strony, to chroniony takimi regułami wykładni prawa obywatel z pewnością nie od czuje dobrodziejstwa takiej ochrony.

Jako argument przeciwstawiający się umieszczaniu postanowień dodatkowych w decyzjach bez wyraźnego upoważnienia ustawowego wskazywany jest także przepis art. 107 § 2 k.p.a. Stanowi on, że: **Przepisy szczególne mogą określać także inne (niż określone w poprzednim paragrafie - przyp. D.K.) składniki, które powinny zawierać decyzja.**⁷⁵ Uważna analiza tego przepisu wskazuje wszakże, że odnosi się on do obligatoryjnych składników decyzji, a nie bezpośrednio do rozpatrywanego problemu dopuszczalności klauzul typu warunek, termin czy zlecenie (mowa jest w nim o elementach, jakie *powinna*, a nie *może* zawierać decyzja). Ponadto można wysunąć uzasadnione wątpliwości co do tego, czy postanowienia dodatkowe to *inne składniki* decyzji. Określają one przecież treść praw i obowiązków stron postępowania, a zatem należy je zaliczyć do elementu określonego w art. 107 § 1 jako *rozstrzygnięcie*. *Inne składniki*, to np. przewidziane w art. 42 ust. 1 ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. Nr 89 z 1994 r., poz. 415) mapy, na których określa się linie rozgraniczające teren inwestycji bądź - przebieg inwestycji liniowych. Z kodeksu nie wynika zatem wprost wymóg posiadania szczegółowego upoważnienia do posłużenia się którąś z omawianych instytucji.

⁷⁴. Ten właśnie aspekt mieli na myśli twórcy niemieckiej ustawy o postępowaniu administracyjnym dopuszczając w jej § 36 ust. 1 stosowanie postanowień dodatkowych w aktach związanych, jeżeli miałyby to służyć wypełnieniu przesłanek ustawowych ich wydania. Por. Wolff-Bachof-Stober, op. cit. s. 411.

⁷⁵. Por. J. Borkowski, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski: Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 1996., s. 485-486, a także J. Jendrośka, (w:) Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, praca zob. pod red. J. Borkowskiego, Warszawa 1985, s. 195.

Najtrudniejszym problemem jest jednak uzasadnienie dopuszczalności posłużenia się przez organ administracji bez wyraźnego przepisu zastrzeżeniem dopełnienia przez adresata decyzji określonego działania, zaniechania czy znoszenia (czyli - zleceniem). Postanowienia takie zawierają przeważnie decyzje przyznające określone uprawnienia. Natomiast zlecenie rodzi obowiązek podlegający - w razie czynienia z decyzji użytku - wykonaniu nawet z zastosowaniem środków przymusu państwowego. Do ustanowienia obowiązku konieczne jest wszakże wyraźne ustawowe upoważnienie. Jak wynika z zaprezentowanych wyżej poglądów doktryny oraz realizującego je orzecznictwa zachodnioeuropejskich trybunałów prawa administracyjnego, również i ta przeszkoda uznana tam została za pokonywalną. Wystarczy, że da się udowodnić, że konieczność podporządkowania się zleceniu wynika z potrzeby zapewnienia zgodności zachowań jednostki z ustawowymi wymogami ochrony określonych dóbr (powszechnych lub nawet jednostkowych). Nasze zasady ustrojowe nieznacznie się różnią od wymogów stawianych przed władzą wykonawczą w konstytucji austriackiej, niemieckiej czy szwajcarskiej. Można by więc spytać: dlaczego polska administracja musi podlegać ostrzejszym kryteriom? Uzasadnienie z pewnością łatwo można by dzisiaj wskazać. Czy jednak jest ono konieczne i jaki jest tego cel?

Jeżeli celem tym ma być ochrona jednostki przed samowolą administracji, to z całą pewnością można ją zapewnić w drodze sądowej kontroli wszelkich rozstrzygnięć administracyjnych. Uważam wszakże, że istnieją przepisy prawa, z których wynika upoważnienie do ustanawiania obowiązków w postaci zleceń dodawanych do głównej części rozstrzygnięć przyznających uprawnienia obywatelom. Są nimi przepisy stwarzające podstawę prawną do uzależniania możliwości określonych zachowań jednostki od wcześniejszego przyzwolenia władzy wykonawczej oraz - do odmowy przyznania żądanego uprawnienia. Z przepisów tych wynika ogólny zakaz określonego zachowania bez zezwolenia organu. Wskazując na konieczność określonego działania, znoszenia lub zaniechania jako okoliczności, przy spełnieniu których organ wydający decyzje stwierdza spełnienie przesłanek zwalnających spod wyżej wymienionego zakazu, pełniące tę funkcję zlecenie ma swoje uzasadnienie prawne właśnie w tych przepisach. Nie spełnienie go oznacza bowiem odpadnięcie (trwałe lub przejściowe) prawnych przesłanek uzasadniających zwolnienie spod określonego zakazu. Jednostka nie musi się podporządkować takim obowiązkom o ile uzna je za nadmiernie uciążliwe. Nie powinna jednak wówczas czynić użytku z przyznanego prawa. Zlecenie takie ma bowiem w sobie coś z warunku. Możliwość pobierania pożytków z przyznanego aktem obciążonym zleceniem uprawnienia występuje dopiero wówczas, gdy nakazana czynność zostanie wykonana (warunek suspensywny) bądź ustaje, gdy uprawniony zaniecha realizacji nakazanego zachowania (warunek rezolutywny).

Wyrażone powyżej stanowisko w znacznym stopniu pokrywa się z koncepcją przepisów zaproponowanych przez Profesora E. Smoktunowicza. Szkoda tylko,

że w projekcie POPA pomija się, jak dotąd, inne postanowienia dodatkowe niż warunek czy termin. W szczególności ustawa taka mogłaby wesprzeć praktykę w posługiwaniu się instytucją zlecenia. Jakże by bowiem nie wysuwano argumenty za dopuszczalnością posługiwania się postanowieniami dodatkowymi, nic nie jest w stanie zastąpić pozytywnoprawnej regulacji. Przykład niemiecki jest tu najlepszym dowodem.

Kończąc niniejsze rozważania, zdając sobie sprawę z oryginalności zaprezentowanych tu poglądów, chciałbym podkreślić, że dojście do takich rezultatów badawczych nie byłoby możliwe bez twórczego i inspirującego wpływu Profesora Eugeniusza Smoktunowicza, który nas, młodszych pracowników nauki zawsze zachęcał (wprost oraz swoim własnym przykładem) do podejmowania trudnych, a czasami nawet - zdawałoby się - nierozwiązywalnych tematów. Nie wykluczam, że przyjęte powyżej rozumowanie może być obarczone błędami. Z przyjemnością odbiorę wszelkie uwagi polemiczne. Uważam jednak, że poruszona problematyka ma w naszym kraju obraz tak daleko różniący się od poglądów wyrażanych w innych krajach, że najwyższy czas, aby poświęcono jej w polskim piśmiennictwie więcej uwagi. Myślę, że niniejsze opracowanie zainspiruje dalszą dyskusję.

WOLNOŚĆ TWORZENIA SZKÓŁ PRYWATNYCH W POLSCE DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA

Celem niniejszego artykułu, będącego częścią pracy poświęconej wolności tworzenia i prowadzenia szkół prywatnych w polskim prawie administracyjnym, jest: wskazanie pewnych norm prawa międzynarodowego publicznego uznających tę wolność, zaakcentowanie, iż zakładanie i prowadzenie szkół przez osoby fizyczne i prawne jest wykonywaniem zadań publicznych, zdefiniowanie kategorii szkół prywatnych, a w ramach tego wyjaśnienie pojęcia „szkoła”, krytyczne omówienie aktualnej regulacji prawnej wolności tworzenia prywatnych szkół publicznych oraz niepublicznych, a wreszcie zgłoszenie postulatów de lege ferenda. Koncepcja autora oparta jest na pojmowanej w kategoriach ofensywnych wolności rodziców (opiekunów prawnych) wyboru dla swych dzieci szkół innych niż szkoły prowadzone przez władze publiczne.

I. Wprowadzenie

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 16 grudnia 1966 r.¹ uznał w art. 13 ust. 4 wolność osób i instytucji do tworzenia i prowadzenia zakładów oświatowych, z zastrzeżeniem, że nauka udzielana w tych zakładach będzie odpowiadać minimalnym wymaganiom, które mogą być ustalone przez państwo oraz, że będą przestrzegane zasady wymienione w ust. 1. Zgodnie z tym przepisem, nauczanie powinno zmierzać do pełnego rozwoju osobowości i poczucia godności ludzkiej i umacniać poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności. Nauka powinna ponadto umożliwiać wszystkim efektywny udział w wolnym społeczeństwie, rozwijać zrozumienie, tolerancję i przyjaźń między wszystkimi narodami, grupami rasowymi, etnicznymi lub religijnymi, jak również popierać działalność ONZ na rzecz utrzymania pokoju. Potwierdzona przez Pakt wolność rodziców (opiekunów prawnych) wyboru dla swych dzieci szkół innych niż szkoły założone przez władze publiczne, implikuje wolność tworzenia i prowadzenia tych szkół.

Również Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 20 listopada 1989 r.² uznała w art. 29 wolność osób fizycznych lub

1. Polska ratyfikowała Pakt w dniu 3 marca 1977 r. Pakt wszedł w życie w stosunku do Polski w dniu 18 czerwca 1977 r.

2. Polska ratyfikowała Konwencję w dniu 30 kwietnia 1991 r. Konwencja weszła w życie w stosunku do Polski w dniu 7 lipca 1991 r.

ciał zbiorowych do zakładania i prowadzenia instytucji oświatowych z zastrzeżeniem przestrzegania zasad dotyczących ukierunkowania nauki dziecka oraz wymogów, aby kształcenie w tego typu instytucjach odpowiadało minimalnym standardom, które określi dane państwo.

Prawo międzynarodowe publiczne poręcza zatem osobom fizycznym i instytucjom wolność tworzenia zakładów oświatowych. W doktrynie polityczno-prawnej wyraźnie rozróżnia się wolności i prawa obywateli. Wolność, która jest immanentnie związana z osobą ludzką, to swoboda postępowania obywatela w określonej dziedzinie³. Nie wynika ona z prawa przedmiotowego, choć prawo przedmiotowe reguluje kwestie z nią związane. Prawo nie jest podstawą wolności obywatela, ale zarazem Konstytucja powinna ustanawiać gwarancje wolności. Ograniczenie wolności w zakresie koniecznym dla ochrony pewnych wartości może przewidywać tylko norma konstytucyjna. Jak słusznie zauważa E. Smoktunowicz: „...każde ograniczenie wolności musi być traktowane jako wyjątek od zasady, wyjątki nie podlegają zaś wykładni rozszerzającej”⁴. Oparcie się na normach prawa międzynarodowego publicznego daje podstawę do omawiania problematyki tworzenia i prowadzenia szkół prywatnych w kategoriach wolności. Do obowiązkowych zadań państwa lub samorządu terytorialnego należy zakładanie i prowadzenie szkół. Owe zadania publiczne podejmowane są także z własnej inicjatywy przez inne podmioty, które prowadzą wówczas działalność obok państwa lub samorządu terytorialnego. Jest oczywiste, iż na państwie lub samorządzie terytorialnym ciąży wtedy obowiązek wspierania w różnych formach (np. udzielanie dotacji, korzystne rozwiązania prawa podatkowego) wykonywania zadań publicznych przez inne podmioty⁵. Wykonując zadania publiczne podmioty te pełnią funkcje organu administracji publicznej i mogą podejmować czynności administracyjne, w tym nawet wydawać akty administracyjne, np. decyzje o skreśleniu ucznia z listy uczniów.

II. Pojęcie szkoły prywatnej

Przechodząc do zdefiniowania kategorii szkół prywatnych, będących przedmiotem badania, zauważmy, co następuje. Przede wszystkim zachodzi potrzeba wyjaśnienia pojęcia „szkoła”. Należy zadać pytanie: co odróżnia szkołę od placówki oświatowo-wychowawczej? W moim przekonaniu szkoła, w przeciwieństwie do wyżej wymienionej placówki, obowiązana jest kształcić w zakresie koniecznym do uzyskania określonego wykształcenia. Oznacza to według mnie obowiązek:

1) realizacji programów nauczania uwzględniających podstawy programowe przedmiotów obowiązkowych (podstawy programowe, czyli obowiązkowe, na da-

³. Zob. E. Smoktunowicz: *Prawo zrzeszania się w Polsce*, Warszawa 1992, s. 84 i n.

⁴. *Ibidem*, s. 85.

⁵. Zob. S. Biernat: *Prywatyzacja zadań publicznych*, Warszawa-Kraków, s. 61 i n.

nym etapie kształcenia, zestawu treści nauczania oraz umiejętności, powinna ustalić właściwa władza szkolna),

2) realizacji planu nauczania koniecznego do zrealizowania programów nauczania uwzględniających podstawy programowe przedmiotów obowiązkowych,

3) zatrudniania nauczycieli przedmiotów obowiązkowych posiadających odpowiednie kwalifikacje.

Szkoła daje możliwość uzyskania określonego wykształcenia, gdy ponadto:

1) stosuje zasady oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów oraz przeprowadzania egzaminów, które ustala właściwa władza szkolna,

2) prowadzi dokumentację przebiegu nauczania ustaloną przez właściwą władzę szkolną. Szkoły dzielą się zatem na szkoły dające możliwość uzyskania określonego wykształcenia oraz szkoły kształcące w zakresie koniecznym do uzyskania określonego wykształcenia, ale nie dające możliwości uzyskania określonego wykształcenia. Uczniowie tych ostatnich mogą uzyskać świadectwo ukończenia szkoły dającej odpowiednie wykształcenie tylko na podstawie egzaminów eksternistycznych. Ostry sprzeciw wywołuje używanie nazwy szkoła przez jednostki organizacyjne nie mające statusu szkoły. Budzi to bowiem wiele nieporozumień i wątpliwości. Nazwa „szkoła” powinna być zastrzeżona tylko dla jednostek organizacyjnych dających możliwość uzyskania określonego wykształcenia bądź kształcących w zakresie koniecznym do uzyskania określonego wykształcenia ale nie dających możliwości uzyskania określonego wykształcenia. Nazwa konkretnej szkoły odpowiadać powinna typowi szkoły. Każda szkoła musi być szkołą określonego typu. Dostrzegł to wreszcie polski ustawodawca zmieniając niedawno art. 9 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty⁶, zwanej dalej ustawą. Rozróżnia ona szkoły podstawowe i ponadpodstawowe oraz szkoły publiczne i niepubliczne. Szkoły niepubliczne dzielą się zaś na szkoły nie posiadające uprawnień szkół publicznych oraz szkoły, które uzyskały uprawnienia szkół publicznych polegające na umożliwianiu uzyskania świadectw lub dyplomów państwowych. Interpretacja art. 9 ustawy w pierwotnym brzmieniu prowadziła do wniosku, iż szkoły ponadpodstawowe niepubliczne bez uprawnień szkół publicznych mogły być szkołami jakiegoś innego typu niż wymienione w ustawie⁷. Obecnie nie ulega wątpliwości,

⁶ Dz.U. Nr 95, poz. 425, z 1992 r. Nr 26, poz. 113 i Nr 54, poz. 254, z 1993 r. Nr 127, poz. 585, z 1994 r. Nr 1, poz. 3 i Nr 53, poz. 215 oraz z 1995 r. Nr 101, poz. 504.

⁷ Ustawa wymienia następujące typy szkół ponadpodstawowych: 1. szkoły zasadnicze, dające wykształcenie ogólne i zasadnicze zawodowe; 2. szkoły średnie ogólnokształcące, dające wykształcenie średnie ogólne (licea ogólnokształcące); 3. szkoły średnie zawodowe: a) dające wykształcenie średnie ogólne oraz wykształcenie zasadnicze zawodowe (licea zawodowe), b) dające wykształcenie średnie ogólne i zawodowe (technika, licea i szkoły równorzędne), c) dające możliwość uzupełnienia wykształcenia ogólnokształcącego o wykształcenie zasadnicze zawodowe lub o średnie zawodowe (szkoły policealne i pomaturalne). Minister Edukacji Narodowej został upoważniony (upoważnienie o cha-

że typy szkół określone w tym przepisie dotyczą wszystkich szkół, łącznie ze szkołami niepublicznymi bez uprawnień szkół publicznych. Jednakże proste skreślenie wyrazów „o uprawnieniach szkół publicznych” spowodowało rezultat zapewne nieoczekiwany przez ustawodawcę. Szkoła niepubliczna bez uprawnień nie daje bowiem, wbrew przepisom ustawy, żadnego wykształcenia. Pierwotna błędna redakcja omawianego przepisu polegała na tym, iż słusznie stanowił on, że tylko szkoły ponadpodstawowe publiczne i niepubliczne o uprawnieniach szkół publicznych dają określone wykształcenie (precyzyjniej - umożliwiają uzyskanie określonego wykształcenia), jednocześnie dokonał jednak podziału tylko tych szkół na poszczególne typy. Postrzegając problem posłużono się - niestety - najprostszym rozwiązaniem nie przywiązując wagi do podstawowej materii normowanej w pierwotnym brzmieniu. Wystarczyło przecież najpierw dokonać podziału wszystkich szkół na poszczególne typy, a dopiero później przyznać tylko szkołom publicznym i niepublicznym o uprawnieniach szkół publicznych prawo polegające na umożliwianiu uzyskania określonego wykształcenia.

Kontynuując rozważania dotyczące pojęcia szkoły prywatnej wypada wreszcie ustalić jego treść. Art. 5 ustawy stanowi, iż szkoła może być zakładana i prowadzona przez:

1) ministra (kierownika centralnego organu administracji państwowej), wojewodę oraz terenowy organ rządowej administracji specjalnej (np. kuratora oświaty), 2) gminę lub związek komunalny, 3) inne osoby prawne, 4) osobę fizyczną.

Minister, inny organ administracji rządowej, gmina oraz związek komunalny mogą zakładać i prowadzić jedynie szkoły publiczne. Nie mogą zatem (na zasadzie rozumowania a contrario) zakładać i prowadzić szkół niepublicznych. Pozostałe podmioty mogą natomiast zakładać i prowadzić zarówno szkoły publiczne jak i szkoły niepubliczne. Uwagi te nie pozwalają nam jednak na wyodrębnienie ze wszystkich szkół kategorii szkół prywatnych. Podział, do którego zmierzamy, oparty jest bowiem o inne kryterium, mianowicie kryterium tytułu własności. Szko-

akterze fakultatywnym) do określenia, w drodze rozporządzenia, innych typów szkół niż wyżej wymienione. Rozporządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 24 grudnia 1992 r. w sprawie określenia typów szkół artystycznych publicznych i niepublicznych o uprawnieniach szkół publicznych (Dz.U. z 1993 r. Nr 4, poz. 17) dzieli wymienione szkoły na: 1. szkoły artystyczne I stopnia, 2. szkoły artystyczne II stopnia, 3. szkoły bibliotekarskie i animatorów kultury. Szkoły artystyczne I stopnia obejmują: a) podstawowe szkoły muzyczne, dające wykształcenie ogólne w zakresie szkoły podstawowej oraz podstawy wykształcenia muzycznego; b) szkoły muzyczne I stopnia, dające podstawy wykształcenia muzycznego. Szkoły artystyczne II stopnia są średnimi szkołami zawodowymi i obejmują: a) szkoły baletowe, dające wykształcenie średnie ogólne i baletowe; b) licea muzyczne, dające wykształcenie średnie ogólne i muzyczne; c) licea sztuk plastycznych, dające wykształcenie średnie ogólne i plastyczne; d) szkoły muzyczne II stopnia, dające wykształcenie średnie muzyczne; e) policealne i pomaturalne szkoły artystyczne. Szkoły bibliotekarskie i animatorów kultury są średnimi szkołami zawodowymi i obejmują pomaturalne studia bibliotekarskie oraz pomaturalne studia animatorów kultury.

ła prywatna, zdaniem moim, to szkoła, której organem prowadzącym jest osoba fizyczna bądź osoba prawna inna od gminy, związku komunalnego oraz państwowych i komunalnych osób prawnych. Składniki majątkowe szkół prywatnych wchodzi w skład mienia prywatnego. Szkoły prywatne są własnością prywatną, czyli własnością, która należy do osób fizycznych bądź do osób prawnych nie będących ani państwowymi, ani komunalnymi osobami prawnymi⁸.

Reasumując, w myśl obecnie obowiązującego polskiego ustawodawstwa szkoła prywatna może być zarówno szkołą publiczną jak i niepubliczną. Skutkuje to koniecznością rozważenia problematyki tworzenia prywatnych szkół publicznych, jak również tworzenia prywatnych szkół niepublicznych.

Dla porządku tylko dodajmy, iż przedmiotem niniejszej analizy jest wolność tworzenia prywatnych szkół podstawowych i ponadpodstawowych z wyjątkiem kolegiów nauczycielskich, nauczycielskich kolegiów języków obcych i szkół wyższych.

III. Wolność tworzenia szkół prywatnych w świetle ustawy o systemie oświaty

Utrzymane w mocy przepisy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 lipca 1952 r.⁹ nie podnoszą wolności tworzenia i prowadzenia szkół prywatnych do rangi zasady konstytucyjnej. Gdyby przyjąć jednak, co budzi pewne opory, że działalność oświatowa obejmująca prowadzenie szkoły prywatnej jest działalnością gospodarczą¹⁰, należy powołać art. 6 utrzymanych w mocy przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Gwarantuje on swobodę działalności gospodarczej bez względu na formę własności, której ograniczenie może nastąpić jedynie w ustawie. Mimo to jest zasadnym, zgłoszenie postulatu uznania przez przyszłą Konstytucję wolności tworzenia i prowadzenia szkół prywatnych. Prawodawstwo zwykłe regulujące problematykę szkół prywatnych oparte jest na założeniu, iż stopnie wolności tworzenia i prowadzenia szkół prywatnych zależą od stopnia dotacji dla tych szkół. Skutkuje to podziałem szkół prywatnych na:

- 1) szkoły niepubliczne ponadpodstawowe nie posiadające uprawnień szkół publicznych¹¹,
- 2) szkoły niepubliczne, które uzyskały uprawnienia szkół publicznych,
- 3) szkoły publiczne.

⁸. Zob. S. Wójcik: Zagadnienia cywilistyczne własności prywatnej, (w:) Własność prywatna, praca zbiorowa pod redakcją T. Wawaka, Kraków 1993, s. 23-26.

⁹. Dz.U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36 z późn. zm.

¹⁰. Tak C. Kosikowski: Wolność gospodarcza w prawie polskim, Warszawa 1995.

¹¹. W myśl art. 8 ustawy: „Szkoła podstawowa może być tylko szkołą publiczną lub niepubliczną o uprawnieniach szkoły publicznej”.

Szkoły niepubliczne nie posiadające uprawnień szkół publicznych mogą otrzymywać dotacje z budżetu państwa na zasadach i warunkach określonych przez Ministra Edukacji Narodowej w porozumieniu z Ministrem Finansów. Szkole niepublicznej o uprawnieniach szkoły publicznej przysługuje dotacja w wysokości 50% wydatków bieżących ponoszonych w szkołach publicznych tego samego typu w przeliczeniu na jednego ucznia.

Prywatne szkoły publiczne otrzymują zaś na każdego ucznia dotacje na działalność dydaktyczną i opiekuńczo-wychowawczą, w tym na utrzymanie obiektów, w wysokości odpowiadającej wydatkom na jednego ucznia ponoszonym w tego samego typu szkołach publicznych prowadzonych przez ministrów i inne organy administracji rządowej oraz gminy i związki komunalne.

Prześledźmy obecnie regulację prawną wolności tworzenia poszczególnych rodzajów szkół prywatnych. Podział szkół niepublicznych, przedstawiony wyżej, nie skutkuje w zasadzie odmienną regulacją prawną wolności tworzenia tych szkół. Podmiotowy i przedmiotowy zakres wolności wyznaczony jest najszerzej jak można to uczynić. Szkoły niepubliczne mogą bowiem zakładać zarówno osoby fizyczne jak i osoby prawne. Ustawodawca dopuszcza podmioty zagraniczne do zakładania szkół niepublicznych. Nie ma również żadnych ograniczeń, gdy chodzi o krąg szkół które mogą być tworzone przez wymienione podmioty. Szkołę niepubliczną można założyć po uzyskaniu wpisu do ewidencji prowadzonej przez kuratora oświaty właściwego dla siedziby szkoły. W przypadku szkoły artystycznej ewidencję prowadzi Minister Kultury i Sztuki, szkoły medycznej - Minister Zdrowia i Opieki Społecznej, szkoły rolniczej i gospodarki żywnościowej - Minister Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej, a w przypadku szkoły, o której mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów¹² wydanym na podstawie art. 29 ustawy - właściwy minister.

Zgłoszenie do ewidencji powinno zawierać:

1) oznaczenie osoby zamierzającej prowadzić szkołę, jej miejsca zamieszkania lub siedziby

2) określenie typu szkoły oraz daty rozpoczęcia jej funkcjonowania, a w przypadku szkoły zawodowej także zawodów lub profili zawodowych, w jakich szkoła będzie kształcić;

3) wskazanie miejsca prowadzenia szkoły i warunków lokalowych zapewniających bezpieczne i higieniczne warunki osobom przebywającym na jej terenie, zgodnie z odrębnymi przepisami;

4) statut szkoły, który winien określać:

a) nazwę, typ oraz zadania szkoły,

¹². Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 września 1992 r. w sprawie określenia rodzajów szkół i placówek, które są obowiązani prowadzić i nadzorować właściwi ministrowie, oraz obowiązków i uprawnień tych ministrów (Dz.U. Nr 71, poz. 353).

- b) osobę prowadzącą szkołę,
- c) organy szkoły oraz zakres ich zadań,
- d) organizację szkoły,
- e) prawa i obowiązki pracowników oraz uczniów szkoły, w tym przypadki, w których uczeń może zostać skreślony z listy uczniów szkoły,
- f) sposób uzyskiwania środków finansowych na działalność szkoły,
- g) zasady przyjmowania uczniów do szkoły;

5) dane dotyczące kwalifikacji pracowników pedagogicznych i dyrektora, przewidzianych do zatrudnienia w szkole. W przypadku szkoły podstawowej oraz szkoły ponadpodstawowej ubiegającej się o nadanie uprawnie szkoły publicznej, zgłoszenie powinno ponadto zawierać zobowiązanie do:

- realizowania programów nauczania uwzględniających podstawy programowe,
- zatrudniania nauczycieli przedmiotów obowiązkowych posiadających kwalifikacje określone dla nauczycieli szkół publicznych,
- stosowania ustalonych przez Ministra Edukacji Narodowej (Ministra Kultury i Sztuki) zasad klasyfikowania i promowania uczniów oraz przeprowadzania egzaminów z wyjątkiem egzaminów wstępnych,
- prowadzenia dokumentacji przebiegu nauczania ustalonej dla szkół publicznych,
- kształcenia - w przypadku szkoły zawodowej - w zawodach określonych w klasyfikacji zawodów szkolnictwa zawodowego albo w innych zawodach za zgodą Ministra Edukacji Narodowej.

Właściwy organ dokonuje wpisu do ewidencji w ciągu 30 dni od daty zgłoszenia oraz z urzędu doręcza zgłaszającemu zaświadczenie o wpisie do ewidencji, które zawiera:

- 1) nazwę organu, który dokonał wpisu do ewidencji szkoły,
- 2) datę i numer wpisu do ewidencji,
- 3) nazwę i typ szkoły,
- 4) osobę prawną lub fizyczną prowadzącą szkołę,
- 5) adres szkoły,
- 6) w przypadku szkoły zawodowej nazwę zawodu lub profilu zawodowego, w którym kształci szkoła.

Decyzję o odmowie wpisu do ewidencji właściwy organ wydaje, jeżeli:

- zgłoszenie nie zawiera wymienionych danych i mimo wezwania nie zostało uzupełnione w wyznaczonym terminie,

- statut szkoły jest sprzeczny z obowiązującym prawem i mimo wezwania nie został zmieniony.

Szkole podstawowej niepublicznej przysługują uprawnienia szkoły publicznej z dniem rozpoczęcia działalności. Szkole niepublicznej nie posiadającej uprawnień szkoły publicznej kurator oświaty (odpowiedni minister) nadaje, w drodze decyzji, na wniosek osoby prowadzącej, uprawnienia szkoły publicznej, jeżeli stwierdzi spełnianie wyżej wymienionych warunków. Minister Edukacji Narodowej (odpowiedni minister) może, w drodze decyzji, nadać uprawnienia szkoły publicznej szkole nie spełniającej warunków wyżej wymienionych w szczególności, jeżeli uzna ją za eksperymentalną, określając przy tym niezbędne warunki funkcjonowania szkoły.

Regulacja prawna odnosząca się do szkół niepublicznych budzi kilka refleksji natury ogólnej i bardziej szczegółowej. Ustawodawca - jak się wydaje - nie bardzo rozumie istotę szkoły. Powtórzę raz jeszcze, iż szkoła obowiązana jest kształcić w zakresie koniecznym do uzyskania określonego wykształcenia. Taki obowiązek natomiast, w myśl naszego ustawodawstwa, wcale nie spoczywa na szkole niepublicznej. Nie musi ona bowiem, gdy nie zamierza ubiegać się o nadanie uprawnień szkoły publicznej, realizować programów nauczania uwzględniających podstawy programowe oraz zatrudniać nauczycieli przedmiotów obowiązkowych posiadających odpowiednie kwalifikacje. Nie posiada wtedy jednak - w moim przekonaniu - statusu szkoły, lecz status placówki oświatowo-wychowawczej, kursu. Niezrozumiałym zapewne jest fakt pominięcia w ustawie oczywistego wymogu zatrudniania dyrektora lub wicedyrektora posiadającego kwalifikacje pedagogiczne.

Kwestią rodzącą wiele wątpliwości jest brak przepisów dotyczących właściwości podmiotowych osób ubiegających się o wpis do ewidencji. Jest oczywiste, iż szkoła jest jednostką organizacyjną szczególnego rodzaju. Mając na uwadze misję, którą pełni, należy zadać pytanie: czy każdy podmiot może założyć i prowadzić szkołę? W świetle aktualnie obowiązującego ustawodawstwa, wpis do ewidencji podlega wykreśleniu w przypadku prawomocnego orzeczenia sądu zakazującego osobie fizycznej prowadzącej szkołę, prowadzenia działalności oświatowej. Orzeczenie takie - rzecz jasna - skutkuje również zakazem zakładania szkoły. Sytuacja wydaje się zatem czytelna, dopóki nie odpowie się na następujące pytania. Po pierwsze: jaką karą jest zakaz prowadzenia działalności oświatowej? Po drugie: w razie skazania za jakie przestępstwo sąd może orzec tę karę? Po trzecie: czy w praktyce wyżej wymieniony zakaz bywa orzekany, kiedy nie zachodzi nawet przypuszczenie, że skazany będzie zamierzał w przyszłości prowadzić działalność oświatową? Dochodzimy do wniosku, iż sprawca skazany np. za przestępstwo z art. 168, 176 i 177 kk. będzie w przyszłości mógł założyć szkołę. Ta refleksja skutkuje zgłoszeniem postulatu zmiany obowiązujących przepisów. Można rozważyć w tej sytuacji przywrócenie, znanego ustawodawstwu międzywojennemu, przedkładania pisemnych stwierdzeń właściwych władz, że założyciel zachowywał się

nienagannie pod względem moralności oraz w stosunku do państwa¹³. Sądzę natomiast, iż rozwiązaniem najlepszym byłoby wprowadzenie jako koniecznego warunku założenia szkoły prywatnej niekaralności osoby zamierzającej założyć szkołę za szczególne rodzaje przestępstw (wykroczeń). Organ prowadzący szkołę niepubliczną odpowiada za jej działalność.

W myśl ustawy do zadań organu należy:

- 1) zapewnienie warunków działania szkoły, w tym bezpiecznych i higienicznych warunków nauki, wychowania i opieki,
- 2) wyposażenie szkoły w pomoce dydaktyczne i sprzęt niezbędny do pełnej realizacji programów nauczania, wychowania i innych zadań statutowych.

Wyżej wymienione warunki oraz wyposażenie winny być - moim zdaniem - zapewnione już w chwili podjęcia działalności przez szkołę, w terminie wskazanym w zgłoszeniu do ewidencji. Wyłania się tutaj generalny problem warunków, które muszą być spełnione w momencie zgłoszenia oraz warunków, które muszą ustnieć od chwili podjęcia działalności przez szkołę. Ograniczając się w tym miejscu do analizy obowiązujących przepisów, zauważmy, iż istnieje pewna wątpliwość, czy w zgłoszeniu do ewidencji wystarczy poprzestać na oświadczeniu osoby zamierzającej prowadzić szkołę, wskazującym miejsce jej prowadzenia, czy też konieczne jest przedłożenie dodatkowych dokumentów, np. przyrzeczenia zawarcia umowy najmu¹⁴.

Blizszego rozważenia wymaga wreszcie charakter prawny wpisu do ewidencji szkoły. W kwestii tej można przedstawić dwa różniące się poglądy. Pierwszy, traktowałby wpis do ewidencji szkoły jako rodzaj czynności materialno-technicznych. Według odmiennego poglądu wpis byłby decyzją potwierdzającą spełnienie warunków określonych przez prawo. Zajęcia stanowiska w tej materii unika Departament Prawny Ministerstwa Edukacji Narodowej, stwierdzając tylko, co nie budzi akurat żadnych wątpliwości, że zaświadczenie o wpisie do ewidencji szkoły nie jest decyzją administracyjną¹⁵. Ustosunkowując się do omawianej problematyki, zaznaczmy, iż na gruncie obowiązującego ustawodawstwa trudno byłoby bronić poglądu przyjmującego, że wpis do ewidencji jest decyzją administracyjną. Nie można jednak zaakceptować pojmowania wpisu do ewidencji szkoły tak samo jak wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, który to wpis organ ewidencyjny dokonuje stosownie do zgłoszenia. Organ ewidencyjny działalności gospodarczej nie

¹³. Por. art. 2 ustawy z dnia 11 marca 1932 r. o prywatnych szkołach oraz zakładach naukowych i wychowawczych (Dz.U. Nr 33, poz. 343).

¹⁴. Por. A. Barański, J. Rozwadowska-Skrzeczynska: Szkoły niepubliczne, niepaństwowe szkoły wyższe, Dodatek specjalny do Gazety Prawnej Nr 43/44 1995 r., s. 2.

¹⁵. Ibidem, s. 2.

jest wyposażony w kompetencje kontrolne, a ewidencjonowanie ujawnia jedynie zamiar podjęcia działalności gospodarczej¹⁶.

W moim przekonaniu, instytucja wpisu do ewidencji szkół powinna zostać zastąpiona wydawaniem przez właściwy organ decyzji administracyjnych deklaratoryjnych (orzeczeń), potwierdzających spełnienie warunków określonych przez prawo. Warunki te zaś nie mogą być wyrażone przy użyciu sformułowań, których treść jest niejasna. Naruszałoby to bowiem wolność tworzenia szkół prywatnych. Przemyslenia dotyczące regulacji prawnej wolności tworzenia szkół niepublicznych pozwalają na wysnucie wniosku, że swoboda tworzenia szkół niepublicznych jest w zasadzie nieograniczona. Wynika to - jak sądzę - z niezrozumienia istoty szkoły oraz z traktowania działalności oświatowej, w aspekcie właściwości podmiotowych założyciela, jak działalności gospodarczej.

Jeżeli w odniesieniu do tworzenia szkół niepublicznych możemy mówić w zasadzie o pełnej wolności, tak w stosunku do prywatnych szkół publicznych mamy do czynienia bez przesady z brakiem tej wolności. Zgodnie z art. 58 ustawy, założenie szkoły publicznej¹⁷ - przez osobę prawną lub fizyczną wymaga zezwolenia kuratora oświaty¹⁸, w przypadku szkoły artystycznej - Ministra Kultury i Sztuki, szkoły medycznej - Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej, szkoły rolniczej i gospodarki żywnościowej - Ministra Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej, a w przypadku szkoły wymienionej w przepisach wydanych na podstawie art. 29 ustawy - właściwego ministra. Wniosek o udzielenie zezwolenia, łącznie z projektami aktu założycielskiego i statutu, powinien być złożony nie później niż do dnia 30 września roku poprzedzającego rok otwarcia szkoły. Ustawa przewidując możliwość zakładania prywatnych szkół publicznych de facto wprowadza ograniczenie tworzenia niektórych z nich. Stanowi bowiem, iż wniosek dotyczący założenia typu szkoły, której prowadzenie należy do zadań własnych gminy, jest przekazywany do zaopiniowania właściwej gminie, która wyraża ją w terminie jednego miesiąca. W razie negatywnej opinii gminy szkoła nie otrzymuje dotacji. Przyjmijmy, iż pomimo zakładanego braku dotacji osoba fizyczna lub prawna rozważa jednak możliwość założenia szkoły publicznej. Zdaje sobie podstawowe pytanie: jakie warunki

16. Zob. C. Kosikowski: *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995.

17. Szkoła publiczną, według art.7 ust.1 ustawy, jest szkoła, która: 1) zapewnia bezpłatne nauczanie w zakresie ramowych planów nauczania; 2) realizuje: a) programy nauczania zawierające podstawy programowe obowiązkowych przedmiotów ogólnokształcących, a w przypadku szkół zawodowych - również podstawy programowe kształcenia w danym zawodzie lub profilu kształcenia zawodowego, b) ramowy plan nauczania; 3) zatrudnia nauczycieli posiadających kwalifikacje określone w odrębnych przepisach; 4) realizuje ustalone przez Ministra Edukacji Narodowej zasady oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów oraz przeprowadzania egzaminów; 5) przeprowadza rekrutację uczniów w oparciu o zasadę powszechnej dostępności.

18. Zob. art. 9 ustawy z dnia 24 listopada 1995 r. o zmianie zakresu działania niektórych miast oraz o miejskich strefach usług publicznych (Dz.U. Nr 141, poz. 692).

musi spełnić, aby otrzymać stosowne zezwolenie? Odpowiedź na tak postawione pytanie powinna znaleźć w ustawie, a nie w akcie wykonawczym. Tymczasem ustawodawca wprowadza, niedopuszczalny - moim zdaniem - w demokratycznym państwie prawnym, przepis upoważniający (upoważnienie o charakterze obligatoryjnym) Ministra Edukacji Narodowej, a w stosunku do szkół artystycznych - Ministra Kultury i Sztuki, do określenia, w drodze rozporządzenia, szczegółowych zasad i warunków udzielania zezwolenia na założenie szkoły publicznej. Aktualnie obowiązujące rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej¹⁹ względem omawianej materii zawiera następujące postanowienia. Osoba prawna lub fizyczna, zamierzająca założyć szkołę publiczną, do wniosku o udzielenie zezwolenia zobowiązana jest załączyć:

1) projekt aktu założycielskiego szkoły, który winien określać jej typ, nazwę i siedzibę, w przypadku szkoły podstawowej także jej zasięg terytorialny (obwód), a w przypadku szkół zawodowych również zawody i profile kształcenia zawodowego, w których kształci szkoła;

2) projekt statutu szkoły zgodny z ustawą oraz ramowym statutem określonym w odrębnych przepisach;

3) wykaz nauczycieli przewidzianych do zatrudnienia w szkole, łącznie z dyrektorem, oraz ich kwalifikacji;

4) informację o liczbie uczniów i liczbie oddziałów;

5) zobowiązanie do utrzymania szkoły, zapewniania warunków kadrowych i organizacyjnych do pełnej realizacji programów nauczania lub innych zadań statutowych²⁰, a także zobowiązanie do przestrzegania przepisów dotyczących szkół publicznych.

Do wniosku ponadto osoba fizyczna musi dołączyć udokumentowane dane personalno-adresowe, a osoba prawna kopię statutu lub innego dokumentu stanowiącego podstawę jej funkcjonowania oraz wskazać organ uprawniony do prowadzenia w imieniu osoby prawnej spraw szkoły²¹.

Zezwolenie na założenie szkoły może być udzielone, jeżeli akt założycielski i projekt statutu są zgodne z przepisami ustawy oraz, jeżeli:

¹⁹. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 3 czerwca 1992 r. w sprawie warunków udzielenia zezwolenia na założenie szkoły publicznej przez osobę prawną lub fizyczną (Dz.U. Nr 48, poz. 219).

²⁰. Por. art. 5 ust. 7 ustawy zmieniony ustawą z lipca 1995 r.

²¹. Osoba fizyczna lub prawna zagraniczna jest zobowiązana do przedłożenia dokumentów wraz z przekładem na język polski, z tym że kopia statutu lub innego dokumentu stanowiącego podstawę funkcjonowania osoby prawnej wymaga poświadczenia przez właściwą ze względu na siedzibę założyciela polską placówkę dyplomatyczną lub urząd konsularny.

1) utworzenie szkoły publicznej w miejscowości proponowanej przez założyciela stanowi korzystne uzupełnienie sieci szkół w tej miejscowości i poprawi dostępność uczniów do szkoły;

2) w przypadku szkoły zawodowej - proponowane zawody i profile kształcenia zawodowego są zgodne z potrzebami gospodarki w danym regionie;

3) założyciel zapewnia odpowiednie warunki lokalowe, kadrowe, organizacyjne i wyposażenie niezbędne do realizacji zadań statutowych i programowych, w tym warunki bezpieczeństwa i higieny obowiązujące w szkołach;

4) wniosek zostanie pozytywnie zaopiniowany przez wojewódzką radę oświatową - gdy taka została powołana, a w przypadku szkoły zawodowej - także przez wojewódzki urząd pracy;

5) wniosek o założenie szkoły rolniczej lub gospodarki żywnościowej zostanie pozytywnie zaopiniowany przez wojewodę, a w przypadku szkoły podstawowej - przez organ gminy.

Zezwolenie, które wydaje się na czas nieoznaczony, określa:

1) założyciela, nazwę szkoły i jej adres;

2) w przypadku szkoły podstawowej - jej obwód szkolny;

3) w przypadku szkoły zawodowej - zawody i profile kształcenia zawodowego;

4) w przypadku szkoły specjalnej - rodzaj niepełnosprawności uczniów, dla których tworzy się szkołę;

5) ogólną liczbę uczniów będącą podstawą udzielenia dotacji z budżetu państwa lub budżetu gminy.

Po uzyskaniu zezwolenia osoba zakładająca szkołę podpisuje akt założycielski oraz nadaje pierwszy statut.

Analiza przepisów rozporządzenia prowadzi do następujących spostrzeżeń.

Wiele wątpliwości budzi fakt, iż nawet spełnienie wszystkich warunków określonych w rozporządzeniu nie gwarantuje uzyskania stosownego zezwolenia, bowiem decyzja właściwego organu oparta jest na uznaniu administracyjnym. Ponadto w/w warunki określone są przy użyciu pojęć nieostrych co daje podstawę do swobodnej oceny stanu faktycznego. Tylko Minister Edukacji Narodowej zapewne wie, co należy rozumieć pod pojęciem „korzystne uzupełnienie sieci szkół”, tak jakby poddawał w wątpliwość to, że każde utworzenie szkoły stanowi korzystne uzupełnienie tej sieci. Oprócz tego rozporządzenie jest sprzeczne z ustawą. Traktuje ono pozytywną opinię organu gminy jako niezbędny warunek ewentualnego udzielenia zezwolenia na założenie szkoły podstawowej. Tymczasem ustawa wyraźnie stanowi, że w razie negatywnej opinii gminy szkoła „tylko” nie otrzymuje dotacji. Podsumowując można zatem stwierdzić, iż chyba perspektywa obowiązków udzielania „pełnej” dotacji doprowadziła prawodawcę do stworzenia regu-

lacji, w której aż nazbyt widoczny jest generalny brak akceptacji dla powstawania prywatnych szkół publicznych.

IV. Wolność tworzenia szkół prywatnych - postulaty de lege ferenda

Analizy związane z przyszłymi zmianami w prawie szkół prywatnych obligują autora do przedstawienia wpięrw ogólnej koncepcji tych szkół. Moje podejście jest może, jak na obecne uwarunkowania, zbyt idealistyczne, tym niemniej idzie ono zdecydowanie naprzeciw pewnym wyraźnie widocznym tendencjom światowym. Podkreślają one, że skoro nauczanie podstawowe jest obowiązkowe i bezpłatne, a rodzicom (opiekunom prawnym) poręcza się wolność wyboru dla swych dzieci szkół innych niż szkoły prowadzone przez władze publiczne to oznacza to obowiązek zagwarantowania przez państwo bezpłatnego nauczania podstawowego w wybranej przez rodziców - choćby prywatnej - szkole podstawowej. W przeciwnym razie, jak akcentuje W. Rabczuk²², przywołując słuszny pogląd G. Malizia²³ państwo albo zmusza rodziców znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej do posyłania swych dzieci do szkół państwowych wbrew własnym przekonaniom, albo dyskryminuje finansowo te rodziny, które posyłając swe dzieci do szkół prywatnych pozbawione są dobrodziejstw bezpłatnej nauki. Sądzę, iż refleksja nad bezpłatnym nauczaniem w szkołach prywatnych powinna iść jeszcze dalej i sięgać szkolnictwa ponadpodstawowego (z wyjątkiem szkół policealnych i pomaturalnych)²⁴.

Bezpłatne nauczanie - moim zdaniem - winno być zagwarantowane w ilości godzin wynikających z ramowego planu nauczania dla danego typu szkoły, a dopuszczalne zwiększenie ich wymiaru wiązałoby się z koniecznością finansowania przez rodziców. Szkoły prywatne otrzymywałyby na każdego ucznia, który posiada prawo do bezpłatnego nauczania, dotacje w wysokości 100% wydatków bieżących ponoszonych w przeliczeniu na jednego ucznia w szkołach publicznych tego samego typu prowadzonych na terenie:

22. W. Rabczuk: *Szkolnictwo prywatne w Europie Zachodniej i w Polsce*, Warszawa 1992, s. 14.

23. G. Malizia: *Scuola catolica e modelli di sviluppo*, (w:) *Quaderno FIDAE*, 1988 r., Nr 10.

24. Nie wdając się w szczegóły zasygnalizujemy, iż prywatne szkoły średnie zawodowe i ogólnokształcące zobowiązane byłyby do przeprowadzania pisemnych egzaminów wstępnych z języka polskiego, matematyki i dodatkowego przedmiotu. Tematy egzaminów wstępnych ustalone przez kuratora oświaty powinny być identyczne jak w szkołach publicznych. Warunkiem (niekoniecznie jedynym) przyjęcia do prywatnej szkoły średniej byłoby zdanie ww. egzaminów. Przyjęcie kandydata do wspomnianej szkoły bądź do prywatnej zasadniczej szkoły zawodowej (jeżeli takie w ogóle by powstawały) skutkować winno prawem do bezpłatnego nauczania w klasie pierwszej. Uczniowie prywatnych szkół ponadpodstawowych z uprawnieniami szkół publicznych zachowywaliby prawo do bezpłatnego nauczania w klasie programowo wyższej w przypadku uzyskania promocji, zaś uczniowie prywatnych szkół ponadpodstawowych bez uprawnień - w przypadku zdania egzaminów eksternistycznych. Prawo do bezpłatnego powtarzania klasy przysługiwałoby uczniom nie klasyfikowanym z przyczyn usprawiedliwionych.

- gminy - w odniesieniu do szkół podstawowych,
- województwa - w odniesieniu do szkół ponadpodstawowych.

Przy takim podejściu do szkół prywatnych odpada - rzecz jasna - konieczność ich podziału na publiczne i niepubliczne. Szkoły prywatne dzieliłyby się zatem na szkoły nie posiadające uprawnień szkół publicznych oraz szkoły, które uzyskały uprawnienia szkół publicznych polegające na umożliwianiu uzyskania świadectw lub dyplomów państwowych (określonego wykształcenia).

Jak wcześniej zauważono, przyszła Konstytucja²⁵ winna podnieść wolność tworzenia i prowadzenia szkół prywatnych do rangi zasady konstytucyjnej. Stosowny artykuł Konstytucji powinien brzmieć - w moim przekonaniu - następująco:

1) Rzeczpospolita Polska gwarantuje wolność rodziców (opiekunów prawnych) wyboru dla swych dzieci szkół innych niż szkoły prowadzone przez władze publiczne.

2) Rzeczpospolita Polska uznaje wolność osób fizycznych i osób prawnych do tworzenia i prowadzenia szkół prywatnych. Ograniczenie tej wolności następuje jedynie ustawą.

3) Uczniom szkół prywatnych, na warunkach i zasadach określonych przez ustawę, przysługuje prawo do bezpłatnego nauczania.

4) Państwo obowiązane jest, w zakresie określonym ustawą, wspierać w różnych formach szkoły prywatne.

W odniesieniu do wolności tworzenia szkół prywatnych analiza przeprowadzona przez autora prowadzi do wniosku o potrzebie zmiany ustawy w zakresie wspomnianych już właściwości podmiotowych założyciela. Poza tym nowa regulacja powinna zawierać postanowienia zobowiązujące osobę fizyczną (prawną) zamierzającą założyć szkołę prywatną do:

1) przedłożenia podania zawierającego:

- a) oznaczenie tej osoby, jej miejsca zamieszkania lub siedziby;
- b) określenie nazwy, typu szkoły, a w przypadku szkoły zawodowej także zawodów lub profili zawodowych, w jakich szkoła będzie kształcić; szkoła mogłaby kształcić tylko w zawodach określonych w klasyfikacji zawodów szkolnictwa zawodowego, w innych zawodach za zgodą Ministra Edukacji Narodowej oraz w profilach kształcenia zawodowego określonych przez tego Ministra;
- c) określenie daty rozpoczęcia funkcjonowania szkoły;
- d) wskazanie miejsca prowadzenia szkoły i warunków lokalowych zapewniających bezpieczne i higieniczne warunki osobom przebywającym na jej te-

25. K. Skotnicki: Konstytucyjna regałacja prawa do nauki w polskich ustawach zasadniczych, (w:) *Studia Prawno - Ekonomiczne*, t. III, 1995.

renie, zgodnie z odrębnymi przepisami. Jeżeli szkoła ma być prowadzona w lokalu wynajętym, wymagane byłoby przedłożenie co najmniej przyrzeczenia zawarcia umowy najmu;

e) zobowiązanie do:

- realizacji programów nauczania uwzględniających podstawy programowe przedmiotów obowiązkowych oraz stosowania podręczników, dopuszczonych do użytku szkolnego,

- realizacji zatwierdzonego planu nauczania koniecznego do zrealizowania programów nauczania uwzględniających podstawy programowe przedmiotów obowiązkowych,

- zatrudniania dyrektora lub wicedyrektora posiadającego kwalifikacje pedagogiczne,

- zatrudniania nauczycieli przedmiotów obowiązkowych posiadających kwalifikacje określone dla nauczycieli szkół publicznych²⁶,

- zapewnienia warunków działania szkoły, w tym bezpiecznych i higienicznych warunków nauki, wychowania i opieki, wyposażenia szkoły w pomoce dydaktyczne i sprzęt niezbędny do pełnej realizacji programów nauczania, wychowania i innych zadań statutowych,

- przestrzegania pozostałych przepisów ustawy dotyczących szkół prywatnych oraz statutu szkoły,

- w przypadku szkoły podstawowej

- stosowania zasad oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów oraz przeprowadzania egzaminów, które ustala właściwa władza szkolna i prowadzenia dokumentacji przebiegu nauczania ustalonej dla szkół publicznych;

2) przedłożenia statutu szkoły zgodnego z obowiązującym prawem, a określającego:

- a) nazwę, typ szkoły, w przypadku szkoły zawodowej zawody lub profile zawodowe, w jakich szkoła będzie kształcić oraz zadania szkoły,

- b) osobę prowadzącą szkołę,

- c) organy szkoły oraz zakres ich zadań,

- d) organizację szkoły,

- e) prawa i obowiązki pracowników oraz uczniów szkoły, w tym przypadki, w których uczeń może zostać skreślony z listy uczniów szkoły,

²⁶. Przed rozpoczęciem roku szkolnego szkoły prywatne zobowiązane byłyby składać organom sprawującym nadzór pedagogiczny dane: o zamierzonych do realizowania i stosowania w każdej klasie planach nauczania, programach nauczania i podręcznikach oraz o zatrudnionej w szkole dyrekcji i gronie nauczycielskim. W ciągu roku szkolnego na szkole ciążyłby obowiązek zgłaszania zmian wyżej wymienionych danych.

- f) sposób uzyskiwania środków finansowych na działalność szkoły,
- g) zasady przyjmowania uczniów do szkoły.

Osoba prawna ponadto powinna do podania załączyć kopię statutu lub innego dokumentu stanowiącego podstawę jej funkcjonowania oraz wskazanie organu uprawnionego do prowadzenia w imieniu osoby prawnej spraw szkoły²⁷. Kurator oświaty właściwy dla siedziby szkoły (właściwy minister) stwierdzałby, czy powyższe warunki zostały spełnione. Po uzyskaniu orzeczenia (decyzji o charakterze deklaratoryjnym) osoba fizyczna (prawna) mogłaby szkołę założyć. Właściwy organ wydawałby orzeczenie w ciągu 30 dni od daty przedłożenia dokumentów, a brak decyzji negatywnej w czasie wyżej określonym oznaczałby, iż osoba może założyć szkołę.

Decyzję negatywną właściwy organ wydawałby, jeżeli:

- 1) podanie nie zawierałoby wyżej wymienionych danych, zobowiązań oraz załączników i mimo wezwania nie zostałoby uzupełnione w wyznaczonym terminie,
- 2) statut szkoły byłby sprzeczny z obowiązującym prawem i mimo wezwania nie zostałoby zmieniony w wyznaczonym terminie.

²⁷. Zagraniczna osoba prawna lub fizyczna przedkładałaby dokumenty wraz z przekładem na język polski, z tym że kopia statutu lub innego dokumentu stanowiącego podstawę funkcjonowania osoby prawnej wymagałaby poświadczenia przez właściwą ze względu na siedzibę założyciela polską placówkę dyplomatyczną lub urząd konsularny.

PARLAMENT A NIEZALEŻNOŚĆ BANKU CENTRALNEGO (aspekty prawne)

1. W warunkach gospodarki rynkowej każdy bank centralny państwa pełni funkcje: banku emisyjnego, banku banków i banku gospodarki narodowej¹. Z realizacją tych funkcji wiąże się usytuowanie banku centralnego w systemie gospodarczym i ustrojowym państwa oraz jego forma prawna i organizacja wewnętrzna². W piśmiennictwie ekonomicznym panuje - na ogół dość bezkrytyczne³ - przekonanie o potrzebie niezależności banku centralnego⁴. Dopiero bliższa analiza tego zagadnienia⁵ pokazuje, że niezależności banku centralnego nie należy fetyszyzować⁶. Trzeba natomiast dążyć do odpolitycznienia tego problemu i do wytyczenia pewnych granic niezależności banku centralnego⁷. W tym celu konieczne jest bardziej prawnicze niż polityczne spojrzenie na ten problem.

W dyskusjach nad niezależnością banku centralnego na ogół nie definiuje się samego pojęcia niezależności. Najczęściej sugeruje się jednak, że chodzi o zapewnienie swobody działania banku, a zwłaszcza wykluczenie wpływu organów państwa (szczególnie rządu) na działalność banku centralnego. Wyjątkowo zaś pojęcie niezależności wiąże się również z odpowiedzialnością banku⁸. Wyróżnia się też niezależność instytucjonalną, funkcjonalną i finansową⁹. Jest to o tyle cenne, że

1. Por. J. Zajda: Systemy bankowe w gospodarce kapitalistycznej, Warszawa 1974, s. 75-78; A. Koźmierczak, Pieniądz i bank w kapitalizmie, Warszawa 1992, s. 127 i n.; W. L. Jaworski, Zb. Krzyżkiewicz, B. Kosiski: Banki (rynek, operacje, polityka), Warszawa 1992, s. 14.

2. Patrz H. Gronkiewicz-Waltz: Bank centralny. Od gospodarki planowej do rynkowej, Warszawa 1992, s. 18 i n.

3. Inaczej Z. Fedorowicz: Niezależność banków centralnych (doświadczenia zagraniczne), (w:) Status banku centralnego. Doświadczenia i perspektywy, Kancelaria Sejmu, Warszawa 1995.

4. Por. J. Solarz: Niezależność banku centralnego, „Bank i Kredyt” 1994, nr 11.

5. Por. zwłaszcza A. Wojtyna: Niezależność banku centralnego a teoria ekonomii: główne kwestie sporne, (w:) Status banku centralnego, op. cit.; Z. Szpriner, J. Żyżyński: Walory aplikacyjne koncepcji niezależności banku centralnego, tamże.

6. Por. W. Baka: Funkcje i pozycja banku centralnego w perspektywie europejskiej. Wnioski dla Polski, (w:) Status banku centralnego, op. cit.; W. L. Jaworski: Problemy niezależności i wiarygodności banku centralnego w Polsce, tamże; M. Krzak: Niezależność banku centralnego i jej wpływ na rozwój systemu bankowego w Polsce, tamże; M. Kalicki: Bank centralny - konieczność przebudowy - teoria i doświadczenie, tamże.

7. W. Z. Jaworski: op. cit., s. 49.

8. A. Wojtyna: op. cit., s. 83.

9. W. Baka: op. cit. s. 12.

taki podział umożliwia przeprowadzenie dystynkcji między koniecznością zapewnienia swobody i samodzielności banku centralnego w realizacji swoich funkcji (tzw. niezależność funkcjonalna) a potrzebą nadania bankowi w związku z tym odpowiedniej formy, organizacji obsady kadrowej i samodzielności finansowej. Potrzeba ta nie musi jednak wiązać się z niezależnością banku centralnego. Trzeba zresztą podkreślić, że używanie terminu „niezależność” w odniesieniu do funkcji i pozycji banku centralnego jest o tyle nieszczęśliwe, iż sugeruje możliwość lub wręcz konieczność braku zależności. Tymczasem osiągnięcie takiego stanu nie zawsze jest możliwe i celowe.

Najbardziej wątpliwa jest niezależność instytucjonalna banku centralnego. W tym pojęciu mieści się przecież określenie statusu prawnego banku centralnego, w tym jego formy prawnej, organizacji wewnętrznej, obsady kierowniczej, powiązań z organami państwa. Są to rozstrzygnięcia, które z natury rzeczy nie mogą należeć do decyzji samego banku centralnego. Status prawny banku centralnego może regulować konstytucja¹⁰ lub inny akt prawny parlamentu (ustawa, statut). Trzeba wiedzieć po co zapewniać bankowi centralnemu niezależność instytucjonalną, a zwłaszcza czemu ma ona służyć. Nie można natomiast z niezależności instytucjonalnej czynić wartości samej w sobie.

Podobnie ma się rzecz z niezależnością finansową banku centralnego. Dotyczy ona jego gospodarki finansowej, w tym tworzenia i wykorzystywania funduszy, podziału zysku, powiązań finansowych z bankami komercyjnymi. Niezależności finansowej banku centralnego nie należy mylić z jego samodzielnością finansową jako odrębnego podmiotu prawnego, odpowiedzialnego za rezultaty prowadzonej działalności. Niezależność finansowa banku centralnego nie może być w żadnym razie utożsamiana z dowolnością w gromadzeniu i wydatkowaniu środków pieniężnych banku oraz z brakiem kontroli państwa nad gospodarką finansową banku. Samodzielność finansowa banku centralnego powinna natomiast służyć realizacji jego funkcji i podlegać kontroli oraz nadzorowi. Wyklucza to więc możliwość realizacji idei niezależności finansowej banku jako wartości bezwzględnej.

Właściwy problem niezależności banku centralnego wiąże się z samodzielnością realizacji jego funkcji. Ich wykonywanie musi być samodzielne, jednakże nie może być oderwane od całości systemu gospodarczego i finansowego państwa. Oznacza to potrzebę przeprowadzenia wyraźnego podziału zadań i kompetencji oraz odpowiedzialności poszczególnych ogniw systemu gospodarczego, a także ustalenie obowiązku współdziałania. Trzeba też przewidzieć system kontroli i nadzoru nad samodzielnym wykonywaniem funkcji oraz system rozstrzygania sporów i konfliktów pomiędzy bankiem centralnym a organami państwa (zwłaszcza rzą-

¹⁰. Por. W. Rutkowski: *Bank centralny a Konstytucja*, (w:) *Status banku centralnego*, op. cit.

dem). Wszystko to w sumie czyni niezależność funkcjonalną banku centralnego kwestią istotną, jednakże nie mającą wymiaru absolutnego.

W działalności emisyjnej granicę niezależności banku centralnego stanowią ustalenia podjęte przez bank centralny wspólnie z rządem i aprobowane przez parlament. W realizacji funkcji banku banków niezależność banku centralnego jest duża, a jej granicę wytyczają założenia polityki pieniężnej, opracowywane przez bank centralny i uchwalone przez parlament. Z kolei, w działalności banku centralnego jako banku gospodarki narodowej niezależność banku nie może być duża, ponieważ zachowanie równowagi bilansu płatniczego oraz wysokość długu publicznego oraz zadłużenia budżetu państwa w banku centralnym, to jest domena odpowiedzialności rządu i władczych kompetencji parlamentu. Poza tą granicę nie może wyrastać niezależność banku centralnego.

2. Zapewnienie bankowi centralnemu możliwości samodzielnego wykonywania swych funkcji wiąże się z przyjęciem takich rozwiązań prawnych, które nie tworzą, lecz zapobiegają, usuwają lub osłabiają potencjalne konflikty banku centralnego z rządem. Należy je traktować jako zjawisko naturalne, nie związane z zatargami osobistymi szefa banku centralnego z ministrami i premierem. Rząd jest odpowiedzialny za realizację polityki gospodarczej i finansowej państwa. Tymczasem zaś istotnym fragmentem tej polityki zajmuje się bank centralny. Brak współdziałania między bankiem a rządem lub co gorsza podejmowanie działań wzajemnie sprzecznych może prowadzić do poważnych skutków ekonomicznych, społecznych i politycznych. Nie można wobec tego dbać jedynie o zapewnienie niezależności banku centralnego od rządu, lecz trzeba dążyć do tego, aby owa niezależność nie wykluczała odpowiedzialności banku centralnego.

Wiele wskazuje na to, że prawo polskie normuje zagadnienia podziału kompetencji i form prawnych realizacji polityki gospodarczej i pieniężnej w sposób niezupełny, niespójny, a nawet sprzeczny wewnątrznie¹¹. Można więc postulować, aby przyszłe unormowania prawne tego zagadnienia uwzględniały następujące założenia.

Po pierwsze, podział kompetencji w dziedzinie polityki gospodarczej i pieniężnej powinien opierać się na kryteriach ustrojowych. Oznacza to oddzielenie kompetencji do: projektowania, ustalania, autoryzacji, realizacji i kontroli wykonywania polityki. Podział ten powinien być utrwalony prawnie i wyrażany w przepisach ustawowych. Przy dokonywaniu podziału kompetencji należałoby kierować się zasadą specjalizacji, a więc dostosowania kompetencji do pozycji ustrojowej danego organu. W ten sposób każdy z nich miałby zapewnione „własne” kompetencje i „niezależność” w ich realizacji. Dotyczy to także banku centralnego i rządu.

¹¹. Patrz szerzej C. Kosikowski: Prawo a konflikty między rządem a NBP, „Gazeta Bankowa”, nr 8 z dnia 25.02.1996 r. s. 14.

Po drugie, prawo powinno określać, jakimi instrumentami i w jaki sposób mogą posługiwać się podmioty polityki gospodarczej i pieniężnej. Konieczne jest także unormowanie zasad i procedury współdziałania między nimi oraz rozstrzyganie powstałych sporów i konfliktów.

Po trzecie, regulacje prawne, które formułują jedynie uprawnienia i obowiązki, a pomijają instytucję odpowiedzialności prawnej nie mają większego znaczenia. Dlatego też nie można nadal pozostawać przy konstruowaniu odpowiedzialności prawnej Rady Ministrów i ministrów oraz parlamentu, a pomijać odpowiedzialność banku centralnego oraz jego władz. Te ostatnie nie mogą pozostawać również bez odpowiedniego systemu kontroli i oceny, aczkolwiek należy im co do zasady zapewnić kadencyjność.

3. Jeżeli więc w sposób obiektywny spojrzymy na kwestię niezależności banku centralnego, to do rozważenia pozostaje zagadnienie roli parlamentu wobec banku centralnego. Można bowiem wskazać na liczne przykłady rozwiązań prawnych stosowanych na świecie, które potwierdzają tezę o potrzebie zaangażowania parlamentu w sprawy banku centralnego (wyjątkiem są Niemcy i Szwajcaria). W niektórych krajach bank centralny jest wręcz podporządkowany bezpośrednio parlamentowi (Japonia, Kanada, Norwegia, USA) lub też jest nadzorowany za pośrednictwem parlamentarnej Komisji Bankowej i odrębnie powoływanej Komisji Weryfikacyjnej (np. w Szwecji).

Wydaje się, że: parlament może sprawować w stosunku do niezależnego banku centralnego następujące funkcje: 1) kreatywną - tworzącą w drodze ustawy bank centralny państwa; 2) normodawczą - określającą status prawny banku centralnego i zasady jego działania w systemie bankowym (prawo bankowe) oraz w relacjach z organami państwa; 3) organizacyjną - związaną z powoływaniem i odwoływaniem organów banku centralnego, zwłaszcza zaś jego szefa; 4) autoryzacyjną - polegającą na przyjmowaniu lub odrzucaniu założeń polityki pieniężnej proponowanych przez bank centralny; 5) kontroli i nadzoru - w zakresie odnoszącym się do wypełniania przez bank centralny i jego organy ustawowych funkcji oraz zadań wynikających z uchwalonych przez parlament założeń polityki pieniężnej; 6) arbitrażu i ochrony - w sporach (faktycznych) między bankiem centralnym a organami państwowymi (zwłaszcza rządem lub ministrem finansów).

Poza sporem jest to, że parlament - w ramach swej działalności ustawodawczej - spełnia rolę kreatywną, uchwalając ustawę powołującą centralny bank państwa i określającą jego status prawny (zadania, forma prawna, organizacja wewnętrzna, powiązania z organami państwa). Do parlamentu należy również stanowienie zasad działania banku centralnego w systemie bankowym oraz w całym systemie państwowym. Ten rodzaj kompetencji prawotwórczej nie powinien należeć natomiast do żadnego innego organu (w tym do rządu), a zwłaszcza do szefa banku centralnego.

Z przepisów prawnych określających status centralnego banku państwa musi jednoznacznie wynikać koncepcja organizacyjna i prawna dotycząca kierownictwa banku. Może ono bowiem być jednoosobowe lub kolegialne. Kierownictwo banku może mieć charakter kadencyjny oraz pochodzić z nominacji lub z wyboru. Może mieć też różny zakres kompetencji dotyczących kierowania bankiem i działania na zewnątrz.

Parlament może być wyposażony w prawo powoływania i odwoływania szefa banku centralnego. Kompetencja ta ma jednak sens tylko wówczas, gdy jednocześnie parlament jest uprawniony do sprawowania kontroli i nadzoru nad działalnością tego banku oraz dokonywania oceny pracy jego kierownictwa. Jeśli zaś kompetencja ta należy do innego organu (np. do prezydenta), to wówczas powinna być łączona z prawem do powoływania i odwoływania szefa banku centralnego. Pod tym względem obowiązujące prawo polskie nie jest więc konsekwentne.

Bank centralny powinien być projektodawcą założeń polityki pieniężnej. Nie ma jednak też wątpliwości co do tego, iż ich opracowanie musi być związane z całością procesów społeczno - gospodarczych, na kształtowanie których bank centralny nie ma bezpośredniego wpływu i nie odpowiada za ich skutki. Dlatego też potrzebne jest nie tylko współdziałanie banku centralnego i rządu w kształtowaniu założeń polityki gospodarczej oraz wynikających stąd programów i planów, lecz równocześnie konieczna jest również koordynacja i autoryzacja tego współdziałania na szczeblu parlamentarnym. Założenia polityki pieniężnej proponowane przez bank centralny nie mogą być zatem prezentowane parlamentowi w dowolnym czasie, formie i trybie, ponieważ autoryzacja parlamentu jest czymś znacznie większym niż tylko formalną ich aprobatą. Z tego punktu widzenia nie jest to zagadnienie jednoznacznie i poprawnie unormowane w prawie polskim.

Niezależność banku centralnego w żadnym razie nie wyklucza potrzeby poddania działalności tego banku i jego organów kontroli i nadzorowi. Parlament jest jak najbardziej predestynowany pod względem ustrojowym do wypełniania tej roli. Bank centralny nie może natomiast pozostawać poza wszelką kontrolą i nadzorem.

Przedmiotem parlamentarnej kontroli i nadzoru nad centralnym bankiem państwa powinien być całokształt jego działalności, ze szczególnym uwzględnieniem realizacji zadań wynikających z założeń polityki pieniężnej, autoryzowanych przez parlament, a także współpracy z rządem w tym zakresie. Nie sądzę, aby parlament mógł ograniczyć swe działania kontrolno-nadzorcze tylko do analizy i oceny sprawozdania banku centralnego z realizacji założeń polityki pieniężnej. Parlamentarna kontrola i nadzór nad bankiem centralnym powinny mieć natomiast charakter stały i być powierzone odrębnej komisji parlamentarnej.

Jeśli zaś idzie o kontrolę i nadzór nad gospodarką finansową centralnego banku państwa, to zadania i kompetencje w tym zakresie powinny należeć do odrębnego organu kontroli (np. w Polsce do NIK), który miałby obowiązek składania

sprawozdań i wniosków parlamentowi. Ten zaś mógłby na tej podstawie dokonać pełnej oceny działalności banku centralnego i podejmować decyzje pokontrolne i nadzorcze (weryfikacyjne, represyjne).

Spory między bankiem centralnym i rządem powinny być analizowane i usuwane przez parlamentarną Komisję Bankową, która byłaby najbardziej właściwa do pełnienia roli arbitra w tych sporach. Wymaga to jednak wyraźnego ustanowienia takiej instytucji oraz określenia procedury arbitrażu. Jeżeli zaś konflikt oparty byłby na normach prawa prywatnego, to jego rozstrzygnięcie powinno należeć do sądów.

Przeciwko zaangażowaniu parlamentu w spory banku centralnego przytacza się najczęściej argument, iż jest to ciało o charakterze politycznym, niekoniecznie złożone z fachowców potrafiących ocenić zamierzenia lub działania banku centralnego. Gdyby taki argument przyjąć, to należałoby parlament odseparować nie tylko od spraw banku centralnego, lecz przede wszystkim od uchwalania budżetu państwa i tworzenia prawa.

Jest natomiast zupełnie inną kwestią, czy z punktu widzenia wysuwanych obaw co do udziału parlamentu w ocenie działalności banku centralnego nie byłoby korzystniejsze przyjęcie rozwiązania polegającego na powoływaniu przez Sejm, Senat i Prezydenta odrębnej Komisji Bankowej, zajmującej się m.in. sprawowaniem kontroli nad działalnością banku centralnego. Komisja Bankowa byłaby zobowiązana składać sprawozdanie parlamentowi, ten zaś podejmowałby na tej podstawie ewentualne decyzje weryfikacyjne.

FUNKCJE PARLAMENTU

W nauce prawa konstytucyjnego spotykamy się z różnorodnymi klasyfikacjami funkcji parlamentów. W opracowaniach polskich prawników - konstytucjonistów zazwyczaj są wymieniane wyłącznie funkcje obejmujące pewne wspólne rodzaje kompetencji, a więc funkcje zdeterminowane miejscem przedstawicielstwa ogólnonarodowego w strukturze władzy państwowej.

Ograniczanie katalogu funkcji parlamentu do jego podstawowych kierunków działalności nie wydaje się być zasadne i wyczerpujące. Mając na uwadze słownikowe definicje terminu „funkcja”¹, należałoby przyjąć, iż funkcja parlamentu to rola, jaką pełni on w określonej rzeczywistości społeczno-politycznej, Z pewnością rola ta jest znacznie większa aniżeli realizowanie pewnego zakresu kompetencji. W szczególności nie powinna ginać z pola widzenia rola parlamentu jako ciała o charakterze przedstawicielskim, wynikająca z jego usytuowania i zadań wobec społeczeństwa. Odzwierciedlający ją system relacji pomiędzy konstytucyjnym podmiotem władzy suwerennej - narodem (ludem) a zgromadzeniem ogólnonarodowym, w zespoleniu z systemem relacji pomiędzy tym zgromadzeniem a innymi zinstytucjonalizowanymi składnikami władzy państwowej, ukazuje konkretną postać koncepcji parlamentu w prawie konstytucyjnym danego państwa. Z dyferencjacją tych systemów korelowałby podział funkcji parlamentu na reprezentacyjne i merytoryczne².

Kluczowe znaczenie dla określenia roli i miejsca parlamentu w strukturze władzy państwowej mają funkcje: ustawodawcza i kontrolna. Funkcje te, uznawane przez doktrynę prawa konstytucyjnego za klasyczne, obejmują zasadnicze sfery działalności parlamentów. Pierwsza z nich polega na uchwalaniu aktów normatywnych o najwyższej mocy prawnej, wiążących zarówno poszczególne ogniwa aparatu państwowego, jak i obywateli istotą drugiej jest kontrola działalności organów wykonawczych.

Nierzadko charakterystyka funkcji parlamentu bywa ograniczana do wyżej wymienionych. W wielu jednak opracowaniach są wskazywane ponadto inne funkcje, będące m.in. następstwem wzbogacenia współczesnego parlamentu o nowe

1. Zob. np. Mały słownik języka polskiego, red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka, Warszawa 1990, s. 185.

2. Takiego podziału funkcji parlamentu dokonuje J.H. Hallowell: *Moralne podstawy demokracji*, Warszawa 1993, s. 59.

obszary działalności. Wymieniana bywa w szczególności funkcja ustrojodawcza (uchwalanie i zmiany ustawy zasadniczej), kreacyjna (decydowanie o obsadzie personalnej organów państwowych) i współuczestniczenia w określaniu głównych kierunków polityki państwa, niekiedy nazywana - ze względu na podstawową rolę budżetu w zakresie jej realizacji - funkcją budżetową³. W odniesieniu do parlamentów działających w ramach systemu jednolitości władzy państwowej wyodrębnia się funkcję ogólnego kierownictwa państwowego⁴.

Zróznicowanie ujęć funkcji merytorycznych parlamentów wiąże się m.in. z występującymi w poszczególnych państwach rozbieżnościami w prawnych regulacjach zakresu działalności tych organów. Rozbieżności te są w dużej mierze zdeteterminowane niejednakowymi koncepcjami struktury władzy państwowej przyjętymi w konstytucjach. Inny jest zakres funkcji merytorycznych parlamentu w systemie rządów parlamentarno-gabinetowych, inny - rządów prezydenckich, a jeszcze inny może być w mieszanych postaciach organizacji władz naczelných państwa. Wspólne wymienionym formom rządów, wywodzącym się z koncepcji trójpodziału władzy, jest jednak to, że kompetencje parlamentu, nie będącego władzą zwierzchnią w systemie organów państwowych, są prawnie określone i ograniczone przez kompetencje innych władz. Wiąże się z tym dający się ustalić - w oparciu o normy prawne - zakres działalności deputowanego. Obecnie z taką sytuacją mamy do czynienia również w Polsce. Ustawa konstytucyjna z 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym⁵ (tzw. - Mała Konstytucja) kształtuje bowiem organizację władz naczelných państwa w oparciu o koncepcję podziału władzy, skonkretyzowaną w postaci systemu rządów mieszanych⁶. Oznacza to całkowite zerwanie z przyjętą w państwach komunistycznych zasadą zwierzchnictwa parlamentu w strukturze organów państwowych, wynikającą z koncepcji jednolitości władzy państwowej. Ustanowienie przez Konstytucję PRL z 22 lipca 1952 r. modelu ustrojowego, opierającego się na zasadzie zwierzchnic-

3. Zob. P. Czarny: Sejm i Senat, (w:) Prawo konstytucyjne, red. P. Tuleja, Warszawa 1995, s. 171 i 179-180.

4. W pracach dotyczących Sejmu PRL funkcja ta była określana rozmaicie - np. funkcją ustalania linii polityki państwa (F. Siemieński: Prawo konstytucyjne, Warszawa-Poznań 1976, s. 243 i nast.), ogólnego kierownictwa aparatem państwowym (Z. Jarosz, S. Zawadzki: Prawo konstytucyjne, Warszawa 1980, s. 357 i nast.), kierownictwa i inspiracji działania aparatu państwowego (W. Zakrzewski: O klasyfikacji funkcji Sejmu PRL, „Państwo i Prawo” 1971, z. 3-4, s. 469 i nast.). Niektórzy autorzy wskazaną funkcję sprowadzali do uchwalania narodowych planów gospodarczych i budżetu (np. A. Burda: Polskie prawo państwowe, Warszawa 1978, s. 272 i nast. i S. Rozmaryn: Sejm polski, Warszawa 1959, s. 106 i nast.).

5. Dz.U. nr 84, poz. 426 i z 1995 r. nr 38, poz. 184; nr 150, poz. 729.

6. Najczęściej określa się go jako system rządów parlamentarno-prezydenckich. Zdaniem jednak niektórych autorów stanowi on racjonalizację systemu parlamentarnego.

twa Sejmu, sprawiało, że atrybucje tego organu były nieograniczone, z czym łączył się nieokreślony zakres działalności poselskiej⁷.

Szczególną sferą działania izb parlamentu jest ustalanie swej wewnętrznej organizacji i trybu działania, jak również praw i obowiązków reprezentantów. Podstawowym przejawem takiej aktywności jest uchwalanie regulaminów wewnętrznych. Obejmuje ona ponadto kierowanie pracą deputowanych, sprawowanie nad nimi nadzoru dyscyplinarnego oraz ochrony prawnej, powoływanie i odwoływanie organów wewnętrznych, kierownictwo bieżące wiasną pracą. Nie jest jednak słuszne wyodrębnianie w związku z tą sferą działalności parlamentu jeszcze jednej funkcji - wewnątrzorganizacyjnej⁸, ponieważ wskazane uprawnienia mają jedynie „służebny” charakter; ich celem jest „zapewnienie jak najlepszego i sprawnego wykonywania działań adresowanych na zewnątrz”, a zatem są „tylko środkiem do realizacji innych zasadniczych celów działalności parlamentu”⁹.

Moim zdaniem należałoby wyodrębnić dwie funkcje o charakterze reprezentacyjnym. Pierwsza z nich wyraża się w reprezentowaniu przez parlament konstytucyjnego zbiorowego podmiotu władzy suwerennej, czyli narodu; parlament jest uprawniony do działania za niego i w jego imieniu, jest instytucją pośredniego uczestnictwa obywateli w sprawowaniu władzy państwowej. Druga funkcja, ściśle związana z poprzednią, sprowadza się do pełnienia przez parlament roli forum narodowej debaty; jest on miejsce dyskusji, artykułowania oraz uzgadniania interesów i stanowisk różnych grup społecznych. Znaczenia wymienionych funkcji reprezentacyjnych nie da się żadną miarą zbagatelizować: wraz z funkcją ustawodawczą i funkcją kontrolną najpełniej ukazują istotę parlamentów w państwach demokratycznych¹⁰.

Treść funkcji reprezentacyjnych określają dwie fundamentalne zasady ustrojowe: suwerenności narodu i przedstawicielskiej formy jej realizacji.

W myśl konstytucji państw demokratycznych pełnia władzy zwierzchniej jest skupiona w rękach narodu; jest on tej władzy piastunem i źródłem. W warunkach współczesnych państwowości z reguły nie jest możliwe, aby podstawową płaszczyzną urzeczywistniania przez naród jego suwerenności były formy instytucjonalne demokracji bezpośredniej, polegające na podejmowaniu decyzji państwowych przez samych obywateli. Stoi temu na przeszkodzie wielkość organizmów państwowych pod względem liczby ludności, ich strukturalna złożoność, trudności

⁷. J. Mordwiłko: Zakres immunitetu parlamentarnego w świetle „małej konstytucji”, „Państwo i Prawo” 1993, z. 6, s. 42.

⁸. Tak np. F. Siemieński: op. cit., s. 250.

⁹. P. Czarny: op. cit., s. 172.

¹⁰. Podobnie J.D. Derbyshire, I. Derbyshire: *Political Systems of the World*, Edinburgh 1983, s. 73.

organizacyjno-techniczne, jak również wymóg sprawności i efektywności procesów decyzyjnych¹¹. Dlatego został skonstruowany inny mechanizm instytucjonalny, który wprowadzie ogranicza do pewnego stopnia zakres wpływu społeczeństwa na rozstrzyganie o sprawach publicznych, a mimo to nie odbiera narodowi atrybutu podmiotu władzy zwierzchniej. Mechanizm ten, zakładający pośrednie sprawowanie władzy narodu przez reprezentantów, działających w jego imieniu i z jego ramienia, nazwać możemy rządami przedstawicielskimi.

Rządy takie charakteryzują się tym, że „władza ustawodawcza i polityczna jest ulokowana całkowicie lub głównie w zgromadzeniu przedstawicieli, wybranym w regularnych wolnych wyborach”¹². W ich wyniku powstaje specyficzny stosunek politycznoprawny (stosunek przedstawicielstwa) pomiędzy suwerenem a wyłonionym przez niego parlamentem. W szerszym kontekście istnienie takiej powszechnej reprezentacji stanowi immanentną cechą państw demokratycznych: jest ona w tych państwach źródłem legitymizacji władzy państwowej oraz porządku konstytucyjnego¹³.

Realizacja przez parlament funkcji merytorycznych stanowi niejako pochodną urzeczywistniania przezeń funkcji reprezentacyjnych. Organ ten, działając w obszarze ustawodawstwa, kontroli organów wykonawczych lub innych funkcji merytorycznych, występuje bowiem jako zbiorowy mandatariusz narodu, a więc jako jego zgromadzenie przedstawicielskie. Toteż naturalne jest również to, że działalność poszczególnych deputowanych w zakresie wskazanych funkcji jest prowadzona jako uppełnomocnionych - w formie mandatu - reprezentantów społeczeństwa.

Wydaje się, iż katalogi przedstawionych wyżej funkcji parlamentu o charakterze merytorycznym i reprezentacyjnym powinny być uzupełnione o jeszcze jedną funkcję o daleko idącej specyfice - uczestniczenia w kreowaniu kultury politycznej społeczeństwa¹⁴. Struktura państwowa dysponuje ogromną siłą, będącą w stanie kreować określone cechy osobowościowe swoich obywateli i świadomości społecznej. Nadzwyczaj silne tego rodzaju oddziaływanie zachodzi wobec kultury politycznej społeczeństwa. Instytucje państwa mogą bowiem wpływać na tworzenie się wzorców i norm zachowań politycznych, upowszechniać określone idee i wartości, uczyć umiejętności posługiwania się procedurami i instytucjami politycznymi, inicjować i rozwijać nową obyczajowość w życiu publicznym. Wielkie moż-

11. Zob. szerzej G. Tinder: *Myślenie polityczne*, Warszawa 1995, s. 117 i nast.

12. *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions*, red. V. Bogdanor, Oxford - New York 1987, s. 532.

13. Por. D. Beetham: *Legitymizacja władzy*, (w:) *Elity, demokracja, wybory*, red. J. Szczupaczyński, Warszawa 1993, s. 16.

14. Stanowisko wobec pojęcia „kultura polityczna” przedstawiam, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a polski charakter narodowy*, (w:) *Zagadnienia współczesnego prawa konstytucyjnego*, red. A. Pułto, Gdańsk 1993, s. 61.

liwości wpływu na wskazane przeobrażenia ma zwłaszcza parlament - ze względu na szczególne usytuowanie w strukturze władzy państwowej oraz powiązanie ze społeczeństwem. Wpływ ten był zauważany od dawna. W. Bagehot w klasycznej dziś klasyfikacji funkcji parlamentu wyróżnił m.in. funkcję wychowawczą („teaching function”) oraz funkcję informacyjną („informing function”), umiejscawiając je nawet przed funkcją prawodawczą¹⁵. Obecna praktyka polityczna ze zwielokrotnioną mocą wykazuje ogromną rolę parlamentu w stymulowaniu treści kultury politycznej społeczeństwa: styl jego funkcjonowania, kształtujące się w nim mechanizmy decyzyjne, a także postawy i zachowania poszczególnych deputowanych, są czynnikami kreującymi wskazaną kulturę, których żadną miarą nie można deprecjonować.

15. W. Bagehot: *The English Constitution*, London 1888, s. 133-135.

W SPRAWIE PROJEKTU USTAWY O PRZEPISACH OGÓLNYCH PRAWA ADMINISTRACYJNEGO

I. Zasady konstytucyjne dotyczące działań administracji

Od pewnego czasu w doktrynie polskiego prawa administracyjnego widoczne są tendencje do powątpiewania w to, że konstytucyjne zasady ustrojowe i zasady ogólne postępowania administracyjnego wystarczają do zabezpieczenia społecznie akceptowanych działań administracji¹. Na poparcie tej tezy przytacza się orzecznictwo zarówno Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego, które na podstawie i w zgodzie ze zformalizowanymi już prawnie zasadami formułowało szereg dodatkowych zasad wspomagających interpretowanie i stosowanie przepisów prawa administracyjnego przez urzędników.

W chwili obecnej obowiązują w Polsce dwie ustawy mające charakter ustaw konstytucyjnych. Pierwsza to wzorowana na Konstytucji ZSRR z 1936 r., uchwalona w 1952 roku konstytucja, która była podstawą prawną państwa realnego socjalizmu. Konstytucja ta była wielokrotnie nowelizowana, z czego szczególnie gruntowne zmiany wprowadzono nowelą z 1989 roku. Drugim aktem o charakterze ustawy konstytucyjnej jest tzw. Mała Konstytucja z 1992 roku, w której uregulowano zmiany dotyczące sposobu działania egzekutywy i legislatury. Do czasu wejścia w życie nowej konstytucji.² Mała Konstytucja i utrzymane w mocy przepisy Konstytucji z 1952 roku nadal stanowią konstytucyjne podstawy obecnego systemu państwa i prawa. 2 kwietnia 1997 roku Zgromadzenie Narodowe uchwaliło konstytucję RP, jednak nabierze ona mocy wiążącej dopiero po pozytywnym wypowiedzeniu się obywateli Rzeczypospolitej w ogólnonarodowym referendum, które odbyć się ma 25 maja 1997 roku.

Zasady ustrojowe³, które moim zdaniem mają szczególny wpływ na działania administracji to: zasada państwa prawa, zasady określające pozycję jednostki w

1. E. Smoktunowicz: Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, Kodeks Postępowania Administracyjnego, Wyd. IUSTITIA, Warszawa 1994, J. Świątkiewicz: Komentarz do ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, wyd. IUSTITIA, Warszawa 1995, B. Kudrycka: Dylematy urzędników administracji publicznej. Zagadnienia administracyjno-prawne, wyd. Temida 2, Białystok 1995, M. Zdyb, J. Stelmasiak: Zasady ogólne Kodeksu Postępowania Administracyjnego. Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego z komentarzem, Lublin 1992 rok, i inni.

2. Do ustaw konstytucyjnych zaliczana bywa również ustawa z dnia 23.04.1992 r. o trybie przygotowania i uchwalenia nowej konstytucji RP (Dz.U. z 1992 r., Nr 67, poz. 336).

3. Do obowiązujących w Polsce ustrojowych zasad prawnych dotyczących działań administracji Paweł Sarnecki zalicza: zasadę suwerenności narodu, zasadę demokratycznego państwa prawnego, za-

państwie, zasada nadrzędności konstytucji w systemie prawa, zasady określające strukturę aparatu państwowego i państwa. Zasady te tworzą model ustrojowych ideałów współczesnego świata⁴ wpływając nie tylko na organizację aparatu administracyjnego, ale przede wszystkim na kształt stosunków pomiędzy organami państwa a obywatelami.

Zgodnie z materialnym rozumieniem praworządności zasady konstytucyjne stanowią pewien system wartości o zabarwieniu etycznym, któremu powinien odpowiadać cały system obowiązującego w Polsce prawa. Stwarzają one fundamenty stanowiące płaszczyznę odniesienia dla wszystkich norm prawnych. Zadaniem Konstytucji jest bowiem wytworzenie czytelnych standardów wyrażających filozofię obowiązującego porządku prawnego, a także znalezienie uniwersalnej aksjologii życia publicznego i uporządkowanie w system zasad systemu wartości, którym państwo i prawo, a przez to i organy administracji mają służyć. Tylko prawo odpowiadające tym zasadom i mieszczące się w ich granicach jest prawem dobrym i godnym przestrzegania. Te zasady, które znajdują swój wyraz w konstytucji, dzięki temu, iż wyznaczają treść innych aktów prawnych, stanowionych zarówno przez parlament jak i administrację, poprzez orzecznictwo sądów, stopniowo przekształcały się z wartości jedynie o charakterze postulatywnym, w zasady realnie urzeczywistniane w praktyce. Zdeterminowały one i nadal determinują treść całego systemu prawa administracyjnego, a skuteczność ich przejawia się w pozaparlamentarnym, realizowanym przez Trybunał Konstytucyjny i inne sądy systemie kontroli.

Zasady konstytucyjne wyrażające system wartości charakteryzujących tzw. dobre prawo ograniczają niedookreśloność norm prawnych stosowanych przez urzędników na rzecz określonej w tych zasadach **treści o zabarwieniu etycznym**. Treściom tym sądy nadają określoną jakość swoim orzecznictwem. Konstytucja zatem zawierając klauzule generalne zwraca się do pozakonstytucyjnego systemu wartości, wartości te z kolei znajdują swój wyraz w prawotwórczej roli sądów, czyli w tzw. prawie sędziowskim.

Prawo sędziowskie w latach 80 - tych i później odgrywało wyjątkowo dużą rolę w naszym porządku prawnym. Bowiem zgodnie z teorią dynamicznego cha-

sadę wolności jednostek i równego ich statusu, zasadę republikańskiej formy państwa, zasadę reprezentacji, zasadę prawnego niezwiązania reprezentantów wolą wyborców, zasadę swobody wyboru organów przedstawicielskich, zasadę podziału władzy, zasadę dwuizbowości parlamentu, zasadę odpowiedzialności politycznej rządu przed Sejmem, zasadę aktywnej prezydentury, zasadę niezawisłości sądownictwa, zasadę unitarnej formy państwa i samorządności lokalnej. Paweł Sarnecki: Konstytucyjne zasady ustroju politycznego, (w:) Zarys ustroju państwowego Polski pod redakcją tegoż autora, Kraków 1993, s. 17-37.

⁴ E. Zwierzchowski: Wprowadzenie do nauki prawa konstytucyjnego państw demokratycznych, Katowice 1992, Wyd. Uniwersytetu Śląskiego, s. 37.

rakteru trójpodziału władz, gdy legislatura była ułomna, nadrabiać to musiała judykatura. Był i jest to proces właściwy ...pod warunkiem, że judykatura stara się to czynić *lege artis*, to znaczy metodami, które podlegają weryfikacji jako właściwe i sprawdzone z punktu widzenia dopuszczalnych rozumowań prawniczych, i po drugie, że judykatura jest łaskawa powiedzieć nie tylko tyle, że to, co robi wynika z przepisów, ale też tłumaczy, co tak naprawdę zrobiła w danym wypadku.⁵ Sędziowie niechętnie uzupełniają prawo, bojąc się zarzutów o prawotwórczy charakter sądów. I chociaż swoje odmowy motywują głównie względami ustrojowymi, w praktyce orzecniczej nie zawsze udaje im się uniknąć nadawania nowej jakości zasdom prawnym.

Co ma bowiem zrobić sędzia w sytuacji, gdy spotka się z nieakceptowanym przepisem? Zdaniem J. Łętowskiego, powinien zrobić to, co robią od stu lat Francuzi w Conseil d'Etat - napisać własny przepis i nigdy się do tego nie przyznać. Nie oznacza to, że sędzia ma większe prawo, ale że interpretuje przepis. I pisze, że interpretuje przepis, tworząc swoją normę prawną w odniesieniu do konkretnej sytuacji.⁶ Moim zdaniem wkładem sędziów w tworzenie prawa jest chociażby określanie przez nich, które zasady prawne mają priorytet w konkretnej sprawie.

Tak więc w rękach sędziów zasady prawne nie są i nie mogą być sztywnymi, raz na zawsze określonymi regułami działania organów państwa. Wręcz przeciwnie, nieraz nawet niezależnie od ich woli nabierają one swobodnego dynamizmu. Bowiem, jak na przykład ocenić inną treść, jaką nadawano zasadzie państwa prawa z roku 1991, a inną, którą nadaje się jej dzisiaj. Jako, że dopiero od 1995 roku z zasadą państwa prawa orzecznictwo sądowe zaczęło wiązać zasadę proporcjonalności (adekwatności) w prawie administracyjnym, czy też zakaz zmiany wysokości podatku w ciągu roku. Tak więc, w odpowiedzi na przemiany społeczne, z jednej konstytucyjnej zasady orzecznictwo sądowe wyprowadziło nowe jakości do prawa administracyjnego.

Zasady konstytucyjne, wraz z ich sędziowską interpretacją mają być przestrzegane przez administrację. Muszą więc być one gwarantowane przez państwo, bowiem ono odpowiada wobec obywateli za wolność, równość i sprawiedliwość, ono ustala podstawowy porządek i stabilizuje go na co dzień. Prawną gwarancję egzekwowania tych zasad stanowi właśnie (obok innych) kontrola sądowa administracji, a więc orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. W ten sposób z zasad jedynie o postulatycznym charakterze przekształcają się one w zasady urzeczywistniane w praktycznych działaniach administracji podlegających kontroli niezależnych organów sądowych. Orzeczenia TK i NSA, nadające nową jakość zasdom konstytucyjnym, stanowią

⁵ E. Łętowska: *Demokratyczne państwo prawne - model a rzeczywistość*, ISP, Warszawa 1996, s. 5.

⁶ J. Łętowski: *Demokratyczne państwo prawne - model a rzeczywistość*, ISP, Warszawa 1996.

jednocześnie przykłady nadawania określonego kierunku prawnemu zabezpieczeniu tych zasad w praktyce, nawet pod rygorem uchylenia działań administracji jako niezgodnych z prawem.

Twórcy projektu konstytucji z 2 kwietnia 1997 roku dążyli do nadania charakteru demokratycznego zasadom konstytucyjnym, a także zwiększenia ich roli w ustabilizowaniu systemu prawa. Poszukiwano więc środków prawnych, które mogłyby to zapewnić. Ostatecznie uznano, że następujące instytucje prawne mają znaczenie dla stosowania zasad konstytucyjnych w codziennych działaniach administracji:

- zapewnienie bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych przez organy państwa,
- wprowadzenie dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego,
- prawo składania skargi konstytucyjnej przez obywateli,
- zapewnienie ostatecznego charakteru orzeczeniom Trybunału Konstytucyjnego

Zapewnienie bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych przez organy państwa oznacza, że formułowane w konstytucji prawa obywatelskie będą mogły stanowić podstawę dla rozstrzygnięć sądów i organów administracji, bez potrzeby specjalnego odwoływania się do przepisów ustawodawstwa zwykłego. Ustawy mogą jedynie formułować, dopuszczone konstytucją, wyjątki od zasad ustrojowych lub procedury realizacji tych zasad. Nie można natomiast ustawodawstwem zwykłym ograniczać wymienionych zasad.

Wprowadzenie dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego zbliży je do sądownictwa powszechnego. Obecnie w Rzeczypospolitej sądownictwo powszechne jest wieloszczeblowe, natomiast sądownictwo administracyjne - jednoszczeblowe. Wprowadzenie (w ciągu 5 lat od daty obowiązywania konstytucji kwietniowej z 1997 roku) dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego z pewnością ograniczy drogę nadzoru instancyjnego. Zwiększy to jednocześnie ochronę formułowanych w nowej konstytucji praw obywatelskich przez niezależne od aparatu administracji sądy.

Zgodnie z nową konstytucją obywatelom będzie przysługiwać prawo złożenia skargi konstytucyjnej na akt prawny, na podstawie którego sądy lub organy administracji swoim rozstrzygnięciem naruszają prawa konstytucyjne jednostki. Nie będzie to skarga na decyzje administracyjne, lecz na ustawę czy też rozporządzenie, na podstawie którego dojdzie do rozstrzygnięcia naruszającego prawa obywatelskie. Trybunał Konstytucyjny orzekać będzie o zgodności z konstytucją zaskarżonego aktu prawnego.

Rola Trybunału Konstytucyjnego zostanie wzmocniona również poprzez wprowadzenie ostatecznej mocy jego orzeczeniom. Obecnie orzeczenia TK nie są ostateczne i dla ich ważności wymagają zatwierdzenia przez Sejm. Po dwóch latach,

od dnia wejścia w życie omawianej konstytucji orzeczenia te będą miały charakter wiążący. Okres dwóch lat potrzebny jest na dostosowanie obowiązujących obecnie przepisów ustaw zwykłych do rozwiązań przyjętych w nowej konstytucji.

Przepisy konstytucji kwietniowej wyraźnie więc wzmacniają rolę sądownictwa (administracyjnego i konstytucyjnego) w stosowaniu prawa przez administrację. Wydaje się również, iż regulują one szersze możliwości dla rozwoju prawotwórczej roli sądów. Jakże zatem granice (poza konstytucją) można zaproponować, aby prawo sędziowskie, znajdujące swój wyraz w myśleniu prawniczym sędziów, nie miało charakteru dowolnego stanowienia praw. Wydaje się, że służyć temu może proponowana przez Eugeniusza Smoktunowicza ustawa zawierająca katalog zasad stosowania prawa administracyjnego.

2. Zasady stosowania prawa administracyjnego

Do czasu poddania działalności administracji kontroli sądowej w Polsce prawo administracyjne miało kilkudziesięciu najwyższych interpretatorów w osobach najwyższych urzędników w państwie. Rozumienie tego prawa miało więc charakter często partykularny, resortowy lub zależny od osobistych interesów osób pozostających u władzy. Dopiero powołanie w 1980 roku NSA rozpoczęło proces ujednolicania zasad wykładni i stosowania tego prawa, a także proces jego scalania. Porównywano to wówczas ze zbudowaniem fundamentów pod tworzący się dopiero gmach praworządnie działającej administracji⁷.

Szczególną rolę orzecznictwo TK i NSA odegrało na początku lat 90 - tych. Zasady formułowane tym orzecznictwem, bez względu na ich procesowy czy też materialny charakter, stały się podstawą opracowania zasad projektu nowej konstytucji z 1997 roku. Ponieważ zdaniem E. Smoktunowicza zasady konstytucyjne nie mają charakteru wyczerpującego dla działań administracji, dlatego należy bardziej szczegółowo formalizować je w dodatkowym akcie prawnym w formie ustawy. Prace nad takim aktem rozpoczęła Rada Legislacyjna przy Prezisie Rady Ministrów już w 1988 roku - proponując projekt ustawy - Przepisy ogólne prawa administracyjnego. Jednak przemiany, jakie zdominowały życie polityczne w Polsce na samym początku lat 90 - tych doprowadziły do przerwania tych prac. Wznowiono je ponownie dopiero w roku 1995. Obecnie autorski projekt tej ustawy przygotowany przez Radę Legislacyjną czeka na wniesienie go do pierwszego czytania w Sejmie⁸.

⁷ A. Zieliński: Z perspektywy dziesięciolecia NSA, (w:) Państwo i Prawo, Nr 9, 1990, s. 3 i nast., J. Świątkiewicz: Sądownictwo administracyjne w Polsce de lege ferenda, Państwo i Prawo 1993, Nr 10, 1993, s. 1 i nast., E. Smoktunowicz: Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego., op. cit., s. 14.

⁸ E. Smoktunowicz: Projekt ustawy: Przepisy ogólne prawa administracyjnego, redakcja z 31.01.1996 roku, nie publ.

Autor w projekcie tym, opierając się w głównej mierze na tezach wypracowanych przez orzecznictwo sądowe, proponuje - nadanie określonej, wyższej roli umowom międzynarodowym w systemie źródeł prawa administracyjnego, wprowadzenie reguły jawności w stosowaniu prawa, uregulowanie kwestii mocy wstecznej przepisów, a także zasad przyznawania praw i nakładania obowiązków na obywateli. Z punktu widzenia praktycznych rezultatów działań administracyjnych, ważna jest Jego zdaniem regulacja skutków prawnych przyrzeczenia administracyjnego i wyliczenie sytuacji bezskuteczności działań władczych. W rozdziale pt. „Załatwianie spraw z zakresu administracji publicznej” autor proponuje wyodrębnienie następujących zasad: zasadę ochrony interesu publicznego i słusznego interesu strony, zasadę stosowania wykładni systemowej i celowościowej, zasadę stosowania przepisów prawa w drodze analogii, o ile nie godzi to w interes społeczny lub interes stron, zasadę bezstronności postępowania, zasadę adekwatności (rozumianą jako podejmowanie działań administracyjnych takich, które nie mają cech przesady i nie prowadzą do nieuzasadnionych nadmiernie dolegliwości dla ich adresatów), zasadę równego traktowania wszystkich podmiotów biorących udział w sprawie, zasadę udzielania informacji, zakaz rozstrzygania wątpliwości na niekorzyść strony, skutki niewykonania obowiązków przez organ etc.. W projekcie tym autor proponuje również uregulowanie problemów dotyczących domniemania decyzji, uznania administracyjnego, porozumienia administracyjnego oraz odpowiedzialności materialnej urzędników.

Projekt ten jest odpowiedzią na potrzeby sformalizowania prawnego orzecznictwa poprzez skodyfikowanie zasad odnoszących się zarówno do materialnej sfery stosowania prawa administracyjnego, jak też zasad postępowania administracyjnego, obowiązujących nie tylko przy podejmowaniu decyzji administracyjnych (jak w kpa), ale również w działaniach podejmowanych w innych formach. Zasady te, chociaż niejednokrotnie stanowią powtórzenie zasad konstytucyjnych, lub nawet ogólnych zasad postępowania administracyjnego (np. zasada ochrony interesu społecznego i słusznego interesu strony), to przede wszystkim nadają określoną jakość takim zasadom konstytucyjnym, jak np. zasada państwa prawnego (poprzez sformułowanie zasady stosowania wykładni celowościowej i systemowej, czy też zasad nakładania obowiązków na obywateli), czy też zasada równości obywateli wobec prawa (poprzez zasadę równego traktowania wszystkich podmiotów biorących udział w sprawie). Projekt ten przewiduje również normalizację nowych zasad, dotychczas nie sformułowanych *expressis verbis* w prawie (np. zasadę bezstronności czy też zasadę proporcjonalności). Moim zdaniem największą wartością proponowanych przepisów w projektowanej ustawie jest to, iż scharmonizowane są one z zasadami konstytucyjnymi oraz z zasadami ogólnymi kpa. Ustawa ta wprowadza też wyraźny ład w dotychczas rozproszonych przepisach prawa materialnego wyraźnie podkreślając, że prawo administracyjne powinno być traktowane jako jednolity system posiadający wewnętrzną harmonię, którą zapewnia hierarchiczna

budowa norm i w której normy konstytucyjne mają najwyższą moc prawną. W związku z tym, żaden akt prawny niższego rzędu nie może być nie tylko sprzeczny z zasadami konstytuującymi uniwersalne wartości społeczeństwa demokratycznego w konstytucji, ale również nie może odstępować od ducha i sensu etycznego tych wartości. Projekt ustawy zasadniczo więc formalizuje prawnie przyjęte w orzecznictwie sądowym znaczenie treści wielu zasad, których źródłem są ustrojowe zasady konstytucyjne. Moim zdaniem wartość tej projektowanej ustawy wydatnie się zwiększy, jeżeli instytucje prawne przewidziane w konstytucji kwietniowej z 1997 roku zagwarantują ich skuteczność (tak jak np. powołanie dwuinstancyjnego sądownictwa NSA, skarga konstytucyjna obywateli czy też ostateczny charakter orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego). I nie chodzi tu o ograniczenie wolności wyborów urzędniczych w sytuacji stosowania przez nich zwrotów niedookreślonych lub nieostrych, chodzi raczej o nadanie kierunku ich prawniczemu myśleniu.

Ogólnie można powiedzieć, że uregulowanie zasad prawnych w ustawie o przepisach ogólnych prawa administracyjnego z pewnością pomoże urzędnikom w prawidłowej interpretacji i stosowaniu ustaw zgodnie z wymogami demokratycznego porządku prawnego. Pomoże to urzędnikom o tyle, że nie będą musieli poszukiwać znaczenia treści zasad konstytucyjnych i ogólnych zasad postępowania administracyjnego w rozproszonym orzecznictwie sądowym, lecz znajdą je w skodyfikowanej postaci na biurku. Uregulowanie tych zasad ustawą będzie miało więc duże znaczenie praktyczne dla codziennych działań administracji. Wytrąci to również z ręki argument tym, którzy nie zgadzają się, lub nie cenią prawotwórczej roli sądów.

Nie oznacza to jednak, że projekt tej ustawy ograniczy działalność prawotwórczą sądownictwa. Bowiern legislatura, z natury swej, nie jest w stanie nadążać nad przemianami społecznymi i cywilizacyjnymi tak szybko, aby na bieżąco znajdowało to swój wyraz w ustawodawstwie z zakresu prawa administracyjnego. Dlatego nadal rolę judykatury będzie uzupełnianie systemu prawa stanowionego orzecznictwem sądowym, nadającym nowe jakości zasadom prawnym (konstytucji i omawianej tu ustawy). I chociaż, być może, po pewnym czasie ustawa ta wymagać będzie nowelizacji, to jednak zmiany tej łatwiej będzie dokonać, niż zmiany konstytucji. Dlatego znaczenia jej nie można przecenić. Nie oznacza to, iż akceptowany jest tutaj relatywizm w rozumieniu wartości konstytucyjnych. Dowodzi to raczej, że dzięki ogólnemu charakterowi zasad konstytucyjnych, dynamika stosunków społecznych będzie mogła być uwzględniana w stosunkach prawnych proponowanych ustawą aktualizującą konstytucyjne treści etyczne. Podejście takie zgodne jest z koncepcjami prawa natury o zmiennej treści.

3. Wnioski końcowe

W celu osiągnięcia właściwego, odpowiedniego czy też dobrego administrowania sprawami publicznymi nie wystarcza działanie zgodne z normami prawa materialnego i procesowego, ale również, a może przede wszystkim, działanie zgodne

z zasadami prawa. Ponieważ zasady te konstytuują treść uniwersalnych wartości etycznych społeczeństwa demokratycznego, urzędnicy powołując się na nie - legitymizują ich wybory⁹. Problem pojawia się jednak wówczas, gdy zasady te wchodzi z sobą w konflikt - przy rozwiązywaniu określonej sprawy administracyjnej. Wówczas pojawiają się trudności z ustaleniem, jakimi zasadami powinien kierować się urzędnik, czy np. wartością sprawiedliwości społecznej, czy równości obywateli, czy też ochrony interesu publicznego, etc.. Wydaje się, iż projekt ustawy: Przepisy ogólne prawa administracyjnego pozwala urzędnikom lepiej zrozumieć, jakimi priorytetami i wartościami należy się kierować, stosując prawo administracyjne. Proponując korzystanie z określonych mechanizmów i reguł demokratycznego administrowania, projekt eliminuje wiele wątpliwości i dylematów urzędniczych.

Ponieważ w Polsce połowy lat 1990 - tych obserwuje się uzasadnianie odwoływaniem się do określonych zasad konstytucyjnych - partyjnych, partykularnych celów administrowania, stąd ważne jest nadawanie jurydycznego sensu i treści tym zasadom. Tym bardziej, że obowiązujące w Rzeczypospolitej zasady są różnej kategorii (zasady konstytucyjne, zasady ogólne kpa), a także mają różną jakość prawną (czyli różne znaczenie dla ochrony praw podmiotowych jednostek oraz określenia treści interesu publicznego). Stąd też opracowanie w jednej ustawie zasad ogólnym stosowania prawa administracyjnego nie jest zadaniem łatwym.

Reasumując należy podkreślić, iż w Polsce dopiero w ostatnich latach nastąpił przełom w praktycznym urzeczywistnianiu zasad prawnych konstytuujących i rozwijających w codziennych działaniach administracji uniwersalne wartości społeczeństwa demokratycznego. Świadczy o tym przede wszystkim orzecznictwo ostatnich lat Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, a także uchwalenie nowej ustawy konstytucyjnej w 1992 roku, uchwalenie ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym w 1995 roku, a także przygotowywany projekt ustawy o przepisach ogólnych prawa administracyjnego. Niewątpliwie należy to łączyć z przemianami ustrojowymi, jakie zaszły w naszym kraju na początku lat 90-tych. Jednak wydaje się, że jest to dopiero początek długiej drogi dostosowywania prawa, struktur organizacyjnych i procedur szczegółowych do zasad prawnych określających uniwersalne wartości społeczeństwa demokratycznego. Jest to dopiero początek uwrażliwiania urzędników na te zasady.

Katalog wartości formułowanych w zasadach prawnych jest bardziej stabilny i częściej wykorzystywany w działaniach administracji wówczas, kiedy odpowiada mu dojrzałość urzędników, którzy są do nich szczerze przywiązani. Bowiem, trawestując sformułowanie Johna Adamsa można powiedzieć, że; ...są one sztandarem, podporą i więzią, jeśli rozumie się je, aprobeuje i kocha. Lecz bez tego zro-

⁹ H.F. Gortner: *Ethics for Public Managers*, Greenwood Press, New York, London 1991, s. 195

zumienia i przywiązania równie dobrze mogłyby być latawcem albo unoszącym się na wietrze balonem¹⁰. Moim zdaniem wprowadzenie w życie proponowanych w konstytucji kwietniowej z 1997 roku zasad ustrojowych oraz uchwalenie ustawy o przepisach ogólnych prawa administracyjnego z pewnością wpłynie na urzeczywistnienie tych zasad w praktyce.

Od początku lat 90-tych w Rzeczypospolitej trwa proces poszukiwania i wdrażania w życie takich instrumentów prawnych, które zapewnić mają demokratyczną istotę państwa. Proces ten jeszcze nie został zakończony.

¹⁰. J. Adams cytowany w książce Janiny Zakrzewskiej: *Spór o konstytucję*, wyd. Sejmowe, Warszawa 1993, s. 90.

ORGANIZACYJNE I FUNKCJONALNE PROBLEMY WEWNĘTRZNYCH STRUKTUR ADMINISTRACJI

1. Tradycyjna doktryna prawa administracyjnego nie zajmowała się wewnętrznymi procesami działania aparatu administracyjnego. Zagadnienia ustrojowo-organizacyjne funkcjonowania wewnętrznych struktur administracji, jak i wyniki badawcze nauki administracji z tego zakresu, zwłaszcza celowość i racjonalność działania wewnętrznych struktur, pozostawały daleko poza sferą zainteresowań doktryny prawa administracyjnego. Administracja państwa wczesno-liberalnego, wykonując funkcje władczo-reglamentacyjno-porządkowe, nakierowane na regulowanie stosunków między administracją a jednostką („władza a obywatel”) opartych na swobodzie jednostki i ustawowym związaniu administracji, ograniczała do minimum swą aktywność; ustawy ustalały granice tej aktywności. Do wykonania tych nieskomplikowanych funkcji potrzebne jej były proste struktury organizacyjne o budowie hierarchicznej.

Dopiero stosunkowo niedawno, w dobie przemian polityczno-ustrojowych, gospodarczych i kulturalnych w życiu młodego pokolenia w dążeniu ku otwartości na świat, zaczęły się rodzić nowe potrzeby i nowe w związku z tym zadania administracji publicznej; najpierw na Zachodzie po roku 1968, a od paru lat również w państwach środkowo-wschodniej Europy po gruntownych reformach ustrojowo-państwowych i gospodarczo-społecznych.

Chciałbym teraz krótko scharakteryzować funkcje - cele - zadania administracji doby współczesnej z położeniem akcentu na miarę i kształt administracji publicznej w Polsce. Na tym tle omówię potrzebę modernizacji wewnętrznych struktur administracji.

2. Dziś, w nowoczesnych państwach, obok żywotnej i ciągle doskonalonej funkcji reglamentacyjno-porządkowej (choć w stosunku do tradycyjnego modelu o nieco innym nachyleniu), toruje sobie drogę funkcja organizująca administracji¹, która za cel podstawowy stawia planowe i twórcze organizowanie najważniejszych sfer życia gospodarczego i społecznego, w tym również niektórych dziedzin należących dawniej do „res priwata” jednostki (np. w dziedzinie ochrony środowiska). Nie bez wpływu na ten wzrost aktywności administracji publicznej, na wy-

¹. Zob. T. Kuta: Funkcje współczesnej administracji i sposoby ich realizacji, Wydawn. Uniw. Wrocław, 1992 r.

kształcenie się jej funkcji organizującej, jest postawa dzisiejszego człowieka i różnych rodzajów zbiorowości społecznych odnośnie zaspokajania potrzeb jednostkowych i zbiorowych, gdy uzasadniają to wyniki ekonomicznego rozwoju. Ten rozwój gospodarczy nie może jednakowoż odbywać się w sposób żywiołowy, w wolnej grze rynku; musi on być w umiejętny sposób sterowany przez administrację, tak aby nie dopuścić do niekorzystnych zjawisk społecznych (np. zmora wzrastającego bezrobocia, zbyt wyraźne rozwarstwienie społeczne na biednych i bogatych, nadmiar dóbr po jednej stronie, a niedożywienie dzieci - po drugiej itd.). Rolą współczesnej administracji jest wybór i stosowanie takich sposobów działania, aby przy ich pomocy można było utrzymać względną harmonię między rozwojem bazy ekonomicznej a rozwojem materialnych i duchowych potrzeb społeczeństwa.

Przejdźmy teraz do krótkiego przeglądu tych sposobów i narzędzi działania, które mogłyby się przyczyniać do spełniania jej odpowiedzialnej i skomplikowanej zarazem misji w demokratycznym, cywilizowanym państwie prawa. Niespotykane dotąd tempo cywilizacyjno-przemysłowo-technicznego rozwoju państw Zachodu spowodowało istotne przemiany w strukturze i funkcjonowaniu aparatu administracyjnego. Skostniałe, biurokratyczne struktury musiały ustąpić miejsca wyspecjalizowanym stanowiskom pracy, które są w stanie rozstrzygać sprawy w szybko następujących przemianach i w sposób kompleksowy, we współdziałaniu z wieloma innymi jednostkami organizacyjnymi administracji - na drodze kooperacji i kordynacji. Nie wchodzi tu oczywiście rozstrzygnięcia szczegółowe, jednostkowe. Ustawodawca posługuje się w takich razach klauzulami generalnymi i pojęciami niedookreślonymi, które są następnie konkretyzowane w przepisach wewnętrzno-administracyjnych, w normach technicznych itd.; obowiązują one zwykle w krótkim okresie, do czasu gdy nowe sytuacje faktycznie będą wymagały nowych uregulowań. Oczywiście, tego rodzaju tryby wykonawcze mają swe uzasadnienie w odpowiednich ustawach przedmiotowych, nakładających na administrację obowiązek wykonywania określonych zadań w sposób kształtująco-organizujący (*Gestaltungsaufgaben*)². Są to najczęściej ustawy uchwalone w wyniku realizacji programów czy planów ogólnopaństwowych. Dla administracji wskazują one cele do realizacji, pozostawiając jej drogę do ich osiągnięcia, odpowiednio do warunków gospodarczo-finansowych, nastrojów społecznych itd. Przy luźnej determinacji prawnej w podejmowaniu skomplikowanych rozstrzygnięć, aparat administracyjny posiada coraz większy wpływ na treść realizowanych interesów społecznych i indywidualnych obywateli. Nic też dziwnego, że nauka prawa administracyjnego i praktyka prawna zwracają ostatnio coraz bardziej znaczącą uwagę na znaczenie wewnętrznego prawa administracyjnego. Nie miejsce tu na bliższe omówienie teorii prawa wewnętrznego, jego miejsca w systemie źródeł prawa itd. Jest już w tym

2. Zob. bliżej na ten temat, W. Brohm: *Das Innenrecht der Verwaltung*, (w:) *Drittes deutsch-polnisches Verwaltungssymposium*, Baden-Baden 1983 r.

zakresie bogata literatura³. Aby jednak można było rozpoznać różne postacie wewnętrznej prawa administracyjnego i ich znaczenie w obecnej praktyce ich stosowania w aparacie administracyjnym, niezbędnym wydaje się nałożenie ich na istniejącą siatkę strukturalno-organizacyjną tego aparatu. Przy tej okazji wypadnie zaznaczyć, że po długim okresie *desinterressement* nauki prawa administracyjnego sferą wewnętrzną funkcjonowania administracji, dziś zdaje się nie ulegać wątpliwości, że wypracowane naukowe zasady podziału i organizacji pracy w aparacie administracyjnym, szczególnie zaś w aparacie administracji centralnej, mają ważne znaczenie dla prawidłowej realizacji funkcji i zadań współczesnej administracji, zwłaszcza na tych polach, na których podejmuje ona przedsięwzięcia skomplikowane, wymagające umiejętnego wiązania elementów legalnego i racjonalnego działania. Nie dziwi więc fakt podjęcia przez rząd gruntownej przebudowy struktury organizacyjnej Rady Ministrów i jego aparatu - Urzędu Rady Ministrów. Z ciekawością oczekujemy na wynik rozwiązań ustrojowych.

Te dwa punkty widzenia występują szczególnie wyraźnie w funkcjonowaniu wewnętrznej struktury organizacyjnej administracji w toku rozwiązywania przez nią określonych prawem zadań społecznych i gospodarczych. Pierwsze pytanie, jakie się tu nasuwa - to: jak jest regulowana owa wewnętrzna struktura organizacyjna administracji i jej funkcjonowanie? Otóż wewnętrzna struktura organizacyjna pojmowana jest jako taki układ organizacyjny, w którym podmiot podejmujący działanie i jego adresat są uzależnieni więzią organizacyjnego podporządkowania wyrażonego w przepisach prawa. Odpowiednio więc wyróżnia się układ podporządkowania hierarchicznego oraz jego powiązań z układem decentralistycznym. Według treści zależności wyodrębnia się układy zależności strukturalnej (organizacyjnej) oraz układy zależności funkcjonalnych. Istotą więzi strukturalnej jest ustrojowe, a więc trwałe powiązanie organów administracji, niezależnie od treści podejmowanej działalności. Wiąż funkcjonalna polega na zależnościach powstających w toku realizacji prawnie określonego zadania, wymagającego współdziałania różnych zainteresowanych podmiotów. Właściwością każdego z tych układów jest to, że występują w nich funkcje kierowania. Pojęcie kierownictwa sensu largo, pojmowane jako wszelkie przejawy zależności organizacyjnej lub funkcjonalnej między podmiotami tworzącymi strukturę administracji publicznej, może służyć do wyodrębnienia sfery przepisów prawa administracyjnego o ograniczonej mocy obowiązywania, wiążących podmioty znajdujące się w różnorodnie kształtowanych stosunkach nadrzędności i podporządkowania wyrażonych w odpowiednich przepisach prawa wewnętrznego.

3. W świetle dotychczasowych osiągnięć nauki prawa administracyjnego i badanej praktyki da się wyróżnić dwa typy działań w układach:

a) w układzie funkcji wykonawczej administracji (prawne dyrektywy),

3. Ibidem, s. 5-109; zob. też T. Kuta: Funkcje..., s. 51-68; również T. Kuta: Wewnętrzne prawo administracyjne i jego funkcjonowanie, „Nauki w zarządzaniu” nr 3-4/1986, s. 131-143.

b) w układzie funkcji organizującej administracji (działania operatywno-fachowe)⁴.

Kilka słów o istocie funkcji wykonawczej administracji. Otóż w tradycyjnym „państwie prawnym” (Rechtsstaat) dualizm państwa i społeczeństwa, wyrażający się w oddzieleniu legislatywy od egzekutywy, nie ma już uzasadnienia w porządku ustrojowym współczesnych państw⁵. Wprawdzie funkcja wykonawcza dzisiejszej administracji bierze swój rodowód od „władzy wykonawczej” „państwa prawnego”, to jednak jej rodzaj i zasięg cechuje obecnie nowa jakość. A wynika ona bezpośrednio z nowych celów i nowych funkcji państwa w dobie istotnych przewartościowań dzisiejszej cywilizacji. Wyrażane są one w strukturze normatywnej ustaw określających cele-programy, czy cele pośrednie (operatywne). Ustawodawca wprowadza do ich treści normy blankietowe z pojęciami prawnie niedookreślonymi, jak np. „ze względu na układ osadniczy i przestrzenny oraz więzi społeczne i gospodarcze zapewniające zdolność wykonywania zadań publicznych”, „dobrobyt ogółu”, „interes publiczny”, „chrześcijański system wartości” itp. Wprowadzanie do tekstu ustaw tego rodzaju wyrażen uznaniowych i tzw. klauzul generalnych daje administracji pewną dozę swobody w procesie ich wykonania.

4. Przejdźmy teraz do przedstawienia tych form wewnętrznego prawa administracyjnego, które funkcjonują w aktualnie istniejącej hierarchicznej strukturze organów administracji publicznej, gdy spełniają one funkcję wykonawczą administracji. Na szczeblu centralnym takimi organami są: Rada Ministrów, gdy „zapewnia wykonywanie ustaw”, wydając w tym celu rozporządzenia na podstawie delegacji ustawowych oraz wydaje uchwały (art. 52 ust. 2 pkt 1 oraz 54 ust. 1 i 2 „Małej Konstytucji” z 1992 r.). Prezes Rady Ministrów wydaje rozporządzenia w celu wykonania ustaw na podstawie udzielonych w nich upoważnień (art. 55 ust. 3). Ministrowie resortowi wydają rozporządzenia i zarządzenia w celu wykonania ustaw na podstawie udzielonych w nich upoważnień. Wszystkie rozporządzenia i zarządzenia wydawane przez organy centralne w celu wykonania ustaw mają charakter norm generalnych (pierwszy etap realizacji funkcji wykonawczej), są źródłem prawa dla aktów prawa wewnętrznego w wypełnianiu przez nie następnych etapów wykonawczej funkcji administracji. W terenowych organach rządowej administracji ogólnej przeważają przepisy wewnętrznego prawa administracyjnego, mieszczące się w układzie funkcji wykonawczej administracji (prawne dyrektywy kierownictwa). W ustawie z dnia 22.03.1990 r. o terenowych organach rządowej administracji ogólnej (Dz.U. nr 22, poz. 123 z późn. zm.) znajduje się tylko jedno upoważnienie dla wojewody do wydawania generalnych aktów prawnych (tzw. rozporządzeń wykonawczych) na podstawie delegacji ustaw szczegółowych. Przedmiotem tych rozporządzeń są sprawy o charakterze techniczno-

4. Szczegółowo o tych dwóch funkcjach piszę w cyt. książce pt. Funkcje współczesnej administracji...

5. Zob. P. Dagloglou: Der private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, Heidelberg 1964, s. 114.

organizacyjnym albo sprawy szczegółowe, które ze swej istoty wymagają uwzględnienia warunków i potrzeb miejscowych i częstych zmian w sposobie ich uregulowania (art. 20 ust. 1 i 2 ustawy) Są to akty stanowiące kolejne etapy konkretyzacji funkcji wykonawczej administracji. Inne akty prawa wewnętrznego wydawane przez wojewodów i kierowników urzędów rejonowych (a z ich upoważnienia również przez pracowników ich urzędów - art. art. 29 i 30 oraz 39 i 40 ustawy) są znane w praktyce:

a) zarządzenia, instrukcje, wytyczne itp. wydawane w ramach więzi organizacyjnych hierarchicznego i funkcjonalnego podporządkowania na zasadzie nadrzeczności organu wydającego akt i podporządkowaniu organu podległego (adresatowi aktu), i

b) polecenia służbowe, wyjaśnienia interpretacyjne, instruktaż itp. wydawane w ramach samego organu na zasadzie więzi służbowej. Ich celem jest prawidłowa organizacja pracy urzędu dla wykonania aktów z układu organizacyjnego spod punktu a.

O wiele bardziej skomplikowane, ale też bardziej żywotne i przybierające na sile i znaczeniu są te działania i czynności kierownicze i nadzorcze, które mieszczą się w wewnętrznych strukturach aparatu administracyjnego - zarówno w układzie podporządkowania hierarchicznego, jak i w strukturach zdecentralizowanych. Wszystkie one uruchamiają mechanizmy funkcji organizującej administracji. Można wśród nich wyróżnić działania sformalizowane i mało sformalizowane oraz działania niesformalizowane. Do pierwszych można zaliczyć takie działania wewnętrznych struktur administracji, które wynikają z ustrojowego prawa administracyjnego. Cytowana ustawa o terenowych organach z 1990 r. wymienia takie np. działania, jak: koordynacja, współdziałanie, uzgodnienia, opiniowanie, harmonizowanie, „wymagania praworządnego, skutecznego i ekonomicznego funkcjonowania urzędu i inne wymagania racjonalnego tworzenia struktur organizacyjnych” (art. 28 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy), projektowanie itp.

Jak ważną rolę przypisuje się dziś działaniom niesformalizowanym w procesie konkretyzacji ustaw ramowych określających przy pomocy klauzul generalnych ogólne programy i cele, które ma wprowadzać w życie administracja, świadczą wyniki badań, jakimi w tym zakresie może się poszczycić nauka prawa administracyjnego na Zachodzie. Punktem wyjścia była krytyka tradycyjnego modelu biurokratycznej struktury administracji Maxa Webera, która nie odpowiada już realizacji zadań stawianych współczesnej administracji. Wyróżnia się ona dużym stopniem specjalizacji i dyferencjacji, szbkością zmian wobec postępujących zmian otoczenia, wyczuciem sytuacji kiedy reagować szybko, a kiedy spowalniać w działaniu, umiejętnością współdziałania z innymi jednostkami organizacyjnymi w rozstrzyganiu skomplikowanych spraw wspólnych.

Wobec nowych, różnicujących się, skomplikowanych zadań, które ma spełniać współczesna administracja, wewnętrzne jej struktury muszą być obsadzone ka-

drą urzędniczą o wysokich kwalifikacjach z różnych dziedzin wiedzy i o wysokim morale zawodowym. Od pracowników na szczeblach niższych wymaga się ponadto pomysłowości w rozstrzyganiu pilnych spraw na miejscu z pominięciem niekiedy drogi służbowej. Dziś modne są struktury nieformalne umiejscowione na niższych szczeblach organizacyjnych, odpowiednio do nowych sytuacji otoczenia, w którym przychodzi im działać. Oczywiście, mogą one działać i istnieć o tyle, o ile nie stoją w sprzeczności z hierarchiczną strukturą organizacyjną administracji - z jej porządkiem kompetencji i w układzie nadrzędności i podporządkowania. W Republice Federalnej Niemiec reforma administracji rządowej polegała na tym, że odciążono w znacznym stopniu urzędy centralne od załatwiania przynależnych im dotąd spraw na niższe struktury organizacyjnej administracji. Pozwoliło to na skrócenie procesów decyzyjnych, a przez to przyspieszenie rozstrzygnięć. Propagowane są w tym celu różne metody pobudzania i nagradzania pracowników za ich inicjatywę i pomysłowość w wykonywaniu przekazanych im zadań i czynności. Znany jest tam tzw. "Harzburgell Model", który motywuje pomysły samodzielności działania (bez ingerencji kierownika) i z indywidualizowaną odpowiedzialnością. Tylko w nadzwyczajnych przypadkach podwładny może zasięgnąć opinii kierownika. Podejmowane są i doskonalone nowe techniki decyzyjne w wewnętrznych strukturach aparatu administracyjnego; wtedy zwłaszcza, gdy mamy do czynienia z ostatnią fazą konkretyzacji funkcji wykonawczej administracji w obszarze działań organizująco-kształtujących, a nie działań reglamentacyjno-władczych⁶.

W literaturze niemieckiej podkreśla się potrzebę modernizacji administracji publicznej, w tych zwłaszcza obszarach, w których podejmowane są skomplikowane działania dotyczące realizacji zadań planowych, w "zasadach" administracji, w ustawach ramowych o klauzulach generalnych⁷. Zmodernizowane struktury administracji mają zastosowanie tam, gdzie podejmowane są decyzje strategiczne dla realizacji celów i zadań państwa. W rachubę tu wchodzi jednostki sztabowe o różnych specjalnościach fachowych, będące w stanie określić gry interesów otoczenia zewnętrznego i potrafią w związku z tym zgrać różne punkty widzenia "wiedzy fachowej" w całość wzajemnie zharmonizowaną. Informacje "wiedzy fachowej" pochodzące od jednostek administracyjnych są wprzęgnięte w ciąg procesu zakończonego osiągnięciem zamierzonego celu. W tym ciągu sporo jest działań niesformalizowanych, znanych i ważnych w praktyce administracyjnej. Uznane jest znaczenie np.:

⁶ O różnych technikach menadżerskich stosowanych w wewnętrznych strukturach administracji zob. W. Brohm: Zur Einführung: „Strukturprobleme der planenden Verwaltung”, JuS, Heft 8 z 1977 r. s. 500-505.

⁷ „Biurokracja, biurokratyczny podział zadań, sztywne struktury kompetencyjne nie potrzebują szczególnie wymyślnych struktur organizacyjnych”, ibidem s. 502.

a) ekspertyz czy poradnictwa fachowego na szczeblu administracji centralnej i terenowej o treściach technicznych, ekonomicznych, socjalnych, ale też etyczno-kulturowych. Fachowe gremia (stałe i doraźne), które stają się niekiedy niezamierzonymi współdecydentami. Instytucja doradztwa w administracji jest obojętna dla prawnoustawstwa.

b) Koordynacja ma zastosowanie wszędzie tam, gdzie działania przynajmniej dwóch jednostek organizacyjnych mają być uzgadniane w celu eliminowania konfliktów, a więc zapewnienie w miarę jednolitych działań, przy czym jedna z tych jednostek ma zazwyczaj status nadrzędności funkcjonalnej. Formy działań koordynacyjnych mogą być różne i są zależne od zainteresowania podmiotów, w obrębie których ma być ona stosowana (w aspekcie gospodarczym, socjologicznym, politycznym, nauki administracji). Nauka administracji i polityka administracyjna (szkoda że znajdują się ostatnio w kryzysie rozwojowym) starają się stworzyć dla własnych potrzeb jakiś pojęciowy wzorzec koordynacji, wykorzystując w tym celu doświadczenia praktyki. Jak wynika z doświadczeń badawczych Wyższej Szkoły Nauk Administracyjnych w Speyer (pięć posiedzeń naukowych w latach 1970-tych) rezultaty są nikłe. Usiłowano ustalić choćby zarys problemu koordynacji w oparciu o główne tezy referatów i przy wypełnianiu luk konkretnymi przykładami badanej praktyki. Niestety bez rezultatu⁸. Tak więc koordynacja pozostaje nadal „w rękach” osób w tym przedmiocie utalentowanych.

c) Współdziałanie jest związane z koordynacją. W wyniku skutecznie przeprowadzonej koordynacji łatwiej jest nawiązać współdziałanie. Ma ono zastosowanie tam, gdzie więcej jednostek organizacyjnych, a nawet pewne niesformalizowane grupy ludności podejmują działania skierowane ku urzeczywistnieniu jednego wspólnego celu, który jest zdeterminowany przez prawo, albo oznaczony przez same jednostki współdziałające. Współdziałanie cechuje względna trwałość w ciągu działań organizujących; w czynnościach jednorazowych mamy natomiast do czynienia z uzgodnieniem. Obok aspektu praktyczno-organizacyjnego współdziałanie spełnia również ważną rolę polityczną, wtedy zwłaszcza, gdy organy administracyjne włączają określone organizacje społeczne czy wprost grupy ludności do współpracy w realizacji celów ogólnospołecznych, w tym też ich celów.

d) Porozumienie budzi sporo nieporozumień w piśmiennictwie prawniczym. Gdy jednak spojrzeć na rzeczywistość prawną, w której porozumienia rodzą się i żyją, można stwierdzić, że porozumienie jest zawsze fragmentem, częścią jakiejś większej całości, pewnego zespołu działań i tylko w tym zespole ma ono swoje miejsce i znaczenie; jest wynikiem wcześniej już podjętych działań, stwarzających niejako grunt dla jego zainicjowania, zwłaszcza gdy „nakłania” do tego organ

⁸. F. Knopfle: Koordination der Arbeit von Ministerien, referat na II-gim polsko-niemieckim kolokwium w Warszawie w r. 1981.

administracyjny. Porozumienie jest działaniem częściowo sformalizowanym (w odróżnieniu od wyżej wymienionych), bo prawo określa czasem sposób, jak też warunki jego zawiązania⁹.

e) Działania niewładcze w administracji, również częściowo sformalizowane, wzbudziły na początku wiele kontrowersji w gronie prawników administratywistów¹⁰, dziś znalazły szerokie zastosowanie w wielu dziedzinach administracji publicznej, szczególnie w samorządzie terytorialnym¹¹.

Wymienione wyżej działania niesformalizowane i częściowo sformalizowane mają głównie swe miejsce i znaczenie w wykonywaniu funkcji organizującej administracji; większe zastosowanie w strukturach zdecentralizowanych niż hierarchistyczno-biurokratycznych. Warto zamyśleć się nad poniższym cytatem tym, którym przyjdzie reformować naszą, również zbiurokratyzowaną, administrację rządową łącznie z jej stykiem z administracją samorządową. Czy nie za dużo naraz? Czy nie należałoby rozpocząć od rekonstrukcji, choćby części, administracji resortowej na model wykonywania funkcji, torujących drogę ku rozwojowi nowoczesnego państwa i społeczeństwa¹².

I tu dochodzę do końcowych refleksji. Czy istniejący korpus urzędników administracji publicznej stać na wykonywanie ustaw wyznaczających programy-cele i kształtować rzeczywistość gospodarczą, społeczną i kulturową zgodnie z dzisiejszymi trendami cywilizacyjnymi? Można odpowiedzieć na tak postawione pytanie twierdząco, pod dwoma wszakże podstawowymi warunkami:

1. Jeśli zwiększą się wydatnie nakłady finansowe na szkolnictwo wyższe i na naukę.

Dziś widoczna staje się już luka pokoleniowa młodej kadry naukowej na Wydziałach Prawa i Administracji. Część odeszła już wcześniej do innych, lepiej płat-

9. Prawnym aspektem porozumienia poświęcił J. Starościak osobny rozdział w swej ciekawej monografii pt.: *Studia z teorii prawa administracyjnego*, Ossolineum 1967 r.

10. T. Kuta: *Pojęcie działań niewładczych w administracji*, WTN Wrocław 1963 r. Książka otrzymała pięć recenzji, w tym jedną zagraniczną.

11. T. Kuta: *Wykonanie zadań gminy w formach działań organizujących i działań niewładczych*, (w:) „*Kalendarz Samorządowy*”, Wyd. TWWP Warszawa 1992, s. 52-61.

12. Warto w tym miejscu zacytować mały fragment małej książeczki autorstwa Gerta Dahlmanna - dyrektora Frankfurter Institut, Stiftung Marktwirtschaft und Politik pt. „*Zeitwende*”, Informedia Werlags - 1996. - Biurokratyczne, zdrewniałe struktury aparatu administracyjnego, które ciągle się jeszcze mnożą, chcą coraz więcej z życia osiągnąć. Nie dziwi więc fakt, że ilość urzędników w RFN w latach 1950-1989 pięć razy szybciej rosła niż ludność, i doszła dziś do stanu 4,67 mln osób. Tak samo dramatycznie rośnie i rozmnaża się ilość ustaw i zarządzeń, czasem w takim tempie, że sami administrujący nie mogą się z nimi uporać; a gdy ich adresaci ledwie do nich się mogą zastosować, już na ich biurka trafiają nowe regulacje prawne. W aparacie administracyjnym napotykamy na nie-ruchawe, biurokratyczne struktury, które nie objawiają żadnej chęci, aby twórczo i efektywnie działać, tracąc jedynie siły, czas i pieniądze.

nych zawodów. Czynni jeszcze zawodowo na etatach zajmują się głównie dydaktyką, poświęcając wolny czas na dorabianie do niskich pensji poza uczelnią. Awanse naukowe (doktoraty i habilitacje) są coraz rzadsze, skutkiem czego daleko nam do osiągnięcia europejskich standardów edukacyjnych. Tradycyjna metodyka nauczania prawa nieprzystaje do nowej rzeczywistości.

2. Jeśli nastąpią zmiany w strukturze przedmiotów nauczania.

Prawnicy nie tylko powinni umieć stosować i wykonywać prawo, ale też nabyć umiejętności tworzenia prawa¹³. Trzeba koniecznie umożliwić wyjazdy młodej kadry naukowej do ważniejszych ośrodków naukowych na Zachodzie uznanych w kształceniu kadr administracyjnych na wysokim poziomie (np. Wyższa Szkoła Nauk Administracji w Speyer, czy słynna Paryska Szkoła Kształcenia Kadr Administracyjnych). Nie można dopuścić do powiększającego się dystansu między sferą rzeczywistości a sferą powinności. O tym będzie decydować wysokokwalifikowana kadra urzędnicza. Jakże to mają być kwalifikacje? Zainteresowanego Czytelnika odsyłam do ciekawej monografii Pani dr hab. Barbary Kudryckiej pt. *Dylematy urzędników administracji publicznej*. Należą się Autorce słowa uznania za opracowanie tego dzieła. Przynosi to również chwałę naszemu Szanownemu Jubilatowi Profesorowi dr. hab. Eugeniuszowi Smoktunowiczowi opiekunowi naukowemu Autorki dzieła za wskazanie twórczego pomysłu.

¹³. W RFN na Wydziałach Prawa promuje się łączenie praktyki prawnej z nauką prawa. Prawie każdy adept pracownika nauki przed przystąpieniem do zawodu powinien odbyć ok. 3-letni staż w aparacie administracyjnym.

ADMINISTRACYJNOPRAWNA REGLAMENTACJA TZW. WOLNYCH ZAWODÓW*

1. Znaczenie problemu - wyodrębnienie wolnych zawodów

Transformacja ustrojowa naszego państwa powoduje, że dziś w okresie tworzącej się gospodarki rynkowej, szczególnego znaczenie nabierają tzw. wolne zawody. Nie ma zapewne obecnie zawodów, których wykonywanie pozostawałoby poza zainteresowaniami prawa, są jednak takie zawody, których wykonywanie odgrywa szczególną rolę w społeczeństwie. Obejmują one grupę osób wykonujących czynności wymagające wysokich kwalifikacji zawodowych, odbycia odpowiedniej praktyki oraz pozostawienia im samodzielności w wykonywaniu zawodu. Z uwagi na ich ważną rolę społeczną państwo ustala sposoby i warunki dopuszczenia do wykonywania zawodu w drodze przepisów ustawowych, a dopuszczenie do wykonywania zawodu, ograniczenie lub pozbawienie prawa wykonywania zawodu ma z reguły charakter aktu administracyjnego.

Rola wolnych zawodów była różna w rozmaitych okresach czasu. W państwie socjalistycznym, gdzie świadczenie usług - dawniej wykonywanych w ramach wolnych zawodów - odbywało się w tzw. uspołecznionych zakładach pracy, była mała. Z punktu widzenia prawnego w gruncie rzeczy nie różniła się wiele od innych prac wykonywanych w ramach stosunku pracy (w ramach pracy zależnej). Zresztą ustawodawstwo ówczesne poprzez różne przeszkody (np. poprzez wysokie podatki) nie stwarzało warunków do wykonywania wolnych zawodów poza uspołecznionymi zakładami pracy. Dopiero liberalizacja ustroju, zapoczątkowana w latach osiemnastych, przynosi liczne regulacje dotyczące tej dziedziny, chociaż obowiązują jeszcze przepisy pochodzące z okresu międzywojennego (np. dotyczące praktyki dentystycznej, wykonywania zawodu pielęgniarstwa czy położnej). Można zasadnie założyć, iż okres współczesny, cechujący się m.in. dostosowywaniem ustawodawstwa do standardów zachodnioeuropejskich, przyniesie nowe regulacje w dziedzinach będących przedmiotem naszych zainteresowań. Wprawdzie znaczna część osób wykonująca wolne zawody jest jeszcze zatrudniana na podstawie stosunku pracy i będzie w nim pozostawać (np. pielęgniarstwa czy lekarze), niemniej procesy prywatyzacyjne (np. dotyczyło to aptek, notariatu) oraz gospodarka rynkowa powo-

*. Opracowanie powyższe zastało wykonane w ramach projektu hadawczego KBN Nr 185/HO2/95/09.

dują, iż wzrasta ilość osób wykonująca zawody wolne w ramach działalności gospodarczej, w spółkach itp.

W państwie socjalistycznym problematyka wykonywania wolnych zawodów w zasadzie nie była przedmiotem zainteresowania nauki prawa administracyjnego. Wyjątkiem były tu prace E. Smoktunowicza¹. Obecnie problematyka ta zaczyna się pojawiać w podręcznikach prawa administracyjnego (np. w podręczniku J. Filipka²) czy w innych opracowaniach, zwłaszcza na użytek praktyki.

W sprawach wyodrębnienia wolnych zawodów należy stwierdzić, za pomocą kryteriów materialnych (przedmiotu działania) trudno jest niekiedy ustalić czy dany zawód zaliczyć do tej grupy (np. czy zaliczyć tu wykonywanie rzemiosła, zawodu plastyka, artysty). Decydować tu będą kryteria formalne, tj. aktualne ustawodawstwo, uwzględniające potrzeby społeczeństwa i państwa. Odbiorca świadczeń chce mieć bowiem gwarancje wykonywania niektórych usług (leczenia, doradztwa prawnego itp.) na wysokim poziomie. Leży to też w interesie publicznym. W tym kierunku działać będzie również współpraca międzynarodowa.

Biorąc za punkt wyjścia obowiązujące przepisy, można by wyróżnić następujące cechy charakterystyczne dla wykonywania wolnych zawodów. Wykonywanie wolnych zawodów jest przedmiotem zainteresowania materialnego prawa administracyjnego, choć niekiedy wkracza tu ustrojowe prawo administracji publicznej. Chodzi wówczas o regulację samorządu osób wykonujących wolny zawód. Nie oznacza to wszakże, że w sferę tą nie wkraczają inne działy prawa (np. stosunek między lekarzem wykonującym prywatną praktykę a pacjentem regulują przepisy prawa cywilnego), a gdy dana osoba wykonująca wolny zawód trudni się pracą zależną - stosunek ten reguluje prawo pracy czy prawo urzędnicze. Niekiedy za delikty popełnione przy wykonywaniu zawodu sankcje przewiduje prawo karne. Niemniej te inne działy prawa z reguły nie normują spraw zdobywania uprawnień do wykonywania wolnego zawodu, jego ograniczeń czy utraty tych praw. Niemniej pozostawanie w stosunkach zależności organizacyjnej (w stosunkach służbowych czy w stosunkach pracy) może wywierać wpływ na wykonywanie zawodu.

Brak jest jednej regulacji prawnej, normującej wykonywanie zawodów wolnych; jest to przedmiotem licznych unormowań, pochodzących z różnego okresu czasu, nie przystających niekiedy do obecnych warunków (np. regulacja wykonywania zawodu przez lekarzy, pochodząca jeszcze z 1950 r.) Sama technika regulacji jest różna. Są to regulacje dotyczące tylko wykonywania danego zawodu (lekarza, pielęgniarki itp.). Niekiedy regulacja zawarta jest w określonym dziale prawa ma-

¹ Por. E. Smoktunowicz: *Reglamentacja samodzielnego wykonywania zawodu*, (w:) *System prawa administracyjnego*, Ossolineum 1980, t. IV, s. 105 i n., tenże, *Encyklopedia obywatela PRL*, Warszawa 1987, s. 309 in.

² F. Filipka: *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, Kraków 1995, s. 152 i n.

tenialnego (np. regulacja dotycząca wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zawarta jest w Prawie budowlanym). Niekiedy wreszcie odrębna ustawa normuje nie tylko wykonywanie zawodu, ale także problematykę samorządu zawodowego danego zawodu (np. ustawa z 1994 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie).

Regulacje dotyczące wykonywania wolnych zawodów obejmują z reguły warunki, jakie należy spełnić, by wykonywać dany zawód, prawa i obowiązki towarzyszące wykonywaniu danego zawodu oraz problem utraty prawa wykonywania zawodu. Przy wykonywaniu szeregu wolnych zawodów szczególnego znaczenia nabiera przestrzeganie tajemnicy zawodowej (np. w przypadku praktyki lekarskiej lub adwokackiej).

Uprawnienie do wykonywania zawodu jest swoistym uprawnieniem administracyjnym. Uzyskuje się je po spełnieniu warunków przewidzianych ustawą. Z uprawnienia tego można korzystać niezależnie od tego czy wykonuje się zawód samodzielnie, w ramach stosunku pracy czy np. udziału w spółce. Zawód wolny wykonuje się jednak samodzielnie mimo istnienia pewnych ograniczeń wynikających z zależności organizacyjnej (np. występujących w stosunku służbowym). Wynika to bowiem z istoty tego zawodu. Uprawnienia uzyskuje się z reguły po odbyciu praktyki zawodowej (stażu, aplikacji) i złożeniu odpowiednich egzaminów. Ustawy regulują również utratę wykonywania zawodu. Osoby wykonujące wolne zawody podlegają szczególnej odpowiedzialności, zwanej odpowiedzialnością zawodową lub dyscyplinarną. Warunkiem wykonywania zawodu jest przynależenie do samorządu zawodowego, chyba że przepisy nie przewidują istnienia samorządu dla danego zawodu. Kompetencje publicznoprawne dotyczące interesujących nas zawodów realizują albo organy administracji państwowej (np. w przypadku osób wykonujących samodzielne funkcje w budownictwie), albo poprzez organy samorządu zawodowego (np. gdy chodzi o lekarzy) albo wreszcie poprzez organy samorządu zawodowego i organy administracji państwowej (np. gdy chodzi o notariuszy). Realizując kompetencje władcze samorząd zawodowy wyręcza władze państwowe w wykonywaniu ich funkcji.

Lista wolnych zawodów może być różna. Zależy to od tradycji prawnych danego państwa, zadań samych zainteresowanych co do regulacji ich zawodu. Wolne zawody obejmują, z uwagi na przedmiot działalności, bardzo różne czynności. Przedmiot tej działalności jest mniej lub bardziej szczegółowo uregulowany przepisami (np. bardziej szczegółowo w przypadku notariuszy niż adwokatów), zawsze jednak przy wykonywaniu wolnych zawodów ustawodawstwo pozostawia duży zakres samodzielności.

Z uwagi na rodzaj wykonywanych czynności wolne zawody można aktualnie podzielić na następujące grupy:

- a) wolne zawody prawnicze (adwokaci, radcowie prawni, notariusze),

b) wolne zawody medyczne (lekarze, lekarze weterynarii, dentyści, farmaceuci, pielęgniarki i położne),

c) wolne zawody techniczne (samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, funkcje związane z wykonywaniem uprawnień urbanistycznych, wykwalifikowane funkcje w górnictwie i w geologii),

d) inne wolne zawody (np. biegli rewidenci).

Według tej kolejności zostaną omówione podstawowe akty prawne dotyczące interesującej nas problematyki.

2. Zawody prawnicze

Co się tyczy zawodów prawniczych, reglamentacja administracyjnoprawna dotyczy adwokatów, radców prawnych oraz notariuszy. We wszystkich trzech przypadkach reglamentację realizują organy samorządu zawodowego z bardzo słabymi kompetencjami organów administracji państwowej, z wyjątkiem notariuszy, gdzie silniejsze kompetencje posiada Minister Sprawiedliwości. Problematykę tej reglamentacji narmują trzy ustawy: ustawa z 26 V 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz.U. nr 16, poz. 124 z późn. zm.), ustawa z 6 VII 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. nr 19, poz. 145 z późn. zm.) oraz ustawa z 14 II 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U. nr 22, poz. 91).

Jak z powyższego wynika, unormowania prawne dotyczące adwokatów i radców prawnych, pochodzą jeszcze z 1982 r. i były zatem przygotowane dla innego ustroju. Można by tu zasadnie stawiać pytanie, czy w tym zakresie potrzebna jest odrębna regulacja dla dwóch zawodów, skoro odpadły racje (lub znacznie osłabły) tworzenia osobnej regulacji dla radców prawnych. Ustawa o radcach prawnych z 1982 r. przewiduje bowiem, że zawód ten polega na obsłudze prawnej państwowych i spółdzielczych jednostek organizacyjnych, choć mogą z tej obsługi korzystać także organizacje społeczne i spółki z udziałem kapitału państwowego, spółdzielczego lub organizacji społecznych (Art. 4). Rozwiązanie to, pomyślane dla tzw. podmiotów gospodarki uspołecznianej, uległo dezaktualizacji. Z tych przyczyn uchwała Krajowej Rady Radców Prawnych z 22 II 1992 r. w sprawie form wykonywania zawodu przez radców prawnych³ ustaliła, że zawód radcy prawnego może być wykonywany także w prywatnych jednostkach organizacyjnych i może polegać na obsłudze osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą. Nadto z ustawy tej wynika (art. 20 ust. 2), że i adwokat może wykonywać obsługę prawną. Prawo o adwokaturze z 1982 r. nie wypowiada się natomiast w kwestii obsługi prawnej jednostek organizacyjnych. Wynika z niej też, że po odbyciu aplikacji radcy prawnego, nie można zastać adwokatem, lecz można tylko skrócić aplikację adwokacką (art. 76). Skoro odpadły racje tworzenia odrębnego zawodu dla obsługi

³ Por. czasopismo „Radca prawny”, z. 1/1992.

tw. uspołecznionych jednostek organizacyjnych, można by powrócić do koncepcji adwokatury jako zawodu tworzonego także do spełniania funkcji obsługi prawnej różnych podmiotów, w tym wykonujących zadania państwowe. O wykonywaniu w podobnych formach zawodu przez adwokatów i radców prawnych traktuje również art. 24 ustawy z 23 XII 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. nr 41, poz. 324 z późn. zm.)⁴. Wynika z tego artykułu, że świadczenie pomocy prawnej (realizację obsługi prawnej) przez adwokatów i radców prawnych oraz przez spółki i spółdzielnie z ich udziałem jest działalnością gospodarczą w rozumieniu tej ustawy. Przez pomoc prawną i obsługę ustawa rozumie przede wszystkim doradztwo, sporządzanie opinii oraz zastępstwo procesowe.

Dopuszczenie do wykonywania zawodu następuje po odbyciu aplikacji i złożeniu egzaminów. Od tego wymagania zwalnia się niektóre kategorie pracowników (profesorów i doktorów habilitowanych nauk prawnych, osoby które odbyły odpowieni staż w wymiarze sprawiedliwości, np. w charakterze sędziego czy prokuratora. O wpisie na listę adwokatów czy radców prawnych decyduje organ samorządu: okręgowa rada adwokacka lub rada okręgowa izby radców prawnych. W stosunku do radców prawnych Minister Sprawiedliwości może nadto zgłosić w formie decyzji administracyjnej sprzeciw. Od takiej decyzji służy skarga do NSA. Inaczej sprawa przedstawia się w przypadku powoływania i wyznaczania siedziby kancelarii notarialnych. Tu decyzję podejmuje Minister Sprawiedliwości tylko po zasięgnięciu opinii właściwej izby notarialnej. Większa rola organów administracji państwowej (Ministra Sprawiedliwości) wynika z faktu, że notariusz „działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym”. Niemniej i tu można postulować zwiększenie roli organów samorządu zawodowego. W tym kierunku idzie też orzecznictwo NSA⁵.

Wymienione wyżej ustawy regulują również sprawy skreślenia z listy adwokatów i radców prawnych. Dokonują tego organy samorządu (rady okręgowe), jedynie w przypadku notariuszy odwołania dokonuje Minister Sprawiedliwości. Przyczyny skreślenia lub odwołania są podobne (śmierć, rezygnacja, odpowiednie orzeczenie dyscyplinarne, utrata obywatelstwa polskiego), ale też mogą być częściowo różne (np. objęcie przez adwokata stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości, w organach ścigania czy w notariacie).

Sposób wykonywania zawodu zastał uregulowany różnie, z reguły w sposób ogólny. Przykładowo ustawa z 1982 r. Prawo o adwokaturze stanowi o zachowaniu tajemnicy zawodowej, o korzystaniu przy wykonywaniu zawodu z wolności słowa

⁴ Por. Z. Leoński, Z. Niewiadomski, M. Waligórski: Ustawa o działalności gospodarczej z komentarzem, Warszawa-Poznań 1992, s. 62-63.

⁵ Por. wyrok NSA z 16 II 1994 r. (II SA 1297/93), ale też postanowienie NSA z 29 III 1995 r. (II SA 1793/93) zawierające wątpliwości prawne w tym zakresie. Por. też głosę do powyższego wyroku pióra Z. Ziemskiego: „Rejent” nr 12/1994.

i pisma, o korzystaniu z ochrony prawnej podobnej do przysługującej sędziemu i prokuratorowi, o obowiązku złożenia ślubowania. Natomiast ustawa z 1982 r. o radacach prawnych stara się w sposób szczegółowy unormować czynności radcy prawnego, a także określa jego obowiązki wykonywane w organach państwowych. Gwarantuje mu wówczas samodzielność w prowadzeniu spraw i stwierdza, że nie jest on związany poleceniami. Wykonywanie zadań w ramach stosunku pracy powoduje jednakże, że zawód radcy prawnego traci znaczenie zawodu wolnego. Dziś jednak regulacja zawarta w ustawie z 1982 r. o radacach prawnych ulega dezaktualizacji (np. dotyczy to obowiązku zasięgnięcia opinii radcy w określonych sprawach, gdy nie jest on zatrudniony w organach administracji publicznej). Ustawa zawiera również szereg postanowień dotyczących stosunku pracy radcy prawnego. Nadto do radcy prawnego mają zastosowanie także postanowienia dotyczące wolności słowa i pisma, korzystania z takiej ochrony prawnej jak adwokat.

Regulacja ustawowa wykonywania zawodu przez notariusza jest też dość szczegółowa. Obok postanowień dotyczących ochrony prawnej i obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, przepisy stanowią o sposobie wykonywania czynności notarialnych w kancelarii, godzin jej otwarcia itp., ale też w sposób szczegółowy regulują dokonywanie poszczególnych czynności notarialnych (art. 79-112), jako że czynności te mają charakter dokumentów urzędowych, a sam notariusz używa pieczęci urzędowej z wizerunkiem orła, podobnie jak organy państwowe. Ustawa i przepisy wykonawcze⁶ regulują sposób nadzoru nad wykonywaniem czynności notarialnych przez Ministra Sprawiedliwości przez prezesów sądów apelacyjnych oraz przez rady izb notarialnych.

Ustawy regulują wreszcie sprawy odpowiedzialności dyscyplinarnej tej grupy osób. Delikty dyscyplinarne są uregulowane za pomocą normy blankietowej. Odpowiedzialność ponosi się za postępowanie sprzeczne z prawem, z zasadami etyki i godności lub za naruszenia obowiązków zawodowych (adwokaci). W przypadku odpowiedzialności notariuszy akcentuje się, że ponoszą oni odpowiedzialność za przewinienia zawodowe, uchybienia powadze lub godności zawodu. Z odpowiedzialności radców prawnych wyłącza się czyny związane z naruszeniem porządku i dyscypliny pracy mimo tego, iż są oni z reuły zatrudnieni na podstawie stosunku pracy. System kar - nie związanych z danym rodzajem deliktu - jest ukształtowany swoiście. Rozpoczyna się od upomnienia i nagany, dalej dotyczy zawieszenia w czynnościach a najwyższą karą jest pozbawienie praw wykonywania zawodu (prowadzenia kancelarii notarialnej). Pojawia się też kara pieniężna w przypadku adwokatów i notariuszy. Postępowanie toczy się przed komisjami dyscyplinarnymi, wyłonionymi przez samorząd zawodowy. Rzeczników dyscyplinarnych również wyłania ten samorząd. Niemniej pewne kompetencje zastrzega się dla Ministra

⁶ Por. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 30 IV 1991 r. w sprawie wykonywania nadzoru nad działalnością notariuszy i organów samorządu notarialnego (Dz.U. nr 42, poz. 188).

Sprawiedliwości (wniesienie rewizji nadzwyczajnej w przypadku notariuszy, adwokatów i radców, a w przypadku adwokatów możliwość wydania polecenia wszczęcia postępowania dyscyplinarnego i tymczasowego zawieszenia w czynnościach).

3. Zawody medyczne

Ta grupa zawodów obejmuje różne formy aktywności i obejmuje osoby, które zajmują się zdrowiem w szerokim tego słowa znaczeniu (także leczenie zwierząt i farmację). Nie sposób ustalić za pomocą wymiernych kryteriów, które z zawodów zaliczyć do tej grupy. Z tych przyczyn wypadnie zastosować tu kryterium formalne: zaliczyć tu tylko te zawody, których wykonywanie zostało unormowane przepisami charakterystycznymi dla zawodów wolnych. W praktyce wiele osób zaliczonych do tej grupy zawodów (np. pielęgniarki) wykonuje go na podstawie stosunku pracy i zatem zawód ten w tych sytuacjach traci charakter zawodu wolnego. Dla wszystkich zawodów tu zaliczonych utworzono samorząd. Przekazano mu wiele uprawnień publicznoprawnych dotyczących wykonywania zawodu. Odpowiedzialność tej grupy osób, typu dyscyplinarnego, nazywa się odpowiedzialnością zawodową. Jej wymiar powierza się organom samorządu zawodowego. Charakterystyczne jest tu wreszcie to, że przepisy regulujące te zawody pochodzą z różnych okresów czasu i zatem ulegną prawdopodobnie zmianom. Dlatego szczegółowe ich omawianie mija się z celem.

Gdy chodzi o zawód lekarza, regulacja prawa zawarta jest w ustawie z 28 X 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. nr 50, poz. 485 z późn. zm.), dziś już przestarzałej. Z regulacją tą wiąże się ściśle ustawa z 17 V 1989 r. o izbach lekarskich (Dz.U. nr 30, poz. 158 z późn. zm.) oraz uchwała III - Krajowego Zjazdu Lekarzy z 1993 r. zawierająca Kodeks Etyki Lekarskiej⁷. Sprawę wykonywania zawodu lekarza dentystry normują przepisy pochodzące z okresu dwudziestolecia międzywojennego, zawarte w rozporządzeniu Prezydenta RP z 10 VI 1927 r. o wykonywaniu praktyki dentystycznej Dz.U. z 1934 r. nr 4, poz. 32 z późn. zm.), natomiast wykonywanie zawodu lekarza weterynarii zastało uregulowane już nowymi przepisami, ustawą z 21 XII 1990 r o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych (Dz.U. z 1991 nr. 8, poz. 27). Jeszcze z okresu dwudziestolecia międzywojennego pochodzą regulacje dotyczące zawodu pielęgniarki i położnej. Są to rozporządzenia Prezydenta RP z 16 III 1928 r. o położnych (Dz.U. z 1934 r. nr 5, poz. 41 z późn. zm.) i ustawa z 21 II 1935 r. o pielęgniarstwie (Dz.U. nr 27, poz. 199 z późn. zm.). Sprawę wykonywania zawodu farmaceuty normują we fragmentach dwie ustawy: ustawa z 19 IV 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz.U. nr 41. poz. 179) i ustawa z 10 X 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i nadzorze farmaceutycznym (Dz.U. nr 105, poz. 452) oraz przepisy wykonawcze.

⁷. Zamieszcza je opracowanie M. Nestorowicza, Prawo medyczne, Toruń 1994, s. 127 i n.

Co się tyczy lekarzy, ustawa z 1950 r. o zawodzie lekarza ustala, kto może uzyskać prawo wykonywania zawodu. Jest nią osoba, która posiada obywatelstwo polskie, ukończyła odpowiednie studia i została wpisana na listę członków okręgowej izby lekarskiej. Wątpliwości prawne budzi dopuszczenie lekarzy cudzoziemców do wykonywania praktyki lekarskiej. Ustawa stanowi, że mogą oni uzyskać zgodę Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej na „zatrudnienie w społecznych zakładach służby zdrowia” (art. 3), ale też mogą bez zezwolenia brać udział w naradach lekarskich, na które zostali zaproszeni przez lekarzy posiadających prawo wykonywania zawodu w Polsce i wykonywać zabiegi (art. 7). Wystąpiło tu rozbieżne stanowisko orzecznictwa⁸, ale też postanowienia ustawy z 1950 r. nie pozostają w zgodzie do prowadzenia działalności leczniczej przez prywatne zakłady opieki zdrowotnej⁹ oraz konieczności kontaktów i wymiany doświadczeń z zagranicą. Obowiązki lekarza ustala ustawa o zawodzie lekarza, ale też przepisy Kodeksu Etyki Lekarskiej, postanowienia ustawy z 1989 r. o izbach lekarskich czy ustawy z 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. nr 91, poz. 408 z późn. zm.). Wobec przygotowywania nowej regulacji dotyczącej zawodu lekarza, tu można tylko zasygnalizować, że lekarz za naruszenie obowiązków może ponosić odpowiedzialność cywilną¹⁰, a przede wszystkim odpowiedzialność typu karno-administracyjnego, odpowiedzialność zawodową. Normuje ją ustawa z 1989 r. o izbach lekarskich i przepisy wykonawcze zawarte w rozporządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 26 IX 1990 r. w sprawie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy (Dz.U. nr 64, poz. 406). Wynika z nich, iż lekarz (lekarz dentysta) ponosi odpowiedzialność przed sądami lekarskimi, powołanymi przez samorząd lekarski, za naruszenia zasad etyki i deontologii zawodowej oraz przepisów o wykonywaniu zawodu lekarza. Najwyższą karą jest tu sankcja pozbawienia prawa wykonywania zawodu lekarza. Jest to odpowiedzialność typu dyscyplinarnego, gdzie posiłkowo stosuje się przepisy kodeksu postępowania karnego.

Wykonywanie zawodu lekarza weterynarii normuje ustawa z 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych. Dopuszczenie do wykonywania zawodu następuje poprzez wpis na listę lekarzy weterynarii przez okręgową radę lekarsko-weterynaryjną. Wpis poprzedza stwierdzenie, czy kandydat spełnia stawiane ustawą wymagania: posiada odpowiedni dyplom, obywatelstwo polskie, zdolność do czynności prawnych. Ustawa nie ustala, na jakich zasadach zawód ten mogą wykonywać cudzoziemcy (por. też rozporządzenie Ministra Rol-

⁸. Por. wyrok NSA z 23 IX 1994 r. (SA 390/949, opublikowane w „Orzecznictwie Sądów Polskich” z. 4/1995), ale też odmienne stanowisko zajęte w uchwale Sądu Najwyższego z 27 IV 1995 r. (III AZP 4/95).

⁹. Por. Z. Leoński, K. Wojtczak: Komentarz do ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, Warszawa-Poznań 1993, s. 52 in.

¹⁰. Por. M. Nestorowicz: op. cit.

nictwa i Gospodarki Żywnościowej z 19 III 1992 r. w sprawie trybu postępowania dotyczącego stwierdzania prawa wykonywania zawodu lekarza weterynarii oraz zasad prowadzenia listy lekarzy weterynarii posiadających prawo wykonywania zawodu, (Dz.U. nr 27, poz. 118). Obowiązki związane z wykonywaniem zawodu ustalono w sposób generalny - wykonywanie zawodu ze szczególną starannością w oparciu o zasady etyki i deontologii weterynaryjnej. Niemniej z ustawy wynika, że obowiązki lekarzy weterynarii polegają również na przestrzeganiu przepisów prawnych związanych z wykonywaniem zawodu. Lekarz weterynarii przed rozpoczęciem wykonywania zawodu musi uzyskać wpis w zasadzie na terenie tej izby okręgowej, na którym ma wykonywać zawód. Za naruszenie obowiązków lekarz weterynarii podlega odpowiedzialności zawodowej przed sądami lekarsko-weterynaryjnymi (okręgowym sądem lekarsko-weterynaryjnym i Krajowym Sądem Lekarsko-Weterynaryjnym jako sądem II instancji). Kary, które te sądy mogą stosować, to upomnienie, zawieszenie w prawach wykonywania zawodu oraz pozbawienie prawa wykonywania zawodu. Przepisy proceduralne zawiera rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z 29 VII 1993 r. w sprawie postępowania dotyczącego odpowiedzialności zawodowej lekarzy weterynarii (Dz.U. nr 79, poz. 371). Do uchwał organów samorządu dotyczących wykonywania zawodu, zawieszenia lub pozbawienia prawa wykonywania zawodu stosuje się przepisy k.p.a. dotyczące decyzji. Okręgowa rada może też zobowiązać lekarza weterynarii, u którego stwierdzono niedostateczne przygotowanie zawodowe, do odbycia przeszkolenia uzupełniającego pod rygorem utraty prawa wykonywania zawodu.

Gdy chodzi o lekarzy dentystów, regulacja prawna jest tu szczególna. W sprawach samorządu zawodowego ma tu zastosowanie ustawa o izbach lekarskich z 1989 r. (jest to samorząd wspólny dla obu rodzajów zawodów lekarskich), natomiast w sprawach wykonywania zawodu obowiązuje jeszcze rozporządzenie Prezydenta RP z 1927 r. o wykonywaniu praktyki dentystycznej. Ten ostatni akt normuje sprawę wykonywania nie tylko praktyki lekarsko-dentystycznej i dopuszczenia do wykonywania tego zawodu, ale również wykonywanie czynności techniczno-dentystycznych. Nadzór, zarezerwowany przez przepisy z 1927 r. dla władz administracji rządowej, w stosunku do lekarzy dentystów przejmują organy samorządu zawodowego. Nie dotyczy to jednak techników dentystycznych.

Sprawy regulacji wykonywania zawodu położnych i pielęgniarek przedstawiają się podobnie. Problematykę wykonywania zawodu normują przestarzałe przepisy rozporządzenia Prezydenta RP z 1928 r. o położnych i ustawy z 1935 r. o pielęgniarstwie, a sprawy samorządu zawodowego tych osób - ustawa z 19 IV 1991 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz.U. nr 41, poz. 178). Uprawnienia przewidziane w dawnych przepisach dla organów administracji państwowej przeszły z reguły na organy samorządu zawodowego. W szczególności przed przystąpieniem do wykonywania zawodu osoby te muszą uzyskać stwierdzenie prawa

wykonywania zawodu przez okręgową radę pielęgniarek i położnych. Obok odpowiedzialności zawodowej, w wyniku której można stosować najwyższą sankcję pozbawienia prawa wykonywania zawodu, przewiduje się także postępowanie administracyjne (odbywające się na podstawie przepisów k.p.a.), w wyniku którego okręgowa rada może pozbawić prawa wykonywania zawodu. Por. też przepisy zarządzenia Ministra Zdowia i Opieki Społecznej z 12 II 1993 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu postępowania w sprawach dotyczących pozbawiania i zawieszania prawa wykonywania zawodu pielęgniarki lub położnej z powodu niezdolności do wykonywania zawodu (M.P. nr 8, poz. 60). Nadto przepisy o położnych regulują również sprawy szkolnictwa dla tej kategorii osób.

Po sprywatyzowaniu większości aptek zawód farmaceuty stał się ponownie zawodem wolnym, choć osoby go wykonujące mogą być zatrudnione na podstawie stosunku pracy. Z ustawy o izbach aptekarskich z 1991 r., która nie tylko normuje problematykę samorządu ale także jest regulacją dotyczącą wykonywania zawodu, wynikają określone reguły dotyczące realizacji zawodu farmaceuty. Nadto pewne znaczenie mają tu przepisy wykonawcze zawarte w rozporządzeniu Ministra Zdowia i Opieki Społecznej z 14 XII 1992 r. w sprawie trybu postępowania w sprawach stwierdzenia prawa wykonywania zawodu aptekarza oraz prowadzenia rejestru aptekarzy i aptek (Dz.U. z 1993 r., nr 1, poz. 5) oraz rozporządzeniu Ministra Zdowia i Opieki Społecznej z 30 V 1993 r. w sprawie szczegółowych przepisów dotyczących postępowania w sprawach odpowiedzialności zawodowej aptekarzy (Dz.U. nr 63, poz. 305). Zawód farmaceuty jest wprawdzie wykonywany z reuły w aptekach, ale również może być wykonywany w hurtowniach srodków farmaceutycznych. Ustawa określa na czym polega wykonywanie tego zawodu (produkcja, sporządzanie, dystrybucja itp srodków farmaceutycznych, udzielanie a nich informacji, kierowanie apteką lub hurtownią). Ustawa odróżnia wykonywanie czynności fachowych w ramach samodzielnego wykonywania zawodu oraz działanie osób, które wykonują wprawdzie czynności fachowe, ale nie posiadają prawa samodzielnego wykonywania zawodu aptekarskiego. Osoby, posiadające uprawnienia do samodzielnego wykonywania zawodu aptekarskiego, muszą spełniać określone wymagania (muszą posiadać obywatelstwo polskie, mieć wyższe wykształcenie, odbyć praktykę i uzyskać wpis dokonany przez okręgową izbę aptekarską). Osoby, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, mogą wykonywać ten zawód za pozwoleniem Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej, wydanym w porozumieniu z Naczelną Radą Aptekarską. Owo „porozumienie” oznacza współdecydowanie. Izba aptekarska nie może w postępowaniu działać tu na prawach strony, ale jako organ współdecydujący, choć udział izby w sprawach udzielania lub cofania koncesji na apteki budził kontrowersje¹¹. Kwalifikacje do pełnienia funkcji

¹¹. NSA w wyroku z 19 XI 1993 (II SA 2017/92) stał na stanowisku, że w sprawach udzielania lub cofania koncesji na apteki, izby aptekarskie mogą występować na prawach strony. Inne zdanie wyraża

kierownika apteki i kierownika hurtowni farmaceutycznej normują art. 40 i art. 41 ustawy z 1 X 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i nadzorze farmaceutycznym. Ustawa ta normuje także obowiązki (odpowiedzialność) kierownika apteki i hurtowni farmaceutycznej. Ustala się tu zadania aptek, ich rodzaje, wydawanie środków farmaceutycznych i materiałów medycznych itp. oraz formy sprawowania nadzoru farmaceutycznego. Sprawy odpowiedzialności zawodowej przed sądami aptekarskimi normuje natomiast ustawa z 1991 r. o izbach aptekarskich.

4. Zawody techniczne

Jest kwestią umowną, co będziemy rozumieli przez określenie „zawody techniczne”. Który zawód jest dziś bardziej nasycony elementami „techniki”, który zaś nie jest, trudne jest do ustalenia. Przyjmujemy, że do tej grupy zawodów w świetle obowiązujących przepisów zaliczyć wypadnie przede wszystkim regulacje dotyczące wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wykonywanie uprawnień urbanistycznych oraz wykwalifikowanych funkcji w górnictwie i w geologii. Charakterystyczne dla tych zawodów jest to, że nie tworzy się dla nich samorządu zawodowego, regulacje dotyczące tych zawodów znajdują się w odpowiednich działach prawa materialnego, a swoista odpowiedzialność za naruszenie przepisów (zasad etyki) odbywa się przed organami administracji rządowej. Nie dotyczy to jednak kadr kwalifikowanych w dziedzinie górnictwa i geologii, gdzie brak jest tej odpowiedzialności.

Co się tyczy źródeł prawa, normujących sprawy wykonywania tych zawodów, to problematykę tzw. samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie normują rozdziały 2 i 10 ustawy z 7 VII 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. nr 89, poz. 414) oraz przepisy wykonawcze zawarte w rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z 30 XII 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 1995 r. nr 8, poz. 38). Problematykę uprawnień urbanistycznych normuje rozdział 5 ustawy z 7 VII 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. nr 89, poz. 415) i rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z 30 XII 1994 r. w sprawie uprawnień urbanistycznych (Dz.U. z 1995 r. nr 8, poz. 39). Sprawy wykonywania wykwalifikowanych funkcji w górnictwie i geologii normuje bardzo ogólnie art. 31 i art. 70 ustawy z 4 II 1994 r. Prawo górnicze i geologiczne (Dz.U. nr 27, poz. 96), a pozostałe kwestie rozporządzenie Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z 26 VIII 1994 r. w sprawie kwalifikacji do wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi (Dz.U. nr 93, poz. 445) oraz roz-

w tym zakresie Z. Kmiecik (glosa do tego wyroku zamieszczona w „Edukacji prawniczej” z. 10/1994), który uważa, że współdecydowanie wyklucza uczestnictwo w postępowaniu na prawach strony.

porządnie Ministra Przemysłu i Handlu z 10 X 1994 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych oraz mierzniwego, górniczego i geologa górniczego (Dz.U. nr 109, poz. 522)

W praktyce większe znaczenie posiadają przepisy o samodzielnych funkcjach technicznych w budownictwie, jako że mają one szerokie zastosowanie. Art. 12 ust. 1 Prawa budowlanego dwójako definiuje samodzielne funkcje techniczne. Określa je jako „działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązywania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych”, a nadto poprzez wyliczenie w siedmiu punktach działalności zaliczanej do samodzielnych funkcji technicznych. Samodzielne funkcje techniczne mogą być wykonywane przez osoby, które posiadają odpowiednią praktykę zawodową i wykształcenie techniczne. Warunkiem uzyskania uprawnień jest nadto złożenie egzaminu ze znajomości przepisów prawnych dotyczących procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej. Egzamin składa się przed komisją powołaną przez wojewodę. Uprawnienie uzyskuje się poprzez decyzję administracyjną wojewody. Przyznane uprawnienia podlegają wpisowi do rejestru, który prowadzi Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego (por. art. 82 ust. 1 pkt. 3), a także wojewoda. Ustawa (art. 104) gwarantuje zachowanie uprawnień budowlanych nabytych na podstawie dotychczasowych przepisów. W sposób odrębny przepisy (art. 15) normują sprawę nabycia uprawnień jak też ich utraty rzeczoznawcy budowlanego, jako szczególnego rodzaju uprawnień budowlanych (wyższe wymagania).

Rozdział 10 Prawa budowlanego traktuje o odpowiedzialności zawodowej osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. W istocie swej jest to odpowiedzialność typu karnego, dyscyplinarnego. Art. 95 wymienia pięć „czynów” za które ponosi się odpowiedzialność, sankcje natomiast - niezależnie od popełnionego czynu - reguluje inny artukul (art. 96). Są to sankcje swoiste: upomnienie, upomnienie z możliwością nałożenia obowiązku złożenia egzaminu, zakaz wykonywania funkcji technicznej w budownictwie na określony czas oraz pozbawienie prawa wykonywania tej funkcji. Postępowanie toczy się na podstawie przepisów k.p.a. (z pewnymi zmianami) przed wojewodą. Organem odwoławczym jest Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego. Służy tu również skarga do NSA.

Podobnie unormowano problematykę uprawnień urbanistycznych w ustawie z 7 VII 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym i w cytowanym rozporządzeniu wykonawczym z 30 XII 1994 r. Ustawa w art. 51 ustala, jakie czynności w zakresie planowania przestrzennego może wykonywać tylko osoba posiadająca uprawnienia urbanistyczne oraz wskazuje, jakimi kwalifikacjami oraz jaką praktyką zawodową, musi się wykazywać kandydat ubiegający się o uprawnienie. Szczegóły w tym zakresie ustala rozporządzenie wykonawcze. Postępowanie kwalifikacyjne oraz egzamin przeprowadza komisja powołana przez Ministra Gospodarki

Przestrzennej i Budownictwa, decyzję zaś o nabyciu uprawnień wydaje ten minister, jak też prowadzi rejestr osób posiadających uprawnienia urbanistyczne. Wymieniony minister wszczyna także postępowanie o odpowiedzialności zawodowej w stosunku do osób, które naruszyły postanowienia przepisów ustawy lub przepisów szczególnych i orzeka kary z najwyższą sankcją cofnięcia uprawnień. Istnieje wprawdzie Komisja Odpowiedzialności Zawodowej, powołana przez ministra, jej rola sprowadza się do pełnienia funkcji opiniodawczej (minister zasięga opinii przed wydaniem decyzji) oraz zgłaszania wniosku o przeprowadzenie rozprawy z udziałem przedstawiciela właściwego stowarzyszenia zawodowego. Także wojewoda posiada tu nader ograniczone uprawnienia, bo sprowadzające się do powiadamiania Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa o swych decyzjach stwierdzających niezgodność z prawem określonych dokumentów sporządzonych z udziałem osoby podlegającej odpowiedzialności zawodowej. W rejestrze odnotowuje się ostateczne decyzje o zawieszeniu lub cofnięciu uprawnień urbanistycznych. Postępowanie powyższe (o nadaniu uprawnień i o odpowiedzialności zawodowej) toczy się według przepisów k.p.a.

Nader lakonicznie unormowano w ustawie z 4 II 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze sprawy stwierdzania kwalifikacji do wykonywania (dozorowania, kierownia) prac geologicznych (art. 31) oraz kwalifikacji osób kierujących i sprawujących nadzór w zakładach górniczych (art. 68), oraz osób uprawnionych do sporządzania dokumentacji mierniczo-geologicznej przez mierniczych górniczych oraz geologów górniczych (art. 70). Punkt ciężkości spoczywa tu na przepisach wykonawczych z 1994 r. Nie normuje się tu spraw odpowiedzialności zawodowej, a jedynie rodzaj kwalifikacji i sposób stwierdzania uprawnień. W sprawach kwalifikacji do wykonywania, dozorowania, kierownia pracami geologicznymi orzekają komisje egzaminacyjne działające przy wojewodach; świadectwa uprawnień wydają organy państwowej administracji geologicznej, tj. wojewodowie i Główny Geolog (por. rozporządzenie wykonawcze z 26 VIII 1994 r.). Sprawy stwierdzania kwalifikacji do kierowania i dozoru ruchu zakładów górniczych oraz pełnienia funkcji mierniczego górniczego i geologa górniczego normuje cytowanej już rozporządzenie wykonawcze z 10 X 1994 r, które przewiduje egzaminy składane przed komisją, wydawanie świadectw oraz prowadzenie rejestru uprawnień przez organy nadzoru górniczego (dyrektorów okręgowych urzędów górniczych i Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego).

5. Zawód biegłego rewidenta

Zawód biegłego rewidenta nie mieści się w podanej wyżej typologii wolnych zawodów. Sprawy jego wykonywania normuje dziś ustawa z 13 X 1994 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie (Dz.U. nr 121, poz. 592). Ustawa ta jak wynika już z jej tytułu - normuje nie tylko sprawy wykonywania tego zawodu, ale również podstawy prawne funkcjonowania samorządu w tym zawodzie (można

tylko dać, że przewiduje ona organy samorządu tylko na szczeblu krajowym, a nie okręgowym). Biegli rewidentzi są uprawnieni do badania sprawozdań finansowych (art. 2). Zawód ten może być wykonywany przez osoby prowadzące działalność gospodarczą, jako wspólników spółek, wreszcie jako osoby pozostające w stosunku pracy w określonych podmiotach (art. 11). Biegłym może zostać osoba, która spełnia określone kwalifikacje (posiada wyższe wykształcenie, dwuletnią aplikację i praktykę, złoży z pozytywnym wynikiem egzamin). Wpisu do rejestru biegłych dokonuje Krajowa Rada Rewidentów (art. 6). Tenże organ, w przypadkach wskazanych w ustawie, skreśla biegłego z listy (art. 9). Ustawa ustala w sposób ogólny obowiązki i uprawnienia biegłych rewidentów (art. 12). Za naruszenie zasad wykonywania zawodu, określanych w ustawie lub za naruszenie zasad etyki zawodowej biegły ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną. W ramach tej odpowiedzialności można wymierzyć m.n. karę zawieszenia w czynnościach zawodowych na okres do 3 lat lub wydalenia z samorządu biegłych, co w konsekwencji oznacza ograniczenie lub pozbawienie uprawnień typu publicznoprawnego. O odpowiedzialności orzeka samorządowy organ - Krajowy Sąd Dyscyplinarny pierwszej i drugiej instancji (art. 31-32).

„KONSTYTUCYJNE” ORZECANIE SĄDÓW...?

1. Przypadek z praktyki: rada w mieście L. liczyła 40 członków. Na jednym z pierwszych posiedzeń po wyborze, kiedy doszło do sprawy kształtowania liczby i składu komisji zaproponowano, by - z uwagi na ograniczoną liczbę radnych - także liczba członków każdej z komisji nie mogła być większa niż 12 osób. Uchwała w tej sprawie zapadła jednogłośnie. Kiedy jednak przystąpiono do wyborów członków konkretnych komisji, okazało się, iż niektórzy radni w rezultacie nie znaleźli się w żadnej komisji; po prostu uzyskali zbyt mało głosów, inni mieli więcej. Wówczas „pokrzywdzeni” zwrócili się do wojewody, by zaskarżył do NSA - jako naruszającą prawo - uchwałę o ograniczeniu liczby członków komisji, bo to jej rygor spowodował praktycznie, że zabrakło dla nich miejsca w komisjach. Wojewoda postąpił zgodnie z ich wnioskiem (przy czym uzasadnienie było oryginalne, o czym dalej), a NSA orzekł, iż rzeczywiście, tego rodzaju uchwała jest sprzeczna z przepisem ustawy o samorządzie terytorialnym, mówiącym m.in. iż każdy radny ma obowiązek brać udział w pracach komisji. Uchwałę zatem uchylił. Z tego rodzaju poglądem nie zgodził się jednak I Prezes SN i wniósł rewizję nadzwyczajną, której głównym argumentem było z kolei to, iż kształtowanie składu komisji (i innych organów rady) jest jej dobrym prawem i tylko ona decyduje o tym, ilu komisje mają mieć członków. Może więc - jeśli zechce i to lege artis przegłosuje - również ograniczyć ich liczbę. A okoliczność, że w rezultacie takiego ograniczenia któryś z radnych nie wejdzie do składu komisji, nie może pozbawiać rady tego jej prawa. W demokratycznych wyborach zawsze może się zdarzyć, że ktoś nie będzie wybrany. Zaś wyżej cytowany przepis o obowiązkach radnego należy rozumieć tak, że radny ma obowiązek uczestniczyć w pracach komisji, do której został wybrany, a nie tak, że radnemu służy roszczenie i to sądowe o wybór do konkretnej komisji. I Sąd Najwyższy co do zasady te poglądy podzielił, uchwała rady pozostała zatem w mocy.

2. Mówiłem już, że uzasadnienie decyzji wojewody o wniesieniu skargi do NSA w powyższej sprawie było dosyć oryginalne. Tu przypomnę tylko, że wojewoda może zaskarżyć do NSA uchwałę rady tylko wówczas, jeśli narusza ona prawo. Ale w tym wypadku wojewoda wcale nie zajął tego stanowiska. Napisał mniej więcej tak: „prawo w tym zakresie jest niejasne. Można je rozumieć tak lub inaczej. Wnoszę zatem skargę do NSA, bowiem chciałbym uzyskać autorytatywną i fachową interpretację, jak w świetle prawa należy ocenić sytuację, w jakiej znalazła się rada”. W rezultacie zapadło orzeczenie Sądu Najwyższego, wojewoda osiągnął swój cel. Pozostaje teraz jednak pytanie, czy droga, jaką przyjął była naj-

właściwsza? Nasuwa się bowiem od razu myśl, że - być może - w takiej sytuacji trafniejsze (z systemowego punktu widzenia) byłoby zwrócenie się o wykładnię prawa do Trybunału Konstytucyjnego? Mogłaby to uczynić sama rada, bez uciekania się do interwencji wojewody (ten organ zresztą nie ma w tym zakresie legitymacji). Chyba zresztą również z uwagi na materialną istotę sprawy kwalifikuje się ona dobrze do rozpatrzenia przez TK. Problem ma charakter ustrojowy, jest istotny, dotyczy właściwie konstytucyjnych imponderabiliów. Myślę, że TK byłby nawet bardziej właściwym organem do rozpatrzenia takiej sprawy, niż NSA, a potem SN. Stało się jednak inaczej, sprawa została rozstrzygnięta przez inny organ. I chyba w gruncie rzeczy żadne istotne naruszenie, nawet może nie tyle prawa, ale pewnych ogólnych zasad podziału kompetencji między TK i SN nie wystąpiło. Sprawa leżała „na pograniczu”; mógł ją rozpatrzeć jeden z tych organów, mógł i inny. Załatwił ją ten, do którego trafiła. I w gruncie rzeczy dobrze się stało.

3. W ostatnim czasie dają się zaobserwować pewne kompetencyjne animozje między Trybunałem Konstytucyjnym a Sądem Najwyższym. Ślady ich znajdujemy niekiedy w piśmiennictwie. Jeden ze sporów dotyczył tego czy tzw. powszechnie obowiązująca wykładnia ustaw, ustalana przez Trybunał Konstytucyjny, wiąże również sądy, a szczególnie SN (w istocie rzeczy podobny problem mógłby się odnieść i do NSA). Kontrowersja powstała wówczas, gdy jeden ze składów SN nie zastosował in casu wykładni pewnego przepisu przyjętej oficjalnie przez TK, ponieważ sędziowie uznali, że w konkretnej sprawie inna wykładnia lepiej odpowiada literze prawa. Mogli zapewne uczynić to w sposób „zawoalowany” (tak, jak to się zwykle czyni właśnie wówczas, gdy zbyt rygorystyczne zastosowanie jakiegoś przepisu prowadzi do nieracjonalnych lub niesprawiedliwych rezultatów) i oświadczyć, że interpretacja TK wprawdzie jest oficjalna, ale akurat tego konkretnego - rozpatrywanego przez SN - przypadku nie powinna dotyczyć, przytoczyć odpowiednie mniej lub bardziej przekonujące za tym argumenty i w ten sposób nie stawiać sprawy na ostrzu noża. Sędziowie SN wybrali jednak inną drogę. Oświadczyli, że wykładnia TK jest może i powszechnie obowiązująca, lecz nie dotyczy to sądów, bowiem „sędziowie są niezawisli i podlegają tylko ustawom”, a wykładnia - czyja by nie była - ustawą mimo wszystko nie jest i być nie może. Oczywiście, argumenty za takim stanowiskiem są poważne, bowiem rzeczywiście formuła konstytucyjna nie brzmi wcale tak, że „sędziowie podlegają ustawom i wykładni TK”. Takie stanowisko doprowadziło jednak oczywiście do zupełnie niepotrzebnych napięć o prestiżowym charakterze. W rezultacie także na tle niektórych projektów konstytucyjnych pojawiły się poglądy, że nie tylko wykładnia TK ma wiązać wszystkich bez wyjątku, ale że interpretacja konstytucji powinna być zastrzeżona tylko i wyłącznie dla TK, a innym sądom powinna być wzbroniona (!), że sądy powszechne nie powinny mieć prawa do oceny legalności przepisów prawa etc. Co więcej, pojawiły się przy tym i inne intencje: aby odebrać SN prawo do oceniania ważności wyborów (głównie prezydenckich) i przekazać je „bardziej

godnym” tej kompetencji organom, aby prawem zobowiązać różne organy państwa (także i sądy) do zwracania się o wykładnię TK w różnych sprawach itp. itd.

Tego rodzaju kontrowersje i animozje „na szczytach” pojawiły się i pojawiają się zawsze (przypomnijmy tu spory o niektóre sformułowania nowej ustawy o NSA, które traktowano z kolei jako prowadzące do „ograniczenia” kompetencji SN), a po pewnym czasie odchodzą w przeszłość i są najspokojniej zapominane. Zresztą, akurat w obecnej chwili naczelne instancje sądowe nie powinny chyba dążyć do poszerzenia swych kompetencji, a raczej patrzeć na tego rodzaju poczynania projektodawców kolejnych ustaw z pewną dozą przerażenia: TK stoi przed chwilą wprowadzenia powszechnej skargi konstytucyjnej, która może poważnie utrudnić mu działalność i przed nadaniem jego orzeczeniom mocy ostatecznej (obecnie mogą być one odrzucone kwalifikowaną większością głosów przez parlament), co musi spowodować również i to, że na forum TK toczyć się będą nie tylko spory o prawo, ale i politykę, a już na pewno o pieniądze... SN oczekuje na wprowadzenie powszechnej skargi kasacyjnej, co może mieć podobne skutki jak stworzenie *actio popularis* dla klienteli TK i jest prawdopodobne (aczkolwiek nie konieczne), że zawowocuje to również napływem skarg w nieoczekiwanej zgoła ilości.

NSA w nowej ustawie uzyskał prawo do zastępowania w pewnych sytuacjach swymi orzeczeniami decyzji administracyjnych (złośliwi twierdzą, że może teraz decydować o tym, że X ma być powołany na kierownika, a Y zapłacić większe cło za sprowadzony towar etc.), zwiększył też swe kompetencje w sferze ustalania wykładni. Słowem, już mamy do czynienia z poważnym wzrostem uprawnień i znaczenia sądów, a pilny obserwator mógłby stwierdzić, że w wielu nowych projektach ustaw przewiduje się dla nich coraz to nowe zadania i kompetencje. Myślę, że w takiej sytuacji wszelkie „spory o kompetencje” nie mają szczególnie racjonalnego uzasadnienia. Wzajemne ewidentne „nieuzasadnione naruszenia właściwości” mogą być w praktyce zgoła rzadkimi, wyjątkowymi zjawiskami. Nawet jeśli gdzieś mogą wystąpić (tak jak w sprawie omówionej na początku), to nie będzie to jakimś skandalem, jeśli sprawę rozstrzygnie po prostu ten, do którego została ona skierowana. Bo tak naprawdę z historycznej perspektywy o autorytecie sądu wcale nie rozstrzyga zakres właściwości w jakichś spektakularnych sprawach, o których pisują gazety, ale codzienny poziom orzecznictwa, wpływ, jaki ma ono na praktykę, szczególnie zaś w tych dziedzinach, które są dokuczliwe dla obywateli, stabilność i dostępność tego orzecznictwa, przez co trzeba rozumieć również jasny i przekonujący charakter uzasadnień. To są decydujące elementy, a wcale nie jakieś wyjątkowe, efektowne kompetencje, nawet jeśli są zapisywane w aktach wysokiej rangi i przydają ich nosicielowi prestiżu i spektakularnego autorytetu.

4. Niezależnie jednak od niewielkich w istocie rzeczy problemów kompetencyjnych (które w końcu zdarzają się wszędzie i dotyczą najprzeróżniejszych struktur) sprawa podstawowa przedstawia się w sposób oczywisty: rola niezawisłego sądownictwa jako podstawowego elementu systemu sprawowania władzy w Polsce

- głoszącej, że zamierza być demokratycznym państwem prawa - nieustannie rośnie i staje się jednym z fundamentalnych tematów do podjęcia zasadniczej teoretycznej dyskusji.

Kiedy w Polsce lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych dyskutowano nad potrzebą może nie tyle jeszcze powołania sądownictwa prawa publicznego, ile nad wzbogaceniem i rozszerzeniem form udziału sądownictwa powszechnego w ochronie praw jednostki wobec władzy, widziano tę rolę mniej więcej tak, jak ujmowała je dziewiętnastowieczna nauka prawa, a więc w oparciu o takie pojęcia jak „Rechtstaatlichkeit”, „L'etat de droit”, „Grundrechte” etc. etc. Te dążenia - można już dziś powiedzieć - zakończyły się niewątpliwym sukcesem. Polska uzyskała sądownictwo administracyjne i konstytucyjne, ma dziś dobrze funkcjonującego ombudsmana i w istocie rzeczy można stwierdzić, że wszystkie instytucje, świadczące już nawet nie tylko o legalistycznym (praworządnościowym), ale wręcz eleganckim systemie ochrony praw jednostki przed administracją są w naszym systemie obecne. Czas jednak nie stoi w miejscu, świat, państwo i system rządzenia zmieniają się z każdą chwilą, dlatego coś, co dwadzieścia lat temu było olbrzymim sukcesem, dziś już może okazać się niewystarczające, nieadekwatne, niepełne. Dzieje się tak chyba również z sądową kontrolą nad administracją (nie myślę tu tylko o sądzie administracyjnym, ale o całym systemie sądownictwa prawa publicznego, łącznie z Sądem Najwyższym i Trybunałem Konstytucyjnym).

Od dawna jestem zdania (pogląd ten uzasadniam w paru ostatnich książkach), że nieuchronną konsekwencją rozwoju współczesnego systemu prawa, zmian w sposobach przygotowywania, projektowania, stanowienia i funkcjonowania prawa jest wzmocnienie i rozszerzenie roli sądów w tych procesach. Współczesne prawo zmieniło najwyraźniej swą twarz: nie niesie już ze sobą zasadniczych wartości etycznych, przestało być wyrazem poczucia sprawiedliwości, uczciwości, przyzwoitości, często nawet rozsądku. Ustawodawca nie jest dziś ani filozofem, ani wychowawcą: stał się twórcą kolejnych okólników (których projekty są zwykle dziełem administracji), którym tylko nadaje inną nazwę i formę. Nikt dziś nie dba ani o społeczny efekt prawa (w sensie np. jego zrozumiałości i siły przekonywania), ani też o jego trwałość. Prawo stało się technicznym środkiem rządzenia na co dzień. W rezultacie powstała luka, domagająca się wypełnienia: zwiększenie roli sędziego w procesach rządzenia i administrowania (przy wszystkich niebezpieczeństwach, jakie mogą się z tym wiązać) jest obiektywnym rezultatem istniejącego stanu rzeczy. Ten proces wcale nie słabnie, tylko się nieustannie pogłębia; nie jest to wcale rezultatem „chęci” czy „przekonań” sędziów, ale po prostu wynika z obiektywnej konieczności. Przyszłe prawo - w rezultacie - będzie w znacznie większym stopniu niż dziś prawem sędziowskim, i tak po prostu ma być, jeśli zasadę państwa prawa traktujemy poważnie i wyciągamy z niej logiczne i obiektywne konsekwencje. Przecież wyrazem tej a nie innej tendencji są projekty i rozstrzygnięcia praktycznie zmierzające do tego, by - w określonych sytuacjach - wyrok Trybunału Konstytucyjnego

tucyjnego zastępował przepis ustawy, a wyrok NSA - decyzję administracyjną. I nikt nie twierdzi, jakoby te idee zmierzały do osłabienia praworządności, wręcz przeciwnie, mają je wzmacniać, a ja sam także uważam, że tak będzie w rzeczywistości. Skoro jednak tak, to ten stan rzeczy musi odzwierciedlać się również we wszystkich dyskusjach nad przyszłą pozycją, zadaniami, uprawnieniami i ustrojącą rolę polskiego sądownictwa. Problem dotyczy nie tylko Polski. Ma wymiar ogólnoeuropejski lub nawet ogólnoswiatowy. Piśmiennictwo (i samo orzecznictwo sądów) nie zawsze umie podejść chłodno i zrozumieć, że w gruncie rzeczy nie ma wielkiego pola do deliberacji; konieczne jest zaakceptowanie sytuacji, będącej konsekwencją obiektywnych zmian w życiu społecznym. Łatwo to prześledzić na przykładach historycznych: jeszcze na początku naszego stulecia doktryna koncentrowała się raczej na problemie sądowej kontroli nad działaniami administracji, ale nie nad legislaturą. Ten zakres funkcji sądów wynikał jeszcze w miarę logicznie zarówno z zasady podziału władz, jak i z zasady praworządności (legalizmu). W gruncie rzeczy jednak taka logika funkcjonowania państwa zaczęła burzyć się u podstaw wówczas, gdy okazało się, iż parlamenty i stanowione przez nie prawo mogą z łatwością stawać się posłusznymi instrumentami władzy totalitarnych reżimów i że władza większości nad mniejszością również może przybierać karykaturalne, tyrańskie formy. W konsekwencji teorii nowoczesnego konstytucjonalizmu, opierając się na filozofii „powrotu do pluralizmu”, doprowadziły w szybkim czasie do ukształtowania się przekonania, że „wola ustawodawcy” nie może być w każdej sytuacji ostatecznym rozstrzygnięciem, że nie jest on ani święty, ani wszechwiedzący i wszechrozumny, ani też nietykalny. Skoro zaś zgodzono się na to, iż w praktyce zdarzają się prawa uchwalane wprawdzie przez większość lecz przeciw w istocie rzeczy nieracjonalne, nieetyczne czy niesprawiedliwe, logiczny wniosek mógł być tylko jeden: potrzebna jest jeszcze możliwość ewentualnej kontroli i korekty. Instancją zaś, która może się podjąć efektywnego sprawowania tej funkcji są wyłącznie niezawisłe sądy. Dzieje się tak dlatego, że z jednej strony sędziowie są z reguły niezależni od aktualnego politycznego reżimu (a przynajmniej tak powinno być), z drugiej - tkwią w realiach codziennego życia, będąc blisko społeczeństwa, jego potrzeb i dążeń, po trzecie wreszcie - zawsze obowiązani są do uzasadniania swych decyzji w pisemnej i jawnej formie. To w pewien sposób dokumentuje również ich demokratyczną legitymację, a raczej stwarza im potencjalne możliwości działania w demokratyczny sposób. Takie możliwości są urzeczywistniane w różny sposób, zależący od wielu okoliczności, różnych w różnych krajach. W każdym razie one niewątpliwie istnieją i mogą być zawsze w mniejszym lub większym stopniu zrealizowane. Często zresztą niezbędność ingerencji sądów wcale nie dotyczy sfery polityki, lecz wynika po prostu z warunków współczesnego życia i charakteru gospodarki rynkowej.

Przykład dany przez jednego z zagranicznych autorów: w dzisiejszym społeczeństwie, zdominowanym przez obrót masowy, akcje i konflikty społeczne coraz

częściej przybierają zbiorowy charakter. Powoduje to, że działanie pewnego podmiotu może spowodować korzyści lub szkody dla wielu osób. W konsekwencji - co widzi się powszechnie - tradycyjny model procesu, opartego na zasadzie „konfliktu dwóch równych stron” i „ograniczonego do rozstrzygnięcia konkretnej indywidualnej sprawy” staje się zupełnie nieadekwatny. Fałszywa informacja rozpowszechniona przez wielkie przedsiębiorstwo handlowe powoduje szkodę od razu dla tysięcy ludzi; a co wówczas, jeśli taką informację podaje w telewizji przedstawiciel rządu? Zatrucie wody w jeziorze powoduje zmianę sytuacji setek użytkowników. Puszczanie do sprzedaży trującego produktu powoduje zmiany w zdrowiu tysięcy jego nabywców. Otóż właśnie możliwość „masowych szkód” czy „zbiorowych konfliktów” jest również zjawiskiem charakterystycznym dla naszych czasów. Równocześnie jednak powstaje potrzeba wypracowania przez sądownictwo stanowiska wobec takich sytuacji; podobnie sądownictwo prawa publicznego niechętnie odnosi się do możliwości reagowania wobec administracyjnych rozstrzygnięć dotyczących od razu całych grup ludności. To wszystko się jednak zmienia krok po kroku i będzie się nadal zmieniać w przyszłości.

5. W takiej sytuacji staje się jasne, iż „podział kompetencji” między sądami różnych rodzajów - powszechnymi, administracyjnymi, konstytucyjnymi, innymi wreszcie - może mieć tylko porządkujący charakter, ułatwiający codzienne funkcjonowanie magistratury, nie zaś rygorystyczny, wzorowany na proceduralnym prawie administracyjnym (w którym - jak ogólnie wiadomo - decyzja wydana przez niekompetentny organ jest co najmniej wadliwa, jeśli nie *ex lege* nieważna). Samo zresztą pojęcie „kompetencji” czy też „właściwości” w odniesieniu do organów sądowych (a już szczególnie w stosunku do naczelnych organów sądowych) musi być traktowane z dopuszczeniem sfery, w której dopuszczalne są oceny i pewien stopień uznaniowości. Praktyka wskazuje przecież, że w Sądzie Najwyższym zdarzają się nieustannie sprawy na pograniczu prawa pracy, cywilnego, administracyjnego, finansowego, nawet karnego i że najczęściej decyduje to, czy rozpatrujący sprawę sąd uzna się za właściwy czy też nie. Coraz częściej pojawiają się w orzecznictwie SN elementy ze sfery prawa międzynarodowego. Sięganie do przepisów konstytucji stało się w praktyce tego sądu rozpowszechnionym zjawiskiem. Traktuje się to niczym coś oczywistego. Kiedy w Izbie Administracyjnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN pojawiła się sprawa, której przedmiotem był bardzo praktyczny problem: co należy czynić w sytuacji, gdy dotychczasowy wojskowy regulamin dyscyplinarny utracił moc, a nowego właściciwie władze jeszcze nie wydały, do rozpatrzenia tej sprawy (przez skład 7 sędziów) włączono także sędziów z Izby Wojskowej tego sądu. Sprawa została rozpatrzona i podjęto uchwałę. Można było prawdopodobnie także zwrócić się do Trybunału Konstytucyjnego o zajęcie stanowiska. Nie uczyniono tego jednak i nikomu nie przyszło do głowy, aby właśnie z tego powodu wyrażać zastrzeżenia wobec tejże uchwały. W świetle przepisów była ona oczywiście ważna i skuteczna. Sądy powszechne niższych instancji, a tak-

że NSA często zwracają się do SN o rozstrzygnięcie zagadnień prawnych, jeżeli budzą one wątpliwości w praktyce, czyni to również Rzecznik Praw Obywatelskich. Praktyka (ciekawa!) tego ostatniego organu wskazywała wyraźnie, iż u podstaw decyzji, do którego z organów - TK czy SN - zwrócić się o rozstrzygnięcie problemu wcale najczęściej nie leżały względy przedmiotowe lub materialne, a raczej - jeśli można tak rzec - taktyczne. Jeśli np. w TK znajdowała się właśnie znaczna (wedle jego oceny) liczba wniosków Rzecznika, zwracał się do SN, licząc na wcześniejsze uzyskanie odpowiedzi. Kwestie „kompetencyjne” wcale nie były podstawowym kryterium.

Myślę więc, iż również w przyszłości problemy „podziału kompetencji” między naczelnymi organami sądowymi nie będą miały podstawowego znaczenia. Nie należy przewidywać „rezerwowania” spraw wedle jakiegoś ścisłego, przedmiotowego kryterium dla tego czy innego sądu na szczeblu centralnym, poza oczywiście fundamentalnymi granicami właściwości (karne, cywilne, administracyjne), które też mogą często mieć bardziej elastyczny charakter. Próby ustanowienia „wyłączności na interpretację przepisów konstytucji” są raczej - gdyby traktować je poważnie - od początku skazane na niepowodzenie. Właściwa jest wręcz przeciwna droga patrzenia na problem: w demokratycznym, praworządnym państwie każdy niezawisły sąd musi być (nawet niezależnie od swej woli) w niektórych wypadkach sądem konstytucyjnym. I ten kierunek przekształceń będzie się rozwijał, a nie ograniczał.

6. Można zresztą wskazać na wyraźne przykłady zarówno z praktyki SN, jak i NSA wskazujące na to, że „konstytucyjny” kierunek orzekania nie budzi już dziś ani u orzekających sędziów, ani u publiczności, ani też u teoretyków - jakichś szczególnych emocji. Zaakceptowano go po prostu jako coś oczywistego i naturalnego. ten kierunek rozwoju wykładni prawa został m.in. bardzo wysoko oceniony przez prof. Eugeniusza Smoktunowicza, zwracającego m.in. uwagę na to, iż właśnie orzecznictwo sądowe „ożywiło” niektóre przepisy konstytucyjne, czy też zasad ogólnych kpa „nadając im charakter obowiązujących norm prawnych, których naruszenie powoduje uchylenie zaskarżonej decyzji. Dzisiejszy Jubilat opublikował m.in. obszerny wybór orzecznictwa NSA dot. przepisów kpa, a jest to opracowanie chyba na co dzień leżące na biurku każdego teoretyka czy praktyka zajmującego się prawem administracyjnym. Ze swej strony chciałbym wskazać na kilka zasad - praktycznie mających wręcz konstytucyjny charakter i treść - ujętych wprost bądź bezpośrednio wynikających z orzecznictwa Izby Administracyjnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN. Mimo że nie ma ich tak wiele (choć niektórzy twierdzą, że jest ich dużo!) można zwrócić uwagę, iż tworzą one pewien komplementarny, w miarę spójny, acz ograniczony co do zakresu system, niejako „małą konstytucję przyzwoitego zachowania się władzy wobec obywatela”. Oto więc niektóre z owych praktycznych zasad:

- w każdej sprawie musi być ktoś kompetentny, nie wolno obywatela odsyłać „donikąd”,
- obywatele są równi wobec prawa; jeśli więc coś przyznało się jednemu, nie wolno tego odmówić innemu, jeśli jest w identycznej sytuacji,
- uczciwie nabyte prawa obywateli muszą być poszanowane,
- organ ma obowiązek poinformować obywatela o jego sytuacji prawnej, szczególnie jeśli widać, że sam sobie chce zaszkodzić,
- nie można czynić komuś zarzutu z tego, że nie zastosował się do prawa, jeśli
- uczciwie rzecz biorąc - nie miał możliwości, żeby się z nim zapoznać,
- każdy przepis reguluje przyszłość, a nie przeszłość,
- interesu publicznego nie można przeliczać na pieniądze,
- kto działał w uczciwym zaufaniu do prawidłowości działań organu (jego decyzji) nie może być z tego tytułu narażony na szkodę,
- w praworządnym państwie urząd nie kłamie, urząd nie kręci, urząd dotrzymuje czego przyrzekł,
- organ nie może przerzucać na głowę obywatela skutków swoich własnych błędów,
- nie wolno nagle i nieoczekiwanie zmieniać praktyki stosowania prawa, można to czynić tylko „na przyszłość” i wcześniej poinformować o tym zainteresowanych,
- każdy ma prawo zaznajamiać się z aktami własnej sprawy,
- każda decyzja ma być uczciwie i przyzwoicie uzasadniona, co do faktów i co do prawa,
- od każdej decyzji służy odwołanie w toku instancji, a jego skutkiem ma być ponowne przeprowadzenie całego postępowania,
- każde postępowanie jest dwuinstancyjne; wyjątki od tej zasady muszą być bez żadnej wątpliwości przewidziane w ustawie, nie mogą wynikać z interpretacji przepisów,
- od każdej ostatecznej decyzji służy skarga do sądu,
- konwencje prawa międzynarodowego (ratyfikowane) bezpośrednio stosuje się w Polsce,
- orzecznictwo Trybunału Strasburskiego Praw Człowieka również stosuje się w Polsce,
- przepisy prawa trzeba interpretować zgodnie z zasadami wyrażonymi w konstytucji,
- opóźnianie wydania decyzji, aby odwlec kontrolę sądową, jest naruszeniem prawa,

- za szkody, wyrządzone przez administrację, obywatelowi należy się odszkodowanie; jeśli sprawa toczy się w sądzie administracyjnym, ten sąd powinien poinformować obywatela o takiej możliwości.

Już z powyższego wyliczenia widać, że zasady te mają różny charakter, treść i znaczenie; tym niemniej właśnie ich różnorodność wskazuje na możliwości sądu i na kierunek, w jakim zmienia jego orzecznictwo - jeśli się go ogólnie ujmuje, jako tendencję do realnego urzeczywistnienia idei demokratycznego państwa prawa, nie popełni się chyba błędu. Nie ma właściwie miesiąca, aby ten katalog nie ulegał rozszerzeniu. Zaś ocena tego dorobku sądu w piśmiennictwie jest również pozytywna; co więcej, kilkakrotnie już służył on na forum międzynarodowym, jako wyraźny dowód, iż praktyka sądownictwa polskiego odpowiada europejskim tendencjom w zakresie rozwoju prawa publicznego. Można więc uważać, iż „konstytucyjne” orzekanie innych sądów, a nie tylko TK, jest procesem ze wszech miar pozytywnym: umacnia praworządność sprawowania władzy, zmierza do ustalenia i ujednolicenia właściwych kierunków interpretacji prawa, stanowi atrakcyjne zjawisko z teoretycznego punktu widzenia. Należy więc dążyć do jego rozszerzania.

PRAWA PACJENTA I ICH OCHRONA W ŚWIETLE USTAWY - KARTA PRAW PACJENTA

Prawa pacjenta rozproszone są po wielu aktach normatywnych różnej rangi. Pierwszy w naszym ustawodawstwie, choć dość ogólny katalog praw pacjenta sformułowany został w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej¹. Obok tej ustawy kwestie uprawnień pacjenta regulują także inne akty prawne: rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej o położnych², ustawa o pielęgniarstwie³, o zawodzie lekarza⁴, zwalczaniu chorób zakaźnych⁵, ochronie zdrowia psychicznego⁶ oraz ustawa o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów⁷. Również uchwalony w 1991 r. kodeks etyki lekarskiej⁸ normuje stosunki między lekarzami a pacjentami. Znaczna część przepisów tego kodeksu dotyczy praw pacjenta. Wspomnieć należy, iż uprawnienia pacjentów określają także projekty ustaw o zawodzie lekarza oraz o zawodzie pielęgniarki i położnej, które są w trakcie procesu legislacyjnego⁹.

Katalog praw pacjenta, jak już wspomniałam, zawiera ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. Choć regulacja ta idzie zasadniczo we właściwym kierunku, to jednak jest ona bardzo ogólna i niekompletna. Prawa pacjenta określone w tej ustawie odnoszą się tylko do pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych

1. Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. nr 91, poz. 408, z późn. zm.).

2. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 16 marca 1928 r. o położnych (tj. Dz.U. z 1934 r., nr 5, poz. 41 z późn. zm.).

3. Ustawa z dnia 21 lutego 1935 r. o pielęgniarstwie (Dz.U. nr 27, poz. 199, z późn. zm.).

4. Ustawa z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. nr 50, poz. 458, z późn. zm.).

5. Ustawa z dnia 13 listopada o zwalczaniu chorób zakaźnych (Dz.U. nr 50, poz. 279, z późn. zm.); ustawa z dnia 22 kwietnia 1959 r. o zwalczaniu gruźlicy (Dz.U. nr 27, poz. 170, z późn. zm.); dekret z dnia 16 kwietnia 1946 r. o zwalczaniu chorób wenerycznych (tj. Dz.U. z 1949 r. nr 51, poz. 394, z późn. zm.).

6. Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. nr 111, poz. 535).

7. Ustawa z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. nr 138, poz. 682).

8. Uchwała II krajowego zjazdu lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 r., znowelizowana uchwałą III krajowego zjazdu lekarzy z dnia 14 grudnia 1993 r.

9. Projekt ustawy o zawodzie lekarza opublikowany w druku sejmowym nr 412 z dnia 11 maja 1994 r.; projekt ustawy o zawodzie pielęgniarki opublikowany w druku sejmowym nr 139 z dnia 19 listopada 1993 r. oraz projekt ustawy o zawodzie położnej - druk sejmowy nr 140 z dnia 19 listopada 1993 r.

udzielanych przez zakłady opieki zdrowotnej (publiczne i niepubliczne), w tym także do pacjentów leczonych w szpitalach. Jednakże niektóre ze świadczeń zdrowotnych jak np. pielęgnacja chorych, opieka nad niepełnosprawnymi realizowane są poza zakładami opieki zdrowotnej przez jednostki organizacyjne nie mające statusu zakładu, ale pełniące funkcje zakładów opieki zdrowotnej. Pozostaje więc wątpliwość, czy do pensjonariuszy takich placówek jak domy pomocy społecznej, ośrodki opiekuńcze będą odnosiły się uprawnienia przewidziane przez ustawę o zakładach opieki zdrowotnej. Podkreślić też należy, iż znaczna część świadczeń zdrowotnych udzielana jest poza zakładami opieki zdrowotnej przez osoby wykonujące indywidualną praktykę zawodową. Do tej grupy pacjentów nie będą odnosiły się uprawnienia określone przez ustawę o zakładach opieki zdrowotnej. Obowiązująca ustawa o zawodzie lekarza relacje lekarz - pacjent, opiera na układzie paternalistycznym. Kreuje model pacjenta biernego, zdominowanego przez lekarza, będącego „przedmiotem” postępowania medycznego. Decyzje o leczeniu i jego metodach podejmuje lekarz. Wprawdzie prawa pacjenta określa kodeks etyki lekarskiej, zawierający normy wiążące lekarzy, to jednak z uwagi na charakter tej regulacji trudno uznać unormowania w nim zawarte za wystarczające.

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego nawiązuje do praw pacjenta określonych w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej (art. 10 i art. 13), a także wprowadza nowe przepisy dotyczące stosunku pacjent - lekarz, uwzględniające specyfikę zakładów psychiatrycznej opieki zdrowotnej. Z uwagi na „szczególny podmiot”, jakim jest osoba z zaburzeniami psychicznymi ustawa przewiduje pewne ograniczenia ich uprawnień (np. art. 18, 21, 22).

Dyskusja na temat praw pacjentów i ich ochrony toczy się od dłuższego czasu. W jej ramach akcentowano pogląd wskazujący na konieczność całościowego uregulowania praw pacjenta w jednym akcie prawnym rangi ustawowej, a także stanowisko negujące potrzebę uchwalenia odrębnego aktu¹⁰. Przeciwnicy takiej regulacji podnosili, że istnieją akty prawne gwarantujące pacjentom określone uprawnienia w procesie leczenia i ich ochronę. Zwolennicy odrębnego, całościowego unormowania praw pacjenta uważali natomiast, iż rozproszenie tych praw w różnych aktach normatywnych powoduje, że pacjenci nie zdają sprawy z tego, iż przysługują im w ogóle jakieś prawa. W końcu przeważało stanowisko opowiadające się za potrzebą kompleksowego i szczegółowego uregulowania praw pacjenta w jednej ustawie. W parlamencie przedłożony został projekt ustawy - Karta Praw Pacjenta¹¹.

¹⁰. Por. I. Marcisz: Pacjent czy preparat biologiczno-chemiczny, „Wspólnota” 1995, nr 43, s. 10; J. Sabbat, J. Halik: Ruch na rzecz praw pacjenta w Europie, „Antidotum” 1994, nr 6, s. 39 i n.

¹¹. Opublikowany w druku sejmowym nr 160 z dnia 6 grudnia 1993 r.

Wypada wspomnieć, iż w państwach europejskich też nie ma jednego modelu regulacji prawnej dotyczącej praw pacjentów i ich ochrony. W Niemczech brak jest jednego aktu prawnego normującego powyższą materię¹². W Wielkiej Brytanii natomiast obowiązuje akt prawny w postaci karty praw pacjenta, który określa prawa pacjenta i wymagania jakie powinny spełniać podmioty świadczące usługi medyczne, aby zapewnić realizację tych praw¹³.

Autorzy projektu ustawy podjęli próbę prawnego uporządkowania sytuacji pacjenta. Należy zatem rozważyć, czy projekt ten w podstawowych założeniach jest zgodny z oczekiwaniami pacjentów oraz środowisk medycznych. Tytuł projektu ustawy sugeruje, że ma to być akt stanowiący swego rodzaju „konstytucję” praw pacjentów i lekarzy, a tymczasem już z art. 1 projektu wynika, iż dotyczy on praw pacjentów korzystających ze świadczeń zakładów opieki zdrowotnej. Sądzę jednak, że prawa zawarte w karcie praw pacjenta powinny przysługiwać wszystkim pacjentom niezależnie od miejsca uzyskania świadczeń.

W projekcie ustawy brak jest ogólnej definicji pacjenta, podobnie zresztą, jak i w innych przepisach dotyczących omawianej problematyki. Wydaje się, że nazbyt pochopnie autorzy projektu zrezygnowali z konstruowania takiej definicji uznając, że jest to pojęcie powszechnie znane, nie stwarzające większych trudności interpretacyjnych. Pojęcie „pacjent” nie jest jednoznaczne. Według Słownika Języka Polskiego pacjent to chory zwracający się po poradę lekarza lub osoba będąca pod opieką lekarską¹⁴. Ujęcie takie jest jednak zbyt wąskie. Nie można przecież pozbawić statusu pacjenta osoby, która nie będąc chorą i mając tego świadomość, zwraca się do lekarza po poradę w celu profilaktycznym. Nie spełnia także przesłanek powyższej definicji dawca komórek, tkanek i narządu, które mają być pobrane w celu transplantacji *ex vivo*. Co więcej osoba taka przed dokonaniem przeszczepu jest zdrowa a dopiero po zabiegu zostaje trwale okaleczona. Przykłady te wskazują na konieczność stworzenia definicji, która miałaby szerszy zakres podmiotowy. Na użytek dyskusji wokół praw pacjenta należałoby przyjąć, moim zdaniem, szersze rozumienie pacjenta. W takim ujęciu pacjent to osoba korzystająca ze świadczeń zdrowotnych bez względu na stan jej zdrowia, a więc niezależnie czy jest to osoba chora czy zdrowa.

Następnym problemem jest określenie pojęcia „prawa pacjenta”. Problematyka praw pacjenta, w tym także samego pojęcia tych praw, nie wzbudzała większego zainteresowania w doktrynie. Zauważalna w ostatnich latach aktualność i waga

¹². M. Liszewska: Prawa pacjenta w Niemczech, „Antidotum” 1994, nr 2, s. 43 i n.

¹³. Zob. J. Osuchowska, Karta praw pacjenta w Wielkiej Brytanii, „Antidotum” 1992, nr 12, s. 19 i n.; R. Priestley: Współistnienie praktyk prywatnych i publicznego sektora opieki zdrowotnej w Wielkiej Brytanii, (w:) Prawo do opieki zdrowotnej w systemie gospodarki rynkowej, red. M. Safjan, E. Zielińska, Warszawa 1993, s. 48-49.

¹⁴. M. Szymczak: Słownik Języka Polskiego, Warszawa 1988, t. II, s. 578.

tych zagadnień wpłynęła na wzrost zainteresowania nauki tą problematyką. Próbę zdefiniowania praw pacjenta podjęła D. Safjan. Jej zdaniem prawa pacjenta - to prawa człowieka w relacji do określonej instytucji (zakładu opieki zdrowotnej) lub w relacji do przedstawicieli zawodów medycznych, ze względu na podejmowane przez nich czynności zawodowe lub urzędowe¹⁵.

W myśl art. 1 projektu ustawy „każdy pacjent ma prawo do uzyskania świadczenia zdrowotnego w zakładzie opieki zdrowotnej zgodnie z posiadanymi uprawnieniami. Rodzaj, zakres, miejsce i czas uzyskania świadczenia zdrowotnego uzależnione są od stanu zdrowia pacjenta i poziomu wiedzy medycznej”. Przepis ten budzi liczne zastrzeżenia i wątpliwości.

Na gruncie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej wyróżniamy zakłady publiczne i niepubliczne. Ze świadczeń udzielanych przez zakłady niepubliczne może korzystać każda osoba, zgłaszająca się do takiego zakładu, ale na zasadzie odpłatności. Pojawia się tu pytanie, czy zakład niepubliczny będzie miał obowiązek przyjęcia pacjenta, który nie ma odpowiedniego ubezpieczenia lub nie jest w stanie sam zapłacić za usługi medyczne. Obowiązek taki istnieje w sytuacji, gdy osoba zgłaszająca się do zakładu opieki zdrowotnej potrzebuje natychmiastowej pomocy ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia (art. 7 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej). Pamiętać także należy, iż niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej, a także osoby wykonujące zawód medyczny w ramach indywidualnej praktyki, mogą udzielać świadczeń zdrowotnych osobom uprawnionym o ile zobowiązały się do ich wykonywania na podstawie umowy zawartej z organem administracji publicznej i korzystają dla ich realizacji ze środków publicznych¹⁶.

Natomiast publiczne zakłady opieki zdrowotnej są zobowiązane do udzielania świadczeń zdrowotnych osobom ubezpieczonym i innym osobom uprawnionym na podstawie odrębnych przepisów¹⁷. Mimo istnienia formalnych uprawnień obywateli do powszechnych i bezpłatnych świadczeń zdrowotnych ze względów ekonomicznych nie jest możliwe zapewnienie wszystkim obywatelom dostępu do wszystkich świadczeń. Wypada wspomnieć, że z inicjatywy rządu został wniesiony do Sejmu projekt ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, który przewiduje, iż prawo do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych będzie uzależnione od opłacenia składki ubezpieczenia zdrowotnego¹⁸.

15. Zob. D. Safjan: *Prawa pacjenta*. Raport o stanie prawnym, Warszawa 1993, s. 3.

16. Por. rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 5 sierpnia 1993 r. w sprawie ogólnych warunków, trybu zawierania i rozwiązywania umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych oraz trybu ustalania i rozliczania należności za te świadczenia (Dz.U. nr 76, poz. 363).

17. Zob. szerzej na ten temat: D. Safjan: *Prawo do opieki zdrowotnej*, (w.) *Prawo do opieki...*, s. 11 i n.; E. Smoktunowicz: *Encyklopedia obywatela PRL*, Warszawa 1987, s. 342 i n.

18. Projekt tej ustawy opublikowany został w „Antidotum” 1995, nr 9, s. 2 i n. Zob. także K. Tymowska: *Życie nie znosi próżni*, „Wspólnota” 1996, nr 5, s. 3 i n.

Autorzy projektu ustawy - karta praw pacjenta proponują, aby przy określaniu zasad dostępu do świadczeń zdrowotnych stosować dwa kryteria: stan zdrowia pacjenta i poziom wiedzy medycznej. Sądzić należy, że projekt ten zakłada konstruowanie list osób oczekujących na świadczenia zdrowotne określonego rodzaju. Potwierdzeniem tego stanowiska jest art. 7 projektu, który przewiduje prawo pacjenta do informacji o czasie oczekiwania na uzyskanie świadczenia zdrowotnego. Podstawę do umieszczenia na takiej liście stanowić będą wskazania lekarskie. W przypadku bezpośredniego zagrożenia życia świadczenie zdrowotne musi być udzielone natychmiast. Przepis ten nakłada także na organy nadzorujące zakład opieki zdrowotnej obowiązek określenia maksymalnego czasu oczekiwania na uzyskanie świadczenia.

Listy osób oczekujących na świadczenia zdrowotne dotyczyłyby świadczeń, których dostępność uwarunkowana jest wyposażeniem zakładu, liczbą miejsc, a także koniecznością stosowania drogich procedur diagnostycznych i leczniczych. W niektórych państwach europejskich listy oczekujących na świadczenia są instytucjonalną formą działania publicznej opieki zdrowotnej¹⁹. Zaznaczyć trzeba, że w Polsce prawie od dwu lat toczy się dyskusja nad koniecznością nowego sformułowania zasad dostępu i korzystania ze świadczeń zdrowotnych²⁰.

Kolejnym prawem pacjenta przewidzianym w analizowanym projekcie ustawy jest prawo do uzyskania świadczenia zdrowotnego udzielanego przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje. Można się zastanawiać nad zasadnością zamieszczenia takiego prawa w projektowanej ustawie. Powoływana ustawa o zakładach opieki zdrowotnej upoważniła Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej do określenia w przepisach wykonawczych wymagań, jakim powinny odpowiadać osoby na poszczególnych stanowiskach pracy w publicznych zakładach opieki zdrowotnej oraz wymagania dotyczące osób na stanowiskach kierowniczych w zakładach opieki zdrowotnej. Ponadto z art. 10 tej ustawy wynika, że kierownik zakładu jest odpowiedzialny za zapewnienie udzielania świadczeń wyłącznie przez osoby o odpowiednich uprawnieniach, kwalifikacjach zawodowych oraz wymaganiach zdro-

19. Zob. J. Osuchowska: Karta praw..., s. 21; C. Włodarczyk: Racjonowanie opieki zdrowotnej czyli o gorzkiej konieczności spojrzenia prawdzie w oczy, „Antidotum” 1992, nr 1-2, s. 6 i n.; J. Halik: Ochrona interesów pacjenta w przepisach ustawy o zakładach opieki zdrowotnej i w kodeksie etyki lekarskiej, „Antidotum” 1992, nr 5, s. 27 i n.

20. Zob. m.in. C. Włodarczyk: Projekt ustawy o zakresie świadczeń zdrowotnych gwarantowanych przez państwo ze środków publicznych w perspektywie polityki zdrowotnej, „Antidotum” 1994, nr 4, s. 67 i n.; E. Kulesza: Uwagi do projektu ustawy o zakresie świadczeń gwarantowanych przez państwo ze środków publicznych, „Antidotum” 1994, nr 11, s. 9 i n.; B. Jaworska-Dębska: Pozycja prawna osób uzależnionych od alkoholu w świetle projektu ustawy o świadczeniach zdrowotnych gwarantowanych przez państwo ze środków publicznych, „Antidotum” 1994, nr 11, s. 4 i n.; T. Wyka: Kilka uwag na temat projektu ustawy o świadczeniach gwarantowanych przez państwo ze środków publicznych, „Antidotum” 1994, nr 11, s. 12 i n.

wotnych określonych w odrębnych przepisach. Spełnienie tego wymogu warunkuje m.in. wpis zakładu do rejestru, od którego uzależnione jest rozpoczęcie działalności. Jeśli zaś przyjmiemy, że takie prawo pacjenta winno znaleźć się w katalogu praw pacjenta, to dziwić musi fakt, że projektodawcy ograniczyli się do „żądania” od osób udzielających świadczeń tylko formalnych kwalifikacji zawodowych. Tymczasem wykonywanie niektórych zawodów medycznych (lekarza, pielęgniarki, położnej) poza formalnymi kwalifikacjami uzależnione jest od posiadania prawa do wykonywania zawodu. Z punktu widzenia praw pacjenta nie jest obojętny również stan zdrowia osób udzielających świadczeń zdrowotnych.

Z prawem pacjenta do świadczeń zdrowotnych pozostaje w ścisłym związku prawo poszanowania intymności i godności osobistej. Jest oczywiste, że w zakładach opieki zdrowotnej, gdzie prowadzone są staże zawodowe (podyplomowe), szkolenia pracowników medycznych, niezbędne jest ich uczestniczenie przy udzielaniu świadczeń. Autorzy projektu proponują zobowiązanie zakładu opieki zdrowotnej do zapewnienia warunków służących realizacji tego prawa. W myśl projektu personel zakładu w każdym przypadku musi udzielić pacjentowi wyczerpującej informacji o osobach zdobywających kwalifikacje zawodowe i uzyskać jego zgodę na uczestniczenie tych osób podczas wykonywania świadczeń.

Na uwagę zasługuje prawo pacjenta do informacji. Według projektowanej ustawy obejmuje ono zespół praw, w tym prawo do informacji o stanie swojego zdrowia, prawo do informacji o swojej chorobie oraz prawo do informacji o czasie oczekiwania na uzyskanie świadczenia zdrowotnego.

Informacji o stanie zdrowia pacjenta udziela lekarz. Powinna ona być w sposób zrozumiały przekazana bezpośrednio pacjentowi. Projekt nie przewiduje sytuacji, w których można byłoby prawo pacjenta do tej informacji ograniczyć²¹. Informacja o stanie zdrowia małoletniego pacjenta (do 15-go roku życia) powinna być udzielona przez lekarza leczącego rodzicom lub opiekunom prawnym (faktycznym). Zastrzeżenia budzi granica wieku proponowana przez autorów projektu. Wydaje się, że należałoby przyjąć granicę 13 lat, tak jak to zostało już ustalone w przepisach²².

Podkreślić trzeba, iż ogólnie określone w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej prawo pacjenta do informacji znalazło szczegółowe rozwinięcie w projektowanej ustawie. W ścisłym związku z prawem do informacji o stanie zdrowia pozostaje uprawnienie do zapoznania się z dokumentacją medyczną. Dokumentacja ta ma być udostępniona pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu za pośrednictwem lekarza prowadzącego. Każda informacja o stanie zdrowia pacjenta jest

²¹. Zob. D. Safjan: Prawo pacjenta do informacji o rozpoznaniu i proponowanych metodach leczenia, „Antidotum” 1993, nr 1, s. 26 i n.

²². Taką granicę wieku przyjmują m.in.: ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. nr 9, poz. 59, z późn. zm.); ustawa z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. nr 138, poz. 682).

jego dobrem osobistym i jest prawnie chroniona. Projekt w ślad za ustawą o zakładach opieki zdrowotnej szeroko określa krąg osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej. Obowiązek ten odnosi się do wszystkich pracowników zatrudnionych w zakładzie opieki zdrowotnej²³.

Projekt zakłada prawo pacjenta do pełnej informacji o chorobie. Uprawnienie to w szczególności ma obejmować informacje o rokowaniu i okresie trwania choroby, możliwych sposobach leczenia, ryzyku wystąpienia powikłań oraz spodziewanych korzyściach medycznych każdego świadczenia zdrowotnego. Sposób uregulowania tej kwestii mnie budzi, moim zdaniem, zastrzeżeń. Osoba chora nie jest „przypadkiem” wymagającym leczenia. Uzyskanie pełnej informacji o chorobie umożliwi pacjentowi zrozumienie swojej sytuacji, a następnie podjęcie stosownej „decyzji” odnośnie proponowanego leczenia. Projekt nie wprowadza żadnych ograniczeń tego prawa. Skorzystanie z tego prawa zależy od woli pacjenta. Odrębną sprawą jest sposób przekazania informacji o chorobie. Na marginesie zauważyć należy, że decyzja o leczeniu i jego metodach może być wypracowana w dialogu pomiędzy lekarzem a pacjentem, co powodowałoby zastąpienie modelu paternalistycznego układem partnerskim.

Z prawem pacjenta do informacji o stanie zdrowia łączy się ściśle prawo do wyrażenia zgody lub jej odmowy na uzyskanie każdego świadczenia zdrowotnego. Konieczność uzyskania zgody wynika z konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia. Zauważyć należy, że ustawa o zawodzie lekarza zobowiązuje jedynie lekarza do uzyskania zgody pacjenta na wykonanie zabiegu operacyjnego oraz określa warunki, których wystąpienie uprawnia do przeprowadzenia zabiegu bez zgody pacjenta²⁴. W projekcie analizowanej ustawy brak jest postanowienia odnośnie sposobu (formy) wyrażenia zgody.

Prawo dopuszcza w pewnych przypadkach stosowanie leczenia przymusowego, a więc upoważnia do podejmowania działań leczniczych wbrew woli pacjenta. W art. 10 projektu określone zostały sytuacje pozbawienia lub ograniczenia prawa decydowania o uzyskaniu świadczenia. Sposób uregulowania tej problematyki, moim zdaniem, nie budzi zastrzeżeń. Projektodawcy przyjęli konstrukcję wyliczenia przykładowego. Unormowanie takie pozwala uniknąć powstania luki prawnej.

Art. 8 projektowanej ustawy przewiduje prawo pacjenta do informacji o funkcjonowaniu zakładu opieki zdrowotnej w zakresie planu zakładu opieki zdrowotnej z czytelnym oznakowaniem miejsc, w których udzielane są świadczenia zdrowotne, a także regulaminu porządkowego szpitala w przypadku leczenia szpital-

²³. Por. S. Mikołajczak: Prawa pacjenta. Wymagania i oczekiwania w stosunku do personelu medycznego, Poznań 1994, s. 15-16. Zob. także L. Paprzycki: Ochrona praw człowieka w świetle projektu ustawy o zawodzie lekarza, „Palestra” 1993, nr 9-10, s. 40.

²⁴. Zob. szerzej A. Zoll: Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu, Warszawa 1988, s. 16 i n.

nego. Ponadto przepis ten nakłada na osoby zatrudnione w zakładach opieki zdrowotnej obowiązek noszenia identyfikatorów zawierających dane dotyczące tożsamości, kwalifikacji i stanowiska pracy. Pomijając konstrukcję tego przepisu, która budzi zastrzeżenia, pojawia się pytanie, czy powyższe zagadnienia powinny być uregulowane ustawowo. Niewątpliwie pacjent ma prawo znać nazwiska wszystkich osób udzielających mu świadczeń zdrowotnych. Nienoszenie identyfikatorów utrudnia składanie ewentualnych skarg na postępowanie poszczególnych pracowników zakładu. Wydaje się jednak, że kwestie te powinny być unormowane w regulaminach zakładów opieki zdrowotnej.

Art. 6 projektu ustawy przewiduje prawo pacjenta do wyboru lekarza i zakładu opieki zdrowotnej, w którym może być leczony, prawo zasięgania opinii innego lekarza oraz prawo do zmiany lekarza w zakładzie opieki zdrowotnej, w którym jest leczony. Generalnie należy zgodzić się ze stanowiskiem, że powyższe uprawnienia powinny być zawarte w ustawie. Jednakże intencja autorów projektu nie jest dostatecznie jasno wyrażona. Gdy chodzi o niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej zasada wyboru zakładu i lekarza z istoty jest przesądzona. W sektorze publicznym zaś organizacja opieki zdrowotnej opiera się na zasadzie rejonizacji. Powstaje zatem pytanie o relacje między prawem wyboru lekarza i zakładu a zasadą rejonizacji. Wiąże się to z ewentualną koniecznością przekazania środków i wymagałoby szczegółowej regulacji. Rejonizacja oznacza zapewnienie świadczeń zdrowotnych osobom uprawnionym, zamieszkałym na obszarze działania zakładu. Zasada rejonizacji nie może jednak naruszać prawa wyboru lekarza lub zakładu. Dokonanie wyboru oznacza albo wybór lekarza spośród lekarzy zakładu w obwodzie lub rejonie, w którym osoba dokonująca wyboru zamieszkuje, albo wybór lekarza i zakładu z innego obwodu czy rejonu²⁵.

Projekt ustawy określa także prawa pacjenta szpitalnego. Zgodnie z art. 9 projektu pacjentowi przysługuje prawo do kontaktu osobistego, telefonicznego i korespondencyjnego z osobami z zewnątrz, opieki duszpasterskiej, wglądu w kartę praw pacjenta oraz prawo do opieki pielęgnacyjnej przez osobę bliską lub inną wskazaną osobę, chyba, że osoby te mogą zakłócić tryb udzielania świadczeń zdrowotnych innym pacjentom. Konstrukcja tego przepisu budzi wątpliwości. Według autorów projektu ograniczenie prawa do opieki pielęgnacyjnej przez osobę bliską lub inną osobę wskazaną może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy udział tych osób zakłóciłby tryb udzielania świadczeń innym pacjentom, a co za tym idzie naruszenie ich godności osobistej. Nasuwa się pytanie, czy względy epidemiczne nie mogą stanowić podstawy do ograniczenia tego uprawnienia oraz prawa do kontaktu z osobami z zewnątrz? Wspomnieć należy, że ustawa o zakładach opieki zdrowotnej dopuszcza taką możliwość. Pojawia się tu jeszcze jeden problem, kto mógłby pod-

²⁵. Por. K. Wojtczak, Z. Leoński: Komentarz do ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, Warszawa - Poznań 1993, s. 61-62.

jąc „decyzję” o ograniczeniu prawa do opieki pielęgnacyjnej, lekarz prowadzący leczenie, czy kierownik zakładu (szpitala). Projekt nie reguluje tej kwestii.

Projekt ustawy zakłada, iż koszty realizacji prawa do opieki duszpasterskiej nie mogą obciążać zakładu opieki zdrowotnej. Zauważyć trzeba, że zapis ten jest sprzeczny z art. 20 ust. 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, z którego wynika, iż zastrzeżenie to odnosi się do kosztów opieki pielęgnacyjnej i kontaktu z osobami z zewnątrz.

Autorzy projektu ustawy przewidują dwie instytucje prawne służące ochronie pacjentów. Jedną z nich jest znana instytucja skarg i wniosków, uregulowana w kodeksie postępowania administracyjnego²⁶.

Drugą zaś jest utworzenie instytucji Rzecznika Praw Pacjenta. Organ ten byłby powoływany przez Sejm na wniosek komisji zdrowia na trzyletnią kadencję. Ta sama osoba nie mogłaby pełnić tej funkcji dłużej niż przez dwie kadencje. Projekt przewiduje możliwość odwołania Rzecznika przed upływem kadencji, nie wskazując przypadków w jakich miałyby to nastąpić, co zagrażałoby niezależności Rzecznika. Możliwość kontroli oraz wpływania przez Sejm na działalność Rzecznika ograniczałaby się do przedkładania przez niego corocznie sprawozdań ze swojej działalności (i zapewne rozpatrywania przez Sejm). Należące do niego zadania Rzecznik ma wykonywać jednoosobowo. Nie przewiduje się powoływania rzeczników lokalnych.

Funkcją Rzecznika ma być ochrona praw pacjentów określonych w ustawie - karta praw pacjenta oraz innych przepisach prawa (art. 12 ust. 1). W jego kompetencjach mieściłoby się podejmowanie działań w razie uzyskania wiadomości wskazującej na naruszenie praw pacjenta. Z projektu nie wynika, czy Rzecznik podejmuje działania na wniosek czy z własnej inicjatywy.

Dalsze przepisy projektu określają tryb działania Rzecznika oraz przysługujące mu środki prawne. W razie uzyskania wiadomości wskazującej na naruszenie praw pacjenta, Rzecznik obowiązany jest zbadać sprawę. Może to uczynić samodzielnie, prowadząc postępowanie wyjaśniające lub zlecić zbadanie sprawy organowi administracji publicznej. Organ ten nie może odmówić zbadania sprawy, a o dokonanych ustaleniach obowiązany jest w terminie 30 dni powiadomić Rzecznika.

Prowadząc samodzielnie postępowanie wyjaśniające Rzecznik, poza zleceniem sporządzenia ekspertyz i opinii, ma prawo wglądu do dokumentacji medycznej i może żądać jej udostępnienia.

Po zbadaniu sprawy Rzecznik może wyjaśnić pacjentowi, że nie stwierdził naruszenia praw pacjenta, skierować wystąpienie do organu ścigania, jeżeli naruszenie praw pacjenta wskazuje na popełnienie przestępstwa, zwrócić się do organu ad-

²⁶. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 1980 r., nr 9, poz. 26, z późn. zm.).

ministracji z wnioskiem o podjęcie działań przewidzianych przepisami prawa oraz żądać wszczęcia postępowania w sprawach cywilnych.

Jak z powyższego wynika, zakres uprawnień Rzecznika Praw Pacjenta w projekcie ustawy określony został zbyt wąsko. Skoro ma to być organ stojący na straży praw pacjentów, jego kompetencje powinny być zbliżone do tych, które przysługują Rzecznikowi Praw Obywatelskich²⁷. Zakres uprawnień Rzecznika Praw pacjenta należałoby zatem rozszerzyć. Powinno mu przysługiwać prawo:

- żądania wszczęcia postępowania administracyjnego, a także uczestniczenia w tym postępowaniu,
- skierowania wystąpienia do organów samorządów medycznych, w których działalności stwierdził naruszenie praw pacjenta,
- zaskarżania decyzji i uchwał organów samorządów medycznych do sądu administracyjnego,
- wystąpienia do Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z wnioskiem o zastosowanie właściwych środków, przewidzianych przepisami prawa,
- wniesienie rewizji nadzwyczajnej od prawomocnych orzeczeń sądowych.

W państwach europejskich tworzone są różne instytucje prawne służące zabezpieczeniu praw pacjentów²⁸. W Wielkiej Brytanii funkcjonuje instytucja Rzecznika Praw Pacjenta. Jest on powoływany przez parlament. Do kompetencji Rzecznika należy badanie skarg związanych z niewłaściwym funkcjonowaniem publicznej służby zdrowia. W Danii natomiast ochroną praw pacjentów zajmuje się Rada do Spraw Skarg Pacjentów a pośrednio Rzecznik Praw Obywatelskich. Skargi mogą dotyczyć faktycznego leczenia w instytucjach opieki zdrowotnej. Rada nie rozpatruje skarg natury ogólnej, odnoszącej się do norm jakościowych czy zakresu dostępnych usług²⁹. W Portugalii powołano Biuro Konsumenta. Do jego kompetencji należy informowanie pacjentów o przysługujących im prawach oraz przyjmowanie i rozpatrywanie skarg dotyczących usług lub pracowników³⁰. Również w Norwegii nie utworzono instytucji Rzecznika Praw Pacjenta, pomimo toczącej się od dłuższego czasu dyskusji nad jej ustanowieniem³¹.

Ten stan rzeczy skłania do zastanowienia się nad problemem potrzeby kreowania w naszych warunkach nowej instytucji prawnej służącej zabezpieczeniu praw

27. Por. art. 14 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (tj. Dz.U. z 1991 r., nr 109, poz. 471), zob. także Z. Jarosz: Ustawa o Rzeczniku Praw Obywatelskich, (w:) Rzecznik Praw Obywatelskich, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 1987, s. 56 i n.

29. Szerzej zob. U.H. Petersen: Ochrona praw pacjenta: duński Rzecznik Praw obywatelskich, (w:) Prawo do opieki zdrowotnej..., s. 77-79.

30. J. Sabbat: Rzecznik Praw Pacjenta..., s. 37.

31. Tamże.

pacjenta. Można wskazać argumenty przemawiające za potrzebą powołania takiej instytucji, jak i argumenty uzasadniające odmienne stanowisko.

Jedną z okoliczności uzasadniających celowość utworzenia urzędu Rzecznika Praw Pacjenta jest fakt, że od wielu lat instytucja tego rodzaju funkcjonuje w Wielkiej Brytanii. Jest to więc instytucja już „sprawdzona”. Brytyjska publiczna służba zdrowia jest jedną z lepiej funkcjonujących w Europie.

Ponadto w krajach zachodnich, m.in. w Wielkiej Brytanii, Holandii bardzo zaawansowany jest proces samoorganizacji pacjentów. Występują trzy jej stopnie: grupy samopomocowe, stowarzyszenia pacjentów oraz federacje stowarzyszeń o zasięgu krajowym. Polska znajduje się dopiero na pierwszym poziomie. Zdarza się często, że silne uzależnienie pacjentów od miejscowych lekarzy nie pozwala na egzekwowanie przysługujących im praw. Być może w naszych warunkach urząd Rzecznika Praw Pacjenta na wzór brytyjski okazałby się przydatny.

Przeciw powoływaniu takiego urzędu wysunąć można różne argumenty. Przede wszystkim zauważyć należy, że gwarancje ochrony praw pacjentów są w naszym kraju rozbudowane, choć ich skuteczność jest różnie oceniana. Spośród nich wymieniana się m.in. sądownictwo lekarskie, sądową kontrolę „decyzji” o przymusowej hospitalizacji osób psychicznie chorych, rady nadzorcze publicznych zakładów opieki zdrowotnej, działalność Trybunału Konstytucyjnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich. Instytucja Rzecznika ustanowiona została w celu ochrony praw i wolności obywateli, w tym także pacjentów. Pojawia się pytanie, czy zasadne jest tworzenie jeszcze jednego organu, który zajmowałby się badaniem przypadków naruszeń prawa? Można by rozważyć koncepcję usytuowania Rzecznika Praw Pacjenta w ramach urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich, któremu powierzone zostałyby wszystkie sprawy dotyczące praw pacjenta, albo utworzenie zastępcy Rzecznika Praw Obywatelskich do Spraw Ochrony Zdrowia³².

Autorzy projektu ustawy proponują usytuowanie instytucji Rzecznika Praw Pacjenta na szczeblu centralnym. W literaturze spotkać można poglądy, wskazujące na inny wariant, a mianowicie powołanie rzeczników na poziomie ogólnokrajowym, wojewódzkim i lokalnym³³. Trudno tu znaleźć optymalne rozwiązanie. Oczywiście najlepszym rozwiązaniem byłoby znalezienie kompromisowego rozstrzygnięcia, które pozwalałoby zapewnić właściwą ochronę praw pacjentów w relacji do zakładów opieki zdrowotnej lub osób wykonujących zawody medyczne.

Reasumując stwierdzić należy, że projekt analizowanej ustawy zawiera interesujące i nowatorskie rozwiązania prawne odnoszące się do pozycji pacjenta. Występuje jednak w nim wiele niedoskonałości legislacyjnych, na które starałam się

32. Por. J. Halik, J. Sabbat: *Możliwości instytucjonalnej ochrony praw pacjenta w Polsce*, (w:) *Prawo do opieki zdrowotnej...*, s. 82 i n.

33. Tamże.

zwrócić uwagę. Rzutu ją one negatywnie na przejrzystość i czytelność projektowanej regulacji. Trzeba pamiętać, że adresatami tej ustawy są osoby o medycznym, a nie prawniczym przygotowaniu zawodowym, a także pacjenci znajdujący się często w zagrożeniu życia i zdrowia. Dlatego też, aby uniknąć wielu wątpliwości interpretacyjnych³⁴, przepisy określające prawa pacjenta i ich zabezpieczenie powinny być sformułowane w sposób jasny, nie budzący wątpliwości. Przepisy te weszłyby w obowiązujący już system przepisów dotyczących ochrony zdrowia. Powinny być więc z nimi zharmonizowane. W projekcie ustawy - karta praw pacjenta - nie zawsze jednak do końca to się udało.

³⁴: Zagadnienia trudności interpretacji przepisów prawa administracyjnego i związanego z tym procesu wykładni w licznych pracach omawia E. Smoktunowicz. Zob. przykładowo: Kodeks postępowania administracyjnego w orzecznictwie Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego. Wykładnia prawa administracyjnego. Podstawowe zagadnienia, Warszawa 1995, s. 17 i n.

DOSKONALENIE MODELU KONTROLI PAŃSTWOWEJ W OKRESIE TRANSFORMACJI USTROJOWEJ POLSKI

W Polsce od 1989 r. rozpoczął się z dużym dynamizmem i trwa do dzisiaj proces głębokich przemian ustroju państwowego, politycznego, gospodarczego i społecznego. Proces tak radykalnych i zasadniczych zmian w mechanizmach funkcjonowania państwa i jego struktur nie został jeszcze zakończony i będzie trwał jeszcze przez wiele lat. Dostosowywanie struktur państwowych do zmienionych warunków działania, jak też przewartościowanie ważności celów i zadań państwa dokonuje się w powolnym procesie transformacji. Proces ten w szczególności obejmuje również aparat całej administracji publicznej, która ma do spełnienia w tym okresie ważne i trudne zadania.

Zachodzące gruntowne, radykalne zmiany w sferze gospodarki i stosunków własnościowych stwarzają konieczność zmian w metodach i formach zarządzania sprawami publicznymi i majątkiem narodowym. Trwa proces tworzenia nowych regulacji prawnych we wszystkich dziedzinach życia społecznego i dostosowywania kompetencji funkcjonujących organów państwa do nowych potrzeb.

Przeobrażenia tak daleko sięgające w sferę ustrojową, gospodarczą i społeczną nie mogą przebiegać bez trudności a zwłaszcza nie mogą być wolne od błędów i nieprawidłowości, prowadzących zazwyczaj do nadużywania prawa bądź też jego łamania, czy też wykorzystywania w nim luk¹.

Stąd też szczególną rolę dla ograniczenia zjawisk niepożądanych i eliminowania rażących nieprawidłowości może spełnić dobrze zorganizowana i efektywnie wykonywana kontrola nad przebiegiem procesów transformacji. Kontrola taka aby mogła sprostać stawianym przed nią zadaniami winna być w najwyższym stopniu kontrolą fachową, bezstronną, obiektywną i operatywną.

Rozbudowany w naszym państwie system kontroli, zwłaszcza administracji, może odegrać niezwykle pozytywną rolę w prawidłowym przebiegu transformacji pod warunkiem, że będzie on także dostosowany i właściwie zorganizowany do podjęcia nowych zadań kontroli². Bardziej niż kiedykolwiek wzrasta zapotrzebo-

¹ Por. J. Jagielski, J. Służewski: Aktualne problemy kontroli administracji. Kontrola Państwowa nr 4/1994 r., s. 25, oraz M. Wyrzykowski: Legislacja w demokratycznym państwie prawa w warunkach radykalnych reform politycznych i gospodarczych. Państwo i Prawo nr 5/1990.

² Szerzej na ten temat patrz S. Jędrzejewski, H. Nowicki: Kontrola administracji publicznej. Wydawnictwo Comer 1995, Łódź; oraz J. Boć: Prawo administracyjne. Wrocław 1993, roz. IX.

wanie na skoordynowanie działalności kontrolnej różnych organów kontroli, którą to funkcję winien spełniać naczelny organ kontroli państwa - NIK.

Wspominając o dostosowaniu instytucji kontrolnych do nowych zadań miałem na myśli konieczność dokonania niezbędnych zmian w regulacjach prawnych odnoszących się do poszczególnych rodzajów kontroli poprzez określenie na nowo ich zadań kontrolnych, uprawnień oraz kryteriów kontroli adekwatnych do zachodzących procesów w życiu gospodarczym i społecznym. Pierwszym krokiem na tej drodze było uchwalenie w dniu 23 XII 1994 r. nowej ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli³. Swego rodzaju zwyczajem stało się w naszym kraju uchwalanie nowych regulacji prawnych odnoszących się do NIK po dokonaniu kolejnych zmian ustrojowych w zakresie funkcjonowania struktur władzy państwowej⁴. Poprzednia ustawa o NIK z 1980r. uchwalona w okresie państwa socjalistycznego, od dawna nie odpowiadała potrzebom i oczekiwaniom jakie wiązano z tą instytucją w procesie transformacji ustrojowej⁵. Potrzeba uchwalenia nowej ustawy jawiła się jako pilne i ważne zadanie władzy ustawodawczej. Jednak dopiero w grudniu 1994 r. Sejm uchwalił nową ustawą o NIK, dostosowując jej zakres działania oraz zakres i kryteria kontroli do nowych uwarunkowań ustrojowo-gospodarczych Polski. Nowa ustawa o NIK nawiązała jednak do podstawowych rozwiązań poprzedniej ustawy, dostosowując ją do aktualnych uwarunkowań ustrojowo-politycznych i gospodarczych państwa, jakie następowały od początku 1989 r.

Przyczyną takiego rozwiązania było przyjęcie przez Sejm założenia, że nowa ustawa o NIK będzie opierać się na tych samych przepisach Konstytucji (art. 34-36 w brzmieniu z 1980 r.) co poprzednia ustawa. Pomijając szczegółową analizą zmian w pozycji ustrojowej i organizacji wewnętrznej NIK należy zauważyć, że w art. 1 nowej ustawy jednoznacznie stwierdza się: „NIK jest naczelnym organem kontroli państwowej”⁶. Powyższy zapis sytuuje NIK w strukturze naczelných organów państwa podobnie jak Sejm, Senat, Prezydenta czy Radę Ministrów. Ustawa potwierdziła podporządkowanie naczelnego organu kontroli państwa jedynie Sejmowi i jego pełną niezależność od pozostałych organów państwa a zwłaszcza organów władzy wykonawczej. Podstawowe znaczenie dla efektywności i skuteczności działań kontrolnych NIK ma ustalenie ustawy zakresu kontroli Izby i jej uprawnień w toku wykonywania tej kontroli. Z tych też względów w dalszej części rozważań skoncentrujemy się nad uregulowaniami ustawy dotyczącymi zakresu

³. Dz.U. nr 13/1995, poz. 59.

⁴. Por. W.I. Katner; Historia i współczesność najwyższego organu kontroli w Polsce, (w:) NIK, Warszawa 1995 r. oraz A. Sylwestrzak: Najwyższa Izba Kontroli, Wrocław 1990 r.

⁵. Ustawa z 8.10.1980 r. o NIK Dz.U. nr 22/1980, poz. 82.

⁶. O zmianach pozycji ustrojowej NIK patrz: J. Mazur: Nowa ustawa o NIK, PIP nr 8/1995 r. oraz J. Breitkopf: Organizacja NIK w ustawie z 23 XII 1994 r.; Kontrola Państwowa nr 4/1995, a także R. Krawczyk: Tryb wyboru Prezesa NIK. PIP nr 11/1991 r.

podmiotowego i przedmiotowego kontroli NIK. Zakres podmiotowy kontroli określony został w art. 2 ustawy, zgodnie z którym wyodrębnia się, biorąc za podstawę zakres kontroli, trzy grupy podmiotów poddanych kontroli.

Do pierwszej grupy podmiotów poddanych obligatoryjnej kontroli ustawa zaliczyła organy administracji rządowej, Narodowy Bank Polski, państwowe osoby prawne i inne państwowe jednostki organizacyjne. Ustawodawca zrezygnował z wyodrębnienia (jak to zostało zapisane w ustawie o NIK z 1980 r.) organów administracji z uwzględnieniem szczebla ich hierarchicznego usytuowania, używając generalnego określenia „organy administracji rządowej”. Oznacza to, że pojęcie to winno być odnoszone do organów administracji rządowej wszelkich szczebli organizacyjnych, niezależnie od zadań jakie organ realizuje. Podobnie ustawodawca zrezygnował z egzemplifikowania państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych, wychodząc - jak można sądzić - z założenia, że każde wyliczenie nie byłoby wyczerpujące.

Każda przeto państwowa osoba prawna bez względu na formę prawną w jakiej prowadzi działalność, jak też każda państwowa jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej podlega kontroli Izby⁷. Wobec wszystkich wyżej wymienionych podmiotów podejmowanie przez NIK kontroli z urzędu ma charakter obligatoryjny.

Zakres przedmiotowy kontroli wobec podmiotów wymienionych w art. 2 ustęp 1 ustawy został ustalony najszerzej i obejmuje w szczególności wykonywanie budżetu państwa, realizację ustaw i innych aktów prawnych w zakresie działalności finansowej, gospodarczej i organizacyjno-administracyjnej (art. 3 ustawy). Zaś gdy chodzi o kryteria przeprowadzania kontroli w odniesieniu do tych podmiotów to nie zmieniły się one w porównaniu z ustawą z 1980 r. i nadal obejmują badanie działalności pod względem legalności, gospodarności, celowości i rzetelności. Kryteria te w zupełności wystarczają do wszechstronnej oceny prawidłowości działania kontrolowanego podmiotu.

W nowej ustawie Izba w art. 4 zobowiązana została do kontrolowania państwowych jednostek administracyjnych funkcjonujących poza administracją rządową, a są nimi Kancelaria Prezydenta RP, Kancelarie: Sejmu, Senatu, Trybunału Konstytucyjnego, Rzecznika Praw Obywatelskich, Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, Krajowego Biura Wyborczego, Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Państwowej Inspekcji Pracy. Zakres tej kontroli, jeśli jest ona podejmowana z inicjatywy Izby, został ograniczony do badania wykonania budżetu, gospodarki finansowej i majątkowej tych jednostek.

⁷ Por. rozważania M. Niezgódka-Medkova: Kompetencje Najwyższej Izby Kontroli w świetle nowej ustawy; Kontrola Państwowa nr 3/1995 r.

Jeżeli zaś kontrolę Kancelarii Prezydenta RP, Sejmu, Senatu, Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji oraz Państwowej Inspekcji Pracy zleca Izbie Sejm, wówczas zakres przedmiotowy tej kontroli jest taki sam jak w odniesieniu do organów administracji rządowej (art. 2 ustęp 1). Art. 4 ustęp 1 i 2 usunął istniejące wcześniej i podnoszone w literaturze wątpliwości i zastrzeżenia związane z prawem Izby do kontrolowania jednostek administracyjnych organów pozarządowych⁸. Podnoszone w tej kwestii argumenty odmawiające NIK prawa kontroli takich jednostek jak Kancelaria Sejmu czy Sądu Najwyższego stały się obecnie bezprzedmiotowe. Drugą grupę wyodrębnionych podmiotów w stosunku do których Izba może przeprowadzić kontrolę na zasadzie fakultatywności są organy samorządu terytorialnego, komunalne osoby prawne i inne komunalne jednostki organizacyjne (art. 2 ustęp 2 ustawy o NIK).

Poddanie fakultatywnej kontroli NIK samorządu terytorialnego jest nowym zapisem ustawowym nieznanym ustawie z 1980 r. Pomimo, iż samorządy terytorialne powstały w 1990r.⁹, problem kontroli ich działalności przez naczelny organ kontroli państwa nie znalazł żadnego uregulowania prawnego. Brak stosownej regulacji w tej sprawie wywoływał ożywione dyskusje i polemiki co do możliwości takiej kontroli przez NIK, zarówno wśród teoretyków prawa jak i działaczy samorządowych. Brak podstawy prawnej upoważniającej Izbę do kontrolowania samorządów był wystarczającą przesłanką do nie podejmowania takiej kontroli.

Zapis art. 2 ustęp 2 obecnej ustawy rozproszył wszelkie istniejące wcześniej wątpliwości co do zakresu kontrolnych uprawnień NIK w odniesieniu do samorządu terytorialnego. Redakcja art. 2 ustęp 2 zapewnia Izbie możliwość fakultatywnego kontrolowania całej działalności samorządów, bez względu na organ lub jednostkę, która tę działalność prowadzi.

Ogólny zapis, że kontrola może być wykonywana wobec organów samorządu terytorialnego, komunalnych osób prawnych oraz innych komunalnych jednostek organizacyjnych pozwala na objęcie kontrolą bardzo licznych podmiotów prowadzących działalność w gminie. Kontrola może być bowiem wykonywana nie tylko wobec organów gminy (rada, zarząd), jej organów pomocniczych (rady sołeckie, osiedlowe) ale również wobec sejmików wojewódzkich, samorządowych Kolegiów Odwoławczych, stowarzyszeń i porozumień gmin¹⁰. Równie szeroki może być krąg podmiotów określonych w ustawie mianem komunalnych osób prawnych i innych komunalnych jednostek organizacyjnych, którymi mogą być zarówno przedsiębiorstwa komunalne, spółki, spółdzielnie komunalne czy też zakłady bu-

⁸. Por. L. Garlicki: Nowa regulacja kontroli państwowej w PRL. PiP nr 11/1980, s. 8 i następne.

⁹. Ustawa z 8 III 1990 r. o samorządzie terytorialnym, Dz. U. nr 16, poz. 95 z późniejszymi zmianami.

¹⁰. Patrz: M. Niezgódka-Medkova: Kompetencje NIK..., s. 6 oraz R. Szawłowski: Konieczność objęcia kontrolą NIK samorządu terytorialnego oraz w ograniczonym zakresie jednostek spoza sektora publicznego, Kontrola Państwowa nr 1/1994 r.

dżetowe, zarządy mienia komunalnego i inne jednostki powołane do realizacji zadań w gminie.

Ustawa określiła jednakowy zakres przedmiotowy kontroli wobec wszystkich organów i jednostek samorządowych, bez względu na to czy są to zadania własne czy zlecone. Zakres przedmiotowy kontroli jest tu taki sam w odniesieniu do organów administracji rządowej. Zróżnicowanie dotyczy jedynie kryteriów wykonywania kontroli w zakresie zadań własnych gminy. Stosownie do art. 5 ustęp 2 ustawy ocena działalności samorządu terytorialnego w zakresie wykonywania zadań własnych przeprowadzana jest pod względem legalności, gospodarności i rzetelności z pominięciem kryterium celowości.

Objęcie kontrolą NIK organów samorządu terytorialnego wydaje się być rozwiązaniem ze wszech miar słusznym. Samorządy terytorialne już dzisiaj w coraz większym stopniu przejmują coraz to nowe zadania o charakterze publicznym. Na ich realizację wydają znaczące kwoty środków budżetowych. Sprawują zarząd nad niemałym zasobem mienia komunalnego i rozbudowaną bazą obiektów użyteczności publicznej. Wypełnianie tak odpowiedzialnych zadań przez samorząd terytorialny nie może być obojętne dla państwa, które winno mieć zapewnioną szeroką informację o wypełnianiu zadań przez te podmioty, choćby dlatego by mogło poprzez kompetentne organy doskonalić i zmieniać normatywne modele rozwiązań nie sprawdzające się w praktycznej działalności samorządów.

Znaczącym źródłem takich obiektywnych informacji mogą być wyniki i ustalenia kontroli NIK-u. Przyjęcie zasady fakultatywności kontroli wobec samorządu terytorialnego ze strony NIK daje naczelnemu organowi kontroli jedynie prawo do jej podejmowania a nie obowiązek jaki w tym zakresie ustanowiony został w ustawie wobec podmiotów aparatu państwowego.

Trzecią grupę podmiotów, wobec których NIK fakultatywnie może wykonywać kontrolę są jednostki niepubliczne.

Art. 2 ustęp 3 ustawy upoważnia NIK do „kontrolowania działalności jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych niepublicznych w zakresie w jakim jednostki i podmioty te:

- 1) wykonują zadania zlecone lub powierzone przez państwo,
- 2) wykonują zamówienia publiczne na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego,
- 3) organizują lub wykonują prace interwencyjne albo roboty publiczne,
- 4) działają z udziałem mienia państwowego lub komunalnego,
- 5) korzystają z indywidualnie przyznanej pomocy lub gwarancji państwa lub samorządu terytorialnego,
- 6) wywiązują się ze zobowiązań finansowych na rzecz państwa.

Pomimo ogólnego sformułowania zakres podmiotowy tej kontroli określony został bardzo szeroko.

Objęcie kontrolą podmiotów gospodarczych niepublicznych oznacza, że podmiotami tej kontroli mogą być osoby fizyczne, osoby prawne, spółki cywilne oraz jednostki, które nie mają osobowości prawnej prowadzące, na podstawie ustawy o działalności gospodarczej¹¹, działalność gospodarczą.

Oprócz podmiotów niepublicznych prowadzących działalność gospodarczą ustawodawca objął również kontrolą fakultatywną Izby działalność wszelkich jednostek organizacyjnych, które poprzez swoją działalność wypełniają treść art. 2 ustęp 3 pkt 1- 6 ustawy. Tym samym krąg podmiotów poddanych tej kontroli ulega istotnemu rozszerzeniu obejmując takie jednostki jak stowarzyszenia, organizacje społeczne, partie polityczne, fundacje, prywatne zakłady oświatowe itp¹².

Intensywność, zakres i kryteria kontroli wobec wymienionych wyżej podmiotów uzależnione są od stopnia ich powiązania z organami państwa lub samorządu terytorialnego. W najszerszym zakresie przedmiotowym (art. 3) przy wykorzystaniu wszystkich kryteriów kontroli mogą być kontrolowane podmioty niepubliczne, które wykonują: zadania zlecone przez państwo, zamówienia publiczne na rzecz państwa i samorządu terytorialnego, organizują lub wykonują prace interwencyjne albo roboty publiczne.

Sposób regulacji przyjęty w tej kwestii w ustawie zasługuje na uznanie. Dzięki przeprowadzanym kontrolom państwo i samorządy terytorialne będą uzyskiwały wiarygodne informacje o przeznaczeniu i wykorzystaniu środków finansowych przekazanych podmiotom niepublicznym na konkretnie wyznaczone cele.

Wobec różnego rodzaju jednostek organizacyjnych, niepublicznych działających z udziałem mienia państwowego lub komunalnego, bądź korzystających z pomocy lub gwarancji państwa albo samorządu terytorialnego oraz mających ustalone prawem zobowiązania finansowe wobec państwa, zakres kontroli Izby został ograniczony. W odniesieniu do takiej działalności wymienionych wyżej jednostek kontrola może być przeprowadzana jedynie przy wykorzystaniu kryterium legalności i rzetelności z wyłączeniem kryterium celowości i gospodarności.

Podsumowując przedstawione uwagi związane z nowym uregulowaniem zakresu podmiotowego i przedmiotowego kontroli NIK można wyrazić pogląd, że ustawa z dnia 14 XII 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli stworzyła nowe podstawy prawne dla funkcjonowania naczelnego organu kontroli państwa, potwierdzając i wzmacniając jego wiodącą rolę w całym systemie kontroli.

11. Ustawa z 23 XII 1988 o działalności gospodarczej, Dz.U. nr 41, poz. 324 z póź. zm.

12. Patrz szerzej M. Niezgódka-Medkova: Kompetencje NIK... s. 13.

Zapisane w ustawie rozwiązania stwarzają podstawy prawne dla podejmowania przez Izbę działań kontrolnych wobec wszystkich organów państwowych i podmiotów funkcjonujących w całej sferą zarządzania mieniem, wykorzystujących w swym działaniu „grosz publiczny”.

Nowa ustawa stwarza lepsze i pełniejsze gwarancje objęcia kontrolą państwem najważniejszych sfer życia społeczno-gospodarczego i dostarczania organom decyzyjnym niezbędnych informacji do podejmowania strategicznych decyzji państwowych, kształtowania i doskonalenia normatywnych wzorców oraz eliminowania poważnych nieprawidłowości w działalności organów państwa i innych podmiotów działających w sferze życia publicznego.

Nowa regulacja stwarza możliwość bieżącego kontrolowania przez państwo prawidłowości przebiegu procesów przebudowy ustrojowo-gospodarczej Polski.

PROBLEMATYKA PASZPORTOWA W ORZECZNICTWIE NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

1. Zagadnienia wstępne

W ewolucji prawa paszportowego w Polsce można wyodrębnić cztery okresy:

- 1) okres lat 1936-1954,
- 2) 1954-1959,
- 3) 1959-1991,
- 4) okres po 7 IV 1991 r. (od daty wejścia w życie ustawy z dnia 29 XI 1990 r. o paszportach).

Do r. 1936 prawodawstwo paszportowe Polski międzywojennej było rozproszone (często w aktach normatywnych niższej rangi niż ustawa), a ponadto stosowano jeszcze w tym zakresie przepisy wydane przez byłe państwa zaborcze¹. Sytuacja uległa radykalnej zmianie, gdy w dniu 14 VII 1936 r. uchwalono ustawę o paszportach². Nowa ustawa stabilizowała ówczesną politykę paszportową, przedstawiała niewątpliwe walory legislacyjne, a przede wszystkim zawierała zwięzłe i syntetyczne przepisy. Wyrażała także dążenie do wprowadzenia paszportu rozumianego jako dokument podróży o uniwersalnym charakterze, dającym jego posiadaczowi swobodę w dysponowaniu tym dokumentem (w zasadzie paszport upoważniał do wjazdu do wszystkich krajów świata).

Ponadto postępowanie o wydanie paszportu respektowało wszystkie reguły zawarte w rozporządzeniu Prezydenta RP z dnia 22 III 1928 r. o postępowaniu administracyjnym³. Organy paszportowe (starostowie i wojewodowie) nie miały całkowitej swobody przy rozpatrywaniu podań o paszporty, bowiem ich rozstrzygnięcia mogły być na zasadzie generalnej klauzuli kompetencyjnej zaskarżone do NTA, powołanego do życia ustawą z dnia 3 VIII 1922 r.⁴. Generalnie w orzecznictwie NTA dominował nurt ochrony podmiotowych uprawnień stron. Ustawa paszportowa z r. 1936 praktycznie obowiązywała w całości do wybuchu II wojny światowej, lecz z pewnymi modyfikacjami była stosowana do r. 1954.

1. O prawodawstwie paszportowym w Polsce międzywojennej szczegółowo pisze A. Nowakowski w artykule: Prawodawstwo paszportowe II Rzeczypospolitej. „Acta Universitatis Wratislaviensis” - „Przegląd Prawa i Administracji”, t. XXVI/1990, s. 71-86.

2. Dz.U. RP nr 56, poz. 404.

3. Dz.U. RP nr 36, poz. 341.

4. Dz.U. RP 1926 r. nr 68 poz. 400 (tekst jednolity).

Kres demokratycznym rozwiązaniom paszportowym położyła deklaracja Sejmu Ustawodawczego z dnia 22 II 1947 r. W tym czasie brak było sądowej kontroli decyzji paszportowych (nie przywrócono instytucji NTA). Natomiast decyzje w sprawach paszportowych wydawane były przez organy podległe MSZ.

Kolejnym krokiem modyfikującym zasadniczo przedwojenną ustawę, była ustawa z 7 IV 1949 r.⁵, która kompetencje w zakresie wydawania paszportów przekazała Ministrowi Administracji Publicznej, który orzekał w I i zarazem ostatniej instancji. Wprowadziła także obowiązek zwrotu paszportu po każdej podróży zagranicznej.

Ostatecznie uchylono ustawę z 14 VII 1936 r. dekretem o paszportach zagranicznych z dnia 14 VIII 1954 r.⁶ Na mocy przepisów dekretu organem paszportowym stał się Minister Bezpieczeństwa Publicznego, albo upoważnione przez niego organy (kompetencje tych organów nie zostały w tym dekreście sprecyzowane).

Następnym etapem w rozwoju ustawodawstwa paszportowego było uchwalenie ustawy w dniu 17 VI 1959 r. o paszportach⁷, uchylającej dekret z roku 1954. W porównaniu do dekretu była ona bardziej liberalna dla obywateli, bowiem w art. 4 ust. 1 wprowadziła jako zasadę - prawo podmiotowe każdego obywatela do uzyskania paszportu, który uprawniał w zasadzie do jednorazowego wyjazdu i powrotu do kraju z obowiązkiem każdorazowego złożenia paszportu po powrocie z zagranicy⁸. Zatem pod rządami tejże ustawy uzyskanie paszportu w dalszym ciągu było aktem łaski państwa. Ustawa z r. 1959, wielokrotnie nowelizowana obowiązywała do 7 kwietnia 1991 r., a więc do wejścia w życie obowiązującej obecnie ustawy z dnia 29 XI 1990 r. o paszportach⁹.

Celem obowiązującej ustawy jest zapewnienie możliwości pełnego korzystania przez obywateli polskich z przysługującego im na mocy art. 3 prawa podmiotowego do paszportu. Zasadą jest wydawanie paszportów do dyspozycji ich posiadaczy, to znaczy bez obowiązku ich deponowania po powrocie z zagranicy. Oznacza to, że wszyscy posiadacze paszportu mają zapewnioną pełną swobodę korzystania z uprawnień, jakie daje ten dokument. Mogą więc przekraczać granicę dowolną ilość razy, w wybranej przez siebie chwili bez konieczności oczekiwania na wydanie zdeponowanego paszportu.

Obecna ustawa w pełni odpowiada współczesnym standartom w dziedzinie realizacji praw i wolności obywatelskich. Ponadto w pełni wyraża koncepcję demo-

⁵. Dz.U. RP nr 23, poz. 153.

⁶. Dz.U. nr 39, poz. 170.

⁷. Dz.U. nr 52, poz. 261.

⁸. Szerzej o prawodawstwie paszportowym w PRL pisze A. Nowakowski w artykule: Ustawodawstwo paszportowe PRL, „Studia Prawnicze” Nr 3/97 1988, s. 217-234.

⁹. Dz.U. z 1991 r. nr 2 poz. 5.

kratycznego państwa prawa. Cała ustawa jest zwięzła i treściwa, skonstruowana w ten sposób, aby w zakresie wydawania paszportów było minimum reglamentacji a maksimum swobody. Ustawa paszportowa zawiera przepisy, które dały możliwość płynnego i bezkolizyjnego wprowadzenia w życie nowego prawa paszportowego. W praktyce jedynym ograniczeniem podróżowania po świecie, pozostała konieczność uzyskiwania wiz wymaganych jeszcze w stosunku do obywateli polskich przez niektóre państwa.

W dalszej części opracowania omówię instytucje prawne obowiązującej ustawy paszportowej oraz działalność orzeczniczą NSA w wybranych sprawach paszportowych.

2. Instytucje prawne ustawy paszportowej z dnia 29 XI 1990 r.

Ustawa z dnia 29 XI 1990 r. o paszportach jako zasadę przyjęła, iż każdy obywatel polski ma prawo do otrzymania paszportu. Pozbawienie lub ograniczenie tego prawa może nastąpić tylko w sytuacjach przewidzianych w ustawie, a mianowicie:

- 1) obligatoryjna odmowa wydania paszportu (art. 6 ust. 1),
- 2) fakultatywna odmowa (art. 6 ust. 2),
- 3) obligatoryjne unieważnienie paszportu (art. 10 ust. 1 zd. 1),
- 4) fakultatywne unieważnienie (art. 10 ust. 1 zd. 2).

Z brzmienia art. 6 ust. 1 pkt.1 wynika, iż „wydania paszportu w kraju odmawia się na wniosek sądu prowadzącego przeciw osobie ubiegającej się o paszport postępowanie w sprawie karnej lub cywilnej”. Takie rozszerzenie przyczyn odmowy podyktowane zostało potrzebą ochrony interesów majątkowych zarówno firm państwowych, prywatnych jak i poszczególnych obywateli. Zatem organ paszportowy w wypadku zaistnienia tejże przesłanki jest zmuszony odmówić wydania paszportu. Przepis art. 6 ust. 1 koreluje z przepisem art. 10 ust. 1 zd. 1, bowiem „jeżeli wobec osoby, która posiada paszport zachodzą okoliczności określone w art. 6 ust. 1 organ paszportowy wydaje decyzję o unieważnieniu paszportu”. Innymi słowy ma obowiązek wydać wyżej wymienioną decyzję.

Natomiast można przyjąć, iż wniosek sądu (karnego lub cywilnego) nie wiąże organów paszportowych jedynie wówczas, gdy paszport wydany jest w przypadkach nagłych, związanych z chorobą lub pogrzebem członka rodziny albo potrzebą pilnego leczenia osoby ciężko chorej (art. 7 ust. 2). Zatem sąd wedle przepisów ustawy paszportowej ma duże możliwości wpływu na odmowę wydania paszportu lub jego unieważnienie. Pozostaje jednak pytanie w jaki sposób obywatel może bronić swoich praw przed wnioskiem sądu o odmowę wydania paszportu lub jego unieważnienie. Ustawa takich możliwości nie przewiduje. Skoro odmowa wydania paszportu jest wyjątkiem, to sąd (zwłaszcza cywilny) będzie mógł wystąpić z wnioskiem, gdy przewidziane w postępowaniu cywilnym środki procesowe nie wystar-

czą na udzielenie ochrony prawnej, lecz dla jej udzielenia niezbędny będzie pobyt strony w kraju¹⁰.

Wniosek sądu może być złożony zarówno w postępowaniu przed organami I i II instancji i tylko w toku postępowania. Natomiast w toku prowadzonej egzekucji możliwe jest zastosowanie art. 6 ust. 2 pkt 1, bowiem przepis przewiduje możliwość odmowy wydania lub unieważnienia paszportu w przypadku niewywiązania się przez osoby ubiegające się o paszport (lub posiadające paszport), z ciążących na nich obowiązków. Na mocy art. 6 ust. 2 pkt 1 ustawy o paszportach, tylko niewykonanie obowiązków ustawowych może (nie musi) stanowić podstawę fakultatywnej odmowy wydania paszportu i tylko wtedy, gdy znajduje to potwierdzenie w orzeczeniu sądu (np. obowiązek alimentacyjny), a ponadto gdy zachodzi uzasadniona obawa, że wyjazd za granicę osoby zobowiązanej uniemożliwi wykonanie tego obowiązku.

Obligatoryjna jest również odmowa wydania paszportu (unieważnienie paszportu), gdy zachodzą przesłanki wyliczone w art. 6 ust. 1 pkt 2 i 3, a mianowicie: na wniosek Prokuratora Generalnego, w sprawie osoby ubiegającej się o paszport, co do której podjęto czynności związane z przejęciem ścigania o przestępstwo popełnione za granicą¹¹ oraz na wniosek organu prowadzącego postępowanie przeciw osobie ubiegającej się o paszport. Organ taki musi prowadzić przeciw osobie ubiegającej się o paszport postępowanie przygotowawcze lub wykonawcze w sprawie karnej o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego albo w sprawie karnej skarbowej. Jeżeli zostało ono zakończone, odmowa wydania paszportu z przyczyn określonych w art. 6 ust. 2 pkt 3 nie może wchodzić w rachubę. W razie przekazania sprawy innemu organowi wydanie decyzji odmownej może nastąpić po złożeniu wniosku przez organ, któremu przekazano sprawę. W decyzji Ministra Spraw Wewnętrznych Nr 41/91 z dnia 14 VI 1991 r. określono organy upoważnione do składania wniosków do organów paszportowych. Są nimi: Komendant Główny Policji (bądź z jego upoważnienia Dyrektor Biura Dochodzeniowo-Śledczego), Szef UOP (lub z jego upoważnienia Dyrektor Zarządu Śledczego UOP), Komendant Główny Straży Granicznej oraz komendanci wojewódzcy policji. Ponadto uprawnienia takie mają finansowe organy orzekające oraz finansowe organy dochodzeniowe w postępowaniu o przestępstwa karne skarbowe¹². Organy, które złożyły wniosek mają obowiązek zawiadomienia organu paszportowego o ustaniu przesłanek, które uzasadniały złożenie wniosku.

Pozostałe przesłanki fakultatywnej odmowy wydania paszportu (fakultatywnego unieważnienia) wyliczone zostały w art. 6 ust. 2 pkt 2 i 3. W myśl art. 6

¹⁰. F. Zedler: Glosa do uchwały SN z 23 X 1991 r. OSP 1992, poz. 240c.

¹¹. Do chwili obecnej Biuro Paszportowe Białostockiego UW nie rozpatrywało wniosku.

¹². R.A. Stefański: Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 23 IX 1992 r., WPP 1994, nr 1.

ust. 2 pkt 2 organ paszportowy może odmówić wydania paszportu bądź go unieważnić jeżeli nastąpiło prawomocne skazanie osoby ubiegającej się o jego wydanie (posiadającej paszport) za przestępstwo popełnione za granicą, o ile czyn podlega w kraju odpowiedzialności karnej. Informacje o zaistnieniu przestępstwa powinny dotrzeć do organu paszportowego w trybie przewidzianym w umowach międzynarodowych (w Polsce czyni to Departament Zagraniczny Ministra Sprawiedliwości).

Natomiast odmowa wydania paszportu na czas dłuższy niż rok może dotyczyć osób, które dopuściły się podczas pobytu za granicą przestępstwa lub wykroczenia z chęci zysku. Przepis ten ma na celu ograniczenia prawa do paszportu osobom naruszającym przepisy państw obcych.

Oprócz obligatoryjnych przesłanek wyliczonych w art. 6 ust. 1, obligatoryjną przesłanką do wydania decyzji unieważniającej paszport jest utrata obywatelstwa polskiego.

Z uwagi na treść art. 6 ust. 1 i art. 10 ust. 1 kontroli NSA nie podlega merytoryczna zasadność wniosku, lecz decyzja wydana w jego wyniku (decyzja o odmowie wydania paszportu bądź decyzja o unieważnieniu paszportu). Od decyzji o unieważnieniu paszportu (odmowie jego wydania) przysługuje odwołanie (art. 127 par. 1 k.p.a.). Zgodnie z art. 130 par. 1 i par. 2 k.p.a. przed upływem terminu do wniesienia odwołania decyzja nie może być wykonana, a wniesienie odwołania w terminie wstrzymuje wykonanie decyzji. W sprawach paszportowych taka możliwość nie wchodzi w grę, bowiem zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy paszportowej wniesienie odwołania od decyzji o unieważnieniu paszportu nie wstrzymuje jej wykonania, a więc podlega natychmiastowemu wykonaniu. W stosunku do osoby, wobec której wydano decyzję o unieważnieniu paszportu istnieje obowiązek zwrotu paszportu organowi paszportowemu (art. 11). W razie niewykonania tego obowiązku mają zastosowanie przepisy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

W przypadku wydania decyzji unieważniającej paszport przysługuje zwrot opłaty paszportowej oraz innych poniesionych kosztów. Wysokość podlegającej zwrotowi opłaty paszportowej oraz innych kosztów, organ paszportowy ustala w drodze decyzji (z urzędu). Ponadto na wniosek osoby, której paszport został unieważniony, organ paszportowy może wydać decyzję w sprawie zwrotu kosztów wyjazdu za granicę, który nie doszedł do skutku z powodu unieważnienia paszportu. Zwrot opłaty paszportowej oraz innych kosztów może być dokonany dopiero po zwróceniu unieważnionego paszportu¹³.

¹³. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 14 VI 1991 r. w sprawie zakresu oraz trybu zwrotu opłaty paszportowej i poniesionych kosztów w przypadku unieważnienia paszportu (Dz.U. nr 51, poz. 251).

3. Przegląd orzecznictwa NSA w sprawach paszportowych

Decyzje w sprawach paszportowych podlegają kontroli NSA¹⁴ po wyczerpaniu toku odwoławczego, przewidzianego dla każdej decyzji administracyjnej. Istnieje zatem możliwość sądowej ich weryfikacji.

Z informacji Departamentu Spraw Obywatelskich MSW spośród wielu skarg, które wpłynęły do NSA, tylko kilka skrajnych przypadków uznano za słuszne, co oznacza, że organy paszportowe w większości podjęły właściwe decyzje. W wybranych do analizy orzeczeniach NSA najczęściej dokonywał interpretacji przepisów zawartych w art. 6, 7, 10 ustawy o paszportach.

W wyroku z dnia 10 III 1993 r.¹⁵ NSA wyraził pogląd, iż mając na uwadze art. 6 ust. 1 ustawy tylko organ, który prowadzi postępowanie jest w stanie ocenić, czy zasadne jest złożenie wniosku o odmowę wydania paszportu. Powyższa ocena może dotyczyć tylko postępowania toczącego się przed danym organem. Zatem, jeżeli wnioskodawca nie prowadzi już postępowania (nastąpiło przekazanie sprawy innemu organowi, bądź postępowanie zakończono), to wniosek o odmowę wydania paszportu nie może wywołać skutków przewidzianych w art. 6 ust. 1 i art. 10 ust. 1 zd. 1 cyt. ustawy. Wniosek właściwego organu o odmowę wydania paszportu przewidziany w art. 6 ust. 1 uzasadnia wydanie przez organ paszportowy wskazanej w tym wniosku decyzji tylko w trakcie trwania postępowania przed organem, który z wnioskiem takim wystąpił.

W innej sprawie¹⁶ NSA słusznie stwierdził, iż przesłanką faktyczną uzasadniającą unieważnienie paszportu jest sam fakt prowadzenia przez sąd postępowania karnego przeciwko osobie posiadającej paszport, a nie jedynie prawomocne skazanie tej osoby za określone przestępstwo. Jeżeli więc przeciwko osobie posiadającej paszport toczy się postępowanie karne o popełnienie przestępstwa, a jednocześnie sąd złożył wniosek o uniemożliwienie skarżącemu wyjazdu za granicę, to organ paszportowy jest zobowiązany unieważnić paszport, bowiem zgodnie z art. 10 ust. 1 organ paszportowy wydaje decyzje wówczas, gdy zażąda tego sąd, przed którym toczy się postępowanie karne przeciwko osobie posiadającej paszport.

W wyroku z dnia 11 II 1992 r.¹⁷ NSA trafnie stwierdził, iż obligatoryjna odmowa wydania paszportu (lub jego unieważnienie) na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 3 może nastąpić w toku postępowania przygotowawczego, jedynie w stosunku do podejrzanego o popełnienie przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego albo w sprawie karnej skarbowej. Natomiast jeżeli w sprawie karnej toczy się postę-

¹⁴. Ustawa z dnia 11 V 1995 r. o NSA (Dz.U. nr 74, poz. 368).

¹⁵. Wyrok NSA z dnia 10 III 1993 r. ONSA 1994 nr 2 poz. 66.

¹⁶. Wyrok NSA z dnia 21 II 1992 r. ONSA 1992 nr 2, poz. 40.

¹⁷. E. Smoktunowicz: Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, Warszawa 1994. Patrz wyrok NSA z dnia 11 II 1992, s. 80.

powanie przygotowawcze ad rem (np. w sprawie wystawienia czeku bez pokrycia), wówczas odmowa wydania paszportu (unieważnienie) może nastąpić na zasadzie art. 6 ust. 2 i odpowiednio art. 10 ust. 1 zd. 2 ustawy paszportowej. Ponadto w orzeczeniu tym NSA szczególnie podkreślił, iż organy paszportowe są nie tylko uprawnione lecz wręcz zobowiązane (art. 7, 9, 77, k.p.a.) do badania zasadności złożonego wniosku o unieważnienie paszportu, ponieważ przepisy o paszportach (poza art. 10 ust. 2) nie uchylają żadnych przepisów k.p.a. Organ paszportowy w toku prawidłowo przeprowadzonego postępowania powinien ustalić czy faktycznie osobie zostały przedstawione zarzuty oraz czy wniosek pochodzi od uprawnionego organu.

W kolejnym orzeczeniu¹⁸ z dnia 26 X 1993 r. Sąd zajął się problematyką zwrotu kosztów poniesionych na skutek wydania decyzji o unieważnieniu paszportu. Zdaniem NSA organy paszportowe prawidłowo stosują art. 10 ust. 3 ustawy paszportowej, który daje prawną podstawę wydania decyzji o zwrocie opłaty paszportowej i innych poniesionych kosztów oraz przepisy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 14 VI 1991 r. w sprawie zakresu oraz trybu zwrotu opłaty paszportowej i poniesionych kosztów w przypadku unieważnienia paszportu. Mimo, że organy paszportowe nie są przygotowane do rozstrzygania skomplikowanych sporów cywilnoprawnych NSA uznał, iż określenie „zwrot dokonanych opłat”, ma dotyczyć tylko opłat paszportowych, które zostały w rzeczywistości uiszczone za wydanie paszportu, który został unieważniony, a także, że od opłaty paszportowej i innych poniesionych kosztów zwracanych na podstawie art. 10 ust. 3 przysługują odsetki za zwłokę (od dnia zwrotu unieważnionego paszportu).

NSA wypowiedział się także na temat prawa do paszportu osób małoletnich. Ustawa o paszportach nie zawiera ograniczeń wiekowych dla osób ubiegających się o paszporty. Oznacza to, że osoby małoletnie mogą być posiadaczami paszportu. Wolą ustawodawcy, wydanie paszportu małoletniemu zostało uzależnione od spełnienia warunków określonych w art. 7 ust. 4, a więc wyrażenia zgody na wydanie paszportu przez rodziców lub opiekunów prawnych dziecka. W przypadku braku zgodności stanowisk rodziców lub niemożności uzyskania ich zgody, zastępuje ją orzeczenie sądu opiekuńczego. Ustawa określa, że wymagana jest zgoda wyraźna, a więc nie obłożona warunkami, gdyż organ paszportowy nie ma podstaw prawnych oraz możliwości kontrolowania sposobu wykorzystania paszportu przez jego posiadacza. Dlatego też NSA w wyroku z dnia 26 I 1994 r.¹⁹ podkreślił, że zgoda warunkowa nie powinna być przez organ paszportowy przyjęta, gdyż nie jest przewidziana w ustawie paszportowej. W ocenie NSA wyjaśnienia wymaga przede wszystkim intencja ustawodawcy wyrażona w art. 7 ust. 4.

¹⁸. Wyrok NSA z dnia 26 X 1993 r. (V SA 1734/93), niepublikowany.

¹⁹. Wyrok NSA z dnia 26 I 1994 r. (V SA 959/93), niepublikowany.

W art. 7 ust. 4 ustawy paszportowej stwierdza się, że w razie ubiegania się o wydanie paszportu przez osobę małoletnią jest wymagana zgoda obojga rodziców lub opiekunów prawnych chyba, że z orzeczenia sądu wynika prawo decydowania w tej sprawie tylko jednemu z rodziców. Zgoda rodziców (opiekunów) powinna być wyrażona w sposób wyraźnie sprecyzowany i nie może być ograniczona żadnymi warunkami, ani też wyrażona w sposób dorozumiany. Art. 7 ust. 4 nie przewiduje możliwości uzależnienia wydania paszportu od wystąpienia dalszego warunku prawnego, od którego zaistnienia zależy skuteczność czynności prawnej organu jaką jest wydanie paszportu osobie małoletniej. Jeżeli więc przepis nie uzależnia ważności decyzji od zaistnienia warunku prawnego, to organ paszportowy nie ma podstaw do wydania tak uwarunkowanej decyzji. Natomiast obowiązkiem organu paszportowego jest prawidłowe poinformowanie stron o skutkach wydania paszportu i wezwanie do usunięcia braków zgodnie z wymogami art. 7, 9, 77 k.p.a.

4. Wnioski końcowe

Ustawa z 29 XI 1990 r. o paszportach określa paszport jako jednolity i uniwersalny dokument, który uprawnia jego posiadacza do nieograniczonej liczby wyjazdów za granicę, w okresie jego ważności, do wszystkich krajów świata oraz możliwość swobodnego dysponowania tym dokumentem. Ustawodawca w pełni wyraził koncepcję demokratycznego państwa prawa formułując przepisy, aby w zakresie wydawania paszportów było minimum reglamentacji a maksimum swobody dla obywatela. Najważniejszą zasadę stanowi art. 3 formułujący niezwykle ważną zasadę, którą można nazwać prawem podmiotowym każdego obywatela do otrzymania paszportu, jeżeli przedłoży wymagane dokumenty i uiści należną opłatę. Pozbawienie lub ograniczenie tego prawa stanowi wyjątek od reguły i może nastąpić tylko w wypadkach przewidzianych przez ustawę (art. 6 i art. 10 ustawy). W odróżnieniu od ustaw przygotowanych „w pośpiechu”, obowiązująca od 7 IV 1991 r. ustawa o paszportach generalnie w praktyce zdaje egzamin. Potwierdza to niewielka liczba odwołań od decyzji wojewodów do Ministra Spraw Wewnętrznych oraz skarg do NSA. W praktyce orzeczniczej, NSA nie napotyka na poważne wątpliwości prawne. Większość skarg NSA oddala lub odrzuca.

Zatem obowiązująca ustawa paszportowa pozwala na realizację praw i wolności obywatelskich, a uzyskanie paszportu przestało być definitywnie aktem łaski państwa.

**NOWE PODSTAWY PRAWNE
PLANOWANIA PRZESTRZENNEGO W POLSCE
Problemy kolizyjne okresu przejściowego**

1. Uwzględniając, iż planowanie jest procesem długotrwałym, wymagającym dłuższego czasu i dużych nakładów finansowych, ustawodawca zmierza do ewolucyjnej przebudowy systemu planowania. Wyrazem tego jest regulacja art. 67 ust. 1 ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym, stwarzająca możliwość pozostawienia w obrocie prawnym obowiązujących miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego. Za obowiązujące zaś można uznać tylko takie, które zostały stosowną uchwałą rady gminy uchwalone (zatwierdzone) i ogłoszone w sposób przewidziany przepisami ustawy z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym (tekst jedn. Dz.U. z 1989 r. Nr 17, poz. 99 z późn. zm.). Warunkiem wejścia w życie przepisów powszechnie obowiązujących (aktów normatywnych) - a do tej kategorii przepisów należą plany miejscowe - jest ich ogłoszenie w sposób prawem przewidziany. Dopiero akt należycie ogłoszony może rodzić skutki prawne dla jego adresata. W tym świetle uchwała rady gminy o planie miejscowym podjęta przed 1 stycznia 1995 r., a nie ogłoszona do tego dnia w wojewódzkim dzienniku urzędowym stosownie do art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym, nie wiąże. Jako taka winna być zakwestionowana przez organ nadzoru. Wojewoda zobligowany dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 16, poz. 95 z późn. zm.) winien stwierdzić jej nieważność, a w przypadku braku stosownego rozstrzygnięcia nadzorczego wojewody uchwała taka może być przedmiotem skutecznej skargi do NSA. Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego przygotowany i uchwalony w trybie przepisów poprzednio obowiązującej ustawy o planowaniu przestrzennym z 1984 r. a nie ogłoszony w wojewódzkim dzienniku urzędowym przed 1 stycznia 1995 roku (decyduje data wydania dziennika) może być uznany jedynie za materiały do planu miejscowego, który należy sporządzić, uchwalić i ogłosić w trybie przepisów nowej ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym.

Miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego, obowiązujące w dniu wejścia w życie ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym, a zatem przygotowane, uchwalone i ogłoszone na zasadach i w trybie przewidzianym przepisami poprzednio obowiązującej ustawy o planowaniu przestrzennym, a także ustawy z dnia 4 października 1991 r. o zmianie niektórych warunków przygotowania inwestycji budownictwa mieszkaniowego w latach 1991-1995 (plany uproszczone) mogą obo-

wiazywać najdłużej do 1 stycznia 2000 r. Jeżeli wcześniej nie zostaną uchylone, z dniem tym z mocy przepisów ustawy przestaną obowiązywać.

Obowiązywać będą natomiast te wszystkie ustalenia miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego uchwalonych pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów prawa, które dotyczą terenów objętych zmianami planów, dokonanymi na zasadach określonych nową ustawą. Oznacza to, że moc prawną miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego będą miały te wszystkie części „starych” planów, które w wyniku zmian planu poddane zostały procedurze nowej ustawy. Rozwiązanie to pozostaje w harmonii z przepisami art. 11 ustawy stanowiącymi, że w przeciwieństwie do sytuacji dotychczasowej, plan miejscowy można sporządzić dla części obszaru gminy. Mając na uwadze negatywne doświadczenia z przeszłości w zakresie sporządzania planu dla całych obszarów gmin, w tym dla terenów działań takich nie wymagających, można wnosić, że sporządzanie planów dla części obszaru gminy będzie regułą praktyki planistycznej.

Uwzględniając, że z dniem wejścia w życie komentowanej ustawy tracą moc opracowywane i uchwalane dotychczas założenia do planów zagospodarowania przestrzennego oraz ustalenia miejscowych planów ogólnych, które w przypadku braku szczegółowego planu miejscowego stanowiły podstawę do wydawania decyzji w sprawie wykorzystania gruntów na cele inwestycyjne, ustawodawca chcąc uniknąć sytuacji w których po 2000 roku gminy bierne „planistycznie” pozostaną bez jakichkolwiek materiałów planistycznych zobowiązuje rady gmin do uchwalenia studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy przed utratą mocy „starych planów”. Co prawda w świetle regulacji art. 40 ust. 11 oraz art. 44 ust. 1 komentowanej ustawy plan nie jest niezbędnym warunkiem zmiany zagospodarowania terenu, w tym jego zabudowy, bowiem decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu można wydać bez planu, wprost na podstawie przepisów szczególnych, to gmina winna jednak prowadzić politykę przestrzenną na swoim obszarze (zob. art. 6 ust. 1). Ład przestrzenny i gospodarka terenami jest jednym z podstawowych zadań własnych gminy w świetle art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 16, poz. 95 z późn. zm.).

Z naciskiem trzeba podkreślić, że wyżej wymienione studium w żadnym razie nie może być traktowane jako przepis szczególny. Nie będąc aktem prawnym powszechnie obowiązującym nie może być podstawą do wydawania decyzji administracyjnych, a próby traktowania studium gminnego analogicznie do funkcjonujących dotychczas planów ogólnych czy założeń do planów nie mogą być uznane za zasadne (zob. uwagi o charakterze prawnym studium zamieszczone w pkt. 1. cz. II opracowania).

2. Stosownie do art. 66 ust. 1 ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym do spraw wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy, a nie zakończonych decyzją ostateczną, stosuje się przepisy nowej ustawy.

Przepisy art. 66 są typowymi przepisami przejściowymi, mającymi zastosowanie do postępowania administracyjnego wszczętego przed dniem wejścia w życie ustawy (1 stycznia 1995 r.) i nie zakończonego do tego dnia decyzją ostateczną. Mają zastosowanie w sprawach indywidualnych związanych z procesem inwestowania. Przepisów tych nie można stosować do sporządzania i uchwalania planów zagospodarowania przestrzennego.

Stosownie do regulacji przepisu art. 66 ust. 1 właściwy organ administracji państwowej ma obowiązek prowadzić każde wszczęte postępowanie administracyjne, nie zakończone decyzją ostateczną, zgodnie z przepisami nowej ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym, a nie na podstawie dotychczas obowiązującej ustawy o planowaniu przestrzennym.

Stosowanie przepisów omawianej ustawy do spraw wszczętych i przed dniem wejścia w życie tej ustawy nie zakończonych decyzją ostateczną, ma ten skutek prawny, że żądanie strony udzielenia wskazań lokalizacyjnych i wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji zgłoszone przed 1 stycznia 1995 r. i do tego dnia nie rozstrzygniętych w myśl art. 36 dotychczas obowiązującej ustawy o planowaniu przestrzennym należy traktować jako wniosek o wydanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu (zob. art. 39 i nast.).

Z kolei wydane decyzje ostateczne o ustaleniu lokalizacji inwestycji, dla których do dnia wejścia w życie ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym nie wydano decyzji o pozwoleniu na budowę traktuje się - z mocy przepisu art. 66 ust. 2 - jak decyzje o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu. Decyzje takie, pod warunkiem że nie utraciły swojej ważności, stanowią podstawę do ubiegania się o wydanie pozwolenia na budowę danej inwestycji, stosownie do art. 32 ust. 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89, poz. 416). Decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji traci ważność, jeżeli inwestor nie uzyskał prawa do gruntu lub je utracił albo w terminie określonym w tej decyzji, lecz nie dłuższym niż 3 lata, nie wystąpił o pozwolenie na budowę (art. 43 ust. 3 ustawy z dnia 12 lipca o planowaniu przestrzennym). Kształtując treść decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji przepis art. 43 ust. 3 ustawy z 1984 r. będzie miał zastosowanie w stosunku do tej decyzji pozostającej w obrocie prawnym, w związku z art. 66 ust. 2 ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym.

3. Stosownie do regulacji obowiązującego do dnia 1 stycznia 1995 r. art. 4 ustawy z dnia 16 października 1991 r. o ochronie przyrody (Dz.U. Nr 114, poz. 492 z późn. zm.), miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego miały określać wymagania ochrony parków narodowych, rezerwatów przyrody, parków krajobrazowych i obszarów chronionego krajobrazu oraz innych składników przyrody

podlegających ochronie. Plany ochrony parku narodowego i krajobrazowego, były planami obszarów funkcjonalnych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym (art. 7, ust. 2).

W związku z wprowadzeniem ustawą o zagospodarowaniu przestrzennym jednego planu powszechnie obowiązującego (zob. art. 2, 4 i 7) - miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, ustawodawca znosi instytucję planów obszaru funkcjonalnego. Znosząc pojęcie planów obszarów funkcjonalnych ustawodawca nie znosi oczywiście planów ochrony parku narodowego i krajobrazowego, którym przysługiwał w świetle skreślonego art. 25 ustawy o ochronie przyrody - przymiot planu funkcjonalnego. Plany te pozostają w obrocie prawnym wiążąc gminy przy sporządzaniu miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego w myśl nowego brzmienia art. 4 oraz odpowiednio art. 14 ust. 9 i 24 ust. 9 ustawy o ochronie przyrody.

Znowelizowane brzmienie art. 4 ustawy o ochronie przyrody, zamieszczonego w przepisach ogólnych ustawy, nadaje ustaleniom wszystkich planów ochrony (również planowi ochrony rezerwatu przyrody) moc wiążącą przy sporządzaniu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Art. 4 ustawy o ochronie przyrody koresponduje z tymi przepisami ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym, które samodzielne ustalanie przeznaczenia i zasad zagospodarowania terenu przez gminę, uzależniają od zachowania warunków określonych w ustawach (zob. art. 2 ust. 1). Przepis art. 4 ustawy o ochronie przyrody ma dla gminy to znaczenie, że jeżeli przesądzono o sporządzeniu planu, to jej organy są zobligowane do uchwalenia planu miejscowego zgodnie z ustaleniami planów ochrony przyrody dotyczących obszaru gminy. Ustalenia tych planów mają w istocie dla gminy taki sam skutek prawny jak postanowienia ustaw i innych przepisów szczególnych, a plan miejscowy uchwalony sprzecznie z tymi ustaleniami jest prawnie bezskuteczny.

Stosowna uchwała rady gminy jako sprzeczna z prawem jest nieważna, a wojewoda winien orzec tę nieważność w całości lub w części w trybie i na zasadach określonych w art. 91 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 16, poz. 95 z późn. zm.). Gdyby zaś tego nie zrobił uchwała może być skutecznie skarżona do NSA w trybie art. 101 ww. ustawy. Należy dodać, że zarzut sprzeczności planu miejscowego z ustaleniami planów ochrony przyrody w części dotyczącej obszaru gminy może być skuteczny już na etapie prac nad projektem planu (łącznie z możliwością wniesienia skargi do sądu administracyjnego - zob. art. 24).

Wiążące dla gminy są także te ustalenia zawarte w rozporządzeniu wojewody dotyczącego zagospodarowania obszaru położonego na jej obszarze, które odnoszą się do pojedynczych przedmiotów poddanych ochronie (pomniki przyrody, stanowiska dokumentacyjne, ochrona określonych gatunków roślin i zwierząt itp.), ze skutkami prawnymi takimi jak w przypadku ustaleń planów ochrony.

Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego może być sporządzony tylko dla obszaru poddanego ochronie. Uwzględniając, że plan taki leży zarówno w interesie administracji rządowej jak i samej gminy, ustawodawca kosztami jego sporządzenia obarcza w równym stopniu budżet państwa i gminy. Nie określa jednak bliżej zasad wspólnego finansowania przedsięwzięcia. W tej sytuacji należy przyjąć, że kwestie te winne być przedmiotem negocjacji i wzajemnych uzgodnień z tym zastrzeżeniem, że koszty sporządzenia planu strony ponoszą w równych częściach. Ewentualne spory wynikające z tego tytułu mogą być przedmiotem postępowania przed sądem powszechnym.

Mocą przepisu ust. 2 art. 34 ustawy o ochronie przyrody ustawodawca wprowadza nową regulację, zobowiązując gminy do obowiązkowego sporządzenia i uchwalenia planu miejscowego dla obszarów i zespołów chronionego krajobrazu oraz zespołów przyrodniczo-krajobrazowych. Uwzględniając regulację art. 4 ust. 4 ustawy o ochronie przyrody należy przyjąć że koszty sporządzenia takich planów poniosą w częściach różnych budżet państwa i gminy.

W świetle nowego brzmienia art. 44 ustawy o ochronie przyrody zmiana przeznaczenia terenów, na których znajduje się starodrzew może być dokonana jedynie w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, co oznacza obowiązek sporządzenia planu w związku z zamierzeniem zmiany przeznaczenia terenów zadrzewionych starodrzewem. Przepis art. 44 ustawy o ochronie przyrody jest przykładem przepisu szczególnego, o którym mowa w art. 13 ust. 1 ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym. Skutkiem regulacji art. 44 ustawy o ochronie przyrody jest brak możliwości dokonania zmiany zagospodarowania terenu, a w szczególności jego zabudowa na podstawie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu wydanej wprost na podstawie przepisów szczególnych z pominięciem planu miejscowego.

4. Z mocy art. 74 ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym uchylona zostaje obowiązująca do dnia 31 grudnia 1994 r. ustawa z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym, a wraz z nią z dniem 1 stycznia 1995 r. uchwalone na jej podstawie plany regionalne i założenia do tych planów. Nowy system planowania przestrzennego nie przewiduje ani planów regionalnych ani planu krajowego. Warto w tym miejscu podnieść, że z dniem 1 stycznia 1995 r. tracą moc założenia do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego. Powtórzmy zatem, że założenia do planu miejscowego ani tym bardziej materiały do planu, w przypadku jego braku, nie mogą być podstawą decyzji wpływających na sposób zagospodarowania oraz wykorzystania gruntów tak jak pod rządami dotychczas obowiązującej ustawy o planowaniu przestrzennym z 1984 r. (art. 47 ust. 4).

Regułą w przypadku przepisów derogacyjnych stosowaną przez ustawodawcę, jest ogólna klauzula, iż postanowienia innych ustaw dotychczas obowiązujących i sprzecznych z komentowaną ustawą tracą moc. W komentowanym przypadku

klauzula ta nie została zastosowana. Tym niemniej stosownie do reguły kolizyjnej, *lex posterior derogat legi priori* ewentualne wątpliwości interpretacyjne można tłumaczyć zgodnie z przytoczoną wyżej klauzulą ogólną. Trzeba mieć jednak na uwadze, że *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.

Wątpliwości budzi też moc obowiązująca dotychczasowych przepisów wykonawczych. Zwykle do czasu wejścia w życie przepisów wykonawczych do nowej ustawy, ustawodawca pozostawia w mocy dotychczasowe przepisy wykonawcze. W przypadku komentowanego artykułu brak jest takiej dyspozycji ustawodawcy. Wobec braku kompletu przepisów wykonawczych do nowej ustawy

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że w myśl art. 72 ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym w ustawie z dnia 4 października 1991 r. o zmianie niektórych warunków przygotowania inwestycji budownictwa mieszkaniowego w latach 1991-1995 oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. Nr 103, poz. 446 i z 1994 r. Nr 84, poz. 384) skreśla się rozdział 2 i 4.

Przepisy rozdziału 2 ustawy z dnia 4 października 1991 r. kreowały -jak wiadomo - nową kategorię planu zagospodarowania przestrzennego: plan uproszczony. Plan ten mógł być sporządzony w przypadku braku miejscowego szczegółowego planu zagospodarowania przestrzennego. W związku z wprowadzeniem ustawą o zagospodarowaniu przestrzennym - w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego - możliwości określenia przeznaczenia i ustalenia warunków zagospodarowania terenu w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, plany uproszczone utraciły rację bytu, a regulacje rozdziału 2 ustawy o zmianie niektórych warunków przygotowania inwestycji budownictwa mieszkaniowego w latach 1991-1995 oraz o zmianie niektórych ustaw stały się bezprzedmiotowe. Uwaga ta w równym stopniu dotyczy rozdziału 4 tej ustawy, który wprowadzał nową instytucję - informację o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu. Informacja ta zastępowała, w zakresie budownictwa mieszkaniowego i infrastruktury towarzyszącej, wskazania lokalizacyjne i decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji, wydawane na podstawie ustawy z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym. W związku ze zniesieniem wskazań lokalizacyjnych i decyzji lokalizacyjnej zastępująca je informacja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu straciła sens. Z kolei uchylony, omawianym przepisem, art. 14 rozdziału 4 wprowadzający połączenie dwóch etapów decyzyjnych: zatwierdzenia dokumentacji projektowej oraz wydania pozwolenia na budowę, został „wchłonięty” przez przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1993 r. - Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89, poz. 416).

W rezultacie na rok przed utratą mocy obowiązującej nowelizowanej ustawy epizodycznej z 1991 r. w obrocie prawnym pozostają jej fragmenty pozbawione większego znaczenia normatywnego.

Należy jednak podkreślić, że plany uproszczone sporządzone i uchwalone stosownie do wymagań ustawowych z 1991 r. przed 1 stycznia 1995 r. zachowują moc obowiązującą. Pozostają w obrocie prawnym na zasadach określonych dla planów miejscowych, sporządzonych i uchwalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym (tekst jedn. Dz.U. z 1989 r. Nr 17, poz. 94 z późn. zm.) z możliwością zachowania mocy obowiązującej do 31 grudnia 1999 r. (zob. art. 67 ust. 1).

W związku z wyżej wymienionymi zmianami stanu prawnego od 1 stycznia 1995 r. do 31 grudnia 1999 r. w obrocie prawnym funkcjonować będą:

- miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego uchwalane, z reguły dla części obszaru gminy, na podstawie nowej ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym,

- miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego uchwalone pod rządami dotychczas obowiązującej ustawy z dnia 12 lipca 1984 r. o planowaniu przestrzennym, o ile nie zostały zastąpione przez plany opracowane pod rządami nowej ustawy; w przypadku uchwalenia nowego planu dla części obszaru gminy miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego uchwalony pod rządami ustawy z 1984 r. przestaje obowiązywać w części dotyczącej tego obszaru,

- uproszczone miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego, uchwalone w trybie ustawy epizodycznej z dnia 4 października 1991 r. z zastrzeżeniem jak pkt. 2.

Z dniem 1 stycznia 1995 r. moc obowiązującą utraciły:

- plany regionalne i założenia do tych planów,
- założenia do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz miejscowe plany ogólne przy założeniu istnienia planów szczegółowych,
- plany funkcjonalne z wyjątkiem planów ochrony parku narodowego i krajo-
brazowego, które pozostają w obrocie wiążąc gminy przy sporządzaniu miejsco-
wych planów zagospodarowania przestrzennego.

PROBLEMATYKA ZGROMADZEŃ PUBLICZNYCH W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO I NACZELNEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO

1. Wprowadzenie

Na mocy przepisu art. 77 tzw. Małej Konstytucji z 17 X 1992 r.¹ utrzymano w mocy przepis art. 83 Konstytucji z r. 1952 gwarantujący obywatelom wolność zgromadzeń publicznych. Przepis ten już w r. 1989² został pozbawiony cech restrykcyjnych, co było poprzednio (w epoce PRL) podyktowane względami natury doktrynalnej. W obecnym brzmieniu głosi on, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia obywatelom wolność zgromadzeń i wieców, pochodów i manifestacji”. Koresponduje on z treścią przepisu art. 21 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ z r. 1966, ratyfikowanego przez Polskę 3 III 1977 r., zapewniającego prawo „do spokojnego zgromadzenia się”³.

Tę generalną dyspozycję ustawodawcy konstytucyjnego ugruntowała ustawa z 5 VII 1990 r. - Prawo o zgromadzeniach⁴, będąca najbardziej liberalną ustawą w tej materii w dziejach Polski, biorąc również pod uwagę przedwojenną ustawę o zgromadzeniach z r. 1932⁵. Według przepisu art. 1 ust. 1 ustawy z r. 1990, każdy może korzystać z wolności pokojowego zgromadzania się, zaś w myśl art. 2 tejże ustawy wolność zgromadzenia się podlega ograniczeniom przewidzianym jedynie przez ustawy, niezbędnym do ochrony bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego oraz ochrony zdrowia lub moralności publicznej albo praw i wolności innych osób. Organizowanie zgromadzeń publicznych wymaga jedynie notyfikacji organowi gminy (art. 7), przy czym zgromadzenia publiczne należą do kategorii zadań zleconych gminom. Rada gminy może natomiast - w drodze uchwały - określić miejsce w którym organizowanie zgromadzeń publicznych nie wymaga nawet zawiadomienia (formuła „Hyde Parku”). Organ gminy zakazuje odbycia zgromadzenia (art. 8), jeśli stwierdzi wystąpienie jednej albo obu przesłanek zawartych w art. 2 ustawy: 1) gdy cel lub odbycie zgromadzenia sprzeciwiają się ustawie (tj. Prawu o zgromadzeniach) lub naruszają przepisy ustaw karnych (kodeksu karnego,

1. Dz.U. nr 84, poz. 426.

2. Mam tu na myśli zwłaszcza poprawkę dokonaną 29 XII 1989 r. (Dz.U. nr 75, poz. 444).

3. Dz.U. nr 38, poz. 167 (załącznik).

4. Dz.U. nr 51, poz. 297. Ta ustawa uchyliła antydemokratyczną ustawę o zgromadzeniach z r. 1962.

5. A. Nowakowski: Prawo do zgromadzeń publicznych w ustawodawstwie Drugiej Rzeczypospolitej, „Kościół i Prawo”, KUL Lublin, t. VIII, 1991, s. 139-156.

kodeksu wykroczeń albo innych ustaw zawierających przepisy prawa karnego); 2) odbycie zgromadzenia może zagrażać życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu - i to jedynie „w znacznych rozmiarach”. Organ gminy nie działa zatem na zasadzie tzw. luzu decyzyjnego, a ewentualną decyzję odmowną można zweryfikować w trybie: 1). odwoławczym (do właściwego wojewody), 2) wniesienia skargi do NSA⁶.

Uprawnione podmioty mogą w tym zakresie wystosować ponadto wnioski do Trybunału Konstytucyjnego.

2. Problematyka zgromadzeń publicznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

2.1. Uchwała Trybunału

Rzecznik Praw Obywatelskich we wniosku do Trybunału Konstytucyjnego, posiłkując się dyrektywą zawartą w art. 21 cyt. Paktu ONZ podniósł - w przedmiocie zgromadzeń publicznych - następujące wątpliwości natury prawnej: 1) czy organ gminy nie zakazując odbycia zgromadzenia jest jednocześnie uprawniony do wydania decyzji administracyjnej, w której zostają zmienione warunki jego odbycia (czas, miejsce i inne dane określone w art. 7 ust. 2 Prawa o zgromadzeniach). Według argumentacji RPO, podzielonej również przez Prokuratora Generalnego RP, organ gminy może jedynie zezwolić albo zabronić odbycia zgromadzenia, gdyż ustawa z r. 1990 jest ustawą ściśle obowiązującą (*ius strictum*), a jej wykładnia zawężająca na niekorzyść obywateli nie jest dopuszczalna. 2) Również wojewoda nie może w sposób rozszerzający korzystać ze swych uprawnień, w stosunku do zgromadzeń, korzystających z dróg publicznych. 3) Samodzielna interwencja Policji w stosunku do uczestników zgromadzenia jest dopuszczalna jedynie w przypadku, gdy uczestnicy zagrażają porządkowi publicznemu.

Podzielając poglądy zawarte we wniosku RPO - Trybunał Konstytucyjny w dniu 16 III 1994 r. podjął w pełnym składzie uchwałę dotyczącą ustalenia powszechnie obowiązującej wykładni następujących ustaw⁷: 1) art. 2 i art. 8 cyt. ustawy z r. 1990 - Prawo o zgromadzeniach, 2) art. 54 ustawy z 1 II 1983 r. - Prawo o ruchu drogowym⁸, 3) art. 14 ust. 2 ustawy z 6 IV 1990 r. o Policji⁹. TK dokonując wykładni ustalił, że: 1) organ gminy przyjmując zgłoszenie od organizatorów zgromadzenia nie może zakazać jego odbycia, jeśli nie występują przesłanki określone w art. 2 Prawa o zgromadzeniach, o których już wspominałem, 2) w decyzji zakazującej odbycia zgromadzenia, jeśli wystąpią przesłanki z art. 2 organ gminy nie

⁶ Zob.: A. Nowakowski: Nowa polska ustawa o zgromadzeniach - 5 VII 1990 r., „Prawo i Demokracja” nr 1, Białystok 1992, s. 59-76.

⁷ Dz.U. nr 39, poz. 148. Zob. ponadto: „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego” 1994, cz. I, poz. 18, s. 165-172 (sygn. W 8/93).

⁸ Dz.U. z r. 1992 nr 11, poz. 41 i nr 26, poz. 114.

⁹ Dz.U. nr 30, poz. 179.

może arbitralnie wyznaczyć innego miejsca i czasu zgromadzenia niż podane w zaawiadomieniu, o którym mowa w art. 7, 3) podobnie wojewoda wydając w trybie art. 54 ustawy - Prawo o ruchu drogowym odmowną decyzję, zakazującą korzystania przez zgromadzenie z drogi publicznej nie może wyznaczać innego miejsca, czasu i trasy przemieszczania się zgromadzenia, 4) policja nie może na podstawie art. 14 ust. 2 ustawy o Policji w sytuacji, gdy legalne zgromadzenie nie zostało rozwiązane w trybie art. 12 Prawa o zgromadzeniach przez: a) jego przewodniczącego, b) przedstawicieli gminy, żądać opuszczenia miejsca zgromadzenia, a następnie zastosować środki przymusu (art. 16 ustawy o Policji).

Tak więc TK dokonał liberalizującej wykładni Prawa o zgromadzeniach, zawężającej możliwość stosowania środków restrykcyjnych przez organ gminy, wojewodę i policję.

2.2. Postanowienie Trybunału

Rozpoznając skargę na konkretną decyzję administracyjną, Prezes NSA we wniosku do TK zakwestionował legalność przepisu par. 6 ust. 4 i 5 in fine rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 21 VII 1993 r. w sprawie określenia sposobu zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego podczas trwania imprez na drogach, warunków ich odbywania, trybu postępowania i organów właściwych w tych sprawach¹⁰. Zakwestionował on ponadto zgodność tegoż rozporządzenia z następującymi ustawami: 1) k.p.a. (art. 16 par. 2), 2) Prawem o ruchu drogowym z r. 1983 (art. 54 ust. 1 i 4), 3) Prawem o zgromadzeniach z r. 1990 (art. 2), 4) ustawą z 22 III 1990 r. o terenowych organach rządowej administracji ogólnej¹¹, a przede wszystkim z art. 83 Konstytucji RP.

Zakwestionowane przepisy przewidywały, że w razie nieprzestrzegania przez organizatora imprezy warunków określonych w zezwoleniu, powodującego zagrożenie dla porządku publicznego, czyli w sytuacji określonej w art. 22 ust. 1 ustawy z r. 1990 dotyczącej kompetencji wojewodów, wojewoda mógł w drodze aktu administracyjnego o charakterze generalnym (rozporządzenia porządkowego) zakazać odbycia imprezy (par. 6 ust. 4 rozp. z r. 1993). Ponadto przepis par. 6 ust. 5 in fine cytowanego rozporządzenia stwierdzał, że Policja mogła zażądać usunięcia zaistniałych nieprawidłowości, jako warunku niezbędnego do kontynuowania imprezy, jeśli jej organizator rażąco naruszał przepisy lub warunki odbycia imprezy zawarte w wydanym zezwoleniu.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że przepis art. 54 ust. 1 Prawa o ruchu drogowym traktuje o wykorzystaniu dróg w sposób szczególny. Mianowicie: 1) zawody sportowe (wyścigi, biegi, rajdy), 2) zgromadzenia, 3) inne imprezy, które powodują utrudnienie w ruchu lub wymagają korzystania z drogi w sposób szcze-

¹⁰. Dz.U. nr 73, poz. 345.

¹¹. Dz.U. nr 21, poz. 123, zm.: Dz.U. z r. 1991 nr 75, poz. 328.

gólny wymagają zezwolenia, które w stosunku do imprez na drogach (z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych) wydaje właściwy wojewoda.

Jednak przed rozpoznaniem wniosku przez TK co do istoty sprawy, MSW znowelizował rozporządzenie 5 VII 1994 r., częściowo uchylając i zmieniając przepisy zakwestionowanego rozporządzenia z roku 1993, skreślając w całości przepis 6 ust. 4¹². Oznacza to, że odtąd wojewoda nie może w drodze rozporządzenia porządkowego zakazać odbycia imprezy (w tym zgromadzenia odbywającego się na drogach), na którą uprzednio wydał zezwolenie w trybie decyzji administracyjnej, podlegającej rygorom k.p.a. Natomiast przepis 6 ust. 5 otrzymał nowe, bardziej liberalne brzmienie. W przypadku rażącego naruszenia przepisów lub nieprzestrzegania przez organizatora imprezy w czasie jej trwania warunków określonych w zezwoleniu, Policja może jedynie wydawać wiążące polecenia w celu zachowania bezpieczeństwa i porządku publicznego na drogach podczas trwania imprezy, nie może natomiast przerwać (zakazać) dalszego odbywania imprezy.

Wskutek znowelizowania przez MSW rozporządzenia w części objętej wnioskiem Prezesa NSA - TK na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 VIII 1994 r. wydał postanowienie o umorzeniu postępowania¹³ - na podstawie przepisu art. 4 ust. 2 ustawy z 29 IV 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym¹⁴.

3. Problematyka zgromadzeń publicznych w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego

Ze względu na liberalizm ustawy z r. 1990 i odpowiadającą duchowi i literze ustawy praktykę lokalnej administracji, skargi na odmowne decyzje administracyjne dotyczące zgromadzeń publicznych należą do rzadkości. Ostatnio jednak NSA - Ośrodek Zamiejscowy w Poznaniu rozpoznał skargę na decyzje miejscowego prezydenta i wojewody w przedmiocie niewyrażenia zgody na zorganizowanie zgromadzenia publicznego zwolenników naturyzmu, oddalając skargę jako bezzasadną¹⁵.

Według zgłoszenia dokonanego przez wnioskodawcę, zgromadzenie to miało się odbyć w porze dziennej, na otwartym terenie w pobliżu znanego ośrodka wypoczynkowego. Organ I instancji zakazał odbycia tegoż zgromadzenia, gdyż „narusza ono przepisy ustaw karnych ze względu na brak prawnie wyznaczonego miejsca (tj. na plaży naturystów) na organizowanie tego rodzaju zgromadzeń”. Organizator zgromadzenia podniósł zarzut, iż kwestionowana decyzja narusza zasadę wolności zgromadzeń, zaś ich zdaniem istnieją oddalone i ustronne miejsca w pobliżu tychże

12. Dz.U. nr 82, poz. 380.

13. Postanowienie TK z 10 VIII 1994 r. (sygn. U 9/93).

14. Dz.U. z r. 1991 nr 109, poz. 470, zm.: Dz.U. z r. 1993 nr 47, poz. 213.

15. Wyrok z 12 III 1993 r. (SA/P/1331/92), niepublikowany (ze zbiorów Biura Orzecznictwa NSA w Warszawie).

terenów, nadające się do zgromadzeń naturystów. Organ odwoławczy uznał jednak, że plaża jest miejscem ogólnie dostępnym, a tego typu zgromadzenia nie są akceptowane przez społeczeństwo i mogą zostać uznane za wykroczenia w świetle art. 51 i 140 kodeksu wykroczeń, podtrzymując odmowną decyzję organu I instancji. W skardze do NSA skarżący argumentował, że już uprzednio występy naturystów w Polsce odbywały się na plażach ogólnodostępnych, nie wywołując zgorszenia. Wojewoda wnosząc o oddalenie skargi poinformował sąd, że treści statutu Stowarzyszenia Naturystów Polskich wynika, iż jego plaże są odpowiednio wydzielone, nie uwłaczając moralności, prawom i wolnościom innych osób.

W uzasadnieniu swego wyroku NSA podniósł trafność oceny prawnej organów I i II instancji. A zatem skarga nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż odbycie planowanego zgromadzenia byłoby sprzeczne z Prawem o zgromadzeniach. Zgromadzenie, którego uczestnicy mieli wystąpić „w strojach naturystycznych”, czyli bez odzieży kolidowałoby - jak to podniósł wojewoda - z zasadami moralności publicznej (art. 2 ustawy z r. 1990), a w szczególności mogłoby wywołać zgorszenie noszące znamiona wykroczenia (nieobyczajnego wybryku). Dodatkowo NSA podkreślił, że w polskiej kulturze i obyczajowości „ruch naturystyczny nie jest powszechnie akceptowany”.

4. Wnioski końcowe

Jak już wskazałem w szczegółowych wywodach, liberalizm aktualnego polskiego Prawa o zgromadzeniach z r. 1990 nie powoduje, jak dotąd, zbyt wielu konfliktów obywateli z organami administracji. Ustawa mieści się w europejskich i światowych standardach ochrony praw obywatelskich w tym zakresie. Nieliczne orzeczenia sądów dotyczące problematyki zgromadzeń publicznych, zwłaszcza Trybunału Konstytucyjnego dodatkowo rozszerzają strefę prawa obywateli do odbywania zgromadzeń, jako ważnego elementu „społeczeństwa obywatelskiego”, funkcjonującego w demokratycznym i pluralistycznym państwie prawa.

Z PROBLEMATYKI KONSULTACJI W SPOŁECZNOŚCIACH LOKALNYCH

I. W ustawodawstwie brak definicji legalnej pojęcia „konsultacja”. W tym stanie rzeczy należy odwołać się do dorobku doktryny oraz do rozumienia powszechnego i potocznego, według którego konsultacja oznacza: radę, poradę, zasięganie opinii konsultantów (łac. *consulere* = radzić się)¹. Konsultantami są z reguły fachowi doradcy, rzeczoznawcy-eksperti. W wyniku takich, najczęściej odpłatnych, konsultacji powstaje ekspertyza. Konsultantami mogą być również podmioty społeczne, reprezentanci grup interesów.

W niniejszym opracowaniu przez konsultację rozumiem bezpośrednie zasięganie opinii mieszkańców gminy (członków wspólnoty samorządowej) przez organy władzy publicznej (samorządowej, rządowej) przed podjęciem decyzji w sprawach dotyczących interesów tej zbiorowości. Z zasady opinia nie jest wiążąca dla podmiotu uprawnionego do podjęcia decyzji.

Tak pojmowane konsultacje można rozmaicie klasyfikować w zależności od przyjętych kryteriów:

A: Biorąc pod uwagę kryterium sposobu uruchomienia procesu konsultacji wyróżniamy:

1) konsultacje obligatoryjne, a w ich ramach konsultacje:

- zainicjowane przez organ konsultujący,
- zainicjowanie przez podmiot konsultowany,

2) konsultacje, których uruchomienie jest fakultatywne i zależne od woli organu konsultującego.

B. Według kryterium zakresu przedmiotowego wyróżniamy konsultacje:

1) bez ograniczenia co do przedmiotu

2) ograniczone do pewnego zakresu oznaczonego w akcie normatywnym.

¹. Por. W. Kopaliński: Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych, Warszawa 1983, s. 228. W polskiej literaturze prawno-politycznej wielokrotnie podejmowano problematykę konsultacji proponując różne definicje tego pojęcia. Por. m.in.: A. Wasilewski: Zjawisko konsultacji we współczesnej administracji polskiej, Warszawa 1982, s. 8-9; J. Wyleżalek: Kilka uwag w sprawie pojęcia konsultacji społecznej, PiP nr 1-2/1982; Z. Niewiadomski: Konsultacje społeczne - nowa instytucja polityczno-prawna społeczeństwa socjalistycznego, OMT nr 3/1982, C. Kosikowski: Problemy konsultacji społecznych i doradztwa naukowego w działalności terenowych organów władzy i administracji państwowej, OMT nr 6/1987.

C. Według kryterium zakresu podmiotowego wyróżniamy konsultacje:

1) obejmujące wszystkich członków danej społeczności lokalnej (powszechne),

2) obejmujące pewne mniejsze zbiorowości.

D. Na podstawie kryterium stosunku konsultacji do decyzji podejmowanej przez organ władzy publicznej można dokonać następującego podziału:

1) podmiot konsultowany wyraża swoją opinię na temat projektu decyzji poddanego procesowi konsultacyjnemu,

2) podmiot konsultowany przedstawia spontanicznie projekt decyzji i rozwiązań (tzn. podejmuje inicjatywę i sugeruje rozwiązanie jako propozycję podjęcia określonej decyzji przez organ władzy publicznej)².

Instytucja konsultacji stanowi znaczący krok w dążeniu do równorzędności pomiędzy władzą a obywatelem. Przede wszystkim prowadzi do zmiany sposobu działania administracji publicznej dzięki zbliżeniu pomiędzy administrującymi i administrowanymi. Pozbawiając administrację publiczną jej dyskrejonalności i arbitralności pozwala nabrać relacjom publicznym nowego wyrazu, pozwala jednostce przekroczyć barierę dzielącą odwiecznie władzę od rządzonych i brać udział w dialogu z władzami, uczestniczyć w rządzeniu, w procesach podejmowania decyzji. Instytucja konsultacji to jeden z filarów, na którym opiera się współdziałanie pomiędzy administracją a jednostką. Instytucja konsultacji stwarza możliwość „wczesnej kontroli” siłom społecznym (jednostkom i ich zrzeszeniom). W ten sposób czyni się możliwymi negocjacje z podmiotami zainteresowanymi, stwarza warunki dobrego porozumienia i wzajemnego zrozumienia a to z kolei umożliwia uniknięcie potencjalnych konfliktów³.

II. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka proklamowana przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1948 r. stanowi, że „Każdy człowiek ma prawo do uczestniczenia w rządzeniu swym krajem bezpośrednio lub przez swobodnie wybranych przedstawicieli” (art. 21)⁴.

Ponownie prawo to zostało sformułowane w art. 25 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych przyjętego w 1966 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ: „Każdy obywatel ma prawo i możliwości (...) uczestniczenia w kierowaniu sprawami publicznymi bezpośrednio lub za pośrednictwem swobodnie wybranych przedstawicieli”⁵.

². W przytoczonej tu klasyfikacji nawiązuję do podziału zastosowanego w pracy zbiorowej pod red. G. Langroda: *La consultation dans l'administration contemporaine*, Paris 1972, s. 75 i nast.

³. Por. charakterystykę instytucji konsultacji w dziele pod red. G. Langroda: *La consultation...* op. cit. s. 71 i nast.

⁴. Por. *Prawa Człowieka - Dokumenty*. Poznań 1989.

⁵. Pakt ten został ratyfikowany przez Polskę w dniu 3 marca 1977 r., Dz.U. nr 38, poz. 167.

W 1990 r. państwa uczestniczące w KBWE podpisały Paryską Kartę Nowej Europy, w której także określono prawo obywateli do uczestnictwa w rządzeniu swym krajem bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawicieli⁶.

Prawo obywateli do zarządzania sprawami publicznymi na szczeblu **lokalnym** zostało wyeksponowane w Europejskiej Karcie Samorządu Terytorialnego uchwalonej przez Radę Europy w Strasburgu w 1985 r.⁷. Postanowienia tej Karty opierają się na założeniach, że:

- społeczności lokalne stanowią jedną z zasadniczych podstaw ustroju demokratycznego,
- prawo obywateli do uczestniczenia w zarządzaniu sprawami publicznymi wchodzi w zakres demokratycznych zasad wspólnych dla wszystkich państw członkowskich Rady Europy,
- właśnie na szczeblu lokalnym prawo to może być realizowane w sposób najbardziej bezpośredni,
- istnienie społeczności lokalnych wyposażonych w rzeczywiste uprawnienia stwarza warunki do zarządzania skutecznego i zarazem w bezpośredniej bliskości obywatela.

Zgodnie z art. 3 Karty prawo do regulowania i zarządzania sprawami publicznymi powinno być realizowane przede wszystkim poprzez organy przedstawicielskie; jednocześnie Karta dopuszcza możliwości odwołania się do zebrań obywateli, do referendum lub do każdej innej formy bezpośredniego uczestnictwa obywateli w każdym wypadku, gdy takie rozwiązanie dopuszcza ustawa krajowa.

Europejska Karta Samorządu Terytorialnego *expressis verbis* przewiduje instytucję konsultacji w trzech przypadkach:

- a) każda modyfikacja lokalnych granic terytorialnych społeczności lokalnej wymaga uprzedniego przeprowadzenia konsultacji w tej społeczności, ewentualnie w drodze referendum, jeśli dopuszcza to ustawa krajowa,
- b) społeczności lokalne powinny być konsultowane zawsze, gdy jest to moliwe, we właściwym czasie i trybie, w przypadku opracowywania planów oraz podejmowania decyzji w kwestiach bezpośrednio ich dotyczących,
- c) społeczności lokalne powinny być konsultowane, w odpowiednim trybie, w przedmiocie form przyznania im zasobów pochodzących z redystrybucji.

Warto podkreślić, że tylko w pierwszym przypadku Karta stanowi o konsultacjach w **społecznościach** lokalnych, w dwóch pozostałych zobowiązuje administrację państwową do konsultowania przedsięwzięć ze **społecznościami** lokalnymi.

⁶. Paryska Karta Nowej Europy, Warszawa 1991, Wyd. Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych.

⁷. Europejska Karta Samorządu Terytorialnego została ratyfikowana przez Polskę w dniu 26 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 1994 r. nr 129, poz. 607).

Różnica polega głównie na tym, że w przypadku modyfikacji granic właściwa władza powinna zasięgnąć opinii zainteresowanych mieszkańców w sposób bezpośredni, natomiast w sytuacjach pozostałych wystarczy zasięgnięcie opinii organów władzy lokalnej.

Postanowienia Karty mają charakter wymogów minimalnych; poszczególne państwa mogą te wymogi rozszerzyć. Karta pozostawia też prawu wewnętrznemu uściślenie form organizacyjnych przeprowadzania konsultacji.

Polska, ratyfikując Kartę, przyjęła na siebie zobowiązania z niej wynikające. W tej sytuacji istotne wydaje się dokonanie analizy naszego prawodawstwa celem ustalenia w jakim zakresie zostały spełnione i uściśnione a w jakim ewentualnie zostały poszerzone i wzbogacone wymogi minimalne w zakresie konsultacji. Przy tym konsultacje traktuję jako formę udziału (partycypacji) członków wspólnoty samorządowej w zarządzaniu sprawami gminy.

W obowiązujących nadal przepisach Konstytucji RP z 1952 r. art. 86 ust. 1 stanowi, że „Obywatele RP uczestniczą w sprawowaniu kontroli społecznej, w konsultacjach i dyskusjach nad węzłowymi problemami kraju oraz zgłaszają wnioski”. Powstaje pytanie, czy tę zasadę można odnosić również do stosunków w skali gminy, skoro prawodawca jednoznacznie łączy konsultacje i dyskusje z „węzłowymi problemami kraju”? Sądzę, że należy tutaj zastosować rozumowanie *a maiori ad minus*, skoro obywatele mają prawo być konsultowani w sprawach całego kraju to tym bardziej w sprawach gminy, w której zamieszkują⁸. Przytoczone rozumowanie znajduje oparcie w konstytucyjnych przepisach dotyczących samorządu terytorialnego (utrzymany w mocy art. 5 Konstytucji z 1952 r. oraz rozdz. 5 tzw. Małej Konstytucji).

W projektach nowej Konstytucji nie pojawia się pojęcie „konsultacje”. Mowa jest natomiast o prawie każdego obywatela do uczestniczenia w życiu publicznym i decydowaniu o sprawach publicznych w różnych formach, osobiście lub poprzez przedstawicieli.

Na gruncie ustawodawstwa zwykłego do niedawna obowiązywała ustawa z 6 maja 1987 r. o konsultacjach społecznych i referendum⁹, która generalnie wprowadzała instytucję konsultacji. Została ona uchylona przez ustawę z dn. 29 czerwca

⁸ Por. utrzymany w mocy przez Ustawę Konstytucyjną z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą RP oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. nr 84, poz. 426 ze zm.), zwaną Małą Konstytucją - przepis art. 86 ust. 1 Konstytucji RP z 1952 r. Na temat wnioskowania a fortiori por. m.in. E. Smoktunowicz: Kodeks postępowania administracyjnego (w orzecznictwie SN, NSA i TK). Wykładnia prawa administracyjnego (podstawowe zagadnienia). Warszawa 1995, s. 39.

⁹ Dz.U. nr 14, poz. 83.

1995 r. o referendum¹⁰. Nowa ustawa nie reguluje *expressis verbis* problematyki konsultacji.

Ustawa z dn. 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym¹¹ jest tym aktem prawa wewnętrznego, w którym - z definicji - należy poszukiwać rozwiązań najlepiej odzwierciedlających standardy ustanowione na szczeblu społeczności międzynarodowej a dotyczące samorządu terytorialnego.

Przypomnijmy, że Europejska Karta wprowadza ochronę granic terytorialnych społeczności lokalnych uzależniając wszelkie modyfikacje owych granic od uprzedniego przeprowadzenia konsultacji w danej społeczności. Polska ustawa o samorządzie terytorialnym wprowadza po stronie Rady Ministrów obowiązek przeprowadzenia konsultacji z mieszkańcami przed utworzeniem, połączeniem, dokonaniem podziału bądź zniesieniem gminy. Także ustalenie granic gmin i nazw gmin oraz siedzib władz gminnych wymaga konsultacji (art. 4 ust. 1).

Obowiązek przeprowadzenia konsultacji z mieszkańcami spoczywa również na radzie gminy przed pojęciem uchwały w sprawie utworzenia jednostek pomocniczych: sołectw, dzielnic, osiedli i innych, chyba że utworzenie jednostki pomocniczej następuje z inicjatywy mieszkańców. Zasady tworzenia, łączenia, podziału oraz znoszenia jednostki pomocniczej to materia podlegająca uregulowaniu w statucie gminy (art. 5 ust. 1-3). Wydaje się bezsporne, że statut gminy powinien przewidywać we wszystkich tych przypadkach, że rada gminy ma obowiązek uprzedniego przeprowadzenia konsultacji w zainteresowanej społeczności lokalnej. Obowiązek ten wynika jednoznacznie z art. 5 Europejskiej Karty¹².

Jednocześnie warto zaznaczyć, że także zmiana statusu dawnych dzielnic administracyjnych wymaga konsultacji. W miastach, w których istniały w dniu 1 stycznia 1990 r. wyodrębnione administracyjnie dzielnice, mogą one uzyskać status gminy a decyzję w tej sprawie podejmuje Prezes Rady Ministrów po zasięgnięciu opinii zainteresowanych środowisk (art. 5 ust. 4).

Ponadto na mocy ustawy z dnia 22 marca 1990 r. o terenowych organach rządowej administracji ogólnej zmiana granicy województwa następuje w drodze rozporządzenia RM, po zasięgnięciu opinii zainteresowanych wojewodów oraz gmin, których te zmiany dotyczą, a także po przeprowadzeniu konsultacji społecznej wśród mieszkańców obszarów objętych zmianami¹³.

¹⁰. Dz.U. nr 99 poz. 487.

¹¹. Dz.U. nr 16 poz. 95 ze zm.

¹². Na temat związania ustawodawstwa wewnętrznego wymogami Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego por. m.in. J. Filipek: Prawo administracyjne. Instytucje ogólne. Kraków 1995 s. 130 i nast.

¹³. Art. 50 ust. 2 ustawy, (Dz.U. nr 21, poz. 123 ze zm.).

Podstawy prawne do przeprowadzania konsultacji w społecznościach lokalnych znajdują się również w przepisach prawa materialnego, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

III. Ustawodawca nasz nie determinuje formy organizacyjnej dla przeprowadzania konsultacji. W pierwszej kolejności wyłania się problem czy konsultacje mogą się odbywać w drodze referendum albowiem Europejska Karta Samorządu Terytorialnego zaleca wyraźnie taką formę. Zalecenie to ma jednak charakter nie wiążącej propozycji ze względu na klauzulę „jeśli takie rozwiązanie dopuszcza ustawa”. Zastanówmy się zatem, czy polska ustawa dopuszcza przeprowadzanie konsultacji w sprawie modyfikacji lokalnych granic terytorialnych w drodze referendum?

Zgodnie z przepisem art. 11 ustawy samorządowej mieszkańcy gminy **podejmują rozstrzygnięcia** w głosowaniu powszechnym (poprzez wybory i referendum) lub za pośrednictwem organów gminy. W sprawach samoopodatkowania oraz odwołania rady gminy **rozstrzyga się** wyłącznie w drodze referendum gminnego a ponadto referendum może być przeprowadzone w każdej innej sprawie ważnej dla gminy. Sprawy tworzenia, znoszenia oraz modyfikacji granic terytorialnych społeczności lokalnych są niewątpliwie ważne dla gminy. Referendum gminne przeprowadza się z inicjatywy rady lub na wniosek mieszkańców (art. 13 ust. 1), a więc nie jest prawnie dopuszczalne zarządzenie referendum gminnego przez inne podmioty. Stąd wniosek, że ani Rada Ministrów ani Prezes Rady Ministrów działając w oparciu o przepisy art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 4 ustawy samorządowej nie mogą przeprowadzić konsultacji z mieszkańcami w drodze zainicjowanego przez siebie referendum gminnego.

W ślad za tymi ustaleniami pojawia się pytanie, czy dopuszczalne jest podjęcie przez radę gminy uchwały o przeprowadzeniu referendum w sprawie modyfikacji granic albo likwidacji gminy (z inicjatywy samej rady gminy bądź na wniosek mieszkańców). Trzeba pamiętać, że przedmiotem referendum może być jedynie sprawa publiczna o znaczeniu lokalnym nie zastrzeżona ustawami na rzecz innych podmiotów: „przedmiotem referendum ma być stanowcze rozstrzygnięcie określonej „sprawy ważnej dla gminy”, a rozstrzygana w ten sposób sprawa musi się mieścić w zakresie właściwości organów gminy”¹⁴. Skoro rozstrzyganie w wymienionych sprawach nie należy do właściwości organów gminy to ze względu na przedmiot referendum gminne nie jest dopuszczalne.

Wobec powyższego pozostaje rozważenie problemu, czy rada gminy może przeprowadzać konsultacje z mieszkańcami w trybie referendum przed utworzeniem jednostki pomocniczej?

¹⁴. Teza postanowienia NSA z dn. 29 czerwca 1993 r. (SA/Wr 935/93), ONSA 3/94 poz. 105.

Podejmowanie decyzji w sprawie tworzenia jednostek pomocniczych ustawodawca zaliczył do kompetencji rady gminy a jednocześnie nałożył na radę gminy obowiązek przeprowadzenia konsultacji; nie wprowadził jednak zapisu, że wynik konsultacji jest dla rady gminy wiążący. Trzeba wyraźnie podkreślić, iż zastosowanie przez radę gminy trybu referendum dla przeprowadzenia konsultacji prowadzi do zmiany trybu rozstrzygnięcia albowiem ustawodawstwo polskie nie zna instytucji gminnego referendum konsultacyjnego, tzn. wyłącznie opiniodawczego. Uczestnicy referendum realizują kompetencje stanowiące a rada gminy jest każdorazowo związana wynikiem referendum. Referendum gminne jest formą podejmowania rozstrzygnięć w głosowaniu powszechnym i jeśli tylko zakończy się wynikiem rozstrzygającym w sprawie poddanej referendum, rada gminy ma obowiązek niezwłocznie podjąć czynności w celu jej realizacji (art. 37 ustawy o referendum gminnym)¹⁵.

Problem polega na tym, czy dopuszczalne jest rozstrzygnięcie przez referendum spraw, które ustawodawca *expressis verbis* zalicza do kompetencji rady gminy. Nie jest to nowe zagadnienie. Było ono rozważane w orzecznictwie i literaturze w kontekście art. 18 ust. 2 ustawy samorządowej zawierającego wykaz spraw należących do wyłącznej właściwości rady gminy¹⁶. Warto tutaj przytoczyć argumentację, że polskie ustawodawstwo przykładą dużą wagę do form demokracji bezpośredniej, że mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową i podejmują rozstrzygnięcia w głosowaniu powszechnym lub za pośrednictwem organów gminy a więc rada gminy jest organem stamnowiącym i kontrolnym w gminie **z wyłączeniem** spraw rozstrzyganych w trybie referendum (por. art. 15 ust. 1 ustawy samorządowej)¹⁷.

Sądzę, że nie ma formalnych przeszkód, aby rada gminy zastosowała referendum zamiast przeprowadzenia konsultacji *sensu stricto* i oddała rozstrzygnięcie sprawy tworzenia i przekształcania jednostek pomocniczych w gestię członków wspólnoty. W przypadku, gdy referendum nie zakończy się wynikiem rozstrzygającym można potraktować tę sytuację jako *sui generis* zasięgnięcie opinii lokalnej społeczności.

W świetle dotychczasowych rozważań nie wydaje się trafny pogląd dopuszczający przeprowadzanie lokalnego referendum w sprawach utworzenia, modyfikacji

15. Ustawa z dnia 11 października o referendum gminnym (Dz.U. nr 110, poz. 473 ze zm.).

16. Por. na ten temat E. Olejniczak-Szałowska: Prawo społeczności lokalnych do rozstrzygnięcia spraw w drodze referendum, Samorząd Terytorialny nr 7-8/1993 r. s. 58-59.

17. Problem ten niezwykle celnie i zwięźle ujął Prof. E. Smoktunowicz pisząc, że „samorząd jest organizacją opartą przeważnie na pełnej demokracji, co oznacza, że ogół członków jest najwyższą jej władzą, że jego wola jest źródłem kompetencji wszystkich pozostałych organów”. Por. E. Smoktunowicz: Prawo zrzeszania się w Polsce, Warszawa 1992, s. 215.

granic i zniesienia gminy jak też referendum, którego wyniki będą z założenia traktowane jako niewiążąca opinia¹⁸.

Konsultacje, dla których ustawa nie przewiduje konkretnych procedur, a więc nie zostały sformalizowane, mogą przybierać rozmaite postacie takie jak m.in.:

- zwoływane przez władze zebrania informacyjne, podczas których mieszkańcy gminy lub mniejszej jednostki terytorialnej wyrażają swe opinie (dyskusje publiczne),

- ankiety publiczne, w których mieszkańcy mogą wypowiedzieć się na temat projektów przedstawionych przez władze,

- sondaże i inne badania opinii publicznej,

- wyrażanie opinii za pośrednictwem stowarzyszeń bądź komitetów społecznych, częstokroć ta forma jest połączona z kierowaniem petycji do władz, a to z kolei jest poprzedzone spotkaniami mieszkańców i zbieraniem podpisów pod petycjami¹⁹.

Obowiązek przeprowadzania konsultacji ze społecznościami lokalnymi wynika także z przepisów materialnoprawnych. Chodzi tu w szczególności o przepisy ustawy z 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym²⁰ oraz ustawy z 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości²¹.

Procedura sporządzania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego - określona w art. 18 ustawy bardzo szczegółowo - przewiduje m.in. obowiązek konsultowania projektu planu w społeczności lokalnej. Wprawdzie ustawodawca nie używa nigdzie terminu „konsultacje” ale istota i sens przyjętych rozwiązań odpowiadają istocie konsultacji. Osoby zainteresowane, w ramach korzystania z prawa do składania wniosków i protestów, mogą przedstawiać swe opinie w odniesieniu do treści przygotowywanego planu i tym samym artykułować określone interesy oraz partycypować w procesie planowania przestrzennego.

Ustawa o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości zawiera regulację trybu przeprowadzania konsultacji, których zakres podmiotowy jest stosunkowo wąski i obejmuje wyłącznie osoby zainteresowane, tzw. uczestników scalenia. Mają oni prawo wypowiadać opinie za pośrednictwem wybranej spośród siebie rady uczestników scalenia, a ponadto - w określonych przypadkach - mogą bez-

¹⁸. Por. T. Kaczmarek: Rola i formy uczestnictwa społeczności lokalnych w procesie zmian podziału terytorialnego, RPEiS.

¹⁹. Bliżej na temat procedur konsultacyjnych por. B. Kudrycka: Procedury uczestnictwa obywateli w podejmowaniu rozstrzygnięć administracyjnych o charakterze ogólnym, OMT nr 1 z 1987 r. Por. też N. Levrat: Formy bezpośredniego udziału obywateli w polityce lokalnej, Wspólnota nr 3 z 1991 r. s. 16, oraz T. Kaczmarek: op. cit.

²⁰. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. nr 89, poz. 415).

²¹. Ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (tekst jedn. Dz.U. z 1991 r. nr 30, poz. 127 ze zm.).

pośrednio zgłaszać wnioski, uwagi i zastrzeżenia do projektu uchwały rady gminy o ustaleniu granic gruntów pod skoncentrowane budownictwo jednorodzinne. Wnioski, uwagi i zastrzeżenia oraz opinia rady uczestników nie mają dla rady gminy charakteru wiążącego.

Warto zaznaczyć, że składanie wniosków immamentnie zawiera w sobie element wyrażenia opinii o danym stanie rzeczy lub projekcie a jednocześnie zawiera w sobie coś więcej - postulat, propozycję jak należy rozwiązać problem. Wniosek zawiera więcej elementów twórczych, silniej eksponuje wolę zgłaszającego i jego aktywność w obronie interesów indywidualnych lub grupowych aniżeli typowa opinia. Jednakże w praktyce trudno znaleźć wyraźną cezurę pomiędzy opinią i wnioskiem.

IV. Istotną i wymagającą rozważenia jest kwestia skutków prawnych nieprzeprowadzenia konsultacji w sytuacjach gdy ustawa nakłada taki obowiązek.

Jeśli rada gminy, z własnej inicjatywy, podejmuje uchwałę o utworzeniu, modyfikacji granic bądź zniesieniu jednostki pomocniczej bez przeprowadzenia konsultacji z mieszkańcami wówczas uchwała - jako sprzeczna z prawem - jest nieważna. Do tego przypadku mają zastosowanie przepisy rozdz. 10 ustawy samorządowej dotyczące nadzoru nad działalnością komunalną, a mianowicie przepis art. 91 oraz art. 93. Niezależnie od działania organu nadzoru, uchwała może być zaskarżona do NSA w trybie art. 101 ustawy samorządowej.

Przy tym krytycznie należy ocenić sformułowanie przepisu art. 5 ust. 3 w związku z art. 5 ust. 2 omawianej ustawy, albowiem ustawodawca wymaga *expressis verbis* przeprowadzania konsultacji jedynie na etapie tworzenia jednostki pomocniczej, natomiast nie wprowadza tego wymogu w odniesieniu do łączenia, podziału oraz znoszenia, odsyłając w tym zakresie do regulacji statutowej. Jestem zdania, że obowiązek przeprowadzania konsultacji we wszystkich wymienionych przypadkach powinien wynikać z ustawy i stwierdzenie to traktuję jako postulat *de lege ferenda*. Krytycznego osądu treści art. 5 nie zmienia fakt, iż obowiązek ów da się wyprowadzić z postanowienia art. 5 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego.

Odmienne są zasady rozstrzygania o skutkach prawnych podjęcia - bez konsultacji - decyzji o utworzeniu, połączeniu, podziale i zniesieniu gminy na podstawie art. 4 ustawy samorządowej. Decyzja ta przybiera formę rozporządzenia RM. Należy przyjąć, że to rozporządzenie jest aktem normatywnym, a więc zakwestionowanie owego aktu może nastąpić na skutek uruchomienia procedury kontrolnej przed Trybunałem Konstytucyjnym²². Z wnioskiem o stwierdzenie zgodności aktu normatywnego z ustawą mogą występować podmioty określone w art. 22

22. Ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (tekst jedn. Dz.U. z 1991 r. nr 109, poz. 470 ze zm.).

ustawy o TK z własnej inicjatywy lub w wyniku analizy skarg i wniosków obywateli. Warto podkreślić, że na podstawie art. 23 z powyższym wnioskiem mogą występować również rada gminy lub sejmik samorządowy. W sytuacji tutaj analizowanej powinno zapaść orzeczenie TK stwierdzające niezgodność rozporządzenia RM z ustawą samorządową, a wówczas RM ma obowiązek uchylić wadliwy akt w ciągu 3 miesięcy od przedłożenia jej orzeczenia TK. Jeśli RM tego nie uczyni rozporządzenie straci moc *ex lege* (art. 10). Opisywany przypadek można bez wątpienia zaliczyć do tych szczególnie uzasadnionych wypadków, które dają podstawę do zawieszenia stosowania aktu (art. 10 ust. 2).

Mając na uwadze skutki prawne nieprzeprowadzenia konsultacji w ramach procedury planowania przestrzennego należy stwierdzić, że naruszenie któregokolwiek z postanowień art. 18 ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym - a w tym postanowień dotyczących konsultacji - pociąga za sobą skutek w postaci nieważności uchwały rady gminy w sprawie planu. Jest to nieważność z mocy prawa a jej stwierdzenie należy do kompetencji organu nadzoru (art. 27). Poza tym uchwała rady gminy w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego może być zaskarżona w trybie art. 101 ustawy samorządowej.

Niedochowanie obowiązku przeprowadzenia stosownych konsultacji w postępowaniu w sprawie ustalenia granic gruntów przeznaczonych pod skoncentrowane budownictwo jednorodzinne stanowi przesłankę zaskarżenia uchwały rady gminy w tej sprawie na zasadzie art. 101 ustawy samorządowej.

Reasumując nieprzestrzeganie prawnego obowiązku przeprowadzenia konsultacji wiedzie do skutku w postaci nieważności bądź utraty mocy obowiązującej, ewentualnie do uchylenia w stosownym trybie wadliwego aktu.

V. W świetle dotychczasowych rozważań uprawnione wydaje się stwierdzenie, że polskie ustawodawstwo wewnętrzne spełnia standardy europejskie w zakresie uregulowania problematyki konsultacji w społecznościach lokalnych. Zarówno przepisy ustrojowe jak i materialne wprowadzają obowiązek przeprowadzenia konsultacji w tych społecznościach w sprawach, które zostały określone w Europejskiej Karcie Samorządu Terytorialnego, a co więcej, przewidują daleko idącą ochronę obywatelskiego prawa do konsultacji (patrz punkt 4).

Jest poważnym niedociągnięciem brak regulacji w kwestii konsultacji fakultatywnych. Generalna wytyczna o potrzebie zasięgania opinii społeczności lokalnych powinna znaleźć się w treści ustawy samorządowej. Należy rozważyć sformalizowanie instytucji konsultacji poprzez określenie jej zakresu podmiotowego i przedmiotowego oraz procedur stosowania.

Warto upowszechnić w naszych gminach, występującą w demokracjach zachodnich, praktykę badania opinii publicznej, przeprowadzania sondaży na szczeblu lokalnym. W ten sposób można zapobiec wielu nieprawidłowym decyzjom władzy, spowodowanym brakiem pełnej i aktualnej informacji o potrzebach i ocze-

kiwaniach ludności. W ten sposób można umocnić tendencję do zastępowania decyzji autorytatywnych przez decyzje wynegocjowane²³.

Jednocześnie trzeba zdawać sobie sprawę z tego, że instytucja konsultacji obok niezaprzeczalnych zalet posiada także pewne słabe strony oraz z tego, że możliwe są celowe lub niezamierzone uchybienia w toku jej stosowania. Należy do nich zaliczyć:

- po pierwsze - duże niekiedy koszty i czasochłonność (w ostatnim przypadku oznacza to wolniejsze tempo podejmowania decyzji, co z kolei może pociągnąć za sobą utratę dogodnego momentu do podjęcia decyzji);

- po drugie - wykorzystywanie przez władze instytucji konsultacji w celu uchylenia się od odpowiedzialności, stosowanie w jej toku manipulacji, aby osiągnąć z góry założony rezultat i kamuflowanie w ten sposób rzeczywistych przesłanek decyzji (fasadowość), przeprowadzanie konsultacji bez istotnej potrzeby (zbyt wiele konsultacji może wywołać znużenie i niechęć członków społeczności lokalnej do ciągłego wypowiadania się w rozmaitych sprawach publicznych).

Praktyka przeprowadzania konsultacji w społecznościach lokalnych wymaga ciągłego doskonalenia i powinna służyć ochronie zbiorowych interesów wspólnoty.

²³. Por.: La consultation dans l'administration, op. cit. s. 80 i cyt. tam literatura.

ZAGADNIENIE KODEKSU OCHRONY ŚRODOWISKA, JAKO DOCELOWEGO MODELU UPORZĄDKOWANIA POLSKIEGO USTAWODAWSTWA SOZOLOGICZNEGO

Prawne podstawy obowiązującego dziś porządku ochrony środowiska ukształtowały się w długim procesie rozwojowym, będącym wyrazem ewolucji pojęć i poglądów co do celów, motywów, przedmiotu i zakresu tej ochrony. Charakterystyczną cechą tego procesu był rozwój ustawodawstwa - tak w czasach Drugiej Rzeczypospolitej, jak i po drugiej wojnie światowej, koncentrującego się na poszczególnych komponentach środowiska jak woda (np. ustawa wodna z 1922 r.), lasy (np. rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 1927 r. o zagospodarowaniu lasów nie stanowiących własności państwa i z 1928 r. o zagospodarowaniu lasów państwowych), powietrze (ustawa o ochronie powietrza atmosferycznego z 1996 r.) lub na niektórych aspektach ochrony, jak np. konserwatorska ochrona przyrody (ustawa o ochronie przyrody z 1934 r.), łowiectwo, ochrona humanitarna zwierząt (rozporządzenie Prezydenta RP z 1928 r. o ochronie zwierząt, obowiązujące do dziś), rybołówstwo i in.¹

Dopiero pod koniec lat sześćdziesiątych w Polsce, podobnie jak w innych krajach uczestniczących w realizacji zaleceń Raportu Sekretarza Generalnego U Thant'a z dnia 26 maja 1969 r. nt. „Człowiek i jego środowisko”, zarysowały się poglądy wskazujące na konieczność zupełnie nowego, kompleksowego podejścia do problemów ochrony środowiska. Stwierdzono, pod presją narastających potrzeb, że przedmiotem ochrony prawnej winno być środowisko naturalne (przyrodnicze), jako pewna złożona całość tj. ogół elementów przyrodniczych wzajemnie powiązanych, jak powierzchnia ziemi łącznie z glebą, kopaliny wody, powietrze, świat roślinny i zwierzęcy, krajobraz. W związku z tym dla celów ochrony środowiska należy szukać takich rozwiązań prawnych, które by sprzyjały kompleksowości nie dopuszczając do sytuacji, że ochrona jednego z elementów środowiska dokonywana jest kosztem degradacji lub zubożenia elementów pozostałych.

Z tych potrzeb zrodziła się koncepcja opracowania i wprowadzenia w życie całkowicie nowego modelu rozwiązań prawnych. Po kilkuletnich dyskusjach, nad kolejnym i redakcjami projektu, koncepcja ta znalazła swój ostateczny wyraz w uchwalonej w dniu 31 stycznia 1980 r. ustawie o ochronie i kształtowaniu środowiska (uoś). Uchwalenie tego aktu było znaczącym etapem rozwoju prawnych

¹ R. Paczuski: Prawo ochrony środowiska, Bydgoszcz 1996, s. 44-48.

podstaw ochrony środowiska w Polsce. Od dnia wejścia w życie uoś możemy już mówić, nie jak dotychczas o prawnych podstawach ochrony środowiska, lecz o istnieniu polskiego prawa ochrony środowiska. Zobowiązuje do takiej wykładni dyrektywa interpretacyjna ustawodawcy, zawarta w art. 3 pkt 10 uoś, która nakazuje traktowanie ogółu norm prawnych, sozologicznych jako spójnej całości i do odpowiedniej systemowej ich interpretacji.

Jest to akt prawny szczególnego rodzaju, „który - jak wyjaśniał L. Łustacz (jeden z współtwórców obok W. Brzezińskiego projektu ustawy) - z jednej strony ma działać jako **lex generalis** w stosunku do jakichkolwiek przepisów dotyczących ochrony środowiska (...), z drugiej zaś w stosunku do wszelkich innych przepisów, zawartych w jakiegokolwiek gałęzi naszego prawa, stanowić ma, ilekroć chodzi o ochronę środowiska **legem speciale**”². *Taki model ustawy kompleksowej, jak należałoby ją nazywać, upodabnia ją w sferze ochrony środowiska do swego rodzaju konstytucji, czy „ustawy organicznej”, która nie regulując w tej sferze wszystkiego, decyduje o treści, formach i organizacji tej ochrony i dopuszcza od swych przepisów tylko takie wyjątki, które sama przewiduje.”*³

Na ten kształt rozwiązań prawnych, jak również na uchwalenie uoś, znaczący wpływ miały dokumenty ONZ w sprawach ochrony środowiska, zalecające państwom członkowskim NZ podejmowanie konkretnych działań (sformułowanych m.in. w Deklaracji w sprawie ochrony środowiska, uchwalonej w dniu 16 czerwca 1972 r. na Konferencji ONZ w Sztokholmie, liczne konwencje międzynarodowe, jak również pierwsze kompleksowe regulacje prawne niektórych wysoko rozwiniętych państw - USA, Japonii i Szwecji (znane autorom projektu uoś). Nie bez znaczenia była także konsolidacja i stanowisko środowisk naukowych, reprezentujących różne gałęzie wiedzy (nauk przyrodniczych, ścisłych, ekonomicznych i prawniczych) wokół węzłowych problemów ochrony zasobów środowiska przyrodniczego w Polsce i krytyka istniejącego stanu środowiska w Polsce. Konsolidacja ta znalazła wyraz nie tylko w organizowaniu interdyscyplinarnych konferencji naukowych (m.in. nt. przedmiotu i zakresu ochrony prawnej środowiska), w raportach zawierających krytyczną ocenę istniejącego stanu środowiska, lecz również w obszernej pracy zbiorowej pt. „Ochrona Przyrodniczego Środowiska Człowieka” - Dzieło zbiorowe zamierzone i zaplanowane przez Władysława Szafera, przygotowane do druku przez Komitet redakcyjny pod kierunkiem Włodzimierza Michajłowa⁴. Były tam także artykuły na tematy prawne W. Brzezińskiego i J. Filipka oraz na tematy ekonomiczne.

² L. Łustacz: Kompleksowa ochrona środowiska (w świetle ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska), (w:) Państwo i Prawo, Nr 3/1980, s.9-39.

³ Tamże.

⁴ Ochrona przyrodniczego środowiska człowieka - Dzieło zbiorowe zamierzone i zaplanowane przez Władysława Szafera, przygotowana do druku przez komitet redakcyjny pod kierunkiem Włodzimierza Mikołajowa, PWN Warszawa 1973.

W okresie przygotowywania nowej ustawy ukazały się ponadto dwie monografie prawnicze W. Brzezińskiego, zawierające wnikliwą analizę całokształtu obowiązujących przepisów prawa i ocenę ich przydatności przy rozwiązywaniu problemów prawnych ochrony środowiska w Polsce⁵. Miały one na celu, jak podkreślał autor *"przede wszystkim wyjaśnić doniosłość danego zagadnienia z punktu widzenia ochrony naturalnego środowiska, doniosłość uzasadniającą interwencję prawodawcy, a po wtóre (...) wyjaśnić w jakim kierunku powinna iść owa interwencja prawodawcy"*⁶.

Zaproponowana zatem przez W. Brzezińskiego, na sesji naukowej, zorganizowanej w Warszawie w dniu 15 marca 1971 r. przez Komitet Nauk Prawnych PAN, Komitet PAN „Człowiek i Środowisko” oraz Komitet Ochrony Przyrody i Jej Zasobów, definicja podstawowego pojęcia „środowiska”, jako przedmiotu ochrony prawnej⁷, przyjęta później przez ustawodawcę (por.: art. 1 ust. 2 uoś) nie była okazjonalną refleksją semantyczną. Była to, starannie przemyślana koncepcja przedmiotu i zakresu pojęcia środowisko jako przedmiotu ochrony prawnej, zaakceptowana nie tylko przez prawników. W myśl tej koncepcji, opartej obecnie na brzmieniu art. 1 ust. 2 uoś **„przez środowisko należy rozumieć ogół elementów przyrodniczych, w szczególności powierzchnię ziemi łącznie z glebą, kopaliny, wody, powietrze, świat roślinny i zwierzęcy, a także krajobraz, znajdujących się zarówno w stanie naturalnym, jak też przekształconych w wyniku działalności człowieka”**. Jest to bardzo szerokie ujęcie przedmiotu ochrony prawnej, korespondujące w jakimś stopniu z objaśnieniami Raportu Sekretarza Generalnego U Thanta z 1969 r. nt. Człowiek i Jego Środowisko (bliżej: 13, s. 37) i katalogiem zasad (a zwłaszcza z zasadą 2) Deklaracji Konferencji ONZ na temat ochrony środowiska uchwalonej 16 czerwca 1972 r. w Sztokholmie (tamże, s. 25). W zakres pojęcia środowisko wchodzi bowiem zarówno elementy naturalne, jak i antropogenne środowiska przyrodniczego, tzn. nie tylko elementy przyrodnicze znajdujące się w stanie naturalnym, znane już wcześniejszym ustawom (np. Ustawa o ochronie przyrody z 1934 r. i z 1949 r.).

W toku prac legislacyjnych, na tle analizy obowiązującego stanu prawnego, a zwłaszcza odnośnie stosunku projektowanej ustawy do obowiązujących już ustaw (częstkowych regulacji prawnych), tworzących prawne podstawy ochrony środowiska w Polsce wyłonił się podstawowy problem: wyboru odpowiedniej koncepcji legislacyjnej, spośród kilku możliwych, znanych technice legislacyjnej.

5. W. Brzeziński: Ochrona prawna naturalnego środowiska człowieka, PWN Warszawa 1975, W. Brzeziński: Ochrona prawna biologicznego środowiska człowieka, PWN Warszawa 1971.

6. W. Brzeziński: Ochrona prawna... op. cit., Warszawa 1975.

7. W. Brzeziński: Podstawowe zagadnienia prawne i organizacja ochrony środowiska człowieka, (w:) Prawo a ochrona środowiska, pod red. L. Łustacza, Ossolineum 1975.

P i e r w s z a k o n c e p c j a, przewijająca się w dyskusji, to - n a - d a n i e u s t a w i e k o d e k s u p r a w n e g o, pretendującego do objęcia całokształtu prawnych podstaw ochrony środowiska w jednym akcie prawnym, co oznaczałoby wchłonięcie (i uchylenie jako odrębnych aktów normatywnych) wszystkich dotychczasowych częściowych regulacji prawnych tzn. - jak to określił L. Łustacz - „wszystkich częściowych systemów ochrony poszczególnych komponentów środowiska (włącznie z ustawą z 1949 r. o ochronie przyrody), jak również wyjęcie przepisów ochrony środowiska z poszczególnych aktów prawnych”⁸.

K o n c e p c j a d r u g a, skrajnie przeciwna, zakładała w y d a - n i e u s t a w y r a m o w e j, nazywana „ustawą generalną”, która miała działać jako *lex generalis* w stosunku do jakichkolwiek przepisów, dotyczących ochrony środowiska, z licznymi odesłaniami do przepisów szczególnych, rezygnując tym samym z całościowego ujęcia problematyki prawnej.

Każda z tych koncepcji nasuwała zastrzeżenia.

Przeciwko pierwszej wysuwano m.in. iż koncepcja *”kodeksu każe zakładać, że całokształt przepisów dotyczących ochrony środowiska, stanowi już u nas wyodrębnioną gałąź prawa. (...) Można by sobie tego życzyć, można je nawet traktować jako nową gałąź prawa in statu nascendi, chybionym jednak zabiegiem byłaby próba kreowania takiej nowej gałęzi przez wydanie kodeksu. Kodyfikacja bowiem jest raczej uwięzieniem regulacji prawnej jakiejś dziedziny niż jej zapoczątkowaniem”*⁹. Wysuwano też i taki argument, że *”Ujmując te przepisy w jednym akcie prawnym otrzymalibyśmy kodeks o rozmiarach monstrualnych, który zresztą nie wyczerpywałby całej problematyki, gdyż np. ważne normy o ochronie środowiska przed wpływami zawarte są w prawie budowlanym, które (...) pewne zagadnienia reguluje samodzielnie”*¹⁰.

Sądzę, że nie bez znaczenia były też i względy techniczne przygotowania tego rodzaju kodyfikacji, które by spowodowały, że proces legislacji przesunięty by został na długie lata, ze szkodą dla środowiska.

Przeciwko drugiej koncepcji wysuwano zarzut wadliwości, iż szereg zagadnień wymagających nowych rozwiązań prawnych pozostawałoby poza ustawą, co oznaczałoby *”stworzenie tylko pozorów ustawowego rozwiązywania podstawowych problemów”*¹¹.

⁸. L. Łustacz, *Kompleksowa ochrona...* op. cit., s. 37.

⁹. Jak wyżej, s. 37-38.

¹⁰. E. Radziszewski: *Ochrona środowiska w budownictwie*, (w:) Rada Narodowa - Gospodarka - Administracja, Nr 13/1976, s. 35.

¹¹. L. Łustacz: *Kompleksowa...* op. cit., s. 38.

Krytyczna ocena obu tych koncepcji stała się podstawą wysunięcia koncepcji trzeciej, będącej w swej istocie rozwiązaniem pośrednim między „ramowością ustawy a jej charakterem „kodeksowym” i nad tą koncepcją koncentrowana była uwaga w pracach nad projektem ustawy, w końcowej fazie prac zespołu ekspertów¹². Koncepcja zakładała, że w ustawie powinny się znaleźć wszystkie zasady sozologiczne, które odnoszą się do ochrony środowiska jako całości; tzn. takie zasady, które są wspólne dla wszystkich jego komponentów, jak i takie zasady, które dotyczą tylko komponentów poszczególnych jak powierzchnia ziemi, kopaliny, gleby, wody, powietrze, świat roślinny i zwierzęcy, krajobraz (tamże). I taka koncepcja przyjęta została przez ustawodawcę, co znajduje swój wyraz w obowiązującej do dziś ustawie z dnia 31 stycznia 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska.

Równocześnie zakładano, że zasady te nie wypełnią całkowicie obszaru rozległej regulacji prawnej, której przedmiotem jest środowisko jako całość i ogół jego komponentów. Stąd też uoś nie tylko nie wyklucza, lecz wręcz w swej konstrukcji zakłada możliwość regulacji bardziej szczegółowej, zarówno w przepisach wykonawczych do niej samej, jak i przepisach szczególnych o których informują normy odsyłające (np. art. 13 ust. 2 odsyłający do przepisów ustawy o ochronie przyrody; art. 13 ust. 6 uoś odsyłający do ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych; art. 24 uoś, odsyłający do przepisów prawa wodnego). Postulowano jednak, by te szczegółowe regulacje prawne były zgodne a co najmniej nie powinny być sprzeczne z postanowieniami uoś, *„które w każdym wypadku powinny mieć pierwszeństwo przed jakąkolwiek regulacją prawną w tej dziedzinie”*¹³. Tym postulatom zadośćuczyniła wykładnia autentyczna ustawodawcy zawarta w art. 111 ust 1 uoś, który stanowi: *”W razie zbiegu przepisów ustawy oraz innych przepisów o ochronie środowiska, obowiązujących w dniu wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy ustawy”*.

Jest rzeczą oczywistą, że w tak rozległej dziedzinie jaką jest ochrona środowiska, uchwalenie uoś, choć stanowiło ważny etap w porządkowaniu prawnych podstaw ochrony środowiska w Polsce, z upływem czasu i pod presją najpilniejszych potrzeb, etap ten wypada dziś uznać za początek (a nie jako uwieńczenie) drogi rozwojowej polskiego prawa ochrony środowiska. Nasuwają się w związku z tym pytania natury zasadniczej: w jakim kierunku winien iść ten rozwój? Czy winna to być tylko kontynuacja koncepcji legislacyjnej, przy wprowadzeniu korekt lub uzupełnień w obowiązującej regulacji prawnej, czy może powinno się podjąć nowe, bardziej ambitne zadania, zmierzające do przygotowania i uchwalenia kodeksu ochrony środowiska?

12. Jak wyżej.

13. Tamże.

Problem ten został podjęty ponownie, przy końcu lat osiemdziesiątych, w ramach prac nad strategią i polityką ochrony środowiska na okres 20 - 25 lat, przez interdyscyplinarny zespół działający pod kierunkiem J. Żurka przy Instytucie Ochrony Środowiska w Warszawie. Potrzebę opracowania takiego długofalowego programu polityki ochrony środowiska opierano na trzech następujących przesłankach:

1) istnieje konieczność odrobienia znacznych zaległości w budowie infrastruktury ochronnej, które powstały w procesie urbanizacji i uprzemysłowienia kraju,

2) z wstępnej oceny stanu środowiska i potrzeb wynika, że trzeba 20-25 lat, aby osiągnąć główne cele ekologiczne, przy zaangażowaniu całego społeczeństwa w działania służących ochronie. Do tych celów zaliczono:

- a) zahamowanie a następnie odwrócenie niekorzystnych tendencji zanieczyszczenia i degradacji środowiska,
- b) przywrócenie stanu wymaganego przez prawo, zlikwidowanie deficytów wody oraz obszarów ekologicznie zagrożonych, tzn. doprowadzenie do sytuacji umożliwiającej właściwe funkcjonowanie ekosystemów i biocenoz,
- c) prawidłową psychofizyczną egzystencję społeczeństwa i odpowiedni rozwój gospodarczy kraju, dostosowany do potrzeb społeczeństwa i wymogów ekologicznych;

3) istnieje konieczność wyprzedzających działań ochronnych w stosunku do pojawiających się nowych problemów sozologicznych, w celu właściwego sprzężenia zwrotnego między rozwojem i ochroną środowiska.

Przyjęto założenie, że narodowy program ochrony środowiska powinien być programem:

- k o m p l e k s o w y m, a więc uwzględniać w możliwie szerokim zakresie zarówno oddziaływanie rozwijającej się gospodarki na środowisko, jak i ujawniać uwarunkowania sozologiczne, które muszą być brane pod uwagę przy ustalaniu społeczno - gospodarczego rozwoju w najbliższym dwudziestoleciu,

- i n t e r d y s c y p l i n a r n y m, a więc uwzględniać działania ochrony środowiska nie tylko od strony technicznej i technologicznej, ale również od strony humanistycznej, ekonomicznej, organizacyjnej, prawnej a także edukacyjnej;

- p r z e s t r z e n n y m - obliczonym na usuwanie zagrożeń nie tylko w wymiarze ogólnokrajowym.

- o t w a r t y m, tzn. zakładającym możliwość jego modyfikacji w trakcie dyskusji społecznej, w procesie jego zatwierdzania i realizacji (m.in. w oparciu o wyniki badań), zakładając jego modyfikację i aktualizację co 5 lat.

W wyniku prac zebrany został obszerny i wartościowy materiał źródłowy, zawierający pierwszą bardzo wnikliwą, krytyczną ocenę kompleksową stanu degra-

dacji środowiska w Polsce¹⁴, z uwzględnieniem m.in. elementów porównawczych z innymi krajami, w kontekście prawnomiędzynarodowych zobowiązań z tytułu ratyfikowanych przez Polskę konwencji międzynarodowych¹⁵. Przygotowany projekt Narodowego Programu Ochrony Środowiska Przyrodniczego do roku 2010, po zaakceptowaniu przez Ministra Ochrony Środowiska i Zasobów Naturalnych - prof. dr hab. W. Michnę, wydany został drukiem w 1988 r., jako materiał do dyskusji.

Jeden z rozdziałów tego projektu, określających założenia polityki państwa w dziedzinie ochrony środowiska, zawierał syntezę krytycznej analizy obowiązującego stanu prawnego w zakresie ochrony środowiska i określał główne kierunki poszukiwania nowych rozwiązań prawnych z uwzględnieniem zobowiązań międzynarodowych. Stwierdzono tam, że niezadowolający stan środowiska wynika zarówno z nieprzestrzegania norm obowiązującego prawa, jak i z mankamentów w samej konstrukcji licznych aktów prawnych. M.in. zwrócono uwagę na: brak pełnej spójności i zgodności przepisów ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska, ze szczegółowymi regulacjami prawnymi, dotyczącymi poszczególnych komponentów środowiska¹⁶; rozproszenie przepisów w zbyt dużej ilości aktów prawnych; częste ich dublowanie przy użyciu odmiennych sformułowań, co powoduje małą czytelność i trudności w ich stosowaniu; nieadekwatność dla potrzeb ochrony środowiska regulacji prawnych w kodeksie cywilnym i karnym, oraz środków ekonomiczno - prawnych¹⁷.

Przewidywano dwa etapy prac zmierzających do komplementarnego uporządkowania prawnych podstaw ochrony środowiska w Polsce, rozłożonych w czasie i obejmujących dwa okresy: e t a p p i e r w s z y do 1995 roku i drugi - p o u p ł y w i e r o k u 1995. W pierwszym etapie, w myśl tych ustaleń, prace legislacyjne winny się koncentrować na częściowych regulacjach prawnych, uwzględniając w tym zarówno nowelizację kompleksowej regulacji prawnej tzn. ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska (głównie dla modyfikacji mechanizmów ekonomicznych w celu stworzenia nowych, bardziej skutecznych środków ekonomiczno - prawnych, służących celom ochrony środowiska) jak i ustaw tworzących przepisy szczególne jak prawo wodne, górnicze, ustawa o ochronie przyrody i in. oraz przepisy uzupełniające jak prawo finansowe, prawo pracy, budowlane i in. Natomiast w drugim etapie tj. po roku 1995 przewidywano podjęcie prac, mających na celu przygotowanie i uchwalenie kodeksu ochrony środowiska, w któ-

14. Bliżej, (w:) Narodowy Program Ochrony Środowiska Przyrodniczego do roku 2010, Projekt, MOS i 2N, Warszawa 1988, s. 13-33 oraz mapy obszarów zdegradowanych i zagrożonych, zanieczyszczenia atmosfery, czystość wód i in.

15. Jak wyżej., s. 14.

16. Tamże, s. 52.

17. Tamże, s. 53 i s. 47-52.

rym nastąpiłaby komasacja regulacji prawnych o znaczeniu podstawowym w jednym akcie prawnym.

Gdy chodzi o zadania programowe pierwszego etapu porządkowania prawnych podstaw ochrony środowiska, to - niezależnie od faktu, że wspomniany dokument nie spotkał się ze strony Rządu ani Sejmu z aprobatą, od czasu dokonania wspomnianych ustaleń odnotować można niewątpliwie istotny postęp w legislacji, aczkolwiek nie w pełni jeszcze satysfakcjonujący. Uchwalonych bowiem zostało, w ostatnich siedmiu latach, szereg nowych ustaw, tworzących zarówno materialnoprawne jak i prawnoustrojowe podstawy działania w dziedzinie ochrony środowiska (np. ustawy: o utworzeniu urzędu Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa, o Państwowej Inspekcji Ochrony Środowiska, o ochronie przyrody, o lasach, o zagospodarowaniu przestrzennym, o ochronie gruntów rolnych i leśnych, o obszarach morskich i administracji morskiej, o zapobieganiu zanieczyszczaniu morza przez statki, nowe prawo łowieckie, nie licząc licznych zmian uoś). Natomiast, gdy chodzi o kodyfikację ustawodawstwa zoologicznego, to mimo pewnych ustaleń na konferencjach naukowych i wzmianek w dokumentach rządowych, panuje jak dotąd niczym nie zakłócona, ale też - i niczym nie uzasadniona - cisza.

Brak jasności co do kwestii podstawowej w jakim kierunku ma iść rozwój polskiego ustawodawstwa zoologicznego. Zwraca na to uwagę krytyka naukowa. M. Górski w rozprawie habilitacyjnej nt. „Ochrona środowiska jako zadanie administracji publicznej”, stwierdza wprost: ani najnowsze uchwalone ustawy ani projekty tzw. ustaw ekologicznych nie rozjaśniają drogi dochodzenia do kodyfikacji ochrony środowiska, gdyż, jak podkreślił autor, ani resort ochrony środowiska, ani w Sejmie nie ma co do tego jasnej koncepcji rozwiązania¹⁸. Znaleźnienie zatem odpowiedzi na postawione wyżej pytania ma istotne znaczenie nie tylko dla teorii prawa ochrony środowiska, lecz przede wszystkim dla praktyki legislacyjnej w celu udoskonalania obowiązującego porządku prawnego na miarę potrzeb i wymagań XXI wieku, dostosowanego m.in. do Globalnego Programu Działań ONZ w zakresie zrównoważonego rozwoju z wymaganiami ochrony środowiska, ustanowionego na konferencji ONZ w Rio de Janeiro¹⁹, zwłaszcza, że w najnowszej literaturze prawniczej niektórzy autorzy nadal podkreślają, że *”polskie prawo ochrony środowiska wymaga głębokiej reformy, której wszakże nie da się przeprowadzić od razu”*²⁰ i że *”Jest to zadanie, którego realizacja wymaga czasu.”*²¹.

18. Bliżej, G. Grabowska: Człowiek i środowisko w prawie międzynarodowym, (w:) Państwo i Prawo, Nr 1/1996, s. 89-103 i W. Brzeziński: Ochrona prawna... op. cit., s. 102, patrz też R. Paczuski: Prawo ochrony... op. cit., s. 48-53.

19. R. Paczuski: Prawo ochrony... op. cit., s. 31-36 i G. Grabowska: Człowiek i środowisko... op. cit.

20. W. Radecki: Ochrona środowiska w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, IUSTITIA, Warszawa 1995, s. 11.

21. Tamże.

Na tle tych ustaleń rysuje się konieczność zajęcia stanowiska w dwóch następujących kwestiach legislacji sozologicznej:

1) czy wysunięte i przytaczane w literaturze prawniczej kontrargumenty przeciwko kodyfikacji prawa ochrony środowiska, są na tyle zasadne by całkowicie odrzucić tą koncepcję jako docelowego modelu uporządkowania polskiego ustawodawstwa sozologicznego lub - jak to ma miejsce dotychczas - nie interesować się nią w ogóle?

2) na czym polegać ma postulowana przez niektórych autorów głęboka reforma: umacnianie modelu kompleksowej regulacji prawnej, opartego na przepisach uoś, drogą nowelizacji aktów prawnych idącej w kierunku rozwiązań jako procesu przejściowego, zmierzającego ku kodyfikacji, czy zastąpienie kompleksowej regulacji prawnej (uoś) zupełnie nową i inną koncepcją legislacyjną i rezygnacja z kodyfikacji?

Odpowiadając na pierwsze pytanie nie uważam, by wysunięte zarzuty przeciwko kodyfikacji prawa ochrony środowiska były zasadne. Nie wydaje się trafne dowodzenie, iż koncepcja kodeksu „każe zakładać”, że dana dziedzina regulacji prawnej „stanowi gałąź prawa”, a skoro ta kwestia jest jeszcze sporna to brak podstaw do kodyfikacji²². Kodeks ma wprawdzie w słownictwie języka polskiego wiele znaczeń, jednakże w tym przypadku oznacza tylko formę aktu ustawodawczego, normującego rozległe dziedziny prawa, która, w myśl od dawna wykształconych zasad techniki prawodawczej, dopuszcza w układzie formalnym aktu ustawowego zamiast lub obok podziału na części i działy, podział na „księgi” i „tytuły”²³, i którego uchwalenie nie jest wcale uzależnione od istnienia wyodrębnionej gałęzi prawa (przykład kodeks handlowy w dziedzinie prawa cywilnego, albo kodeks postępowania administracyjnego w dziedzinie prawa administracyjnego). Są gałęzie prawa, których podstawowe źródła prawa mieszczą się w więcej niż jednym kodeksie (np. w prawie karnym i cywilnym) i w licznych pozakodeksowych regulacjach prawnych (np. pozakodeksowe ustawodawstwo karne i ustawy dodatkowe) i takie (np. prawo finansowe), które w ogóle nie mają kodyfikacji.

Również i drugi kontrargument jest mało przekonujący, iż prawo ochrony środowiska to dziedzina tak rozległa, że zbiór przeoisów w ujęciu kodeksu byłby „o rozmiarach monstualnych”²⁴. Każdy bowiem kodeks reguluje zagadnienia o znaczeniu podstawowym, nie wykluczając pozakodeksowej regulacji prawnej, jak to ma miejsce w prawie karnym, cywilnym, administracyjnym, morskim, w prawie pracy. W obowiązującym prawie ochrony środowiska, dzięki pewnej systematy-

22. L. Łustacz: *Kompleksowa ochrona...* s. 37.

23. Por. np. art. 43 ust. 2 *Zasad Techniki Prawodawczej* z 1939 r. na których wzorowane są także najnowsze zasady techniki legislacyjnej.

24. E. Radziszewski: *Ustawa o ochronie...* op. cit., s. 35.

zacji dokonanej już przepisami uoś²⁵ wyróżnić można regulację kompleksową, dotyczącą ochrony środowiska jako całości i regulacje kompleksowe, odnoszące się do poszczególnych komponentów środowiska (np. wody - prawo wodne, kopaliny - prawo górnicze i geologiczne, konserwatorska ochrona przyrody), co zdaniem moim może ułatwić konceptualizację głównych składników kodeksowej regulacji prawnej.

Oдноśnie drugiego pytania wyrażam pogląd, że mając na uwadze nie kwestionowaną w zasadzie rolę i znacznie kompleksowej regulacji prawnej uoś w obowiązującym systemie prawnym ochrony środowiska²⁶ nie ustępującą pod względem merytorycznym i techniczno - konstrukcyjnym podobnym kompleksowym regulacjom innych państw²⁷, za drugi - po uchwaleniu uoś - ważny etap porządkowania polskiego ustawodawstwa sozologicznego, do którego konceptualizacji należałoby już przystąpić, uważam przejście z częściowej kodyfikacji²⁸ do pełnej kodyfikacji polskiego prawa ochrony środowiska i tylko taką programowaną koncepcję legislacyjną uważałbym za gruntowną reformą tej dziedziny prawa.

W ramach tej koncepcji należałoby realizować także proces przystosowywania polskiego prawa do Prawa ochrony środowiska Wspólnoty Europejskiej, mając na uwadze Układ Europejski jako nową płaszczyznę długofalowej współpracy Polski z innymi krajami europejskimi w dziedzinie ochrony środowiska.

Kodyfikacja prawa ochrony środowiska winna być uznana za podstawowy cel strategiczny w polityce ochrony środowiska państwa, któremu - w ramach ustalonego programu działania - winny być podporządkowane cele taktyczne i operacyjne dotyczące cząstkowych regulacji prawnych z zakresu ochrony środowiska, by były to rozwiązania systemowe i spójne z kompleksową regulacją prawną uoś. Rozwiązania prawne winny przybliżać, a nie oddalać osiąganie celu strategicznego, tzn. kodeksu jako docelowego modelu polskiego prawa ochrony środowiska. Brak jasno określonego celu strategicznego i programu legislacyjnego zmierzającego do jego realizacji, nie utwierdza, iż mamy do czynienia z procesem przygotowywania „głębokiej reformy” prawa ochrony środowiska. Na zakończenie pragnę zaznaczyć, że kodyfikację, jako koncepcję legislacyjną porządkowania ustawodawstwa kojarzę nie tylko z problematyką prawną ochrony środowiska. Jest ona niezbędna także w innych rozległych dziedzinach prawa, rozwijających się żywiołowo wzdłuż

²⁵ R. Paczuski: Prawo ochrony... op. cit., s. 64-66 i 69.

²⁶ Bliżej L. Jastrzębski: Prawo ochrony środowiska w Polsce, PWN, Warszawa 1990, R. Paczuski, Prawo ochrony... op. cit., L. Łustacz: Kompleksowa ochrona... op. cit., W. Radecki: Ochrona środowiska... op. cit., Ustawa o ochronie przyrody z dn. 16.10.1991, Komentarz pod red. J. Sommer, Wrocław 1992.

²⁷ R. Paczuski: Prawo ochrony... op. cit., s. 67-68.

²⁸ Termin stosowany przez wielu autorów w literaturze m.in. przez E. Radziszewskiego: Ochrona środowiska... op. cit., s. 21.

i wszczepić rafa koralową, jak np. ochrona zdrowia publicznego, prawo żywnościowe. Uważam, że przy lawinowym rozwoju ustawodawstwa pod presją narastających potrzeb, nie uniknie się w wielu dziedzinach dalszego pogłębiania chaosu i nieuporządkowania, jeśli na zakres i sposób regulacji prawnej wpływać będą postawy zachowawcze i chęć pójscia utartymi już szlakami, niż ambicje nowatorskie, z dążnością do rozwiązań systemowych, jakich liczne przykłady mamy np. w nowoczesnych rozwiązaniach kodyfikacyjnych we Francji (np. kodeks zdrowia publicznego, kodeks budowlany i in.). Problematyce prawnej ochrony środowiska w kontekście Globalnego Programu Działań ONZ, ustalonych w Rio de Janeiro, oraz z tytułu licznych prawnomiędzynarodowych zobowiązań, winna być jednakże nadana, przy wyborze hierarchii ważności zagadnień, szczególna ranga.

ROLA PRZEWODNICZĄCEGO RADY W FUNKCJONOWANIU GMINY

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym¹ nie określa w pełni roli przewodniczącego rady gminy. Szereg kwestii związanych z kompetencjami przewodniczącego regulują statuty gmin. Niektóre zaś uprawnienia i obowiązki tego podmiotu budzą wątpliwości i wywołują spory rozstrzygane w konsekwencji przez Naczelny Sąd Administracyjny. Kompetencje i rola przewodniczącego rady gminy są problemem interesującym a jednocześnie stosunkowo rzadko podejmowanym przez teoretyków prawa. W niniejszym opracowaniu podejmuję próbę zasygnalizowania znaczenia roli, jaką odgrywa przewodniczący rady w funkcjonowaniu gminy. Chodzi w szczególności o ukazanie, iż praca przewodniczącego rady na obecnym etapie rozwoju samorządu terytorialnego zyskuje coraz bardziej na znaczeniu, a nad kwestią kompetencji tego podmiotu warto podjąć dyskusję.

STATUS PRAWNY PRZEWODNICZĄCEGO RADY GMINY

Ustawa o samorządzie terytorialnym, określając status przewodniczącego, stanowi, że wybiera się go spośród radnych (art. 19 ust. 1). Reguluje również kwestię jego odwoływania (art. 19 ust. 4). Ustawa ta przyznaje ponadto przewodniczącemu głos rozstrzygający o losie uchwały w przypadku równości głosów radnych (art. 14 ust. 2). Nakłada też na przewodniczącego obowiązek zwoływania sesji rady (art. 20 ust. 1) oraz zobowiązuje go do organizowania pracy rady i prowadzenia jej obrad (art. 19 ust. 3). Ustawa ta zakazuje również łączenia funkcji przewodniczącego z funkcją zarządu gminy (art. 19 ust. 3).

Regulacja statutowa

Pozostałe kwestie dotyczące działalności przewodniczącego rady powinny zgodnie z intencją ustawodawcy znaleźć uregulowanie w statutach i regulaminach gminnych. Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy o samorządzie terytorialnym „na podstawie upoważnień ustawowych, gminie przysługuje prawo stanowienia przepisów powszechnie obowiązujących na obszarze gminy”. W myśl art. 40 ust. 2 tejże ustawy „organy gminy mogą wydawać przepisy gminne w zakresie wewnętrznego ustroju gminy oraz jednostek pomocniczych”. Przedmiot regulacji statutu gminy określa art. 3 ust. 1 ustawy o samorządzie terytorialnym słowami: „o ustroju gminy

¹ Dz.U. nr 16 z 1990 r., poz. 95 ze zm.

stanowi jej statut” oraz art. 22 ust. 1 tej ustawy, w myśl którego „organizację wewnętrzną oraz tryb pracy organów gminy określa statut gminy”.

Statut gminy traktowany jest w piśmiennictwie jako akt prawa lokalnego, który zawiera przepisy powszechnie obowiązujące na terenie danej gminy, określający kompetencje władz gminy oraz kwestie natury organizacyjno - technicznej.

Zagadnienia związane ze statutem gminy badała między innymi Barbara Adamiak², która wskazała na fakt powiązań występujących pomiędzy ustalaniem treści statutu a art. 71 ust. 4 ustawy konstytucyjnej z 17 10 1992 r. Zgodnie z tym przepisem „jednostki samorządu terytorialnego realizują zadania za pośrednictwem swoich organów stanowiących i wykonawczych, swobodnie określając w granicach ustaw swoje struktury wewnętrzne”³. Mając na uwadze treść ustawy konstytucyjnej należy zgodzić się z formułowanym przez B. Adamiak wnioskiem, iż rada gminy może kształtować swoją strukturę wewnętrzną w granicach określonych w ustawach, jak również ze spostrzeżeniem poczynionym przez Marka Czarnotę, iż dla ustalenia tychże granic nie bez znaczenia są (poza wymienionymi wcześniej przepisami ustawy samorządowej) przepisy art. 33, 35 i 38 kodeksu cywilnego, w myśl których gmina, będąc osobą prawną, uprawniona jest do uregulowania w statucie spraw związanych z organizacją, sposobem swego działania i działalności organów będących jej reprezentantami⁴. Wynika z tego, iż rozwiązania statutowe nie mogą być sprzeczne z kodeksem cywilnym i ustawą samorządową. Jaki jest więc charakter regulacji statutowych? Należy w tym miejscu, jak sądzę, zacytować zawarty w opracowaniu B. Adamiak pogląd, według którego „statut, (...) ma ograniczony przedmiot regulacji - zagadnienia ustrojowe. Nie oznacza on pozbawienia postanowień statutu charakteru normatywnego, a jedynie zawężenie jego regulacji przez ograniczenie do zagadnień ściśle ustrojowych”⁵. Z tym przekonywającym stanowiskiem zgadza się też Z. Leoński uznając, że „statut gminy zawiera normy prawa ustrojowego, stanowiące z konstytucją i ustawami system ustrojowy prawa samorządu”⁶.

FUNKCJA PRZEWODNICZĄCEGO RADY GMINY

Ustawa o samorządzie terytorialnym w art. 19 ust. 1 reguluje wybór przewodniczącego stanowiąc, iż rada gminy wybiera go ze swego grona bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowego składu rady, w głosowaniu tajnym. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu zasady dotyczące wyboru

2. B. Adamiak: „Statut gminy”, Samorząd terytorialny, nr 7-8 z 1993 r., s. 65.

3. Dz.U. nr 93 z 1992 r., poz. 426.

4. M. Czarnota: „Statut gminy”, Wspólnota nr 4-5, 1994 r., s. 12.

5. B. Adamiak: patrz przypis 2. Zob. też W. Dawidowicz: Wstęp do nauk prawn-administracyjnych, Warszawa 1974 r., s. 100 i nast.

6. Z. Leoński: Ustrój samorządu terytorialnego w RP, Poznań 1991, s. 23.

przewodniczącego mają również zastosowanie do wyboru wiceprzewodniczących rady, których może być od jednego do trzech. W literaturze rozpowszechniony jest pogląd, iż przewodniczący pełni swoją funkcję społecznie. Stanowisko to należy uznać za słuszne tym bardziej, iż znalazło ono swoje potwierdzenie w orzecznictwie. Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 21 listopada 1990 r. SA/Ka/690/90: „Wybór przewodniczącego nie stanowi podstawy do nawiązania stosunku pracy. Nie wynika bowiem z niego - jak stanowi o tym art. 73 ¹ kodeksu pracy - obowiązek wykonywania pracy o charakterze pracownika. W drodze wyboru powierza się przewodniczącemu jedynie wykonywanie określonych w ustawie o samorządzie terytorialnym funkcji o charakterze społecznym. Wybór stwarza zatem jedynie uprawnienia i rodzi obowiązki wyłącznie w sferze stosunków radnego określonych w ustawie o samorządzie terytorialnym. Brak natomiast obowiązku wykonywania pracy o charakterze pracownika, co sprawia, że nie następuje i nastąpić nie może z mocy prawa nawiązanie stosunku pracy z przewodniczącym”.

W myśl art. 16 ustawy o samorządzie terytorialnym „kadencja rady gminy trwa 4 lata licząc od dnia jej wyboru”. Wyżej wymieniona ustawa nie uregulowała *expressis verbis* kwestii długości kadencji przewodniczącego rady. Przekonywające stanowisko zajął natomiast w tej sprawie Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 4 marca 1994 r. II/SA/69/94. Sąd stanął na stanowisku, iż „nie jest dopuszczalne ustalenie w statucie gminy innej kadencji przewodniczącego i wiceprzewodniczącego rady gminy niż określona w art. 16 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym”. Naczelny Sąd Administracyjny wziął pod uwagę art. 71 ust. 4 Ustawy Konstytucyjnej oraz ust. 22 ustawy o samorządzie terytorialnym. Mając na względzie wyżej wymienione przepisy NSA uznał, że czas trwania kadencji należy do podstawowych elementów ustrojowych każdego organu samorządu terytorialnego, każdy zaś z tych elementów objęty jest szczegółową regulacją ustawy samorządowej i nie może być odmiennie kształtowany w statucie gminy.

Liczne wątpliwości wywoływał w praktyce brak uregulowania w ustawie o samorządzie terytorialnym kwestii możliwości odwołania przewodniczącego w trakcie jego kadencji. W wyniku nowelizacji ustawy problem ten został rozstrzygnięty poprzez wprowadzenie odwoływalności przewodniczącego. Odwołanie następuje obecnie na wniosek co najmniej jednej czwartej ustawowego składu rady gminy w trybie takim samym jak przy wyborze przewodniczącego (art. 19 ust. 4).

Regulaminy rad gmin zawierają często zapis, iż przewodniczący kieruje pracami rady. Wśród działań podejmowanych przez przewodniczącego wymienić należy zwoływanie sesji rady. Czynność tę wykonuje przewodniczący realizując uchwałę podjętą przez radę. Omawiając rolę przewodniczącego Z. Zell wskazuje na statutowe rozwiązanie stanowiące, iż „w okresie trzech miesięcy od rozpoczęcia kadencji rada na wniosek jej przewodniczącego określa główne kierunki i sposób realizacji zadań rady. Także na wniosek przewodniczącego rada uchwała dla siebie

ramowy plan pracy na dany rok”⁷. Zdaniem Zella główna rola w inicjatywie uchwalania tychże planów, określających tematykę i terminy sesji zwyczajnych, przyznana jest przewodniczącym. Plany te mają też charakter wiążący dla przewodniczących rad. Z podanym wnioskiem wypada się zgodzić tym bardziej, iż niektóre gminy w regulaminach rad stanowią, iż „sesje rady odbywają się zgodnie z przyjętym przez nią planem. Projekt planu (...) opracowuje przewodniczący rady”. Oznacza to, że działanie podejmowane przez przewodniczącego polega na sporządzeniu projektu planu, który później, po przedyskutowaniu w czasie obrad, poddany zostaje pod głosowanie w trakcie sesji rady.

Regulaminy przewidują także, iż przewodniczący określa sposób podania do publicznej wiadomości terminu, miejsca i proponowanego porządku obrad rady w trakcie planowanej sesji.

Ponadto na przewodniczącym ciąży obowiązek ustalania samodzielnie lub w uzgodnieniu z wójtem (przed każdą sesją) szczegółowej listy zaproszonych na nią osób. Statuty konkretyzują też zasadę zawartą w art. 20 ust. 1 ustawy o samorządzie terytorialnym dotyczącą zwoływania sesji „w miarę potrzeb”. Wskazując na ten fakt Z. Zell podaje zawierane w statutach postanowienia o zwoływaniu sesji przez przewodniczącego „nie rzadziej niż raz w miesiącu z jednomiesięczną przerwą wakacyjną”⁸. Jako przykłady można również podać takie sformułowania, jak: „rada odbywa sesje zwyczajne stosownie do potrzeb, jednak nie rzadziej niż raz na kwartał” bądź „rada odbywa sesje zwyczajne w ilości potrzebnej do wykonania jej zadań, nie rzadziej jednak niż raz na kwartał z uwzględnieniem przerwy wakacyjnej”.

Do kompetencji przewodniczącego rady należy również zwoływanie tzw. sesji nadzwyczajnych. Zgodnie z trybem przewidzianym w art. 20 ust. 3 ustawy o samorządzie terytorialnym przewodniczący rady zobowiązany jest zwołać sesję w ciągu 7 dni od daty złożenia wniosku przez zarząd lub co najmniej 1/4 ustawowego składu rady gminy.

Na przewodniczącym rady ciąży ustawowy obowiązek prowadzenia obrad rady. Zakres i sposób dokonywania czynności podejmowanych przez przewodniczącego w trakcie sesji określa statut lub regulamin rady.

Otwarcia sesji dokonuje przewodniczący wypowiadając formułę „otwieram sesję rady....”. Regulaminy przewidują, iż następnie przewodniczący na podstawie listy obecności sprawdza czy istnieje quorum. Jeżeli stwierdzi on istnienie quorum, wówczas stawia wniosek o przyjęcie zaproponowanego porządku obrad. Bez istnienia quorum obrady nie byłyby bowiem prawomocne. W związku z tym jeżeli

7. Z. Zell: „Przewodniczący rady - polski spiker”, Wspólnota, nr 24 z 1994 r., s. 15.

8. Z. Zell: op. cit.

w trakcie posiedzenia przewodniczący stwierdzi brak quorum to wówczas znajdują zastosowanie następujące rozwiązania przewidziane w regulaminach:

- przewodniczący przerywa obrady i jeżeli nie może uzyskać quorum, wyznacza nowy termin posiedzenia tej samej sesji, z tym że uchwały podjęte do tego momentu zachowują moc, fakt zaś przerwania obrad odnotowuje się w protokale,
- przewodniczący zamyka obrady. W protokole odnotowuje się przyczyny, dla których sesja się nie odbyła.

Tak więc przewodniczący zamyka lub przerywa obrady. Każda z tych czynności musi mieć jednak swoje odbicie w protokole. To, że w regulaminie nie zaznaczono wyraźnie, iż wcześniej podjęte uchwały zachowują moc, wydaje się być bez znaczenia. Brak bowiem podstaw do tego, by pozbawić mocy uchwały podjęte w tym momencie sesji, gdy na sali była jeszcze obecna ilość radnych gwarantująca prawomocność obrad.

Z treści art. 19 ust. 2 ustawy o samorządzie terytorialnym wynika, iż w przypadku nieobecności przewodniczącego zadania na nim spoczywające wykonywane są przez jego zastępcę. Regulaminy przyznają zwykle przewodniczącemu liczne kompetencje związane z kierowaniem obradami rady gminy. Gwarantują mu zazwyczaj prawo do udzielenia głosu radnym (według kolejności zgłoszeń lub poza nią, jeżeli konieczność zabrania głosu wiąże się bezpośrednio z głosem przedmówcy) oraz osobom nie będącym radnymi (czyni to z własnej inicjatywy bądź na wniosek radnego).

Tylko niektóre regulaminy określają wyraźnie kolejność udzielania głosu przez przewodniczącego w czasie rozpatrywania projektu uchwały w ten sposób, że jako pierwszy głos ma uzyskać referent sprawy, później przedstawiciel komisji opiniujących projekt, przedstawiciel zarządu, przedstawiciele klubów radnych w kolejności zgłoszeń i inni dyskutanci w kolejności zgłoszeń.

W regulaminach powtarza się natomiast zapis, iż przewodniczący może udzielić głosu poza kolejnością w sprawie zgłoszenia wniosku formalnego.

Regulaminy przewidują także, iż w takich przypadkach, gdy mówca odbiega od przedmiotu obrad lub wydłuża swoją wypowiedź poza dopuszczalny czas wystąpień, określony przez radę dla rozpatrywanego punktu w porządku obrad, przewodniczący zwraca mu uwagę, a jeżeli jednokrotne (bądź według innych regulaminów dwukrotne) zwrócenie uwagi pozostaje bez skutku, przewodniczący może odebrać mu głos. W myśl niektórych regulaminów przewodniczący może odebrać mówcy głos lub tylko przywołać go do porządku również w sytuacji, gdy treść bądź forma wystąpienia danej osoby „w sposób oczywisty zakłócają porządek obrad lub powagę sesji”.

Do zadań przewodniczącego należy też zamknięcie dyskusji i rozpoczęcie procedury głosowania.

Zachowanie przewodniczącego rady jest bardzo ważne również w sytuacji głosowania. Szczególne znaczenie ma tu przepis art. 14 ust. 2 ustawy o samorządzie terytorialnym, w myśl którego „w przypadku równej liczby głosów rozstrzyga głos przewodniczącego”.

Kolejnym obowiązkiem, który ciąży na przewodniczącym rady gminy, jest udzielanie prasie informacji o działalności rady. Obowiązek ten znalazł swój wyraz w orzecznictwie. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 27 maja 1991 r. SA/Po 159/91 stanął na stanowisku, że „przewodniczący rady gminy, mimo że nie jest organem gminy, jest obowiązany z istoty pełnionej funkcji do udzielania prasie informacji o działalności rady stosownie do przepisów art. 4 ust. 1 i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. - Prawo prasowe (Dz.U. nr 5, poz. 24 ze zm.) i § 2 ust. 1 i 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 5 lipca 1984 r. w sprawie trybu udostępniania prasie informacji oraz organizacji rzeczników prasowych w urzędach organów administracji państwowej (Dz.U. nr 40, poz. 209) w związku z art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 10 maja 1990 r. - przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych (Dz. U. nr 32, poz. 191 ze zm.), chyba że obowiązek ten został przekazany z jego inicjatywy rzecznikowi prasowemu ustanowionemu uchwałą tejże rady.”

Naczelny Sąd Administracyjny rozstrzygał też inne spory dotyczące kompetencji przewodniczącego rady gminy, np. czy przewidziane w regulaminie czynności przewodniczącego, takie jak: nadzorowanie w imieniu rady terminowości wykonywania uchwał, zapewnianie realizacji uprawnień rady i powoływanie z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji, ekspertów w celu opracowania opinii lub ekspertyz w sprawach rozpatrywanych przez radę lub komisję, można uznać za objęte ustawowym (zawartym w art. 19 ust. 2 ustawy samorządowej) określeniem „organizuje pracę rady”? Problem ten pojawił się jako jeden z kilku w rozstrzyganej przez NSA sprawie. Wydając wyrok (z dnia 30 października 1996 r. SA/Bk 437/96) Sąd stanął na stanowisku, że wyżej wymienione czynności nie pozostają w sprzeczności z art. 19 ust. 2 ustawy samorządowej. W uzasadnieniu wyroku podał między innymi, iż „szukając odpowiedzi na to pytanie należy sięgnąć do wykładni językowej. Według Słownika Języka Polskiego pod redakcją M. Szewczyka, PWN, Warszawa 1979, tom II, s. 540, organizować oznacza urządzać, zakładać, układać w pewne formy, podporządkowywać normom, wprowadzać do czegoś ład”. Tak więc, w ocenie Sądu dokonanie wykładni językowej pozwala na rozstrzygnięcie zaistniałej wątpliwości. Sąd odnotował też fakt, iż w zbliżony sposób sformułowane zostały uprawnienia przewodniczącego rady w Regulaminie Rady Miasta Stołecznego Warszawy, zauważając przy tym, iż jego treść musiała być uzgodniona z Prezesem Rady Ministrów.

Wątpliwości pojawiają się również na tle art. 19 ust. 3 ustawy o samorządzie terytorialnym. Chodzi o sytuację, gdy przewodniczący zarządu rady gminy poprzedniej kadencji zostaje przewodniczącym rady gminy następnej kadencji. Czy

osoba ta do czasu wyboru nowego zarządu pełnić ma obie funkcje równocześnie? Przekonywającej odpowiedzi na to pytanie udziela E. Smoktunowicz w opracowanej przez siebie opinii prawnej⁹. Z opinii tej wynika, iż przyczyną powstania wątpliwości „jest ograniczenie się do wykładni językowej odnośnych przepisów ustawy o samorządzie terytorialnym”.

Stosując wykładnię systemową E. Smoktunowicz wysnuł wniosek, iż „zakaz łączenia określonych stanowisk i funkcji obowiązuje tylko w ramach tej samej kadencji rady i nie rozciąga się na nową kadencję, a więc nie obejmuje okresu przejściowego. Znika wówczas sprzeczność między tym zakazem a nakazem działania „starego” zarządu do dnia wyboru zarządu nowego. Takie rozumienie zakazu łączenia określonych stanowisk i funkcji nie stoi w sprzeczności z brzmieniem tego przepisu. Prowadzi tylko do dopuszczalnego w prawoznawstwie zawężenia zakresu tego zakazu w drodze wykładni uwzględniającej jego sens i wartości systemowe prawa”. Rezultat ten E. Smoktunowicz zweryfikował stosując wykładnię funkcjonalną. Za najważniejszy cel zakazu łączenia stanowisk uznał on umożliwienie radzie sprawowania nieskrępowanej kontroli nad działalnością zarządu, co jest, jak zauważył, istotne dla funkcjonowania organów gminy w dłuższym okresie a nie ma tak doniosłego znaczenia w czasie, o którym mowa w art. 29 (a więc z reguły w okresie krótkim). Art. 29 to, jak napisał E. Smoktunowicz, „przepis urzeczywistniający bardzo ważną zasadę ciągłości działania administracji gminnej i wykluczający, a przynajmniej minimalizujący wstrząsy związane z kadencyjnością organów gminy. Jest to zarazem przepis szczególny, gdyż dotyczy sytuacji znajdujących się niejako na styku dwóch kadencji rady. Już choćby z tego powodu służy mu pierwszeństwo przed innymi przepisami o charakterze ogólnym, a więc i przed art. 19, stosownie do dyrektywy interpretacyjnej *lex specialis derogat legi generali*. Co więcej, cel tego przepisu zostaje (...) wzmocniony przez to, że stanowisko prezydenta miasta pełni przewodniczący nowej rady, a więc osoba obdarzona przez tę radę najwyższym zaufaniem”. Dokonując tej interesującej i wartościowej analizy prawnej E. Smoktunowicz udzielił wyczerpującej odpowiedzi na pytanie czy przewodniczący rady gminy nowej kadencji może do czasu wyboru nowego zarządu łączyć funkcję przewodniczącego rady z funkcją przewodniczącego zarządu. Odpowiedź ta jest bez wątpienia twierdząca.

W niektórych regulaminach znaleźć można zapisy przyznające przewodniczącemu rady prawo inicjatywy uchwałodawczej. Rady argumentują zwykle decyzję o przyznaniu mu tego uprawnienia tym, iż korzystanie przez przewodniczącego z tego prawa przyspiesza pracę rady.

⁹ E. Smoktunowicz: „Opinia prawna w sprawie kontrowersji powstałych w związku z wyborem dotychczasowego Prezydenta Miasta Łodzi na Przewodniczącego Rady tegoż Miasta w nowej kadencji” z dnia 14 lipca 1994 r. - nie publikowana.

Regulaminy nakładają też na przewodniczącego obowiązek kierowania projektu uchwały, przed skierowaniem na sesję, do zaopiniowania przez właściwe komisje rady lub zarząd gminy. Opinia taka ma być wyrażona w terminie określonym w regulaminie, a w przypadku spraw pilnych termin ten może być odpowiednio krótszy. Decyzję dotyczącą tego, czy daną sprawę należy potraktować jako pilną, podejmuje przewodniczący rady.

Regulaminy przewidują, że głosowanie jawne przeprowadza przewodniczący rady gminy.

On także zamyka sesję wypowiadając formułę: „zamykam... sesję rady...”.

Do zadań przewodniczącego regulaminy zaliczają też często: reprezentowanie rady (w stosunkach wewnętrznych czyli między organami rady oraz zewnętrznymi, a więc łączących radę z innymi przedmiotami zarówno krajowymi, jak i zagranicznymi), organizowanie współpracy a także wymiany doświadczeń między komisjami rady, jak też koordynowanie ich działalności, utrzymywanie kontaktu z mieszkańcami gminy (poprzez pełnienie dyżurów, w trakcie których przyjmowane są skargi i wnioski), prowadzenie rejestru klubów radnych, nadzór nad obsługą kancelaryjną posiedzeń rady, zarządzanie wyboru komisji skrutacyjnej, przyjmowanie od radnych oświadczeń o ich stanie majątkowym.

Regulaminy zakazują natomiast przewodniczącemu przewodniczenia komisjom stałym rad i odmawiają mu prawa członkostwa w komisji rewizyjnej.

Statuty natomiast przewidują zwykle, iż przewodniczący rady, na podstawie podjętej przez nią uchwały nawiązuje stosunek pracy z wójtem i ustala jego wynagrodzenie.

To uprawnienie przewodniczącego znacznie wykracza poza ramy określone funkcją organizacyjną, którą ma on pełnić w myśl przepisów ustawy o samorządzie terytorialnym. Świadczy ono o tym, że pozycja przewodniczącego rady może być o wiele silniejsza. Wśród teoretyków prawa i praktyków rozpowszechniony jest pogląd, iż przewodniczący rady nie jest organem gminy.¹⁰ Ale czy można mieć co do tego pewność? Czy istotnie wolno przyjmować za argument rozstrzygający tę wątpliwość jedynie fakt, iż ustawa o samorządzie terytorialnym nie wymienia w sposób wyraźny przewodniczącego jako organu gminy? A może brak takiego określenia stanowi lukę, którą należy usunąć poprzez dokonanie pełnej wykładni prawa a nie tylko zastosowanie wykładni językowej?

Regulacja zawarta w ustawie samorządowej niewątpliwie posiada luki. Nie podejmuje ona chociażby sygnalizowanego przez Z. Zella problemu pojawiającego się w sytuacji, gdy przewodniczący odmówi podpisania uchwały podjętej ważną liczbą głosów przez radę¹¹. Ustawodawca pozostawia tę sprawę do rozstrzygnięcia

10. P. Czechowski, A. Jaroszyński, St. Piątek: „Prawo Samorządu Terytorialnego”, Warszawa 1993 r., s. 40.

11. Z. Zell: op. cit., s. 3.

samej radzie gminy zakładając, iż przyjmie ona stosowne rozwiązania statutowe. Jest to niepokojące, gdyż jak słusznie zauważył M. Czarnota „gminy uchwalają dość powszechnie statut w formie niezbyt starannego wyciągu z przepisów ustawy, uzupełnianego dość przypadkowymi przepisami porządkowymi”¹².

Po dokonaniu analizy uprawnień i obowiązków przewodniczącego rady gminy widać wyraźnie, iż jest on inicjatorem, organizatorem i koordynatorem prac rady, ale ponadto przypisać mu można kompetencje związane z reprezentowaniem rady i informowaniem o jej pracy środków publicznego przekazu oraz z nawiązywaniem stosunku pracy z wójtem. Rozważając pozycję przewodniczącego można się zgodzić z poglądem Z. Zella, który porównuje polskiego przewodniczącego rady gminy do angielskiego spikera. „*Mister speaker* prowadzi obrady ściśle z obowiązującą procedurą (...) Posłuch dla władzy spikera jest nie kwestionowany. Prawo „*głosu ostatniego* i wynikające z niego decyzje są niepodważalne”¹³. Dostrzec tu można cechy wspólne, wydaje się jednak, że pozycja spikera jest mimo wszystko nieco silniejsza niż polskiego przewodniczącego rady gminy, głównie ze względu na rolę tradycji w Anglii.

Nieprecyzyjne uregulowania zawarte w ustawie o samorządzie terytorialnym oraz niedoskonałe opracowywanie statutów gmin sprawiają, że rola przewodniczącego rady jest często określana w sposób niepełny, a niekiedy nawet niewłaściwy. Wywołuje to wątpliwości utrudniające prawidłowe funkcjonowanie organów gminy. W związku z powyższym wydaje się celowe dalsze doskonalenie zarówno ustawy o samorządzie terytorialnym, jak i statutów gmin przy wykorzystaniu zarówno orzecznictwa sądowego, opinii profesjonalistów, jak i doświadczeń praktyki.

¹². M. Czarnota: op. cit.

¹³. Z. Zell: op. cit.

PRAWO FINANSOWE A PRAWO DEWIZOWE

Obowiązujący w państwie system prawny dzieli gałęzie, które obejmują wspólne kompleksy norm, regulujących określone kategorie stosunków społecznych, według pewnych założeń ogólnych¹. Jedną z tych gałęzi jest prawo finansowe. Pomimo, że dyskusja o jego definicji i kryteriach trwa od dawna, do dzisiaj pozostaje ona aktualna². W sposób szczególnie trafny i zwięzły istotę prawa finansowego wyraził - R. Mastalski. Przyjął on, że prawo finansowe związane jest z bezpośrednią działalnością prawa, dla której realizacji podejmuje ono określone środki. Jednym ze środków działania państwa jest pieniądz, a poługiwanie się nim przez państwo stanowi gospodarkę finansową w szerokim tego słowa znaczeniu. Gospodarka finansowa państwa regulowana jest przez prawo. Normy prawne regulujące tę gospodarkę, niezależnie od tego, czy zaliczamy je wszystkie do prawa finansowego, czy też zaliczamy do niego tylko te normy, które nie są objęte innymi gałęziami, mają zawsze na względzie interes społeczny. Działalność finansowa państwa regulowana jest przez prawo w interesie społecznym, a nie indywidualnym. Można zatem przyjąć, że prawo finansowe reguluje zjawiska posługiwania się pieniądzem przez państwo, jego gromadzenia i rozdziału w celu realizacji zadań państwa. Prawo finansowe należy zatem do tych gałęzi prawa gdzie dominuje interes społeczny (publiczny), a w stosunkach prawnych, jakie powstają w oparciu o jego normy, zawsze uczestniczy państwo. Jest to prawo, za pomocą którego państwo wkracza w życie społeczne w sposób bezpośredni³.

Upadek socjalizmu jako ustroju politycznego i typu gospodarki nie może pozostać bez wpływu na zakres prawa finansowego w Polsce i innych byłych krajach socjalistycznych. Zmierzają one ku gospodarce rynkowej, która rządzi się innymi prawami niż gospodarka planowa. W gospodarce rynkowej wzrasta rola finansów i instrumentów finansowych w kształtowaniu stosunków społecznych i gospodarczych. Jednocześnie jednak zakres publicznej działalności finansowej państwa jest węższy niż w gospodarce planowej. W państwach o okrzepłej już gospodarce rynkowej wyłania się trend do ograniczenia roli państwa w gospodarce i finansach, co nie jest jednak równoznaczne z eliminacją całkowitą interwencjonizmu państwo-

1. Z. Radwański: Zarys części ogólnej prawa cywilnego, Warszawa 1979, s. 11.

2. Zob. np. M. Weralski: Socjalistyczne instytucje finansowe, Warszawa 1973, s. 69 oraz L. Kurowski: Wstęp do nauki prawa finansowego, Warszawa 1976, s. 30.

3. R. Mastalski: Interpretacja prawa podatkowego. Źródła prawa podatkowego i jego wykładnia. Wrocław 1989, s. 11-12.

wego i finansów publicznych. Zmienia się zakres prawnych regulacji publicznej działalności finansowej⁴. Dotyczą one nadal budżetu, jako podstawowego urządzenia finansowego i ustrojowego w państwie, a także dochodów i wydatków budżetowych oraz długu publicznego. Do finansów publicznych należy także prawo walutowe, które określa system pieniężny państwa oraz prawo dewizowe. Ponadto do finansów publicznych należy tzw. publiczne prawo bankowe i prawo finansowe samorządu terytorialnego, jako nowego podmiotu publicznoprawnego. Finanse publiczne (i prawo finansowe) nie obejmują natomiast prawa finansowego przedsiębiorstw, ponieważ jego regulacje dotyczą bądź to dochodów lub wydatków budżetowych, bądź też są przepisami z dziedziny rachunkowości. Odrębny byt mają także finanse ubezpieczeń. Wzrasta natomiast ranga międzynarodowego prawa finansowego, które obejmuje również przepisy prawa Wspólnot Europejskich⁵.

Wydaje się, że w nowych warunkach gospodarki rynkowej, przy wyodrębnianiu regulacji prawnofinansowych od innych gałęzi prawa wzrasta ogromnie rola kryteriów charakteru i celu przepisów prawa. Odzyskuje dawne znaczenie, zapożyczany w socjalizmie, podział na prawo publiczne i prawo prywatne. To rozróżnienie, dokonane przez Ulpianusa zakłada, że do prawa publicznego należą te normy prawa, które mają na uwadze interesy państwa, zaś do prawa prywatnego należą normy, które mają na uwadze interes jednostki⁶. Chociaż wielu autorów wskazuje na trudności praktyczne przy stosowaniu tego podziału⁷, to jednak prawo finansowe jest gałęzią prawa złożoną z norm prawnych wydanych w celu (specjalnie dla) regulacji gospodarki finansowej państwa⁸ i ochrony państwowego (publicznego) interesu finansowego.

Jednym z ważniejszych działów prawa finansowego, także w gospodarce rynkowej, jawi się prawo dewizowe. W literaturze przedmiotu jest ono różnie określane przez poszczególnych autorów, różnie definiowany jest też jego cel i podstawowe funkcje. W pierwszych latach po II wojnie światowej uważano, że prawo dewizowe to reglamentacja obrotu pieniężnego, reglamentacja dewiz, złota i innych walut⁹. Uzasadnione to było ówczesnym stanem polskiego prawa dewizowego. W późniejszym okresie przeciwstawiano ustawodawstwo dewizowe krajów kapitalistycznych, socjalistycznemu prawu dewizowemu. „Ustawodawstwo dewizowe w krajach kapitalistycznych ma charakter reglamentacji, tj. ograniczeń swobody dokonywania zapłat w stosunkach z zagranicą, zakupu i sprzedaży zagranicznych

4. Zob. np. A. Komar: O nowy kształt finansów publicznych w Polsce. Zarys koncepcji. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 4; tegoż: Finanse publiczne, Warszawa 1995.

5. Por. C. Kosikowski, E. Ruśkowski: Finanse i prawo finansowe, wyd. III, Warszawa 1994, s. 31-32.

6. Zob. A. Łopatka: Encyklopedia prawa, cz. I. Warszawa 1995, s. 216.

7. Np. J. Nowacki: Prawo publiczne - prawo prywatne, Katowice 1992.

8. Na ten aspekt wskazywał już swego czasu L. Kurowski: op. cit., s. 30.

9. R. Langrod: Prawo dewizowe. „Państwo i Prawo” 1948, nr 1, s. 35.

środków płatniczych. W drodze tych ograniczeń państwa kapitalistyczne starają się przywrócić zachwianą równowagę swoich bilansów płatniczych”¹⁰. „W socjalizmie przepisy dewizowe nie mają i nie mogą mieć charakteru ograniczeń. Handel zagraniczny, podobnie jak inne rodzaje stosunków gospodarczych z zagranicą, objęty jest państwowym monopolem. Państwo, ograniczając płatności wynikające z obrotów dokonywanych przez państwowe przedsiębiorstwa handlu zagranicznego, ograniczałoby samo siebie... O ograniczeniach dewizowych w gospodarce socjalistycznej można mówić tylko w odniesieniu do osób prywatnych, którym ustawodawstwo dewizowe zabrania dokonywania operacji walutowych. Osoby te mogą dokonywać wszelkich płatności w stosunkach z zagranicą tylko za zezwoleniem odpowiednich władz. Celem przepisów jest kontrola operacji walutowych dokonywanych przez osoby prywatne. Kontrola ta wynika z konieczności zapobieżenia wywozowi z kraju walut i innych wartości dewizowych lub użyciu ich do działalności antypaństwowej”¹¹.

W późniejszych publikacjach zwraca się coraz bardziej uwagę na głównie reglamentacyjny charakter ustawodawstwa dewizowego także w krajach socjalistycznych. „Prawo dewizowe jest to zespół norm prawnych, określających zasady rozliczeń z zagranicą, warunki posiadania i dysponowania walutami zagranicznymi, dewizami i innymi środkami płatniczymi pochodzenia zagranicznego, a także kruszcami szlachetnymi. Generalnie prawo dewizowe ma charakter ograniczeń i zakazów (dlatego bywa nazywane reglamentacją dewizową lub ograniczeniami dewizowymi)”¹².

W latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych, wraz z liberalizacją życia społecznego i gospodarczego, w tym systematyczną liberalizacją ustawodawstwa dewizowego, coraz częściej zwraca się uwagę na pozareglamentacyjne funkcje prawa dewizowego, podkreślając jego regulacyjną rolę, porządkującą obrót dewizowy i zasady posiadania wartości dewizowych¹³. Za istotne można uznać także uwagi, że prawo dewizowe powinno służyć ogólnospołecznemu interesowi dewizowemu i zapewniać kojarzenie tego interesu z uprawnieniami obywateli. Dlatego celem prawa dewizowego jest stworzenie takiej sytuacji w stosunkach wewnątrz krajowych i z zagranicą, aby społeczne zasoby dewizowe były wykorzystywane racjonalnie i oszczędnie¹⁴.

¹⁰ Z. Bidziński, K. Sosnowski: *Ustawodawstwo dewizowe*. Warszawa 1969, s. 15.

¹¹ Ibidem, s. 19.

¹² J. Harasimowicz: *Finanse i prawo finansowe*. Warszawa 1977, s. 233.

¹³ Zob. np. W. Wójtowicz: *Reglamentacja dewizowa w europejskich państwach socjalistycznych*. Lublin 1985, s. 14 oraz A. Drwiłło: *Zagadnienie obrotu dewizowego i prawa celnego*. Gdynia 1984, s. 32-33.

¹⁴ A. Drwiłło: *Zarys prawa dewizowego i celnego*. Gdynia 1991, s. 53 i 54.

Przedstawiona ewolucja poglądów na prawo dewizowe wskazuje, jak trudnym zadaniem jest stworzenie jednej, uniwersalnej definicji tej dziedziny prawa. Ze względów obiektywnych odmienny jest bowiem jego cel i istota w gospodarce zetatyzowanej, planowanej centralnie oraz w gospodarce rynkowej. Biorąc pod uwagę, że w praktyce występują najczęściej mieszane modele zarządzania i ustroju gospodarczego, odmienny jest także cel, istota i charakter przepisów dewizowych w różnych krajach i różnym czasie w tym przedmiocie.

Rezygnując z propozycji uniwersalnej definicji prawa dewizowego, można wskazać na jego cechy charakterystyczne:

1) przepisy dewizowe mają z reguły charakter reglamentacyjny, zawierając głównie zakazy, nakazy i obowiązki (ograniczenia swobody posiadania i dysponowania wartościami dewizowymi). Stwarzając obowiązki dla innych podmiotów, wprowadzają wzajemne uprawnienia dla innych podmiotów (organów państwa lub jednostek działających jak te organy). Rozbudowane są także przepisy dewizowe związane pośrednio z obowiązkami dewizowymi, dotyczące kompetencji organów dewizowych, postępowania dewizowego, kontroli dewizowej itd. Regulacje dewizowe nie dotyczące bezpośrednio lub pośrednio praw i obowiązków dewizowych są raczej rzadkością i występują głównie w systemach centralnie planowanych, a ich adresatami są podmioty działające w imieniu państwa. Nawet w tych warunkach można jednak stwierdzić, że także wobec podmiotów realizujących zadania państwa w zakresie obrotu gospodarczego przepisy dewizowe mają głównie reglamentacyjny charakter.

2) celem przepisów dewizowych jest zawsze przede wszystkim ochrona interesu dewizowego państwa. Właśnie ten interes wyznacza w konkretnych warunkach miejsca i czasu stopień i zakres reglamentacji dewizowej. Mimo, że konkretne regulacje dewizowe mogą nawet być wydawane w celu zmniejszenia ograniczeń i obowiązków dewizowych (np. dla zwiększenia konkurencyjności podmiotów gospodarczych, poprawy warunków inwestowania spółek zagranicznych itp.), kształt prawa dewizowego w danym miejscu i czasie podyktowany jest zawsze głównie ochronie interesu dewizowego państwa. Interes ten może być czasami sprowadzony do ochrony bilansu płatniczego, nie jest a nim jednak tożsamy.

3) przedmiotem regulacji dewizowej jest zawsze posiadanie i dysponowanie wartościami dewizowymi, a także inne czynności, wyraźnie zaliczone przez ustawodawstwo do prawa dewizowego. Tymi innymi czynnościami może być np. ustalanie kursów walutowych, stosowanie tych kursów w obrocie dewizowym, obowiązek zgłaszania mienia osób zagranicznych (i ich odpowiedników) w kraju i osób krajowych (i ich odpowiedników) za granicą itp. Te „dodatkowe” czynności, które mogą lecz nie muszą być przez konkretne ustawodawstwa zaliczane do prawa dewizowego mają podobny charakter, jak jurydyczne określane pojęcia dewiz i wartości dewizowych. Zaliczanie do wartości dewizowych pieniądza krajowego, międzynarodowych jednostek rachunkowych, poszczególnych metali szlachet-

nych może być różnie rozwiązywane w przepisach dewizowych. Dlatego kwestie te nie mogą podlegać „uniwersalnym” definicjom, gdyż wynikają z konkretnych rozwiązań dewizowych w różnych krajach i w różnym czasie.

Te trzy grupy cech charakterystycznych mają o tyle istotne znaczenie, że łączne ich stosowanie pozwala określić względnie precyzyjnie zakres przedmiotowy prawa dewizowego. Podzielając pogląd wyrażany niemal powszechnie, że prawo dewizowe jest częścią (działem) prawa finansowego, należy poczynić tu dwie uwagi. Prawo dewizowe - jako część prawa finansowego, podlega regułom większej całości, tym samym nie może poza tę całość wykraczać swoim zakresem. Kanonem jest niemalże w nauce finansów publicznych i prawa finansowego, że dotyczą one wyłącznie zjawisk pieniężnych, dlatego np. przepisów o daninach w naturze do prawa finansowego nie zalicza się tradycyjnie. Na tej samej zasadzie do prawa finansowego nie należałoby zaliczać obowiązku zgłaszania mienia osób krajowych, znajdującego się za granicą i osób zagranicznych znajdujących się w kraju, jeżeli to mienie nie ma postaci pieniężnej. Nie ma natomiast wątpliwości, że przepisy te należą do prawa dewizowego, chociaż niektórzy autorzy wskazują na ich „paradewizowy” charakter¹⁵. Powstaje tu więc sprzeczność logiczna, gdyż określone regulacje prawa dewizowego, będącego częścią prawa finansowego, jako część całości wykraczają poza tę całość. Logiczna poprawność nakazywałaby tu więc dopatrywania się między tymi pojęciami stosunku krzyżowania się, a nie stosunku podrzędności¹⁶.

Podobne wątpliwości można zgłaszać co do przepisów dewizowych dotyczących np. złota, czy platyny, które od dawna nie są pieniądzem w znaczeniu współczesnym lub nigdy nim nie były. Sprzeczność tę można rozstrzygnąć przyjmując, że do prawa finansowego należą wszystkie przepisy, specjalnie wydane dla realizacji zabezpieczenia publicznego interesu finansowego państwa. Przepisy o posiadaniu i dysponowaniu złotem i platyną oraz o zgłaszaniu mienia ten interes państwa realizują i zabezpieczają. W tym aspekcie przepisy prawa dewizowego służą do sprecyzowania zakresu publicznego prawa finansowego. Istnieje jednak także odwrotna zależność. Jak już była o tym mowa wcześniej prawo finansowe w krajach socjalistycznych miało bardzo szeroki zasięg obejmując m.in. całe prawo bankowe, prawo finansowe przedsiębiorstw społecznych i ubezpieczeń. Przepisy te miały bowiem publicznoprawny charakter. Zachodzące przemiany własnościowe, uryn-kowienie gospodarki i demokratyzacja powodują, że znaczna część przepisów finansowych przechodzi do prawa prywatnego. Szczególnie interesujące przemiany zachodzą w prawie bankowym, gdyż większość banków straciła dawny publicz-noprawny status, zaś przepisy dotyczące np. rachunków bankowych, kredytów, rozliczeń, poza faktem, że są częścią regulacją zasad funkcjonowania społeczeń-

¹⁵. B. Koch: Nowe prawo dewizowe. „Palestra” 1985, nr 1, s.32.

¹⁶. Z. Ziemiński: Logika praktyczna. Warszawa 1995, s. 40-41.

stwa i porządku prawnego w państwie - nie regulują już i nie zabezpieczają bezpośrednio interesu finansowego państwa, lecz prywatne interesy banków i ich klientów. Tak więc, o ile wcześniej zasadne było zaliczanie wymienionych regulacji do prawa finansowego¹⁷, o tyle obecnie te przesłanki odpadły¹⁸. Uwagi te mają odpowiednie zastosowanie do prawa dewizowego. Zasadnym było bowiem w okresie etatyzacji gospodarki centralnie planowanej zaliczanie przepisów np. o rachunkach dewizowych, kredycie dewizowym czy formach rozliczeń dewizowych do prawa dewizowego. Obecnie tylko specjalne regulacje w tym zakresie, mające na celu ochronę interesu dewizowego państwa, winny być zaliczane do prawa dewizowego, nie ma natomiast racjonalnych argumentów, aby w dalszym ciągu całość wskazanych przepisów obejmować omawianym działem prawa. Sądząc jednak ze struktury opracowań naukowych, które ukazały się w ostatnich latach, nie wszyscy autorzy zdają się podzielać ten pogląd¹⁹. Uważam natomiast, że w obecnych warunkach, zarówno odpowiednia część prawa dewizowego w proponowanym, węższym ujęciu, jak i dawne regulacje obejmowane tym działem prawa należą do nowej, kompleksowej dziedziny (gałęzi?) prawa: prawa bankowego. Tradycyjne, poważne kontrowersje wzbudzało zaliczanie do prawa finansowego prawa karnego skarbowego²⁰. W tym miejscu nie ma potrzeby, ani możliwości ustosunkowywania się do nich. Moim zdaniem, prawo karno skarbowe jest odrębnym działem prawa, z pogranicza prawa karnego i finansowego, którego część, ale tylko część, należy do prawa finansowego. Do tego ostatniego należą bowiem przepisy materialne, regulujące poszczególne rodzaje przestępstw i wykroczeń finansowych (podatkowych, celnych, dewizowych oraz w zakresie gier i loterii) oraz kary za ich naruszenie. W tym ujęciu przepisy regulujące przestępstwa i wykroczenia dewizowe oraz kary za ich naruszenie należą do prawa dewizowego. Pogląd o niezaliczaniu tych przepisów do prawa dewizowego jest nielogiczny i nie pozwala konstruować norm prawnych w oparciu o jedną dziedzinę prawa. Przeczyłby on w ogóle sensowi i możliwości wyodrębniania prawa dewizowego w odrębny dział (dziedzinę) prawa²¹.

17. Zob. np. C. Kosikowski, E. Ruśkowski: op. cit., s. 355 i nast.

18. Oczywiście, w tzw. okresie przejściowym dalsze zaliczanie tej problematyki do prawa finansowego może być uzasadnione względami dydaktycznymi (zob. C. Kosikowski, E. Ruśkowski: op. cit.) lub innymi (np. W. Wójtowicz (red.): Prawo finansowe. Warszawa 1996).

19. Przykładowo J.J. Skoczylas w monografii: Polskie prawo dewizowe. Wyd. IV. Warszawa 1994 cały obszerny rozdział poświęca zagadnieniu rachunków walutowych, natomiast A. Drwiłło w pracy: Zasady prawa dewizowego i celnego. Gdynia 1991 szeroko omawia formy rozliczeń zagranicznych (pomija natomiast prawie zupełnie kwestie rachunków walutowych).

20. Jako przeciwnika wyodrębniania kompleksowych gałęzi prawa wymienia się tradycyjnie A. Stelmachowskiego: Prawo rolne w systemie polskiego prawa, (w:) Zagadnienia prawne rolnictwa, Wrocław-Warszawa-Kraków 1970, s. 6-8. W literaturze prawnofinansowej pogląd odmienny przedstawił M. Weralski: Polskie prawo finansowe. Warszawa 1978, s. 91.

21. Przy niezaliczaniu przepisów o przestępstwach i wykroczeniach dewizowych oraz karach za ich

Powyższy pogląd nie oznacza jednak mechanicznego opowiadania się za koncepcją włączenia przepisów dotyczących sankcji karno-skarbowych do odpowiednich ustaw finansowych, w tym do ustawy Prawo dewizowe. Zwolennicy tej koncepcji podkreślają, że dla ułatwienia stosowania prawa dewizowego, celnego, podatkowego korzystne byłoby włączenie przepisów z ustawy karnej skarbowej do tych ustaw. Znałe są bowiem przykłady łączenia w systemach prawnych innych państw materialnych przepisów prawa dewizowego z przepisami karnymi w jednym akcie prawnym. W Polsce można także spotkać przykłady łączenia przepisów prawa finansowego lub gospodarczego z przepisami karnymi w jednym akcie prawnym (np. w ustawie z dnia 27 września 1988 r. o obligacjach czy w ustawie z dnia 22 marca 1991 r. - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych)²².

Autor niniejszej pracy opowiada się zdecydowanie przeciw tej koncepcji. Oddrębna regulacja odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia skarbowe (w tym dewizowe) jest w Polsce rozwiązaniem przyjętym i od dawna stosowanym. Ustawa karna skarbową jest dzięki niemu aktem prawnym całościowym, regulującym aspekty proceduralne i materialne, co jest sytuacją zalecaną przez znawców problematyki legislacyjnej²³. Zamieszczenie przepisów dotyczących wszystkich ważniejszych przestępstw i wykroczeń skarbowych w jednym akcie prawnym ułatwia jednolitość formalną i merytoryczną tych regulacji. Ponadto, używając określenia zaczerpniętego z piśmiennictwa francuskiego - złą metodą rozwiązywania problemów jest „ubieranie Jakuba rozbierając Jana”. Włączenie do ustawy Prawo dewizowe przepisów dotyczących sankcji karno-skarbowych za przestępstwa i wykroczenia dewizowe bez wątpienia udoskonaliłoby prawo dewizowe, mogłoby natomiast bardzo zagmatwać mechanizmy odpowiedzialności karno-skarbowej i podważyć sens istnienia wykształconej już dyscypliny prawa - prawa karnego skarbowego. Byłoby to także działanie wbrew stabilizacji prawa finansowego (w tym prawa dewizowego) oraz wbrew zasługującej na uwagę koncepcji rozszerzania przepisów ustawy karnej skarbowej na inne przestępstwa i wykroczenia przeciwko interesom finansowym państwa²⁴. W dyskusji tej należy przytoczyć opinię C. Kosikowskiego, autora projektu kodeksu finansowego, będącego maksymalnie szerokim zbiorem

popełnienie do prawa dewizowego, wszelkie definicje zaczynające się od formuły: „prawo dewizowe jest to ogół norm prawnych...” byłyby błędne, gdyż wówczas prawo dewizowe mogłoby obejmować tylko część norm prawnych (jeżeli przyjmuje się trójczłonową konstrukcję normy prawnodewizowej).

²². Argumenty te podaje Z. Ofiarski: *Źródła polskiego prawa dewizowego*. „Roczniki Prawnicze” nr 6, s. 38-39, chociaż sam wyraźnie nie opowiada się za tą koncepcją.

²³. Zob. np. C. Kosikowski: *Legislacyjne problemy polskiego prawa finansowego i jego kodyfikacji*. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1983, s. 9.

²⁴. Z koncepcją tą wystąpili przed laty A. Bieniek-Kosikowska, C. Kosikowski: *Prawo karne skarbowe czy prawo karne finansowe*, „Nowe Prawo” 1967, nr 12, s. 1595.

przepisów prawa finansowego w jednej ustawie²⁵. „Pamiętajmy, że tak jak nie zawsze możliwe i konieczne jest zamieszczenie w jednym skcie prawnym ogółu przepisów składających się na hipotezę, dyspozycję i sankcję danej normy, tak nie zawsze możliwe i konieczne jest ujęcie w jednym akcie ogółu przepisów ustrojowych, materialnych i proceduralnych, chociaż teoretycznie byłoby to rozwiązanie idealne technicznie”²⁶.

Zupełnie inną natomiast sprawą są mankamenty obowiązującej ciągle ustawy karnej skarbowej z dnia 26 października 1971 r. Jej przestarzałość i nieczytelność są dzisiaj oczywiste nawet dla laika, należałoby więc oczekiwać jak najszybszego uchwalenia nowej ustawy w tym zakresie.

²⁵ N.b. dział V, rozdz. III projektu kodeksu dotyczył systemu dewizowego; projekt nie obejmował natomiast przepisów karno-skarbowych.

²⁶ C. Kosikowski: op. cit., s. 9.

O DYNAMICE ROZWOJOWEJ POLSKIEGO PRAWA PRACY

Od dawna w charakterystyce prawa pracy jako odrębnej gałęzi prawa zwraca się uwagę na szczególną jego dynamikę rozwojową i to niezależnie od tego czy chodzi o prawo pracy w państwach systemu anglosaskiego czy kontynentalnego, a w ramach tego drugiego systemu, bez względu na to czy idzie o system realnego socjalizmu czy też system demokracji zachodniej. Rozwój prawa pracy jest oczywiście zdeterminowany przez działanie bardzo zróżnicowanych czynników, które mogą być i są w rozmaity sposób klasyfikowane. Zmiany jakie w nim następują pozostają przy tym w ścisłym związku z przekształceniami dokonującymi się w całokształcie systemu norm prawnych danego państwa. Tym samym zależą one od ogólnych właściwości systemu prawnego danego kraju, jego historii i tradycji, w tym także od tego czy jest to system anglosaski czy kontynentalny; system demokracji zachodniej czy system kształtujący się w wyniku odrzucenia realnego socjalizmu przez dane państwo. Na tym tle można mówić o czynnikach zewnętrznych wpływających na kształt przyjmowanych rozwiązań prawnych jak i o uwarunkowaniach wewnątrzsystemowych, wynikających z właściwości wewnętrznych czy też natury danego systemu prawnego czy - wężej ujmując problem - systemu prawa pracy danego państwa (grupy państw). Poza czynnikami, które decydują o rozwoju całości systemu norm prawnych danego kraju i poszczególnych jego gałęzi, istnieją i takie, które można uznać za szczególne dla motywacji zmian następujących w poszczególnych gałęziach prawa, w tym w prawie pracy. Ponadto niektóre z czynników, które leżą u źródeł przekształceń norm prawnych należących do różnych gałęzi prawa, mają szczególne znaczenie (wywierają szczególne piętno na kształcie norm i tempie ich przekształceń) tylko dla niektórych z nich i stąd mogą być traktowane jako - z tego punktu widzenia - czynniki swoiste w rozwoju tych niektórych gałęzi prawa czy określonej jednej gałęzi prawa.

Dla prawa pracy znamienne jest występowanie bardzo licznych uwarunkowań i czynników powodujących zmiany w jego formie i treści. Charakteryzuje je także duże tempo dokonywanych ciągle w nim zmian, a więc znaczna dynamika rozwojowa. Ponadto cechą szczególną w jego rozwoju jest bardzo wyraźne i prawie bezpośrednio powiązanie między dokonywanymi w nim zmianami a przekształceniami stosunków politycznych i gospodarczych w danym państwie. Im tempo tych zmian jest szybsze, a one same im bardziej są głębokie, tym szybsze i głębsze zmiany następują w systemie prawa pracy. Tym samym dynamika prawa pracy zależy przede wszystkim od dynamiki zmian stosunków politycznych i społeczno-gospodarczych w danym kraju.

Dobłą ilustrację w tym zakresie stanowi historia rozwoju instytucji prawa pracy w naszym państwie, zarówno w okresie przedwojennym jak i powojennym. Zasadnicze zmiany o charakterze politycznym, które z reguły pociągały za sobą przystąpienie do realizacji nowych programów społeczno-gospodarczych, wywoływały równocześnie istotne następstwa w obszarze regulacji prawa pracy, przy czym były one proporcjonalne do głębi zmian politycznych i społeczno-gospodarczych. Stąd też dla przykładu powojenna historia zasadniczych zmian instytucji prawa pracy wyraźnie zbiega się z radykalnymi zwrotami w polityce i w gospodarce, które następowały w latach 1945, 1950, 1956, 1970, 1980, 1981 i 1989.

Czynniki kształtujące rozwój polskiego prawa pracy można między innymi podzielić na takie, które są wspólne dla naszego kraju i dla innych państw (niezależnie od tego czy są to kraje o systemie anglosaskim czy kontynentalnym), są wspólne dla naszego kraju i dla pozostałych państw o systemie kontynentalnym. są wspólne tylko dla naszego kraju i państw, które wyłoniły się z dawnego bloku wschodniego, oraz na takie, które są właściwe tylko dla naszego państwa. Inny ich podział polega na wskazaniu, że są wśród nich takie, które pojawiały się w różnych (wszystkich lub niektórych) fazach rozwoju naszego prawa pracy oraz takie, które znamienne są tylko dla ostatniego okresu transformacji ustrojowej.

Do ogólnych czynników sprawiających, że zmiany w regulacjach prawa pracy mają szczególnie dynamiczny charakter można zaliczyć zwłaszcza czynniki natury politycznej, czynniki o charakterze ekonomicznym, społeczno-demograficznym, techniczno-produkcyjnym (postęp techniczny), ideologicznym (aksjologicznym), międzynarodowym i historycznym (tradycyjne właściwości wewnętrzne systemu prawa polskiego i polskiego prawa pracy). Rola czynnika politycznego w decydowaniu o zmianach jakie następują w unormowaniach prawa pracy ujawnia się zwłaszcza w okresach przełomów politycznych, które z reguły zapoczątkowują przy tym kształtowanie się nowych stosunków społeczno-gospodarczych. Im głębsze są zmiany systemu politycznego tym głębsze i rozleglejsze są także przekształcenia w prawie pracy jakie one za sobą bezpośrednio oraz pośrednio pociągają. Szczególnie radykalny charakter zmian ustrojowo-politycznych, jakie zostały zapoczątkowane w 1989 r. sprawił, że równie głębokie zmiany następują w ich wyniku także i w prawie pracy. Zmiany tego typu sprawiają, że niejako zwyczajowo znamieną dla prawa pracy jego dynamika ulega gwałtownemu zwiększeniu. Ustanowienie po 1989 r. systemu określanego jako demokratyczne państwo prawne, co łączy się z powstaniem nowego układu politycznego (w tym partyjnego), doprowadziło do zasadniczych zmian w gospodarce i życiu społecznym, polegających na ukształtowaniu się zrębów społecznej gospodarki rynkowej i pluralizmu społecznego.

Niektóre ze zmian w prawie pracy miały przy tym bezpośredni związek z aktami o charakterze politycznym (np. powstanie samorządu terytorialnego w 1990 r. zrodziło konieczność uregulowania spraw związanych z zatrudnieniem pracowni-

ków w tym samorządzie, co nastąpiło w ustawie z 1990 r. o pracownikach-samorządowych), inne zaś wiązały się z nimi w sposób pośredni, gdyż były następstwem nowych zjawisk, zwłaszcza gospodarczych, wywołanych przez zmiany polityczne. Przykładów w tym zakresie dostarczają między innymi regulacje dotyczące tzw. grupowych zwolnień z pracy (ustawa z 1989 r.), zatrudnienia i bezrobocia (ustawa z 1989 r. zastąpiona przez ustawę z 1991 r., w miejsce której w 1994 r. uchwalona została ustawa o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu) oraz ochrony roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (ustawa z 1993 r.). Szczególnie istotne są tu ponadto zmiany dokonane w zakresie instytucji układów zbiorowych pracy (nowelizacja działu XI kodeksu pracy z 1994 r.) oraz ostatnia wielostronna, całościowa nowelizacja kodeksu pracy z 2 lutego 1996 r.

Potrzeby gospodarki rynkowej prowadzą między innymi do ograniczenia roli państwa w reglamentowaniu stosunków pracy oraz podniesienia rangi układów zbiorowych pracy, negocjacji zbiorowych oraz roli umowy o pracę (znaczenia woli stron w indywidualnych i zbiorowych stosunkach pracy). Towarzyszące zaś tej gospodarce zjawisko bezrobocia oraz duża mobilność struktury gospodarczej kraju (tworzenie, przekształcanie i likwidowanie jednostek gospodarczych oraz innych podmiotów pełniących funkcję pracodawcy) rodzą zapotrzebowanie na nowe unormowania prawne o szczególnym charakterze, odbiegające częstokroć od tego co znane jest z tradycji. Na tym tle można mówić o pojawieniu się dodatkowego, wewnętrzznego czynnika „napędzającego” zmiany w prawie pracy. Mianowicie nowość potrzeb oraz słabe ich rozpoznanie sprawia, że ustawodawca stosunkowo często sięga do metody prób i błędów, wydając ustawy przy założeniu, że jeżeli się one okażą mało skuteczne to szybko się je zmieni, tłumacząc, że w warunkach transformacji ustrojowej jest to dopuszczalne, a nawet nieuchronne. Pozostaje to ponadto w związku ze słabościami w zakresie posługiwania się w sposób prawidłowy adekwatną techniką legislacyjną. Niedostatki w tym zakresie sprawiają, że w aktach prawnych pojawiają się błędy, które następnie trzeba korygować, co jest jednym z dodatkowych czynników wpływających na intensywność z jaką zmienia się ustawy normujące materie prawa pracy. Niedostatki w zakresie techniki legislacyjnej oraz wady procedury przygotowywania aktów prawnych świadczą o tym, że w pewnym stopniu dynamizm prawa pracy ma u swoich podstaw przyczyny natury subiektywnej (woluntaryzm ustawodawczy), które mogą zostać w pewnym stopniu ograniczone, przez podniesienie jakości tworzonego prawa pracy. Łączy to się z tezą, że regulacje prawa pracy powinny wyprzedzać zmiany stosunków politycznych i społeczno-gospodarczych, które zostaną dopiero ukształtowane w przyszłości czy też wręcz torować im drogę lub je powoływać do życia. Taki charakter miała między innymi ustawa z 1989 r. o zwolnieniach grupowych, a zwłaszcza ustawa z 1989 r. o zatrudnieniu. W krótkim czasie okazało się bowiem, że nie stanowią one dobrej podstawy do obsłużenia określonych potrzeb praktyki, co

spowodowało konieczność dokonywania licznych ich nowelizacji, a w przypadku ustawy o zatrudnieniu, wprowadzenia w jej miejsce nowej ustawy (z 1991 r.), którą również wielokrotnie nowelizowane, po to, by zastąpić ją ustawą z 1994 r. również już głęboko znowelizowana. Prowadzi to do wniosku, że należy z dużą ostrożnością odnosić się do tezy, że prawo pracy ma być narzędziem kształtującym nowe stosunki i tworzącym nową rzeczywistość według zaprojektowanego wcześniej, abstrakcyjnego wzorca. Powinno być ono raczej następstwem potrzeb ekonomii, życia społecznego czy postępu technicznego nie zaś aktywnym i jednym z głównych kreatorów nowej rzeczywistości społeczno-gospodarczej i politycznej. Jego dynamizm i tak jest wymuszany przez obiektywne uwarunkowania wynikające ze zmian infrastruktury społeczno-gospodarczej i politycznej oraz postępu technicznego, technologicznego i organizacyjnego.

Dla ostatniego okresu w rozwoju naszego prawa pracy znamienne są nie tylko zmiany wynikające z nowej sytuacji politycznej i ustrojowej oraz z umacniania się gospodarki rynkowej ale także z nowych uwarunkowań społecznych i ideologicznych (aksjologicznej). Cały zespół tego typu przyczyn złożył się zwłaszcza na intensywny rozwój zbiorowego prawa pracy. Nowy status prawny uzyskały związki zawodowe (ustawa z 1991 r.), w nowy sposób uregulowano zasady rozwiązywania sporów zbiorowych (ustawa z 1991 r.), po raz pierwszy wprowadzono do naszego systemu prawnego regulacje dotyczące organizacji pracodawców (ustawa z 1991 r.) czy komisji trójstronnej (rządowo-związkowo-pracodawczej). W trakcie prac przygotowawczych znajduje się projekt kompleksowej regulacji zbiorowych stosunków pracy (zbiorowego prawa pracy). W ich toku ujawnia się przy tym ciekawa tendencja separatystyczna, przejawiająca się w dążeniu do podkreślania różnic między kodeksem pracy (indywidualnym prawem pracy), a ustawą o zbiorowych stosunkach pracy. Być może, że w dalszej perspektywie doprowadzi to do wydzielenia się z prawa pracy - tak jak miało to miejsce w przypadku ubezpieczeń społecznych - odrębnego działu prawa, tj. prawa zbiorowych stosunków pracy. Oznaczałoby to, że dynamizm rozwojowy prawa pracy, prowadzący między innymi do poszerzania się zakresu podmiotowego i przedmiotowego jego regulacji, może powodować wydzielanie się z niego nowych dyscyplin prawa, tak jak w przeszłości działało się to w przypadku prawa cywilnego.

Istotnym czynnikiem dynamizującym rozwój naszego prawa pracy w ostatnim okresie są wzorce międzynarodowe. W okresie dawniejszym szczególną rolę odgrywały w tym zakresie konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy. W chwili obecnej istotniejsze stają się natomiast unormowania o charakterze regionalnym tworzone w ramach Rady Europy, a zwłaszcza - w następstwie zobowiązań wynikających z traktatu o stowarzyszeniu ze Wspólnotą Europejską - regulacje obowiązujące w Unii Europejskiej.

W procesie tworzenia unormowań prawa pracy zawsze stosunkowo dużą rolę odgrywał czynnik ideologiczny (aksjologiczny). W przeszłości wiązał się on w na-

szym kraju głównie z ideologią socjalistyczną, współcześnie natomiast szczególną rolę na tym polu zdaje się odgrywać aksjologia wolności i praw obywatela, w tym zwłaszcza aksjologia praw socjalnych. W naszych warunkach jest przy tym ona w znacznym stopniu inspirowana przez różne prawne dokumenty międzynarodowe. Świadectwem dokonujących się w tym obszarze przewartościowań są nowe ujęcia podstawowych zasad prawa pracy, jakie zostały wprowadzone do kodeksu pracy w toku ostatniej jego nowelizacji z 2 lutego 1996 r.

Wpływ na tempo i kierunek wprowadzanych zmian do prawa pracy mają także uwarunkowania wynikające z wdrażania postępu technicznego i technologicznego, a także organizacyjnego. Na ogół są one mniej widoczne ale w gruncie rzeczy w zasadniczy sposób wpływają zwłaszcza na kształt unormowań zagadnień bezpieczeństwa i higieny pracy oraz czasu pracy i urlopów. Uwarunkowania tego typu znalazły się u podstaw wielu zmian dokonanych w tych instytucjach prawa pracy w ramach ostatniej nowelizacji kodeksu pracy. Pojawienie się nowych zagrożeń związanych z rozwojem techniki i technologii stało się jednym z powodów rozbudowania niektórych unormowań w dziale X kodeksu pracy (bezpieczeństwo i higiena pracy), zaś zmiany w organizacji pracy i związane z tym zmiany w zapotrzebowaniu na pracę, legły między innymi u podstaw radykalnego zwiększenia w kodeksie pracy możliwości stosowania elastycznych form czasu pracy, w tym zwłaszcza równoważnego czasu pracy.

Dynamizm rozwojowy prawa pracy jest, jak wspomniałem, następstwem zarówno przyczyn istniejących poza systemem prawa jak i różnorodnych uwarunkowań tkwiących wewnątrz tego systemu. Te ostatnie przyczyny można zaś między innymi podzielić na takie, które mają charakter międzygałęziowy lub ponadgałęziowy oraz takie, które związane są wyłącznie z właściwościami prawa pracy jako odrębnej gałęzi prawa. Do pierwszej z tych grup można zaliczyć pojawienie się w naszym porządku prawnym nowych instytucji, które mają wpływ na powstawanie prawa. Szczególną rolę z tego punktu widzenia odgrywa tu Trybunał Konstytucyjny, którego działalność w znaczący sposób wpływa między innymi na kształt naszego prawa pracy, sprawiając także, iż dochodzi do częstszych interwencji ustawodawczych (wywoływanych jego orzecznictwem). W rzędzie tego rodzaju przyczyn umieścić można także zmiany prawa pracy, które są następstwem przekształceń dokonywanych w innych działach prawa. Należą tu zwłaszcza zmiany następujące w obszarze szeroko pojętego prawa gospodarczego czy prawa administracyjnego, a także konstytucyjnego.

Dynamika prawa pracy jest ściśle związana z rozległością i różnorodnością jego unormowań. Ciągłe poszerzanie się zakresu materii poddawanych regulacjom prawa pracy powoduje pojawienie się w pewnym sensie mechanizmu samonapędzającego zmiany jego systemu. Im więcej kwestii jest przedmiotem unormowań tym większe prawdopodobieństwo pojawienia się konieczności dokonywania modyfikacji przepisów i innych zabiegów adaptacyjnych. Znaczenie ma tu także spo-

sób w jaki reguluje się poszczególne zagadnienia. Szczegółowa, kazuistyczna regulacja prawna, z czym mamy coraz częściej do czynienia i co ma różne przyczyny, prowadzi do komplikacji systemu prawa pracy, stawia pod znakiem zapytania jego koherencję i zupełność, a tym samym staje się źródłem stałego zapotrzebowania na jego „doskonalenie”. Jeżeli nie traci się z pola widzenia faktu, iż jest to - mówiąc z przesadą - zjawisko ogólnoświatowe, znamienne dla społeczeństw wchodzących w fazę postindustrialną, to nie można mieć większych złudzeń, iż da się mu w sposób skuteczny przeciwdziałać. Ale ważne jest także to, by mieć jego pełną świadomość i w miarę możliwości starać się, przez doskonalenie procesu legislacyjnego, w pewnym przynajmniej zakresie go ograniczać i przeciwdziałać jego negatywnym następstwom.

Istotnym czynnikiem zmian w prawie pracy jest także orzecznictwo sądowe, zwłaszcza od czasu, gdy w 1985 r. stworzony został wyodrębniony pion sądownictwa w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Z jednej strony, stanowi ono istotny czynnik ograniczający potrzebę interwencji ustawodawczych, przez stosowanie wykładni adaptacyjnej, dostosowującej rozumienie prawa do zmieniającej się rzeczywistości, z drugiej jednakże strony, dostarcza ono także legislatorowi materiał, który często stanowi dla niego inspirację dla ustanawiania nowych uregulowań prawnych bądź korygowania ujawnionych w toku orzekania błędów legislacyjnych.

Mówiąc do tej pory o dynamice prawa pracy miałem na uwadze szczególną częstotliwość zmian w tym prawie rozumianym jako określony, wyodrębniony zespół norm tworzących pewną zwartą i uporządkowaną całość (system). Poza normatywnym prawem pracy ma jednakże również inne wymiary, w tym zwłaszcza aplikacyjny (praktyka stosowania norm) i poznawczy (nauka prawa pracy i praktyczna oraz dydaktyczna wiedza prawnicza). Zjawiska jakie występują w tych obszarach pozostają ze sobą w skomplikowanych sprzężeniach zwrotnych. W szczególności praktyka stosowania prawa pracy oraz nauka prawa pracy w pewnym stopniu są czynnikiem dynamizującym rozwój norm prawa pracy, podobnie jak i stopień intensywności zmian ustawodawczych decyduje w znacznej mierze o intensyfikacji praktyki ich stosowania oraz pociąga za sobą przyspieszenie i poszerzenie dociekań doktryny prawa pracy, a także rozwój praktycznej wiedzy prawniczej (np. typu komentarzowego).

W zakresie praktyki polegającej na aplikacji norm ustawodawstwa pracy w ostatnim okresie zwraca uwagę zwłaszcza intensyfikowanie się i komplikowanie stosunków pracy, co świadczy o ich faktycznym dynamizmie. Zwraca także uwagę intensyfikowanie się praktyki tworzenia regulacji wewnątrzzakładowych, które choć na podstawie art. 9 kodeksu pracy zaliczane są do źródeł prawa pracy, to jednak są dość bliskie aktom stosowania prawa. Przyczyny tych zjawisk są zróżnicowane. Można jednakże stwierdzić, że nasze prawo pracy w ostatnich latach wykazuje podwyższoną dynamikę zmian również w swoim wymiarze aplikacyjnym,

przy czym stanowi ona głównie następstwo zachodzących ostatnio zmian w strukturze gospodarczej naszego kraju oraz przekształceń ustrojowych. Jako w pewnym sensie zewnętrzny przejaw zjawisk zachodzących w tej sferze, a jednocześnie potwierdzenie sformułowanej tezy, można tu przywołać fakt powiększania się liczby sporów z zakresu indywidualnego prawa pracy, trafiających do sądów pracy, jak i sporów zbiorowych, niejednokrotnie przeradzających się w strajki.

Obserwuje się także ostatnio zmiany w poznawczym wymiarze naszego prawa pracy. Charakteryzują się one pewną nieufnością wobec zbyt abstrakcyjnego i oderwanego od praktyki rozprawiania o prawie pracy. Jednocześnie wyraźnemu zintensyfikowaniu uległa działalność publikacyjna nastawiona na potrzeby praktyki prawniczej, w dużej mierze stymulowana przez ekonomiczne działanie praw rynku. Najświeższym dowodem w tym zakresie jest ukazanie się w krótkim czasie po znowelizowaniu 2 lutego 1996 r. kodeksu pracy kilku komentarzy do tego aktu prawnego, uwzględniających najnowsze zmiany (między innymi komentarz Z. Salwy, pod redakcją J. Wratnego, pod redakcją U. Jackowiak, komentarz W. Sanetry i J. Iwulskiego). Na tym tle można stwierdzić, że następuje także zdynamizowanie ilościowe i upracticznienie dorobku nauki prawa pracy w ostatnim okresie, odbywa się to jednakże w pewnej mierze za cenę swoistej abdykacji tej nauki wobec fundamentalnych zagadnień teoretycznych, jakie należy przed nią stawiać.

Szczególna dynamika prawa pracy, stanowiąca jego jedną z cech wyróżniających, jest faktem i zachodzi we wszystkich jego wymiarach. Okres zapoczątkowany zmianami z roku 1989 jest przy tym pod tym względem wyjątkowy. Część zmian jest następstwem ogólnych, wspólnych przyczyn występujących we współczesnych państwach (postęp techniczny i organizacyjny, umiędzynarodowienie stosunków regulowanych przez prawo pracy), inne jednakże są wywoływane przez czynniki, które ściśle związane są z fazą transformacji ustrojowej dokonującej się w państwach byłego bloku wschodniego, jeszcze inne zaś stanowią następstwo cech swoistych tej transformacji, właściwych tylko dla naszego kraju. W tym stanie rzeczy nie może dziwić że ostatnio tak wiele nowego dzieje się w naszym ustawodawstwie pracy, praktyce zakładów pracy, w nauce prawa pracy, a także w jego dydaktyce oraz praktyce wymiaru sprawiedliwości i obsługi prawnej.

SAMODZIELNOŚĆ ORGANIZACYJNA GMINY

Problematyka prawa organizacji społecznych (w szerokim rozumieniu tego pojęcia) oraz władzy lokalnej w dorobku naukowym profesora E. Smoktunowicza zajmuje wiele miejsca.

W ujęciu E. Smoktunowicza, samorząd jako instytucja prawna charakteryzuje się następującymi cechami:

- jest organizacją grupy społecznej, dającej się wyodrębnić ze względu na miejsce zamieszkania, wykonywaną pracę lub inną istotną więź oraz posiadającej z tego powodu doniosłe interesy grupowe, chronione przez tę organizację,
- opiera się na zasadzie powszechności członkostwa wszystkich bezpośrednio zainteresowanych jej działalnością,
- opiera się na pełnej demokracji, co oznacza, że ogół członków jest jej najwyższą władzą,
- jest organizacją w zasadzie samodzielną¹.

Ta ostatnia cecha ma dla samorządu szczególne znaczenie. Bez samodzielności samorząd nie mógłby ponosić pełnej odpowiedzialności za swoje działanie a zębianie się interesów grupy zorganizowanej w samorząd z interesem ogólnospołecznym, którego oceny dokonuje państwo rodzić może realne niebezpieczeństwo dominacji państwa nad samorządami². Samodzielność uznawana jest za podstawową zasadę funkcjonowania gminy, wskazuje się, że na pojęcie samorządu składają się dwie cechy istotne: samodzielność i zarząd³. Charakteryzując samodzielność związków samorządowych J. Panejko wskazywał, że samodzielność ta „nie polega na usuwaniu ich spod wszelkiej kontroli, ale polega na tym, że organy samorządowe...mogą... samodzielnie powziąć uchwały takie, które będąc w zgodzie z przepisami prawa, odpowiadałyby wewnętrznemu przekonaniu tych organów o ich najlepszym zastosowaniu dla dobra mieszkańców danego związku i dobra ogólnego⁴.

W ujęciu J. Panejki właśnie samodzielność jednostek samorządu przesądzała o ich charakterze prawnym i powołaniu do „...samodzielnego spełniania publicz-

¹. E. Smoktunowicz: Prawo zrzeszania się w Polsce, Warszawa 1992, s. 215-217.

². Tamże.

³. M.in. T. Bigo: Związki publiczno-prawne, reprint, Warszawa 1990, s. 149, A. Kroński: Teoria samorządu terytorialnego, reprint, Warszawa 1990, s. 8.

⁴. J. Panejko: Geneza i podstawy samorządu terytorialnego, reprint, Warszawa 1990, s. 103, 123.

nych zadań w granicach ustaw państwowych w obrębie swego terytorium...”, samodzielność tę sprowadzał przy tym do „wolności poruszania się”.

Współcześnie doktryna jest zgodna w kwestii, że ogólny kształt i zasadę samodzielności gminy wyznacza przepis art. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym⁵. W przepisie tym ust. 1 i 2 uznaje się za przepisy wyznaczające treść i granice samodzielności a ust. 3 za ustanawiający jej gwarancję⁶. Wyróżniane są dwie sfery samodzielności - sfera samodzielności w dziedzinie prawa publicznego, wyrażona poprzez zasadę, że gmina wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność (art. 2 ust. 2 u.s.t.) oraz sfera samodzielności w dziedzinie prawa prywatnego wynikająca z przyznanej gminie osobowości prawnej (art. 2 ust. 2)⁷.

Nieco inaczej ujmuje samodzielność samorządu terytorialnego B. Dolnicki wiążąc sferę samodzielności z uznaniem odrębności prawnej interesu lokalnego. Przejawem uznawania zasady samodzielności działania samorządu jest osobowość prawna (zarówno prywatno- jak i publicznoprawna). W ramach osobowości cywilnoprawnej mieści się prawo do samodzielnego dysponowania i zarządzania majątkiem, a istotę podmiotowości publicznoprawnej wyraża przyznanie gminie możliwości stosowania władztwa administracyjnego⁸.

Samodzielność w sferze prawa publicznego podlega ograniczeniom zależnym od zakresu kompetencji samorządu a w sferze prawa cywilnego od społeczno-gospodarczego przeznaczenia mienia komunalnego. Za atrybuty samodzielności A. Agopszowicz uznaje działanie gminy we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność oraz zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Zdaniem tegoż autora, treść zasady samodzielności wskazuje na to, że jest ona prawem podmiotowym względem dobra niematerialnego a przepis art. 2 ust. 3 u.s.t. stanowi samodzielną podstawę sądowej ochrony samodzielności gminy⁹.

Samodzielność gminy nie jest uznawana za wartość bezwzględna. Granice tej samodzielności wyznaczają normy prawne, przy czym z faktu tego wyprowadza się tezę, że skoro państwo określa granice samodzielności działania samorządu to tym samym uznaje jej istnienie¹⁰. Ograniczenie samodzielności samorządu wiąże się też z podziałem zadań gminy na własne i zlecone wskazując, że realizowanie

⁵. Tj. Dz.U. z 1996 r., nr 13, poz. 74.

⁶. B. Adamiak, J. Borkowski: Instytucje prawne sądowej ochrony samodzielności gminy, Samorząd Terytorialny 1-2/1991, s. 39, A. Agopszowicz: Zarys prawa samorządu terytorialnego, Katowice 1994, s. 11, B. Dolnicki: Nadzór nad samorządem terytorialnym, Katowice 1993, s. 141.

⁷. M.in. B. Adamiak, J. Borkowski: op. cit., s. 39.

⁸. B. Dolnicki: op. cit., s. 141.

⁹. A. Agopszowicz: op. cit., s. 11. Jest to pogląd odosobniony.

¹⁰. B. Dolnicki: op. cit., s. 14.

zadań administracji rządowej przez samorząd, prowadząc do rozszerzenia zakresu nadzoru, redukuje wspomnianą samodzielność niemal do zera.

Zasadniczo samodzielność gmin wiąże się z nadzorem a sądową ochroną samodzielności gminy wobec organów nadzoru z ustanowieniem publicznego prawa podmiotowego gminy do wniesienia skargi do sądu administracyjnego¹¹. Granicą nadzoru jest wymóg wkraczania organów nadzoru w działalność komunalną tylko w przypadkach określonych ustawami. Innymi słowy, samodzielność gmin to samodzielność w ramach nadzoru sprawowanego przy użyciu kryterium legalności w odniesieniu do zadań własnych oraz kryterium legalności, celowości, rzetelności i gospodarności w odniesieniu do zadań zleconych.

Ogólnie biorąc, samodzielność gminy jako odrębnego od państwa podmiotu władzy publicznej przejawia się m.in. w prawie do decydowania we własnych sprawach we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność, w prawie do swobodnego kształtowania struktury organizacyjnej oraz w prawie do ochrony przed nieuzasadnioną ingerencją państwa¹². Samodzielność tę ogranicza prawo, którego gmina musi przestrzegać - tak jak inne podmioty. Prawna ochrona samodzielności gminy nie obejmuje działań bezprawnych, „nie niweczy praw innych podmiotów ani wynikającej z całego systemu prawa hierarchii wartości podlegających ochronie prawnej”¹³.

Samodzielność organizacyjna gminy jest konsekwencją samodzielności samorządu wynikającej z jego pozycji ustrojowej i poddanej ochronie sądowej. Generalnie zasadę tę statuuje przepis art. 6 ust. 1 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego¹⁴, stanowiąc, że o ile ustawa nie stanowi inaczej, społeczności lokalne powinny móc samodzielnie ustalać wewnętrzną strukturę organizacyjną, tworząc jednostki dostosowane do specyficznych potrzeb i umożliwiające skuteczne zarządzanie a także przepis art. 71 ust. 4 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r.¹⁵, zgodnie z którym jednostki samorządu terytorialnego realizują zadania

11. M.in. B. Adamiak, J. Borkowski: op. cit., s. 41, B. Dolnicki: op. cit. s. 147.

12. Tak m.in. M. Stahl, E. Olejniczak-Szałowska: Samorząd terytorialny, podstawowe zagadnienia, Warszawa 1994, s. 25-29.

13. Wyrok NSA z dnia 7 października 1991 r. sygn. SA/Wr 841/91, ONSA 1/1993 poz. 5. Brak bezprawności jako przesłanki ochrony sądowej gminy zakwestionował A. Agopszowicz wysuwając tezę, że bezprawność nie jest konieczną przesłanką roszczenia chroniącego samodzielność gmin. (Jeszcze o sądowej ochronie samodzielności gmin, „Człowiek i środowisko” 1-2) 1992, s. 93 i n. Z tezy tej autor później wycofał się, zgadzając się ostatecznie, że prawna ochrona samodzielności gminy nie obejmuje działań bezprawnych, A. Agopszowicz: Zarys..., s. 13.

14. Ratyfikowanej przez Polskę w dniu 26 kwietnia 1993 r. (Dz.U. 1994, nr 124, poz. 607).

15. Ustawa Konstytucyjna z 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. nr 84, poz. 426).

za pośrednictwem swoich organów stanowiących i wykonawczych swobodnie określając w granicach ustaw swoje struktury wewnętrzne.

Ustawa o samorządzie terytorialnym przepisu podobnego nie zawiera. Prawo gminy do swobodnego określania w granicach ustaw struktury wewnętrznej daje się wyprowadzić z wielu jej postanowień.

O ustroju gminy stanowi jej statut (art. 3 ust. 1 u.s.t.) Statuty gmin, obok regulacji konstytucyjnej i ustawowej, stanowią źródła prawa ustrojowego samorządu. Zakres regulacji statutowej zależy od zakresu regulacji ustawowej zagadnień ustrojowych samorządu. Ustawa o samorządzie terytorialnym reguluje podstawowe kwestie ustroju gminy „w ogólnym zarysie”¹⁶, przekazując gminie prawo do szczegółowego określenia struktury wewnętrznej. Postanowienia statutowe nie mogą być sprzeczne z ustawą. W doktrynie statuty uważane są za wyraz swego rodzaju autonomii w zakresie regulacji „życia wewnętrznego” w samorządzie, podkreśla się także iż przedmiot regulacji statutowej nie pozbawia postanowień statutu charakteru normatywnego¹⁷.

Zakres i szczegółowość ustawowej regulacji ustroju samorządu determinuje zakres samodzielności organizacyjnej gminy. Ograniczenia samodzielności organizacyjnej gminy wynikają także z charakteru prawa ustrojowego oraz zasad działania podmiotów władzy publicznej.

Zakres swobody organizacyjnej gmin w ustawie o samorządzie terytorialnym jest różnie oceniany. Z jednej strony spotkać można opinie, że statut jest aktem ustroju gminy, w którym gmina może w dużym stopniu samodzielnie decydować o swoim ustroju, z drugiej zaś stwierdzenia, że ustawa o samorządzie terytorialnym pozostawia radom bardzo niewiele „luzu decyzyjnego” w kształtowaniu ustroju gminy a zawarte w niej upoważnienia do ustalenia pewnych szczegółów organizacyjnych w zasadzie nie wchodzą poza problematykę „organizacji i trybu działania organów gminy”¹⁹.

Zakres swobody organizacyjnej gmin jest określony zwrotami „w granicach prawa”, „o ile ustawy nie stanowią inaczej” które nie dają jasnej odpowiedzi na pytanie, czy dopuszczalne jest tworzenie wewnętrznych jednostek organizacyjnych lub np. wprowadzanie dodatkowych wymogów co do trybu podejmowania uchwał, nie przewidzianych przez ustawę, skoro nie zabrania tego żaden przepis ustawowy.

16. Tak m.in. P. Czechowski, (w:) P. Czechowski, A. Jaroszyński, S. Piątek: Komentarz do ustawy o samorządzie terytorialnym, Warszawa 1993, s. 9.

17. Podkreśla to zwłaszcza Z. Leoński: Ustrój i zadania samorządu terytorialnego w Polsce, Poznań 1994 r., s. 16 i n.

18. Tak m.in. Z. Niewiadomski, (w:) Z. Niewiadomski, W. Grzelczak: Ustawa o samorządzie terytorialnym komentarzem, Warszawa 1990, s. 7.

19. B. Zawadzka: Zakres swobody gminy w decydowaniu o swym ustroju, „Wspólnota” 6/1996 s. 3.

B. Zawadzka, krytykuje linię orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego jako zbyt restrykcyjną i ograniczającą samodzielność organizacyjną gmin podnosząc zarzut sprowadzania przez sąd prawnie możliwej treści statutu gminy do spraw „organizacji wewnętrznej i trybu pracy organów gminy” w sytuacji, gdy sprawy te nie wyczerpują pojęcia „ustroj gminy”²⁰.

Ustawowy zakres regulacji jest rozbudowany, pole „swobody” kształtowania struktury wewnętrznej jest wąskie i może prowadzić do wątpliwości co właściwie pozostaje radzie gminy do samodzielnego określania w zakresie własnego ustroju.

Niezależnie od tych wątpliwości, nie może budzić zastrzeżeń związanie gminy ustawami i możliwość kształtowania struktury organizacyjnej tylko w ramach ustaw. Trybunał Konstytucyjny za istotny dla kierunku wykładni przepisów u.s.t. uznał przepis art. 74 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. zawężający nadzór nad samorządem do przypadków określonych ustawą, z jednej strony ograniczający rozszerzającą wykładnię pojęcia nadzoru, z drugiej zaś w połączeniu z konstytucyjną normą podmiotowości i samodzielności gminy stanowiący przesłankę do daleko posuniętej ochrony prawnej działalności gmin²¹. W zakresie zadań własnych - a do takich należy kształtowanie struktury organizacyjnej gminy - nadzór ogranicza się do kryterium legalności, a sądowa ochrona samodzielności gmin do badania, czy działania gminy mają podstawę prawną. Odnosząc to do swobody określania struktury wewnętrznej gminy stwierdzić trzeba, że granice tej swobody wyznaczają przepisy prawa obowiązującego a statutowa organizacja i tryb pracy organów rady muszą mieścić się w granicach prawa. Rozszerzająca wykładnia pojęcia nadzoru może prowadzić do zawężania samodzielności organizacyjnej gminy a rozszerzająca interpretacja kompetencji gminy w myśl zasady, że dozwolone jest wszystko, co nie jest prawem zabronione, może prowadzić do naruszenia prawa w działalności gminy.

Charakter norm prawa ustrojowego przesądza o tym, że normy statutowe nie mogą wkraczać w sferę praw i obowiązków obywateli i innych podmiotów pozostających poza strukturą samorządu terytorialnego. W praktyce działania samorządu pojawił się pogląd, że w działaniach gminy - w tym w zakresie regulacji statutowej - obowiązuje, wywodząca się z idei państwa prawnego, zasada, iż wolno jest czynić wszystko to, co nie jest prawem zakazane. Przenoszenie tej zasady na płaszczyznę prawa statutowego prowadzi do rozszerzającej interpretacji zakresu samodzielności organizacyjnej gminy i uznawania prawa gmin do tworzenia wewnę-

20. Tamże oraz B. Zawadzkiej: Zakres swobody gminy w decydowaniu o swim ustroju, 2, „Współnota” 7/1996 s. 14-15.

21. Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 września 1994 r. w sprawie ustalenia powszechnie obowiązującej wykładni art. 85 i art. 87 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym Dz.U. nr 113 poz. 550, uzasadnienie opubl. w zbiorze G. Nasierowskiej, D. Trapkowskiej: Ustrój gminy, przepisy prawne i orzecznictwo, Warszawa 1995, s. 79 i n.

trznym organów pomocniczych nie przewidzianych przez przepisy ustawy o samorządzie terytorialnym takich, jak m.in: prezydium rady, podkomisje, kluby radnych, opiekunowie komisji, gminni rzecznicy praw obywatelskich. Ponadto niektóre z gmin wprowadzały w statutach rozwiązania zaostrzające warunki podejmowania uchwał poprzez wymóg większości bezwzględnej w przypadkach głosowań nie objętych takim wymogiem ustawowym czy wymóg tajności głosowania lub regulowały sprawy ustawowo nie unormowane.

J. Staryszak odnosząc się do zasady, że wolno jest czynić wszystko to, co nie jest wyraźnie zakazane, stwierdził, że jeśli chodzi o organy państwa, to te mogą działać tylko na podstawie przepisów prawnych²². Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 maja 1993 r.(III SA 2017/92, ONSA 4/1993, poz. 113/ sformułował tezę, że do działalności organów samorządowych w sferze zobowiązań publicznoprawnych nie stosuje się zasady „co nie jest zakazane, jest dowolne (dozwolone- lecz zasadę „dozwolone jest tylko to co prawo wyraźnie przewiduje” Wydaje się, że powyższe stwierdzenia należy odnieść także do samodzielności organizacyjnej gminy. Gmina, podobnie jak państwo, jest podmiotem władzy publicznej, jej organy wykonują władztwo administracyjne. Rodzi się jednak wątpliwość, czy w sytuacji, gdy statut gminy kształtuje parawo ustrojowe nie mające bezpośredniego wpływu na prawa i obowiązki podmiotów spoza struktury samorządu wykluczenie tej zasady w odniesieniu do określania struktury wewnętrznej gminy i trybu pracy jej organów nie idzie zbyt daleko. Uzasadnieniem zakazu stosowania zasady „co nie jest zakazane, jest dozwolone” może być okoliczność, że przepisy ustanawiające zasadę swobody organizacyjnej samorządu wyraźnie ustanawiają jej granice.

Niezgodność z prawem postanowień statutowych wprowadzających funkcję opiekunów komisji, możliwość karania radnych ostrzeżeniami i naganami podawanymi do publicznej wiadomości, powołujących rzeczników ochrony praw członków wspólnoty z kompetencjami wkraczającymi w kompetencje innych podmiotów czy przewidujących odstępstwa od zasady podejmowania uchwał ustalonej w przepisie art. 14 ust. 1 u.s.t. nie jest kwestionowana. Nie zawsze jednak zarzut naruszenia parawa postanowieniami statutowymi jest tak oczywisty, np. powoływanie prezydium rady, wprowadzanie wymogu tajności przy podejmowaniu uchwał w innych sprawach niż określone w u.s.t.

Powstaje zatem pytanie, czy zwrot „w granicach prawa” stanowi przeszkodę do wprowadzania w statucie rozwiązań organizacyjnych ustalających nowe instytucje w sposób nie naruszający kompetencji określonych ustawowo organów gminy? Czy sformułowanie Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego, dopuszczające swobodę organizacyjną gminy w zakresie, w jakim „ustawa nie stanowi ina-

²². J. Staryszak: *Prawo nadzoru nad administracją samorządową w Polsce*, Warszawa 1931, s. 109.

czej” wyklucza regulowanie szczegółów struktury organizacyjnej gminy i trybu jej działania w zakresie nie przewidzianym wyraźnie przepisami prawa, przy braku sprzeczności z tymi przepisami?

Wykładnia tego typu postanowień statutowych prowadząca do uznania, że przepisy ustawy o samorządzie terytorialnym regulujące strukturę organizacyjną i kompetencyjną władz gminy mają charakter norm bezwzględnie wiążących i rozwiązania modyfikujące lub uzupełniające można wprowadzać tylko w granicach ustawowych upoważnień (wyrok z dnia 19 stycznia 1995 r. II SA 1682/94) bywa kwestionowana zarówno przez gminy przenoszące zasadę, że „dozwolone jest wszystko to, co nie jest zabronione” na płaszczyznę swobody organizacyjnej, jak i przez niektórych przedstawicieli doktryny podnoszących, że sądowa „zwięzająca” interpretacja zakresu swobody organizacyjnej gminy idzie zbyt daleko, a zatem swobodę tę narusza²³.

Dyskusyjne być może, czy zgodność z regulacją zawartą w ustawie o samorządzie terytorialnym rozumieć szeroko, nie tylko jako niesprzeczność z wyraźnymi postanowieniami ustawy, ale także niewprowadzanie rozwiązań organizacyjnych nie naruszających ustawowych uprawnień jakichkolwiek organów, ale nie przewidzianych przez ustawę.

Potrzeby praktyki, przy stanowisku NSA uznającym za sprzeczne z prawem postanowienia statutowe lub innych uchwał ustalające diety dla sołtysów, dopuszczające tworzenie klubów radnych, doprowadziły do uzupełnienia regulacji ustawowej o postanowienia dające gminom prawo do ustalenia zasad, na jakich przewodniczącemu organu wykonawczego jednostki pomocniczej będzie przysługiwała dieta i zwrot kosztów podróży służbowej²⁴ oraz do ustalenia zasad działania klubów radnych²⁵. To uzupełnienie regulacji ustawowej może być uznane za potwierdzenie słuszności stanowiska sądu administracyjnego.

Nie uregulowana została możliwość powoływania prezydium rady gminy i rzecznika spraw obywatelskich w gminie. Instytucji takich nie zna ustawa o samorządzie terytorialnym a zdaniem NSA, na podstawie jej przepisów „nie da się wywodzić uprawnień gminy do ustanawiania rzecznika praw obywatelskich” (wyrok z dnia 30 września 1992 r. SA/Gd 1009/92, 1478-1479/92) a sama ustawa nie zna „prezydium rady jako jej organu i nie przewiduje jego ustanowienia, powołania czy wyboru, bez względu na charakter powierzonych mu funkcji” (wyrok z dnia 19 stycznia 1995 r. II SA 1682/94). Zdaniem B. Zawadzkiej wykładnia dokonana

²³. Tak zwłaszcza B. Zawadzka w cytowanych pracach oraz w artykale: Problemy z wyborem zarządu przez radę nowej kadencji, *Wspólnota*, 9/1996 s. 15,

²⁴. Choć trzeba wskazać, że nowa regulacja art. 37b również może nasuwać wątpliwości w kwestii możliwości ustalania diet dla sołtysów, Z. Zell: Diety sołtysa w świetle znowelizowanej ustawy samorządowej, *„Wspólnota”* 48/ 1995 s. 15,

²⁵. Art. 23 ust. 2 ustawy samorządowej po nowelizacji z 1995 r.

przez sąd administracyjny w obu powołanych wyrokach zbyt zawęży swobodę organizacyjną gmin, nie znajduje też uzasadnienia prawnego (poza zawężaniem uprawnień rad w zakresie stanowienia statutu stosownie do dyspozycji art. 22 ustawy o samorządzie terytorialnym)²⁶. Prowadzi to do wniosku, stwierdza B. Zawadzka, że zasada samodzielności gminy w kształtowaniu jej ustroju „nakazuje dopuścić ustanawianie przez rady gmin w statutach trybów działania instytucji gminnych nie wymienionych w ustawie pod warunkiem, że statutowe zasady działania nie określone ustawowo nie mogą być sprzeczne z wyraźnym przepisem ustawowym” oraz, że „nowe, nieprzewidziane w ustawie instytucje gminne nie mogą działać w zakresie właściwości instytucji ustawowych, naruszać praw obywatelskich, ani ustanawiać obowiązków nie przewidzianych w ustawach dla obywateli lub instytucji²⁷.

Reasumując, konstytucyjna zasada samodzielności organizacyjnej gmin, umocniona przepisem art. 6 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego, powinna stanowić dyrektywę dla ustawodawcy w ustalaniu zakresu tej samodzielności. Z tego punktu widzenia, zważywszy że granice swobody organizacyjnej wyznacza istniejący porządek prawny, za celowe i uzasadnione uznać trzeba nowelizację ustawy o samorządzie terytorialnym zmierzającą do nadania niektórym postulowanym w praktyce uprawnieniom organizacyjnym gmin charakteru uprawnień ustawowych.

W poszczególnych przypadkach zakres swobody organizacyjnej gmin musi być rozważany w odniesieniu do konkretnego postanowienia statutowego. Nie wystarczy tu sama wykładnia gramatyczna, jej wyniki muszą być uzupełniane w drodze wykładni systemowej i funkcjonalnej. Na potrzebę takiej wykładni norm prawa administracyjnego wielokrotnie wskazywał E. Smoktunowicz²⁸. W odniesieniu do interpretacji przepisów ustrojowych samorządu potrzeba taka występuje szczególnie wyraźnie z uwagi na pozycję ustrojową i charakter gmin oraz na rolę orzecznictwa sądowego dla ustalania granic ich samodzielności²⁹.

²⁶ B. Zawadzka: Zakres...1, s. 3 oraz Zakres...2, s. 14-15.

²⁷ B. Zawadzka: Zakres...2, s. 15.

²⁸ E. Smoktunowicz: Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, kodeks postępowania administracyjnego, Warszawa 1994, s. 31 i n.

²⁹ Nor. m.in. E. Smoktunowicz: Opinia prawna w sprawie niektórych konsekwencji prawnych spowodowanych śmiercią prezydenta miasta dla funkcjonowania organów gminy, „Wspólnota”, 9/1995, s. 7-8, L. Gmytrasiewicz: Właściwość Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach nadzoru nad działalnością komunalną - wybrane zagadnienia i wątpliwości, materiał na konferencję sędziów, Popowo 30 X 1990, M. Armata: Ustawa samorządowa a zakres kognicji NSA, Samorząd Terytorialny 5/1991, s. 10, Z. Zell: Diety sołtysa w świetle znowelizowanej ustawy samorządów, „Wspólnota” 48/1995, s. 15.

SPÓR O KONSTYTUCJĘ JAKO SPÓR O FILOZOFIĘ PRAWA

Rzadko się zdarza, by spór o charakterze wybitnie politycznym miał za podstawę spór o filozofię prawa. Tak się jednak stało, gdy chodzi o dyskusję polityczną, jaka rozgorzała wokół projektów Konstytucji RP. W chwili, gdy opracowanie niniejsze będzie publikowane, zapewne sam tekst Konstytucji zostanie już przyjęty i aprobowany w ogólnonarodowym referendum, ale istota sporu nie zniknie, gdyż sięga on samych podstaw filozoficznych prawa. Z tego też względu gorączkowe wysiłki wielu polityków dążących do osiągnięcia kompromisu są skazane na niepowodzenie, gdyż nie jest to sprawa takich czy innych sformułowań poszczególnych zapisów konstytucyjnych, lecz odmienna całościowa wizja prawa.

O cóż więc w istocie chodzi?

Gdybyśmy porównali teksty dwóch głównych projektów Konstytucji, wokół których powstał spór polityczny, mianowicie tekstu przyjętego przez Komisję Konstytucyjną Zgromadzenia Narodowego w dniu 16 stycznia 1997 r. oraz tekstu tzw. projektu obywatelskiego, to skonstatujemy z łatwością, że mają one dwie zasadnicze warstwy: 1) warstwę aksjologiczną i związaną z nią swoistą „poetykę” i 2) warstwę instytucjonalną. Otóż druga z nich, mianowicie warstwa instytucjonalna, wykazuje daleko idące podobieństwo. Różnice, jakie tu występują, są niewielkie i łatwe do usunięcia. Natomiast w warstwie aksjologicznej obydwa projekty są przeciwstawne. Projekt przyjęty przez Komisję Konstytucyjną Zgromadzenia Narodowego już w zaraniu stał na stanowisku „neutralności aksjologicznej”, a ściślej rzecz biorąc, był wyrazem pozytywizmu prawniczego. Wyrazem tej postawy była decyzja, by zrezygnować z preambuły, w której tradycyjnie ustawodawca daje wyraz „filozofii” ważniejszych aktów ustawodawczych. Prawda, że w końcowej fazie prac nad Konstytucją, dążąc do osiągnięcia możliwie szerokiego poparcia społecznego, dodano preambułę, w której nawet znalazło się odwołanie do Boga, co prawda w dość osobliwym „opakowaniu”, bo z równorzędnym odwołaniem się do ludzi czerpiących wartości podstawowe „z innych źródeł”. Co więcej, w samym tekście Konstytucji mowa jest o „przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka” (art. 28), co wydaje się dość dalekie od „czystego” pozytywizmu prawniczego. Poza tym wszakże dominuje ujęcie pozytywistyczne, co m.in. znajduje swój wyraz w przepisach mówiących o źródłach prawa (art. 82). Wspomniany projekt oczywiście odwołuje się do określonych tradycji. W swojej „poetyce” nawiązuje do tradycji „praw człowieka i obywatela”, co oczywiście oznacza nawiązanie do „poetyki” Rewolucji Francuskiej.

Drugi z wspomnianych projektów, tzw. projekt obywatelski, wyraźnie owiany jest duchem prawa natury. Widać to choćby w formule o źródłach prawa (art. 51), która mówi, że Konstytucja jest najwyższym prawem stanowionym. Uznając istnienie prawa wyższego od prawa stanowionego, oczywiście projekt ten nie tylko mówi o „niezbывalnych i nienaruszalnych prawach człowieka” (art. 8), o prawach „osoby ludzkiej” (art. 9), lecz także o szczególnej ochronie prawa do życia „od poczęcia do naturalnej śmierci”, co wyklucza aborcję, zwłaszcza „ze względów społecznych”. Projekt ten odwołuje się przede wszystkim do tradycji narodowych, w tym także do I-szej i II-giej Rzeczypospolitej.

Mamy więc do czynienia z nawrotem do sporu filozoficznego między zwolennikami prawa natury a zwolennikami pozytywizmu prawniczego. W krajach zachodnich spór ten odnowił się znacznie wcześniej niż u nas, już wkrótce po zakończeniu II-iej wojny światowej. Warto tu przypomnieć bardzo charakterystyczną dyskusję, jaka toczyła się na łamach znanego amerykańskiego czasopisma „Harvard Law Review” między profesorami: Hartem a Fullerem. Pierwszy z nich bronił pozytywistycznego punktu widzenia, kładąc silny nacisk na rozróżnienie „tego co jest” od tego „co być powinno”. Jego zdaniem prawo, nawet najbardziej tyrańskie, nie przestaje być prawem, podobnie jak najbardziej nawet pożądane normy moralne nie stają się prawem, choćby nawet powinny być przyobleczone w szatę prawa¹. Przytacza przy tym znamienity przykład z orzecznictwa sądów zachodnoniemieckich. Chodziło o przypadek, gdy pewna kobieta, chcąc się pozbyć męża, który był na froncie, (związała się bowiem z innym mężczyzną) doniosła do władz hitlerowskich, że mąż jej, w czasie urlopu, krytykował ustrój hitlerowski i Hitlera. Na skutek tego doniesienia mąż został aresztowany i skazany na karę śmierci, którą wykonano. Po wojnie kobietę ową postawiono w stan oskarżenia. Broniła się tym, że wykonywała jedynie postanowienia ustawodawstwa hitlerowskiego (chodziło o tzw. *Kriegsstrafrecht*, które nakazywało donosić o działaniach osób sięgających defetyzm. Sąd wydał wyrok skazujący, wychodząc z założenia, że odnośne przepisy hitlerowskiego ustawodawstwa wojennego nie mogły i nie mogą być traktowane jako prawo. Prof. Hart uważał, że wyrok ten był przejawem „histerii” i, nie pochwalając postępowania owej kobiety, które mogło być moralnie odrażające, sądził jednak, że gorszym złem jest *ex post*, z mocą wsteczną, stosowanie sankcji karnej opartej na odmowie waloru prawa ustawodawstwu hitlerowskiemu.

Przeciwko temu stanowisku wystąpił prof. Fuller. Jego zdaniem każdy system prawny zawiera swój „wewnętrzny pierwiastek moralny”². Na skutek tego możemy mówić nie tylko o moralności lub niemoralności poszczególnych norm praw-

1. Por. H. L. A. Hart: Positivism and the Separation of Law and Morals, „Harvard Law Review” t. 71, nr 4/1958, s. 626.

2. Prof. L. Fuller: Positivism and Fidelity to Law - a Reply to Professor Hart, „Harvard Law Review” t. 71, nr 4/1958, s. 644 i nast.

nych, lecz o moralności całego systemu prawa. Może się zdarzyć, że założenia (moralne) systemu będą tak dalece sprzeczne z podstawowymi założeniami moralności, że można mu będzie odmówić waloru prawa obowiązującego. Jako taki można uważać hitlerowski porządek prawny. Nawiązując do przytoczonego przez prof. Harta przypadku denuncjacji męża przez żonę, która znajdowała formalne usprawiedliwienie w obowiązującym w Trzeciej Rzeszy ustawodawstwie, popiera w pełni stanowisko sądu, odmawiające uznania mocy obowiązującej tego ustawodawstwa i usprawiedliwienia na tej podstawie postępowania żony³.

W tym samym czasie, gdy na Zachodzie toczyła się wspomniana dyskusja, w krajach komunistycznych przyjęty został powszechnie (przynajmniej w oficjalnej doktrynie prawa) kierunek pozytywistyczny. Może nawet dziwić, że w ustroju głoszącym idee marksizmu, tak blisko związanego z historycznym pojmowaniem dziejów i podkreślającego zasadę sprawiedliwości społecznej, mogło dojść do akceptacji kierunku programowo odrywającego się od systemu wartości i głoszącego swoistą pochwałę formalizmu w prawie. Nie chciałbym być gołosłownym. Oto w monografii czołowych polskich teoretyków prawa można było przeczytać m.in. co następuje: „Prawo, bez względu na swe treści, jako narzędzie społecznych oddziaływań wprowadza stabilność i ład do stosunków społecznych, co w określonej mierze odpowiada zarówno interesom państwowym, jak i interesom obywateli. Można to określić mianem immanentnej prawnej działalności legalizmu, wartości właściwej zatem wszelkiemu prawu”⁴.

Dlaczego tak się stało? Dlaczego w ustroju socjalistycznym doktryna prawniczego pozytywizmu stała się panującą?

Wydaje się, że wytłumaczenie może być dwojakie: po pierwsze dla władzy totalitarnej doktryna bezwzględnego posłuchu dla nakazów władzy, innymi słowy doktryna „ślepych bagnetów”, była po prostu wygodna. Prawda, że propaganda wręcz natarczywie podkreślała konieczność uwzględniania, zwłaszcza w procesie stosowania prawa, założeń ideologicznych socjalizmu, a partyjność sędziów była elementem wysoce pożądanym, ale z drugiej strony traktowanie prawa jako instrumentu prowadziło do żądania posłuchu dla norm wydawanych przez „władzę ludową”. Inaczej traktowano tylko przepisy pochodzące z okresu międzywojennego, a więc z okresu „innej formacji”. Te ostatnie podlegały wykładni politycznej niekiedy prowadzącej do derogacji postanowień ustawowych. Tą drogą np. w prawie cywilnym uznano za nie obowiązujący przepis kodeksu zobowiązań przewidujący możliwość zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę moralną z tytułu spowodowania śmierci na rzecz osób najbliższych. W prawie karnym uznano za nie do pogodzenia z ustrojem kategorię tzw. niepoprawnych przestępców. Przykłady można

³. Jak wyżej, s. 652-655.

⁴. K. Opałek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 180.

by mnożyć. Mieliśmy więc sytuację paradoksalną: odnośnie przepisów prawnych wydawanych przez władzę obowiązywał bezwzględny posłuch, natomiast wykładania prawa i jego stosowanie miało uwzględniać kontekst ideowy i polityczny.

Mniej oczywiste jest, dlaczego wielu poważnych przedstawicieli nauki prawa również głosiło potrzebę pozytywizmu prawniczego. Ze względu na cenzurę trudno było oczekiwać szczerych wynurzeń ze strony tych, którzy nie byli zwolennikami komunizmu. Można wszakże przypuszczać, że wielu z tych, którzy nie podzielali założeń ideowych komunizmu wolało rozpatrywać problemy prawne w płaszczyźnie formalnej i doskonalić stronę techniczną prawa, abstrahując od treści ideologicznych. Pozwalało to na eliminowanie konfliktów sumienia a przynajmniej na ich minimalizowanie, a w wykładach uniwersyteckich na przedstawianie zespołu norm prawnych jako „danych”, obowiązujących z racji ich ustanowienia przez państwo. Dodajmy, że tradycja pozytywizmu prawniczego, sięgająca XIX w., pozwalała na jego akceptację także ze względu na jego długoletnie wdrożenie do teorii i praktyki prawniczej.

Na tym tle przyjęcie pozytywistycznego projektu Konstytucji przez Komisję Konstytucyjną Zgromadzenia Narodowego staje się w pełni zrozumiałe. Formalne potraktowanie prawa pozwalało na swoisty „unik ideologiczny” a przyjęcie zasady posłuchu dla norm prawa stanowionego z racji formalnego uchwalenia aktu ustawowego, mogło się wydawać bardzo wygodne. Sam ustawodawca może czuć się całkowicie swobodny i nie skrupowany w procesie stanowienia prawa. Zgodność z Konstytucją, zabezpieczona istnieniem Trybunału Konstytucyjnego, przedstawia się jako jedyne ograniczenie i to niezbyt dotkliwe, skoro sama konstytucja może być przecież zmieniana, co zresztą potwierdza praktyka.

Pozytywistyczny model prawa pociąga za sobą konsekwencję rzadko dostrzeganą, ale bardzo ważną. Otóż zachęca do częstej i łatwej zmiany prawa obowiązującego. Wszelkie niedomagania w procesie praktycznego stosowania prawa wywołują odruch poszukiwania interwencji ustawodawczej. Daje to dobre samopoczucie posłom i senatorom, którzy mają poczucie stałego sterowania państwem. Gorzej jest z poczuciem bezpieczeństwa i stabilizacji po stronie obywateli. Trybunał Konstytucyjny dostrzegł to niebezpieczeństwo, przyjmując m.in. zasadę, że ustawy podatkowe nie mogą być zmieniane w ciągu roku podatkowego. Z punktu widzenia formalnego było to posunięcie nieco woluntaryistyczne, gdyż z zasady państwa prawnego trudno wydedukować taką właśnie regułę (a na art. 1 dotychczasowej konstytucji powołał się trybunał), nie mniej jednak orzeczenie było pożyteczne, gdyż w pewnym stopniu przyhamowało rozpędzoną maszynę legislacyjną na odcinku prawa finansowego, gdzie brak stabilności był najbardziej odczuwalny.

Na tle tych wad pozytywistycznego modelu prawa pojawiły się ostatnio w nauce światowej propozycje, które warte są rozważenia.

W szczególności na terenie amerykańskim z oryginalną koncepcją wystąpił H. J. Berman⁵. Zwrócił on uwagę, że szkoła pozytywistyczna, która w XX w. zdominowała europejską i amerykańską filozofię prawa, identyfikuje prawo z polityką ustawodawcy, z „wolą państwa” wymuszoną w drodze sankcji. Zakłada się, że dobroczynny ustawodawca będzie stanowił dobroczynne dla obywateli normy (dodajmy nawiasem, że w Polsce rozpowszechniony był mit „racjonalnego ustawodawcy”). Samo prawo wszakże miało obowiązywać przez sam fakt jego ustanowienia a ostre rozgraniczenie tego co *jest* od tego co *być powinno* stało się kamieniem węgielnym systemu. Stąd dla pozytywistycznej szkoły prawa kluczowe znaczenie ma polityka, nakaz (lub zakaz), wola państwa, ustawodawstwo.

Teorie prawno - naturalne stanowiły i stanowią obecnie przeciwstawienie w stosunku do pozytywizmu prawniczego. W myśl tych teorii prawo wyrasta przede wszystkim z porządku moralnego, który to porządek stoi ponad państwem. Ten wyższy porządek mógł być inspirowany bardzo różnymi ideami. Powszechnie znana jest koncepcja św. Tomasza z Akwinu, który głosił potrójną hierarchię norm prawnych: na najwyższym szczeblu istnieje Prawo Boże, niżej mamy prawo stanowione przez ludzi (*ius humanum*). To ostatnie powinno być zgodne z prawem natury, ale jest to ideał, który nie zawsze jest realizowany. Na tym tle powstaje specyficzny problem, jakim są granice posłuszeństwa prawu. Św. Tomasz z Akwinu na tym tle wyraził pogląd, że „władcom świeckim należy się posłuszeństwo tylko o tyle, ile wymaga porządek oparty na sprawiedliwości. Władzy uzurpatorskiej lub postępującej niesprawiedliwie poddani nie muszą być posłuszni, co najwyżej okazjonalnie dla uniknięcia niebezpieczeństwa”⁶.

Inspiracje prawno - naturalne bywają wszakże również innej proveniencji. Zwolennikami teorii prawno - naturalnej byli np. wyznawcy XVIII-wiecznego świeckiego racjonalizmu, a w początkach XX. w. jeszcze inaczej ujętego systemu wartości, który nazywano „prawem natury o zmiennej treści”.

Zwolennicy prawa natury nie odmawiali waloru stanowionemu porządkowi prawnemu, lecz przyporządkowywali go zasadzie sprawiedliwości. Rozum stawiali ponad wolę, a sumienie ponad siłę. W Anglii idee prawnonaturalne znalazły z czasem swój wyraz w takich formułach jak „equity” (słuszość), czy „due process of law” (właściwe postępowanie prawne). Charakterystyczne dla zwolenników prawa natury jest podporządkowanie reguł prawnych celowi, który mają realizować, a bardziej generalnie podporządkowanie porządku prawnego porządkowi moralnemu.

Trzecią z wielkich szkół filozofii prawa była szkoła historyczna, która osiągnęła swój szczyt w pierwszej połowie XIX wieku w Niemczech. Szkoła ta pro-

5. J. Berman: *Law and Logos*, „De Paul Review” z. 1/1994, s. 143 i nast.

6. Św. Tomasz z Akwinu: *Summa theologiae*, 2, 104, 6.

klamowała pogląd, że prawo ma swoje korzenie nie w polityce i związanym z nią instrumentalnie ustawodawstwie, nie w moralności, lecz w historii, nie w normach stanowionych ani nie w sprawiedliwości, lecz w tradycji. Nie siła państwa, nie sumienie, ale precedens czy zwyczaj będący wynikiem consensusu społecznego jest podstawą prawa. Główny przedstawiciel szkoły historycznej Savigny podkreślał znaczenie ducha narodowego” (*Volksgeist*) odwołując się do swoistego etosu narodowego.

Rzecz osobliwa, w przeciwieństwie do pozytywizmu prawniczego i szkoły prawa natury, które współistnieją, wzajemnie kontestując swoje założenia, szkoła historyczna zanikła zupełnie, przynajmniej w płaszczyźnie doktrynalnej. Co więcej, przykład polski wskazuje, że aczkolwiek historia prawa jest przedmiotem obowiązkowo wykładanym na wydziałach prawa uniwersytetów, to jednak uległa i ona pozytywizmowi. Wykłada się instytucje prawne tak jak się wykłada prawo obowiązujące a historycy prawa specjalizują się w poszczególnych okresach, np. mamy specjalistów od XVI wieku, od XVIII wieku itp. W ten sposób historycy, z goryliwością godną lepszej sprawy, podcinają gałąź, na której sami siedzą, nie zdając sobie sprawy z tego, że historia „pozytywistyczna” tak naprawdę nikomu nie jest potrzebna.

Pewne elementy szkoły historycznej, a ściślej rzecz biorąc myślenia w duchu tej szkoły, pozostały jeszcze w praktyce sądów, zwłaszcza sądów anglosaskich, dla których precedens ma ciągle jeszcze istotne znaczenie a ciągłość praktyki jest podtrzymywana jako istotny element bezpieczeństwa prawnego.

Konstatując ten stan rzeczy H.J. Berman w cytowanej rozprawie opowiada się za rozwiązaniem „trynitarnym”, będącym syntezą wszystkich trzech wymienionych szkół filozofii prawa. Potrzebne jest bowiem doskonalenie prawa stanowionego, niezbędnego zwłaszcza na tle gwałtownego rozwoju nauki i techniki i w tym względzie arsenał technik wykształconych przez pozytywistów może być bardzo przydatny. Z drugiej strony abstrahowanie od wartości podstawowych zakotwiczonych w układzie norm moralnych niesie w sobie zagrożenie dla rozwoju społeczeństw i na dłuższą metę może działać rozkładowo. Stąd potrzeba zaakceptowania nadrzędności porządku moralnego i uświadomienia sobie swoistego związania ustawodawcy normami wyższego rzędu, co gwarantuje wyczulenie na element sprawiedliwości. Jest to tradycyjne dziedzictwo szkoły prawa natury. Wreszcie myślenie oparte na tradycjach szkoły historycznej nakazuje respektowanie historycznych korzeni danego narodu, jego tradycji i swoistego „etosu” danego społeczeństwa.

Od siebie mógłbym dodać, że myślenie w duchu historycznej szkoły prawa sprzyja zachowaniu ciągłości prawa. Dramatem naszego kraju jest częste zrywanie ciągłości rozwojowej. Dotyczy to państwa, które traciło swój byt (okres zaborów), lub zmieniało w sposób zasadniczy swój ustrój, popadając w zależność od obcych potęg (okres PRL). Dotyczy również instytucji życia społecznego, które przeży-

wały podobne okresy przerw w działalności, okresy wzlotów i upadków. Właściwie tylko Kościół katolicki, a gdy chodzi o instytucje świeckie tylko Uniwersytet Jagielloński mogą się wykazać ciągłością istnienia i rozwoju na przestrzeni stuleci. Ten brak ciągłości wytworzył bardzo niebezpieczny - moim zdaniem - odruch: oto każde prawo obowiązujące przez dłuższy czas uważane jest za złe, a każde prawo „nowe” uznawane jest za dobre, a w każdym razie lepsze od starego. Jest to odruch diametralnie przeciwny od postawy naszych przodków z okresu I-szej Rzeczypospolitej, Wówczas uważano, że im bardziej sędziwe jest prawo, tym bardziej zasługuje na respekt. Dlatego też bardzo niechętnie prawa zmieniano. Oczywiście ta postawa niekiedy była hamulcem niezbędnych reform, ale z drugiej strony pozwalała na utrwalanie przywiązania do wielonarodowej i wielokulturowej Rzeczypospolitej. Dzisiaj brak tworzywa spajającego w postaci przywiązania do prawa przedstawia się jako bardzo poważny mankament. Trudno przecież o przywiązanie do prawa i kształtowanie się tradycji jego respektowania, jeżeli zmienia się ono tak często, że nawet jego pełniejsze poznanie bywa utrudnione.

Dlatego koncepcja prof. Bermiana wydaje się być pożyteczna i płodna. Spór zaś o kształt Konstytucji to nie tylko przejaw bieżącej walki politycznej, chociaż w odbiorze środków masowego przekazu tak jest zazwyczaj prezentowany. W rzeczywistości za koniunkturalnymi przepychankami rodzą się podstawy ustrojowe III-ej Rzeczypospolitej, a spór konstytucyjny jest sporem o najgłębsze, filozoficzne podstawy naszego systemu prawnego. Nie sądzę, by uchwalenie Konstytucji mogło ostatecznie załatwić sprawę. Ukształtowanie się nowych podstaw ustrojowych wymaga przekształcenia świadomości i cierpliwego poszukiwania consensusu w podstawowych dla życia społeczeństwa sprawach. Im szerszy będzie ten consensus, tym trwalsze będą podstawy państwa i prawa.

PROBLEMY PODSTAW PRAWNYCH DZIAŁALNOŚCI PARTII POLITYCZNYCH W POLSCE

Działalność partii politycznych we współczesnych państwach jest zjawiskiem naturalnym w znacznej mierze decydującym o charakterze oraz jakości całego systemu politycznego. Aparat władzy państwowej opiera się z reguły na funkcjonowaniu systemu partyjnego, określanego najczęściej jako rywalizację lub współpracę partii dążących do zdobycia lub sprawowania władzy politycznej.

Współczesne partie od czasu ich powstania w XIX wieku¹ przeszły określoną ewolucję. Zmianie ulegały zasady członkostwa, ich organizacja i charakter, sposoby tworzenia, rola w życiu społeczno-politycznym oraz związki z aparatem państwowym. Partie są podstawowym narzędziem umożliwiającym poszczególnym grupom prowadzenie różnorodnymi sposobami walki o zdobycie wpływu na społeczeństwo oraz władzy w państwie², a najczęściej spotykane definicje partii oparte są o poglądy Maurice Duvergera, uważającego partię polityczną za swobodny związek ludzi o szczególnej strukturze, którego celem jest zdobycie i wykorzystanie władzy politycznej³. Partie zapewniają związek obywateli z państwem, wyłaniają elity rządzące, tworzą programy polityczne i koncepcje porządku społecznego, działają w organach przedstawicielskich, wywierają wpływ na różne organy i organizacje działające w państwie.

1. Geneza partii politycznych wiąże się z powstaniem parlamentaryzmu oraz przyznawaniem coraz szerszym kręgom praw wyborczych. Partyjny system angielski istniał już w XVII wieku. Partie polityczne w Stanach Nowy Jork i Pensylwania tworzone były już w końcu XVIII wieku. Dyskusje nad ratyfikacją Konstytucji federalnej z 1787 roku przyczyniły się do tworzenia krajowych partii politycznych po wyborze w 1789 roku na prezydenta Jerzego Waszyngtona. Burżuazja dążąc do panowania ekonomicznego i politycznego, tworzyła liczne organizacje polityczne, wśród których partie polityczne odgrywały ważną i charakterystyczną rolę. Powstałe w 1791 roku Zgromadzenie Przyjaciół ustawy Rządowej 3-go Maja uznaje się w literaturze za pierwszą partię działającą w Polsce. W 1882 roku utworzona została Socjalno-Rewolucyjna Partia „Proletariat”, PPS w 1882 roku, SDKPiL w 1893 roku, PSL w 1895 roku, SN-D w 1897 roku. Zob. m.in. Wiesław Skrzydło: Z problematyki genezy i istoty partii politycznych, Annales UMCS, Sectio G, vol. V, 3, Lublin 1958; Wiesław Skrzydło: O partii i systemach partyjnych, Warszawa 1976; Michał Sadowski: Partie polityczne - geneza i funkcje, (w:) Organizacja polityczna społeczeństwa, pod red. A. Dobieszewskiego, Warszawa 1980; Izabella Rusinowa: Z dziejów amerykańskich partii politycznych, Warszawa 1994.

2. Hans Kelsen: O istocie i wartości demokracji, Warszawa 1937, Nr 27.

3. Maurice Duverger: Political Parties, Their Action and Activity in the Modern State, New York 1954, s. 15-17.

Przewycięzanie negatywnego stosunku do dokumentowania w konstytucjach i innych aktach prawnych istnienia i działalności partii politycznych, opartego o teorię demokracji burżuazyjnej końca XVIII wieku, głoszącej, że istnienie partii rozbija ogólną rolę narodu i uniemożliwia posłom reprezentowanie całego społeczeństwa, stopniowe przechodzenie do okresu, w którym traktując przynależność do partii za rzecz wyłącznie prywatną, ignorowano ich istnienie i nie widziano potrzeby ich formalnego uznawania⁴, a następnie coraz wyraźniejsze dostrzeganie ich istnienia, działalności i wpływu na życie społeczno-polityczne, doprowadziło początkowo do pośredniego i ostatecznie bezpośredniego oparcia funkcjonowania partii o przepisy prawa⁵.

Budowa demokratycznego państwa, powstawanie warunków do międzypartyjnej rywalizacji uznawanej często za istotę demokratycznego procesu politycznego⁶, praktyka zawierania przez partie sojuszy w celu osiągnięcia kompromisu, nie ograniczających wysuwania własnych żądań i interesów, umożliwiających zarówno współpracę jak i rywalizację oraz wykorzystywanie obu tych elementów działania jednocześnie, upoważnia do traktowania systemu partyjnego jako istotnej części składowej działalności państwa i aktywności społeczeństwa.

Spotykane poglądy sceptyczne na temat roli partii politycznych⁷, czy dość często ujawniana niechęć do angażowania się w zinstytucjonalizowaną działalność polityczną, przewaga w poczynaniach różnych partii strategii rywalizacyjnych i konfrontacyjnych nad porozumieniami itd. nie osłabiają przeważającego przekonania o potrzebie istnienia systemu partyjnego, traktowanego jako jeden z filarów demokracji, uznania że odzwierciedlają one interesy poszczególnych grup społecznych i są przejawem swobody politycznej a tym samym rodzą zapotrzebowanie na stworzenie jasnych reguł ich działalności. Prowadzi to bezpośrednio do budowy podstaw prawnych działalności partii, ich tworzenia i zasad funkcjonowania.

O ile badania i rozważania dotyczące np. historii partii politycznych, ich roli, tworzenia, budowy, metod działania czy wpływu na aparat państwa są bardzo rozwinięte⁸ i wniosły liczący się wkład w rozwój wiedzy o społeczeństwie, to można zauważyć, że badanie i analiza podstaw prawnych funkcjonowania partii nie doczekała się szerszych opracowań.

4. Np. Konstytucja USA z 1787 roku nie mówi o partiach politycznych.

5. Francuska ustawa z 1901 roku dotycząca stowarzyszania się stworzyła oparcie dla działalności partii politycznych, fińska ustawa o partiach politycznych uchwalona została w 1969 roku, hiszpańska w 1978 roku.

6. Andrzej Antoszewski: *Pluralizm polityczny i system partyjny w procesie przejścia ku demokracji*, (w:) *Demokratyczne państwo prawne, aksjologia - struktura - funkcje*, Wrocław 1993.

7. O czym mówią m.in. liczne wyniki badań prowadzonych przez CBOS.

8. Zob. m.in. Marek Sobolewski: *Partie i systemy partyjne świata kapitalistycznego*, Warszawa 1974; Adam Łopatka: *Kierownicza rola partii komunistycznej w stosunku do państwa socjalistycznego*, Poznań 1960; Marek Żmigrodzki: *System partyjny Ludowej Republiki Bułgarii*, Warszawa 1977; Kon-

Ścisłe wyodrębnienie podstaw prawnych tworzenia i działalności partii politycznych z całokształtu ogólnych norm, zasad politycznych i praktyki politycznej, różnych form świadomości społecznej, idei, doktryn, kultury politycznej czy tradycji nie jest rzeczą łatwą. Problematyka działania partii i ich roli jest ściśle powiązana i spleciona z całokształtem szeroko ujmowanego i ciągle zmieniającego się życia społeczno-politycznego. Różnego rodzaju wewnętrzne statuty partyjne, regulaminy ciał przedstawicielskich, ordynacje wyborcze czy nawet przepisy dotyczące szeroko rozumianych organizacji społecznych, nie stanowią dostatecznej bazy dla rozważań nad podstawowymi prawnymi funkcjonowania partii. Zauważalny przede wszystkim po II wojnie światowej proces reglamentacji prawnej działalności partii politycznych⁹, wpłynął na określenie roli i miejsca partii w życiu społeczno-politycznym, podkreślając przede wszystkim prawo do uczestnictwa w wyborach, dobrowolność zrzeszania się, możliwość konkurowania ze sobą w zdobywaniu władzy, zawierania sojuszy a także możliwość zdobywania środków finansowych, zabiegania o poparcie społeczne, propagowanie nowych programów itd. Treści zawarte w konstytucjach często są konkretyzowane w przepisach niższej rangi a ostatnie lata dają podstawę do stwierdzenia, że ustawodawstwo o partiach politycznych wyraźnie się rozszerza. Ustawy m.in. regulują sposoby tworzenia i cechy partii, zasady rejestracji i delegalizacji, status prawny, zadania, funkcje itd. Przeważnie odrębne ustawy szczegółowo regulują problemy finansowania działalności partii politycznych.

Podstawy prawne tworzenia oraz szerokiej i zróżnicowanej działalności partii politycznych w Polsce zasługują na uwagę. Są one, podobnie jak i w wielu innych państwach produktem skomplikowanej i złożonej ewolucji związanej z ogólnym rozwojem stosunków społecznych, politycznych, gospodarczych systemu kapitalistycznego, oraz co można uznać za określoną specyfikę, splotu dążeń niepodległościowych, poczynań związanych z zachowaniem tożsamości narodowej i stosunkiem do aparatu państw zaborczych i władz okupacyjnych.

Zmiany polityczne zachodzące w ostatnich kilkunastu latach, demokratyzacja, decentralizacja, odchodzenie od poglądów na temat państwa jako jedynej instytucji

stanty A. Wojtaszczyk: Współczesne systemy partyjne, Warszawa 1992; Janusz Wrona: System partyjny w Polsce 1944-1950, Lublin 1950; Jurg Steiner: Demokracje europejskie, Rzeszów 1993; Społeczeństwo, państwo, władza, red. M. Żmigrodzki, M. Chmaj, Lublin 1995.

⁹ Konstytucje wielu państw Europy np. RFN, Francji, Hiszpanii, Portugalii, Włoch, Grecji, zawierają zasady działalności partii politycznych. Konstytucja RFN stwierdza „Partie współuczestniczą w formowaniu politycznej woli narodu”. Konstytucja Francji „Partie polityczne i ugrupowania tworzą się i prowadzą swoją działalność swobodnie... partie powinny przestrzegać suwerenności narodowej i demokracji”. Konstytucje innych państw zawierają przeważnie sformułowania bardziej ogólne np. Belgii stwierdza „Belgowie mają prawo zrzeszać się, prawo to nie może być przedmiotem żadnych posunięć zapobiegawczych”.

służącej dobru ogólnemu i reprezentującej wszystkich obywateli¹⁰ oraz partii jako przewodniej siły całego społeczeństwa i jej kierowniczej roli w państwie, wyodrębnianie interesu grupowego istniejącego niezależnie od interesu ogólnospołecznego a także zmiany zachodzące w relacjach między państwem a jednostką, przyczyniają się do powstania wyraźnego zapotrzebowania na stworzenie wyraźnych podstaw prawnych działania partii¹¹. Wzrost możliwości kontrolowania działań różnych instytucji i organów z punktu widzenia legalności, czego przejawem było m.in. utworzenie w 1980 roku Naczelnego Sądu Administracyjnego, w 1985 roku Trybunału Konstytucyjnego czy powołanie w 1987 roku Rzecznika Praw Obywatelskich oraz dążność do uściślenia praw i obowiązków i odpowiedzialności za całokształt poczynąń różnych jednostek organizacyjnych a także sięganie w tym zakresie do doświadczeń niektórych innych państw, doprowadziły do kompleksowego i w miarę czytelnego uregulowania zasad funkcjonowania partii politycznych w ustawie z 1990 roku.

Uchwalenie ustawy z 1990 roku poprzedzone było długą ewolucją poglądów, praktyki działania różnych partii oraz przepisów odnoszących się do ich funkcjonowania. Ukazanie poglądów wskazujących na potrzebę tworzenia podstaw prawnych partii a przede wszystkim przypomnienie przepisów regulujących ich działalność w sposób pośredni i fragmentaryczny, umożliwia łatwiejsze zrozumienie drogi prowadzącej do stworzenia regulacji kompleksowej, oraz zrozumienie rozwiązań obowiązujących i dyskusji zmierzających do określonych zmian w istniejących przepisach.

W okresie międzywojennym nie istniały w „Polsce odrębne regulacje prawne dotyczące partii politycznych¹². Partie działające jeszcze przed odzyskaniem niepodległości oraz tworzone bezpośrednio po wojnie, nie miały w zasadzie obowiązku legalizacji w jakichkolwiek organach państwowych¹³, a Konstytucje, zarówno marcowa z 1921 roku jak i kwietniowa z 1935 roku, zapewniały prawo obywateli do zrzeszania się, tworząc ogólną podstawę prawną tworzenia partii i ich działalności.

10. Eugeniusz Smoktunowicz: *Prawo zrzeszania się w Polsce*, Warszawa 1991; Jan Szreniawski: *Podstawy prawne zrzeszania się obywateli*, (w:) 45 lat Wydziału Prawa i Administracji UMCS, Lublin 1995.

11. Piotr Winczorek: *Problemy ustawowej regulacji położenia partii politycznych w Polsce*, PiP nr 1/1990; Jan Szreniawski: *Problemy prawnej regulacji kontroli politycznej*, (w:) *Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo CXLI*, Nr 857, Wrocław 1985; Jan Szreniawski: *Wybrane problemy istoty i zasad funkcjonowania władzy* (w:) *Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo CLXVIII*, Wrocław 1990.

12. Wojciech Sokolewicz: *Partie polityczne w polskim prawie konstytucyjnym: wczoraj, dziś, jutro*, *Studia Prawnicze* nr 4/1991.

13. Eugeniusz Smoktunowicz: *Prawo zrzeszania się w Polsce*, Warszawa 1991, s. 346.

Bezpośrednio po II wojnie światowej, podobnie jak w okresie międzywojennym i w wielu innych państwach europejskich, dominowały poglądy o braku potrzeby ścisłej regulacji prawnej działalności partii politycznych. Ich tworzenie, istnienie i działalność, nie znajdowały się w sferze objętej regulacją prawa. W odróżnieniu np. od funkcjonowania stowarzyszeń, związków zawodowych, związków wyznaniowych czy wielu innych organizacji skupiających osoby fizyczne na zasadach dobrowolności, nie wysuwających na plan pierwszy działalności gospodarczej i posiadających własne podstawy prawne działania¹⁴ partie polityczne działały na podstawie tzw. zwyczaju politycznego. Prace wielu autorów zajmujących się problematyką partii wnosząc wiele nowych wartości do nauki o partiach i ich roli we współczesnych systemach politycznych, w zasadzie nie omawiały szerzej podstaw prawnych ich działalności.

Od 1944 roku prawne regulacje dotyczące partii politycznych miały charakter fragmentaryczny i znajdowały miejsce w różnych aktach prawnych. Manifest PKWN stwierdzał m.in., że w skład KRN, będącej tymczasowym parlamentem narodu polskiego i jedynym legalnym źródłem władzy w Polsce, wchodzi reprezentanci stronnictw demokratycznych - ludowcy, demokraci, socjaliści, członkowie PPR i innych organizacji i podkreślał, że swobody demokratyczne nie mogą służyć wrogom demokracji. Dekret PKWN z 30 października 1944 roku o ochronie Państwa¹⁵ stwierdzający m.in., że zakładanie lub udział w związku mającym za cel obalenie demokratycznego ustroju Państwa Polskiego - podlega karze, nie sprzyjał tworzeniu ugrupowań politycznych głoszących odmienne poglądy polityczne, niż reprezentowane przez organizacje tworzące KRN. Prezydium KRN na podstawie swej uchwały z 4 listopada 1945 roku¹⁶ miało możliwość badania celowości two-

14. M.in. dekret o pracowniczych związkach zawodowych z 1919 roku, ustawy o związkach zawodowych z 1949, 1982 i 1991 roku (Dz.U. z 1991 r. Nr 55, poz. 232); ustawa z 1936 roku o stosunku Państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1936 r. Nr 30, poz. 240); Dekret o stosunku Państwa do Kościoła Metodystycznego w RP (Dz.U. z 1945 r. Nr 46, poz. 259); ustawa z 1989 roku o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w PRL (Dz.U. z 1989 r. Nr 29, poz. 154); Rozporządzenie Prezydenta RP z 1932 roku, prawo o stowarzyszeniach (Dz.U. z 1932 r. Nr 94, poz. 808); ustawa z 1989 roku Prawo o stowarzyszeniach (Dz.U. z 1989 r. Nr 20, poz. 104); Jan Szreniawski: Problemy prawne stowarzyszeń (w:) Annales UMCS, vol. XL, Sectio G, Lublin 1993.

15. Dekret PKWN z 30 października 1944 roku o ochronie Państwa stwierdzał m.in. art. 1 „Kto zakłada związek mający na celu obalenie demokratycznego ustroju Państwa Polskiego, albo kto w takim związku bierze udział, kieruje nim, dostarcza mu broni lub udziela innej pomocy - podlega karze więzienia lub karze śmierci”. Art. 87. „Kto w czasie wojny zakłada związek mający na celu przestępstwo albo związek, którego istnienie, ustrój lub cel ma pozostać tajemnicą wobec władzy państwowej albo kto w takim związku bierze udział, kieruje nim lub udziela mu pomocy - podlega karze więzienia albo karze śmierci” (Dz.U. z 1944 r. Nr 10, poz. 50).

16. Uchwała stwierdzała m.in.: „Wychodząc z założenia budowy odrodzonej Polski jako państwa demokratycznego, Prezydium KRN uznaje, że uzasadnionemu strukturą naszego społeczeństwa zróżnicowaniu demokratycznych programów społeczno-politycznych w pełni czynią zadość... działające

zenia nowych partii i decydowania o możliwości ich działania. Złożony okres bezpośrednio powojenny, w którym często brutalnie ścierały się interesy i poglądy różnych grup, warstw społecznych i jednostek oraz oddziaływanie tworzących się dwu przeciwstawnych światowych bloków militarno-polityczno-gospodarczych, olbrzymie trudności łączących się z przewyciężaniem zniszczeń związanych z wojną i okupacją, transformacją ustrojową, zagospodarowywaniem ziem zachodnich itd., pomimo formalnego uchylenia przez Prezydenta KRN stanu wojennego wprowadzonego 1 września 1939 roku na podstawie ustawy z 23 czerwca 1939 roku o stanie wojennym¹⁷ nie tworzył klimatu sprzyjającego powstawaniu nowych partii politycznych. Rozporządzenie Ministra Administracji Publicznej z 17 lipca 1945 roku w sprawie zmiany rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 10 grudnia 1932 roku o rejestracji stowarzyszeń¹⁸ nie odnosiło się do partii politycznych. Okólnik Nr 8 Ministra Administracji Publicznej z 24 stycznia 1946 roku w sprawie stronnictw politycznych - legalności i zebrania członków¹⁹ - legalizował istnienie działających partii i praktycznie uniemożliwiał tworzenie nowych. Te i inne akty prawne a przede wszystkim zmiany dokonywane w kraju, związane w szczególności z wcielaniem w życie uchwał Konferencji Poczdamskiej z 1945 roku, wyborami do Sejmu Ustawodawczego z 1947 roku, w których uczestniczyły wszystkie liczące się i działające w kraju partie polityczne (zgrupowane w bloku Stronnictw Demokratycznych PPR, PPS, SL i SD oraz PSL, SP, PSL-NW), zjednoczeniem ruchu robotniczego i powstaniem w 1948 roku PZPR, przyczyniły się do utrwalenia dostosowanego do sytuacji społeczno-politycznej kraju systemu funkcjonowania partii politycznych a doktryna społeczno-prawna nie postulowała oparcia ich działalności na ściślejszych regulacjach prawnych.

dziś stronnictwa PPR, PPS, PSL, SL, SD i SP. Dalsze jeszcze różnicowanie się polskiej opinii publicznej może spowodować niezwykle niebezpieczną przewagę roddźwięków partyjnych nad świadomością wspólnych celów naszego narodu". Zob. Marek Chmaj, Marek Żmigrodzki: Status prawny partii politycznych w Polsce, Toruń 1995, s. 36.

¹⁷ Dz.U. z 1945 r. Nr 57, poz. 320; Dz.U. z 1939 r. Nr 57, poz. 366.

¹⁸ Dz.U. z 1945 r. Nr 24, poz. 142.

¹⁹ Okólnik Nr 8 MAP (Dziennik Urzędowy MAP nr 1/1946 - L.dz. II PP 144/46) stwierdza m.in. „Do wojewodów i prezydentów miast Warszawy i Łodzi. Ponieważ zachodzą wypadki, że podległe mi władze żądają od legalnie istniejących i uznanych stronnictw politycznych (PPR, PPS, PSL, SD, SL i SP) lub od ich jednostek organizacyjnych (terenowych) przymusowej legalizacji na podstawie prawa o stowarzyszeniach (Dz.U. RPz 1932 r. Nr 94, poz. 808) lub okazania dowodów legalizacji (zatwierdzonych statutów) przeto wyjaśniam, jak następuje. I.1. Stronnictwa polityczne, jako organizacje o celach i strukturze specyficznej nie podpadają pod pojęcie stowarzyszenia lub związku i dlatego też - zgodnie z praktyką wszystkich państw demokratycznych - przymusowej legalizacji nie podlegają, a zatem przepisy prawa o stowarzyszeniach 1932 roku do stronnictw politycznych nie mają zastosowania. 2. Powyższe dotyczy stronnictw reprezentowanych w KRN i stanowiących podstawę T.R.J.N. RP, a którymi są następujące stronnictwa: PPR, PPS, PSL, SD, SL i SP... Minister Dr Władysław Kiernik”.

Podstawy prawne działalności partii tworzyły różne akty normatywne, skierowane do szerszej kategorii podmiotów, takich jak np. organizacje społeczne ludu pracującego oraz odnoszące się do wyborów ciał przedstawicielskich, składów określonych organów kolegialnych czy związanych z organizowaniem zgromadzeń.

Przykładowo biorąc ustawa z 11 września 1944 roku o organizacji i zakresie działania rad narodowych²⁰ określała warunki w zakresie programu, oblicza społeczno-politycznego i praktycznej działalności, jakie musiały spełnić organizacje uprawnione do delegowania do rad swych przedstawicieli i podkreślał rolę organizacji demokratyczno-niepodległościowych stojących na gruncie konstytucji marcowej. Ustawa o radach narodowych z 1958 roku²¹ stwierdzała w art. 8, że „przy wykonywaniu swych zadań, rady narodowe korzystają z inicjatywy i współdziałania organizacji politycznych, związków zawodowych innych organizacji społecznych ludu pracującego, jak również samorządu robotniczego i organizacji rolniczych”. Ustawa z 10 grudnia 1958 roku o samorządzie robotniczym²² podkreślała w art. 12, że w skład rady robotniczej przedsiębiorstwa wchodzi przewodniczący rady zakładowej oraz sekretarz lub inny przedstawiciel zakładowego komitetu (egzekutywy) PZPR.

Nowela konstytucji lipcowej z 10 lutego 1976 roku²³ wyrażająca powszechną wtedy w krajach socjalistycznych dążność do instytucjonalizacji prawnej podstawowych elementów systemu politycznego²⁴, usankcjonowała istniejącą w praktyce i doktrynie rolę PZPR, choć nie uregulowała m.in. osobowości prawnej partii. Nowela stwierdzając w art. 3 „1) Przewodnią siłą polityczną społeczeństwa w budowie socjalizmu jest PZPR; 2) Współdziałanie PZPR, ZSL i SD stanowi podstawę FJN”, uregulowała prawnie istniejący system, podkreślając zadania i odpowiedzialność partii dążącej do skupienia w swych szeregach najwartościowszych i najaktywniejszych jednostek, do stania się organizacją masową i ogólnonarodową oraz rolę jej sojuszników. Deklaracja Współdziałania PZPR, ZSL i SD z 12 grudnia 1980 roku, przyjęta na posiedzeniu Centralnej Komisji Współdziałania, stwierdza-

20. Dz.U. z 1944 r. Nr 5, poz. 22.

21. Dz.U. tj. z 1963 r. Nr 29, poz. 172.

22. Dz.U. z 1958 r. Nr 77, poz. 397.

23. Dz.U. z 1976 r. Nr 5, poz. 29.

24. Np. Konstytucja Jugosławii z 1974 roku stwierdzała w części wstępnej: „Związek Komunistów Jugosławii, inicjator i organizator walki i rewolucji socjalistycznej, świadomy nosiciel dążeń i interesów klasy robotniczej w rezultacie naturalnego rozwoju historycznego stał się zorganizowaną, ideologiczną i polityczną siłą klasy robotniczej i wszystkich ludzi pracy w budowie socjalizmu i urzeczywistniania solidarności ludu pracy”. Dalej konstytucja stwierdzała, że ZKJ jest głównym inicjatorem i nosicielem aktywności politycznej, odpowiedzialnym za dalszy rozwój zdobyczy rewolucji socjalistycznej.

ła, że współdziałanie stanowi podstawę polskiego systemu politycznego określonego w Konstytucji.

Wprowadzenie w 1983 roku do Konstytucji PRON, podkreśliło rolę wszystkich partii i określiło ich status prawny, czyniąc z nich jednocześnie istotny składnik konstrukcji ustrojowej państwa²⁵. Powstały stan prawny nie wykluczał możliwości tworzenia nowych partii, ale konieczność respektowania przepisów konstytucji mówiącej o przewodniej roli i sojusznikach partii, ich tworzenie ograniczała. Przepisy konstytucji jakby petryfikowały system partyjny, stwarzając określone trudności w tworzeniu nowych, likwidacji istniejących czy nawet zmianie nazwy.

Dość liczne przepisy wydawane w następnych latach jak np. ustawa z 6 maja 1987 roku o konsultacjach społecznych i referendum²⁶ regulująca działalność partii politycznych w treści art. 5 mówiącego o PRON i organizacjach społecznych czy ordynacja wyborcza do Sejmu PRL z 29 maja 1985 roku²⁷, stwierdzająca w art. 37, że Państwową Komisję Wyborczą powołuje Rada Państwa spośród wyborców wysuniętych m.in. przez PRON oraz naczelne władze PZPR, ZSL, SD, PAX, ChSS, PZK, rozwijały treści zawarte w konstytucji i tworzyły w sumie podstawy prawne działalności partii politycznych.

Wyraźne zmiany w latach 80-tych w sposobie funkcjonowania partii w wielu państwach europejskich, charakteryzujące się m.in. odchodzeniem od ścisłego członkostwa i ewoluowaniem w kierunku luźnych powiązań aktywizujących się np. w okresie wyborów, od partii masowych do tworzenia licznych grup nazywających się partiami ale skupiających w swych szeregach bardzo małą ilość członków i zwolenników, osłabieniem autorytetów i rozdziwieniem interesów między członkami a zbiurokratyzowanym aparatem partii itd., będące odbiciem określonych zmian w sytuacji międzynarodowej i podstawach społecznych obywateli, wzmagają zainteresowanie prawną problematyką działalności partii²⁸.

²⁵. Art. 3 ust. 2 i 3 otrzymały brzmienie: 2) Sojusz i współpraca PZPR z ZSL i SD w budowie socjalizmu oraz ich współdziałanie ze stojącymi na gruncie zasad ustrojowych PRL organizacjami i stowarzyszeniami, stanowi podstawę PRON; 3) PRON jest płaszczyzną jednoczenia społeczeństwa dla dobra PRL, a także współdziałania partii politycznych, organizacji i stowarzyszeń społecznych oraz obywateli, niezależnie od ich światopoglądu - w sprawach funkcjonowania i umacniania socjalistycznego państwa oraz wszechstronnego rozwoju kraju (Dz.U. z 1983 r. Nr 39, poz. 175). Sygnatariuszami Deklaracji PRON z 20 lipca 1982 roku byli: PZPR, ZSL, SD, PAX, ChSS i PZKS. Można dodać, że prof. E. Iserzon analizując na seminariach obowiązujące w latach 70-tych przepisy oraz bazując na nich praktykę dopuszczał zaliczanie komitetów partyjnych, central spółdzielczych, związkowych itp. do szeroko rozumianego aparatu państwowego. Podkreślał szerokie możliwości realizowania przez partie funkcji zleconych przez państwo a także zrastanie się systemu partyjnego i państwowego zarówno w państwach socjalistycznych jak i kapitalistycznych.

²⁶. Dz.U. z 1985 r. Nr 14, poz. 83.

²⁷. Dz.U. z 1985 r. Nr 26, poz. 112.

²⁸. Ob. m.in. Piotr Winczorek: Problemy ustawowej regulacji położenia partii politycznych w Polsce,

Szerokie zmiany społeczno-polityczne i początki gospodarki rynkowej, dążenia do koalicyjnego sposobu realizowania władzy, chęć bliższego sprecyzowania uprawnień i obowiązków partii, równouprawnienia wszystkich partii, uściślenia relacji między partiami a społeczeństwem i organami państwa itd. doprowadziły do formuowania, szczególnie w szeregach SL i SD, różnych wniosków lansujących koncepcje przewodniej roli trójpartyjnej koalicji oraz zgłoszenia w czasie obrad „Okrągłego Stołu” w 1989 roku, przez stronę koalicyjno-rządową, propozycji uchwalenia ustawy o partiach politycznych. Szeroka dyskusja akcentowała konieczność prawnego usankcjonowania istniejących i ułatwienia tworzenia nowych partii, przyznania partiom osobowości prawnej, sprecyzowania metod działania, stosunku do aparatu państwowego, ograniczeń w przynależności np. dla sędziów i zawodowych żołnierzy, możliwości delegalizacji, podstaw finansowania, odróżnienia od innych organizacji²⁹.

Późniejsze dyskusje, toczone także w Sejmie wybranym w czerwcu 1989 roku, kładły nacisk m.in. na brak możliwości utrzymania dotychczasowych rozwiązań prawnych w zmienionej sytuacji politycznej oraz różnic w funkcjonowaniu i zadaniach oraz istocie partii działających w systemie kapitalistycznym i socjalistycznym. Podkreślano też pozytywne jak i negatywne strony zamierzonej rejestracji lub notyfikacji partii³⁰ np. w Sejmie, sądach, Trybunale Konstytucyjnym, uwypuklano m.in. problem pełnej jawności działania oraz możliwość ograniczenia przez rejestrację praw i wolności obywateli a także rolę nadzoru, możliwości ingerowania w wewnętrzne sprawy partii, minimalnej ilości członków założycieli, zmuszania do przynależności, podziału na partie zarejestrowane i niezarejestrowane, rozwiązywanie partii, dostępu do środków masowego przekazu, prowadzenia działalności gospodarczej czy możliwości dotowania partii z budżetu państwa³¹.

PiP nr 1/1990; Wiesław Skrzydło: Status prawny partii politycznych w Polsce - maszynopis; Mirosław Granat: Uwagi do prawnoustrojowego statusu partii komunistycznej, PiP nr 3/1993.

²⁹. Odnosi się to przede wszystkim do tzw. grup nacisku (lobby), które organizują się nie dla zdobycia władzy ale dla zrealizowania konkretnego celu, organizują różne naciski na państwo, społeczeństwo, reprezentują określone interesy i czasem ich działalność krzyżuje się z poczynaniami partii i ciał przedstawicielskich. Niektóre partie np. tzw. zielonych, w wielu krajach zachodnich spełniają funkcje grup nacisku.

³⁰. Wyróżnia się najczęściej trzy sposoby tworzenia: koncesyjny, administracyjny i rejestracyjny. W koncesyjnym organ państwowy udziela zezwolenia na działalność partii jeżeli spełnia ona określone warunki. Administracyjny uzależnia założenie partii od decyzji organu administracyjnego, który może sprawować nadzór nad działalnością partii. Rejestracyjny - przyjęty przez ustawę z 1990 roku polega na swobodzie zakładania partii po złożeniu odpowiednich dokumentów. System ten nie uzależnia tworzenia partii od woli organu państwowego, lecz od woli inicjatorów, którzy poddają się określonym regułom prawnym zakładania, których cechą jest pozytywne określenie warunków działalności politycznej. Partie nie zgłoszone do ewidencji mogą legalnie działać ale nie posiadają osobowości prawnej.

³¹. Wiążące się z tym zmiany na scenie działalności partyjnej to przede wszystkim rozwiązanie się w dniu 29 stycznia 1990 roku PZPR (zob. m.in. ustawę 9 listopada 1990 roku o przejęciu majątku

Ustawa z dnia 28 lipca 1990 roku o partiach politycznych³² daje definicję partii politycznej stwierdzając, że jest to „organizacja społeczna występująca pod określoną nazwą, stawiająca sobie za cel udział w życiu publicznym, w szczególności przez wywieranie wpływu na kształtowanie polityki państwa i sprawowanie władzy”. Członkami mogą być obywatele polscy, którzy ukończyli 18 lat. Partia nie może posiadać jednostek organizacyjnych w zakładach pracy i wojsku. Nazwa i symbole korzystają z ochrony prawnej³³. Ustawa nie nakłada obowiązku rejestracji ale partie chcące posiadać osobowość prawną muszą się zgłosić do ewidencji prowadzonej przez Sąd Wojewódzki w Warszawie. Zgłoszenie powinno zawierać m.in. nazwiska, adresy i podpisy co najmniej 15 osób, posiadających pełną zdolność do czynności prawnych, nazwę, siedzibę, sposób wyłaniania organu upoważnionego do reprezentowania. Ewidencja partii politycznych jest jawna³⁴ a poświadczenie zgłoszenia jest dowodem nabycia osobowości prawnej.

Trybunał Konstytucyjny może na wniosek Ministra Sprawiedliwości lub przedstawienia Sądu Wojewódzkiego, wydać orzeczenie o sprzeczności celów lub działania z Konstytucją i zalecić wprowadzenie zmian do programu lub statutu partii. Jeśli działalność partii zmierza do zmiany przemocą ustroju RP lub wyraża się organizowaniem przez władze partii stosowania przemocy w życiu publicznym, Minister Sprawiedliwości występuje do Trybunału Konstytucyjnego o zakaz jej działalności. Prawomocne orzeczenie TK o zakazie powoduje likwidację partii. Do postępowania likwidacyjnego, stosuje się przepisy ustawy Prawo o stowarzyszeniach z 1989 roku³⁵. Środki majątkowe mogą pochodzić ze składek członkowskich, darowizn, spadków, zapisów, dochodów z majątku oraz działalności publicznej. Działalność gospodarcza może być prowadzona wyłącznie w formie spółdzielni i udziału w spółkach. Partie nie mogą korzystać ze wsparcia rzeczowego i pomocy finansowej z zagranicy. Źródła finansowania są jawne. Zasady finanso-

byłej PZPR - Dz.U. z 1991 r. Nr 16, poz. 72 - stwierdza w art. 1 „Nieruchomości i ruchomości, które pozostawały w dniu 24 sierpnia 1989 roku w samoistnym posiadaniu byłej PZPR lub wyodrębnionych jednostek organizacyjnych podległych byłej PZPR, przechodzą na mocy niniejszej ustawy na rzecz Skarbu Państwa”) i utworzenie SdRP, zmiana nazwy ZSL na PSL oraz powstanie dużej ilości partii, najczęściej skupiających małą ilość członków, reprezentujących bardzo różne interesy i poglądy polityczne i oparte o różne założenia doktrynalne.

³²-Dz.U. z 1990 r. Nr 54, poz. 312.

³³. Np. SdRP Czerwona róża; PSL zielona czterolistna koniczyna, SN miecz Chrobrego; ZKP „Proletariat” czerwony goździk.

³⁴. Pierwsze miejsce w rejestrze zajmuje PSL z datą 17 sierpnia 1990 roku; miejsce dziewiąte ZKP „Proletariat”; miejsce 249 Unia Wolności. W końcu 1994 roku było zarejestrowanych w Polsce ponad 250 partii politycznych. Niektóre z nich zaprzestały działalności ale nie zgłosiły formalnego wniosku o wykreślenie z ewidencji. Regułą jest tworzenie się po większych zmianach politycznych w państwie dużej ilości, przeważnie małych partii a dopiero po kilku latach powstawania organizacji większych, z którymi identyfikują się duże grupy obywateli.

³⁵. Dz.U. z 1989 r. Nr 20, poz. 104.

wania partii ze źródeł publicznych na cele kampanii wyborczej regulowane są w ordynacjach wyborczych.

Ustawa z 1990 roku nie jest tworem doskonałym. Wiele jej założeń i szczegółowych rozwiązań spotyka się z krytyką. Można jednak stwierdzić, że dostrzegane wady i ułomności rozwiązań prawnych regulujących trudną i złożoną materię polityczną, nie podważają ogólnej opinii, że ustawa odpowiada międzynarodowym standardom i spełnia wymogi stawiane przez art. 20 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i art. 11 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³⁶ oraz art. 22 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁷, że jest potrzebna i w zasadzie spełnia pokładane w niej społeczne oczekiwania. Można też stwierdzić, że ustawa odpowiada sformuowaniom zawartym w Konstytucji, wprowadzonym do jej tekstu w noweli z 29 grudnia 1989 r.³⁸ stwierdzającym, że „Partie polityczne zrzeszają na zasadach dobrowolności i równości obywateli RP w celu wpływania metodami demokratycznymi na kształtowanie polityki państwa”. Wysuwane ostatnio propozycje nowelizacji ustawy postulują m.in. zwiększenie liczby członków założycieli³⁹ i precyzyjniejsze uregulowanie spraw finansowych.

³⁶. Dz.U. z 1992 r. Nr 85, poz. 427.

³⁷. Dz.U. z 1994 r. Nr 23, poz. 80.

³⁸. Dz.U. z 1989 r. Nr 75, poz. 444.

³⁹. Np. w Szwecji do zarejestrowania partii wymagane jest co najmniej 1500 członków posiadających bierne prawo wyborcze, w Portugalii 5000 członków.

KSZTAŁTOWANIE ŚWIATOPOGLĄDU A PROBLEM BIUROKRACJI

Jeden ze współczesnych poglądów filozoficznych głosi, że znamię człowieka jest zdolność do tworzenia poglądu na świat. Zewnętrznym wyrazem owego światopoglądu, czy jak określają go niektórzy, wartościopoglądu, jest zdolność do twórczości kulturowej. Nie chodzi tu tylko o twórczość literacką czy artystyczną. Pojęcie twórczości obejmuje także twórczość legislacyjną, społeczną, gospodarczą, polityczną, techniczną czy religijną, jak również naukową. Rezultatem tych odmiennych rodzajów twórczości jest świat kultury - swoiste dzieło człowieka. Nie zaobserwowano dotąd przejawów twórczości kulturowej ani w świecie roślin, ani w świecie zwierząt. Natomiast, jak wynika ze współczesnych badań naukowych, rozumnością odznacza się nie tylko człowiek, ale również zwierzęta. Piszemy się również obecnie o inteligencji roślin. A więc wyjątkowość człowieka zawiera się w potrzebie i zdolności tworzenia świata stanowiącego odniesienie do ideałów, czyli świata kultury. Tworząc go, zarazem dokonujemy tak głębokich zniszczeń środowiska naturalnego, że człowiek nazywany bywa obecnie „zwierzęciem śmiejącym”.

Zdolność tworzenia światopoglądu, znanie człowieczeństwa, prowadzi do kształtowania odrębności indywidualnych. Jeśli pokolenie wzrasta pod wpływem nacisku tylko jednego poglądu na świat, to atmosfera ta sprzyja wytwarzaniu postaw koniunkturalnych i oportunistycznych. Wartość prawdy wewnętrznej zaczyna być zapomniana. W takich warunkach jedynie osoby odznaczające się odwagą cywilną, stają się zdolne do kształtowania poglądu na świat w sposób zgodny ze swoimi właściwościami.

W państwie, w którym dominuje określony pogląd na świat, partie polityczne i Kościoły w swoich działaniach mają tendencje do przemawiania w imieniu wszystkich obywateli, zapominając o tym, że mogą reprezentować tylko swoich członków. W takich państwach szczególnie łatwo narastają mity w życiu publicznym i dominuje powoli rozrastająca się biurokracja. Trzeba tu przypomnieć przewidywania tych dziewiętnastowiecznych myślicieli, którzy wiązali ustrój demokratyczny w przyszłości z rozkwitem biurokracji. Szczególnie uwypuklili tę zależność Ludwik Gumplowicz i Fryderyk Nietzsche. Pierwszy z nich był wprawdzie apologetą państwa demokratycznego, czyli nowoczesnego państwa kultury, ale uważał, że rządy prawa w ustroju demokratycznym wymagają rozrośniętej armii urzędników strzegących owych praw.

Współczesne teorie demokracji podkreślają, że istota tego systemu wyraża się w pluralizmie światopoglądowym. Mniejszości światopoglądowe w takim państwie mają być respektowane. Warunkiem koniecznym do ukształtowania nie deklaracyjnego lecz faktycznego ustroju pluralistycznego pod względem światopoglądowym jest swobodne kształtowanie się świadomości obywateli. To właśnie świadomość stanowi źródło wszelkich przemian w społeczeństwie, łącznie z ekonomicznymi. Ta świadomość zależy wprost od kultury filozoficznej społeczeństwa. Idzie tu o filozofię rozumianą nie tylko jako dyscyplinę akademicką, ale i o obecność filozofii w życiu codziennym. Tymczasem obecnie w Polsce trwamy w stanie próżni filozoficznej. Taka próżnia pojawia się wtedy, gdy oddziałują na szersze kręgi społeczeństwa dwa poglądy filozoficzne, bądź - jak obecnie u nas - zaledwie jeden. Wzmaga tę sytuację wprowadzenie religii do szkół oraz znany zapis o konieczności przestrzegania wartości chrześcijańskich w środkach masowego przekazu. Ocena takiego stanu jako próżni filozoficznej nie ma nic wspólnego z oceną wartości tego poglądu, który ma w kraju dominować.

Próżnia filozoficzna odbija się negatywnie na rozwoju nauk, literatury i sztuki. Sprawia, że jednostki tworzą swój pogląd na świat często w sposób odległy od ich indywidualnych właściwości. Płyne to z braku wiedzy o innych możliwych sposobach rozstrzygania hierarchii wartości czy sensu życia. Skutkiem takiej sytuacji staje się również ciśnienie jednego rodzaju moralności uznanej za jedynie słuszną. Sytuację komplikuje przekonanie, wygłaszane niejednokrotnie w życiu publicznym, zgodnie z którym moralność ma determinować treść przepisów prawnych. Jest to niepokojące z kilku powodów. Przede wszystkim zaczynają się pojawiać na tej drodze elementy totalitaryzmu mimo istniejących nadal struktur demokratycznych, bowiem totalitaryzm charakteryzuje się uznaniem jednego typu moralności za obowiązującą wszystkich. Ponadto moralność wynika bardziej głęboko w problemy życia indywidualnego niż prawo. Tak więc monizm moralny i przekładanie treści owej moralności na przepisy prawne prowadzi do poważnego naruszenia wolności wszystkich obywateli.

W szczególnie trudnej sytuacji znajdują się urzędnicy, bowiem przychodzi im rozstrzygać problemy często w sposób sprzeczny z ich poglądami moralnymi. Sytuacja komplikuje się, bowiem po doświadczeniach II wojny światowej popularne stały się poglądy głoszące, że urzędnik powinien rozstrzygać powierzone mu kwestie w sposób zgodny z jego sumieniem. Krytykuje się ostro urzędników III Rzeszy za to, że byli bezwzględnie powolni literze prawa. Jak jednak ma się zachować urzędnik nawet odznaczający się pewną dozą odwagi cywilnej, gdy z jednej strony nakazuje mu się w ustroju demokratycznym, by odnosił się z respektem dla prawa i zarazem wskazuje się, że ma postępować zgodnie z tzw. sumieniem? Jak ma się zachować jeżeli dopuszcza się tylko jeden rodzaj poglądów moralnych uznawanych jako słuszne? Jest złudne żądanie od urzędnika, by kierował się swoją oceną indywidualną, gdy panuje zniewolenie w sferze światopoglądowej i zarazem rozwija

się sytuacja bezrobocia? Lęk przed utratą pracy jest czynnikiem zniewalającym na równi z ciśnieniem określonego poglądu na świat.

Światopogląd to zbiór sądów wypowiedzianych o świecie i norm regulujących postępowanie. Opiera się na przesłankach naukowych, ale we wnioskach wychodzi dalej niż pozwala na to logika tych przesłanek. Żaden ze światopoglądów nie może pretendować do miana naukowego. Te pojęcia nie przylegają do siebie. O przyjęciu określonego światopoglądu decydują względy nie tylko racjonalne, ale również emocjonalne, kulturowe wychowawcze i środowiskowe, jak również narodowe. Tylko i wyłącznie w sytuacji krzyżowania się rozmaitych tendencji światopoglądowych mogą wykrystalizować się wyraziste poglądy na świat, zgodne z prawdą wewnętrzną poszczególnych obywateli. Problem prawdy wewnętrznej staje się coraz rzadziej sprawą publicznie poruszaną w związku z powszechnym konformizmem, który charakteryzuje nasze społeczeństwo. Prowadzi to zresztą do pytania kim właściwie jest człowiek, skoro nie przymuszany groźbą utraty życia, tortur czy więzienia, zmienia swoje poglądy całkiem bezwstydnie. Jest to pytanie zasadnicze, skoro zdolność tworzenia poglądu na świat stanowi wyróżnik człowieczeństwa.

Konformizm i oportunizm przyczyniają się do braku tolerancji w społeczeństwie. Ludzie tłumiący swoje prawdziwe poglądy są w życiu publicznym równie niebezpieczni co fanatycy. W konsekwencji zaczyna panować atmosfera bezduszności i braku tolerancji dla wszelkich mniejszości. Jedynie człowiek głoszący publicznie poglądy, które faktycznie wyznaje, pod warunkiem że nie jest ich fanatycznym wyznawcą, może być życzliwy dla innych i współrozumiejący drugiego człowieka. Tylko taki człowiek może być urzędnikiem wolnym od wszelkich ujemnych cech biurokracji. Inny typ życzliwego ludziom urzędnika to agnostyk, a więc człowiek mający swoje poglądy, ale w mniejszym lub większym stopniu zarazem wątpliwości co do tego, że osiągnął prawdę. Takie wątpliwości są twórcze, bowiem wytwarzają stan zaciekawienia poglądami odmiennymi od tych, które wydają się najwłaściwsze. Agnostycyzm czy to umiarkowany, czy też w swej postaci skrajnej sprzyja życzliwemu stosunkowi do innych.

Gdy słyszy się obecnie krytykę poglądów marksistowskich, jak również norm prawnych stanowionych przed 1989 rokiem przez tych, którzy jeszcze wczoraj pisali w duchu marksistowskim, czy też współtworzyli tamten system polityczny - to powstaje pytanie: czy łatwość zmiany poglądu na świat w celach korzyści jest typową cechą dla naszego narodu? Gdzie profesorowie, docenci, doktorzy, pisarze, artyści powołujący się niedawno powszechnie na Marksa i aprobujący poprzedni system? Iluzoryczne oczekiwania związane z demokracją i bezkrytyczny stosunek do tej formy ustrojowej prowadzą do ograniczenia wolności. Ustrój demokratyczny wiąże się również z politycznym panowaniem określonej grupy społecznej, co z reguły się przemilcza.

Już Arystoteles wskazywał na to, że demokracja przybiera często swą zwyrodniałą postać, która przejawia się w takim rozwiązywaniu problemów życia pub-

licznego, które są korzystne dla grupy sprawującej władzę. Człowiek z istoty swej pragnie pewnej politycznej wspólnoty. Ale owa wymarzona jedność z innymi i zarazem wolność we wspólnym życiu obywatelskim jest niemożliwa do uzyskania bez politycznego porządku, który jest mniejszym lub większym ograniczeniem człowieczej samowoli. Istotną rolę w tym politycznym porządku odgrywają urzędnicy. W myśl dzisiejszych koncepcji nowoczesne społeczeństwo powinno się odznaczać ograniczonym oddziaływaniem państwa oraz silnymi w swym znaczeniu grupami społecznymi. O ile jednak w dawnych ustrojach nie zachodziła potrzeba rozbudowy wielkiego aparatu urzędniczego - to w naszym stuleciu niezbędny stał się liczny klan urzędniczy. Ideom równości mocno rozbudowanym w wieku XIX - a więc w czasach, którego tradycja silnie na nas oddziałuje - odpowiada w swoisty sposób przekonanie o potrzebie podporządkowania się władzy, w tym władzy urzędniczej.

Człowiek współczesny, żyjący w ustroju demokratycznym, powinien stanowić część wspólnoty. Izolowanie się w ustroju demokratycznym sprawia, że kryształują się jednostki mało wrażliwe na problemy ogółu. Jest to niebezpieczne w ustroju demokratycznym, bowiem teoretycznie każdy niemal obywatel może zostać wybrany do parlamentu. Niepokojące w takim ustroju są wszelkie niedomagania systemu edukacyjnego, bowiem może on kształcić jednostki w taki sposób, że odznaczać się będą niedorozwojem sfery uczuciowej i nikłą wrażliwością. Tak ukształtowani obywatele są szczególnie niebezpieczni, gdy przychodzi im sprawować władzę. Są bezduszni i w rutynowy sposób osądzają sprawy podległe ich kompetencji. Ludzie tacy są nierzadko spragnieni władzy i poświęcają swoje siły pracy urzędniczej, nie dostrzegając niczego poza paragrafami oraz przełożonymi.

Trudno krytykować, co się jednak u nas czyni, młode pokolenie, skoro dorośli na ogół nie są u nas należyтым wzorem do naśladowania. Niezbędne są żywe wzory i nie mogą wystarczać te czerpane z literatury czy z filmu. Poszukując innych wartości niż te, które są obiegowo wyznawane w społeczeństwie, młodzież ucieka, na przykład, w świat muzyki rockowej; niektóre z piosenek, by wymienić teksty Kazika Staszewskiego, stają się wyznaniem wiary. Znamienne, że ci, którzy kończyli szkoły w okresie międzywojennym lub tuż po wojnie, z reguły zachowali w pamięci „swojego” nauczyciela i rozmowy z nim. Aktualnie uczące się pokolenie nie wie co to znaczy stosunek mistrz - uczeń. A to odciska się w swoich skutkach negatywnie na sposobie życia i stosunku do drugiego człowieka.

Pluralizm światopoglądowy i relatywizm wartości, cechy znamienne dla ustroju demokratycznego i nierozdzielnie z nim związane, sprawiają, że więzią łączącą obywateli w takim ustroju jest prawo pozytywne. Ten pogląd jest możliwy do przyjęcia dla przeciwników koncepcji prawnonaturalnych, jak również dla zwolenników prawa natury. Trzeba tu zresztą pamiętać, że prawo natury bywa rozmaicie interpretowane. Oprócz wciąż żywych teorii tradycyjnych pojawiły się w ostatnim

dziesiątku lat XIX wieku teorie prawa natury o zmiennej treści, jak również, w połowie XX wieku, dynamiczne teorie prawa natury.

Ustroje polityczne, w których rolę nadrzędną pełni prawo stanowione, nie zaś samowola osób sprawujących władzę i pozostających ponad prawem, w naturalny sposób prowadzą do wytworzenia się rzeszy urzędników stojących na straży respektowania prawa. Według znanej powszechnie koncepcji Maxa Webera urzędnik powinien odznaczać się serwilistycznym posłuszeństwem wobec zwierzchników, a zarazem bezwzględnie przestrzegać litery prawa; powinien być sprawnie działającym kółkiem w mechanizmie. W swej działalności nie powinien powodować się uczuciami sympatii czy niechęci do petentów. Jego cechy indywidualne mają być tłumione na rzecz sprawnego rozpatrywania powierzonych mu spraw i zadań.

Grzegorz Leopold Seidler przypomniał nie tak dawno poglądy naszego rodaka Olszewskiego, który na początku naszego stulecia sformułował wymagania, które należy stawiać urzędnikom. Brzmiały one całkowicie współcześnie i są, moim zdaniem, do spełnienia. Nie jest też wykluczone, na co zwraca uwagę prof. Seidler, że z poglądami Olszewskiego polemizował we właściwy sobie, tzn. w niewyrażniony sposób, Max Weber, co doprowadziło go do stworzenia własnej koncepcji.

Zdaniem T. Olszewskiego urzędnik powinien być wyrazistą indywidualnością, człowiekiem rozwiniętym nie tylko intelektualnie, ale również uczuciowo i wrażliwym na problemy drugiego człowieka. Po to, aby stawać się urzędnikiem we właściwym tego słowa znaczeniu, należy być czynnie zaangażowanym w problemy, jakie niesie czas. Tak rozwinięty i zdolny do dalszego rozwoju człowiek staje niejednokrotnie wobec problemu, czy kierować się literą prawa, czy własnym poczuciem słuszności, zgodnym z wyznawanym światopoglądem, a w tym przyjętą przez siebie hierarchią wartości. Problem ten ma znaczenie nie tylko teoretycznie, ale również praktyczne, dochodząc do głosu np. w procesie norymberskim.

Prawidłowe ukształtowanie światopoglądów urzędników, tzn. pobudzenie w nich przekonania, że konformizm i oportunizm nie licują z człowieczeństwem i ich rolą, jaką mają oni do spełnienia, mogłoby w istotny sposób przyczynić się do uzdrowienia życia publicznego. Wykonywanie funkcji publicznych powinno się wiązać z wewnętrznym zaangażowaniem i bezinteresownością, nie zaś z myślą o szybkim dorobieniu się materialnym, o interesach grupowych czy dążeniem do zrobienia kariery. Dlatego też głęboki sens ma pomysł Olszewskiego, zresztą nie pierwszy w dziejach, by tworzyć urzędy honorowe. Takie urzędy z pożytkiem dla społeczności pełniliby ludzie przepojeni pasją społecznikowską, pragnący poświęcić swoje siły dla spraw, w których łączą się ich cele indywidualne z celami wspólnoty.

**OCHRONA PRAW JEDNOSTKI W USTAWIE
O NACZELNYM SĄDZIE ADMINISTRACYJNYM
I W JEGO ORZECZNICTWIE**
(wybrane zagadnienia)

Wprowadzenie

Mówiąc o ochronie praw jednostki rozumie się zazwyczaj pod tym pojęciem ochronę praw osoby fizycznej, będącej w dodatku obywatelem danego państwa. Takie zawężenie nie byłoby jednak adekwatne ani na gruncie polskiego ustawodawstwa, w tym ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (NSA), ani nie odpowiadało tendencjom w światowej nauce, ustawodawstwie i orzecznictwie. B. Banaszak w swojej najnowszej pracy wykazuje, że konstytucje i ważniejsze ustawy określonych państw demokratycznych gwarantują ochronę prawną osobom znajdującym się na ich terytorium, a nie mającym obywatelstwa tych państw, rozszerzają te gwarancje na osoby prawne prawa cywilnego, a nawet na podmioty w ogóle nie posiadające osobowości prawnej. W państwach europejskich, w przeciwieństwie do Stanów Zjednoczonych, ugruntowuje się również pogląd w nauce i orzecznictwie, że nawet osoby prawa publicznego korzystają ze środków ochrony prawnej, jeżeli w danej sprawie nie działają jako podmioty posiadające atrybuty władzy¹.

Nauka i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego podniosło prawo do ochrony sądowej do godności jednego z podstawowych elementów zasady państwa prawnego, o którym stanowi art. 1 ustawy konstytucyjnej z 1952 r., w brzmieniu nadanym mu zmianą z 1989 r. (Dz.U. nr 75, poz. 444), a utrzymany w mocy postanowieniem art. 77 ustawy konstytucyjnej z 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. nr 84, poz. 426), uchylającym tę Konstytucję². Tak interpretowana treść tego przepisu i wyrażone w niej zasady współbrzmia z ratyfikowanymi przez Polskę Paktami Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 168) oraz Europejską Konwencją Praw Człowieka (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284).

¹. B. Banaszak: Prawa jednostki i system ich ochrony; Kolonia Limited, Wrocław 1995, s. 56-58.

². Por. J. Zakrzewska: Konstytucyjna zasada państwa prawnego w praktyce Trybunału Konstytucyjnego (PiP 1992, nr 7, s. 8 i 13, 14).

W systemie sądowej ochrony praw jednostki ważne miejsce przypada sądownictwu administracyjnemu, sprawującemu kontrolę prawidłowości stosowania prawa administracyjnego (*sensu largissimo*) przez organy administrujące. Ustawa 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. nr 74, poz. 368), obowiązująca od 1 października tego roku, nie pozbawia co prawda udziału w tej kontroli innych sądów, przewidzianego w ustawach szczególnych (art. 19 ustawy wyłącza w takich sytuacjach kognicję NSA³), tym niemniej NSA sprawujący o g ó l n e sądownictwo administracyjne zajmuje dominującą pozycję w wykonywaniu wymiaru sprawiedliwości w tym zakresie.

Postulaty rozszerzenia zakresu sądowej kontroli administracji i pełniejszego objęcia nią ochrony praw jednostki wysuwane były od dłuższego czasu, a ewolucję stopniowego rozszerzania zakresu tej kontroli⁴ uznawano za niewystarczającą⁵. Pomimo trendu rozwojowego ogólnego sądownictwa administracyjnego i sukcesywnego rozszerzania zakresu jego działania, nadal szereg prawnych form działania administracji pozostało poza jego zasięgiem, a kontrola legalności decyzji administracyjnych stanowiła jego dominantę. I tak np. poza zakresem kontroli sądowej pozostawały:

- nie objęte klauzulą enumeracyjną art. 196 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a) postanowienia wydawane na podstawie kodeksu oraz postępowania egzekucyjnego w administracji (p.e.a.), w tym tak istotne jak wymienione w art. 106 i art. 219 k.p.a.;

- inne niż decyzje i postanowienie akty i czynności władcze konkretyzujące przepisy prawa w sprawach indywidualnych, z których wynikały dla stron upoważnienia lub obowiązki (np. wszelkie akty rejestracji nie poprzedzone decyzją i skreślenia z rejestru, skierowania, przyjęcia do zakładów administracyjnych lub „skreślenia” ze stanu ich użytkowników);

³. Chodzi tu np. o sprawy wpisów na listy wyborców do Sejmu, Senatu oraz samorządu terytorialnego (skargi na nieuwzględnianie reklamacji w tych sprawach rozpatrują sądy rejonowe, zaś skargi na wyniki wyborów Sąd Najwyższy); w sprawach ze stosunku pracy z pracownikami mianowanymi właściwe są sądy powszechne - działające jako sądy pracy, chyba że jak w przypadku ustawy z 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (art. 38), ustawa szczególna powierza orzecznictwu NSA; w sprawach ubezpieczeń społecznych, w których decyzje w sprawach emerytur, rent i innych świadczeń kontrolują sądy powszechne - jako sądy ubezpieczeń społecznych; decyzje Prezesa Urzędu Antymonopolowego, kontrolowane pierwotnie przez NSA, zostały poddane kontroli Sądu Antymonopolowego i o wiele innych przykładów.

⁴. Por. J. Świątkiewicz: Ewolucja zakresu działania Naczelnego Sądu Administracyjnego; (Problemy praworządności, 1991, nr 1-2).

⁵. Por. M. Kulesza: Przed realizacją przepisów o NSA, Gaz. Prawn. 1989, nr 7 i 8; A. Zieliński: Postępowanie przed NSA w świetle prawa do sprawiedliwego procesu sądowego (PiP 1992 r., nr 7, s. 19-20) i por. też J. Świątkiewicz: Sądownictwo administracyjne w Polsce *de lege ferenda* (PiP 1993, nr 10).

- nieuznawanie uprawnień wynikających b e z p o ś r e d n i o z przepisów prawa, gdy przepisy prawa nie przewidują takiego uznania w formie decyzji lub w innej formie prawnej (np. wynikające wprost z ustawy z 1991 r. o kombatan-
tach... (Dz.U. nr 17, poz. 75 ze zm.) prawo przechodzącego na emeryturę lub rentę
do zachowania uprawnień do leczenia w zakładach służby zdrowia, z którego ko-
rzyszał podczas pracy zawodowej - art. 18 ust. 2):

- akty normatywne i inne o charakterze ogólnym wydawane przez terenowe
organy rządowej administracji ogólnej i specjalnej i inne podmioty prawa (np. sa-
morządu gospodarczego i zawodowego). Ustawa o samorządzie terytorialnym z
1990 r. poddała kontroli NSA uchwały tylko organów kolegialnych tego samorzą-
du; akty normatywne terenowych organów administracji rządowej nie zostały na-
tomiasz objęte ani kontrolą Trybunału Konstytucyjnego (TK), ani NSA⁶.

W toku prac legislacyjnych nad nową ustawą o NSA rozszerzenie zakresu kon-
troli sądowej spotykało się co prawda niekiedy z obiekcjami⁷. Sejm jednak miaź-
dzącą większością głosów (przy 348 głosach „za”, 4 głosach przeciwnych i 4
wstrzymujących się) ustawę uchwalił, dając tym wyraz, niezależnie od podziału
na koalicję i opozycję, dążeniu do rozszerzenia gwarancji praw jednostki w sto-
sunkach z organami administracji publicznej.

Zakres działania NSA i ochrona praw jednostki w ustawie z 1995 r.

1. Już art. 1 ustawy przesądza, że sąd sprawuje wymiar sprawiedliwości przez
sądową kontrolę wykonywania administracji publicznej. A więc nie kontrolę or-
ganów administracji publicznej (ujęcie podmiotowe) lecz sprawowanie f u n k c j i
administracji publicznej (ujęcie przedmiotowe). Nie ma zatem znaczenia, czy
dany podmiot jest z istoty swej organem tej administracji. Wystarczy, że działanie
jego (zachowanie) wykazuje, że w danej sprawie wykonuje on administrację pub-
liczną. Z tą ogólną konstatacją art. 1 współbrzmi art. 20, który w ust. 2 stanowi,
że organami administracji publicznej w rozumieniu niniejszej ustawy są „naczelne
i centralne organy administracji państwowej, terenowe organy administracji rządo-
wej, organy samorządu terytorialnego oraz i n n e (podkreślenie J.Ś.) w zakresie,
w jakim zostały powołane z mocy prawa do załatwiania spraw z zakresu admi-
nistracji publicznej”. Ustęp 3 precyzuje zaś wyraźnie, że ilekroć w ustawie jest mo-
wa o decyzjach, postanowieniach, innych aktach lub czynnościach oraz „sprawach
z zakresu administracji publicznej”, należy przez to rozumieć wszelkie akty, czyn-
ności, działania i sprawy załatwiane przez organy wymienione w ust. 2, które nie
mają charakteru cywilnoprawnego. Trudno o wyraźniejszą deklarację intencji usta-

6. Uzasadnienie wydania nowej ustawy omawiam szerzej w pracy: Komentarz do ustawy o Naczel-
nym Sądzie Administracyjnym; we wprowadzeniu; Warszawa 1995.

7. Por. Zb. Janowicz: Sąd administracyjny lat dziewięćdziesiątych; RPPEiS z 1991, nr 3, s. 10, 11
oraz jako ekspert w toku prac sejmowych, także postanki z klubu Unii Wolności I. Lipowicz oraz
A. Skowrońska-Łuczyńska.

wodawcy. Zauważyć natomiast wypada, że tradycyjna kontrola sądowa decyzji administracyjnych nie obejmowała i nie obejmuje tzw. internów administracji, a definicje formułowane w piśmiennictwie oraz orzecznictwie sądowym, wyraźnie nawiązując do art. 3 § 3 k.p.a. stwierdzały, że decyzję rozstrzygają sprawy w stosunkach zewnętrznych tj., w których pomiędzy organem a adresatem aktu nie występuje zależność organizacyjna lub służbowa⁸. Ustawa z 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. nr 16, poz. 95) wprowadziła istotne novum, stanowiąc w art. 101 o możliwości zaskarżenia do sądu uchwał organów samorządu terytorialnego i ich związków przez każdego, kto twierdził, że naruszają one jego „interes prawny lub uprawnienie”. W zdecydowanej większości spraw chodziło o akty o charakterze ogólnym, zawierające przepisy powszechnie obowiązujące prawa miejscowego, ale nie tylko, gdyż uchwały organów samorządu terytorialnego i ich związków mogą mieć różnorodny charakter prawny np. ogólnych dyrektyw (wytycznych) skierowanych do podległych im jednostek organizacyjnych i kształtować ich postępowanie, mogą również dotyczyć spraw indywidualnych (z zastrzeżeniem decyzji i postanowień administracyjnych podlegających odrębnemu reżimowi procedury regulowanej głównie przepisami k.p.a. lub p.e.a.). Dalszy krok stanowił, co prawda niefortunnie zrehabilitowany, art. 101^a tejże ustawy samorządowej (Dz.U. z 1994 r. nr 122, poz. 593) pozwalający na odpowiednie stosowanie art. 101 ustawy samorządowej, gdy organ gminy nie wykonuje czynności nakazanych prawem albo przez „podejmowane czynności prawne lub faktyczne narusza prawa osób trzecich”. Znamienne było też postanowienie art. 16 ustawy z 1991 r. o referendum gminnym (Dz.U. nr 10, poz. 473), zgodnie z którym na uchwałę rady gminy odrzucającej wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum, a także na niedotrzymanie jego terminu służy skarga do NSA, przy czym co było dotąd niespotykane, postanowienie uwzględniające skargę z a s t ę p u j e uchwałę rady. Na podobnej konstrukcji opiera się sądowa kontrola postanowienia wojewódzkiego komisarza wyborczego odrzucającego wniosek o przeprowadzenie referendum gminnego w sprawie odwołania gminnej rady (art. 22).

Ustawa anno 1995 nie tylko p r z e j m u j e wszystkie dotychczasowe wynikające z przepisów s z c z e g ó l n y c h kompetencje Sądu, stwierdzając w art. 16 ust. 2, że orzeka on także w sprawach „w których przepisy ustaw szczególnych przewidują sądową kontrolę i stosuje środki określone w tych przepisach”, ale równocześnie r o z s z e r z a w stosunku do dotychczasowego p o d s t a w o w e g o zakresu kontroli wynikającego z działu VI k.p.a., kognicję Sądu na dziedzinę dotąd nią nie objętą. I tak postanowienia wydawane w trybie k.p.a. oraz

⁸. Por. wyrok w spr. II SA 969/82 (OSPika 1985, nr 9 z glosą K. Żukowskiego) oraz kilkadziesiąt innych przykładów dot. orzeczeń NSA do art. 1 i 104 k.p.a. przytoczonych w pracy E. Smoktunowicza: *Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego - Kodeks postępowania administracyjnego* (Warszawa 1994). J. Borkowski: *Decyzja administracyjna* (Warszawa 1970); J. Świątkiewicz: *Decyzja administracyjna w świetle orzecznictwa NSA* (NP 1985, nr 9).

administracyjnego postępowania egzekucyjnego i zabezpieczającego podlegają od-
tąd sądowej kontroli na zasadzie klauzuli generalnej⁹.

Na zasadzie klauzuli generalnej podlegają też sądowej kontroli inne niż wy-
mienione w art. 16 ust. 1 pkt 1-3 „akty lub czynności z zakresu administracji pub-
licznej dotyczące przyznania, stwierdzenia albo uznania uprawnienia lub obowiąz-
ku wynikających z przepisów prawa”¹⁰.

Przedmiotem kontroli sądowej może być nie tylko np. czynność materialno -
techniczna w formie, w której dokonuje się konkretyzacji przepisu (np. akt reje-
stracji, skreślenia z rejestru nie poprzedzone decyzją administracyjną), ale także np.
wstrzymanie się organu od świadczenia, gdy uprawnienie wynika bezpośrednio z
przepisów prawa (por. art. 23 i 25 ustawy). Warunek jest tylko jeden: akty i czyn-
ności te w sprawach wnoszonych do sądu administracyjnego nie mogą mieć cha-
rakteru cywilnoprawnego (art. 20 ust. 3).

Kontrola zgodności z prawem aktów normatywnych została poszerzona na
akty terenowych organów administracji r z ą d o w e j i to zarówno administracji
ogólnej (województw) jak i specjalnej (np. dyrektorów urzędów morskich, woje-
wódzkich inspektorów Państwowej Inspekcji Sanitarnej).

Kontrola b e z c z y n n o ś c i organów rozciąga się na wszystkie sprawy
indywidualne załatwiane w formach, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt. 1 - 4
ustawy (art. 17). Kontrola bezczynności organów gmin, o której mowa w art. 101^a
ustawy o samorządzie terytorialnym, w sprawach ogólnych zostaje oczywiście za-
chowana na mocy art. 16 ust. 2 ustawy o NSA - o czym była już mowa.

Można zatem mówić o stworzeniu stosunkowo s z c z e l n e g o s y s -
t e m u k o n t r o l i administracji mając na uwadze prawne formy jej działania.

2. Zakres ingerencji „w głąb” również zmierza w kierunku skuteczniejszej
ochrony praw jednostki i pogłębienia praworządności. Po pierwsze art. 34 ust. 2
wyjaśnia, co oznacza „wyczerpanie środków odwoławczych”, warunkujące wnie-
sienie skargi do sądu. Usuwa to, wynikające z orzecznictwa Sądu Najwyższego¹¹,
ograniczenie wyłączające poprzednio możliwość zaskarżenia do NSA decyzji odwo-
ławczego organu administracji, uchylającego decyzje pierwszej instancji z równo-
czesnym przekazaniem jej sprawy do ponownego rozpatrzenia. Jak wiadomo or-
gany odwoławcze nadużywały uprawnień kasatoryjnych przewlekając postępowania

⁹. Z k.p.a. - jeżeli służy na nie zażalenie, kończą postępowanie albo rozstrzygają sprawę co do istoty,
z p.e.a. - jeżeli służy na nie zażalenie (por. art. 16 ust. 1 pkt 2, 3 ustawy).

¹⁰. Szersze omówienie kontroli prawnych form działania administracji publicznej znajdzie czytelnik
w moim opracowaniu: Komentarz do ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, Warszawa
1995 (s. 47-56).

¹¹. Uchwała składu sędziów SN III AZP 7/82 (OSNCP nr 9, poz. 1); krytyczne glosy W. Dawi-
dowicz: (PiP 1984, nr 2), Zb. Janowicz (tamże), J.P. Tarno: W kwestii zaskarżalności decyzji ka-

nie i utrudniając stronom dostęp do sądu. Po drugie - Sąd nie jest już ograniczony do uchylenia lub stwierdzenia nieważności tylko aktów wydanych w sprawie w ostatnim postępowaniu (art. 29). Jeżeli więc w wyniku uchylenia aktu lub stwierdzenia jego nieważności w ostatnim postępowaniu w danej sprawie (w sprawie materialno-prawnej) okazałoby się, że zostaną w ten sposób „odsłonięte” dotknięte istotnymi lub ciężkimi naruszeniami prawa akty wydane w poprzednich postępowaniach, sąd „może podjąć przewidziane ustawą środki w celu usunięcia naruszenia prawa także w stosunku i do tych aktów (czynności). Jest to rozwiązanie zgodne z zasadami ekonomii procesowej. Strony nie mogły często pojąć, dlaczego w wyniku „wygrania sprawy”, „odżywały” w tej samej sprawie również dla nich niekorzystne inne decyzje, wydane w poprzednich postępowaniach, które, chcąc uzyskać satysfakcjonujący je wynik finalny, muszą zwalczać w nowym postępowaniu.

3. Ochrona praw jednostki ulega wydatnemu wzmocnieniu także w wyniku rozszerzenia innych kompetencji sądu w razie stwierdzenia naruszenia prawa oraz zdolności stosowania środków dyscyplinujących w stosunku do administracji dla wymuszenia posłuchu dla zarządzeń sądowych przed rozpoznaniem sprawy oraz po jej rozstrzygnięciu - w celu zapewnienia realizacji sądowych orzeczeń. I tak, niezależnie od obowiązującej już poprzednio zasady, zgodnie z którą nieprzedstawienie w terminie sądowi odpowiedzi na skargę wraz z aktami przez organ administracji następuje z mocy prawa wstrzymanie wykonania zaskarżonego aktu lub czynności (art. 40 ust. 2), Sąd może obecnie orzec na podstawie stanu faktycznego i prawnego przedstawionego w skardze, gdy nie budzi on uzasadnionych wątpliwości w świetle ustaleń poczynionych przez sąd w toku rozpoznawania sprawy (art. 39 ust. 1)¹². Co prawda strona przeciwna (organ) może od takiego orzeczenia wnieść sprzeciw w terminie 14 dni od daty doręczenia orzeczenia, jednakże pod warunkiem jednoczesnego doręczenia akt sprawy i odpowiedzi.

Odstępstwem od zasady kasatoryjnego charakteru rozstrzygnięć sądowych ograniczonych do uchylenia lub stwierdzenia nieważności wadliwej decyzji albo stwierdzenia jej niezgodności z prawem jest również inna, pomyślana w interesie skarżącego zasada z art. 31 ust. 2. W myśl niej sąd stwierdziwszy, że organ, którego działanie lub bezczynność dotycząca orzeczenia Sądu, nie wykonał w całości lub w części tego orzeczenia, może orzec o istnieniu lub nieistnieniu uprawnienia lub obowiązku w danej sprawie, jeżeli pozwala na to jej charakter oraz niesporne okoliczności jej stanu faktycznego i prawnego. Środek ten może być stosowany, na wniosek skarżącego, po bezskutecznym zwróceniu się z pisemnym wezwaniem do organu administracji o wykonanie orzeczenia sądowego, obok innego środka

sacyjnych do NSA (PiP, 1987, nr 3), odmiennie B. Adamiak w pracy: B. Adamiak, P. Borkowski: Polskie postępowanie administracyjne i sądowo administracyjne (Warszawa-Kraków 1989, s. 62, 63).

¹². Przepis ten był wzorowany na art. 83 ust. 1 rozporządzenia Prezydenta RP z 27 października 1932 r. o Najwyższym Trybunale Administracyjnym (Dz.U. nr 94, poz. 806), z tym że nie ograniczał on Trybunału żadnymi warunkami i nie przewidywał sprzeciwów.

jakim jest wymierzenie przez sąd g r z y w n y opornemu organowi (art. 31 ust. 1). Jeszcze przed kilku laty przyznanie takich uprawnień sądowi w oczach posłów, prawników administracji, a nawet niektórych przedstawicieli nauki, byłoby uznawane za akt „świętokradztwa”, godzący przy tym w uświęconą, a przyjętą aktualnie, zasadę podziału władzy. Niezależnie od tego osoba, która poniosła szkodę wskutek niewykonania orzeczenia sądu, może występować z roszczeniem o odszkodowanie na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, z wyłączeniem stosowania znanego art. 418 kodeksu utrudniającego dochodzenie roszczeń od Skarbu Państwa z tytułu szkody wyrządzonej przez funkcjonariusza.

4. Dostępność sądu umacnia zasada bezpośredniego wnoszenia do niego skarg. Można się spierać, czy obowiązujący pod rządem ustawy z 1980 r. o NSA i działu VI k.p.a. tryb wnoszenia skargi za pośrednictwem organu, którego akt został skarżony, nie był bardziej ekonomiczny. Organ ten bowiem otrzymawszy bezpośrednio skargę gromadził akta z pierwszej i drugiej instancji, mógł wstrzymać wykonanie decyzji, rozważał czy nie uwzględnić skargi, a nie skorzystawszy z tej możliwości przekazywał skargę, wraz ze skompletowanymi aktami i odpowiedzią na nią sądowi. Teraz te wszystkie czynności też powinny być wykonane, z tą różnicą, że skarga jest wnoszona bezpośrednio do sądu, po to, by w ogromnej większości wypadków, do niego wrócić. Chodziło jednak o to, że organy administracji w praktyce miesiącami przetrzymywały dotąd skargi (w skrajnych wypadkach do kilkunastu miesięcy), o czym sąd nie mógł wiedzieć i jeśli nie był ponagłany przez skarżących, nie mógł nawet ingerować w organie administracji, nie mówiąc już o tym, że ponaglenia z braku sankcji, często nie były skuteczne, o czym świadczyły coroczne informacje o działalności NSA i zawarte w nich przykłady.

Elastyczna redakcja art. 35 ust. 3 stanowiąca ogólnie o przywróceniu przez sąd terminu do wniesienia skargi „z ważnych powodów” daje sądowi możliwość uwzględnienia różnorodnych sytuacji, które uniemożliwiły stronie złożenie skargi w ustalonym okresie, życiowych sytuacji, których nie może przewidzieć z góry żaden ustawowy szablon.

Przyspieszeniu załatwiania skarg ma służyć art. 47 pozwalający przewodniczącemu wydziału lub prezesowi ośrodka zamiejscowego skierować sprawę do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym, a więc poza rozprawą, jeżeli jest oczywiste, że decyzja jest dotknięta wadami, o których mowa w art. 156 1, 3, 4 k.p.a.. Chodzi tu o wydanie decyzji przez organ administracji niewłaściwy w sprawie, w sprawie rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną oraz o skierowaną do osoby nie będącej stroną w sprawie. Uczestnik postępowania może zgłosić sprzeciw od wyroku wydanego na posiedzeniu niejawnym, co spowoduje rozpoznanie sprawy na rozprawie.

W razie uwzględnienia skargi na b e z c z y n n o ś ć organów w sprawach indywidualnych, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 1-4 ustawy sąd zobowiązuje organ do wydania aktu lub dokonania czynności bądź przyznania, stwierdzenia al-

bo uznania uprawnienia lub obowiązków wynikających z przepisów prawa (art. 26).

5. Można oczekiwać, że lepszej ochronie praw obywateli i innych podmiotów będzie również służyć rozpoznawanie skomplikowanych spraw przez sąd w r o z s z e r z o n y c h s k ł a d a c h - chociaż wprowadzając to rozwiązanie miano również na uwadze zabezpieczenie jednolitości orzecznictwa sądowego. Możliwe są tu dwie sytuacje. Pierwsza, gdy skład orzekający (trzyosobowy) występuje do Prezesa Sądu o r o z p o z n a n i e sprawy przez skład siedmiu sędziów z uwagi na występujące w sprawie istotne wątpliwości prawne (art. 49 ust. 1). Druga - gdy z tych samych powodów skład orzekający wystąpi tylko o w y j a ś n i e n i e wątpliwości prawnych przez skład siedmiu sędziów, izbę lub połączone izby (ust. 2). Wnioskami o skierowanie sprawy na skład powiększony Prezes Sądu jest związany. Szkoda, że takie wyjaśnienie wątpliwości prawnych wiąże tylko w danej sprawie, a nie w sprawach z tej samej zasady prawnej jak miało to miejsce w postępowaniu przed NSA lub ma przed Sądem Najwyższym. Na to rozstrzygnięcie w innych podobnych sprawach oddziałują tylko mocą autorytetu i siłą argumentacji rozszerzonego składu.

Ochrona praw jednostki w orzecznictwie NSA

Wpływu nowych regulacji na ochronę praw jednostki nie można rozpatrywać w oderwaniu od poglądów ukształtowanych w dotychczasowym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego oraz w nauce prawa wywierającej znaczny wpływ na to orzecznictwo. Stosowanie tego samego przepisu można często zawęzić lub rozszerzyć nie mówiąc już o zgoła błędnym stosowaniu norm prawa. Niezwykle pouczający jest przykład z utrzymującą się przez 12 lat - do połowy 1991 r. wykładnią art. 14 przepisów wprowadzających k.p.a.. Nie dopuszczała ona możliwości zaskarżenia do sądu administracyjnego decyzji administracyjnych wydanych w trybie nadzyczajnym w sprawie, w której postępowanie wszczęto po dniu 1 września 1980 r., jeśli postępowanie główne w tej sprawie (sprawie w znaczeniu materialno-prawnym) zostało wszczęte przed tym dniem. Uniemożliwiało to zaskażanie do NSA decyzji odmawiających stwierdzenia nieważności ostatecznych decyzji, zwłaszcza wydanych w stalinowskim okresie pleniącego się bezprawia¹³.

Na istotne znaczenie właściwej sądowej wykładni prawa administracyjnego zwraca w szczególności uwagę E. S m o k t u n o w i c z w dwóch rozdziałach wprowadzających w swojej pracy: Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego - Kodeks postępowania administracyjnego¹⁴. Także R. H a u s e r zwraca uwagę na potrzebę „nowej interpretacji i nowego spojrzenia”

¹³. Szerzej na ten temat J. Świątkiewicz: Komentarz... jw., s. 12.

¹⁴. Rozdz. I „Rola k.p.a. i orzecznictwa sądowego w systemie prawa administracyjnego i funkcjo-

na regulacje prawne pochodzące z odmiennego ustroju politycznego, a zwłaszcza gospodarczego¹⁵.

1. Wymieńmy na wstępie uznanie, że podstawę decyzji administracyjnych mogą stanowić wyłącznie przepisy prawne p o w s z e c h n i e o b o w i ą z u j ą c e¹⁶. Doprowadziło to stopniowo do zaniku stosowania w zewnętrznym obrocie prawnym tzw. samoistnym uchwał Rady Ministrów oraz zarządzeń ministrów i terenowych organów administracji wydawanych na podstawie takich uchwał lub na podstawie przepisów regulujących wyłącznie kompetencje tych organów. Nie ma żadnych podstaw, aby nie stosować tej zasady także do innych władczych form działania administracji publicznej również nie będących decyzjami, o których była mowa, chroniąc prawa obywateli i innych podmiotów.² Wspomnieć należy również o bezpośrednim stosowaniu przepisów Konstytucji¹⁷, które są nie tylko dyrektywami interpretacyjnymi przepisów prawa, ale w świetle orzecznictwa NSA mogą w określonych sytuacjach stanowić podstawę decyzji administracyjnych np. w braku wyraźnej regulacji ustawowej lub kolizji pomiędzy aktami normatywnymi niższego i wyższego stopnia.

3. Pomimo nieumiejscowienia w polskim konstytucyjnym porządku prawnym aktów p r a w a m i ę d z y n a r o d o w e g o NSA stosuje w swoim orzecznictwie postanowienia ratyfikowanych umów międzynarodowych, chyba że zachodziłaby wyraźna sprzeczność pomiędzy ich postanowieniami a przepisami ustawodawstwa krajowego¹⁸.

4. Również zasady ogólne k.p.a. traktowane do roku 1980 jako przepisy dekoracyjne, stały się, jak pisze obrazowo E. Smoktunowicz: „...w rękę NSA skutecznym, a może najskuteczniejszym ze wszystkich stosowanych dotychczas, narzędziem budowania właściwych państwu prawnemu stosunków między administracją a obywatelami...”¹⁹.

5. Duże znaczenie ma wdrażana zasada j a w n o ś c i p r a w a, wymagająca, aby przepisy powszechnie obowiązujące były o g ł o s z o n e właściwie i w odpowiednim czasie umożliwiającym ich adresatom zapoznanie się z ni-

nowania administracji publicznej” oraz II „Niektóre zagadnienia wykładni prawa administracyjnego” (Warszawa 1994, s. 11-54).

15. R. Hauser w przedmowie do opracowania E. Smoktunowicz: Egzekucja administracyjna i sądowa (Warszawa 1995, s. 13).

16. szerzej na ten temat A. Zieliński: Postawa prawna decyzji administracyjnej (w świetle orzecznictwa NSA), PiP 1984, nr 2, J. Świątkiewicz: Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej (w świetle orzecznictwa NSA), PiP 1985 nr 5 i przytoczone tam orzecznictwo sądowe.

17. Por. wyroki w sprawach II SA 116/84 (ONSA 1984, nr 2, poz. 97), II SA 241/92 (ONSA 1993, nr 1, poz. 19).

18. Por. II SA 937/91 (ONSA 1993, nr poz. 10), II SA 759/90 (OSP 1992, nr 7-8, poz. 178) z glosą W. Masewicza.

19. E. Smoktunowicz: Orzecznictwo... jw., s. 14.

mi. Jeśli zaś już pochodząca z niechlubnego okresu ustawa z 1950 r. o wydawaniu Dziennika Ustaw i Dziennika Urzędowego Monitor Polski (Dz.U. nr 58 poz. 524 ze zm.) dopuszcza możliwość niepublikowania aktów normatywnych niższego stopnia niż rozporządzenia, to warunkiem ich zastosowania do poszczególnych adresatów i egzekwowanie obowiązków jest, aby byli uprzednio zapoznani z ich treścią²⁰. Podobnie sąd odmówił stosowania przepisów aktów normatywnych w okresie pomiędzy antydatowanym dniem ich ogłoszenia a faktyczną datą rozprowadzenia publikatora.²¹

6. *R e t r o a k c j ę* przepisów sąd dopuszcza, gdy przepisy przyznają wyłącznie u p r a w n i e n i a²². Zdziwienie może wywoływać niepokój niektórych prawników uzasadniany tym, że przepis korzystny dla jednej grupy obywateli może równocześnie być połączony z pozbawieniem lub ograniczeniem uprawnień innych. Do głowy żadnemu składowi orzekającemu nie przyszłoby zakwalifikować taki przepis - jako przyznający uprawnień!

7. Regułą jest badanie, w toku rozpoznawania przez sąd spraw indywidualnych, zgodności zastosowanych w sprawie aktów prawnych z aktami normatywnymi wyższego stopnia. W razie stwierdzenia niezgodności aktu normatywnego podustawowego z ustawą lub Konstytucją (także w razie stwierdzenia naruszenia granic upoważnienia do jego wydania) sąd odmawia jego zastosowania²³. Wynika to z konstytucyjnej i ustawowej zasady związania sędziego wyłącznie ustawą. P o ś r e d n i a kontrola a k t ó w n o r m a t y w n y c h nie wyłącza oczywiście możliwości zakwestionowania bezpośrednio wadliwych aktów podstawowych a nawet ustawowych w trybie przepisów o postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym (akty prawa miejscowego kontrolowane są obecnie bezpośrednio przez NSA).

8. NSA od lat stosuje zasadę „in dubio pro actione”, co w okresie gdy orzekał na zasadzie klauzuli enumeracyjnej poddawane było niekiedy w wątpliwość. Stanowisko to w aktualnym stanie prawnym zostało wzmocnione orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z 7 stycznia 1992 r. (w spr. K 8/91). Zasada domniemania ochrony administracyjno-sądowej, w razie braku ochrony przed innym sądem, z wyraźnym nawiązaniem do standardów zachodnioeuropejskich, znalazła wyraz w odważnym wyroku z 18 września 1994 r. w sprawie ze skargi na orzeczenie o ukaraniu za naruszenie dyscypliny budżetowej²⁴.

20. SA/Wr. 223/87 (OSP 1990, nr 11-12, poz. 396); glosy B. Brzeziński, J. Jezierski.

21. III SA 241/92 (OSP 1994, nr 3, poz. 43); SN III ARN 17/91 oddalający rewizję nadzwyczajną od wyroku NSA IV SA 668/90 (PiP 1992, nr 3, glosa J. Zimmermanna).

22. Sa/K 1024/94 (OSP 1995, nr 10) glosa A. Jamroza.

23. V SA 228 - 230/92 (OSP 1994, nr 3, poz. 45), II SA 229/93.

24. III SA 56 - 57/94 (OSP 1995, nr 4, poz. 90); spotkał się on jednak z krytyczną glosą Zb. Kmiecika (OSP 1995, nr 7-8, poz. 158).

9. W sprawach podatkowych sąd wypowiedział się przeciwko stosowaniu zasady „in dubio pro fisco”, stwierdzając, że niejasności, czy też wątpliwości dotyczące stanu faktycznego nie mogą być rozstrzygnięte na niekorzyść podatnika i nie może on ponosić konsekwencji niedopełnienia obowiązku prawnego, o niezrozumiałej treści²⁵.

10. Także stosowanie analogii w administracyjnym prawie materialnym jest niedopuszczalne, jeśli prowadziłyby to do naruszenia lub ograniczenia praw obywatelskich, chociaż byłyby to sytuacje zbliżone²⁶.

11. Z konstytucyjnej zasady równości obywateli wobec prawa wynika też prawo do oczekiwania, że w takich samych sytuacjach prawnych i faktycznych mogą oni oczekiwać od organów takich samych rozstrzygnięć²⁷.

12. Dla prawidłowego kształtowania stosunków organ administrujący - obywatel, doniosłe znaczenie miał wyrok z 1982 r. w sprawie znanej pod kryptonimem „Aramis” (od sporu o nadanie dziecku tego imienia). Sąd wypowiedział wówczas kardynalną dla działania administracji tezę, że w prawie administracyjnym obowiązuje zharmonizowana z Konstytucją zasada, zgodnie z którą wszelkie ograniczenia obywateli w zachowaniach zgodnych z ich wolą mogą wynikać wyłącznie z przepisów prawa. Organ administrujący nie może zatem, ani nałożyć na obywatela obowiązku, ani odmówić mu przyznania uprawnienia, jeżeli nie wykaze, że upoważniają go do tego określone przepisy prawa²⁸.

13. Zmniejsza się natomiast de lege lata duże znaczenie podnoszonego niegdyś w literaturze, wykształcenia w orzecznictwie sądowym precyzyjnego i proobywatelskiego pojęcia decyzji administracyjnej. Wiązało się z tym prawo do ochrony sądowej w sprawach załatwianych przez organy administrujące w tej prawnej formie²⁹. Wynika to z wprowadzenia w art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy o NSA z 1995 r. możliwości zaskarżania do sądu także „innych niż wymienionych w pkt 1 - 3 aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej...”. Stąd w razie wątpliwości, czy zaskarżony akt w sprawie indywidualnej jest decyzją (art. 16 ust. 1 pkt 1), zawsze będzie można twierdzić, że w takim razie jest to co najmniej „inny akt lub czynność” również podlegający kognicji NSA.

25. III SA 964/87 (SP 1990, nr 5-6, poz. 251), glosa Zb. Kmiecika, potwierdzony stanowiskiem Sądu Najwyższego III ARN 50/92 (OSP 1994, nr 3, poz. 39 - glosa C. Kosikowskiego).

26. II SA 112/85 (OSPika 1987, nr 3, poz. 56); glosa E. Smoktunowicza w nr 11-12, poz. 223.

27. II SA 1161/84 (ONSA 1984, nr 2, poz. 97).

28. II SA 1474/82 (ONSA 1982, poz. 107; OSPika 1984, nr 6, poz. 1438 - glosa Zb. Janku, RNGA 1983, nr 22, glosa H. Starczewskiego).

29. Szerzej na ten temat J. Świątkiewicz: Komentarz... s. 26 i 48-51 i przytoczone tam orzecznictwo i literatura.

14. Trudno przecenić znaczenie dla ochrony praw jednostki stanowisko sądu w sprawie kontroli w sferze tzw. u z n a n i a administracyjnego. Wykładając art. 7 - in fine k.p.a. (obowiązek załatwienia sprawy przez organ administrujący „mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli”)³⁰ sąd przyjął, że organ ma obowiązek załatwić sprawę w sposób zgodny ze słusznym interesem obywatela, jeśli nie stoi temu na przeszkodzie interes społeczny, ani nie przekracza to możliwości organu, wynikających z przyznanych mu uprawnień i środków. Przeszkody te powinny być wskazane i uzasadnione w myśl art. 107 1 i 3 k.p.a.³¹. W praktyce oznacza to „podzwonne” dla klasycznego ujęcia swobodnego uznania i nadużywania tzw. luzów decyzyjnych.

15. Zasada pełnej kontroli sądowej decyzji administracyjnych, a aktualnie i innych prawnych form działalności administracji, obowiązuje w sferze, w której normodawca przewiduje działanie na podstawie przepisów zawierające wyrażenia n i e d o o k r e ś l o n e, zwane też nieostrymi. Wprowadzone do przepisów zyskują one walor prawny pomimo, że nie są prawnie zdefiniowane. Wykładnia ich stawia natomiast większe wymagania podmiotom je stosującym, zwiększając skalę trudności w ich wdrażaniu³².

16. Nie do pogodzenia z zasadami państwa prawnego jest również naruszanie wymogu działania administracji w sposób godzący w z a u f a n i e d o p r a w a i organów państwowych, w tym przez negatywne rozstrzygnięcie, gdy obywatel dostosował się do treści wynikającej z udzielonej mu informacji, odmiennej od poglądu wyrażonego w późniejszym rozstrzygnięciu³³. Nie można też zaskakiwać bez stosownego wyprzedzenia adresatów przepisami nowych regulacji prawnych, w sytuacji uprzedniego wprowadzenia ich w błąd co do treści zamierzonej regulacji prawnej³⁴.

17. W orzecznictwie NSA zaczyna torować sobie drogę pogląd, że przy w y k ł a d n i przepisów należy postrzegać nie tylko formalne brzmienie przepisu

30. E. Smoktunowicz rozróżnia: interesy ogólnospołeczny, grupowy oraz indywidualny (Encyklopedia obywatela PRL, Warszawa 1987, s. 11, dowartościowując rangę tego ostatniego np. na s. 524 oraz Orzecznictwo... s. 14, 15. Pojęcie interesu społecznego omawia szeroko M. Wyrzykowski: Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym; Warszawa 1986 w tym w orzecznictwie NSA na str. 198 i nast.

31. SA 820/81 (ONSA 1981, poz. 57, OSPiKA 1982, nr 1, poz. 22), glosa J. Łętowskiego, także II SA 1829/86 (OSPiKA 1987, nr 9, poz. 166); glosa A. Wasilewskiego w nr OSPiKA z 1989 nr 11-12, poz. 256).

32. E. Smoktunowicz stawia też wysokie wymagania przy wyważaniu określenia: „ważne względy”, nie stroniąc przy tym od wytykania niekonsekwencji niektórym orzeczeniom NSA odchylającym się od przyjętej linii orzecznictwa (por. Encyklopedia... jw. s. 48-50 oraz w glosie do jednego z wyroków NSA - OSPiKA 1982, nr 3, Orzecznictwo... jw. s. 49-51).

33. V SA 1276, 1277/93 (OSP 1994, nr 9, poz. 165).

34. III SA 241/92 (OSP 1994, nr 3, poz. 43).

prawa ale także cel, któremu on służy. Pomocne będą wówczas dyrektywy wykładni systemowej i funkcjonalnej. Wypowiedź ta powstała na tle sytuacji, gdy część polskiego samolotu pasażerskiego nie mogła być naprawiona za granicą w ramach reklamacji lecz została zastąpiona częścią (taką samą częścią), od której organ celny wymierzył cło³⁵.

E. Smoktunowicz jest prekursorem śmiałego poglądu, że prawo administracyjne w części, w której ogranicza prawa i wolności obywateli, w interesie ogólnym, ze względu na wspólne dobro, nie może być wykładane w tym zakresie w sposób rozszerzający a wszelkie jego przepisy łagodzące te ograniczenia (ulgi, zwolnienia) podlegają wykładni rozszerzającej³⁶.

³⁵. V SA 2700/93 (OSP 1995, nr 12, poz. 244; glosa W. Wójtowicz).

³⁶. E. Smoktunowicz: *Orzecznictwo...* jw., s. 21.

PROGRAM KOMPUTEROWY JAKO NOWY PRZEDMIOT PRAWA AUTORSKIEGO

Przeważnie, kiedy w mowie potocznej używamy pojęcia „utwór”, mamy na myśli utwór literacki, muzyczny, w postaci czytanej książki czy słuchanej muzyki. Ale utwór w znaczeniu prawa autorskiego to pewna myśl, idea twórcy urzeczywistniona na zewnątrz w postaci obrazu, napisanego dzieła. Wówczas staje się on dostępny dla odbiorcy, jako słuchacza, widza, czytelnika.

Przedmiotem stosunków prawnych może być zatem, obok dóbr materialnych, rezultat myśli ludzkiej, uzewnętrznionej w postaci literackiej, naukowej, artystycznej, bądź wynalazku, znaku towarowego czy programu komputerowego. Co prawda utwory mogą i często są utrwalone za pomocą przedmiotów materialnych (rzeczy), ale istnieją one niezależnie od nich. *Corpus mechanicum* ułatwia ich poznanie i korzystanie.

Utwór istnieje zatem niezależnie od rzeczy, dzięki której osoby trzecie mają możliwość zapoznania się z nim. Na przykład obraz, książka, dyskietka są jedynie nośnikami ułatwiającymi, czy umożliwiającymi odebranie i skorzystanie z intelektualnej myśli drugiego człowieka.

W ostatnich latach wiele kontrowersji sprawiał program komputerowy, aby ostatecznie stać się przedmiotem prawa autorskiego.

Program komputerowy ze względu na swą odrębność został poddany szczególnej regulacji prawnoautorskiej.

Podstawą do stworzenia programu komputerowego jest algorytm, któremu odmawia się ochrony prawnej¹. Działalność twórcza zawsze doprowadza do powstania różnych utworów, ale jedynym wyjątkiem są programy komputerowe².

Zatem nie można wykluczyć, iż na tej płaszczyźnie znacznie częściej mogą pojawiać się spory co do przywłaszczenia sobie cudzego autorstwa danego opro-

1. J. Barta, R. Markiewicz: Główne problemy prawa komputerowego, Warszawa 1993, s. 36; J. Barta, R. Markiewicz: Programy komputerowe w projekcie polskiego prawa autorskiego, ZNUJ 1991 r., z. 57, s. 28; J. Bleszyński: Ochrona programu komputerowego w świetle prawa polskiego, PUG 1987, nr 4-5, s. 114.

Jednak i na tym etapie tworzenia mogą pojawić się elementy twórcze, jak twierdzi A. Mednis: Program komputerowy jako utwór w rozumieniu prawa autorskiego, PUG 1990, nr 10, s. 160 oraz A. Mednis: Plagiat programu komputerowego, PUG 1990, nr 12, s. 210.

2. Rodzaje programów komputerowych opisuje A. Mednis: Program komputerowy... op. cit, s. 162.

gramowania. Jednocześnie prawie każdy utwór przy dzisiejszym rozwoju techniki jest możliwy do skopiowania. Łatwość ta odnosi się również do programów komputerowych, które w sposób nielegalny trafiają do indywidualnych odbiorców. Czują się oni bezkarni, a co najważniejsze nie uświadamiają sobie, że dokonali kradzieży intelektualnej.

Status quo ante piractwa komputerowego został usankcjonowany prawnie poprzez wejście w życie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych³. Mimo licznych głosów krytycznych wszyscy użytkownicy nielegalnych programów, które nabyli do 23 lutego 1994 r. (tj. przed dniem opublikowania ustawy) nie ponoszą odpowiedzialności za naruszenie prawa autorskiego dokonane przed tym dniem. Dalsze użytkowanie programu w dotychczasowym zakresie przez osobę, która była w posiadaniu takiego programu, jest dozwolone bez odrębnej zgody i wynagrodzenia. Jednocześnie zakazano dalszego odsprzedażania, darowania, a zatem nie wolno takich programów instalować na innym komputerze⁴.

Uregulowanie dotyczące oprogramowania znacznie odbiega od sytuacji prawnej wszystkich innych utworów. Odmienność sprowadza się do ograniczenia praw podmiotu uprawnionego autorsko do programu komputerowego, przy jednoczesnej modyfikacji praw użytkownika oprogramowania.

Do programów komputerowych nie stosuje się większości przepisów dotyczących dozwolonego użytku, jakie to wprowadza wymieniona ustawa o prawie autorskim.

Na uwagę zasługuje wyłączenie zastosowania dozwolonego użytku osobistego, polegającego na nieodpłatnym korzystaniu z już rozpowszechnionego utworu bez wymaganej zgody twórcy. Ma to uchronić przed legalnym i nieodpłatnym kopiowaniem programów na własne potrzeby. W ramach dozwolonego użytku osobistego wolno sporządzić jedynie kopię zapasową. Poza tym wyjątkiem nie wolno dokonywać bezpłatnego kopiowania programu na użytek osobisty. Zatem to co wolno przy pozostałych utworach zabronione jest przy oprogramowaniu. Ograniczenie dozwolonego użytku osobistego ma na celu wyeliminowanie wymiany programu między użytkownikami, a co za tym idzie ochronę podmiotów prawa autorskiego.

Można tu jeszcze wspomnieć o innych przepisach dozwolonego użytku publicznego, które w znacznej części nie mają zastosowania przy programach komputerowych. Zatem przepis stanowiący o możliwości korzystania z opublikowanych utworów przez instytucje naukowe i oświatowe w celach dydaktycznych lub pro-

³. Dz.U. 24, poz. 83 z 1994 r.

⁴. Tak też K. Dymek: Odmienne widzenie problemów, *Rzeczpospolita* 1994 r., nr 265; inaczej J. Barta, R. Markiewicz: *Programy komputerowe*, *Rzeczpospolita* 1994 r., nr 237.

wadzenia własnych badań (art. 27 pr. aut.), jak również udostępnianie nieodpłatne programów przez biblioteki, archiwa i szkoły (art. 28 pr. aut.) zostały wyłączone (art. 77 pr. aut.).

Mimo swojej odrębności program komputerowy musi spełniać wymogi stawiane utworom zawarte w art. 1 prawa autorskiego i praw pokrewnych. Pierwszym kryterium jest działalność twórcza o indywidualnym charakterze, drugim ustalenie utworu w jakiegokolwiek postaci. Bez znaczenia jest wartość, czy też przeznaczenie danego dzieła. Zatem każdy stopień twórczości pretenduje do ochrony prawnej.

Ochroną objęte są wszystkie formy wyrażania programu komputerowego, w tym wszystkie formy dokumentacji projektowej, wytwórczej i użytkowej. Ochronie zatem podlega wersja źródłowa, jak i końcowa oraz programy nieukończone. Poza ochroną pozostają idee, zasady oraz łącza komputerowe (art. 74 ust. 2 pr. aut.).

Prawo autorskie do programu komputerowego przysługuje twórcy (czy też współtwórcom). Jednak, gdy twórca stworzył program w ramach stosunku pracy, to prawa majątkowe do programu komputerowego przysługują pracodawcy, chyba że umowa stanowi inaczej (art. 74 ust. 3). Nie należy tego przepisu traktować rozszerzająco na inne stosunki umowne, np. zlecenie, umowę o dzieło. W takiej sytuacji może mieć zastosowanie art. 11 prawa autorskiego odnoszący się do dzieła zbiorowego. Wówczas autorskie prawa majątkowe do programu komputerowego mogą przysługiwać producentowi.

Kontrowersyjny pogląd wyrazili J. Barta i R. Markiewicz⁵ co do niemożliwości wykorzystania elementów twórczych z programu tzw. pracowniczego w innym stworzonym przez siebie programie, lecz nie na potrzeby zakładu pracy. Prawo pracodawcy, chyba tak daleko nie sięga, aby mógł decydować o inwencji twórczej programisty⁶.

Pracodawca, gdy jego dobra osobiste zostały naruszone, może je dochodzić na podstawie kodeksu cywilnego (art. 23, 24).

Przyznając prawa majątkowe *ex lege* pracodawcy ustawodawca odszedł od ogólnej zasady, że prawa autorskie zawsze powstają na rzecz twórcy (art. 8 pr. aut.). Jednakże autorskie prawa osobiste nadal przysługują twórcy programu, choć i one ulegają modyfikacji w porównaniu do innych utworów.

Nastąpiło tutaj ustawowe ograniczenie autorstkich praw osobistych (art. 77 pr. aut.). Nie mają więc zastosowania przepisy o nienaruszalności treści i formy programu, decydowania o pierwszej publikacji, nadzoru nad sposobem korzystania. Treścią prawa osobistego jest jedynie prawo twórcy do autorstwa dzieła, prawo do decydowania o umieszczeniu swego nazwiska lub pseudonimu na utworze. Auto-

⁵ J. Barta, R. Markiewicz *ibidem*.

⁶ Tak też K. Dymek *op. cit.*

rskie prawa osobiste to prawa nie ograniczone w czasie. W przypadku ich naruszenia przysługuje mu ochrona.

Również zakres uprawnień przyznanych podmiotowi autorskich praw majątkowych jest inny niż w przypadku pozostałych utworów. Ustawa wymienia wyczerpująco treść praw do programu komputerowego (art. 74 ust. 4 pr. aut.).

Uprawniony ma prawo do zwielokrotniania, tłumaczenia i dokonywania zmian oraz prawo do rozpowszechniania.

Prawo do zwielokrotniania (reprodukcji), to prawo do zwiększenia liczby egzemplarzy, odtworzenia dzieła, co może nastąpić poprzez wprowadzenie programu do pamięci komputera⁷, odtworzenie w toku pracy komputera między jego funkcjonalnymi układami, zwielokrotnienie na taśmie magnetycznej, na dyskietce itd. Jest to jeden ze sposobów korzystania z utworu. Jednocześnie takie czynności jak: wprowadzanie, wyświetlanie, przekazywanie i przechowywanie programu komputerowego nie wymaga zgody uprawnionego, choćby polegały na zwielokrotnieniu programu⁸.

Prawo do dokonywania w programie odpowiednich zmian ma na celu dostosowanie go do określonych potrzeb, warunków sprzętowych (np. wykorzystanie w innym komputerze, zmiana łączy programowych, zmiany niezbędne do użytkowania, a w szczególności poprawiania błędów). Każda nowa wersja jest udoskonaleniem programu i stanowi element tego samego oprogramowania. Autor ma również prawo do tłumaczenia, które polega na wyjaśnianiu utworu przy zastosowaniu innego języka programowania, czy też innych środków wyrazu⁹. Jeżeli w trakcie dokonywania zmian powstanie nowy utwór, prawa do tego opracowania powstają na rzecz jego twórcy.

Z jednej strony przyznaje się uprawnionemu prawo do zmian jako wyłączne prawo majątkowe (art. 74 pr. aut. ust. 4 pkt 2), z drugiej (art. 77 pr. aut.) pozbawia się twórcę prawa do integralności dzieła jako prawa osobistego. Jak to zauważyli J. Barta, R. Markiewicz¹⁰ nastąpiło tu przesunięcie prawa dokonywania zmian do autorskich praw majątkowych. Zatem o ile przy innych utworach dopiero

7. Mimo, że art. 50 pr. aut. wymienia „wprowadzenie do pamięci komputera” jako nowy sposób eksploatacji, to w przypadku oprogramowania należy przyjąć, że zwielokrotnienie zawiera w sobie wprowadzenie do pamięci komputera. Tak też M. Byrska: Program komputerowy w nowym prawie autorskim, PIP 1994, z. 11, s. 52.

8. Przepis ten, jako niezgodny z Wytocznymi Rady Unii Europejskiej z 1991 r. wywołał żywą polemikę na łamach prasy: por. J. Barta, R. Markiewicz: Programy komputerowe, Rzeczpospolita 1994 r., nr 237 oraz A. Szewc: Jest błąd czy nie ma, Rzeczpospolita 1994, nr 265; K. Dymek: Odmienne widzenie problemów, Rzeczpospolita 1994 r., nr 265; J. Barta, R. Markiewicz: Rozwiązania, które budzą wątpliwości, Rzeczpospolita 1994 r., nr 265.

9. Szerzej na ten temat M. Byrska: op. cit, s. 53.

10. J. Barta, R. Markiewicz: Programy komputerowe, Rzeczpospolita 1994, nr 237.

rozpowszechnianie opracowania wymagało zgody twórcy utworu pierwotnego (art. 2 ust.2 pr. aut.), o tyle przy programach komputerowych już sama czynność polegająca na dokonywaniu zmian wymaga zgody autora programu komputerowego.

Rozpowszechnianie dzieła następuje przez udostępnienie go innym osobom. Rozpowszechnianie może nastąpić na drodze sprzedaży, udzielania licencji, leasingu, jak również poprzez opisanie programów w czasopismach, zaprezentowanie na pokazach komputerowych. Nabywca legalnego programu komputerowego może swobodnie dysponować tym egzemplarzem, a zwłaszcza może dokonać dalszej sprzedaży. Następuje tutaj tzw. wyczerpanie prawa. Nabywca ograniczony jest jednak w stosunku do takich czynności prawnych, jak dalszy najem i dzierżawa, gdzie autor oprogramowania (czy producent) nadal sprawuje kontrolę. Przesłanką niezbędną jest przeniesienie prawa własności, które następuje w wyniku umowy sprzedaży. Zatem inna forma przeniesienia prawa - najem, użyczenie nie stanowi podstawy do wyczerpania prawa. W ten sposób twórca oprogramowania ma możliwość uczestniczenia w dochodach jakie przynosi to prawo. Nabywca odsprzedając dalej program komputerowy traci wszelkie prawo do tego oprogramowania, dlatego też musi się on pozbyć również kopii zapasowej.

Należy podkreślić, że wcześniej wymienione uprawnienia, tj. prawo do zwielokrotniania, dokonywania zmian nie podlegają prawu wyczerpania, czyli nadal przysługują osobie autorsko uprawnionej.

W przypadku legalnie nabytego oprogramowania użytkownik chcąc dokonać zwielokrotnienia programu, tłumaczenia, zmian musi uzyskać zgodę uprawnionego autorsko do programu komputerowego. Nie wymaga się takiej zgody w sytuacji, gdy zwielokrotnienie, tłumaczenie, bądź dokonywanie zmian **niezbędne są** do korzystania z programu komputerowego **zgodnie z jego przeznaczeniem** (np. uaktualnianie programu), w tym do poprawiania błędów (art. 75 ust. 1 pr. aut.). Wbrew tej przesłance będzie wykorzystanie danego programu do stworzenia innego nowego programu. Można więc dokonać skopiowania, ale jedynie w celu dokonania instalacji programu, czy wykonania kopii zapasowej.

Należy podkreślić, że można posiadać jedynie jedną instalację danego programu, chyba że producent zezwala na więcej. Zatem oprogramowanie instalujemy tylko na jednym komputerze. Gdy dokonujemy instalacji na innym komputerze poprzednią musimy zniszczyć. Jednakże często nie dochodzi do tego. Jest to jedna z form kradzieży intelektualnej polegająca na kupowaniu legalnego oprogramowania przez firmy, a następnie jego wykorzystywanie równocześnie na większej liczbie komputerów niż to przewiduje umowa licencyjna. Praktycznie odbywa się to przez kopiowanie z dyskietki na dyskietkę, przekazywanie osobom trzecim, czy też przenoszenie z komputera służbowego na domowy.

Strony jednak mogą przez umowę uprawnienia użytkownika rozszerzyć, czy też ograniczyć, a nawet wyłączyć. Podmiot uprawniony może udzielić użytkow-

nikowi licencji tj. upoważnienia zezwalającego na dokonanie wielokrotnej instalacji. W praktyce często takie licencje są imienne i nie mogą być odsprzedawane.

O ile powyższe uprawnienia mogły strony umownie kształtować, o tyle prawo autorskie przewiduje uprawnienia obligatoryjnie przysługujące legalnemu użytkownikowi, bez wymaganej zgody uprawnionego.

Uprawnieniem tym jest sporządzenie w zasadzie jednej kopii zapasowej na własny użytek. Więcej tych kopii można mieć tylko w sytuacjach, kiedy jest to niezbędne do korzystania z programu. Zasadą jest zakaz równoczesnego używania kopii zapasowej z programem komputerowym, chyba że uprawniony otrzymał zezwolenie autora (art. 75 ust. 2 pr. aut.). W sytuacji, gdy zostaje przeniesione prawo do egzemplarza programu komputerowego na inną osobę, kopia zapasowa winna być zniszczona (czy też przekazana łącznie z oryginałem). Nie wolno wykonywać kopii zapasowej, gdy autor zapewnia dostarczenie jej w przypadku zniszczenia oprogramowania.

Obok sporządzenia kopii zapasowej użytkownik ma prawo do:

- korzystania z programu w celu jego analizy programu, poznania idei i zasad (obserwowania, badania, testowania), jeżeli dokonuje tego w trakcie wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania lub przechowywania programu komputerowego (art. 75 ust. 2 pkt 2 pr. aut.);

- zwielokrotniania kodu lub tłumaczenie jego formy (art. 75 ust. 2 pkt 3 pr. aut.). Mamy tu do czynienia z **dekompilacją**, która prowadzi do przekształcenia programu wynikowego w program napisany w języku źródłowym, tj. odtworzenie programu.

Przesłankami skorzystania z tego prawa są:

- 1) cel, jakim służy dekompilacja. Jest nim uzyskanie informacji do osiągnięcia kompatybilności dwóch programów;

- 2) czynności te mają być dokonane przez licencjobiorcę (lub inną osobę uprawnioną do korzystania z programu);

- 3) licencjobiorca nie ma łatwego dostępu do informacji niezbędnych do osiągnięcia współdziałania bez dokonania dekompilacji. Czynności te są niedopuszczalne, gdy informacje niezbędne do uzyskania współdziałania są łatwo dostępne, np. w prasie naukowej, dokumentacji;

- 4) przedmiotem dekompilacji są wyłącznie fragmenty programu;

- 5) informacje uzyskane wskutek dokompilacji nie mogą być zastosowane w programie podobnym do programu dekompilowanego.

Postanowienia umów sprzeczne z uprawnieniami użytkownika do kopii zapasowej, dekompilacji i analizy programu są nieważne (art. 76 pr. aut.).

Odmienność rozwiązania sprawia, że ochrona oprogramowania znacznie odbiega od ochrony autorskiej, mimo iż się w niej znajduje. Różnice przejawiają się

przede wszystkim w regulacji dotyczącej treści praw uprawnionego autorsko, nie zastosowanie części przepisów do programu komputerowego. Można pokusić się o stwierdzenie, że regulacja ta tworzy odmienny od innych utworów system ochrony.

Program komputerowy różni się od pozostałych dóbr niematerialnych, których ochronę zapewnia prawo autorskie. Ochrona ta okazała się nie w pełni odpowiednia, dlatego wymagała pewnej modyfikacji. Z drugiej jednak strony program komputerowy ma wiele wspólnego z utworem literackim, naukowym, artystycznym, gdyż wszystkie są wytworem myśli ludzkiej. Podlegają one też tej samej ochronie prawnoautorskiej, obejmującej prawa majątkowe, będącej podstawą czerpania korzyści finansowej z tytułu ich rozpowszechniania.

NADZÓR PAŃSTWA NAD FUNDUSZAMI POWIERNICZYMI

Zagadnienia wstępne

Powstanie w Polsce rynku papierów wartościowych pociągnęło za sobą potrzebę powstania instytucji zapewniających możliwości zbiorowego lokowania w papiery wartościowe. Takimi instytucjami są towarzystwa funduszy powierniczych, działające wyłącznie w formie spółek akcyjnych.

Towarzystwa zarządzają masą majątkową powstałą z wpłat uczestników. Zalecą lokowania środków poprzez towarzystwo funduszy powierniczych jest zmniejszenie ryzyka związanego z inwestowaniem, poprzez dywersyfikację portfela oraz profesjonalne zarządzanie aktywami funduszu przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje. Wadą powierzania środków towarzystwu funduszy powierniczych jest - z punktu widzenia inwestora - pobieranie opłat przez towarzystwo, co zmniejsza przychód osiągany z inwestycji.

Przepisy ustawy - prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych¹ - dotyczą tylko tzw. funduszy otwartych (open-end funds, określanych często mianem mutual funds). Fundusze otwarte odróżniają się od funduszy zamkniętych (closed-end funds). Fundusze zamknięte w odróżnieniu od otwartych emitują określoną liczbę papierów wartościowych, które mogą być przedmiotem wtórnego obrotu². Obecnie w Polsce brak jest regulacji dotyczącej funduszy zamkniętych, a przepisy zawarte w rozdziale ustawy „Fundusze powiernicze” dotyczą tylko funduszy typu otwartego.

Definicję funduszu powierniczego zawiera art. 2 pkt. 7 ustawy określając fundusz powierniczy jako wyodrębnioną finansowo wspólną masę majątkową uczestników, o zmiennej wartości i stałym przeznaczeniu gospodarczym, zarządzaną przez towarzystwo funduszy powierniczych.

Fundusz stanowi masę majątkową odrębną od majątku towarzystwa funduszy powierniczych nią zarządzającego, i z tej racji podlega szczególnemu reżimowi prawnemu określonym w ustawie. Pod tym względem przypomina odrębny majątek małżonków (art. 31-51 k.r. i o.), majątek spółki cywilnej (art. 863-875 k.c.), spadek do chwili przejęcia go przez spadkobierców (art. 1003 k.c.), jednak związek funduszu z towarzystwem jest luźniejszy. Możliwe jest jego całkowite oderwa-

¹ Dz.U. 1994 Nr 58 poz. 239 z późn. zm.

² B. Mieluch, E. Nietrzepka i T. Orli: Fundusze powiernicze zbiorowy inwestor na rynku kapitałowym, wyd. Twigger S.A. 1993 s. 47 i nast.

nie od towarzystwa w przypadku wygaśnięcia prawa towarzystwa do zarządzania funduszem. Z tym momentem uprawnienia towarzystwa przejmuje z mocy prawa bank powiernik (art. 101 § 3 ustawy). Ustawa przewiduje też możliwość przekazania zarządzania funduszem innemu towarzystwu (art. 101 § 5).

Towarzystwo funduszy powierniczych musi mieć formę spółki akcyjnej. Byt takiej spółki reguluje kodeks handlowy, wobec którego ustawa wprowadza pewne odrębności. Takimi odrębnościami są m.in. możliwość założenia przez jedną osobę prawną, ograniczenie przedmiotu działalności gospodarczej do zarządzania funduszami, możliwość emitowania tylko akcji imiennych, które muszą być opłacane gotówką, ograniczenia działalności gospodarczej w zakresie możliwości zaciągania i udzielania pożyczek i kredytów, udzielania poręczeń i gwarancji, konieczność uzyskania zatwierdzenia statutu przez Komisję przed rejestracją spółki, wymóg zgody Komisji na powołanie o odwołanie członków komisji rewizyjnej i rady nadzorczej, daleko idące możliwości nadzorcze Komisji Papierów Wartościowych.

Ustawa wyklucza jakąkolwiek inną działalność gospodarczą towarzystwa funduszy powierniczych poza lokowaniem pieniędzy w imieniu własnym i na wspólny rachunek uczestników oraz zarządzanie funduszami. Od tej zasady ustawa przewiduje jeden wyjątek - możliwość prowadzenia przez towarzystwo działalności doradczej polegającej na odpłatnym udzielaniu porad finansowych oraz zarządzaniu pakietami papierów wartościowych.

Lokowanie pieniędzy oznacza lokowanie środków pieniężnych powierzonych przez uczestników funduszu i polega na zakupie lub obejmowaniu papierów wartościowych. Lokowanie ma miejsce w imieniu własnym, to jest towarzystwo nie działa tu jako przedstawiciel uczestników, lecz nabywa papiery w imieniu własnym, na rachunek wyodrębnionej masy majątkowej jaką jest fundusz - choć tu ustawodawca użył terminu wspólny rachunek uczestników. Ustawodawca wprowadził tu instytucję zastępstwa pośredniego, właściwą umowie komisu. Zarządzanie środkami powierzonymi przez uczestnika funduszu poprzez ich lokowanie w papiery wartościowe stwarza liczne możliwości nadużyć - stąd zachodzi konieczność poddania towarzystwa ścisłemu nadzorowi.

Należy zauważyć, że uczestnicy funduszu z reguły nie są akcjonariuszami towarzystwa. Stąd pozbawieni są oni możliwości oddziaływania na towarzystwo. W przypadku niezadowolenia ze sposobu lokowania swoich środków mogą je wycofać umarzając swoje jednostki uczestnictwa.

Zapewnienie prawidłowości działania towarzystwa państwo realizuje poprzez:

- obowiązek przyjęcia przez towarzystwo formy spółki akcyjnej;
- obowiązek zawarcia przez towarzystwo umowy z bankiem, który wykonuje pewne czynności kontrolne;
- wprowadzenie rozległego nadzoru Komisji Papierów Wartościowych;

- obowiązek publikowania szeregu istotnych informacji dotyczących funduszu (funduszy) zarządzanych przez towarzystwo.

Spółka akcyjna jest w większym stopniu poddana kontroli niż jakakolwiek inna forma organizacyjna prowadzenia działalności gospodarczej. Jest to problematyka prawa handlowego i przepisy dotyczące spółek akcyjnych mają w pełni zastosowanie do towarzystw funduszy powierniczych.

Bank powiernik

Ustawa wymaga, aby towarzystwo powierzyło aktywa funduszu do przechowywania bankowi powiernikowi. Bank powiernik jest obowiązany w szczególności do:

- 1) bezpiecznego przechowywania aktywów funduszu;
- 2) obliczania wartości netto aktywów funduszu, zgodnie z prawem i regulaminem funduszu;
- 3) wykonywania poleceń towarzystwa, chyba że są sprzeczne z prawem lub regulaminem funduszu;
- 4) zapewnienia, aby transakcje dotyczące aktywów funduszu były rozliczone w terminach zgodnych z regulaminem;
- 5) zapewnienia, aby ogłaszanie dochodów funduszu następowało zgodnie z prawem i regulaminem funduszu;
- 6) dokonania likwidacji funduszu i rozdziału uzyskanych środków między uczestników funduszu stosownie do posiadanych jednostek uczestnictwa³.

Bank powiernik nie może być bezpośrednio powiązany kapitałowo z funduszem, wykluczone jest też sprawowanie zarządu towarzystwa przez bank powiernik. Towarzystwo zawiera z bankiem umowę, jednak pewne uprawnienia banku wynikają z ustawy, jak choćby obowiązek przejęcia zarządzania funduszem w przypadku utraty przez towarzystwo zezwolenia do zarządzania funduszem.

Nie wydaje się, aby w przypadku funkcji kontrolnych banku powiernika można im było przypisać charakter publiczno - prawny.

Podobnie jak towarzystwo bank powiernik podlega kontroli Komisji Papierów Wartościowych. W przypadku nieprzestrzegania przez bank powiernik przepisów prawa, Komisja może nakazać towarzystwu zmianę banku powiernika. Wybór nowego banku powiernika wymaga zatwierdzenia Komisji.

Uprawnienia Komisji Papierów Wartościowych

Z ustawy wynika, że podjęcie działalności przez towarzystwo wymaga zezwolenia Komisji. W rzeczywistości już założenie towarzystwa funduszy powierniczych wymaga w praktyce uprzedniej zgody Komisji. Wynika to z faktu, iż udzieleniu zezwolenia na lokowanie powierzonych pieniędzy w imieniu własnym

³. Zob. art. 102 ustawy.

i na wspólny rachunek uczestników funduszu oraz zarządzaniu funduszami, towarzyszy zatwierdzenie statutu towarzystwa, a także listy kandydatów na członków rady nadzorczej i komisji rewizyjnej⁴.

Zatwierdzenie statutu a także kandydatów do rady nadzorczej i komisji rewizyjnej musi nastąpić przed rejestracją towarzystwa.

Komisja udzielając zezwolenia zatwierdza jednocześnie statut towarzystwa, regulaminy funduszy i wybór banku powiernika. Zatwierdzenia wymaga również każda ich zmiana.

Ustawa nie określa kryteriów, w oparciu o które zezwolenie Komisji winno być udzielone lub w oparciu o które Komisja może odmówić takiego zezwolenia, jak to np. przewidziano w przypadku zezwoleń na podejmowanie działalności maklerskiej. Brak określenia kryteriów oznacza, że wydanie zezwolenia lub jego odmowa zostały pozostawione uznaniu Komisji.

Po powstaniu towarzystwa funduszy powierniczych Komisja ma prawo kontroli towarzystwa i banku powiernika oraz podmiotów zbywających jednostki uczestnictwa oraz wglądu do ksiąg, dokumentów i innych nośników informacji w celu weryfikacji, czy działalność towarzystwa i banku powiernika jest zgodna z ustawą i z warunkami określonymi w zezwoleniu.

W przypadku nieprzestrzegania przez towarzystwo przepisów prawa, statutu oraz regulaminu, niewypełniania warunków określonych w zezwoleniu lub w razie przekroczenia granic zezwolenia, Komisja może wydać decyzję o cofnięciu w całości lub w części zezwolenia lub nałożenia kary pieniężnej do 500 000 PLN, albo wydać taką decyzję i nałożyć karę pieniężną. Kara pieniężna winna być zapłacona ze środków towarzystwa, a nie z funduszu, na który składają się środki uczestników. Moim zdaniem, przyznanie organom administracji prawa nakładania kar pieniężnych w postępowaniu administracyjnym budzi wątpliwości z punktu widzenia konstytucyjnego zapisu, iż wymiar sprawiedliwości należy do sądów.

Obowiązki informacyjne

Towarzystwo ma obowiązek podawania do publicznej wiadomości informacji dotyczących funduszu⁵. I tak towarzystwo, nie rzadziej niż raz w miesiącu, przedstawia do publicznej wiadomości informacje o stanie funduszy. Informacje te powinny zawierać przynajmniej wartość aktywów netto funduszu i wartość aktywów

⁴. Jest to więc przypadek, w którym do zgłoszenia spółki celem wpisania do rejestru handlowego konieczne jest dostarczenie również „dowodu zezwolenia i zatwierdzenia statutu spółki przez właściwą władzę” ... określonego w art. 331 § 1 pkt 5 k.h. Sąd może również - kontrolować czy Komisja wyraziła zgodę na powołanie danych osób na członków rady nadzorczej i komisji rewizyjnej (atr. 16 k.h.).

⁵. Szczegółowo zagadnienie publikowania sprawozdań reguluje zarządzenie przewodniczącego KPW z 31 sierpnia 1994 r. w sprawie zakresu, trybu i częstotliwości ogłaszania sprawozdań o stanie fun-

netto na jednostkę uczestnictwa i określać stopę zmiany tych wartości w ciągu ostatniego miesiąca.

Co najmniej raz w roku obrachunkowym towarzystwo jest obowiązane ogłaszać w piśmie przeznaczonym do publikacji sprawozdań finansowych oraz w jednym dzienniku ogólnopolskim osobne sprawozdanie o stanie każdego funduszu. Istnieje również ustawowy obowiązek ogłaszania regulaminu funduszu oraz jego zmian.

Dla oceny funduszu istotne znaczenie ma obliczanie przez niezależny podmiot i ogłaszanie przez Towarzystwo wartości aktywów netto funduszu i tej wartości na jednostkę uczestnictwa.

duszy powierniczych (Mon. Pol. nr 53, poz. 452). Zarządzenie to przewiduje składanie sprawozdania 2 razy w ciągu roku, a także udostępnianie sprawozdań w miejscach przyjmowania zleceń nabywania umarzania jednostek, oprócz publikacji.

MANDAT RADNEGO

1. Ustawa o samorządzie terytorialnym¹ określa treść mandatu radnego inaczej niż Konstytucja - treść mandatu posła (treści mandatu senatora konstytucja nie określa). Mała Konstytucja ustala (art. 6): „Poseł jest przedstawicielem całego Narodu, nie jest związany instrukcjami wyborców i nie może być odwołany”. Jest to konstrukcja bliska klasycznemu mandatowi wolnemu; z historycznej formuły brak tu tylko - co nie bez znaczenia - sformułowania o „kierowaniu się tylko sumieniem”. Choć znowelizowana w 1991 r. ustawa o obowiązkach i prawach posłów² nie całkiem odpowiada tej formule³, to jednak oczywiste jest, iż poseł jako przedstawiciel narodu obowiązany jest uczestniczyć w Sejmie w artykułowaniu interesu ogólnonarodowego, nie zaś występować jako obrońca jakichkolwiek interesów partykularnych, choćby nawet wymagających decyzji na szczeblu parlamentu. Przed naciskami grupowymi ma chronić posła zakaz wiązania go instrukcjami. Znajomość interesów konkretnych grup wyborców jest posłowi potrzebna i winna służyć jako podstawa artykułowania interesu ogólnonarodowego; to właśnie brak w konstytucji klasycznej formuły o kierowaniu się posłów jedynie „własnym sumieniem” otwiera drogę do określania interesu ogólnonarodowego nie w abstrakcji, lecz jako syntezy konkretnych interesów społecznych grup, klas, środowisk.

Oparcie na analogicznych zasadach mandatu radnego, przy uwzględnieniu jego lokalnego zasięgu, winno prowadzić do określenia treści przedstawicielskiej tego mandatu jako - reprezentowania ogółu mieszkańców gminy, przy uwzględnianiu interesów grupowych jako podstawy artykułowania ogólnego interesu jej mieszkańców, wyrażającego się w ukierunkowaniu polityki komunalnej, ustalaniu priorytetu inwestycji itp. Tymczasem przepisy nie określają przedstawicielskiej treści mandatu radnego tak jednoznacznie. Ustawa stanowi (art. 23 ust. 1): „Radny reprezentuje wyborców, utrzymuje stałą więź z mieszkańcami oraz ich organizacjami, przyjmuje zgłaszane postulaty i przedstawia je organom gminy do rozpatrzenia”. Przepis ten łączy definicję przedstawicielskiej treści mandatu radnego („reprezentuje wyborców”) z pewnymi praktycznymi formami jej urzeczywistniania

1. Tekst jednolity po licznych zmianach: Dz.U. 1996 nr 13 poz. 74.

2. Ustawa o obowiązkach i prawach posłów na Sejm Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. 1985 nr 37 poz. 173) oraz ustawa o zmianie ustawy o obowiązkach i prawach posłów na Sejm Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. 1991 nr 11 poz. 36.

3. Obszernie na ten temat w moim artykule: Współczesne treści stosunku przedstawicielstwa w Polsce, *Studia Iuridica* t. 28, Warszawa 1995.

(utrzymywanie więzi, przyjmowanie i przekazywanie postulatów). Rozpatrzę te elementy oddzielnie.

2. Sformułowanie, iż „radny reprezentuje wyborców”, pozostawia wiele niejasności. Nie jest bowiem jasne, jaki krąg wyborców radny reprezentuje: czy „własnych” wyborców, tj. tych, którzy oddali na niego swe głosy w wyborach? Czy także tych, którzy oddali wprawdzie głos na inną osobę, ale wywodzącą się z tej samej partii (organizacji), która patronowała wyborowi danego radnego (w wyborach proporcjonalnych w okręgach wielomandatowych chodziłoby o wyborców, którzy oddali głosy na tę samą listę); w obu przypadkach brak możliwości obiektywnej identyfikacji „własnych” wyborców radnego lub listy, podstawą zatem więzi przedstawicielskiej radnego z określoną grupą wyborców byłaby ich samoidentyfikacja jako „klienteli wyborczej” danego radnego lub jego partii (organizacji). Czy wreszcie - radny reprezentuje ogół wyborców w gminie, czyli jej ogólny interes? Jaka jest relacja i hierarchia tych interesów różnych podmiotów i o różnym zasięgu? Jakie ma radny wobec różnych kręgów wyborców zobowiązania prawne, a jakie mają tylko polityczny charakter?

Nie są to problemy czysto teoretyczne, gdyż nawet w skali gminy występuje wiele różniących się, a nawet sprzecznych interesów grup, środowisk i klas; wystarczy wspomnieć choćby rozbieżne interesy w kwestii rozmiarów pomocy społecznej czy konflikty wokół społecznie potrzebnych, a uciążliwych dla środowiska urządzeń gminnych (np. wysypiska odpadów). Występuje także wiele diametralnie nieraz różnych sposobów artikulacji interesów tej samej grupy społecznej (najbardziej jaskrawym przykładem może tu być zasadniczo odmienna artikulacja interesów kobiet ze strony organizacji feministycznych oraz ugrupowań katolickich). Nie jest zatem w praktyce obojętne - zwłaszcza przy silnym w Polsce przywiązaniu do tradycji „realizowaniu woli wyborców” przez przedstawiciela i jego odpowiedzialności przed wyborcami⁴ - wobec jakiej grupy wyborców radny ma wyraźne zobowiązania prawne (i jakie), czyich interesów - w sytuacjach konfliktowych - ma być rzecznikiem: „własnych” wyborców, okręgu wyborczego, klienteli wyborczej swej partii, czy ogółu mieszkańców gminy? Wreszcie - czy jest obowiązany bronić w radzie stanowiska jakiejś grupy wyborców nawet wbrew własnemu przekonaniu? Na pytania te nie odpowiada ustawowa lakoniczna formuła, iż „radny reprezentuje wyborców”.

⁴. Były w publicystyce głosy uznające zasadę niepodporządkowania posła wyborcom za wyraz „arogancji władzy”; nie brakowało też zwłaszcza w kadencji 1991-1993, przypadków żądania od posłów podporządkowania się decyzjom podjętym poza Sejmem przez gremia organizacji, które patronowały ich wyborowi (por. praca cyt. w przyp..., s. 233). W praktyce działania samorządu bardzo silnie jest poczucie radnych zobowiązania i odpowiedzialności wobec wyborców z własnego okręgu wyborczego (według obserwacji autorki; brak udokumentowania odpowiednimi badaniami).

Nie wnosi bynajmniej jasności rola ślubowania radnego (art. 23a), która zobowiązuje go „...pracować dla dobra i pomyślności gminy, działać zawsze zgodnie z prawem oraz interesami gminy i jej mieszkańców...”, a jednocześnie - „...godnie i rzetelnie reprezentować swoich wyborców, troszczyć się o ich sprawy...” (podkr. B.Z.). „Reprezentowanie wyborców” z art. 23 stało się w rocie ślubowania „reprezentowaniem swoich wyborców”, co wprowadzie dookreśla reprezentowany podmiot, ale eksponuje brzemienne konfliktem różnicę między tym członem obowiązków przedstawicielskich radnego a działaniem na rzecz interesów całej gminy, do czego rola ślubowania również go zobowiązuje. Nie byłoby wątpliwości, gdyby wszystkie interesy społeczne występujące na terenie gminy układały się w harmonijną całość; tak jednak nie jest. Trzeba stwierdzić, że postanowienia obu powołanych artykułów nie ułatwiają radnemu orientacji w sytuacjach konfliktowych.

3. Stosunek przedstawicielstwa nawiązuje się w wyniku wyborów. Odpowiedź zatem na pytanie, kogo w istocie - jaki krąg wyborców - reprezentuje radny, wymaga analizy systemu wyborczego. Odpowiedź ta będzie różna w zależności od tego, w jakim systemie wybrany został radny: w systemie wyborów większościowych w okręgach jednomandatowych, czy w systemie wyborów proporcjonalnych z głosowaniem na listę (który wymaga wielomandatowych okręgów wyborczych). Jak wiadomo, radni gmin wybierani są w Polsce w obu systemach: w gminach liczących do 40 tys. mieszkańców - w wyborach większościowych w jednomandatowych okręgach wyborczych, w gminach liczących więcej niż 40 tys. mieszkańców - w wyborach proporcjonalnych.

W okręgach jednomandatowych, gdzie odbywa się głosowanie „na osoby”, decyzje wyborcze mają bardziej personalny charakter; nawet jeśli w decyzji wyborczej decydującą rolę odgrywa nie kryterium osobistych cech kandydata, lecz jego przynależności partyjnej (organizacyjnej), wybór ma bardziej upersonifikowany charakter i wyraźniejsze jest powstanie po stronie wybranego obowiązku reprezentowania okręgu wyborczego, którego został jedynym reprezentantem. Choć radny zobowiązuje się, według ustawowej roty ślubowania, „godnie reprezentować swoich wyborców”, nie może ograniczać swych obowiązków przedstawicielskich do wyrażania potrzeb i poglądów tych tylko wyborców, którzy na niego głosowali (fakt ten nie daje się zresztą zidentyfikować) lub którzy skłonni są utożsamiać się z jego opcją polityczną; winien brać pod rozwagę wszystkie artykułowane w jego okręgu wyborczym interesy i opcje i starać się o ich zharmonizowane wyrażanie w radzie, na ile to możliwe. Możliwości takie nie są jednak nieograniczone: nie wszystkie interesy i nie wszystkie ich artykulacje dadzą się pogodzić, nie wszystkich też radny może być rzecznikiem, jeśli nie chce utracić swej tożsamości politycznej (ideowej). Wynik wyborów stwarza większe możliwości reprezentowania jednych interesów niż innych; na tym polega ich polityczny sens. Radny nie może jednak, zwłaszcza w okręgu jednomandatowym, którego jest jedynym przedstawicielem, odżegnywać się od wyrażania interesów innych grup społecznych niż jego

wyborcy, jak dalece nie jest to sprzeczne z interesami własnych wyborców i własną opcją polityczną.

W wyborach proporcjonalnych z głosowaniem na listę personalny charakter wyborów nie jest tak wyraźny, nawet jeżeli zasady głosowania pozwalają wyborcom na wyrażenie, obok wyboru polityczno-programowego, także preferencji personalnej. Bywa, że szczególnie popularni kandydaci uzyskują tyle głosów, że na zasadach proporcjonalnego podziału mandatów możliwe jest uzyskanie ich nawet przez tych kandydatów, którzy otrzymali niewiele głosów. Radnym zostaje zatem nie zawsze ten kandydat, któremu personalnie wyborcy wyrazili największe zaufanie. Wybór jest zatem bardziej wyborem opcji politycznej i programu niż osób.

W sferze reprezentacji wynika z tego, że wybrany w tym systemie radny jest reprezentantem w równej mierze tych wyborców, którzy oddali głos na niego personalnie, jak i tych, którzy wyrazili wprawdzie preferencję dla innej osoby, ale zamieszczonej na tej samej liście. Zobowiązany jest zatem do wyrażania interesów i poglądów przede wszystkim klienteli wyborczej swej partii (organizacji). W okręgu wielomandatowym rzecznicy innych interesów i innej ich artykulacji znajdują zwykle swych przedstawicieli w osobach radnych wybranych z innych list. Nie można jednak wykluczyć, że znajdują się i takie grupy wyborców, którzy nie uzyskują w wyniku wyborów swego przedstawiciela. Radny zatem nie może stać się rzecznikiem jedynie interesów i programów wyrażanych przez jego partię; oznaczałoby to bowiem, iż ci mieszkańcy gminy, których kandydaci nie uzyskali mandatów, są pozbawieni reprezentacji. Konieczne jest zatem uwzględnianie przez radnego w swej działalności przedstawicielskiej różnych interesów i poglądów występujących w jego okręgu wyborczym, nie tylko zaś tych, których rzecznikiem jest jego opcja polityczna (ideowa). Oczywiście, tak jak w przypadku przedstawiciela okręgu jednomandatowego, możliwość reprezentowania przez radnego innych opcji i poglądów niż własne jest ograniczona jego tożsamością polityczną i możliwa tylko w pewnych granicach; rezultat zwycięstwa wyborczego to możliwość pełnej reprezentacji zwycięskiej opcji.

Wszystkie powyższe rozważania o zakresie ustawowego pojęcia „wyborców” czy „własnych wyborców” określonego radnego i wynikających stąd jego obowiązków przedstawicielskich mają teoretyczny charakter i mogą co najwyżej stać się podstawą politycznego określenia tych obowiązków; w świetle ustawy jednak możliwa jest wszelka interpretacja „reprezentowania wyborców” i adresatów wynikających stąd obowiązków radnego. Interpretacja zaproponowana wyżej jest uprawniona, jednak nie wynika wprost z ustawowych przepisów.

4. Rota ślubowania radnego wskazuje nie tylko na jego obowiązek „reprezentowania swoich wyborców”, ale także działania „...dla dobra i pomyślności gminy... zgodnie z interesami gminy i jej mieszkańców”. Oznacza to, że radny nie może swej roli przedstawicielskiej ograniczać do funkcji rzecznika interesów wyłącznie własnych wyborców (jakkolwiek by się interpretowało to pojęcie), lecz obowiąz-

zany jest dbać o interesy całej gminy, ogółu jej mieszkańców. Koresponduje to z wskazanym wyżej obowiązkiem radnego nie ograniczania swej roli przedstawicielskiej do wyrażania interesów i poglądów jedynie „swoich wyborców” (tak cz inaczej rozumianych), lecz otwarcia także na inne opcje. Rada gminy winna być miejscem, gdzie ujawniane są i artykułowane różne występujące na terenie gminy interesy, poglądy, opcje polityczne i ideowe; to na ich podstawie radni winni ustalać ogólny interes gminy. Głównym zadaniem rady jako organu przedstawicielskiego jest bowiem uzgadnianie zróżnicowanych miejscowych interesów i sposobów ich artykulacji, tj. wyważanie ich społecznego znaczenia i ustalanie priorytetów realizacji. Bez wyrażania wszystkich interesów występujących na terenie gminy realizacja tej roli byłaby niepełna, choć oczywiście siła wyrazu poszczególnych opcji - a zatem i rezultat uzgodnień - zależą od politycznego (ideowego) kształtu organu przedstawicielskiego, jaki wyłonił się w wyniku wyborów.

Interpretacja pojęcia „wyborców” jako reprezentowanego podmiotu może być na gruncie sformułowań ustawowych różna; natomiast obowiązek radnego działania na rzecz interesu całej gminy wynika wprost z ustawy.

5. Omawiany art. 23 ust. 1 oprócz obowiązku reprezentowania wyborców wymienia jeszcze inne obowiązki radnego: utrzymywanie więzi z radnymi i ich organizacjami oraz przyjmowanie postulatów i zgłaszanie ich organom rady do rozpatrzenia. Nie są to wszystkie formy realizacji mandatu radnego; reprezentuje on wyborców w całej swej działalności wynikającej z mandatu, najważniejszą zaś jej formą jest udział w pracach rady i jej organów. O tym jednak mówi inny przepis (art. 24). Fakt, że ustawodawca łączy pewne formy realizacji mandatu radnego z istotą jego funkcji przedstawicielskiej („reprezentuje wyborców”) zdaje się świadczyć, iż uważa te formy za szczególnie ważne dla charakterystyki tej funkcji. Przyjrzyjmy się im z tego punktu widzenia.

Więź ma radny utrzymywać z „mieszkańcami oraz ich organizacjami”. Adresat działań radnego jest tu równie ogólnie określony jak reprezentowany podmiot („wyborcy”); przepis ustawowy nie wskazuje, z jakimi grupami mieszkańców radny byłby przede wszystkim zobowiązany utrzymywać więź, należy zatem uznać, że obowiązek radnego w tym zakresie odnosi się do ogółu mieszkańców gminy i ich organizacji. Koresponduje to z obowiązkiem radnego działania na rzecz interesów całej gminy i jej mieszkańców. Przepis o utrzymywaniu przez radnego więzi z mieszkańcami uzupełnia zatem komponentem ogólnogminnym określony w tymże przepisie obowiązek „reprezentowania wyborców”, co wskazuje na ich nierozdzielność. Wskazuje zarazem, że „reprezentowanie wyborców” ma się opierać na znajomości ich konkretnych interesów, poznawanych w kontaktach z mieszkańcami i organizacjami miejscowymi.

Obowiązki radnego wobec zgłaszanych przez mieszkańców postulatów są bardzo skromne: ma jedynie przedstawiać je organom gminy do rozpatrzenia. Nie jest zobowiązany do żadnych działań na rzecz ich realizacji. Przekazywanie po-

stulatów jest więc jedynie formą prezentowania radzie różnych grupowych i indywidualnych interesów występujących na terenie gminy, które winny być brane pod uwagę przy ustalaniu ogólnogminnych priorytetów. W żadnym zaś razie postulaty mieszkańców (jakiegokolwiek ich grupy) nie zobowiązują radnego do zajęcia w radzie określonego stanowiska, oznaczającego zabieganie o ich realizację. Jest to słuszne - żadne postulaty grupowe nie mogą wiązać rady ani konkretnego radnego, skoro są oni zobowiązani do działania na rzecz interesów (także) całej gminy; winny one natomiast służyć (poza bezpośrednim załatwieniem spraw konkretnych, o ile to możliwe) jako podstawa ustalania polityki komunalnej i jej priorytetów.

6. Mandat radnego jest zatem mandatem wolnym w tym sensie, że nie jest związany konkretnymi zaleceniami jakiegokolwiek grupy wyborców; jest natomiast związany w tym sensie, że radny współkształtuje politykę komunalną w interesie ogółu mieszkańców gminy nie w abstrakcji i nie na podstawie jedynie własnego wyobrażenia o interesie ogólnym, lecz na podstawie konkretnych interesów mieszkańców, do zaznajamiania się z którymi zobowiązuje go ustawa. Sprawą interpretacji jest jedynie to, czyje interesy (pojęcie „swoich wyborców”) winien radny wyrażać w pierwszej kolejności, czym przedstawicielem winien czuć się przede wszystkim. To odniesienie przez ustawę samorządową funkcji przedstawicielskiej radnego do konkretnych interesów różnych grup mieszkańców jest o wiele wyraźniejsze niż w konstytucyjnym określeniu treści mandatu posła.

7. Jeżeli radny zostaje delegatem gminy do sejmiku wojewódzkiego, jego mandat w tym organie ma zupełnie inny charakter. Po pierwsze, podmiotem reprezentowanym jest w tym przypadku rada gminy, która swego delegata wybrała, a nie bezpośrednio mieszkańcy; ich interes będzie reprezentowany w sejmiku poprzez jego ogląd, rozumienie i uogólnienie w radzie gminy. Po drugie - mandat, jaki delegat do sejmiku uzyskuje od swej gminy, ma wyraźnie imperatywny charakter: delegaci składają swym radom sprawozdania z działalności sejmiku (art. 80 ust. 3), te zaś mogą odwołać swego delegata (art. 78 ust. 3) - co oznacza przyjęcie przez ustawodawcę założenia, iż działalność delegatów w sejmiku podlega ocenie rady. Jest to zupełnie inny mandat niż ten który uzyskuje radny od wyborców w wyborach powszechnych.

GENEZA I PROCES KSZTAŁTOWANIA SKARGI KONSTYTUCYJNEJ W POLSCE

1. Europejska geneza i rozwój instytucji

Instytucję skargi konstytucyjnej wywodzi się z anglosaskiej tradycji sądowej ochrony praw jednostki przed nie opartą na prawie ingerencją władzy publicznej w sferę jej praw podmiotowych. W systemie tym wszystkie prawa obywateli, bez względu na charakter aktu, w którym je zawarto, są chronione w jednakowym stopniu i poprzez ten sam jednolity system sądów powszechnych. Z tego punktu widzenia system europejski jest inny. Odrębność ta wyraża się w fakcie zróżnicowania praw podmiotowych na prawa podstawowe, gwarantowane konstytucyjnie, i inne prawa, którym nie służy konstytucyjna ochrona.

Ochrona praw podstawowych, szczególnie dotyczących udziału obywateli w życiu publicznym jest z reguły silnie ekspozowana politycznie, ale nader często, w odniesieniu do wielu praw formalnie zagwarantowanych w konstytucji, jednostce nie służą żadne środki procesowe przeciwko władzom publicznym, które uniemożliwiają lub ograniczają realizację tych praw. Jest to wynikiem faktu, iż na kontynencie europejskim scentralizowana władza publiczna długo i skutecznie broniła się przed ingerencją sądów w dziedzinę zdominowanych przez aparat państwowy relacji między władzą państwową i obywatelem.

Liberalna koncepcja państwa zakładała wyłączność bezpośrednich stosunków między obywatelem i państwem, przy czym to ostatnie stanowiąc prawo i dysponując aparatem egzekwowania obowiązków, miało przewagę nad obywatelem. W sferze politycznej stosunek ten został bardzo szybko zmediatyzowany w wyniku rozwoju grup zorganizowanych interesów i partii politycznych. Wprawdzie upodmiotowiły one politycznie i społecznie szerokie kręgi pracowników najemnych, ale jednocześnie zmonopolizowały nieomal całość relacji między konstytucyjnie suwerenną zbiorowością a państwem. W dziedzinie publiczno-prawnej pierwszy wyłom o istotnym znaczeniu stanowiło poddanie sądowej kontroli aktów wykonawczych stanowionych przez naczelne organy administracji, zaś drugi - sądownictwo administracyjne powołane do kontroli stosowania prawa przez organy administracji publicznej. Nadal jednak wyłączona była z zakresu kontroli sądowej sfera stanowienia prawa na poziomie aktów ustawodawczych. Dopiero szybki po II wojnie światowej rozwój sądownictwa konstytucyjnego upowszechnił kontrolę aktów ustawodawczych z punktu widzenia ich materialnej i formalnej zgodności z konstytucją. Jednakże inicjatywa wszczęcia kontroli tego typu z zasady należała do

oznaczonego kręgu organów państwowych lub ich prawnie wyodrębnionych części. Otwarcie jednostce możliwości zakwestionowania konstytucyjności norm rangi ustawodawczej pod zarzutem naruszenia przez nie praw konstytucyjnie gwarantowanych stanowi zasadniczy wyłom w tradycyjnej doktrynie kontynentalnej Europy. Z tego punktu widzenia skarga konstytucyjna, otwierająca możliwość podania w wątpliwość aktów normatywnych rangi ustawowej stanowi niewątpliwą nowość instytucjonalną.

W tej sytuacji trudno się dziwić, iż upowszechnienie tej instytucji przebiega z oporami i dopiero ostatnie lata przyniosły pewne przyspieszenie.

W Europie koncepcja skargi konstytucyjnej zrodziła się w kręgu niemieckiej kultury prawnej¹. Jej pierwowzór pojawił się w Austro-Węgierskiej ustawie konstytucyjnej z 1867 roku, powołującej do życia Sąd Rzeszy, do którego obywatele mogli się odwoływać z powodu naruszenia ich praw konstytucyjnych. Przedmiotem skargi nie mogły być jednak akty ustawodawcze. Identyczne ujęcie przedmiotowe tej kwestii zawiera art. 113 konstytucji Szwajcarii z 1874 roku, który określając kompetencje Sądu Związkowego w ust. 1 punkt „c” przyznaje mu prawo orzekania w sprawach „skarg z powodu naruszenia konstytucyjnych praw obywateli...”, natomiast w ustępie 3 tegoż artykułu stwierdza, że w sprawach wyżej wymienionych sąd związkowy winien stosować związkowe „...ustawy, ogólnie obowiązujące postanowienia, jak również umowy państwowe, które zostały ratyfikowane”. Mimo odmiennej szaty słownej zasadniczo podobny kształt uzyskała ta instytucja w art. 144 konstytucji Austrii z 1920 roku, proklamującej powołanie do życia pierwszego trybunału konstytucyjnego. W świetle tego przepisu trybunał orzeka: „w sprawach skarg o naruszenie, przez rozstrzygnięcie lub rozporządzenie władzy administracyjnej, praw zagwarantowanych przez konstytucję, po wyczerpaniu administracyjnego toku instancji”. Uzupełnienie tego rozwiązania stanowi wprowadzona nowelą do konstytucji z 1975 roku instytucja skargi indywidualnej (art. 140 konstytucji). Chodziło w tym wypadku o wypełnienie luki w systemie ochrony praw jednostki, dotyczącej sytuacji, gdy akt normatywny ingerował w sferę praw jednostki w taki sposób, iż nie mogła ona korzystać z ochrony ani w postępowaniu sądowym, ani w postępowaniu administracyjnym².

W okresie międzywojennym należy też odnotować instytucję skargi konstytucyjnej przewidzianą w konstytucji Hiszpanii z 1931 roku. W art. 121 określającym zakres konstytucyjnych kompetencji trybunału gwarancji konstytucyjnych wymieniano między innymi rozpatrywanie „odwołań w zakresie ochrony gwarancji obywatelskich, jeżeli skargi przed innymi władzami pozostały bezskuteczne”.

¹ Por. L. Garlicki: *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1967, s. 195.

² Por. E. Melichar: *Kontrola konstytucyjności ustaw w praktyce austriackiego Trybunału Konstytucyjnego*, Państwo i Prawo 1984, z. 8, s. 53.

Po II wojnie światowej przywrócono w Austrii obowiązywanie konstytucji z 1920 roku, następnie skarga konstytucyjna pojawia się w konstytucjach niektórych krajów zachodnioniemieckich³. Na szczeblu federalnym instytucję tę przewidywał projekt stanowiący podstawę prac konstytuancy, ale odpowiedni przepis został odrzucony bez poważniejszej debaty. Sprawa stała się ponownie, gdy w wyniku zaopiniowania konstytucyjnej przystąpiono do prac nad ustawą o trybunale konstytucyjnym. Mimo oporu prawniczego nurtu ówczesnej większości rządowej instytucję skargi konstytucyjnej wprowadzono do ustawy z 12 marca 1951 roku o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym. Instytucją konstytucyjną stała się ona dopiero w 1969 roku⁴. Odpowiedni fragment art. 93 ust. 1 posiada następujące brzmienie: „Federalny Trybunał Konstytucyjny orzeka... w sprawie skarg konstytucyjnych, które mogą być wniesione przez każdego, kto jest przekonany, że zostało naruszone przez władzę publiczną któreś z jego praw zasadniczych lub któreś z jego praw zawartych w art. 20 ust. 4, art. 33, 38, 101, 103 i 104 ustawy zasadniczej”⁵.

Dalszy krok w horyzontalnym rozwoju skargi konstytucyjnej nastąpił dopiero pod koniec lat siedemdziesiątych, gdy tę instytucję przyjęła demokratyczna konstytucja Hiszpanii z 1978 roku. Hiszpańska regulacja skargi konstytucyjnej jest najbardziej złożona. Konstytucja wyróżnia dwie postaci praw konstytucyjnych: prawa zasadnicze i wolności publiczne (art. 15-29 konstytucji) oraz prawa i obowiązki obywateli (art. 30-38 konstytucji). Te pierwsze obejmują klasyczny katalog praw konstytucyjnych⁶. Ten właśnie katalog praw, ponadto zasada równości wobec prawa (art. 14 konstytucji) oraz prawo odmowy służby wojskowej z powodu przekonań religijnych (art. 30 konstytucji), zgodnie z tradycją latyno-amerykańską są przedmiotem szczególnej ochrony sądowej sprawowanej przez sądy powszechne (*recurso de amparo*). Mianowicie na mocy art. 53 ust. 2 konstytucji każdy obywatel lub osoba prawna, posiadająca interes prawny, jak również Rzecznik Interesu Społecznego (*ombudsman*) i prokurator mogą wystąpić na drogę sądową w celu

3. Przyjęły ją konstytucje: Bawarii z 1946 roku, art. 66; Rosji z 1946 roku, art. 130 i Nadrenii - Palatynatu z 1947 roku, art. 135.

4. Instytucję skargi konstytucyjnej wprowadziła do ustawy zasadniczej 19 ustawa o zmianie ustawy zasadniczej z dnia 29 I 1969 r. (BGBl. I. 1177). Do art. 93 ust. 1 dodano wówczas dwa dodatkowe punkty 4a i b oraz nadano nowe brzmienie art. 94 ust. 2.

5. Na mocy art. 93 ust. 1 punkt 4b prawo do skargi konstytucyjnej służy również gminom i ich związkom, o ile zostanie naruszone ich prawo do samorządu, określone w art. 28 ustawy zasadniczej.

6. Konstytucja wymienia następujące prawa zasadnicze i swobody publiczne: prawo do życia (art. 14), wolność sumienia i wyznania (art. 16), wolność osobista (art. 17), prawo do godności, prywatności i życia rodzinnego (art. 18), prawo swobody wyboru miejsca zamieszkania (art. 19), prawo swobodnego wyrażania poglądów w formie ustnej i pisemnej oraz swobody nauczania, rozpowszechniania i otrzymywania informacji (art. 20), prawo zgromadzeń (art. 21), prawo zrzeszania się (art. 22), prawo udziału w życiu publicznym (art. 23), prawo do prawidłowego wymiaru sprawiedliwości (art. 24 i 25), prawo zrzeszania się w związki zawodowe (art. 28), prawo zbiorowych i indywidualnych petycji (art. 29).

ochrony tych praw. Dopiero po bezskutecznym wyczerpaniu prawnie przewidzianego toku instancji sądowych służy prawo wniesienia skargi do trybunału konstytucyjnego. Przeciwno naruszeniom praw objętych kategorią: prawa i obowiązki obywateli przysługują inne środki ochrony prawnej, natomiast droga skargi konstytucyjnej jest zamknięta.

Belgijska droga do skargi konstytucyjnej pozostaje w integralnym związku z powolnym procesem przekształcania państwa unitarnego w państwo obecnie zregionalizowane. Tak więc procesy o charakterze społeczno-politycznym doprowadziły do rozbicia hierarchicznie zbudowanych struktur państwa jednolitego i zrodziły potrzebę powołania organu rozstrzygającego konflikty natury kompetencyjnej między wykonawczymi organami państwa, wspólnot i regionów. Rewizja konstytucji z 1980 roku zapowiedziała między innymi powołanie Trybunału Rozjemczego. W jej wykonaniu w 1983 roku uchwalono ustawę o Trybunale Rozjemczym. Jednak z punktu widzenia drogi prowadzącej do skargi konstytucyjnej równie ważnym wydarzeniem było powołanie w 1946 roku Rady Stanu. Do jej kompetencji należało między innymi rozpatrywanie skarg osób, których prawa zostały naruszone niezgodnym z prawem aktem wykonawczym organów egzekutywy⁷. Na drugi krok trzeba było czekać ponad czterdzieści lat. Mianowicie dopiero w 1988 roku ustrojodawca belgijski po raz kolejny znowelizował konstytucję nadając Trybunałowi Rozjemczemu prawo uchylenia w wyniku skargi obywatela ustawy niezgodnej z art. 6, 6 bis i 17 konstytucji⁸. Koniec lat osiemdziesiątych i początek dziewięćdziesiątych przynoszą dalsze upowszechnienie skargi konstytucyjnej. Pojawia się ona wraz z proklamowaniem nowych trybunałów konstytucyjnych, a mianowicie: węgierskiego (1989 r.), rosyjskiego (1990 r.), słoweńskiego (1991 r.), albańskiego (1992 r.) i czeskiego (1992 r.). We wszystkich wypadkach wiąże się to wydarzenie z głębokimi procesami społeczno-politycznymi, których istotę można sprowadzić do wejścia na drogę transformacji w kierunku gospodarki rynkowej i demokracji parlamentarnej oraz państwa prawnego. Ten właśnie ostatni cel wydatnie pomaga realizować sądownictwo konstytucyjne i interesująca nas w tym miejscu instytucja tego sądownictwa, jaką jest skarga konstytucyjna. Ta nowa sytuacja społeczno-gospodarcza i polityczna znajduje z reguły swój wyraz w uchwalanych konstytucjach.

Na Węgrzech instytucja skargi konstytucyjnej nie jest uregulowana w normach konstytucji, lecz w ustawie konstytucyjnej o Trybunale Konstytucyjnym⁹. Inter-

7. Por. Hierarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droit fondamentale. VIII Conference des Cours Constitutionnelles Europeennes. Ankara 7-10 mai 1990. T. 5, s. 142-145. wystąpienie J. Sarot - członka belgijskiego Trybunału Rozjemczego.

8. Por. R. Andersen: Le recours en annulation devant la Court D'Arbitrage (in:) Le recours de particuliers devant le juge constitutionnel. Sous dir. F. Delperee. Bruxelles-Paris, 1991, s. 14.

9. Ustawa Nr XXXII z 19 października 1989 r. o Trybunale Konstytucyjnym.

sujące nas materie są w niej rozproszone. W art. 1 ustawy określającym kompetencje trybunału mamy punkt „d”, który upoważnia trybunał do rozpatrywania skarg wniesionych z powodu naruszenia praw konstytucyjnych. Z kolei art. 21 ust. 1 punkt 4 oznacza krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi konstytucyjnej. Tu posłużono się lapidarną formułą niemieckiej ustawy zasadniczej - każdy. Wreszcie art. 48 normuje przedmiotowe warunki skutecznego wniesienia skargi konstytucyjnej.

Nieco późniejsza rosyjska regulacja skargi również nie ma podstaw w konstytucji, lecz w ustawie konstytucyjnej o Trybunale Konstytucyjnym¹⁰. Poświęcono jej art. 66-73 ustawy. Mimo nader szczegółowej reglamentacji zasadniczy kształt tej instytucji nie odbiega od klasycznego już modelu niemieckiego. Trudno się zresztą temu dziwić w sytuacji, gdy model niemiecki stanowił punkt wyjścia kształtowania rosyjskiego sądownictwa konstytucyjnego¹¹. Jeszcze bliższa niemieckiemu jest regulacja przyjęta w art. 87 pkt c i d konstytucji Czech, gdzie przewidziano podobnie jak w ustawie zasadniczej ochronę nie tylko konstytucyjnie gwarantowanych praw obywateli, ale także praw samorządu terytorialnego. Regulacja słoweńska i albańska charakteryzują się nader lapidarnym ujęciem skargi. Warto tu zwrócić uwagę, że na mocy art. 24 albańskiej ustawy z dnia 13 XI 1992 r. o organizacji sądownictwa i sądu konstytucyjnego, trybunał konstytucyjny może zwracać się do organów państwowych, organizacji społecznych i osób prawnych o uchylenie lub zmianę aktów indywidualnych naruszających konstytucyjne prawa jednostki.

II. Polska droga do skargi konstytucyjnej

Wprawdzie propozycje powołania organu sądowej ochrony konstytucji były dość liczne i towarzyszyły Polsce Odrodzonej od początków kształtowania jej trwałych podstaw ustrojowych¹², ale w kontekście genezy skargi konstytucyjnej można powiedzieć, że ze zrozumiałych względów instytucja ta nie pojawiała się zarówno w ówczesnych propozycjach, jak również nie była przedmiotem rozważań w ówczesnej doktrynie prawa konstytucyjnego i żywej w okresie międzywojennym publicystyce politycznej.

10. Propozycja wprowadzenia tej instytucji wywołała w parlamencie rosyjskim tak ostry konflikt, że zagroziło to upadkiem całej ustawy. Ostateczną jej akceptację należy zawdzięczać znanemu moskiewskiemu adwokatowi, obrońcy w procesach politycznych W. Zołotuchinowi, który będąc wpływowym członkiem parlamentu zaangażował się w sprawę i ostatecznie udało mu się przeformować utrzymanie przewidzianej projektem skargi konstytucyjnej Por. O. Luchterhand: *Vom Verfassungskomitee der UdSSR zum Verfassungsgericht Russlands*. Archiv des öffentlichen Rechts. 1993, Heft 2, s. 250.

11. O. Luchterhand: *idem* s. 286.

12. Z prac w różnym zakresie naświetlających tę problematykę por. Z. Czeszejko-Sochacki: *Trybunał Konstytucyjny PRL*, Warszawa 1986, s. 38-44.

Z powszechnie, równie zrozumiałych względów, chociaż opartych na zupełnie innych przesłankach, nie mogło być mowy o urzeczywistnieniu sądowej ochrony konstytucji - w tym również instytucji skargi konstytucyjnej - w okresie powojennych rządów komunistycznych. Dopiero głęboki kryzys z początku lat osiemdziesiątych wyrażający się buntem zrewoltowanych mas i zakwestionowaniem legalności dyktatorskiej władzy zrodziły zarówno stan wojenny, jak również ograniczone inicjatywy reformatorskie zmierzające do pozyskania zaufania społecznego. Jedną z wielu postulowanych i ostatecznie zrealizowanych na drodze zmiany konstytucji nowych instytucji ustrojowych stało się interesujące nas sądownictwo konstytucyjne¹³. Wprawdzie nowelizacja konstytucji pomijała interesującą nas kwestię, ale nie wykluczało to możliwości jej wprowadzenia zapowiedzianą w konstytucji ustawą o trybunale konstytucyjnym.

Pierwsza wersja projektu ustawy zrodziła się jeszcze przed uchwaleniem zmiany konstytucji, a mianowicie w dniu 1 marca 1982 r. Wspominamy o tym wyłącznie historycznym dokumencie, albowiem po raz pierwszy w Polsce przewidziano w nim skargę powszechną (*arctio popularis*). Chodziło w tym wypadku o wyposażenie obywateli w prawo zakwestionowania konstytucyjności aktu normatywnego i uruchomienie postępowania przed trybunałem konstytucyjnym. Zgodnie z istotą skargi powszechnej wnioskodawca nie musiał udowodnić swojego interesu prawnego. Inaczej mówiąc mógł działać w interesie społecznym. Pierwotnie chodziło więc nie o skargę konstytucyjną, lecz o inną chociaż zbliżoną instytucję. W istotnie zmienionej postaci to rozwiązanie utrzymywało się w kolejnych 6 wersjach projektu aż do końca lutego 1984 r.¹⁴. Z dalszych wersji projektu skarga powszechna znika, natomiast incydentalnie na posiedzeniu komisji pojawił się wniosek o wprowadzenie do projektu - skarga konstytucyjna. Nie uzyskał on jednak poparcia większości i sprawa ostatecznie upadła. Wprawdzie przeciwko obu instytucjom podnoszono zarzut zbyt dużego obciążenia nie posiadającego żadnych doświadczeń trybunału, ale wydaje się, że główną przyczynę stanowiła obawa rządzących przed wykorzystaniem trybunału jako platformy walki politycznej. Trzeba przy tym podkreślić, że postawa przedstawicieli nauki i ówczesnych elit politycznych wobec tych kwestii okazała się ambiwalentna. Jeśli było ograniczone zaangażowanie w obronę instytucji skargi powszechnej, to skarga konstytucyjna nie wywołała szerszego zainteresowania. Panowało powszechne przekonanie, że zasadniczym celem jest powołanie do życia trybunału konstytucyjnego w jego merytorycznie podsta-

¹³. Por. Ustawa z dnia 26 marca 1982 r. o zmianie konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. nr 11, poz. 83 z dnia 6 kwietnia 1982 r.

¹⁴. Zmiana polegała na dodaniu wymogu interesu prawnego ze strony zgłaszającego wniosek i na wstępnej kontroli skarg przez rzecznika interesu społecznego. Oznaczało to faktyczne odejście od skargi powszechnej i zbliżało się do instytucji skargi konstytucyjnej. Por. Z. Czeszejko-Sochacki op. cit. s. 59 i 53.

wowym kształcie natomiast kwestia innych, ubocznych kompetencji jest sprawą wtórną, do której będzie można kiedyś wrócić.

Sprawa pojawia się po 1989 r. w związku z podjęciem prac nad nową konstytucją. Tym razem nie ma jakichkolwiek wzmianek, ani też propozycji dotyczących skargi powszechnej. Można powiedzieć króluje skarga konstytucyjna, co bynajmniej nie oznacza, że wszyscy i głośno opowiadają się za tą instytucją, lecz jedynie to, że nikt nie dostrzega i nie proponuje dodatkowo lub możliwej alternatywy w postaci skargi powszechnej¹⁵. Tylko jeden projekt zgłoszony w Sejmie X kadencji przewidywał instytucję skargi konstytucyjnej, a mianowicie założenia projektu Porozumienia Centrum¹⁶. Najbardziej pełne ujęcie skargi konstytucyjnej zawierał przekazany do dyspozycji Komisji Konstytucyjnej Sejmu projekt opracowany pod kierownictwem prof. S. Zawadzkiego¹⁷.

Rozwiązania proponowane w projekcie zespołu S. Zawadzkiego polegały na konstytucyjnej regulacji skargi w dwóch kontekstach, a mianowicie w kontekście praw służących obywatelom i kontekście przepisów określających kompetencje trybunału konstytucyjnego. W tym pierwszym kontekście mamy formułę zawartą w art. 35 ust. 2, która brzmi następująco: „W razie naruszenia wolności lub praw ujętych w konstytucji prawomocnym rozstrzygnięciem organu państwowego zainteresowanemu przysługuje skarga do trybunału konstytucyjnego”. Z kolei w art. 144 ust. 2 określającym zakres orzecznictwa trybunału wymienia się orzekanie o skargach konstytucyjnych. Przedstawiliśmy bliżej ten model regulacji skargi konstytucyjnej, albowiem został on później w nieco zmienionej postaci przyjęty w projekcie uchwalonym przez Komisję Konstytucyjną Sejmu X kadencji¹⁸.

Najprawdopodobniej ten ostatni fakt przyczynił się do wyraźnego upowszechnienia instytucji skargi konstytucyjnej w projektach zgłaszanych w Sejmie I kadencji. Na ogólną liczbę 7 projektów skargę konstytucyjną przewidywało 4 projekty, a mianowicie: art. 40 ust. 1 i art. 151 projektu Unii Demokratycznej¹⁹, art. 16 ust. 3 i 119 pkt. 5 Polskiego Stronnictwa Ludowego²⁰, art. 111 ust. 2 projektu

15. Węgierska ustawa Nr XXXII z 19 X 1989 r. o Trybunale Konstytucyjnym wprowadziła obie instytucje to jest skargę konstytucyjną i skargę powszechną. Efekt jest taki, że skargi konstytucyjne są nieliczne, albowiem złożenie skargi wymaga wyczerpania toku instancji, czego nie wymaga się przy skardze powszechnej. Por. E. Zwierzchowski, Sądownictwo konstytucyjne, Białystok 1994 Aneksy. Tabela 12.

16. Projekty konstytucyjne 1989-1991. Opracowanie M. Kallas, Warszawa 1992, s. 144.

17. Ibidem s. 247-288.

18. Ibidem s. 19-53 Por. w szczególności art. 16 ust. 3 i 119 pkt e.

19. Por. Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego. Projekty konstytucji. Wyd. Sejmowe. Warszawa 1993, s. 41-53.

20. Ibidem s. 53-67.

Prezydenta RP²¹ i art. 156 projektu Sojuszu Lewicy Demokratycznej²². Tym razem Porozumienie Centrum zrezygnowało z instytucji skargi konstytucyjnej. Nie wchodząc w bliższe szczegóły należy stwierdzić, że model regulacji skargi konstytucyjnej w projektach wymienionych na dwóch pierwszych miejscach wyraźnie nawiązywał do rozwiązań projektu zespołu S. Zawadzkiego i sejmowego, natomiast dwa ostatnie ograniczały się do regulacji tej kwestii w ramach przepisów poświęconych trybunałowi konstytucyjnemu. Wobec rozwiązania Sejmu przed upływem kadencji komisja konstytucyjna nie miała okazji ujawnić swojego stanowiska wobec samej instytucji skargi konstytucyjnej, jak również określić swego stosunku do proponowanych rozwiązań.

Następny etap stanowią prace konstytucyjne podjęte w parlamencie kolejnej kadencji.

W oparciu o projekty zgłoszone i przekazane do Komisji Konstytucyjnej po pierwszym czytaniu w Zgromadzeniu Narodowym podjęty intensywne prace powołane przez Komisję Konstytucyjną Podkomisje. W oparciu o wyniki tych prac Podkomisja Redakcyjna, Zagadnień Ogólnych i Przepisów Wprowadzających Konstytucję opracowała jednolity projekt Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w ujęciu wariantowym²³. Na podstawie tego projektu na plenarnych posiedzeniach Komisji Konstytucyjnej dyskutowano kolejno nad odpowiednimi fragmentami tekstu projektu. Interesująca nas skarga konstytucyjna została ujęta w art. 61 w postaci dwóch wariantów. Wariant I miał następujące brzmienie: „Każdy, którego konstytucyjne prawa zostały naruszone ma prawo, na zasadach określonych w ustawie wystąpić do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie zgodności z konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracyjny orzekł ostatecznie o jego wolnościach, prawach lub obowiązkach określonych w Konstytucji”. Wariant II tego przepisu był ujęty w postaci trzech ustępów, a mianowicie: „Ust. 1. Każdy, którego konstytucyjne prawa zostały naruszone ma prawo wniesienia skargi do Trybunału Konstytucyjnego. Ust. 2. Przepis ust. 1 nie dotyczy prawa określonego w art. 40 (azyl - dopisek mój). Tryb wnoszenia i rozpatrywania skargi określa ustawa o Trybunale Konstytucyjnym”. Przepisy te stosownie do przyjętego modelu regulacji uzupełniał art. 172, który był poświęcony podmiotom uprawnionym do składania wniosków o wszczęcie postępowania. Ust. 1 pkt 6 tego artykułu miał brzmienie następujące: „obywatele, których prawa lub wolności konstytucyjne zostały naruszone prawomocnym rozstrzygnię-

21. Ibidem s. 68-80.

22. Ibidem s. 23-40.

23. Istnieją dwa projekty robocze, a mianowicie projekt roboczy z 20 stycznia 1995 r. i projekt roboczy z 26 stycznia 1995 r. Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego posługiwała się tym ostatnim projektem.

ciem organu państwowego wydanym na podstawie aktu normatywnego, o którym mowa w art. 80”²⁴.

Konstruktywny dla skargi konstytucyjnej art. 61 jednolitego projektu stał się przedmiotem debaty i decyzji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego w dniach 11 i 12 kwietnia 1995 r.²⁵. Pierwsze wystąpienia zasadniczo ograniczały się do lapidarnej krytyki wariantu II jako zbyt szerokiego i niedookreślonego oraz deklaracji opowiadających się za pierwszym wariantem (Prof. L. Wiśniewski - ekspert, Prof. K. Kolasiński - sędzia Trybunału Konstytucyjnego i poseł W. Majewski). Ten ostatni zgłosił poprawkę do wariantu I aby wyraz „wystąpienia” zastąpić wyrazami „wniesienia skargi”. Podobny kierunek miały kolejne wystąpienia sen. J. Orzechowskiego i eksperta Prof. K. Działochy. Dopiero wystąpienie J. Ciemniewskiego w obronie wariantu II, którego zaletą - zdaniem mówcy - jest otwarcie możliwości wniesienia skargi także wówczas, gdy prawo nie regulując danej kwestii uniemożliwia korzystanie z praw gwarantowanych przez konstytucję zmieniło kierunek dyskusji. Polemikę z tym stanowiskiem podjęli Sędzia trybunału T. Kolasiński i L. Wiśniewski - ekspert. W tym kontekście pojawiło się też pytanie pod adresem ekspertów jak przedstawia się kwestia realizacji praw i wolności, gdy ustawodawca nie wydaje zapowiedzianych przez konstytucję aktów ustawodawczych i czy można go zmusić do tego za pomocą trybunału konstytucyjnego? (W. Patulski - przedstawiciel OPZZ). Debata nabrała rumieńców wraz z wystąpieniem sen. P. Andrzejewskiego, który stwierdził, że diskutowany art. 61 ma zasadnicze znaczenie albowiem dotyka zagadnienia charakteru trybunału. „Model z art. 61 jest modelem radzieckim” (sic! - moje E.Z.). Koncepcja skargi konstytucyjnej zdaniem dyskutanta przekształca trybunał w organ władzy sądowniczej, podczas gdy ma on być organem kontroli prawa. Dotyczy to obu wariantów. W konsekwencji proponował skreślenie art. 61 w tym miejscu i ewentualne podjęcie dyskusji nad tą kwestią dopiero w kontekście prac nad przepisami dotyczącymi organizacji i funkcjonowania trybunału. Ograniczoną do charakteru skargi i merytorycznie trafną polemikę z tym stanowiskiem podjął Sędzia TK K. Kolasiński, stwierdzając, że w skardze konstytucyjnej chodzi o badanie zgodności z konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego w oparciu o który zapadło ostateczne orzeczenie. Spór skłonił przedstawiciela Prezydenta RP prof. A. Rzeplińskiego do zgłoszenia jego zdaniem formuły kompromisowej o brzmieniu następującym: „Każdy, którego konstytucyjne prawa zostały naruszone przez prawomocne orzeczenie wydane na podstawie przepisów sprzecznych z konstytucją lub ustawami, ma prawo wniesienia skargi do trybunału konstytucyjnego. Ust. 2. W sporach o naruszenie prawa

²⁴. Tu zachodzi oczywiście pomyłka, gdyż art. 60 mówi, iż organy władzy publicznej ponoszą odpowiedzialność za naruszenie wolności i praw określonych w konstytucji.

²⁵. Por. Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Biuletyn XVIII Warszawa 1995, s. 13-17 i 43-44.

do sądu właściwy jest Sąd Najwyższy”. Wnioskodawca uzasadniał swój wniosek - w szczególności prawo do sądu - potrzebą stworzenia swoistego sita dla skarg kierowanych do organów przewidzianych Konwencją Europejską. Podnoszono też obawę zalewu trybunału skargami (sen. P. Andrzejewski, sen. J. Madej). Głosowanie zgłoszonych w toku debaty wniosków odbyło się w dniu 12 kwietnia i przyniosło następujące wyniki: Wniosek sen. P. Andrzejewskiego o przeniesienie debaty: 18 przeciw, 10 za i 3 wstrzymujące się. Poprawka W. Majewskiego: przyjęty jednomyślnie. Wniosek J. Ciemnieńskiego o uzupełnienie wariantu I, ust. 2 z wariantu II uzyskał 11 głosów, przy 10 przeciw i 10 wstrzymujących się. Wniosek o przyjęcie art. 61 wraz z poprawkami uzyskał 30 głosów za i 1 przeciwny. Wariant II art. 61 nie uzyskał ani jednego głosu za, natomiast 26 głosów przeciw i 3 wstrzymujące się. Wniosek A. Rzeplińskiego uzyskał 2 głosy popierające, 22 głosy przeciw i 7 wstrzymujących się. W ten sposób na etapie prac komisji konstytucyjnej przyjęto merytoryczny kształt polskiej regulacji skargi konstytucyjnej. W projekcie z dnia 19 czerwca 1996 r. omawiany art. 61 uzyskał kolejny 64 numer²⁶. Jego brzmienie w tym etapie postępowania jest następujące: „ust. 1. Każdy, którego konstytucyjne prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie wniesienia skargi do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego prawach i wolnościach lub obowiązkach określonych w Konstytucji. Ust. 2. Przepis ust. 1 nie dotyczy prawa określonego w art. 45” (prawo azylu - przyp. E.Z.).

Niestety bliższa analiza konstytucyjnego kształtu skargi przekracza ramy niniejszego, przede wszystkim informacyjnego, opracowania.



241168

²⁶. Por. Rzeczpospolita nr 143 z 21 czerwca 1996 r. Nad ostateczną wersją projektu nadal trwają prace redakcyjne, których zakończenie nastąpi najprawdopodobniej we wrześniu br.

Spis treści

Od wychowanków i najbliższych współpracowników.....	3
Wykaz wybranych publikacji Profesora Eugeniusza Smoktunowicza.....	11
<i>Jan Boć</i>	
O twórczości naukowej Eugeniusza Smoktunowicza	21
<i>Barbara Adamiak, Janusz Borkowski</i>	
Postępowanie administracyjne a postępowanie cywilne - porównanie funkcji i zasad.....	27
<i>Antoni Bobrus</i>	
Doświadczenia i dorobek litewskiego konstytucjonalizmu	41
<i>Zofia Duniewska</i>	
Obywatel wobec przepisów prawa administracyjnego.....	47
<i>Marek Górski</i>	
Zasady ogólne w prawie ochrony środowiska.....	59
<i>Janusz Homplewicz</i>	
Instytucje prawne polskiej ustawy oświatowej z 1991 roku.....	69
<i>Stefan Iwanowski</i>	
Zakres stosowania prawa o stowarzyszeniach	91
<i>Adam Jamróz</i>	
Kilka uwag o wartości normatywnej preambuł konstytucyjnych	103
<i>Barbara Jaworska-Dębska</i>	
Współdziałanie organów samorządu terytorialnego przy wydawaniu decyzji administracyjnych	111
<i>Jan Jędrośka</i>	
Koncepcja strony w postępowaniu administracyjnym	123

Michał Kasiński

Niektóre kierunki zmian w relacjach między państwem a samorządem terytorialnym we współczesnej Europie 129

Dariusz R. Kijowski

Postanowienia dodatkowe i dopuszczalność opatrywania nimi decyzji administracyjnych 143

Tomasz Kłós

Wolność tworzenia szkół prywatnych w Polsce
- de lege lata i de lege ferenda..... 169

Cezary Kosikowski

Parlament a niezależność banku centralnego (aspekty prawne)..... 185

Grzegorz Kryszewski

Funkcje parlamentu 191

Barbara Kudrycka

W sprawie projektu ustawy o przepisach ogólnych prawa administracyjnego. 197

Tadeusz Kuta

Organizacyjne i funkcjonalne problemy wewnętrznych struktur administracji. 207

Zbigniew Leoński

Administracyjnoprawna reglamentacja tzw. wolnych zawodów 217

Janusz Łętowski

„Konstytucyjne” orzekanie sądów...? 231

Ryszarda Michalska-Badziak

Prawa pacjenta i ich ochrona w świetle ustawy - karta praw pacjenta 241

Jerzy Mieszkowski

Doskonalenie modelu kontroli państwowej w okresie transformacji ustrojowej Polski 253

Alina Miruć

Problematyka paszportowa w orzecznictwie
Naczelnego Sądu Administracyjnego 261

Zygmunt Niewiadomski

Nowe podstawy prawne planowania przestrzennego w Polsce - problemy kolizyjne okresu przejściowego	269

Andrzej Nowakowski

Problematyka zgromadzeń publicznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego	277

Ewa Olejniczak-Szałowska

Z problematyki konsultacji w społecznościach lokalnych	283

Ryszard Paczuski

Zagadnienie kodeksu ochrony środowiska, jako docelowego modelu uporządkowania polskiego ustawodawstwa sozologicznego.....	295

Joanna Radwanowicz

Rola przewodniczącego rady w funkcjonowaniu gminy.....	307

Eugeniusz Ruśkowski

Prawo finansowe a prawo dewizowe.....	317

Walerian Sanetra

O dynamice rozwojowej polskiego prawa pracy	325

Małgorzata Stahl

Samodzielność organizacyjna gminy	333

Andrzej Stelmachowski

Spór o konstytucję jako spór o filozofię prawa.....	341

Jan Szerniawski

Problemy podstaw prawnych działalności partii politycznych w Polsce.....	349

Maria Szyszkowska

Kształtowanie światopoglądu a problem biurokracji	361

Jerzy Świątkiewicz

Ochrona praw jednostki w ustawie o Naczelnym Sądzie Administracyjnym i w jego orzecznictwie (wybrane zagadnienia)	367

<i>Krystyna i Juliusz Święccy</i>	
Program komputerowy jako nowy przedmiot prawa autorskiego	381
<i>Marek Wierzbowski</i>	
Nadzór państwa nad funduszami powierniczymi	389
<i>Barbara Zawadzka</i>	
Mandat radnego	395
<i>Eugeniusz Zwierzchowski</i>	
Geneza i proces kształtowania skargi konstytucyjnej w Polsce	401

DZIAŁ 342

TYTUŁ Prawo, administracja, obywatele

SYGNATURA 241168

W

**Temida2**

Książki Wydawnictwa Temida 2 można nabyć składając zamówienia pod adresem Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, ul. Mickiewicza 1, 15-213 Białystok, tel. 457-168, fax. 327-062, bądź bezpośrednio w lokalu Stowarzyszenia pod wyżej wymienionym adresem, a także w księgarniach warszawskich: ORPAN w Pałacu Kultury i Nauki; Głównej Księgarni Naukowej im. B. Prusa, Krakowskie Przedmieście 7; Księgarni Wydawnictwa Sejmowego, ul. Senacka 1; Księgarni Ekonomicznej, ul. Grójecka 67; Księgarni Bankowej, Al. Solidarności 83/89; Księgarni Uniwersyteckiej LIBER, Krakowskie Przedmieście 24; w Lublinie w księgarniach: ORPAN, pl. M.C. Skłodowskiej 4 i Iuris Prudentia, pl. M.C. Skłodowskiej 5 oraz w Katowicach w księgarni ORPAN, ul. Bankowa 11, a także w innych księgarniach na terenie kraju.